

Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Karşı Borçlanması ve Faiz Meselesi

The Indebtedness of Shareholders and The Problem of Interest in Joint-Stock Companies

Burçak TATLI* 

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bazı maddeleri henüz Kanun yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilmiştir. Değişikliğe uğrayan maddelerden biri, pay sahibinin şirkete karşı borçlanma yasağını düzenleyen TTK'nın 358. maddesidir. Madde değişikliği ile ilgili olarak oldukça önemli pek çok eser kaleme alınmıştır. Bu eserlerin nitelikli çoğunluğu değişikliği eleştirmekte ve anonim şirketlerin temel ilkelerine zarar vermeyecek şekilde 358. maddenin nasıl uygulanması gerektiğini tartışmaktadır. Söz konusu eserleri tamamlayıcı bir şekilde bu makalede, anonim şirketler tarafından – özellikle yönetim kurulunda yer almayan – gerçek kişi pay sahiplerine borç verilmesi halinde ortaya çıkan faiz meselesi ele alınmıştır. Bu temelde makalede öncelikle 358. madde değerlendirilmiş, sonrasında 358. madde kapsamında pay sahibine verilen borçlar neticesinde faiz talep edilip edilemeyeceği, eğer faiz talep edilebiliyorsa hangi oranda faiz uygulanması gerektiği tartışılmıştır

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Şirkete Karşı Borçlanma Yasağı, Faiz, Faiz Oranı, Ticari İş.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, burcak.tatli@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4531-0147

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Burçak TATLI

E-posta/E-mail: burcak.tatli@hbv.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 23.11.2024

ABSTRACT

Several provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102 – prior to its enactment – underwent amendments via the Code No. 6335 on the Amendment of the Turkish

Commercial Code and of the Law Pertaining to the Enforcement and Application of the Turkish Commercial Code. Among the revised clauses, Article 358, governing the prohibition of shareholder indebtedness to the company, stands out. This legislative adjustment has prompted substantial scholarly discourse, with a considerable corpus of literature offering critiques and proposals on the appropriate application of the amended Article 358 to uphold the core tenets of joint-stock company governance. In addition to these scholarly analyses, this article engages with a specific aspect arising from the amendment: the issue of interest arising from loans extended by joint-stock companies to shareholders, particularly those lacking representation on the board of directors or managerial titles. Against this backdrop, the article embarks on a twofold examination. Initially, it conducts a meticulous evaluation of the modified Article 358, scrutinizing its provisions and underlying legislative intent. Subsequently, the article delves into the intricate question of whether interest may be rightfully claimed on loans disbursed to shareholders under the purview of Article 358. Moreover, should interest be deemed applicable, the article aims to determine the appropriate interest rate

Keywords: Joint-Stock Company, Prohibition of Borrowing from the Company, Interest, Interest Rate, Commercial Transaction..

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹ (TTK) Ticaret Şirketleri kitabının dördüncü kısmında yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümler, on iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm "Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler" üst başlığını taşımakta ve bu bölümde dört alt başlık yer almaktadır. Son alt başlığı oluşturan "Temel İlkeler" kısmında yer alan 357. maddede eşit işlem ilkesi, 358. maddede ise pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı düzenlenmektedir. O halde, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı, kanun koyucu tarafından anonim şirketlerin temel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmiştir.

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanma yasağını düzenleyen TTK'nın 358. maddesi, 30.06.2012 tarihli 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikle madde, pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını yasaklayan bir halden, pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasının koşullarını düzenleyen bir hale kavuşturulmuştur. Söz konusu değişiklik öğretide, hem temel ilkeden sapıldığı hem de hükmün başlığı ile içeriğindeki uyumun bozulduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir³.

1 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

2 Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6335, Kabul Tarihi: 26.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

3 Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016) 242; Sami Karahan, 'Anonim Şirkette Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları', Grant Thornton Haber Bülteni (*Grantthornton*, 06.10.2012) <<https://www.grantthornton.com.tr/en-guncel/haber-bulteni/>> Erişim Tarihi 12.12.2023; Serdar Hızır, 'Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen

TTK m. 358, pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi için gerekli koşulların çerçevesini çizerken, borçlanmayı doğuran hukuki işlemle ilgili ayrıntılı bir düzenleme barındırmamaktadır. Bu husus özellikle borçlandırıcı işlem sonucu faiz istenip istenemeyeceğini bir mesele olarak karşımıza çıkarmaktadır. Çalışmada, faize ilişkin tartışmalar özellikle iki temelde ele alınmıştır. Birinci temel, Almanya ve İsviçre hukuk sistemlerinde pay sahibinin şirkete karşı borçlanması üzerine oturmaktadır. Zira her iki sistemde de doğrudan pay sahibinin borçlanma yasağı düzenlenmemiş; fakat anonim şirketlerin temel ilkeleri dikkate alınarak, borç verilmesi halinde dahi – faiz ve diğer tedbirlerle – şirketin, diğer pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının menfaatleri korunmaya çalışılmıştır⁴. İkinci temel ise şirketten alınan borcun, gerçek kişi pay sahibi (borçlu) tarafından ‘tüketim’ amacıyla alındığının iddia edilmesi halinde, söz konusu işlemin tüketici işlemi olup olmayacağı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan tüketici işlemi ve faize ilişkin sorunlardır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, bu makalede öncelikle TTK m. 358 kapsamında, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri için aranan esaslar belirtilecek; takiben pay sahibinin şirkete karşı borçlanması halinde taraflarca faiz koşulunun öngörülmesi meselesi ve sonuçları üzerinde durulacak; son olarak özellikle şirket pay sahibinin tüketici olup olamayacağı tartışılacak ve bu tartışma temelinde faiz problemi ele alınacaktır.

I. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞI

A. GENEL OLARAK

6102 sayılı TTK'nın 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımından kısa bir süre sonra henüz Kanun yürürlüğe girmeden⁵, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, 358. madde bugünkü haline kavuşturulmuştur. 6335 sayılı Kanun'dan önce m. 358 şu şekilde kaleme alınmıştı: “*İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun.*” Hükmün lafzından anlaşıldığı gibi, pay sahiplerinin şirkete borçlanmaması kural, hükümde yer alan şartların varlığı halinde borçlanması ise istisnaydı. 358. maddenin 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan evvel yazılmış olan gerekçesine göre, ilgili hükmün düzenlenmesinin sebebi, pay sahiplerinin şirket kasasını kendi kişisel harcamaları için kullanmalarının önüne geçmekti⁶. Hükmün ikinci kısmı ise ticari hayatın

TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler’ (2013) 29(4) BATİDER 227, 232; Emek Toraman Çolgar, *Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 117 – 119; Ömer Korkut, ‘Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasası’ iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-2* (Seçkin Yayınları 2023) 1640; İsmail Kırca ve Murat Gürel, ‘Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı’ (2014) 30(2) BATİDER 5, 6.

4 Bkz. I.B.

5 6102 s. TTK m. 1534 gereği 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6335 s. Kanun ise 26.06.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

6 TTK 358. Madde Gerekçesi: “*Hüküm yenidir; ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. Çünkü hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dâhil, birçok iş ve işlemlerde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel*

sekteye uğramaması adına, ticari faaliyetleri dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin diğer müşterileri gibi, aynı ve/veya benzer yöntem ve şartlarla, şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmaktaydı⁷. Bu koşulların gerçekleşmesiyle doğan borçlar dışındaki borçlanma halleri ilkesel olarak yasaklanmıştır⁸.

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra bugünkü haline kavuşturulan 358. maddeye göre, *“Pay sahipleri sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.”* 6335 sayılı Kanun değişikliğinden önce, pay sahiplerinin, kendilerine ait işletmeler vesilesiyle oluşan ticari münasebetlerden doğan borçlar hariç olmak üzere, şirkete karşı borçlanmaları söz konusu değildi; hükmün yeni halinde şirkete borçlanabilmelerine izin verilmiş, fakat borçlanma bir takım koşullara bağlanmıştır⁹.

TTK m. 358 yanında, TTK'nın 395. maddesinin ikinci fıkrası¹⁰, yönetim kurulu üye ve yakınlarının şirkete borçlanması ile ilgili hükümler içermektedir. 395. madde de 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış¹¹ ve 358. madde¹² ile uyumlu hale getirilmiştir. Kanun değişikliğinden önce hüküm, yönetim kurulu üye ve yakınlarının, pay sahibi olup olmadıklarını gözetmeksizin, şirkete nakdi veya aynı borçlanmasını yasaklamaktaydı. 6335 sayılı Kanun sonrası, yönetim kurulu üye ve yakınlarının pay sahibi olmaları halinde şirkete borçlanması söz konusu olabileceğinden, 395. madde duruma uyumlu olacak şekilde yeniden düzenlenmiş ve sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üye ve yakınlarının şirkete nakdi borçlanması yasaklanmıştır¹³. İlgili hükme göre, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları¹⁴ şirkete nakit

harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır.”

7 Ahmet Tamer, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: ‘Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı’ (2012) 25(102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93, 99-101; Toraman Çolgar (n 3) 120, 124.

8 Hızır (n 3) 231.

9 TTK'nın 644. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereği, TTK m. 358 limited şirketler için de uygulanacaktır. Bu temelde, 358. madde ile ilgili yapılan açıklamalar limited şirketler için de geçerlidir. Hızır (n 3) 230 – 231; Karahan (n 3) 7-10; Tamer (n 7) 102.

10 Makalenin tartışma konusu, 358. madde kapsamında pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanması ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle m. 395/2 ayrıntılı bir şekilde tartışılmayacaktır.

11 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 395. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi şu şekildeydi: *“Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya aynı borçlanamazlar.”*

12 Konu aşağıda ayrıntılı şekilde tartışılacak olmakla birlikte, 358. madde açık bir şekilde, m. 395/2'de olduğu gibi, şirketin pay sahibi lehine kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği, bunların borçlarını devralamayacağı düzenlenmemiştir. 6335 s. Kanun ile yapılan değişiklikten önce de bu işlemlere ilişkin yasaklar m. 358 kapsamı içinde değildi. Öğretide, söz konusu işlemlerin, m. 358'de düzenlenen yasağa aykırılık doğurması halinde, m. 358 kapsamı içinde yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 683.

13 Kanun koyucunun nakdi borçlanma ile kastı, tüketim ödünçü sözleşmeleridir. 395. maddenin ikinci fıkrasında sayılan kişilerin, şirkete nakden borçlanması yasak olmakla birlikte, bu kişilerin şirkete sözleşme yapma yasağı söz konusu değildir. Aksi halde, birinci fıkrada düzenlenen izin müessesesinin bir anlamı kalmamış olurdu. Daha açık bir ifadeyle, şirket ile birinci fıkrada sayılan kimseler arasında borç doğurucu hukuki işlem tesis edilebilir; fakat birinci fıkrada sayılan kimselerin tüketim ödünçü sözleşmesi kapsamında şirkete karşı nakden borçlanması söz konusu değildir. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 12) 672, 673.

14 Yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının kimler oldukları 393. maddede belirtilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu

borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz¹⁵.

B. KONUNUN MEHAZ KANUNLARDA ELE ALINIŞ ŞEKLİ

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmasına ilişkin olarak, Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Her iki sistemde de borçlanma yasağına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte; sermaye şirketlerinin temel prensiplerini düzenleyen hükümler aracılığıyla, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmaları sınırlandırılmıştır. Bu temelde, Alman Limited Şirketler Kanunu'nda (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG § 30)¹⁶ sermayenin korunması ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (Aktiengesetz, AktG § 57)¹⁷ sermayenin iadesi ve faiz yasağına ilişkin düzenlemeler, pay sahibine borç verilmesi bağlamında incelenmelidir.

GmbHG § 30'da sermayenin korunması ilkesi¹⁸ gereği, sermayenin korunması için gerekli olan malvarlığının şirket ortaklarına ödenemeyeceği ifade edildikten sonra, bu ilkenin uygulanmayacağı durumlar kaleme alınmıştır. İlgili hükme göre,

- Hâkimiyet sözleşmesi ve kârın devri sözleşmeleri kapsamında yapılan ödemeler,
- Geri ödemeye ilişkin tam değerli talep hakkı veya geri ödemeye ilişkin tam değerli karşı edim hakkı sağlayan ödemeler,
- Pay sahipleri tarafından sağlanan kredilere ilişkin ödemeler, GmbHG § 30 kapsamı dışındadır.

üyesinin eşi, alt ve üstsoyu, üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları 395. maddede belirtilen yasağa dâhildir.

- 15 TTK'nın 644. maddesi gereği, pay sahibi olmayan müdür ve müdür yakınlarının limited şirkete borçlanması hallerinde de 395. madde uygulama alanı bulacaktır.
- 16 GmbHG § 30, sermayenin korunması (*Kapitalerhaltung / capital maintenance*) başlığını taşımakta ve şirket sermayesinin pay sahiplerine ödenmeyeceğini düzenlemektedir.
- 17 AktG § 57, sermayenin iadesi ve faiz yasağı (*Keine Rückgewähr, keine Verzinsung der Einlagen / No restitution of the contributions, no interest accruing to same*) başlığını taşımakta ve ifa edilen sermaye taahhütlerinin, pay sahiplerine geri ödenmeyeceği (birinci fıkra) ve ayrıca pay sahiplerine faiz ödemesi taahhüt edilemeyeceği ve faizin ödenmeyeceği (ikinci fıkra) belirtilmektedir.
- 18 Sermayenin korunması ilkesi, esas sermaye sisteminin benimsendiği Kıta Avrupası Hukuku'nun temel prensiplerinden biridir. Bu doğrultuda çıkarılan ilk Yönerge, 77/91/EEC sayılı 1976 tarihli Yönerge'dir. Söz konusu Yönerge, 92/101/AET sayılı 1992 tarihli Yönerge ile revize edilmiştir. 2012/30/EU sayılı güncel Yönerge ise 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Esasında 2012/30/EU sayılı Yönerge halka açık şirketlere ilişkin olarak düzenlenmiş olsa da Yönerge'de benimsenen ilkeler halka kapalı şirketler için de uygulama alanı bulmuştur. 2012/30/EU sayılı Yönerge'nin 17/5. maddesi, bir takım durumlar hariç olmak üzere pay sahiplerine ödeme yapılamayacağını düzenlemektedir. İlgili hükme göre, pay sahiplerine yapılacak ödeme, yıllık finansal tabloda tespit edilen net kâr ve geçmiş yıl kârı ve dağıtımaya ayrılan yedek toplamından zararların ve ayrılması zorunlu yedeklerin çıkarılması ile elde edilen miktardan fazla olamaz. Söz konusu uygulama 'bilanço testi' olarak isimlendirilmektedir. Ayrıca ödemedeki kast edilen, kâr payı ve hazırlık faizidir. Bunların dışında bir ödeme yapılmamalıdır. Wulf Goette, Mathias Habersack and Susanne Kalss, *Münchener Kommentar Zum Aktiengesetz, AktG § 57* (C.H.Beck 2024) Rn. 1.

Hükümden yola çıkılarak ifade edilebileceği üzere, şirketin, edimin ifasını talep etme yetkisini haiz olması veya borçlunun tam değerli karşı edime sahip olması hallerinde, pay sahibine şirket tarafından sağlanan borçlar, sermayenin iadesi kapsamında değerlendirilmeyecektir¹⁹.

Tarihsel olarak bakıldığında, limited şirketler için kabul edilen görüş birkaç döneme ayrılarak incelenebilir. Federal Mahkeme'nin November Kararına²⁰ kadar kabul edilen görüşe göre, borç, piyasa koşullarına uygun olarak verilmiş ve şirkete tam değerli talep hakkı sağlanmış ise sermayenin korunmasına aykırılık oluşmayacaktır (bilançosal yaklaşım)²¹. Bununla birlikte bu görüş November Kararı ile değişmiştir²². Karara göre, verilen borcun bilançoaya alacak olarak kaydedilmesi ve şirkete sağlanan tam değerli talep hakkı, sermayenin korunması ilkesine uygun olarak borç verilmesi için yeterli değildir²³. Sağlanan borç, şirket kârından veya yedek akçelerden verilmemiş ise GmbHG § 30'un ihlali söz konusu olacaktır. Mahkeme, şirket tarafından GmbHG § 30'a aykırı olmayacak şekilde pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarını bir takım koşullara bağlamıştır: i. verilen kredi aynı zamanda şirketin menfaatine olmalı, ii. kredi, piyasa koşullarına uygun bir şekilde verilmiş olmalı²⁴, iii. pay sahibinin mali durumu ve sağlanan teminatlar, kredinin geri ödenmesine şüphe bırakmayacak nitelikte olmalıdır²⁵. Fakat MoMiG²⁶ ile birlikte²⁷, bilançosal yaklaşıma geri dönülmüştür²⁸. Başka bir deyişle, pay sahiplerine borç verilmesi, bilançoda yer alan kayıtlarda meydana gelecek değişimler olarak görülmektedir. Dolayısıyla, şirketin tam değerli talep hakkının mevcut olması veya tam değerli bir karşı edimin var olması hallerinde²⁹, pay sahiplerine sağlanan borçlar, sermayenin korunmasına aykırı bir şekilde yapılmış ödemeler olarak değerlendirilmeyecektir³⁰. O halde, tam değerli talep hakkının ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Tam değerli talep hakkı, borçlunun borcunu ifa edeceğine ilişkin bir şüphenin bulunmaması, borçlunun kredibilitésinin yüksek ve uygun ekonomik

19 Holger Fleischer and Wulf Goette, *Münchener Kommentar zum GmbHG, GmbHG § 30* (C.H.BECK 2022) Rn. 5; Lutz Michalski, Andreas Heidinger, Stefan Leible and Jessica Schmidt, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG § 30* (C.H.Beck 2023) Rn. 10.

20 BGH, Urteil vom 24.11.2003 – II ZR 171/01 (OLG Nürnberg). Söz konusu mahkeme kararı limited şirketler için verilmiş olsa da, GmbHG § 30 hükmünde yer alan ifadelerin AktG § 57'de de yer almasından dolayı, kararın anonim şirketler için de dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, karar tarafından ortaya konan ölçütlerin, pay sahiplerinin şirkete karşı daha net hükümler çerçevesinde borçlanmasını sağladığı; ek olarak şirketler topluluğu esasları çerçevesinde oluşan 'nakit havuzu/cash-pooling' uygulamasına şeffaflık kazandırdığı belirtilmiştir. Martin Henssler, *beck-online. GROSSKOMMENTAR zum GmbH-Recht* (C.H.BECK 2024) Rn. 147; Holger Altmeppen, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG § 30* (C.H.BECK 2023) Rn. 78-81.

21 Altmeppen (n 20) Rn. 83.

22 Toraman Çolgar (n 3) 26.

23 Michalski, Heidinger, Leible and Schmidt (n 19) Rn. 54.

24 Altmeppen (n 20) Rn. 77.

25 Henssler (n 20) Rn. 147.

26 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) Vom 23. Oktober 2008 (BGBl. 2008 I).

27 MoMiG Hükümet Taslak ve Gereççesi, s. 53; MoMiG ile getirilen düzenlemelerin temelinde 'nakit havuzu/cash-pooling' uygulamasının yer aldığına ilişkin açıklamalar için bkz. Altmeppen (n 20) Rn. 102-104.

28 Fleischer and Goette (n 19) Rn. 11; Michalski, Heidinger, Leible and Schmidt (n 19) Rn. 27; Altmeppen (n 20) Rn. 11.

29 Tam değerlin tespitiine ilişkin olarak bkz. Altmeppen (n 20) Rn. 74-76; Fleischer and Goette (n.19) Rn. 13.

30 Altmeppen (n 20) Rn. 107-108.

koşullara sahip olduğundan emin olunmasıdır³¹. Borçlunun mali durumunun iyi olması şartı, borcun verildiği zamanda sağlanmış olmalıdır. Sonradan borçlunun mali durumunun bozulmuş olması, sermayenin korunması ilkesine aykırılık doğurmayacaktır³². Bununla birlikte, borçlunun borcunu ödememe ihtimalinin öngörülebilir olduğu hallerde, şirket yöneticisinin özen ve sadakat yükümlülükleri temelinde tedbirli davranması beklendiğinden, borçlunun mali durumu dikkate alınarak, sözleşmeye, bir takım unsurlar eklenmelidir. Tüketim ödücü sözleşmesinin uzun süreli yapılmaması³³, şirkete fesih yetkisi verilmiş olması, faiz şartının öngörülmüş olması ve son olarak pay sahibi tarafından teminat sağlanmış olması³⁴ gibi unsurlar, basiretli bir yöneticinin dikkate alması gerektiği unsurlardır³⁵.

Anonim şirketlerde ise pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanması, Alman Paylı Ortaklık Kanunu (Aktiengesetz – AktG) §57'de³⁶ düzenlenen sermayenin iadesi ve faiz yasağı hükmü kapsamında³⁷ değerlendirilmiştir. Zira AktG §57'de, şirket ortakları tarafından sağlanan sermayenin, pay sahiplerine geri ödenemeyeceği belirtildikten sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, şirketin tasfiyesine kadar, pay sahiplerine ancak yıllık kârdan dağıtım yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu noktada, kâr payı dışında pay sahiplerine yapılan dağıtımlar, sermayenin iadesi yasağının ihlali olarak nitelendirilebilir³⁸. Ancak, hükmün birinci fıkrasında, ortaklara sağlanan borçlandırmalarda, şirketin, pay sahibine karşı tam değerli geri ödeme talebine³⁹ veya karşı edim talebine sahip olması halinde, sermayenin iadesine ilişkin yasağın uygulanmayacağı belirtilmiştir⁴⁰. GmbHG § 30'da

31 İbid Rn. 107-108.

32 Toraman Çolgar (n 3) 33.

33 MoMiG Hükümet Taslak ve Gerekçesi s. 53.

34 Teminatın özellikle uzun dönemli kredi sözleşmeleri için önemli olduğu ile ilgili bkz. Altmeppen (n 20) Rn. 125.

35 Borcun verilmesi, şirket bağlı malvarlığından sağlanacak ise bu halde borç talebi reddedilmelidir. Şirket yöneticilerinin GmbHG §30'a aykırı şekilde sağladıkları kredilerden dolayı GmbHG §43'ün üçüncü fıkrasına göre sorumlulukları doğacaktır. Michalski, Heidinger, Leible and Schmidt (n 19) Rn. 133. Ayrıca sermayenin korunması ilkesi temelinde doğabilecek hukuki sorumluluklara ilişkin olarak bkz. Fleischer and Goette (n.19) Rn. 25-33.

36 AktG §57'de, GmbHG § 30'a paralel bir düzenleme mevcuttur. Hükümde sermayenin iadesi yasaklandıktan sonra, hangi işlemlerin yasak kapsamında olmadığı düzenlenmiştir. GmbHG § 30'a benzer şekilde, AktG §57 de i. Hazine hisselerinin satın alınması için ödenen bedeller; ii. Hâkimiyet sözleşmesi ve kârın devri sözleşmeleri kapsamında yapılan ödemeler; iii. Pay sahibine verilen ve tam değerli geri ödeme talebi bulunan borçlandırmalar yasak kapsamı dışında tutulmuştur.

37 İlgili hükme göre, pay sahiplerine, sermayenin iadesi söz konusu olamaz. Getirilen sermayeye faiz işletilemez. Ayrıca, pay sahiplerine sadece bilanço karından kâr payı dağıtılabilir. Tarihsel gelişim dikkate alınarak hükmün amacının şirket alacaklılarını korumak olduğu ifade edilmiştir. Henssler (n 20) Rn. 5-10.

38 AktG hükümlerine uygun şekilde yapılan kâr payı dağıtımları hariç olmak üzere, hangi isim altında olursa olsun açık veya örtülü olarak pay sahiplerine veya pay sahipleri ile ilişkili olan kişilere yapılan ödemeler, sermayenin iadesi yasağı ilkesi kapsamında AktG §57'ye aykırılık doğuracaktır. Bu anlamda, uzun zamandır şirket ortağı olan pay sahiplerine verilen 'saklama primleri', genel kurula katılan ortaklara verilen 'katılım primleri' vb. yasak kapsamındadır. Goette, Habersack and Kalss (n 18) Rn. 47; Henssler (n 20) Rn. 11-12, 17.

Sermayenin iadesi yasaklanmış olmakla birlikte, bu hüküm, şirket ile pay sahipleri arasında meydana gelebilecek hukuki işlemlerin topyekün engellendiği anlamına gelmemektedir. Hükümde yasaklanan işlemler, pay sahibi menfaatine, şirkete zarara uğratan işlemlerdir. Bu temelde, piyasa koşullarına uygun, şirket menfaatlerinin gözetildiği işlemler taraflar arasında icra edilebilir. Burada özellikle 'üçüncü kişi testi'nin uygulanması suretiyle, şirket menfaatlerinin korunup korunmadığı test edilmelidir. Henssler (n 20) Rn. 19-21.

39 Burada kast edilen şirketin sağladığı menfaatin piyasa değerine (gerçek değerine) eş bir talep hakkıdır. Henssler (n 20) Rn. 149.

40 Limited şirketlerde olduğu gibi anonim şirketlerde de MoMiG ile birlikte, özellikle şirketler topluluğu açısından,

olduğu gibi burada da gerçek değerde talep hakkının tespiti önem arz etmektedir. Gerçek değerde bir talep hakkının sağlanabilmesi için verilen kredinin gerçek değerine eş bir talep hakkının varlığı ve ayrıca uygun bir faiz oranının⁴¹ belirlenmesi gerekmektedir⁴². Ayrıca, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarında, sermayenin iadesi yasağının oluşmaması için borç verilen pay sahibinin nezdinde borcu ödememe şüphesi oluşmamalıdır⁴³. Aksi halde, hükümde yer alan ‘tam değer’ şartı oluşmamış kabul edilebilir⁴⁴.

İsviçre Hukuk sistemine bakıldığında ise Almanya’ya benzer şekilde İsviçre Borçlar Kanunu’nda (Obligationenrecht – OR), pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarını düzenleyen ayrı bir hükme yer verilmediği görülecektir. Bununla birlikte, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmaları,

- Ödenmiş sermaye payının iadesi yasağı (OR m. 680/2),
- Kâr payının dağıtımına ilişkin sınırlandırmalar (OR m. 675),
- Haksız ve kötü niyetli açık ya da örtülü kâr aktarımlarına bağlanan sonuçlar (OR m. 678),
- Şirket ile pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve bunlarla ilişkili olan kimselerle yapılan hukuki işlemlerde tarafların yükümlülükleri arasındaki açık orantısızlıklara bağlanan sonuçlar (OR m. 678) dikkate alınarak bir değerlendirilmenin yapılması gerekmektedir.

Anonim şirket pay sahiplerinin hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği Kanun’un 660 ila 697. maddeleri arasında yer alan sermayenin iadesi yasağı ve pay sahiplerine yapılan kötü niyetli ve hukuka aykırı ödemelerin iadesine ilişkin hükümler, pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları açısından önem arz etmektedir. OR m. 680/2’ye göre, pay sahibinin ödediği sermaye payını⁴⁵ geri alma hakkı

topluluğa dâhil şirketlerin nakit ihtiyaçları göz önünde bulundurularak, nakit havuzu/cash pooling uygulamasına uygun düzenlemeler Kanun kapsamına dâhil edilmiştir. Bu doğrultuda, AktG §57 de kabul edilen sermayenin iadesi yasağına bir istisna getirilmiş ve şirketin, borçluya karşı tam değerli geri ödeme talebine veya karşı edim talebine sahip olması halinde, sermayenin iadesine ilişkin yasağın uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm şirketler topluluğu temelinde ortaya çıkarılmış olsa da, topluluk olmaksızın, şirket pay sahiplerine sağlanan borçlandırmalarda da uygulanacaktır. BGH II ZR 171/07 11/24/2003; Goette,Habersack and Kalss (n 18) Rn. 40-44.

41 Goette,Habersack and Kalss (n 18) Rn. 49; Henssler (n 20) Rn. 147

42 Kanun lafzında geçen “*durch einen vollwertigen Gegenleistungsoeder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär / by a fully recoverable claim against the stockholder to counter-performance or to restitution*” ifadelerinin nakit borçlanmalarda faizi de kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gerektiği öğretide ileri sürülen bir görüştür. Verilen borç aynı bir borç ise, söz konusu eşyanın aynen iade edilmesiyle tam değerli karşı edim sağlanmış olacaktır. Fakat para borçlarında sağlanan borcun faiz olmaksızın birebir iade edilmesi AktG § 57’de yer alan ‘gerçek değer’ ifadesini karşılamamaktadır. Sağlanan borca karşılık bir faiz şartı öngörülmüş olması, AktG § 57’de kastedilen gerçek değerli talep hakkına karşılık gelmektedir. Faiz koşulu olmaksızın verilen borçlar AktG § 57’ye aykırılık oluşturacaktır. Henssler (n 20) Rn. 148, 149

43 Söz konusu şüphenin ortadan kalkmasına destek olmak amacıyla, borçlunun teminat göstermesi söz konusu olabilir. Goette,Habersack and Kalss (n 18) Rn. 46.

44 Henssler (n 20) Rn. 150-157.

45 Pay sahibinin ödediği nominal değer ve varsa primlerin dikkate alınması gerekmektedir. Markus Vischer, ‘Art. 675-682’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz and Roland Frank Hausor (eds) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023) 2003-2014.

bulunmamaktadır⁴⁶. Bu temelde, usulüne uygun olarak yapılan kâr payı ödemeleri⁴⁷ hariç olmak üzere, sermayenin açık veya örtülü şekilde pay sahiplerine iade edilmesi m. 680/2 hükmü gereği yasaklanmıştır. Ayrıca, OR m. 678'e göre, pay sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve bunlarla ilişkili olan kişilere⁴⁸, haksız ve kötü niyetli olarak dağıtılan kâr payı, kazanç payı, kazançtan alınan sair paylar, kurucu menfaatleri ve örtülü kâr dağıtımlarının⁴⁹ geri verilmesi talep edilebilir. Bunlara ek olarak, şirket ile yukarıda ifade edilen kimseler arasında bir hukuki işlem tesis edilmiş ve hukuki işlemde doğan bedel ile edim arasında şirketin aleyhine olacak şekilde açık bir uyumsuzluk mevcut ise pay sahibinin elde ettiği varlıkları geri vermesi söz konusu olabilir⁵⁰. Bedel ile edim arasındaki uyumsuzluğun tespitinde, şirketin mali durumuyla birlikte diğer verilerin de dikkate alınması gerekmektedir⁵¹. Bu noktada, hukuki işlemde doğan edimler arasında bir orantısızlığın mevcut olup olmadığı 'üçüncü kişi' testi ile ölçülmelidir⁵². Başka bir ifadeyle, karşı taraf, şirket pay sahibi olmak yerine üçüncü bir kişi olsa idi, şirketin elde ettiği karşılığın orantısız olduğu tespit edilecek idiyse, söz konusu hukuki işlemde doğan ve pay sahibi tarafından elde edilen menfaat iade edilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karar, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının değerlendirilmesi açısından önemli noktalara temas etmektedir. Mahkeme, somut olayı Vergi Hukuku açısından değerlendirmiş ve ortaklara sağlanan borçların, kimi unsurları taşımaması halinde, örtülü kâr payı aktarımı olarak tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 30.01.2012 tarihli Kararına (BGE 138 II 57) göre, bir şirketin ortaklarına kredi vermesi yasak olmamakla birlikte, bu kredinin hukuka aykırılık teşkil etmemesi için bir takım koşulları sağlaması gerekmektedir. Aksi halde, kredi alan açısından gelir niteliğine sahip olması gereken ödemeler, kredi esaslarına tabi tutulmakta ve vergilendirme işlemi yapılamamaktadır. Mahkeme Kararına göre, söz konusu borçların aynı koşullar altında üçüncü kişilere (yakın ilişkili olunmayan üçüncü kişilere) verilip verilmeyeceği test edilmelidir. Zira söz konusu borç, şirketin faaliyet konusu kapsamında, alacaklının kredibilitesi olmamasına rağmen, faiz, teminat ve ödeme zamanı belirtilmeksizin, şirketin mali durumuna uygun olmayacak şekilde sağlanmışsa ve bir yazılı sözleşme yoksa üçüncü taraf testini geçemeyecek ve Kanun'a aykırı olarak nitelendirilecektir⁵³.

46 OR m. 680/2: "Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu / A shareholder does not have the right to reclaim the amount paid-up."

47 Kâr payının dağıtılmasına ilişkin olarak OR m. 675.

48 İlişkili kişilerden; kişisel, ekonomik, hukuki veya fonksiyonel açıdan pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri ile ilişkisi bulunan kimseler anlaşılmalıdır. Önemli olan nokta, pay sahibinin, üçüncü kişi aracılığıyla dolaylı olarak menfaat temin edebilmesidir. Vischer (n 45) 2003-2014; Toraman Çolgar (n 3) 147-152; Henssler (n 20) Rn. 80.

49 OR m. 678'in kapsamı, hükümde sayılan ödemeler ile sınırlı değildir. Burada sayılmayan fakat aynı şekilde haksız ödemelere neden olan her türlü aktarım m. 678 kapsamında değerlendirilmelidir. Meyer Manuel, *Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde* (Berner Kommentar 2023) 197-202.

50 İbid 197-202.

51 İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 140 III 602 sayılı kararında, şirketin mali durumunun, tek başına bir gösterge olarak değerlendirilmemesi gerektiği, ifade edilmiştir. Zira şirketin mali durumunun iyi olması haksız menfaat sağlanması için bir gerekçe oluşturmayacaktır.

52 Manuel (n 49) 199.

53 İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 138 II 57 sayılı kararı.

Mehaz Kanun hükümleri, açıkça pay sahipleri tarafından şirkete karşı borçlanmayı yasaklamamakla birlikte, şirket alacaklılarının ve özellikle küçük pay sahiplerinin menfaatlerini göz önünde bulundurmaları suretiyle, şirkete karşı borçlanmayı, sermayenin korunması ilkesi ve sermayenin iadesi yasağı kapsamında ele almaktadır. Bu doğrultuda, pay sahibine sağlanan borcun, anonim şirket ilkelerine uygun olması açısından aşağıda sayılan unsurların sağlanması gerekmektedir:

- Kısa süreli, yazılı bir sözleşmenin varlığı,
- Tam değerli geri ödeme talebinin şirkete sağlanmış olması,
- Borca karşılık gelecek değerde bir teminatın sunulmuş olması,
- Faiz şartı ve oranının tespit edilmiş olması,
- Taraflarca yüklenilen edimlerin birbirine uygun olması,
- Borçlanan pay sahibinin borcu ödeyecek mali güce sahip olması.

C. TÜRK HUKUKUNDA BORÇLANMA YASAĞI

1. Borçlanma Yasağının Muhatabı ve “Borçlanma” Kavramı

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanma yasağı, (i) yasak kapsamındaki kişiler ve (ii) yasak kapsamındaki işlem türleri olmak üzere iki unsur dikkate alınarak incelenebilir:

(i) Yasak kapsamındaki kişiler:

TTK'nın 358. maddesi, pay sahibinin şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin olduğundan, yasak kapsamında değerlendirilecek kişilerin, öncelikle pay sahibi olması gerekmektedir. Kişiler, Kanun'da belirtilen usul ve esaslara uygun şekilde pay sahipliğini elde ettikleri andan itibaren m. 358 kapsamında yasak dâhilinde olacaktır⁵⁴. Şirkette sahip olduğu pay oranı veya imtiyazlı paylar dikkate alınmaksızın tüm pay sahipleri borçlanma yasağı kapsamındadır⁵⁵.

Öğretide, borçlanma yasağının doğması için şirketin, kişinin pay sahibi olduğunu bilmesinin gerekliliğine ilişkin bir tartışma yürütülmüştür. Nihayetinde, borçlanma yasağı kapsamında olması için kişinin, şirket tarafından, pay sahibi olduğunun bilmesi gerekmediği yönünde ortak görüş ortaya çıkmıştır⁵⁶. Şirketin, pay sahibinin kimliğini bilmemesi durumu, 27/12/2020 tarihli 7262 sayılı Kanun'un⁵⁷ 32. maddesiyle TTK'nın 489. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte artık pek mümkün

54 Hızır (n 3) 238.

55 İntifa hakkı sahibinin, bu hakkı kazandığı andan itibaren, borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Toraman Çolgar (n 3) 144-146; Aydın Alber Yüce, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı' (2012) 2(2) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 61, 66-68; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esasları* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 197. Karşı görüş için bkz. Hızır (n 3) 238.

56 Korkut (n 3) 1641; Toraman Çolgar (n 3) 135.

57 Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 7262, Kabul Tarihi: 27/12/2020, RG 31.12.2020/31351-5. Mükerrer.

gözükmemektedir⁵⁸. Zira 489. maddenin birinci fıkrasına göre, hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak payı devralan tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşuna (MKK) yapılacak bildirimle hüküm ifade edecektir. Hamiline yazılı pay senedi sahipleri ile sahip oldukları paya ilişkin bildirimler MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda kayıt altına alınmaktadır⁵⁹. Ayrıca, 417. maddenin birinci fıkrasına göre⁶⁰, genel kurulda hazır bulunanlar listesi MKK tarafından oluşturulacağından⁶¹, hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin şirket tarafından bilinmemesi söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, şirket tarafından MKK'dan pay sahipleri çizelgesi alınmaya kadar, hamiline yazılı pay senetlerini devralarak ortak sıfatını kazanan kişilerin, borçlanma yasağı kapsamında olmaları için bu kimselerin şirketçe ortak olduklarının bilinmesi aranmamalıdır.

Söz konusu kanuni değişiklikte birlikte, tartışılması gereken diğer bir mesele, devralmanın MKK'ya bildirim yapılınca kadar, devralanın, pay sahibi sıfatı ile şirketten borç alıp alamayacağı meselesidir. Hamiline yazılı pay senetlerinin zilyetliğinin nakliyle, ortaklık payının devri sağlanmakta; fakat devrin şirket ve üçüncü kişiler nezdinde sonuç doğurması için devrin MKK'ya bildirilmesi gerekmektedir⁶². MKK'ya bildirimde bulunulmaması hâlinde, hamiline yazılı pay senedine sahip olanlar, TTK'dan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapılınca kadar kullanamayacaktır. Hamiline yazılı pay senedine bağlı hakların şirkete ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde MKK'ya yapılan bildirim tarihi esas alınacaktır (TTK m. 489/2). 489. maddede yapılan değişiklik temelinde ifade edilebilir ki, MKK'ya bildirim, hamiline yazılı payların sağlıklı bir şekilde devrinin sağlanması için aranmamaktadır. Bildirim, devralanın TTK'dan kaynaklanan paya bağlı haklarını kullanabilmesi için kanuni bir yükümlülük olarak oluşturulmuştur⁶³. Bu bağlamda, MKK bildirim yapılmadığı sürece devralan, ortak olmanın verdiği genel kurula katılma, kâr payı talep etme, iptal davası açma gibi haklardan yararlanamayacak fakat pay sahibi sıfatını haiz olacaktır. TTK m. 358 kapsamındaki yasak pay sahipliği sıfatı ile ilişkilidir. Dolayısıyla şirket ortağının, pay sahipliği haklarından yararlanamaması söz konusu olsa da borçlanma yasağı kapsamında olduğu ifade edilmelidir.

TTK'nın 358. maddesi, pay sahipleri ile ilişkili kimselere yönelik olarak bir hüküm barındırmamaktadır. Fakat yukarıda ifade edildiği gibi, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 395. maddenin ikinci fıkrası, sadece yönetim kurulu üyelerine ilişkin değildir; aynı zamanda yönetim kurulu üleriyle ilişkili pay sahibi olmayan kimselerin de yasak kapsamında olduğunu ifade etmektedir. Bu noktada, 358. maddede borçlanma yasakları düzenlenen pay sahipleri

58 TTK m. 499 gereği, çıplak paylar ve nama yazılı paylar, pay defterine kaydedilmektedir. Dolayısıyla şirket ortaklarının kimler oldukları bilmektedir. Kanun değişikliğinden önce, pay sahiplerinin anonim olmaları hamiline yazılı pay senetleri için geçerliydi.

59 Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ m. 7/1. Başka bir ifadeyle, halka kapalı anonim şirketlerde, hamiline yazılı paylar, kayden izlenecektir.

60 7262 sayılı Kanun m. 29 ile değiştirilen TTK m. 417/1.

61 Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ m. 4, 6.

62 İsmail Kırca ve Ufuk Tekin, 'Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Çerçevesinde OECD Mali Eylem Görev Grubunun Hamiline Yazılı Paylarla İlgili Tavsiye Kararı ve Ulusal Mevzuatlarda Buna Uyum Çabaları' iç Mustafa Halil Çonkar, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Ahmet Özsoy ve İbrahim Çağrı Zengin (edr) *Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan* (On İki Levha Yayınları 2021) 476-487.

63 İbid 476-487.

ile ilişkisi bulunan kimselerin⁶⁴, yasak kapsamında olup olmadıklarının tartışılması gerekmektedir. TTK m. 358, TTK m. 395/2 ve 436/1⁶⁵ ile birlikte değerlendirilmeli ve sahip olunmak istenen kolektif amaç dikkate alınarak yorum yapılmalıdır. TTK m. 395/2 ve 436/1'de kanun koyuncunun muradı, şirketin sermaye ve menfaatinin korunmasının sağlanmasıdır. Bu temelde, m. 395/2 ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ve pay sahibi olmayan yakınlarının borçlanması yasaklanmıştır; ayrıca m. 463/1 ile kişisel menfaatlerin şirket menfaatinin önüne geçmesini engelleyici tedbirler alınmıştır. Pay sahiplerinin borçlanma yasağı, ilişkili oldukları kişileri hariç bırakacak şekilde düzenlenirse, Kanun'un dolanılması problemi ortaya çıkabilir⁶⁶. Bu bağlamda, tıpkı m. 395/2 ve 436/1'de olduğu gibi pay sahiplerinin ilişkili oldukları kişiler⁶⁷ de yasak kapsamı içinde değerlendirilmelidir⁶⁸.

(ii) Yasak kapsamındaki işlem türleri:

TTK m. 358 hükmünde kast edilen borç kavramı, geniş anlamdaki borç kavramı değil, dar anlamdaki borç kavramıdır⁶⁹. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu pay sahibiyle şirket arasında doğabilecek olan borç ilişkisini yasaklamamakta; fakat pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını sınırlandırmaktadır. Bu temelde, TTK m. 358'te benimsenen sınırlandırma, uygulamada da en çok karşılaşılan ve para borcunun doğmasına neden olan tüketim ödünçü sözleşmelerinden doğan borçlara yöneliktir⁷⁰. Bununla birlikte, 358. madde hükmünde, borçlanma dışında diğer hukuki işlemlerden söz edilmese de şirket tarafından, pay sahibinin şahsi borcu lehine teminat gösterilmesi, karşılıksız kullanım ödünçü verilmesi, borcun nakli⁷¹ gibi işlemler de pay sahibi lehine şirketin malvarlığının azalması sonucunu doğuracaklarından⁷², bu işlemlerin de borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁷³.

64 TTK m. 395'ten esinlenilerek, pay sahibi ile ilişkisi bulunan kimselerin, 'pay sahiplerinin eşi, alt ve üstsoyu, üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları' olarak belirtilebilir.

Ayrıca, hükümler arasında yeknesaklığın sağlanamamasına ilişkin eleştiriler için bkz. Kendigelen (n 3) 286; Hızır (n 3) 239.

65 TTK'nın 436. maddesinin birinci fıkrası oydan yoksun kalınan durumları düzenlemektedir. Hüküm ile sağlanmak istenen amaç, şirketin menfaati ile kişisel menfaatlerin kesişmesi durumunda, kişisel menfaatin ön plana çıkarılmak suretiyle karar alınmasının önüne geçilmesidir.

66 Korkut (n 3) 1641.

67 Vischer (n 45) 2003-2014; Toraman Çolgar (n 3) 147-152; Henssler (n 20) Rn. 80.

68 Altmeppen (n 20) Rn. 48-53; Tamer (n 7) 108.

69 Geniş anlamda borç kavramı, taraflardan birini, diğerine karşı, bir şey yapma, yapmama veya verme gibi, bir yükümlülük altına sokan hukuki ilişki olarak nitelendirilebilir. Dar anlamda borç kavramı ise borç ilişkisi doğuran işlem neticesinde, taraflardan her birinin yüklenmiş olduğu yükümlülük olarak tarif edilebilir. Bu temelde, TTK m. 358, şirket ile pay sahibi arasında kurulacak borç doğuran hukuki işlemleri yasaklamamakta; pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını sınırlandırmaktadır. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayıncılık, 2023) 21-22; Korkut (n 3) 1642; Toraman Çolgar (n 3) 169-170; Hızır (n 3) 233-238.

70 Kırca ve Gürel (n 3) 6; Toraman Çolgar (n 3) 171-172; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 12) 679.

71 Söz konusu hukuki işlemler m. 358'te sayılmamakla birlikte m. 395/2'de belirtilmiştir. TTK m. 395/2'nin kıyas yoluyla uygulanması veya m. 358'de geçen "borçlanma" kavramının geniş yorumlanmasıyla bu eksikliğin üstesinden gelineceği yönünde bkz. Toraman Çolgar (n 3) 191-195.

72 Şirketin malvarlığında azalma sonucunu doğurmayan borçlanmalar yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. Örneğin, pay sahibinin şirkete başta bulunma taahhüdünde bulunması ve bunu ifa etmemesi de pay sahibinin şirkete borçlanması sonucunu doğuracak fakat bu hal yasak kapsamında değerlendirilmeyecektir. Hızır (n 3) 236; Tamer (n 7) 104.

73 Hızır (n 3) 235; Toraman Çolgar (n 3) 191-195.

2. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanması İçin Aranan Unsurlar

TTK m. 358 gereğince, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri için (1) pay sahiplerinin, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olmaları ve (2) şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması gerekmektedir.

a. Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçların İfa Edilmiş Olması

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri için aranan ilk kıstas, vadesi gelmiş sermaye borçlarının ifa edilmesi⁷⁴ olduğundan, öncelikle anonim şirketlerde ne tür unsurların sermaye olarak getirilebilecekleri ve sermaye taahhütlerine ilişkin tasarruf işlemlerinin nasıl gerçekleşeceği açıklanmalıdır⁷⁵.

TTK m. 342'ye göre; para, kıymetli evrak, sermaye şirketlerine ait paylar, taşınır ve taşınmazlar ve bunların faydalanma ve kullanma hakları, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılabilir ve devredilebilir elektronik ortamlar, alan adları ve diğer aynı malvarlığı unsurları şirketlere sermaye olarak getirilebilmektedir. Ayrıca, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Bununla birlikte, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar⁷⁶ sermaye olarak getirilemez.

Aynı sermaye unsurlarının, şirkete intikali 128. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, değerleri bilirkişilerce tespit edilen esas sözleşmede aynı sermaye olarak belirtilen taşınmazlar, tapuya şerh verilmek suretiyle, fikri mülkiyet hakları ve diğer değerler, varsa özel sicillerine kaydedildikleri ve taşınırılar güvenli şekilde üçüncü kişiye tevdi edildikleri takdirde⁷⁷, aynı sermaye olarak kabul olunmaktadır. Şirket tüzel kişilik kazandığı anda malik sıfatıyla bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilir⁷⁸. Bu temelde, aynı sermaye unsurları, şirket henüz tüzel kişilik kazanmadan pay sahibinin uhdesinden çıkmakta, şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte, şirket artık bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hak ve yetkisine sahip olmaktadır⁷⁹. Dolayısıyla, sermaye taahhüdünün ifa edilmemesi gibi bir sonuç aynı sermaye unsurları için ortaya çıkmamaktadır⁸⁰.

74 Hükmün, 'vadesi gelmiş borcun' ifadeleriyle düzenlenmiş olması öğretide eleştirilmiştir. Bunun yerine, 'pay sahipleri ancak sermaye taahhüdünü tamamen ifa ettikten sonra şirkete karşı borçlanabilir' denilmek suretiyle hüküm oluşturulmalıydı. Kendigelen (n 3) 244; Fleischer and Goette (n 19) Rn. 14.

75 Sermaye koyma borcu iki aşamadan oluşmaktadır: borçlanma ve tasarruf. Anonim şirket esas sözleşmesine, sermaye unsurlarının kaydedilmesi taahhüt (borçlanma) işlemi, kayıt altına alınan bu değerlere ilişkin mülkiyet hakkının (veya yararlanma/kullanma) nakledilmesi ise tasarruf (devir/temlik) işlemidir. Devir/temlik/tasarruf işlemlerinin nasıl gerçekleşeceği TTK m. 128-130 arasında düzenlenmiştir. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Basi, Vedat Kitapçılık 2021) N. 128.

76 Mehmet Fatih Arıcı, 'Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı' (2015) 72(1) İÜHF 319, 328-334.

77 Taşınır eşyanın sermaye olarak taahhüdüyle ilgili olarak bkz. Necla Akdağ Güney ve Mustafa Alper Gümüş, 'Taşınırın Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi' (2013) 3(3) REGESTA 3, 22-25.

78 Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Anonim Şirketler Hukuku* (n 55) 205.

79 Akdağ Güney ve Gümüş (n 77) 22-25

80 Korkut (n 3) 1643; Hızır (n 3) 256, 257.

Muaccel alacakların sermaye olarak getirilmesinde ise TTK'nın 130. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İlgili maddeye göre, muaccel alacak, esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde şirket tarafından tahsil edilmelidir; tahsilat gerçekleşene kadar pay sahibi borcundan kurtulmuş olmamaktadır. Bu halde, bahsi geçen bir aylık süre içinde alacak tahsil edilene kadar, pay sahibinin sermaye borcunu ifa yükümlülüğü devam ettiğinden, bu süre boyunca şirkete karşı borçlanamaması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür⁸¹. Ancak kanaatimize göre bir aylık süre, alacak hakkının tahsilatı için şirkete verilmiş süredir. Şirket arzu ederse esas sözleşme tarihini takip eden ilk gün arzu ederse bir ayın sonunda alacağın ödenmesini talep edebilir. Dolayısıyla, bir aylık sürenin tamamı boyunca, pay sahibi açısından, vadesi gelmiş sermaye borcunun varlığı söz konusu değildir. Bu sonuca 130. maddenin üçüncü fıkrası dikkate alınarak da ulaşılabılır. İlgili hükümde, her ne sebeple olursa olsun, bu süre içinde alacak tahsil edilemediği takdirde, ortağın, bir aylık sürenin bitiminden itibaren geçecek günlerin temerrüt faizini ödeyeceği belirtilmiştir⁸². Sonuç itibarıyla, alacak hakkının tahsilatı için verilmiş olan bir ay boyunca veya bir aylık süre içinde alacak şirket tarafından tahsil edilinceye kadar, pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Alacağın, şirket tarafından tahsil edilememesi halinde veya her halde bir ay sonunda pay sahibinin sermaye borcu muaccel hale gelecek ve ifa edilmemesi halinde pay sahibi borçlanma yasağı kapsamında olacaktır.

Taahhüt edilen sermaye nakdi bir değer ise söz konusu değere karşılık gelen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, bakiye değer ise şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmelidir⁸³. Borçlanma yasağı bağlamında, nakdi sermaye taahhütlerinde, vade ve muacceliyet tarihinin tespit edilmesi önem kazanmaktadır. Nakdi sermaye taahhüdünden doğan borç yönetim kurulu⁸⁴ tarafından verilen bir ilan (çağrı/apel)⁸⁵ ile muaccel hale gelir⁸⁶. TTK m. 481'e

81 Hızır (n 3) 256.

82 TTK m. 130/3'e göre, alacak herhangi bir sebeple tahsil edilemediği takdirde, gecikmeden dolayı tazminat hakkı saklı kalmak kaydıyla, pay sahibi sürenin bitiminden itibaren geçecek günlerin temerrüt faizini de öder. Bu hükümle, borcun tahsil edilememe riski pay sahibine yüklenmektedir. Ayrıca hükümde, pay sahibinin temerrüt faizi ödeyeceğinin belirtilmesi, söz konusu borcun muaccel hale geldiğini ve pay sahibinin temerrüde düştüğünü ortaya koymaktadır. Ahmet Fatih Özkan, 'Sorumlu Olma' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-1* (Seçkin Yayınları 2023) 150.

83 Paylar primli ise primlerin tamamı tescilden önce ödenmelidir (TTK m. 344/1). Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 12) 346. Şirkete borçlanma yasağı payın itibari değerinin ödenmemesinden doğacaktır. Toraman Çolgar (n 3) 217; Hızır (n 3) 245-248.

84 Çağrının nasıl yapılacağı ve içeriğinin ne olacağı esas sözleşme veya genel kurul kararıyla belirlenebilir. Hükmün lafzında yer alan "esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde" ifadesi, çağrının şekil ve içeriğine ilişkindir. Esas sözleşmede farklı bir düzenleme öngörülmediyse çağrı, ilan yoluyla gerçekleştirilecektir. Bununla birlikte çağrının yönetim kurulu tarafından yapılması gerekmektedir. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015) 385; Aytekin Çelik, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2011) 132-133. Sevi'ye göre, çağrı yapma yetkisi, yönetim kurulunun yetkisindedir; fakat esas sözleşmeyle çağrıda bulunma yetkisinin genel kurula verilebileceğini ifade etmiştir. Sevi'ye göre, çağrı yönetim kurulu tarafından haksız bir şekilde yapılmıyorsa, genel kurul çağrısı gerçekleştirilmelidir. Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı* (Seçkin Yayınları 2013) 207-208; 221-222; aynı yönde bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023) N. 1040. Yaşar Can Göksoy, 'Ödemeye Çağrı' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023) 2987.

85 Apel kelimesi, Fransızca "Appel" (çağrı) kelimesinden türetilmiş ve Camiî Şehinşah tarafından tercüme edilen 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu esas alınarak hazırlanmış Kanunname-i Ticaret'te kullanılmıştır. Koray Ergin, 'Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş' (2016) 39 SDÜ Fen Edebiyat Sosyal Bilimler Dergisi 1, 16; Sevi (n 84) 207.

86 Pay sahibinin, bakiye sermaye borcunun muaccel hale gelmesi için yönetim kurulu tarafından ilan yolu ile ödemeye

göre, payların bedelleri, yönetim kurulu tarafından, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, pay sahiplerinden ilan yoluyla istenir. İlanda, ödenmesi istenen sermaye borcunun oranı veya tutarı ile ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağı açıkça belirtilir. Bu halde, ilanda belirtilen ödeme gününde borç muaccel hale gelecektir⁸⁷. Muacceliyet tarihinde borcun ödenmemesi halinde, pay sahibi açısından borçlanma yasağı doğmuş olacaktır.

b. Şirketin Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Kârının Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olması

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri için m. 358'de aranan şartlardan bir diğeri, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Şirket ile pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkilerin veya hukuki işlemlerin, belirli sınırlar içinde devam etmesini isteyen⁸⁸ kanun koyucu, şirketin mali durumu ile ilgili bir eşik belirlemiş; bu eşığı geçen şirketlerde, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmasına müsaade edilmiştir. Kanun koyucu bu sınırlandırmayla hem sermayenin korunması ilkesine hem de sermayenin iadesi yasağına uygun bir düzenleme ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca bu sınır, pay sahibine verilecek borcun üst sınırını da çizmektedir. Zira bu sınırı aşan düzeyde borç verilmesi aranan şartın ortadan kalkmasına neden olacaktır.

358. maddede belirtilen şartın tespit edilebilmesi için hükümde geçen kavramlar üzerinde durulmalıdır:

(i) Serbest yedek akçe:

Serbest yedek akçenin kavranabilmesi için öncelikle yedek akçenin ne olduğunun, kaynaklarının neler olduğunun ve nasıl kullanılacağına bilinmesi gerekmektedir. Yedek akçe, kanun koyucu tarafından tanımlanmamıştır. Fakat kanuni düzenlemeler ışığında öğreti, yedek akçeyi farklı şekillerde açıklamaktadır. İlk olarak yedek akçe, '*ana sermayenin bir parçası olan birikmiş kâr*' olarak tanımlanmıştır⁸⁹. Daha kapsamlı olacak şekilde, '*anonim şirket safi kârından ayrılan, ortaklara dağıtılmayan, şirket içinde bırakılan tutar*' olarak ifade edilmiştir⁹⁰. Öğretide diğer bir grup yazar

çağrı yapılmasının zorunlu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Borcun muacceliyeti için çağrı yapılması gerektiği görüşü için bkz. Sevi (n 84) 211; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III* (4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022) 2131; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (n 84) 385; Çelik (n 84) 132-133. Aksi görüş için bkz. Toraman Çolgar (n 3) 219-220. Yazara göre, hükmün bu kadar katı uygulanması, yönetim kurulunun sahip olduğu yetkinin, sermayenin korunması ilkesinin önüne geçmesine neden olacaktır. Bu sebeple, yönetim kurulu tarafından çağrı yapılması dahi yirmi dört ayın son günü vade tarihi olarak kabul edilmeli ve borç muaccel hale gelmelidir.

87 TTK m. 344'te, yirmi dört aylık bir süre verilmiş olsa da yönetim kurulunun bu sürenin sonlanmasını bekleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Dürüstlük kurallarına uygun olması şartıyla, yönetim kurulu, bakiye sermaye borcunun ifa edilmesini yirmi dört aylık süre içerisinde herhangi bir zamanda talep edebilir. Yönetim kurulu tarafından ilan edilen tarih kesin vade niteliğindedir. Böylece bu tarih borcun muaccel hale gelmesine vesile olacaktır. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I* (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022) 797; Tekinalp *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (n 84) 385; Sevi (n 84) 206; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 596.

88 Toraman Çolgar (n 3) 226.

89 Mahmut Tevfik Bırsel, *Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı C.1* (Ege Üniversitesi Matbaası 1973) 42.

90 Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017) 493; Erdoğan

yedek akçeyi, ‘*esas sermayeyi aşan net malvarlığı*’ olarak belirtmiştir⁹¹. Son olarak yedek akçe, ‘*ileride meydana gelecek zararları kapatmak, beklenen veya beklenilmeyen kayıp ve masrafları karşılamak, işletmenin idamesi ve gelişimini, istikrarlı kâr payı dağıtımını temin maksadıyla, kazançlardan alıkonulmak suretiyle açık veya gizli olarak ayrılan kıymet*’ olarak tanımlanmıştır⁹². Tüm bu tanımlar dikkate alındığında, yedek akçe, genel itibarıyla, kanun koyucunun sermaye şirketlerini tasarrufa yöneltmesi sonucu, şirketlerin ayırdıkları, belli bir kısmının nasıl kullanılacağı belirli olan şirket kârlarıdır. Bununla birlikte, yedek akçenin tek kaynağı şirket kârı değildir. Primli paylardan, ıskat kazançlarından, şirketin kendi paylarını iktisabından veya aktiflerdeki değer atışlarından yedek akçe temin edilmesi mümkündür. Bu temelde, en geniş haliyle, ödenmiş sermaye dışındaki, belli bir amaca özgülenmiş veya özgülenmemiş özkaynak/net malvarlığı yedek akçe olarak değerlendirilebilir⁹³.

Yedek akçeler, farklı kıstaslara göre farklı sınıflandırmalara tabi kılınmıştır. Bu kıstaslardan biri kullanımlarının serbest olup olmamasıdır⁹⁴. Yedek akçeler, kullanımlarının kanunen belirli olup olmamalarına göre serbest ve bağlı yedek akçe olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹⁵. Ayrıca yedek akçeler ayrılmalarına neden olan dayanaklara göre üç sınıfta toplanmaktadır. Bunlar; kanuni yedek akçe, ihtiyari yedek akçe (esas sözleşme) ve olağanüstü yedek akçedir (genel kurul kararı)⁹⁶. Kanuni, ihtiyari ve olağanüstü yedek akçeler, kullanımları serbest ise serbest yedek akçe, kullanımları kanunen belirlenmiş ise bağlı yedek akçelerdir.

Kanuni yedek akçeler, Kanun’da belirtilen koşulların oluşması halinde ayrılması zorunlu olan yedeklerdir. Kanuni yedek akçe, (i) genel kanuni yedek akçe (m. 519) ve (ii) şirketin iktisap ettiği paylar üzerinden ayrılan yedekler ve yeniden değerlendirme fonları (m. 520) olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Moroğlu, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015) 213; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9. Baskı, Dora Yayıncılık 2013) 518.

Ancak bu tanım, yedek akçenin salt kârdan ayrılmaması, başka kaynaklarından da yedek akçenin ayrılıyor olmasından dolayı eleştirilmiştir. Raziye Aksu Özkan, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kanuni Yedek Akçe Kavramına Bağlı Hukuki Sonuçlar’ (2021) 23(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339, 342.

91 Pulaşlı, *Şerh Cilt III* (n 86) 2619; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1490; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt II* (Adalet Yayınevi 2022) 523.

92 Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımını* (On İki Levha Yayınları 2018) 183-187; Senar Çağırğan Tuncer ve Yasin Ulusoy, ‘Yedek Akçeler’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şener Ertaşa’ya Armağan) 1971, 1974.

93 Esasında yedek akçeler, esas sermayenin ödenmiş kısmıyla birlikte, şirket bilançosunun pasif kısmında yer alır ve aktif kısmında belirtilen değerlerin karşılıklarını oluştururlar. Ödenmiş sermayeden farklı olarak, yedek akçeler üzerinde tasarrufta bulunma imkânı doğabilir. Bu nedenle bunlar, şirket özkaynağının değişken kısımlarıdır. Bilgili ve Demirkapı (n 90) 518.

94 ‘Serbest yedek akçe’ FTTK tarafından tanımlanmamakta; fakat Kanun’un farklı maddelerinde ‘serbest yedek akçe’ (m. 358, 509), ‘serbestçe kullanılabilir öz kaynak’ (m. 583/5; 612.), ‘serbestçe kullanılabilir yedek akçe’ (m. 605), ‘yedek akçelerin serbestçe kullanılabilir kısımları’ (m. 462/1) gibi ifadelerle yer verilmektedir.

95 Güven Sayılğan ve Kemal Şenocak, ‘Şirketin İktisap Ettiği Kendi Pay Senetleri İçin Ayrılan Yedek Akçe ve Yeniden Değerleme Fonları’ iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023) 3450-3499; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1978-1985; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N 1499-1508.

96 Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3450-3499; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1978-1985; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N 1499-1508.

TTK'nın 519. maddesinde düzenlenen ve şirket kârından ayrılan genel kanuni yedek akçeler iki tertipte toplanmaktadır. Birinci tertip (m. 519/1); şirket yıllık kârının⁹⁷ %5'i, ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar yedek akçeye ayrılmasıdır. %20'lik eşiğe ulaşıldıktan sonra birinci tertip kanuni genel yedek akçe ayırma zorunluluğu ortadan kalkmaktadır⁹⁸. İkinci tertip ise (m. 519/2, c), pay sahiplerine %5 oranında kâr payı (birinci temettü) ödendikten⁹⁹ sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın %10'unun yedek akçe olarak ayrılmasıdır. İkinci tertip ayırımının yapılabilmesi için ilk şart, şirket pay sahiplerine ödenmiş sermayenin¹⁰⁰ en az %5'i oranında¹⁰¹ kâr

97 Birinci tertip yedek akçenin matrahının belirlenmesi için 'yıllık kâr' kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Öğreti bu noktada farklı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre yıllık kâr, dönem kârından (gelirler – masraflar) varsa geçmiş yıl zararlarının çıkarılması ile kalan sonuçtur. Birinci görüşün temel dayanağı, yedek akçenin vergi öncesi kârından ayrılması, şirketin daha az kâr payı ödemesine ve daha çok yedek akçe ayırmasına neden olacaktır. Bu durum ise şirketlerin mali açıdan güz kazanmasını sağlayacaktır. Ferhat Fahrhan, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması' (2011) 224 Yaklaşım Dergisi 94, 99.

İkinci görüşe göre ise yıllık kâr dönem kârında varsa geçmiş yıl zararlarının ve mali yükümlülüklerinin (vergi yükümlülükleri) çıkarılması ile elde edilen sonuçtur. İkinci görüşün temel dayanağı ise birkaç noktada özetlenebilir. İlk olarak, şirket açısından gider niteliğinde olan vergi ve mali yükümlülüklerin düşülmesi muhasebe tekniğine daha uygundur. Sonrasında, dönem kârı esasında şirketin tasarruf yetkisinde bulunmayan mali yükümlülükleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla dönem kârı üzerinden yapılan hesaplama, şirketin kendisine ait olmayan bir miktar nakdi dağıtması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, birinci tertip yedek akçenin matrahi vergi yükümlülüklerinin indirilmesi ile tespit edilen değer olmalıdır. Bu görüş öğretide daha çok destek bulmaktadır. Salih Canöz, 'Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması' (Seçkin Yayınları 2016) 70-75; Kerem Çelikboya, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı' (On İki Levha Yayınları 2021) 157; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 208-209; Üçışık ve Çelik, *Anonim Ortaklıklar* (n 91) 526; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1978; Hasan Karşoğlu, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı* (Adalet Yayınevi 2015) 84; Yaşar Karayalçın, 'Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Açısından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları' (1990) 15(3) BATİDER 137, 138-140.

Başka bir görüşe göre, yıllık kâr, bilançoda görülen dönem kârıdır. Başka bir ifadeyle, gelirlerden giderlerin (masrafların) çıkarılmasıyla elde edilen kârdır. Yıllık kâr kavramı tercih edildiğinden geçmiş yıl zararları olsa bile birinci tertip yedek akçe ayrılır. Bu sebeple varsa bile geçmiş yıl zararları düşülmeden bulunan matrah üzerinden birinci tertip yedek akçe ayrılmalıdır. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1513-1513; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3457, 3461.

98 Zorunlu ayırma sona erdikten sonra, isteğe bağlı olarak, yedek akçe ayırımına devam edilebilir. Bkz. Thomas Meister, 'Art. 671-674' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz, Roland Frank Hausor (eds.) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023) 1982. Bu şekilde ayrılan yedekler, genel kanuni yedek akçe esaslarına bağlı olarak kullanılır. Pulaşlı, *Şerh Cilt III* (n 86) 2627.

99 6772 s. eski TTK hükümlerinden farklı olmak üzere, birinci temettü ödendikten sonra, ikinci tertip genel kanuni yedek akçe yükümlülüğü doğacaktır. 6779 s. TTK m. 466'da, safi kâr, pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra, pay sahipleri ile kâra iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda birinin, genel kanuni yedek akçeye ayrılacağı belirtilmekteydi. 6102 s. TTK'da ise kâr payının ayrılması değil dağıtılması halinde ikinci tertip yedek akçenin ayrılması düzenlenmiştir. Veliye Yanlı, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı' (2014) 30/1 BATİDER 5, 19-20; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3466-3467.

100 Kanunda hangi değerin dikkate alınması gerektiği net olarak açıklanmamıştır. Fakat TTK m. 511'de, yönetim kurulu üyelerine ödenecek kazanç paylarının ancak pay sahiplerine ödenmiş sermayenin %5'i oranında kâr payı verildikten sonra ödenebileceği düzenlenmiştir. Bu temelde, genelde öğretilde kabul edilen görüş, pay sahiplerine ödenecek kâr payı oranının ödenmiş sermayeye göre hesaplanması gerektiği yönündedir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N.1520; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1988; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3468; Raziye Aksu Özkan, *Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2015) 270; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 243. Yıllık kâr, kâr hesaplamasına ilişkin karşı görüş için bkz. Karşoğlu (n 97) 86; Canöz (n 97) 78.

101 Söz konusu yükümlülüğün doğması için en az %5 oranında kâr payı dağıtılmalıdır. Bu değer altındaki oranlarda yedek akçe ayırma yükümlülüğü doğmayacaktır. Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 238. Ayrıca, dağıtılan toplam kâr payının, ödenmiş sermayenin %5'ini karşılması yeterlidir. Başka bir ifadeyle, imtiyazlı pay sahiplerinin daha yüksek oranda veya diğer pay sahiplerinin daha az oranda kâr payı almış olması bu durumu etkilemeyecektir. Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1979) 319-320; Yanlı (n 99)19-20; Sayılğan

payının ödenmiş olmasıdır. İkinci şart ise şirket pay sahiplerine kâr payı dağıtıldıktan sonra pay sahipleri ile kâra katılacaklara (pay sahiplerine, yöneticilere, intifa hakkı sahiplerine)¹⁰² ayrılan miktarın (ikinci temettü) %10'unun tespit edilmesi ve bu tutarın genel kanuni yedek akçe olarak ayrılmasıdır. Burada ayırım, “*dağıtılmasına karar verilen kâr*” üzerinden yapılmaktadır¹⁰³. Ayrıca söz konusu ödemelerin net dönem kârından¹⁰⁴ ödenmesine ilişkin bir koşul bulunmamaktadır¹⁰⁵. İkinci tertip ayırimda, üst sınır belirlenmemiştir. Dolayısıyla, genel kanuni yedek akçelerin toplamı ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşmış olsa dahi, dağıtılmasına karar verilen kârın %10'u ayrılmaya devam edecektir.

Şirket kârı dışında diğer kaynaklardan genel kanuni yedek akçe ayrılması yine Kanun'un 519. maddesinde düzenlenmiştir. 519. maddenin ikinci fıkrasına göre, m. 519/1'de düzenlenen sınıra ulaşıldıktan sonra, başka bir deyişle, ödenmiş sermayenin %20'si değerinde yedek akçe biriktikten sonra dahi, aşağıda yer alan kaynaklar da genel kanuni yedek akçe olarak ayrılır:

- Yeni paylardan sağlanan primlerin (agio), çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısımları.
- Iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderleri düşüldükten sonra kalan kısım¹⁰⁶.

TTK m. 519/2, a ve b bentlerinde düzenlenen pay ihraç primleri ve pay iptal kârlarının tamamı – m. 519/1'den farklı olarak sınırlı bir oran olmaksızın – genel kanuni yedek akçe olarak ayrılmaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla ödenmiş sermayenin %20'si sağlanmış olsa dahi söz konusu yedekler ayrılmaya devam edecektir¹⁰⁸.

Genel kanuni yedek akçelerin kullanım alanları m. 519/3'te tespit edilmiştir. Buna göre, genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların

ve Şenocak (n 95) 3466-3467; Çelikboya (n 97) 250.

102 Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolara* (n 92) 146. Ödünç karşılığı ödenen faizler, çalışanlara ödenen primler, hazırlık dönemi faizi bu kapsamla hesaplamaya dâhil edilmeyecektir. Sayılan ve Şenocak (n 95) 3469.

103 Pulaşlı, *Şerh Cilt III* (n 86) 2629.

104 Net dönem kârı TTK m. 509/2'de ifade edilmiştir. Hükme göre, kâr payı ancak net dönem kârı ve serbest yedek akçelerden ödenebilir. Ayrıca TTK m. 523/1'de kanuni ve esas sözleşmeden öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez denilmektedir. Bu halde net dönem kârı, dönem kârından varsa geçmiş yıl zararlarının, mali yükümlülüklerin ve kanuni, ihtiyari, olağanüstü yedek akçelerin çıkarılmasıyla bulunan değerdir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (n 75) N. 902-902a.

105 İkinci tertip, geçmiş yıl kârının ve bu amaçla ayrılmış yedeklerin, net dönem kârına eklenmesiyle elde edilen değerden ayrılabilir. Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 321; Çelikboya (n 97) 252; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolara* (n 92) 245; Üçışık ve Çelik, *Anonim Ortaklıklar* (n 91) 533; Sayılan ve Şenocak (n 95) 3468.

106 519. maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen kaynakların genel kanuni yedek akçe olarak ayrılıp ayrılmayacakları öğretide tartışmalıdır. Fakat Kanun'un 519. maddesi 'Genel Kanuni Yedek Akçe' başlığını taşımakta ve 519/2'nin sonunda 'genel kanuni yedek akçe' ifadesi tekrarlanmaktadır. Bu nedenle 519/1 ve 2'de düzenlenen kaynakların tamamı genel kanuni yedek akçe olarak ayrılmalıdır. Aksu Özkan, 'Yedek Akçe' (n 90) 344; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1524.

107 Aksu Özkan, *Finansal Tablolara* (n 100) 254-255.

108 Yanlı (n 99) 10.

kapatılmasına¹⁰⁹, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir¹¹⁰. O halde, genel kanuni yedek akçe, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, bağlı yedekler olarak nitelendirilecektir¹¹¹.

Diğer kanuni yedek akçeler TTK'nın 520. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, şirket, iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerini karşılayan tutarda¹¹² yedek akçe ayırır¹¹³. İktisap edilen paylar karşılığında ayrılacak olan kanuni yedek akçe, paylar için ödenen değere göre tespit edilecektir¹¹⁴. Şirket kendi paylarını muhafaza ettiği sürece ayırdığı kanuni yedekleri saklamakla yükümlüdür¹¹⁵. Kanuni yedek akçeler, söz konusu paylar devredildikleri takdirde veya yok edildikleri hallerde iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebilir (TTK m. 520/1). Ayrıca, TTK m. 520/2'ye göre, yeniden değerlendirme fonu ile ilgili mevzuat uyarınca pasifte yer alan diğer fonlar, sermayeye dönüştürüldükleri ve yeniden değerlendirilen aktifler amorti edildikleri veya devredildikleri takdirde çözülebilirler. Başka bir ifadeyle, m. 520/2 kapsamında toplanan yedek akçeler bağlı yedeklerdir ve çözümlenip kullanılmaları çeşitli koşullara bağlanmıştır¹¹⁶.

İhtiyari yedek akçeler, şirket esas sözleşmesinde kararlaştırılan yedek akçelerdir. Kanun'un 521. maddesine göre, esas sözleşmede belirtilmek suretiyle, ihtiyari yedek akçeler genel kanuni yedek akçeler için öngörülen oranların artırılmasıyla ya da başka isim altında yedeklerin oluşturulmasıyla toplanabilir¹¹⁷. Bunlar, birinci tertip ayırimda kullanılan oranların üstünde oranlarla toplanmış ise genel kanuni yedek akçeler gibi kullanılacaktır¹¹⁸. Bununla birlikte, ihtiyari yedek akçelerin kullanım şekli esas sözleşmeyle ayrıca tespit edilebilir. İhtiyari yedek akçelerin ayrılma amacı esas sözleşmede tespit edilmemiş ve kullanımları genel kanuni yedek akçelere bağlı değil ise bunların kullanımı şirkete bırakılmıştır¹¹⁹. Ayrıca, Kanun'un 522. maddesi, esas sözleşmeyle belirlenerek,

109 Burada bahsi geçen zarar bilanço zararıdır. Ayrıca, yedek akçeler bilanço zararlarını kapatmak için kullanılacaksa, bu zarar öncelikle serbest yedek akçelerden sonrasında kanuni yedek akçelerden kapatılmalıdır. Meister (n 98) 1983.

110 Genel kanuni yedek akçe ayırımı ve belli bir sınıra kadar kullanım şekilleri emredici niteliktedir. Şener (n 90) 493; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1543; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3477; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolara* (n 92) 225.

111 Şener (n 90) 494; Bilgili ve Demirkapı (n 90) 519.

112 Payların bedelsiz kazanımı halinde ayrılma akçesi ayrılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3475; Ahmet Türk, *Yeni TTK ve Sermaye Piyasası Mevzuatına göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Adalet Yayınevi 2016) 280-282.

113 Burada amaç, elde edilen pay tutarı karşılığının, şirket bünyesinde tutulması ve kâr olarak dağıtılmasının engellenmesidir. Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3475-3476; Şener (n 90) 494; Türk (n 112) 283.

114 Başka bir deyişle payların itibari değeri dikkate alınmayacak, iktisap değerlerine göre yedek akçe ayrılacaktır. Türk (n 112) 282-283; Aksu Özkan, *Finansal Tablolara* (n 100) 247; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3477.

115 Şener (n 90) 495.

116 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1528; Toraman Çolgar (n 3) 228.

117 TTK m. 521'de belirtilen yedek akçeler, bilançoda 'Statü yedekleri' hesabında izlendikleri için bunlara statü yedekleri de denmektedir. Moroğlu (n 90) 216, 223; Şener (n 90) 495; Soner Altaş, 'Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler' (2016) 96 *Bankacılık Dergisi* 32, 36-37; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolara* (n 92) 283; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 179; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1501.

118 Moroğlu (n 90) 216, 223; Şener (n 90) 495; Altaş (n 117) 36-37; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolara* (n 92) 283; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 179; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1501.

119 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1529; Aksu Özkan, *Finansal Tablolara* (n 100) 276. Bilgili

çalışan ve işçiler lehine toplanabilecek yardım akçelerini düzenlemektedir. 522. madde esaslarına bağlı toplanan yedekler belli bir amaca özgülendikleri için bağlı yedeklerdir¹²⁰.

Olağanüstü yedek akçeler ise 523. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen genel kurul kararıyla ayrılan yedek akçelerdir¹²¹. Pay sahiplerinin en temel mali haklarından biri olan kâr payı alma hakkına zarar vermemek adına¹²² kanun koyucu olağanüstü yedek akçelerin toplanmasını koşullara bağlamıştır. Hükme göre, olağanüstü yedek akçe; aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse¹²³ ve bütün pay sahiplerinin menfaatine, şirketin sürekli gelişimi¹²⁴ ve kararlı kâr payı dağıtımı için gerekliyse ayrılabilir. Ayrıca, şirket işçilerinin menfaatine olağanüstü yedek akçe ayrılabilmesi için hükme bağlanmıştır. TTK m. 523/3'e göre, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla ve diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere bilanço kârından¹²⁵ yedek akçe ayrılabilir. Olağanüstü yedekler, bir amaç tespit edilerek ayrılması halinde, bu amaca uygun olarak kullanılacaklar ve bağlı yedek akçe grubunda değerlendirileceklerdir. Ancak, özel bir amaç belirtilmemiş ise veya bağlı olağanüstü yedekler genel kurul tarafından çözülmüş ise artık serbest yedek akçe olarak nitelendirilebilirler¹²⁶.

Yapılan tüm açıklamalar neticesinde, serbest yedek akçeler, i. genel kanuni yedek akçelerin esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmından, ii. ihtiyari ve olağanüstü yedek akçelerin belli bir amaca özgülünmemiş kısımlarından oluşmaktadır.

(ii) Şirket kârı ve geçmiş yıl zararı:

Pay sahibi, şirketin serbest yedek akçelerle kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça, şirkete karşı borçlanamayacaktır¹²⁷. Pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi için 'serbest yedek

ve Demirkapı'ya göre, bu halde bu yedeklerin kullanımı genel kurula bırakılmalıdır; yönetim kurulunun söz konusu yedekleri kullanması uygun değildir zira yedekler kâr paylarından aktarılmıştır. Bilgili ve Demirkapı (n 90) 520.

120 Esas sözleşmede belirtilen amaç genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz. 522. madde hükmü gereği esas sözleşmede belirtilen şekilde yedek akçe toplanması halinde, 522. maddede ifade edilen amaçlarla kullanılması gerekmektedir. Ancak esas sözleşme değişikliğiyle amaç değiştirilebilir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1535.

121 Olağanüstü yedek akçelerin ayrılabilmesi için aranan nisap adı nisaptır; meğerki esas sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmüş olsun. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1503.

122 Genel kurul kararıyla yıllık kârın tamamı yedek akçeye ayrılabilir; zira kâr payı talep hakkı müktesep haklardan olmakla birlikte kâr payının dağıtımı zorunlu değildir. Bilgili ve Demirkapı (n 90) 521-522; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 343.

123 Örneğin, işletme kullanılan bir makine bozuldu ve yenilenmesi gerekiyor. Bu amaçla yedek akçe ayrılabilir.

124 Örneğin, bir ilaç şirketi elde ettiği kârın büyük bir kısmını AR-Ge çalışmalarına ayırmak ve yeni yatırımlar yapmak istiyor. Bu amaçla yedek akçe ayrılması söz konusu olabilir.

125 Bilanço kârı; dönem kârı, aktarılan kâr ve çözülen yedek akçelerin toplamını ifade etmektedir. TTK m. 523/3'te maddede geçen diğer kâr kavramlarından farklı bir kavramın kullanılmış olmasının uygulamada bir etkisi olmayacaktır. Bilanço karının net dönem kârı olarak anlaşılması gerekir. Çelikboya (n 97) 167-169.

126 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1529; Yanlı (n 99) 8; Oğuz İmregün, 'Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı', iç Abuzer Kendigelen (ed) *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I* (Beta Kitap 2002) 432-433; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 280. Üçışık ve Çelikle göre, olağanüstü yedek akçeler bir maksat ile ayrılmışlarsa, bu amaç için kullanılmaları gerekir. Böyle bir amaç yok ise ihtiyaç halinde kullanılmaları mümkündür. Bzk. Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolarda* (n 92) 284-285. Aynı yönde Moroğlu (n 90) 225,226.

127 Bu noktada öğretide yer alan tartışma, borç verildiği dönemde şirketin kâr etmesinin şart olup olmadığıdır. Yüce'ya göre

akçeler + şirket kârı > geçmiş yıl zararları' olması gerekmektedir. Bu formül içinde 'şirket kârı' ve 'geçmiş yıl zararları' ile kastedilen değerlerin neler olduklarının tespit edilmesi önemlidir.

TTK m. 358 anlamında şirket kârının tespit edilebilmesi için kâra ilişkin diğer kavramlara bakılmalıdır. Özellikle yedek akçe ayrımı ve kâr payı dağıtımı esasları düşünüldüğünde, yıllık kâr, dönem kârı ve net dönem kârı kavramları önem arz etmektedir¹²⁸. Kanaatimizce, 358. maddede bahsi geçen şirket kârı, yıllık kâr veya dönem kârı olmamalıdır. Zira geçmiş yıl zararları, vergi yükümlülükleri ve birinci tertip kanuni yedek akçeler ayrılmadan, şirket pay sahiplerine borç verilmesi, şirket, şirket alacaklıları ve şirket diğer pay sahiplerinin menfaatleriyle örtüşmemektedir. Bu nedenle 358. maddede bahsi geçen şirket kârına en yakın kavram net dönem kârıdır¹²⁹. Fakat net dönem kârından varsa geçmiş yıl zararları indirilmektedir. Oysa 358. maddenin lafzında geçmiş yıl zararlarının karşılanması ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenlerle, m. 358 anlamında kâr, net dönem kârına zararların eklenmesiyle bulunan kâr olmalıdır¹³⁰.

TTK m. 358 anlamında kâr = Net dönem kârı + Zararlar

TTK'nın 358. maddesinin uygulanabilmesi için, kâr kavramlarında olduğu gibi, 'geçmiş yıl zararları' kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Şirket bünyesinde oluşan zararlar, daha önceki yıllardan aktarılan zararlar ve faaliyet dönemi içinde oluşan zararlar olarak belirlenebilir. TTK m. 358'te geçmiş yıl zararları benimsenmiş olmakla birlikte, öğreti hem geçmiş yıllardan aktarılan zararların hem de faaliyet dönemi içinde oluşan zararların dikkate alınması gerektiği görüşünü benimsemiştir¹³¹. Faaliyet dönemi içinde oluşan zararların nasıl tespit edileceği kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Öğretinin görüşü, borçlanma işleminden önce, faaliyet dönemi içinde oluşmuş zararların tespit edilmesi için güncel bir ara bilançonun oluşturulması yönündedir¹³².

Özetlemek gerekirse, TTK m. 358 hükmü gereği, bir pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi için şirketin – ideal olarak, bir ara bilanço ile tespit edilen – belirli bir mali güce sahip olması gerekmektedir. Bu mali güç, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının zararları karşılamasıdır. Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Pay sahibine nakdi olarak sağlanacak borcun sınırı şirketin mali durumu ile ilişkilendirilmeli midir? Başka bir ifadeyle, örneğin bir şirketin serbest

şirketin dönem karının bulunması şartı aranmalıdır. Yüce (n 55) 77. Karşı görüşteki yazarlara göre ise faaliyet dönemi içinde şirket kâr etmese bile, geçmiş yıl zararları yoksa veya geçmiş ve dönem zararları yedek akçelerle karşılanıyor ise pay sahipleri şirkete borçlanabilir. Hızır (n 3) 270; Toraman Çolgar (n 3) 230.

128 Kavramlar öğretide oldukça farklı şekillerde açıklanmıştır. Bkz. DN. 99.

129 Bkz. DN 104.

130 Hızır (n 3) 270-278; Toraman Çolgar (n 3) 233.

131 Hızır (n 3) 278, 279; Toraman Çolgar (n 3) 236; Tamer (n 7) 111, 112; Korkut (n 3) 1644.

132 Hızır (n 3) 280; Tamer (n 7) 112.

Toraman Çolgar'a göre, TTK m. 462 ve 156 hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle, borçlanma işlemi ile son yıllık bilanço tarihi arasında altı aydan fazla bir süre geçmiş ise ara bilanço çıkarılmalıdır. Ayrıca yazar, Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 5'i göz önünde bulundurarak, ara dönem bilançoların düzenlenmesi gerektiği görüşünü desteklemiştir. Toraman Çolgar (n 3) 235-236. Kendigelen, TTK m. 509/3 gereği kâr payı avansının dağıtılmasının mümkün olduğu durumlarda pay sahibinin şirkete karşı borçlanma yasağının söz konusu olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Kendigelen (n 3) 244.

yedek akçeleri 1.000.000-TL, kârı ise 500.000-TL, şirketin toplam zararı ise 800.000-TL olsun. Bu halde, şirketin pay sahibine sağlayabileceği borç miktarının en üst seviyesi 700.000-TL olmalıdır diyebilir miyiz? Daha açık bir deyişle, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının zararlarını karşılayacak düzeyde olması koşulu, borcun verilmesinden sonra da aranacak mıdır? Öğretide ağırlıklı görüş, söz konusu şartın borçlandırıcı işlem sonrasında da aranması gerektiği yönündedir. Aksi halde, hüküm gerekçesinde belirtildiği gibi, '*şirkete zarar verecek şekilde*'¹³³ bir borçlandırma söz konusu olacaktır¹³⁴. Zira şirket uhdesinde kalması gereken bağlı malvarlıklarının şirket ortaklarına sunulması söz konusu olacaktır¹³⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, şirket tarafından, pay sahiplerine hukuka uygun şekilde borç sağlanabilmesi için, tüm taraf menfaatlerini dengelemek amacıyla;

- Öncelikle, güncel bir ara bilanço oluşturularak, şirketin verebileceği değer tespit edilmesi,
- Sonrasında ise borçlandırıcı işlemin vade, faiz oranı, tam değerli ifa talebi gibi unsurları içermesi ve üçüncü kişilerle nasıl bir sözleşme yapılacaksa benzer özelliklere sahip bir sözleşme oluşturulması gerekmektedir.

II. FAİZ MESELESİ

A. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ TEMELİNDE FAİZ MESELESİ

1. Genel Olarak

Anonim şirket ile pay sahibi arasında kurulan, pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasına neden olan ve TTK m. 358 kapsamında yasak olarak değerlendirilen hukuki işlemin niteliğinin tüketim ödünç sözleşmesi olduğu yukarıda ifade edilmiştir¹³⁶. Tüketim ödünç sözleşmesi Türk Hukuk sistemi içinde Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 386 ila 392. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹³⁷. Kanun'un 387 maddesinde, tüketim ödünç sözleşmesi ticari değilse, taraflarca kararlaştırılmadıkça faiz talep edilemeyeceği; ticari tüketim ödünç sözleşmelerinde ise kararlaştırılmamış olsa dahi faiz talep edilebileceği düzenlenmiştir¹³⁸. Ayrıca, 388. maddeye göre, tüketim ödünç sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde, benzer tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanacaktır. Böyle bir faiz oranı söz konusu değilse, sözleşmenin niteliğine göre adi veya ticari faiz oranı uygulanabilir. TBK hükümleri nazara alındığında, faiz talep edilmesi

133 TTK 358. Madde Gereğiçesi.

134 Toraman Çolgar (n 3) 237; Hızır (n 3) 281.

135 Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 12) 680-682.

136 Bkz. Makale içinde I,C,1,(ii) Yasak Kapsamındaki İşlem Türleri.

137 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

138 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayınevi 2023) 533; Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (Beta Basım 2000) 115.

ve oranının tespit edilmesi açısından söz konusu sözleşmenin ticari veya adi olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

Pay sahiplerinin anonim şirkete karşı borçlanmasına neden olan tüketim ödünçü sözleşmesinin ticari iş sahası içinde mi adi saha içinde mi olduğunun tespit edilebilmesi için dikkate alınması gereken hükümler TTK'nın 3. ve 19. madde hükümleridir.

TTK m. 3'e göre, TTK'da düzenlenen hususlar ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iştir¹³⁹. Daha açık bir ifadeyle, TTK kapsamında düzenlenen konular çerçevesinde yapılan işlem ve fiiller; ayrıca, TTK kapsamında olmasa dahi, bir ticari işletmenin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan işlem ve fiiller ticari iş olarak nitelendirilmektedir. Şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödünçü sözleşmeleri TBK'nın 386 ila 392. maddeleri arasında düzenlendiğinden, her tüketim ödünçü sözleşmesini ticari iş olarak nitelendirmemek gerekir. Fakat TTK m. 3 gereği, tüketim ödünçü sözleşmesi, bir şirketi, yani bir tüzel kişi taciri¹⁴⁰ ilgilendirdiğinden, şirket açısından ticari iş olarak nitelendirilecektir¹⁴¹. Hükümün lafzında '*ticari işletmeyi ilgilendiren*' ifadesinin yer alması karışıklığa neden olabilir; zira anonim şirketler, bir ticari işletme işletmeksizin, Kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konuları hayata geçirmek amacıyla kurulabilirler¹⁴². Bununla birlikte, burada olduğu gibi, bir anonim şirket tarafından yapılan işlemlerin, şirketin iktisadi ve ticari faaliyetlerini ilgilendiren işlemler olarak değerlendirilmesi ve bunların ticari iş olarak tespit edilmesi gerekmektedir¹⁴³. Yargıtay'ın yerleşmiş kararları da bu yöndendir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "...*ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır*" demek suretiyle, tüzel kişi tacirlerin adi iş ve faaliyetlerinin olamayacağını açık bir şekilde ifade etmiştir¹⁴⁴. Bu bağlamda, pay sahibi ile yapılan tüketim ödünçü sözleşmesinin, anonim şirket açısından ticari iş olduğu çok açıktır.

139 Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 18-21; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 100-102; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşleme Hukuku* (8. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023) 39-44; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (29. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023) 72-76; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletmen Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 63-66.

140 TTK m. 16 gereği, amacına varmak için ticari işletme işleten vakıf ve dernekler de tüzel kişi tacir olarak tespit edilmiştir. Bu oluşumların, ticari faaliyet dışında başka faaliyetlerinin var olması gereği, tacir sıfatına sahip vakıf ve derneklerin adi işlemlerinin de olabileceği öğretide ileri sürülmüştür. Derneklerin dahi adi sahalara olamayacağı yönünde bkz. Poroy ve Yasaman (n 139) 101. Ancak söz konusu istisna ticaret şirketleri için kabul edilmemelidir. Zira bunların var oluş sebepleri kanunen yasaklanmamış ekonomik amaç ve konular veya bir ticari işletme işletmektir (TTK m. 211; m. 304; m. 331; m. 573/3). Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, 'Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr Cevdet Yavuz'a Armağan Cilt I) 405.

141 Bahaeddin Berber, 'Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı' (2023) 1 Konya Barosu Dergisi 64.

142 TTK m. 331.

143 Borçlandırıcı işlemin şirketin işletme konusu içinde olup olmadığı, bu temelde de şirketi bağlayıp bağlamadığı fikri akla gelebilir. Bilindiği gibi 6102 s. TTK ile *ultra vires* kuralı Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu halde, şirket esas sözleşmesinde açıklanan işletme konusu dışında yer alan işlemler de şirketi bağlamaktadır (m. 371/2).

144 Yargıtay HGK, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249, 11.10.2000; Yargıtay 11. HD, E. 2004/14822, K. 2005/699, 03.02.2004; Yargıtay HGK, E. 2011/500, K. 2011/550, 21.09.2011.

TTK'nın 19. maddesi ise ticari iş karinesini düzenlemektedir. İlgili hüküm hem oluşan borçlar temelinde 'ticari iş'in alanını tespit etmekte¹⁴⁵ hem de borcun doğumuna neden olan sözleşmenin, bir taraf için ticari iş ise diğer taraf için de ticari iş sayılacağını öngörmektedir¹⁴⁶. Bu temelde hüküm, tüzel kişi tacirin borçlarının ticari borç olacağını kesin olarak kabul etmekte; gerçek kişiler için ise borcun adi borç olabileceğini ortaya koymaktadır. Bir şirketin pay sahibine sağladığı para borcunda, alacaklı taraf şirket olacağından, borcu doğuran hukuki işlem, TTK m. 19/1 temelinde değil; fakat – yukarıda açıklandığı gibi – TTK m. 3 temelinde şirket açısından ticari iş olarak tespit edilecektir¹⁴⁷. Zira kanun koyucu tüzel kişi tacirin alacaklarını değil borçlarını kati surette ticari borç olarak nitelendirmiştir¹⁴⁸. Pay sahibinin ise tacir sıfatı olmadığı düşünüldüğünde¹⁴⁹, m. 19/1 borçlu pay sahibi açısından da bir önem arz etmemektedir; çünkü hükmün uygulanmasına neden olan bir 'borçlu tacir' bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TTK m. 19/2 tartışmaya değerdir. Zira m. 19/2'ye göre, taraflardan yalnız biri için ticari olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılmaktadır. Öyleyse, anonim şirket için ticari iş niteliğini haiz tüketim ödücü sözleşmesi pay sahibi açısından da ticari iş sayılmalıdır. Fakat TTK m. 19/2'nin lafzında yer alan 'Kanunda aksi bulunmadıkça' ifadesi ve TTK m. 8/3'te yer alan 'Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır' cümlesi konuya başka bir açıdan bakılması gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır¹⁵⁰. Bu açı ise borç alan pay sahibinin tüketici sıfatına sahip olup olmadığı ve buna bağlı olarak taraflar arasında yapılan tüketim ödücü sözleşmesinin tüketici işlemi olup olmadığı meselesidir.

2. Pay Sahibinin Şirkete Karşı Borçlanmasında Tüketim Ödücü Sözleşmesi Tüketici İşlemi Olarak Değerlendirilebilir mi?

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 3. maddesi 'Tanımlar' başlığını taşımaktadır. İlgili maddenin birinci fıkrasının (I) bendine göre tüketici işlemi, "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü

145 Göktürk'e göre, TTK m. 19 bir yandan, mevcut 'borç' ile ilgili işin 'ticari iş' boyutunu tespit ederken, diğer yandan ilgili işin ticari iş olmasına yönelik olarak ispat özelliği göstermektedir. Kürşat Göktürk, 'Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi' (2015) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18.

146 Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 66.

147 Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 18-21.

148 Göktürk (n 145) 19.

149 TTK'nın 16. maddesinin birinci fıkrası gereğince ticaret şirketleri arasında sayılan anonim şirketler tacir sıfatını haizdir. Bununla birlikte, şirket pay sahiplerinin salt şirket ortağı olmalarından dolayı tacir sıfatına sahip olmaları söz konusu değildir. Şirket pay sahipleri, TTK'nın 12. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi, kısmen dahi olsa kendi adlarına bir ticari işletme işletmiyorlarsa tacir sıfatına sahip olmayacaklardır. Dolayısıyla, pay sahiplerinin TTK m. 12/1 gereği tacir olmamaları halinde, şirket ile pay sahibi arasında kurulan tüketim ödücü sözleşmesinde, alacaklı şirket tacir sıfatına sahipken, borçlu pay sahibi tacir sıfatına sahip değildir.

150 Bir işin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi o işin aynı zamanda ticari iş olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte, tüketici işleminin tarafı olan tüketicinin haklarının korunması temelinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri uygulanacaktır. Bozer ve Göle (n 139) 44-46; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 29-30.

sözleşme ve hukuki işlem”dir. Kanun’da yer alan tanımın ışığında, tüketici işleminin varlığından söz edilebilmesi için üç unsura ihtiyaç duyulmaktadır: i. Tüketici, ii. Her türlü sözleşme veya hukuki işlem, iii. Ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden satıcı veya sağlayıcı.

TKHK’da yer alan tanıma göre tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*”dir. Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, Kanun’da tüketicinin belirlenmesinde kullanılan unsur, amaç unsurudur¹⁵¹. Buna göre, tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmelidir. Başka bir ifadeyle, kişi hukuki ilişki içine kişisel, ailevi veya özel amaçlarla girmeli; ticari veya mesleki bir faaliyet amacıyla hareket etmemelidir. Tüketici sıfatı, statü olarak değil, her bir işlem özelinde ortaya çıkan irade ve elde edilmek istenen amaç göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir¹⁵². Yapılan açıklamalar ışığında, anonim şirket ortağı gerçek kişi, şirketten aldığı borcu kendi kişisel ihtiyaçları için kullanmak amacıyla almış olabilir. Bu halde, söz konusu işlem temelinde – diğer unsurların sağlanması koşuluyla – tüketici sıfatına sahip olması için bir engel bulunmamaktadır. Fakat pay sahibi borcu ticari amaçlarla almış ise tüketici sıfatına sahip olması mümkün olmayacaktır¹⁵³.

Tüketici işleminin varlığı için aranan ikinci koşul ise herhangi bir tür sözleşme veya hukuki işlemin varlığıdır. Pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını sağlayan hukuki işlem temelde bir tüketim ödüncü sözleşmesidir; dolayısıyla aranan ikinci unsur da mevcuttur. O halde bu aşamada tartışılması gereken nokta, anonim şirketin TKHK kapsamında satıcı veya sağlayıcı olup olmadığıdır. TKHK’da yer alan tanım hükmüne göre “*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal / hizmet sunan ya da mal /hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” satıcı / sağlayıcıdır¹⁵⁴. Bu kapsamda, tüketici işleminden söz edebilmemiz için tüketicinin karşısında yer alacak işlemin diğer tarafının, mal veya hizmeti sağlamayı veya sunmayı meslek edinen bir gerçek veya tüzel kişi olması gerekmektedir. Gerçek veya tüzel kişinin, sadece para kazanma amacıyla sözleşmenin veya hukuki işlemin tarafı olması satıcı / sağlayıcı sıfatını kazanması için yeterli değildir; aynı zamanda mal veya hizmeti sağlama veya sunma fiilinin mesleki olarak yapılması ve süreklilik arz etmesi aranan unsurlardan biridir. Sonuç olarak, ticari ve mesleki olarak¹⁵⁵ icra edilmeyen, süreklilik arz etmeyen hukuki işlem veya sözleşmenin doğması halinde,

151 Amaç unsurundan hareket edilerek tüketicinin belirlenmesi hem tüketici sıfatının sabit bir özellik kazanmasını engellemekte hem de ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişilerin, işlemlerde sahip oldukları amaca göre tüketici sıfatına sahip olabilmelerini sağlamaktadır. Alper Uyumaz ve Mehmet Cemil Türk, ‘Tacirin Tüketici Sıfatı’ (2023) 73(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1601; Osman Levent Özay, ‘6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi’ (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırma Dergisi 264.

152 Özay (n 151) 262.

153 Teorik tartışma çerçevesinde ‘amaç’ bağlamında böyle bir sınıflandırma mümkün olmasa bile, uygulamada pay sahibinin borç aldığı nakdi ne yönde harcamış olduğunu ispat etmek açısından zorluklar ortaya çıkabilir. Bir uyumsuzluğun doğması halinde ispat konusunda ortaya çıkacak problemlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

154 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013/28835, RG 28.11.2013, m. 3/1, 1 ve i bentleri.

155 Gümüşe göre, TKHK’da yapılan tanımda yer alan “ticari veya mesleki amaçlarla” ifadesinde yer alan ‘veya’ kelimesi ‘ve’ kelimesi olarak anlaşılmalıdır. Tüketici karşısında yer alan taraf için işlemin ticari olması kâfi değil; aynı zamanda mesleki olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Aksi halde işlemin tüketici işlemi olması söz konusu olmayacaktır. Mustafa Alper Gümüş, *6105 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I* (Vedat Kitapçılık 2014) 14. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Oya Şahin Mccarthy, ‘Tüketici Sözleşmelerini Diğer Sözleşmelerden Ayıran Hususlar’ iç Oya Şahin Mccarthy

alıcı veya hizmetten yararlanan kişi tüketim amacıyla hareket etmiş olsa bile söz konusu sözleşme tüketicici işlemi olarak değerlendirilmeyecektir. Buradan yola çıkılarak, anonim şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödünçü sözleşmelerinde, anonim şirket, borç verme işlemini şirketin iktisadi faaliyetleri kapsamında sürekli olarak icra etmediğinden, TKHK kapsamında sağlayıcı olarak değerlendirilmemelidir¹⁵⁶. Bu bağlamda, tüketim ödünçü sözleşmesi tarafı olan pay sahibi tüketicici sıfatına sahip olsa da anonim şirket sağlayıcı niteliğine sahip olmadığından, ilgili sözleşme tüketicici işlemi olarak kabul edilmemelidir.

Şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödünçü sözleşmesinin tüketicici işlemi olmadığı tespit edilmesi hem TBK hem de TTK temelinde sonuçlar doğurmaktadır. Kuşkusuz karşımıza çıkan en önemli sonuç, TTK m. 19/2 gereği, anonim şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödünçü sözleşmesinin, her iki taraf için de ticari iş niteliğine sahip olmasıdır. Buna bağlı olarak, TBK m. 387 gereği, taraflar kararlaştırmamış olsalar bile alacaklı faiz talep etme hakkını haizdir. Ayrıca, söz konusu sözleşme her iki taraf için de ticari iş niteliğine sahip olduğundan, borçlu tarafından ödenecek faiz, ticari faiz hükümlerine tabi olacaktır¹⁵⁷.

B. TİCARİ İŞ TEMELİNDE FAİZ MESELESİ

1. Genel Olarak

Yukarıda yapılan tartışmalar çerçevesinde, pay sahibinin anonim şirkete karşı borçlanması, her iki taraf için de ticari iştir. Bu temelde hem TBK hem de TTK hükümleri kapsamında alacaklı anonim şirketin asıl alacakla birlikte faiz talep etmesi mümkündür. Esasında anonim şirketin faiz talep etme hakkı değerlendirilirken yalnızca TBK'da yer alan tüketim ödünçü sözleşmesi ve TTK'da düzenlenen ticari işe ilişkin¹⁵⁸ hükümler değerlendirilmemelidir. Tüm bu hükümlerle birlikte TTK'nın 358. maddesinin gerekçesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Yukarıda görüldüğü gibi ilgili madde doğrudan borçlandırıcı işleme ilişkin olarak faiz şartı öngörmemektedir. Ancak, hükmün gerekçesine yer alan ifadeler, taraflar arasında yapılan borçlandırıcı işlem kapsamında faiz uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. Hükmün gerekçesinde, "...söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkân tanındığı sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira bu husus, bu Kanun'un temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. ... amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır. ... şirket varlıklarının uzun süreli ve yüksek oranlarda ortaklar veya yöneticiler tarafından (borçlanmak

ve Mutlu Dinç (edr) *Tüketicici Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022) 70; Şafak Narbay ve Muhammed Akkuş, 'Ticari İş ve Tüketicici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler' (2020) 44 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 316-318.

156 Konuya ilişkin olarak Danıştay kararında, pay sahibine borç veren anonim şirketler açısından bu işlemlerin mesleki faaliyet kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Danıştay 4. Daire, E. 2006/542, K. 2007/1741, 24.05.2007.

157 Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 95.

158 Bkz. II, A,1. Ayrıca bkz. II, B, 2.

suretiyle) kullanılması söz konusu maddede yapılan değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hali, 'şirketin içinin boşaltılması' veya 'şirketin hortumlanması' şeklinde tanımlanabilir.” denilmektedir.

Hükmün gerekçesinden anlaşıldığı gibi, kanun koyucunun muradı, şirket pay sahiplerinin, ihtiyaç duyduğu makul oranda nakdi, hızlı bir şekilde şirket kasasından temin etmesini sağlamak; fakat söz konusu nakdin makul bir süre içerisinde şirketin zarara uğramasına neden olmayacak şekilde şirkete iade edilmesini gerçekleştirmektir. Özellikle enflasyonist dönemlerde, herhangi bir borç miktarında faiz şartının uygulanmaması şirketin zarara uğraması sonucu doğurabilir. Bu temelde, 358. maddede açık bir şekilde, yapılan borçlandırıcı işlemin unsurları belirtilmemiş olsa dahi, şirket tarafından, pay sahiplerine sağlanan borçlarda, kanun koyucunun muradına uygun olarak, makul miktarda borçlandırma, makul vade tarihi ve faiz unsurlarının borçlandırıcı işlem kapsamında belirlenmesi gerekmektedir¹⁵⁹. Sözleşme kapsamında ilgili unsurlar tespit edilmemiş olsa bile özellikle faiz oranı TTK hükümleri dikkate alınarak belirlenmeli ve borçlu pay sahibinden talep edilmelidir.

2. Şirkete Karşı Borçlanan Pay Sahibinin Ödemesi Gereken Faiz Oranı

Faiz, borçlunun, alacaklıya ait olan nakdi, bir süre kullanması sonucu, alacaklının bu nakitten ayrı kalması neticesinde doğan, oranı kanunen veya iradi olarak tespit edilen, kusur veya zarar aranmaksızın borçlu tarafından ödenmesi gereken bir miktar paradır¹⁶⁰. Para borcunun doğumuna sebep olan iş, işlem veya fiil¹⁶¹ ticari iş ise bu halde uygulanacak olan faiz de ticari faiz olarak isimlendirilmektedir¹⁶². Pay sahibinin şirkete borçlanması her iki taraf için de ticari iş sayıldığından, burada ticari faiz ve ticari faize ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁶³. Ticari faize ilişkin hükümler

159 Şirket tarafından pay sahibine verilen borçların, vergi hukuku açısından, örtülü kazanç dağıtımı (5520 s. Kurumlar Vergisi Kanunu m. 13) temelinde değerlendirilmesi ve bu ödemelerin adlandırılması sonucu uygulanması gereken vergilere ilişkin olarak bkz. Umman Karşioğlu, 'Ortaklara Verilen Borçların Kurumlar Vergisi Karşısındaki Durumu ve Adat Hesabının Muhasebe Uygulanması' (2016) 199 Vergi Raporu 59, 67-71.

160 Faiz tanımı içeren yargı kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/34, K. 1998/79, 15.12.1998; Yargıtay HGK, E. 2004/19-357, K. 2004/360, 06.06.2004; Yargıtay HGK, E. 2012/19-314, K. 2012/557, 12.09.2012. Öğretide ise faiz, "para alacağının süreye bağlı olarak işleyen semeresi"; "başkası tarafından kullanılan bir miktar paraya, kullanım süresi ve miktarı ile orantılı olarak ödenmesi gereken ilave para"; "mahrum kalınan paranın yasal semeresi"; "bir miktar para alacağından yoksun kalınması karşılığında Kanun ve sözleşme uyarınca alacaklıya ödenmesi gereken bedel" olarak ifade edilmiştir. Poroy ve Yasaman (n 139) 105; Hamdi Yasaman, 'Ticari İşlerde Akdi Faiz ve Temerrüt Faizi' (2011) 76 Bankacılık Dergisi 61; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 138) 33; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2023) 323; Eren, *Genel Hükümler* (n. 69) 1109-1110; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 73.

161 Faiz borcunun doğmasına neden olan borcu, sözleşmeden, sebpsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden doğabilir. Ancak haksız fiil ve sebpsiz zenginleşmeden doğan para borçlarında sadece temerrüt faizi uygulanacaktır. Özetle, anapara faizi, konusu para olan sözleşmeden doğarken; temerrüt faizi konusu para olan sözleşmeden, haksız fiilden ve sebpsiz zenginleşmeden doğabilir. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 778,779.

162 Helvacı (n 137) 114; Özlem Karaman Coşgun, *Ticari Faiz* (Seçkin Yayıncılık 2023) 39.

163 Kimi hallerde kanun koyucu uygulanacak faiz oranını ve oranın belirleneceği tarihi düzenlemiş olabilir. TBK'da düzenlenen tüketim ödünçü sözleşmesine ilişkin hükümler bu duruma örnek gösterilebilir. TBK m. 388'e göre, "Tüketim ödünçü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, belirlenen faiz, yıllık olarak ödenir.". Ancak, makale konusu tüketim ödünçü sözleşmesi ticari iş olduğundan, bu halde sözleşme konusu anapara ve temerrüt faizine TTK hükümleri uygulanacaktır.

TTK'nın 8 ila 10. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu kapsamda uygulanacak olan faiz oranı, kanuni bir sınırlandırma olmaksızın iradi olarak tespit edilebilir. Eğer iradi bir düzenleme söz konusu değilse, anapara ve temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanacaktır (TTK m. 9).

Pay sahibinin anonim şirkete borçlanması halinde, alacaklı şirket tarafından talep edilebilecek faiz türleri anapara faizi ve temerrüt faizi olacaktır¹⁶⁴. Ticari işlerde anapara faizi herhangi bir sınır olmaksızın tarafların karar verdiği her oranda uygulanabilir. Taraflarca faiz oranı tespit edilmemişse ise Kanuni faiz oranları uygulanır. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun¹⁶⁵ esaslarına göre Kanuni faiz oranı anapara faizi için %24'tür¹⁶⁶. Bu temelde, anonim şirkete borçlanan pay sahibi ile borçlu şirket arasında iradi olarak faiz oranı belirlenmemişse, söz konusu para borcu için yıllık anapara faiz oranı %24 olarak uygulanacaktır¹⁶⁷.

Temerrüt faizi ise yine bir sınırlama olmaksızın taraflarca belirlenebilir. Bir tespit söz konusu değilse, Kanuni faiz oranı (% 24) temerrüt faizi için de uygulanır. Bununla birlikte, 3095 s. Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasında göre, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, Kanuni faiz oranından fazla ise, arada sözleşme olmasa bile, talep edilmesi halinde, ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir¹⁶⁸. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı¹⁶⁹ ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Taraflar arasında akdi faiz belirlenmiş fakat temerrüt faizi belirlenmemiş ise temerrüt faizi akdi faizden az olamaz¹⁷⁰.

Kanun hükümleri dikkate alındığında, pay sahibinin anonim şirkete borçlanması halinde, anonim şirket, temerrüt faizi olarak % 24 Kanuni faiz oranını talep edebilir. Fakat Merkez Bankasının açıkladığı 31 Aralık tarihli avans faiz oranı % 24'ten yüksekse, bu halde – talep edilmesi durumunda – avans faiz oranı temerrüt faizi olarak işletilebilir. Ayrıca, Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, şirkete karşı borçlanan pay sahibi ile şirket arasında bir anapara faiz oranı belirlenmiş ve bu akdi faiz oranı yasal faiz oranından ve ayrıca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranından yüksekse, temerrüt faizi akdi faiz

164 Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Kitap 1992) 127-130; Kılıçoğlu (n 161) 779; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 75.

Temerrüt faizi tanımı içeren yargı kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/34, K. 1998/79, 15.12.1998; Yargıtay HGK, E. 2004/19-357, K. 2004/360, 06.06.2004; Yargıtay HGK, E. 2012/19-314, K. 2012/557, 12.09.2012; Yargıtay HGK, E. 2017/2800, K. 2021/1629, 09.12.2021.

165 Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 3095, Kabul Tarihi: 04.12.1984, RG 19.12.1984/18610.

166 21/05/2024 tarihli 32552 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 8485 Karar Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'na göre, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesinde düzenlenen kanuni faiz oranı, 1/6/2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık %24 olarak uygulanmasına karar verilmiştir.

167 Vergi hukuku dikkate alınarak faiz oranının hesaplanmasına ilişkin olarak bkz. Karşoğlu (n 159) 73.

168 Poroy ve Yasaman (n 139) 123; Oğuzman ve Öz (n 160) 325-331.

Merkez Bankası Avans Faiz Oranı % 51,75'tir. <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari>> Erişim Tarihi 07.06.2024

169 Buradaki fark, beş puan yükselme şeklinde olabileceği gibi beş puan düşme şeklinde de olabilir. Her halde, yılın ikinci yarısında yeni oran, faiz oranı olarak uygulanabilir. Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 61; Arkan (n 139) 88.

170 3095 s. Kanun m. 2/3.

oranından düşük bir oranda belirlenemeyecektir. Başka bir ifadeyle, yüksek olan akdi faiz oranı, temerrüt faizi için de işletilecektir.

Aksi Kanunda veya taraflarca belirtilmemişse, anapara faizi, borcun doğduğu tarihten itibaren; temerrüt faizi ise borçlunun temerrüde düştüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁷¹. Bu temelde, pay sahibinin şirkete karşı borçlanması halinde, borcun doğduğu tarihten itibaren işlemiş olmak üzere anapara faizi talep edilebilir. Temerrüt faizinin talep edilebilmesi için ise öncelikle borçlu pay sahibinin temerrüde düşürülmesi gerekmektedir. TBK'nın 117. maddesi genel itibarıyla borçlunun temerrüdünü düzenlemektedir. Buna göre, borçlunun temerrüdü için öncelikle muaccel bir borcun mevcudiyeti gerekmektedir¹⁷². TBK m. 90'a göre, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmamışsa veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmıyorsa, her borç doğumu anında muaccel olur. Bu hükümden yola çıkılarak, pay sahibi ile şirket arasında yapılan tüketim ödücü sözleşmesinde vade tarihi belirlenmiş ise bu tarihte borç muaccel hale gelecektir. Eğer böyle bir tarih söz konusu değilse, TBK'nın tüketim ödücü sözleşmesi hükümlerine göre hareket edilmesi gerekmektedir; zira TBK m. 392, tüketim ödücü sözleşmeleri için bir süre öngörmektedir. İlgili maddeye göre, "*Ödüncün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi veya borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa ödünç alan, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödücü geri vermekle yükümlü değildir.*" Bu halde, taraflar vade tarihi veya bildirim süresi tespit etmemiş, borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa, ilk istemin vuku bulmasından itibaren altı hafta sonra borç muaccel hale gelecektir¹⁷³. Borcun muaccel olması, borçlunun temerrüdü için yeterli değildir. Borçlunun temerrüdü için, ayrıca, borcun muaccel olmasını takiben, alacaklı şirketin ihtar çekmesi gerekmektedir¹⁷⁴. TBK genel hükümlerine paralel olarak TTK m. 10 da ihtar şartı aramaktadır. Özetle, aksine sözleşme hükmü yoksa pay sahibinin temerrüt faiz borcu, vade bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlayacaktır.

SONUÇ

Anonim şirketlerde pay sahibinin şirkete karşı borçlanması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Pay sahibinin şirkete karşı borçlanması halinde, özellikle faiz uygulaması açısından, alacaklı şirketin ve dolayısıyla şirket pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir. 6335 sayılı Kanun'dan önce pay sahibinin şirkete karşı borçlanması başka bir ifadeyle şirkete ait olan nakdin hâkim pay sahibi tarafından kullanılması ilkel bir şekilde yasaklanmıştı. 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, pay sahibinin şirkete karşı borçlanması, bir takım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. TTK'nın 358. maddesine göre, pay

171 Barlas (n 163) 140; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 52-53.

172 Borçlunun temerrüdü ile ilgili olarak bkz. Eren, *Genel Hükümler* (n 69) 1233-1242.

173 Kılıçoğlu (n 160) 693-694; Eren, *Genel Hükümler* (n 69) 1076-1079.

174 İhtar şekle tabi tabidir. Fakat TTK m. 18 gereği, tacirler arasında taraflardan birinin temerrüde düşürülmesi söz konusu ise ihtar şekle tabidir. Ancak şirkete karşı borçlanmada, pay sahibi tacir sıfatına sahip olmadığından, TTK m. 18/3'te aranan şekil şartları, pay sahibinin temerrüde düşürülmesine yönelik ihtar veya ihbarlarda aranmamalıdır. Bununla birlikte, pay sahibi gerçek kişi tacir ise TTK m. 18/3'e göre ihtar veya ihbar çekilmesi ispat şartı açısından gereklidir. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 102.

sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmişlerse ve ayrıca şirketin yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeydeyse, pay sahibi şirketten borç alabilecektir. İlgili hükümde çerçeve bir düzenleme yapılmak suretiyle, sadece belirli koşulların var olması halinde, şirkete borçlanılmasının sağlanabileceği ifade edilmiş; fakat taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin ayrıntıları düzenlenmemiştir. Bu temelde mehz düzenleme ve uygulamalarda ortaya çıkan detayların Türk hüküm ve uygulamalarına yön verme ihtimali dikkate alınarak, mehz hükümler ve yargı kararları incelenmiştir. Mehz kanunlarda borçlanmayı doğrudan yasaklayan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte; sermayenin korunması ve sermayenin iadesi yasağı gibi anonim şirketler hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak, pay sahiplerine verilen borçlarda taraf menfaatlerinin dengelendiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu temelde, şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödöncü sözleşmesinin süresinin tespiti, teminat sağlanması, faiz koşulunun öngörülmesi, tam değerli geri ödeme talebinin oluşturulması gibi unsurların varlığı halinde pay sahiplerine borç verilmesi mümkündür.

Çalışmanın takip eden kısmında 358. maddede yer alan unsurlar tek tek incelenmiş ve hangi hallerde pay sahiplerine borç verileceği tartışılmıştır. İlk koşul olan vadesi gelmiş sermaye borcunun ifa edilmemesi halinin, ancak muaccel alacak haklarının devrinde ve nakit sermaye taahhüdünde ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Devamında hangi değerlerin serbest yedek akçe olduğu ve 358. maddenin lafzında geçen kârın esasında net dönem kârına zararların eklenmesi ile elde edilecek kâr olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca şirketin mali durumunun bir ara bilanço çıkarılarak tespit edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Son bölümde, şirket ile pay sahipleri arasından yapılan tüketim ödöncü sözleşmelerinde uygulanacak faiz türü ve oranı tartışılmıştır. Tartışmanın esası ticari iş ve ticari iş karinesi temeline oturtulmuştur. Şirket açısından ticari iş olan tüketim ödöncü sözleşmesinin borç alan açısından da ticari iş sayılması gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada, taraflar arasındaki sözleşmenin tüketici işlemi olmadığı ve dolayısıyla 6502 sayılı TKHK hükümlerinin uygulanmayacağı değerlendirilmiştir. Her iki taraf için de ticari iş özelliği barındıran sözleşme neticesinde şirket, pay sahibinden ticari anapara ve temerrüt faizi talep edebilecektir.

KAYNAKLAR

- Akdağ Güney N ve Gümüş MA, 'Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi' (2013) 3(3) REGESTA 3-30.
- Aksu Özkan R, 'Anonim Şirketlerde Genel Kanuni Yedek Akçe Kavramına Bağlanan Hukuki Sonuçlar' (2021) 23(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339-381.
- Aksu Özkan R, *Finansal Tablolarda Tutulması ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2015).
- Altaş S, 'Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler' (2016) 96 Bankacılık Dergisi 32-51.
- Altmeppen H, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG § 30* (C.H.BECK 2023).
- Arıcı ME, 'Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı' (2015) 72(1) İÜHF 319-337.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (29. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023).

- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esasları* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).
- Bahtiyar M ve Biçer L, 'Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr Cevdet Yavuz'a Armağan Cilt I) 395-436.
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Kitap 1992).
- Berber B, 'Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı' (2023) 1 Konya Barosu Dergisi 41-72.
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku*, (9. Baskı, Dora Yayıncılık 2013).
- Birsel MT, *Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı C.1* (Ege Üniversitesi Matbaası 1973).
- Bozer A ve Göle C, *Ticari İşleme Hukuku* (8. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023).
- Çelik A, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2011).
- Çelikboya K, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı* (On İki Levha Yayınları 2021).
- Canöz S, *Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması* (Seçkin Yayınları 2016).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayıncılık 2023).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayıncılık, 2023).
- Ergin K, 'Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş' (2016) 39 SDÜ Fen Edebiyat Sosyal Bilimler Dergisi 1-26.
- Fahran F, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması' (2011) 224 Yaklaşım Dergisi 94-102.
- Fleischer H and Goette W, *Münchener Kommentar zum GmbHG, GmbHG § 30* (C.H.BECK 2022).
- Goette W, Habersack M and Kalss S, *Münchener Kommentar Zum Aktiengesetz, AktG § 57*, (C.H.Beck 2024).
- Göktürk K, 'Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi' (2015) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-44.
- Göksoy YC, 'Ödemeye Çağrı' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023) 2631-3012.
- Gümüş MA, *6105 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I* (Vedat Kitapçılık 2014).
- Helvacı M, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (Beta Basım 2000).
- Henssler M, *Beck-online Grosskommentar* (C.H.BECK 2024).
- Hızır S, 'Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK M. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler' (2013) 29(4) BATİDER 227-289.
- İmregün O, 'Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı, iç Abuzer Kendigelen (ed) *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I* (Beta Kitap 2002).
- Karahan S, 'Anonim Şirkette Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları', (2012) 6 Grant Thornton Haber Bülteni <<https://www.grantthornton.com.tr/en-guncel/haber-bulteni/>>
- Karayalçın Y, 'Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Açısından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları' (1990) 15(3) BATİDER 137-147.
- Karaman Coşgun Ö, *Ticari Faiz* (Seçkin Yayıncılık 2023).
- Karşlıoğlu H, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı* (Adalet Yayınları 2015).
- Karşlıoğlu U, 'Ortaklara Verilen Borçların Kurumlar Vergisi Karşısındaki Durumu ve Adat Hesabının Muhasebe Uygulanması' (2016) 199 Vergi Raporu 59-80.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016).

- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Turhan Kitabevi 2020).
- Kırca İ ve Gürel M, 'Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı' (2014) 30(2) BATİDER 5-19.
- Kırca İ ve Tekin U, 'Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Çerçevesinde OECD Mali Eylem Görev Grubunun Hamiline Yazılı Paylarla İlgili Tavsiye Kararı ve Ulusal Mevzuatlarda Buna Uyum Çabaları' iç Mustafa Halil Çonkar, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Ahmet Özsoy ve İbrahim Çağrı Zengin (edr) *Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan* (On İki Levha Yayınları 2021).
- Kırca İ, Şehirli Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013).
- Korkut Ö, 'Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasası' iç Kemal ŞENOCAK (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-2* (Seçkin Yayınları 2023) 1640-1647.
- Manuel M, *Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde* (Berner Kommentar 2023).
- Meister T, 'Art. 671-674' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz and Roland Frank Hausor (eds) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023).
- Michalski L, Heidinger A, Leible S and Schmidt J, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG § 30* (C.H.Beck 2023).
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Narbay Ş ve Akkuş M, 'Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arbuluculuk Üzerine Düşünceler' (2020) 44 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 301-333.
- Oğuzman KM ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).
- Özay OL, '6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi' (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırma Dergisi 257-272.
- Özkan AF, 'Sorumlu Olma' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-1* (Seçkin Yayınları 2023).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I* (4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III* (4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022).
- Sayılgan G ve Şenocak K, 'Şirketin İktisap Ettiği Kendi Pay Senetleri İçin Ayrılan Yedek Akçe ve Yeniden Değerleme Fonları' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023).
- Sevi AM, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı* (Seçkin Yayınları 2013).
- Şahin Mccarthy O, 'Tüketici Sözleşmelerini Diğer Sözleşmelerden Ayıran Hususlar' iç Oya Şahin Mccarthy ve Mutlu Dinç (edr) *Tüketici Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022) 65-94.
- Şener OH, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017).
- Tamer A, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: 'Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı' (2012) 25(102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93-114.
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1979).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Güncellenmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık 2015).
- Toraman Çolgar E, *Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

- Tuncer S ve Ulusoy Y, 'Yedek Akçeler' (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şener Ertaşa'ya Armağan) 1971-1996.
- Türk A, *Yeni TTK ve Sermaye Piyasası Mevzuatına göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Adalet Yayınevi 2016).
- Uyumaz A ve Türk M C, 'Tacirin Tüketici Sıfatı' (2023) 73(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1591-1633.
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımı* (On İki Levha Yayınları 2018).
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt II* (Adalet Yayınevi 2022).
- Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan F, *Ticari İşletmen Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Vischer M, 'Art. 675-682' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz and Roland Frank Hausor (eds) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023).
- Yanlı V, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı.' (2014) 30(1) BATİDER 5-32.
- Yasaman H, 'Ticari İşlerde Akdi Faiz ve Temerrüt Faizi' (2011) 76 Bankacılık Dergisi 61-68.
- Yüce AA, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı' (2012) 2/2 Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 61-80.