

# ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN SONRA DEVRALMA İŞLEMLERİNİN (TTK M. 356) ÖRTÜLÜ SERMAYE İADELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

EVALUATION OF THE ACQUISITION AFTER ESTABLISHMENT  
IN JOINT STOCK COMPANIES (ART. 356 OF THE TURKISH  
COMMERCIAL CODE) FROM THE PERSPECTIVE OF DISGUISED  
REPAYMENT OF CAPITAL

Munise Seray GÖNCÜ DÖNER\*\*

**Özet:** Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 356. maddesinde; şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler (kuruluşta sonra devralma) bakımından birtakım şartlar düzenlenmiştir. İlgili şartlara uyulmadığı takdirde ise yapılan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Maddenin uygulanabilmesi için sözleşmenin karşı tarafı bakımından ise herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafının pay sahibi olduğu durumlarda da TTK m. 356 uygulama alanı bulmaktadır. Ancak sözleşmenin bir tarafının pay sahibi olduğu hâllerde kuruluşta sonra devralmaya ilişkin işlemler, örtülü bir sermaye iadesine de sebep olabilmektedir. Bunun sonucu olarak, böyle bir sözleşme TTK'nın 480/3. maddesinde düzenlenen sermayenin iadesi yasağının ihlali anlamına gelmektedir. Kuruluşta sonra devralmanın söz konusu olduğu sözleşmelerin hangi hâllerde örtülü sermaye iadesine de sebep olabileceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Ayrıca yapılan sözleşmenin aynı zamanda hem TTK m. 356'ya hem de 480/3'e aykırı olması durumunda hangi hükmün uygulanacağı ve TTK m. 356'da düzenlenen şartların varlığının, TTK m. 480/3 hükmünün uygulanmasına engel teşkil edip etmeyeceği de tespiti gereken diğer hususlardır. Doküman inceleme yöntemiyle ele alınan bu çalışmada;

\* TÜBİTAK'a, çalışmaya 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Bursu Programı kapsamında sağlamış olduğu destekten dolayı teşekkürlerimi sunarım.

\*\* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, seray.goncudoner@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1539-8205, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.04.2023, Kabul Tarihi: 24.11.2023

kuruluştan sonra devralmayı konu alan sözleşmelerin aynı zamanda örtülü bir sermaye iadesine sebep olduğu hâller hem hükümlerin uygulanması hem de meydana getirdikleri hukuki sonuçlar bakımından ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Anonim Şirket, Sermayenin İadesi Yasağı, Kuruluştan Sonra Devralma, Örtülü Sermaye İadesi, Pay Sahibi

**Abstract:** Article 356 of the Turkish Commercial Code stipulates certain conditions for the agreements regarding the acquisition or lease of a company or real estate for a consideration exceeding one tenth of the share capital within two years after the registration of the company (acquisition after establishment). If the relevant conditions are not met, the agreements are absolutely null and void. There is no restriction on the contracting party for the application of this article. Therefore, article 356 of the Turkish Commercial Code is also applicable in cases where the counterparty to the agreement is a shareholder. However, in cases where one party to the agreement is a shareholder, the transactions related to the acquisition after the establishment of the company may also result in a disguised repayment of capital. Consequently, such an agreement constitutes a violation of the prohibition on repayment of capital regulated by Article 480/3 of the Turkish Commercial Code. It is important to determine the circumstances under which agreements on acquisition after establishment may also result in a disguised repayment of capital. In addition, it must be determined which provision applies in the event that the agreement violates both Article 356 of the Turkish Commercial Code and Article 480/3 of the Turkish Commercial Code, and whether compliance with the conditions of Article 356 of the Turkish Commercial Code prevents the application of Article 480/3 of the Turkish Commercial Code. This study, which is based on the document review method, has attempted to examine in detail the cases where the agreements on acquisition after establishment also lead to a disguised repayment of capital, both in terms of the application of the provisions and the legal consequences they bring about.

**Keywords:** Joint Stock Companies, Prohibition on Repayment of Capital, Acquisition After Establishment, Disguised Repayment of Capital, Shareholders

## GİRİŞ

TTK'nın 356. maddesinde; *"Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir"* düzenlemesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere TTK m. 356'da kuruluştan sonra devralmalara iliş-

kin olarak belirli geçerlilik şartları düzenlenmiştir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında genel kurul kararı verilmeden önce, yönetim kurulunun talebi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi tarafından atanacak bilirkişinin şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçeceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu kuruluştan sonra devralmalara özel bir önem atfetmiş ve değer biçme işlemini tamamen şirketin inisiyatifine bırakmamıştır.

TTK m. 480/3 düzenlemesinde ise sermayenin iadesi yasağına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *“Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler”*. Sermayenin iadesi yasağının ihlali açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü bir aktarım sonucu da gerçekleşebilir. Yasağın şirket malvarlığı bakımından kapsamı ise hukukumuz açısından oldukça tartışmalıdır. TTK m. 356 açısından, yapılan hukuki işlemin sübjektif kapsamı herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığından, pay sahipleriyle yapılan işlemlerde de ilgili hüküm uygulanacaktır. Bu şekilde hukuki işlemin bir tarafının pay sahibi olduğu bazı durumlarda TTK m. 356’da yer alan düzenleme ile TTK m. 480/3 düzenlemesinde yer alan sermayenin iadesi yasağının uygulama alanı kesişmektedir. Hangi hâllerde kuruluştan sonra devralma işlemlerinin, örtülü bir sermaye iadesine sebebiyet verdiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme yapılırken ise öncelikle örtülü sermaye iadesi kavramı üzerinde durulmalıdır. Örtülü malvarlığı aktarımlarında pay sahiplerine görünüşte geçerli olan başka bir hukukî işlemin ardında gizli bir şekilde yapılan dağıtımlar bulunmaktadır. Ancak bu durum yeterli olmayıp yapılan aktarımın, örtülü sermaye iadesi sayılabilmesi için birtakım başka şartların da bulunması gerekmektedir.

Şirket ile pay sahipleri arasında kuruluştan sonra devralmaya ilişkin birtakım işlemler bazen hem TTK m. 356’nın ihlaline sebep olurken hem de örtülü bir sermaye iadesi gündeme gelmektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda ise TTK m. 356’ya aykırılık olmamasına rağmen örtülü bir sermaye iadesi söz konusu olabilir. Bu ihtimallerde TTK’nun hangi hükmünün uygulama alanı bulacağına tespiti önem taşımaktadır. Bu nedenle hükümlerin uygulama alanları ve sınırlarının tespiti ile her iki hükmün, bir diğerinin uygulamasını dışlayıp dışlamadığı da incelenmesi gereken diğer bir konudur.

Bu çalışmanın konusunu; TTK'nın 356. maddesinde düzenlenen kuruluşta sonra devralmaya ilişkin işlemlerin, örtülü sermaye iadesine sebep olduğu haller ile TTK m. 356 ve m. 480/3 hükümlerinin birlikte değerlendirilerek ele alınması oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle TTK m. 356 düzenlemesi hakkında bilgi verilmiştir. Çalışmanın ilerleyen bölümünde ise sermayenin iadesi yasağı ve örtülü sermaye iadesi kavramı incelenmiştir. Son bölümde ise, kuruluşta sonra devralmaya ilişkin işlemlerin örtülü bir sermaye iadesine sebep olduğu haller hem hükümlerin uygulanması hem de hukuki sonuçları açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Ayrıca çalışmanın ilgili bölümlerinde hükümlerin mukayeseli hukukta nasıl düzenlendiği de açıklanmıştır.

## I. TTK 356. MADDE HÜKMÜNE GENEL BAKIŞ VE HÜKMÜN AMACI

TTK'nın 356. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletmenin ve aynın devralınması veya kiralanmasına ilişkin olarak koruyucu düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre; *"Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir. Genel kurul kararını vermeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişi, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve aynalara değer biçer. Rapor resmî nitelik taşır"*. Görüldüğü üzere şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde bir aynın devralınmasında veya kiralanmasında TTK'nın 356. maddesine uyulmadığı takdirde ilgili sözleşme geçersizdir. Bu bağlamda şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın devralınmasına ilişkin sözleşmelerin genel kurul tarafından onaylanması ve ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir. İlgili sözleşmenin geçerliliği bakımından genel kurul kararı ve ticaret siciline tescil yeterli değildir. Bununla birlikte hükmün ikinci fıkrasında şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişilerin devralınacak veya kiralanacak aynalara değer biçmesi gerekmektedir. Hükmün dördüncü fıkrasında ise düzenlemeye bir istisna getirilmiş olup şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebrî

icra yoluyla iktisap edilen ayınlar ve işletmeler bakımından TTK m. 356 hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Hüküm emredici bir şekilde kaleme alınmış olup tarafların farklı şekilde tasarrufta bulunmaları mümkün değildir.<sup>1</sup>

İlgili hüküm ile amaçlanan kuruluşun sonra, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının önlenmesidir.<sup>2</sup> Bu nedenle de kanuna karşı hile olarak nitelendirilmiştir.<sup>3</sup> Zira TTK aynı sermayenin getirilmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler öngörmektedir.<sup>4</sup> TTK m. 356 hükmü ile ilgili bu düzenlemelerin şirketin tescilinden itibaren iki yıl daha uygulanabilmesine imkân tanınmaktadır.<sup>5</sup> Hüküm bu sayede sermayenin eksiksiz bir şekilde teşkil edilmesine hizmet etmektedir.<sup>6</sup> Dolayısıyla hükmün başlıca amaçlarından birisini şirket sermayesinin korunması oluşturmaktadır. Ayrıca anonim ortaklık malvarlığı sınırlı sorumluluk gereği alacaklıların garantisini teşkil etmektedir.<sup>7</sup> Bu nedenle de ilgili malvarlığının korunması şahıs şirketlerine oranla

<sup>1</sup> Andreas Pentz, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kals), München, 2019, AktG § 52, Rn. 6; Wolfgang Hölters/Markus Weber/Dirk Solveen, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, (Herausgegeben von: Wolfgang/ Hölters/Markus Weber), München, 2022, AktG § 52, Rn. 29.

<sup>2</sup> Martin Henssler/Lutz Strohn GesR/Eberhard Vetter/Voker Schulenburg, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Herausgegeben von: Martin Henssler/Lutz Strohn), München, 2021, AktG § 52 Rn. 1; Jens Koch (Uwe Hüffer/Jens Koch), Aktiengesetz, 17. Auflage, München, 2023, AktG § 52, Rn. 1; Ünal Tekinalp, "TTK m. 311 Anlamında Bedele İlişkin İlke ve Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1974, C. 39, S. 1-4, (1974), s. 200; Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 352; Cevdet Yavuz, "Anonim Ortaklıklarda Kuruluşun Sonra Devralma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1984, C. 50, S. 1-4, s. 388; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 2; Hans Christoph Grigoleit/Karl Christian Vedder, Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, (Herausgegeben von: Hans Christoph Grigoleit), München, 2020, AktG § 52 Rn. 1.

<sup>3</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 352.

<sup>4</sup> Yavuz, s. 388.

<sup>5</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52 Rn. 5.

<sup>6</sup> Tim Drygala, "Die aktienrechtliche Nachgründung zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung", *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, s. 694.

<sup>7</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 247; Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 159; Fahiman Tekil, Şirketler Hukuku İkinci Cilt Anonim Şirketler, İstanbul, 1976, s. 84; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 314; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 204.

daha fazla önem arz etmektedir.<sup>8</sup> TTK m. 356 düzenlemesi ile de ortaklığa aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılması engellenerek alacaklıların güvencesini teşkil eden ortaklık malvarlığının azalması önlenmektedir.<sup>9</sup> Bu bakımdan hükmün alacaklıları ve ortaklık malvarlığını koruma amacının da bulunduğu açıktır.<sup>10</sup>

## II. HÜKMÜN MUKAYESELİ HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

TTK m. 356 hükmü ile benzer düzenlemeler Alman ve Avusturya hukuklarında yer almaktadır. İsviçre hukukunda ise TTK m. 356 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bölümde Alman hukuku ve Avusturya hukukunda, hükmün nasıl düzenlendiği üzerinde durulacaktır.

### Alman Hukukunda

Alman hukukunda TTK m. 356'nın mehzarı olan düzenleme Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz (AktG)) § 52'de (*Nachgründung*) yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca; şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıl içerisinde, kurucular veya yüzde ondan fazla paya sahip olan pay sahiplerinin, şirket sermayesinin onda birini aşan bir bedel karşılığında bir işletme veya aynın devralınmasına ilişkin sözleşmeler ancak genel kurulun onayı ve ticaret siciline tescil ile geçerlidir. Genel kurul onayı ve tescilden önce yapılmış olan hukuki işlemler ise hüküm doğurmaz. Alman hukukunda hükmün kapsamı bakımından sözleşmenin tarafları, hukukumuzda yer alan düzenleme ile karşılaştırıldığında daha sınırlı tutulmuş olup hüküm yalnızca kurucular ve yüzde ondan fazla paya sahip olan pay sahiplerini kapsamaktadır.

AktG § 52 uyarınca ayrıca, başka bir şekil şartı yer almıyorsa sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekir. Burada yazılı şekil şartı bir

<sup>8</sup> Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, s. 41; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirket Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 239-240.

<sup>9</sup> Drygala, s. 694.

<sup>10</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 6; Yavuz, s. 389; Hüseyin Ülgen, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklığın Kuruluşta Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969, (1969), s. 23-24.

geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş olup uyulmaması sözleşmenin geçersizliğine sebep olmaktadır.<sup>11</sup> Ancak nitelikli yazılı şekil şartının öngörüldüğü durumlarda ilgili nitelikli şekil şartına uyulması gerekmektedir.<sup>12</sup> Ayrıca Genel kurul karar vermeden önce, denetim kurulu ve bilirkişiden/bilirkişilerden rapor alınmalıdır (AktG § 52/ 3-4). Raporun alınmasından sonra, genel kurul kararı alınabilmesi için aranan çoğunluk bakımından ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre; genel kurul kararı alınabilmesi için, karar anında temsil edilen sermayenin en az dörtte üçünün çoğunluğu gereklidir (AktG § 52/5). Ancak sözleşme şirketin ticaret siciline tescilinden sonraki ilk yıl içinde yapılmış ise, sözleşmeyi onaylayan çoğunluğun hisseleri de toplam sermayenin en az dörtte birine ulaşmalıdır.<sup>13</sup> Sözleşme genel kurul tarafından onaylandıktan sonra, yönetim kurulunun sözleşmeyi ticaret siciline tescil ettirmesi gerekmektedir.

Alman hukuk öğretisinde hükmün amacının; kurucuların, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümleri dolanmasının önlenmesi ve sermayenin güvence altına alınmasının sağlanması olduğu ifade edilmiştir.<sup>14</sup> Ayrıca hükmün alacaklıların korunmasına ek olarak, yönetim kurulunu kurucuların saldırlı davranışlarından korumak amacı taşıdığı da belirtilmektedir.<sup>15</sup>

AktG § 52/9'da hükmün uygulanamayacağı işlemler; şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla veya borsada yapılan iktisaplar olarak sayılmıştır. Bu tarz işlemler bakımından hüküm uygulanmamaktadır. Mevzuat Alman hukukunda, hukukumuzda yer alan düzenlemeden farklı olarak borsada yapılan iktisaplar da hük-

<sup>11</sup> Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 20; Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 6, 13; Pentz, AktG § 52, Rn. 27; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 11; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 8; Andreas Heidinger, beck-online.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler), München 2023, AktG § 52, Rn. 8.

<sup>12</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 27.

<sup>13</sup> Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 27; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 12; Pentz, AktG § 52, Rn. 35; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 10; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 74.

<sup>14</sup> Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 1; Pentz, AktG § 52, Rn. 6; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 2; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 1.

<sup>15</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 7; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 1; Pentz, AktG § 52, Rn. 6; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 2; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 1.

mün kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu işlemler bakımından istisna tanınmasının, borsa veya cebri icradan yapılan iktisapların, aynı sermayeye ilişkin hükümleri etkisiz hâle getirmesinin beklenmediği, düşüncesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.<sup>16</sup>

Alman hukuku bakımından AktG § 52 kapsamında yapılacak sözleşmeler oydan yoksunluk hâli olarak düzenlenmemiştir.<sup>17</sup> Bu nedenle sözleşmenin tarafı olan pay sahibi de genel kurulda yapılacak oylamada oy kullanabilir.<sup>18</sup>

### Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda; kuruluştan sonra ayın veya işletme devirlerine ilişkin olarak aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolaşmasını önlemek amacıyla Avusturya Anonim Şirket Kanunu (öAktG) § 45, § 46 hükümleri düzenlenmiştir. öAktG § 45 uyarınca; şirketin, bir kurucudan sermayenin en az yüzde onuna tekabül eden bir bedel karşılığında bir işletme ya da aynı devralmasını öngören sözleşmelerin geçerli olabilmesi için, şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren ilk iki yıl içinde yapılmış olmaları hâlinde, genel kurulun onayının alınması ve ticaret siciline tescil edilmeleri gerekir; genel kurulun onayı ya da ticaret siciline tescil olmaksızın bunların icrasına yönelik işlemler de hukuken etkisizdir. Genel kurul kararı verilmeden önce, denetim kurulundan ve bir veya daha fazla bilirkişiden rapor alınması gerekmektedir. Ayrıca genel kurul kararı verilebilmesi bakımından aranan oy çoğunluğu Alman hukuku ile benzer şekilde düzenlenmiştir.

Avusturya hukukunda yer alan düzenlemeler Alman hukukuna oranla bazı noktalarda daha dar kapsamda iken bazı hususlarda ise daha geniş kapsamlıdır.<sup>19</sup> Bu açıdan öncelikle Avusturya hukukunda hükmün sübjektif kapsamının Alman hukukuna oranla daha dar tutulmuş olduğunu söyleyebilir. Avusturya hukukunda hüküm yalnızca kurucularla yapılan sözleşmeleri kapsamaktadır. Ayrıca Avusturya hukukunda hüküm, konusu bakımından da bazı noktalarda Alman

<sup>16</sup> Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 18a, 19, 20; Pentz, AktG § 52, Rn. 60.

<sup>17</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 6.

<sup>18</sup> Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 27; Pentz, AktG § 52, Rn. 6.

<sup>19</sup> Janine Wendt, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 52, Rn. 75.



hukukundan ayrılmaktadır. Sözleşmeye konu devralmanın bedeli bakımından Avusturya hukukunda yer alan düzenlemenin kapsamı daha geniştir. Zira Alman hukukunda, sermayenin en az yüzde onundan fazlasına tekabül eden bir bedel karşılığında devralmaları öngören sözleşmelere AktG § 52 hükmü uygulanmakta iken, Avusturya hukukunda sermayenin en az yüzde onuna tekabül eden bir bedel karşılığında devralmalar hükmün kapsamında bulunmaktadır.<sup>20</sup> Yine Avusturya hukukunda yer alan düzenleme sözleşmenin şekli bakımından da Alman hukukundan ayrılmaktadır. Avusturya hukuku bakımından sözleşme yazılı olmasa dahi geçerli kabul edilmektedir.<sup>21</sup>

öAktG § 46/4 düzenlemesinde, öAktG § 45 ve § 46 hükümlerinin uygulanmayacağı işlemler; devralınan malvarlığının şirketin işletme konusunu oluşturması veya cebri icra yoluyla iktisap edilmesi hâlleri olarak sayılmıştır. Alman hukukundan farklı olarak borsa aracılığıyla yapılan devralmalar hükmün kapsamının dışında bırakılmamıştır.<sup>22</sup> Ancak Avusturya hukuk öğretisinde bazı yazarlar tarafından borsa aracılığıyla yapılan devralmaların da hükmün kapsamı dışında bırakılabileceği ileri sürülmüştür.<sup>23</sup>

Avusturya hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi öAktG § 45 ve § 46 hükümleri bakımından genel kurulda yapılan oylamada sözleşmenin tarafı olan kurucunun oy kullanmasına engel olan bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>24</sup>

### III. TTK 356. MADDE HÜKMÜNÜN KAPSAMI

#### Hükmün Konu Bakımından Kapsamı

Hüküm bir işletme ve aynın devralınması veya kiralanması konusunu içeren sözleşmeleri kapsamaktadır. Yukarıda da belirttiği-

<sup>20</sup> Wendt, AktG § 52, Rn. 76.

<sup>21</sup> Wendt, AktG § 52, Rn. 89; yazar, sözleşmenin yazılı olmasının bir geçerlilik şartı olmadığını, ancak sözleşmenin yazılı olmamasının ticaret siciline tescili bakımından birtakım sorunlara sebep olabileceğini belirtmektedir; Wendt, AktG § 52, Rn. 89.

<sup>22</sup> Wendt, AktG § 52, Rn. 79.

<sup>23</sup> Wendt, AktG § 52, Rn. 177; Peter Doralt/Christian Nowotny/Susanne Kalss/Mathias Ettl, Aktiengesetz Kommentar, 3. Auflage, 2021, § 46, Rn. 17 (Aktaran: Wendt, AktG § 52, Rn. 177).

<sup>24</sup> Eveline Artmann/Martin Karollus/Jörg Zehetner, Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Band, 6. Auflage, 2018, öAktG § 45, Rn. 24.

miz üzere hükmün başlıca amacı aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının önlenmesidir. Hükmün amacından hareketle, TTK'nın 356/1. maddesi anlamında bir aynı devralınmasına ilişkin sözleşmelerin konu bakımından kapsamının, "aynı sermayeye ilişkin" hükümler doğrultusunda belirlenmesi gerekmektedir.

TTK'nın 127. ve 342. maddelerinde anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilebilecek unsurlar belirtilmiştir. Nakit sermaye dışında olan, ekonomik değeri bulunan, devredilebilir ve şirketin amaç ve konusuna uygun nitelikteki malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak kabul edilmektedir.<sup>25</sup> Taşınır ve taşınmaz mallar dışında çeşitli ekonomik haklar da aynı sermaye kapsamında yer almaktadır.<sup>26</sup> TTK'nın 127. maddesine göre; fikri mülkiyet hakları, taşınır ve taşınmaz mallar, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, ticari işletmeler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler ile devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilebilir.<sup>27</sup> Görüldüğü üzere madde de yer alan sayım sınırlayıcı olmayıp devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer aynı sermaye olarak getirilebilmesi mümkündür. TTK'nın 342. maddesinde ise; üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil olmak üzere malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir. TTK 356. maddede yer alan "aynı" kavramının taşınır ve taşınmaz malların yanı sıra bu unsurları da kapsadığının kabulü gerekir. Bu sonuca hükmün amacından hareketle varılmaktadır. TTK m. 356 hükmünde yer alan aynı kavramının, sınırlı olarak anlaşılması ve aynı sermaye olarak getirilebilecek tüm değerlerin hükmeye dahil edilmemesi durumunda, aynı sermayeye getirilmesine ilişkin kuralların kolaylıkla dolanılması mümkün hâle gelecektir. Dolayısıyla TTK'nın 127. ve 342. maddelerinde

<sup>25</sup> Mehmet Özdamar, "6102 sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2015, S. 1, s. 145; Necla Akdağ Güney/Mustafa Alper Gümü, "Taşınır Anonim Şirketlere Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", *Reges- ta Dergisi*, İstanbul 2013, C. 3, S. 3, s. 8-11.

<sup>26</sup> Özdamar, s. 145.

<sup>27</sup> Özdamar, s. 145.

yer alan aynı sermayeye ilişkin değerlerin devrini veya kiralanmasını içeren sözleşmelerin TTK m. 356/1 hükmü kapsamında olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu bağlamda TTK m. 356/1 anlamında değerlendirilecek malvarlığı değerleri; mali bir değer taşınabilir ve devredilebilir olmalıdır.<sup>28</sup>

Başka bir şirket hissesi devrini içeren sözleşmelerin TTK m. 356 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun da incelenmesi gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere anonim şirkete, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer aynı sermaye olarak getirilebilmesi mümkündür. Başka bir şirket hissesi devrinin de bu kapsamda kabul edileceği açıktır. Bu bağlamda hisse devrini içeren sözleşmelerin de TTK m. 356/1 kapsamında bir ayın olarak kabul edilmesi ve TTK m. 356/1'deki usule uyulması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi durumda sermaye koyma borcu kapsamında, başka bir şirketteki hissesini devredecek ortakların, aynı sermaye getirilmesine ilişkin Kanun hükümlerini dolanmaları için açık bir kapı bırakılmış olacaktır.

Anonim şirkete sermaye olarak getirilmek istenen malvarlığı unsurlarının üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunması durumunda, bunlar şirkete sermaye olarak getirilemez (TTK m. 342). Aynı sermaye getirilmesi bakımından aranan bu şartlar TTK m. 356/1 bakımından aranmamıştır. Dolayısı ile tescilinden itibaren iki yıl içinde bir aynın veya işletmenin devralınması veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde, sözleşme konusu unsurların üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunması, sözleşmenin yapılmasına engel teşkil etmemektedir.

Kanun koyucu şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin tüm sözleşmeleri hükmün kapsamına almamış olup sözleşmelerin bedeline ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, bir işletme veya aynın devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında yapılması, durumunda TTK m. 356/1 hükmü uygulanmaktadır. Dolayısıyla ilgili sözleşmenin sermayenin onda birini aşmayan bir bedel karşılığında yapılması durumunda ilgili

---

<sup>28</sup> Ülgen, 1969, s. 46-47.

hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak sermayenin onda birlik sınırının aşılmaması için bir sözleşmenin, birden fazla sözleşmeye bölünmesi şeklinde işlem yapılamayacağını da belirtmek gerekir.<sup>29</sup> Böyle bir durumun varlığı hâlinde aslında tek bir sözleşme olarak planlanan sözleşmelerin tamamı; tek bir sözleşme olarak kabul edilmeli ve TTK m. 356'nın kapsamında yer almalıdır.<sup>30</sup> Kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde onda birlik sınırın hesabında çıkarılmış sermaye esas alınmalıdır.<sup>31</sup> Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde esas sermaye artırımı yapılması durumunda onda birin hesabında *-sözleşme sermaye artırımından sonra yapılmış ise-* sermaye artırımı neticesinde artan sermaye dikkate alınmalıdır.<sup>32</sup> Sermaye azaltılması durumunda da aynı şekilde hareket edilmelidir.<sup>33</sup> Anonim şirketin başka bir anonim şirketin paylarını satın alması durumunda ise borçlanılan bedel payın nominal bedeli olduğundan, TTK m. 356'nın uygulanması bakımından da bu bedel dikkate alınmalıdır.<sup>34</sup>

Kira sözleşmeleri açısından onda birin hesabı bakımından öğretide ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre; şayet kira bedeli peşin olarak ödeniyor ise, peşin ödenen miktarın tümünün onda birin hesabında dikkate alınması gerektiği, diğer durumlarda, belirli süreli kira sözleşmesi söz konusu ise, süre sonuna kadar ödenecek bedel toplamı, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise ilk feshi bildirim süresi sonuna kadar hesaplanacak bedelin esas alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 9; Pentz, AktG § 52, Rn. 25; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 42; Halil Arslanlı, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959, s. 82; Tekinalp, 1974, s. 200; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 14.

<sup>30</sup> Yavuz, s. 403-404; Pentz, AktG § 52, Rn. 25.

<sup>31</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 22.

<sup>32</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 43; Yavuz, s. 401; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 19.

<sup>33</sup> Yavuz, s. 401.

<sup>34</sup> Yavuz, s. 403.

<sup>35</sup> Pentz, § 52, Rn. 23; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 9; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 14; İsmail Kırca (Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 382; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat); bu görüşün belirsiz süreli kira sözleşmelerine uygulanmasının 356. madde hükmünün dolanılması sonucunu doğurabileceğini belirtmektedir. Yazar; "feshi ihbar süresi esas alındığında, bu hakkın kullanılmadığı durumlarda çok uzun yıllar sürecek bir kira sözleşmesinde, duruma göre 3 gün, 3 ay, 6 aylık gibi fesih bildirim süreleri (bkz. TBK m. 329, 330, 368) esas alın-

TTK m. 356/4 düzenlemesinde birtakım işlemler hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre; şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen ayınlar ve işletmeler hakkında ilgili hüküm uygulanmamaktadır. Hükme getirilen ilk istisna ilgili maddede şirketin işletme konusunu oluşturan işlemler olarak belirtilmiştir. Anonim şirketlerde işletme konusu, şirketin amacına ulaşmak için faaliyet gösterdiği ve esas sözleşmede zorunlu olarak yer alması gereken faaliyet alanını ifade etmektedir.<sup>36</sup> Anonim şirketin somut olarak faaliyette bulunduğu iş kolu, şirketin işletme konusu oluşturmaktadır.<sup>37</sup> Hükümde her ne kadar işletme konusunu oluşturan işlemlerin madde kapsamı dışında bulunduğu belirtilmiş ise de öğretiler; buradan işletme konusu dışında kalan işlemlerin madde kapsamına girdiği sonucunun çıkarılamayacağı, bu hususun mehz Alman hukukundan bir çeviri hatasından kaynaklandığı belirtilmektedir.<sup>38</sup> Bu sebeple öğretiler; TTK 356. maddenin kapsamına, duran varlıkların girdiği dönen varlıkların ise kapsam dışında olduğu kabul edilmektedir.<sup>39</sup> İlgili husus somut bir örnek ile açıklanacak olursa; konusu halı üretimi olan bir şirkette iplik alımı dönen varlık, halı dokuma tezgâhı alımı ise duran varlıkla ilgili bir hukuki işlemdir.<sup>40</sup> Yine bir şirketin işletme konusunun, taşınmaz alım satımı olması durumunda taşınmaz edinimi de dönen varlıklarla ilgilidir.<sup>41</sup>

Maddenin kapsamı belirlenirken duran varlığın taşınmaz, ticari işletme vb. maddi, marka, patent vb. gayri maddi veya başka şirketlere

---

rak toplam kira bedeli, dolayısıyla bunun sermayenin onda birini aşip aşmadığı belirlenecektir. Hattâ konut ve çatılı işyerini konu alan belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kiracıya her zaman sözleşmeyi fesih imkânı tanınmıştır (TBK m. 347/11). Bu son hâlde onda birin hesabına esas alınacak bir kira bedeli de olmayabilecektir" ifadeleri ile bu hususunun gerekçesini açıklamaktadır, Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 382.

<sup>36</sup> Muhammet Emin Bingöl, "Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 5, S. 2, s. 198.

<sup>37</sup> Hüseyin Ülgen, "Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (2000), s. 1285; Bingöl, s. 198.

<sup>38</sup> Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 378.

<sup>39</sup> Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 379; Yavuz, s. 392; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 26; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 11; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 21; Ülgen, 1969, s. 55.

<sup>40</sup> Benzer nitelikte örnek için bakınız Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 379.

<sup>41</sup> Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 26; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 16.

iştirak gibi mali duran varlık olması arasında fark yoktur.<sup>42</sup> Zira dönen varlıkları konu alan işlemler şirketin olağan olarak sürekli yapmakta olduğu işlemlerdir.<sup>43</sup> Bu işlemler bakımından; kanun koyucu, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasına ilişkin bir niyetin var olmadığını kabul etmiş ve ilgili işlemlere bir istisna tanımıştır.<sup>44</sup>

Şirketin işletme konusunu oluşturan işlemlerin yanı sıra Kanun'un 356. maddesinin dördüncü fıkrasında cebri icra yoluyla iktisaplar bakımından da bir istisna getirilmiştir. Cebri icra yoluyla devralınacak ayın veya işletmeler bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış olup cebri icra yoluyla yapılan her türlü devralma istisna kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda devralınan ayın veya işletmenin şirketin işletme konusuna dahil olup olmaması da önem taşımamaktadır. Ancak bu durumda şirketin üçüncü şahısla anlaşarak ilgili malvarlığı değerini, bedelini ödeyerek iktisap edebilmesi mümkün değildir.<sup>45</sup> Dolayısıyla iktisabın cebri icrada, yani açık artırmada gerçekleşmiş olması zorunludur.<sup>46</sup> Cebri icra yoluyla yapılan devralmaların hükmün kapsamının dışında bırakılmasının nedeni ticari faaliyetlerin aşırı derecede kısıtlanmasının önlenmesidir.<sup>47</sup> Bununla birlikte bu şekilde gerçekleşen devralmalarda aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılma amacının bulunduğunu söylemek oldukça güçtür.<sup>48</sup> Zira bu tür devralmalarda, şirketin ve pay sahiplerinin etkisi çok azdır. Ayrıca TTK m. 356/2' de yer alan prosedürü uygulamak şirketin açık artırmaya katılması yönünden büyük engel teşkil edecek ve bu durum şirketin ekonomik olarak zarara uğramasına neden olabilecektir.<sup>49</sup>

### Hükmün Sübjektif Kapsamı

TTK m. 356 maddesinin uygulama alanı bakımından bir ayının devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde; sözleşmenin devralan veya kiralayan tarafında anonim şirket yer almaktadır.

<sup>42</sup> Ülgen, 1969, s. 46-50; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 380.

<sup>43</sup> Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 18a; Pentz, AktG § 52, Rn. 55.

<sup>44</sup> Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 11; Pentz, AktG § 52, Rn. 55.

<sup>45</sup> Arslanlı, s. 83-84.

<sup>46</sup> Arslanlı, s. 83.

<sup>47</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 22; Pentz, AktG § 52, Rn. 58.

<sup>48</sup> Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 19; Yavuz, s. 409; Pentz, AktG § 52, Rn. 58; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 27; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 11.

<sup>49</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 55.

Bununla birlikte anonim şirketin hakimiyetinde yer alan bağlı ortaklıklar ve işletmeler de bazı durumlarda hükmün kapsamında bulunabilir. Bu durum ancak; ilgili ortaklığın veya işletmenin anonim şirket adına hareket etmesi ve sözleşmenin sanki anonim şirket ile yapılmış gibi etkiler doğurması hâlinde mümkündür.<sup>50</sup> Başka bir anlatımla yapılan sözleşmenin anonim şirket tarafından yapılan sözleşmeye eş değer kabul edilebildiği durumlarda bağlı ortaklıkların veya işletmelerin yaptığı sözleşmeler bakımından da TTK m. 356 uygulama alanı bulacaktır. Çünkü burada anonim şirket adına hareket edilmekte ve sözleşme etkilerini, anonim şirketin malvarlığı üzerinde göstermektedir.

TTK m. 356'nın mehzazını teşkil eden AktG § 52 düzenlemesinde sözleşmenin, bir aynı veya işletmeyi devreden veya kiraya veren tarafında sadece kurucular ve sermayenin en az yüzde 10'una sahip olan pay sahipleri yer almaktadır.<sup>51</sup> AktG § 52 uyarınca bu kişiler dışında kalan pay sahipleri veya üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler hükmün kapsamında yer almamaktadır.<sup>52</sup> Kurucular ise herhangi bir oran aranmaksızın hükmün kapsamındadır. Hukukumuzda ise mehzaz Alman hukukundan farklı olarak sözleşmenin bir aynı veya işletmeyi devreden veya kiraya veren tarafı bakımından bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bu bağlamda anonim şirketle, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynı, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşme yapan herkes hükmün kapsamında yer almaktadır. Kanun koyucu burada hükmün kapsamını pay sahipliği sıfatı ile sınırlamamıştır. Dolayısı ile pay sahibi olmayan kişiler de hükümde yer alan sözleşmeler bakımından hükmün kapsamındadır. Ayrıca pay sahipleri de sermayenin ne kadarına sahip olduklarına bakılmaksızın TTK m. 356 düzenlemesine tabidir. Yine hüküm kuruculara da uygulanacak olup işlem tarihinde pay sahibi olup olmamaları önem taşımamaktadır.

İnceleme konumuz kapsamında sözleşmenin bir tarafını pay sahiplerinin oluşturduğu durumlar özellik arz etmektedir. Zira işlemin tarafının kim olduğu, hükmün uygulanabilirliği açısından önem arz

<sup>50</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 15.

<sup>51</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 25; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 6; Pentz, AktG § 52, Rn. 15.

<sup>52</sup> Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 3; Pentz, AktG § 52, Rn. 15; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 825.

etmese de meydana getirebileceği sonuçlar bakımından önemlidir. Bazı durumlarda üçüncü taraflarla yapılan sözleşmeler de pay sahibine atfedilebilmektedir. Özellikle pay sahibi ile ilişkili kişiler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bunun sonucu olarak da pay sahibi ile ilişkili üçüncü kişilerle yapılan işlemler, hukuki sonuçları bakımından, pay sahibi ile yapılmış gibi değerlendirilmelidir. Bununla birlikte yapılan sözleşmenin pay sahibine atfedilebilmesi için, bu kişi ile yapılan sözleşmenin, pay sahibinin yararına olması gerekir. Bu şekilde gerçekleşen işlemlerde, sözleşmenin tarafı üçüncü bir kişi olsa dahi pay sahibi ile eşit kabul edilmelidir.<sup>53</sup> Örneğin, pay sahibinin hâkim şirket olması durumunda bağlı şirketlerle yapılan sözleşmeler ile pay sahibinin ailesi ile yapılan sözleşmeler, diğer şartların da bulunması durumunda, pay sahibi ile yapılmış gibi hukuki sonuçları meydana getirmelidir.<sup>54</sup> Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bu işlemin pay sahibine atfedilebilmesi için bu işlemde pay sahibinin ekonomik bir kazanç elde etmesi gerekmektedir.<sup>55</sup> Mukayeseli hukuk bakımından Avusturya hukukunda bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. İlgili öAktG § 45/1 düzenlemesine göre; bir kurucunun ana şirket olması ve bağlı şirketle yapılan sözleşmeler ve bir kurucunun yakın akrabaları kuruculara eşdeğer sayılır. Ancak belirtmek gerekir ki, Avusturya hukuk öğretisinde ilgili düzenleme dar kapsamlı olması sebebiyle eleştirilmektedir.<sup>56</sup>

### Hükmün Zamansal Kapsamı

İşletme veya aynın devralınması veya kiralanmasına ilişkin TTK m. 356 hükmü yalnızca şirketin ticaret siciline tescilinden sonraki ilk iki yıl içinde akdedilen sözleşmeleri kapsamaktadır. İki yıllık süre tescil gününden başlamaktadır.

<sup>53</sup> Walter Bayer, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 57, Rn. 112; Peter Doralt/Martin Winner, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 57, Rn. 375.

<sup>54</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 15; Hölter/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 6; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 26.

<sup>55</sup> Bayer, AktG § 57, Rn. 112.

<sup>56</sup> Wendt, AktG § 52, Rn. 84.



TTK m. 356/1 maddesinde yer alan iki yıllık sürenin kapsamında genel kurulun onay kararın da yer alıp almadığının tespiti önem taşımaktadır. Kanun'un açık lafzı karşısında iki yıllık sürenin sözleşmenin yapılması bakımından geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Bu anlamda tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarının dolayısı ile sözleşmenin kurulmasına ilişkin icap ve kabulün, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde yapılması durumunda, TTK m. 356 hükmü uygulama alanı bulmaktadır.<sup>57</sup> Sözleşmenin bu süre içerisinde yapılmasından sonra, genel kurul onayının, daha geç bir zamanda olması TTK m. 356'nın uygulanması bakımından engel teşkil etmemektedir.<sup>58</sup> Aynı sonuca geciktirici şarta bağlı sözleşmeler bakımından da varmak mümkündür. Başka bir anlatımla, sözleşmenin iki yıllık süre içerisinde yapıldığı durumlarda, geciktirici şartın iki yıllık süreden sonra gerçekleşmesi hâlinde de ilgili sözleşme, TTK m. 356'ya tabidir.<sup>59</sup> Ayrıca şirketin devralma veya kiralama karşılığı olan ücreti, iki yıllık süreden önce veya sonra ödemesi de önem taşımamaktadır.<sup>60</sup> Yine sözleşmenin bir kısmının iki yıllık süre içerisinde bir kısmının ise iki yıldan sonra ifa edilmesinde de durum aynıdır.<sup>61</sup> İki yıllık süre içerisinde birden fazla devralma veya kiralama işlemi gerçekleşmiş ise, TTK m. 356 her bir işlem bakımından ayrı ayrı uygulanmalıdır.<sup>62</sup> İki yıllık sürenin esas sözleşme ile kısaltılması gibi uzatılabilmesinin de mümkün olmadığı görüşündeyiz.<sup>63</sup>

TTK m. 356'ya aykırı olarak yapılan sözleşmeler, anonim şirketin tescilinin üzerinden iki yıl geçtikten sonra, kendiliğinden geçerli hâle gelmez.<sup>64</sup> Yönetim kurulunun da temsil yetkisini kullanarak bunları geçerli hâle getirebilmesi mümkün değildir.<sup>65</sup>

<sup>57</sup> Wendt, AktG § 52, Rn. 86; Pentz, AktG § 52, Rn. 21.

<sup>58</sup> Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 6; Pentz, AktG § 52, Rn. 21.

<sup>59</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 21; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 8.

<sup>60</sup> Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 8; Pentz, AktG § 52, Rn. 21; Yavuz, s. 399.

<sup>61</sup> Yavuz, s. 399.

<sup>62</sup> Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 381.

<sup>63</sup> Yavuz, s. 399.

<sup>64</sup> Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 14.

<sup>65</sup> Yavuz, s. 399.

### III. TTK 356. MADDE HÜKMÜ BAKIMINDAN YAPILAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

#### Genel Kurul Kararı ve Tescil

Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin geçerliliği bakımından genel kurul kararı alınması öngörülmüştür. Ayrıca ilgili sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi de gerekmektedir. Hükümde öngörülen genel kurul kararı ve tescil geçerlilik koşuludur ve emredici olarak düzenlenmiştir.<sup>66</sup>

Genel kurul kararının, yapılmış olan devralma veya kiralama sözleşmesi ile doğrudan ilgili olması gerekmektedir.<sup>67</sup> Bu anlamda Pentz; yönetim kurulunun ibrasının sözleşmenin geçerli olması bakımından yeterli olmadığını belirtmekte, genel kurul kararının ilgili sözleşme ile açıkça ilgili olması zorunluluğunun altını çizmektedir.<sup>68</sup> Genel kurulun henüz akdedilmemiş bir sözleşme taslağına onay verip veremeyeceği de değerlendirilmesi gereken bir konudur. Kanun'un lafzı incelendiğinde, akdedilmiş bir sözleşmenin varlığının arandığı görülmektedir. Ayrıca TTK 356/4 maddesinde sözleşmenin genel kurulun onay kararıyla birlikte tescil ve ilan olunacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla genel kurul kararından sonra taraflara sözleşme yapmaları için bir imkân tanınmamıştır. İlgili düzenlemeden de Kanun koyucunun henüz akdedilmemiş sözleşmeleri madde kapsamına dahil etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca henüz akdedilmemiş sözleşmeler hakkında da genel kurulun karar verebileceğinin kabul edildiği ihtimalde, sözleşmenin gerçekten kabul edilen karardaki taslağına göre mi yoksa farklı şekilde mi yapıldığı da ayrı bir sorun olarak ortaya çıkacaktır.<sup>69</sup> Bu durumda tekrar bir denetim mekanizmasının işletilmesi, şirketin ticari faaliyetlerinin oldukça yavaşlamasına sebebiyet verebilir. Kanun'un açık lafzı ve belirtmiş olduğumuz hukuki sorunlar göz önüne alındığında kanaatimizce, genel kurul ancak akdedilmiş bir sözleşme hakkında karar verebilir.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 352.

<sup>67</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 34.

<sup>68</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 34; aynı yönde, Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 15; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 12.

<sup>69</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 34.

<sup>70</sup> Genel kurulun eksiksiz ve denetlenmiş bir sözleşme taslağına onay vermesi ve sözleşmenin de denetlenmiş taslağına uygun olarak akdedilmesi koşuluyla sözleş-

Alınacak genel kurul kararı bakımından, toplantı ve karar nisabına TTK m. 421/3 ve 421/4'ün uygulanması gerekmektedir (TTK m. 356/3). Buna göre; TTK m. 356/1 anlamındaki sözleşmeler hakkında, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla karar alınabilir (TTK m. 421/3). İlk toplantıda bu nisaba ulaşılamaması durumunda izleyen toplantılarda da aynı nisap aranmaktadır (TTK m. 421/4). Görüldüğü üzere genel kurul kararı bakımından nitelikli çoğunluk düzenlenmiştir. Hükmün amacı göz önüne alındığında, nitelikli bir çoğunluk aranmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Zira bu madde aşağıda açıklayacağımız üzere sermayenin iadesi yasağı ve malvarlığının korunması ilkeleri ile doğrudan bağlantılıdır. Bu anlamda kuruluştan sonra aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasına engel olunması sayesinde sermayenin eksiksiz olarak teşkili sağlanmış olmaktadır.<sup>71</sup> Ayrıca yapılan sözleşmenin taraflarından birinin pay sahibi olması durumunda, bu kişi TTK m. 436/1 uyarınca genel kurulda oy kullanamaz. TTK m. 436/1'de yer alan oydan yoksunluk hâli yalnızca pay sahibi ile de sınırlı değildir. Buna göre; pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelik taşıyan bir işe veya işleme ilişkin müzakerelerde oy kullanamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, genel kurul kararı sözleşmenin geçerliliği bakımından yeterli olmayıp sözleşmenin tescili de gerekmektedir.<sup>72</sup> Genel kurulun onay kararı ve tescil olmadan yapılan sözleşme nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin de bir hak ileri sürebilmesi mümkün değildir.<sup>73</sup> TTK m. 356 uyarınca sözleşmenin ilanı da öngörülmüştür. Ancak ilan bir geçerlilik şartı olmayıp sözleşme tescil ile geçerlilik kazanmaktadır.<sup>74</sup>

---

menin geçerli olacağı hususunda görüş için bakınız; Koch (Hüffer/Koch), AktG §52, Rn.13; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 12; Pentz, AktG § 52, Rn. 34; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 21; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 8; Arslanlı; sözleşmenin tasdik kararından önce veya sonra yapılmış olabileceğini, önce yapılmış ise, kararla birlikte hüküm ifade edeceğini, sonra yapılmışsa, yönetim kurulunun re'sen sözleşmeyi yapmaya yetkili kılınmış olduğunu, ancak her iki durumda da sözleşmenin onay kararı ve tescil ile hüküm ifade edeceğini belirtmektedir, Arslanlı, s. 82.

<sup>71</sup> Özlem Akıncı Albayrak, Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 388-389.

<sup>72</sup> Pentz, AktG § 52, Rn. 37.

<sup>73</sup> Arslanlı, s. 82.

<sup>74</sup> Yavuz, s. 418.

### İşletme veya Ayına Değer Biçilmesi

Yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız üzere, TTK m. 356/1 uyarınca akdedilen sözleşmelerin geçerliliği için genel kurul kararı alınması gerekmektedir. Ancak şirket yapılan sözleşme konusunu oluşturan ayın veya işletmenin devralma veya kiralama değerini belirlemede tamamen bir serbestiye sahip değildir. Bu bağlamda henüz genel kurul kararı verilmeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişinin, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlar değer biçmesi gerekmektedir. Bilirkişi raporu alınmaması durumunda ise taraflar arasındaki hukuki işlem geçersizdir.<sup>75</sup>

Kuruluştan sonra bir ayın veya işletmenin devralınmasında da aynı sermaye getirilmesindeki prosedür ile benzer bir düzenleme kabul edilmiştir. TTK m. 343 uyarınca getirilen aynı sermaye ile kuruluştan sonra devralınacak ayınlar ve işletmeler bakımından, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce, değer biçilmesi gerektiği öngörülmüştür. TTK 356 hükmü ile aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının engellenme amacı bu düzenleme ile de açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü değer biçilme hususu kurucuların takdir hakkına bırakılmayarak uzman bilirkişilerce yapılacaktır. Bu husus sözleşmenin diğer tarafında pay sahibinin yer alması durumunda sermayenin eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesine katkı sağlamaktadır. Ayrıca işlemin diğer tarafının pay sahibi olmadığı hâllerde ise, değer biçilmesine ilişkin bu düzenleme, anonim şirketinin malvarlığının korunmasına hizmet etmektedir.

Değerleme raporunun içeriği hakkında TTK'nun 343. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *"Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342'nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır"*. Kanaatimizce TTK m. 343'ün, TTK m. 356 uyarınca alınacak olan değerlendirme

<sup>75</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 353.

raporlarına da kıyasen uygulanması gerekir.<sup>76</sup> Zira her iki hüküm de sermayenin eksiksiz olarak oluşturulmasına hizmet etmektedir.

#### IV. TTK 356. MADDE HÜKMÜNÜN ÖRTÜLÜ SERMAYE İADELERİ İLE İLİŞKİSİ

##### Sermayenin İadesi Yasağına Genel Bakış

Sermayenin iadesi yasağı; Türk Ticaret Kanunu'nun 480. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler*". Madde metni incelendiğinde; tasfiye payına ilişkin istisna dışında pay sahiplerinin şirkete vermiş oldukları sermayeyi geri isteyemeyecekleri hususunun emredici olarak düzenlendiği görülmektedir. Sermayenin iadesi yasağına ilişkin madde hükmü lafzi olarak yorumlandığında; pay sahiplerinin yalnızca "*sermaye olarak verdiklerini*" geri isteyemeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak yasağın, şirket malvarlığı bakımından kapsamı hukukumuz bakımından son derece tartışmalı bir konudur.

Sermayenin iadesi yasağının kapsamı bakımından karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Alman hukukunda anonim şirketler bakımından sermayenin iadesi yasağına ilişkin temel düzenlemenin AktG §57/1 hükmünde yer aldığı görülmektedir. AktG §57/1'in birinci cümlesinde yer alan düzenleme uyarınca; "*sermaye pay sahiplerine geri verilemez*". Hükümde her ne kadar katılım payı/sermayeden söz edilmiş olsa da öğreti ve uygulamada yasağın sadece sermaye ile sınırlı olmadığı tüm malvarlığını kapsadığı kabul edilmektedir.<sup>77</sup> Avusturya hukukunda ise sermayenin iadesine ilişkin yasak öAktG § 52 hükmünde düzenlenmiştir. Avusturya hukukunda da yasağın kapsamı Alman hukuku ile benzer şekilde değerlendirilmektedir. Buna göre yasağın kapsamında yalnızca sermayenin karşılığını temsil eden değerlerin değil şirket malvarlığının tamamının yer aldığı belirtilmektedir.<sup>78</sup> Sermayenin ia-

<sup>76</sup> Aynı yönde bakınız; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 384.

<sup>77</sup> Bayer, AktG § 57, Rn.7; Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 9th Edition, München, 2010, AktG § 57, Rn, 2; Rainer Koll/Möllenhoff, Das Prinzip des Festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht, 2004, s. 160; Andreas Cahn/Michael Schild von Spannenberg, beck-online.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler) München 2023, AktG § 57, Rn. 2.

<sup>78</sup> Doralt/Winner, AktG § 57, Rn. 357.

desi yasağı İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht (OR)) Art. 680/2'de düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca pay sahibi ödemiş olduğu sermayeyi geri isteyemez. Düzenleme lafzi açıdan Alman hukuku ile oldukça benzer olmasına rağmen İsviçre hukuk öğretisinde farklı yorumlanmaktadır. İsviçre hukukunda öğretide yer alan hâkim görüş uyarınca; yasağın kapsamında esas sermayenin karşılığını oluşturan varlıkların yer aldığı belirtilmektedir.<sup>79</sup>

Sermayenin iadesi yasağının ortaklık malvarlığı bakımından kapsamı hususunun hukukumuzda son derece tartışmalı bir konu olduğunu belirtmiştik. Bu kapsamda, doktrinde yer alan bir görüşe göre,<sup>80</sup> sermayenin iadesi yasağının kapsamında şirketin esas sermayesine karşılık gelen öz varlıklar ve agio yer almaktadır. Doktrinde yer alan başka bir görüş uyarınca ise; yasağın kapsamında yalnızca esas sermaye bulunmaktadır.<sup>81</sup> Yasağın kapsamında sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin bulunduğu da doktrinde ileri sürülen görüşlerden bir diğeridir. Bu görüşe göre,<sup>82</sup> TTK'nın 480/3 maddesinde yer alan yasağın kapsamında anonim şirketin bağlı malvarlığı değerleri yer almaktadır. Doktrinde yer alan son görüş uyarınca ise<sup>83</sup> sermayenin iadesi yasağı; yalnızca esas sermaye ve bağlı malvarlığını değil hukuka uygun dağıtımlar haricinde kalan tüm şirket malvarlığını kapsamaktadır.

<sup>79</sup> Peter M. Binder, *Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht*, Bern, 1981, s. 28-31; Dieter Friedrich Unger, *Das Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung bei der Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich und Schweiz*, 2005, s. 340-341.

<sup>80</sup> Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 438-440.

<sup>81</sup> Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.122; Yazara göre, sermayenin iadesi yasağı, pay sahiplerine yapılan esas sermaye karşılığını azaltıcı tüm işlemleri kapsamaktadır.

<sup>82</sup> Emek Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 99, 245; Alihan Aydın, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*, Arıkan Basım Yayımları, İstanbul, 2008, s. 18-19, 23.

<sup>83</sup> Beşir Fatih Doğan, "Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2005, S. 56, C. 18, s. 49; Funda Özdin, "Sermayenin İadesi Yasağı'nın (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu -Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak", *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, MEF Üniversitesi, İstanbul 2020, s. 103; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 126-130; Mehmet Mülazımoğlu, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 188-192.

Çalışmamızın kapsamını aşmamak adına ilgili görüşlerin ayrıntılarına yer vermeyerek; yalnızca sermayenin iadesi yasağının hukuka uygun dağıtımlar haricinde kalan ortaklığın tüm malvarlığını kapsadığı görüşünde olduğumuzu ve çalışmanın bundan sonraki kısmında açıklamalarımıza bu görüş doğrultusunda devam edeceğimizi belirtmekle yetineceğiz.

### Örtülü Sermaye İadesi Kavramı ve Unsurları

Sermayenin iadesi yasağına aykırılık malvarlığından örtülü bir aktarım (*Verdeckte Zuwendung*) sonucu da gerçekleşebilir. Hatta malvarlığından yapılan açık aktarımların tespitinin kolay olması sebebiyle çoğu zaman pay sahiplerine örtülü malvarlığı aktarımı yapılmaktadır.<sup>84</sup> Örtülü malvarlığı aktarımı pay sahiplerine görünüşte geçerli olan başka bir hukukî işlemin perdesi altında, gizli bir şekilde yapılan dağıtımlardır.<sup>85</sup> Başka bir anlatımla burada şirket tarafından pay sahibine ödeme yapılması hususunda alınmış bir karar bulunmamakta görünüşte geçerli bir hukuki ilişkinin örtüsü altında pay sahibine gizli bir şekilde hukuka aykırı aktarım yapılmaktadır.<sup>86</sup>

Anonim şirket ile pay sahipleri arasında sözleşme serbestisi ilkesi gereğince borçlar hukuku temelli hukuki ilişkiler kurulabilir. TTK'nın 395. maddesinde yer alan yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapmasına ilişkin düzenleme ve TTK m. 356'da yer alan hüküm dışında pay sahiplerinin şirketle hukuki ilişkilerini yasaklayan genel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.<sup>87</sup> Bu kapsamda şirket pay sahipleriyle de üçüncü kişilerle olduğu gibi hukuki işlemler yapabilir. Bu nedenle pay sahibi ile şirket arasındaki her hukuki ilişki sermayenin iadesi neticesini doğurmamaktadır. Çünkü şirketle yapılan hukuki işlemlerde pay sahibi de anonim şirketin edimine karşı bir karşı edim yükümündedir. Ancak şirket ile yapılan hukuki işlem nedeniyle pay sahibi, pay sahipliği sıfatı nedeniyle farklı avantajlar elde ediyor ise sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmiş olmaktadır.<sup>88</sup> Dolayısıyla şirket ile yapılan hukuki işlemde pay sahibi, şirketin üçüncü kişilerle yap-

<sup>84</sup> Sevi, s. 461.

<sup>85</sup> Özdin, s. 100; Sevi, s. 461-462.

<sup>86</sup> Özdin, s. 100.

<sup>87</sup> Sevi, s. 462.

<sup>88</sup> Doğan, s. 51; Şener, s. 316.

cağı hukuki işlemlerle, eşit şartlara sahip ise ilgili hukuki işlem hukuka uygun kabul edilecektir.<sup>89</sup> Burada şirket ile pay sahibi arasındaki işlemin “pay sahipliği statüsünden” kaynaklanmaması ve pay sahibi olmayan herhangi bir kişiyle de aynı işlemin yapılabilecek olması ölçüt olarak alınmalıdır.<sup>90</sup>

Bu bağlamda pay sahibi ile şirket arasında yapılan hukuki işlem ile sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü için birtakım unsurların bulunması aranmaktadır. Aşağıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere; sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü bakımından objektif unsurun mutlaka bulunması gerekmektedir. Sermayenin örtülü olarak iadesi açısından objektif unsur yanında sübjektif unsurun da bulunmasının gerekip gerekmediği ise öğretilerde tartışmalı bir konudur.

Sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü bakımından aranan objektif unsur; şirketle yapılan hukuki işlem ile pay sahibine veya ona yakın kişiye maddi bir menfaatin aktarımı ile edimler arasında bir dengesizliğin bulunmasıdır.<sup>91</sup> Dolayısıyla öncelikle şirketin malvarlığını azaltıcı bir işlem neticesinde pay sahibinin maddi bir menfaat elde etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda pay sahibi veya ona yakın kişinin manevi bir menfaat elde ettiği durumlarda sermayenin iade edildiğinden söz edilebilmesi mümkün değildir.<sup>92</sup> Örtülü sermaye iadesinden söz edebilmek için şirket tarafından pay sahibine veya ona yakın kişiye maddi bir menfaatle bulunulması yeterli olmayıp aralarındaki hukuki işlemde edimler arasında uyumsuzluk da bulunması gerekir.

Örtülü sermaye iadeleri bakımından şirketin, pay sahibine, edimler arasında uyumsuzluk bulunarak maddi bir menfaat aktardığını bilerek hareket etmesinin, sübjektif unsur olarak dikkate alınıp alınmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde yer alan bir görüşe göre;<sup>93</sup> örtülü sermaye iadesinin varlığından söz edilebilmesi için objektif unsur yanında sübjektif unsurunun da varlığı gerekir. Bu görüşe göre edimler arasındaki uyumsuzluk şirketçe bilinçli bir şekilde yapılmış ise örtülü bir şekilde sermaye iade edilmiş olacaktır. Ancak şirket, ser-

<sup>89</sup> Doralt/Winner, AktG § 57, Rn. 368.

<sup>90</sup> Bayer, AktG § 57, Rn. 50.

<sup>91</sup> Doğan, s. 51; Sevi, s. 465.

<sup>92</sup> Sevi, s. 466.

<sup>93</sup> Dieter C. Probst, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Bern, 1981, s. 19-20; Doğan, s. 52.



mayenin örtülü olarak iade edildiğini bilmeden pay sahibi ile edimler arasında uyumsuzluk bulunan bir hukuki işlem yapmış ise sermayenin örtülü iadesinden söz edilemeyecektir.<sup>94</sup>

Bizim de katıldığımız öğretilerde yer alan diğer görüşe göre ise;<sup>95</sup> objektif unsurun gerçekleşmesi sermayenin iadesi bakımından yeterli olup ayrıca subjektif unsurun varlığı aranmaz. Aksi durumun kabulü, Kanun'un amacına aykırı olarak sermayenin iadesi bakımından açık bir kapı bırakılması anlamına gelmektedir.<sup>96</sup>

## V. TTK 356. MADDE HÜKMÜNDE YER ALAN DÜZENLEMENİN ÖRTÜLÜ SERMAYE İADELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

### Genel Açıklamalar

TTK m. 356'da yer alan düzenlemenin malvarlığının korunması ilkesiyle ve dolayısıyla sermayenin iadesi yasağı ile güçlü bağlantıları mevcuttur.<sup>97</sup> Zira TTK m. 356'nın şirket malvarlığının korunması amacı da bulunmaktadır ve malvarlığının korunması ilkesinden kaynaklanmaktadır.<sup>98</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, ilgili hükmün sermayenin iadesi yasağı ile bağlantısı ancak; işlemin tarafının, bir pay sahibi veya pay sahibine yakın kişiler<sup>99</sup> olması durumunda söz konusudur.

TTK m. 356 hükmü hem konu bakımından hem de süre bakımından sınırlandırılmıştır. Bu durumun, alacaklıların haklarının ve ortaklık malvarlığının korunması bakımından, yeterliliği tartışmaya açıktır. Sermayenin onda birinden fazla bir bedel sınırını aşmayan devralmalar veya kiralamar bakımından, değerinin çok üzerindeki edinimler-

<sup>94</sup> Doğan; sermayenin örtülü bir şekilde iade edildiğinin kabulü için objektif ve subjektif unsurun bir arada bulunması gerektiğini belirtmekle birlikte, bazı durumlarda, subjektif kriter aranmaksızın tek başına objektif kriterin gerçekleşmesinin de sermayenin iadesine sebep olabileceğini ifade etmektedir. Yazar; buna örnek olarak, bir hukuki işlemin doğası gereği yalnızca şirket ile hissedarlar arasında yapılabildiği durumları göstermektedir, Doğan, s. 52.

<sup>95</sup> Marcus Lutter, Köln Kommentar zum Aktiengesetz, C.1, 2. Bası, Köln - Berlin - Bonn - München, 1988, AktG § 57, Rn. 26; Bayer, AktG § 57, Rn. 66; Sevi, s. 471.

<sup>96</sup> Sevi, s. 471.

<sup>97</sup> Koch (Hüffer/Koch), § 52, Rn. 9; Drygala, s. 694; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 6.

<sup>98</sup> Yavuz, s. 393.

<sup>99</sup> Yakın kişi kavramı için bakınız; "B. Hükmün Subjektif Kapsamı" başlığı.

de alacaklıların haklarının ihlal edileceği açıktır. Ayrıca TTK m. 356 hükmü, şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıl içerisinde yapılan sözleşmeleri kapsamaktadır.<sup>100</sup> Bu bağlamda miktar ve sınır olarak TTK m. 356'nın kapsamında yer almayan işlemlerin korumasız olduğu ve tamamen geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, bedele ilişkin sermayenin yüzde onluk sınırı ve süreye ilişkin iki yıllık sınır yalnızca kuruluşta sonra devralmalara ilişkin TTK m. 356 hükmünün uygulanması yönünden bir kriterdir. Süre ve bedel yönünden bu belirlemelerin dışında kalan işlemler bakımından sermayenin örtülü iadesinin söz konusu olduğu durumlarda TTK m. 480/3 uygulanacaktır. Başka bir anlatımla, şirketin pay sahibinden; sermayenin onda birinden daha az bedel ile bir devralma veya kiralama yapması durumunda ya da bu devralma veya kiralamanın sermayenin onda birinden fazla olmasına rağmen şirketin tescilinden iki yıldan daha fazla bir süre sonra yapılması hâlinde işlem, TTK m. 356'ya tabi olmasa dahi TTK m. 480/3'e tabidir. Dolayısıyla bu işlem örtülü bir sermaye iadesine sebep oluyor ise TTK m. 480/3'ün hukuki sonuçları gündeme gelecektir.

TTK m. 356 ve TTK m. 480/3 düzenlemesi arasında bağlantı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Burada ortaya konulması gereken husus her iki hükmün uygulama sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiğidir. Yani bir hukuki işlemin; her iki hüküm kapsamına da girdiği veya yalnızca bir hükmün ihlaline sebebiyet verdiği durumlarda nasıl değerlendirme yapılması gerektiğinin, tespiti önem taşımaktadır. Bu değerlendirme yapılırken hükümlerin hukuki sonuçları da dikkate alınmalıdır.<sup>101</sup>

### **TTK m. 356 ile TTK m. 480/3 Hükümlerinin Yarışması Hakkında Değerlendirmeler**

Anonim şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıl içinde bir ayın veya işletmenin, sermayenin onda birini aşacak bir bedel karşılığında kiralanmasına veya devralınmasına ilişkin sözleşmeler bakımından TTK m. 356'nın uygulama alanı bulacağı ve işlemin geçerliliği

<sup>100</sup> Yavuz, hükümde yer alan iki yıllık sürenin yeterli olmadığını, maddenin amacından hareketle ilk yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin nazara alınmasının daha uygun olacağını belirtmektedir, Yavuz, s. 400.

<sup>101</sup> Drygala, s. 700.

bakımından maddenin aradığı şartların yerine getirilmesi gerektiği noktasında şüphe bulunmamaktadır. Esasen burada değerlendirilmesi gereken husus; şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıllık süre içerisinde, pay sahibinin şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın devretmesi veya kiralaması durumunda, TTK m. 480/3'ün ihlalinin söz konusu olup olmayacağı ve hangi hükmün öncelikli uygulanması gerektiğidir.

Öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus; pay sahibi tarafından anonim şirkete bir ayın devri veya kiralanması ile sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olup olmayacağıdır. Pay sahibinin nakdi sermaye koyma taahhüdünde bulunmasının ardından şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın devretmesi veya kiralaması neticesinde sermaye koyma borcu buradan elde edilen miktar ile yerine getirilebilir.<sup>102</sup> Bu ihtimalde şirket pay sahibinden gerçek değerinin üstünde bir ayın devralarak veya kiralarak örtülü bir şekilde sermayenin iadesine sebep olmaktadır.<sup>103</sup> Ayrıca pay sahibi tarafından nakdi sermaye koyma taahhüdünde bulunulması ile ayın devredilmesi veya kiralanması arasında bir bağlantı bulunmalıdır.<sup>104</sup>

Pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmesinden sonra da şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın veya işletme devretmesi veya kiralaması söz konusu olabilir.<sup>105</sup> Böyle bir durumda da pay sahibi gerçek değerinin üzerinde bir kazanım elde etmekte ve örtülü olarak sermayenin iadesi gerçekleşmektedir. Dolayısıyla gerek sermaye koyma taahhüdünde bulunulmasından gerekse de sermaye koyma borcu yerine getirildikten sonra şirket tarafından pay sahibinden gerçek değerinin üstünde bir ayın devralınır veya kiralanır ise TTK m. 480/3 maddesi ihlal edilmiş olmaktadır. Ancak burada, elbette ki yukarıda belirtmiş olduğumuz örtülü sermaye aktarımının objektif unsurunun da bulunması gerekir. Dolayısıyla işlemin aynı veya benzer şartlarda bir üçüncü kişiyle yapıp yapılmayacağı değerlendirilmelidir.

<sup>102</sup> İsmail Atamulu/Aydın Alber Yüce, "Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlaması", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2021, C. 7, S. 2, s. 221.

<sup>103</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 93.

<sup>104</sup> Yusuf Ziyaeddin Sönmez, "Anonim Ortaklıklarda Örtülü Ayni Sermaye Konulması Sorunu", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 1040.

<sup>105</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 93.

Görüldüğü üzere kuruluşta sonra devralma işlemi sonucunda da sermayenin iadesi yasağına aykırılık söz konusu olabilmektedir.<sup>106</sup> Burada tespiti gereken bir diğer durum ise; TTK m. 356'da yer alan düzenleme çerçevesinde yukarıda belirttiğimiz şartların yerine getirilmesine rağmen, gerçek değerinin üzerinde bir ayın veya işletme devri veya kiralanması söz konusu olmuş ise, sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olup olmayacağıdır. Daha kısa bir anlatımla "TTK m. 356'nın şartlarına uyulması sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel midir?" sorusuna cevap verilmedi.

TTK m. 480/3 düzenlemesi malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğindedir.<sup>107</sup> Bu bağlamda TTK m. 356'da yer alan düzenlemenin, sermayenin iadesi yasağının ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, TTK m. 480/3'ün uygulamasını dışlamayacağı kabulü gerekir.<sup>108</sup> Aksine, kanun boşluğu söz konusu olduğunda, malvarlığının korunması ilkesi bakımından temel norm niteliğinde olan TTK m. 480/3, içerik açısından uygun olduğu sürece TTK m. 356 bakımından da uygulanmalıdır.<sup>109</sup> Zira her iki düzenlemenin de malvarlığının korunmasına ilişkin hükümler doğrultusunda aynı amaca hizmet etmelerinin unutulmaması gerekir.<sup>110</sup> Bir ilkenin önlemek istediği durum varlığını sürdürüyorsa, yalnızca lafzi ve dar bir yorumda bulunulması doğru değildir.<sup>111</sup> TTK m. 356 ve TTK m. 480'de yer alan düzenlemeleri katı bir şekilde sınırlandırmak hükümlerin amacına aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda TTK m. 356'da yer alan düzenleme karşısında TTK m. 480'in ikincil nitelikte olduğunu söylemek de doğru olmaz. Zira böyle bir kabul TTK m. 356'da yer alan şartlar sağlandığında sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olmayacağı anlamına gelmektedir. Burada her iki hükmün de malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucu<sup>112</sup> olduğu unutulmamalıdır. Bir hükmün salt bir genel prensipten kaynaklandığını ileri sürmek doğru bir yaklaşım de-

<sup>106</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 6.

<sup>107</sup> Sevi, s. 460.

<sup>108</sup> Koch (Hüffer/Koch), § 52, Rn. 9; Drygala, s. 699.

<sup>109</sup> Drygala, s. 699.

<sup>110</sup> Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 10; Drygala, s. 699; Ünal Tekinalp, "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (2010), s. 1685, 1687.

<sup>111</sup> Tekinalp, 1974, s. 200.

<sup>112</sup> Güzin Üçışık/Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 56; Bilgili ve Demirkapı, s. 204.

ğildir.<sup>113</sup> Bu nedenlerle; pay sahibi ile anonim şirket arasında yapılan hukuki işlem, sermayenin iadesi yasağına aykırı ise, işlemin TTK m. 356'ya uygun olması TTK m. 480/3'ün uygulanmasına engel olmamalıdır. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde sermayenin iadesi yasağına aykırılığın hukuki sonuçları gündeme gelmelidir. Başka bir anlatımla, TTK m. 356 kuruluşun devralma söz konusu olduğunda TTK m. 480'in yerini alan bir düzenleme değildir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, TTK m. 356 hükmünün ihlali aynı zamanda sermayenin örtülü bir şekilde iadesi sonucunu doğurduğunda, TTK m. 356'nın mı yoksa TTK m. 480/3'ün mü öncelikli olarak uygulanması gerektiğidir. Bu anlamda akla ilk olarak, TTK m. 356 hükmünün konu itibarıyla daha özel bir hüküm olması nedeniyle genel nitelikteki TTK m. 480/3'e oranla öncelikle uygulanması gerekeceği düşüncesi, gelmekte ise de kanaatimizce bu görüşün benimsenmesi yerinde olmayacaktır. Çünkü TTK m. 356, TTK m. 480/3'e göre teknik anlamda bir özel hüküm değildir.<sup>114</sup> Yalnızca konu itibarıyla TTK m. 480/3'e göre daha özel bir düzenleme olup her iki hüküm birbirinden bağımsız niteliktedir.<sup>115</sup> Bu bağlamda, şirket pay sahibinden TTK m. 356'da yer alan düzenlemeye uyulmadan bir ayın devraldığı veya kiralandığında, hukuki işlem aynı zamanda örtülü bir şekilde sermayenin iadesi sonucunu doğuruyorsa, sermayenin iadesi yasağı, malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanmalıdır.<sup>116</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, her hükme aykırılık da işlemin kesin olarak hükümsüz olması yaptırımına neden olacağından hangi görüşün benimsendiğinin meydana gelecek hukuki sonuç bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

### **TTK m. 480/3'ün Varlığı Karşısında TTK m. 356'da Yer Alan Düzenlemenin Gerekliliğinin Değerlendirilmesi**

TTK m. 356'da yer alan düzenleme bulunmasaydı, pay sahipleri ve şirket arasında, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme

<sup>113</sup> Yavuz, s. 393.

<sup>114</sup> Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı bakımından benzer yönde değerlendirme için bakınız; Sevi, s. 460, Binder, s. 91.

<sup>115</sup> Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı bakımından benzer yönde değerlendirme için bakınız; Sevi, s. 460, Binder, s. 91; Tekinalp (Poroy/Çamoglu), s. 654.

<sup>116</sup> Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı bakımından benzer yönde değerlendirme için bakınız; Sevi, s. 460, Binder, s. 92.

veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler bakımından da TTK m. 480/3 uygulama alanı bulabilecekti. Bu anlamda çalışmamız kapsamında TTK m. 356'nın, TTK m. 480/3 varlığı karşısında gerekli olup olmadığı incelenmelidir.

TTK m. 356'nın gerekliliği bakımından öğretide birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Domaniç'e göre;<sup>117</sup> TTK m. 356 yersiz bir düzenlemedir. Zira, TTK m. 356'nın amaçladığı koruma TTK'da yer alan başka hükümlerle de sağlanabilir. Ayrıca alım, satım, trampa gibi işlemlere ilişkin hükümler de hileli sözleşmeleri önlemeye yöneliktir. Yazara göre; ilgili düzenleme ayrıca yetersizdir. Hükmün amaçladığı korumayı sağlayabilmesi mümkün değildir. Yazar bu görüşünün gerekçesi olarak hükmün sınırlı bir kapsama sahip olmasını ifade etmiştir. Yavuz'a göre ise;<sup>118</sup> TTK m. 356'nın uygulanmasından doğabilecek birtakım sakıncalar doktrin ve içtihatlarla önlenemeyecek kesinliktedir. Bu durumun varlığı bile TTK m. 356'nın TTK'da yer almaması yolundaki görüşün uygunluğu konusunda yeterlidir. Yazara göre; TTK m. 356'nın getirdiği formaliteler sebebiyle üçüncü kişilerin böyle bir şirketle sonunun ne olacağı belli olmayan sözleşmeler yapması mümkün olmayacak ve bu durum şirketi zarara uğratacaktır.

TTK m. 480/3 yalnızca pay sahipleri ve onlara yakın kişilerin işlemleri bakımından bir koruma sağlamaktadır. TTK m. 356'da ise işlemin devreden veya kiralaayan tarafı bakımından böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Bu anlamda öncelikle TTK m. 356'nın, TTK m.480/3'e oranla tarafları bakımından daha geniş bir koruma sağladığını ifade edebiliriz. Bununla birlikte örtülü sermaye iadesinin varlığı ve dolayısı ile TTK m. 480/3'ün ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuki işlemin üçüncü kişilerle aynı veya benzer şartlarda yapılamıyor olması gerekmektedir. TTK m. 356 ise böyle bir ayırım yapmadan şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde uygulanmaktadır. Daha açık bir anlatımla şirketin bir zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın maddede yer alan şartlara uyulmadığın-

<sup>117</sup> Hayri Domaniç, Anonim Şirketler, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978, s. 355-356.

<sup>118</sup> Yavuz, s. 396.

da sözleşme geçersiz olmaktadır. Bu anlamda TTK m. 356'nın, TTK m. 480/3'e oranla daha katı bir uygulama şartı benimsediği açıktır.

Kanun koyucu, kuruluşun sonra devralma işlemlerinde, ilgili malvarlığı değerinin nasıl belirleneceği hususunu, kuruluşun sonra iki yıl içerisinde şirketin kendi takdirine bırakmak istememiş, bu değer için uzman bilirkişiler tarafından hesaplanmasını şart koşturmuştur.<sup>119</sup> Bu sayede, değer için üzerinde bir bedel belirlenmesinin, engellenmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.<sup>120</sup> Burada, aynı sermaye getirilmesine ilişkin olarak, kuruluş aşamasının çok ötesine uzanan ek bir koruma sağlanması istendiği açıktır.<sup>121</sup> Eğer TTK m. 356 hükmü olmasa ve koruma TTK m. 480/3 ile sağlanacak olsaydı, devralınan veya kiralanan ayınların değeri şirket tarafından belirlenecekti. Ayrıca yine işlemin aynı veya benzer şartlarla üçüncü kişilerle yapılıp yapılmayacağı da göz önünde bulundurulacaktı. Böyle bir durumun ise, aynı sermayenin getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasını önleme amacının tamamen kaçırılmasına sebep olabileceği açıktır.<sup>122</sup>

Domaniç ve Yavuz'un yukarıda belirtmiş olduğumuz TTK m. 356'nın uygulanması bakımından görüşlerine, belirli noktalarda katılmaktayız. Bu bağlamda özellikle TTK m. 356'da yer alan düzenlemeler, üçüncü kişilerin maddenin öngördüğü prosedür nedeniyle, böyle bir şirketle sözleşme yapmaktan kaçınmasına ve bu durumun şirketi zarara uğratmasına, sebebiyet verebilecektir. Ayrıca ilgili hükümlerin uygulanması bakımından bir denetim öngörülmemiş olması hükümlerin kolayca ihlaline sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu nedenle taraflar kolaylıkla hükmü dolanarak sözleşmeler akdedebilirler.<sup>123</sup> Ayrıca, konu ile ilgili çok fazla yargı kararına rastlanılamamış olması da hükmün gerektiği gibi uygulanmadığını düşündürmektedir. Ancak gerek TTK m. 356 hükmünün subjektif kapsamının daha geniş ve şartlarının daha katı olması gerekse de sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümde öngörülmemiş bir bilirkişi incelemesi düzenlenmesi bir arada değerlendirildiğinde; TTK m. 356 olmasaydı, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılması amacı bakımından ye-

<sup>119</sup> Drygala, s. 701.

<sup>120</sup> Drygala, s. 701.

<sup>121</sup> Drygala, s. 701.

<sup>122</sup> Drygala, s. 704.

<sup>123</sup> Domaniç, s. 355- 356.

terli korumanın TTK m. 480/3 ile sağlanabileceği görüşünde değiliz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi TTK m. 356, TTK m. 480/3'ün uygulamasını dışlayacak nitelikte değerlendirilmemelidir. TTK m. 356, TTK m. 480/3'ün yanında aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasına karşı yan bir koruma sağlamaktadır.<sup>124</sup> Bu nedenle her iki düzenleme kısmen örtüşen iki küme gibi değerlendirilerek bazen sadece kuruluşta sonra devralmaya ilişkin hükümlere aykırılık bazen ise örtülü sermaye iadesi gerçekleştirilebileceği gibi kimi zamanda her iki durum bir arada bulunabilir.<sup>125</sup> Bu bağlamda TTK m. 480/3'ün sağlamayı amaçladığı korumaya ek bir koruma getirilebilecek nitelikte olan TTK m. 356'nın işlevsiz olduğu düşüncesinde değiliz. Tarafların kolaylıkla TTK m. 356'da yer alan düzenlemeleri dolanabilme sakıncasının da yine TTK m. 480/3 koruması ile bertaraf edilebileceği görüşündeyiz.

### **TTK m. 356 Anlamında Yapılacak Ödemelerin Ortaklık Malvarlığı Bakımından Kapsamı Hakkında Değerlendirmeler**

Kuruluşta sonra devralma yoluyla da pay sahiplerine örtülü bir şekilde sermaye iadesinin gerçekleştirilebileceğini yukarıda açıklamıştık. Böyle bir durumda kuruluşta sonra bir aynın devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin ödemelerin ortaklık malvarlığının hangi kısmından yapıldığı da önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğretide, TTK m. 356'nın uygulanabilmesi açısından ödemenin kaynağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre,<sup>126</sup> ödemenin ortaklık bağlı malvarlığından yapılması durumunda TTK m. 356'nın uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüş uyarınca; eğer ücret kârdan ödeniyor ise, bedel Kanun'un öngörmüş olduğu onda birlik sınırı aşsa bile TTK m. 356 uygulanmamalıdır.

Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise;<sup>127</sup> ödemenin ortaklığın bağlı malvarlığından yapıp yapılmadığı önem taşımamaktadır. Bu görüşe göre bedelin kaynağı sermaye, yedek akçe veya kâr olabilir. Bu

<sup>124</sup> Benzer yönde bakınız; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 58.

<sup>125</sup> Benzer yönde bakınız; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 58.

<sup>126</sup> Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 5a.

<sup>127</sup> BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 45; Yavuz, s. 393; Ülgen, 1969, s. 23-24; Tekinalp, 1974, s. 202.



anlamda ödemenin kârdan yapıldığı durumlarda da bedel onda birlik sınırı aşıyorsa TTK m. 356 uygulama alanı bulmaktadır.

Kanaatimizce de TTK m. 356'nın uygulanabilmesi için ödemenin kaynağının sermaye veya yedek akçeler olması gerekmemektedir. Bu anlamda kârdan yapılan ödemeler de madde kapsamında yer almaktadır. Bu hususa, maddenin amacından hareketle kolaylıkla ulaşmak mümkündür. Çünkü madde ortaklık malvarlığının korunmasını da amaçlamaktadır. Ayrıca bu anlamda kârdan yapılacak ödemelerin kapsam dışında tutulması, kârdan haksız olarak ödenen bedelin, pay sahiplerinin alacağı kâr payı üzerinde etkili olmasına neden olmaktadır.<sup>128</sup> Yine, işlemin bir tarafının pay sahibi olduğu durumlarda kârdan, sözleşme konusunun değerinin üzerinde ödeme yapılmasının eşit işlem ilkesine de aykırılık oluşturacağı açıktır.

Yukarıda sermayenin iadesi yasağının Kanun'a uygun dağıtımlar dışında tüm ortaklık malvarlığını kapsadığı görüşünde olduğumuzu belirtmiştik. Benimsemiş olduğumuz bu görüşten hareketle TTK m. 356'nın yalnızca ortaklık bağlı malvarlığından yapılan ödemeler bakımından söz konusu olduğu görüşü kabul edilse dahi, değerinin üzerinde bir ödeme söz konusu ise *-ödeme kârdan yapılırsa dahi-* TTK m. 480/3 uygulama alanı bulacaktır. Zira burada bir örtülü sermaye iadesi söz konusu olmaktadır. Her ne kadar TTK m. 356'nın örtülü aktarımları önleme gibi bir fonksiyonu bulunmamakta ise de TTK m. 480/3 örtülü iadeler bakımından da bir yasak getirmektedir. Bu açıdan kuruluşun sonra devralmada yapılan ödemenin kaynağı ne olursa olsun TTK m. 480/3'teki yasak uygulanmaya devam etmektedir. Dolayısı ile TTK m. 356 bağlamında yapılacak ödemelerin kaynağı konusunda hangi görüş benimsenirse benimsensin, örtülü bir sermaye iadesi söz konusu olduğu durumlarda, TTK m. 480/3 uygulama alanı bulmaktadır.

### **TTK m. 356 ile TTK m. 480/3 Hükümlerinin Hukuki Sonuçları Bakımından Değerlendirmeler**

TTK'nın 480. maddesinde sermayenin iadesi yasağına aykırılığın yaptırımı hakkında herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca TTK'da sermayenin iadesi yasağının yaptırımına ilişkin genel bir dü-

<sup>128</sup> Yavuz, s. 393.

zenleme de yer almamaktadır. Ancak hükmün emredici olarak kaleme alınmış olması nedeniyle yaptırımının Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 27. maddesi uyarınca belirlenmesi gerekir. Buna göre; sermayenin iadesi yasağına aykırı işlemler kesin olarak hükümsüzdür. Burada kesin hükümsüzlük yaptırımı hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi bakımından söz konusu olmaktadır.<sup>129</sup> Pay sahibinin sermayenin iadesi yasağına aykırı olarak bir menfaat elde etmesi durumunda ise bunu ortaklığa iade etmesi gerekir.<sup>130</sup> Sermayenin iadesi yasağına aykırılık örtülü bir aktarım sonucu meydana gelmiş ise de hukuki sonuç değişmez. Örtülü sermaye iadesine sebep olan işlemin üçüncü kişilerle yapılan emsal işlemlere uygun hâle getirilmesi gibi bir çözüm yolu da benimsenemez.<sup>131</sup> Zira tarafların emredici nitelikteki hükümlere aykırı bir sözleşmeyle değişen koşullarda bağlı tutulabilmesi mümkün değildir.<sup>132</sup> Alman Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında bu hususu benimsemiştir.<sup>133</sup> Bu bağlamda örtülü bir sermaye iadesi söz konusu ise pay sahibinin elde ettiği menfaatleri şirkete iade etmesi gerekmektedir.

TTK m. 356'da ise yukarıda da belirttiğimiz üzere genel kurul kararı verilmesi ve tescil geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Genel kurul kararı verilinceye kadar ilgili sözleşme askıda geçersizdir.<sup>134</sup> İlgili şartlar yerine getirilirse geçerlilik geriye etkili olur ve sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli hâle gelir.<sup>135</sup> Genel kurul kararı ve tescil şartı yerine getirilmediğinde Kanun'un emredici bir hükmüne aykırılık söz konusu olmaktadır ve ilgili sözleşme TBK m. 27 uyarınca kesin olarak hükümsüzdür. TTK m. 356'da yer alan hükme aykırı olarak elde edilen menfaatlerin iadesine ilişkin herhangi bir düzenleme ise yer almamaktadır.

<sup>129</sup> Doğan, s. 58; Hüffer, AktG § 57, Rn. 23; Lutter, AktG § 57, Rn. 62-63; Bayer, AktG, § 57, Rn. 144.

<sup>130</sup> Doğan, s. 59; Sevi, s. 512.

<sup>131</sup> Bayer, AktG § 57, Rn. 236.

<sup>132</sup> Bayer, AktG § 57, Rn. 236.

<sup>133</sup> Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof (BGH)) AG 2013, 431, (Bayer, AktG § 57, Rn. 236).

<sup>134</sup> Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 11; Wendt, AktG § 52, Rn. 88; Pentz, AktG § 52, Rn. 34; Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 8; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 14; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 30; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 83.

<sup>135</sup> Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 14; Yavuz, s. 412; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 90.

Yukarıdaki açıklamalarımızda görüldüğü üzere TTK m. 356 ve TTK m. 480/3 hükümlerine aykırılık durumunda ilgili hukuki işlemler kesin hükümsüzdür. Burada değerlendirilmesi gereken husus; sermayenin iadesi yasağına aykırılık bakımından benimsenen iade yükümlülüğünün TTK m. 356'ya aykırılık durumunda da uygulanıp uygulanamayacağıdır. Şirket ile pay sahibi veya pay sahibine yakın kişi arasında TTK m. 356'da yer alan şartlara uyulmadan yapılan hukuki işlemin aynı zamanda örtülü bir sermaye iadesine sebebiyet vermesi durumunda iade yükümlülüğünün doğacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda burada incelenmesi gereken husus ilgili hukuki işlemin örtülü bir sermaye iadesine sebep olmadığı hâllerde de iade yükümlülüğünün doğup doğmayacağıdır. Dolayısıyla iade yükümlülüğünün yalnızca sermayenin iadesinin bir sonucu olarak mı uygulanacağı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce burada da hükümlerin amacından hareket edilmesi gerekmektedir. Özellikle her iki hükmün de malvarlığının korunması ilkesine hizmet ettiği değerlendirildiğinde sermayenin iadesine aykırılık bakımından kabul edilen iade yükümlülüğünün TTK m. 356 bakımından da uygulanması gerekmektedir.<sup>136</sup> Zira hukukumuzda iade yükümlülüğünün açıkça yer aldığı düzenleme TTK m. 512'dir. Buna göre; haksız yere ve kötüniyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahiplerinin, bunları geri vermesi gerekmektedir. Haksız ve kötüniyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alınmasına ilişkin getirilen bu düzenleme de malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucudur. Bu doğrultuda TTK m. 356'nın ihlali durumunda farklı davranılması için hiçbir neden bulunmamaktadır.<sup>137</sup> Ayrıca iade yükümlülüğünün yalnızca sermayenin iadesi yasağının ihlal edildiği hâllerde uygulanacağını kabulünün de hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Aksine her iki hükümde malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucudur ve burada iade yükümlülüğü bakımından işlemin örtülü bir sermaye iadesine sebep olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, anonim şirketler bakımından iade talebinin, kuruluş sonrası devralmalara ilişkin hükme tabi olan işlemler bakımından da söz konusu olduğunun kabulü gerekir.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 12; Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 9.

<sup>137</sup> Drygala, s. 703.

<sup>138</sup> Drygala, s. 703.

Her iki hükmün ihlali durumunda iade yükümlülüğünün doğacağı kanaatinde olduğumuzu yukarıda belirttikten sonra bu noktada, şirketin pay sahibinden olan iade talebinin hangi hukuki sebepten doğacağı ise her iki hüküm açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Öncelikle TTK m. 356'ya aykırı olarak yapılan anonim şirket ve pay sahibi arasındaki hukuki işlemin aynı zamanda örtülü bir sermaye iadesine sebep olması durumunda iade yükümlülüğünün hangi hukuki sebepten doğacağı değerlendirilmelidir. Pay sahiplerinin sermayenin iadesine aykırı olarak elde ettikleri menfaat nakdi bir malvarlığı, taşınır veya taşınmaz eşyaya ilişkin olabilir. Ancak elde edilen menfaatin taşınır veya taşınmaz eşya olmasında konu özellik arz etmektedir. Pay sahibi, sermayenin iadesi yasağına aykırı olarak anonim şirketten bir taşınır veya taşınmaz mal elde etmiş ise, bunlar üzerinde mülkiyet hakkını kaybetmediği sürece bunları istihkak davası ile geri isteyebilir.<sup>139</sup> Ancak pay sahibinin veya iyiniyetli üçüncü kişilerin<sup>140</sup> ilgili malvarlığı üzerinde mülkiyeti kazanmaları durumunda iade yükümlülüğünün hukuki dayanağı konusunda öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretilerde ileri sürülen ilk görüş uyarınca,<sup>141</sup> yasağa aykırılık hâlinde şirketin iade talep hakkı, TBK m. 77 ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel hükümlerden doğmaktadır. Ancak bu görüşe göre; sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya değil anonim şirketin niteliğine uygun olarak uygulanması gerekir. Bu hususa ilişkin öğretilerde yer alan bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise;<sup>142</sup> yasağa aykırı olarak menfaat elde eden pay sahibinin sermaye koyma borcu yeniden canlanmaktadır. Sermaye koyma borcunun yeniden canlanacağına dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamasına rağmen anonim şirketlerin kendine özgü yapısından ve ilgili kuralların yorumundan bu sonuca varılması mümkündür. Bu hususlardan ve hükmün amacından hareketle alacaklıların ve malvarlığının en etkili biçimde korunmasını sağlayan yol, sermaye borcunun yeniden canlandırılmasının kabulüdür. İskat müessesesinin uygulanabilmesi de ancak sermaye koyma borcunun yeniden doğacağına kabulü hâlinde mümkündür.<sup>143</sup>

<sup>139</sup> Sevi, s. 513.

<sup>140</sup> Sevi, s. 514.

<sup>141</sup> Binder, s. 38 - 40.

<sup>142</sup> Arslanlı, s. 179; Sevi, s. 516-518; Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Zürich, 1996, s. 267.

<sup>143</sup> Sevi, s. 517.

Anonim şirket ve pay sahibi arasındaki hukuki işlem, yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m. 356 hükmüne aykırı olmasına rağmen sermayenin iadesi yasağını ihlal etmemiş olabilir. Böyle bir ihtimalde iade yükümlülüğünün hukuki dayanağı ise kanaatimizce sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler olmalıdır.<sup>144</sup> Zira bu durumda sermaye iadesi söz konusu olmadığından, sermaye borcunun yeniden canlandırılmasının kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla ıskata ilişkin hükümlerin uygulanmasına da gerek bulunmamaktadır.

Özetle belirtmek gerekir ki, gerek TTK m. 356 hükmüne aykırılık gerekse de TTK m. 480/3 hükmüne aykırılık söz konusu olduğunda yapılan hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca ilgili hükümlere aykırı olarak elde edilen menfaatlerin iade edilmesi gerekmektedir. Hükümlerin hukuki sonuçları bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımı ve iade yükümlülüğü ortak olmakla birlikte, pay sahibinin iade yükümlülüğünün doğduğu hukuki sebep farklılık göstermektedir. Bu açıdan, pay sahibi ile şirket arasındaki TTK m. 356'ya aykırı hukuki işlemin; aynı zamanda örtülü olarak sermayenin iadesine sebep olup olmadığının tespiti, ortaya çıkan iade yükümlülüğünün hukuki sebebi bakımından önem arz etmektedir.

## SONUÇ

Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde bir aynın devralınmasında veya kiralanmasında TTK'nın 356. maddesine uyulmadığı takdirde ilgili sözleşmelerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmesi şarttır. Ayrıca genel kurul kararı verilmeden önce, yönetim kurulunun istemi üye-

<sup>144</sup> Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 39; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 88. Alman hukukunda karşılıklı taleplerin temelini §§ 812 ff. BGB hükümlerinin oluşturduğu belirtilmekle birlikte, işlemin diğer tarafının pay sahibi olması durumunda AktG § 62 uyarınca da talepte bulunulabileceği ifade edilmektedir. Ancak Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında; AktG § 62 hükmünün, AktG § 57 hükmü bağlamı dışında, anonim şirket ile pay sahibi arasında şirketler hukuku hükümleri uyarınca geçersiz olan sözleşmeleri iptal etmek için, genel bir talep hükmü olarak uygulanamayacağını belirtmiştir (BGH NJW 2007, 3425 (3427), (Neue Juristische Wochenschrift, <http://beck-online.beck.de>))

rine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişinin, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçmesi de gerekmektedir. İlgili hükmün başlıca amacını aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının önlenmesi oluşturmaktadır. Hüküm bu bağlamda sermayenin eksiksiz bir şekilde oluşturulmasına katkı sağlamaktadır. Hükümün bu şekilde sermayenin korunmasına ilişkin işlevi de göz önüne alındığında şirket malvarlığının korunması ilkesine hizmet ettiği açıktır.

Anonim şirketle sözleşme yapan herkes hukukumuz bakımından TTK m. 356 hükmünün kapsamında yer almaktadır. Bu açıdan Kanun koyucu herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Çalışma konumuz kapsamında ise işlemin bir tarafının pay sahibi olduğu hâller özel önem taşımaktadır. Zira bu durumlarda örtülü bir sermaye iadesi söz konusu olabilmektedir. Sermayenin iadesi yasağı; Türk Ticaret Kanunu'nun 480. maddesinin üçüncü fıkrasında; "*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler*" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili yasağın şirket malvarlığı bakımından kapsamı hukukumuz bakımından son derece tartışmalı bir konudur. Kanaatimizce sermayenin iadesi yasağı, hukuka uygun dağıtımlar haricinde, ortaklığın tüm malvarlığından yapılan dağıtımları kapsamaktadır.

Sermayenin iadesi yasağına aykırılık malvarlığından örtülü bir aktarım sonucu da gerçekleşebilmektedir. Örtülü aktarımlarda; şirket tarafından pay sahibine ödeme yapılması konusunda alınmış bir karar bulunmamakta görünüşte geçerli bir hukuki işlemin örtüsü altında pay sahibine gizli bir şekilde hukuka aykırı aktarım yapılmaktadır. Ancak pay sahibi ile şirket arasındaki her hukuki ilişki elbette ki örtülü bir sermaye iadesi anlamına gelmemektedir. Bu açıdan pay sahibi ile şirket arasında yapılan hukuki işlem ile sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü için; şirketle yapılan hukuki işlem ile pay sahibine veya ona yakın kişiye maddi bir yarar aktarımı yapılması ile edimler arasında bir dengesizliğin bulunması gerekmektedir. Ayrıca şirket ile yapılan hukuki işlem nedeniyle pay sahibi, pay sahipliği sıfatı dolayısıyla birtakım farklı avantajlar elde ediyor ise, sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmiş olmaktadır.

Pay sahibi ile anonim şirket arasından kuruluştan sonra devralma-ya ilişkin sözleşmeler yoluyla da örtülü sermaye iadesi gerçekleşebilir. Bu şekilde örtülü sermaye iadesine sebep olan hâller şunlardır;

Pay sahibinin nakdi sermaye koyma taahhüdünde bulunmasının ardından şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın devretmesi veya kiralaması neticesinde sermaye koyma borcu buradan elde edilen miktar ile yerine getirilebilir.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmesinden sonra da şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın veya işletme devretmesi veya kiralaması yoluyla da pay sahibi gerçek değerinin üzerinde bir kazanım elde edebilir.

Kuruluştan sonra devralma işlemi sonucunda da sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olabileceğini belirttikten sonra; TTK m. 356'da yer alan koşullara uyulmasının, sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, TTK m. 480/3 düzenlemesinin malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğinde olması nedeniyle; pay sahibi ile anonim şirket arasında yapılan hukuki işlem sermayenin iadesi yasağını ihlal ediyor ise, işlemin TTK m. 356'ya uygun olmasının, TTK m. 480/3'ün uygulanmasına engel olmayacağının kabulü gerekir. Burada, her iki hükmün de malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucu olduğundan hareket edilmesi doğru bir yaklaşımdır.

Şirket ile pay sahibi arasındaki sözleşme hem TTK m. 356 hükmünün ihlali hem de sermayenin örtülü bir şekilde iadesi sonucunu da doğurabilir. Böyle bir durumda kanaatimizce, TTK m. 356 hükmü, TTK m. 480/3'e göre teknik anlamda bir özel hüküm olmayıp sadece konu itibariyle daha özel bir düzenleme niteliğinde olduğundan; her iki hükmün birbirinden bağımsız nitelikte bulunduğu göz önünde tutulmalıdır. Bunun sonucu olarak da sermayenin iadesi yasağı malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğinde olması nedeniyle öncelikle uygulanmalıdır.

Kanaatimizce TTK m. 356'nın uygulanabilmesi için ödemenin kaynağının yalnızca sermaye veya yedek akçeler olması yönünde bir zorunluluk söz konusu değildir. Bu anlamda kârdan yapılan ödemeler de madde kapsamında yer almaktadır. Ancak sermayenin iadesi yasağının kapsamının, Kanun'a uygun dağıtımlar dışında tüm ortaklık malvarlığını kapsadığı görüşünde olmamız sebebiyle; TTK m. 356'nın yalnızca ortaklık bağlı malvarlığından yapılan ödemeler bakımından söz konusu olduğu görüşü kabul edilse dahi değerinin üzerinde bir

ödeme söz konusu ise, ödeme kârdan yapılmış olsa da TTK m. 480/3 uygulama alanı bulacaktır.

TTK m. 356 ve TTK m. 480/3 hükümlerine aykırı olan hukuki işlemler kesin hükümsüzdür. Ayrıca yapılan hukuki işlem örtülü bir sermaye iadesine sebep olsa da olmasa da tarafların iade yükümlülüğü doğmaktadır. Ancak iade yükümlülüğünün hukuki sebebi bakımından, her iki hüküm açısından farklı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akıncı Albayrak Özlem, Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Ansay Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.
- Arslanlı Halil, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.
- Aydın Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2008.
- Artmann Eveline/Karollus Martin/Zehetner Jörg, *Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Band, 6. Auflage, 2018.*
- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin/Özdamar Mehmet, Şirket Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Bayer Walter, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 57.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.
- Binder Peter M., Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Bern, 1981.
- Cahn Andreas/v. Spannberg Michael Schild, beck-online.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler), München 2023, AktG § 57.
- Domanıç Hayri, Anonim Şirketler, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978.
- Doralt Jörg/Winner Martin, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), 5. Auflage, München, 2019, AktG § 57.
- Grigoleit Hans Christoph/Vedder Karl Christian, Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, (Herausgegeben von: Hans Christoph Grigoleit), München, 2020, AktG § 52.
- Heidinger Andreas, beck-online.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler), München 2023, AktG § 52.
- Henssler Martin/Strohn Lutz GesR/Vetter Eberhard/Schulenburg Voker, Gesellschaftrecht, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Martin Henssler/Lutz Strohn), München, 2021, AktG § 52.



- Hölter Wolfgang/Weber Markus/Solveen Dirk, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, (Herausgegeben von: Wolfgang/ Hölter/Markus Weber), München, 2022, AktG § 52.
- Hüffer Uwe, Aktiengesetz, 9. Auflage, München, 2010.
- Hüffer Uwe/Koch Jens, Aktiengesetz, 17. Auflage, München, 2023.
- Kayıhan Şaban, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Kırca İsmail/Şehirli Çelik Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Koll Rainer/Möllenhoff, Das Prinzip des Festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht, 2004.
- Lutter Marcus, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, C.1, 2. Bası, Köln – Berlin – Bonn – München, 1988.
- Mülazımoğlu Mehmet, Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Pentz Andreas, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kals), München, 2019, AktG § 52.
- Probst Dieter C., Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Bern, 1981.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Sayın Hediye Bahar, Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Sevi Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Spörri Beat, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Zürich, 1996.
- Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Tekil Fahiman, Şirketler Hukuku İkinci Cilt Anonim Şirketler, İstanbul, 1976.
- Tekinalp Ünal/Poroy Reha/Çamoğlu Ersin), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Toraman Çolgar Emek, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Unger Dieter Friedrich, Das Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung bei der Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich und Schweiz, 2005.
- Üçışık Güzin/Çelik Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ülgen Hüseyin, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklığın Kurulmadan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969, (1969).

Wendt Janine, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalls), München, 2019, AktG § 52.

## Makaleler

Akdağ Güney Necla/Alper Gümüş Mustafa, "Taşınurların Anonim Şirketlere Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", *Regesta Dergisi*, İstanbul 2013, C. 3, S. 3, ss. 3-30.

Atamulu İsmail/Alber Yüce Aydın, "Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlaması", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2021, C. 7, S. 2, ss. 213-237.

Bingöl Muhammet Emin, "Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 5, S. 2, ss. 197-218.

Doğan Beşir Fatih, "Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2005, S. 56, C. 18, ss. 48-60.

Drygala Tim, "Die aktienrechtliche Nachgründung zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung", *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, ss. 691 - 704.

Özdamar Mehmet, "6102 sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2015, S. 1, ss. 143-155.

Özdin Funda, "Sermayenin İadesi Yasağı'nın (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu -Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak", *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu-MEF Üniversitesi*, İstanbul 2020, ss. 85-122.

Sönmez Yusuf Ziyaeddin, "Anonim Ortaklıklarda Örtülü Aynı Sermaye Konulması Sorunu", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Tekinalp Ünal, "TTK m. 311 Anlamında Bedele İlişkin İlke ve Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1974, C. 39, S. 1-4, ss. 199-202, (1974).

Tekinalp Ünal, "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (2010).

Ülgen Hüseyin, "Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (2000).

Yavuz Cevdet, "Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Devralma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1984, C. 50, S. 1-4, ss. 385-421.

## Mahkeme Kararları

BGH AG 2013, 431.

BGH NJW 2007, 3425 (3427).

## Elektronik Kaynaklar

<http://beck-online.beck.de>