

SERMAYE AVANSI

BEGÜM BİLGE

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Yüksek Lisansı



KOÇ ÜNİVERSİTESİ

Eylül 2023

ÖNSÖZ

Kuşkusuz ki bu tez çalışması hayatıma dokunmuş olan birçok kişinin desteği ve katkısı olmaksızın gerçekleşemezdi. Öncelikle tez çalışmam esnasında yorum ve görüşleriyle bana destek olan değerli danışmanım Dr. Emek Toraman Çolgar'a çok teşekkür ederim.

Tez jürimde yer alan ve tez konumun oluşturulmasından tez yazım sürecine kadar değerli görüşlerini esirgemeyen çok değerli hocam Dr. Kerem Çelikboya'ya ve zamanını ayırarak bilgi ve birikimlerini benimle paylaşan saygıdeğer hocam Dr. Cem Veziroğlu'na tezime olan katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Tez çalışmamın bir kısmını geçirdiğim Almanya'da bana farklı bir dünyanın kapılarını aralayan değerli hocam Prof. Dr. Andreas Engert'e bana bu fırsatı sunduğu için çok teşekkür ederim.

Lisans eğitimim sırasında tanıştığım, öğrencilik hayatım ve avukatlık kariyerim boyunca bana her zaman destek olan ve meslek hayatımda bulunduğum noktaya gelmemde büyük katkıları olan çok değerli hocalarım Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Yeşim M. Atamer ve Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson'a tezime ve hayatıma olan katkılarından dolayı çok teşekkür ederim.

Her zaman en büyük destekçim ve her daim yardımcım annem Av. İlknur Bilge'ye, benim için her zaman en iyisini isteyen babam Ahmet Naci Bilge'ye, akademik dünyanın benim için ilk temsilcisi olan teyzem Dr. Anıl Yücel'e her zaman sonsuz destekleri için çok teşekkür ederim.

ÖZET

“SERMAYE AVANSI”

Begüm BİLGE

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisansı

Eylül 2023

Çalışmamız, uygulama tarafından yaratılmış ve vergi mevzuatı ile idari kurumlarının düzenlemeleri haricinde, özel hukuk kapsamında düzenlenmemiş olan sermaye avansını konu almaktadır. Sermaye avansı, pay sahibinin şirkete verdiği borcun, alacaklısına geri ödenerek veya paya dönüştürülerek ödenmesine izin veren, özel bir ifa mekanizmasına sahip olan borcu ifade etmektedir. Çalışmamızda sermaye avansının unsurları, ifa yolları, tarafların hak ve yükümlülükleri, diğer hukuk kurallarıyla ilişkisi incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye avansı, sermaye artırım, borcun sermayeye dönüştürülmesi, pay sahibinin borcu, sermaye taahhüdü

ABSTRACT

“CAPITAL ADVANCE”

Begüm BİLGE

Graduate School of Social Sciences and Humanities, L.LM Thesis

September 2023

This study focuses on the concept of “capital advance” which is not regulated under private law aside from tax regulations and regulations of administrative bodies, and originates from customary practice. Advance capital refers to a shareholders’ loan given to the company, which has a special performance mechanism that allows the loan to be settled by repaying to the creditor or converting it into shares of the company. In this study, the elements and the performance mechanism of this concept, the rights and obligations of the parties, and the relationship of this concept with other applicable rules of law are analyzed and evaluated.

Key Words: Capital advance, capital increase, conversion of a loan into capital, shareholders’ loan, capital contribution

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SERMAYE AVANSI KAVRAMI, SERMAYE AVANSI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONU

I.	Sermaye Avansı ve Sermaye Avansı Sözleşmesi Kavramı.....	3
II.	Sermaye Avansı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	6
III.	Sermaye Avansı Sözleşmesinin Tarafları.....	10
	1. Alacaklı.....	10
	2. Borçlu.....	13
IV.	Sermaye Avansı Sözleşmesinin Konusu.....	13
V.	Sermaye Avansı Sözleşmesinin Şekli.....	15
VI.	Sermaye Avansının Uygulama Alanı ve Fonksiyonu.....	18
	1. Sağlıklı Bir Şirketin Pay Sahibi Tarafından Fonlanması Fonksiyonu.....	18
	2. Ekonomik Güçlük İçerisinde Olan Şirketi Sağlığa Kavuşturma Fonksiyonu.....	21
VII.	Sermaye Avansının Bilançodaki Yeri ve Sermaye Yedeği Niteliği Görüşü.....	27

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE AVANSI SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI VE İÇERİĞİ

I.	Sermaye Avansı Borcunun Para Birimi	33
	1. Sermaye Avansının Türk Parası Cinsinden Verilmesi.....	33
	2. Sermaye Avansının Yabancı Para Üzerinden Verilmesi.....	33
II.	Sermaye Avansı Sözleşmesinde Faiz	38
III.	Sermaye Avansı Sözleşmesinde Vade.....	43
	1. Borcun Vadesinin Sözleşmede Belirlenmesi.....	44
	2. Sözleşmede Vadenin Belirlenmemiş Olması	48
IV.	Tarafların Yükümlülükleri.....	50
	1. Alacaklı Pay Sahibinin Yükümlülükleri.....	51

A. Ödünç Vermek.....	51
B. Sermaye Artırımı Konulu Genel Kurulda Olumlu Yönde Oy Kullanmak ve Rüçhan Hakkını Kullanmak.....	52
2. Borçlu Şirketin Yükümlülükleri.....	55
A. İfa Yolunun Seçilmesi	55
B. Sermaye Artırım Yoluyla İfada Yönetim Kurulunun Yükümlülükleri...	56
C. Sermaye Avansının Geri Ödenmesi Yoluyla İfada Yönetim Kurulunun Yükümlülükleri.....	60
V. Sermaye Avansı Sözleşmesinin Çeşitli Açılardan Değerlendirilmesi ve Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	60
1. Sermaye Avansının Paya Dönüştürülebilir Tahviller ile Karşılaştırılması....	60
2. Sermaye Avansının Örtülü Sermaye İşlemleri ile İlişkisi.....	66
3. Sermaye Avansının Örtülü Kazanç Dağıtımı ile İlişkisi.....	69
A. TTK Kapsamında Örtülü Dağıtım.....	69
B. KVK Kapsamında Örtülü Kazanç Dağıtımı.....	71
C. SerPK Kapsamında Örtülü Kazanç Aktarımı	76
4. Şirkete Borçlanma Yasağı Kapsamında Alacaklının Durumu.....	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM BORCUN SONA ERMESİ

I. İfa Yoluna Karar Verilmesi.....	82
II. Şirket Sermayesine Eklenmesi Yoluyla Yapılan Sermaye Artırımı	86
1. Sermaye Artırımının Taahhüt Yoluyla Artırım Niteliğinde Olması.....	89
2. Sermaye Avansı İlişkisi Kapsamında Taraflarının Karşılıklı İştirak İlişkisi Kurmasının Sermaye Artırımında Nisaba Etkisi.....	91
3. Sermaye Avansının Diğer Pay Sahiplerinin Rüçhan Hakkına Etkisi.....	94
4. Sermaye Avansının Malvarlığı Değeri Olarak Nakdi ve Ayni Sermaye Konusu Edilebilmesi.....	99
A. Sermaye Avansının Ayni Sermaye Olarak Şirkete Getirilmesi.....	100
aa. Sermaye Avansının Ayni Sermaye Niteliği.....	100
bb. Sermaye Avansının Ayni Sermaye Olarak Getirilmesinin Şartları.....	108
i. Nakden Değerlendirilebilme ve Devrolabilme Şartı.....	108
ii. Gerçek Olma Şartı.....	109
iii. Tahsil Edilebilirlik Şartı.....	110
iv. Muacceliyet Şartı.....	111
B. Sermaye Avansının Nakdi Sermaye Olarak Şirkete Getirilmesi.....	114
aa. Pay Sahibinin Alacağının Sermaye Borcu ile Takası	121
bb. Takasın Şartları.....	127
i. Alacakların Karşılıklı Olması.....	127
ii. Alacakların Para veya Özdeş Diğer Edimler Olması.....	128
iii. Borcun Muaccel ve Zamanaşımına Uğramamış Olması.....	128
III. Sermaye Artırım Kararı Alınmaması ve Borcun Nakden Ödenmesi.....	130

SONUÇ.....	133
KAYNAKÇA.....	140
ÖZGEÇMİŞ.....	149



KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
Bakanlık	: Ticaret Bakanlığı
bkz.	: bakınız
AktG	: Aktiengesetz
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
dn	: Dipnot
E.	: Esas no.
eTTK	: 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
eSerPK	: 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu
Gerekçe	: Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gümrük ve Ticaret Bakanlığı	: 10.07.2018 sonrasında kullanılan güncel ismiyle Ticaret Bakanlığı
GVK	:193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
K.	: Karar no.
KVK	: 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	: madde
NZG	: Neue Zeitschrift für Gesellschaft
OECD	:Organisation for Economic Cooperation and Development
PDT	: Paya dönüştürülebilir tahvil
S.	: Sayı no.
s.	: sayfa no

SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SMMM	: Serbest Muhasebeci Mali Müşavir
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TL	: Türk Lirası
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
YK	: Yönetim Kurulu
YMM	: Yeminli Mali Müşavir
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VUK	: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu
ZHR	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

GİRİŞ

Ticaret şirketleri, ticari faaliyetlerini yürütmek için sermayeye ihtiyaç duyarlar. Bir ticaret şirketi pay sahiplerinin taahhüt ettiği sermaye ile kurulur. Pay sahiplerinin sağlamış olduğu sermaye ile ticaret hayatına başlayan bu şirketler, ilerleyen dönemlerde ek finansmana ihtiyaç duyabilirler. Bu tez çalışması, uygulamada şirket finansmanı amacıyla geliştirilmiş bir kavram olan “sermaye avansı”nın tanıtılması, bu kavramın kullanım alanlarını ortaya konulması, başta vergi ve muhasebe mevzuatı olmak üzere diğer hukuk normlarıyla ilişkisinin açıklanması ve sermaye avansının ifası için öngörülen mekanizmanın incelenmesi amacıyla kaleme alınmıştır.

Sermaye avansı, pay sahibi tarafından şirkete borç verilmesi ile pay sahibinin şirkete sermaye taahhüdünde bulunması arasındaki işlemlerindeki birleştiren karma bir finansman metodudur. Çalışmamızda; uygulamada sıkça kullanılıyor olmasına rağmen mevzuatımızda tanımlanmamış olan bu finansman türünün fonksiyonu, hukuki niteliği ve temas ettiği hukuk prensipleri ile ilişkisinin incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde sermaye avansı kavramının tanımı ve sermaye avansı verilmesiyle taraflar arasında kurulacak olan ilişkinin hukuki niteliği, şekli ve tarafları açıklanmıştır. Buna ek olarak, sermaye avansının uygulamada kullanım amaçlarından; (i) sağlıklı şirketin fonlanması ve (ii) TTK m.376 kapsamında ekonomik güçlük içerisinde olan şirketin sağlığına kavuşturulması için sermaye avansının kullanılması irdelenmiştir. Son olarak, borç niteliği taşıyan sermaye avansının şirket finansal tablolarındaki yeri ve ifasıyla muhasebe kuralları gereği nasıl yer değiştireceği açıklanmıştır.

İkinci bölümde, sermaye avansını konu alan sözleşmelerde tarafların iradi olarak belirleyebilecekleri hükümlere ilişkin tespitlerde bulunulmuş ve vergi düzenlemeleri başta olmak üzere sermaye avansının temas ettiği diğer hukuk kuralları ile ilişkisi ele alınmıştır. Tarafların bu ilişki içerisinde iradi olarak faiz ve vade belirleyip belirleyemeyecekleri irdelenmiş ve sermaye avansının verildiği para cinsine üzerine değerlendirmelerde bulunulmuştur. Sermaye avansı ilişkisi taraflarının bu ilişki içerisinde üstlendikleri yükümlülükler belirtilmiştir. Bir sermaye piyasası aracı olan paya dönüştürülebilir tahvillerle karşılaştırması yapılmış; KVK ve SerPK'daki örtülü kazanç aktarımı yasağı, TCK'da öngörülen tefecilik suçu başta olmak üzere diğer hukuk kurallarına uygunluk açısından değerlendirilmiştir.

Üçüncü ve son bölüm, sermaye avansının şahsına münhasır ifa mekanizmasını konu almaktadır. Bu bölümde sermaye avansının ifa yolları olan (i) borcun alacaklısına geri ödenerek ifa edilmesi ve (ii) borçlu şirkette sermaye artırımını gerçekleştirilerek alacaklının talip olduğu yeni payların sermaye taahhüdü borcunun ifasında sermaye avansının kullanılması yoluyla ifa ayrı ayrı incelenmiştir. Sermaye avansının sermaye artırımını yoluyla ifasında söz konusu sermaye artırımının türünün “sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını” olduğu ortaya konmuş ve sermaye avansının hem aynı hem de nakdi sermaye artırımını sonucu doğan sermaye borcunun ifası için kullanılabileceği tespit edilmiştir. Bu kapsamda şirkette aynı sermaye artırımını yapılması halinde, sermaye avansının aynı sermaye olarak şirkete getirilebilme koşulları; nakdi sermaye artırımına karar verilmesi halinde ise sermaye avansı ile sermaye taahhüdü borcunun takas edilebilirliği incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SERMAYE AVANSI KAVRAMI VE SERMAYE AVANSI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONU

I. Sermaye Avansı ve Sermaye Avansı Sözleşmesi Kavramı

Sermaye şirketleri yeni yatırımlarda bulunmak, yeni teknolojiler veya iş modelleri geliştirmek, var olan operasyonlarını büyütmek ve yürütmek, bozulan mali durumlarını düzeltmek ve daha birçok sebepten ötürü finansmana ihtiyaç duyarlar. Şirketin ihtiyaç duyduğu finansman, üçüncü kişilerle kurulan borç ilişkileri sonucu elde edilebileceği gibi şirket pay sahiplerinin yeni sermaye taahhüdünde bulunması sonucu da sağlanabilir. Şirketin finansman kaynakları elbette ki bu sayılanlarla sınırlı değildir. Uygulamada, sermaye şirketinin finansmanı için farklı yapıların taraflar arasındaki sözleşmeler ile kurulması mümkündür.

Pay sahibinin, şirkete “sermaye avansı” adı verilen bir miktar paranın verilmesi yoluyla, şirketin fonlanması bu amaçla kurulan yapılardan biridir. Sermaye avansı müessesesi, şirketler hukuku alanında uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkmış ve şekillenmiş olan, uygulamanın yarattığı bir kavramdır¹. Bu yol ile şirketin finanse edilmesi, sıkça icra edilen bir yöntem olmasına rağmen, sermaye avansının tanımı, unsurları ve bu yolla şirket finansmanın sağlanması için kurulacak mekanizma mevzuatta düzenlenmemiştir. Bu sebeple sermaye avansı kavramı, doktrinde, uygulamada kullanıldığı amaç ve genel hukuk prensipleri çerçevesinde tanımlanmıştır.

Sermaye avansı, bir şirketin pay sahipleri tarafından şirkete finansman sağlanması amacıyla verilen para ödücünü ifade etmektedir. Sermaye avansı yoluyla finansman sağlanan borçlu şirket, bu borcun alacaklıya geri ödenmesi ile yükümlüdür. Sermaye avansı adı verilen bu borcu, şirketin diğer borçlarından ayıran en önemli özellik kendine özgü olan ifa mekanizması ve bu ifa mekanizmasının işletilebilmesi için taraflara sağlanan hak ve yükümlülöklere ilişkindir.

Sermaye avansının ifa mekanizmasına ilişkin detaylı incelemeye çalışmamızın ileriki bölümlerde yer verilmiş olmakla birlikte kısaca şu şekilde ifade edilebilir: Borçlu şirket

¹ Ayoğlu, “Sermaye Avansı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Saygı Konferansı, İstanbul, Ocak 2017, s.29-58, erişim tarihi: 01.05.2023, (<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/sermaye-avansi-kavrami-uzerine-dusunceler-9786051526478>), s.31.

sermaye avansını tıpkı diğer ticari borçları gibi alacaklıya ifa edebilir. Sermaye avansına özgü ikinci ifa yolunda ise taraflar, şirkette sermaye artırımı kararı alınması ve alacaklı pay sahibinin bu sermaye artırımına iştirak ederek yeni çıkarılan payları iktisap etmesi konusunda anlaşmıştır. Böylelikle alacaklı pay sahibinin iktisap ettiği yeni payların sermaye taahhüdü bedeli borcu, sermaye avansı kullanılarak sona erdirilir².

Bu kapsamda mevzuatta tanımı olmayan sermaye avansının birçok yazar tarafından kendine özgü olan ifa yönteminin açıklanması yoluyla tanımlandığını görmekteyiz. *Ayoğlu*, sermaye avansını; pay sahibi ile şirket arasındaki bir ödünç akdinden kaynaklanan, nakden ya da ileride yapılacak bir sermaye artırımı esnasında yaratılacak yeni payların pay sahibine verilmesi suretiyle ifa edilebilmesi için şirkete seçim yetkisi tanınan, muhasebesel açıdan sermayeye dâhil edilebilecek bir kaynak olarak özel bir hesapta izlenen pay sahibine ait alacağa verilen isim olarak tanımlamıştır³. *Özkenez*, sermaye avansının ortakların ileriki zamanlarda yapılacak olan bedelli bir sermaye artışı sonucunda doğacak sermaye taahhüdü borçlarına karşılık, ortağı oldukları şirkete aktardıkları kaynaklar olduğunu ifade etmiştir⁴. *Dikmen* ve *Okyay* sermaye avansını, ileride yapılacak olan sermaye artırımına mahsup edilmek üzere şirket ortaklarının ortak oldukları şirketlere yaptıkları para transferleri olarak tanımlamıştır⁵.

Sermaye avansı kavramının tanımı ve sermaye avansının ifasına ilişkin hükümler mevzuatta düzenlenmemiş olmasına rağmen bu mekanizmanın uygulanabilirliği ve geçerliliği; konuyla ilgili yargı kararları, idarenin yayımlamış olduğu genelgeler, görüş yazıları, teamül haline gelmiş uygulamalar ve öğretilerdeki görüşler ile teyit edilmiş, konunun çerçevesi çizilmiş, koşul ve şartları belirlenmiştir.

Bunun en belirgin örneklerinden biri; 03/04/2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)’de yapılan değişiklikle⁶ sermaye avansının tabi

² Sermaye taahhüdü borcunun sermaye avansı kullanılarak sona erdirilmesi esnasındaki hukuki işlemler sermaye artırımının türüne göre farklılık arz etmektedir. Bu işlemlere çalışmamızın Üçüncü Bölümünde yer verilmiştir.

³ *Ayoğlu*, a.g.e., s.33.

⁴ *Özkenez*, Sedat, “Sermaye Artırımı İndiriminde Sermaye Avanslarının Durumu ve Muhasebeleştirilmesi”, Mali Çözüm Dergisi, İSMMO, Cilt:31, İstanbul, Mart-Nisan 2021, s. 263-268, s.1, erişim tarihi: 20.07.2023 (<https://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/164malicozum/16.PDF>).

⁵ *Dikmen*, Mustafa Burçin, “Sermaye Artırım Avansı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Aktarımı”, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı:380, Nisan 2013, Yıl:32, s.69-73, s.69; *Okyay*, Mikail, “Sermaye Avansları” Kavramının Vergi Kanunları ve Diğer Kanunlar Karşısındaki Durumu”, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 424, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Ankara 2016, s. 96-103, s.99.

⁶ Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı’nın 5/08/2016 tarihli ve 29792 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1)’nde Değişiklik Yapılmasına Dair KVK. 10 Seri No.lu Tebliğ m.10.6.3.1.1 ile Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri:1)’de değişiklik yapılmıştır. Erişim tarihi:20.07.2023, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160805-10.pdf>).

olduğu muhasebe hesabının, diğer sermaye artışlarında artırılan tutarlarının tabi olduğu düzenlemeden farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuş olmasıdır. Tebliğde “*ileride gerçekleştirilecek sermaye artırımından kaynaklanan sermaye taahhüdünün yerine getirilmesinde kullanılmak amacıyla, sermaye artırımına ilişkin karardan önce ortaklar tarafından sermaye avansı olarak şirket hesabına yatırılan tutarlar...*” ifadesine yer verilerek sermaye avansının tanımı; bu kavramın unsurları olan (i) sermaye avansının verilme anı, (ii) bu ilişkinin tarafları ve (iii) verilme amacı üzerinden yapılmıştır.

Belirtilmelidir ki; pay sahibi tarafından sermaye şirketine verilen, bu özellikli borç için kullanılan *sermaye avansı* ismi çoğunlukla vergi düzenlemelerinde karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple bu borcun genellikle muhasebe uzmanları tarafından bu isimle kullanıldığını görmekteyiz. Hukuk kaynaklarında ve maddi hukuk düzenlemelerinde bu isim, muhtemelen kanunda tanımlanmamış olması sebebiyle kavram kargaşası yaratmamak adına kullanılmaktan imtina edilmiştir. İdarenin sermaye avansına ilişkin düzenlemeleri, içtihat ve doktrindeki görüşlerinin çoğu bu özellikli borcun taraflarına ve ifa yöntemine atıfta bulunarak aslen uygulamada kullanılan adıyla sermaye avansına işaret etmektedir⁷.

Sermaye avansı ilişkisi kapsamında, şirket pay sahiplerinden birinin şirkete borç vermesi ve böylelikle pay sahibi için doğan alacak hakkının şirkete ayni sermaye olarak getirilmesi veya nakdi sermaye artırımında ortaya çıkan sermaye bedeli ile takas edilmesi söz konusudur. Bu borcun şirket sermayesine dönüştürülmesi için takip edilmesi gereken bu hukuki işlemler bütünü açıkça mevzuatımızda yer almamasına rağmen söz konusu hukuki işlemlere müstakilen kanunun farklı hükümlerinde izin verilmiştir.

TTK m.342 alacak hakkının sermaye olarak şirkete getirilebileceğini; ileride detaylı şekilde incelendiği üzere, sermaye artırımının, nakdi sermaye artırımı sonucu ifa edilmesi durumunda TTK m. 457/2.a sermaye taahhüdü borcunun takas yoluyla ödenebileceğini düzenlemektedir. TTK m. 358 ise pay sahibinin şirkette borçlanmasını yasaklarken tam tersi bir borç ilişkisi için herhangi bir düzenleme bulunmaması pay sahibinin şirkete borçlanabileceği yönünde yorumlanmalıdır⁸. Ticaret Bakanlığı⁹’nın sermaye avansına ilişkin düzenlemelerinde de pay

⁷ Bununla birlikte, Yargıtay kararlarında sermaye avansı isminin kullanıldığı görülmüştür. Bkz. 11. HD E: 2021/1887, K: 2022/6427, 28.09.2022 (<https://www.yargitaykararlari.com.tr/ictihatdetay-42808-11hukukdaresi-Yargitay-11-Hukuk-Dairesi-2021-1887-Esas-2022-6427-Karar-Sayili-Ilami.html>) erişim tarihi: 06.09.2023

⁸ İkinci Bölüm.V.4.

⁹ Konuyla ilgili düzenlemelerin yayımlandığı tarihte ismi Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, mülga Ekonomi Bakanlığı ile 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile birleştirilerek Ticaret Bakanlığı ismini almıştır. Çalışmamızda bu bakanlığın ismi güncel ismi olan Ticaret Bakanlığı olarak kullanılmıştır.

sahibinin şirketten olan alacaklarını aynı şirkete aynı sermaye olarak getirilebileceğini düzenlemiştir¹⁰. Yargıtay, şirketin pay sahiplerine olan borçlarının, sermaye taahhüdü bedeli borcuyla takas edilerek sona erdirilmesini kabul etmiş ve pay sahibinin şirkete olan alacağını şirkete sermaye olarak getirmesinin hukuk düzenimiz içerisinde yeri olduğunu onaylamıştır¹¹.

II. Sermaye Avansı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Yukarıda da ifade edildiği üzere sermaye avansı ve bunu konu alan sözleşmenin hukuki niteliği ve hükümleri mevzuatımızda ayrıca düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu borcun ve hukuki işlemin unsurları göz önünde bulundurularak sözleşmenin niteliği genel hükümlerce belirlenir.

Sermaye avansı, pay sahibi tarafından şirkete verilen ve şirket üzerinde ileriki bir tarihte alacaklıya ifa borcu yaratan bir kazandırmayı ifade etmektedir. Geri ödenmesi şartıyla belli bir miktar para verilmesi TBK anlamında bir ödünç borcu yaratmaktadır. TBK’da ödünç sözleşmeleri konu bakımından iki türe ayrılmıştır. TBK m.379’da ödünç sözleşmeleri türlerinden olan *kullanım ödünç sözleşmesi* bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ve kullandıktan sonra aynı şeyin geri verilmesinin üstlenildiği bir sözleşme iken; TBK m.386’da düzenlenen tüketim ödünç sözleşmesi para ya da tüketilebilen bir şeyin aynı nitelik ve miktarda başka bir şey ile geri verilmesini düzenlemektedir. Para borcu da niteliği gereği tüketilebilen bir eşyadır¹² ve kullanmakla tükenir. Bu sebeple para ödünç niteliği taşıyan

¹⁰ Bkz. 02.01.2014 tarihli 50035491.449 sayılı Alacağın Ayni Sermaye Olarak Şirkete Konulması konulu Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü yazısı (https://www.ito.org.tr/documents/Ticaret-Sicil/mevzuat/genelgeler-gorusler/ayni_sermaye.pdf) ve 15.7.2013 tarihli 67300147.431.04/559478/4979 – 5665 sayılı Sermaye Artırımı konulu Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan görüş yazısı; ayrıca; Genelgeye ilişkin tartışmalara “Sermaye Avansının Ayni Sermaye Olarak Şirkete Getirilmesi” başlığı altında yer verilmiştir.

¹¹ Yargıtay 11.HD 20.01.2012, E. 2010/7733 K. 2012/525: “... gereksiz yere alacaklılara faiz ödememek ve piyasada borçlu durumunda kalmamak için sermaye artırımına gittiği ve borcun büyük kısmının şirketin 80% ortağı bulunan A. AŞ’ye ait olduğu, sermaye artırımının 80% oranındaki kısmının para ödenmeden takas, mahsup yolu ile yapılacak olmasının davalı ve ortakların yararına bulunduğu..”; Yargıtay 11. HD., 2017/2573, K. 2018/7994, T. 17.12.2018, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>): “.. A.Ş.’nin ise 900.000 TL sermaye artırımına cari hesap alacağını katarak sermaye artırımını karşıladığı, bu alacağın gerçek bir alacak mahiyeti taşıdığı, ayrı sermaye artırımını ile çıkarılan payların tamamının ayrı sermaye koyan pay sahibine verildiği, diğer pay sahiplerinin ...’nın 461. maddesi anlamında rüçhan haklarının bulunmadığı, buna karşılık hakim ortak ... AŞ’nin aynı sermaye koyması nedeniyle şirketteki pay oranını artıracak bir sermaye artırımını yaptığı, bu durumun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı...”; Yargıtay 11. HD, E. 2014/16339, K. 2015/1909, T. 13.2.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) erişim tarihi: 07.2023: “...genel kurulda artırılmasına karar verilen sermayenin tamamının ödendiğinin dosyaya sunulan yeminli mali müşavir raporundan anlaşıldığı, sermaye borcunun, şirket ortaklarının şirketten olan alacaklarından mahsup yoluyla yerine getirilmesinde herhangi bir usulsüzlük bulunmadığına... karar verilmiştir.”

¹² Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre K., **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2020, s.405.

sermaye avansının taraflar arasında kurduğu ilişki kural olarak tüketim ödöncü sözleşmesine benzemektedir.

Tüketim ödöncü sözleşmesinin unsurları incelendiğinde, ödünç verenin bir miktar para veya misli eşyanın mülkiyetini, ödünç alana geçirmeyi borçlandığı, ödünç alanın da aynı miktar ve vasıfta şeyi geri vermeyi taahhüt ettiği ve tarafların bu ödünç üzerine faiz ödeme borcu kararlaştırılabileceği bir anlaşma karşımıza çıkmaktadır¹³.

Tüketim ödöncü sözleşmelerini, bir şeyin kullanırılması amacını güden diğer sözleşmelerden, örneğin kira ve kullanım ödöncü sözleşmesinden ayıran en büyük fark, bu sözleşmelerde kullanma konusu olan şeyin mülkiyetinin ödünç alana geçmesidir¹⁴. Sermaye avansı mekanizmasında pay sahibi, şirkete borç olarak bir miktar para vermektedir. Para borcu olarak verilen sermaye avansının mülkiyet hakkı da tüketim ödöncü sözleşmesi niteliğine uygun olarak şirkete devredilmiş olur.

Tüketim ödöncü sözleşmelerinde, ödünç veren tüketim ödöncüne konu olan şeyin mülkiyetini ödünç alana geçirmekle, ödünç alan ise aldığı şeyin eşit miktar ve nitelikteki benzerini geri vermekle yükümlüdür¹⁵. Ödünç alan, aldığı parayı veya misli şeyleri aynen değil, mislen iade etmekle yükümlüdür¹⁶. Sermaye avansının ifası tıpkı şirketin diğer borçları gibi ödünç alana bu ödöncün geri verilmesi yoluyla yapılabilir. Bu halde, borcun ödünç verilen şey ile aynı nitelikte bir şeyin geri verilmesiyle ifada bulunulduğu kuşkusuzdur. İfa yolunun bu yönde tercih edilmesi durumunda taraflar arasındaki ilişki klasik anlamda bir tüketim ödöncü sözleşmesi olur.

Sermaye avansının ifa mekanizması içerisindeki diğer ifa yöntemi ise; ödünç alan şirkete sermaye artırımının gerçekleştirilmesiyle alacaklı pay sahibinin, yeni çıkarılan payların iktisabı amacıyla, sermaye avansını şirkete ayni sermaye olarak getirmesi veya nakdi sermaye artırımında sermaye taahhüdü bedeli ile sermaye avansını takas etmesi yoluyla ifadır. Bu ifa yolunun tercih edilmesi ile ödünç alınan para karşılığında ödünç verene şirket payı verilmektedir. Bu yol ile ifada, tüketim ödöncü sözleşmesi tanımından farklı olarak ödünç alan, ödöncün geri verilmesi borcunu “farklı nitelikte” bir malvarlığı ile ifa etmektedir. Bu

¹³ Konuyla ilgili bkz. Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2014, s. 385-386; Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/2, İstanbul, 2008, s. 298vd; Zevkliler/Gökyayla, a.g.e., s.405vd; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2022, 413vd.

¹⁴ Zevkliler/ Gökyayla, a.g.e. s. 405.

¹⁵ Tandoğan, a.g.e., s. 299.

¹⁶ Tandoğan a.g.e., 299; Yavuz, a.g.e., s.386; Aydoğdu/ Kahveci s.416.

sebeple paya dönüştürülerek ifa durumunda taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği tüketim ödöncü sözleşmesinden ayrılmaktadır.

Öğretide de ortağın şirkete borç vermesinin tüketim ödöncü sözleşmesi niteliğinde olduğu konusunda fikir birliğı sağlanmış olmakla birlikte¹⁷; sermaye avansının sermaye artırımı çerçevesinde yaratılacak yeni payların alacaklıya teslimi ile ödenebilmesinin sözleşmeye atipik bir nitelik kazandıracağını ifade edilmiştir¹⁸. Tüketim ödöncü sözleşmesine benzer nitelikte olmasına rağmen alacaklısına mislen geri verme şartını sağlayamayan diğeryapıların yarattığı hukuki ilişkilerin de atipik olduğu öğretilde ifade edilmiştir¹⁹. Örneğın, girişim ortaklığının yatırım alması şartına bağılı olarak yatırımcısına pay edinim hakkı veren sözleşmeler²⁰ ile hamiline para yerine şirket payı ile ifa yapılmasına imkân veren paya dönüştürülebilir tahvillerin²¹ tarafları arasında kurduğu ilişkinin hukuki niteliğı konusunda doktrinde baskın görüş atipik bir sözleşme olduğu yönündedir.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında anlaşılabacağı üzere borçlu şirketin sözleşmenin kurulması esnasında hangi edimi asli edim olarak yükümlendiğı sözleşmenin hukuki niteliğı açısından önem arz etmektedir²². Sermaye avansı ilişkisinin kurulması ile ödünç verenin asli ediminin borcun alacaklısına geri ödenmesi olduğu durumda ortada tartışmasız bir tüketim ödöncü sözleşmesi vardır. Asli edimin veya seçilen ifa yolunun sermaye avansının, paya

¹⁷ Şirket ortaklarının sermaye taahhütleri haricinde şirkete para vermeleri, bu ödemenin başka bir hukuki sebebi mevcut olmadığı sürece, özel hukuk açısından şirket ile ortaklar arasında bir ödünç sözleşmesine vücut vermektedir. Bkz. Göksoy, Yaşar Can, “Sermaye Şirketlerinde Ortakların Şirketten Alacakları ile Bu Alacakların Sermayeye İlavesi Suretiyle Yapılan Sermaye Artırımının Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul, 4. Cilt (2019), 1. Sayı, s. 57-88, s. 61-62; Ayoğlu, a.g.e., s. 37-38; Karslıoğlu, Hasan, **Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtım**, Ankara, 2015, s. 256; Ayrıca Yargıtay şirket ortağının şirketten olan alacağının muacceliyet tarihinin belirlenmesi açısından tüketim ödöncü sözleşmesi hükümlerine atıf yapmaktadır. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/12992 E., 2018/6485 K., 18.10.2018, erişim tarihi:07.2023 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁸ Ayoğlu, a.g.e., s.37-38.

¹⁹ Öte yandan, ödünç sözleşmesinin özel bir türü olan kara katılmalı ödünç sözleşmelerinde de ödünç verilen paranın faiziyle beraber geri alınması yerine kuruluşun karından belirli bir pay alınması öngörülmüştür. Ödünç veren, ödünç verdiğı kuruluş zarar ederse, zarara katılmaz, ancak böyle bir halde kar olmadığı için herhangi bir kar da almaz (bkz. Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, 2018, s.513). Bu sözleşmelerde geri ödeme borcuna ilişkin özel düzenlemelerin yapılmış olması sözleşmenin ödünç sözleşmesi olma niteliğine hâlel getirmemiştir. Fakat burada ifade edilen diğeryapılardan farklı olarak ödöncün geri verilmesi yine para olarak yapılmaktadır.

²⁰ ABD Hukuku’nda sıkça kullanılan; yatırımcıya, girişim ortaklığına nakit finansman sağlama borcu; diğeryarafa ise girişim ortaklığı ve/veya pay sahiplerine sonraki yatırım turunun gerçekleşmesi şartına bağılı olarak yatırımcıya paylar üzerinde mülkiyet hakkı kazandırma borcu yüklenen bu standart sözleşmelere Tek Tip Yatırım Sözleşmesi (“*simple agreement for future equity*”) adı verilmektedir. Bkz. Karatay, Elçin, **Amerikan Hukuku Kaynaklı SAFE’lerin (Simple Agreement For Future Equity) Türk Hukuku Kapsamında İncelenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s.112-113.

²¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. İkinci Bölüm.V.1.

²² İfa yolunu seçim hakkını hukuki niteliğı ve bunun taraflar üzerindeki etkisi için bkz. İkinci Bölüm.IV.2.A ve Üçüncü Bölüm.I.

dönüştürülerek ifası durumunda şirket para yerine pay vereceği için taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği tüketim ödöncü sözleşmesi unsurlarından ayrılan atipik özellikler barındırması sebebiyle *isimsiz sözleşme* olduğunu düşünmekteyiz²³. Gelgelelim bu halde dahi sözleşmeye hâkim olan sözleşme tipi, yukarıda ifade ettiğimiz üzere hiç kuşkusuz ki tüketim ödöncü sözleşmesidir.

Bu kapsamda atipik nitelikler taşıyan bu sözleşmeye TBK’da tüketim ödöncü sözleşmesi için öngörölen TBK m.386-392 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu ortaya konmalıdır. Biz sermaye avansı sözleşmesinin, sermaye avansının paya dönüştürölerek ifası halinde atipik unsurlar taşıması sebebiyle geleneksel anlamıyla bir tüketim ödöncü sözleşmesi olmasa bile isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde kullanılacak yorum yöntemlerinden *soğurma teorisinin*²⁴ uygulanması sonucu bu hükümlerin sermaye avansı sözleşmesine de uygulanmasının uygun olacağı görüşündeyiz.

Soğurma teorisine göre sözleşmenin bütününe uygulanacak hükümler sözleşme içindeki en önemli unsura ait sözleşmeyle ilgili kurallardır²⁵. Kanımızca sermaye avansı ilişkinin ruhuna, taraflarına tanıdığı hak ve yükümlölöklere en yakın sonuç tüketim ödöncü sözleşmesidir ve bu sözleşme tipinin özellikle vade ve faiz konusundaki belirlemeleri sermaye avansı ilişkisi için de uygulanabilir bir çerçeve çizmektedir.

Son olarak, taraflar arasında kurulan bu ilişki, TTK m.19/2 uyarınca sermaye şirketinin tacir kimliğinden ötürü ticari iş niteliği taşıyacaktır. Bu nitelendirmenin en önemli sonucu, ticari işlerde para borcu için faiz istenebilmesine izin veren TBK m.387/2’nin uygulama alanı

²³ Kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere “isimsiz sözleşmeler” denir. Bkz. Oğuzman M. Kemal/Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul 2016, s. 47. Ayrıca bkz. Oktay, Saibe, “**İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması**”, İHFM C.LV (1996), s.263- 296, s.274 Yazar, kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ait unsurlarla kanunda düzenlenmemiş sözleşme unsurlarının da bir karma sözleşme oluşturmaları mümkün olduğunu ifade etmiştir.

²⁴ İsimsiz sözleşmelerin tamamlanması ve yorumlanmasında kullanılan birçok teori vardır. Birleşme teorisi birçok sözleşme tipine ait unsurlar içeren sözleşmelerde, çeşitli tiplere ait unsurlar parçalanarak her birine ait hukuki sonuçlar birbirine bağlanmaktadır. Bu teori sözleşmedeki yapısal bütönlüğü bozduğu için eleştirilmektedir. Kıyas yoluyla özel hükümlerin uygulanması teorisi, kanunda düzenlenmiş hükümlerin ancak kıyas yolu ile uygulanacağını ve kanundaki hükümlerin sözleşmeye uygun düşmemesi halinde bu hükümlerin uygulanmayacağını belirtmektedir. Yaratma teorisi, belli bir sözleşmeye ait kuralların uygulanmayacak olduğunu ve eğer uygulanabilecek bir örf ve âdet hukuku yoksa TMK. m. 1 uyarınca hâkimin hukuk yaratacağını ifade etmiştir. Bu konuda bkz. Oktay, a.g.e., s.276-277.

²⁵ Bu teori karma sözleşmelerin getirdiği zorlukları onu tek bir sözleşmenin altına koyarak aşmaya çalışmaktadır. Pratik ihtiyaçlar, durumun özellikleri veya uygulanacak normun amacının bu teorisinin uygulanmasını gerektirebileceği de savunulmakta ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu teoriyi uygulayan kararlar vermektedir. Bu konuda bkz. Oktay, a.g.e., s.276.

bulmasıdır. Bu konudaki değerlendirmelerimize çalışmanın ileriki başlıklarında yer verilmiştir²⁶.

III. Sermaye Avansı Sözleşmesinin Tarafları

Maddi hukuk kurallarınca mevzuatımızda tanımlanmayan sermaye avansı adı verilen borcun taraflarına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Sermaye avansı kavramı, bu isim ile vergi düzenlemelerinde yer almış ve bu ilişkinin tarafları da bu düzenlemelerde belirtilmiştir. İdarenin düzenlemelerinde ise sermaye avansı isminin zikredilmediği, bu kavramın borcun tarafları ve ifa yöntemi üzerinden tanımladığı ifade edilmiştir.

Borcun alacaklı ve borçlusunun ayrı ayrı değerlendirilmesine geçmeden önce belirtilmelidir ki borcun sermaye avansı niteliğinde olması için borç ilişkisi taraflarının en başından itibaren aynı olması gerekmez. Örneğin, şirketin üçüncü kişiye olan borcunun, şirketin pay sahiplerinden biri tarafından ödenmesi sonucu borcu ödeyen pay sahibi TBK m.127 uyarınca eski alacaklının halefi haline gelir ve böylelikle şirket ile aralarında borç ilişkisi kurulmuş olur²⁷. Pay sahibinin şirket lehine şirket alacaklılarına yaptığı ödemelerden doğan alacakları, muhasebe açısından “Ortaklara Borçlar” hesabına işlenmekte olduğundan, söz konusu tutarların sermayeye eklenmesi gibi işlemler bakımından aynı kurallar geçerlidir²⁸.

1. Alacaklı

Sermaye avansı ilişkisini konu alan idari düzenlemeler ve vergi mevzuatında sermaye avansının alacaklısının, borçlu şirketin pay sahibi olduğu belirtilmiştir.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ (Seri No:1)’in, “Sermaye Avanslarının durumu” başlıklı 10.6.3.1.1 maddesinde kurum kazancı üzerinden vergi indirimini yapılabilmesi için sermaye avanslarının izlenmesi gereken muhasebe hesap kalemi ve bu tutarın kullanılacağı sermaye artışına ilişkin kararın ticaret siciline tescil edilmesi gereken son tarih diğer nakdi sermaye artış tutarlarından farklı olarak düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında “sermaye artırımına ilişkin karardan önce *ortaklar tarafından sermaye avansı olarak şirketin banka hesabına*

²⁶ Bkz. İkinci Bölüm. II.

²⁷ Borcun üçüncü kişi tarafından ödenmesi yalnızca borçlu şirketin alacaklıya ihbarı ile mümkün olabilir. Şirketi açık veya zımni rızası olmadan pay sahibinin böyle bir borcu devralması mümkün değildir.

²⁸ Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi, s.62.

yatırılan tutarlar” ifadesine yer verilerek sermaye avansı adı verilen borcun, şirketin ortakları tarafından verildiği ortaya konmuştur²⁹.

Belirtilmelidir ki; Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ (Seri No:1)’de yer alan sermaye avansı nitelendirmesi, bu kavramı vergi indirimi ekseninde ele almaktadır. Bir borcun vergi mevzuatına göre vergi indiriminden faydalanmaz durumda olması, o borcun maddi hukuk açısından sermaye avansı niteliğinde olmadığını göstermez. Zira vergi düzenlemeleri ile maddi hukuk kavramları her zaman birbiri ile paralel olmayabilir. Dolayısıyla, bu düzenleme kanun koyucunun vergi mevzuatı perspektifinden bakıldığında sermaye avansının alacaklısının kimliğine ilişkin tutumu hakkında fikir vermekte ise de maddi hukuk açısından sadece bu düzenlemeye bakılarak sermaye avansının borçlusunun pay sahibi olması gerektiğine ilişkin hukuki bir zorunluluk olduğu sonucuna varmak doğru olmayacaktır.

Sermaye avansına ilişkin diğer bir düzenleme olan Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan genelge ve görüş yazılarında³⁰ TTK m.342’de yer alan alacak hakkının aynı sermaye olarak şirkete getirilmesine ilişkin düzenlemeye açıklık getirilmiş ve *pay sahibinin*, (i) üçüncü bir kişiden olan alacakları ile (ii) sermaye artırımını gerçekleştiren şirketten olan alacakları, birbirlerinden farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. *Pay sahibinin şirketten olan alacakları* TTK m.343’te öngörülen bilirkişi değerlendirme raporunun ibrazı zorunluluğundan muaf tutularak, şirketin diğer borç ilişkilerinden özellikli bir konuma ulaştırılmıştır³¹.

İfade edilmelidir ki, söz konusu genelgenin getirmiş olduğu yeni düzen yalnızca sermaye avansının, aynı sermaye olarak şirkete getirildiği halleri konu almaktadır. Oysa sermaye avansının, nakdi sermaye artırımını sonucu doğan sermaye taahhüdü borcunun takası ile de yapılması mümkündür ve bu yol ile ifade alacaklının pay sahibi olup olmadığına ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılmamıştır³². Diğer bir ifadeyle, sermaye avansı kavramı bu düzenlemelerde ifade edilenden daha geniş bir tanıma ve kullanım alanına sahiptir. Bu sebeple yalnızca bu düzenlemeler göz önünde bulundurularak sermaye avansının tek

²⁹ Bu madde, 05 Ağustos 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No:10) ile Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)’e eklenmiştir. Erişim Tarihi: 22.07.2023, (<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=11219&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>)

³⁰ Bu genelge ve görüş yazılarına ilişkin değerlendirme için bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.A.

³¹ Bu düzenleme, gerek kanunlarda değişiklik yapan otoritenin idari organ olması sebebiyle gerekse içerik olarak Türk sermaye hukuku sistemine uygun olmadığına ilişkin eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilere çalışmanın ileriki bölümlerinde yer verilmiştir. Bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.A.

³² Alacağı şirket sermayesine dönüşecek kişinin halihazırda bir pay sahibi ya da şirketin ortağı olmayan bir şirket alacaklısı olabileceği yönünde Yüce, Aydın Alber, “**Anonim Şirket Borçlarının Sermayeye Dönüştürülmesinde Şirketin Mali Durumunun Önemi**”, Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 10, Editörler: Toraman Çolgar, Emek/ Kayıklık Abdurrahman, İstanbul, 2021, s.139-169, s.139.

alacaklısının şirketin mevcut pay sahipleri olabileceği değerlendirmesi, sermaye avansının fonksiyonunu borcun tarafları çerçevesinde sınırlandırmak anlamına gelecektir. Oysa şirket ile alacaklısı arasındaki sözleşmesinin hukuki niteliği, sözleşme tarafının pay sahibi olup olmamasına göre değişmemektedir.

Sermaye avansına ilişkin bu düzenlemelerde, pay sahibi tarafından şirkete verilen borçlar ile üçüncü kişi tarafından verilen borçlar arasında ayrıma gidilmiş olmasının yatırımcı ekosistemine uygun olmadığını ve günümüzde uygulamada şirket finansmanı için kurulan yeni yöntemlerin gerisinde kaldığını belirtmek gerekir. Uygulamada üçüncü kişi yatırımcının, borcun alacaklısının pay sahibi olduğu haller için öngörülen vergi avantajlarından ve bilirkşi değerlemesi zorunluluğuna getirilen muafiyetten yararlanabilmesi amacıyla şirket ile yatırımcı arasında birtakım anlaşmalar yapılmaktadır. Yatırımcının şirkete borç verdiği ve tarafların belirlediği tetikleyici olayların gerçekleşmesi durumunda bu borcun şirket payına dönüştürülerek ödenmesini konu alan bu sözleşmelerde, borcun şirkete verildiği anda yatırımcıya sembolik bir adet payın verilmesi ile yatırımcının pay sahibi olması sağlanmaktadır. Böylelikle şirkette pay sahibi sıfatını kazanan yatırımcının, borcun sermayeye dönüştürülerek ifa edilmesi esnasında pay sahibinin alacaklı olduğu haller özelinde öngörülen avantajlardan yararlanabilmesi amaçlanmaktadır.

Tüm bu açıklamalarımız nihayetinde sermaye avansının alacaklısı için öngörülen bu ayrımın uygulamadaki ihtiyaçları karşılamadığı açıktır. Kanımızca, şirket ortağı olmayan üçüncü kişinin mevcut hukuk sistemimizdeki kuralları dolanarak şirket ortağı olan alacaklının tabi olduğu hükümlerden yararlanmaya çalışması, uygulama tarafından geliştirilen yöntemlere bırakılmamalıdır. Şirketin dış kaynaklardan elde edeceği finansman açısından borcun alacaklısının pay sahibi olup olmaması fark etmeksizin bu borç sermaye avansı kapsamında ve onun için öngörülmüş avantajlardan yararlanabilir nitelikte olmalıdır.

Tüm öneri ve değerlendirilmelerimizin yanı sıra, mevcut hukuki düzene bakıldığında kanun koyucunun vergi mevzuatı ve idari düzenlemelerinde sermaye avansı amacı ve konusunu taşıyan borçlara ithaf etmek istediği ayrıcalıklı konum, sadece pay sahibinin şirkete olan borçları için geçerlidir. Bu sebeple vergi mevzuatı ile çelişmemek adına, bizim çalışmamızda da muhasebe uzmanlarının kullandığı dar ifadeyle sermaye avansı borcunun alacaklısının pay sahibi olduğu haller ile sınırlandırılmıştır.

2. Borçlu

Sermaye avansı ilişkisinde, tıpkı tüketim ödöncü sözleşmesinde olduğu gibi, borçlunun ödöncü geri verme yükümlölüğü olduğunu fakat bu yükümlölüğün diğér ticari borçlardan farklı olarak sermaye avansının şahsına münhasır olan ifa yöntemiyle ifa edilebileceğini belirtmiştik. Bu kapsamda borçlu, sermaye artırımını gerçekleştirerek yeni çıkardığı payların alacaklı tarafından iktisabı ile bu yükümlölüğünü yerine getirmiş sayılır. Bu sebeple sermaye avansının borçlusunun bu ifa yoluna uygun olarak sermaye artırımını gerçekleştirebilmesi için, sermayesi paylara bölünmüş ve bu payların üçüncü kişilerce iktisap edilmesinde bir hukuki engel bulunmayan bir sermaye şirketi olması gerekmektedir. TTK m. 124/2 uyarınca kollektif ve komandit şirket şahıs şirketi; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketleri olarak düzenlenmiştir.

Sermaye avansı mekanizmasına ilişkin tüm idari düzenlemelerde ve vergi mevzuatında pay sahibinin borç verdiğı şirket ile sermaye artırımını gerçekleştiren şirketin aynı olması gerektiğı ifade edilmiştir³³. Ticaret Bakanlığı düzenlemelerinde, sermaye avansı adı verilen borcun borçlusunun sermaye artışı gerçekleştiren şirketin bizzat kendisi olması hali; bir şirketten olan alacağını başka bir şirketin kuruluşunda veya bir başka şirketin sermaye artırımında aynı sermaye olarak getirilmesinden farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

Sermaye avansının uygulamada genellikle şirketin hâkim pay sahibi tarafından verildiğı görölmektedir. Şirketin karından ve zararından en çok etkilenen pay sahibi konumunda olan hâkim pay sahibinin şirketin finansal olarak iyi durumda olması yönünde menfaati vardır. Nitekim genel kurulda tek başına sermaye artırım kararı aldırmaya oy oranı yeterli olan pay sahibi için sermaye avansı yoluyla şirketin fonlanması azınlık pay sahiplerine nazaran daha uygun bir araçtır. Dikkat edilmelidir ki; hâkim ortağın bağılı şirket ile kurduğı ilişkilerde bağılı şirketin TTK m.202 uyarınca kayba uğratılması söz konusu ise, örneğın bağılı şirkete verilen sermaye avansı için piyasa ortalamasının çok üzerinde bir faiz oranı talep ediyorsa, bu kaybın denkleştirilmesi gerekmektedir³⁴.

IV. Sermaye Avansı Sözleşmesinin Konusu

Sermaye avansı ilişkisi çerçevesinde; borç veren pay sahibi belli bir miktar parayı devretmek, borcu alan şirket ise bu borcu geri ödeme yükümlüdür. Bu kapsamda sermaye avansı

³³ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.A.ve bkz. Birinci Bölüm.VII.

³⁴ İstenen fahiş faiz örtölü sermaye ve örtölü kazanç aktarımı tartışmalarını da gündeme getirebilir. Bu konuda bkz. İkinci Bölüm.V.2. ve İkinci Bölüm.V.3.

sözleşmesinin konusu, sermaye avansının pay sahibi tarafından şirkete verilmesi ve borçlu şirket tarafından da ifa edilmesidir.

Taraflarının üstlendiği bu yükümlülükler ve taraflar arasında el değiştiren şeyin tüketilir bir kaynak olan para olması taraflar arasında tüketim ödöncü unsurları taşıyan bir sözleşme kurulmuş olduğuna işaret eder³⁵. Bu kapsamda sermaye avansı, işlem tarafları arasında borç ilişkisi yaratan ve ifa edilene kadar şirket finansal tablolarında borç olarak kaydedilen³⁶ bir *para ödöncüdür*. Çeşit ve parça borcundan ayrı olarak “değer sağlama borcu” olarak ifade edilen para borcu³⁷ ödöncü sözleşmelerinin de asli edim yükümüdür³⁸.

Sermaye avansı mekanizmasının içerisinde yer alan hukuki işlemlerde de verilen ödöncü pay sahibi tarafından *nakit para* olarak şirkete getirilmesi hem aynı sermaye hem de nakdi sermaye artırımına ilişkin düzenlemelerin konusu edilmiştir.

Pay sahibinin şirketten olan alacağını aynı sermaye olarak getirmesini düzenleyen Ticaret Bakanlığı görüş yazısında³⁹, aynı sermayenin şirkete getirilmesi için malvarlığının bilirkişi değerlemesine tabi tutulmasını gerekli gören TTK m.343 düzenlemesine getirilen istisnanın şirkete yalnızca *nakit* olarak verilen borçlar için geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre ödöncü şirkete nakit olarak verilmesi halinde pay sahibinin şirketten olan alacağı için bilirkişi değerlemesi zorunlu tutulmayacaktır; alacağın nakit harici başka bir türden olması halinde ise bilirkişi atanması ve değerlendirme raporu hazırlanması zorunluluğu devam edecektir⁴⁰.

Şirketin nakdi sermaye artırımı yapması halinde ise, bu borcu sona erdirmeye yolu takastır. TTK m.457/2.a uyarınca sermaye taahhüdü borcunun, bir borcun takası ile sona erdirilmesi için şirket yönetim kurulunun takas edilebilirlik şartlarının yönetim kurulunca bir rapor ile tevsik etmesi gerekli görölmüştür. TBK m.139’da düzenlendiği üzere takas, tarafların *para veya özdeş diğer edimleri* birbirine borçlu oldukları takdirde gerçekleşebilir. Bu koşul nakdi

³⁵ Taraflar arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği çalışmamızda tartışılmıştır ve tüketim ödöncü sözleşmesi unsurları taşıyan isimsiz bir sözleşme olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. Bkz. Birinci Bölüm. II.

³⁶ Aksi görüşleri için bkz. Birinci Bölüm. VII.

³⁷ Laurenz, Schuldrecht, s.168 (Oğuzman/ Öz, Genel Hükümler C. I, s.291’den naklen).

³⁸ von Thur/Peter §9,I, s.58 (Oğuzman/Öz, Genel Hükümler C. I, s.291’den naklen); Sermaye avansının borçluya borcun sermayeye dönüştürülerek ifa edilmesi yönünde yedek edim ile ifa yetkisi tanıdığı yönünde bkz. Ayoğlu, a.g.e., s.38.

³⁹ 15.7.2013 tarihli 67300147.431.04/559478/4979 – 5665 sayılı Sermaye Artırımı konulu Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan görüş yazısı.

⁴⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.

sermaye borçlusu pay sahibinin, ortaklıktan bir para alacağına sahip olmasını gerektirir⁴¹. Özellikle konusu paradan başka bir şey olan alacaklarda takas zaten söz konusu olamaz⁴². Ekonomik açıdan bakınca, para, zaten en başta malların değiş tokuş edilmesine aracılık eden, trampa katalizörü bir hesap birimi olarak tanımlanmaktadır⁴³.

Halka açık anonim şirketlerde de alacak hakkının para borcu olması gerektiği vurgulanmıştır. Sermaye borcunu tam ve nakden ödeme ilkesini belirlemiş benimsemiş olan SerPK, bu ilke ile sermaye oluşumunu ve sermaye piyasasının gelişimini olumsuz yönde etkileyebilecek apel sistemi kaldırılmış ve SerPK'ya tabi olan ortaklarda aynı sermaye konulması yasaklamıştır⁴⁴. Sermaye Piyasası Kurulu'nun VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nin⁴⁵ 12. maddesinin 4. bendi uyarınca halka açık şirketlerde yapılan sermaye artırımını sonucu ortaya çıkan sermaye koyma borcunun, nakden veya ancak nakit konulan borçlardan kaynakladığı mali müşavirce tasdik edilmiş muaccel borçların takası yöntemiyle ifa edilebileceği; nakit sermaye koyma borcunun ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlarla takas edilemeyeceği belirtilmiştir. Aynı doğrultuda halka açık ortaklıkların yapacakları sermaye artırımlarında ortaya çıkan nakit sermaye koyma borcunun, *ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlara mahsup*⁴⁶ suretiyle yerine getirilemeyeceğini düzenlemektedir.

V. Sermaye Avansı Sözleşmesinin Şekli

Sermaye avansı kavramı ve sermaye avansını konu alan sözleşmeler mevzuatımızda ayrı bir hukuki kurum olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple sermaye avansı konulu sözleşmelere uygulanacak özel bir şekil kuralı da öngörülmemiştir. Sermaye avansı ilişkinin temelinde yatan tüketim ödöncü ilişkisi için de TBK'da düzenlenmiş bir şekil şartı bulunmamaktadır⁴⁷.

⁴¹ Sevi, Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı**, 2013, s. 266.

⁴² Arıcı, Mehmet Fatih, “**Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 73, Sayı 1, 2015, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, s.319-337, s.328, dn. 44.

⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2014, C.3, s.97.

⁴⁴ Akbulak, Sevinç/Akbulak, Yavuz, **Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, 2004, İstanbul, s.13.

⁴⁵ 22.06.2013 tarihli ve 28865 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan tebliğ, 27.02.2015 tarihli ve 29280 sayılı Resmi Gazetede değişikliğe uğrayarak söz konusu hali almıştır.

⁴⁶ Madde metninde her ne kadar *mahsup* ifadesi kullanılmış olsa takas ve mahsup hukuken farklı kurumlardır. Mahsup bazı sebeplerle bir alacak miktarında indirim yapılmasıdır. Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s. 585. Takas hakkının oluşması için takas edilebilirlik şartlarının gerçekleşmesi gerekir (TBK m. 139). Maddede kastedilen kurumun doğru nitelendirmesi takas olmalıdır.

⁴⁷ Yargıtay 4. HD, 22.12.1964, 313/6123; Tüketim ödöncü sözleşmenin bazı özel görünüm halleri şekil şartına tabi tutulmuştur. Örneğin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un m. 22/3 hükmü gereğince tüketici kredisi sözleşmeleri için yazılılık geçerlik koşulu olarak öngörülmüştür. Sermaye avansı konulu tüketim

HMK m. 200/1’de belirlenen bedel üzerinde yapılan hukuki işlemlerin senetle ispatı zorunlu tutmuştur. Fakat bu düzenleme geçerlilik değil, ispat koşuludur. Taraflar isterse anlaşarak bu ilişkiye bir şekil şartı getirebilirler.

Ülkemizde aile şirketlerinin oldukça yaygın olması ve şirket pay sahiplerinin aynı zamanda şirketin yönetim kurulunda görev almaları sebebiyle sermaye avansını konu alan sözleşmeler uygulamada çoğunlukla yazılı olarak akdedilmemektedir. Yazılı sözleşme bulunmaması tarafların bu ilişki kapsamındaki hak ve yükümlülükleri konusunda uyuşmazlıkların sonuca ulaştırılmasını zorlaştırır. Şirketin pay sahipleri arasında genellikle oy oranı tek başına genel kurulda sermaye artırımı kararı aldirmaya yetmeyen pay sahibinin şirkete ileride paya dönüşmesini umarak sermaye avansı vermesine rağmen genel kurulda böyle bir kararın alınmamasına ilişkin uyuşmazlıklarda borcun niteliği ve sözleşmenin hükümleri önem arz eder⁴⁸. Bu halde taraflar arasındaki ilişkinin kapsamı, tarafların iradelerinin somut olayın şartlarına, pay sahibinin sermaye avansı vermekteki muhtemel gayesine bakılarak belirlenmeye çalışılmalıdır.

Sermaye avansının niteliğinin belirlenmesi, borçlu şirkette yapılan mali incelemelerde vergi müdürlüklerine karşı da önemlidir⁴⁹. Şirket ile pay sahibinin sermaye avansının verildiği andan itibaren bu borcun niteliği konusunda hemfikir olmasına rağmen bu sözleşmeyi yazıya dökmemiş olmaları durumunda, işlem tarafı olmayan üçüncü kişi için bu borç ancak sermayeye dönüştürüldükten sonra sermaye avansı niteliğini ortaya koymuş olacaktır. Borcun sermayeye dönüştürülmesi yönünde seçim hakkının kullanılmasıyla edim, sanki başlangıçtan beri borçlanılmış kesin ve belirli bir edim halini alarak geçmişe etkili sonuçlarını doğurur⁵⁰.

Sonuç olarak, tarafların uyuşmazlık konusu meblağın hukuki niteliğinin ortaya konmasında birçok açıdan hukuki yararları olabilir. Bu sebeple taraflar arasında bu konuda yazılı sözleşme bulunmaması, verilen borcun sermaye avansı niteliği taşıdığının ispat edilmesi için başkaca ispat araçlarına başvurulmasını zorunlu kılar.

Bu hususta TTK m.64 uyarınca şirketlerin tutmakla yükümlü olduğu ticari defterlere başvurulması düşünülebilir. Her tacir borç ve alacak ilişkilerini bu defterlerde beyan etmek

ödücü sözleşmeleri ise mevzuat hükümleri kapsamında doğrudan doğruya böyle bir düzenleme konusu edilmemiştir.

⁴⁸ Bu uyuşmazlıklara ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm.IV.

⁴⁹ Örtülü sermayeye ilişkin incelemelerde sermaye avansının niteliği önem taşır. Bkz. İkinci Bölüm.V.2. Şimdiden belirtelim ki bahse konu meblağın sermaye avansı niteliği taşıması onu örtülü sermaye ve örtülü kazanç aktarımı değerlendirmesinden ari tutmaz. Aksi görüşler bulunmakla birlikte sermaye avansı sermayeye dönüştürülene kadar borç niteliğindedir ve ticari borçların tabi olduğu kurallara uygun olmak zorundadır.

⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s.990.

zorundadır ve ticari defterle ispat imkanı senet yokluğu sebebiyle ispatın mümkün olmadığı ve taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmayan durumlarda, ispata elverişli bir yöntemdir⁵¹. Muhasebe kayıtlarını içermesi sebebiyle yevmiye defteri ve defteri kebir taraflar arasındaki ilişkiyi ortaya koysa da kaydedilen tutarın bilançonun pasifler kısmına ortaklara borçlar hesabına kaydedilmiş olması durumunda geri ödenmek üzere verilmiş *ticari borç* mu yoksa paya dönüştürülmek üzere verilmiş *sermaye avansı* mı olduğu yönünde yeterli bilgiyi vermeyebilir⁵².

Kanımızca bu konuda başvurulabilecek bir defter yönetim kurulu karar defteridir⁵³. Yönetim kurulu, ortaklık işlerinin yürütülmesi açısından asgari ve zorunlu nitelik taşıyan işler haricinde görev ve yetkilerini alacağı karara dayanarak kullanır⁵⁴. Hem sermaye avansı veren şirket yönetim kurulunda⁵⁵; hem de şirketi borç ilişkisi içerisine sokacağı için sermaye avansı alan şirketin yönetim kurulunda bu konuda karar alınmış olması oldukça muhtemeldir. Aynı doğrultuda Danıştay, taraflar arasındaki ilişkinin borç ilişkisi mi, yoksa sermaye avansı ilişkisi mi olduğunun tespitini konu alan bir davada; tarafların her ikisinin yönetim kurulu kararlarında, verilen borcun sermaye avansı olduğu yönündeki kararlarını dikkate alarak, dava konusu meblağın sermaye avansı olduğuna hükmetmiştir⁵⁶.

Yukarıda ifade edilenlere ilaveten, özellikle şirketle arasındaki ilişkiye dayanarak para transferi yapan pay sahibinin, özellikle taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin bulunmaması durumunda, transfer sırasında açıklamada “sermaye avansı” ibaresi kullanması, söz konusu

⁵¹ Ticari defterlerle ispat konusuna eTTK’da düzenlenmiş olmasına rağmen 6102 sayılı TTK’da yer verilmemiştir. Daha sonra bu kurumun HMK ile geri getirilmesi, HMK m.222 gerekçesinde ticari defterlerle ispatın zorunlu tutulduğu hukuk düzenimizde buna ilişkin kuralların senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşattığı ifade edilmiştir. Bkz. Aksu Özkan, Raziye, “**Anonim Şirkette Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.70, 2021 Sayı: 3, s. 721-759, s.174.

⁵² Pay sahibi tarafından şirkete ticari işletme işleri ile ilgili olmaksızın verilen bedeller borç niteliğinde ise bilançonun pasifler tarafında ortaklara borçlar hesabına kaydedilir. Biz sermaye avansının “borç” niteliğinde olduğu görüşünü savunduğumuz için bu deftere bakılarak sermaye avansının, pay sahibi tarafından verilen diğer ticari borçlardan ayrıştırılması mümkün olmaz. Diğer yandan, sermaye avansının bilançoda hangi hesap altına kaydedileceğine ilişkin muhasebe uzmanları ile maddi hukuk arasında fikir birliği bulunmamaktadır. Sermaye avansının sermaye yedeği olarak bilançoda yer alması gerektiğini savunan muhasebe yazarlarının görüşüne göre ise bu muhasebe kayıtları pay sahibi tarafından verilen bedelin sermaye artırımı için peşinen verilmiş bir bedel olduğu yönünde yorumlanmalıdır. Tüm bu tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm.VII.

⁵³ HMK m.64/4’te işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defterini de ticari defter olarak kabul etmiştir.

⁵⁴ Yönetim kurulunun defter tutulması, bilanço ve yıllık raporların düzenlenmesi gibi bazı işleri, ayrıca karar almaksızın yerine getirebileceği yönünde Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul, 2019, s.218.

⁵⁵ Söz konusu meblağın sermaye avansı olduğunu iddia eden taraf, HMK m.222/5 uyarınca uyuşmazlığın karşı tarafının yönetim kurulu karar defterinin mahkemeye ibrazı istenebilir. HMK m.222/3 uyarınca kendi defterlerini lehine bir hususu ispatlaması mümkün olmakla birlikte ek koşullara bağlanmıştır. Bu konuda bkz. Bkz. Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2017, s. 379vd.

⁵⁶ Danıştay 4.D, 4.11.1998, E. 1998/2191, K.1998/3909.

meblağ hukuki niteliği ve kullanılma amacı hakkındaki değerlendirmede önemli bir gösterge olacaktır.

Sonuç olarak yazılı olmayan anlaşmalarda bu ilişkinin niteliğinin belirlenmesi zordur. Bu sebeple, taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilaf halinde ispat kolaylığı açısından ve tarafların hak, taahhüt ve yükümlülüklerinin sınırlarının belirlenmesi ve güvence altına alınabilmeleri adına en azından yazılı olarak akdedilmesi önemlidir.

Somut olayda sermaye avansı ilişkisinin taraflarının tabi oldukları özel kurallar sebebiyle özel bir şekil şartı getirilmişse tarafların bu hükümlere riayet etmesi gerekir. Örneğin, pay sahibi ile şirket arasında akdedilen sözleşmelerde, bu sözleşmenin hukuki niteliği ve konusu fark etmeksizin, sözleşmenin akdedildiği esnada şirketin *tek* pay sahibinin olması halinde TTK m.371/6 uyarınca sözleşmenin yazılı olarak akdedilmesi geçerlilik şartı olarak belirlenmiştir.

Bu şartın piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelerde uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Hangi sözleşmelerin piyasa şartlarına göre, günlük, önemsiz ve sıradan olduğu her somut olayın şartlarına göre tespit edilecektir⁵⁷. Tek pay sahibi olan şirket ile bu pay sahibi arasındaki sermaye avansı sözleşmesinin yazılılık koşuluna bağlı olup olmadığını anlamak için hükmün amacına bakılması gerekir. Sözleşmenin yazılı olması sayesinde sözleşme şartları bilinebilecek, ortağın sözleşmeyi kendi menfaatine olarak ve şirkete zarar verecek şekilde düzenleyip düzenlemediği anlaşılabilir, sözleşmeden doğan ihtilafların tek ortak tarafından kendi lehine kullanılmasının önüne geçilebilmesinin imkânı doğacak, ayrıca tek ortak lehine, şirket aleyhine olan sözleşmelerin şirket denetçileri tarafından tespiti daha kolay olacaktır⁵⁸. Kısaca, bu maddenin amacı, tek pay sahibi ile şirket malvarlığı ve işlerinin ortaktan ayrılması ve resmiyete dökülmesi istenmesidir⁵⁹.

VI. Sermaye Avansının Uygulama Alanı ve Fonksiyonu

Sermaye avansı, pay sahibi tarafından sermaye şirketine verilen para ödücüdür. Şirkete kullanıma hazır nakit para sağlayan bu aracın asli amacı, borç verilen şirkete finansman sağlamaktır. Şirkete dış kaynaklardan giren malvarlığı değerleri şirketin mali durumunda olumlu etki yaratır. Böylelikle şirketin ekonomik gücünün artırması hedeflenmektedir.

⁵⁷ Üçışık, H. Güzin /Çelik, Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C.1, Ankara, 2013, s.86.

⁵⁸ Üçışık/Çelik, Anonim Ortaklıklar, s.86; Aydoğan, Fatih, **Tek Kişi Ortaklığı**, İstanbul, 2012, s.182.

⁵⁹ Bu yönde Aydoğan, a.g.e., s.179.

Sermaye avansı ödöncünün şirkete verildikten sonra hangi amaçla kullanıldığı veya bu finansmana neden ihtiyaç duyduğu da borcun sermaye avansı niteliğini değiştirmez. Uygulamada sermaye avansı verilmesinin en önemli iki amacı ve fonksiyonu; sermaye avansı verilerek şirkete finansman sağlanmak istenmesi ve/veya finansal darlık içerisinde olan şirketin likidite sıkıntısının özölmesidir.

1. Sağlıklı Bir şirketin Pay Sahibi Tarafından Fonlanması Fonksiyonu

Bir ticaret şirketi büyümek, operasyonlarını geliştirmek, yeni pazarlara açılmak ve daha birçok sebepten dolayı finansman ihtiyacı içinde olabilir. şirketin ihtiyaç duyduğu finansmanı sağlayabilecek kişilerin başında şirketin pay sahipleri gelir. Zira şirket payı, ekonomik değerini haiz bir malvarlığıdır ve şirketin değerinin artırması, şirketin paylarını elinde bulunduran pay sahiplerinin menfaatinedir.

şirketin pay sahipleri tarafından finanse edilmesinin en konvansiyonel yöntemi sermaye taahhüdü yoluyla dış kaynaklardan sermaye artırımı gerçekleştirilmesidir. Artırımın bu türünde, ortaklığa dışarıdan aynı ve/veya nakdi nitelikte yeni sermaye getirilmekte, anasözleşmedeki pay sayısı veya mevcut payların itibari değerini ile birlikte ve aynı ölçüde esas sermaye rakamı artmaktadır⁶⁰. Esas sermayenin artması sonucu, ortaklık malvarlığında artırım ölçüsünde bir fazlalaşma (artma) olmaktadır⁶¹.

şirketin pay sahiplerinden borç alarak finansman ihtiyacını karşılaması da pay sahiplerinin tarafından gerçekleştirilen başka bir finansman yöntemidir. Bu halde şirket, pay sahiplerinden elde edilen kullanıma hazır nakit paradan yararlanır. şirket bilançosunda pasifler altında yer alan borçlar bölümüne yazılan bu borç bedeli, vadesinde veya alacaklının talebi üzerine faiziyle birlikte pay sahibine geri ödenmekle yükümlüdür. Bu iki yöntemin unsurlarını içeren karma bir yol olan sermaye avansı mekanizması, şirketin fonlanması için uygulamada sıkça tercih edilen bir yöntemdir.

Sermaye avansı mekanizmasının bir finansman yöntemi olarak tercih edilmesinin sebebi; mevzuatımızda tanımlanmış bir kavram olduğu için TTK'da regüle edilmiş olan finansman araçlarına kıyasla taraflara önemli bir serbesti ve esneklik sağlamasıdır. Aksi görüşler bulunmakla birlikte⁶² sermaye avansı, şirkete verildiği anda ve sermaye taahhüdü olarak

⁶⁰ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 354

⁶¹ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 355

⁶² Bazı muhasebe yazarları bu konuda sermaye avansının sermaye katkısı veya sermaye yedeği gibi işlem görmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Sermaye yedeği içerisinde yer alan tutarlar sermayenin bir parçası

kullanılmadığı süre boyunca *sermaye* niteliği taşımadığı için TTK'da sermaye için öngörülen hükümlere tabi olmayacaktır. Sermaye avansı adı verilen borcun ve bu ilişkinin korporatif niteliği haiz olmaması, tarafların bu borç ilişkisini TBK m.26 ve 27 kapsamında şekillendirebilmelerine olanak tanır. Bu kapsamda taraflar, sermaye avansı sözleşmesi çerçevesinde borcun vadesini belirleyebilir, faiz kararlaştırabilir veya sermaye avansının sahip olduğu iki ifa yönteminden birinin öncelikli olarak tercih edileceğini düzenleyebilirler.

Paya dönüştürülene kadar sermaye niteliği taşıdığı kabul edilmeyen sermaye avansı, pay sahipleri tarafından sermaye olarak verilen bedellerin geri istenmesinin yasaklayan TTK m.480/3'e tabi olmaksızın alacaklı pay sahibine geri ödenebilir. Taraflarından en az birinin tacir olması sebebiyle ticari borç olan sermaye avansı, TTK m.509'da öngörülen sermaye borcuna faiz işletilmesi yasağına tabi olmaksızın bu borca faiz işletilebilir. Hatta ticari teamüllere uygun olarak borca faiz işletilmesi beklenir ve gerekir⁶³.

TTK m.335 uyarınca sermaye taahhüdünün şarta bağlanmasına izin verilmemiştir. Pay taahhüdünün geçerli olabilmesi için şartsız olması gereklidir⁶⁴. Bu doğrultuda, esas sözleşmede payların taahhüdü ile ilgili olan hüküm bir veya birkaç kurucu bakımından çeşitli şartlar içeriyorsa söz konusu taahhüt geçersiz sayılacaktır⁶⁵. Sermaye artırımının gerçekleşmesinin şarta bağlanması ise ancak TTK'da m.463'un öngördüğü kısıtlı kapsam içinde mümkündür. Sermaye avansının ifa yolunun seçiminde ise bu hükme tabi olmaksızın ifa yollarından birinin taraflarca belirlenen şartın gerçekleşmesi halinde diğer ifa yolundan öncelikli olarak uygulanacağını belirlenmesi mümkündür. Bu kapsamda, ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde şirketteki pay sahipliği oranını artırmayı isteyen pay sahibi, bu şartların gerçekleşmemesi halinde borcun geri ödenmesini arzu ediyorsa, sermayenin iadesi yasağına ve sermaye taahhüdünün şarta bağlanması yasaklarına tabi olmadan sermaye avansı ile şirket finansmanını tercih edebilir.

Sermaye avansı, şirkete kullanıma hazır finansman sağlamanın yanı sıra işlem taraflarına da bazı mali avantajlar sağladığı için tercih edilmektedir. Örneğin, vergi mevzuatı açısından aynı şirketler topluluğu içerisinde bulunan şirketlerin birbirlerine sermaye avansı vererek

niteliğinde olduğu için TTK anlamında da sermaye niteliği taşır ve yukarıdaki avantajlardan yararlanamaz. Bu konuda Birinci Bölüm.VII ve bkz. Aksu Özkan, Raziye, **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları**, 2019, s.189.

⁶³ Bkz. İkinci Bölüm.V.2. ve İkinci Bölüm.V.3.

⁶⁴ Sevi, a.g.e., s.135.

⁶⁵ Sevi, a.g.e., s.135.

finansman sağlamaları, topluluğun vergi yükünü azaltacaktır⁶⁶. Sermaye avansı verildiği anda bilançoda şirket özkaynaklar altında yer almaz⁶⁷. Muhasebedeki bu kalem, Gelir Vergisi Kanunu m.38 uyarınca ticari kazanç hesaplamasına dahil edilmeyeceği için vergiye tabi kazanç sayılmayacak ve şirketin mali yükü böylelikle hafifletilmiş olacaktır.

Grup şirketlerinde de finansman planlaması için sermaye avansı kullanılmaktadır. Grup içi borçlanmalar, tüm grup bakımından finansman kontrolü imkânı verdiği gibi, finansman maliyetini düşürerek ve finansman bulmayı kolaylaştırarak fayda da sağlayabilir⁶⁸.

Şirkete finansmanın sağlanması amacıyla verilen bedelin ödeme koşullarının daha esnek biçimde belirlenebilmesi sermaye avansının taraflarına sağladığı önemli avantajlardandır. TTK m.344 nakdi sermaye artırımında pay sahibinin sermaye borcunun ¼'ünü tescilden önce, bakiye borcun da 24 ay içerisinde ödenmesi gerektiğini öngörür. Aynı sermaye artırımında aynı sermaye borcunun tescilden önce getirilmesi gerekir. Sermaye avansı yapısında ise taraflar bu finansmanı daha uzun vadeye bağlayabilir, taksitle ödenebilir ve ödeme planını istedikleri gibi şekillendirebilirler.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında görüldüğü üzere, sermaye avansının verilmesinin nihai ve en önemli fonksiyonu şirkete finansman sağlamaktır ve bu sistemin getirmiş olduğu avantajlardan dolayı diğer finansman yöntemine göre pay sahipleri tarafından sıklıkla tercih edilen bir yöntemdir.

2. Ekonomik Güçlük İçerisinde Olan Şirketi Sağlığa Kavuşturma Fonksiyonu

Şirketin mali olarak güç durumda olduğu ve bu durumdan kurtulmak için önlemlerin alınmasının gerekli görüldüğü haller TTK'da düzenlenmektedir. Bunlardan sermaye kaybı TTK m.376'nın birinci ve ikinci fıkrasında; borca batıklık ise üçüncü fıkra düzenlenmiştir. TTK m.386/1 uyarınca sermaye kaybı⁶⁹, son yıllık bilançodan sermaye ile kanuni yedek

⁶⁶ Dikmen, şirketlerin sermaye artırımı yapmak yerine sermaye avansının başvurularının nedenin belirli olmadığını, sermaye artırımının kısa sürede sonlandırıldığını ifade etmiştir. Yazara göre, sermaye avansı ödenmesinin mantıklı ve akla yatkın açıklaması grup içindeki vergi planlaması yaparak, grubun toplam vergi yükünün azaltılmak istenmesidir. Bkz. Dikmen, a.g.e., s. 72-73.

⁶⁷ Bkz. Birinci Bölüm.VII.

⁶⁸ Okutan Nilsson, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, 2019, s.237.

⁶⁹ "Sermaye kaybı" açıkça bu ismiyle TTK m.376'da tanımlanmamış yalnızca TTK m. 376'nın fıkralarındaki sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının şirket varlıkları ile oranlarına yer verilmiştir. Sermaye kaybı açısından kıstas, şirkette sermaye ile kanuni yedek akçe toplamı kadar varlık bulunup bulunmadığıdır. Bu sebeple sermaye kaybının geniş tanımının, sermaye ve kanuni yedek akçelerin yarısının karşılanmaması olduğu yönünde Aksu Özkan, Raziye, Sermaye Kaybı, s. 724.

akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığının tespit edilmesidir ve şirketin yönetim kurulu şirketin genel kurulunu toplantıya çağırarak sermayenin iyileştirilmesi yönünde tedbirleri sunması gerekir. Sermaye kaybının, TTK m.376/2 uyarınca sermaye ve kanuni yedek akçe toplamının üçte ikisine ulaştığı durumda genel kurul sermayenin üçte biri ile yetinmeye veya sermayenin tamamlanmasına karar vermek zorundadır⁷⁰. Aksi halde şirket kendiliğinden sona erme tehlikesi altındadır. TTK m.376/3, şirketin borçlarının şirket aktiflerinden fazla olduğu borca batıklık halini düzenlemektedir. Tüm bu uyarı sinyalleri, belki ortaklığın aciz durumuna düşmesine engel olamaz; fakat yaklaşan bir aciz durumuna karşı ortaklık yöneticilerinin gereken önlemleri almaları için bir ikaz niteliği taşır⁷¹.

Sermaye avansının mali güçlükte olan şirketin mali durumunu iyileştirmesi işlevi, kanunda TTK m.376 için getirmiş olduğu iyileştirici tedbirler arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte özellikle az ortaklı ve kapalı aile ortaklıklarında, ortaklığın içine düştüğü mali krizi sona erdirmek için pay sahipleri tarafından kaynak sağlandığı görülür⁷². Uygulamada da grup içinde sermaye bakımından kötü ve zararlı durumda olan şirketlere sermaye avansı verilerek vergi planlaması yapılmakta, grubun vergi yükü azaltılmaya çalışılmaktadır⁷³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere sermaye avansının özellikli ifa yapısı, şirket borcunun paya dönüştürülerek ifa edilmesine olanak tanımaktadır. Borcun paya dönüştürülerek ifası, şirket borcunun şirketten malvarlığı çıkışı olmadan sona erdirilmesini mümkün kılar. Böylelikle bu yöntem, mali olarak zor durumda olan şirketin ekonomik durumunun güçlendirilmesine katkı sağlar. Görüldüğü üzere sermaye avansı iki farklı işlemden oluşmaktadır: pay sahibinin şirkete borç vererek ona finansman sağlaması ve sermaye artırımını gerçekleştirilerek bu borcun paya dönüştürülmesidir.

Bu iki adımın TTK m.376 ışığında detaylı incelemesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki şirket borcunun sermayeye dönüştürülmesi yoluyla sona erdirilmesi ancak şirket alacaklısının rıza göstererek borcun sermayeye dönüştürülmesi işlemlerine iştirak etmesi sonucu mümkündür. Sermaye artırımını yoluyla ifanın mümkün olabilmesi için alacaklılarla veya üçüncü kişilerle özel sözleşmeler yapılması ve alacaklıların alacak haklarının özkaynağa çevrilmesini kabul etmeleri gerekir.

⁷⁰ Her ne kadar madde hükmü iyileştirici önemleri sınırlayıcı bir dille ele almış olsa da TTK birçok hükmün de farklı yollar ile de (TTK m.421/2.a, TTK m.139/1) bu zararın kapatılabilmesi mümkün olduğu yönünde bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, a.g.e., s. 578-579.

⁷¹ Sevi, a.g.e., s. 26.

⁷² Schmidt, Karsten, “**Kapitalersetzende Bankkredite**”, ZHR, 147, 1983, s.172 (Türk, Ahmet, **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Bataklığın Hukuki Sonuçlar**, 1999, s. 264’ten naklen).

⁷³ Dikmen, a.g.e., s.72.

Sermaye artırımı yoluyla şirketin borcunun sona ermesi, borçlu şirket açısından oldukça avantajlı olmasına rağmen alacaklılar için ilk aşamada çok cazip görülmemeyebilir. Alacaklının bu yol ile ifayı kabul etme sebepleri; mali zorluk içerisinde bulunan şirketten alacağını geri alamama riskinin bertaraf edilmesi, borçluluğu azaldığı ölçüde özsermayesi artmış olan şirketin daha iyi bir mali duruma kavuşması⁷⁴ ve mali durumu düzeltilmiş şirketin pay sahiplerine dağıtacağı kâr payı gibi imkânlardan istifade etmek suretiyle alacaklının uğradığı kayıpları kısmen telafi etme ihtimalidir⁷⁵. Zira, şirketin devamı boyunca pay sahiplerinin elde edebileceği kâr payı ancak net dönem karından dağıtılabileceğinden, şirketin ilgili dönemde mali durumunun iyi olması ve buna bağlı olarak dağıtılabilecek karın varlığı pay sahipleri açısından önem taşır⁷⁶.

Verildiği anda sermaye avansının özellikli yapısına sahip olduğu kararlaştırılmamış olan ticari borçların sermaye avansına tahvili ile borcun paya dönüştürülerek ödenmesi ve sermaye avansının fonksiyonundan yararlanılması mümkündür. Elbette ki bu durum, tarafların borcun verildikten sonra hukuki niteliğini değiştireceğine yönelik irade uyuşması ile mümkün olabilir.

Sermaye avansının iyileştirme fonksiyonu şu şekilde gerçekleştirilir: Sermaye avansı verildiği anda borç niteliğindedir ve bu sebeple şirket bilançosunda pasifler altındaki “yabancı kaynaklar” bölümüne borç olarak kaydedilir⁷⁷. Borç verildikten sonra şirkette gerçekleştirilen sermaye artırımının türüne bağlı olarak; nakdi sermaye artırımını gerçekleştirmiş ise sermaye taahhüdü bedeli ile bu borç takas edilir veya alacaklı şirketten olan alacağını aynı sermaye olarak şirkete getirir. Böylelikle sona eren borç, şirket bilançosunda yer değiştirir. Bu borç, şirketin borçlarının kaydedildiği bölümden silinir ve “ödenmiş sermaye bedeli” olarak özkaynaklar altına kaydedilir. Şirketin borçları azaldığından ve esas sermaye artırıldığından özkaynaklar oranı artış gösterir⁷⁸. Buna; finansman dönüşümü (Umfinanzierung) veya “vasıf değişikliği” (Umqualifizierung) denilmektedir⁷⁹.

Bu sebeple sermaye avansının şirketten malvarlığı çıkışı olmaksızın ödenmesi şirket finansal tablolarında borcun miktarına bağlı olarak önemli bir iyileştirme yaratacaktır. İlaveten,

⁷⁴ Bu konuda bkz. Yüce, Aydın Alber, **Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi**, 2011, s.14-15-16.

⁷⁵ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.120.

⁷⁶ Kırca/Şehirali/Çelik, a.g.e. s.255.

⁷⁷ Aksu Özkan, Finansal Tablo., s.174.

⁷⁸ Kayar, İsmail, **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler**, Konya 1997, s. 102; Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s. 116; “Takas vasıtasıyla ödeme bilançonun aktif ve pasif tutarlarının toplam tutarını değiştirmedikten; bu ihtimalde söz konusu karşılıksızlık durumu takas ile ortadan kaldırılamaz.”

⁷⁹ Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Bataklık, s.262.

şirketin ödeyemediği borçlar için faiz işlemeye devam edecek ve şirketi gittikçe artan bir yük altında bırakacaktır. Şirket borçlarının özkaynaklara dönüştürülmesi işlemi, şirketi faiz yükünden kurtarması açısından da oldukça işlevsel bir önlemdir⁸⁰.

Sermaye avansının şirketi ekonomik zorluktan kurtarma fonksiyonu, ismiyle müsemma, mali güçlüğü düşmüş olan bir şirketin bilançosunda pasifleri altında pay sahiplerine karşı olan bir borcun şirket özkaynağına dönüştürülmesi yoluyla şirketin mali gücünün ve bilançosunun iyileştirilebilmesidir. Bu anlamda sermaye kaybına uğradığı veya teknik iflasta olduğu tespit edilen şirketlerin pay sahibine karşı halihazırda var olan borçlarının sermayeye dönüştürülmesi, şirketi sağlığa kavuşturacaktır. Diğer bir deyişle, zaten sermaye kaybı içerisinde bulunan bir şirkete sermaye avansı vererek şirketi sağlığına kavuşturmak mümkün değildir. Sermaye avansı verildiği anda şirketin borcunun artmasına sebep olur ve hatta şirketin özkaynaklarının yeterli olgunlukta olmaması sebebiyle şirketin sermaye kaybının artmasına, hatta şirketin borca batıklığa sürüklenmesine bile neden olabilir⁸¹.

Belirtilmelidir ki doktrinde, sermaye avansının verildiği anda borç değil de *sermaye yedeği* niteliğinde olduğunu kabul eden görüş bulunmaktadır⁸². Bu görüşe göre ise mali güçlük içerisinde olan şirkete sermaye avansının verilmesi şirketi sağlığa kavuşturur. Zira, bu bedel doğrudan özkaynakların artırılmasını sağlayacaktır. Doktrinde ayrıca, ancak borcun verildiği anda mali durumu iyileştirilmeye muhtaç olan bir ortaklık için ödünçün sermaye sayılmasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir⁸³. Sermaye avansının nakden geri istenmesi de mümkün olduğu için biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz⁸⁴. Sermaye avansının mali gücü iyileştirici fonksiyonunu 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in 9. maddesinde öngörülen sermayenin tamamlanması işleminden farkını ortaya koymak gerekir. Bu madde kapsamında sermayenin tamamlanması, şirketin bilanço açığının zarar sebebiyle karşılıksız kalan tutarının ortaklar tarafından kapatılmasıdır. Verilen bu bedelin, sermaye konulması veya borç verilmesi

⁸⁰ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.112.

⁸¹ Pay sahibinin ödünçü yabancı kaynak olarak işlem görmesi durumunda ortaklığa ödünç verilmeden önce alacaklı sıfatını taşıyan üçüncü kişilerin durumunun bu halde daha da kötüleşeceği yönünde bkz. Greyerz, Christoph von, “**Kapitalersetzende Darlehen**”, In; Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s.547-556, s.566 (Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Bataklık, s.266'dan naklen).

⁸² Bkz. Birinci Bölüm. VII.

⁸³ Bkz. Claussen, Carsten P., “**Kapitalersetzende Darlehen und Sanierung durch Kredit-Institute**” ZHR.,147, 1983, s.195-221, s.196; (Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Bataklık, 264vd naklen)

⁸⁴ Borcun geri istenmesi halinde şirketin mali olarak daha da zorlanacağını ifade eden Türk, pay sahipleri tarafından verilen borcun borç niteliği taşıdığı kabul edilse dahi; ortaklığın hayatta kalması için acil öz kaynağına ihtiyaç duyulmasına rağmen bunun yerine pay sahibi tarafından ödünç para verilirse, sağlanan bu kaynak ortaklığın varlığı sürekli ve istikrarlı bir şekilde güvence altına alınıncaya kadar geri istenmemesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Bataklık, s.26-27.

niteliğinde olmadığı; gelecekte yapılacak sermaye artırımına mahsuben bir avans olarak nitelendirilemeyeceği ve bir sermaye artırımında taahhüt sahibinin sermaye borcu ile takas edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir⁸⁵. Belirtilmelidir ki, bu bedeller doğrudan bilançoda özkaynaklar altında sermaye katkısı olarak gösterilir⁸⁶. Sermaye avansı ise, ifade edildiği üzere, verildiği anda borç niteliğinde olan ve sermayeye dönüştürülmeden pay sahibine geri ödenmesi mümkün olan bedellerdir⁸⁷.

Sermaye avansı adı verilen ödünçün paya dönüştürülerek sona erdirilmesi için ikinci adım şirkette sermaye artırımının gerçekleştirilmesidir. Sermaye artırımının, ortaklık borçlarının (Fremdkapital) özsermayeye (Eigenkapital) dönüştürülmesindeki amaç çoğunlukla ortaklık mali bünyesinin sağlıklı yapıya kavuşturulmasıdır⁸⁸. TTK m.376/1'in gerekçesinde de sermaye artırımı kararı alınması yönetim kurulunun sunabileceği iyileştirici tedbirlere örnek olarak gösterilmiştir⁸⁹. Nakdi sermayede artırım sonucu ortaya çıkan sermaye taahhüdü ile sermaye avansının takası yoluyla borcu özsermayeye dönüştürerek borca batıklık ve sermaye kaybı ortadan kaldırılabileceğinden, söz konusu hukukî işlemin hem TTK m. 376/1 anlamında bir “iyileştirici önlem”dir; hem de konkordato ve yeniden yapılandırma projeleri açısından önemli bir enstrümandır⁹⁰.

Tüm bunları ifade ettikten sonra sermaye avansının sermaye artırımı yoluyla ifasının TTK m.376/2 anlamında sermaye kaybı içerisinde olan şirketler için gerçekten mali durumun ıslahı için alternatif bir yol olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalı olduğu ortaya konmalıdır. Bu tartışmanın özünde sermaye artırımının doğrudan doğruya bir iyileştirici yol olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin eleştiriler dile getirilmiştir⁹¹. Özellikle 2018 öncesi dönemde

⁸⁵ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.115 dn. 464.

⁸⁶ Bilançoda özkaynaklar altında gösterilen bir kalem olan sermaye katkıları; sermaye tamamlama fonu hesabı, TTK m.376/2 uyarınca sermayenin tamamlanması kararı verilmesi durumunda bilanço açıklarının kapatılması için ortaklar tarafından yapılan ödemeler vb. şirkete yapılan sermaye niteliğindeki ilave katkılardır. Bu konuda bkz. Aksu Özkan, Raziye, **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları**, 2019, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, s.187.

⁸⁷ Sermaye avansının borç değil, bir özsermaye kalemi olarak kabul eden görüşe göre ise, sermaye avansı şirketin iç kaynaklarından kabul edilmiş ve şirketi teknik iflastan çıkarılması için kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu görüşün dayanak noktası ise iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımına koyulacak malvarlığı değerlerini düzenleyen madde gerekçesinde bu malvarlığı değerlerinin sınırlı sayıda sayılmamış olmasıdır. Bkz. Nazalı, Ersin, “Yine, Yeni Bir Değişiklik: Ortaklara Borçlar Hesabının Sermayeye Dönüşümü Hikayesi”, Vergi Dünyası, Sayı: 388, 2013/Aralık, s.17-21, s.20.

⁸⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel 52 (Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, Ankara, 2015.s.1746’dan naklen).

⁸⁹ TTK m.376/1 madde gerekçesi; Ayrıca sermayenin ödenmemiş bakiye kısımlarının ödenmesi için pay sahiplerine çağrı yapılması da birinci aşama önlemler arasında yer alır. Bkz. Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, a.g.e., s.579.

⁹⁰ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s. 115.

⁹¹ Sermaye kaybı tespit edilen şirketlerde TTK m.376 hükmünün emredici karakteri ve TTK’nin korumaya çalıştığı menfaatler göze alındığında pay sahibinin sermaye avansının geri ödenmeye ilişkin talep hakkı olduğu

bu fıkra da belirtilen iyileştirici önlemlerin sınırlı sayıda sayılmış olması sebebiyle “sermayenin tamamlanması” için sermaye azaltımı yapılmadan doğrudan sermaye artırımını gerçekleştiremeyecekleri öğretide genel olarak kabul edilmekteydi⁹². 2018 yılında kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’in m.7/1.b ile TTK m.376/2 kapsamında sermaye kaybı içerisinde bulunan şirketin doğrudan sermaye artırım kararı alınabileceği düzenlenmiştir.

Her ne kadar mer’i hukuk bakımından sermaye artırımını şirketi TTK m.376/2’den kurtaran iyileştirici bir yöntem olarak kabul edilmiş olsa da sermaye azaltımı yapılmadan sermaye artırımını yapılmasının şirketin gerçek özkaynaklarını yansıtmaması sebebiyle alacaklıları yanıltacak nitelikte olduğu için eleştirilmektedir. Zira gerçekte zarar şirket bünyesi dışına çıkarılmamış ve artırıldığı tescil edilen/esas sözleşmede yazılı değer şirket özkaynakları içerisinde bulunmamaktadır⁹³.

Sermaye avansı, yapısı gereği alacaklısına paya dönüşüm olmaksızın başkaca bir yolla da ifa edilebilir. Borcun verildiği andan itibaren borcun sermayeye dönüştürülerek ifa edilmesinin planladığı hallerde dahi pay sahiplerinin sermaye artırımını konulu genel kurul kararında olumlu oy kullanarak yeni payları iktisap edeceğine ilişkin taahhüdünü yerine getirmemesi halinde şirket bilançosunda pasifler hanesinde yer alan borç, şirketi ekonomik olarak sağlığa kavuşturmayacaktır. Hatta bu halde, pay sahibinin alacağının faizi ile birlikte geri ödenmesini talep etmesi halinde şirkette sermaye kaybı artar⁹⁴. Dolayısıyla, pay sahibinin geri ödemeye ilişkin talebi bulundukça sermaye avansı ödenmesi yoluyla şirketin sağlığa kavuşma imkânı bulunmadığı öğreti ifade edilmiştir⁹⁵. Tüm bu sebeplerle, kanımızca sermaye avansının bu fonksiyonunun, yalnızca sermaye avansının paya dönüştürülerek ifası ile var olduğunun kabulü uygun olacaktır.

sürece sermaye avansı ödemesi yoluyla şirketin sağlığa kavuşturulamayacağı yönünde Toraman Çolgar, Emek, **“TTK m.376/2 Hükmü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması”**, Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 10, Editörler: Toraman Çolgar Emek/ Kayıklık Abdurrahman, İstanbul, 2021, s.1-47, s. 35 vd.

⁹² Toraman Çolgar, Sermaye Kaybı, s.3; Aynı yönde İstanbul Ticaret Sicili de Ticaret Sicil Yönetmeliği m.73/1-d’de görülen bir zorunluluk sebebiyle sermaye artırım kararlarının tescili için sermayenin karşılıksız kalıp kalmadığına ilişkin YMMM veya SMM raporu talep etmekteydi.

⁹³ Soykan, İsmail Cem, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı**, İstanbul, 2019, s.240,241; Toraman Çolgar, Sermaye Kaybı, s.29vd.

⁹⁴ Tarafların yükümlülüklerinin korporatif nitelikte olmamasından dolayı tarafların taahhüt ettikleri borçları yerine getirmemesi halinde sermaye avansının sermaye kaybının tamamlanması işlevini yerine getirmeyeceği; bununla birlikte; pay sahibinin geri ödemeye ilişkin talebi bulundukça sermaye avansı ödenmesi yoluyla şirketin sağlığa kavuşma imkânı bulunmadığı kabul edileceği yönünde; Toraman Çolgar, Sermaye Kaybı, s.35 vd.

⁹⁵ Toraman Çolgar, Sermaye Kaybı, s.37.

Şirketin TBK m.376/3'te düzenlenen borca batıklık durumundan çıkması için sermaye avansının kullanılması pek tabi mümkündür. Şirkette borca batıklık miktarının takas edilerek alacak miktarından az veya alacakla aynı tutarda olmasıyla borca batıklık ortadan kaldırılarak açık bilanço sorunu geride kalabilir⁹⁶. Söz konusu yöntemi kullanarak alacağına kavuşan alacaklının şirketin diğer alacaklılarının sırasını aldığı veya önüne geçtiği de söylenemez. Borca batık bir şirkette, takas beyanıyla yapılacak ödemelerde hiçbir alacaklı, alacaklılar arasındaki eşitlik prensibine aykırı bir menfaat elde etmemekte; aksine diğer alacaklıların alacaklarının değerliliği artmaktadır⁹⁷.

VII. Sermaye Avansının Bilançodaki Yeri ve Sermaye Yedeği Niteliği Görüşü

Sermaye avansının hukuki niteliği şirket finansal tablolarındaki işlenmesi gereken hesabı ve bölümü belirler. Öncelikle ortaya konmalıdır ki biz sermaye avansının, verildiği anda para ödücü, diğer bir deyişle *borç* niteliğinde olduğunu düşünüyoruz. Bu borç, diğer ticari ödünç sözleşmelerinde olduğu gibi alacaklısına geri ödenmek yerine ikinci bir yol olarak, alacaklı pay sahibinin bu alacağı şirketin yapacağı sermaye artırımına sermaye olarak getirmesi ile sona erdirilebilir.

İfa sırasında yapılan hukuki işlemlerin şirket bilançosuna ve diğer finansal tablolarına yansıtılması gerekir⁹⁸. TTK m.77/1 uyarınca şirket bilançosunda Türkiye Muhasebe Standartlarında aksi öngörülmemişse, “duran ve dönen varlıklar”, “özkaynaklar”, “borçlar” ve dönem ayırıcı hesaplar” ayrı kalemler olarak gösterilir ve ayrıntılı olarak şemalandırılır.

Bir anonim ortaklık bilançosunun aktifinde ortaklığın malvarlığı değerleri yer alırken pasif tarafta bu malvarlığının hangi kaynaktan beslendiği gösterilir⁹⁹. Bilançonun pasif tarafında öz kaynaklar ve yabancı kaynaklar yer alır¹⁰⁰. Özkaynaklar grubunda; ödenmiş sermaye, sermaye katkıları, sermaye yedekleri, kar yedekleri ve fonlar, kar veya zararda yeniden sınıflandırılmayacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş gelirler (giderler), kar veya zararda yeniden sınıflandırılacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş gelirler (giderler), geçmiş yıllar

⁹⁶ Bu konuda Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.117.

⁹⁷ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.116-117.

⁹⁸ TTK m.88 uyarınca 64 ilâ 88 inci madde hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişiler münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara uymak ve bunları uygulamak zorundadır.

⁹⁹ Kendigelen, Abuzer, “Sermaye Benzeri Kredinin Sermayeye Dönüştürülmesi”, Hukuki Mütalaalar, Cilt XIV 2014-2016, İstanbul, 2018, s.62.

¹⁰⁰ Üçışık, H. Güzin/Çelik, Aydın, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, İstanbul 2018, s.79.

karları, geçmiş yıllar zararları ve dönem net karı (zararı) hesapları bulunur¹⁰¹. Yabancı kaynaklar ise her türlü borç ve yükümler toplamıdır¹⁰². Şirketlerin kuruluşu sırasında taahhüt edilen sermaye veya daha sonra sermayede yapılan değişikliklerle ilgili işlemler “Ödenmiş Sermaye” hesap grubunda izlenir¹⁰³. Taahhüt edilen sermaye tutarı, 500 Sermaye hesabında gösterilir^{104 105}.

Bilançonun aktifler tarafında ise esas sermayenin henüz ödenmemiş kısmı, yani şirket sermaye alacakları, menkul ve gayrimenkuller, haklar, markalar, kıymetli senetler, varsa zarar, diğer mevcutlar ve alacaklar ve bunun gibi şirket malvarlığında bir değer ifade eden kalemlerden meydana gelir¹⁰⁶. Ödenmemiş esas sermaye anonim ortaklığın kendi pay sahiplerine karşı alacağıdır. Bu sebeple esas sermayenin henüz ödenmemiş olan kısmının aktif tarafta ayrı bir kalem olarak gösterilmesi gerekir¹⁰⁷. Taahhüt edilen sermaye tutarının getirilmeyen kısmı 501 Ödenmemiş Sermaye hesabında muhasebeleştirilir¹⁰⁸.

İşletmenin esas faaliyet konusu dışındaki diğer işlemleri dolayısıyla ortaya çıkan senetli ve senetsiz borçlar bilançonun pasifler tarafında Diğer Borçlar altına kaydedilir. Diğer borçlar ticari borçlar¹⁰⁹ dışında kalan ve finansman faaliyetlerinden kaynaklanmayan borçlardır¹¹⁰. Şirketin pay sahibine borç vermesi bu kategori kapsamına girecektir. Bu borç, işletmenin ürettiği mal veya verdiği hizmetten kaynaklanan bir borç olmadığı için, diğer borçlar grubunda, ortaklara borçlar hesabında izlenir¹¹¹.

Sermaye avansının ifa yöntemi olarak borç-sermaye dönüşümünün seçilmesi halinde şirkette yapılan sermaye artırımına katılan alacaklı pay sahibinin sermaye taahhüdü borcu doğar. Yukarıda ifade edildiği üzere ödenmemiş sermaye aktifler arasında yer alacakken bu borcun alacaklı pay sahibinin şirketten olan borcu ile takası ile sona erdirilmesiyle yabancı kaynaklar altında ortaklara borçlar hesabı adıyla kaydedilen bu borç silinir ve esas sermayenin bir

¹⁰¹ Aksu Özkan, Finansal Tablo, s. 186.

¹⁰² Üçışık/Çelik, Finansal Tablolar, s.79.

¹⁰³ Aksu Özkan, Finansal Tablolar, s.186; Bayazıtlı, Ercan/Çelik, Orhan/Gürdal, Kadir, **Genel Muhasebe**, Ankara 2016, s.496.

¹⁰⁴ Aksu Özkan, Finansal Tablo, s.186.

¹⁰⁵ Farklı muhasebe standartlarına göre finansal kayıtlarını tutan şirketlerin tabi olduğu kurallar ve meblağların kaydedildiği hesap numaraları farklılık arz edebilir. Biz çalışmamızda vermiş olduğumuz bilgiler Türk Muhasebe Standartları/Türk Finansal Raporlama Standartlarına (TMS/IFRS'e) ilişkindir.

¹⁰⁶ Bu konuda bkz. Üçışık/Çelik, Finansal Tablolar, s.69.

¹⁰⁷ Üçışık/Çelik, Finansal Tablolar., s.69.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. Aksu Özkan, Finansal Tablo, s.186.

¹⁰⁹ Ticari borçlar hesabının, on iki ay veya işletmenin normal faaliyet döngüsü içinde yerine getirilmesi öngörülen ve işletmenin esas faaliyetlerinden kaynaklanan mal ve hizmet alımları dolayısıyla ortaya çıkan senetli ve senetsiz borçlarının izlendiği hesaplardan oluştuğu yönünde Aksu Özkan, Finansal Tablo, s.173.

¹¹⁰ Aksu Özkan, Finansal Tablo, s.174.

¹¹¹ Aksu Özkan, Finansal Tablo, s.174.

parçası olarak şirket özkaynakları arasına kaydedilir. Sermaye avansının alacaklı pay sahibinin sermaye taahhüdü borcuyla takas edilerek veya aynı sermaye taahhüdü olarak getirilerek ödenmesi uygulamasının *borcun sermayeye dönüştürülmesi* veya *borç-sermaye dönüşümü* olarak adlandırılmasının sebebi de şirket finansal tablolarında borcun yer değiştirmesidir.

Sermaye avansının sermaye taahhüdü yoluyla şirketin fonlanmasından farkları şirket finansal tablolarından da anlaşılabilir. Sermaye avansı olarak şirkete yapılan kazandırma zamansal olarak da sermaye artırımından çok önce şirket kayıtlarında yerini almıştır. Şirkete sermaye avansı veren pay sahibinin, şirketin sermaye artış kararı sonrasında doğan sermaye borcunu sermaye avansı ile takası yoluyla ifa etmek istemesi halinde ise şirkete yeni bir malvarlığı girişi olmayacaktır, şirkete daha önce yapılmış bir kazandırmanın tahvili söz konusudur.

Sermaye avansının sermayeye dönüştürülmesiyle sermaye avansı yabancı kaynak hesabından özkaynaklar bölümüne taşınır. Şirketin aktiflerinde bir artış meydana gelmemekle birlikte, pasifinde azalma meydana geldiğinden, şirketin malvarlığında (öz sermayesinde) borçtan kurtulma suretiyle meydana gelen bir artış söz konusudur¹¹².

Sermaye avansının sermayeye dönüştürülebilmesine olanak tanıyan bu özel ifa yolu; doktrinde sermaye avansının borç niteliğinde değil, verildiği andan itibaren sermaye yedeği veya sermayenin bir parçası olarak nitelendirilen bir görüşün doğmasına sebep olmuştur. Bu görüşe göre; ortakların ileride yapılacak sermaye artışına karşılık şirkete bugünden getirdikleri paralar bilançoda özkaynaklar hesap sınıfı altında ayrı bir hesaba kaydedilmektedir¹¹³. Sermaye avansının tevdi edildiği andan itibaren zaten “sermaye yedeği” olarak şirketin özkaynaklarına dâhil edildiği¹¹⁴, bu sebeple zaten en başından itibaren sermayeye katılmaya hazır bekleyen bir borç olduğu ifade edilmiştir. İleride sermaye artışı tescil edildiğinde de sermaye taahhüt hesapları bu sermaye avansı hesabı ile kapatılmaktadır¹¹⁵.

¹¹² Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi, s.70, Arıcı, Mehmet Fatih, **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, İstanbul 2003, s.32.

¹¹³ Öğrendik, Güray, “Sermaye Avansı, Zarar Telafi Fonu, Sermaye Tamamlama Fonu veya Benzeri Adlar Altında Kayıtlara Alınan Tutarlar Kayıtlara Alındığı Hesap Dönemi Sonuna Kadar Sermayeye Eklenmezse Vergiye Tabi Kurum Kazancına Dâhil Mi Edilecektir?”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Kasım 2012, s.1.

¹¹⁴ Maç, Mehmet, “Yabancı Ortaklar Tarafından Gönderilen Sermaye Artırım Avansının Yasal Dayanağı, Hukuki Niteliği ve Vergisel Boyutu”, Lebib Yalkın Dergisi, Mart 2018, Sayı: 171, s. 245-249.

¹¹⁵ Öğrendik, a.g.e., s.1.

Sermaye yedekleri; pay ihraçları, iptalleri ve geri alınan payların yeniden satılması işlemlerinde ortaya çıkan maliyetler ile paylara ilişkin primler ve iskontoların izlendiği hesaplardan oluşur¹¹⁶. Bu grupta yer alan tutarlar sermayenin bir parçası niteliğindedir¹¹⁷. 5/08/2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1)nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No:10)¹¹⁸’da da matrah indirimi uygulanabilmesi için pay sahibi tarafından verilen sermaye avansı niteliğindeki borçların şirket banka hesabına yatırıldığı andan itibaren şirket bilançosunda özsermaye kalemleri arasında yer alan “Diğer Sermaye Yedekleri” hesabında izlenmesi ve paranın hesaba yatırıldığı hesap dönemi sonuna kadar bu tutarlarla ilgili sermaye artırımı kararının ticaret siciline tescil edilmesi gerektiği öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, bu ödünçlerin vergi hukuku bakımından yabancı kaynak (borç) olarak kabul edilmemesi, faizlerinin matrahtan indirilmemesi, özel hukuk bakımından bunların borç olma niteliklerini ortadan kaldırmaz¹¹⁹. Sermaye yedeği altında pay sahibi tarafından verilen tutarlar olmasına rağmen şirketin aynı hesap dönemi içerisinde sermaye artırımı gerçekleştirmemesi halinde şirketin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme de yoktur. Dolayısıyla yalnızca bu tebliğ hükmüne dayanarak sermaye avansının sermaye yedeği niteliğinde olduğu söylenemez.

Öğretide bir görüşün “sermaye artırımı kararından önce peşinen ödenen sermaye artırımı bedelleri” ile “bilanço içi kalemlerin mahsuplaştırılarak gerçekleştirilen sermaye artırımları” arasında ayrıma gittiği görülmüştür¹²⁰. Biz de aynı doğrultuda, şirkette daha sonra yapılacak sermaye artırımında kullanılması için verilen para ile borcun ifa yolunun sermaye artırımı olup olmadığı ilk aşamada belirli olmayan sermaye avansı arasında bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

İleride yapılacak sermaye artırımı için şirkete verilen bedellerin ifası ancak sermaye artırımı ile mümkün olduğu ve pay sahibine iadesi mümkün olmadığı için bu bedelin sermayenin bir

¹¹⁶ Aksu Özkan, Finansal Tablo, s.190.

¹¹⁷ Aksu Özkan, Finansal Tablo s. 189.

¹¹⁸ Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı’nın 5/08/2016 tarihli ve 29792 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1)nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No:10), m.10.6.3.1.1 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160805-10.pdf>).

¹¹⁹ Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Bataklık, s.263-264.

¹²⁰ Bkz. Kurt, Mehmet Emek, “**Nakdi Sermaye Artışlarında Faiz İndirimi Uygulaması İle İlgili Belirsizlikler Giderildi (Mi)**”, Vergi Dünyası Dergisi, 2016, S.416, s.93-104, s.96-98; Ayrıca, iade borcunun doğumu için sermaye artırımı kararının alınmaması “geciktirici şart” olarak değerlendirilirse, ancak bu şartın gerçekleşmesi ile avansının borç olarak değerlendirilmesi mümkün olacağı, yani verildiği anda özkaynaklar kalemine dahil edilmesinde sorun olmayacağı yönünde Toraman Çolgar, Sermaye Kaybı, s.36.

parçası olarak kaydedilmesi bu çerçevede akla yatkındır. Alman ve İsviçre özel hukuk öğretisinde, bazı şartlar altında pay sahibinin ortaklığa vermiş olduğu borcun (ödücün) öz kaynak olarak muamele göreceği (Eigenkapitalersetzende Aktionärdarlehen), sonuçta pay sahibinin bu alacağının aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoda ortaklığın borçları arasında gösterilmeyebileceği görüşü savunulmuştur¹²¹. Şirketin mali durumunun iyileştirmesi kapsamında savunulan bu görüş uyarınca ödücün sermaye sayılması anonim ortaklıklar bakımından güven ilkesi ve hukuki görünüş ilkeleriyle açıklanmakta, mali kriz içindeki bir ortaklığa ödünç veren pay sahibinin bunu geri istemesinin amaca aykırı olacağı belirtilmektedir¹²². Türk hukukunda ise bu konuda maddi hukukta bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide sermaye artırımından önce peşinen ödenen sermaye bedellerinin temel nedeninin şirketin finansman ihtiyacının karşılanması olduğu ifa ve bu bedellere artırım kararından önce 501-Ödenmemiş Sermaye hesabına alacak kaydı yapılacağı belirtilmiştir¹²³.

Sermaye avansı ise bu ilişkinin taraflarına sermaye artırımı ile ifa öngörülen tek ifa yolu değildir. Sermaye avansının, bu ilişki taraflarına ifa için bir seçim hakkı tanınması onu peşin verilen sermaye artırım bedellerinden ayırır. Sermaye avansı nakden de alacaklısına geri ödenebilir. Bu meblağın baştan sermayenin bir parçası olduğunun kabul edilmesi sermayenin iadesi yasağı sebebiyle geri ödenmesini engeller. Bu sebeple sermaye avansının sermaye olarak kaydedilmesi gerektiğine ilişkin görüş, sermaye avansı konusu meblağın pay sahibine hangi hukuki nedene dayanılarak iade edileceğini de açıklayamamaktadır¹²⁴.

Unutulmamalıdır ki, sermaye artırım kararı, esas sermaye artırımını benimsemiş şirketlerde, genel kurulun alacağı bir karardır ve bir malvarlığının sermaye olarak sayılması ancak buna ilişkin işlemlerin yerine getirilmesi ile mümkündür¹²⁵. Genel kurulun ve yönetim kurulunun (kayıtlı sermaye sistemine tabi şirketler için) tescillenmiş bir sermaye artırım kararı yokken, iştirak edilen şirketlere yapılan ödemelerin sermaye niteliğinde olması mümkün değildir¹²⁶. Bu işlemlerin yokluğu halinde, şirkete verilen nakdi değer bir sermaye borcu ödemesine yönelik olmayacağı için ancak bir borç verme işlemi olabilir. Tüm bu sebeplerle sermaye avansının yapısı, şartları ve unsurları itibarıyla sermaye yedeği hesaplarından farklı bir nitelik taşıdığı ortadadır ve özellikle geri iadesi mümkün olduğu için bu borcun sermayeye dönüştürülmeden özkaynaklar içerisinde bulunması yukarıda ifade edilen gerekçelerle

¹²¹ Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Batakılık, s.264.

¹²² Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Batakılık, s. 268.

¹²³ Kurt, a.g.e., s.98.

¹²⁴ Bu konuda bkz. Ayoğlu, a.g.e., s.38 dn. 6.

¹²⁵ Bu konuda bkz. II. Bölüm IV.2.B.

¹²⁶ Okay, a.g.e., s.99.

sakıncalıdır. Kanımızca sermaye avansı, peşinen ödenen sermaye artırım bedellerinden farklı olarak ilk aşamada şirket bilançosuna bir borç olarak kaydedilmelidir¹²⁷.



¹²⁷ Şirket ortaklarının alacaklarının bilanço içi kalemlerin takası kapsamında değerlendirildiği yönünde bkz. Kurt, a.g.e., s.96.

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE AVANSI SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI VE İÇERİĞİ

Daha önce de belirtildiği üzere sermaye avansı ve sermaye avansının ifası için kurulan sistem mevzuatımızda düzenlenmemiştir. Sermaye avansının verildiği anda borç niteliğinde olan bir para ödöncü olduğunu yukarıda tespit etmiştik. Sermaye avansı ilişkisinin, sermaye avansını alan borçlunun bu miktarı geri verme yükümlülüğü bulunması ve borcun konusunun para ödöncü olması sebebiyle tüketim ödöncü sözleşmesi karakteri taşıdığı fakat sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek ifa edilmesine cevaz veren özellikli ifa yolu sebebiyle bu ilişkinin atipik nitelikler barındırdığını çalışmamızın ilk bölümünde ortaya koymuştuk. Çalışmamızın ikinci bölümünde sermaye avansı sözleşmesinin hükümlerinden bahsedilecektir.

I. Sermaye Avansı Borcunun Para Birimi

1. Sermaye Avansının Türk Parası Cinsinden Verilmesi

Daha önce de belirtildiği gibi bizim görüşümüze göre sermaye avansı bir borç niteliği taşımaktadır ve bu sebeple taraflar arasında kurulan borç ilişkisine TBK’da ve tali mevzuatta öngörölen hükümler uygulanır. Bu borcun sermayeye dönüştürölmesi aşamasında ise TL cinsinden ifade edilme zorunluluğu bulunmaktadır.

TBK m.99/1 uyarınca Türk hukukunda kural, konusu para olan borcun ölkö parasıyla ödenmesidir¹²⁸. Bu kuralın yansımalarını TTK’da da görmekteyiz. TTK m.343’te aynı sermaye artırımında “*ayni olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığının*” belirlenmesi ve bunun raporlanması zorunluluğu düzenlenmiştir. Nakit sermaye artırımlarında da iştirak taahhütlerinin Türk lirası olarak ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²⁹.

¹²⁸ Bu durum, 13 Eylül 2018 tarihli ve 30534 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’da yapılan değışiklik ile daha da önem kazanmıştır. Karar m.4/1.g “*Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlölükleri döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırılmaz.*” hükmünü getirmiştir. Sermaye avansının hukuki niteliği olarak belirlemiş olduğu yönünde görüş belirttiğimiz ödöncü sözleşmeleri bu düzenleme kapsamında yer almamaktadır.

¹²⁹ Moroğlu, Erdoğan, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı*, İstanbul, Ocak 2018, s.51.

Sermaye taahhüdü borcuna mukabil getirilen malvarlığı değerinin türü fark etmeksizin anonim şirket pay bedelleri Türk lirası ile ifade edilmek zorundadır. Sermayenin döviz üzerinden kararlaştırılması, döviz kurunun değişkenliği sebebiyle sermaye tutarı sürekli değişken olacağından sermayenin korunması ilkesine aykırıdır¹³⁰. Bu sebeple borç yabancı para cinsinden kararlaştırılmış ve ödenmiş olsa dahi sermaye taahhüdünün yabancı para olarak taahhüt edilmesi mümkün değildir.

Belirtilmelidir ki; sermayenin yabancı para üzerinden taahhüt edilmesi ile nakdî sermaye koyma borcunun yabancı para ile ifa edilmesi farklı kurumlardır. Yabancı paranın taahhüdü doğrudan doğruya sermaye borcunun niteliği ile ilgiliyken, yabancı para ile ödeme nakdî sermaye borcunun ifa aşaması ile ilgilidir¹³¹. Borcun ifasının yabancı para cinsinden yapılmak istenmesi halinde Türk Lirası karşılığı hesaplanarak işlem yapılır. Yönetim kurulu yabancı para birimi ile yapılan ödemeyi “îfa amacıyla yapılan edim” olarak kabul edip, bu paranın memleket parasına çevrilmesi sonucunda elde edilen tutarı nakdî sermaye borcuna karşılık olarak kabul etmesi mümkün olabilir¹³².

2. Sermaye Avansının Yabancı Para Cinsinden Verilmesi

Yabancı para borcu; borcun konusu olan para biriminin, ifa yerindeki resmi para birimi olmadığı para borçlarıdır¹³³. Her ne kadar Türk hukukunda kural borcun Türk parasıyla ödenmesi olsa da tarafların borcun yabancı para cinsinden kararlaştırılması konusunda menfaati bulunabilir. Özellikle şirketin yurtdışında ikamet eden pay sahipleri, borcu döviz cinsinden vermeyi tercih edebilir veya borçlu şirket, yurtdışındaki operasyonları veya ticari faaliyetleri sebebiyle borçlanmanın yabancı para cinsinden yapılmasını tercih edebilir.

Sermaye avansının yabancı para cinsinden verilip verilemeyeceğine ilişkin değerlendirme; sermaye avansı sözleşmesinin yabancı para cinsinden akdedilmesinin mümkün olup olmadığı, sermaye avansının yabancı para ile ifa edilmesinin mümkün olup olmadığı ve yukarıda belirtildiği üzere Türk Lirası karşılığı ifade edilmesi zorunlu olan sermaye taahhüdü borcunun yabancı para ile takasının mümkün olup olmadığına ilişkindir.

¹³⁰ Yüce, Aydın Alber, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, İstanbul, 2018, s. 154.

¹³¹ Sevi, a.g.e., s. 139.

¹³² Sevi, a.g.e., s. 235.

¹³³ Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, B.I: Allgemeiner Teil, 14.Aufl, München 1987, s.169 (Ayan, Serkan, Yabancı Para Borçlarının İfası, Serkan, “**Yabancı Para Borçlarının İfası**”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013; 8 (Özel): s. 511-570, erişim tarihi: 07.2023, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179441>, s. 511 naklen).

Sermaye Hareketleri Genelgesi¹³⁴, şirket borcunun paya dönüştürülmesini öngören borçlandırıcı sözleşmelerden *paya dönüştürülebilir borç sözleşmeleri* (“convertible loan”) için borç verenin yurt dışında bulunduğu haller özelinde şirketin yabancı para borcu ile yatırım alması konusuna esneklik tanımaktır. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar¹³⁵ ile Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ¹³⁶’e dayanılarak hazırlanan bu genelge’nin 6. maddesinin 12. fıkrasına, 11 Mayıs 2020 tarihinde yapılan değişiklik ile Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışından yatırım almalarına ve buna ilişkin yapılan sözleşmelerin döviz cinsinden düzenlenmesine icazet verilmiştir. Bu hükme göre Türkiye’de yerleşik girişimciler ile yurt dışında kurulu girişim sermayesi fonları¹³⁷ arasında döviz cinsinden akdedilen paya dönüştürülebilir borç (convertible debt) sözleşmelerinde; (i) transfer tarihinden itibaren azami 12 ay içerisinde sermayeye ekleneceğine ilişkin açık bir hükmün sözleşmede yer alması, (ii) sözleşmede şirketin infisalı veya tasfiyesi haricinde söz konusu tutarların tamamının mutlaka sermayeye ekleneceğine ilişkin bir hükmün bulunması kaydıyla, sözleşmenin tarafı Türkiye’de yerleşik kişinin hesabına transfer edilen dövizin paya dönüşen borçlanma sisteminden yararlanmaları mümkün kılınmıştır.

Aynı genelgede 08.02.2022 tarihinden itibaren aynı holding bünyesi ve grup firması içerisinde verilen borcun, Türk Lirası cinsinden ödenmesi kaydıyla döviz cinsinden kararlaştırılabileceği yönünde bir istisna getirilmiştir¹³⁸. Genelgenin 38. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere kural olarak Türkiye’de yerleşik kişiler ancak 32 sayılı Karar’da yer alan şekliyle bankalar ve finansal kuruluşlardan döviz kredisi temin edebilecekleri için bir firmanın başka bir firmaya

¹³⁴ Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü Kambiyo Mevzuatı Müdürlüğü tarafından yayımlanan 02.05.2018 tarihli Sermaye Hareketleri Genelgesi.

¹³⁵ 7/8/1989 tarihli ve 89/14391 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar.

¹³⁶ 28/2/2008 tarihli ve 26801 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34).

¹³⁷ Türkiye’de başlangıçta “risk sermayesi”, şimdilerde “girişim sermayesi” olarak adlandırılan bu finansman yöntemi, 2013 tarihli SerPK Tebliği’nde fıkirlere ve “henüz başlangıç aşamasındaki yeni kurulmuş şirketlere yapılan yatırımların yanı sıra, satın almaları, yeniden yapılandırmaları ve büyüme stratejisi güden genellikle üç-on yıllık şirketlere yapılan büyüme ve genişleme yatırımlarını” ifade etmektedir. Bkz. İnce, Salih Tayfun, **Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Pay Sahipleri Sözleşmesi**, 2019, On İki Levha Yayıncılık, s.9; Ayrıca Anglo-Amerikan hukuku kökenli bir yelpaze terim olan ortak girişim sermayesi, birden çok tarafın stratejik iş birliği için bir araya geldiği ve bu iş ilişkisinin taraflar arasında kurulacak sözleşmelerle idame ettirildiği bir düzeni ifade etmektedir. Şirket borcunun şirket sermayesine dönüştürülmesi ortak girişim sermayelerinde sık başvurulan bir fonlama yöntemidir. Ortaklar arasındaki temel yapıyı kuran sözleşmeye “temel sözleşme” denir. Bu sözleşmede de tıpkı pay sahipleri sözleşmesinde olduğu gibi ortakların birbirleriyle ve ortak girişim şirketiyle kuracakları hukuki ilişkileri düzenleyen ortaklar arasında fonlamanın ve paya dönüşme sırasında atılacak adımların belirlenmesi için kullanılır. Konuyla ilgili bkz. Altay, Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler**, İstanbul, 2009.

¹³⁸ Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın 20.11.2018 tarih ve 30275 sayılı yazısı ile 08.02.2022 tarih ve 940051 sayılı yazısı ile iki kere değişiklik yapılmıştır.

döviz kredisi kullandırması mümkün değildir. Aynı holding bünyesindeki şirketlerin birbirlerine döviz kredisi kullandırması ve borçlandırma işlemlerine ilişkin bedellerin döviz cinsinden karşılığının yurt içindeki ilgili hesaplara transfer edilmesi ancak borçlandırmanın ve takibinin Türk Lirası cinsinden yapılması kaydıyla mümkündür.

Üçüncü kişi tarafından ileride paya dönüştürülmesi için verilen para borcunun yabancı para cinsinden belirlenmesine izin veren bu düzenlemeler kanun koyucunun, pay sahibi tarafından verilen sermaye avansının da yabancı para cinsinden verilmesine evleviyetle izin vereceği yönünde güçlü bir kanı oluşturmaktadır.

Bu konu özelinde irdelenmesi gereken ikinci husus, sermaye avansının ifasının yabancı para cinsinden yapılıp yapılamayacağıdır. Sermaye avansı alacaklıya iki şekilde ifa edilebilir: şirket ya tıpkı diğer ticari borçları gibi sermaye avansını alacaklı pay sahibine geri ödeyebilir ya da sermaye artırım ile yeni paylar çıkarır ve alacaklı pay sahibine borcuna karşılık bu payları iktisap eder.

Yabancı para cinsinden alınan sermaye avansını nakden geri ödemeye karar veren borçlu şirket, taraflar arasındaki ilişkide aynen ödeme hükmü yoksa, TL veya yabancı para birimi üzerinden nakden geri ödeme yapılabilir. TBK m.99/2, tarafların yabancı para birimiyle ödemesi konusunda anlaşmış olduğu borçların, anlaşmada tarafların borcu aynen ödeme iradesini ortaya koyan bir anlaşmaları olmaması halinde ödeme günündeki TL karşılığının ödenebileceğini düzenlemiştir. TBK m.99/3, bu düzenlemeye ek olarak, yabancı para cinsinden belirlenen borcun vade tarihinde ödenmemesi halinde alacaklının bu borcu fiili ödeme günündeki kur üzerinden TL karşılığı hesaplanarak ödenmesini talep edebileceğini düzenlemektedir.

Belirtilmelidir ki tüketim ödünçü sözleşmesinde ödünç alanın geri verme borcu, yalnızca eşit miktar ve nitelikteki benzerinin geri verilmesine yöneliktir. Ödünçün konusu para ise, paranın kur değişimleri geri verilecek paranın bedelini etkilemez. Ödünç alan, aldığı miktar parayı geri vermek zorunda olup, değer kaybından dolayı herhangi bir fark vermek zorunda değildir¹³⁹. Yabancı para cinsinden borç alan şirket yabancı para ile bu borcu ödeyebileceği gibi ifa günündeki kur üzerinden TL cinsinden de ödeyebilir.

Sermaye avansının nakden geri ödeme yerine borcun paya dönüştürülmesi yoluyla ifa edilmek istenmesi halinde yabancı para borcunun nasıl ifa edileceği incelenmelidir. Zira, anonim

¹³⁹ Yavuz, a.g.e., s.387.

şirketin pay bedelinden doğan alacağı Türk lirası ile ifade edilmek zorundadır¹⁴⁰. Doğrudan doğruya yabancı para birimi ile ifade edilmiş belli bir miktar paranın sermaye olarak taahhüt edilmesi durumunun ise, bu durumun sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda ayrıca irdelenmesi lazımdır¹⁴¹.

Sermaye avansının şirket sermayesine dönüştürülebilmesi işlemi, bu bedelin niteliğinin ancak sermaye bedelini karşılamaya uygun olan ve Türk hukuku uyarınca sermaye olarak konulmasına icazet verilen malvarlığı değerlerinden olması koşuluyla mümkündür. Belirtilmelidir ki, yabancı para birimine bağlı olması, bir borcun “para borcu” niteliğini ortadan kaldırmadığı gibi salt taahhüdün yabancı bir para birimi üzerinden yapılması, onun nakdî sermaye taahhüdü olma niteliğini ortadan kaldırmış sayılmamalıdır¹⁴². Sermaye borcunun döviz ile yerine getirilmesi halinde de aynı değil, nakdi sermayeden söz edilmelidir¹⁴³. Borçlanılan yabancı paranın Türk lirası cinsinden değerinin tespit edilip esas sözleşmeye yazılabilir duruma gelmesi gerekir.–Paraya çevrilebilirlik kriteri çerçevesinde taahhüt edilecek yabancı paranın Türk Lirası cinsinden rayici bulunması şarttır¹⁴⁴. Bu rayiç bulunduktan sonra borçlanma işleminin yabancı para cinsinden yapılması sorun teşkil etmemelidir.

Borçlu şirkette nakdi sermaye artırımı kararı alındıysa alacaklı pay sahibinin, sermaye bedelini sermaye avansı ile takas edilmesi yoluyla ifası söz konusu olur. Sermaye taahhüdü borcu TL cinsinden doğduğu ve belirlendiğini belirtmiştik. Bu kapsamda yabancı para olarak verilen sermaye avansının TL cinsinden doğan sermaye taahhüdü borcuyla takas edilip edilmeyeceği incelenmelidir.

Takas, TBK m.139’a öngörülen takas edilebilirlik koşullarının bulunması ile gerçekleşir¹⁴⁵. Yabancı para borcunun TL ile takasında öne çıkan takas edilebilirlik koşulu, takas edilecek değerlerin “özdeş edimler” olması gerekliliğidir. *Develioğlu*, borç sözleşmesinde aynen ödeme klozu (efektif klot) olmadıkça farklı para birimlerindeki alacakların takasının mümkün olduğu, kanun koyucunun TBK m.139’daki “*karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş edim*” ifadesinden para borcu için özdeş olma kıstası getirilmediği ve alacağın değerini ölçmeye yarayan ölçü niteliğindeki tüm para birimlerinin cins olarak eşit olduğunu ifade

¹⁴⁰ Bkz. İkinci Bölüm.I.1.

¹⁴¹ Sevi, a.g.e., s.140.

¹⁴² Sevi, a.g.e., s. 140.

¹⁴³ Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 2013/1, s.479.

¹⁴⁴ Sevi, a.g.e., s.140.

¹⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.B.(aa).

etmiştir¹⁴⁶. Aynı görüşte olan *Nomer* de, para borcunun aslında bir tür çeşit borcu değil, bir değer sağlama borcu olduğu kabul edildiğinde, her türlü para borcunun aynı türden borç olduğunun ve takas edilebildiğinin kabulü gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁷. Aksi bir görüş benimsense dahi TBK m.139 emredici hüküm olmadığı için taraflar arasındaki takas anlaşması çerçevesinde, takas edilebilirlik koşullarını düzenleyebilecekleri kabul edilmektedir¹⁴⁸. Sonuç olarak TBK kapsamında farklı para cinsinden olan alacakların takası mümkündür. Takasın gerçekleşebilmesi için para birimlerinin birbirine dönüştürülebilmesi gerekir¹⁴⁹.

Sermaye avansının takas yoluyla sona erdirilmesi hususunda ise; yabancı para cinsinden verilen sermaye avansı ile dönüştürülecek değer sermaye taahhüdü borcudur. Şirket sermayesi TL olarak belirlendiği için yabancı sermaye cinsinden verilen sermaye avansının TL karşılığı hesaplanmalı ve dönüşüm bunun üzerinden yapılmalıdır. TBK m.99 uyarınca borcun ödeme günündeki, diğer bir deyişle borcun ifa tarihindeki rayiç esas alınmalıdır. Dolayısıyla takasın, yani sermaye artırımının gerçekleştiği günkü kur esas alınacaktır.

II. Sermaye Avansı Sözleşmesinde Faiz

Pay sahibi tarafından şirkete, daha sonra şirket sermayesine dönüştürülerek ifa olanağı tanıyan ve uygulamada sermaye avansı adı verilen bedelin hukuki niteliğinin para ödücü olduğuna ve sermaye avansını konu alan sözleşmenin ise atipik unsurlar içeren bir tüketim ödücü sözleşmesi olduğuna yukarıda değinmiştik. Sermaye avansını ilişkisi içerisinde taraflar, bu ilişkinin koşullarını belirlemekte özgürdürler.

Sermaye avansı verildiği anda borç niteliği taşıdığı için taraflar arasında ticari bir borç ilişkisi oluşur. Ticari borçlara faiz işletilmesi kural olarak kabul edilmekle birlikte; sermaye avansının diğer borçlardan farklı olarak şirket sermayesine dönüştürülerek sona erdirilme ihtimali olduğu için bu borca faiz işletilip işletilemeyeceği konusunu ayrıca değerlendirmeyi yararlı görüyoruz.

¹⁴⁶ Develioğlu, Hüseyin Murat; **Takas**, İstanbul 2012, s. 132-133; aynı yönde *Nomer*, Haluk N., “**Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/1 Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 57, Sayı: 1-2, Yıl: 1999, s.241-264, erişim tarihi: 07.2023 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95709>), s. 251; Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.143.

¹⁴⁷ *Nomer*, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2017, s. 387.

¹⁴⁸ Ayoğlu, a.g.e., s.54, dn. 38.

¹⁴⁹ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.120.

Ödünç sözleşmesi kural olarak ivazsız sözleşmelerdendir¹⁵⁰. Buna karşın bu sözleşmelerde faiz kararlaştırılması yasak olmadığı gibi ticari tüketim ödünçü sözleşmeleri için sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi faiz istenebileceği yönünde özel hüküm dahi bulunmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki sermaye avansını konu alan tüketim ödünçü sözleşmeleri ticari sözleşme niteliği taşımaktadır. TTK m.19/2 hükmü “*Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*” şeklindeki düzenlemesi ile taraflardan birinin tacir olması halinde bu ilişkinin ticari iş karinesini kapsamında olacağını düzenlemiştir. TTK m. 42 ve devamı hükümleri uyarınca sermaye şirketinin tüzel kişi tacir sıfatını haiz olduğunu düzenlenmektedir; bu sebeple alacaklı ile şirket arasındaki tüm hukuki ilişkiler ticari iş niteliğinde sayılacaktır. Dolayısıyla sermaye avansı ilişkisi (atipik nitelikler taşıyan) *ticari tüketim ödünçü sözleşmesi* niteliğindedir¹⁵¹.

Ticari tüketim ödünçü sözleşmelerinin konusu olan borçlara faiz işletilmesine ilişkin düzenleme TBK m.387/2’de yer almaktadır. TBK m.387/2, “*Ticari tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir.*” düzenlemesiyle tacirlerin ticari işlerde faiz isteyebilmesi ilişkin TTK m. 9’a benzer yönde bir düzenleme getirmiştir. Sözleşmede faiz oranının belirlenmemiş olduğu hallerde dahi TBK m.388 kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde emsal ödünçlerde geçerli olan faiz oranının uygulanacağını ve sözleşmede aksi düzenlenmedikçe, belirlenen faizin, yıllık olarak ödeneceğini düzenlemiştir. Bu halde, şirket ortağının şirkete ödünç olarak verdiği paralar için kararlaştırılmamış olsa bile faiz talep etmesi mümkündür¹⁵².

Her iki taraf da tacir olduğu ve yapılan işin ticari iş sayıldığı hallerde TTK m. 8/1 hükmüne göre; üç aydan kısa devrelerle faizin anaparaya eklenmemesi koşuluyla alacağa bileşik faiz işletilmesi dahi mümkündür. Ödünç veren pay sahibi ile ödünç alan şirketin aynı şirketler grubu içerisinde yer aldığı haller, sermaye avansı niteliğindeki pay sahibi alacağına bileşik faiz işletilmesinin söz konusu olabileceği durumlara örnek olarak gösterilebilir¹⁵³.

Yukarıda yabancı para borcu cinsinden verilen sermaye avansının da hukuk düzenimizde kabul edildiği sonucuna varmıştık. Yabancı para borçlarına işleyecek faiz oranına ilişkin özel düzenleme olan 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun’un m.4/1.a’da

¹⁵⁰ Yavuz, a.g.e., s.385.

¹⁵¹ Ödünç sözleşmesinin ticari iş karinesi kapsamında değerlendirilemeyeceği düşünülse dahi ticari olmayan tüketim ödünçü sözleşmelerinde taraflarca kararlaştırılmış olmayan faizlerin geçerli olmadığını düzenleyen TBK m.387/1 hükmünün mefhum-u muhalifinden yola çıkılarak faizin sözleşmede düzenlenmesi halinde faiz hükmünün geçerli olduğu kabul edilmelidir.

¹⁵² Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi., s.65.

¹⁵³ Ayoğlu, a.g.e., s.43-44.

belirlenmiştir. Buna göre sözleşmede daha yüksek akdi faiz veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde yabancı para borcuna uygulanacak faiz oranı, Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranıdır. Belirtilmelidir ki aynı kanunun 5. maddesinde Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununda kanuni faiz temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümler uygulanmayacağı belirtildiği için TBK m.388/1’de öngörülen faiz oranı uygulanmaz.

TBK ile TTK ekseninde yer verdiğimiz tüm bu değerlendirmelerin akabinde sermaye avansına faiz işletilip işletilemeyeceği hususu aslen sermaye avansının niteliğine ilişkin bir sorudur. Sermaye avansının verildiği anda *borç* niteliği taşıdığı ve sermayeye dönüştürülerek ifa edilene artışına kadar bu niteliği koruduğu göz önünde bulundurulduğunda yukarıda yer verdiğimiz faize ilişkin tüm düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Bazı muhasebe uzmanları tarafından benimsenen sermaye avansının aslında verildiği andan itibaren *sermaye veya sermaye yedeği* niteliği taşıdığı görüşüne göre¹⁵⁴ ise gerek TTK’nin emredici hükümleri gerek ise vergi mevzuatı uyarınca sermaye avansına faiz işletilmesi mümkün görünmemektedir. Bu görüşe göre, sermaye avansı için faiz ödenmesinin kabul edilmesi, bu avansların sermayeye ilave edildiği tarihe kadar şirket açısından alelade bir borç mahiyetinde olduğuna işaret edip sermaye avansına faiz ödenmiyor olmasının sermaye artırımı avansı mahiyetini pekiştirdiği ileri sürülmüştür¹⁵⁵.

Sermaye avansının sermaye niteliği taşıdığı kabul edilirse gerçekten de pay sahibinin faiz istemi; TTK m.509’da (6762 sayılı eTTK m.470) düzenlenen sermaye borcuna faiz işletilmesi yasağının konusu haline gelir. Aynı yasak vergi mevzuatı içerisinde de yerini bulmuştur. Kurumlar Vergisi Kanunu m.11/1 sermaye borcuna faiz işletilemeyeceğini öngörür.

Katıldığımız görüş olan, sermaye avansının sermaye artırımı işlemi tamamlanana kadar hukuken “sermaye” niteliğinde olmadığı ve borç niteliğinde olduğunun kabul edilmesi halinde, TTK m. 509/1 ve KVK m. 11/1.a hükümlerinin uygulama alanı içinde olmayacaktır¹⁵⁶. TTK’da sermayenin getirilmesine ilişkin prosedürler uygulanmadan, ortaklar

¹⁵⁴ Muhasebe tekniği açısından konuyu irdeleyen Müstehlik, söz konusu olan sermaye avansının bir kredi (borç) olmayıp şirket sermayesinin peşin olarak ödenmiş olan kısmını ifade ettiği, bu bedellerinin şirket bilançosunda özkaynaklar grubu içerisinde gösterilmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir. Bkz. Müstehlik, Mehmet, “**Sermaye (Artırım) Avansı, Sermaye ve Örtülü Sermaye İlişkisi**”, Vergi Portalı, Kaynak: E-Yaklaşım Dergisi, Aralık 2009, Sayı: 204, erişim tarihi:07.2023, <https://www.ozdogrular.com/v1/content/view/9408/255/>.

¹⁵⁵ Bu konuda bkz. Müstehlik, a.g.e. s.1; Sağlam, Erdoğan, “**Sermaye Artırım Avansı**”, Vergi Dünyası, Kasım 2002.

¹⁵⁶ Bu ihtimalde pay sahibinin şirketten olan alacağı ödünç akdinden kaynaklanan bir alacak niteliğinde olduğu ve sermaye artırımı işlemine kadar bu alacağa faiz işletilebilmesi kural olarak mümkün bulunduğundan ödünç

(iştirakler) tarafından verilen paralar cari hesap alacağından farksızdır. Çünkü, öncesinde sermaye artırımını olmadığı gibi, sermaye borcu da yoktur¹⁵⁷. Bu sebeple sermaye avansı adı altında firmalara yapılan ödemelerin para kullandırma olarak değerlendirilmesi ve borç paralar için işletilen faizin sermaye artırımına ilişkin kararın tescil tarihine kadar hesaplanarak kurum kazancına eklenmesi de gerekmektedir¹⁵⁸.

Pay sahibinin verdiği ödünç karşılığında faiz talep edebilmesinin hem TBK m.387 hem de borç veren pay sahibinin ticaret şirketi olması ihtimallerinde sermayenin korunması ilkesinin gereği olduğunu ifade etmek de yanlış olmayacaktır¹⁵⁹. Zira, bir şirketin pay sahibi olduğu başka bir şirkete karşılıksız ve faiz işletilmeksizin borç kullandırmasının örtülü kazanç aktarımına ilişkin eleştirileri de gündeme getirmesi kaçınılmaz olacaktır¹⁶⁰.

Sermaye avansına faiz işletilmesine ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus TCK'daki tefecilik suçudur. TCK m.241 tefecilik suçunun “Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi olarak tanımlamıştır. Bu suçta kanun koyucu özel bir kazançtan bahsetmemektedir¹⁶¹. Suçun gerekçesinde “*faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi, tefecilik suçunu oluşturur.*”¹⁶² ibaresine yer verilerek ödünç verilen borca işletilen faizin de bu suçun konusunu oluşturabileceği ifade edilmiştir.

Bir amaç suçu olan tefecilik suçunun¹⁶³ kazanç sağlama amacı aynı zamanda suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. Kazanç elde etme amacı bulunmayan ödünç verme işleminin, manevi unsuru eksik olduğundan, bu işlem tefecilik suçunu oluşturmaz¹⁶⁴.

sözleşmesinin belirli bir vadeye bağlanmamış olması nedeniyle “örtülü kazanç/sermaye aktarımı” durumunun oluştuğu da ileri sürülemez. Bkz. Ayoğlu, a.g.e., s.43-44; Ayrıca bkz. s.42.

¹⁵⁷ Dikmen, a.g.e., s. 72; Okyay, a.g.e., s.100.

¹⁵⁸ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Okyay, a.g.e., s. 102 vd. Yazar ayrıca faiz gelirleri için 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu ve 6802 sayılı Gider Vergisi Kanunu hükümleri dikkate alınarak katma değer vergisi hesaplanması gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁵⁹ Bu konu ile ilgili Toraman Çolgar, Sermaye Kaybı, s.35.

¹⁶⁰ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm. V.3; Dikmen, sermaye avansı veren şirket söz konusu avansı ileride yapılacak sermaye artırımına karşılık sermaye borcu olarak verdiği görüşü kabul etmektedir ve bu tutar üzerine herhangi bir faiz hesaplanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu durumda; grup şirketlerine ve iştiraklerine faizsiz para kullandırmış olduğu için örtülü kazanç dağıtımının çıkar sağlama unsuru da gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. Dikmen, a.g.e., s.72.

¹⁶¹ Baytaz, Abdullah Batuhan, “**Tefecilik Suçu**”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl 5, Sayı 2020/2, s. 139–174, s.153.

¹⁶² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 640.

¹⁶³ Özgenç, İzzet, “**Tefecilik Suçu**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sayı: 1, s. 54-553, s. 553.

¹⁶⁴ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s.182.

Ödünç işleminin kazanç elde etme amacıyla yapılıp yapılmadığı incelenirken ödünce işleyecek faiz oranının kazanç sağlamaya yönelik mi yoksa yalnızca ödünç verilen paranın değerinin korunmasına yönelik mi olduğu gözetilmelidir. Kişinin ödünç para vermesi sırasında talep etmiş olduğu faizin enflasyon oranının altında veya enflasyon oranına paralel olması kişinin kazanç elde etme arzusuyla hareket etmediğine dair bir göstergedir¹⁶⁵. Dolayısıyla şirketin, verdiği ödünç karşılığında kendisini zarara uğratmayacak bir oranda faiz talep etmesinin ödünç verilen paranın değer kaybını gidermeyi amaçladığı ve ödünçün piyasa koşullarında kararlaştırılan ana para faizinin kazanç kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁶⁶. Aksi bir yorum ile faiz işletilemeyeceğine karar verilmesi örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamına girecektir. İlişkili kişilerden piyasa emsallerine göre daha yüksek faizle borç alınması bu yasağın kapsamına gireceği gibi ilişkili kişilere piyasa emsallerine göre daha düşük faizle veya faizsiz borç verilmesi borcu veren şirket için örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilebilir¹⁶⁷. Aynı yönde Alman hukukunda da topluluk içi borçlanma sistemi, faiz oranının piyasaya uygun olması ve borçlanmanın bağlı şirketin nakit durumunu olumsuz etkilememesi şartlarıyla kabul görmektedir¹⁶⁸.

Tefecilik suçunun oluşması için değerlendirilmesi gereken diğer bir husus failin bunu süreklilik arz edecek şekilde meslek olarak icra edip etmemesidir. Suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesine, bunun meslek olarak ittihaz edilmesine gerek bulunmamaktadır¹⁶⁹. Fakat, her ne amaçla olursa olsun bir kişiye bir kez ödünç para vermenin tefecilik suçu oluşturduğunu kabul edersek adi, ticari, normal veya fahiş faiz oranlı bütün para alışverişi aynı kapsamda değerlendirilerek gerek günlük gerekse ticari yaşam için izahı mümkün olmayan bir sorun ortaya çıkar¹⁷⁰. Yargıtay, yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki içtihatlarında da, tefecilik suçunun oluşması bakımından eski içtihatlarda kabul edilen ölçütlere sadık kalmış ve “*Tefecilik suçunun oluşabilmesi için, birden fazla kişiye sistemli ve*

¹⁶⁵ Baytaz, a.g.e., s. 164; Buna ilaveten, yazar tefecilik suçu bakımından faiz oranının az veya çok olmasının tek başına bir önemi olmadığını; faiz yüksek olmasının, kazanç amacını kesin olarak ortaya koymayacağı gibi, faizin azlığı da mutlak paranın değerinin korunması amacının var olduğu anlamına gelmediğini ve her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁶⁶ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 175vd.; Malkoç, İsmail, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Cilt, Ankara, 2006, s. 1565.

¹⁶⁷ Emsallere göre düşük faiz oranı belirlenmesinin veya hiç faiz belirlenmemesi halinin örtülü kazanç yasağı kapsamında değerlendirileceğine ilişkin Karşlıoğlu, Hasan, “**Ticaret Hukuku Açısından Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtım Niteliğindeki**”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:23, Yıl: 2019, Sayı:4, s.141 – 195, s.160vd; Ayrıca bkz. İkinci Bölüm.V.2. ve İkinci Bölüm.V.3.

¹⁶⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s.239.

¹⁶⁹ Özgenç, a.g.e., s.547.

¹⁷⁰ Bu konuda Arslan, Tefecilik Suçu, s.35.

sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi ... , (failin) birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağla(ması) ve bu işi meslek haline getirmesi” kıstasını aramıştır¹⁷¹.

Tüm bu açıklamalar ışığında tefecilik suçunun kenar başlığıyla birlikte yasal tanımı gerek ilgili mevzuattaki düzenlemeler ve gerekse tefeciliğin kelime anlamı göz önünde bulundurulduğunda suçun oluşumu için aranması gereken unsurlar; 1) kazanç elde etmek için, 2) belli bir vadeye bağlı olarak ve 3) fahiş (*piyasa koşullarına uygun olmayan*) orandaki bir faizle ibarettir¹⁷². Öğretide dördüncü bir unsur olarak sistematik şekilde borç verilmesi de bu suçun unsurları sayılmıştır¹⁷³. Bu çerçevede gerek ticari gerekse adi/ticari olmayan tüketim(para) ödünç sözleşmeleri, fahiş faiz oranı içermediği ve mesleki bir faaliyet olarak/devamlı şekilde (klasik anlamda tefecilik) yapılmadığı takdirde hukuka uygun olup suç oluşturması düşünülemez¹⁷⁴.

Bu kapsamda TBK m. 387/2 tefecilik suçu açısından hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmeli¹⁷⁵ ve makul oranda kararlaştırılan faiz ödemesinin, tefecilik suçunu meydana getirmediği kabul edilmelidir¹⁷⁶.

III. Sermaye Avansı Sözleşmesinde Vade

Sermaye avansı pay sahibi tarafından şirkete, şirketin finansmanı amacıyla verilmiş bir para ödünüdür ve taraflar arasında tüketim ödünç sözleşmesine ilişkin hükümlerin hâkim olduğu sui generis bir sözleşme yaratır. TBK m.386’da uyarınca tüketim ödünç sözleşmesinde ödünç alanın yükümlülüğü verilen ödünç geri ödenmektir. Ne TTK ne de TBK’da sermaye avansının veya ödünç alanın ödünç borcunu ne zaman geri vermekle yükümlü olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Taraflar, ödünçün geri verme zamanını (vadeyi) sözleşme serbestisi içerisinde kararlaştırabilirler. Vadesi gelen borç muaccel olur ve ifası talep edilebilir hale gelir. Vade taraflarca belirlenmediyse sermaye avansının alacaklı pay sahibine ödenmesi

¹⁷¹ Özgenç, a.g.e., s.548; Ayrıca bkz. Yargıtay 7.CD, 21.06.2006, 2004/36039, 2006/12651; ayrıca bkz. aynı Daire, 13.07.2009, 2006/1137, 2009/8423; 22.05.2009, 2006/17545, 2009/5064; 21.02.2007, 2004/20596, 2007/1022; 13.05.2003, 2002/21487, 2003/2670.

¹⁷² Arslan, Tefecilik Suçu, s.36.

¹⁷³ Bkz. Arslan, Tefecilik Suçu, s.36.

¹⁷⁴ Arslan, Tefecilik Suçu, s.40.

¹⁷⁵ Maddede özel bir hukuka uygunluk sebebi görülmediği ve mağdurun rızasının bir önemi bulunmadığı yönünde Arslan, Tefecilik Suçu s.39.; Toraman Çolgar, TBK m.387/2’yi hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirmemesine rağmen fahiş faiz işletilmediği ve tefeciliğin meslek olarak icra edilmediği hallerde tefecilik suçunun oluşmamış olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasası, s.177.

¹⁷⁶ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasası, s.177.

yükümlülüğünün ne zaman muaccel olacağını tespit edilmesi, özellikle borcun sermaye artırım sonucu yeni çıkarılan paylar ile ödenmesi durumunda her iki tür sermaye artırım türü için de zaruridir. Zira, aynı sermaye olarak şirkete getirilebilecek malvarlığı değerlerini düzenleyen TTK m.342 vadesi gelmemiş alacakların şirkete sermaye olarak getirilemeyeceğini düzenlemiştir. Nakdi sermaye artırım sonucu ortaya çıkan sermaye taahhüdü borcunun şirket borcu ile takas edilmek istenmesi halinde de takas edilebilirlik koşullarını düzenleyen TBK m.139’de takas edilecek borçların muaccel olması koşuluyla takasın mümkün olduğunu düzenlenmiştir.

1. Borcun Vadesinin Sözleşmede Belirlenmesi

TBK m.392 kural olarak tarafların, borcun ne zaman muaccel olacağını kararlaştırabilmesine izin vermiştir. Taraflar, tüketim ödücü sözleşmesinde muayyen bir vade kararlaştırmışlarsa, vadenin gelmesiyle bu sözleşme sona erer ve ödünç alanın geri verme borcu muaccel olur¹⁷⁷. Borçlu şirket geri ifa borcunu, nakden ifa yoluyla veya sermaye artışı gerçekleştirip yeni çıkarılan payların alacaklı tarafından iktisap edilmesi yoluyla gerçekleştirebilir.

Tüketim ödücü sözleşmesi için ödücün geri ödenmesi tarihinin taraflarca belirlenmesi zorunlu değildir. Geri verme borcunun, ödücün nakden geri verilmesi yerine bu sözleşmeye atipik nitelik kazandıran “sermaye artışı ve payların teslimi” yoluyla yerine getirilmesi de aynı doğrultuda vade belirlemek zorunlu tutulmamalı, ancak tarafların isteği üzerine bu sürenin kararlaştırılabilmesi mümkün olmalıdır¹⁷⁸.

Tarafların sözleşmede vade belirleme serbestisi bulunduğu ifade edildikten sonra tarafların vadenin uzunluğunu diledikleri gibi kararlaştırmalarına izin verilip verilmediği de incelenmelidir. Örneğin, tarafların anlaşması ile sermaye avansı sözleşmesindeki vadenin emsallerinden önemli derecede uzun kararlaştırılmasına hukuk düzeni izin vermekte midir?

Sermaye avansı olarak bir şirkete aktarılan kaynakların, sermaye artırım prosedürleri tamamlanarak hangi süre içinde tescilli sermayeye dönüştürülmesinin zorunlu olduğuna dair bir düzenleme meri mevzuatımızda yer almamaktadır¹⁷⁹. Sermaye avansının ifası için bir diğer yol olan ödücün nakden alacaklıya ifası halinde de tarafları belirleyebileceği vadenin uzunluğuna da sınır getirilmemiştir. Sözleşmenin hukuki niteliği olan tüketim ödücü

¹⁷⁷ Yavuz, a.g.e., s.396.

¹⁷⁸ Ayoğlu, a.g.e, Sermaye Avansı s.40-41.

¹⁷⁹ Temizyürek, Onur, “Sermaye Artırım Avansı Kavramı”, 2010, <https://www.ozdogrular.com/v1/content/view/13699/>, erişim tarihi: 20.02.2023

sözleşmesi düzenlemeleri kapsamında da tarafların üstlendikleri borçların ifası için belirlenmiş tavan süre mevzuatımızda yer almamaktadır.

Bununla birlikte, yukarıda sermaye avansı konu alan sözleşmelerde kural olarak ticari işlerde faiz istenebileceği ve bu sebeple sermaye avansı için faiz belirlenmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştik¹⁸⁰. Sermaye avansının ifası için vade belirlenmemiş olması ve alacaklı tarafından uzun süre bu borcun ödenmesinin talep edilmemesi veya taraflarca belirlenen bu sürenin çok uzun olması, şirkete verilen borca uzun bir süre faiz işletilmesi sonucunu doğurur. Bu durum hem şirket üzerindeki borcu artırmaya sebep olur; hem de özellikle alacaklı pay sahibinin de bir tüzel kişi olduğu durumlarda, hayatın olağan akışına aykırı olarak alacaklıyı alacağından mahrum bırakır. Tüm bu sebepler işlemin örtülü sermaye düzenlemelerine ve sermayenin iadesi yasağı gibi genel hukuk prensiplerine aykırılık oluşturabileceğine dair eleştirileri gündeme getirir¹⁸¹.

Bu sebeple sermaye avansının makul bir süre içerisinde ifa edilmesinin gerekli olduğu ifade edilir. Aksi halde, sermaye artırımı avansı adı altında aktarılan kaynağın uzun bir süre ya da süresiz olarak sermayeye eklenmeden kalabileceğinin kabulü halinde KVK'da yer alan 'transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç' müessesesi işlevsiz kalacaktır¹⁸².

Maddi hukukta sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek ifasının hangi süreler içerisinde gerçekleştirilirse hukuka uygun olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Vergi mevzuatında ise sermaye avansının sermayeye dönüştürülebilmesi için çeşitli sürelerle yer verilmiştir.

04.11.2019 tarihinde Sermaye Hareketleri Genelgesi'nin sermaye artırımında pay bedellerinin ödenmesine ilişkin 6'ncı maddesine eklenen 9. fıkrada¹⁸³ yabancı ortaklardan ileride gerçekleştirilecek sermaye artışı için şirket hesabına yatırdıkları tutarların sermayeye ilave edilebilmesine, ancak şirket tarafından bankaya söz konusu bedelin geliş tarihinden itibaren 3 ay içerisinde sermayeye ekleneceğine veya halka açık ortaklıklar açısından sermaye artırımını için SPK'ya başvurulacağına ilişkin yazılı taahhüt verilmesi ve bu süre içerisinde bu bedellerin sermayeye eklenerek ilgili belgelerin bankaya sunulması halinde izin verilmiştir. Belirlenen 3 aylık sürede sermaye artırımının veya sermaye artırımına ilişkin inceleme

¹⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm. II.

¹⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm.V.2.

¹⁸² Temizyürek, a.g.e. s.1.

¹⁸³ Söz konusu madde Hazine ve Maliye Bakanlığının 04.11.2019 tarih ve 468620 sayılı yazısı üzerine eklenmiştir.

işleminin devam ettiğinin belgelendirilmemesi halinde bu bedeller banka tarafından sahiplerine iade edilir veya döviz kambiyo mevzuatına göre kredi işlemine tabi tutulur.

Bu hükmün konusu ve lafzı yabancı ortaklar tarafından verilen sermaye avansına işaret ediyor gibi görünse de aynı fıkra da belirtildiği üzere yabancı pay sahibi tarafından gönderilen tutarların şirketin bloke hesabında tutulması ve şirketin bu tutarları tüketime izin vermemesi¹⁸⁴ sebebiyle bu düzenlemenin konusu çalışmamızda bahsetmiş olduğumuz tüketim ödöncü temelli sermaye avansı ilişkisinden ayrılmaktadır. Her ne kadar muhasebe uzmanları bu hükmün konusunun sermaye avansı olduğunu ifade etse de¹⁸⁵ bu meblağın taraflar arasında bir borç ilişkisi kurmadığı açıktır. Söz konusu madde başlığının “sermaye artırımında pay bedellerinin ödenmesi” olması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir¹⁸⁶. Bu kapsamda söz konusu düzenlemenin konusu sermaye avansı değil, sermaye artırımından önce verilen peşin sermaye taahhüdü bedelleridir.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1)nde Değişiklik Yapılmasına Dair 10 Seri No.lu Tebliğinin¹⁸⁷ 10.6.3.1 maddesi uyarınca sermaye avanslarının matrah indiriminden yararlanması için borcun verildiği hesap dönemi içerisinde sermayeye dönüştürülmesi ve buna ilişkin kararın ticaret siciline tescil ettirilmesi gerekmektedir. Nitekim tebliğde “bilanço içi kalemlerin (gerçek nitelikli borç ilişkisine dayanmayan ortaklara borçlar hesabı gibi) birbiri içinde mahsubu şeklinde gerçekleştirilen sermaye artışlarının” konu edilmeyeceği ifade edilmiştir. Sermaye avansının bu sebeple bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılması gerekir¹⁸⁸. Bu düzenlemenin sermaye avansına uygulanabildiği kabul edilse dahi öngörülen süre yalnızca söz konusu meblağın matrah indiriminden yararlanması içindir. Bu süre içerisinde borcun halen sermayeye dönüştürülmemiş olması halinde, bu meblağ için matrah indiriminden yararlanılmayacaktır fakat bu durum sermaye avansının niteliğine halel getirmeyecektir.

¹⁸⁴ 04.11.2019 tarihinde Sermaye Hareketleri Genelgesi m.9/ 11: “Yabancı ortağa geri verilecek bloke hesaptaki tutarlar kredi olarak değerlendirilmez.”

¹⁸⁵ Vergiport.com “Sermaye Hareketleri Genelgesinde Yabancı Ortaklarca Ödenen Sermaye Avansları İle İlgili Düzenleme Yapılmıştır”, erişim tarihi: 01.09.2023, (<https://vergiport.com/duyuru/Duyuru85-Avansin-Sermaye-Eklenmesi.pdf>).

¹⁸⁶ Aynı doğrultuda Okyay, a.g.e., s.103.

¹⁸⁷ Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı)’ndan 5/08/2016 tarih ve 29792 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1)nde Değişiklik Yapılmasına Dair 10 Seri No.lu Tebliğ.

¹⁸⁸ Faiz indiriminin ortakların alacaklarının sermayeye dönüştürülmesi halinde de uygulanması gerektiğine ilişkin görüşe göre, faiz indiriminin getirilme amacı ve ortakların borçlarının sermayeye dönüştürülmesi aynı amaca hizmet etmektedir. Bu amaç şirketin finansman yapısının güçlendirmektir. Bkz. Kurt, a.g.e., s.96. Ayrıca yazar, şirketin ortağına olan borcunu nakden ödeyerek, bu nakdi ortağına aktarması ve bilahare yapılacak nakdi sermaye artırımını ile bunun tekrar şirkete ödenmesi halinde faiz indiriminin geçerli olması gerektiğini ifade etmiştir.

2008 yılında yürürlükten kaldırılan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında Tebliğ'de sermaye artırımı avanslarının, döviz hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sermaye olarak tescil edilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmişti. Uygulamayı kaldıran Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu bu sürenin ne olacağın ilişkin yeni bir düzenleme getirmemiştir¹⁸⁹.

Yargı kararlarında konu vergi uygulamaları çerçevesinde değerlendirilmiş fakat borcun sermayeye eklenerek hukuka uygun olarak ifası için makul sürenin üst sınırının ne olabileceğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır¹⁹⁰.

Öğretide sermaye avansının bir borç değil sermaye yedeği olduğunu ifade eden görüşe göre, bilançoda bir yıl ve daha uzun süre boyunca kalan sermaye avansının, artık özellikli ifa yapısını ve böylelikle sermayeye dönüştürülebilme yetisini yitirdiği; borçlu şirket için yalnızca adi bir borç, borç veren pay sahibi açısından ise alelade bir alacağa dönüştüğü kabul edilir¹⁹¹. Bu görüşün sebeplerinden biri de vergi idaresinin uygulamalarıdır. Vergi İdaresi, vergi mevzuatında sermaye avansı adı altında bir düzenleme olmaması sebebiyle GVK'nun 38. maddesinde yer verilen "bilanço esasında ticari kazancın tespiti" hükümleri kapsamında öz sermayenin hesap dönemi sonu ve başındaki değerlerin arasındaki müspet farkı "ticari kazanç" olarak kabul etmekte ve hesap dönemi sonu itibarıyla sermayeye dönüştürülmeyen

¹⁸⁹ 17.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun verdiği yetki ile çıkarılan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında Tebliğ'de "Sermaye artırımı avanslarının, döviz hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sermaye olarak tescil edilmesi zorunludur" hükmü yer almaktaydı. Bu düzenleme 21 Şubat 2008 tarihinden itibaren hükümleri geçerli olan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemede "Yabancı sermayeli mevcut bir şirkete yurt dışındaki yabancı ortak tarafından gönderilen sermaye artış veya sermaye avansı bedelinin, Türk Lirası mevduat veya döviz tevdiat hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren tescil edileceği tarihe kadar sermaye avansı veya sermaye artışı bedeli olarak takip edilmeye devam edilmesi, sermaye bedelinin firma tarafından yurt dışına geri ödenmesi için bankaya müracaat edildiği tarihte krediye dönüştürülmesi ve krediye ilişkin anapara ve faiz geri ödemesinin şirket tarafından yapılacak yazılı beyana istinaden gerçekleştirilmesi," gerektiği belirtilirken makul süreye ilişkin yeni bir düzenleme getirilmemiştir.

¹⁹⁰ Makul sürenin ne olması gerektiğine ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Danıştay 4. Dairesi 4.11.1998 tarihli kararında, sermaye avansının sermayeye dönüşmesi amacıyla sermaye artışı yapılması için 3 ay makul süre olarak kabul etmiştir (E.1998/2191, K.1998/3909). 17.6.2009 tarihli başka bir kararında ise Danıştay 4. Dairesi, 1 yıl içerisinde yapılan sermaye artırımını da makul süre içerisinde yapmış kabul etmiştir (E.2008/9064 K.2009/3348).

¹⁹¹ Sermaye avansının verildiği anda borç olarak işlem görmediği görüşüne sahip yazarlar, bu tutarı şirket bilançosunda özkaynaklar hesap sınıfı altında ayrı bir hesaba kaydetmektedirler. Bu tutarın "yıllarca" şirket bilançosunda sermayeye dönüştürülmemesi, vergi incelemesi esnasında bu tutarların şirket için artık borç, veren şirket için de artık alacak vasfına dönüşeceği eleştirilerine tabi olduğunu ifade etmişlerdir. Bu sebeple 1 yıl içerisinde sermayeye dönüştürülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Öğrendik, a.g.e., s.1. Biz bu görüşe birçok sebepten dolayı iştirak etmiyoruz. Öncelikle sermaye avansının verildiği anda borç niteliğini haiz olduğunu ifade etmiş olmakla birlikte bu bedelin borç/alacak niteliğinde olmasının sermayeye dönüştürülme önünde bir engel olarak görmemekteyiz.

tutarların bilançoda aynen kalması halinde bu tutarların vergiye tabi kazanca ilave edilmesi gerektiği yorumunu yapmaktadır¹⁹².

Uygulamada sermaye avansının şirket sermayesine dönüştürülmeden uzun süre şirket bilançosunda bırakılmakta olduğu muhasebe uzmanlarınca ifade edilmiştir¹⁹³. Uzun süre şirket bilançosunda bekletilen tutarlar şirketi bu süre boyunca faiz yükü altına sokacağı için bu durumun örtülü sermaye uygulamalarına ilişkin eleştirilere de konu olması kaçınılmazdır¹⁹⁴. Her ne kadar sermaye avansının sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ifası için kanunen belirlenmiş bir üst süre olmasa da yürürlükten kaldırılan kanunlar¹⁹⁵ ile vergi mevzuatının halen belirli bir süreyi işaret ediyor olması, literatürde bazı yazarların sermaye avansı konulu para transferine dair dekontta sermaye avansı ibaresine yer verilmesi ve borcun 1 yıl içinde sermayeye eklenmesi halinde sermaye avansı veya benzer adlar altında yaptıkları işlemlerin vergisel açıdan eleştirilemeyeceğini düşündürmektedir¹⁹⁶.

Bu süreyi aşmasına rağmen ifa edilmemiş olan sermaye avansının akıbetine ilişkin ne maddi hukukta ne de vergi hukukunda bir düzenleme bulunmaması sebebiyle kanımızca sermaye avansının özellikli borç niteliğini kaybedeceği düşünülmemelidir. Uzun süre şirket içerisinde bulundurulmuş sermaye avansının tabi olacağı hukuki değerlendirmeler ve sonuçların uzun süreli olarak şirkete verilen herhangi bir borcun yaratacağı muhtemel sorunlardan farklı değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. Sözleşmede Vadenin Belirlenmemiş Olması

Tarafların borcun vadesini kararlaştırmadığı hallerde borç genel hukuk kuralları çerçevesinde muaccel hale getirilir. TBK m.90 uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça borçlar verildiği anda muaccel olurlar. Ödünç borcu ise

¹⁹² Öğrendik, a.g.e., s.2.

¹⁹³ Öğrendik, a.g.e., s.1.

¹⁹⁴ Bkz. İkinci Bölüm.V.2.

¹⁹⁵ 17.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yürürlükten kalkan 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'na bağlı olarak yayınlanan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı'nda; "Sermaye artırım avanslarının, döviz hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sermaye olarak tescil edilmesi zorunludur" hükmü; 21 Şubat 2008 tarihinden itibaren hükümleri geçerli olan 21.02.2008 tarih ve 2008/YB-5 sayılı TCMB Genelgesi ile yürürlükten kalkan TC Merkez Bankası Kambiyo Mevzuatı Müdürlüğü'nün, 02.01.2002 tarih ve 2002/YB-1 sayılı genelgesinde yer alan, mevcut bir şirkete yabancı sermaye artış bedeli veya sermaye avansı olarak gelen bedellerin, Türk Lirası mevduat veya döviz tevdiat hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde sermaye olarak tescil edilmemesi halinde; şirket tarafından kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, yurtdışından sağlanan kredi olarak nitelendirilmesi ilişkin hükümler mülga olmasına rağmen 1 yıl içerisinde sermaye avansının sermayeye dönüştürülmesi gerektiğini düzenlemekteydi.

¹⁹⁶ Öğrendik, a.g.e., s.2.

niteliği gereği tarafların ödünç verilen şeyi bir süre kullandırılmasını amaçlar. Sermaye avansı ilişkisinde de aynı şekilde verilen para ödöncünün belirli bir süre ödünç alan tarafından kullanılması amaçlanır. Bu sebeple her ne kadar sui generis bir niteliği sahip olduğu ifade edilse de tüketim ödöncü niteliği ağır basan bu ilişkiye, her iki ifa yolu için de TBK m.392’de tüketim ödöncü sözleşmesi için öngörölen süre uygulanmalıdır. Yargıtay da şirket ortağının şirketten olan alacağının muacceliyet tarihinin belirlenmesi açısından tüketim ödöncü sözleşmeleri için ödöncün geri verilme zamanını düzenleyen TBK m. 392’ye atıf yapmaktadır¹⁹⁷.

Bu madde kapsamında şirketin sermaye avansını sermayeye dönöştürerek veya nakden ifa borcunun muaccel hale gelebilmesi için pay sahibinin şirkete muacceliyet ihbarında bulunması gerekir. *Borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamış ise* borç, muacceliyet ihbarından itibaren 6 hafta sonra muaccel hale gelir. Getirilen bu süre borçlunun menfaatinin korunması içindir; borçlu isterse altı haftalık süre dolmadan borcunu ifa edebilir¹⁹⁸.

Vadenin belirlenmemesi ve alacaklı tarafından borcun ifası için ihtarda bulunulmaması sonucu sermaye avansı tutarının borçlu şirkette uzun süre kalacak; örtölü kazanç aktarımı yasağı ve sermayenin iadesi yasağı ile ilgili tartışmalar gündeme gelecektir. Bu tartışmalara bir önceki başlıkta ve detaylı olarak ileriki bölümlerde yer verildiği için yalnızca bu bölümlere atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁹⁹.

Borçlu şirket borcun muaccel olduğu tarihte borcunu ifaya hazır durumda olmalıdır. Sermaye avansının aynı sermaye olarak getirilmesi durumunda TTK m.342’deki alacağın muaccel olması şartı²⁰⁰; nakdi sermaye olarak getirilmesinde borcun muaccel olmasının takas şartları arasında yer almaktadır²⁰¹. Borç paya dönöştürölerek ifa edilecekse borçlu şirket sermaye artımına ilişkin hazırlıklarını vadeden önce başlatmalı ve şirket paylarının vade tarihinde teslim edebilmek için üzerine düşen yükümlölükleri yerine getirmelidir²⁰².

¹⁹⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/12992 E., 2018/6485 K., 18.10.2018, erişim tarihi:07.2023 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁹⁸ Yavuz, a.g.e., s.396. Faiz belirlenmiş olan tüketim ödöncü sözleşmelerinden doğan geri ödeme borcu bile 6 haftalık süre dolmadan ödenebilir. Fakat eğer tüketim ödöncü sözleşmesinde vade ve faiz belirlenmişse borcu şirket, sözleşme sonuna kadar olan faiz borcunu ödemeyi kabul etmedikçe veya alacaklı faiz alacağından vazgeçmedikçe, vade dolmadan erken ifada bulunulamaz.

¹⁹⁹ Bkz. İkinci Bölüm.V.2.

²⁰⁰ Bu borcun muacceliyet anı için bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.A.(bb).(iv).

²⁰¹ Nakdi sermaye borcunun takas yoluyla ödenmesinde aranan muacceliyet koşulu için bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.B.(bb).(iii).

²⁰² Bkz. İkinci Bölüm.IV.

Ödücü geri verme borcuna on yıllık zamanaşımı uygulanır. On yıllık zamanaşımı süresi, taraflar arasındaki sözleşmede vade belirlenmiş ise vadenin dolduğu tarihinden başlar²⁰³. Eğer sözleşmede geri verme zamanı hiçbir surette tayin edilmemişse, zamanaşımı teslim tarihinden altı hafta geçtikten sonra işlemeye başlar²⁰⁴. Vade kararlaştırılmamış ve iade talebi hiç vaki olmamış olsa bile, geri verme borcu teslim tarihinden on yıl 6 hafta geçince zamanaşımına uğrar²⁰⁵. Bu süre içerisinde, taraflarca vade belirlenmemiş ise, alacaklı talep etmese dahi şirket borcunu ödeyerek borcundan kurtulabilir.

IV. Tarafların Yükümlülükleri

Borçlar kanuna göre tüketim ödücü sözleşmesi rızai bir sözleşme niteliğindedir²⁰⁶. Bu sebeple tarafların bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini planladıkları ilişkinin amacına yönelik olarak şekillendirebilirler. Tüketim ödücü sözleşmesinin taraflara yüklediği yükümlülükler; ödünç verenin bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyin mülkiyetini ödünç alana devretme borcu ve ödünç alanın aynı nitelik ve miktarda şeyi geri verme borcundan ibarettir. Sermaye avansının ifa sisteminin işleyebilmesi için taraflara sağladığı diğer hak ve yükümlülüklerin klasik bir tüketim ödücü sözleşmesinden daha kompleks bir yapı kurduğu aşıkardır. Bu sebeple, taraflar bir borcun sermaye avansı niteliğine sahip olması ve sermaye avansı şeklinde ifa edilebilmesi için mutabakata vararak bazı ek yükümlülükler altına girmiştir.

Öğretide pay sahibinin şirkete sermaye avansı niteliğinde ödünç vermesi ile, şirketin sermaye artırımına gitmesi halinde rüçhan hakkını kullanmayı, iktisap edeceği yeni paylara ait sermaye borcunun şirketten olan alacağı ile takas edilmesini ve alacağına karşılık olarak sermaye artırımını yoluyla yeni çıkarılan payları iktisap edeceğini, şirket ile arasında kurulan ödünç sözleşmesi ekseninde ve sözleşmeler hukuku zemininde kabul etmiş sayılır²⁰⁷. Tekrar vurgulanmalıdır ki; bu yükümlülüğün temeli yalnızca taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkilidir. Sermaye avansının şirket sermayesine dönüştürülmesi için tarafların üstlenmesi

²⁰³ Tandoğan, a.g.e., s.364.

²⁰⁴ Tandoğan, a.g.e., s.365.

²⁰⁵ Tandoğan, a.g.e., s.365. Yazar, tarafların ödünç konusunun ilk talepte derhal geri verilmesi hususunda anlaşması halinde bu talebin her an yapılabileceği için zamanaşımının başlangıcının teslim tarihi olduğunu ve bu sebeple bu hallerde zamanaşımı süresinin ödünç verilmesinden itibaren 10 yıl olduğunu belirtmiştir. Bkz. Tandoğan, a.g.e., s.364-365.

²⁰⁶ Yavuz, a.g.e. s.385.

²⁰⁷ Ayoğlu, a.g.e., s. 39.

gereken yükümlülükler mevzuatta belirlenmemiş olduğu için ortada şirketler hukuku temelli kanuni bir yükümlülük yoktur.

Uygulamada sermaye avansını konu alan sözleşmelerin yazılı olarak akdedilmediği görülmektedir. Bu sebeple uyuşmazlık konusu meblağın hukuki niteliği ve tarafların bu ilişki çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerin ispatı ve somut ilişki kapsamında üstlendikleri diğer yükümlülükler için yorum kurallarına başvurularak tarafların iradelerinin ne olduğu araştırılmalıdır²⁰⁸.

1. Alacaklı Pay Sahibinin Yükümlülükleri

A. Ödünç Vermek

Tüketim ödünç sözleşmesi kapsamında ödünç ilişkini oluşturan ilk adım, pay sahibinin para ödünçünü şirkete vermesidir. Ödünç veren, ödünç şirkete teslim ettikten sonra sözleşme süresince geri isteyemez. Bu anlamda tüketim ödünç sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Gerçekten de bu sözleşmede ödünç verenin üstlendiği borcun ifası zamana yayılmış olup ödünç veren ödünç konusu şeyi sözleşme boyunca sürekli olarak ödünç alanın emrinde tutmak zorundadır; ancak sözleşme sonunda ödünç veren aynı nitelik ve miktarda şeyi geri isteme hakkına sahiptir²⁰⁹. Bu kapsamda ödünç vermek, aynı zamanda sözleşmenin sona ermesine veya feshedilmesine kadar alacaklının bu borcu geri istememe yükümlülüğünü de beraberinde getirir.

Genellikle konusu sermaye avansı olan tüketim ödünç sözleşmelerinde ödünç verilmeden önce yazılı sözleşme kurulmaz. Bu kapsamda, ödünç verilmesinden önce tarafların sermaye avansı ilişkisine yönelik irade uyuşmalarının ispatı mümkünse bu tarihte; böyle bir ispat mümkün değilse ödünçün verildiği tarihte tüketim ödünç ilişkisinin başladığı kabul edilmelidir.

Şirketin paylarının iktisabı amacıyla verilen avans ve ödünç işlemlerinin TTK m.380'de finansal destek yasağı kapsamında batıl olduğu ifade edilmiştir. Ancak, belirtmek gerekir ki, TTK m. 380, bir başkasının şirkette pay iktisap etmesi amacıyla finansal destek sağlamasını

²⁰⁸ Bkz. Birinci Bölüm.V.

²⁰⁹ Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2017, s. 499.

yasakladığından, lehine finansal destek sağlanan kişi, çoğunlukla henüz pay sahibi olmayan üçüncü kişi durumunda olacaktır²¹⁰.

Şirketin pay sahiplerinden biri veya birkaçı, diğer pay sahipleri ile aralarında imzalanan sözleşmelerde şirketi fonlama yükümlülüğü (*funding commitment clauses*) altına girmektedir. Bu sözleşmelerde üstlenilen pay sahibinin şirkete borç verme taahhüdü, şirket ile arasındaki korporatif ilişkiden kaynaklanmaz; bu taahhüt şirketin diğer pay sahiplerine karşı üstlendiği sözleşmesel bir yükümlüdür. Pay sahipleri sözleşmelerinde şirkete finansman sağlama yükümlülüğü öngören bu klozlar, sözleşmeye taraf olmayan şirketin (üçüncü kişinin) yararına sözleşme niteliği taşımakla birlikte, kural olarak TBK m. 129/1 hükmü anlamında şirkete ifayı doğrudan ve bizzat talep etme yetkisi tanımayan eksik üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğindedirler²¹¹. Bununla birlikte, pay sahibinin ödünç ilişkisi içerisine girme yükümlülüğünü ister diğer pay sahiplerine ister şirkete karşı alsın, ödünç ilişkisinin tarafı şirket olacaktır.

B. Sermaye Artırımı Konulu Genel Kurulda Olumlu Yönde Oy Kullanmak ve Rüçhan Hakkını Kullanmak

Borçlu şirket sermaye avansını geri verme borcunu; ister bu borcu geri ödeyerek isterse de sermaye artırımı kararı alarak yeni çıkarılan şirket paylarının alacaklıya teslim edilmesi ile ifa edebilir. Şirket paylarının alacaklı tarafından iktisabı yoluyla borcun sona erdirilmesi için şirketin sermaye artırımı kararı alması gerekir²¹².

Şirket alacaklısının sermaye artırımına katılması, şirket borçlarının sermayeye dönüştürülmesi için zorunludur²¹³. Alacaklı pay sahibi, sermaye avansı ilişkisi içerisine girerek, borcun sermayeye dönüştürülerek ödenmesinin için genel kurul toplantısına aslen veya vekaleten iştirak etmek, sermaye artırımında olumlu oy kullanmak ve rüçhan hakkını kullanarak şirketin borcunu sona erdirmesine destek olmak konusunda sözleşmesel yükümlülük altına girmiştir. Belirtilmedir ki hiç kimse bir şirkette pay sahibi olmaya zorlanamaz²¹⁴; bu ancak pay sahiplerinin rızası ile iştirak edecekleri bir karardır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün hukuki niteliğinin borçlar hukuku anlamında *külfet* mi yoksa *borç* mu olduğu sorusu akla gelebilir.

²¹⁰ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasası, s.192.

²¹¹ Ayoğlu, a.g.e., s. 36.

²¹² Sermaye artırımının türü ve koşullarına ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm.II.3.

²¹³ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s. 91, dn. 373.

²¹⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku C.II, s.1757.

Külfet, hukuk düzeninin bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklemiş olduğu davranış yükümüdür ve yükümlü kişi bu davranışı yerine getirmede ya elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamaz ya da böyle bir hakkı kaydeber²¹⁵. Sermaye avansı ilişkisinde sermaye artırımına ilişkin karara katılmayan ve rüçhan hakkını ileri sürmeyen pay sahibinin alacağını şirket payı cinsinden kazanma ihtimalini kaybetmiş olacağı aşıkardır. Diğer yandan, bu yol ile ifa konusunda yalnızca pay sahibinin değil, özellikle şirketin mali durumunun iyileştirilmesi gereken durumlarda²¹⁶, şirketin de menfaati olması pek tabi mümkündür. Bu edim yükümünün *külfet* olduğunun iddia halinde, borçtan farklı olarak, külfet yükümlüsüne karşı külfeti oluşturan davranışı yerine getirmeye ilişkin bir talep ve dava hakkı tanınmamış olması sebebiyle şirket uğradığı kaybı isteyemez duruma gelir.

Kanımızca bu edim yükümünün hukuki temeli, ifa yolunu seçim hakkının kime verilmiş olduğuna göre değişiklik gösterir²¹⁷. İfa yolunu seçim hakkı alacaklı pay sahibine aitse; bu kapsamda pay sahibi ifanın borcun geri ödenmesi yoluyla yapılması gerektiğini beyan ettiyse veya borçlu şirket sermaye artırımını gündemiyle genel kurulu toplamış olmasına rağmen alacaklı pay sahibi yeni çıkarılan payları iktisap etmek için üzerine düşen edimleri yerine getirmiyorsa bu durum ifa yolu olarak sermaye avansının geri ödenmesinin zımnen seçildiği yönünde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla seçim hakkının pay sahibinde olduğu durumda sermaye artırımına katılmak ve olumlu oy kullanmak bir külfettir ve borçlu şirketin bu konuda pay sahibini payların iktisabı için zorlamak üzere bir talep hakkı olamaz.

Diğer yandan, ifa yolunu seçim hakkı şirkette ise ve şirket borcun paya dönüştürülmesi yoluyla ifayı talep ediyorsa pay sahibinin bu edimleri yerine getirmek konusunda sözleşmesel bir yükümlülüğü olduğu ifade edilmelidir. Fakat bu yükümlülük ne ticaret hukuku kapsamında ne de sözleşme hukuku bağlamında pay sahibinin payları iktisap etmesi yönünde bir zorlama aracı olarak kullanılamayacaktır. TTK m.480/1 ve m.329/2’de öngörülen tek borç ilkesi; pay sahibinin şirkete karşı tek borcunun pay bedelini (ve varsa primini) ödeme borcu olduğunu düzenlemektedir. Bu yükümlülük dışında borçlar hukuku nitelikli anlaşmalarla ortaklara yüklenen borçlar, kural olarak ancak borçlar hukuku önlemleri ile yaptırıma bağlanabilir²¹⁸. Bununla birlikte pay sahibinin yeni çıkarılan payları iktisap etmesi, bu yönde vermiş olduğu bir sözleşmesel taahhüt olsa bile tamamen alacaklı pay sahibinin kendi inisiyatifinde olan bir karardır. Bu halde genel kurul toplantısına katılmayan, sermaye artırım

²¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s.45.

²¹⁶ Bkz. Birinci Bölüm.VI.2.

²¹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm.I.

²¹⁸ Bahtiyar, a.g.e., s.291.

kararı için olumlu oy kullanmayan, yeni çıkarılan payları iktisap etmek için rüçhan hakkını kullanmayan pay sahibinin bu yönde aynen ifaya zorlanması mümkün değildir. Alacaklı pay sahibi bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen pay sahibinden; sözleşmesel sorumluluğunu ihlal etmesi ve çelişkili davranış yasağına aykırı hareket etmiş olduğu gerekçeleriyle TBK m.106'da düzenlenen alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca tazminat istemesi veya TBK m.110 kapsamında sözleşmeden dönmesi mümkündür

Sorumlu pay sahibinin şirketteki oy oranı genel kurulda tek başına sermaye artırımı kararı almaya yetmiyorsa ve diğer pay sahiplerinin bu karara olumlu oy vermemesi sebebiyle sermaye artırımı kararı alınamazsa alacaklı pay sahibi bundan dolayı sorumlu olmayacaktır. Bu pay sahibi ancak göstermesi gereken çabayı göstermediği ölçüde kusurlu sayılabilir ve tazminat borcuna tutulabilir²¹⁹.

Bunun yanı sıra alacaklı pay sahibinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olduğu şirketlerde bu borç, pay sahibini ortaklığın sözleşmede öngörülen şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla ortaklık organlarındaki güç ve yetkilerini kullanma borcu altına da sokar²²⁰.

Yukarıda ifade ettiğimiz sonuçlar, rüçhan hakkının kullanılması hususu için de geçerlidir. Alacaklı pay sahibinin şirketin yeni çıkardığı payları iktisap etmesi için TTK m.461 tarafından tüm pay sahiplerine tanınan bir hak olan rüçhan hakkını kullanmalıdır²²¹. Rüçhan hakkı, sermaye şirketlerinde esas sermayenin dış kaynaklardan arttırılması sonucu ortaya çıkan yeni payları öncelikle alma hakkıdır²²². Bu hak pay sahibine, ihtiyari olarak, sermaye artırımında çıkarılan yeni paylara katılma hakkı verir; diğer bir deyişle, pay sahibinin bu hakkı kullanma zorunluluğu yoktur. Sermaye avansı ilişkisi ise alacaklı pay sahibine, borcun paya dönüştürülerek ifa edilmesi halinde rüçhan hakkını kullanması konusunda “yapma” borcu niteliğinde bir borçlar hukuku taahhüdü vermiştir²²³. Böyle bir yükümlülük, “*rüçhan hakkının kullanılmasının ihtiyarılığı*” ilkesine aykırı gibi gözükse de alacaklının yükümlülüğü yalnızca borçlu şirket karşısında, ifa yolunun borcun paya dönüştürülmesi şartına bağlı olarak rızaen üstlenmiş olduğu sözleşmesel bir yükümlülüktür ve şirketler hukuku açısından rüçhan

²¹⁹ Aynı değerlendirme pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinde organ olarak yerine getirilmesi mümkün olan bir edim borcunun üstlenilmesi ile münferit pay sahiplerinin kusurlarının belirlenmesi için de yapılmıştır. Bkz. Okutan Nilsson, Gül, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2004, s.397.

²²⁰ Bkz. Okutan Nilsson, **Paysahipleri Sözleşmesi**, s.397; Bkz. İkinci Bölüm. IV. 2.

²²¹ Sermaye avansı ilişkisi kapsamında rüçhan hakkına ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm.II.3.

²²² Adıgüzel, Burak, “**Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. XVIII, Sayı 1, s.1-48, erişim tarihi: 12.07.2023 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789177>), s.2.

²²³ Ayoğlu, a.g.e., s.38, dn 7.

hakkını kullanmak zorunda olduğu söylenemez²²⁴. Bu sebeple pay sahibinin böyle bir borç altına rüçhan hakkının ihtiyarılığı ilkesine aykırılık teşkil etmeksizin geçerli olacaktır.

2. Borçlu Şirketin Yükümlülükleri

Sermaye avansı ilişkisinin borçlu şirket ve alacaklı pay sahibi arasında kurulduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu ilişkide borçlu şirket, aksi esas sözleşmede kararlaştırılmadıkça, TTK m.374 uyarınca şirketi yönetmek ve onu dış ilişkilerde temsil etmekle görevlendirilmiş olan yönetim kurulu tarafından temsil edilir. Yönetim kurulu yönetim, ortaklık iş ve ilişkilerin yürütülmesi yanında, ortaklık ile ortaklar arasındaki ilişkileri düzenleyen kanun ve ana sözleşme hükümlerinin öngördüğü görev ve yetkileri de kapsar²²⁵. Bu kapsamda sermaye avansı ilişkisi çerçevesinde şirketin borcunun ifası yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasına girer²²⁶.

A. İfa Yolunun Seçilmesi

Tüketim ödünç sözleşmesi kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Çünkü tüketim ödünç sözleşmesiyle ödünç veren, ödünç konusunu sözleşmenin kurulmasıyla birlikte mülkiyetini geçirme ve teslim borcu altına girer; buna karşılık ödünç alanın ödünç konusu geri verme borcu, ödünç konusunu teslim aldıktan ve bu suretle mülkiyetini kazandıktan sonra ortaya çıkar²²⁷. Tüketim ödünç karakterli bir atipik sözleşme olan sermaye avansı sözleşmesinde de durum böyledir.

Sermaye avansının şirkete verildiği anda ifa yöntemi için iki yol öngörülmüştür: bu borç, şirketin diğer ticari borçları gibi alacaklıya geri ödenebilir veya şirkette sermaye artışı yapılması sonucu çıkarılan yeni paylar, alacaklı pay sahibine teslim edilerek borç sona erdirilir.

İfa yolunu seçim hakkının hukuki niteliği ve kime verildiği tarafların anlaşmaları ile belirlenecektir. Çalışmamızın ilerideki bölümlerinde belirtildiği üzere bu hak, *seçimlik borç*²²⁸

²²⁴ Ayoğlu, a.g.e., s.38, dn 7.

²²⁵ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.217.

²²⁶ Borçlu şirketin, sermaye avansının sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ödenmesi genel kurulun sermaye artırım kararı almasını gerektireceği için bu kararın alınmasının yönetim kurulu yerine genel kurula da bırakılma ihtimali aşağıdaki irdelenmiştir. Bkz. İkinci Bölüm.IV.2.B.

²²⁷ Yavuz, a.g.e., s. 385.

²²⁸ Borcun konusunu birden çok edim teşkil edip de, bunlardan yalnızca seçilecek birinin ifası gerekiyorsa, seçimlik borç söz konusu olur. Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, CI., s.284.

veya *seçimlik yetki*²²⁹ olarak ortaya çıkabilir²³⁰. İfa yolunu seçim hakkının hukuki niteliği seçimlik borç da olsa seçimlik yetki de olsa, kural olarak seçim hakkı borçlu şirkettir. Tarafların anlaşarak bu hakkın kullanımını alacaklı pay sahibine bırakmaları mümkündür.

Ödücü geri verme borcu için vadenin belirlenmediği durumda borçlu şirket, TBK m. 392 uyarınca alacaklı pay sahibinin borcun ifasını talep ettiği andan itibaren 6 hafta içerisinde bu borcu ifaya mecburdur. İleriki bölümlerde daha detaylı şekilde açıklandığı üzere örtülü sermaye aktarımı yasağı tartışmalarının ortaya çıkmaması ve sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümlere uyumlu olarak hareket edilmesi için şirketin ifa yolunu seçmekten ve ifadan kaçınmaması ve alacaklıyı sürüncemede bırakmaması gerekir²³¹.

B. Sermaye Artırım Yoluyla İfada Yönetim Kurulunun Yükümlülükleri

Sermaye avansının şirket sermayesine dönüştürülerek ifa edilmesine karar verilmesi ile şirkette sermaye artırım işlemlerinin başlatılması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği gibi sermaye avansı ilişkisinin tarafı borçlu şirket olmasına rağmen borcun sermayeye dönüştürülerek ifası için sermaye artırım kararı alınması gerekir. Esas sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde, sermaye artırım kararı alınması yalnızca genel kurulun tasarrufundadır. Şirketin sermaye avansı ilişki içerisinde girmesine karar veren ve bu ilişkide onu temsil eden organ ise şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kuruludur. Bu durum, sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek ifası şirkette organsal düzen konusunda çelişki yaratabilir.

Bu konuya ilişkin ortaya çıkabilecek en muhtemel problem; sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek ifasına karar verilmesi halinde, alacaklı konumundaki pay sahibinin genel kurulda tek başına sermaye artırım kararı alılabilecek paya sahip olmaması halinde ortaya çıkar. Anonim şirketlerde sermaye artırım kural olarak ihtiyaridir ve alacaklı pay sahibi haricinde şirketin diğer pay sahipleri, sermaye avansı ilişkisinin tarafı olmadığı için bu ilişkide üçüncü kişi konumundadır. Bu şekliyle şirketin üstlenmiş olduğu edimin yerine getirilmesi için ne şirketin ne de alacaklı pay sahibinin, diğer pay sahiplerini zorlaması söz konusu değildir. Nitekim öğretide bir sözleşmenin konusunun pay sahiplerinin yetki alanı dışına çıktığı ve şirket organlarının yetki alanına girdiği hallerde sözleşmenin ifasının bu

²²⁹ Seçimlik yetki, “edimi değiştirme yetkisi” veya “yedek edim yetkisi” olarak da ifade edilir. Borcunun konusunun bir edim olup da ifada bunun yerine başka bir edimin geçirilmesi imkânı tanınmışsa edimi değiştirme yetkisi söz konusudur. Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.I, s.284.

²³⁰ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm. I.

²³¹ Bkz. İkinci Bölüm.V.2.

organlardan talep edilemeyeceği ifade edilmiştir²³². Şirketin sermaye artırımını gerçekleştirmesine ilişkin bir yükümlülük ile bağlı olması, diğer pay sahiplerinin de açıkça bu yönde bir iradesi olmadıkça, sermaye artırımına katılmayan pay sahiplerinin olumlu yönde iradeleri olduğu şeklinde yorumlanamaz.

Bununla birlikte, alacaklı pay sahibinin yanı sıra diğer pay sahiplerinin de sermaye avansının sermayeye dönüştürülmesi için sermaye artırımını kararına iştirak edeceklerine ilişkin olarak sözleşmesel taahhütte bulunması, sermaye avansı sisteminin işlerliğinin sağlanması açısından işlevsel bir yoldur. Bu noktada ifade edilmelidir ki, Türk hukukunda açık hüküm olmamasına rağmen öğretide kuvvetler ayrılığı ilkesi nedeniyle Alman hukukunda düzenlenen, genel kuruldaki oylamalarda pay sahibinin yönetim kurulunun talimatı doğrultusunda oy kullanmayı taahhüt ettiği sözleşmelerin batıl olduğunu kabul edilmiştir²³³. Bu sözleşmenin geçersizliği ancak yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin iradesini etkisiz bırakacak güçte olması durumunda gündeme gelir; pay sahibinin kendi iradesiyle belirli bir yönde oy kullanacağına ilişkin oy sözleşmeleri batıl değildir²³⁴. Dolayısıyla sermaye avansı tarafı olmayan pay sahiplerinin, şirkete veya sermaye avansı tarafı pay sahibi ile, sermaye artırımında olumlu oy vereceğine ilişkin bir akdettiği sözleşme geçerli kabul edilmelidir.

Öğretide ayrıca esas sözleşme hükmüyle veya *diğer bir sözleşme ile* sermaye artırım kararı alma zorunluluğu getirilebileceği ve yükümlülüğün sınırlı sorumluluk ilkesine veya TTK m.480/1'deki tek borç ilkesine aykırı olmadığı kabul edilmektedir²³⁵. Nitekim, sermaye artırımını zorunluluğunun kabulü, pay sahiplerinin her halde iştirak taahhüdünde bulunmalarını gerektirmez²³⁶. Sermaye artırım yükümlülüğünün şirket esas sözleşmesinde düzenlenmesi ise ancak pay sahiplerinin önceden böyle bir karar alarak bu zorunluluğu esas sözleşmede düzenlemiş olmasına bağlıdır. Kanımızca “*diğer sözleşmelerden*” kaynaklanan sermaye artırım yükümlülüğü, yukarıda ifade edilen pay sahiplerinin tarafı olduğu sözleşmelerden, örneğin sermaye artırım kararı alınması konulu oy sözleşmelerini işaret etmektedir²³⁷. Aksi

²³² Okutan Nilsson, Paysahipleri Sözleşmesi, s.278.

²³³ Okutan Nilsson, Paysahipleri Sözleşmesi, s.184-185.

²³⁴ Okutan Nilsson, Paysahipleri Sözleşmesi, s.185.

²³⁵ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.40-41.

²³⁶ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.40-41.

²³⁷ Böyle bir durumda bu sözleşmenin ihlalinin yaptırımı pay sahipleri bakımından TTK'nun 529/b maddesine göre ortaklığın feshini isteyebilmek, ortaklık alacaklıları bakımından da artırımını engellemeleri halinde ortaklığa ve pay sahiplerine karşı tazminat istemek olabilir. Bkz. Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.40-41.

halde, yalnızca şirket ve alacaklı pay sahibinin tarafı olduğu sözleşmelerde diğer pay sahipleri böyle bir yükümlülük altında değildir²³⁸.

Sermaye avansı konusunda organlar arasındaki bu çelişkinin giderilmesinin, genel kurulun organ olarak şirketin sermaye avansı ilişkisi içerisine girmesi ile sermayeye dönüştürülerek ödenebileceğine ilişkin karar alması ile mümkün olduğu söylenebilir. Yönetim kurulu TTK m.374 uyarınca kanun ve esas sözleşme kapsamında genel kurulun yetkisinde bırakılmamış işlerden sorumludur. Yönetim kurulunun devredilmez yetkileri saklı kalmak kaydıyla, sermaye avansı ilişkisinin onaylanması, esas sözleşmede buna ilişkin bir hüküm olması kaydıyla, genel kurul kararına da bırakılabilir.

Tüm bunlar sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek ödenmesi sistemini işler hale getirmek için uygulanabilecek seçenekler olmakla birlikte uygulamada sermaye avansı ilişkisi tarafı olamayan diğer pay sahiplerinin bu şekilde yükümlülük altına girmesi sık rastlanan bir durum değildir. Bu sebeple, sermaye avansı sözleşmesinin çoğunlukla yazılı olarak bile akdedilmediği göz önünde bulundurulduğunda, sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek ifası konusunda yalnızca bu ilişkiye girme kararı alan organ olan yönetim kurulunun üzerine düşen görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Şirket ile pay sahibi arasındaki sözleşmeden doğan sermaye artırımına ilişkin edim borcu genel kurulun değil, şirketin borcudur. Bu sebeple, genel kurulun organ olarak veya pay sahiplerinin münferiden sermaye artırımını yapılacağı yönünde bir yükümlülük altına girmemiş olması veya böyle bir yükümlülük altına girmiş olmasına rağmen sermaye artırım kararı alınmamış olması, şirketin sermayeye dönüştürülerek ifası için sözleşmesel yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Borcun paya dönüştürülerek ifa edilmesi yolu seçilmesine rağmen pay sahiplerinin sermaye artırım kararı almaması şirket açısından sözleşmenin ihlali anlamına gelir ve alacaklı pay sahibi bu ihlal sebebiyle üzerindeki oluşan kayıpların giderilmesi için şirkete talepte bulunabilir. Böylesi bir durum ile karşılaşıldığında şirketin alacaklı karşısındaki sorumluluğu ile yönetim kurulunun şirket borcunu yerine getirmek konusundaki özen yükümlülüğü birbirinden ayrılmalıdır.

Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK m.369'dan kaynaklanan tedbirli yönetici özeni gösterme ve şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetme yükümü ile

²³⁸ Bir üçüncü kişi, borç ilişkisiyle bağlı olmadığı için, borcun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi yüzünden alacaklıya sorumlu olmaz. Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.I., s. 21.

sınırlıdır²³⁹. Bir üye tedbirli iş adamı gibi davrandığında (“*business judgment rule*”) özen yükümlüğünü gereği gibi ifa etmiş olacağından artık kendine kusur ve dolayısıyla sorumluluk yükletilemez²⁴⁰. Yönetim kurulu, şirketin kayba uğramaması ve dolayısıyla böyle bir sorumluluğu doğmaması için ifaya ilişkin hazırlıkları yapmalıdır. Sermaye artırım kararı alınması için gerekli yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen genel kurulun sermaye artırım kararı almaması şirketin alacaklı karşısında sorumluluğuna yol açar ve bu zarardan yönetim kurulu üyeleri kusurları olmadığı sürece sorumlu olmaz.

Yönetim kurulu vazgeçilmez görev ve yetkilerinden biri olan genel kurul toplantılarını hazırlamakla yükümlüdür²⁴¹. Bu kapsamda yönetim kurulu, esas sözleşme değişikliği tadil metnini hazırlamak (TTK m.390); Ticaret Bakanlığı izni almak (TTK m.333, m.453, m.456/2, m.460/2); genel kurulu ilgili gündem maddelerini içeren davet yazısı ile genel kurulunu toplantıya çağırmak (TTK m.410, 414,453)²⁴²; rüçhan hakkının kısıtlanması veya sınırlandırılması söz konusu ise bunların gerekçelerini, yeni payların primli ve primsiz çıkarılma nedenlerini ve nasıl hesaplandığını içeren bir rapor hazırlamak, bunu tescil ve ilan ettirmek (TTK m.461/2); sermaye taahhüdünün niteliğini açıklayan ve belirli tespitlerde bulunan bir rapor hazırlamakla yükümlüdür(TTK m.457/2.a).

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu sermaye artırımına gidip gitmemekte kural olarak özgür olmakla beraber, sermaye artırımına gidilmemesi bir görev ihmali olarak nitelenebildiği hallerde yönetim kurulu üyeleri doğan zarardan sorumlu tutulabilirler²⁴³. Her ne kadar yazar, burada yönetim kurulunun sermaye artırımına gitmek konusunda TTK tarafından görevlendirilmiş olduğu, örneğin sermaye kaybı halinde şirkette alınacak sermaye artırım kararı gibi halleri işaret etmişse de yönetim kurulu üyelerinin TTK m.369’dan kaynaklanan tedbirli yönetici özeni gösterme ve şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetme

²³⁹ Gerekli özenin gösterilmemesi ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdin ihlalini teşkil eder. Bkz. Çamoğlu, Ersin, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, s.68; ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdin türüne ilişkin çeşitli görüşler bulunsun da öğretide genel görüş bunun bir sözleşme ilişkisi olduğu yönündedir. Çamoğlu, yönetim kurulu üyelerinin vekilin özen borcu gibi sorumlu tutuldukları için “akdi vekalet görüşü”nü savunmaktadır. Bkz. Çamoğlu, a.g.e., s.144; Alman hukukunda belirli işlere hasredilmiş ve süreklilik arz etmesi nedeniyle “hizmet akdi görüşü” ileri sürülmektedir. Bkz. Bürgi, Art 708 m.13 (Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2016, s.280’dan naklen); borçlar ve şirketler hukukuna özgü çifte karakterinden ötürü “isimsiz sözleşme görüşü” ileri sürülmüştür. Bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s.284vd.

²⁴⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s.189; Ayrıca bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 191: Aksi bir görüş aksi görüş yöneticilerin yönettikleri şirketin başarısını garanti etmeleri anlamına gelir ki bu sonuç anonim şirketlerin konsepti ile bağdaşmaz. Zarar ve kar, dolayısıyla riskler pay sahibinindir.

²⁴¹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s.151

²⁴² Genel kurulun TTK m. 416 uyarınca çağrısız toplanması da mümkündür. Bu halde yönetim kurulunun davet yazısı göndermesi gerekmez.

²⁴³ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.41.

yükümü altındadır. Özellikle şirketin sermaye avansı ilişkisine girmesine karar veren ve bu ilişkide onu temsil eden organ olduğu göz önüne alındığında yönetim kurulunun şirketi zarara uğratacak şekilde sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal edecek fiillerde bulunmaması gerekir. Bu bağlamda, kayıtlı sermaye sistemindeki anonim şirketlerde sermaye avansının paya dönüştürülerek ifası alacaklıya açısından daha öngörülebilir bir ifa mekanizması yaratır.

Sermaye avansının ifası için vade kararlaştırılmış ise vade tarihine kadar, vade kararlaştırılmamışsa ise pay sahibi alacağını istedikten sonra 6 hafta içerisinde şirketin yeni çıkardığı payları teslim edebilir konuma gelmesi için sermaye artırımı kararı almak üzere genel kurulu toplaması gerekir²⁴⁴.

C. Sermaye Avansının Geri Ödenmesi Yoluyla İfasında Yönetim Kurulunun Yükümlülükleri

Sermaye avansı sözleşmesi tüketim öduncü sözleşmesinin hâkim olduğu ve alacaklısına sunduğu ifa yolları sebebiyle atipik özellikler içeren sui generis bir sözleşmedir. Borcun ifası, pay sahibinden alınan borcun geri verilmesi veya şirkette gerçekleştirilen sermaye artırımı sonucu çıkarılan payların alacaklı tarafından iktisabı yoluyla yapılabilir. Borcun paya dönüştürülmeden tipik bir tüketim öduncü sözleşmesi gibi ödenmesine karar verilmesi ile yönetim kurulu şirketin bu sözleşmesel sorumluluğunu yerine getirmesi için borcun, varsa faiziyle birlikte ödenmesini sağlamalıdır. Bu konu çalışmamızın ileriki bölümlerinde daha detaylı olarak incelenmiştir²⁴⁵.

V. Sermaye Avansı Sözleşmesinin Çeşitli Açılardan Değerlendirilmesi ve Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

1. Sermaye Avansının Paya Dönüştürülebilir Tahviller ile Karşılaştırılması

Hukuk sistemimiz içerisinde sahibine sunduğu ifa seçenekleri sebebiyle sermaye avansına en yakın düzeni kuran kurum, pay senedine dönüştürülebilir tahvillerdir (“PDT”)²⁴⁶. PDT, izahnamede veya ihraç belgesinde belirtilen esaslar çerçevesinde temin edilen ihraççı şirket

²⁴⁴ Bkz. İkinci Bölüm.III.

²⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm.III.

²⁴⁶ eSerPK’da “hisseye dönüştürülebilir tahvil” adı altında düzenlenen bu kurum 18/2/2017 tarihli, 29983 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Borçlanma Araçları Tebliği (II-31/1)’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 1. maddesi ile eski adı "Borçlanma Araçları Tebliği (II-31/1)" olan tebliğ "Borçlanma Araçları Tebliği (VII-128/7)" olarak değiştirilmiş; 8/3/2017 tarihli ve 30001 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklik ile ise Borçlanma Araçları Tebliği (VII-128.8) ile günümüzde kullanılan “paya dönüştürülebilir tahvil” adını almıştır.

paylarına dönüştürme hakkı veren borçlanma aracını ifade eder²⁴⁷. SerPK ve ikincil mevzuat çerçevesinde bir *borçlanma aracı*²⁴⁸ ve *sermaye piyasası aracı*²⁴⁹²⁵⁰ olan PDT'ler hamiline dilerse değiştirme hakkını kullanarak onu ihraç eden kuruluş paylarını edinme hakkı; isterse anapara ile birlikte ödenmesi ortaklığın kazanç sağlanmasına bağlı olmayan ve oranı belli faiz isteme hakkı vermektedir²⁵¹.

Görüldüğü üzere PDT'nin itfası için sunulan seçenekler sermaye avansı ile oldukça benzetilmektedir. Bu sebeple, ileride de açıklandığı üzere, PDT'nin tabi olduğu kurallar, mevzuatımızda belirlenmemiş olan sermaye avansı unsurlarının belirlenmesi için de ölçüt olarak kullanılabilir. PDT'nin tabi olduğu tüm kuralların birebir olarak sermaye avansı mekanizmasına uygulanması hukuken mümkün değildir; zaten aksi mümkün olsaydı bile böyle bir yaklaşım, sermaye avansının mevzuatta belirlenmemiş olmasının taraflara tanıdığı serbestinin kaybolmasına ve sermaye avansının diğer finansman araçları karşısında sahip olduğu cazibesini yitirmesine sebep olurdu.

PDT'yi çıkaran şirket ve hamili arasında yaratılan hukuki ilişkinin niteliği açısından konu ele alındığında, sermaye avansı için yapılan tartışmaların PDT için de yapıldığını görmekteyiz²⁵². Öncelikle belirtmek gerekir ki, PDT sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde bir tahvil türüdür²⁵³. Tahviller diğer bir menkul kıymet türü olan pay senetlerine, piyasada işlem görmesi ve borsada kote edilebilmesi açısından benzer²⁵⁴ olmakla beraber tahviller payı değil; bir alacağı temsil ederler²⁵⁵. Dolayısıyla şirket ile PDT iktisap edip yatırım yapan kişiler

²⁴⁷ VII-128.8 m.3/l.

²⁴⁸ Borçlanma aracı, şirketlerin borçlu sıfatıyla düzenleyerek ihraç ettikleri tahvilleri, paya dönüştürülebilir tahvilleri, değiştirilebilir tahvilleri, finansman bonolarını, kıymetli maden bonolarını ve VII-128.8 sayılı tebliğ m.34'te çerçevesinde niteliği itibari ile borçlanma aracı olduğu Sermaye Piyasası Kurulunca kabul edilen sermaye piyasası araçların kapsamaktadır (Tebliğ VII-128.8/3.c).

²⁴⁹ PTD, Tebliğ VII-128.8/3.c'de diğer tahvil türleri gibi bir borçlanma araçları arasında sayılmıştır. Borçlanma araçları SerPK m.3/o uyarınca borçlanma araçlarının birer menkul kıymet olduğu ve aynı maddenin (ş) bendinde menkul kıymetlerin birer sermaye piyasası aracı olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu konuda bkz. Tanör, Reha, **Türk Sermaye Piyasası, C.II Halka Arz**, 2000, İstanbul, s.81; Adıgüzel, Burak, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ankara 2017, s.123.

²⁵⁰ Sermaye piyasası aracı, menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını ifade etmektedir. (SerPK m.3/1.ş)

²⁵¹ Bahtiyar, Mehmet, **Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş**, İstanbul, 2019, s.343; Arslanlı, Halil, **Anonim Şirketler (II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller)**, İstanbul, 1960, s.311.

²⁵² Sermaye avansının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm. II.

²⁵³ Tahvil, anonim ortaklıkların yanı sıra, devlet, kamu kuruluşları ve yerel yönetimlerin finansman açıklarını kapatmak amacıyla başvurdukları, sahibine ihraççı ve varsa garantör kuruluş tarafından gelecekte belirli tarihlerde faiz ve anapara ödemelerinde bulunulacağı taahhüt edilen, orta ve uzun vadeli bir borçlanma aracı ve menkul kıymet türüdür. Bkz. Çatakoğlu, Buket, **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları**, Ankara, 2016, s. 44; Tecer, Meral, **Tahvil Yatırımlarının Yönetimi**, Ankara, 1989, s.1.

²⁵⁴ Çatakoğlu, a.g.e., s.45.

²⁵⁵ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s.158.

değildir. Özellikle şirketin mali durumunun iyileştirilmesi amacıyla yapılan borç-sermaye dönüşümlerinde hızlı aksiyon alınması gerekir. Fakat sermaye avansının 1 yıl içerisinde sermayeye dönüştürülmesi gerektiğine ilişkin yapılan tartışmada benzer bir kurum olan PDT’de kanun koyucunun en az 2 yıl öngörülmüş olması kanun koyucunun konuyla ilgili görüşü hakkında fikir vermektedir.

Sermaye avansı ile PDT’nin iki seçenekli ifa mekanizmasına sahip olması, ifa yolunun seçim hakkının hukuki niteliğine ilişkin bir incelemeyi gerektirir. PDT sahibine, faiz ve anaparanın geri alınması yerine tahvilin pay senedine dönüştürülmesine dair bir seçim hakkı tanınmaktadır²⁶⁴. PDT’nin kullanım fonksiyonuna bakıldığında, PTD sahibinin, yalnızca anapara ve faizin alacaklısı değil, aynı zamanda ortaklık payını elde etmeye ilişkin bir beklentinin de sahibi olduğu ifade edilmelidir²⁶⁵. PDT yatırımcısı, bu tahvili alırken ortaklığın gelişimini gözlemlemek ve şirketin değerlendirilmesi ihtimalinde şirket paylarına sahip olma gayesi içerisinde. Bu sebeple, bir edimin diğerinden öncelikli olarak tercih edilmesi söz konusu değildir; seçim hakkı sahibi olan PTD hamilinin tercih edebileceği iki edim söz konusu olduğu için seçim hakkı *seçimlik borç*²⁶⁶ mahiyetindedir²⁶⁷. Sermaye avansının konu edildiği ilişkilerde de pay sahibinin şirkete sermaye avansı vermesi sırasındaki hedefinin ileride borcun şirket payları ile ödenmesi olduğu bazı durumlar vardır²⁶⁸. Kanımızca PTD ile sermaye avansının ifa yapısının benzerliği göz önüne alındığında seçimlik borç görüşü sermaye avansının ifasında da yol gösterici olmalı ve kıyasen uygulanmalıdır.

PDT’de; seçimlik borcun kural düzenlemesinden farklı olarak seçim hakkı alacaklıya tanınmıştır ve tahvil sahibine tanınan bu seçimlik hakkın ortadan kaldırılamayacağı ve

²⁶⁴ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s.161; Ünal, Oğuz Kürşat, **Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara, 2005, s.122.

²⁶⁵ Çatakoğlu, s.47.

²⁶⁶ Borcun konusunu, birden fazla edim oluştuyorsa ve borçlu bu edimler arasında yapılacak seçim sonucunda, bunlardan yalnız birini yerine getirmekle yükümlü olacaksa seçimlik borçtan söz edilir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7B, İstanbul, 1993, s.811

²⁶⁷ PTD ile dövize ya da hisse senedine ilişkin vadeli fark (opsiyon) işlemlerinde seçimlik borcun kullanıldığı yönünde bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e., s, 86; Doktrinde farklı yönde görüşler de bulunmaktadır. Tekinalp, PDT sahiplerinin borcunu paya dönüştürme imkanını alacaklının ikame yetkisi olarak değerlendirmiştir. (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul, 1982, s.65 dp.45). Çatakoğlu, PTD’nin paya dönüştürülmesini yenilik doğuran hak olduğunu ifade etmiştir. (Çatakoğlu, a.g.e., s.170). Kanımızca yenilik doğuran hak görüşü ayrı bir görüş değil, seçimlik borç görüşünün bir parçasıdır. Zira, seçimlik borçlarda seçim hakkı yenilik doğuran bir haktır ve bu hakkın kullanılması değiştirici yenilik doğuran bir işlemdir. (Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.I, s.285)

²⁶⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm. II.

kısıtlanamayacağı ifade edilmiştir²⁶⁹. Sermaye avansında ise, aksi düzenlenmedikçe, kural düzenleme, borçlunun ifa yolunun seçmesidir.

PDT'nin karşılaştırılmasını gerekli gördüğümüz bir diğer husus, işlem taraflarına yüklediği yükümlülükler ile ilgilidir. Paya dönüştürülerek sona erdirilecek borçlar için borçlu şirkette sermaye artırım kararı alınarak yeni payların çıkarılması gereklidir²⁷⁰. VII-128.8 sayılı tebliğ m.19/3'te bu sermaye artırımını türünün *şartlı bağlı sermaye artırımı* olarak işaret etmiş olmasına rağmen bu yolun kullanılması bir zorunluluk değildir. Bununla birlikte şarta bağlı sermaye artırımını şirketin ihtiyaç duyduğu anda sermayesini artırabilmesine izin verir ve böylece PDT'nin işlerliğini sağlar²⁷¹.

Şarta bağlı sermaye artırımında sermaye, değiştirme veya alım hakkı kullanıldığında ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar. Şarta bağlı sermaye artırımının temel özelliği, artırımın diğer sermaye türlerinde olduğunun aksine, genel kurulun anasözleşme değişikliği kararı ve bunun ticaret siciline tescili ile değil, hak sahiplerinin ortaklığa karşı değiştirme veya alım haklarını kullanma şartına bağlı olarak gerçekleştirilmesidir²⁷². Bu sermaye artırım türünde, genel kurul tarafından alınmış sermaye artırımına ilişkin karar, değiştirme veya alım hakkı sahiplerinin taleplerinin ileri sürmesi geciktirici şartına bağlı olarak, yönetim kurulunca icra edilecektir²⁷³. Bu durum ifanın paya dönüştürülerek yapılmasını talep eden alacaklı için önemli bir güvence yaratmaktadır. Zira sermaye artırımını alacaklının elinde olan bir hakkın, yani değiştirme hakkının, kullanılmasına bağlıdır. Sermaye avansı ilişkisinde ise bu ilişkinin temeli yalnızca sözleşmedir. Diğer bir deyişle, ifa yolunu seçme hakkı pay sahibine bırakılmış olsa ve pay sahibi borcun paya dönüştürülerek ifa edilmesini talep etse dahi borcun paya dönüştürülmesi şirket pay sahiplerinin bu yönde alacağı sermaye artırım kararına bağlıdır. Şirketin sözleşmeden kaynaklanan bu yükümlüğünü yerine getirmemesi sözleşmesel sorumluluğunu doğuracak olmakla birlikte bu yükümlülüğün temeli şarta bağlı sermaye artırımındaki gibi TTK hükümleri olmadığı için ve halen pay sahiplerinin kararına bağlı olduğu için şirketi aynen ifaya zorlamak mümkün değildir.

²⁶⁹ Ünal, a.g.e., s.122; İfade edilmelidir ki VII-128.8 sayılı tebliğ m.21 ortaklığın talebine bağlı olarak paya dönüştürülme hükümlerine de yer vermiştir.

²⁷⁰ Dönüşümün sermaye artırımını yapılmadan gerçekleştirilebilmesine ilişkin olarak VII-128.8 sayılı tebliğin m. 21/4 ve 22/3 maddelerinde yer alan hükümler saklıdır. Buna göre PDT'ler karşılığında verilecek pay sayısının, ortaklığın toplam pay sayısına oranının yüzde beşin altında kalması durumunda ortaklıklar tarafından sermaye artırımını yapılmayabilir.

²⁷¹ Saraç, Tahir, **Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı**, Ankara, 2009, s.111-112.

²⁷² Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.414.

²⁷³ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.367-368.

Bu hususta şarta bağlı sermaye artırımını her ne kadar sermaye avansının işlerliği için uygun bir sermaye artırım türü olsa da TTK m.463'te bu artırım türü yalnızca “*yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlar*” tarafından kullanılabilecek bir yol olarak düzenlenmiştir. Sermaye piyasası araçları, sermaye piyasası mevzuatında belirlenenler ve SPK tarafından sermaye piyasası aracı olduğu kabul edilenlerle sınırlı olduğu için²⁷⁴ sermaye avansı TTK kapsamında şarta bağlı sermaye artırımını konusu edilemez.

İleride ifade edildiği üzere sermaye avansı ile ilgili olarak tartışılan bir diğer nokta; paya dönüştürülerek ifa edilmesi için şirkette yapılacak sermaye artımında TTK m. 461 uyarınca bu yol ile ifanın diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkının kısıtlanması için haklı neden oluşturup oluşturmayacağıdır²⁷⁵. PDT de bu husus özellikle VII-128.8 sayılı tebliğin m.17/6'sında düzenlenmiştir. PDT, sahibine ortaklığın yeni çıkaracağı pay senetlerinin satın alınmasına ilişkin bir rüçhan hakkı verir²⁷⁶. Bu madde kapsamında, PDT sahipleri, yalnızca anonim şirketin yeni çıkardığı paylar için, şirketin diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkı da dahil olmak üzere her türlü önceliklerden öne alınarak kullanma hakkına sahip olacaktır. “Önerilmeye muhatap olma hakkı” olarak ifade edilen bu öncelik hakkı, yalnızca PTDler de dahil olmak üzere değiştirme ve alım hakkı veren borçlanma araçlarında ve şartlı sermaye artırımında kullanılabilir²⁷⁷. Dolayısıyla paya dönüştürülebilir tahvil ihracı, çıkarılan tahvillerin tutarı kadar, diğer pay sahiplerine ait rüçhan hakkının kısıtlanması anlamına gelir²⁷⁸. Anonim şirket, pay senedi ile değiştirebilir tahvilleri kendi payları ile değiştirirken, yeni payları sermaye artırımını yoluyla çıkarması ve bunlara ilişkin rüçhan haklarını kaldırması gereklidir²⁷⁹.

Sermaye avansı, alacaklısına PDT'de olduğu gibi taraflar arasındaki bu borç ilişkisi sebebiyle bir rüçhan hakkı tanımamaktadır. Sermaye avansının alacaklısı zaten pay sahibi sıfatını haiz olduğu için “sermaye avansı” ilişkisi içerisinde bulunmanın doğal bir sonucu olarak TTK m.461/1 uyarınca pay sahipliği oranında rüçhan hakkına sahiptir. Fakat bu hak, şirketin diğer ortaklarının hakları üzerinde doğal bir öncelik hakkı vermez. Sermaye avansının paya dönüştürülmesi yoluyla borcun tamamının sona erdirilebilmesi için diğer pay sahiplerinin rüçhan haklarının sermaye avansı alacaklısı lehine kısıtlandırılması kararı verilip verilmeyeceği TTK m.461 ve SerPK m.18/5 hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

²⁷⁴ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s. 135.

²⁷⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.3.

²⁷⁶ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s.161; Çatakoğlu, a.g.e., s.47.

²⁷⁷ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.416- 417.

²⁷⁸ Saraç, a.g.e., s.112.

²⁷⁹ TTK m. 465/1.d; Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s.18.

Rüçhan hakkının kısıtlanması kararı verilirken, diğer pay sahiplerinin şirketteki pay oranını muhafaza etmek konusundaki menfaati ile şirketin borcun sermayeye dönüştürülmesi ile mali durumunun iyileştirilmesine ilişkin menfaati dengelenmelidir.

Kanun koyucu PDT sisteminde, PDT hamiline diğer ortaklardan öncelikli bir hak sağlarken kanımızca, yalnızca PDT hamilinin bireysel menfaatini değil, aynı zamanda tüm sistemin güvenilirliği ve cazibesinin korunmasını amaçlamıştır. Ayrıca, bu yol ile yapılan sermaye artırımlarında mevcut pay sahiplerinin pay sahipliği oranının sulandırılmasının önlenmesi için TTK m.466 kapsamında değiştirme ve alım hakları içeren senetlerin önce mevcut pay sahiplerine önerilmesi zorunlu tutulmuştur²⁸⁰. Sermaye avansı mekanizmasının tabi olduğu esas sermaye sistemi veya kayıtlı sermaye sistemini konu alan genel hükümlerde diğer pay sahiplerine getirilen böyle bir ek koruma mevcut değildir. Bu sebeple yalnızca sermaye avansı sistemi ve bu borcun alacaklısının korunması için diğer pay sahiplerinin rüçhan haklarının kısıtlanması bu sistemin kötüye kullanılması yolunu açar. Nitekim günümüzde Yargıtay kararlarıyla sermaye avansı paya dönüştürülmesinin diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkının kısıtlanması için haklı sebep teşkil etmeyeceği sabit olmuştur²⁸¹.

PDT ile sermaye avansının yukarıda değinilenler haricinde birçok farklılığı olmasına rağmen bizim çalışmamız mevzuatta tanımlanmamış olan sermaye avansının tartışmalı bölümleri ile bu ilişkiye ölçüt olarak kullanabileceğimiz unsurları ile sınırlandırılmıştır.

2. Sermaye Avansının Örtülü Sermaye İşlemleri ile İlişkisi

Şirket malvarlığının korunması prensibinin²⁸² uzantısı olarak şirket ve pay sahibi arasındaki mali ilişkiler, pay sahibinin şirketin maddi kaynaklarını sömürmesinin engellenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Pay sahibinin şirketten kazanç sağlaması, ancak kanunen belirlenen hallerde mümkündür. Pay sahibine, kanunen tanınan mali haklarının başında da şirketten alınan kâr payı gelir. Fakat vergi mevzuatı pay sahibine dağıtılacak kar dağıtımını üzerinden kurumlar vergisi alınmasını; pay sahibinin bu yolla elde ettiği kar üzerinden de gelir vergisi alınmasını öngörmüştür. Bu sebeple bazen pay sahiplerinin vergi kesintilerine tabi olmadan şirketten

²⁸⁰ Gerekçe, TTK m.466.

²⁸¹ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.3.

²⁸² Sermayenin korunması ilkesi uyarınca, sınırlı sorumluluk “imtiyazına” sahip olan pay sahipleri tarafından şirkete getirilen sermaye, şirketin ticari faaliyetlerinde kullanılmalı ve sermayenin azaltılması ile tasfiye hali saklı kalmak şartıyla, alacaklılar için gerekli önlemler alınmaksızın hissedarlara geri ödenmemelidir. Toraman Çolgar, Şirkete Borçlanma Yasası (Ulusal Tez Merkezi), s.9.

kazanç sağlamak için hukuk düzenimizin izin vermediği bazı işlemler ile şirketten yararlanmaya çalıştığını görmekteyiz. Örtülü sermaye işlemleri de bunlardan biridir.

TTK m. 480/3 uyarınca pay sahiplerinin şirkete sermaye olarak verdikleri bedellerin tasarruf yetkisi tamamen şirkete ait olur ve pay sahipleri bu bedelleri geri alamaz. Bu sebeple pay sahipleri sermaye artırımını yoluyla şirkete finansman sağlamak yerine şirkete borç vermeyi tercih etmektedirler. Bu şekilde, söz konusu pay sahipleri hem şirketten para çıkarma (kar) işlemini vergisiz yapabilmeyi ve hem de borç verdikleri bedelin üzerine faiz vb. menfaatlerle gelirlerini artırmayı hedeflemektedirler²⁸³.

Pay sahiplerinin şirkete borç vermesi hukukumuzda yasaklanmamış olmakla birlikte²⁸⁴ verilen bu borcun şirket açısından borç yerine gizli bir sermaye gibi kullanılması²⁸⁵ ve bu bedelin mevzuatımızda belirlenen borç/öz sermaye oranını aşması²⁸⁶, böylelikle şirketin vergi matrahının haksız yere azaltılması hali söz konusu ise bu borç örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir.

Örtülü sermayenin tanımı ve unsurları Kurumlar Vergisi Kanunu m.12’de düzenlenmiştir. KVK m.12/1 uyarınca örtülü sermaye; kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmıdır.

Bir vergi güvenlik müessesesi olan örtülü sermaye düzenlemesinin amacı; doğrudan ve dolaylı olarak işletmenin ortaklarınca, işletmeye sermaye payı olarak konulması gereken bir miktar paranın borç verilmesi suretiyle, öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz ve vb. ödemelerin, kurum kazancının tespitinde gider olarak gösterilip kurumlar vergisi matrahının aşındırılmasını önlemektir²⁸⁷.

²⁸³ Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.113.

²⁸⁴ Bkz. Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.145.

²⁸⁵ Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.147; Gücenme Gençoğlu, Ümit/ Ertan, Yasemin, “Türkiye’de Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı: İMKB 50 Endeksinde Bir Uygulama”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Ekim 2012, s. 85-100, erişim tarihi: 07.2023, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/428006>), s.83.

²⁸⁶ KVK m.12 Gerekçesi, m.12 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1192m.htm>), erişim tarihi: 04.09.2023.

²⁸⁷ Gücenme Gençoğlu/ Ertan, a.g.e., s. 89; Günay, Ece Deniz, Sermaye Piyasası Hukuku’nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2018, s.290-291; Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.143 ve 150; Öztaş, Yasemin, Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.5-6.

Örtülü sermayenin unsurları, (i) şirket ortakları veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden, (ii) doğrudan veya dolaylı olarak şirkette kullanılmak üzere borç temin edilmesi, (iii) bu borcun hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşmasıdır.

Tarafları arasında bir borç ilişkisi yaratan sermaye avansı ilişkisinde işlem tarafları, şirket ortağı ile şirkettir. Buna bağlı olarak sermaye avansı ilişkisinin halka kapalı şirketler açısından örtülü sermayenin kişi unsurunu sağladığı aşıkardır. Halka açık şirketlerin payları MKB’de işlem gören paylarının edinilmesi konusunda KVK m.12/4’te farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, borç verilen kurumla KVK m.12 anlamında ortaklık ilişkisinin kurulabilmesi için borç veren pay sahibinin kurumun paylarının en az %10’unu elinde bulundurması gereklidir. Halka açık şirketlerin borsadan alınan paylarına özgü olarak ek bir ölçüt getirilerek, finansal enstrümanlarının ekonomik gereklerle alım-satımına ve finans piyasasının gelişmesine olumsuz etki yapabilecek subjektif değerlendirmelerin engellenmesi hedeflenmiştir²⁸⁸. Bu kapsamda halka kapalı şirketlerde pay sahibinin şirkete borç vermesi doğrudan doğruya örtülü sermayenin kişi unsurunu sağlarken halka açık şirketlerde borsadan edinilen payların şirketin %10’unu aşması halinde sermaye avansının örtülü sermaye kapsamında olduğu söylenebilir.

Bir bedelin örtülü sermaye çerçevesinde değerlendirilebilmesi için şirkette kullanılmak üzere borç temin edilmesi gereklidir. Sermaye avansı ilişkisinin bir borç ilişkisi olduğunu önceki bölümlerde ortaya koymuştuk²⁸⁹. Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1) m.12.1.6’nın son fıkrasında, avans ödemelerinin verilme amacı fark etmeksizin şirkete finansman sağladığı, bu sebeple borç olarak değerlendirileceği ve örtülü sermaye hesaplamasında dikkate alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeple ödünç para; örtülü sermayenin şartlarını taşıyorsa, borç niteliğinde olduğu için işletilen faiz oranının emsallere uygun olup olmamasına bakılmaksızın örtülü sermaye hükmü işletilecektir²⁹⁰.

Bu tespitten sonra ödünç paraya işletilen faiz ayrıca KVK m. 12/7’de düzenlenmiştir. Örtülü sermaye olarak nitelendirilmiş borç üzerinden ödenen faiz vb. ödemeler, GVK ve KVK’nın uygulanmasında dağıtılmış kâr payı sayılacaktır²⁹¹. Bu şekilde dağıtılmış kâr payının net kâr

²⁸⁸ KVK m.12 Gerekçesi (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1192m.htm>).

²⁸⁹ Bkz. Birinci Bölüm.IV. ve Birinci Bölüm.VII.

²⁹⁰ Açar, Serkan, **Transfer Fiyatlandırması- Örtülü Kazanç Dağıtımı**, Ankara, 2011, 1.Baskı, Yaklaşım Yayınları, s.197; Günay, a.g.e., s.291.

²⁹¹ Bu konuda bkz. Günay, a.g.e., s.291.

payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır²⁹².

Sermaye avansı pay sahiplerinden alınan bir borç olması ve şirketin fonlanması için verilen borç ilişkisi olması sebebiyle sermaye avansı ilişkisinin örtülü sermayenin kişi ve işlem unsurunu sağladığı tespit edilmiştir. Bu doğrultuda, verilen kurumun öz sermayesinin üç katını aşan borç tutarı örtülü sermaye hükümlerine tabi olarak değerlendirilecektir. Belirtmek gerekir ki, madde metninde kullanılan “öz sermaye” kavramı şirketin, Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit edilmiş hesap dönemi başındaki öz sermayesini ifade etmektedir. VUK m.192/4 uyarınca özsermaye “*aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, müteşebbisin işletmeye mevzu varlığını*” olarak tanımlanmıştır.

Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalarımız kapsamında örtülü sermaye kapsamına giren tutarlar, peçeleme kabul edilerek, (kanuna karşı hile) sınırın üstündeki borç miktarı, gerçek bir borç olarak değil, örtülü sermaye kabul edilerek, söz konusu nitelendirme ile vergi tahakkuk ettirilecektir²⁹³.

3. Sermaye Avansının Örtülü Kazanç Dağıtımı ile İlişkisi

Sermaye avansı, şirket ve pay sahibi arasında, borç ilişkisi yarattığı için hem örtülü sermaye hem de örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri kapsamında değerlendirilebilecek unsurlara sahiptir. Somut olayda, örtülü sermayenin şartlarını sağlamayan sermaye avansı ilişkisinin örtülü sermaye uygulanmaları açısından hukuka uygun olduğunun tespit edilmesi için örtülü kazanç aktarımı incelemesinin de yapılması gerekir. Vergi düzenlemelerinin yanı sıra birçok kanun ve tali mevzuatta “örtülü kazanç aktarımı”, “örtülü kazanç dağıtımı” veya “örtülü dağıtım” kavramı farklı açılardan düzenlenmektedir. Aşağıda sermaye avansını bu düzenlemeler çerçevesinde değerlendireceğiz.

A. TTK Kapsamında Örtülü Kazanç Dağıtımı

Türkiye’de olduğu gibi yoğunlaşmış pay sahipliği yapısının egemen olduğu piyasalarda, hâkim ortağın, ilişkili taraf işlemleri yoluyla ortaklık malvarlığını azaltması yaygın ve temel

²⁹² KVK m.12 Gereğesi.

²⁹³ Karşloğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.148.

bir sorundur²⁹⁴. Şirket ile pay sahibi arasındaki işlemler, şirket malvarlığının korunması ilkesi uyarınca sınırlandırılmıştır. Şirket, pay sahiplerinden ayrı bir tüzel kişilik olduğu için onun malvarlığı üzerinde pay sahipleri serbestçe tasarrufta bulunamazlar. Pay sahiplerinin bu sığata sahip olmaları sebebiyle kanunen kendine tanınmış bazı mali hakları vardır. Kâr payı dağıtılması²⁹⁵ (TTK m.408/2.d), tasfiye payı²⁹⁶ (TTK m.507), sermaye azaltımı gibi pay sahipliğı sıfatına bağılı mali haklar yoluyla şirketten bir kaynak pay sahiplerine devredilmesine izin verilmektedir²⁹⁷.

Şirketin malvarlığının pay sahibi lehine ve hukuka aykırı şekilde azaltılması ise TTK m.480/3 uyarınca pay sahibi tarafından şirkete getirilen sermayenin iadesi çerçevesince yasaklanmıştır. Şirket özsermayesi ne kadar olursa olsun, pay sahiplerine taahhüt edip ödedikleri pay bedelleri iade edilemez²⁹⁸.

Sermaye avansı bir ticari borç niteliğinde olduğu için üzerine faiz işletileceğinin kabul edilmesi ticaret hayatının olağan akışına uygundur²⁹⁹. Fakat, TTK anlamında şirketin pay sahiplerine emsallerine aykırı koşullarla gerçekleştirdiğı işlemler sermayenin örtülü iadesi³⁰⁰; veya şirketin pay sahibinden aldığı borç için yüksek faiz ödemesi TTK m.358’de öngörülen şirkete borçlanma yasağının dolanılması olarak değerlendirilmektedir.

Pay sahiplerine anonim ortaklığın elde ettiğı alacağın değeri ile kıyaslandığında aşıkâr ölçüde yüksek değeri bir borç altına sokan sözleşmeler yolu ile sağlanan “fazladan” ekonomik çıkarlar, her iş yılı sonunda, bilanço karı veya üzerinde tasarruf edilebilir yedek akçelerden yapılması beklenen “açık” dağıtımın (TTK m.509/2) dışında “gizlice” gerçekleştirilen ikinci bir kar dağıtımını anlamına gelir³⁰¹. Bu sebeple, şirket ile pay sahibi arasındaki işlem ortaklık malvarlığında kanunda kabul edilmeyen bir azalmaya pay sahipleri lehine yol açıyorsa bu

²⁹⁴ Manavgat, Çağlar, **Hukuki Bakımdan Halka Açık Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara, 2016, s.389.

²⁹⁵ Pay sahibinin kâr payı veya eTTK’daki ismiyle “temettü” hakkı, paydan doğan ve şirkette kar gerçekleşmiş veya şirket nezdinde dağıtılabılır değeri bulunması halinde, genel kurul kanun kararın bağılı olarak dağıtılan bir maddi değerdir. Bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Cilt II, s.1403vd.

²⁹⁶ Tasfiye payı, şirketin sona ermesi ve tasfiyesi sonunda şirketin tüm borçları ödendikten ve pay bedelleri geri verildikten sonra kalan varlığın paysahipleri arasında bölüşülmesi sonucunda pay sahibine düşen hissedir. Bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku, C.II, s. 1430vd.

²⁹⁷ Pay sahibinin anonim ortaklık üzerindeki malvarlıksal hakları kâr payı hakkı, tasfiye payı hakkı, bedelsiz payları edinmede öncelik (rüşhan) hakkı, tesislerden yararlanma hakkı, hazırlık dönemi faizidir. Bu haklara ilişkin olarak bkz. Tekinalp, Ünal/ Poroy, Reha/ Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, İstanbul, 2014, N.874vd.

²⁹⁸ Günay, a.g.e., s.133.

²⁹⁹ Bkz. İkinci Bölüm.II.

³⁰⁰ Günay, a.g.e., s.134.

³⁰¹ Üçışık/Çelik, Finansal Tablolar, s.411.

durum “örtülü kar dağıtımı” olarak görülür³⁰². Alman hukukunda da aynı doğrultuda hâkim ortak ve şirket arasındaki ilişkili taraf işlemler; bu işlemin ekonomik koşulları şirket aleyhine ve pay sahibi lehine düzenleniyorsa “örtülü dağıtım” olarak nitelendirilir³⁰³.

B. KVK Kapsamında Örtülü Kazanç Dağıtımı

Yukarıda da ifade edildiği üzere pay sahibinin şirketteki pay sahipliği sıfatına bağlı olarak edindiği hukuka uygun olan kazançlar üzerinden vergi kesintileri yapılır. Bu vergi kesintilerine tabi olmadan kazanç sağlamak isteyen pay sahiplerinin başvurdukları yöntemlerden biri de örtülü kazanç dağıtımıdır. KVK açısından “örtülü kazanç aktarımı” kavramı, şirketlerin pay sahipleri veya ilişkili kişilere kurumların kazançlarını küçük göstermek amacıyla³⁰⁴ asıl niyeti peçeleyerek³⁰⁵ emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak işlemler yapmaları³⁰⁶ ve böylelikle şirket kazancının vergi matrahına yansımadan firma dışına aktarılacak³⁰⁷ haksız kazanç elde edilmesidir. Bu şekilde pay sahipleri, hem şirketten kâr alma işlemini vergisiz yapabilmeyi hem de borç verdikleri bedelin üzerine faiz vb. menfaatler olarak gelirlerini artırmayı hedeflemektedirler³⁰⁸.

Örtülü kazanç dağıtımının düzenlendiği KVK m.13’te kurumların ilişkili kişilerle kurdukları mal veya hizmet alım ya da satımı ilişkilerinde belirledikleri bedel veya fiyatların emsallere uygunluk ilkesine aykırı olması sonucu dağıtılan kazanç, madde metninde kullanılan ifadesiyle “*transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır.*” Maddede ayrıca “ödünç para alınması ve verilmesi” de dahil olmak üzere birçok işlemin her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirileceği ifade edilerek bu işlemler örtülü kazanç dağıtımı düzenlemesi kapsamına alınmıştır. Böylelikle hukuken bir ödünç verme işlemi olan sermaye avansının örtülü sermaye düzenlemeleriyle ilişkisini inceleme ihtiyacı hasıl olmuştur.

³⁰² Cankat, Rifat, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri**, İstanbul, 2022, s.111; Sevi, a.g.e., s. 438-439.

³⁰³ Pierre-Henri Conac/ Martin Gelter/ Luca Enriques “**Constraining Dominant Shareholders’ Self -Dealing**”, European Company and Financial Review, Vol. 4, 2007, s.491-528, s.502 (Günay s.133’dan naklen)

³⁰⁴ Pehlivanoglu, Murat Can, **Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımının Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından “İşlem” Ve “İlişkili Kişi” Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s.15.

³⁰⁵ Vergi hukukunda örtülü kazanç aktarımının hukuki niteliğine “peçeleme işlemi” de denilebileceği yönünde Pehlivanoglu, a.g.e., s. 29.

³⁰⁶ Karşlıoğlu, Kar Dağıtımı Nitelendirmesi, s. 149.

³⁰⁷ Cankat, a.g.e., s.222.

³⁰⁸ Karşlıoğlu, Kar Dağıtımı Nitelendirmesi, s.150.

Bir tutarın KVK anlamında örtülü kazanç dağıtımı hükümlerine tabi olması için şu unsurlara sahip olması gerekir: (i) işlemin örtülü kazanç dağıtımı yapan kurum ve ilişkili kişiler arasında olması, (ii) bu taraflar arasında madde metninde sayılan nitelikte bir işlem yapılması, (iii) bu işlem için belirlenen fiyat veya bedelin emsallerine uygun olmaması.

KVK m.13/2'e göre ilişkili kişi özetle kurumların kendi ortakları; ortakların ilgili bulunduğu kişi veya kurumları; idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu kişi ve kurumları ifade eder. Madde metninde 2016'da yapılan değişiklik öncesinde pay oranı fark etmeksizin tüm pay sahipleri bu madde kapsamında değerlendirilmekte idi³⁰⁹. Güncel madde metni ilişkinin ortaklık yoluyla kurulduğu durumlarda ilişkinin örtülü kazanç dağıtımı kapsamında değerlendirilmesi için pay sahibinin şirkette en az %10 oranında ortaklık, oy veya kâr payı hakkının bulunmasını aramaktadır. Bu sebeple, şirkette 10% veya daha fazla paya, oya veya kâr payına sahip ortakların şirkete verdiği ödünç niteliğindeki sermaye avansları için KVK m.13'e göre örtülü kazanç dağıtımına ilişkin bir inceleme yapılmalıdır.

İlişki taraflar ile yapılan bir hukuki ilişkisinin örtülü kazanç dağıtımı kapsamına girmesi için piyasadaki emsallerine uygunluk ilkesini ihlal eder nitelikte olmalıdır. Maddede belirtilen "transfer fiyatlandırması", başlı başına hukuka aykırı bir faaliyet, kazanç aktarma veya vergi kaçırma yöntemi değildir³¹⁰; gerçeğe aykırı olarak tespit edilen fiyatlar üzerinden gerçekleştirilmesi durumunda ortaya çıkar. Emsallere uygunluk ilkesi, KVK m.13/5'te işlem taraflarının birbirlerinin ilişkili kişisi olmasalar da belirleyecekleri piyasa ya da pazar fiyatına uygun olarak bir bedelin objektif şekilde belirlenmesi anlamına gelir. Borçlanmanın ticari teamüllere, hayatın normal akışına, emsal uygulamalara uygun olması³¹¹; ilişkinin yarattığı etkiden bağımsız bir şekilde ilişkinin niteliği, ilişkili ve ilişkisiz kişilerin yerine getirdikleri

³⁰⁹ Kanun koyucunun KVK m.13 kapsamına pay sahipliği oranlarına dikkate alınmaksızın tüm pay sahiplerini *ilişkili kişiler* olarak dahil etmesi, doktrinde eleştirilere sebep olmuştur. Çok küçük oranda paya sahip olan pay sahipleri, örneğin payları İMKB'de işlem gören şirketlerin paylarını borsadan edinen pay sahipleri, şirketin örtülü kazanç dağıtımı yapılabilmesine karar verdirebilecek bir güce sahip olmadığı için bu pay sahiplerinin şirketle yaptığı işlemlerde örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapmanın kanun amacına uygun düşmeyebileceği doktrinde dile getirilmiştir. Örtülü sermayenin düzenlendiği KVK m.12'de payları İMKB'den edinilen şirketlerde yalnızca 10%'dan fazla pay elinde bulunduran pay sahipleri örtülü sermaye kapsamındadır. Yazarlarca aynı ölçütün KVK için de getirilmesi önerilmiştir. Bkz. Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.219-220. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm.V.2 ve İkinci Bölüm.V.3.

29796 sayılı 9/8/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 59. maddesi, KVK m.13/2'ye getirdiği ek cümle ile bu eleştirilere uyarak pay sahibinin örtülü kazanç dağıtımına tabi olması için 10% pay, kar payı veya oy hakkı olmasını aramıştır.

³¹⁰ Cankat, a.g.e. s.222; Pehlivanoglu, a.g.e., s.17.

³¹¹ Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.120-121; Belirtilmelidir ki aynı kriterlere SerPK m.21'de de yer verilmiştir. Yazar, KVK m.13 kapsamındaki "emsallere uygunluk" şartları değerlendirmesinde bulunurken SerPK'da yer alan kriterlere benzer ifadelere de yer vermiştir.

işlemler ve üstlendikleri riskler, işlemlerin gerçekleştiği pazarın yapısı, pazardaki ekonomik koşullar, sözleşme koşulları, iş stratejileri dikkate alınarak³¹² üçüncü kişilerle gerçekleştirilmesi (“arm’s length”) beklenen nesnel şartlar altında belirlenmesi gerekir³¹³.

Sermaye avansı açısından emsallere uygunluk ilkesi borcun verilme koşullarının üçüncü kişiye verilenden daha avantajlı olması halinde ortaya çıkar. Ödünç için öngörülen düşük faiz miktarı (veya haddinden yüksek faiz miktarı), vadenin uzun olması, alacaklı pay sahibinin fesih hakkı bulunmaması, alacağın teminatsız verilmesi veya teminatın yetersiz olması, alacağa ispata yarayan yazılı belge düzenlenmemesi³¹⁴ olağan dışı bir borç ilişkisinin varlığına işaret eder³¹⁵. Yargıtay ayrıca ilişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsalinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin, sırf taraflar aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halini de bu kapsamda değerlendirmiştir³¹⁶.

Sermaye avansı ilişkisinin emsallerine uygun olmaması, ödünç borcunun miktarını ve koşullarını değiştirdiği için en sık, faize ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Ödünç anlaşmaları çerçevesinde belirlenen faiz oranı veya iskonto tutarının emsallerine göre yüksek veya düşük olması durumunda da (diğer şartların da bulunması halinde) ödünç para alınması veya verilmesi işlemi suretiyle örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilmiş olacaktır³¹⁷. Şayet faiz, emsallerinden yüksek ise, borç alan şirketin; emsallerinden düşük ise borç veren şirketin örtülü olarak kazanç dağıtımını yaptığı iddia edilebilecektir. Şirketin, makul bir sebep olmaksızın pay sahibine faizsiz borç vermesi Danıştay kararlarında örtülü kazanç dağıtımını kapsamında değerlendirilmiştir³¹⁸. Kanımızca tersi bir işlemin, diğer bir deyişle, pay sahibinin şirkete faizsiz borç vermesi veya emsallere uygun olmayan faiz oranı belirlemesi alacaklıya

³¹² Cankat, s. 230-231.

³¹³ Ayrıca emsal bedelin tespiti için kullanılacak yöntemler, OECD’nin “Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi”nde “geleneksel işlem yöntemleri” olarak referans alınarak düzenlenmiş ve KVK m.13/4 ve devamı fıkralarında yer verilmiştir. Bkz. KVK m.13 Gereğesi ve bu yöntemlerin açıklaması için Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtım, s. 293vd.

³¹⁴ Sermaye avansının yapısı ve uygulamadaki kullanımını dikkate alındığını genellikle yazılı olarak akdedilmediğini görmekteyiz. Kanımızca yalnızca taraflar arasındaki yazılı bir anlaşmanın olmaması sebebiyle örtülü kazanç yapıldığı sonucuna varılamaz. Bu durum taraflar arasındaki anlaşmanın şartları tespit edilebildiği ölçüde, ve diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilmelidir. Bkz. Birinci Bölüm.V.

³¹⁵ von Greyerz, Christoph, “Kapitalersetzende Darlehen”, In: Festschrift für Frank Vischer zum 60.Geburtstag, Zürich 1983, s.547-556, s.552 (Türk, Sermaye Kaybı ve Borca Bataklık, s. 265’ten naklen).

³¹⁶ 17.04.1012 tarihli Yargıtay 7.CD E.2011/12736, K.2012/8459 sayı.

³¹⁷ Pehlivanoğlu, a.g.e., s.71; Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtım, s.109.

³¹⁸ Danıştay, 4.HD 17.02.2015 tarihli 2004/1777 E. 2005/238K; Danıştay 4.HD 14.04.1999 tarihli 1998/4577E. 1990/1370 K.

haksız menfaat sağlar³¹⁹ ve diğer şartların da bulunması halinde örtülü kazanç aktarımı incelemesine tabi olur. Bu durumda emsale uygun faiz ile somut olayda verilen emsale aykırı faiz arasındaki fark örtülü kazanç dağıtımı olarak vergilendirilecektir³²⁰.

Emsallerine uygun faiz değerlendirmesinde borcun süresi, diğer bir deyişle, öngörülen ödünçün vadesine, eğer vade öngörülmemişse, fiilen ödenme anına kadar geçen süre dikkate alınmalıdır. Faiz oranı, borçlanılan paranın miktarı ile borç süresine göre değişir. Bu nedenle ilke olarak ve normal şartlarda uzun süreli ve büyük miktardaki para alacaklarına ödenecek faiz oranı daha yüksek olur. Vade için uzun bir süre belirlenmişse ve ödenme şekli şirket için emsallerine göre açıkça aleyhte ise işte bu hallerde de örtülü kazanç dağıtımının varlığı gündeme gelir³²¹.

Borcun vadeye bağlanmadığı hallerde, uzun ve belirsiz süre boyunca borca faiz işletilmesinin kabul edilmesi borcu veren açısından örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Fakat, sözleşmede borç vadeye bağlanmamış olsa bile TBK m. 392 uyarınca alacaklının alacağını talep etmesiyle vade belirlenebilir durumdadır. Sadece vade belirlenmediği için faiz yoluyla örtülü kazanç aktarımının savunulması belirli vade içermeyen tüm ödünç sözleşmelerinin “örtülü kazanç/sermaye aktarımı” olarak değerlendirilmesine sebep olur³²². Bu nedenle, örtülü kazanç/sermaye aktarımı kavramı açısından değerlendirme yapılırken, pay sahibi tarafından avans olarak verilen meblağı şirketin kullanma süresi tek başına kriter olarak alınmamalı, şirketin avans konusu meblağı kullanma süresi ve bunun karşılığında piyasa şartları ile uyumlu faiz ödeyip ödemediği birlikte değerlendirilmelidir³²³.

Sermaye avansının yabancı para cinsinden verildiği hallerde verilen meblağ ödünç sözleşmesi kapsamında aynı miktarda geri ödenmelidir. Ödünçün ifasına kadar geçen süredeki kurdaki değişiklikler dikkate alınmaz. Ödünçün verildiği an ile geri ödendiği süre arasında kur farkından dolayı verilen borcun Türk Lirası değeri önemli ölçüde artabilir. Bu durum borçlu şirketin aldığı borçtan önemli ölçüde fazlasının geri ödenmesine yol açar. Tıpkı faiz giderleri gibi örtülü sermayeye isabet eden kur farkı da KVK m. 11/1/b gereği kanunen kabul edilmeyen gider kabul edilerek vergi matrahının hesaplanmasında indirimlerine izin verilmez³²⁴. Kanımızca kur farkından doğan edimlerdeki farklılık örtülü kazanç aktarımı

³¹⁹ Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.265; Bu durumun örtülü kazanç aktarımı yaratacağı yönünde bkz. Pehlivanoglu, a.g.e., s. 71.

³²⁰ Günay, a.g.e., s.291-292.

³²¹ Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.264.

³²² Aynı yönde Ayoğlu, a.g.e, s. 42 vd.

³²³ Ayoğlu, a.g.e., s. 42.

³²⁴ Günay, a.g.e., s.292.

olarak değerlendirilmemelidir. Zira, borcun aynı miktarda ve mislen geri ödenmesi ödünç sözleşmesinin bir özelliğidir ve kurdaki dalgalanmaların boyutu taraflar açısından öngörülebilir olmayabilir. Bu sebeple, örtülü kazanç dağıtımının subjektif unsurunun sağlandığını söylemek mümkün olmayacaktır³²⁵.

Bir görüşe göre, alınan şeyin iadesi, ödünç sözleşmeleri için temel unsur olması nedeniyle ticaret hukukuna göre basiretli bir tacirin makul bir özenle borç verdiği kişinin ödeme gücünden emin olması gerektiği de ifade edilmiştir³²⁶. Kanımızca borçlunun borcu ödeyebilecek mali gücünün bulunması kıstası, şirketi mali güçlükten kurtarma fonksiyonu ve borcun sermayeye dönüştürülebilmesine izin veren ifa yapısı göz önüne alındığında sermaye avansı için doğrudan doğruya uygulanabilir değildir. Şirketin borcun paya dönüştürülebilmesi için sermaye artırımını yapabildiği ve ödünç borcunu pay ile ödeyebildiği durumda, ödünç borcunun ifa edilebilir olduğu kabul edilmelidir.

Bir işlem emsallere uygun değilse, bunu taraflar açısından haksız menfaatin varlığına karine olarak kabul etmek gerekir³²⁷. Aksini, yani somut olayda akdedilen işlemin ekonomik gerçekleri yansıttığını ispat yükü vergi mükellefi üzerinde bırakılmıştır³²⁸. Bu kapsamda sermaye avansı ilişkisi içinde verilen ödünç KVK m.13'e ve emsallerine uygunluğu ile ilgili tereddütlerde söz konusu şirket, bu koşulların emsallerine uygun olduğu hususunu ispatla yükümlüdür³²⁹.

Somut olayda örtülü kazanç aktarımı olduğu sonucuna varılması durumunda KVK m.11/1.c uyarınca transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların kurum kazancının indirilmesini yasaklamıştır. KVK m.13/6 uyarınca örtülü olarak dağıtılan kazanç, kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Örtülü kazanç aktarımı yaptığı tespit edilen taraflar suçun unsurları oluşturması halinde Vergi Usul Kanunu m.359'taki vergi kaçakçılığı suçunun konusu edilebilir.

³²⁵ Örtülü kazanç dağıtımının subjektif unsurunun aranıp aranmayacağı vergi hukukçuları tarafından tartışılmakla birlikte çoğunluk görüşü bu unsuru aramaktadır. Bu konuda bkz. Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.328.

³²⁶ Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s.264.

³²⁷ Karşlıoğlu, Örtülü Kâr Dağıtımı, s. 294; KVK m.13 ile peçeleme sözleşmesinin varlığının karine olarak kabul edildiği yönünde bkz. Cankat, a.g.e., s. 224; Ağar, a.g.e., 200-201.

³²⁸ Cankat, a.g.e., s.224.

³²⁹ Bkz. Birinci Bölüm.V.

C. SerPK Kapsamında Örtülü Kazanç Dağıtımı

Örtülü kazanç kavramı, vergi mevzuatının yanı sıra ilk defa SerPK m.21’de “*örtülü kazanç aktarımı yasağı*” başlığı altında düzenlenmiştir. Tüm halka açık anonim şirketler için örtülü kazanç tespiti yapılırken vergi mevzuatı ile birlikte TTK ve SerPK’deki düzenlemelerin beraber ele alınması gerekir.

SerPK ile getirilen bu düzenlemenin amacı, şirketi yönetme gücünü elinde bulunduran pay sahipleri ile yöneticilerin, şirket sermayesi ve malvarlığını kötüye kullanmalarını engellemektir³³⁰. Şirket malvarlığının korunması ilkesinin yanı sıra; halka açık anonim ortaklıklarda kontrolü elinde bulunduran kişi veya grubun dışında kalan pay sahiplerinin haklarını ve menfaatlerini zedeleyen, anonim ortaklığın karlarını veya malvarlıklarını azaltan veya artmasını engelleyen özel yönetsel uygulamalara ve işlemlere karşı, şirket-yatırımcı pay sahiplerinin korunması hedeflenmiştir³³¹. Bu iki amaç birbirleri ile bağlantılıdır. Zira örtülü sermaye aktarımı ile karı azaltılan şirketin pay sahiplerinin temettü gelirleri de azalır³³² ve kamunun aydınlatılması ilkesi çerçevesinde bu kar konusunda yanlış bilgi veren halka açık anonim ortaklıklar pay senetlerini alan yatırımcıları zarara uğrattırır³³³.

SerPK m.21/1’de özetle; (i) halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları kişiler ile (ii) emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle (iii) kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya basiretli ve dürüst bir tacir olarak piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla kazanç aktarımında bulunmalarını yasaklanmıştır.

Bir işlemin örtülü kazanç aktarımı kapsamında olması için işlem taraflarının maddede belirtildiği üzere birbirlerinin ilişkili kişisi olması gerekir. Örtülü sermaye aktarımı yapan şirketin halka açık anonim ortaklık, onun iştiraki veya bağlı ortaklığı olması yeterlidir; örtülü

³³⁰ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s.288.

³³¹ Kaya, Arslan, “**Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)**”, Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU’na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.2, S.193-204, s.194; Yazar, örtülü kazanç aktarımı söz konusu olduğunda, karın düşük gözükeceği, bu durumun ayrıca menkul kıymetlerin değeri de düşeceği için şirket paylarının sıklıkla el değiştireceği, çoğu zaman da büyük pay sahiplerinin eline geçeceğini ifade etmiştir.

³³² Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s.248.

³³³ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s. 102; Bu işlemler piyasaya güveni azalttığı için ortaklıkların, sermaye piyasasından kaynak sağlama olanaklarını da azaltır. Bkz. Manavgat, Halka Açık Ortaklıklar, s.389.

kazanç aktarımının “mağduru” şirket için böyle bir zorunluluk getirilmemiştir³³⁴. SerPK hükmünde taraflar arasında örtülü kazanç aktarımı ilişkisi kurulabilmesi için “yönetim, denetim veya sermaye” kıstaslarından herhangi birisinin bulunması “ilişkili” sayılmak için yeterlidir³³⁵. Bu kapsamda halka açık şirketler ile madde metninde belirtilen diğer pay sahiplerinden sermaye avansı alınması veya bağlı iştiraklerine sermaye avansı vermesi taraflar arasında kurul işlem açısından SerPK kapsamında örtülü kazanç aktarımı değerlendirmesine tabi olacaktır.

Sermaye piyasası hukuku açısından “örtülü kazanç aktarımı” kavramı, şirket kaynaklarının menfaat sahipleri aleyhine kullanılması neticesini doğuran her türlü faaliyeti ifade etmektedir³³⁶. İlişkili kişilerle yapılan anlaşma veya ticari uygulamaların SerPK m. 21 uyarınca örtülü kazanç aktarımı yasağı sayılabilmesi için farklı fiyat, ücret, bedel veya şart içermesi gerekli ve yeterlidir³³⁷. Sermaye avansı faaliyetlerinin konusunun bu kapsamda değerlendirileceği de şüphesizdir.

Bu hususta emsallerine uygunluk ilkesi için, ortaklığın benzer işlemlere uyguladığı koşullar (iç emsal) ve bu ilişkiye taraf olmayan, birbirinden bağımsız taraflar arasındaki ilişkilerin kıyaslanması, piyasa teamüllerinin ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri çerçevesinde incelenmesi gerekir³³⁸.

SerPK kapsamında örtülü kazanç aktarımı sonucu yalnızca yukarıda sayılan aktif hareketlerle değil, “basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla” da örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilebilir³³⁹. Faizin hiç istenmemesi veya düşük istenmesi alacaklı şirketi aleyhine malvarlığını azaltan bir faaliyettir. Özellikle karşılıklı iştirak durumunda olan şirketlerden birinin verdiği borca faiz istenmemesi onu örtülü kazanç aktarımının mağduru yaparken, fahiş faiz istemesi talep etmesi ise karşısındaki şirketin

³³⁴ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s. 103-104.

³³⁵ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s. 103-104.

³³⁶ Pehlivanoglu, a.g.e., s.20.

³³⁷ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s.290; Mülga hükümde yer alan halka açık şirketin ilişkili kişilere, ödediği “fiyat”, “ücret”, “bedel” in emsallerine nispetle “bariz şekilde” farklı olmasının artık aranmadığı yönünde Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s.290vd.; Bununla birlikte, bu kıstasın örtülü kazanç aktarı olup olmadığının tespitinde yine de önemlidir. Zira piyasa şartlarındaki emsaller arasında fark olması mümkündür, fakat bu farkın bariz olması kazanç aktarımının varlığını gösterebilir. Bu konuda bkz. Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s. 104.

³³⁸ Bu konuda bkz. Manavgat, Halka Açık Ortaklıklar, s. 410vd.

³³⁹ Bu konuda bkz. Kaya, a.g.e., s.196; Karşlıoğlu, Örtülü Kar Dağıtımı, s.401.

malvarlığı açısından örtülü kazanç dağıtımı oluşturur³⁴⁰. Bu sebeple tarafların verdikleri ödünçler için borçlanma koşullarını basiretli tacir olarak değerlendirmeleri gerekir³⁴¹.

Örtülü kazanç aktarımı kapsamına, yalnızca sermaye avansının faiziyle birlikte geri ödenmesi değil, paya dönüştürülerek ifa edilmesi de girer. Borç paya dönüştürülürken pay sahibi, kısmen ifada bulunmayacaksa ferileriyle birlikte tüm borç için sermaye artırımına iştirak eder. Keza, para borcunda da paya dönüştürülme işlemi TL cinsinden yapılır ve varsa tüm kur farkını ödeyecek şekilde sermaye artırım bedeli belirlenir.

SerPK düzenlemesinde KVK'dan daha geniş bir üslup benimsenerek basiretli ve dürüst bir tacir gibi, şirket malvarlığını artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları halini de bu kapsamda değerlendirmiştir. Tüketim ödünçü sözleşmesinde vade belirlenmemiş ise alacaklının isteminden itibaren 6 hafta içerisinde ödenmelidir. Ticari hayatın olağan akışı içerisinde alacaklı şirketin alacağını makul bir süre içerisinde talep etmesi gerekir. Bu istemde bulunmaması pasif davranış yoluyla şirketin malvarlığını artırmak için yapmaları beklenen faaliyetlerden kaçınmak anlamına gelir. Bu sebeple, borcun alacaklısı için örtülü kazanç aktarımı gündeme gelebilir.

Özetle, sermaye avansı ilişkisinde vadenin belirlenmemiş olması doğrudan doğruya örtülü kazanç aktarımına yol açmaz. Fakat vadenin emsallerinden çok uzun belirlenmiş olması da alacaklı şirket açısından basiretli tacirin gösterdiği özenle hareket etmediği ve şirketi alacağından uzun süre mahrum bıraktığı için bu madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Örtülü kazanç dağıtımı olduğu sonucuna varılırsa SerPK m.21/4 uyarınca kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte malvarlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep edilir. Ayrıca, SerPK m.110'da düzenlenen görevi kötüye kullanma sebebiyle cezai yaptırımlar³⁴² ve SerPK m. 103/6'daki idari yaptırımlar uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca halka açık şirketin yöneticileri,

³⁴⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.2.

³⁴¹ Öğretide emsallerine uygunluğun yanı sıra yeni SerPK ile getirilen “basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılık” da örtülü kazanç dağıtımı kapsamına girmesi eleştirilmiştir. Zira, basiretsiz işlemler emsallerine göre farklı olmayabilir. Halbuki örtülü kazanç aktarımında temel unsur emsallerine göre farklı işlem ve davranışlarla kaynak aktarmaktır. Basiretsiz olmak yönetim kurulunun özen borcunu ihlal sonucunu doğurabilir fakat örtülü kazanç aktarımı kapsamına alınması yönetim kurulu üyelerini güveni kötüye kullanma suçu vb. ağır cezalarla karşı karşıya bırakır ve bu anonim ortaklıklarda yöneticiler adım atamaz hale getirir. Bu kapsamda basiretsiz ve kötü bir yönetimin yalnızca tazminat sorumluluğu olması gerekirken örtülü kazanç aktarımı kapsamına alınması yanlış bir uygulamadır. Bu konuda bkz. Aytaç, Zühtü, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklara İlişkin Yenilikler**”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2017, s.30.

³⁴² Manavgat, Halka Açık Ortaklıklar, s.405; Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s.327vd.

bağlı iştirak veya yöneticileri ile örtülü kazanç aktarımı ile karı veya malvarlığı artan kişilerin tazminat yükümlülüğü doğar³⁴³.

4. Şirkete Borçlanma Yasağı Kapsamında Alacaklının Durumu

Sermaye avansının şirket ile pay sahibi arasında borç ilişkisi kurduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu borç ilişkisinin 6102 sayılı TTK ile Türk hukukunda ilk kez düzenlenen şirkete borçlanma yasağına ilişkin hükümler çerçevesinde de irdelenmesi gereklidir. “Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı” başlıklı TTK m.358’de ortakların şirkete borçlanması ancak maddedeki koşulların sağlanması halinde kabul edilir. Bu hüküm uyarınca sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmemiş olan pay sahibi serbest yedek akçelerle birlikte toplam kârı geçmiş yıl zararlarını karşılamayacak durumda olan şirketten borç alamaz³⁴⁴.

Tüketim ödünçü sözleşmesi karakterli sermaye avansı ilişkisinde verilen para ödünçünün de TTK m.358 kapsamında olduğu tartışmasızdır³⁴⁵. Buna karşın sermaye avansı mekanizmasında pay sahibinin şirketten borç alması değil, borç vermesi söz konusudur. TTK’da bu işlem yasak kapsamında düzenlenmemiştir. Hükümün amacına bakıldığında, pay sahiplerinin ortağı oldukları şirket kasasını kişisel iş ve işlemleri için kullanmalarının ve hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi³⁴⁶; böylelikle sermayenin korunması ilkesi ve alacakların korunmasını hedeflenmektedir. Borca fahiş faiz işletilmediği sürece sermaye avansı ilişkisi içerisinde şirketin malvarlığını azaltılması söz konusu olmayacaktır. Sonuç olarak, pay sahibinin şirkete borç vermesi hem ticaret hukuku hem de vergi hukuku açısından istenen ve onaylanan bir işlemdir ve belli sınırlar altına bu işleme izin verilmiştir³⁴⁷.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; sermaye avansı ilişkisinin her iki tarafının da tüzel kişiliğe sahip olduğu ve bu şirketlerin birbirlerinin paylarına sahip olduğu hallerde, diğer bir deyişle, sermaye avansı ilişkisi taraflarının TTK m.197 veya TTK m.195 uyarınca karşılıklı

³⁴³ Adıgüzel, Sermaye Piyasası, s.105

³⁴⁴ TTK m.358’de düzenlenen şirkete borçlanma yasağını ihlal ederek şirkete borçlanan pay sahiplerin TTK m.562 uyarınca adli para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.

³⁴⁵ Bkz. Toraman Çolgar, Emek, **Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul, 2019, s.167 vd.

³⁴⁶ Bkz. Gerekçe, TTK m.158.

³⁴⁷ Karşlıoğlu, Örtülü Kar Dağıtımı, s.145; Pay sahibi olduğu şirkete borç vermesi KVK, SerPK ve ikincil mevzuat çerçevesinde örtülü sermaye ve örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri kapsamına giren bir ilişkidir. Bu konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemelere çalışmamızın ilerideki bölümlerinde yer verilmiştir. Bkz. İkinci Bölüm.V.2. ve İkinci Bölüm.V.3.

iştirak durumunda olan şirketler³⁴⁸ olması halinde bu ilişki ancak TTK m.358 hükmüne uygun olması şartıyla kurulabilir³⁴⁹.

TTK m.358’de öngörülen şirkete borçlanma yasağının tamamlayıcısı nitelikteki bir diğer hüküm ise TTK m.395’tir³⁵⁰. Söz konusu madde kapsamında yönetim kurulu üyelerinin şirketle olan borç ilişkileri, yönetim kurulu üyelerinin aynı zamanda şirkette pay sahibi olup olmamasına göre farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. TTK m.395/2 kapsamında pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarının şirkete nakit borçlanmaları açıkça yasaklanmışken; TTK m.395/1 uyarınca pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri ile şirket ile arasında işlem yapılması genel kurulun iznine tabi tutulmuştur.

Kanun koyucunun söz konusu madde kapsamında böyle bir ayrıma gitmesindeki muhtemel sebeplerden biri olarak; anonim ortaklık tüzel kişiliğinin onu oluşturan pay sahiplerinden ayrı ve bağımsız olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesi ve pay sahiplerinin şirketin “sahibi” olarak addedilmesi olduğu ileri sürülmüştür³⁵¹. Kanun koyucu da gerekçede ifade edildiği üzere şirketin ortak ve yöneticilerinin acil kaynak ihtiyacını karşılamak için şirket varlıklarına başvurulabilmesini meşru bir gerekçe olarak görmektedir³⁵². Tersine bir ilişkide, diğer bir deyişle pay sahibinin şirkete borç vererek ona finansman sağlaması ve şirketin acil ihtiyaçlarının pay sahibi tarafından karşılanması hukuk düzenimizde evleviyetle kabul edilebilir olmalıdır. Zira şirketin “ekonomik malikleri”³⁵³ olarak nitelendirilen pay sahiplerinin şirketin gelişmesinde ve malvarlığını güçlü tutmasında önemli menfaatleri vardır.

TTK m.395/2’de getirilen yasağın korumak istediği değere bakıldığında, böyle bir yasağın getirilme amacı uygulamada sıkça rastlanan pay sahiplerinin şirket malvarlığını kötüye kullanmaların engellenmesidir³⁵⁴. Kısacası, yasağın temelinde yönetim kurulu üyesi ile şirket

³⁴⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.2.

³⁴⁹ Aynı şirketler topluluğuna dahil olan şirketlerin birbirlerine kefil olmasına ve garanti vermesi TTK m.395/3 uyarınca bu yasağın kapsamı dışında bırakılmıştır. İstisna kapsamındaki borçlandırıcı işlemler içerisine giren pay sahibinin, TTK m.195 ve devamı hükümlerce pay sahibi olduğu şirkete karşı hâkim şirket konumunda olması halinde bu işlem ile bağlı şirketi zarara uğratmasına sebebiyet verebilir. Bu halde hâkim şirketle bağlı şirket arasında kurulan işlemin yarattığı kaybın denkleştirilmesi gerekir.

³⁵⁰ Buna ek olarak limited şirketlere ilişkin mülga 615. madde 2012 yılında TTK’dan çıkarılmadan önce “özkaynak niteliği taşıyan ödünçleri” düzenleyerek şirkete ödünç verilmesi de sınırlanmaktaydı. Bu konuda bkz. Çeker, Mustafa, “**Şirkete Borçlanma Yasağı**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18 Sayı: 2, 2012, s. 659-670, s. 661.

³⁵¹ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı (Ulusal Tez Merkezi), s.306.

³⁵² Bkz. TTK m. 358’de değişiklik yapan 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un m. 15’in gerekçesi.

³⁵³ Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, 2013, s.255.

³⁵⁴ TTK m. 395’teki yasağın, şirketin finansal durumundan bağımsız olarak ve mutlak şekilde öngörülmesi sebebiyle bu hükmün yalnızca şirket sermayesini değil, bağlı ve serbest malvarlığından oluşan tüm şirket

arasında çıkar çatışması olduğu hallerde, şirketi koruma düşüncesi yatmaktadır³⁵⁵. Pay sahibinin şirkete borç verdiği sermaye avansı ilişkisinde ise, borca faiz işletilmediği sürece kural olarak şirketin malvarlığının veya sermayesinin azalması veya şirketin zor duruma düşürülmesinin söz konusu olmadığı ifade edilmelidir.

malvarlığının korunduğu yönünde bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, (Ulusal Tez Merkezi) s.297vd; Madde gerekçesinde bu fıkranın getirilme amacı “sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁵⁵ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, a.g.e., s. 655.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCUN SONA ERMESİ

Sermaye avansı, pay sahibi tarafından sermaye şirketine finansman sağlamak amacıyla verilen ve verildiği anda şirket bilançosunda pasifler altına kaydedilen³⁵⁶ bir para ödücüdür. Pay sahibinin şirkete ödünç vermesi ve şirket tarafından bu ödücün nakden faiziyle geri ödenmesi, tarafların anlaştığı ve ayrıca tarafların özellikli bir hükümlere tabi olmamak kaydıyla, özelliksiz bir ticari ödünç sözleşmesini işaret eder. Sermaye avansını diğer ödünç ilişkilerinden ayıran özellik, tarafların borcu sermayeye dönüştürülerek ifa edilebilmesi seçeneğine sahip olmasıdır. Bu kapsamda sermaye avansına, onu adi borçlardan ayıran en önemli karakteristik özelliğini veren unsur ifası mekanizması olduğu söylenmelidir.

Bu başlık altında; sermaye avansının ifa yolunu seçme hakkı, sermaye avansının faiz ile birlikte geri ödenmesi, sermaye avansının paya dönüştürülerek ifa edilmesine karar verilmesi ve son olarak seçilen sermaye artırımının türüne göre borçlu şirket ile alacaklının yerine getirecekleri hukuki işlemler açıklanacaktır.

I. İfa Yoluna Karar Verilmesi

Sermaye avansının ifa yoluna ilişkin karakteristik özelliği yukarıda ortaya konduktan sonra bu iki ifa yolundan bir tanesinin seçim hakkının hukuki niteliğinin ortaya konması ve bu hakkı kullanacak kişinin belirlenmesi gerekir.

Öğretide sermaye avansını, sermaye taahhüdünün takas edilerek ifa edildiği diğer hallerden ayıran unsurun, borcun nakden ödenmesi yerine sermaye artırımı sonucunda oluşacak yeni payların alacaklıya teslimi ile ifa konusunda *şirkete tanınmış olan seçim yetki* olduğu ifade edilmiştir³⁵⁷. “Seçimlik yetki” sözleşmenin yapıldığı anda kesin olarak belirlenmiş ve borçlanılmış bir tek asli edimin mevcut olduğu durumlar için uygundur. Ancak borçlu, tarafların anlaşmalarına veya alacaklının sonradan verdiği yetkiye göre; asıl edim yerine başka bir edimi yerine getirerek borçtan kurtulma imkanına sahiptir³⁵⁸. Örneğin taraflar borçlunun alacaklıya bir miktar para ödeme yerine hizmet ediminde bulunması veya bir şey

³⁵⁶ Aksi görüşler için Birinci Bölüm. VII.

³⁵⁷ Ayoğlu, a.g.e, s.35.

³⁵⁸ Eren, Genel Hükümler, s.989.

vermesi üzerinde anlaşmışlarsa, iradi seçimlik yetki söz konusudur³⁵⁹. Seçimlik yetkide görüldüğü üzere edimler arasında bir öncelik ilişkisi vardır³⁶⁰.

Sermaye avansının ifa yolunun belirlenmesi için şirkete seçimlik yetki tanındığına ilişkin görüşüne göre sermaye avansının ifası için belirlenen asli edim, borcun nakden geri ödenmesidir; şirketin sermaye artırımını çerçevesinde yaratılacak yeni payları teslim ederek ödemek konusunda yedek edim ile ifa yetkisi bulunmaktadır³⁶¹. Şirket şu ya da bu nedenle sermaye artırımına gitmeyi tercih etmezse ödünç sözleşmesi nedeniyle pay sahibine olan borcunu ifa eder. Ancak sermaye artırımına giderse pay sahibine olan borcunu nakden ifa etmek yerine yedek edim yetkisini kullanır ve sermaye artırımını çerçevesinde yeni yaratılan paylardan rüçhan hakkı gereğince pay sahibinin payına düşen kısmı kendisine teslim ederek borçtan kurtulur³⁶².

Gerçekten de birçok durumda pay sahibi tarafından verilen borçlar, çoğunlukla şirketin o andaki nakit sıkıntısını çözmek içindir ve borcun sermayeye dönüştürülerek ifası ne pay sahibinin ne de şirketin öncelikli hedefidir. İleride şirkette gerçekleşecek sermaye artırımına kadar borcun nakden ödenmemesi halinde bu borcun alacaklıya şirket payı verilerek ödenmesi ihtimali gündeme gelir. Diğer yandan, tarafların sermaye avansı verme amaçları ve ifa sistemi koşullarına ilişkin öngörüler bundan farklı olabilir. Dolayısıyla ifa yolunun seçimine yönelik takdir yetkisinin hukuki niteliği; tarafların bu ödünç ilişkisi içerisine girme niyet ve amaçlarına göre değişiklik gösterir.

Tarafların sermaye avansı verirken amaçları ve irade uyuşmaları; iki farklı edim arasında şirkete bir seçim hakkı yaratmak ise ortada seçimlik yetki değil, bir *seçimlik borç* vardır. Seçimlik borçta mevcut iki edim yükümü arasında seçme şansı vardır ama tek bir edimi icra etme zorunluluğu vardır³⁶³. İfanın konusunu edimlerden hangisinin teşkil edeceğinin belirlenmesi, seçim hakkının kullanılması ile olacaktır³⁶⁴.

Türk hukukunda sermaye avansına benzer ifa seçenekleri sunan diğer enstrümanların hak sahibine sağladıkları ifa yolunun belirleme veya tercih etme hakkı doktrinde *seçimlik borç* olarak ifade edilmiştir. Hukuk sistemimiz içerisinde sermaye avansının ifa sistemine benzer

³⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 943.

³⁶⁰ Seçimlik borçta seçenekli edimler eş düzeyde yan yana dururlarken, seçimlik yetkide arka arkaya dizilidirler. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e., s.89.

³⁶¹ Ayoğlu, a.g.e, s. 38.

³⁶² Ayoğlu, a.g.e s.38-39.

³⁶³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e., s.88.

³⁶⁴ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.I., s.285.

bir düzeni kuran bir kurum olan pay senedine dönüştürülebilir tahviller³⁶⁵, dövize ya da hisse senedine ilişkin vadeli fark (opsiyon) işleminde de seçimlik borcun borsadaki görünümüdür³⁶⁶.

Ödücün verilmesindeki amaç yalnızca şirketin finansmanı değil, aynı zamanda pay sahibinin şirketteki pay oranını artırma arzusu da olabilir. Bu hallerde ifa yolu olarak borç- pay değişimi yönteminin kullanılmasının nakden borcun ödenmesi karşısında öncelendiği söylenebilir. Örneğin, uygulamada şirkette pay sahibi olmayan üçüncü kişi yatırımcıların şirkete finansman sağlamak için verdikleri borçların sermaye avansı için getirilen avantajlardan yararlanabilmesi için, 1 adet payın devri ile pay sahibi haline getirildiğini görmekteyiz. İşlem taraflarından birinin yatırımcı olduğu bu işlemlerin genel yapısı, borçların paya dönüştürülerek yatırımcının pay sahibi haline getirilmesi üzerine kuruludur. Bu yapılarda tarafların asli niyetinin ve öncelikli arzusunun alacağın şirket payı ile ödenmesi olduğu aşikardır. Bu durumda seçimlik yetkinin kullanılmasıyla asli edim, şirketin sermaye artışı gerçekleştirilmesi sonucu yeni çıkarılan payların alacaklı tarafından iktisap edilmesi yoluyla borcun ödenmesidir; şirketin sermaye artırımına gitmemesi halinde ödücün nakden ödenmesi yedek edim niteliğinde olacaktır.

Böyle bir ilişki içerisinde olan tarafların anlaşarak ifa yolunun belirlenmesi konusundaki seçim hakkına ilişkin farklı bir hukuki yapı kurmaları da mümkündür. Örneğin, tarafların paya dönüştürülerek ifa yolunu belirlenen bazı olay veya olguların gerçekleşmesi ihtimaline bağlaması halinde ne seçimlik borç ne de seçimlik yetkiden bahsedilebilir. Böyle bir düzenlemenin hukuki karşılığı “*şart*”³⁶⁷ olacaktır ve şartın gerçekleşmesi kaydıyla borç paya dönüştürülecektir.

Çoğunlukla pay sahibi olmayan üçüncü kişilerin şirkete borç vermesi halinde karşımıza çıkan bu yapılarda belirlenen şart, *borcun paya dönüşümünü tetikleyen olay* olarak da ifade edilmektedir. Bu şart, şirketin belli bir meblağda yatırım alması, şirket değerinin belirlenen eşiğe çıkması, paylarının halka arzı veya tarafların belirlediği başka bir olay olabilir.

Belirtilmelidir ki; böyle bir düzenlemede şarta bağlanan husus borcun doğumu veya ödünç alanın ödücün geri verme borcu değildir. Sermaye avansı şirkete verildiği anda alacaklısı

³⁶⁵PDT sahibine, değiştirme hakkı kullanılıncaya kadar, bir tahvil olarak sağladığı yarar yanında pay senetlerinin iktisabına yönelik beklenen hak yaratır. Hak sahibi ortaklığın kazanç durumunu gözeterek, dilerse değiştirme hakkını kullanmakta, aksi halde ödenmesi ortaklığın kazanç sağlanmasına bağlı olmayan ve oranı belli faiz ile yetinmektedir (Bkz. Bahtiyar, Sermaye Piyasası, s.343; Arslanlı, a.g.e., s.311.); Bkz. İkinci Bölüm.V.1.

³⁶⁶ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e., s. 86.

³⁶⁷ Koşula bağlı borçlarda, örneğin geciktirici (taliki) şartta, şartı teşkil eden belirsiz olay gerçekleşmezse, borç doğmaz. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s.989.

lehine alacak hakkı doğmuş olur. Şarta bağlanan husus, borcun paya dönüştürülebilmesi için tarafların yerine getirmesi gereken yükümlülük ve haklardır³⁶⁸.

Sermaye avansının ifa yolu hakkında yaptığımız değerlendirmeler, uygulamada işlem taraflarının sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin çerçevesinin çizilmesi açısından önemlidir. Bu kapsamda ifa yöntemine ilişkin tarafların herhangi bir belirleme yapmamış olması halinde ifa yöntemini seçecek kişinin de belirlenmesi gerekir.

Sermaye avansının ifasına karar verilmesinin hukuki niteliği *seçimlik yetki* ise iradi seçimlik yetkiyi taraflar sözleşmeyi kurdukları anda kararlaştırırlar³⁶⁹ ve bu seçimlik yetki ilke olarak borçluya aittir³⁷⁰. Öğretide, alacaklının sermaye avansı niteliğinde borç vererek bu borcun şirket sermayesine dönüştürülerek ifası için şirkete tanınmış bir yedek edim ile ifa hakkı olduğunun kabul edildiği ifade edilmiştir³⁷¹. Dolayısıyla söz konusu seçimlik yetki şirkete tanınmıştır ve taraflar aksi yönde bir düzenlemede bulunmadığı sürece, alacaklı şirketin bu seçimlik yetkisini kullanma hakkını baştan onaylamış ve kabul etmiştir. Tarafların yapacakları anlaşma ile bu yetkinin alacaklıya verilmesine karar vermesi de mümkündür.

Seçim hakkının alacaklıya tanındığı durumlarda, alacaklının bu seçimi yapmak ve borçlunun taraflar arasındaki sözleşmeden doğan geri ödeme borcunu yerine getirmesine destek olması gerekir. Alacaklının seçim ediminin borçlar hukukundaki karşılığı *külfet* olacaktır. Külfet yükümlüsü bu davranışı yerine getirmediği takdirde ya elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamaz ya da böyle bir hakkı kaydeber³⁷². Bu halde, seçim hakkı kendisine tanınan alacaklının bu hakkı kullanmaması halinde bu hakkı kaybeder ve borçlu şirket dilediği ifa yolu ile borcunu sona erdirebilir.

Tarafların iki farklı karşı edim arasından bir tanesinin seçilebileceğinin düzenlendiği bir sistemde ortada seçimlik borç vardır ve seçim yapma yetkisi kural olarak borçlu şirkettir. Seçim yetkisinin borçluya tanındığı seçimlik borçta, borçlu, seçenekli edimler arasında seçimi alacaklının çıkarlarını hiç dikkate almadan serbestçe gerçekleştirebilir³⁷³. Somut olayda tarafların iradesinin ifa yolunu seçme hakkının hukuki niteliğini ortaya koymak her zaman

³⁶⁸ İfade edilmelidir ki, bu yükümlülüklerin şarta bağlanması borçlu şirkette borcun paya dönüştürülebilmesi için yapılan sermaye artırımının türünü doğrudan doğruya şarta bağlı sermaye artırımı yapmaz. Şarta bağlı sermaye artırımı yalnızca TTK m.463'te ifade edilen durumlarda uygulanır.

³⁶⁹ Sonradan tek taraflı irade beyanıyla alacaklı tarafından borçluya tanınması halinde ise ortada ifa yerine geçen edim olduğu ifade edilir. Bkz. Bu yönde Eren, Genel Hükümler, s.943 ve s.995.

³⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s.943.

³⁷¹ Ayoğlu, a.g.e, s.38.

³⁷² Eren, Genel Hükümler, s.45.

³⁷³ Kocayusufoğlu / Hatemi/ Serozan/ Arpacı, a.g.e., s.86.

çok kolay olmayabilir. Özellikle yazılı sözleşmenin varlığı bu konuda büyük kolaylık sağlamakla birlikte ülkemizde aile şirketlerinin yaygın olması ve şirket pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle sermaye avansını konu alan sözleşmelerin yalnızca sözlü olarak yapıldığı görülmektedir. Bu sebeple yorum kuralları dikkate alınarak tarafların bu konudaki iradeleri belirlenmeye çalışılmalıdır. Seçim hakkının kime ait olduğu konusunda “şüphe halinde borçlu lehine yorum” ilkesi benimsenmiştir³⁷⁴.

Seçimlik hakkın nasıl kullanılması gerektiği hususunu da ele almakta yarar görüyoruz. Seçimlik borçlarda seçim hakkı, tek taraflı beyanla kullanılır³⁷⁵. İfa yöntemini şirketin belirlediği durumlarda kanımızca pay sahibi bu hakkı ne şekilde kullanacağını ayrıca beyan etmek zorunda değildir, şirketin ifa yollarından birine yönelik aksiyon almaya başlaması ile zımnen bu ifa yolunun seçildiği kabul edilir. Kanımızca aynı görüş, seçimlik yetkinin kullanıldığı durumlar için de geçerli olmalıdır.

Sermaye avansının nakden geri ödeneceği hallerde bu yolla ifa şirket açısından önceden tamamlanması gereken ön işlemler gerektirmez. Başka bir vade kararlaştırılmamışsa alacağın ifası talep edildikten sonra 6 hafta içerisinde sermaye avansının faiziyle birlikte alacaklıya geri ödenmesi gerekir. Sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek şirket payı verilmesi yoluyla ifa edilmesine karar verilirse şirketin yeni pay çıkarılması için sermaye artırımı işlemlerine başlaması halinde, borcun geri ödenmesi için ifaya ilişkin hareketlerin başladığı kabul edilir.

İfa yolu seçimi, vade belirlenmeyen sözleşmelerde, borcun ödenmesinin istenmesinden itibaren 6 hafta içerisinde yapılmalıdır. Borç muaccel olmasına rağmen borçlu seçimini yapmıyorsa alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Temelini Alman hukukundan alan ve Türk hukuk öğretisinde de benimsendiği üzere bu halde alacaklının dilediği edimi dava ve icra takibi konusu yapabileceği fakat borçlunun başka bir edimi ifa yetkisinin devam edeceğini kabul edilmektedir³⁷⁶.

II. Şirket Sermayesine Eklenmesi Yoluyla Yapılan Sermaye Artırımı

Sermaye avansı, diğer ticari borçlar gibi alacaklıya ödenerek ifa edilebileceği gibi borçlu şirketin gerçekleştirdiği sermaye artırımına katılan pay sahibinin payları iktisap etmesi

³⁷⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2021, s.618.

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.I, s.285.

³⁷⁶ Bkz. BGB 264; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.I, s.285-286, dp. 130; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 1993, s.815.

yoluyla da bu borcun sona erdirilebileceği konusunda taraflar anlaşmıştır. Sermaye avansının, alacaklıya borcu karşılığında şirket payının verilmesi yoluyla ödenmesi uygulamada “borcun paya dönüştürülmesi”, “alacağın sermayeye ilave edilmesi”, “borç-sermaye dönüşümü”, “borcun özkaynağa dönüştürülmesi” olarak da adlandırılmaktadır³⁷⁷.

Bu ifa yöntemi; alacaklının alacağını şirkete aynı sermaye olarak getirmesi veya nakdi sermaye artırımından doğan sermaye taahhüdü borcu ile takas etmesi şeklinde ortaya çıkar. Şirket ile alacaklı arasında, sermaye avansı ile takas edilebilecek veya sermaye taahhüdü borcu olarak kullanılabilecek bir alacağın doğması için şirketin sermaye artırımı kararı alması gerekir. Nitekim, pay sahibine ait alacağın yeni ihraç edilen paylar için ödenmesi gereken sermaye borcu ile takas edilmesi, şirketin sermaye artırımına gitmesi koşuluna bağlı bir olgudur³⁷⁸.

Borcun paya dönüştürülerek ifa edilmesi ancak tarafların bu yönde rıza göstermiş olmaları ile mümkündür. Zira TTK m.380/1’de öngörülen tek borç ilkesi, pay sahiplerinin tek borcunun sahip oldukları pay bedelini ve varsa payın itibari değerini aşan primi ifa borcudur; bu borç ifa edildikten sonra pay sahipleri kendi rızaları dışında ek sermaye borcu altına sokulamazlar³⁷⁹. Borçlar hukuku nitelikli anlaşmalar sonucu ortaklara yükletilen borç ve yükümlülükler ise, ortaksal nitelik taşımadıkları için, tek borç ilkesinin istisnası sayılmamaları gerekir³⁸⁰.

Bu kapsamda şirket, borcun ifasının paya dönüştürülerek gerçekleştirilmesi için genel kurulu sermaye artımı için toplamalıdır³⁸¹. Alacaklı pay sahibi de sermaye avansının sermayeye katılması yoluyla ifanın seçilmesi halinde sermaye artırımını konulu genel kurula katılarak olumlu oy kullanma ve yeni paylar üzerinde borç bedelince rüçhan hakkını kullanma yükümlülüğü altına girmiştir.

Sermaye avansının paya dönüştürülmesi yoluyla tamamen ifa edilebilmesi için fer’ileri ile birlikte tüm borcun alacaklının rüçhan hakkını kullanarak talep edebildiği payların nominal değerine tekabül etmesi gerekir. Sermaye artırım bedeli alacaklı pay sahibinin borcu sona erdirmek için sahip olması gereken bedel üzerinden hesaplanır. Bu hesaplama yapılırken

³⁷⁷ Ayoğlu, a.g.e., s.35; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, C.II., s.2302.

³⁷⁸ Ayoğlu, a.g.e, s.37.

³⁷⁹ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku., s.290.

³⁸⁰ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.291.

³⁸¹ Tarafların sermaye avansının öncelikli olarak sermaye artırım kararı sonucu çıkarılan payların alacaklıya teslim edilmesi yoluyla ifa edileceği konusunda anlaşmış olmaları mümkündür. Taraflar arasında anlaşmaya göre şirketin doğrudan sermaye artırım taahhüdü altına girmesi, belirlenen şartın gerçekleşmesi sonucu veya borcun pay devri ile ifası yönünde seçimlik hakkın veya seçimlik yetkinin kullanılması üzerine şirket genel kurulunun toplanarak sermaye artırım kararı alması beklenir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen şirketin sorumluluğu gündeme gelir.

payların emisyon primli olup olmamasına göre yeni çıkarılacak pay adedi de değişecektir. Şirketin borçtan tamamen kurtulabilmesi için, payların primli olarak çıkarılması halinde *primli bedelleri toplamının*, primsiz olarak çıkarılması halinde ise *itibari değerlerinin*, pay sahibinin rüçhan hakkı çerçevesinde kendisine (veya şirket ortağı olmayan alacaklıya) verilecek olan payların pay sahibinin alacağını tam olarak karşılaması gerekir³⁸². Borcun tamamen sona ermesi ile asıl borçla birlikte varsa fer'ileri de sona erer. Alacağın kısmen sona erdirilmesi halinde ise takas yoluyla kapsamı değişen büyük miktartlı alacağa ilişkin fer'i borçlar, bakiye borçlarla sınırlı olarak devam eder³⁸³.

Primli pay ihracı ve takas yoluyla ödemenin birlikte uygulanmasıyla hem şirket borçları azalmakta hem de şirketin üzerinde tasarruf edebileceği kaynaklar oluşmaktadır³⁸⁴. TTK m.347'nin gerekçesinde çıkarma priminin malvarlığını zenginleştirdiğinden ve şirketi güçlendirdiğinden bahsedilmiştir³⁸⁵. Yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan prim, TTK m.519/2.a uyarınca genel kanuni yedek akçeye aktarılır. Paylara ilişkin primler de şirket bilançosunda özkaynaklar altında yer alır³⁸⁶. Böylece şirketin özkaynaklarının artmasına yardımcı olur.

Halka kapalı şirketlerde payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenmesi gereklidir (TTK m.459/3, TTK m.344). Bu bedeller şirkete daha önceden verilen sermaye avansının aynı sermaye bedeli olarak şirkete getirilmesi veya nakdi sermaye taahhüdü borcuyla takas yoluyla ifa edileceği bu primlerin bedeli zaten sermaye artırımından önce şirket kaynakları içerisinde olacaktır.

Şirketin sermaye artırımı ile yeni payların çıkarılabilmesi için genel kurulda buna ilişkin karar esas sermaye sisteminde özel bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğu için, TTK m.421 uyarınca şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. Kayıtlı sermaye sisteminde³⁸⁷ artırım için anasözleşmenin değiştirilmesi gerekmekte ve artırıma yönetim kurulu tarafından karar verilmektedir³⁸⁸.

³⁸² Ayoğlu, a.g.e, s.39, dn. 8.

³⁸³ Develioğlu, a.g.e., s. 252.

³⁸⁴ Yüce, Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi, s.121.

³⁸⁵ TTK gerekçesi m.347 parag 5.

³⁸⁶ Aksu Özkan, Finansal Tablo, s. 241-287.

³⁸⁷ SerPK m. 18/1 uyarınca halka açık ortaklıklar SPK izni ile kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilirler. 2499 sayılı eski Sermaye Piyasası Kanununda (m.12/1) kayıtlı sermaye sistemi yalnızca halka açık anonim şirketlerin benimseyebileceği bir sistem iken 6102 sayılı TTK m. 332 ile halka kapalı anonim şirketlerin de kayıtlı sermaye sistemini benimsemesine izin verilmiştir.

³⁸⁸ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.349.

Kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim şirketlerde esas sermaye sisteminden farklı olarak SerPK m.18/2 uyarınca yönetim kurulu *kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayelerini artırmaya* yetkili kılınarak sermaye artış bedeli için tavan bedel belirlemiş; bu yetkinin yönetim kuruluna *genel kurul tarafından en çok beş yıl süre ile verilebileceğine* ilişkin düzenleme ile de yönetim kuruluna bu yetkiyi kullanabilmesi için tavan süre belirlenmiştir.

1. Sermaye Artırımının Taahhüt Yoluyla Artırım Niteliğinde Olması

Yukarıda esas sermaye sistemi ile kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketlerin sermaye artırım prosedüründen bahsedilmiştir. Çıkarılan payların bedeli olarak şirkete getirilen malvarlığının türüne bağlı olan bir ayırmadan daha bahsedilmelidir. Şirketin sermaye artırımını payların sermaye bedeli ya dış kaynaklardan getirilen malvarlığı değeri ile ya da şirketin iç kaynaklarındaki fonlardan ödenir.

Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımında (dış kaynaklardan yapılan sermaye artırım) ortaklığa dışarıdan aynı ve/veya nakdî nitelikte yeni sermaye getirildiğinden, hem ortaklık esas sözleşmesinde yer alan esas veya çıkarılmış sermaye tutarı hem pay sayısı ve hem de ortaklığın malvarlığı artar³⁸⁹. Efektif bir artırım olup, ortaklık alacaklılarının güvencesi olan esas sermaye yükselmektedir³⁹⁰.

6102 sayılı TTK ile getirilen iç kaynaklardan sermaye artırım, TTK m.462 uyarınca esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların sermayeye dönüştürülmesi olarak tanımlanmıştır. Ortaklığın iç kaynaklarına başvurarak sermayesini artırması, net malvarlığını sermayeye eklemek ve kar dağıtımında istikrarı sağlamak gibi amaçlarla başvurulabilen bir yoldur³⁹¹.

Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgeye kadar (15.07.2013) ticaret sicil müdürlükleri bir şirketin kendi bilançosunda yer alan bir borcun sermayeye dönüştürülmesi işlemini aynı sermaye olarak değil, iç kaynaklardan bir sermaye artırım olarak mütalaa etmekteydi³⁹². Halen bazı yazarlar, bu genelgede düzenlenen *alacak* kavramından şirketin üçüncü kişilerden olan borçlarının anlaşılması gerektiğini ifade etmekte ve iç kaynaklardan yapılan sermaye

³⁸⁹ Soykan, a.g.e., s.35; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.5 ve 43; Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s. 16-17.

³⁹⁰ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku s.354.

³⁹¹ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku., s.348; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.17-21.

³⁹² Nazalı, a.g.e., s.18; Ticaret Bakanlığı genelgeleri için bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.A.

artırımında sermaye taahhüdü konusu edilebilecek malvarlığı değerlerinin sınırlı sayıda olmaması gerekçesiyle sermaye avansını şirketin iç kaynaklarından biri olarak değerlendirmektedir³⁹³. Ortaklığın borçlu olduğu bir alacağın sermaye olarak getirildiği bir sermaye artırımında, ortaklığa yeni bir malvarlığı girişi gerçekleşmediği, yani dış kaynaklardan olduğu gibi efektif bir artırım söz konusu olmadığı³⁹⁴; alacağın takası suretiyle yapılan sermaye artırımında ise yalnızca şirketin bilançosunda yer alan bir aktifin sermayeye dönüştürülmesi söz konusu olduğundan, mali açıdan iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı ile benzer bir durum olduğu³⁹⁵ ifade edilmiştir.

Kanımızca Genelge öncesinde de sermaye avansının sermayeye dönüştürülmesinin dış kaynaklardan gerçekleştirilen sermaye artırımı olduğu kesindir. Pay sahiplerinin ortaklıktan olan alacakları “fon” değildir; bu tutarlar “alacak hakkı” olarak ortaklığa sermaye getirilmek istendiğinde, “dış kaynak” ve “aynı sermaye” niteliğindedir³⁹⁶. Nitekim sermaye avansının fonksiyonu ve kullanım amacı ancak dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımının ile sağlanabilir. Ortaklığa sermaye sağlamak, başka ortaklıklarla birleşmek³⁹⁷ veya anonim ortaklığın vadesi gelen borçlarının, pay sahibi olan veya olmayan alacaklılarla anlaşarak sermayeye dönüştürülmesi ve böylece likidite sıkıntısı yüzünden ödeme güçlüklerinin giderilmesi³⁹⁸ gibi amaçlar ancak ortaklığın dış kaynaklara başvurusu ile sağlanır.

Mevcut hukuk düzenimiz içerisinde, sermaye avansı mekanizmasının sermaye artırım yönteminin dış kaynaklardan yeni pay çıkarılarak yapılan artırım olduğu konusunda şüphe kalmamış olması gerekir. Öyle ki; kanun koyucu, TTK m. 457/2.a düzenlemesi ile dış kaynaklardan yapılacak olan sermaye artırımının yalnızca şirkete nakdi ya da aynı bir değer getirilerek değil, takas suretiyle şirket borcunun -nominal değer üzerinden- sermayeye dönüştürülmesi ve dolayısıyla sadece şirket borçlarının azaltılması suretiyle de

³⁹³ Nazalı, a.g.e., s.20.

³⁹⁴ Bkz. Çonkar, Mustafa Halil, **Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye**, İstanbul 2016, s. 174; Yazar bu sebeple pay sahibinin alacağını şirkete sermaye getirdiği hallerin alacağın aynı sermayeden farklı olduğuna değinmiştir.

³⁹⁵ Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi, s.72 dn 26.; Yazar ayrıca TTK m. 457/2-a hükmü uyarınca alacağın takası suretiyle yapılan sermaye artırımında zorunlu olan yönetim kurulu beyanında yer alması gereken hususların, aynı hükmün b bendi uyarınca iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında yapılacak yönetim kurulu beyanının içeriği ile benzer olduğunu da ifade etmiştir.

³⁹⁶ Soykan, a.g.e., s.198; Ayrıca sermaye avansının TTK m.462 anlamında yedek akçe veya fon niteliğinde olmadığı yönünde 11. HD. 2021/1887 E, 2022/6427 K. 28.09.2022, erişim tarihi: 06.09.2023

(<https://www.yargitaykararlari.com.tr/ictihatdetay-42808-11hukukdaireesi-Yargitay-11-Hukuk-Dairesi-2021-1887-Esas-2022-6427-Karar-Sayili-Ilami.html>).

³⁹⁷ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.348

³⁹⁸ Moroğlu, Erdoğan, Sermaye Artırımı, s.15.

yapılabileceğini kabul ve beyan etmiştir³⁹⁹. Ticaret Bakanlığı genelge ile de pay sahibinin şirketten olan borçlarını getirmesinin aynı sermaye olarak yapılabileceği teyit edilmiştir⁴⁰⁰.

Kanun koyucu şirketin sermaye artırımını ile dışarıdan yeni kaynak toplamadan önce var olan ilişkilerinden ve iç kaynaklarından olan bedellerin kullanılmasını öngörmüştür. Bu düzenlemelerden ilki TTK m.456-457’de öngörülen sermaye artırımını öncesinde çıkarılan şirket paylarının nakdî bedellerinin, sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarlar olmadıkça, tamamen ödenmiş olmasına ilişkin gerekliliktir. Böylelikle, sermayeye ihtiyacı olan anonim ortaklığın sermaye artırımına gitmeden önce bu ihtiyacını pay sahiplerinden olan borçlarından karşılaması amaçlanmıştır⁴⁰¹.

Diğer bir düzenleme ise TTK m.462/3’te bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların varlığı halinde, dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımından önce bu fonların sermayeye dönüştürülmesine ilişkin getirilen zorunluluktur. Şirket bünyesinde fon bulunmasına rağmen dış kaynaklardan sermaye artırımını yapılmak isteniyorsa; bu fonların sermayeye dönüştürülmesi ile eşzamanlı ve aynı oranda sermayenin taahhüt edilmesi yoluyla sermayenin artırılmasına izin verilmiştir. Maddede yalnızca “bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fon” ifadesi kullanıldığı için tüm iç kaynaklar bu kapsama girmeyecektir⁴⁰².

2. Sermaye Avansı İlişkisi Kapsamında Taraflarının Karşılıklı İştirak İlişkisi Kurmasının Sermaye Artırımında Nisaba Etkisi

Sermaye avansının sermaye artırımını yoluyla ödenmesi durumunda esas sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde sermaye artırımını kararı, TTK m.421 uyarınca şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurul toplantısında, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. Genel kurulda sermaye artırımına yönelik çoğunluğun sağlanmaması sermaye avansının bu yol ile ifasını engellemektedir.

³⁹⁹ Özdin, Funda, “Sermaye Artırımında Sermayenin “Takas” Suretiyle Sağlanması İşleminin Hukuki Niteliği Ve Takas Konusu Alacağın “Değerlendirilmesi” Meselesi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 18, 2020, S. 208, s.1573-1638, s. 1618.

⁴⁰⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.A.

⁴⁰¹ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.45-46.

⁴⁰² Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku., s. 351; “Fon” ifadesinden belli bir amaca özgülenmemiş sermaye artırımında kullanılabilir diğer iç kaynakların hepsini kapsadığı kabul edilmesi gerektiği yönünde Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.56.

Sermaye artırımını için gerekli olan çoğunluk, diğer pay sahiplerinin sermaye artırımına olumlu oy vermemesi sebebiyle gündeme gelebileceği gibi⁴⁰³ bu konudaki yasal kısıtlamalar da sermaye artırım kararı alınmasını engelleyebilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen ve TTK m.197 ve devamı hükümlerinde düzenlenen karşılıklı iştirak hükümlerinin de bu çerçevede irdelenmesi gerekmektedir.

Alacaklı pay sahibinin gerçek kişi veya tüzel kişi olması mümkün olduğunu ifade etmiştik. Hem sermaye avansının alacaklısının hem de borçlusunun birbirlerinin paylarına sahip sermaye şirketleri olması halinde sermaye avansı ilişkisi karşılıklı iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Şirketlerden birinin diğeri üzerinde, TTK m.195 ve devamı hükümleri uyarınca hâkimiyeti bulunmaksızın, iki sermaye şirketinin birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip olması haline *basit karşılıklı iştirak*⁴⁰⁴; bu şirketlerden en az birinin diğeri şirket üzerinde hakimiyet sahibi olduğu durumlara ise *nitelikli karşılıklı iştirak* adı verilir.

Bu karşılıklı iştirak türlerine bağlanan sonuçlar birbirlerinden farklı olmakla birlikte iki iştirak türünde de pay sahipliğinden doğan hakların kullanımı kısıtlanmaktadır. Bu durum, sermaye avansının sermayeye dönüştürülerek ifası amacıyla gerçekleştirilen sermaye artırımını konulu genel kurul toplantılarında etkisini gösterir.

TTK m.201/1 uyarınca basit karşılıklı iştirak halinde; bir sermaye şirketinin paylarını iktisap eden ve karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan oylarıyla diğeri pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanmasına izin verilmektedir. Bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğeri tüm pay sahipliği hakları donar. Belirtilmelidir ki; bu kısıtlamaya tabi olan şirket “*karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren*” şirkettir. Dolayısıyla kısıtlama karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerden her ikisine değil, ilke olarak karşılıklı iştirak durumunun yaratılmasına sebebiyet veren şirkete uygulanır⁴⁰⁵. İşin doğası gereği, şirketten pay iktisap ederek karşılıklı iştirak durumu yaratılmasına sebep olan ikinci şirketin elindeki paylara karşılıklı iştirakin sonuçlarının uygulanması gerektiği kabul edilir⁴⁰⁶.

⁴⁰³ İkinci Bölüm.IV.2.B.

⁴⁰⁴ Şirketlerden biri diğeri 25% oranında payını elinde bulundururken; diğeri 25%'in altında kalmış ise teknik olarak karşılıklı iştirak yoktur. Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s.194.

⁴⁰⁵ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s.175.

⁴⁰⁶ İkinci şirketin böyle bir yapıtıma tabi olması, ikinci şirketin önceki pay iktisabından haberdar olmasına, yani kendisinin ilk şirketten pay iktisap edindiği takdirde karşılık iştirak durumu doğacağını *bilmesine* bağlıdır. Diğeri bir deyişle, ilk şirketin ikinci şirketten pay aldığını o şirkete bildirmiş olması veya ikinci şirketin bunu başka bir şekilde öğrenmiş olması gerekir. Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s.176.

Sermaye avansının pay sahibi tarafından şirkete verilen borç olduğunu ifade etmiştik. Bu borcun sermayeye dönüştürülerek ifa edilmesi için borçlu şirkette genel kurul toplantısında sermaye artırımı kararı alınmalı ve pay sahibi çıkarılan payları iktisap etmelidir. Şirketler arasında sermaye avansının sermayeye dönüştürülmesi öncesinde halihazırda karşılıklı iştirak durumu varsa, yukarıdaki açıklamalarımıza göre basit iştirakin sonuçlarını hangi şirket üzerinde doğacağı belirlenir. Eğer sermaye avansının alacaklısı olan şirket üzerinde uygulama alanı buluyorsa; pay sahibi, borçlu şirkette gerçekleştirilen genel kurulda paylarının yalnızca ¼ oranında olumlu oy kullanabilir.

Hükümde donma sonucunun kural sadece oy hakları için değil, diğer tüm pay sahipliği hakları için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Paya bağlı olan rüçhan hakkının⁴⁰⁷ da bu kapsamda değerlendirilebileceği ilk akla gelen sonuç olmasına rağmen hükmün gerekçesinde rüçhan hakkının bu kısıtlamadan istisna tutulduğu belirtilmiştir⁴⁰⁸. Donan pay sahipliği hakları toplantı ve karar nisabında dikkate alınmayacağı için karşılıklı iştirak, doğrudan doğruya sermaye artırımı kararı alınmasını engellemeyecektir.

İleride ifade edildiği üzere sermaye avansı ilişkisinde taraflar, alacaklı pay sahibinin genel kurulda sermaye artırımı konusunda olumlu oy kullanması ve rüçhan hakkının kullanılacağı konusunda anlaşmıştır⁴⁰⁹. Oy haklarının donması karşılıklı iştirakin kanuni bir sonucu olduğu için alacaklının anlaşmadan doğan yükümlülüğünü yerine getirmesi hukuka aykırı olacaktır. Tarafların bu yöndeki anlaşması kanunun emredici hükümlerine aykırılık taşıdığı ölçüde, diğer bir deyişle yalnızca paylarının donduğu ölçüde, kısmi geçersizliğe tabi olacaktır. Pay sahibinin, oy kullanmasına izin verilen oranda toplantıya katılmak, olumlu oy kullanmak ve buna bağlı hakları kullanmak hususlarındaki sözleşmesel yükümlülüğü devam eder.

Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda ise birbirlerinin sermayesine katılmış olan şirketlerden biri hâkim şirket, diğeri bağlı şirket konumunda olduğundan yavru şirketin, ana şirket paylarını satın alması söz konusudur⁴¹⁰. Hakimiyet; ticaret şirketlerden birinin, diğeri paylarının çoğunluğuna veya yönetim kararları alılabilecek oranda paylarına sahip olması

⁴⁰⁷ Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s.2.

⁴⁰⁸ Gerekçe, m.201/1; Doktrinindeki aksi yöndeki görüşlerde madde metninde rüçhan hakkına ilişkin bir ifade yer almadığı vurgulanmıştır. Bkz. Altıntaş, Abdullah, “Anonim Ortaklıklarda Karşılıklı İştirakler ve Sonuçları”, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019, 2020, s. 545-580, s.569; Ayrıca öğretide de karşılıklı iştirak durumu mevcutken, m. 201 kapsamında yaptırıma tabi olan şirketin rüçhan hakkı bakımından haktan yararlanma oranının dörtte bire ineceği belirtilmektedir. Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s.207.

⁴⁰⁹ Bkz. İkinci Bölüm.IV.1.B.

⁴¹⁰ Okutan Nilsson, “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, Cilt:18, Sayı:2, s.255-268, s.259.

yoluyla veya oy sözleşmesi yoluyla tek başına veya diğer pay sahipleri ile birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturmasıyla veya TTK m.195'te öngörülen diğer yollardan biri ile kurulur. Nitelikli iştirak halinde, iştirakte bulunan şirketin oylarının donması sonucunu düzenleyen TTK m.201/1 maddenin ikinci fıkrası gereği uygulanma alanı bulmaz. Ancak öğretide nitelikli iştirakin sonuçsuz kalmadığı ve bu durumda hakimiyete bağlanan sonuçların uygulama alanı bulacağı ve hakimiyete bağlanan sonuçlardan TTK m. 389 ve m.612'nin evleviyetle uygulanacağı ifade edilmiştir⁴¹¹. Bu hükümler, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, karşılıklı katılım oranı ne olursa olsun, hakimiyet ilişkisi kurulduğu takdirde, bağlı şirketin hâkim şirketin paylarını iktisap etmesi durumunda uygulanacak hükümlerdir⁴¹².

TTK m.389 anonim şirket için TTK 612 limited şirketler için yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin paylarının, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmayacağını ve yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı hakların tamamının donacağını düzenlemiştir. Nitelikli karşılıklı iştirak halinde, basit iştiraktan farklı olarak oy haklarının yalnızca ¾'ü değil, tamamı donacaktır.

Sonuç olarak, nitelikli karşılıklı iştirak ilişkisi içerisinde bulunan yavru şirketin hâkim şirkete sermaye avansı vermesi durumunda borcun sermayeye dönüştürülerek ifası için hâkim şirkette gerçekleştirilen sermaye artırımını gündemli genel kurulda bağlı şirket oy haklarının tamamen donması sebebiyle olumlu oy kullanamayacaktır⁴¹³. TTK m.389 da şirketin devraldığı payların oy hakkı yanı sıra hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceği açıkça ifade etmiştir. Bu sebeple payları iktisap eden şirket bu paylara bağlı olan rüçhan hakkını da kullanamaz. Tüm bu açıklamalarımız sonucu, sermaye avansı ilişkisi taraflarının nitelikli karşılıklı iştirak durumunda bulunması halinde alacaklı sermaye artırımına iştirak edemeyeceği için borcun sermayeye dönüştürülmesiyle ifa yolu kapalıdır.

3. Sermaye Avansının Diğer Pay Sahiplerinin Rüçhan Hakkına Etkisi

Sermaye avansı adı verilen şirket borcunun uygulamada kullanılan adıyla şirket sermayesine dönüştürülerek ödenmesi için şirkette sermaye artırım kararı alınmalıdır. Bu kararın alınması

⁴¹¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s.196-197 ve 263.

⁴¹² Okutan Nilsson, Karşılıklı İştirak, s.261.

⁴¹³ Oy hakkının donması hali tüm gündem maddelerine ilişkin olduğu için sermaye artırımına ilişkin de olumlu oy kullanamaz. Bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.304.

için alacaklı pay sahibi şirketin sermaye artırımı konulu genel kuruluna katılmalı ve yeni çıkarılan payları iktisap edebilmek için kanuni rüçhan hakkını kullanmalıdır⁴¹⁴.

Kanuni rüçhan hakkı, sermaye artırımları sonucu çıkarılacak yeni paylardan, ortaklık esas sermayesindeki (veya kayıtlı sermaye ortaklıklarında çıkarılmış sermayesindeki) payları ile orantılı olarak alma konusunda mevcut pay sahiplerine tanınan öncelik hakkıdır⁴¹⁵. TTK m.461’de düzenlenen hak maddenin ilk fıkrasında yer alan “*Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını haizdir.*” düzenlemesiyle pay oranı fark etmeksizin tüm pay sahiplerine kanunen tanınmıştır. Bu hak sermaye artırımı kararı ile doğar ve kullanılır hale gelir⁴¹⁶. Yönetim kurulu rüçhan hakkı sahiplerinin yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az onbeş gün süre verir. Karar tescil edilmesi sonrası, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur ve şirketin internet sitesine konulur. Şirkete borç veren pay sahibinin bu hakkını kullanacağını bu süre içerisinde bildirmelidir.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması TTK m.461/2 uyarınca mümkündür. Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir.

TTK m.457/2.a’da, sermayenin artırılması için ortak hükümler içerisinde, yönetim kurulunun bir beyan hazırlaması gerektiği ve bu beyanda rüçhan hakları sınırlandırılmış veya kaldırılmışsa bunun sebepleri, miktarı ve oranı; kullanılmayan rüçhan haklarının kimlere, niçin, ne fiyatla verildiği hakkında belgeli ve gerekçeli açıklamaların yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda TTK m.461/2 uyarınca şirket yönetim kurulunun; rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini, yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini, primin nasıl hesaplandığına ilişkin açıklamaları içeren bir raporun hazırlanıp tescil ve ilan edilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

SerPK m.18/5 uyarınca kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık şirketlerde ise rüçhan hakkının haklı sebebin varlığı halinde sınırlandırılması veya kaldırılmasına icazet veren TTK m.461/2 ve 461/3 hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Bu madde kapsamında “*yeni pay alma haklarının sınırlandırılması*” ile ilgili karar alabilmesi yetkisi esas sözleşmede bu konuda yetkilendirilmiş olmaları şartıyla yönetim kuruluna verilmiştir. Bu yetki ise kanundaki

⁴¹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.2.

⁴¹⁵ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.299-300

⁴¹⁶ Poroy / Tekinalp, Ünal/Çamoğlu Ersin; **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 11.Bası, İstanbul 2009, s.775.

ifadesiyle “*pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde*” kullanılamaz. Belirtilmelidir ki; bu hükmün uygulama alanı sadece kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık şirketleri kapsamaktadır; esas sermaye sistemini benimsemiş halka açık anonim şirketlerde rüçhan hakkı sınırlamasında yine TTK m.461 uygulanır⁴¹⁷.

Gerek TTK gerek SerPK hükmünde kanuni rüçhan hakkı düzenlemesiyle korunmak istenen değer, sermaye artırımını sonrası pay sahiplerinin anonim şirketteki pay oranıdır⁴¹⁸. Nitekim, bu değer, TTK m.461/2’nin 3.cümlesinde açıkça rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasıyla, hiç kimsenin haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılamayacağı veya kayba uğratılamayacağı şeklinde ayrıca düzenlenmiştir.

Sermaye avansı adı verilen şirket borcunun paya dönüştürülmesi yoluyla tamamen sona erdirilebilmesi için alacaklının borcunun, varsa faiziyle birlikte tamamına karşılık gelecek miktarda pay edinmek üzere rüçhan hakkını kullanması gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere kanunen öngörülen rüçhan hakkı tüm pay sahiplerine şirketteki payları oranında tanınmıştır. Bu durumda sermayenin borç miktarınca artırılmasına karar verilirse, şirketin borcunun ifa etmesi diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkının sınırlandırılması için *haklı sebep* teşkil ettiği veya SerPK’daki tanımı ile *pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratmayan bir kısıtlama sebebi* olarak kabul edilebilir mi?

TTK m.461/2 haklı neden oluşturabilecek bazı sebeplere⁴¹⁹ yer verilmiş olmasına rağmen madde gerekçesinde bu sayılan sebeplerin sınırlı sayıda (“*numerus clausus*”) olmadığı düzenlenmiştir⁴²⁰. Gerekçede ayrıca şirketin finansal menfaatleri, ödeme dar boğazından kurtulma, teknoloji alınması ve benzeri sebepler haklı sebeplere örnek olarak gösterilmiştir.

Anonim şirketin bir sermaye şirketi olmasından ötürü rüçhan hakkının kısıtlanmasında, kişiye bağlı değil nesnel gerekçeler dikkate alınır⁴²¹. *Tekinalp*, haklı sebeplerin; özellikle gerekçe ve kanun maddesinde gösterilen örnekler dikkate alındığında anonim şirket menfaatleri, şirket büyüme stratejileri ve sosyal düşünceler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴²². *Kendigelen*, haklı sebep sayılabilecek hususları değerlendirirken eşit işlem ve

⁴¹⁷ Yanlı, Veliye, “**Türk Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanununun Bazı Ortak Konulara İlişkin Düzenlemelerinin Karşılaştırılması**”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Editör: Korkut Özkorkut, s.57-58

⁴¹⁸ Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul, 2013, s.306

⁴¹⁹ Halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları halleri rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılması için haklı sebep olarak gösterilmiştir.

⁴²⁰ TTK m.461/2 gerekçe.

⁴²¹ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.91

⁴²² Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s.307.

hakların sakınılarak kullanılması ilkesi göz önünde tutularak tüm pay sahiplerinin ortak ve şirketin ekonomik menfaatlerinin gözetilmesi gerektiği; belirli bir pay grubu ya da hâkim ortağın menfaatlerinin göz önünde tutularak rüçhan haklarında kısıtlamaya gidilmesinin haklı neden oluşturamayacağını ifade etmiştir⁴²³. Adıgüzel, rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasına yönelik kararın anonim şirketin kısa veya uzun vadede değerinin artmasını sağlayıcı bir nitelik taşıması rüçhan hakkının kaldırılmasının haklı olup olmadığını belirlemede bir ölçüt olarak kullanılacağını belirtmiştir⁴²⁴.

Sermaye avansının alacaklısı olmayan diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkının kısıtlanması onların bu şirketteki sermaye oranlarının sulandırılması (“*dilute*”) anlamına gelir. Rüçhan hakkının varlığı, çoğunluk pay sahiplerinin sermaye artırımını imkânını azınlık pay sahiplerine karşı bir silah olarak kullanmasını engeller⁴²⁵. Bu sebeple sermaye avansı alacaklı yönünden borcun şirket payına dönüştürerek ifa edilmesine ilişkin sözleşmesel hakkı, şirketin mali olarak daha az zorlanacağı borcun paya dönüştürülerek ifa edilmesi hususundaki menfaati ve diğer pay sahiplerinin pay oranlarının korunmasına ilişkin menfaatler dengelenerek bir sonuca varılmalıdır.

Bu sebeple diğer pay sahiplerinin menfaatlerinin zedelenmemesi için rüçhan hakkının sınırlandırılma sebebi *gereklilik*⁴²⁶, *eşitlik*⁴²⁷ ve *ölçülük*⁴²⁸ ilkelerine göre değerlendirilmelidir. Borcun ifası için sermaye artırımını ve rüçhan hakkının kısıtlanması yoluna gitmek yerine, ortakların sermaye artırımına katılmasının mümkün olması ölçülülük ilkesini; ortaklardan hepsinin şirkete ek sermaye koyma imkânı varken, bazılarının sermaye koyması için rüçhan hakkının kaldırılması eşitlik ilkesini, ortadan kaldırır⁴²⁹.

⁴²³ Kendigelen, Sermaye Benzeri Kredinin Sermayeye Dönüştürülmesi, s.65vd

⁴²⁴ Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s.7.

⁴²⁵ Akın, İrfan, “**Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımında Pay Sahiplerinin Hakları**”, TBB Dergisi, Mayıs-Haziran 2013, Sayı 106, s.11-41, s. 26.

⁴²⁶ Rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılmasında gereklilik ilkesi; alınan kararın anonim şirketin devamlılığı ve varlığı için zaruri olan objektif sebeplere dayanmasıdır. Anonim şirket için rüçhan haklarını sınırlandırmak veya kaldırmaktan başka bir seçenek yoksa veya birkaç seçenek içinde rüçhan haklarının sınırlandırılması ya da kaldırılması amacı gerçekleştirecek en iyi seçenek ise, gerekliliğin varlığı kabul edilir. Bkz. Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s.10.

⁴²⁷ Eşit işlem ilkesi, eşit şartlarda bir pay sahibinin diğer bir pay sahipleri gibi işleme tabi tutulmasıdır. Ancak bunu, aynı şartların varlığında her bir pay sahibinin diğer pay sahibinden daha kötü bir işleme tutulmaması olarak anlamak gerekir. Bkz. Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s.11.

⁴²⁸ Ölçülük ilkesince kararın yöneldiği amacın anonim ortaklığın menfaatine olmakla beraber, bu amaca çoğunluğa zarar vermeden ve azınlığa da daha az zarar verecek bir yol veya yollarla ulaşmak mümkün olduğu takdirde, bu yolun seçilmesi çoğunluktan beklenmelidir Bkz. Yıldız, Şükrü, **Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı**, İstanbul, 1996, s.293; Bkz. Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s.13.

⁴²⁹ Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s. 21.

Öğretide bir görüş; ortaklığın finansman ihtiyacı, borçların sermayeye dönüştürülmesi gibi sebeplerin diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkının kısıtlanmasında haklı sebep olarak kabul edilmesini gerektğini ileri sürmektedir⁴³⁰. Sermaye avansı adı verilen borcun paya dönüştürülerek ödenmesi, alacaklı pay sahibinden bireysel menfaatinden ziyade şirket menfaatine yöneliktir. Borcun bu yol ile ödenmesi ile şirketten nakit veya başka bir aktif çıkışı olmaksızın şirket borçlarından kurtulmuş olduğu için şirket mali gücünü artırır. Şirket menfaati öncelenerek ve şirketin mali durumu düzeltilmesi amacı güdülerek rüçhan hakkının kısıtlanması yapılacaksa; borcun ifası için rüçhan hakkının kaldırılması, ancak şirketin mali durumunu düzeltmek için başka bir yol kalmaması halinde meşru olduğu kabul edilmelidir⁴³¹. Bu görüşe göre makul ticari anlayış çerçevesinde söz konusu malvarlığı değerlerinin başka bir biçimde şirket tarafından iktisabının mümkün olmaması gereklidir^{432 433}.

Biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz. Şirketin mali güçlük içerisinde olması sebebiyle borcun paya dönüştürülmesi durumunda dahi diğer pay sahiplerinin rüçhan haklarının kısıtlanmaması bu borcun paya dönüştürülmesi önünde bir engel teşkil etmez. Şirket sermaye artırımı bedelini, alacaklı pay sahibinin pay oranınca iştirak edebileceği meblağı göz önünde bulundurarak belirleyebilir.

Aynı doğrultuda, pay sahibinin borcunun şirket sermayesine dönüştürülmesi sisteminin şirketin diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkının sınırlandırılması için haklı sebep arz edip etmeyeceği konusunda Yargıtay, 2018 yılında vermiş olduğu kararda artırılan sermayenin ortaklara borçlar hesabından karşılanacağını belirten sermaye artırımı konulu genel kurul kararını; mali yönden şirket yararına olsa bile TTK'nın 463/1. maddesinde yer alan her pay sahibinin, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını

⁴³⁰ *Moroğlu*, rüçhan hakkının kısıtlanması için sunulan “haklı neden” kapsamının borçların sermayeye dönüştürülmesini kapsaması gerektiğini ifade etmiştir. bkz. *Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları*, İstanbul 2009, s.264; *Anonim şirketlerin borçlarının ödenmesi amacıyla alacaklıları pay sahibi yapmak, borçların sermayeye dönüştürülmesidir*. Borçlar sermaye dönüştürülürken, alacaklılara yeni çıkarılacak paylardan şirket pay sahiplerinin rüçhan hakkı kısıtlanarak veya kaldırılarak pay verilmesi yoluna gidilmesi bir zorunluluktur. Bkz. *Adıgüzel, Rüçhan Hakkı*, s.18.

⁴³¹ *Göksoy, Can Yaşar; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 363-440, s.420; *Adıgüzel, Rüçhan Hakkı*, s.19-20.

⁴³² *Göksoy, Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması*, s.85.

⁴³³ Aksi yönde *Yüce, Sermaye Borcunun Takası*, s.92; *Adıgüzel, Rüçhan Hakkı*, s.18; Doktrinde bazı yazarlar sermaye borcunun takas yoluyla ödeme halinin haklı sebep sayıldığını ifade etmiştir. Fakat sermaye borcunun takas yoluyla ödenmesini gerekçe göstererek rüçhan hakkı kısıtlanmak istendiğinde, genel kurul kararında neden bu yönde bir tedbire başvurulduğunun açıkça gösterilmesi gerekir. Böylece, şirket ortakları ve gerektiğinde mahkemenin rüçhan haklarının gerçekten haklı bir sebeple kaldırılıp kaldırılmadığı yönünde denetim yapması kolaylaşır.

ihlal edeceğinden, yani diğer ortakların rüçhan haklarını ortadan kaldıracığından söz konusu genel kurul kararının iptaline karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴³⁴.

Yargıtay görüşünün borcun paya dönüştürülerek ifa edilmesinin diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkının kısıtlanması için haklı sebep olmayacağı yönünde olduğu göz önüne alındığında şirketin pay sahibine olan borcunu tamamen ifa etmesi için, alacaklı pay sahibinin şirketteki pay oranına bağlı olarak kullanabileceği rüçhan hakkı karşılığı borç bedeline denk düşecek şekilde hesaplanmalı ve sermaye artırım bedelini buna göre belirlenmelidir.

Kanımızca bu yaklaşım, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için uygundur. Böylece hem alacaklı pay sahibinin rüçhan hakkını kullanması ile borç sona ermiş olur, hem de diğer pay sahipleri dilerse rüçhan haklarını kullanarak şirkette yeni pay edinin pay sahipliği oranının koruyabilirler. Aksi bir görüşün benimsenmesi, özellikle hâkim ortak tarafından verilen sermaye avanslarında, hâkim ortağın kolay yoldan pay sahipliği oranını artırması ve küçük pay sahibinin pay oranının bilinçli olarak düşürülmesi amacıyla kullanılabileceği için tehlikelidir.

4. Sermaye Avansının Malvarlığı Değeri Olarak Nakdi ve Ayni Sermaye Konusu Edilebilmesi

Dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımında yeni çıkarılan payların sermaye koyma borcu iktisap eden pay sahiplerince ödenmelidir. Pay sahiplerinin sermaye olarak şirkete getirebilecekleri malvarlığı değerleri TTK m.127/1’de düzenlenmiştir. TTK’da “nakdi sermaye” ve “ayni sermaye” olmak üzere iki ayrı sermaye türü benimsenmiştir⁴³⁵. Pay sahipleri iktisap ettikleri payların sermaye borcunu TTK m.344 uyarınca nakden veya TTK m.342 ve devamı hükümleri uyarınca ayni malvarlığı olarak ifa edebilirler. TTK’da nakdi sermayeye veya ayni sermayeye ilişkin bir tanım yapılmış değildir. Ancak bu ayırımın sınırları sermayenin tedariki ilkesi ve bu ilke uyarınca kanuna dâhil edilmiş hükümler değerlendirilerek tespit edilebilir⁴³⁶. Ayni ve nakdi sermaye arasındaki fark, taahhüt edilen değerlerin ifasına ilişkin ilkelerin farklı olmasından kaynaklanmaktadır⁴³⁷. Bu sebeple bir

⁴³⁴ Yargıtay 11. HD 2016/10776 E., 2018/5577 K. sayılı ve 24.09.2018 tarihli kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2016-10776-k-2018-5577-t-24-9-2018>; 11. HD, 2021/1887 E. 2022/6427K. erişim tarihi: 6.9.2023 (<https://www.yargitaykararlari.com.tr/ictihatdetay-42808-11hukukdaireesi-Yargitay-11-Hukuk-Dairesi-2021-1887-Esas-2022-6427-Karar-Sayili-Ilami.html>).

⁴³⁵ Çonkar, a.g.e., s.173.

⁴³⁶ Çonkar, a.g.e., s.165.

⁴³⁷ Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s.479.

malvarlığı değerinin hangi türden sermaye olduğunun belirlenmesi ifa yöntemi ve değerleme ölçütlerinde farklılık yaratır.

Sermaye artırımının türü iştirak eden pay sahiplerinin iştirak taahhütnamelerinden, yönetim kurulu tarafından TTK m.457'ye uygun olarak rapordan ve nihayetinde genel kurulun aldığı sermaye artırım kararından anlaşılmaktadır.

Sermaye avansının şirkete sermaye olarak getirilmesinin hangi tür sermaye artımı konusu edilebileceği doktrinde tartışılmıştır. Sermaye avansının şirkete sermaye olarak getirilmesini konu alan ve ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Ticaret Bakanlığı genelgeleri ve görüş yazısında aynı sermayeye işaret edilirken, para ödücünün takas konusu edilmesinin nakdi sermaye olarak yorumlanması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır⁴³⁸.

Kanımızca halka kapalı anonim şirketlerde⁴³⁹ sermaye avansının her iki sermaye artırım türüne de konu edilmesi mümkündür⁴⁴⁰. Eğer aynı sermaye artırım yapılmışsa pay sahibinin şirketten olan alacağını aynı sermaye olarak getirmesi yoluyla, eğer nakdi sermaye artımı yapılmışsa sermaye bedelinin takasıyla sona erdirilmesine izin vermektedir. *Borcun paya dönüştürülmesi* olarak da bu ifa yolunun işletilmesi için borçlu şirkette sermaye artırım kararı alınması, alacaklı pay sahibinin ise rüçhan hakkını kullanarak yeni çıkarılan bu payları şirketten olan alacağına karşılık olarak iktisap etmesi gerekir.

Aşağıda sermaye avansının her iki sermaye türünde de şirkete sermaye olarak getirilmesini detaylı olarak inceleyeceğiz.

A. Sermaye Avansının Aynı Sermaye Olarak Şirkete Getirilmesi

aa. Sermaye Avansının Aynı Sermaye Niteliği

Nakit sermaye dışında kalan, ekonomik değere sahip olan, devredilebilir nitelikteki, şirketlerin amaç ve konusuna uygun olan malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak kabul

⁴³⁸ Şirkete karşı alacakların sermaye olarak konulması da kural olarak aynı sermaye işlemi fakat takas yöntemiyle ifa edilenlerin nakdi sermaye borcu olduğu yönünde Ayoğlu, a.g.e., s 45 vd; Arıcı, Vadeli Alacak, s .328 dn. 44

⁴³⁹ Sermaye Piyasası Kurulu'nun VII-128.1 sayılı Pay Tebliği m.12/4 uyarınca halka açık ortaklıkların yapacakları bedelli sermaye artırımlarında ortaya çıkan sermaye koyma borcunun nakit olarak yerine getirilmesi zorunlu tutulduğu için bu şirketlere aynı sermaye getirilmesine izin verilmemektedir.

⁴⁴⁰ Aynı doğrultuda Arıcı, Türk hukuku açısından şirkete karşı muaccel alacakların aynı şirkette sermayeye dönüştürülmesinin, mutlaka aynı sermaye koyma yöntemi ile olmayabileceğini, özellikle ortağın/pay sahibinin şirkete karşı muaccel alacaklarının sermayeye dönüştürülmesinin, nakdi sermaye borcunun takas ile ifası olarak ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Arıcı, Vadeli Alacak, s.327-328.

edilir⁴⁴¹. Nakdi sermaye ölçüt alınarak yapılan bu ayırım, kanun sisteminin temel bir esası olduğu gibi, alacağın nakit dışı sermaye olduğu öğretide de genel kabul görmektedir⁴⁴².

Sermaye avansı, pay sahibi tarafından şirkete verilen bir borç olduğu için; pay sahibi lehine bir alacak hakkı yaratır. Borçlu şirkette gerçekleştirilen sermaye artırım sonucu ortaya çıkan payların sermaye bedelinin ödenmesi için sermaye avansının kullanılması, bir alacak hakkının aynı sermaye olarak şirkete getirilmesi anlamına gelir.

Genel hüküm olan TTK m.127/1.a’da alacak hakkının ticaret şirketlerine sermaye olarak getirileceği belirtilmiştir. Anonim şirkette aynı sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı unsurlarını düzenleyen TTK m.342 ve limited şirketlerde aynı sermayeyi düzenleyen TTK m.581’de “*Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.*” hükmünün mefhum-u muhalifinden, vadesi gelmiş alacakların aynı sermaye olarak şirkete getirilebildiği sonucuna varılmalıdır.

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 15.7.2013 tarihli görüş yazısında⁴⁴³ şirkete sermaye olarak getirilen alacakların borçluları arasında ayırım yapmaksızın TTK m.128’e göre sermayeye ilavesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Keza Bakanlık’ın 27.09.2013 tarihinde yayımlanan genelgesinde⁴⁴⁴ de TTK m.127/2 ve m.342/1’e atıf yaparak nakden değerlendirilebilme ile devrolunabilme nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde alacakların sermaye şirketine aynı sermaye olarak konulabileceği tekrar edilmiştir. Bu düzenleme ile borcun niteliği fark etmeksizin pay sahibinin alacaklarının TTK m. 342’deki aynı sermaye hükümlerine tabi olacağı ifade edilmiştir. Alman hukuk sisteminde de benzer şekilde borçlusu üçüncü kişi olan alacaklar ile borçlusu şirket olan alacaklar arasında ayırım yapılmaksızın her iki değer de “aynı sermaye” (“Sacheinlagefähigkeit”) olduğu ve aynı sermaye hükümlerine uyulmak suretiyle şirkete getirilmek zorunda oldukları kabul edilmiştir⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Özdamar, Mehmet, “**6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar**”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Yıl 2015, Cilt: 1 Sayı: 1, s.143 – 156, s.145.

⁴⁴² Arıcı, Vadeli Alacak, s. 319; Aksi yönde Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 56; eTTK döneminde bkz. Domaniç, TTK Şerhi II, s. 184.

⁴⁴³ 15.7.2013 tarihli 67300147.431.04/559478/4979 – 5665 sayılı Sermaye Artırımı konulu Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan görüş yazısı.

⁴⁴⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü’nün 67300147.431.04/559478/4979 – 5665 sayılı, “Alacağın Aynı Sermaye Olarak Şirkete Konulması” başlıklı 27.09.2013 tarihli genelgesi.

⁴⁴⁵ BGHZ 15, 52, Kn. 60; Baumbach A and Hueck A, **GmbHG Kommentar**, (22th edn, C.H.BECK 2019), § 5, Kn. 27, 28 ve § 19, Kn. 51;) (Özdin, a.g.e., s. 1577 naklen).

Ticaret Bakanlığı'nın yayınladığı genelge sonrası öğretide genel kanı, sermaye avansının şirket sermayesine dönüştürülmesi işleminde sermaye avansının yalnızca aynı sermaye olarak şirkete getirilmesi yoluyla şirket borcunun sermayeye tahvilinin gerçekleşebileceği yönündeydi⁴⁴⁶. Ticaret Bakanlığı'nın bu konudaki düzenlemeleri alacağın aynı sermaye olarak getirilmesini düzenlemektedir fakat görüşümüze göre, bu durum sermaye avansının nakdi sermaye borcuyla takas edilerek sona erdirilmesini dışlamamaktadır⁴⁴⁷. Nitekim uygulamada da sermayeye avansının nakdi sermaye artırımı sonrası takas ile ifa edildiğini görmekteyiz.

Bu iki sermaye artırımı türünü birbirinden ayırmak için “ortaklığa sermaye olarak ne getirilmek/ne taahhüt edilmek istendiğine” bakılmalıdır ki, bu sorunun cevabı pay sahibinin iştirak taahhütnamesinde ve sermaye “artırım kararı”nda yatar⁴⁴⁸. İştirak taahhütnamesi taahhüt edilen payların sayılarını, itibarî değerlerini, cinslerini, gruplarını, peşin ödenen tutarı içeren bir belgedir. Aynı sermayede, nakdi sermaye getirilmesinden farklı olarak kısmi ödeme söz konusu değildir, tutarın tamamı tescille ödenir. Şirkete aynı sermaye olarak konulmak istenen malvarlığının değeri TTK m.343 uyarınca bilirkişi tarafından tespit edilir ve raporlanır. Bu hüküm nakdi sermayenin ifasında geçerli değildir. Dolayısıyla aynı sermaye artımı yapıldığı genel kurul kararlarında “*bilirkişilerce (veya YMM/SMMM veya denetime tabi olan şirketlerde denetçi tarafından) tarihli rapor ile tespit edilen, ortaklıktan olan nakdî alacağından karşılandığı...*” şeklinde kullanılan ifade aynı sermaye yapılmış olduğuna işaret eder⁴⁴⁹.

Bir malvarlığı türünün aynı sermaye kategorisi altında değerlendirilmesinin uygulamadaki en önemli sonucu malvarlığı değerlemesinin bilirkişi incelemesiyle yapılacak olmasıdır. Kanun koyucu aynı sermayenin nakdî sermayeden farklı olan yönü ve taahhüdün yerine getirilmemesi halinde ortaklık sermayesinin tam oluşmaması tehlikesi nedeniyle, ifa edilmiş tarzını nakdî sermaye borcunun ifasından farklı esaslara tâbi kılmıştır⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Soykan, a.g.e., s.351-352.

⁴⁴⁷ Bu konuda bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasası, s.90 dn. 353.

⁴⁴⁸ Soykan, a.g.e., s. 353.

⁴⁴⁹ Soykan, a.g.e., s. 353-354.

⁴⁵⁰ Sevi, a.g.e., s.273; TTK'nın aynı sermayeye ilişkin olarak öngördüğü yasal rejim; hangi değerlerin aynı sermaye olarak konulabileceklerine yönelik düzenlemeler (TTK m. 127 ve m. 342 hükümleri), aynı sermaye olarak taahhüt edilen değere mahkeme eliyle değer biçilmesine ilişkin düzenleme (TTK m. 343 hükmü) ve aynı sermaye taahhüdünün yapılma biçimi ile şirketin aynı sermaye olarak konulan değer üzerinde mülkiyet hakkını kazanmasına ilişkin düzenlemeler (TTK m. 128 hükmü) olmak üzere üç başlık ayrı altında düşünebilmek mümkündür. Bkz. Ayoğlu, a.g.e., s. 50 dn.30.

TTK m.343 uyarınca şirkete aynı sermaye konulması halinde şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince bilirkişi atanmalıdır. Atanan bilirkişi, aynı olarak konulan her malvarlığı karşılığı Türk lirası değerini tespit etmeli ve pay miktarı değerlendirilmesini içeren bir değerlendirme raporu hazırlanması gerekmektedir.

Şirkete sermaye olarak konan alacağın borçlusunun şirket olması, alacak hakkının sermaye olarak ticaret şirketlerine getirilmesine imkân veren genel hükümlerden (TTK m.457/2.a) ayrı olarak TTK'da düzenlenmemiştir. Bu sebeple diğer alacak haklarının sermaye olarak şirkete getirilmesi için TTK m.343'te öngörülen ifa işlemlerinin sermaye avansının şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi için de uygulanacağı düşünülebilir.

Kanun koyucunun şirketin borçlusu olduğu alacak haklarının sermaye olarak şirkete getirilmesi ile pay sahibinin üçüncü kişilerden olan alacaklarını şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi arasında ayırım yapmadan bilirkişi prosedürüne bağlamamış olması, uygulamada sıkça kullanılan sermaye avansının şirket sermayesine dönüştürülmesi sistemini işin gereklerine uygun düşmeyecek şekilde hantallaştırmıştır.

Geçmişte asliye ticaret mahkemelerinin bilirkişi atanması için kendilerine yapılan başvuruları; pay sahibinin şirketten olan alacağını sermaye olarak koymak istemesi halinde değer tespiti için TTK'da bu mahkemelere açıkça görev verilmemesi, mahkemelerin bilirkişi atayıp bu bilirkişilerin raporunu onaylamak dışında ayrıca yargılama işlemi yürütmedikleri, mahkemenin kararı halinde nizalı alacak hakkı mahkeme kararına gireceği için bir anlamda varlığının tespit edilmesi anlamına geleceği ve bilirkişilerin hazırladıkları raporda yapılan tespitlerin hatalı olması halinde daha büyük hukuki sorunların ortaya çıkma riski sebepleriyle reddettikleri ve uygulamada bu sebeple birtakım sıkıntıların yaşandığı görülmüştür⁴⁵¹. Bunun yanında işlem denetçisinin 6335 sayılı Kanun⁴⁵² ile TTK'dan çıkarılması ile birlikte, alacak hakkının sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde değer tespitine ilişkin sıkıntılar da meydana gelmiştir⁴⁵³.

Uygulamadaki bu aksaklıkların giderilmesi amacıyla Ticaret Bakanlığı düzenlemeleri ile alacaklısının şirket pay sahibi, borçlusunun ise bizzat şirket olan alacakların borçlu şirkette

⁴⁵¹ Özdamar, a.g.e., s.150; Mahkemelerin bu yorumlarının aksine yazar, m. 343'ün ilk cümlesinde aynı sermayeye değer biçilmesi için mahkemenin bilirkişi atayacağını söyleyerek görevlendirmede bulunduğunu, ayrıca hazırlanan bilirkişi raporuna itiraz imkânı bulunduğundan mahkemenin kanuna aykırılık gördüğü hallerde rapora itiraz edilmesi halinde konuyu yeniden tetkik edilebileceğini ifade etmiştir.

⁴⁵²30 Haziran 2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik

⁴⁵³ Özdamar, a.g.e., s.150.

gerçekleşen sermaye artırımında sermaye olarak getirilmesi özel düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Bakanlık, 27 Eylül 2013 tarihinde yayımladığı genelgede⁴⁵⁴ öncelikle pay sahibinin şirketten olan alacağını bir başka şirketin kuruluşunda veya bir başka şirketin sermaye artırımında aynı sermaye olarak koyması düzenlenmiştir. Bu halde pay sahibinin alacaklı olduğu şirket ile sermaye konulmak istenen şirket farklı şirketlerdir. Bu işlem için TTK m.343 uyarınca bilirkişi tarafından kanun hükümlerine uygunluğu ve değerlemesi yapılmalıdır.

Aynı genelgede düzenlenen ikinci ihtimal ise ortağın şirketten olan alacağını, ortağı olduğu şirketin sermaye artırımında aynı sermaye olarak koymasındır. Bu halde borçlu şirket ile sermaye artırımı yapan şirket aynıdır. Genelgede alacak hakkı aynı sermaye olarak nitelendirilmiş olmasına rağmen bu alacağın varlığının tespitinde TTK m.343'te gerekli görülen bilirkişi raporunun; YMM, SMM veya denetime tabi şirketler için denetçi raporu ile ikame edilebileceği ifade edilmiştir.

Bu genelge de uygulamadaki sorunları çözmeye yetmemiş, konuyla ilgili Ticaret Sicili Müdürlüklerinin farklı uygulamalarda bulunduğu görülmüştür. Bakanlık bu sebeple aynı konuya ilişkin bir açıklama yayımlamıştır. Bakanlık'ın konuyla ilgili yayımladığı 02.01.2014 tarihli yazısında⁴⁵⁵ ortağın şirketten olan alacağının YMM, SMMM ve denetime tabi şirketlerde denetçinin tespitlerini içeren rapor ile tespitinin yalnızca söz konusu alacağın nakdi borçlanmadan kaynaklandığı haller ile sınırlı olduğunu düzenlenmiştir. Diğer tüm alacaklar için TTK m.343'teki bilirkişi raporu ibrazı zorunluluğu devam edecektir.

Bu kapsamda şirkete nakit olarak verilen borçlar, diğer bir deyişle yalnızca ödünç sözleşmesi kapsamında şirkete verilen tutarlar⁴⁵⁶, şirketin diğer borçlarından ayrı tutarak bu alacakların sermayeye eklenmesinin TTK m.343'te aynı sermaye için öngörülen bilirkişi incelemesine konu edilmeyecektir.

Genelge ile yapılmış olan değişiklik aslında TTK m. 343'ün Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sevk edilen ilk hali ile aynı doğrultudadır. Bu metinde *“alacakların sermaye olarak konulmak istenmesi halinde bunların varlığı ve değeri, yeminli mali müşavir veya serbest*

⁴⁵⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 67300147.431.04/559478/4979 – 5665 sayılı, “Alacağın Aynı Sermaye Olarak Şirkete Konulması” başlıklı 27.09.2013 tarihli genelgesi.

⁴⁵⁵ 02.01.2014 tarihli 50035491.449 sayılı Alacağın Aynı Sermaye Olarak Şirkete Konulması konulu Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü yazısı (https://www.ito.org.tr/documents/Ticaret-Sicil/mevzuat/genelgeler-gorusler/ayni_sermaye.pdf).

⁴⁵⁶ Bu düzenleme ile ödünç dışında bir işlemten doğan para alacağının aynı sermaye olarak getirilmesi halinde raporun YMM/SMMM tarafından hazırlanmasına izin verilmediği yönünde Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s.90 dn. 353.

muhasebeci mali müşavir raporuyla belirlenir. Bu rapor da resmi nitelik taşır.” şeklinde yer alan düzenleme daha sonra madde metninden çıkarılmıştır⁴⁵⁷. 6102 sayılı TTK’nın taslağında sermaye artırımını ve daha birçok işlemin denetimi öngörülmüştü. Ancak işlem denetçiliği, 6335 sayılı Kanun ile yeni TTK yürürlüğe girmeden kaldırıldığı için bu işlemlerinin denetimini sağlayacak başka bir koruyucu düzenleme gerekli olmuştur⁴⁵⁸. Kanımızca kanun koyucu bilirkişinin bu görevi üstleneceği kanaatine varmıştır.

Bakanlık düzenlemesinin sermaye avansını bilirkişi raporu zorunluluğundan muaf tutması öğretide içerik olarak uygun bulunmuştur. Ortaklığın borçlu olduğu alacak hem diğer aynı sermaye kalemleri hem de diğer alacaklar ile arasında mahiyet bakımından, özellikle ortaklığın borçlu olduğu alacağın sermaye olarak arz ettikleri nitelik oldukça farklıdır⁴⁵⁹. Pay sahibinin şirketten olan alacağının sermaye olarak getirilmesinde; artırıma konu olan kalem şirketin aktiflerine eklenmesi gereken ve bu sebeple değerinin belirlenmesine ihtiyaç bulunan mücessem/somut bir varlık değil, aksine pasifte yer alan belirli bir rakam olduğundan, bununla ilgili olarak değer biçme prosedürünün işletilmesine kesinlikle gerek duyulmayacaktır⁴⁶⁰.

TTK’da sermaye taahhüdü yoluyla ve iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımlarında ve hatta birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi yapısal değişikliklerde dahi bilirkişi raporu şartı aranmadığı ve mali müşavir raporu ile yetinildiği dikkate alındığında, zaten şirket bünyesinde olan aktif bir değer sermayeye dönüştürülmesini amaçlayan sermaye artırımını için de mali müşavir raporunun yeterli görülmesi, öğretide işlem kolaylığına hizmet eden pratik bir çözüm olarak görülmüştür⁴⁶¹.

İçerik olarak öğretide olumlu karşılanan bu genelge, genelgede varılan sonuç ile gerekçesi tutarlı olmadığı için eleştirilmiştir⁴⁶². Bu düzenleme, bir yandan pay sahibinin şirketten olan alacağının şirkete getirilmesini “aynı sermaye taahhüdü” olarak tanımlamakta, diğer yandan ise aynı sermaye taahhüdünün tabi olduğu yasal rejimin en önemli parçası olan bilirkişi vasıtasıyla değer biçilmesi prosedürünü tamamen devre dışı bırakmaktadır. Şirkete getirilen mal varlığı aynı sermaye işlemi olarak tanımlandıktan sonra bilirkişi incelemesi gerekir; yoksa böyle bir işlem gerekmeyecektir.

⁴⁵⁷ Özdamar, a.g.e., s.150.

⁴⁵⁸ İşlem denetiminin kaldırılmasıyla kamu menfaatlerini koruyacak bir düzenlemenin ikame edilmemesi sebebiyle eleştiriler için bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.273-274.

⁴⁵⁹ Çonkar, a.g.e., s.174.

⁴⁶⁰ Çonkar, a.g.e., s.175.

⁴⁶¹ Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi., s.80.

⁴⁶² Arıcı, Vadeli Alacak, s. 328, dn. 44.

Bu sebeple, bu düzenleme pay sahiplerinden olan borçların şirkete sermaye olarak getirilmesi halinde sermaye türünün ne olacağına ilişkin tartışmalar yaratmıştır. Bir görüşe göre, bu düzenleme ile sermaye avansının sermaye olarak şirkete getirilmesi halinde bunun klasik bir aynı sermaye taahhüdü olmadığı ve melez bir sistem yarattığı ifade edilmiştir⁴⁶³. Fakat, bugün Türk hukukunda anonim ortaklıklarda yalnızca iki sermaye türüne (nakdî ve aynı) yer verildiği için, pay sahiplerinin ortaklıktan olan alacaklarının aynı sermaye olarak kabulü zorunludur⁴⁶⁴.

Bakanlık düzenlemeleri, alacakların aynı sermaye olarak getirilmesi konusundaki bir kanun hükmüne idari bir kurumun düzenlemesi ile istisna getirilmiş olması sebebiyle de öğretilde eleştirilmiştir. Madde metninin ilk halinde yer alan ancak daha sonra yasama organının iradesiyle metinden çıkarılan yöntemin yürütme organının genelgesi ile yeniden kabul edilmesi normlar hiyerarşisinin açık bir ihlalidir⁴⁶⁵. Anonim ortaklıkta nakit dışı sermayenin bilirkişi tarafından değerinin tespit edilmesi zorunlu olup, TTK m.342-343 hükümleri emredici niteliktedir⁴⁶⁶. Hukuk sistematigi açısından kanunda öngörülmüş emredici bir hükme, normlar hiyerarşisinde; aşağıda bulunan bir genelge ile istisna getirilmiş olması hukuka uygun değildir. Kanımızca genelge ile getirilmek istenen düzen, TTK m.343 hükmünün değiştirilmesi ile gerçekleştirilmiş olmalıydı.

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün TTK m. 210/1 hükmünün kendisine tanıdığı yetkiye istinaden, TTK'nın uygulanması konusunda genelge çıkarması mümkün olmakla birlikte, bu yetkinin TTK hükümlerine istisna getiren idari düzenlemeler çıkarma imkânı tanımadığı ve Kanuna aykırı idari düzenlemelerin hukuken geçersiz olacağı konusunda şüphe yoktur⁴⁶⁷. Genelgenin normlar hiyerarşisinin bir ihlali olması sebebiyle geçerli kabul edilmemesi gerektiği ve bilirkişi raporu yerine YMM, SMMM veya denetçi raporunu yeterli sayan sicil memurlarının hukuki sorumluluklarının doğabileceği belirtilmiştir^{468 469}.

Diğer yandan bu görüşün kabulü halinde, genelgenin getirdiği değişikliğin hukuken geçersiz sayılması sonucu, bu genelgeye güvenerek sermaye artırımlarına YMM/SMMM veya denetçi

⁴⁶³ Ayoğlu, a.g.e., s.51.

⁴⁶⁴ Soykan, a.g.e., s.351 dn.25.

⁴⁶⁵ Özdamar, a.g.e., s.150.

⁴⁶⁶ Arıcı, Alacak Hakkının Sermaye Olarak Taahhüdü, s.46.

⁴⁶⁷ Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi, s. 79-80 ve s.79.

⁴⁶⁸ Akdağ Güney, Necla, **Anonim Şirketlerde Kuruluş**, İstanbul 2014, s.110.

⁴⁶⁹ Emredici hükümlere aykırı olması sebebiyle butlan olan genel kurul kararlarının tespiti için dava açılması gerekir. Bu dava m.456/4 atfı ile m.353'te yer alan 3 aylık süre içinde açılmalıdır. Öngörülen süre hak düşürücü süreye olduğu için bu süre içerisinde dava açılmazsa butlan tespit edilemez.

raporu alınması, aynı sermaye getiren pay sahiplerinin haklarını ve işlem güvenliği ilkesini tehlikeye sokacaktır. Kanımızca, genelgenin yayım tarihinin artık yeni sayılmayacak olması dikkate alındığında, istisnanın kanun haline getirilerek öğreti ve uygulamadaki tartışmaların giderilmesi en isabetli çözüm olacaktır.

Bakanlık genelgesinin, sermaye artırımını gerçekleştiren borçlu şirkete sermaye olarak alacak getirilmesi halinde bu alacaklar için bilirkişi raporu ibrazı zorunluluğunun kaldırması, bu rapordaki tespitlere itiraz hakkını da menfaat sahiplerinin elinden almaktadır. Anonim şirkete getirilecek olan aynı sermayenin değerinin tespitini bilirkişiye bırakan kanun koyucu, selefi olan Kanundan farklı şekilde, bilirkişiler tarafından hazırlanan rapora itiraz hakkı öngörmüştür⁴⁷⁰. Bilirkişi raporuna karşı kurucuların ve menfaat sahiplerinin itiraz edebileceği düzenlenmiş olmasına rağmen aynı hak Bakanlık genelgelerinde YMMM/SMMM raporu ile alacak hakkını sermaye olarak koyulması için öngörülmemiştir. Alacağın gerçekten var olduğu ve şirket varlıklarına girmiş olduğunun tespiti, şirketin malvarlığının korunması ve dolayısıyla şirketin alacaklılarını etkilemektedir. Sermaye artımı sonucu, şirkette pay oranları değişecek olan şirketin diğer pay sahipleri için de bilirkişi raporunda tespit edilen unsurlar önem arz etmektedir. Tüm bu çıkar grupları Bakanlık genelgesinin yarattığı düzende itiraz hakları ellerinden alınmıştır⁴⁷¹.

Öte yandan, Bakanlık düzenlemesi ile getirilen değişiklik raporun içeriğine yönelik değildir. Diğer bir deyişle, alan bilirkişi raporuna ikame edilen raporların içeriklerinin de aynı bilirkişi raporu gibi TTK m.343'te öngörülen kriterlere uygun olması aranmalıdır. Bu durum genelge metninde *“bu tespitlere ilişkin rapor”* ifadesine yer verilerek ortaya konmuştur.

Rapor ister bilirkişi tarafından hazırlansın ister Bakanlık genelgesi uyarınca bu raporu hazırlama yetkisi verilen diğer kişiler tarafından hazırlansın, TTK m.343 uyarınca; değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların “gerçekliğinin ve geçerliğinin”, “tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri”nin tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanmasını gerekli kılmıştır. Bunlara ek olarak TTK m.342/1 anonim şirkete sermaye olarak konulabilecek malvarlıklarının (i)sınırlı aynı hak, haciz ve tedbirden ari olmasını, (ii) nakden değerlendirilebilme ve devrolunabilmesini, (iii) söz konusu sermaye alacak ise bu alacağın muaccel olmasını aramaktadır.

⁴⁷⁰ Özdamar, a.g.e., s.152

⁴⁷¹ Durum böyle olmakla birlikte bilirkişinin incelemesi yapılsa bile şirketin alacağın varlığını gerçekten tespit etmesinin mümkün olup olmadığı yönünde bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.A.(bb).(ii).

bb. Sermaye Avansının Ayni Sermaye Olarak Getirilmesinin Şartları

i. Nakden Değerlendirilebilme ve Devrolabilme Şartı

Kesin bir miktar para ile ölçülebilir olmayan ve parasal değerinin takdiri güçlük arz eden bir değer her ne kadar malvarlığı unsuru olsa da anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilemez⁴⁷². TTK m.342'nin yanı sıra TTK m.127/1.j hükmünde de açıkça belirtildiği üzere bir malvarlığı değerinin şirkete sermaye olarak konulabilmesi için “*devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen*” bir değer olması aranır.

Nakden değerlendirilme şartı esas sermayenin nakitle ifade edilme zorunluluğu ile ilgilidir. Esas sermayenin güvence işlevinin doğal sonucu olarak anonim ortaklıkla ilişkiye giren üçüncü kişilerin, alacaklarını tatmin amacıyla gerektiğinde, ortaklığın malvarlığına başvurabilmesi gerekir. Bu amacın gerçekleşmesi ise ortaklığa sermaye olarak konulan malvarlığı değerlerinin paraya çevrilebilir (ve haczedilebilir) nitelikte olmasına bağlıdır⁴⁷³. Nakdi bir alacak hakkı olan ödünç ilişkisi nakden değerlendirilebilme koşulunu sağlamaktadır.

Alacağın sermaye olarak konulmasının hukuki sonucu olarak; şartları gerçekleştiğinde alacak kanun gereği anonim ortaklığa intikal edeceğinden, bu hukuki sonucun doğabilmesi için sermaye olarak konulan alacağın devredilebilir olması da zorunludur⁴⁷⁴. Devredilebilirlik, ayni sermaye olarak getirilecek malvarlığı kaleminin ortaklığın yararlanmasına sunulabilir nitelikte olmasıdır ve malvarlığı değerinin salt sağladığı ekonomik menfaatin anonim ortaklığa tahsis edilmesi de bu şartı sağlar⁴⁷⁵. Şirket bünyesinde bulunan sermaye avansı, sermaye artırımından önce şirkete devredilmiş bir malvarlığını ifade etmekte, diğer bir deyişle sermaye artırımından önce şirkete devredilmiş bir alacak niteliğindedir.

Ticaret Bakanlığı genelgesinde de açıkça alacak haklarının ayni sermaye olarak getirilmesi halinde nakden değerlendirilebilme ve devrolma kriterinin sağlandığını ifade etmiştir. Genelgede yer alan “*Kanunun 127 nci maddesi ile 342 nci maddeye yapılan gönderme ve 342 nci maddede belirtilen nakden değerlendirilebilme ile devrolunabilme nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde, alacakların sermaye şirketine ayni sermaye olarak konulabilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.*” ifadesi alacak hakkının nakden değerlendirilebilir ve devrolabilir olduğunu kabul etmiş; akabinde “*Buna göre, pay sahibinin, üçüncü bir kişiden*

⁴⁷² Arıcı, Alacak Hakkının Sermaye Olarak Taahhüdü, s.23.

⁴⁷³ Arıcı, Alacak Hakkının Sermaye Olarak Taahhüdü, s.21.

⁴⁷⁴ Arıcı, Alacak Hakkının Sermaye Olarak Taahhüdü, s.42.

⁴⁷⁵ Çonkar, a.g.e., s.75-76.

veya şirketten olan üzerlerinde sınırlı bir aynı hak, haciz ve tedbir bulunmayan, vadesi gelmiş alacağının bir sermaye şirketine aynı sermaye olarak konulmasında herhangi bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir.” ifadesiyle de alacak haklarının sermaye olarak getirilebilme şartları olarak yalnızca sınırlı bir aynı hak, haciz ve tedbir bulunmamasını ve muaccel olması gerektiğini düzenlemiştir.

ii. Gerçek Olma Şartı⁴⁷⁶

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile bağlantılı olarak anonim ortaklığa karşı olan alacak haklarının şirkete sermaye olarak getirilmesi halinde bu alacakların da mevcut olduğundan ve sağlam temellere dayandığından emin olunması gereklidir. Bir ortağın şirketten, lehine hukuken gerçek olmayan bir alacak yaratması sermayeye bir para girişi olmayacağı için yalnızca sermayenin korunması ilkesine aykırı olacaktır. Taahhüt sahibinin anonim ortaklığa karşı gerçekten mevcut ve talep edilebilir bir alacak hakkı bulunmaktaysa, bunun değerinin olduğundan daha fazla takdir edilmemesi kaydıyla anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır⁴⁷⁷.

Değerleme raporunda alacağın “gerçek” olup olmadığı belirlenirken sadece Ortaklar Borçlar hesabı ile ticari defterlerde yer alan kayıtları incelemekle yetinilmemelidir; pay sahibinin şirketten olan alacağının şirkete gerçekten verildiğini teyit eden banka dekontları ve benzeri ödeme belgelerinin varlığı da tespit edilmelidir⁴⁷⁸.

Öğretide bir görüş bu konuda yapılacak değerlendirme sayesinde özellikle fiktif/hayali alacaklar yaratılarak bunların aynı sermaye olarak getirilmesinin önüne geçilmesi mümkün olabileceğini ifade etmiştir⁴⁷⁹. Fakat ifade edilmelidir ki bilirkişinin yaptığı bu değerlendirme, şirketin finansal kayıtlarında bu değerinin var olup olmadığının incelenmesiyle sınırlıdır. Kayıtlara hileli geçirilmiş bir alacak hakkının veya gerçek değerinden yüksek şekilde kayıtlara geçirilmiş bir alacağın ortaya çıkarılması mümkün olmayabilir. Aynı doğrultuda ilişkili taraflar arasındaki işlemlere uygulanan bedelin adil olup olmadığını tespiti de bilirkişinin yapacağı incelemenin konusunu teşkil etmez. Bu sebeple bu incelemenin borcun varlığını ne ölçüde ortaya koyabileceği kuşkuludur.

⁴⁷⁶ Alacağın gerçekliği ve geçerliliği aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Bkz. Çonkar, a.g.e., 326.

⁴⁷⁷ Sevi, a.g.e., 143.

⁴⁷⁸ Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi, s.76, Yazar bu görüşünü, bilirkişi atanması halinde bilirkişi tarafından üstlenilecek değerlendirmenin nasıl yapılması gerektiği ile ilgili olarak ileri sürmüştür. Kanımızca bilirkişi incelemesi ile mali müşavir veya denetçi raporunda da aynı incelemenin titizlikle yürütülmesi gereklidir.

⁴⁷⁹ Çonkar, a.g.e., s.326.

iii. Tahsil Edilebilirlik Şartı

“Tahsil edilebilirlik” ile belirtilmek istenen, borçlunun mali durumunun ve ödeme gücünün temel alınması suretiyle yapılacak olan muhasebesel ve bilançosal hesaplar neticesinde, borçlunun ekonomik olarak söz konusu alacağı ödeyebilecek durumda olup olmadığının belirlenmesi işlemidir⁴⁸⁰. TTK m.130, sermaye olarak şirkete alacaklarını devretmiş olan bir ortağın, alacaklar şirketçe tahsil edilmiş olmadıkça sermaye koyma borcundan kurtulamayacağını düzenlediği için ortağın şirketçe tahsil edilemeyen ‘alacak’tan dolayı sorumluluğunun kapsamının *sermaye taahhüdü işlemi* anında belirlenmesi zorunludur⁴⁸¹.

Sermaye avansının şirkete sermaye olarak getirildiği hallerde “tahsil edilebilirlik kriteri” birçok sebepten dolayı sağlanmıştır. Sermaye avansı sermaye artırımı kararı almadan önce şirkete verilmiş ve sermayeye dönüştürülerek ödenebileceği kabul edilen bir maddi değeri ifade eder. Türk doktrinde borçlunun bizzat ortaklık olduğu alacaklarda sermaye yeterliliğinin bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir⁴⁸². Sermaye avansı sermayeye dönüştürülerek ödeneceği için şirketin sermaye artırımı kararı alması için hukuken engel olmayan her ihtimalde⁴⁸³ ortaklığın tahsil kabiliyeti bulunmaktadır.

Sermaye avansı sermaye artırımı kararından önce çoktan şirket malvarlıkları arasına girmiştir. Pay sahibinin üçüncü kişiden olan alacağını sermaye olarak getirmesinden farklı olarak kural olarak ortaklığın üçüncü kişinin ödeme kabiliyeti bulunmamasından dolayı gerçek alacağın değerini itibari değerinin altına düşürebileceği ve ortaklığın malvarlığının “sulandırılması” riski⁴⁸⁴ borcun zaten tahsil edilmiş olduğu sermaye avansı ilişkisinde bulunmamaktadır⁴⁸⁵. Nitekim aynı sermaye artırımında, nakdi sermayenin aksine sermaye artırımı ile birlikte alacak hakkı otomatik olarak sermayeye eklenmekte ve dolayısıyla aynı sermayede “tahsil” özel bir mesele olarak ortaya çıkmamaktadır⁴⁸⁶.

Buna ilaveten alacağın sermaye olarak şirkete getirilmesi durumunda “alacağın tam değerinin belirlenmesi” de gerekli görülmüştür. Ticaret Bakanlığı düzenlemelerinde de alacağın

⁴⁸⁰ Özdin, a.g.e., s.1609.

⁴⁸¹ Arıcı, Alacak Hakkının Sermaye Olarak Taahhüdü, s.47. Belirtilmelidir ki yazar bu değerlendirmeyi 6102 TTK’da karşılığı m.130 olan eTTK’daki m.142 için yapmıştır.

⁴⁸² Çonkar, a.g.e., 167.

⁴⁸³ Şirketin sermaye artırımı kararı alamayacağı hallere örnek olarak; şirketin teknik iflasta bulunması veya kayıtlı sermaye sistemine tabi şirketlerde yalnızca belirtilen tavana kadar sermaye artırılabilmesi için tüm borcun bu yolla ifası mümkün olmayabileceğinden bahsedilebilir.

⁴⁸⁴ Bkz. Çonkar, a.g.e., s.175.

⁴⁸⁵ Bu durum ancak taraflar arasında gerçek ve geçerli bir sermaye avansı ilişkisi bulunması halinde mümkündür. Şirket kayıtlarında bulunmasına rağmen gerçekten şirkete verilmemiş borçlar için şirket malvarlığının sulandırılması riski devam eder.

⁴⁸⁶ Bkz. Çonkar, a.g.e., s.177-178.

“şirketten” olması hali ile söz konusu genel düzenlemeden ayrılmış olması, pay sahibinin şirketten olan borçları için alacağın değerinin belirlenmesinin gerekli olup olmadığı konusunda bir açıklık getirmemiştir⁴⁸⁷. Ortaklığın borçlu olduğu alacağın sermaye olarak getirilmesi, efektif değil hesabi bir işlemdir; bu alacağın üçüncü kişinin borçlu olduğu alacakta olduğu üzere borçlunun ödeme yeterliliğini de dikkate alan ve itibari değer yerine gerçek değeri bulmaya çalışan bir değer biçme prosedürüne tabi kılınması anlamsızdır⁴⁸⁸. Ortaklığın borcu sermayeye dönüştürüldüğü takdirde, ortaklık açısından bakıldığında şirket bu alacaktan pasifte yer alan itibari değeri ne kadarsa o ölçüde kurtulmuş olacağı için ortaklığın borçlu olduğu bir alacağın sermayeye dönüştürülmesinde daima itibari değer esas alınacağı sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır⁴⁸⁹.

iv. Muacceliyet Şartı

Müaccel alacağın sermaye olarak getirilmesi yasağı yalnızca anonim şirketlerde uygulama alanı bulur. Sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı değerlerinin düzenlendiği TTK m.127’de alacaklarla ilgili böyle bir ayırmada bulunulmamıştır. Diğer ticaret şirketleri için genel hükümlerde böyle bir yasak getirilmemişken, anonim şirketler bakımından ekonomik bir değeri haiz ve devrolunabilir nitelikteki alacaklar için böyle bir ayırım yapılmasının makul gösterecek bir neden tespit edilemediği gibi⁴⁹⁰ 6762 sayılı eTTK’da yer almayan böyle bir ayırımın neden getirilmiş olduğu madde gerekçesinde de açıklanmamış olması, hükmün doktrinde eleştirilmesine yol açmıştır⁴⁹¹.

Ticaret şirketlerinde genel hükümlerde yer almayan bazı özelliklerin sermaye şirketlerinde aranmasının, sermayenin korunması ve yine bu kapsamda alacaklıların korunması amacına hizmet eder⁴⁹². Vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin sınırlama, sermayenin ifasında

⁴⁸⁷ Bu konuda bkz. Özdin, a.g.e., s.1609 vd.

⁴⁸⁸ Çonkar, a.g.e., s.56.

⁴⁸⁹ Bkz. Çonkar, a.g.e., s.176.

⁴⁹⁰ Özdamar, a.g.e.,145vd; aynı yönde bkz. Ayoğlu, a.g.e., s.48 dn.25; Kendigelen, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Değişikler İşlenmiş ve Güncellenmiş, İstanbul 2012, 2. Bası, s. 230; Arıcı, Vadeli Alacak, s. 328-330.

⁴⁹¹ Sevi, a.g.e., s.144-145; Nakden değer takdiri mümkün olan ve şirkete devredilme olanağı bulunan bir malvarlığı unsuru olarak vadeli alacağın sermaye olarak yasaklanmasını haklı kılacak bir gerekçe olmadığı yönünde Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu, s. 230; Vadesi geldiğinde tahsil edilememesi riskinin gerçekleşmesi halinde, alacağı sermaye olarak koyanın garanti sorumluluğu (TK 130) devreye gireceği için, anılan risk de yasaklamayı haklı kılacak nitelikte olmadığı yönünde Akdağ Güney, Kuruluş, s. 104, dn. 287 ve s.105; vadesi gelmemiş alacakların aynı sermaye yeterliliklerini ortadan kaldıracak haklı bir gerekçe bulunmadığı yönünde Çonkar, a.g.e., s.158vd.

⁴⁹² Arıcı, Vadeli Alacak, s.320.

gecikmelerin önüne geçmeyi temin amaçlıdır⁴⁹³. Alacağın muaccel olması anonim ortaklığa sermayenin oluşturulabilmesi için, aynî sermayenin konusunu teşkil eden iktisadî değer üzerindeki fiilî tasarruf yetkisinin kendisine devrini talep etme hakkını verir⁴⁹⁴. Dolayısıyla bu yasak, şirket sermayesinin ve şirket alacaklılarının korunmasına yöneliktir.

Öğretide vadesi gelmemiş alacakların gerçek değerinin tespit edilmesinin mümkün olmadığı, vade gelene kadarki dönemde şirketin sermayesinin belirsiz kalacağı, vadenin uzatılma olasılığı bu belirsizliğin uzun zaman dilimlerine yayılmasına yol açabileceği, bu sebeple alacaklılara karşı güvence oluşturmayacağı ifade edilmiştir⁴⁹⁵. Ayrıca vade süresi içerisinde borçlunun tahsil kabiliyetinin de belirlenebilir olmadığı⁴⁹⁶, vadenin uzun belirlenmesinin alacağın değerinde azalmaya yol açacak bir olgu olması⁴⁹⁷ ve bu durumun sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği⁴⁹⁸ doktrinde söz konusu yasağın muhtemel nedenleri arasında sayılmıştır⁴⁹⁹.

Sermaye avansının şirkete sermaye artırımından önce verilmiş bir ödünç olması sebebiyle sermayenin oluşması ve tahsile ilişkin endişelerin giderildiği söylenmelidir. Bununla birlikte pozitif hukuk anlamında alacağın sermayeye dönüştürülebilmesi için halen muaccel olması aranmalıdır⁵⁰⁰. Sermaye avansı sözleşmesi kapsamında tarafların sermaye avansının alacaklıya geri ödenmesi için vade belirleme hakkı vardır. Belirli bir vadenin öngörülmediği tüketim ödünç sözleşmelerinde, TBK m. 392 hükmü uyarınca borç, alacaklının ilk talebinden itibaren altı hafta sonra muaccel hale gelir. Belirli vadenin bulunmadığı, alacaklının iadeye ilişkin talepte bulunmadığı durumlarda dahi borçlu şirketin iade borcu

⁴⁹³ Karaman Cosgun, Özlem, “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynî Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 18 Sayı: 2, s.333 – 348, s.335

⁴⁹⁴ Sevi, a.g.e., s.276.

⁴⁹⁵ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, a.g.e., s. 352; Aksi yönde Akdağ Güney, Kuruluş, s.105-106. Yazar bu gerekçenin para alacağı için geçerli olmadığını ifade etmiştir. Para alacaklarına ilişkin hakkın şirkete devredilmesinden sonra vadeli olsa da alacağın temlik veya ciro yoluyla devredilmesi veya iskonto usulü ile nakde tahvil edilebilmesi mümkündür. Ayrıca bkz. Özdamar, a.g.e., s.148.

⁴⁹⁶ Aksi yönde Özdamar, tahsil edilebilirlik bakımından vadeli gelmiş alacağın sermaye olarak getirilmesiyle vadesiz alacağın sermaye olarak getirilmesi arasındaki fark olmamasına rağmen farklı düzenlenmelere tabi tutulmuş olmasının çelişkili olduğu ileri sürmüştür. Bu alacağın tahsil edilememesi halinde ortak sermaye borcundan kurtulmayacak, temerrüt faizi ve tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Bkz. Özdamar, a.g.e., s.148.

⁴⁹⁷ Çonkar, a.g.e., s.160.

⁴⁹⁸ Şener, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2013. s. 313.

⁴⁹⁹ Kanun koyucunun nakdi sermaye getirme borcunu TTK m. 344 ile yirmi dört aya kadar uzatılmasında bir tehlike görmemişken aynı sermayede böyle farklı bir benimsenmesinin sermayenin korunması ilkesi ile açıklanamayacağı yönünde bkz. Çonkar, a.g.e., s.161.

⁵⁰⁰ Aynı yönde Çonkar, a.g.e., s.158.

devam ettiği için bu borcunu istediği zaman ödeyerek borcunu sona erdirebileceği kabul edilmelidir⁵⁰¹.

Doktrinde sermaye avansının nakdi sermaye konusu edilebildiğine ilişkin görüş, şirketin ödöncü geri verme borcunu, borcun sermayeye dönüştürölmesi yoluyla ödenecek olsa dahi, TBK m. 392 uyarınca muaccel hale geldiği tarihe kadar kullanılabileceği belirtmiştir. Şirket, borcun alacaklısının isteminden itibaren altı hafta içerisinde sermaye artırımının hazırlık işlemlerini tamamlayarak yeni yaratılan payları alacaklı pay sahibine vermez ise alacaklı, şirketi temerrüde düşürerek temerrüde dayalı haklarını kullanmak suretiyle alacağının nakden iadesini talep edebilir⁵⁰². Sermaye avansının aynı sermaye olarak getirilmesi durumunda da bu görüşün uygulanabilir olup olmadığının “alacağın muacceliyet koşulu” kapsamında incelenmesi gerekir.

Bu değeriendirmenin yapılabilmesi için TTK m. m.342’ye göre alacağın hangi aşamada muaccel olacağının tespit edilmesi gerekir. Alacağın sermaye olarak konulması için esas sözleşmeye ya da şirket sözleşmesine yazıldığı anda muaccel olması aranır mı yoksa sermaye artırımının tescil edilmesi anında muaccel olması yeterli midir?

Nakdi sermaye taahhüdünden farklı olarak aynı sermaye taahhüdünde, şirketin kuruluşundan veya esas sermaye artırımının tescilinden önce sermaye borcunun yasal olarak tamamen ifa edilmesi zorunludur⁵⁰³. Sermaye artırım kararının ise TTK m.456/3 uyarınca karardan itibaren 3 ay içerisinde tescil edilmesi gerekir. Öğretide sermaye olarak taahhüt edilen ve henüz vadesi gelmemiş bir alacağın vadesinin sermaye artırım kararının tescilinden önce gelmesi halinde, bu taahhüdün hukuken geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁴. Bu görüşün kabulü halinde, şirketin sermaye artırım kararını TTK m.392’de ifade edilen 6 haftalık süre içerisinde alması ve bu süre sonunda alacağın muaccel olmasıyla artırım kararının tescil edilmesi mümkün gibi gözükmektedir.

Alacağın muaccel olması şartının esas sermayeye yazıldığı anda arandığı kabul edilirse, sermaye artırım kararı alınması için borcun muaccel olması bekleneyeğinden vade tarihinden sonra yapılan ifa, borcun temerrüt faiziyle ödemesi anlamına gelecektir. Bu kapsamda TTK m.342’deki muaccel olmayan alacağın sermaye olarak konulması zorunluluğunun uygulamada bazı sorunlar doğuracağı aşıkardır.

⁵⁰¹ Bkz. İkinci Bölüm.III.

⁵⁰² Ayoğlu, s.41vd. dn.17.

⁵⁰³ Hızır, Serdar, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Düşünceler”, Batider Haziran 2013, Cilt XXIX- Sayı 2, s.227-289, s.257-258.

⁵⁰⁴ Hızır, a.g.e , s. 259 dn. 77.

İfade edilmelidir ki; tüketim ödöncü sözleşmesi kapsamında ödöncü geri verilmesi için TTK m.392’de öngörölen 6 haftalık süre, alacaklının bu süre boyunca borçluyu ifaya zorlayamaması için borçlu lehine getirilmiştir. Borçlu dilerse bu süre dolmadan borcunu ifa edebilir⁵⁰⁵. Sermaye avansının nitelikli ifa yolu olan borcun sermayeye dönüştürölmesi şeklinde ifasında her iki tarafın da bu konudaki edim yükümlölüklerini yerine getirmesi gerekir: şirketin sermaye artırım faaliyetlerini başlatması ve pay sahibinin de iştirak etmesi gerekir. Bu halde taraflar ifada aktif olarak rol oynamaktadır. Bu sebeple kanımızca tarafların borcun ifasına yönelik faaliyetleri, öncesinde sözleşmede bir vade kararlaştırılmamış olsa bile zımnen vade kararlaştırılmış gibi değeriendirilmelidir. Şöyle ki, belirli vadenin bulunmadığı sermaye avansı ilişkisinde, alacaklı borcun sermayeye dönüştürölerek ödenmesi yönünde şirketten talepte bulunuyorsa; şirketin sermaye artırımına yönelik işlemleri ile pay sahibinin bu sermaye artırımına iştirak etmesi, tarafların iradelerinin bu borç için sermaye artırım tarihinde iradi bir vade kararlaştırdıkları yönünde yorumlanmalıdır.

TTK tarafından bakıldığında ise muaccel olmayan alacağın sermaye olarak getirilememesi hususunda korunmak istenen menfaatler, yukarıda da ifade edildiği üzere, sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde makul gerekçelere dayanmaktadır. Sermaye olarak getirilen alacağın borçlusunun sermaye artırım kararı alan şirket olması ve bu alacağın halihazırda şirket malvarlığı içerisinde bulunması durumunda ise alacağın muacceliyetinin ve tahsil edilebilirliğinin mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Diğer bir ifadeyle borcun muaccel olması sermaye avansı sözleşmesi ile mündemiç nitelikte olduğu söylenebilir.

B. Sermaye Avansının Nakdi Sermaye Olarak Şirkete Getirilmesi

Nakdi sermayenin hangi değeri kapsayacağı ve hangi unsurlara sahip olması gerektiği TTK’da açıkça belirtilmemiştir. Bir görüşe göre, kural olarak “nakdi sermaye” kavramına sadece paranın dahil edilmesi gerekir; para dışında kalan tüm ekonomik değeri ayni sermaye olarak kabul edilir⁵⁰⁶. Bazı yazarlar ise nakdi sermaye kavramına paranın yanı sıra, alacak ve kıymetli evrakın da dahil edileceğini ifade etmişlerdir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Yavuz, a.g.e., s.396.

⁵⁰⁶ Göle, Celal, **Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt**, Ankara 1976, s. 28.

⁵⁰⁷ Pulaşlı, Hasan, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2017, s. 59; Sait K. Mimaroglu, **Ticaret Hukuku, Cilt II, İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku**, Ankara 1972, s. 119.

Nakdi sermaye artırımında TTK m.344 uyarınca nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmesi gerekir.

Sermaye avansının şirkete daha çok nakdi sermaye olarak getirildiğini görmekteyiz. Zira şirketin pay taahhüt edenle yapacağı bir takas sözleşmesi ile hem borçtan kurtulması hem de pay bedellerinin ödenmesi, bu alacağa diğer aynî sermaye unsurlarında tabi olduğu değerlendirme işlemlerinden (TTK m. 343) daha ekonomik ve hızlı bir yoldur⁵⁰⁸.

Şirketin sermaye avansını nakdi sermaye artırımını ile gerçekleştirmiş olduğunun, esas sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde artırıma katılan pay sahiplerinin artırılan sermaye için düzenlenen iştirak taahhütnamesinden veya sermaye artırımını uyarınca “kısa yoldan” yapılması durumunda⁵⁰⁹ genel kurulun aldığı sermaye artımı konulu karardan veya yönetim kurulunun TTK m. 457/2(a) uyarınca hazırladığı rapordan anlaşılmaktadır. Sermaye artırımında yönetim kurulu yeni pay alma şartlarını aldığı bir karar ile belirler ve bunu Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan eder. Sermaye artırımına iştirak etmek isteyen pay sahipleri iştirak taahhüdünde bulunur (TTK m.459). İştirak taahhütnamesinde, diğer bilgilerin yanı sıra, taahhütnamenin verilmesine sebep olan sermaye artırımını ile peşin ödenen tutar yer alır⁵¹⁰. Akabinde genel kurul kararında *“tutarın ¼’ünün artırımın tescilinden önce, kalan miktarın ise en geç artırımın tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödeneceği...”* benzeri bir ifade kullanılmış olması nakdi sermaye artırımını yapıldığına işarettir⁵¹¹. Buna ek olarak TTK m.457 uyarınca sermaye artırım türüne göre hazırlanması gereken yönetim kurulu raporunda, nakdî sermaye konulması halinde artırılan kısmın tamamen taahhüt edildiği, kanun veya esas sözleşme gereğince ödenmesi gerekli tutarın ödendiği; ayrıca bir borcun takası söz konusu ise, bu borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliğinin belirtilmesi gerekir. Bu hususların belirtilmiş olması borcun nakdi sermaye artırımından doğan sermaye taahhüdü borcu ile takas edilerek sona erdirildiğine işaret eder.

⁵⁰⁸ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.50.

⁵⁰⁹ Sermaye artırımının kısa yoldan yapılmasının en önemli farkı, genel kurulun artırım kararından sonra yeni pay alma haklarının kullanımı aşamasına ihtiyaç olmamasıdır. Sermayenin artırılan kısmının en geç artırım kararı sırasında taahhüdü ve nakdi taahhüdün peşin olarak ödenmesiyle gerçekleştirilir. Bkz. Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.137vd.

⁵¹⁰ Nakit sermaye artırımında ödenecek peşin tutar iştirak taahhütnamesinin verildiği sırada yapılabileceği gibi, artırımın ticaret siciline tescilinden önce taahhütte bulunanların ilan yoluyla ödemeye davet edilmeleri şeklinde de gerçekleştirilebilir. Bkz. Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 101.

⁵¹¹ Soykan, a.g.e., s. 354; Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.139 vd.

Doktrinde çoğunluğun “nakdi sermaye borcunu” şirketin borçlusu olduğu bir alacağın takası suretiyle ifasının mümkün olup olmadığı sorusu ekseninde ele aldığı ve takası bir tür “nakdi sermaye borcunun ifası yöntemi” olarak sınıflandırdığı görülmektedir⁵¹².

eTTK döneminde pay sahibinin sermaye borcunun şirketten olan alacağı ile takas edip edemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu konu, şirketin iflası halinde sermaye taahhüdü borcunun şirket borçlarıyla takas edilemeyeceğini düzenleyen İİK m.200 kapsamında ve şirketin malvarlığının korunması ile sermayenin fiilen oluşturulması ilkeleri çerçevesinde yorumlanmaktaydı⁵¹³. Yeni TTK’nın yürürlüğe girmesiyle, sermaye taahhüdü borcunun takas yoluyla sona erdirilebileceği birçok maddede düzenlenmiştir⁵¹⁴.

Öyle ki doktrinde bir görüş, takas hakkının yalnızca nakdi sermaye artırım konusu edilebileceği ve sermaye avansının sermayeye ilave edilmesinin yalnızca nakdi sermaye taahhüdünün takas yoluyla nakden ödenmesi ile mümkün olduğunu ifade etmektedir⁵¹⁵. Bu görüşe göre, TTK m.342/1 ve m. 343/1’de yer verilen “alacak” kavramından, pay sahiplerinin şirketten olan alacakları değil, üçüncü kişilerden olan alacakları olduğu yönünde yorumlanması gerekir⁵¹⁶. Şirket alacağının para borcu niteliğinde olması sebebiyle ortağın şirketten olan nakit alacağını, sermaye koyma borcuyla takas etmesinin “pay bedelinin nakden ödenmesi” olduğu ve yalnızca “alacak hakkı” olmasından yola çıkılarak nakit dışı sayılmasının isabetli olmayacağı⁵¹⁷ ifade edilmiştir. Özellikle alacak hakkının konusu para olduğu hallerde, bu durumun ekonomik olarak nakdi sermaye koyma borcundan ibaret olduğu

⁵¹² Özdin, a.g.e., s.1586, dn. 48; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, a.g.e., s. 345; Sevi, a.g.e., s. 247 vd.; Arıcı, Vadeli Alacak., s. 328; Ayoğlu, a.g.e., s. 45 vd.; Özdamar, a.g.e., s. 145; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 66 vd.; Buna karşın Soykan, sermaye avansının mutlaka takas üzerinden yürümek zorunda olmadığını, pay sahiplerinin ortaklığa verdikleri sermaye avanslarının ortaklığa aynı sermaye olarak taahhüt edilmesi yoluyla da sermaye artırımında kullanılabileceği ifade etmiştir. Bkz. Soykan, a.g.e., s. 355.

⁵¹³ Sevi, a.g.e., s. 258vd; Göle, a.g.e., s. 51-52, 53; Domaniç, **TTK Şerhi – II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (Anonim Şirketler)**, İstanbul 1988, s.1121.

⁵¹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.B.(aa).

⁵¹⁵ Ayoğlu, a.g.e., s.56.

⁵¹⁶ Kanun koyucunun m. 457 uyarınca hazırlanacak yönetim kurulu beyanında borcun takası ile sermaye getirilmesi halinde aranacak unsurları, nakdi ve aynı sermaye artırımından ayrıca düzenlenmiş olmasına rağmen aynı sermaye değerlemesine ilişkin TTK m.343’te böyle bir ayrıma gitmemiştir. Bu durum, pay sahiplerinin üçüncü kişilerden olan alacakları ile şirkete karşı sahip oldukları alacakları arasında ayırım yapmak istemesi olarak yorumlanmıştır. Bkz. Ayoğlu, a.g.e., s.48-49; Ayrıca muhasebe pratiği açısından Nazalı, alacağın bir sermaye şirketine konulması işleminde, şirket bilançosunda olmayan bir kalemin eklendiği; buna karşın, şirketin kendi bilançosunda yer alan bir varlık için bilirkişi tespitine ihtiyaç duymasının bilançonun gerçeği yansıtmadığının kabulü anlamında geleceği için uygulanabilir olmadığı ve bu sebeple TTK’daki alacak ifadesinden bir şirketin bilançosunda yer almayan bir alacağın o şirket bilançosuna girmesinin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. (Nazalı, a.g.e. s.18-20).

⁵¹⁷ Şirkete sermaye olarak konulan alacağın konusu “para” yani nakit olduğu ve tahsil edildiğinde “belirli bir miktar para” olup, nakit dışı bir değer olmadığı; dolayısıyla, alacağın nakit dışı sayılması yerinde olmadığı yönünde Pulaşlı, Şirketler Hukuku, C.I., s. 59, dn. 18a; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, a.g.e., s. 2013; Göle, a.g.e., s.52.

ve hatta sermaye olarak bir alacak hakkının ortaklığa getirildiğinin kabul edilmesinin açıkça TK m. 344/1 ile getirilen sermaye borcunun ¼'nün önceden ödenme şartının dolanılması anlamına geleceği ileri sürülmüştür⁵¹⁸. En nihayetinde takas yoluyla ifanın yalnızca nakdi sermaye borcunun ifasına yönelik bir işlem olduğu ortaya konmuştur.

TBK m.139 uyarınca takasın aynı türden malvarlığı değerleri arasında gerçekleşmesi öngörüldüğü için takasın yalnızca nakdi sermaye borcunun sona erdirilmesi yolu olarak kullanılabileceği görüşüne katılmaktayız. Buna karşın, alacağın TTK m.342 uyarınca şirkete aynı sermaye olarak getirilmesinde ifa yolu olarak takasın kullanılmasına gerek olmadığı için takasın nakdi sermaye artırımından doğan sermaye borcunun sona erdirilmesi yolu olduğunun kabulü, sermaye avansının aynı sermaye olarak şirkete getirilmesini dışlamamaktadır.

Ayrıca belirtmelidir ki; takas her şeyden önce bir borcu sona erdirmeye yoludur. Ortaklığa nakit sermaye borcu üstlenmiş olan ortağın, bu borcun ödenmesi uğruna şirkete bir para alacağı temlik etmesi yahut nakit sermaye borcu ile ortaklığa karşı sahip olunan bir alacağı takas etmesi, alacağın ortaklığa sermaye olarak taahhüdü kavramı ile ilgili değildir; bu olasılıklarda prensip olarak nakit sermaye borcunun ifasının ve ifa uğruna temlikin kendi kuralları uygulanmalıdır⁵¹⁹. Diğer bir ifadeyle, takasın ifa yolu olarak tercih edilmesi, sermaye artırımını nakdi sermaye artırımını yapmaz; nakdi sermaye artırım kararı alındıktan sonra pay sahibi isterse takasla isterse nakden bu borcu sona erdirir.

Diğer yandan, sermaye avansının şirkete nakdi sermaye olarak getirilmesinin ve şirket borcunun sermaye taahhüdü borcuyla takas edilmesinin, TTK m.343'te aynı sermaye için öngörülen değer biçme işlemine ilişkin emredici hükümlerin dolanılması anlamına geleceği de konuyla ilgili çekinceler arasındadır⁵²⁰. Yukarıda ifade edildiği üzere alacak hakkının aynı sermaye olarak şirkete getirilmesi halinde değer tespiti yapılması zorunludur. Nakdî sermaye getirilmesi sürecinde geçerli olan sermayenin tam ve fiilen oluşturulmasına ilişkin koruyucu tedbirlere bakıldığında, kanun koyucunun getirilen sermayeye ayrıca değer biçilmesine gerek duymamış olduğu açık bir şekilde görülür⁵²¹. Bu sebeple, alacak hakkının nakdi sermaye olarak getirilmesi pay sahibi tarafından daha çok tercih edilen bir yoldur.

Alman hukukunda pay sahibinin ortaklığa önce ayın devretmesi, devrettiği bu ayın ile ilgili alacak sahibi olması ve kuruluş ya da sermaye artırımına katılım için ödemek zorunda olduğu

⁵¹⁸ Çonkar, a.g.e., s.185.

⁵¹⁹ Arıcı, Alacak Hakkının Sermaye Olarak Taahhüdü, s.34-35.

⁵²⁰ Sevi, a.g.e., s. 253 vd.

⁵²¹ Sevi, a.g.e., s.85.

katılma borcu ile bu alacağını takas etmesi veya takas yapmaya gerek olmaksızın pay sahibinin sermaye koyma borcunu, sermaye artırımından önce ortaklığa devrettiği aynın satışından elde ettiği tutar ile gerçekleştirmesine aynı sermayenin örtülü bir biçimde getirilmesi veya örtülü aynı sermaye (“*verdeckte Sacheinlage*”) denir⁵²². Böylelikle görünüşte veya hukuken pay sahibi sermayeye nakden katılmış olmakta, ancak gerçekte veya daha doğru bir deyişle, ekonomik anlamda ortaklığa aynı sermaye getirmiş olmaktadır⁵²³. Pay sahibinin görünürde (resmî olarak) nakdî ödemeyi taahhüt etmesi; buna karşılık şirketle yapılacak bir anlaşma ile pay sahibinin ödediği bedelin kendisine karşı olan bir borcun ifasında kullanılması yasaklanmıştır⁵²⁴. Bu yasağa rağmen AktG §27/3 hükmünde hukukî işlemlerin ayakta tutulmasına yönelik bir yol izlenerek bu sürecin icrasına yönelik sözleşmelerin geçersiz olmayacağı belirtilmiştir⁵²⁵. Bu kapsamda örtülü aynı sermayenin gerçekleşmiş olması durumunda nakdi sermaye borcunun ifa edilmemiş olduğu kabul edilmekte⁵²⁶; ancak şirkete (gizlice) aynı sermaye olarak getirildiği kabul edilen malvarlığı unsuru değeri, nakdi sermaye borcundan mahsup (“*Anrechnungslösung*”) edilmektedir⁵²⁷. Öğretide, pay sahibinin sermaye artırımından önce ortaklığa vermiş olduğu sermaye avansı alınması da aynı sonucu doğuracağı ifade edilmiştir⁵²⁸.

Aynı sermaye hükümlerinin dolanılmasına ilişkin uygulamaları engelleme amacı güden Alman hukuku temelli bu kavramın⁵²⁹ Türk hukukunda uygulaması bulunmamaktadır⁵³⁰. Yine de sermayenin sağlanması ilkesi, aynı sermaye hükümlerinin dolanılmasına engel olmayı da gerektirir⁵³¹. Örtülü aynı sermaye yasağının sonuçları ile TTK m.550/1 arasındaki benzerlik de örtülü aynı sermaye getirilmesi yasağı ile hukuken korunmak istediği menfaatlerin

⁵²² Sönmez, Yusuf Ziyaeddin, “**Anonim Ortaklıklarda Örtülü Aynı Sermaye Konulması Sorunu**”, Prof Sabih Arkana Armağan, İstanbul, 2019, s. 1033-1089, s. 1036; Örtülü sermayenin kuruluşta veya sermaye artırımında pay sahibinin nakit sermaye getirmesi, ancak bu işlemi müteakiben aynı pay sahibi tarafından söz konusu ortaklığa, koyduğu nakdî sermaye tutarını kısmen veya tamamen karşılayacak miktarda ayın devredilmesi hali için bkz. Sönmez, a.g.e., s. 1035vd.

⁵²³ Sönmez, a.g.e., s.1036, 1041.

⁵²⁴ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s. 187.

⁵²⁵ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.187.

⁵²⁶ Bkz. AktG, § 27 f.3, c.1; GmbHG, § 19 f. 4, c. 1

⁵²⁷ Özdin, a.g.e., s. 1578, 1579; Bkz. AktG, § 27 f. 3, c. 3; GmbHG, § 19 f. 4, c. 3.

⁵²⁸ Her ne kadar, sermaye avansı mekanizmasında pay sahibinin ortaklığa karşı olan alacağı sermaye artırımı işlemi tamamlanincaya kadar teknik açıdan sermaye niteliğinde olmasa da bu süre zarfında pay sahibinden alınan ödünç ile söz konusu pay sahibinden malvarlığı devralınması hâlinde de ayın devralınmasına ilişkin hükümler dolanılmış olduğu yönünde Sönmez, a.g.e., s.1037 dn. 12.

⁵²⁹ Özdin, a.g.e., s.1577.

⁵³⁰ Sönmez, a.g.e., s.1070; Aksi yönde Tekinalp, TTK m. 339/2-c bendine atf yaparak örtülü aynı sermayenin Türk hukukunda da geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul 2015, s. 187, N. 10-63).

⁵³¹ Arıcı, Vadeli Alacak, s.326, dn.38.

(sermayenin korunması ilkesi ve sermayenin gerçeğe uygun bir biçimde teşekkül etmesi)⁵³² bu kuralın Türk hukukunda da yansımaları olduğunu göstermektedir⁵³³.

Halka açık anonim ortaklıklar açısından ise şirket alacağının aynı sermaye olarak getirilmesi yolu kapanmıştır. TTK m.344/2 hükmü, SerPK'ya tabi olan şirketlerin nakit sermaye artırımından doğan pay bedellerinin ödenmesini bu kanundaki hükümlere tabi tutmuştur. Sermaye Piyasası Kurulu'nun hazırladığı VII-128.1 sayılı Pay Tebliği⁵³⁴ m.12/4 uyarınca halka açık ortaklıkların yapacakları bedelli sermaye artırımlarında ortaya çıkan sermaye koyma borcunun nakit olarak yerine getirilmesinin esas olduğu belirtilmiş; sadece nakden konulan ve nakden konulduğu mali müşavir raporu ile tespit edilen fonlar sebebiyle oluşan borçların muaccel olması kaydıyla sermaye koyma borcu ile *takas*⁵³⁵ edilebileceği ifade edilmiştir. Buna karşın, halka açık ortaklıkların ortaya çıkan nakit sermaye koyma borcunun ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlarına takas suretiyle yerine getirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Bu düzenlemenin gelişimine bakıldığında, nakit sermaye koyma borcunun nakit dışı mal devirlerinden kaynaklanması Pay Tebliği (VII-128.1)⁵³⁶ m.12/6 kapsamında yasaklanmamış fakat SerPK m.23 anlamında *önemli nitelikte iş* sayılmıştır⁵³⁷. II-23.1 sayılı Önemli Nitelikte İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin mülga m. 5/1 (f) hükmünde de aynı düzenlemeye yer verilmişti. Pay Tebliği'nin (VII-128.1) 12. maddesi, 2015 yılında değiştirilmiş ve günümüzdeki haline ulaşarak şirkete nakit dışında bir malvarlığının devrinden kaynaklanan alacaklarla sermaye borcuyla takas edilmesi yasaklanmıştır.

Nakit olarak şirkete verilen borçların ise nakdi sermaye artırım sonucu takas yoluyla sona erdirilmesi işlemi bir aynı sermaye taahhüdü olarak nitelendirilmemesi ve nakdi sermaye

⁵³² Sönmez, a.g.e., s. 1035.

⁵³³ Sönmez, a.g.e., s.1072: Yazar, önce sermaye avansı verip, daha sonra ortaklığa ayın devredip avans olarak verilen tutarın geri alınması, ancak sermaye artırımına avansı mahsuben fiilen nakit ödemeksizin katılınması hâlinde söz konusu olabileceğini, TTK m.550/1'in işletilebilmesi için bakiye kısmın ödenmesinin talep edilebilmesi için örtülü aynı sermaye sonucunda ortaklığa devredilen ayın ile sermaye koyma borcu tutarı arasında fark oluşmuş ve örtülü aynı sermayenin TTK m.344/1 uyarınca borcun nakden ödenmesi gereken 1/4lük kısmının da takasa konu edilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir.

⁵³⁴ 22.06.2013 tarihli ve 28865 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan tebliğ, 27.02.2015 tarihli ve 29280 sayılı Resmi Gazetede değişikliğe uğrayarak söz konusu hali almıştır.

⁵³⁵ Madde metninde “mahsup” ifadesi kullanılmıştır. Hukuken doğru kullanım *takas* olacaktır.

⁵³⁶ 22.6.2013 tarihli ve 28685 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁵³⁷ Bu konuda ilk düzenleme SPK'nın 01.02.2013 tarihli 4/130 sayılı kararında (Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni, Tarih: 1.2.2013, Sayı: 2013/4, s. 10.) yer aldığını; daha sonra sermaye artırımlarında ortaya çıkan nakit sermaye koyma borcunun, ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlara mahsup edilmek suretiyle yerine getirilmesi işleminin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 23'üncü maddesi çerçevesinde önemli nitelikteki işlemler arasında sayılmasına karar verildiğini görüyoruz. Bkz. Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.188vd.

taahhüdünün ifasına yönelik bir işlem olarak değerlendirilerek halka açık anonim ortaklıklarda bu işleme olanak verilmesi SerPK m.12/1’de düzenlenen tam ve nakden ödeme ilkesine aykırı görülmemiştir⁵³⁸. Tam ve nakden ödeme ilkesi, ister esas sermaye sisteminde isterse de kayıtlı sermaye sisteminde olsun bir halka açık anonim ortaklığın sadece nakit karşılığı sermaye artırılabileceğini ve taahhüt edilen sermayenin karşılığının da sadece nakit olarak ödenebileceğini ifade eder⁵³⁹. Tam ve nakden ödeme ilkesi ile pay bedellerinin ortaklık malvarlığına dahil olmasıyla pay sahipleri, alacaklılar ve nihayet sermaye piyasası bu bağlamda korunmuş olacaktır⁵⁴⁰. Kanımızca şirketin borcu zaten verildiği anda şirket malvarlıkları arasında yer aldığı için nakden verilen alacağın nakdi sermaye artırımında takas edilmesi bu ilkenin koruduğu menfaatlere zarar vermemektedir.

Söz konusu hükümde kanun koyucunun hükümde kullandığı ifadelerden de görüldüğü üzere *nakden konulan ve nakden konulduğu mali müşavir raporu ile tespit edilen fonlar sebebiyle oluşan borçlar* dahi halka açık şirket için nakdi sermaye konusu edilmektedir. Bu yasağın amacı, gerçekte olmayan alacakların varmış gibi gösterilerek şirketin zarara uğratılmasını engellemektir⁵⁴¹. Halka kapalı şirketler açısından da Ticaret Bakanlığı düzenlemeleriyle benzer bir sonuca ulaşılmak istenmiş; fakat bu düzenlemeler *aynı sermaye* artırımının konusu olacak şekilde düzenlenmiştir. Halka açık anonim ortaklıklar için nakdi sermaye konusu edilen aynı düzenlemenin halka kapalı şirketler açısından yalnızca aynı sermaye özelinde düzenlenmesi kanımızca hukuk pratiği açısından bir çelişki yaratmaktadır.

Nakdi sermaye borcundan doğan bakiye borcun takas yoluyla sona erdirilebileceği ifade edildikten sonra nakdi sermaye artırım pratiği ile ilgili diğer bir tartışma konusu, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin tescilden önce ödenmesi gereken %25lik kısmının takasa konu edilip edilemeyeceğidir. Sermaye avansının nakdi sermaye artırımında ortaya çıkan sermaye taahhüdü borcu ile takası uygulamada sermaye artırım taahhüdünün %25’inin nakden ödenmesi, geri kalanının ise şirket borcu olan sermaye avansı ile takas edilerek sona erdirilmesi şeklinde gerçekleşir⁵⁴².

⁵³⁸ Aynı yönde, Ayoğlu, a.g.e., s. 53.

⁵³⁹ Aytaç, Zühtü, “**Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler**”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt. 40, S. 1, Yıl: 1985, s. 229-253, s. 245, 346; Manavgat, Çağlar, “**Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 45-78, s. 59.; Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s. 193.

⁵⁴⁰ Aytaç, Zühtü, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 246.

⁵⁴¹ Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Cilt 2/2, 2. Bası, Ankara 2017, s. 346.

⁵⁴² Bu konuda bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasası, s.90 dn. 353.

Yukarıda da bahsedildiği üzere tam ve nakden ödeme ilkesi sebebiyle TTK m.345/1’de düzenlenen ödeme şekli halka açık ortaklıklar için geçerli olmaz, artırılan sermaye bedeli şirketin alacağından karşılanacak ise bu bedelin tamamı ancak bu alacak nakden şirkete verilmiş bir borç ise nakit sermaye artışı sonucunda ortaya çıkan sermaye borcunun takası ile mümkün olur.

Halka kapalı ortaklıklar için öngörülen nakdi sermayenin ödeme rejimi kapsamında ise TTK m.459 atfıyla sermaye artırımı için uygulanan TTK m. 345/1, nakdi ödemelerin şirket adına açılacak özel bir hesaba yatırılması gerektiğini öngörür. Bu hükmün peşin olarak ödenmesi gereken nakit kısmın mutlak surette ortaklık adına açılacak bir banka hesabına yatırılmasını zorunlu tutmuş olması, nakdi sermaye borcunun tamamının takas ile ifasına izin verilmediği yönünde değerlendirilmektedir⁵⁴³. Öğretide aksi bir görüş ise, nakdi sermaye artırımında tescilden önce ödenmesi gereken meblâğ, “ortaklık tüzel kişiliği tarafından sermaye artırımı kararında buna rıza gösterilmiş (ve dolayısıyla ortaklıkça kabul edilmiş) olması koşulu ile”, pay sahiplerinin ortaklıktan olan nakit para alacakları ile takas edilebilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁴⁴.

aa. Pay Sahibinin Alacağının Sermaye Borcu ile Takası

Sermaye avansı adı verilen şirket borcunun, şirkette alınan nakdi sermaye artışı sonucu çıkarılan payları alacaklıya teslim edilerek sona erdirmesinin mümkün olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Pay sahibi iktisap ettiği paylar için ortaya çıkan sermaye borcunu nakden ödeyebileceği gibi, şirkete daha önce vermiş olduğu sermaye avansından bu borcun ödenmesini isteyebilir. Bu işlemin hukuki karşılığı takastır.

Takas, iki kişinin birbirlerine karşı olan ve genellikle farklı sebeplerden doğan borçlarının birbirlerine saydırılmasıdır⁵⁴⁵. Borçlu ve alacaklı konumunda bulunan taraflar arasında gereksiz bir alışverişin önlenmesi amacını taşıyan bir hukukî müessesedir⁵⁴⁶. Taraflar bir tek

⁵⁴³ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.65vd.

⁵⁴⁴ Sevi, s. 257; Soykan, a.g.e., s.524. Ayrıca yazar TK m. 344/1 ile 345, tescilden önce ödenmesi gereken kısım bakımından “özel hüküm” niteliğinde olduğu için bu nakdi sermaye borcunun 25%lik kısmının takasa konu edilebilmesi ancak genel kurulun aldığı sermaye artırım kararında artırılan kısmın tamamının takas yoluyla ifa edildiğinin belirtilmesi halinde mümkün olacağını; diğer hallerde TSY m. 73/1-(h) uyarınca pay bedelinin 25%inin ödendiğini gösterir banka mektubu ticaret siciline sunulmaması halinde sicil sermaye artırımını tescil ettirilmeyebileceğini de ifade etmiştir, s.519vd.

⁵⁴⁵ Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.385.

⁵⁴⁶ Sevi, a.g.e., s.216.

hukuki işlemle aynı türden karşılıklı borçlarını sona erdirdikleri takdirde ifaya ilişkin zahmet ve külfetten kurtulmuş olurlar⁵⁴⁷.

Takasın bir borcu sona erdirme yolu olarak sermaye borcunun ödenmesi için kullanılmasına izin veren hükümler 6102 sayılı TTK ile getirilmiştir. eTTK döneminde sermaye borcunun takasına ilişkin düzenleme bulunmamaktaydı. Sermaye borcunun takasını düzenleyen tek hüküm İİK m.200/2’de yer almaktaydı. Bu hükümde anonim, limited ve kooperatif şirketlerin iflasları halinde ödenmesi taahhüt edildiği halde ödenmemiş olan sermayelerin veya hisse senetlerinin şirket borçlarıyla takas edilmesi yasaklanmıştı. Hükümün mefhum-u muhalifinden yola çıkılarak doktrinde *iflasın söz konusu olmadığı* hallerde pay sahibinin şirketten olan nakdi alacağı ile şirkete olan bakiye sermaye borcunu takas edebileceğinin anlaşılması gerektiği öğretide dile getirilmekteydi⁵⁴⁸. Öğretide de sermaye borcunun takas edilmesinin getirdiği riskler, şirketler hukukunda kabul gören genel hukuk prensipleri bağlamında tartışılmıştır. Taahhüt sahibinin sermaye borcunu fiktif olarak yaratılmış bir karşı alacak ile veya fiilen sermaye taahhüdü borcuyla eşit değerde olmayan alacakları ile takas edilmesiyle sermaye borcundan kurtarılması sermayenin fiilen oluşturulmasına engel olacağından, malvarlığının korunması ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir⁵⁴⁹.

Aynı kaygılarla Alman hukukunda nakdi sermaye borcunun takas suretiyle ödenmesi yasaklanmıştır (AktG § 66/f.1, c.2). Sermaye değeri ile “tam değerde” (“*Prinzip der wirtschaftlichen Vollwertigkeit*”) olmayan bir malvarlığı değerinin takasa konu edilerek borçlunun sermaye payı verme yükümlülüğünden kurtulmasına izin verilmemiştir⁵⁵⁰. Fakat bu yasak, takasın irade beyanı ile tek taraflı olarak ileri sürülmesi ile taraflar arasında takas sözleşmesinin akdedilmesi arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu takas yasağı kapsamına yalnızca pay sahibinin tek taraflı olarak ileri sürdüğü takas talepleri girmektedir⁵⁵¹. Buna göre, anonim şirketin tek taraflı irade beyanı ile takas hakkını kullanması veya taraflar arasında akdedilen bir takas sözleşmesinin uygulanması alacağın geçerli, muaccel, likit ve tam değerli olmasına bağlıdır⁵⁵².

⁵⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1304.

⁵⁴⁸ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, 2005, N. 1046.

⁵⁴⁹ Sevi, a.g.e., s.253.

⁵⁵⁰ GOETTE, Wulf/ HABERSACK, Mathias/ KALSS, Susanne, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, 2019, München, Beck Online, erişim tarihi: 01.09.2023, (<https://0-beck--online-beck-de.opac.bilgi.edu.tr/Bcid/Y-400-W-MueKoAktG>) § 66 Rn. 43-45.

⁵⁵¹ Bu sorumluluk ve koruma, pay sahibi konumunun haklarını ve ekonomik avantajlarını talep eden kişilere de genişletilmesini gerektirir. Bkz. MüKoAktG/Bayer AktG § 66 Rn. 43-45.

⁵⁵² MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, AktG § 66 Rn. 68-70.

Günümüz Türk hukuk düzeninde ise şirketin sermaye bedeli alacağının şirket borcu ile ödenmesi için takas kurumunun kullanılmasına icazet verilmiştir (TK 242/3, 327/1-c.2, 457/2-(a), 463/2, 565/2, 583/5). Sermayenin korunması ilkesini ihlal edecek şekilde sermaye taahhüdü borcunun sona erdirilmesi hususundaki endişeler ise; TTK m.457/2.a’da yönetim kuruluna sermaye borcunun takas yoluyla sona erdirilmesi bu borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliğini tespit eden bir rapor hazırlama yükümlülüğü atfederek ve bu raporun gerçeği yansıtmaması halinde TTK m. 550/1’de öngörülen sorumluluk hükmüne göre şirket yetkililerinin payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen ödeme yükümlülüğü altına sokarak giderilmek istenmiştir⁵⁵³. Dolayısıyla takasın hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için vasıta kılındığı ileri sürülüyorsa, artırım kararının hükümsüzlüğü talep ve dava edilebilir⁵⁵⁴.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk hukuku doktrinde baskın görüş takasın nakdi sermaye borcunun sona erdirilmesi yolu olduğu yönündedir⁵⁵⁵. Buna karşın bu konuya ilişkin gerek eski kanunda gerekse yeni dönemde kanun düzeyinde açık bir belirleme bulunmamaktadır⁵⁵⁶. TTK m.457/2.a’da alacağın değerlendirilmesine yönelik bir düzenleme bulunmaması⁵⁵⁷; takasın yapısı itibarıyla aynı türden malvarlıkları arasında olabileceği için para borcunun nakdi sermaye taahhüdü borcuyla ödenmesinin gerekmesi; takasın yalnızca bir ödeme yolu olup doğrudan doğruya nitelikli kuruluş merasiminin uygulanmasını gerekli kılacak bir işlem olmaması⁵⁵⁸ takasın nakdi sermaye borcunun sona erdirilmesine ilişkin olduğu konusunda doktrinde ileri sürülen argümanlardır.

Alman hukukunda sermaye borcunun takası yasaklanmış olduğu için alacağın aynı sermaye olarak getirilmesi mümkünken, İsviçre hukukunda takas yoluyla sermaye ödemesi yapılması sui generis bir ödeme biçimi olarak yorumlanmıştır⁵⁵⁹. Türk hukukunda da Ticaret Bakanlığı düzenlemeleriyle pay sahibinin alacak hakkını aynı sermaye olarak getirmesinin, TTK

⁵⁵³ Soykan, a.g.e., s.523; Bu yöntemin gerçekten alacağın varlığının ispatı için yeterli olup olmadığı ilişkin incelemeler için bkz. İkinci Bölüm.IV.2.B.

⁵⁵⁴ Soykan, a.g.e., s.523.

⁵⁵⁵ Arıcı, Vadeli Alacak., s.328; Özdamar, a.g.e., s.145; Kendigelen, Abuzer, “**Genel Kurul Kararının İptali/Sermaye Artırımı**”, **Hukukî Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte)**, Cilt. 14, Yıl: 2014-2016, İstanbul 2018, s.430; Tekinalp/ Poroy/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, N. 487a; Aksi görüşte Sevi, Her ne kadar uygulamada karşılaşılma olasılığı oldukça düşük olsa dahi, gerekli koşulların mevcudiyeti halinde aynı sermaye borcunun da takas yolu ile sona erdirilebilmesinin önünde hukukî bir engel bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Sevi, a.g.e., s. 315.

⁵⁵⁶ Çonkar, a.g.e., s. 171.

⁵⁵⁷ Kendigelen, Genel Kurul Kararının İptali/Sermaye Artırımı, s. 430.

⁵⁵⁸ Sevi, a.g.e., s. 272

⁵⁵⁹ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.42; İsviçre hukukunda takas yöntemi ile sermaye sağlanması, kanunun izin verdiği, bağımsız bir sermaye sağlama yöntemi olarak kabul edilmektedir. (OR art. 634a/Abs.2).

m.343'te aynı sermaye için öngörülen bilirkışı değerlemesinden muaf olabileceğinin düzenlenmesi; TTK m.457/2.a'da sermaye borcunun takasının aynı sermaye ve nakdi sermaye getirilmesinden farklı geçerlilik şartlarına tabi olması; takas yoluyla ifanın nakdi sermaye olarak değerlendirilemeyeceği; diğer yandan bu yol ile ödeme gerçekleştiğinde şirkete bir "şey"in/"eşya"nın mülkiyeti getirilmediği için aynı sermaye olarak da kabul edilememesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁶⁰. Tüm bu sebeplerle İsviçre sisteminde kabul edildiği gibi takasın sui generis bir sermaye artırımı yolu olabileceği düşündürmesine rağmen Türk hukukunda benimsenen, nakdi ve nakdi olmayan (aynı) sermaye olarak üzere, yalnızca iki kategori sermaye olması sebebiyle takasın üçüncü bir sermaye artırımı yolu olarak kabul edilmemesi gerekir. Zira İsviçre öğretisinde yaygın olarak kullanılan sermayenin takas yolu ile oluşturulması ifadesinin ("Verrechnungsliberierung") aksine takas hukukumuzda bir ifa yolu değil, borcun sona erdirilmesi yoludur⁵⁶¹. Bu sebeple ayrı bir sermaye artırımı yolu olarak görülmesi yerinde olmaz.

Tüm bu değerlendirilmelerin akabinde takas hakkının nasıl ve kim tarafından kullanılacağı da belirlenmelidir. Takas, TBK m.139'daki takas edilme şartlarının yerine gelmesi ile kullanılabilen borcu sona erdirme yöntemidir. Takasın gerçekleşmesi için gerekli şartların ortaya çıkması, tek başına yeterli olmayıp; ayrıca, şirket ya da pay sahibinin takas beyanında bulunması veya bir takas sözleşmesinin akdedilmesi gerekir⁵⁶². Bu genel prensip sermaye borcunun takası bakımından da geçerlidir⁵⁶³.

Aksine bir anlaşma yoksa takas, taraflardan birinin takas hakkını kullandığına dair tek taraflı, yenilik doğuran bir irade beyanı ile gerçekleşir⁵⁶⁴. Bu beyan herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁵⁶⁵. Bir görüşe göre, sermaye borcunun takasında sermayenin fiilen oluşturulması

⁵⁶⁰ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.46.

⁵⁶¹ Sevi, a.g.e., s.272.

⁵⁶² Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, 1994. s.124; Aynı yönde, sermaye artırımlarında taahhüt edilen pay bedelinin takas yoluyla ödenmesi konusunda, şirketten alacaklı olan hâlihazırdaki pay sahipleriyle ya da pay sahipleri olmayan şirket alacaklılarıyla mutlaka bir takas sözleşmesi akdedilmesi konusunda Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.214.

⁵⁶³ Sevi, a.g.e., s.269.

⁵⁶⁴ Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.385.

⁵⁶⁵ Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.386; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s. 580; Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin gerektirdiği denetimin sağlanabilmesi için, "olağan" takas işleminden farklı olarak, sermaye borcunun takasında bu beyanın yazılı bir biçimde yapılması gerektiğini ifade etmiştir. (LUTTER, Kölner Kommentar, § 66 p.19 s.797; HUECK / FASTRICH, GmbH, § 19 p.22 s.329. (Sevi, a.g.e., s. 269 nakden) Kanımızca böyle bir zorunluluk getirilmek istenseydi TTK m.457/2(a) maddesinde veya TBK m.139'd getirilebilirdi. Kanun koyucu tarafından getirilmemiş geçerlik şartının kabulü ve yazılı şekilde yapılmayan takasın geçersizliğinin kabulü mümkün olmamalıdır.

ilkesinin gerektirdiği denetimin sağlanabilmesi için “olağan” takas işleminden farklı olarak, takas beyanının yazılı bir biçimde yapılması gereklidir⁵⁶⁶.

Takasın sonuçları, karşı tarafın iradesine veya hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın doğar⁵⁶⁷. Buna karşın bir görüşe göre sermaye taahhüdü borcunun takasında sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi sebebiyle alacaklılarına karşı malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olan anonim ortaklıkta yönetim kurulunun, pay sahibinin takas hakkını kullanmasını ortaklığın finansal durumu bakımından uygun görmemesi halinde, buna engel olabilme hakkı mevcut olmalıdır⁵⁶⁸. Bu sebeple sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takasında, borçlu pay sahibinin tek taraflı olarak takas beyanında bulunması, sermaye borcunun ortadan kalkması için yeterli olmayıp, bu konuda yönetim kurulunun onay vermesi gereklidir⁵⁶⁹.

Takas için kanunda öngörülen esaslardan farklı olarak, taraflar ileride karşılıklı alacaklarının kendiliğinden takas edilmesi konusunda anlaşma yapabilirler⁵⁷⁰. Takasın tek taraflı irade beyanı yoluyla kullanılmasının karşı tarafın iznine bağlı olmaması sebebiyle sermayenin korunması ilkesine ilişkin endişeler, sermaye avansı mekanizmasında taraflar arasında kurulduğu kabul edilen takas anlaşması ile giderilmek istenmiştir. Sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takasında, taahhüt sahibinin nakdî sermaye koyma borcu ile ortaklığın taahhüt sahibine karşı olan para borcunun, takas yolu ile karşılıklı olarak sona erdirilmesi konusunda anlaşılmış olduğu kabul edilir⁵⁷¹. Şirket (veya tarafların anlaşmasına göre pay sahibi), bu takas anlaşmasının kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak pay sahibinin sermaye avansı niteliğinde olan alacağı ile sermaye taahhüdünden doğan borcunu takas etmektedir⁵⁷².

Sermaye avansına benzer kurumlarda da taraflar arasındaki takas ilişkisinin takas anlaşması olduğu ifade edilmiştir. Sermaye avansının şirket paylarının devredilmesi yoluyla ödenmesine benzer bir kurum olan ticari cari hesap sözleşmelerinde de iki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçmesi konusunda taraflar arasında takas sözleşmesi kurulduğu ve hesaba geçirilen alacakların hesap devresi sonunda ayrıca BK m.143/1’e göre bir beyanda bulunulmasına

⁵⁶⁶ Bkz. Sevi, a.g.e., s.269.

⁵⁶⁷ Karamercan, Fatih, “**Türk Borçlar Hukukunda Takas**”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2018, Cilt: 5, Sayı: 1, s. 271- 296, s.280; Develioğlu, a.g.e., s. 39 – 40.

⁵⁶⁸ Sevi, a.g.e., s.264vd.

⁵⁶⁹ Sevi, a.g.e., s. 271.

⁵⁷⁰ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s.572.

⁵⁷¹ Widmer, Christoph K.: **Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht**, Zürich 1998., s.381. (Sevi, a.g.e., s.252’den naklen); Bu konuda bkz. Ayoğlu, a.g.e., s.46.

⁵⁷² Ayoğlu, a.g.e., s.46; Yüce, Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi, s.138

ihtiyaç kalmadan otomatik olarak ve topluca takas edilmesi hususunda da anlaşıkları kabul edilir⁵⁷³. Aynı doğrultuda bir konkordato ya da yeniden yapılandırma projesi olarak takas imkânından faydalanılmak istenmesi, şirket ve alacaklısı arasında bir takas sözleşmesini gerektirir⁵⁷⁴. Sermaye avansının şirketin mali gücünü artırma fonksiyonuna yönelik olarak kullanılması halinde bu ilişkinin de temelinde takas sözleşmesi bulunacaktır. Tüm bu karşılaştırmalar ışığında oldukça benzer bir yapıya sahip olan sermaye avansının şirket sermayesine dönüştürülerek ödenmesi halinde taraflar arasında bir takas anlaşması akdedildiğinin kabul edilmesi akla yatkındır.

Sermaye avansının takas yoluyla ödenmesi için takas sözleşmesinin kurulması ve zaman bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurması, tek başına sözleşmenin yapılmasıyla gerçekleşmez⁵⁷⁵. Takas sözleşmesi akdedilmesi tek başına borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Sözleşme hükümleri, borcun sona ermesi için şirkete, şirketler hukukuna özgü bazı diğer işlemlerin yerine getirilmesini öngörür. Pay sahibine ait alacağın sermaye borcu ile takas edilmesi şarta (şirketin sermaye artırımına gitmesi koşuluna) bağlı bir olgudur⁵⁷⁶. Takas yoluyla borcun sona erdirilebilmesi için takas sözleşmesinin ardından sermaye artış kararı alınması, esas sözleşmenin değiştirilmesi, ticaret siciline kararın tescil edilmesi, peşin ödenmesi gerekli tutarın ödenmesi gibi şirketler hukukuna özgü bazı diğer işlemlerin de yapılması gerekli olduğundan sözleşmeyle amaçlanan hedefe ulaşılmasının da ancak bu işlemlerin tamamlanmasından sonra mümkündür⁵⁷⁷. Ayrıca TTK m.457/2.a'da öngörülen takas edilebilirliğe ilişkin şartların yer aldığı bir yönetim kurulu raporu hazırlanmalıdır. Takas sözleşmesi akabinde şirketin üstlendiği bu işlemler tasarruf işlemi niteliğindedir.

Takasın hüküm ve sonuçlarının doğmasının ardından, şirket defter ve kayıtlarında gerekli değişikliklerin yapılarak, pay bedellerinin tahsili bakımından güncel durumun bu kayıtlara yansıtılması gerekir⁵⁷⁸. Nakdi sermaye borcunun takas yoluyla ödenmesinde sermaye borçlusunun şirkete karşı sahip olduğu nakit alacağı ile pay taahhüdünden doğan borcunun takas edilerek bu borçların karşılıklı olarak daha az olan alacak tutarınca sona erdirilir. Takas

⁵⁷³ Arkan, Sabih, a.g.e., s.395; Aral, Takas, s.124-125: “*Bununla beraber, BK. m.122/1 hükmü emredici nitelikte olmadığı için, taraflar önceden yapacakları bir takas anlaşmasıyla, ileride takas yetkisinin doğumu ile karşılıklı alacaklarının takas beyanına ihtiyaç olmaksızın takas edilebileceğini kararlaştırabilirler. Nitekim, BK m.122/3’te zikredilen cari hesap sözleşmesinde durum böyledir.*”.

⁵⁷⁴ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.121.

⁵⁷⁵ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.213.

⁵⁷⁶ Ayoğlu, a.g.e., s.37.

⁵⁷⁷ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.213.

⁵⁷⁸ Yüce, Sermaye Borcunun Takası, s.210.

hakkı kullanılınca karşılıklı alacaklar miktar olarak daha az olan alacak tutarında alacaklar eşit miktarda ise tamamen sona erer⁵⁷⁹.

Sermaye borcunun takasının hangi koşullarla geçerli sayılacağı konusunun, yukarıda belirtildiği üzere sermayenin tam ve fiilen oluşturulması ilkesi çerçevesinde, BK’da takas ile ilgili öngörülen genel hükümler ve anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkeleri ile emredici kuralları doğrultusunda ele alınması gerekmektedir⁵⁸⁰. Takas beyanı yapılıncaya veya takas anlaşmasından doğan takas kullanılıncaya, bu hakkın kullanılmasından itibaren değil, karşılıklı borçların takas edilebilmesi şartlarının gerçekleştirildiği andan itibaren hüküm ifade etmesi kabul edilmiştir⁵⁸¹. TBK m.139 düzenlemesiyle takas edilebilecek malvarlığı değerleri için “alacakların karşılıklı olması”, “alacakların para veya özdeş diğer edimler olması”, “her iki borcun da muaccel olması ve zamanaşımına uğramamış olması” şartlarına bağlanmıştır. Borçlar kanununda düzenlenmemiş olan takas anlaşmasında tarafların anlaşmasına göre, takasın “karşılıklılık”, “muaccel olma” ve “aynı türden olma” şartlarının aranmayabileceği kabul edilmektedir⁵⁸². Unutulmamalıdır ki TBK’da yer alan hükümler emredici olmaktan çok tamamlayıcı ve yorumlayıcıdır. Dolayısıyla söz konusu unsurlar TBK m.139’un emredici hukuk kuralı olmaması sebebiyle tarafların anlaşması ve isteğiyle değiştirilebilir.

Ayrıca TTK m.457/2.a’da sermaye bedelinin takasına özgü olarak, TBK m.139’a ek olarak, sermaye taahhüdünün takas yoluyla sona erdirilmesi halinde bu borcun “varlığı”, “geçerliliği” ve “takas edilebilirliğinin” yönetim kurulu tarafından hazırlanacak bir beyanda belirtilmesi zorunlu tutulmuştur.

bb. Takasın Şartları

i. Alacakların Karşılıklı Olması

Bir kimsenin takas hakkına sahip olabilmesi için bu kimsenin karşı tarafa hem borçlu hem de alacaklı olması gerekir⁵⁸³. Sermaye avansının şirket sermaye borcu ile takas edilerek ifa edildiği mekanizmada taraflar arasındaki borç ilişkisi şirketin sermaye avansının şirkete verdiği anda kurulur. Borcun verilmesiyle pay sahibi alacaklı, şirket ise borçlu duruma gelir. Şirketin sermaye artırımı kararı alması ve alacaklı pay sahibinin yeni çıkarılan paylar üzerinde

⁵⁷⁹ Karamercan, a.g.e., s.287.

⁵⁸⁰ Sevi, a.g.e., s.265.

⁵⁸¹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s.571.

⁵⁸² Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s.572; Bununla birlikte, halka açık şirketlerde Pay Tebliği m.12/4’te getirilen pay sahibinin şirketten olan alacağının muaccel olması zorunluluğu sebebiyle sermaye taahhüdü borcunun muacceliyeti değiştirilemez.

⁵⁸³ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s.572.

rüçhan hakkını kullanmasıyla pay sahibi şirkete sermaye taahhüdü borcunu ödemekle yükümlü olur. Görüldüğü üzere şirketin pay sahibine olan borcu, borçlar hukuku temelli bir ödünç anlaşmasından doğmasına rağmen pay sahibinin şirkete olan borcu TTK'da öngörülen pay sahibinin sermaye artırımını sonucu sermaye getirme yükümlülüğüne dayanır. Ayrıca tarafların borçları aynı ilişkiden veya aynı anda doğmamaktadır.

Taraflar arasındaki borçların doğdukları ilişkilerin farklı olması takas hakkının kullanılmasını etkilemeyecektir. Takas edilecek alacakların aynı borç ilişkisinden doğmuş olması aranmaz⁵⁸⁴. Karşılıklılık ilişkisinin baştan (iki alacağın doğduğu andan) itibaren mevcut olması şart değildir; takas beyanının yapıldığı anda mevcut olması yeterlidir⁵⁸⁵.

ii. Alacakların Para veya Özdeş Diğer Edimler Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 139/1 hükmünde yer alan “miktar para veya özdeş diğer edimleri” ifadesi takasın diğer şartı olan karşılıklı alacakların aynı cinsten olma şartını ortaya koymaktadır. Edimlerin konularının aynı cinsten olmasından, “borçlanılan edimlerin ifade birbirlerinin yerine geçebilecek nitelikte olması” anlaşılmalıdır⁵⁸⁶. Aynı nitelik ve miktarda şeyi geri verme borcu tüketim ödünç sözleşmesinin de bir sonucudur.

Sermaye taahhüdü borcunun takas yoluyla sona erdirilmesi için de alacaklı pay sahibinin şirketten aynı türden bir alacağa sahip olması gerekir. Bu koşul nakdî sermaye borçlusu pay sahibinin, ortaklıktan bir para alacağına sahip olmasını gerektirir⁵⁸⁷. Bu sebeple sermaye avansının ifası kapsamında her ne kadar para borcunun karşılığı olarak pay alınacaksa da takas edilen değerler nakit olarak doğan sermaye borcu ile pay sahibinin verdiği para ödünç olduğu için bu koşulun sağlandığı ifade edilmelidir.

iii. Borcun Muaccel ve Zamanaşımına Uğramamış Olma Şartı

TBK m.139 her iki borcun da muaccel olması koşuluyla taraflardan her birinin alacağını borcuyla takas edebileceğini düzenlemektedir. Sermaye avansı ilişkisinde takas edilecek malvarlığı değerleri, şirketin pay sahibinden aldığı para ödünç ile pay sahibinin sermaye artırımını sonucu şirkete karşı üstlendiği sermaye bedelidir. TTK m.344 uyarınca nakden

⁵⁸⁴ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s.572.

⁵⁸⁵ Karamercan, a.g.e., s. 281.

⁵⁸⁶ Karamercan, a.g.e., s.281; Aral, Takas, s.56; Develioğlu, a.g.e., s. 127.

⁵⁸⁷ Sevi, a.g.e., s.266.

taahhüt edilen borçların itibari değerinin en az 25% sermaye artırımının tescilinden önce, geri kalan kısmı ise 24 ay içerisinde ödenmelidir. Yukarıda ifade edildiği üzere öğretide baskın görüş, peşin ödenmesi sermaye borcunun şirket adına bankaya peşin ödenmesi ve bakiye borcun takas yoluyla ödenmesidir⁵⁸⁸.

TTK'da nakdi sermaye ödenmesi için kabul edilen yirmi dört aylık süre, pay sahibinin “sermaye taahhüdünden doğan borcunu ifa yetkisine sahip olduğu süreyi” ifade eder⁵⁸⁹. TBK m.92/6 uyarınca borçlu, belirli bir süre içinde yerine getirilmesi gereken bir borcu, bu sürenin dolmasından önce ifa etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte bakiye borcun ödenmesi için 24 aylık azami süreye riayet etmek kaydıyla bakiye borcunun çağrı zamanını tayin etmek yönetim kurulunun takdirindedir⁵⁹⁰.

Öğretide bir tarafın takas yapabilmesi için sadece kendi alacağının (yani karşı tarafın borcunun) muaccel olması yeterli kabul edilir⁵⁹¹. Zira takas beyanında bulunacak kişi, kural olarak kendi borcunu vaktinden önce ifa edebiliyor ise, borcunu vaktinden önce takas ile sona erdirebilmesi doğaldır⁵⁹². Dolayısıyla bir kimse muaccel olmayan fakat ifa edilebilir nitelikteki borcunu karşı taraftan olan muaccel alacağı ile takas edebilir⁵⁹³.

Bu doğrultuda kanımızca pay sahibinin sermaye borcunu takas edebilmesi için anonim ortaklıktan olan alacağının muaccel, sermaye borcunun ise ifa edilebilir nitelikte bulunması gerekli⁵⁹⁴ ve yeterlidir. TTK'da alacağın muaccel olması ile korunmak istenen değerler perspektifinden bakıldığında da muaccel nakdi sermaye borcunun bir alacakla takasında veya üçüncü kişi konumundaki bir şirket alacaklısına ifa suretiyle ödenmesinde gerek takas koşullarının oluşması ve gerekse sermayenin sağlanması ilkesi açısından, bu alacakların muaccel olması anlam taşıyabilir⁵⁹⁵. Sermaye avansının şirket borcunun takasında sermaye borcu daha doğmadan şirket tarafından devralınmış bir para söz konusu olduğu için tahsil kabiliyeti ile ilgili bir endişe olmadığı aşıkardır.

⁵⁸⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm.II.4.B.

⁵⁸⁹ Hızır, a.g.e., s.256; Bununla birlikte yönetim kurulunun 24 ay öncesinde yapacağı apel ile borcun ifasını vadeden önce talep etmesi durumunda, borç muaccel olmadığı için pay sahibinin sermaye taahhüdünü şirketten borç olarak ödemesi mümkündür. Bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, (Ulusal Tez Merkezi), s. 205.

⁵⁹⁰ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, (Ulusal Tez Merkezi), s.208; Sevi, a.g.e., s.206.

⁵⁹¹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt I, s. 576.

⁵⁹² Karamercan, a.g.e., s.283.

⁵⁹³ Andreas von Tuhr/ Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zweiter band, Dritte Auflage, Zürich 1974, 78 IV, (Nomer, Para Borcu, s.249'dan naklen).

⁵⁹⁴ Sevi, a.g.e., s.267.

⁵⁹⁵ Arıcı, Vadeli Alacak, s.326.

Bu görüşümüze ilaveten, sermaye avansı ilişkisi tarafları arasında, sermaye avansının sermaye borcuyla takas edilerek sona erdirileceği anda devreye girmek üzere bir takas anlaşması mevcut olduğu kabul edilmektedir. TBK m. 139 hükmünün emredici nitelikte olmaması sebebiyle bu hükümde yer alan takas edilebilirlik şartları da tarafların iradesiyle değiştirilebilir. Öğretide bu sebeple TBK m.139'deki takas edilebilirlik şartlarının bulunmaması halinde, vadesi gelmemiş alacağın mümkün olduğu ifade edilmiştir⁵⁹⁶.

Sonuç olarak, halka kapalı anonim şirketlerde pay sahibinin şirketten olan alacağının ya da şirketin sermaye taahhüdünden doğan alacağının vadesi henüz gelmemiş bulunsada dahi ifa edilebileceği kabul edilmiştir (TTK 357)⁵⁹⁷. Halka açık anonim ortaklıklarda, TBK m.139 ile paralel olarak, Pay Tebliği'nin m. 12/4'de, pay sahibinin şirketten olan alacağının muaccel olması zorunlu bir koşul olarak getirilmiştir. Bu sebeple, pay sahiplerinin vadesi henüz gelmemiş alacakları ile sermaye taahhüdünden doğan borçlarının takas edilemeyeceği ifade edilmelidir.

III. Sermaye Artırım Kararı Alınmaması ve Borcun Nakden Ödenmesi

Tüketim ödöncü sözleşmelerinde ödöncü alan, her durumda ödöncü konusunu iade ederek sözleşmeyi sona erdirebilir⁵⁹⁸. Alacaklı ile borçlu şirketin aralarında akdetmiş oldukları sermaye avansını konu alan ticari tüketim ödöncü sözleşmesinde belirledikleri hükümlere göre; taraflardan birine borcun ifa yoluna ilişkin tanınan seçimlik hakkın veya seçimlik yetkinin nakden ödeme yönünde kullanılması, borcun paya dönüştürölerek ifa edilmesi şarta bağlanmışsa şartın gerçekleşmemesi halinde sermaye avansı niteliğinde verilen borcun, alelade bir ticari para ödöncü gibi alacaklıya geri ödenmesi gerekir.

Alacaklı pay sahibinin, taraflar arasında başkaca bir anlaşması yoksa, şirketi borcun sermayeye dönüştürölmesi suretiyle ifaya zorlaması mümkün değildir. Bu durum sermaye avansının azınlık pay sahibi tarafından verildiği zaman daha önemli hale gelir. Şirket ile alacaklı pay sahibi arasında sermaye avansının sermayeye dönüştürölmesi yoluyla ödeneceği konusunda anlaşmaya varılmamış olduğu takdirde azınlık pay sahibinin vermiş olduğu borcun sermaye dönüştürölmesi ancak genel kurulda sermaye artırım kararı almaya yetecek oy

⁵⁹⁶ Ayoğlu, a.g.e., s.54, dn. 38.

⁵⁹⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, C.I, s.60

⁵⁹⁸ Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **Borçlar Özel**, Ankara, 2015, s. 358, Yazar bu yorumu faizsiz tüketim ödöncü sözleşmeleri için yapmıştır. Zira, faizli tüketim ödöncü sözleşmelerinde vade tarihine veya fesih bildirim süresine kadar faiz işleyeceği için bu tarihten önce yapılacak erken ifa ancak bu sürenin sonuna kadar işleyecek faizin kabul edilmesiyle veya ödöncü verenin faiz talebinden vazgeçmesi ile mümkün olur.

sağlanmış olması halinde mümkündür. Aksi takdirde şirketin bu borcu nakden ifa etmesi gerekir.

Sermaye avansı verildiği anda ticari borç niteliğindedir. Bu borç sermaye taahhüdü bedeli ile takas edilmediği müddetçe sermaye niteliği taşımaz ve şirket sermayesinin tabi olduğu kuralların konusunu oluşturmaz⁵⁹⁹. Bu durum yönetim kurulunun alınan borcun sermaye avansı niteliğinde olduğuna ilişkin karar alması veya şirket ile alacaklı pay sahibinin borcun niteliğinin sermaye avansı olduğu konusunda anlaşmaya varmaları halinde dahi değişmeyecektir. Bu sebeple, sermaye avansının pay sahibine geri ödenmesi, sermayenin iadesini isteyememesine ilişkin TTK m.480 ve m.601'deki hükümler kapsamında değerlendirilmez. Borçlar hukuku karakterli ödünç sözleşmesi ya da paranın verilmesine dayanak teşkil eden diğer herhangi bir sözleşmenin hükümleri gereğince, ortağın şirkete sermaye haricinde verdiği paranın iadesini şirketten talep etme hakkı mevcuttur⁶⁰⁰.

Sermaye avansının pay sahibi tarafından şirkete verilmesi anında gerek muhasebe kayıtları gerekse borcun hukuki niteliği açısından herhangi bir ticari ödünç borcundan bir farkı olmadığı için bu noktada önemli olan tarafların borcu verme niyetidir. Bu sebeple tarafların, ifa yolunun borcun sermayeye dönüştürülmesi hususunda anlaşmamış olmaları halinde, sermaye avansı alelade bir borcun tabi olduğu kurallara tabi olacaktır.

Sermaye avansı, sermaye artırımını ile borç-sermaye dönüşümünün yapılmadığı sürece sermaye niteliği taşımadığı için TTK m.509'daki sermayeye faiz işletilmesine ilişkin yasağın konusu olmayacaktır. Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin niteliği ticari tüketim ödünç sözleşmesi olduğu için sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile TBK m.387/2 uyarınca pay sahibi faiz talep edebilir. Aksine, alacaklının hakkı olan bu faizin talep edilmemesi örtülü kazanç aktarımı yasağı ve sermayenin iadesi yasağı kapsamında pay sahibi tarafından şirkete sağlanmış haksız bir menfaat olarak da değerlendirilebilir⁶⁰¹. Zira şirketin ilişkili taraf olan pay sahibine faizsiz para ödünçü kullandırması, üçüncü kişiye sağlanmayacak bir menfaatin ilişkili tarafa sağlanması olarak değerlendirilebileceği için örtülü kazanç aktarımı kapsamında olabilir.

⁵⁹⁹ Aksi görüşler için Birinci Bölüm. VII.

⁶⁰⁰ Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi, s.63.

⁶⁰¹ Bkz. İkinci Bölüm.V.2.

Ortakların şirketlere sermaye dışında verdikleri paralar, “Ortaklara Borçlar” altında muhasebeleştirilmektedir ve bilançoda şirket pasiflerine eklenmektedir⁶⁰². Bu borcun nakden ödenmesiyle bu borç artık bilançoda borçlar ve yükümlülüklerin yer aldığı “yabancı kaynaklar” altında yer almayacak fakat sermayeye de dönüşmediği için şirket özkaynaklarında artış gerçekleştirmeyecektir.

Borcun ödenmesi için vadenin belirlenmediği hallerde ise, borcun vadesi tüketim ödöncü sözleşmeleri için geri verme zamanını düzenleyen TBK m. 392’ye belirlenir. Buna göre alacaklı pay sahibinin borcun ifasını talep etmesinden sonra 6 hafta geçtikten sonra borç muaccel olur ve şirket borcu geri ödemek durumda kalır⁶⁰³. Borcun ödenmemesi halinde borca ödendiği ana kadar temerrüt faizi işleyeceği gibi alacaklı pay sahibi borcun temerrüdünden doğan tüm haklarını kullanabilir duruma gelir.

⁶⁰² Göksoy, Alacakların Sermayeye İlavesi, s.58 dn 1: “331- Ortaklara Borçlar Hesabı, işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla ortaklara borçlu bulunduğu tutarların izlendiği hesaptır. Ortakların bir yıldan uzun sürede ödenmesi planlanmış bulunan senetli ve senetsiz borçları ise 431- Ortaklara Borçlar hesabında izlenmektedir.”

⁶⁰³ Bkz. İkinci Bölüm. III.

SONUÇ

Bu çalışmada alternatif bir şirket finansmanı yolu olarak uygulama tarafından geliştirilen ve maddi hukuk kapsamında tanımlanmamış olan sermaye avansının pozitif hukuk kuralları ve temel hukuk prensipleri çerçevesinde uygulanabilirliğinin ve diğer kavramlarla ilişkisinin gösterilmesi amaçlanmıştır. Çalışmamızda varılan sonuçların şu şekilde özetlenmesi mümkündür:

- (i) Sermaye avansı, borç ilişkisi ile sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını unsurlarını barındıran karma bir şirket finansman yöntemidir. Bu kavram mevzuatta tanımlanmamış olmasına rağmen vergi mevzuatı, idarenin düzenlemeler ve yargı kararlarında unsurlarına atıf yapılarak (örneğin, alacağın şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi, alacağın sermaye taahhüdü bedeli ile takas edilmesi, pay sahibinin şirkete borçlanması vb.) hukukumuzda yeri olduğu tespit edilmiştir.
- (ii) Sermaye avansının düzenlendiği vergi düzenlemeleri ve idari düzenlemelerde sermaye avansı yalnızca şirketin ortakları tarafından şirkete verilen borcu ifade etmektedir. Sermaye avansının, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1) kapsamındaki vergi indiriminden yararlanması ve pay sahibinin alacaklarının aynı sermaye artırımında şirkete getirilmesi halinde bilirkişi raporu zorunluluğunun kaldırılması ancak pay sahibinin alacaklı olduğu hallerde mümkün kılınmıştır.

Buna karşın sermaye avansının avantajlı yapısından yalnızca pay sahiplerinin ve onların verilen borçların yararlandırılması şirketin finansmanını sağlayan yatırımcı ekosistemine uygun değildir. Uygulamada da yatırımcıların sembolik sayıda verilen paylarla şirket pay sahibi yapılarak sermaye avansı evrenine dahil edilmeye çalışılmaktadır. Pozitif hukukta yalnızca pay sahiplerinin şirkete verdiği borçlar sermaye avansı konusu edilmekle beraber, sermaye avansı kavramının uygulamadaki kısa yollara bırakılması yerine, yatırımcı üçüncü kişilerden olan borçları kapsayacak şekilde sermaye avansı konusu edilerek düzenleme kapsamına alınması önerilmiştir.

- (iii) Sermaye avansını diğer borçlardan özellikli kılan bir vasfı kendine özgü ifa yöntemidir. Borçlu şirket, sermaye avansı adı verilen borcunu faiziyle birlikte geri

ödeyerek sona erdirebilir. Sermaye avansının diğer borçlardan özellikli ifa yöntemi ise, borçlu şirkette alınan sermaye artırım kararı ve alacaklı pay sahibine devredilen paylara ilişkin sermaye taahhüdü borcunun sermaye avansı ile ödenmesidir.

- (iv) Pay sahibinin şirkete vermiş olduğu sermaye avansı, şirkete geri ifa yükümlülüğü yükler. Bu sebeple sermaye avansının bir para ödöncü olduğu ve şirket finansal tablolarına borçların yazıldığı bölüm olan pasifler altına yabancı kaynak olarak kaydedildiğine işaret edilmiştir. Çalışmamızda bazı muhasebe uzmanlarının sermaye avansının sermaye veya sermaye yedeği niteliği taşıdığı görüşüne yer verilmiş olmakla birlikte; doktrinde baskın görüşün, sermaye artırımında çıkarılan payların sermaye bedelinin karşılığı olarak kullanılmasının sermaye avansının verildiği anda borç niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği ve onu sermaye niteliği kazandırmayacağı ifade edilmiştir.
- (v) Sermaye avansının yabancı para cinsinden veya Türk lirası üzerinden verilmesinin mümkün olduğu fakat yabancı para cinsinden sermaye belirlenemeyeceği için borcun paya dönüştürülerek ifa edilmesi için esas sözleşmeye Türk Lirası karşılığının yazılması gerektiği ifade edilmiştir.
- (vi) Sermaye avansının, sermaye niteliğinde olmaması, onu diğer finansman yöntemleri karşısında daha cazip kılmaktadır. Borç niteliğinde olan sermaye avansı, taraflarına aralarındaki ilişkinin koşullarını sözleşme serbestisi içerisinde belirlenebilmesine olanak tanır; TTK m. 480 ve m. 601’de düzenlenen sermayenin iadesi yasağına tabi olmaksızın alacaklısına geri ödenebilir; ticari bir borç niteliğinde olduğu için Kurumlar Vergisi Kanunu m.11/1.a uygulanmaksızın faiz talep edilebilir.
- (vii) Sermaye avansının para borcu niteliğinde olması ve sermaye avansının verildiği tarafın geri verme yükümlülüğü altında bulunması taraflar arasında TBK m. 386 anlamında tüketim ödöncü sözleşmesine işaret etse de; şirketin aldığı para borcunun ifasının şirket payı ile yapılması tüketim ödöncü sözleşmesinde ödöncün “aynı miktar ve nitelikte” şey ile geri verilme unsurunu sağlamaz. Bu sebeple sermaye avansı sözleşmesinin hukuki niteliğinin tüketim ödöncü sözleşmesinin hâkim olduğu sui generis bir sözleşme olduğu belirtilmiştir.

- (viii) Şekil koşulları düzenlenmemiş olan bu sözleşmenin uygulamada genellikle sözlü olarak akdedildiği görülmektedir. Bu sebeple sözleşmenin ve tarafların iradesinin ortaya çıkarılması ancak yorum kuralları ile mümkün olur. Tarafların ticari defterleri ve taraf şirketlerde alınan kararlar bu konuda yol gösterici olarak kullanılmaktadır.
- (ix) Sermaye avansının başlıca kullanım amacı şirketin finanse edilmesidir. Bu amaç, sağlıklı bir şirketin büyümesine katkı sağlayabileceği gibi ekonomik güçlük içerisinde bulunan bir şirketin ekonomik olarak daha sağlam hale getirilmesine hizmet eder.
- (x) Pay sahibine karşı borçlu olan şirketin TTK m. 376 kapsamında sermaye kaybına düşmesi durumunda sermayenin iyileştirilmesi için, bu borcun ifasının sermaye avansı mekanizmasına başvurularak şirkette gerçekleştirilen sermaye artırımında yeni çıkarılan payların alacaklıya devredilmesi yoluyla gerçekleştirilebilir. Bunun için alacaklı pay sahibinin rızasıyla sermaye artırımını kararına iştirak etmesi gerekir.
- (xi) Sermaye avansı, ortaklara verilen ve şirketin ticari faaliyetlerden kaynaklanmayan bir borç olduğu için bilançonun pasifler bölümünde yabancı kaynaklar altında ortaklara borçlar hesabına işlenir. Bu borç sermayeye dönüştürülerek ödenebileceği için bazı muhasebe uzmanları bu bedeli adeta bir sermaye katkısı veya cüzü olarak değerlendirilmiş ve bilançoda özkaynaklar altına yazılması gerektiğini ifade etmiştir. Kanımızca bu görüş sermaye avansının geri ödenmesi sistemini açıklayamadığı için uygun değildir.
- (xii) Borçlunun sermaye şirketi olması sebebiyle taraflar arasında yapılan ödünç ilişkisi ticari iş niteliğindedir. TTK m.8/1 ve TBK m.387-388 uyarınca ticari tüketim ödünç sözleşmelerinde faiz kararlaştırılmamış olsa bile ödünç veren faiz talep edebilir. Sermaye avansı, sermaye artırımını sonucunda ortaya çıkan sermaye bedeli ifa edilene kadar “sermaye” ya da “sermaye yedeği” niteliği taşımadığı için Kurumlar Vergisi Kanunu m.11/1 ve TTK m.509/1’de sermayeye faiz işletilmesini yasaklayan hükümler kapsamında bulunmamaktadır.

- (xiii) Şirket borcuna piyasaya uygun bir faiz işletilmesi, sermayenin korunması ilkesinin bir gereğidir. Piyasa emsallerine uygun ve enflasyon oranı ile paralel belirlenen faiz oranı sermaye avansı verenin kazanç sağlamasını değil, verilen borcun zaman içerisindeki değerinin korunmasını hedeflemektedir. Borç niteliğindeki sermaye avansına piyasadaki emsallerine uygun faiz talep edilmesi halinde sermaye avansı veren pay sahibinin bu kapsamda TCK m.241’de düzenlenen tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmeyeceği ifade edilmiştir.
- (xiv) Sermaye avansının geri verilmesi için kanuni bir vade belirlenmemiştir. Taraflarca vade kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Vergi düzenlemelerindeki kuralların ihlal edilememesi ve sermayenin iadesi yasağına ilişkin eleştirilerin gündeme gelmemesi için makul bir süre içerisinde ifa edilmesi önerilmiştir. Vadenin kararlaştırılmamış olması halinde, sermaye avansı ilişkisinin tüketim ödöncü karakterine yakın bir yapı oluşturması sebebiyle TBK m.392’de tüketim ödöncü sözleşmesi özelinde öngörölen alacaklının ihbarından itibaren 6 haftalık süre içerisinde borcun ifası gerekir.
- (xv) Tarafların sermaye avansı ilişkisinde; tüketim ödöncü sözleşmesinin edimlerinden olan ödöncü verilmesi, ödöncü geri verilmesinin yanı sıra ödöncü geri verilmesi için ifa yolunun seçilmesi, şirketin sermaye artırımını hazırlık işlemlerini yerine getirmesi, alacaklı pay sahibinin sermaye artırım kararına olumlu oy vererek rüçhan hakkını kullanarak yeni paylar iktisap etmesine ilişkin yükümlölükler altına girdiği kabul edilir. Bu yükümlölükler yalnızca sözleşme temellidir ve korporatif niteliği olmadığı için TTK’da yerine getirilmemesi haline bağlanmış bir sonuç bulunmamaktadır.

Esas sermaye sisteminde genel kurul sermaye artırım kararı almakla görevli ve yetkili organ olmasına rağmen sermaye avansı ilişkisi yalnızca şirket ile pay sahibi arasında olduğu için alacaklı dışında diğör pay sahiplerinin sermaye artırımına olumlu oy verme yükümlölüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple şirketin bu edim borcuna ilişkin sorumluluğu ile yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı olan özen sorumluluğu ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Yönetim kurulu sermaye artırımına ilişkin hazırlık görevlerini yerine getirerek özen borcunu yerine getirmiş sayılır.

Bununla birlikte genel kurulun sermaye artırımı kararı almaması ise şirketin pay sahibi karşısında aralarındaki sözleşmesel ilişki sebebiyle sorumlu kılar.

- (xvi) Sermaye avansının ifa yolunu seçim hakkının niteliği ve bu hakkın hangi tarafa ait olduğu hususu, tarafların iradeleri ile belirlenir. Seçim hakkının hukuki niteliğinin tarafların iradesine göre *seçimlik yetki*; *seçimlik borç* veya *şarta bağlı borç* olarak ortaya çıkabileceği; bu hakkın tarafların anlaşması ile taraflardan birine tanınmasına karar verilebileceği; tarafların arasında herhangi bir anlaşma bulunmaması halinde ise bu hakkın borçlu şirkete ait olduğu ortaya konmuştur.
- (xvii) Sermaye avansının paya dönüştürülerek ifa edilmesinin diğer pay sahiplerinin kısıtlanması veya kaldırılması için haklı sebep oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır. Sermaye avansının rüçhan hakkının kısıtlanması için haklı neden oluşturacağı kabul edilirse, bu durumun özellikle hâkim pay sahibi tarafından azınlık pay sahibinin pay oranını azaltmak için kötüniyetli olarak kullanılacağı, bu kararın bireysel menfaatler için değil; şirket ile diğer pay sahiplerinin menfaatlerinin de dengelenerek değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Yargıtay görüşü de aynı doğrultuda alacaklının pay oranına göre kullanabileceği rüçhan hakkının borca eşit olması ile borcun sona erdirilebileceğine işaret etmiştir.
- (xviii) Sermaye avansı ilişkisinde borç veren pay sahibinin şirketin özsermayesinin üç katını aşan miktarda borç vermesi halinde, verilen borcun miktarı nedeniyle KVK m.12 uyarınca örtülü sermaye olarak kabul edilir. Örtülü sermayeye ilişkin düzenlemeler vergisiz kazancın engellenmesi için getirilmiştir.

Sermaye avansı ile kurulan borç ilişkisinin emsal diğer borç ilişkilerinden farklı olması, örneğin belirlenen faiz oranının piyasa ortalamasına kıyasla daha yüksek olması borçlu şirket açısından, hiç istenmemesi ise pay sahibi şirket için örtülü kazanç dağıtımı düzenlemelerinin konusu olur. İlişkili kişilere verilen ödücün düşük faize ve uzun vadeye tabi olacak şekilde verilmesi; teminatın yetersiz olması, ödünç ilişkisinin emsallerine uygun olmadığına işaret eder. Böyle bir ilişki sermayenin iadesi yasağına tabi olarak şirket sermayesinin korunmasını ilkesinin ihlaline sebep olur. KVK m.13 düzenlemesi kapsamında vergi ödemeksizin kazanç elde edilmesi anlamına geldiği için yasaklanmıştır. SerPK m.21 düzenlemesinde

halka açık şirketlerde şirketi yönetme gücünü elinde bulunduran pay sahiplerinin, şirket sermayesi ve malvarlığını kötüye kullanmaları engellenerek ve yatırımcılar ile piyasanın korunması amaçlanmıştır.

- (xix) Sermaye avansının taraflara sunduğu ifa seçenekleri açısından benzediği bir kurum olan paya dönüştürülebilir tahviller ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılmıştır. Bir sermaye piyasası olan paya dönüştürülebilir tahviller, TTK m.463 ve devamı hükümlerinde düzenlenen şarta bağlı sermaye artırımını avantajlarından yararlanır. Bu kapsamda alacaklıya ifa yolunun seçimi hakkı tanınır; seçim hakkının kullanılmasıyla sermaye artırımı gerçekleşir ve tahvil sahibi şirket pay sahiplerinden öncelikli olarak yeni çıkarılan payları kazanır. Yaptığımız değerlendirmeler neticesinde PDT tarafları arasındaki borcun pay ile ödenmesi sebebiyle, sermaye avansına benzer şekilde atipik bir ilişki kurduğu; ifa yolunun seçim hakkının hukuki niteliğinin seçimlik hak olduğu tespitinde bulunulmuştur.
- (xx) Ticaret Bakanlığı genelge ve görüş yazıları uyarınca yapılan düzenlemeler, sermaye avansını şirkete alacak hakkının aynı sermaye olarak getirilmesi olarak değerlendirmiş ve pay sahibinden olan alacağın şirkete getirilmesi ile alacağın değerinin ve varlığının tespiti için bilirkişi incelemesi yerine YMM/SMMM raporunun yeterli olacağını öngörmüştür. Bu uygulama şirkete aynı sermaye getirilmesi prosedürünü hızlandırdığı için içerik olarak öğretide olumlu karşılanırken TTK hükmünde yapılan değişikliğin kanun yoluyla değil, idari bir kurumun genelgesi yoluyla yapılması normlar hiyerarşisine aykırı bulunduğu için eleştirilmiştir.

Aynı sermayenin getirilmesi şartlarından olan alacağın tahsil edilebilirliği ve gerçekliği, alacağın borçlusunun sermaye artırım kararı alan şirket olduğu hususları sermaye avansı ilişkisinde özel bir mesele olarak değerlendirilmemektedir. Sermaye olarak getirilen alacağın muaccel olması koşulu ise tüketim ödöncü sözleşmesinde TTK m.392’de öngörölen 6 haftalık ifa süresi ile ilişkisi değerlendirilmiştir. TTK’da öngörölen bu sürenin borçlunun bu süreden önce ifa edilmesini engellemediği, borcun zaten şirket bünyesinde bulunması sebebiyle bu işlemin sermayenin korunması ilkesini zedelemeyeceği, bu kapsamda tarafların

sermaye artırımına katılarak sermaye artırım gününde zımnen iradi bir vade belirlemiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

- (xxi) Sermaye avansının sermaye artırım yoluyla ifasına ilişkin getirilen idari düzenlemeler, yalnızca sermaye avansının bir alacak hakkı olarak aynı sermaye olarak şirkete getirilmesini konu almaktadır. Bu düzenlemeler, nakdi sermaye artırım ile ortaya çıkan sermaye bedelinin sermaye avansı takas yoluyla ifa edilmesini dışlamaz.
- (xxii) Taraflar dilerse sermaye avansını nakdi sermaye artırım konusu yapabilirler. Doktrinde aksi görüşler bulunmakla birlikte TTK m.345 nakdi sermaye artırımlarında artırılan bedelin $\frac{1}{4}$ 'ünün peşinen bankaya yatırılmasını zorunlu tuttuğu için uygulamada sermaye artırımına iştirak eden pay sahipleri artırım bedelinin $\frac{1}{4}$ 'ünü nakden, kalan kısmı ise takas yoluyla ifa etmektedir.
- (xxiii) Sermaye avansının ifası için şirkette nakdi sermaye artırım kararı alınması sonucu sermaye avansının sona erdirilmesi *takas* yoluyla olur. Sermaye bedelinin takas yoluyla ödenmesine kanunumuz izin vermektedir. Sermaye avansının sermaye borcu ile takasında da TBK m.139'da yer alan takas edilebilirlik koşullarının varlığı aranır. Sermaye avansında alacakların her ikisi de para borcu ve karşılıklıdır. Takasın gerçekleşmesi için gerekli olan alacağın muaccel olma şartı ise sermaye avansı ilişkisinde bulunan taraflar arasında kurulduğu kabul edilen takas anlaşması ile kaldırılabilir. Bu sebeple pay sahibinin alacağının vadesi gelmediği kabul edilse bile bunun takasa engel teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır.
- (xxiv) Sermaye avansı adı verilen borcun paya dönüştürülmeden şirketin diğer ticari borçları gibi faiziyle birlikte ifa edilmesi mümkündür. Bu halde, borç TTK m.392'de öngörülen süre içerisinde, alacaklısına ödenmelidir.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak, “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, 2014, Sayı 1, s.1-48

ADIGÜZEL, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2017

AĞAR, Serkan, Transfer Fiyatlandırması- Örtülü Kazanç Dağıtımı, Ankara, 2011.

AKBULAK, Sevinç/AKBULAK, Yavuz, Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul, 2004

AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirketlerde Kuruluş, (Anılış: Kuruluş), İstanbul, 2014

AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, (Anılış: Yönetim Kurulu) İstanbul, 2016

AKIN, İrfan, “Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımında Pay Sahiplerinin Hakları”, (Anılış: Pay Sahiplerinin Hakları), TBB Dergisi, Mayıs-Haziran 2013, Sayı 106, s.11-41

AKSU ÖZKAN, Raziye, Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları, (Anılış: Finansal Tablolar), 2019, Ulusal Tez Merkezi, erişim tarihi: 01.06.2023 (https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=zghIWziAKn_kivZwn8u9PQ&no=Fb8eDvZlNaf4rRf_IuH5UA)

AKSU ÖZKAN, Raziye, “Anonim Şirkette Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi”, (Anılış: Sermaye Kaybı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.70, 2021 Sayı: 3, s. 721-759

ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, İstanbul, 2009

ALTINTAŞ, Abdullah, “Anonim Ortaklıklarda Karşılıklı İştirakler ve Sonuçları”, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019, 2020, s. 545-580.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Özel, (Anılış: Borçlar), Ankara, 2015

ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, (Anılış: Takas), Ankara, Ocak 1994

ARICI, Mehmet Fatih, Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, (Anılış: Alacak Hakkının Sermaye Olarak Taahhüdü), İstanbul 2003.

ARICI, Mehmet Fatih, “Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı”, (Anılş: Vadeli Alacak), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 73, 2015 Sayı 1, s.319-337.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017

ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler (II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller), İstanbul, 1960

AYAN, Serkan, “Yabancı Para Borçlarının İfası”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2013; 8 (Özel): s. 511-570, erişim tarihi: 07.2023, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179441>)

AYDOĞAN, Fatih, Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul, 2012

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2022

AYOĞLU, Tolga, “Sermaye Avansı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Saygı Konferansı, İstanbul, Ocak 2017, erişim tarihi: 01.05.2023, (<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/sermaye-avansi-kavrami-uzerine-dusunceler-9786051526478>), s.29-58

AYTAÇ, Zühtü, “Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler”, (Anılş: Sermaye Piyasası), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt. 40, 1985, S. 1, s.229-253

AYTAÇ, Zühtü, “Halka Açık Anonim Ortaklıklara İlişkin Yenilikler”, (Anılş: Halka Açık Anonim Ortaklıklar), 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2017

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, (Anılş: Ortaklıklar Hukuku), İstanbul, 2019

BAHTİYAR, Mehmet, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, (Anılş: Sermaye Piyasası), İstanbul, 2019

BAYAZITLI, Ercan/ÇELİK, Orhan/GÜRDAL, Kadir, Genel Muhasebe, Ankara, 2016

BAYTAZ, Abdullah Batuhan, “Tefecilik Suçu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2020/2, s. 139–174.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013/1

ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010

CANKAT, Rifat, Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri, İstanbul, 2022.

ÇATAKOĞLU, Buket, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları, Ankara, 2016.

ÇEKER, Mustafa, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, 2012 Sayı:2, s. 659-670.

ÇONKAR, Mustafa Halil, Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, İstanbul, 2016.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Takas, İstanbul, 2012.

DİKMEN, Mustafa Burçin, Sermaye Artırım Avansı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Aktarımı, Vergi Dünyası Dergisi Nisan 2013, Sayı:380, s.69-73.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Anılış: Genel Hükümler), 2018.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Anılış: Özel Hükümler) Ankara 2017.

GÜCENME GENÇOĞLU, Ümit/ ERTAN, Yasemin, “Türkiye’de Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı: İMKB 50 Endeksinde Bir Uygulama”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Ekim 2012, s. 85-100.

GOETTE, Wulf/ HABERSACK, Mathias/ KALSS, Susanne, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, (Anılış: MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019), 2019, München, Beck Online, erişim tarihi: 01.09.2023, (<https://0-beck--online-beck-de.opac.bilgi.edu.tr/Bcid/Y-400-W-MueKoAktG>)

GÖKSOY, Yaşar Can, “Sermaye Şirketlerinde Ortakların Şirketten Alacakları ile Bu Alacakların Sermayeye İlavesi Suretiyle Yapılan Sermaye Artırımının Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Anılış: Alacakların Sermayeye İlavesi), Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C.4 ,2019, S.21 s. 57-88.

GÖKSOY, Can Yaşar; “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması”, (Anılış: Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması), Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul ,2003, s. 363-440.

GÖLE, Celal, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara, 1976.

GÜNAY, Ece Deniz, Sermaye Piyasası Hukuku'nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 2018.

HIZIR, Serdar, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Düşünceler”, Batider, C. XXIX , Haziran 2013, S. 2, s.227-289

İNCE, Salih Tayfun, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Pay Sahipleri Sözleşmesi, İstanbul, 2019.

KARAMAN COŞGUN, Özlem, “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, 2012, S. 2, s.333- 348

KARAMERCAN, Fatih, “Türk Borçlar Hukukunda Takas”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, 2018, S. 1, s. 271- 296

KARATAY, Elçin, “Amerikan Hukuku Kaynaklı SAFE’lerin (Simple Agreement For Future Equity) Türk Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

KARSLIOĞLU, Hasan, “Ticaret Hukuku Açısından Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı Nitelendirmesi”, (Anılış: Kâr Dağıtımı Nitelendirmesi”) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, 2019, S.4, s.141-195

KARSLIOĞLU, Hasan, Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı (Anılış: Örtülü Kâr Dağıtımı), Ankara, 2015.

KAYA, Arslan, “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)”, Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU’na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.2, S.193-204

KAYAR, İsmail, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya, 1997.

KENDİGELEN, Abuzer, “Genel Kurul Kararının İptali/Sermaye Artırımı”, Hukukî Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), (Anılış: Genel Kurul Kararının İptali/Sermaye Artırımı) C. 14, Yıl: 2014-2016, İstanbul 2018

KENDİGELEN, Abuzer, “Sermaye Benzeri Kredinin Sermayeye Dönüştürülmesi”, (Anılış: Sermaye Benzeri Kredinin Sermayeye Dönüştürülmesi), Hukuki Mütalaalar, Cilt: XIV 2014-2016, İstanbul, 2018

KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişikler İşlenmiş ve Güncellenmiş, (Anılış: Türk Ticaret Kanunu) İstanbul, 2012

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2021

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 2013

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Cilt:2/2 Ankara 2017

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2014, C.3

KURT, Mehmet Emek, “Nakdi Sermaye Artışlarında Faiz İndirimi Uygulaması İle İlgili Belirsizlikler Giderildi (Mi)”, Vergi Dünyası Dergisi, 2016, S.416, s.93-104

MAÇ, Mehmet, “Yabancı Ortaklar Tarafından Gönderilen Sermaye Artırım Avansının Yasal Dayanağı, Hukuki Niteliği ve Vergisel Boyutu”, Lebib Yalkın Dergisi, Mart 2018, S.171, s. 245-249

MANAVGAT, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Ortaklıklar ve Halka Arz, (Anılış: Halka Açık Ortaklıklar), Ankara, 2016

MANAVGAT, Çağlar, “Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, (Anılış: Kayıtlı Sermaye Sistemi), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.29, 2013, S. 1, s. 45-78

MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, (Anılış: Sermaye Artırımı), İstanbul, Ocak 2018

MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, (Anılış: Değerlendirme ve Öneriler), İstanbul, 2009.

MÜSTEHLİK, Mehmet, Vergi Portalı, Kaynak: E-Yaklaşım Dergisi, Aralık 2009, S. 204, erişim tarihi:07.2023, (<https://www.ozdogrular.com/v1/content/view/9408/255/>)

NAZALI, Ersin, “Yine, Yeni Bir Değişiklik: Ortaklara Borçlar Hesabının Sermayeye Dönüşümü Hikayesi” Vergi Dünyası, Sayı: 388, 2013/Aralık, s.17-21

NOMER, Haluk N.,“Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/1 Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, (Anılış: Para Borcu), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1999, Cilt: 57, Sayı: 1-2 , s.241-264, erişim tarihi: 07.2023 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95709>)

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Anılış: Borçlar Hukuku Genel Hükümler), İstanbul, 2017

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, (Anılış: Genel Hükümler, CI), İstanbul 2016

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, (Anılış: Genel Hükümler, CII), İstanbul 2016

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, (Anılış: Medeni Hukuk), İstanbul, 2015

OKTAY, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İHFM, Cilt: LV, 1996, s.263- 296

OKUTAN NİLSSON, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, (Anılış: Şirketler Topluluğu) İstanbul, 2019

OKUTAN NİLSSON, Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, (Anılış: Pay Sahipleri Sözleşmesi), İstanbul, 2004

OKUTAN NİLSSON, Gül, “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, (Anılış: Karşılıklı İştirak), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, 2012, Sayı:2, s.255-268

OKYAY, Mikail, "Sermaye Avansları" Kavramının Vergi Kanunları ve Diğer Kanunlar Karşısındaki Durumu, Vergi Dünyası Dergisi, S. 424, 2016, s. 96-103

ÖĞREDİK, Güray, “Sermaye Avansı, Zarar Telafi Fonu, Sermaye Tamamlama Fonu veya Benzeri Adlar Altında Kayıtlara Alınan Tutarlar Kayıtlara Alındığı Hesap Dönemi Sonuna Kadar Sermayeye Eklenmezse Vergiye Tabi Kurum Kazancına Dâhil Mi Edilecektir?”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Kasım 2012

ÖZDAMAR, Mehmet, “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi C. 1, 2015, S. 1, s. 143- 156

ÖZDİN, Funda, “Sermaye Artırımında Sermayenin “Takas” Suretiyle Sağlanması İşleminin Hukuki Niteliği ve Takas Konusu Alacağın “Değerlendirilmesi” Meselesi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 18, 2020, S. 208, s.1573-1638

ÖZGENÇ, İzzet, “Tefecilik Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV,2010, S. 1, s.543 – 553

ÖZKENEZ, Sedat, “Sermaye Artırımı İndiriminde Sermaye Avanslarının Durumu ve Muhasebeleştirilmesi”, Mali Çözüm Dergisi, C.31, Mart-Nisan 2021, s.263-268

ÖZTAŞ, Yasemin, Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009

PEHLİVANOĞLU, Murat Can, Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımının Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açıklarından “İşlem” Ve “İlişkili Kişi” Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, (Anılış: Şirketler Hukuku C.I), Ankara, 2015

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, (Anılış: Şirketler Hukuku, C.II), Ankara, 2015

PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (Anılış: Şirket Hukuku Genel Esaslar), Ankara, 2017

SAĞLAM, Erdoğan, “Sermaye Arttırım Avansı”, Vergi Dünyası Dergisi, Kasım, 2002

SARAÇ, Tahir, Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Ankara, 2009

SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, 2013

SOYKAN, İsmail Cem, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul, 2019

SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin, “Anonim Ortaklıklarda Örtülü Ayni Sermaye Konulması Sorunu”, Prof Sabih Arkana Armağan, İstanbul, 2019, s. 1033-1089

ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, (Anılış: Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku), Ankara, 2013

TANÖR, Reha, Türk Sermaye Piyasası, C.II (Halka Arz), İstanbul, 2000

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul, 2008

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, (Anılış: Sermaye Ortaklıkları) İstanbul, 2013

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, (Anılış: Sermaye Ortaklıkları, 2015) İstanbul 2015, s. 187

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul, 1982

TEKİNALP, Ünal/ POROY, Reha/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2005

TEKİNALP, Ünal/ POROY, Reha/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, (Anılış: Ortaklıklar Hukuku II, 2017) İstanbul, 2017

Tekinalp/ Poroy/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, (Anılış: Ortaklıklar Hukuku I, 2014), İstanbul 2014

TEKİNALP, Ünal/ POROY, Reha/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, (Anılış: Ortaklıklar Hukuku II, 2014) İstanbul, 2014

TEMİZYÜREK, Onur, Sermaye Artırım Avansı Kavramı, erişim tarihi: 07.2023 (<https://www.ozdogrular.com/v1/content/view/13699/>)

TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı, (Anılış: Borçlanma Yasağı), İstanbul, 2019

TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı, (Anılış: Borçlanma Yasağı (Ulusal Tez Merkezi), İstanbul, 2019

TORAMAN ÇOLGAR, Emek, “TTK m.376/2 Hükmü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması”, (Anılış: Sermaye Kaybı) Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 10, Editörler: Toraman Çolgar Emek/ Kayıklık Abdurrahman, İstanbul, 2021, s.1-47.

TÜRK, Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Bataklığın Hukuki Sonuçları, (Anılış: Sermaye Kaybı ve Borca Bataklık), 1999

TÜRK, Ahmet, “Sermaye Ortaklıklarında “Öz Kaynakların Yerini Tutan Ödünçler” Kurumuna İhtiyaç Olup Olmadığı Sorunu (Alman Hukukundaki Yasal Düzenleme ve İsviçre Hukuku Çerçevesinde Değerlendirme ve Yasal Düzenleme Önerisi)”, (Anılış: Öz Kaynakların Yerini Tutan Ödünçler), BATİDER, C.32, Haziran 2016,S.2, s. 99-145

ÜÇİŞİK, H. Güzin/ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı (Anılış: Finansal Tablolar), İstanbul, 2018.

ÜÇİŞİK, H. Güzin /ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.1, (Anılış: Anonim Ortaklıklar) Ankara, 2013.

ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005.

YANLI, Veliye, “Türk Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanununun Bazı Ortak Konulara İlişkin Düzenlemelerinin Karşılaştırılması”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Editör: Korkut Özkorkut, s. 53-63

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.

YÜCE, Aydın Alber, Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi, (Anılış: Sermaye Borcunun Takası), 2011

YÜCE, Aydın Alber, “Anonim Şirket Borçlarının Sermayeye Dönüştürülmesinde Şirketin Mali Durumunun Önemi”, (Anılış: Borçlarının Sermayeye Dönüştürülmesinde Şirketin Mali Durumu), Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 10, Editörler: Toraman Çolgar, Emek/ Kayıklık Abdurrahman, İstanbul, 2021, s.139-169

YÜCE, Aydın Alber, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, (Anılış: Yönetim Kurulu Kararının Butlanı), İstanbul, 2018

YILDIZ, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul, 1996

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2020

ÖZGEÇMİŞ

Begüm Bilge, İstanbul’da doğmuştur. 2010 yılında Cağaloğlu Anadolu Lisesi’nde lise öğrenimine başlamış ve 2015 yılında mezun olmuştur. 2015 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yükseköğrenimine başlamıştır. 2016 yılında aynı üniversitede İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi’nde İşletme bölümü ile çift anadala başlamış ve her iki bölümden 2020 tarihinde mezun olmuştur. Mezuniyetinin ardından Koç Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda yüksek lisans öğrenimine başlamıştır. Aynı yıl yasal stajını tamamlamıştır. 2022’de yılında tez çalışması için gitmiş olduğu Berlin’de avukatlık kariyerine devam etmektedir.