ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANONİM ORTAKLIKTA SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

Doktora Tezi

72625

Tez Danışmanı

Prof Dr. Zühtü Aytaç

Ahmet Türk

Ankara 1998

T.C. YÜKSEK ÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANONİM ORTAKLIKTA SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı

Prof Dr. Zühtü Aytaç

Ahmet Türk

TEZ JÜRİSİ

Öğretim Üyesinin Adı ve Soyadı, Akademik Ünvanı	İmzası
Prof. Dr. Zühtü Aytaç	
Prof. Dr. Celâl Göle	
Prof. Dr. Ramazan Arslan	
Prof. Dr. Rıza Ayhan	
Prof. Dr. Sabih Arkan	

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR ..... **XII**

YARARLANILAN KAYNAKLAR ..... **XV**
GİRİŞ **1**
§ 1 KONUNUN SUNULUŞU **1**
§ 2 ÇÖZÜM BEKLEYEN BAŞLICA SORUNLAR VE KONUNUN İNCELENİŞ BİÇİMİ **5**
I - BİRİNCİ BÖLÜM **5**
II - İKİNCİ BÖLÜM **6**
III - ÜÇÜNCÜ BÖLÜM **7**

BIRINCI BÖLÜM

SERMAYE KAYBI, BORCA BATIKLIK, MALI DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNÜNDEN GENEL BİR DEĞERLENDİRME 9

§ 3 SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK **9**
I- GENEL OLARAK ORTAKLIĞIN MALİ DURUMUNUN BOZULMASI **9**
A- KAVRAM 9
B- ÖZ KAYNAKLARIN ÖNCEKI BILANÇOYA ORANLA AZALMASI (İŞ YILI VE BİLANÇO ZARARI) 11
1 - İş Yılı Zararı 11
2 - Zarar Bilançosu *(Verlustbilanz)* ve Bilanço Zararı 12
II- ÖZ KAYNAKLARIN ESAS SERMAYEYE ORANLA AZALMASI (SERMAYE KAYBI) **16**
A- SERMAYE KAYBI KAVRAMI 17
B- ÖZ KAYNAKLAR - ESAS SERMAYE İLİŞKİSİ 21
1- Genel Olarak 21
2) İlişkinin Sabit Unsuru: Esas Sermaye veya Kayıtlı Sermaye 22
a) Esas Sermaye 22
b) Kayıtlı Sermaye 24
3) İlişkinin Değişken Unsuru: Öz Kaynaklar (Öz Sermaye) 25
a) Kavram ve Tanım 25
b) *Öz* Kaynaklar - Yabancı Kaynaklar (Borçlar) 27
c) Çeşitli Öz Kaynak Kalemlerinin Öz Kaynaklar Esas Sermaye İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi 28
C- GENEL OLARAK SERMAYE KAYBININ HUKUKSAL SONUÇLARI 30
D) GERÇEK VE GERÇEK OLMAYAN SERMAYE KAYBI 31

III- BORCA BATIKLIK 33
A- TERİM VE ETİMOLOJİK YAKLAŞIM 33
B - KAVRAM VE TANIM 34
C - BORCA BATIKLIK VE SERMAYE KAYBI 35
D- BORCA BATIKLIK VE ÖDEMEDEN ACİZ HALİ 37
1- Genel Olarak Ödemeden Aciz Hali Kavramı 37
2- Borca Batıklık Kavramı ile Karşılaştırılması 40
IV- GENEL OLARAK SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ SORUNU 42
A- DURUMUN BİLANÇODAN TESPİTİ KURALI 42
B- DURUMUN TESPİTİNDE İÇ VE DIŞ DENETİMİN ROLÜ 44
1- İç Denetimin Rolü 44
a) Denetçiler 44
b) Özel Denetçi 45
2- Dış Denetimin Rolü 46
a) Kamu Denetimi 47
a.1) Türk Ticaret Kanunu'nun 274. Maddesi Uyarınca Yapılan Kamu Denetimi 48
a.2) Sermaye Piyasası Kanunu Gereğince Yapılan Kamu Denetimi 48
b) Bağımsız Dış Denetim 50
C- DURUMUN MAHKEMECE TESPİTİ 51
D- DURUMUN TİCARET SİCİLİ MEMURLUĞUNCA TESPİTİ 53
§ 4 MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ 54
I - GENEL OLARAK MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ 54
A - MALVARLIĞI KAVRAMI VE BİLANÇO İLE İLİŞKİSİ 54
B- GENEL OLARAK MALVARLIĞINI KORUMAYA YÖNELİK HÜKÜMLER 55
C) SERMAYE KAYBINI ÖNLEMEYE YÖNELİK HÜKÜMLER 58
D) ORTAKLIĞIN BOZULAN MALI DURUMUNU İYİLEŞTİRMEYE YÖNELIK HÜKÜMLER 61
II - İYİLEŞTİRME KAVRAMI 61
A- İŞLETME EKONOMİSİ AÇISINDAN İYİLEŞTİRME KAVRAMI 62
B- HUKUKİ BAKIMDAN İYİLEŞTİRME KAVRAMI 63
III - GENEL OLARAK İYİLEŞTİRME TEDBİRLERİ 64
A- ORGANİZASYONA İLİŞKİN İYİLEŞTİRME TEDBİRLERİ 65
B- MALİ NİTELİKTEKİ İYİLEŞTİRME TEDBİRLERİ 66
1- Salt Bilançosal Nitelikli (Gerçek Olmayan) İyileştirme Tedbirleri 66
a) Gizli Yedek Akçelerin Çözülmesi 67
b) Bilanço Zararını Kapatmak Amacıyla Yapılan Esas Sermaye İndirimi 68
2- Öz Kaynakları Reel Olarak Arttıran (Gerçek) İyileştirme Tedbirleri 68

3- Diğer İyileştirme Tedbirleri 70
§ 5 KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNÜNDEN GENEL BİR DEĞERLENDİRME 71
I- ALMAN HUKUKU 71
A- GENEL OLARAK 71
B- SERMAYE KAYBI 72
C- ÖDEMEDEN ACİZ HALİ VE BORCA BATIKLIK 76
II- İSVİÇRE HUKUKU 82
A- GENEL OLARAK 82
B- TARİHSEL GELİŞİME GENEL BİR BAKIŞ 83
C- SERMAYE KAYBI 87
D- BORCA BATIKLIK VE İFLÂSIN ERTELENMESİ 91
1- Borca Batıklık 91
2- İflâsın Ertelenmesi 92
III- FRANSIZ HUKUKU 93
IV - GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA KONUNUN DÜZENLENİŞİ 95
A- ANONİM ORTAKLIKTA 95
1- Eski Ticaret Kanunu Dönemi 95
2- Yürürlükteki Düzenleme 96
a) Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleme 96
b) İcra ve İflâs Kanunu'ndaki Düzenleme 97
B- DİĞER TİCARET ORTAKLIKLARINDA 98
1- Kişi Ortaklıklarında 98
2- Limited Ortaklıkta 101
3- Kooperatiflerde 103
C- BANKALAR KANUNUNDAKİ ÖZEL DÜZENLEMELER 105

İKINCI BÖLÜM

SERMAYE KAYBININ HUKUKİ SONUÇLARI 109

§ 6 ESAS SERMAYENİN YARISI ORANINDA SERMAYE KAYBI 109
I - KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN AMACI VE FONKSİYONLARI 109
A- PAY SAHİPLERİNİN SERMAYE KAYBI KONUSUNDA BİLGİLENDİRİLMESİ VE KAMUYU AYDINLATMA İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME 110
B- MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİNE YÖNELİK TEDBİRLERİN GENEL KURULCA KARARA BAĞLANMASINA İMKÂN SAĞLAMAK 113
C- YÖNETİM KURULUNUN GENEL KURULCA KONTROLÜNÜ SAĞLAMAK 114

D- YÖNETİM KURULUNU ORTAKLIK YÖNETİMİNDE DAHA FAZLA DİKKAT VE ÖZENE YÖNELTMEK 114
II - OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN YASAL DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ 115
III - DURUMUN TESPİTİ 116
A- GENEL OLARAK DURUMU TESPİT BİLANÇOSU 116
B- TESPİT BİLANÇOSUNUN TÂBİ OLDUĞU DEĞERLEME İLKELERİ 118
1- Genel Olarak Değerleme İlkeleri 118
2- Ara Bilançosunun Tabi Olduğu Değerleme İlkeleri 121
IV - GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI YÜKÜMLÜLÜĞÜ 123
A- YÜKÜMLÜLÜĞÜN ŞARTLARI 123
1- Sermaye Kaybı 123
2- Sermaye Kaybının Esas Sermayenin en az Yarısı Oranında Olması 126
B- ÖZEL DURUMLAR 128
1- Kapalı ve Az Ortaklı Anonim Ortaklıklarında Durum 128
2- Tasfiye Halinde Durum 128
C- GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRACAK ORGAN VE KİŞİLER 129
1- Yönetim Kurulu 129
2- Denetçiler 131
3- Azınlık 133
D- ÇAĞRI ZAMANI 133
1- Yönetim Kurulunun Derhal Toplanması ve Genel Kurulun Derhal Toplantıya Çağrılması 133
2- Genel Kurulun Olağan ve Olağanüstü Toplantıya Çağrılması 137
E- YÖNETİM KURULUNCA GENEL KURULA HAZIRLIK İŞLEMLERİNİN YAPILMASI 138
1- Gündemın Belirlenmesi 138
a) Genel Olarak 138
b) Yönetim Kurulunun Mali Durumun İyileştirilmesine Yönelik Tedbirlerin Karara Bağlanması için Gündeme Madde Koymak Zorunda Olup Olmadığı Sorunu 139
b.1) Öğretideki Görüşler 139
b.2) Görüşümüz 140
2- Mali Durum Hakkında Rapor Hazırlanması 142
3- Diğer İşlemler 143
V - DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ VE ALINABİLECEK KARARLAR 143
A- DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ 143
B- ALINABİLECEK KARARLAR 145
1- Mali Durumun İyileştirilmesine Yönelik Kararlar 146

2- Ortaklığın Feshi Kararı 150
§ 7 ESAS SERMAYENİN ÜÇTE İKİSİ ORANINDA SERMAYE KAYBI 152
I - KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN KÖKENİ VE AMACI 152
II - DURUMUN TESPİTİ 153
A- ARA BİLANÇONUN DÜZENLENMESİNİ GEREKTİREN NEDENLER 153
B- ARA BİLANÇODA DEĞERLEMEYE VE ŞEKLE İLİŞKİN İLKELER 155
III - GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI YÜKÜMLÜLÜĞÜ 157
A- ŞARTLARI 157
1- En Az 2/3 Oranında Sermaye Kaybının Varlığı 157
2- Ortaklığın Tasfiye Halinde Olmaması 158
B- GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRACAK ORGAN VE KİŞİLER 158
1- Yönetim Kurulu 158
2- Denetçiler 158
3- Azınlık 158
C- ÇAĞRI ZAMANI 158
D- YÖNETİM KURULUNCA GENEL KURULA HAZIRLIK İŞLEMLERİNİN YAPILMASI 159
1- Gündemin Belirlenmesi 159
2- Genel Kurulun Karar Alabilmesi için Gerekli Ön İşlemlerinin Tamamlanması 160
IV - DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ VE ALINABİLECEK KARARLAR 160
A- DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ 160
B- ALINABİLECEK KARARLAR 160
1- Kalan Üçte Bir Sermaye ile Yetinmenin Anlamı 161
2- Sermayenin Tamamlanmasının Anlamı 163
a) Öğretideki Görüşler 163
b) Yargıtay'ın Görüşü 164
c) Görüşümüz 165
3- Sermayenin İndirimi ve Tamamlanmasında Esas Alınacak Bilanço 168
4- Esas Sözleşmeye Konulacak Bir Hükümle Yasanın Öngördüğü Alternatiflerden Birinin Önceden Seçilmesi Sorunu 169
V - ESAS SERMAYE İNDİRİMİ 170
A- 324. MADDE GEREĞİNCE YAPILACAK ESAS SERMAYE İNDİRİMİNİN NİTELİĞİ 170
B- BASİTLEŞTİRİLMİŞ SERMAYE İNDİRİMİNİN ŞARTLARI 174
1- Bilanço Açığının (Sermaye Kaybının) Varlığı 174
2- Esas Sermaye İndiriminin Bilanço Açığı Ölçüsünde Yapılması 175
3- Asgari Esas Sermaye Sınırının Altına İnilmemesi 176

C- YÖNETİM KURULUNCA YAPILACAK ÖN İŞLEMLER 176
1- Esas Sözleşme Değişikliği İçin Gerekli Ön İşlemler 177
2- Mahkemece Atanacak Bilirkişilerden İnceleme Raporu Alınması 178
D- ESAS SERMAYE İNDİRİMİ KARARI 182
E- ESAS SERMAYE İNDİRİMİ KARARININ UYGULANMASI 183
1- Şartları 183
2- Esas Sermaye İndirimi Yöntemleri 184
a) Payların Nominal Değerlerinin İndirilmesi 185
b) Payların Birleştirilmesi 187
c) Payların Ortaklıkça Devralınması ve İmhası (İtfa) 188
F- KARARIN VE İNDİRİMİN TAMAMLANDIĞININ TESCİL VE İLÂNI 190
VI- SERMAYENİN TAMAMLANMASI 190
A- ESA SERMAYE İNDİRİMİ İLE BİRLİKTE SERMAYENİN ARTTIRILMASI 191
1- Yöntemin Niteliği ve Yasal Dayanağı 191
2- Yöntemin Özellikleri 192
3- Esas Sermaye İndirimi ile Birlikte Arttırımı Yöntemleri 194
a) Yeni Hisse Senetleri İhracı 195
a.1) Sermaye İndirimi İşlemleri: Mevcut Payların Nominal Değerleri Toplamının Düşürülmesi 195
a.2) Sermaye Arttırımı İşlemleri 196
b) Pay Sahipleri Tarafından Ek Ödeme Yapılması 198
c) Tahvil Sahiplerinin Haklarının Sermayeye Dönüşmesi 199
B- PAY SAHİPLERİNİN TAAHHÜTLERİNİN ARTTIRILMASI 200
VII - ALACAKLILARIN FESİH DAVASI AÇMALARI 200
A- FESİH DAVASI AÇILABİLECEK DURUMLAR 200
B- DAVACI VE DAVALI SIFATI 204
C- ORTAKLIĞIN TEMİNAT GÖSTERMESİ 204
D- MAHKEMECE ORTAKLIĞA SÜRE VERİLMESİ 204
D- FESİH KARARI 205
VIII GENEL KURULUN YASADA ÖNGÖRÜLEN KARARLARDAN BİRİNİ ALMAMASININ YAPTIRIMI (İNFİSAH) 205
A- GENEL OLARAK 205
B- ORTAKLIĞIN İNFİSAH ETTİĞİ AN 206
1- 2/3 Oranında Sermaye Kaybının Henüz Tespit Edilmemesi Durumu 207
2- Genel Kurulun Toplanamaması Durumu 208
a) Genel Kurulun Toplantıya Çağrılmaması 208
b) Genel Kurulun Toplantıya Çağrılmasına Karşın Toplanamaması 209
3- Genel Kurulun Toplanması Durumu 209
4- Borca Batıklık Halinde Durum 210

IX - OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN YASAL DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ 212
§ 8 SERMAYE KAYBININ DİĞER HUKUKİ SONUÇLARI 213
I- SERMAYE KAYBINI GENEL KURULA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI OLUP OLMADIĞI SORUNU 213
A- YÖNETİM KURULUNUN GİZLİ İYİLEŞTİRME YOLUNA BAŞVURUP BAŞVURAMAYACAĞI SORUNU 213
1- Gizli İyileştirme Kavramı (*stille Sanierung*) ve Mali Durumun İyileştirilmesi Sözleşmesi 213
a) Gizli İyileştirme Kavramı 213
b) Mali Durumun İyileştirilmesi Sözleşmesi (*Sanierungsvereinbarung*) 215
2- Sermaye Kaybını Genel Kurula Bildirim Yükümlüğüne Etkisi 216
B- BANKA ALACAKLARININ SERMAYEYE DÖNÜŞMESİ VE 3332 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DÜZENLEME 216
1- Genel Olarak 216
2- 3332 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme 217
3- Sermaye Kaybını Bildirim Yükümlülüğüne Etkisi 220
C - SIRADAN ÇEKİLME SÖZLEŞMESİNİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ 220
II - SERMAYE KAYBINI GENEL KURULA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN SONUÇLARI 221
A- HUKUKİ SORUMLULUK 221
1- Sorumluluğun Dayanağı ve Sorumluluk Halleri 221
2- Davacı ve Davalı Sıfatı 224
3- Yükümlülüğün İhlâlinden Doğan Zarar 225
B- SANAYİ VE TİCARET BAKANLIĞI'NCA ALINACAK TEDBİRLER 226
1- Bakanlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırmaya Yetkılı Olup Olmadığı Sorunu 226
2- Bakanlığın Fesih Davası Açmaya Yetkili Olup Olmadığı Sorunu 226
C - SERMAYE PİYASASI KURULUNCA ALINACAK TEDBİRLER 228
1- Yasal Düzenlemenin Gelişimi 228
2- Alınacak Tedbirler 230
E- CEZAİ SORUMLULUK 232

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCA BATIKLIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI 233

§ 9 KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN AMACI 233
§ 10 ARA BİLANÇONUN (BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN) DÜZENLENMESİ 237
I - ARA BİLANÇO DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ 237

A- GENEL OLARAK 237
B- BORCA BATIKLIK ŞÜPHESİ BULUNMASI 238
1- Kavram 238
2- Borca Batıklık Nedenleri 239
3- Borca Batıklık Belirtileri 244
C- ARA BİLANÇO DÜZENLEME SÜRESİ 247
II - BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN NİTELİĞİ, ŞEKLİ VE İÇERİĞİ 248
A- NİTELİĞİ 248
1- Bilanço Teorileri Açısından Borca Batıklığı Tespit Bilançosu 249
2- Diğer Bilançolarla Karşılaştırılması 253
a) İflâsın Açılması Bilançosu 253
b) Tasfiye Açılış Bilançosu 253
B- ŞEKLİ VE İÇERİĞİ 254
III - BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNDA MALVARLIĞI VE BORÇLARIN DEĞERLEMESİ 257
A- MALVARLIĞININ DEĞERLEMESİ 257
1- Değerlemede Aktiflerin Satış Fiyatlarının Esas Alınmasının Anlamı 257
2- Varsayımsal Satış Türü 259
3- Malvarlığı Konularının Niteliği 261
4- Varsayımsal Satış Süresi 261
5- Çeşitli Malvarlığı Konularının Değerlemesi 262
a) Likit Varlıklar 262
b) Alacaklar 262
c) Stok ve Sair Mallar 263
d) Maddi Yatırım Malvarlığı 264
e) Gayrimaddi Yatırım Malvarlığı 264
f) Mali Yatırım Malvarlığı 264
B- BORÇLARIN DEĞERLEMESİ 265
1- Genel Olarak 265
2- Karşılıklar 265
3- Bazı Ortaklık Borçlarının Sermaye Sayılması ve Bunun Borca Batıklığı Tespit Bilançosuna Etkisi 267
a- Genel Olarak 267
b- Pay Sahibinin Verdiği Ödüncün Sermaye Sayılmasının Şartları 269
c- Ödüncün Sermaye Sayılmasının Hukuki Temelleri 270
d) Borca Batıklığı Tespit Bilançosuna Etkisi 272
d- Sonuç ve Görüşümüz 273
IV - BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR 273

§ 11 BORCA BATIKLIĞI MAHKEMEYE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ 275
I - GENEL OLARAK ORTAKLIĞIN KENDİ İFLÂSINI İSTEMESİ 275
II - BORCA BATIKLIK BİLDİRİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İÇERİĞİ 277
III - BİLDİRİMİN ŞARTLARI 281
A- MADDİ ŞARTLAR 281
1- Ortakliğin Borca Batık Halde Bulunması 281
2- Borca Batıklığın Ara Bılançosundan Tespıt Edılmesı 282
B- ŞEKLİ ŞART 283
IV- BİLDİRİMDE BULUNACAK ORGAN VE KİŞİLER 284
A- YÖNETİM KURULU 284
B- TASFİYE MEMURLARI 286
C- DİĞER ORGAN VE KİŞİLERİN BİLDİRMDE BULUNMAYA YETKİLİ OLUP OLMADIĞI SORUNU 287
1- Genel olarak 287
2- Sermaye Piyasası Kurulu 290
3- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı 290
V - ALACAKLILARIN ORTAKLIĞIN İFLÂSINI İSTEMELERİ 291
VI - YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME 293
VII - BİLDİRİMİN ZAMANI 294
A- DERHAL BİLDİRİM KOŞULU 294
B- DERHAL BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARININ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU 294
1- Durumun Genel Kurula Bildirilmesi 295
2- Ortaklığın Mali Durumunun Derhal İyileştirilmesi İmkânı 296
3- Alacaklılara Yeterli Güvence Sağlanması 298
4- İflâstaki Sıradan Çekilme Sözleşmesi (*Rangrücktrittsvereinbarung*) 298
a) Hukuki Niteliği ve İçeriği 298
b) Borca Batıklığı Mahkemeye Bildirim Yükümlülüğüne Etkisi 300
5- Banka Alacaklarının Sermayeye Dönüşmesi ve 3332 sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme 303
6- Ortaklığın Konkordato İstemesi 303
VIII -MAHKEMEYE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK 306
A- HUKUKSAL SORUMLULUK 306
1- Şartları 306
2- Davacı ve Davalı Sıfatı 308
B- CEZAİ SORUMLULUK 309
§ 12 MAHKEMEYE BİLDİRİMİN HUKUKİ SONUÇLARI 311
I - GENEL OLARAK 311
II - YARGILAMA USULÜ 311
A- GENEL OLARAK 311

B- MAHKEMECE BORCA BATIKLIK BİLDİRİMİNİN DOĞRULUĞUNUN İNCELENMESİ ... 313
C- MALVARLIĞININ KORUNMASINA YÖNELİK TEDBİRLERİN ALINMASI ... 316
D- ALACAKLILARIN DURUMU ... 316
E- YARGILAMA GİDERLERİ ... 318
III - İFLÂS KARARI ... 319
IV - İFLÂSIN AÇILMASINA YER OLMADIĞI KARARI ... 321
§ 13 İFLÂSIN ERTELENMESİ ... 322
I - HUKUKİ NİTELİĞİ VE AMACI ... 322
A- HUKUKİ NİTELİĞİ ... 322
B- AMACI ... 322
II - İFLÂSIN ERTELENMESİNİN ŞARTLARI ... 324
A- MADDİ ŞARTLAR ... 324
1- Ortaklığın Borca Batık Halde Bulunması ... 324
2- Ortaklığın Tasfiye Halinde Olmaması ... 325
3- Ortaklığın Durumunun İyileştirilmesinin Mümkün Görünmesi (Mali Durumun İyileştirilmesi Umudunun Varlığı) ... 325
a) „İyileştirme"nin Anlamı ... 326
b) İyileştirme İmkânı ve Kanıtlanması ... 327
4- Alacaklıların Durumunun İflâsın Derhal Açılmasına Oranla Daha Kötü Bir Duruma Sokulmaması ... 331
B- BİÇİMSEL ŞARTLAR ... 332
1- İstem Şartı ... 332
a) Genel Olarak ... 332
b) İstemde Bulunma Süresi ... 333
2- Borca Batıklık Bildiriminde Bulunulması ... 334
3- Masrafların Peşin Ödenmesi ... 336
III- ERTELEME İSTEMİNDE BULUNABİLECEKLER ... 336
A- YÖNETİM KURULU ... 336
B- ALACAKLILAR ... 337
IV - YARGILAMA USULÜ VE ERTELEME KARARI ... 339
A- YARGILAMA USULÜ ... 339
B- ERTELEME KARARI ... 340
V- ERTELEME KARARININ SONUÇLARI ... 343
A- İNFİSAHIN VE İFLÂS YOLU İLE TASFİYENİN ERTELENMESİ ... 343
B- İCRA VE İFLÂS TAKİPLERİNİN DURMASI ... 344
D- ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELERİN DURMASI ... 346
C- DİĞER SONUÇLAR ... 346
D- İFLÂSIN ERTELENMESİNİN SÖZLEŞMELERE ETKİSİ ... 348
VI- ERTELEME SÜRESİ ... 349

VII - MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ TEDBIRLERI 351
VIII - MALVARLIĞININ KORUNMASI TEDBİRLERİ 353
A- GENEL OLARAK 353
B- DEFTER TUTULMASI 354
C- "ORTAKLIK ALEYHİNDEKİ TAKİPLERİN DURDURULMASI" 355
D- ORTAKLIK ORGANLARININ YETKİLERİNİN KISITLANMASI 356
E- ORTAKLIĞIN İŞLETME FAALİYETİNİN DURDURULMASI 357
F- ALACAKLILAR TOPLANTISI VEYA ALACAKLILAR KOMİSYONLARI 357
G- KAYYIM ATANMASI 358
1- Hukuki Niteliği 358
2- Kayyımın Görev ve Yetkileri 360
H- DİĞER TEDBİRLER 362
IX - ERTELEME KARARININ KALDIRILMASI 363
A- MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ DURUMUNDA 363
B- MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLEMEMESİ DURUMUNDA 363
SONUÇ 364

KISALTMALAR

Abs. : Abschnitt
AD. : Adalet Dergisi
AG. : Aktiengesellschaft
AİK. : Alman İflâs Kanunu
AktG. : Aktiengesetz
APOK. : Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu.
Art. : Artikel
AŞ. : Anonim Şirketler
aşa. : aşağıda
ATK. : Alman Ticaret Kanunu
ATOD. : Ankara Ticaret Odası Dergisi
Aufl. : Auflage
AÜSBFD. : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BanK. : Bankalar Kanunu
Batider. : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd. : Band.
BGE. : Bundesgerichtsentscheidungen
BGH. : Bundesgerichtshof (ve) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
BK. : Borçlar Kanunu
Bs. : Baskı.
Bkz. : Bakınız.
C. : Cilt
Çev. : Çeviri, Çeviren.
D. : (Danıştay) Dairesi
dipn. : Dipnot
Diss. : Dissertation
Dnş. : Danıştay
E. : Esas
ETK. : Eski Ticaret Kanunu
f. : fıkra
FrTOK. : Fransız Ticaret Ortaklıkları Kanunu.
GmbH. : Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG. : Das Gesetz über Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Großkomm. : Großkommentar
HD, : Hukuk Dairesi
HGB. ; Handelsgesetzbuch
HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
hrsg. : herausgegeben
HUMK. : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBK. : İsviçre Borçlar Kanunu.
İFMK. : İsviçre Federal Mahkemesi Kararı
İİD. : Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
İİK. : İcra ve İflâs Kanunu
İİK. Niz. : İcra ve İflâs Kanunu Nizamnamesi
İkt.Mal. : İktisat ve Maliye Dergisi
İst.İTİAD. : İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
İSO. : İstanbul Sanayi Odası
İsv.İİK. : İsviçre İcra ve İflâs Kanunu
JZ. : Juristenzeitung
K. : Karar
Karş. : Karşılaştırınız
KHK. : Kanun Hükmünde Kararname
KK. : Kooperatifler Kanunu
KVK. : Kurumlar Vergisi Kanunu
Komm. : Kommentar.
KO. : Konkursordnung
m. : madde
MDR. : Monatsschrift für Deutsches Recht
N. :: Numara.
NJW. : Neue Juristische Wochenschrift
Niz. : Nizamname
ODT. : Ortaklıkların Denetimine Dair Tüzük
OLG. : Oberlandesgericht
OR. : Obligationenrecht
Örn. : Örneğin
S. : Sayı
§ : Paragraf.
RG. : Resmi Gazete
EGZ : Sammlung der Entscheidungen des Reichgerichtshofes in Zivilsachen
RKD. : Resmi Kararlar Dergisi
s. : Sayfa..
SAG. : Schweizerische Aktiengesellschaft (Dergi)
SchKG. : Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJZ. : Schweizerische Juristenzeitung (Dergi)
ST. : Schweizer Treuhänder
sonn. : Sonnot
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TD. : Ticaret Dairesi
Tic.SN. : Ticaret Sicili Nizamnamesi
TMK. : Türk Medeni Kanunu
TTK. : Türk Ticaret Kanunu.
vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı.
vs. : ve saire
VUK. : Vergi Usul Kanunu
WM. : Wertpapier Mitteilungen (Dergi)
WPg. : Wirtsachaftsprüfung (Dergi)
Y. : Yargıtay
YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi
yuk. : yukarıda
ZGR. : Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR. : Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP. : Zeitschrift für Wirtschatsrecht und Insolvenzrecht
ZSR. : Zeitschrift für Schweizerisches Recht

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akdoğan, Nalan/Aydın, Hamdi, Muhasebe Teorileri, Ankara 1987.

Akdoğan, Nalan(Tenker, Nejat, Finansal Tablolar ve Analizi, Ankara 1988.

Aksoy, Ahmet, İşletme Sermayesi Yönetimi, Ankara 1993.

Anaral, Hüseyin, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye, Ankara 1982.

Amonn ,Kurt/ Gasser, Dominik, Grundriß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997.

Ansay,Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku 6.Bs., Ankara 1982. (Anılış: Ansay, AŞ.)

Ansay,Tuğrul, "Anonim Şirketin Murakabesi Yolları", Batider., C. I, S.1, 1961, s. 37-60. (Anılış: Ansay, Murakabe Yolları).

Ansay, Tuğrul, Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri, Ankara 1972. (Anılış: Ansay, Türk Anonim Şirketleri)

Ansay, Tuğrul, Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku, (Yargıtay'ın 1975-1980 Yılları Arasında Verdiği Kararlar), Ankara 1981 (Anılış: Ansay, Yargıtay Uygulaması)

Arkan, Sabih, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976 (Anılış: Arkan, Halka Açık Anonim Ortaklıklar)

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 2. Bs. Ankara 1997 (Anılış: Arkan, Ticari İşletme).

Arslan, Erdoğan, "Şirketlerde Kâr Dağıtımı", Yaklaşım,Mart 1996, S.39, s.39-47.

Arslan, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994.

Arslanlı,Halil, Anonim Şirketler,C.J,Umumi Hükümler, 2. Bs., İstanbul 1958; C.II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960; IV-V, Anonim Şirketin Hesapları, Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, Istanbul 1961 (Anılış: Arslanlı, AŞ.)

Arslanlı,Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1960. (Anılış: Arslanlı, Kollektif Şirketler)

Atalay, Oğuz, Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996.

Atan, Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara (tarihsiz).

Atasoy, Ömer Adil, Anonim Ortaklıkların Denetlenmesinde Hâkim Olan Esaslar ve Türk Hukukunda Denetleme Organının Görevleri, Eskişehir 1984.

Ayhan, Rıza, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, İstanbul 1992.

Ayiter, Nuşin, Mamelek Kavramı Üzerinde Bir İnceleme, Ankara 1968.

Aytaç, Zühtü, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1984. (Anılış: Aytaç, İbra)

Aytaç, Zühtü, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988. (Anılış: Aytaç, Sermaye Piyasası)

Barz , Hans / Brünner, Herbert/ Klug ,Ulrich/Mellerowicz,Konrad/Mejer-Landrot ,Joachim/ Aktiengesetz Großkomrnentar, Erster Band,2.Halbband, § 76-147, Berlin/New York 1973. (Anılış: Mejer-Landrot, Großkomm.).

Başbuğoğlu, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C. 1, Ankara 1988.

Baştuğ, İrfan, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974.

Baumann,Werner, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibungs und Konkurs, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, 33, Zürich 1979.

Becking,Michael Hoffman,Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts,Band IV, Aktiengesellschaft ,München 1988.

Berkin, Necmeddin M. „Borçları Mevcudunu Aşan Sermaye Şirketlerinin Takipsiz İflâsı" İst.ITIAD. 2/1974, s.161-179. (Anılış: Berkin, Sermaye Şirketlerinin İflâsı).

Berkin, Necmeddin M. İflâs Hukuku, 4.Bs., İstanbul 1972. (Anılış: Berkin, İflâs)

Berler,Gastano, „Unterbilanz und Überschuldung" SJZ, 47, 1951, s. 257 vd.

Bilge, Necip/Gürdoğan, Burhan, Son Değişikliklere Göre Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1065.

Bilgin, Ayşe, „Bilanço Kuramları ve Özellikle Dinamik Bilanço Kuramı", İst.İTİAD., 1974, S.2, s. 117-132. (Anılış: A. Bilgin).

Bilgin, Yüksel, Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı ve Kâra Katılan Kişiler, Ankara 1982. (Anılış: Y. Bilgin).

Birkaş, Hasan, Ticaret Şirketleri ve Tatbikat, İstanbul 1985.

Birsel, Mahmut T., Anonim Şirketlerde Kâr Kavramı, C.1, İzmir 1973. (Anılış: Birsel, Kâr)

Birsel, Mahmut T., Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket İle Paysahibi Arasında Menfaat Çatışması, Ankara 1971. (Anılış: Birsel, Menfaat Çatışması)

Blumer, Karl/Graf, Adolf, Kaufmaennische Bilanz und Steuerbilanz Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand und Revisionskammer,26. 6. Aufl., Zürich 1977.

Böckli, Scheeizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1995.

Boemle, Max, Unternehmensfinanzierung, 9. Aufl. Zürich 1991.

Brandstätter,Jörn, Die Prüfung der Sanierungsfähigkeit notleidender Unternehmen, Grundlagen, Durchführung und Unterstützung durch Expertensysteme, München 1993.

Brodmann,Erich, Aktienrecht Kommentar,Berlin/Leipzig 1928.

Brombach, Klaus/Offert, Klaus/Ehreiser, Hans Jürg, Sonderbilanzen, 2. Aufl., Ludwigshafen (RHEIN) 1981.

Brooks, Jermen P., "Çeşitli Ülkelerdeki Bağımsız İşletme Dışı Denetim Sistemlerinin Fonksiyon ve İşleyiş Özellikleri" İşletmelerde Bağımsız Dış Denetim Semineri, 10-11 Mayıs 1985, Ankara 1985, s. 34-49, Çev., s. 50-68.

Bürgi,F.Wolfhart. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht,5.Teil, Die Aktiengesellschaft,Bd.1, Rechte und Pflichten des Aktionärs, Art. 660-697; Bd.2, Art.698/738, Zürich 1969.

Can, Ahmet/Kayar, Ahmet, Kaynakçalı Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Katma Değer Vergisi, Fon Kanunları, Vergi Usul Kanunu, 11. Bs., İstanbul 1995.

Claussen, Carsten P., "Kapitalersetzende Darlehen und Sanierungen durch Kreditinstitute", ZHR., 147, 1983, s. 195-221.

Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972.

Çevik, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, 3. Bs., Ankara 1988 (Anılış: Çevik, AŞ.).

Çevik, Orhan Nuri, Kollektif Şirketler, Ankara 1978 (Anılış: Çevik, Kollektif Şirketler).

Çevik, Orhan Nuri, Kooperatifler Hukuku, Uygulaması ve İlgili Mevzuat, 3.Bs., Ankara 1990. (Anılış: Çevik, Kooperatif)

Çevik, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, 2. Bs., Ankara 1994. (Anılış: Çevik, Şirketler Hukuku).

Degiacomi,Hans, Die Grundlagenveränderung bei der Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich 1958.

Dober, Willy, „Publizität und Grundsätze der Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit", SAG, 37, 1965, s. 161-177.

Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi C.I, 3.Bs., Ankara 1990.

Domaniç, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988 (Anılış: Domaniç, AŞ.).

Domaniç, Hayri, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bs., İstanbul 1988. (Anılış: Domaniç, Kollektif Şirketler).

Druey, Jean Nicolas, "Kapitalverlust und Überschuldung", ST., 498, s. 99 vd.

Drukarczyk, Jochen, Bilanzielle überschuldungsmessung ,Zur Interpretation der Vorschriften von § 92 Abs.2 AktG. und 64 Abs.1 GmbHG, ZGR,8, 4/1979, s. 553 vd.

Dubach, Alexander, "Der Konkursaufschub nach Art. 725a. OR: Zweck, Voraussetzungen und Inthalt", SJZ., 94, 7/1998, s. 149- 160.

Düring,Walther., Die überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung, WPg., 2.Jahrgang, /51949, s. 193-195.

Duss,Markus,Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläbigers bei Aktiengesellschaften, Zürich 1971.

Duss,Markus, Rangrücktritt des Gaeubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft, SAG,44/1972, s.1 vd. (Anılış: Duss, Rangrücktritt).

Egner, Henning/Wolff, Gerhardt, Zur Umbrauchbarkeit des Überschuldungstatbestands als gläubigerschützendes Instrument AG, 23, 4/1978, s..99-106.

Eisenhardt,Ulrich,Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. ,München 1992.

Erem,Turgut S, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1969.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Ankara 1987.

Eriş, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.(Anılış: Eriş, AŞ.)

Eriş, Gönen, Açıklamalı,İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C.2, Ankara 1992. (Anılış: Eriş, Ticaret Kanunu.)

Eriş, Gönen/Ulusoy, Yılmaz, En Son İçtihatlı, Madde Açıklamalı Kooperatifler Kanunu ve Vergilendirme, Ankara 1989.

Erman, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993.

Erüreten, Bahir Mazhar, Anonim Şirker ve Davaları, İstanbul 1988.

Farrenkopf, Stefan, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen bei der Aktiengesellschaft, Diss. Frankfurt Main 1984.

Fischer ,Werner, Die Überschuldungsbilanz , Köln 1980.

Forstmoser, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bd.1, Lieferung 1, Grundlagen, Grundung, Änderungen des Grundkapitals, Zürich 1981 (Anılış: Forstmoser, Aktienrecht)

Forstmoser, Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit , Zürich 1987 (Anılış: Forstmoser, Verantwortlichkeit)

Forstmoser, Peter/Mejer Hayoz Arthur, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 3. Aufl., Bern 1983.

Franko, Nisim, „Sermaye Şirketlerinde -Özellikle Anonim Şirketlerde- İflâs ve Tehiri", Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan, Ankara 1990, s. 405-433.

Fritzsche,Hans (überarbeitet und ergänzt von: Hans Ulrich Walder-Bohner) Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 Bände, 3.Aufl., Zürich 1993 (Anılış: Fritzsche-Bohner).

Funk,Fritz,Kommentar des Obligationenrechtes,Bd.2, Das Recht der Gesellschaften, Asrau 1951.

Gentinetta,Richard, Die Konkurseröffnung ohne Vorgängige Betreibung,(Diss.) Fribourg 1928.

Geßler, Jürg, H., Aktiengesetz, Mit Einführungsgesetz und Umwandlungsgesetz, 3. Aufl., Frankfurt 1970.

Geßler, Ernst / Hefehrmehl ,Wolfgang/Eckhardt, Ulrich/Kropf,Bruno, Aktiengesetz Kommentar, Bd. II, § 76-147 ,München 1994. (Anılış: Hefehrmehl, Großkomm.).

Giroud, Roger, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., (Diss.) Zürich 1986.

Godin, Reinhard von/Wilhelmi,Sylverter, Kommentar zum Aktiengesetz vom 6.September 1965,Bd.I, § 1-178,3.Aufl., Berlin 1967.

Göle, Celâl, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976.

Greyerz, Christhoph von, Prüfung, Berichterstattung und Vorgehen bei Kapitalverlust und Uberschuldung,in Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, 36 Zürich 1979 (Anılış: von Greyerz, Kapitalverlust).

Greyerz , Christhoph von, "Kapitalersetzende Darlehen", In; Festschrift für Frank Vischer zum 60.Geburtstag,Zürich 1983, s. 547-556 (Anılış: von Greyerz, Darlehen).

Greyerz, Christopf von, "Zum Rangrücktitt", SAG., 55, 1983, s. 27-29. (Anılış: von Greyerz, Rangrücktritt).

Grünewald ,Barbara, Gesellschaftsrecht, Tübingen 1994.

Guhl, Teo, Gesellschaftsrecht, Zürich 1937.

Guhl, Teo/Merz, Hans/Kummer, Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, (Mit Einfluss des Handels- und Wertpapierrechts) 7. Aufl., Zürich 1980.

Günal, Vural, Sermaye Piyasasi Hukuku, Ankara 1982.

Gürke ,Michael, Verhaltensweisen und Sorgfältspflichten von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern bei drohender Uberschuldung, Schriften zum Wirtschaftsrecht 40, Berlin 1982.

Gürsoy, Kemal Tahir/Erem, Fikret/Cansel, Erol, Eşya Hukuku, Ankara 1983.

Harget, Rudolf, "Zum Zurücktreten mit Forderungen bei Überschuldung der Aktiengesellschaft", AG., 5/1974, s. 137-143.

Harneit, Paul, Überschuldung und erlaubtes Risiko, Köln 1984.

Helbling,Carl, Unternehmensbewertung und Steuern,3.Aufl., Düsseldorf 1979. (Anılış: Helbling, Unternehmensbewertung)

Helbling,Carl, Bewertungsprobleme aus der Sicht des Abschlussprüfers im Hinblick auf seine Verantwortung,In;Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers,herausgegeben von Carl Helbling,Schriftenreihe des schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer,45, Zürich 1980. (Anılış: Helbling, Bewertungsprobleme)

Henn, Günter, Handbuch des Aktiensrechts, 5.Aufl., Heidelberg 1994.

Henze,Emil, Der Konkurs der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, (Diss.) Bern 1923.

Henze, Hartwig, Höchstrichterliche Rechtssprechung zum Aktienrecht, Köln, 1992 (Anılış: H. Henze).

Herold, Hans, Das Konkursaufschubverfahren nach Art.657 und 704 OR, SJZ, 30, 1933-34 s.145 vd.

Hirsch, Ernst E. Tekinalp, Ünal, ,Ausländische Aktiengesetze, Bd .V, Das türkische Aktien- und GmbH.recht, 2. Aufl., Baden Baden 1993.

Hirş, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bs., İstanbul 1948.

Hirtz, Herbert, Die Vorstandspflichten bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einer Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1966.

His,Eduard, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.VTI, Obligationen-recht ,4. Abteilung, Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung ,Art. 927-964 OR, Bern 1940.

Hoffmann, Günter, „Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung" MDR., 9/1979, s. 713-717.

Homburger, Eric, Leitfaden zum neuen Aktienrecht, Zürich 1991.

Hueck,Alfred/Hueck,Götz, Gesellschaftsrecht, 18.Aufl. ,München 1981.

Hüffer,Uwe, Aktiengesetz, 2.Aufl. ,München 1995.

Hunziker, Arthur, "Pflichterfüllung und Pflichtverletzung der Kontrolstelle in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand und Rervisionskammer, Bd. 45, Zürich 1980.

Hurter, Hans, Der Nachlassvertrang mit Gesellschaftsgründung, Diss.Bern 1988.

İmregün, Oğuz, Amerikan Anonim Ortaklıklar Hukukunun Anahatları, İstanbul 1968. (Anılış: İmregün, Amerikan Ortaklıkları).

İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989. (Anılış: İmregün, Anonim Ortaklıklar).

İmregün, Oğuz, Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989. (Anılış: İmregün, Kollektif Ortaklıklar)

Izmırlı, Yadigâr, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Tasfiye Memurlarının Görev Yetki ve Sorumlulukarı, Ankara 1994.

Jäger,Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Zürich 1911.

Jäger,Carl/Daeniker,Marta,Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911-1945,Bd.I,Zürich 1947.

Jäger,/Ernst/Weber,Friedrich, Konkursordnung Kommentar, Berlin-New York 1973.

Jänggen, A./Becker, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII, Obligationenrecht, 3. Abteilung, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772-827, Bern 1939.

Käfer,Karl,Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,Bd.VIII,Das Obligationenrecht,2.Abteilung,Die kaufmännische Buchführung (Art.957-964 OR) 2 Lief erung,Bern 1976-1980.

Kalpsüz, Turgut, "Bilanço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Sebebiyle Genel Kurul Kararının İptali", Batider, C.X, S.1, Haziran 1079, s. 28-37.

Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku, II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973. (Anılış: Karayalçın, Şirketler Hukuku)

Karayalçın, Yasar, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988. (Anılış: Karayalçın, Muhasebe)

Karayalçın, Yaşar, „Haklı Sebebe Dayanılarak İhraç Edilen Kollektif Şirket Ortağının Payı Hangi Tarih Esas Alınarak Tespit Edilir?", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, II, Ankara 1985, s. 103-129. (Anılış: Karayalçın, Kollektif Şirket Ortağının Payı)

Karayalçın, Yaşar, "İsviçre Borçlar Kanunu,nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler", Batider, C.XVII, Haziran 1993, s.1 vd. (Anılış: Karayalçın, İBK Değişiklikleri)

Karayalçın, Yasar,Yeniden Değerleme Fonu, Esas Sermaye Arttırımı,Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, VI, Ankara 1989, s.147-182. (Anılış: Karayalçın, Yeniden Değerleme)

Kayar, İsmail, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.

Ketzer, Alex, Eigenkapitalersetzende Aktionärdarlehen, (Diss.) Köln · Berlin · Bonn · München 1989.

Kirmikil, Yusuf, "Türkiye'de Devletin Değişik Amaçlı İşletme Denetimlerini ve İşletme İçi Denetimleri Tamamlayıcı Yönleriyle Bağımsız İşletme Dışı Denetim", İşletmelerde Bağımsız Dış Denetim Semineri, 10-11 Mayıs 1985, Ankara 1985, s. 155-163.

Kilger , Joschim/Schmidt ,Karsten, Konkursordnung ,München 1993.

Koeferli, Jürg A., Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Zürich 1994.

Kühn,Günter, Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH, die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht und der sich- daraus ergebende Schadener-satzanspruch gegen die Geschäftsführer, Gesellschafter und Dritte, Münster 1969.

Kopper, Werner, Stille Reserven und Aktionärinteressen, (Diss.) Bern 1967.

Krosigk Graf Schwerin von, Überschuldung einer Kapitalgesellschaft durch die Vermögensabgabe nach LAG, NJW,9/1956, S.324 vd.

Kupsch,Peter, Bilanzierungsproblematik und Vorstandspflichten bei Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals und bei Überschuldung,WPg,10/1982, s. 273 vd.

Kuru, Baki, İflâs ve Konkordato Hukuku,Ankara 1988 (Anılış: Kuru, İflâs).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, Ankara 1980. (Anılış: Kuru, Usul).

Kuru, Baki, Icra ve Iflâs Hukuku C. III, Ankara 1993 (Anılış: Kuru, İcra ve İflâs).

Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961.(Anılış: Kuru, Nizasız Kaza)

Kuru,Baki, „Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin Iflâsı,AD, 10/1970, s. 621-524 (Anılış: Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflâsı)

Kuru, Baki, Şahıs Şirketleri ve Ortaklarının İflâsı, Ankara 1963. (Anılış: Kuru, Şahıs Şirketleri)

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, 5.Bs., Ankara 1991. (Anılış: Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs)

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 4.Bs., Ankara 1991. (Anılış: Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul Hukuku)

Lanz, Rudolf, Kapitalverlust, Überschuldung, Sanierungsvereinbarung, (Diss.) Zürich 1985.

Layer, Bertram, Verlustverwertung zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, (Diss.) Berlin 1990.

Lehmann,Heinrich, Gesellschaftsrecht,2.Aufl., Berlin/Frankfurt a.M. 1959.

Lutter, Markus/Hommelhoff. Peter, "Nachrangiger Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH.", ZGR., 1/1979, s. 31 vd.

Manavgat, Çağlar, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991.

Martens, Klaus-Peter, „Die Anzeigepflicht des Verlustes des Garantiekapitals nach dem AktG. und dem GmbHG -Zur Informationspflicht in den Kapitalgesellschaften", ZGR, 3/1972, s.254 vd.

Mejer-Hajoz, Arthur, Kommentar zum schweizwerischen Privatrecht, Bd.4, Sachenrecht, Bern 1966.

Mejer-Hajoz,Arthur / Forstmoser,Peter, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., Bern 1981.

Mentzel, Franz/Kühn, Günter/Uhlenbruch, Wilhelm, Konkursordnung mit Einführunggesetzen, 9. Aufl., München 1979.,

Mertens, Hans Joachim, „Andwendbarkeit von § 92 Abs. 1 AktG im Vergleichsverfahren", AG 1983, s.173 vd. (Anılış: Mertens, Anwendbarkeit)

Mertens, Hans Joachim, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, (Herausgegeben von Wolfgang Zöllner) Bd.1, §§ 76-94, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996. (Anılış: Mertens, Kölner Komm.).

Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 1983. (Anılış: Moroğlu, Esas Sermaye Artırımı)

Moroğlu, Erdoğan, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", İHFM., 1976, C. XLI, s. 341-359. (Anılış: Moroğlu, Özel Denetçi)

Mimaroğlu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C.2, İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara 1972.

Mommendey, Fritz, Einführung in das Aktienrecht der Schweiz, Altstätten 1993.

Mosimann, Bernhard,,Die Herabsetzung des Grundkapitales bei der Aktiengesellschaft und ihr Einfluss auf die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs, (Diss.) Zürich 1938.

Moxter ,Adolf, Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung, Wiesbaden 1976.

Müller, Welf, Henze, Backhard, Beckisches Handbuch der GmbH., Gesellschaftsrecht und Steuerrecht, München 1995 (Anılış: Müller)

Müller-Merbach, H.: Frübwarnsysteme zur betrieblichen Krisenerkennung und Modelle zur Beurteilung von Krisenabwehrmaßnahmen, in: Computerg,estützte Unternehmensplanung, hrsg. von H.D. Plötzeneder, S.R.A. Fachberichte und Referate, Bd. 1, Stuttgart 1977,

Müftüoğlu, Tamer (ve Yüksek Lisans Çalışma Grubu), "Türk Basınında Batan Şirketler ve Şirket Kurtarma Operasyonları", AÜSBFD., 1987, C. XLII, S. 1-4, s. 161-186.

Muser,Willy, "Die aktienrechtliche Meldepflicht nach § 83 Abs.1 AktG 1937", WPg, 14/1961, s.29 vd.

Öçal,Akar, „Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar", ATOD,6/1975, s. 0-22. (Anılış: Öçal, Mali Durumun Bozulması).

Öçal,Akar, Anonim Şirketlerle İlgili Federal Mahkeme Kararları, 1960-1970, Ankara 1972. (Anılış: Öçal, Federal Mahkeme Kararları).

Ochsner,Peter, Über das Eigenkapital der Aktiengesellschaft, (Diss.) Zürich 1971.

Onsun, Kemal Şükrü, Ticaret Şirketleri, Ankara 1949.

Overbeck,Alfred von, Schuldbetreibungs und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2.Aufl., Zürich 1940.

Ogütçü, A.T,/ Çitoğlu, A. Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu C. 2, Ankara 1972.

Pekcanıtez, Hakan, Anonim Şirketlerin İflâsı, Ankara 1991.

Pestalozzi,Anton, "Skizzen zum Rangrückritt des Glaeubigers bei Forderungen", SAG, 41,1969,s. 1 vd.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoglu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku , İstanbul 1996.

Postacıoğlu,Ilhan, Iflâs Hukuku İlkeleri, Istanbul 1978.

Postacioglu, Ilhan, Konkordato, Istanbul 1965.

Rehbinder, Manfred, Schwezerisches Arbeitsrecht, 10. Aufl., Bern 1991.

Reichmuth,Anton,Bewertungsgrundsaetze für die Bilanz der Aktiengesellschaft, (Diss.) Zürich 1951.

Reisoğlu, Seza, Bankalar Kanunu Şerhi, 2. Bs., Ankara 1997.

Rinklin,Theo, Die Vergleichsfähige und die konkursreife Unternehmung, (Diss.) Stuttgart 1960.

Roland, Helmut, Der Begriff des Vermögensgegenstandes im Sinne der Handels- und aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften, (Diss.) Göttingen 1980.

Roth,Günter H., Handels- und Gesellschaftsrecht, Das Recht des Kaufmännischen Unternehmens, 2. Aufl. München 1996.

Savatier, Rene (Çev. Turgut Önen, Tamer İnal), Hukuki ve Ekonomik Açıdan Borçlar Teorisi, Ankara 1980.

Schech,Gregor, Der Konkursaufschub im schweizerischen Recht, (Diss.) Zürich 1937.

Schmalenbach, Eugen, Finanzierungen, 5. Aufl. Leipzig 1931.

Schmid, Markus, Überschuldung und Sanierung, (Diss.), Freiburg 1984.

Schmid,Werner, Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft, (Diss.) Zürich 1948 (Anılış: W.Schmid)..

Schmidt ,Karsten, Gesellschaftsrecht , Köln/Berlin/Bonn/München 1986.

Schmidt, Karsten, Kommentar zum GmbHG., Köln 1979. (Anılış: Schmidt, GmbHG).

Schmidt,Karsten, "Kapitalersetzende Bankenkredite", ZHR., 147, 1983, s. 165-194 (Anılış: Schmidt, Bankenkredite).

Schmidt,Karsten, „Konkursgründe und praeventiver Gläubigerschutz -Ein Beitrag zur Diskussion um den Konkursgrund der Überschuldung," AG,12/1978, s.334 vd. (Anılış: Schmidt, Konkursgrunde)

Schmidt, Karsten, Liquidationsbilanzen und Konkursbilanzen, Beihefte der ZHR, Heft 64, Heidelberg 1989 (Anılış: Schmidt, Bilanzen).

Schmidt, Karsten, „Sinnwandel und Funktion des Übcrschuldungstatbestandes", JZ 82, 165, s. 167 vd (Anılış: Schmidt, Sinnwandel).

Schlömer, Robert, Die aktienrechtliche Überwachungssystem unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Unternehmenskrisen, (Diss.) Köln 1986.

Schoop, Katharina, Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, (Diss.) Zürich 1993.

Schucany,Emil,Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht,2.Aufl. ,Zürich 1960.

Schulthess ,Bernhard, Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, (Diss.) Zürich 1967.

Schultz, Günther, „Der Revisor und die stillen Reserven, -aus der Sicht des Revisors",

Schürer,Heinz, Der Tatbestand der Überschuldung im deutschen Insolvenzrecht, (Diss.) München 1962.

Schweizerische Treuhand und Revisionskammer, Fachmitteilungen, N.3: Fortführungswert oder Veräusserungswert, Zürich 1981. (Anılış. Fachmitteilungen).

Seviğ, Veysi, "Türk Ticaret Yasası'nda Durum Tespitine Yönelik Bilanço", Yaklaşım, Yıl.6, S. 61, Ocak 1998, s. 14-18.

Sevilengül, Orhan, Genel Muhasebe, 11.Bası, Ankara 1992.

Siegwart ,Alfred ,Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch ,Bd. V ,Das Obliga-tionenrecht,5.Teil,Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmuiigen CArt. 620-659)Zürich 1945, Nachdruck 1975.

Steiger,Fritz von, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz,4.Auf 1, Zürich 1970.(Anılış: von Steiger, Orijinal); İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, (Çev.. Tahir Çağa), İstanbul 1968.

Steiger, Werner von, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.5, Obligationenrecht, 5. Teil, OR., 772-827, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965. (Anılış: W. von Steiger).

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/1, 4. Bs. Ankara 1985.

Teichmann,Robert/Köhler Walter,Aktiengesetz ,Heidelberg 1950.

Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, istanbul 1993. (Anılış: Tekil, AŞ.)

Tekil,Fahiman, Şirketler Hukuku ,C.II,Anonim Sirketler, 2.Bs. ,Istanbul 1976. (Anılış: Tekil, Şirketler Hukuku)

Tekinalp,Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Istanbul 1979. (Anılış: Tekinalp, Bilanço)

Tekinalp,Ünal, „Anonim Ortakliklarda Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri ve Pay Sahiplerinin Hakları", Ikt.Mal., XVIII, 11/1972, s.430-432. (Anılış: Tekinalp, Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri)

Tekinalp, Ünal, „Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştiri", MHAD, 11, 1973, s. 467-469. (Anılış: Tekinalp, Güç Boşluğu)

Tekinalp, Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982. (Anılış: Tekinalp, Sermaye Piyasası)

Tekinalp,Ünal, „Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi" Ikt.Mal., XXXI, 7/1984, s.279-283. (Anılış: Tekinalp, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması)

Tekinalp,Ünal, „Yargıtay'ın Tahvil Çıkarılmasına İlişkin Bir Kararı Üzerine Düşünceler ve Değerlendirmeler", İkt. Mal., 2/1977, s. 457 vd. (Anılış: Tekinalp, Tahvil Çıkarılması)

Tekinalp, Ünal, "3332 sayılı Kanun'un Türk Ticaret Kanunu Üzerindeki Etkileri", (1), İkt.Mal., C.XXXVI, 1989, S.2, s. 69-72. (Anılış: Tekinalp, 3332 sayılı Kanun)

Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, 3794 sayılı Kanunla Değişik Sermaye Piyasası Kanunu ve Açıklamalar, İstanbul 1992.

Tenker, Nejat, Finansal Muhasebe, Ankara 1997.

Teoman, Ömer, "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi", İkt. Mal. 1980, C. XXVIII, s. 68-79. (Anılış: Teoman, Özel Denetçi).

Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul 1979. (Anılış: Teoman, İntifa).

Teoman, Ömer, "Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda TTK. m. 324 Denetimi", Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996. (Anılış: Teoman, Kayıtlı Sermaye).

Tosbi, Sadrettin, Anonim Şirketler, Ankara 1943.

Trumpler,Hans,Die Bilanz der Aktiengesellschaft,Basel 1950.

von Tuhr, Andreas (Çev.Cevat Edege), Borçlar Hukuku, C.1-2, Ankara 1983.

Türk,Hikmet Sami,Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.

Uçar, Salter, Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, İstanbul 1996.

Uman, Nuri, "Bağımsız İşletme Dışı Denetimin Ekonomilerdeki, Özellikle Sermaye Piyasalarındaki Rolü ve Önemi", İşletmelerde Bağımsız Dış Denetim Semineri, 10-11 Mayıs 1985, Ankara 1985, s. 13-33.

Umar, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihsel Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, İstanbul 1980.

Ünal, Mustafa, „Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", Batider, C.XI, 3/1982, s.49-89.

Üstündağ, Saim, Jflâs Hukuku, Istanbul 1986. (Anılış: Üstündağ, iflâs)

Üstündag, Saim, „Türk Ticaret Kanunu'nun 324.Maddesinin 3.Fikrasi Üzerine Düşünceler" Günümüzde Yargı,47,1980, s.17-20. (Anılış: Üstündağ, Düşünceler)

Weidmann;Heinz, Die steuerliche Behandlung von Sanierungen,Steuer Revue, 1/ 1992, s.1 vd.

Wiedemann, Herbert, Haftungsbeschränkungen und Kapitaleinsatz in der GmbH., Unter Berücksichtigung des amerikanischen, deutschen und fransözischen Gesellschaftsrechts, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH., Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 36, Frankfurt am Main/Berlin 1968.

Wieland, Alfred, „Kiritisches zum Kapitel der Grundkapitalverändreungen nach dem neuen Aktienrecht", ZSR., 57, 1938/1, s. 1-50.

Wohmann,Werner, Unternehmungswirtschaftliche Betractungen zur Sanierung und zum Sanierungsgewinn, (Diss.) Bern 1957.

Wühe, Günter, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 12. Aufl., München 1976.

Würdinger,Hans, Aktien und Konzerjirecht,3.Aufi. ,Karlsruhe 1973.
Wüst. Günther, "Unterkapitalisierung und Überschuldung bei Beschränkthaftern",
Yasaman, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.
Yener, Güngör, "Şirket Kurtarma Operasyonları, Sıkı Para Politikası ve Enflasyon", ATOD., 1983, S.4, s.2-3.
Zillas,Manfred, Unterbilanz und Überschuldung der Aktiengesellschaft,WPg,3O~ 17/1977,s..445 vd.
Zimmermann,Harry, "Buchführung, Bilanz, Gewinn und Verlustrechnung sowie Geschäftsbericht im inrevälierten Obligationenrecht", ZSR, 45/1926, s.19 vd.
Zingg, Bernhard., Der Glaeubigerschutz bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, (Diss.(, Zürich 1940..
Zürcher, Wolfgang, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, (Diss.) Bern 1993.

GİRİŞ

§ 1 KONUNUN SUNULUŞU

Özellikle, çok ortaklı ve halka açık türdeki anonim ortaklıklar diğer ticaret ortaklıklarına oranla daha geniş bir çevreyi, değişik çıkar gruplarını (ilgi çevrelerini) yakından ilgilendirmektedirler. Başta pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları olmak üzere, tasarruflarını sermaye piyasası araçlarına yatıran yatırımcılar, ileride pay sahibi olabilecek kişiler, ortaklıkta çalışan işçiler, ortaklıkla sürekli ilişki halinde bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler ve nihayet devlet bu ilgi çevresi içinde sayılabilir. Sermaye piyasası gelişmiş ülkelerde bu ilgi çevreleri halkalar halinde bütün topluma yayılmaktadır

İşte bu kadar geniş bir çevreyi ilgilendiren anonim ortaklığın mali durumunun bozulması önemli sorunlara yol açar. Ortaklık alacaklıları, pay sahipleri ve ortaklıkta çalışan işçiler mali durumdaki bozulmanın doğrudan doğruya etki alanı içindedirler.[1] Ortaklığın işletme konusuna ve iş hacmine göre bu bozulmadan ülke ekonomisi de zarar görebilir.

Mali durumun bozulması halinde bu ilgi çevrelerinin zaman zaman birbirine zıt olan çıkarlarının bağdaştırılması, çıkarlar dengesi açısından en uygun çözümün bulunması gerekir. Anonim ortaklıkta ilk başta pay sahipleri ile ortaklık alacaklıları arasında bir çıkar çatışması gözlenir.[2] Gerçekten, özellikle halka açık anonim ortaklıklarda küçük pay sahipleri ortaklık kârının mümkün olduğu kadar yüksek oranda dağıtılmasını arzularken, alacaklılarının çıkarı, iş yılı içinde elde edilen başarının ortaklık malvarlığında tutulmasıdır. Çünkü anonim ortaklığın borçlarından dolayı pay sahiplerinin ortaklık alacaklılarına karşı kişisel sorumluluğu bulunmamakta (Bkz., TTK., m. 269, II), alacaklıların haklarının tatmin için başvurabilecekleri yegâne kaynağı ortaklık malvarlığı oluşturmaktadır (TTK, m. 269.I). Bu durumda ortaklığın işletme faaliyetinden doğan bütün riziko alacaklılara yüklenmemeli, ortaklık malvarlığı üzerinde pay sahipleri lehine serbestçe tasarruf edilememelidir.[3]

Bu zıt çıkarların bağdaştırılmasında bir ölçüt (kıstas) bulunması zorunludur. Öz kaynaklar – esas sermaye ilişkisi bu konuda temel bir işlevi yerine getirir. Yasakoyucu esas sermayeyi ortaklık alacaklılarının asgari teminatı olarak kabul etmiş, öz kaynakların esas sermaye rakamının altına düşmesini (sermaye kaybını) önlemeye yönelik çeşitli emredici hükümler getirmiştir. Bu hükümlerin bir kısmı, kuruluşta

---

1 1986 yılında yaşanan ekonomik sıkıntı nedeniyle mali durumları bozulan ortaklıklardan tahvil satın alan alacaklıların ve bu ortaklıklarda çalışan işçilerin mali kriz yüzünden uğradıkları kayıplar hakkında Bkz., **Müftüoğlu**, s. 164.

2 Bu konuda geniş bilgi için Bkz., **Zürcher**, s. 10-11; **Birsel**, Menfaat Çatışması, s. 3 vd. Ayrıca Bkz., **Ansay**, Türk Anonim Şirketleri, s. 17 vd.özellikle s. 20;.

3 Bkz., **Ketzer**, s. 2; **Wüst**, s. 817.

katılma paylarının tam olarak (en az esas sermayeyi karşılayacak ölçüde) ortaklığa getirilmesini sağlamak amacını güderler, Diğer bir kısmı da ortaklığın faaliyet döneminde esas sermayeden iade anlamına gelen işlemlerle öz kaynakların esas sermayeye oranla azalmasına karşı tedbirler öngörürler. Örneğin, kuruluş sırasında paradan başka katılma paylarına değer biçilmesinde mahkeme (veya kuruluş genel kurulu) tarafından seçilen bilirkişilerce hazırlanan raporların esas alınması (TTK., m..289/ 2, 293,294, 303.II, son cümle); faaliyet döneminde, ortaklığın kendi hisse senetlerini kural olarak devir alamaması (TTK., m.329), kâr payının ancak safi iş yılı kârından veya serbest yedek akçelerden dağıtılabilmesi (TTK., m.470.II) gibi. Fakat, bütün bu hükümlere rağmen ortaklık iş yıllarını zararla kapattığı için öz kaynakları önceki bilançolara göre yıldan yıla eriyebilir. Bu kötüye gidişi durdurmak için mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin devreye sokulması kaçınılmaz olur. iyileştirme tedbirleri de sonuç vermezse, esas sermaye tamamen karşılıksız kalabilir.

Bu aşamaya gelindiğinde artık öz kaynaklar - esas sermaye ilişkisi önemini yitirir ve malvarlığı – borçlar ilişkisi gündeme gelir. Ortaklığın borçları malvarlığını aştığı anda karşılıklı çıkarların dengelenmesi ayrı bir rejime tâbi tutulur. Müteşebbis durumundaki pay sahipleri ve işletmede çalışan işçiler gibi bazı ilgi çevrelerinin mali durumu borca batıklık derecesinde bozulmuş olan bir ortaklığın devamındaki çıkarları çoğu kez alacaklıların çıkarıyla bağdaşmaz. Alacaklılar, kural olarak ortaklık aciz haline düşmeden, borca batıklık aşamasına gelindiği anda iflâs hukukunun devreye girmesini isterler.[4] Ancak böyle bir ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesinde sadece pay sahipleri ve işçilerin değil, ortaklıkla sürekli ilişki içindeki alacaklıların ve diğer üçüncü kişilerin –hatta genel olarak kamunun da- çıkarı bulunabilir.[5] Kriz halindeki ortaklıkların ekonomiden ayıklanmasının (tasfiye edilmesinin) daha yararlı olacağı görüşü her zaman kolaylıkla savunulamaz.[6]

İşte, Türk Ticaret Kanununun 324. maddesi, esas sermayenin kısmen veya tamamen karşılıksız kalması, başka bir deyişle öz kaynakların esas sermaye rakamının altına düşmesi ve borca batıklık halinde alınacak tedbirleri düzenlemektedir.

Esas sermayenin karşılıksız kalması (sermaye kaybı) ve borca batıklık ortaklığın malvarlığı yapısının bozulması anlamına gelir. Anonim ortaklığın malvarlığı yapısının bozulmasıyla ilgili temel düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesidir. Likiditesizlik ve bunun sonucu ortaya çıkan ödeme güçlüğü, aciz hali ve –aciz halinin somut şekli olan- ödemelerin tatili 324. maddenin kapsamı dışındadır.[7] Çalışmamız ortaklığın malvarlığı yapısının bozulması halinde alınacak tedbirlerle sınırlıdır. Bunun dışında kalan mali durumun bozulması hallerine sadece çalışmamız bakımından gerekli olduğu ölçüde yer verilecektir.

---

4 Bkz., **Schmidt**, Konkursgründe, s. 335, 337.
5 Bkz., **Claussen**, s. 199; **Ochsner**, s. 18-19.
6 Bkz., bu yönde **Wüst**, s. 818.
7 Karş., **Kayar**, s. 33; Bkz., aşa., § 3, D.

Ortaklık alacaklılarının çıkarlarını da yakından ilgilendiren 324. madde hükümlerinin tümü emredici niteliktedir. [8] Bu hükümlerin sermaye kaybını önlemeye yönelik hükümlerden temel farkı "önleyici" değil, ilke olarak "iyileştirici" (ıslah edici) bir işleve sahip olmaları, ortaklığın bozulan mali durumunu düzeltmeye yönelik tedbirler içermeleridir. Ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi (*Sanierung der Gesellschaft*) çalışmamızın temel taşlarından biridir. Çünkü 324. maddenin öncelikli amacı ortaklığın iflâsa sürüklenmesinin önlenerek[9] mali durumunun sağlığa kavuşturulması, yaşama yeteneğinin korunması ve geliştirilmesidir. Ne var ki, 324. madde açısından iyileştirme kavramı kadar malvarlığının korunması ilkesi de büyük önem taşımaktadır. Maddenin öngördüğü tedbirler aynı zamanda malvarlığının korunması ilkesinin bir gereğini oluşturmaktadırlar. Mali durumun iyileştirilmesi mümkün olmadığı zaman gündeme üçüncü kişilerin, özellikle ortaklık alacaklılarının çıkarlarını korumak amacıyla öngörülen emredici nitelikteki birtakım tedbirler girmektedir.

324.maddede öngörülen tedbirleri iki ana grupta toplamak mümkündür. Birinci gruba giren tedbirler öz kaynakların belli oranda esas sermayenin altına düşmesi halinde uygulanırlar. Yasa bu bakımdan iki ayrı kıstas kabul etmiştir: Öz kaynakların esas sermayenin yarısına inmesi, öz kaynakların esas sermayenin üçte biri düzeyine inmesi (yani esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması). İkinci gruba giren tedbirlerin uygulama alanı bulması için ise, öz kaynakların tamamen yitirilmesinden başka, ortaklık borçlarının aktiflerinden fazla olması, yani ortaklık aktiflerinin borçlarını karşılamaya yetmemesi gerekir. Birinci gruba giren durumlara "Sermaye Kaybı", ikinci gruptaki duruma da "Borca Batıklık" adını vermekteyiz.

1/2 oranında sermaye kaybı halinde yasakoyucu daha çok pay sahiplerinin çıkarlarını ön planda tutmuştur. Çünkü, bu halde ortaklığın mali durumunun kötüye gittiğinde şüphe yok ise de, alacaklıların haklarının tümünü karşılamaya yetecek bir malvarlığı halen mevcuttur. Fakat mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin alınması ve ortaklık içi çıkarların korunması bakımından durumun derhal pay sahiplerine duyurulması gerekmektedir. Oysa sermaye kaybının esas sermayenin üçte ikisi oranına ulaşması, alacaklıların çıkarı bakımından daha ciddi görülmüş ve kendilerine, duruma aktif olarak müdahale etme (fesih davası açma hakkı) tanınmıştır (TTK., m.436). Bu durumda da birincil amaç, ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesidir. Ancak yasakoyucu alacaklıların çıkarlarını korumak düşüncesiyle, iyileştirme tedbirlerinin uygulanması bakımından bir kısıtlama getirmiştir. Genel kurul ya esas sermayenin tamamlanmasına, ya da mevcut sermaye ile yetinmeye karar vermelidir. Aksi takdirde ortaklık infisah eder (TTK., m.324.II,434.I, b.3,5). 2/3 oranındaki sermaye kaybı oldukça karmaşık bir biçimde düzenlenmiştir. Yasal düzenlemedeki belirsizlikler ve uygulamada konuya yeterince eğilinmemesi 324. maddenin işlerliğini

---

[8] Bkz., **Y. TD.** 2.4.1970 tarih ve 1123/1347 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 350-351;. **Franko**, s. 416; **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 151-152; **Kayar**, s. 51; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16. **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 306; İsviçre Hukukunda aynı yönde, Bkz., Örn. **Duss**, Rangrücktritt, s. 8.

[9] Bkz., **Karayalçın**, Değişiklikler, s. 29.

zayıflatmakta, aslında bu madde kapsamında olan ortaklıkların gerekli tedbirleri zamanında almaları çoğu kez mümkün olamamaktadır. Belirsizliklerin en aza indirilebilmesi bakımından monografik incelemelerin büyük katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

Borca batıklık halinde ise alacaklıların çıkarları bakımından kural olarak ortaklığın iflasına karar verilmesi öngörülmüştür. Bu durumda yönetim kurulu ortaklığın borca batık olduğunu derhal mahkemeye bildirmek zorundadır. O halde borca batıklıkta kural "iyileştirme" değil, "iflâs yoluyla tasfiye"dir. Ancak yasakoyucu 324. maddeye egemen olan ortaklığın durumunun iyileştirilmesi düşüncesinden borca batıklık aşamasında tamamen vazgeçmemiş, "iflâsın ertelenmesi" kurumunu öngörerek ortaklığın devamında çıkarı olan diğer çevrelerin bu çıkarlarını korunmaya lâyık görmüştür. Buna göre, mahkeme yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine ortaklığın durumunun iyileştirilmesini mümkün görürse iflasın ertelenmesine de karar verebilir. İflasın ertelenmesine karar verilmişse, mahkeme kayyım atanması başta olmak üzere malvarlığının korunması için gerekli tedbirleri alır ve kayyımın raporunu da dikkate alarak erteleme süresi sonunda ortaklığın mali durumundaki son gelişmeleri değerlendirir. Sonuçta ortaklığın durumu düzelmişse iflasa karar verilmez, aksi takdirde ortaklığın iflâs yoluyla tasfiyesi gerekir.

Anonim ortaklıkların borca batıklık nedeniyle iflâsı hakkındaki yasa hükümleri yetersiz ve açıklıktan uzaktır. Özellikle hileli iflâs yollarına başvurulmasını önlemek bakımından konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Örneğin borca batıklığın tespiti için düzenlenecek bilançoda hangi değerleme ilkelerinin geçerli olacağı yeterince açık değildir. 324. maddede sadece aktiflerin satış fiyatları üzerinden değerleme yapılacağı belirtilmekle yetinilmiştir (f.2, c.1). Bu eksiklik kötüye kullanmalara zemin hazırlayacak niteliktedir. Muhasebe öğretisinde de konu yeterince işlenmemiştir. Konuya ilişkin yargı kararlarında da tam bir açıklık yoktur. Bu olgular sorunun çözümünde öğretiye büyük bir görev düştüğünü ortaya koymaktadır.

Türk hukukunda ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi tedbirleri konusunda yapılacak yasa değişiklikleri bakımından da yarar sağlayacak monografik incelemelere ihtiyaç bulunmaktadır. 324. maddede düzenlenen iflâsın ertelenmesi kurumu en az konkordato kadar önem taşıdığı halde gerek bu konudaki yasal düzenlemenin eksik ve ihtiyaçları karşılamaktan uzak oluşu, gerek uygulamadaki ilgi ve bilgi eksikliği dolayısıyla bugüne kadar fazla bir uygulama alanı bulamamıştır. İsviçre ve Alman öğretisinde iflâsın ertelenmesi hakkında çok sayıda makale, monografik inceleme bulunmaktadır. Bu kaynaklar incelenerek ortaya konulacak bilimsel çalışmalar, 1991 yılında İsviçre'de yapıldığı gibi,[10] özellikle iflâsın ertelenmesi konusunda gündeme gelmesi muhtemel bir yasa değişikliği sırasında katkı sağlayabilecektir.

---

[10] Bkz., İBK., m. 725.a. İBK. na eklenen bu madde iflâsın ertelenmesi konusunda uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Bkz., aşa.§ 5,II,D, 2..

§ 2 ÇÖZÜM BEKLEYEN BAŞLICA SORUNLAR VE KONUNUN İNCELENİŞ BİÇİMİ

Çalışma konumuz, "Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları"'dır. Öngörülen hukuki sonuçlar büyük ölçüde mali durumun iyileştirilmesine ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerden oluşmaktadır. Çalışma, giriş ve sonuç kısımları dışında üç ana bölüme ayrılmıştır. Bu üç bölümün içeriği genel olarak şöyledir:

I - BİRİNCİ BÖLÜM

Bu bölümün başlığı "Sermaye Kaybı, Borca Batıklık, Mali Durumun İyileştirilmesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Yönünden Genel Bir Değerlendirme "dır. Bölüm üç paragraftan oluşacaktır.

Birinci paragrafta, sermaye kaybı ve borca batıklığın kavram olarak açıklaması yapılacak, bu bakımdan önem taşıyan öz kaynaklar ve esas sermaye kavramları da konumuzun sınırları içinde ve konumuzla bağlantılı olarak ele alınacaktır. Ayrıca, zarar bilançosu ile sermaye kaybı bilançosu hakkında da genel açıklamalara yer verilecektir. Bu paragrafta ele alınacak bir diğer konu da sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitine ilişkin genel ilkeler, özellikle iç ve dış denetimin bu tespitteki rolüdür. Tespite esas olan bilançoların tâbi olacakları değerleme ilkeleri ise daha sonraki bölümlerde incelenecektir. Çünkü bu değerleme ilkeleri mali durumdaki bozulmanın derecesine göre farklılık göstermektedir.

Bölümün ikinci paragrafında, mali durumun iyileştirilmesi kavramı genel olarak ele alınacaktır. Aslında sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda mali durumu iyileştirmeye yönelik tedbirler ilgili bölümlerde ayrı ayrı incelenecektir. Fakat, İsviçre ve Alman hukuk öğretisinin aksine Türk Hukuk öğretisinde iyileştirme kavramı yeterince ele alınmamış olduğundan kavramı ayrı bir paragrafta genel olarak ele almakta yarar gördük. Mali durumun iyileştirilmesi, genel olarak malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir Gerçekten iyileştirme tedbirleri aynı zamanda malvarlığının korunması tedbirlerinin bir kısmını oluşturmaktadırlar. Bu bağlantı çerçevesinde mali durumun iyileştirilmesi ve genel olarak malvarlığını korumaya yönelik tedbirler aynı paragrafta incelenecektir.

Üçüncü paragrafta, konunun karşılaştırmalı hukuk –özellikle İsviçre ve Alman Hukuku- bakımından bir değerlendirmesi yapılacak, bu vesileyle Türk Hukukundaki düzenlemeye genel olarak yer verilecektir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. maddesinin 1991 yılında değişikliğe uğramadan önceki hali, 324. maddeye büyük ölçüde kaynaklık ettiğinden konuya ilişkin düzenlemenin İsviçre Hukukundaki gelişimini ayrıntılı bir biçimde ele almakta yarar gördük. Alman ve İsviçre Hukuklarında halen yürürlükte olan konuya ilişkin düzenlemelerin bir bütün halinde ve özet olarak ayrıca incelenmesi de en azından olması gereken hukuk yönünden bir sonuca varır-

ken -ufkun genişlemesi bakımından- faydalı olacaktır. Bunun dışında çalışmamızın diğer paragraflarında da İsviçre ve Alman öğretisindeki görüşlere geniş yer verilecektir. Türk Hukukundaki düzenleme genel olarak ele alınırken bu düzenlemenin hukuk sistemimiz içindeki yeri belirlenmeye çalışılacak, bu arada diğer ticaret ortaklıklarına ilişkin aynı yöndeki hükümlerle kısa bir karşılaştırma yapılacaktır. Bankalar hakkındaki özel düzenlemeye de ana çizgileriyle değinilecektir.

II - İKİNCİ BÖLÜM

Bu bölümün başlığı, "Sermaye Kaybının Hukuki Sonuçları"dır. Bölüm üç paragraftan oluşmaktadır:

Bölümün ilk paragrafında esas sermayenin en az yarısı oranındaki sermaye kaybı durumu için öngörülen tedbirler incelenecektir. Özellikle esas alınacak değerleme ilkeleri bakımından 1/2 oranında sermaye kaybının tespiti üzerinde durulduktan sonra genel kurulun toplantıya çağrılması usulü, toplantıya çağrı ile yükümlü kişiler ve genel kurula yapılacak bildirimin kapsamı ortaya konulmaya çalışılacaktır. 324. maddenin 1. fıkrası, 1/2 oranında sermaye kaybı halinde yönetim kurulunun durumu derhal genel kurula bildireceğini öngörmekle yetinmiş, genel kurulu belli bir iyileştirme tedbiri konusunda karar almaya zorlamamıştır. Fakat, bu konuda özellikle yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu' nun 320. maddesinin gözönünde bulundurulması gerekir. Konuya bu açıdan yaklaşılarak alınabilecek tedbirler de incelenecektir.

Bölümün ikinci paragrafında esas sermayenin en az üçte ikisi düzeyindeki sermaye kaybı halinde alınacak tedbirlere yer verilecektir. 324. maddenin 2.fıkrası gereğince genel kurul, ya "sermayenin tamamlanması" na, ya da "kalan üçte bir sermaye ile iktifa"ya karar vermek zorundadır. Aksi takdirde ortaklık infisah eder (Ayrıca Bkz., TTK., m.434,I, N.3). Yargıtay kararlarında ve öğretide bu kararların niteliği tartışma konusu olmuştur. Konuyla ilgili görüşleri tek tek değerlendirdikten sonra kişisel görüşümüzü açıklayacağız. Kalan üçte bir sermaye ile yetinme kararı öğretide genellikle "Esas sermaye indirimi kararı" olarak anlaşılmaktadır. Biz de bu görüşten hareketle esas sermaye indiriminin konumuz açısından gösterdiği özellikler üzerinde duracağız. Özellikle, alacaklıların güvencesi açısından yasal düzenlemeyi değerlendireceğiz. Esas sermayenin tamamlanması kararı konusunda da çeşitli görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması bir yol olmakla birlikte, genel kurulda oybirliğini gerektirdiğinden uygulama alanı dardır. Buna karşılık esas sermaye indirimi ile birlikte -aynı zamanda- sermaye arttırımı kararı, esas sermayenin daha kolay ve çabuk biçimde tamamlanmasını sağlar. Bazı yazarlar ise, esas sermayenin tamamlanmasını sadece bir sermaye arttırımı kararı olarak nitelendirmektedirler. Oysa, kimi yazarlara göre, böyle bir halde tek başına sermaye arttırımı yoluna gitmek mümkün değildir. Bu tartışmaları ortaya koyup, çözüm yollarını bulmaya çalışacağız. Türk Ticaret Kanunu'nda 2/3 oranında sermaye kaybı hali için hem infisah (m.324, II, c.2, m. 434,I, N.3) hem de alacaklıların açacağı fesih davası (m.436, m. 434, I, N.5) öngörülmüştür. Bu iki hüküm birbiriyle çelişki halinde mi-

dir, yoksa her ikisi ayrı şartların gerçekleşmesiyle mi uygulama alanı bulmaktadır? Bu konuya da açıklık getirmeye çalışacağız. Zararlar sonucu ortaya çıkan açığın kapatılması amacıyla yapılan esas sermaye indiriminde kural olarak alacaklılara duruma müdahale etmek hakkı tanınmadığı halde (TTK., m.397.II), üçte iki düzeyinde sermaye kaybı dolayısıyla esas sermaye indirimi yoluna gidilmişse alacaklılara acaba fesih davası açma hakkı tanınmış mıdır? Öğretide çoğunluk ve Yargıtay bu konudadır. Biz bu görüşü eleştiriye açacağız. Paragrafın son kısmında da genel kurulca yasada alternatif olarak öngörülen kararlardan birinin alınmamasının yaptırımlarını çeşitli olasılıklara göre ayrı ayrı inceleyeceğiz. İsviçre Hukukunda 2/3 oranında sermaye kaybı için özel hükümler getirilmediğinden, bu paragrafta incelenen konularda Türk öğreti ve yargı kararları çerçevesinde hukuki sorunlara çözüm bulunmaya çalışılacaktır. Fakat, özellikle bilanço açığı dolayısıyla esas sermaye indirimi bakımından İsviçre öğretisi ve yargı kararları da bize yol gösterecektir.

Bölümün üçüncü paragrafında, hem 1/2 hem de 2/3 oranında sermaye kaybı bakımından ortak olan sorunlara yer verilecektir. Bu paragrafın ilk kısmında genel kurula durumu bildirim yükümlülüğünün istisnaları olup olmadığı, diğer kısmında da bildirim yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları, özellikle yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin hukuki sorumlulukları üzerinde durulacaktır. Bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ve Sermaye Piyasası Kurulunun ne gibi yollara başvurabileceği de bu paragrafta değerlendirilecektir.

III - ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Üçüncü bölümün başlığı "Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları" dır. Bu bölüm beş paragraftan oluşacaktır.

Borca batıklığın özel bir iflâs nedeni sayılmasıyla güdülen amaç ("ratio legis') konuyla ilgili sorunların çözümünde önemli rol oynamaktadır. Yabancı öğretide konuya özel bir önem verilmektedir. Biz de aynı şekilde birinci paragrafta borca batıklık halinde durumu mahkemeye bildirme yükümlülüğünü öngören hükmün amacı üzerinde duracağız.

Bölümün ikinci paragrafının konusu ise, ara bilanço düzenleme yükümlülüğü olacaktır. 324. maddenin 2. fıkrasında hem 2/3 oranında sermaye kaybının hem de borca batıklığın "aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenecek bir bilançodan" tespit edileceği belirtildiği halde, bu bilançonun içeriği ve şekli, özellikle tâbi olduğu değerleme ilkeleri hakkında başkaca bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca yasa, "şirketin aciz halinde bulunduğunu gösteren emareler mevcutsa" böyle bir bilançonun düzenlenmesini emretmektedir. Acaba "aciz hali şüphesi" hükmün amacına uygun bir ölçüt müdür? Paragrafta bütün bu konular hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

Bölümün üçüncü paragrafında borca batıklığı mahkemeye bildirme yükümlülüğü, şartları, bildirimin niteliği ve doğurduğu sonuçlar üzerinde durulacaktır. Öğretide üzerinde önemle durulan sorunlardan biri de borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün istisnaları olup olmadığıdır. Örneğin alacaklılardan bir kısmı-

nın iflâstaki sıralarından çekilmeye önceden tazı olmaları veya konkordato yoluna gidilmesi halinde acaba mahkemeye bildirim yükümlülüğü ortadan kalkar mı? Bu sorunu da ayrıntılarıyla inceleyerek bir çözüme ulaşmaya çalışacağız. Bu paragrafta ele alınacak son konu mahkemeye bildirim yükümlülüğünün ihlalinin hukuki ve cezai yaptırımları olacaktır. Yükümlülüğün ihlali halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun ne gibi yetkileri kullanabileceği de gene bu paragrafta incelenecektir.

Dördüncü paragrafta durumun mahkemeye bildirilmesinin sonuçları, uygulanacak yargılama usulünün gösterdiği özellikler ve mahkemenin verebileceği kararlar ele alınacaktır.

Bölümün beşinci ve son paragrafı ise "İflâsın Ertelenmesi" kurumuna ayrılmıştır. Ortaklığın durumunun iyileştirilmesi bakımından kendisine tanınan son şans olarak nitelendirebileceğimiz bu kurum, anonim ortaklıkların mümkün olduğunca ayakta tutulması düşüncesinin sonucudur. İflasın ertelenmesinin hukuki niteliği nedir? Hangi şartlarda erteleme kararı verilebilir.? Bu şartlardan özellikle ortaklığın durumunun iyileştirilmesi (ıslahı) imkanı bulunması oldukça geniş bir tartışma alanı oluşturmaktadır. Erteleme kararının sonuçları, örneğin bu kararın icra takiplerini durdurup durdurmayacağı da cevap bekleyen sorular arasındadır. Yasa erteleme kararı ile birlikte alınabilecek koruma tedbirlerinden sadece birkaçını saymıştır. Kuşkusuz bu tedbirler sayılanlarla sınırlı değildir. Yasada açıklık bulunmayan erteleme süresi, erteleme süresince mahkemece atanan kayyımın ve ortaklık organlarının görev ve yetkileri, aralarındaki ilişki konularında bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenen 725.a maddesinde bu konuda yeni hükümler getirilmiştir. Söz konusu hükümlerin de bir değerlendirmesi yapılacaktır.

Çalışma konumuzla işletme ekonomisi bilimi ve muhasebe tekniği de yakından ilgilendiği için hukuki sorunların çözümüne faydaları dokundukça bu alanlarda ortaya konulmuş olan eserlerden de yararlanacağız.

Birinci Bölüm

SERMAYE KAYBI, BORCA BATIKLIK, MALI DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNÜNDEN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

§ 3 SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK

Çalışma konumuz anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları olmakla birlikte, „Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması" bu halleri de içine alan bir üst kavram olduğundan öncelikle bu konu üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz.

I- GENEL OLARAK ORTAKLIĞIN MALİ DURUMUNUN BOZULMASI

A- KAVRAM

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin kenar başlığında „Şirketin Mali Durumunun Bozulması"' ndan [1] sözedildiği halde, bu kavram ne anılan maddede,ne de yasanın başka bir yerinde tanımlanmış değildir. Esasen bu konuda yasal bir tanım getirmek çok güç olduğu gibi buna gerek de yoktur. Çünkü mali durumun bozulması (ortaklık işletmesinin kriz haline girmesi) nispi (göreceli) bir kavramdır. Nispilik bu konuda esas alınan ölçütlerin çeşitliliğinden kaynaklanmaktadır.[2] Örneğin likit var-

---

[1] TTK. nun 1474 maddesi gereğince kenar başlıkları yasa metnine dahil olduğundan „Mali Durumun Bozulması" yasal bir terimdir. 466.maddede de 'İşletmenin İktisadi ve Mali Durumu"ndan sözedilmiktedir.
İBK ,*da* Mali Durum" değil, „Malvarlığı Durumu"' *(Vermögenslage,* rn. 957 *Vermögensstand* m. 724) terimi kullanılmıştır. Fakat İsviçre öğretisinde (ve 957.maddemn Fransızca metninde 'Finansal (mali) Durum" *(Finan:/age, la situation financiare),* "Finansal (mali) Kriz *(Finanzielle Notlage. finanzielle Krise)* terimlerine de rastlanrnaktadır. Bkz., örn. **Bürgi** OR 724 N 5 s.696;.**Schmid**, s.6; **Koeferli**, s.. 77, 147; **Käfer** ise „„Mali Durum" teriminin "Malvarlığı Durumu" na oranla daha dar kapsamlı bulmakta. bu terimin çoğunlukla işletmenin likidite durumunu ifade etmek için kullanıldığını belirtmektedir. Bkz.. **Käfer**, Bd.I, s.403.Bu konuda ayrıca Bkz.. **Karayalçın**. Muhasebe. s. 61; İşletme ekonomisi öğretisinde, daha çok „İşletme Krizi" *(Unternehmenskrise)* terimi kullanılmaktadır, Bkz., **Egner/ Wolff**, s. 99-100; **Schlömer**, s. 165 vd.

[2] İşletme ekonomisi bakımından ayrı ayrı veya bir arada görülebilecek üç çeşit kriz durumundan sözedilmektedir: Stratejik Kriz *(strategische* Krise), Başarı Krizi *(Er]ölgskrise)* ve Likidite Krizi *(Liqwditaetski'ise).* Bu konuda Bkz., **Brandstätter**. s.5; **Layer**, s. 18 vd; **Müller-Merbach**, s. 420; **Schlömer**, s. 165.

lıkları yeterli olduğu için vadesi gelmiş (muaccel) borçlarını ödeyebilen bir ortaklık pekala aynı zamanda „Borca Batık" halde bulunabilir.[3] Hukuk düzenine düşen görev mali durumun hangi hallerde emredici hükümlerle özel tedbirler alınmasını gerektirecek derecede bozulduğunu belirlemektir. Yani bir bakıma öngörülen hukuksal sonuçlar (tedbirler) kavramın yasal sınırlarını oluşturmaktadırlar.

Hemen belirtelim ki, mali durumun bozulması kavramı sadece Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde düzenlenen durumlarla (belirli derecedeki sermaye kaybı ve borca batıklık) sınırlı değildir.[4]. Örneğin ödemeden aciz haline ve 324. maddede belirtilen düzeye ulaşmayan sermaye kaybına da birtakım hukuksal sonuçlar bağlanmıştır.[5]

İşletme ekonomisi bakımından bir işletmenin mali durumunun bozulması (İşletme Krizi) daha geniş bir kavramdır.[6] Çünkü yasakoyucu işletme ekonomisinin mali durumda bozulma olarak tanımladığı her olguyu özel hükümlerle düzenlemiş değildir Nitekim öz kaynaklarını önemli ölçüde yitirmiş, fakat -aslında öz kaynaklarının çok küçük bir kısmını oluşturan- esas sermayesi henüz karşılıksız kalmamış olan bir anonim ortaklık işletme ekonomisi bakımından ciddi bir kriz içinde sayılabildiği halde,[7] Türk Ticaret Kanunu'nun 324 .maddesi kapsamına girmez. Fakat getirilen özel hükümlerle hukuki bakımdan mali durumda bozulma olarak kabul edilen hallerin kapsamı genişlemektedir. Örneğin 3332 sayılı Kanun'la "finansman güçlüğü", 3182 sayılı Bankalar Kanunu'yla "mali bünyenin ciddi şekilde zayıflaması" tedbir alınmasını gerektiren durumlar olarak öngörülmüşlerdir. İleride bu durumların neyi ifade ettiği incelenecektir.[8]

Mali durumun bozulup bozulmadığı hakkında değer hükmü verilirken yasakoyucu tarafından esas alınan ölçütleri iki ana grupta toplamak mümkündür[9]:

Birinci gruba giren ölçütler, ortaklık bilançosunun aktifleri ile pasifleri arasında kurulan global ilişkilere dayanmaktadırlar. Bilançonun aktifleri (varlıklar) ile

---

3 Bkz., aşa..§ 3, III, D, 2.

4 Bkz. ve Karş..**Öçal,** Mali Durumun Bozulması s.12. Nitekim,aynı konuları düzenleyen IBK.nun 725.maddesimn kenar başlığı "Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık" (*Kapitalverlust und Überschuldung),* APOK. § 92 nin kenar başlığı da .. 'Zarar,Borca Batıklık ve Ödemeden Aciz Halinde Yönetim Kurulunun Yükümlülükleri" dir.

5 Bkz., aşa. § 3, II, B, 3.

6 Mali durumun bozulması hallerinin hukuk ve işletme ekonomisi bakımlarından karşılaştırmaları için Bkz., **Fischer**. s..5 vd. İşletme Ekonomisi literatüründe çok uzun bir geçmişi olmayan İşletme Krizi kavramı genellikle bir işletmenin temelini oluşturan hedeflerin ve varlıkların doğrudan doğruya tehdit altında bulunması..böylece işletmenin varlığını sürdürmesinin önemli ölçüde tehlikeye girmesi (hatta imkansızlaşması) olarak ifade edilmektedir Buna karşılık (pek taraftar bulmayan) bir diğer görüş işletmenin hedef ve fonksiyonlarından ayrılması sonucunu doğuran her olumsuz gelişmeyi „İşletme Krizi" saymaktadır. Bu konularda Bkz.., **Brandstätter**, s.5 ve dipn. 18. 19'da anılan kaynaklar.

7 Böyle bir ortaklığın mutlaka cebri icraya maruz kalması da kavramsal bir zorunluluk değildir. İşletme Krizi kavramı her zaman cebri icra durumu ile çakışmaz. Fakat genellikle cebri icra tedbirlerinin uygulanmasına bir ön aşama oluşturur, Bkz., **Schlömer**, s. 165.

8 Bkz., aşa. § 5, IV, C. ve § 8, I, B, 2.

9 Ayırımın temelleri için Bkz., **Hirtz**. s..8; İşletme ekonomisi alanında bu konuda daha farklı çok sayıda ölçütten yararlanılmaktadır, Bkz., **Layer**, s. 14 vd;

bunların kaynakları (öz ve yabancı kaynaklar) arasında global olarak (toplam değerleri itibarıyla) kurulan oransal ilişkiler *(Vermögensverhältnisse)* mali durumdaki bozulmanın (ve derecesinin) belirlenmesinde önemli rol oynarlar. Bu ilişkiler, çeşitli dönemlere ait bilançolarda yer alan değerler arasında da kurulabilir. Böylece örneğin öz kaynaklardaki azalmalar oransal olarak belirlenebilir. Çalışmamızın konusunu oluşturan sermaye kaybı ve borca batıklık bu grupta yer alırlar. Gerçekten sermaye kaybında öz kaynaklar-esas sermaye ilişkisi, borca batıklıkta ise borçlar (yabancı kaynaklar) - malvarlığı" ilişkisi esas alınmakta, bunların toplam (global) değerleri ilişkilendirilmektedir.

İkinci gruptaki ölçütler ise daha karmaşık ve çeşitlidir. Bunlar varlıklar ile kaynaklar arasında global olarak kurulan ilişkilere kıyasla daha kapsamlı analizleri gerektirebilirler. Malvarlığı kısımları ile kaynaklarının sınıflandırılması suretiyle yeni ilişkiler kurulur[10] Örneğin dönen varlıkların *(Umlaufsgüter)* kısa vadeli borçlara oranla yetersizliğinden kaynaklanan -likidite sıkıntısına bağlı- ödeme güçlüğü *(Zahlungsstockung)* ve ödemeden aciz hah ,*(Zahlungsunfähigkeit)* esas alınan ölçütler bakımından bu gruba girerler.[11] İflasın ertelenmesi şartlarının bulunup bulunmadığını (mali durumunun iyileştirilmesi imkanlarını) belirlemek için „Ortaklığın Yaşama Yeteneği *(Lehensfähigkeit der Gesellschaft)*"nin araştırılması da malvarlığı kısımlarının ve kaynakların ayrı ayrı ele alınmasını gerektirir.[12]

B- ÖZ KAYNAKLARIN ÖNCEKI BILANÇOYA ORANLA AZALMASI (İŞ YILI VE BİLANÇO ZARARI)

Sermaye kaybı ve borca batıklığın bilanço değerleri arasında kurulan global ilişkilere göre belirlendiğini yukarıda açıklamıştık. Bu gruba giren mali durumun bozulması hallerinin ortak nedeni, "öz kaynakların önceki bilançoya (veya bilançolara) oranla azalması", yani ortaklık işletmesinin zarar etmesidir. Sermaye kaybı (hatta borca batıklık) bilançosu da aslında zarar bilançosunun özellik gösteren çeşitleridir. Bu nedenle öncelikle zarar ve zarar bilançosu kavramları üzerinde durmamız gerekiyor.

1 - İş Yılı Zararı

Bilançoda görülen öz kaynakların miktar olarak bir önceki bilançoya göre azalması mali durumdaki bozukluğun ilk aşamasıdır. Bir önceki bilançodan bu yana

---

10 Bkz., **Hirtz.** s.8; **Fischer.** s.7 vd.

11 Muhasebe literatüründe bu ölçüt, finansal tabloların analiz tekniklerinden „Oran Analizleri"nin bir alt türünü oluşturmakta ve 'Cari Oran (veya Likidite Oranı) Analizi" adıyla anılmaktadır. Bkz., **Akdoğan /Tenker,** s.318.Dönen varlıklar işletme sermayesini, bunlardan kısa vadeli borçlar düşülmek suretiyle bulunan değer de net işletme sermayesini ifade eder, Bkz., **Aksoy,** s. 3 vd.; **Tenker,** s. 20.

12 Özellikle iflasın ertelenmesi şartları bakımından önem taşıyan ortaklığın durumunun iyileştirilmesi imkânlarının belirlenmesinde, yuk. dipn. 11'da anılan anlamda çok sayıda finansal tablo analiz tekniklerinden yararlanılması mümkündür. Bu konuda Bkz., ayrıca § 13, II, A, 3.

oluşan zarar doğrudan doğruya öz kaynakların erimesine yol açar.[13] İş yılı zararı bir işletmenin aktiflerinde bir önceki iş yılına oranla meydana gelen eksilme olarak tanımlanabileceği gibi, öz kaynakların bir önceki bilançoya göre azalması şeklinde de ifade edilebilir.[14] İşte, ele aldığımız durumdaki ölçüt, öz kaynaklar miktarında bu şekilde belirlenen azalmalardır.

Öz kaynakların azalması, iş yıllarının zararla kapatılmasının sonucudur. Bu zarar işletmenin faaliyeti sonucu meydana gelen „işletme Zararı" *(Betriebsverlust)* veya malvarlığı konularının değerinin düşmesi şeklinde karşımıza çıkabilir.[15]

Her bilanço, düzenlendiği tarih itibarıyla -bir önceki bilançoya göre- işletmenin malvarlığında meydana gelen değişmeleri yansıtır. Bilançolar işletmenin (ortaklığın) malvarlığı durumunun kronolojik ifadesidirler.[16] Açıklık ve doğruluk ilkelerine uygun olarak düzenlenen bilançolardan (TTK., m.75) bu değişmeleri kolaylıkla belirlemek mümkündür.[17] Ancak özellikle gizli yedek akçe ayrılmasına imkân veren hükümlerin (TTK, m.458) her iki hesap dönemini karşılaştırarak mali durumdaki değişmeleri belirlemede pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları bakımından çeşitli güçlükler yarattığı da bir gerçektir.

Bilançoda görünen iş yılı zararı kâr - zarar hesabının zarar bakiyesine dayanır. Mali durumun iyileştirilmesi imkânlarının araştırılması bakımından kâr zarar hesabının rolü daha fazladır. Çünkü bir bilanço hangi değerleme esaslarına tabi olursa olsun bilançoda görülen zararın (ya da malvarlığı ile borçlar arasındaki açığın) oluşumu ve nedenleri hakkında yeterli ölçüde bilgi vermez.[18] Oysa kâr zarar hesabı bu konuda daha ayrıntılı bilgiler içerir.[19]

2 - Zarar Bilançosu *(Verlustbilanz)* ve Bilanço Zararı

Türk Ticaret Kanununda zarar bilançosunun bir tanımı yapılmış değildir. Sadece 397.maddenin 2.fıkrasında, „Zararlar neticesinde bilançoda husule gelen" açık-

---

13 Bkz., aşa., § 3, II, B, 2.

14 Özel hukuk öğretisindeki „Mameleki Zarar" dan *(Vermögensschaden)* farklı olarak (Bkz., von **Tuhr**, C.I s.78; **Ayiter**. s.129, ayrıca s. 69 vd.) muhasebe hukuku anlamında zarar *(Verlust)* yeni değerlerle telâfi edilemeyen malvarlığındaki reel (gerçek) eksilmelerin belli bir dönem sonunda ulaştıkları toplam tutarı ifade eder. Örneğin bir malın tedarik veya imal değerinin altında bir fiyatla satılması durumunda malvarlığında reel bir eksilme olur. Mameleki zararı tazminat, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak, ayni ikame ve halefiyet gibi yollarla tamamen veya kısmen telâfi etmek mümkündür,.Bkz., **Ayiter**, s. 69 vd. Fakat, malvarlığındaki eksilme tazmin edilse de, edilmese de özel hukuk bakımından bir zarar mevcuttur. Örneğin haksız fiilden dolayı tazminat alacağının doğması için bu anlamda bir zararın varlığı şarttır (BK., m. 41 vd.).Muhasebe hukuku ise haksız fiilin malvarlığında meydana getirdiği eksilmenin ne derece tazmin edildiğine bakar. Ortaklıktan çıkan ve ortaklığa giren miktarlar arasındaki fark (reel eksilme) bu hukuk anlamında zarar sayılır.

15 Bkz., **Burgi**, OR. Art.735, s. 18 N.4.

16 Bkz., **Reichmuth**, s.3-4.

17 SPK.'nun çıkardığı „Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ"e (Seri:XI, N.I, 29.1..1989 tarih ve 20064 sayılı RG.) göre, mali tabloların (bu arada bilançoların) iki hesap dönemini karşılaştıracak şekilde düzenlenmesi gerekir (m. 46. b. „f").

18 Bkz., **Käfer**, s. 652,655; **Lanz**, s.33.

19 Bkz., **Birsel**, Kâr Kavramı, s.30.

tan söz edilmiştir.[20] Öğretide yapılan en yaygın tanıma göre, bilançoda gösterilen pasiflerin aktifleri aşan kısmı bilanço zararını ifade eder[21] ve böyle bir zarar kalemi gösteren bilançoya da „Zarar Bilançosu" adı verilir.[22]

Kısaca bilançonun açık vermesi olarak özetleyebileceğimiz bu tanımın yanında, kavramın belirleyici unsuru bilançoda bir zarar kaleminin bulunması olduğundan[23] tanımı daha da basitleştirmek mümkündür. Buna göre, zarar gösteren bilanço bir "Zarar Bilançosu" dur.[24]

Zarar bilançosu bakımından, değerleme esaslarının bir önemi yoktur. Yıllık bilanço gibi, tasfiye bilançosu (TTK., m.444) ya da 324. madde gereğince aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bir bilanço da bu niteliği taşıyabilir. Zarar bilançosu, yılsonu veya ara bilançosu şeklinde de karşımıza çıkabilir[25].

Bilançoda gösterilen zarar (bilanço zararı), öz sermayenin bu zarar miktarı kadar azaldığını ifade eder.[26] Önceki yıllardan aktarılan zararlar birbirine eklendikçe bilançoda gösterilen zarar kalemi de miktar olarak artar. Bu süreç devam ederse sermaye kaybı ve borca batıklık aşamalarına gelinmesi kaçınılmaz olur.[27]

Bilanço zararı, iş yılı zararından farklıdır.[28] Gerçekten, bilançoda gösterilen zararın mutlaka cereyan eden iş yılına ait olması şart değildir. Bu zarar önceki yıllardan da kaynaklanabilir. Hatta bir iş yılı kâr ile sonuçlansa bile, birikmiş zarar bundan daha büyükse gene bir zarar bilançosu mevcuttur.[29] Buna karşılık, geçmiş yıllardan aktarılan kâr veya serbest yedek akçelerin çözülmesiyle elde edilen miktar, iş yılı zararını kısmen veya tamamen kapatıyorsa bilançoda iş yılı zararının tamamı görünmeyecek ya da bilançoda herhangi bir zarar kalemi bulunmayacaktır Bazen de, bilanço zararı iş yılı zararından daha büyük olabilir. Geçmiş yıllardan aktarılan zararlar iş yılı zararına eklenirse bilanço zararı büyür.[30]

Esas sermaye ve diğer öz kaynak kalemleri, anonim ortaklığın bilançosunun pasifinde yer alırlar (TTK., m. 463). Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu açısından

---

20 Bu konuda Bkz.. aşa. § 7. V. B. 1.

21 Bkz., **Böckli**, s. 897; **Karayalçın**, Muhasebe s.47; **Koeferli**, s.79. **Tekinalp/Poroy/Çamoglu**, s.697. **Wobmann**. s.20.

22 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N.5; **Blumer/Graf** s. 183; **Boemle**, s.468; **Fischer**, s.6;, **Hurter**,-yazar yabancı kaynakların aktiflerle karşılanabilmesini zarar bilançosunun unsurları arasında saymaktadır, s.28; **Koeferli**, s. 79; **Schmid**,s.7; **Schürer**, oransal bir ifade kullanmakta ve aktif-pasif oranının 1'den küçük olduğu bilançoya zarar bilançosu demektedir; **Wobmann**, s.20; **Tekinalp**, zarar bilançosu kavramını daraltmakta ve sadece bilanço zararının sermaye kaybına (esas sermayenin karşılıksız kalmasına) neden olması durumunda zarar bilançosundaü sözedilebileceğini belirtmektedir, Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoglu**, s.697.

23 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735 N.5.

24 Bkz. **Giroud**, s. 284; **Koeferli**, s.79; **Lanz**, s.33;

25 Bkz., **Lanz**, s.34.

26 Bkz., **Lanz**, s.33. **Fischer**, s.6, 11; Ayrıca Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 308.

27 Bkz., **Hefehrmehl**, in Akt.G.Großkommentar, s.262; **Scharer**, s.96

28 Ayrıntılı bilgi için Bkz.. **Böckli**. s. 897;**Tekinalp**, Bilanço, s.294 vd. **Tekinalp/Poroy/(Çamoglu**, s.697 vd

29 Bkz.. **Berier**, s.257, **Lanz**, s.33.

30 Bu konularda Bkz., **Berier**, s.257 vd

zarar, düzeltici bir kalem, varsayımsal bir aktif olarak bilançonun aktifinde gösterilir (TTK., m.457.II. 74). Böylece aktifler ve pasifler arasındaki denge sağlanmış olur. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri.XI N. 1 sayılı tebliğine[31] ek „Mali Tablolara İlişkin Açıklamalar" 'da (Ek: 3) iş yılı zararının bir indirim kalemi olarak öz sermaye hesap grubunun altında yer alacağı öngörülmüştür (Birinci Bölüm, V, G.H) .Geçmiş iş yıllarına ait birikmiş zararlar da, aynı şekilde pasif tarafta öz sermaye kalemleri arasında gösterilir.[32] [33] Bu düzenleme, muhasebe hukuku alanındaki çağdaş eğilimlere daha uygundur. Nitekim Alman Ticaret Kanunu § 266'daki tablonun 3.A kısmı öz kaynaklara ayrılmış olup, iş yılı ve geçmiş yıllar zararları bu grup altında (pasifte) yer almaktadır. Bizde de bütün anonim ortaklıklar hakkında geçerli olmak üzere Ticaret Kanunu'na böyle bir hüküm konulması tavsiye edilir.

Tanımından da anlaşılacağı gibi, zarar gösteren her bilanço, mutlaka esas sermayenin karşılıksız kaldığı anlamına gelmez. Bazen, iş yılı zararını birikmiş kâr, kanuni yedek akçe ve esas sözleşme ya da genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçelerle kapatmak mümkün iken (Bkz., TTK. m.466.III, 467, 469. II)[34] bu yapılmayarak söze konu zarar bilançodan atılmaz. Bu yola gidilmesinin en önemli nedeni, zararın bir sonraki dönemin kârı ile kapatılacağına inanılmasıdır.[35] Sonuçta, aslında bilançoda gösterilmeme imkânı olan bir zarar söz konusu olmaktadır.[36]

Öğretide öteden beri „Gerçek ve gerçek olmayan zarar" ve aynı şekilde „Gerçek ve Gerçek Olmayan Zarar Bilançosu" ayırımı yapılır. Ayırımın temel ölçüsü e-

---

31 Bkz., yuk., dipn. 17.

32 Ek: 4 ve Ek: 7'de de aynı hususlar tekrarlanmaktadır. Bu düzenleme, aynı tebliğde yer alan "Net Değer Esası"nın bir sonucudur. Anılan esasa göre, işletmenin varlık ve kaynak yapısını düzenleyici nitelikteki hesaplar, ilgili bulundukları kalemlerin altında birer indirim kalemi olarak gösterilirler (Tebliğ, Ek:3, Birinci Bölüm, Genel Esaslar).

33 Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16.ve 22. maddelerinin Sermaye Piyasası Kurulu'na verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan bu tebliğ (Bkz., Tebliğ, m.l), bu kanuna tabi anonim ortaklıklar bakımından geçerlidir. O halde halka açık anonim ortaklıklarda bilanço zararı öz kaynakları azaltan bir kalem olarak pasif tarafta yer alacaktır. Bu konuda Bkz., **Karayalçın**,Muhasebe s.80. Buna karşılık, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 175. ve mükerrer 257. maddelerine dayanılarak çıkarılan Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın 26.12.1992 tarihli „Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği", vergi hukuku açısından mali tabloların (bu arada bilançoların) düzenlenme esaslarını belirlemiştir. Tebliğin IV. maddesinde bütün anonim ortaklıkların bu düzenlemelere tabi olacakları belirtilmekte ise de, anonim ortaklığın ticari bilançosu Türk Ticaret Kanunu hükümlerine ve halka açık anonim ortaklıklarda ayrıca Sermaye piyasası mevzuatına tâbidir. Tebliğe ek „Muhasebe Usul ve Esasları"nın IV. Bölümünde, bilanço zararının öz sermaye kalemleri arasında (pasifte) yer alacağı öngörülmüştür.

34 Ancak yasal yedek akçelerle zararın kapatılabilmesi (TTK., m.466.III) için bir genel kurul kararına ihtiyaç vardır.Bkz. **Karayalçın**, Muhasebe, s. 121

35 Bkz., **Berler.** s.258; Kollektif ortaklıkta kural zararın gelecek iş yılı kârıyla kapatılmasıdır (TTY., m.171)..

36 Zararı mutlaka serbest yedek akçelerle kapatmayı zorunlu kılan herhangi bir yasa hükmü bulunmamaktadır (Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s.300, İsviçre hukukunda da durum aynıdır, Bkz., **Lanz** s.34) Tersine zararın bir sonraki yılın kârı ile kapatılması kuraldır. Aksi tutum, ortak'k alacaklıları ve pay sahiplerinin lehine olmayabilir, Bkz.., **Tekinaip**, Bilanço, s.300; Öte yandan, zararın iş yılı kârları yerine kanuni yedek akçelerle kapatılması da bu kurumun aleyhinedir Bkz., **Arslanlı**, IV. s.84: APOK. ,nun yürürlükten kaldırılan 150 .III. maddesine göre, ihtiyari yedek akçelerle iş yılı zararlarının kapatılması zorunlu idi.

sas sermaye rakamıdır.[37] Bu terminolojiye göre, eğer zarar, doğrudan doğruya esas sermayenin karşılıksız kalmasına neden olmuşsa, „Gerçek Zarar"dan sözedilmekte ve böyle bir zarar kalemi gösteren bilançoya da „Gerçek Zarar Bilançosu" adı verilmektedir. Buna karşılık, sermaye kaybı sonucunu doğurmayan, dolayısıyla, tasarruf edilebilir (serbest) nitelikteki her türlü yedek akçelerle kapatılabilen , böylece sadece hesapsal nitelik taşıyan (fiktif) zarara da „Gerçek olmayan Zarar" denilmektedir.[38] Kanımızca yapılan ayırım doğru, fakat seçilen terimler yerinde değildir. Zarar ister "Gerçek" sayılsın, ister sayılmasın, kâr ve zarar hesabına göre gerçekleştiği tartışmasız olan ve doğrudan doğruya öz kaynakların azalması sonucunu doğuran bir olgudur. Ayrıca her çeşit zarar safi kârın ve böylece yasal yedek akçe ile kâr paylarının belirlenmesinde (Bkz., TTK. m.466.I,469.1) negatif bir kalem olarak dikkate alınır, yani dönem kârından indirilir.[39] Sadece zararın bilançoda gösterilmeme imkânı bulunduğundan hareketle, böyle bir bilançoya gerçek olmayan zarar bilançosu denilemez. En doğrusu, zarar gösteren her bilançoya „Zarar Bilançosu" demek, şayet zarar ayrıca esas sermayenin karşılıksız kalmasına yol açıyorsa, buna da „Sermaye kaybı Bilançosu" adını vermektir. Nitekim, Alman öğretisinde *Trumpler*, genel olarak zarar bilançosuna *„Verlustbilanz"*, sermaye kaybı sonucunu doğuran zarar bilançosuna da *„Unterbilanz"* demektedir.[40] İsviçre öğretisindeki *„Unterbilanz"* terimi de kavramın belirleyici unsuru esas sermaye rakamı olduğu için aslında esas sermayenin karşılıksız kaldığını gösteren bir sermaye kaybı bilançosu"nu ifade etmektedir.[41] Bilanço zararı (*Bilanzverlust*) kavramı ise hiçbir şekilde „gerçek ve gerçek olmayan" tarzında bir ayırıma konu yapılmamaktadır.[42] İsviçre öğretisinde özellikle *von Greyerz*[43] zarar bilançosu ile sermaye kaybının sınırlarını kesin olarak çizmekte, diğer yazarların esas sermaye rakamını unsur kabul ederek „sermaye kaybı" anlamını verdikleri *„Unterbilanz"* terimini zarar bilançosu anlamında, *„Kapitalverlust"* terimini ise sözlük anlamına uygun olarak sermaye kaybı anlamında kullanmaktadır.

---

37 Bkz., **Lanz,** s.34.

38 Bkz., Türk Hukukunda, **Arslanlı**, AŞ.III, s.84; **Tekinalp,** Bilanço, s.298 vd; **Tekinalp,** Sermavenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 28(0; **Tekinalp/Poroy /Çamogiu,** s.697; s.84; Karş., **Franko**, s. 413.

39 Bka., aşa., dipn. 47.

40 Bkz., **Trumpler,** s.390 vd.

41 Bkz., **Böckli**, s. 896, yazar İBK.'nda 1991 yılında yapılan değişiklikten sonra *„Kapitalverlust"* kavramının artık başka bir şeyi ifade ettiğini, İBK., 735 bakımından önem taşıyan „Unterbilanz" kavramında sadece esas sermaye ölçü alınırken diğerinde İBK., 725.I'de yapılan son değişiklikten sonra yasal yedek akçelerin de hesaba katıldığını belirtmektedir, s. 698 ; Karş., **Koeferli,** yazar sermaye kaybı *(Kapitalverlust)* ve *„Unterbilanz"* terimlerinin gerçekte eş anlamlı olduklarını belirtmektedir, s. 78, dipn. 4, s. 79, ve dipn. 15, aynı yönde **Druey**, s. 99; **Fischer,** s. 6;. **Berler,** *„Unterbilanz" kavramını* sayısal olarak ortaklık öz sermayesinin esas sermayeye oranla yitirildiğini gösteren bilanço diye tanımlamaktadır, s.257, Aynı yönde, **Degiacomi,** s.8.. Oysa **Tekinalp,** sadece sermaye kaybı („Gerçek Zarar") gösteren bilançoya zarar bilançosu demektedir, Bka., **Tekinalp,** Bilanço, s. 298; **Tekinalp /Poroy /Çamoglu** , s.697; İsviçre Hukukunda **Lanz,** *"Unterbilanz"* terimini zarar bilançosu anlamında kullanmıştır, Ancak yazar sermaye kaybı için *Kapitalverlust"* terimini tercih etmektedir, s. 34.

42 Bkz., örn. **Böckli**, s. 896.

43 Bkz., von **Greyerz**, Aktiengesellschaft, s. 245; Kapitalverlust, s. 20; Benzer ifadeler için Bkz., **Amonn/ Gasser**, s. 308;

Belirtmeliyiz ki burada üzerinde durulan terminoloji sorunu içerik açısından önemli bir farklılığa yol açmamaktadır.

Zarar bilançosu ile ilgili bir diğer kavram da „Örtülü Zarar Bilançosu" *(Verdeckte Verlustbilanz)* kavramıdır.[44] Eğer mevcut zarar, aktiflerin fazla değerlendirilmesi veya borçların düşük gösterilmesi suretiyle bilançoya hiç veya gerçek miktarıyla yansıtılmazsa bir örtülü zarar bilançosu vardır. Anonim ortaklığın yıllık bilançosu hakkında Türk Ticaret Kanunu' nun öngördüğü emredici nitelikteki değerleme hükümlerinin (m.460 vd.) ihlali yoluyla gerçekte mevcut olan bir zarar bilançosu gizlenebilir. Bunun çeşitli hukuki sonuçları vardır. Bir kere, bilançonun doğruluğu ve açıklığı ilkesini (TTK., m.75) ihlal eden böyle bir bilanço genel kurulda onaylansa bile yönetim kurulu üyelerinin ibraları gerçekleşmez (TTK., m.380). Ayrıca 324. maddenin yönetim kuruluna yüklediği görevlerin yerine getirilmesinden bir örtülü zarar bilançosu ile kaçınılması halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olur (TTK., m.336.I. N.5, özellikle Bkz., m. 339).

Zarar bilançosuna bağlanan hukuki sonuçlar, öz kaynaklardaki azalmanın etkilerini hafifletmeye veya ortadan kaldırmaya yönelirler. Yasakoyucu bu konuda esas sermayeyi temel kıstas olarak kabul etmekle birlikte, sermaye kaybına neden olmadığı için kolaylıkla bertaraf edilebilen zarar için de birtakım tedbirler öngörmüştür.[45] Örneğin sermaye kaybı sonucunu doğurmayan, böylece serbest, tasarruf edilebilir yedek akçelerle tamamen kapatılabilen bir zarar da safi iş yılı kârının tespiti sırasında dikkate alınır, yani bu zarar iş yılı kârından indirilmek suretiyle safi kâr belirlenir.[46] Gerçi Türk Ticaret Kanunu' nda safi kârın tespiti sırasında bilanço zararının iş yılı kârından indirileceğini öngören açık bir hüküm bulunmamaktadır.[47] Ancak, öğreti ve Yargıtay kararlarında bu husus oybirliği ile kabul edilmektedir.[48]

II- ÖZ KAYNAKLARIN ESAS SERMAYEYE ORANLA AZALMASI (SERMAYE KAYBI)

Mali durumun bozulmasında alelade zarar bilançosundan sonraki aşama öz kaynakların "esas sermayeye oranla" azalmasıdır. Buradaki ölçü „Öz Kaynaklar - Esas Sermaye" ilişkisidir. Bu nedenle kavramı genel olarak açıkladıktan sonra söze konu ilişkiyi daha yakından incelemekte yarar görüyoruz.

---

44 Bkz.. **Koeferli,** s.78.

45 Bkz.. **Öçal.** Mali Durumun Bozulması. s. 9. Karş. **Kayar,** s. 10.

46 TTK., m.470.II ve 466.1 de sözü edilen „Safi Kâr"ın iş yılı kârından geçmiş yıllar zararı indirildikten sonra kalan miktarı ifade ettiği.belirtilmektedir, Bkz. **Arslanlı,** AŞ.1, s.84; **Tekinalp,** Bilan~o, s.298 vd; Bkz. ve Karş.. **Karayalçın,**. Muhasebe, s. 114;.aynı yönde~**Arslan,** s.42.

47 ETK.'da bu konuda açık hüküm vardı. 468. maddede zararın tamamı giderilinceye kadar kâr payı dağıtılamayacağı öngörülmüştü. Ayrıca Bkz.., ve Karş., KVK., m. 14, N. 7.

48 Kâr payı. ancak geçmiş yıllar zararı, iş yılı kârıyla veya yedek akçelerin çözülmesi suretiyle kapatıldıktan sonra dağıtılabilir. Bkz..**Karayalçın,**Muhasebe, s.115 130-131; **Erem,** s. 146; **Öçal,** Mali Durumun Bozulması, s.9; **Mosimann.** s. 24; **Y.TD**'nin 3.4.1967 tarihli kararı. Bkz. Batider, IV' 1968,13, s.584-585.

A- SERMAYE KAYBI KAVRAMI

Sermaye kaybının çeşitli tanımları yapılmıştır. Bunlardan bir kısmı bilançoda görünen net safi malvarlığı ile esas sermaye arasındaki ilişkiyi esas almaktadır. Anılan ilişkide net (safi) malvarlığı esas sermaye rakamından küçükse esas sermaye karşılıksız kalmış demektir.[49] Başka bir deyişle, gerçek aktiflerin borçları aşan kısmı (bilançoda görünen net malvarlığı), esas sermayeyi tam olarak karşılamamaktadır. Öğretide bu tanımdan hareketle kavrama „Esas Sermayenin Karşılıksız Kalması" denilmektedir. İsviçre ve Alman öğretisinde kavramı ifade etmek için „Sermaye Kaybı" (*Kapitalverlust*)[50] dışında „*Unterbilanz*" teriminin de kullanıldığı görülmektedir.[51] Aslında Türk öğretisinde kullanılan terim kavramı doğru bir şekilde açıklamaktadır. 324. maddede de zaten esas sermayenin karşılıksız kalması ifadesi kullanılmıştır.[52] Ancak biz hem etimolojik açıdan, hem de esas aldığımız ölçüt dolayısıyla kavramı ifade etmek için İsviçre ve Alman Hukukunda olduğu gibi „Sermaye Kaybı" terimini kullanmakta bir sakınca görmüyoruz.[53] Şöyle ki:

Bir kere esas sermayenin karşılıksız kalması ifadesi kavramı ifade eden bir terimden çok tanıma benzemektedir. Hukuk alanında kullanılan bir terimin kavramın yasal tanımındaki unsurları tam olarak içermesi beklenemez. Aksi takdirde hukukun en temel kavramları bile kısa ve öz terimlerden yoksun kalırdı. Örneğin bugün „Medeni haklardan yararlanma ehliyeti" yerine kısaca „Hak ehliyeti" denilmektedir.

Diğer yandan sermaye kaybı bakımından öz kaynaklar yerine temelde hukuki bir kavram olan net malvarlığının ölçü alınması yerinde değildir. Şöyle ki:

Bilindiği gibi, ortaklık brüt malvarlığının borçları aşan kısmı (artık değer, *Überschuß)* net (safi) malvarlığıdır. Başka bir deyişle brüt malvarlığından borçlar indirilirse net malvarlığı elde edilir.[54]

İleride belirteceğimiz gibi[55] malvarlığı kavramı bilanço ile tam olarak çakışmamaktadır. Aynı şey net malvarlığı bakımından da geçerlidir. Gerçi, bu kavram „Bilançoda görünen" ve „hukuki anlamda" net malvarlığı olmak üzere ikiye ayrılarak bilançoda görünen net malvarlığı (*Bilanzreinvermögen*) ortaklık aktifleriyle bilanço

---

[49] Bkz.. **Ansay**, AŞ.. s. 39; **Arslanlı**, AŞ. I, s. 110; **Degiacomi**, s.8; **Fischer**, s.6; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.6, s. 262; **Mejer-Hayoz/Forstmoser**, s. 264; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.3, s. 715; **W. Schmidt**, Großkomm., § 83, N. 3; **Trumpler**, s.391.**BGH**, 9. 10. 1958 tarihli kararı, WM., 1958, 1416; Ayrıca Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 12; **Çevik**, AŞ., s. 524;

[50] Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 29 vd.; **Druey**, s. 99 vd.; **Koeferli**, s. 77 vd.; **Lanz**, s. 33 vd. Bu terim aynı zamanda yasal terimdir. Çünkü 725. maddenin kenar başlığında "Sermaye Kaybı" (*Kapitalverlust*" terimine yer verilmiştir.

[51] Bkz., yuk. § 3, I, B, 2.

[52] Aslında aynı ifade İBK.nun 725. maddesinde de vardır. Fakat bizim yasakoyucu 324. maddede sadece sermaye kaybı ve borca batıklık düzenlendiği halde kenar başlığında "Şirketin Mali Durumunun Bozulması" gibi genel bir kavrama yer vermiştir. 725. maddenin kenar başlığı aynen çevrilseydi daha isabetli hareket edilmiş olurdu.

[53] Bkz.. **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, yazar makalesinin bir yerinde „Sermaye Kaybı" terimini kullanmıştır, s. 9.

[54] Bka. **Erem**, s. 52; **Gürsoy/Eren/Cansel**,s.25. von **Tuhr**, C.1, s. 78; **Türk**, s. 64; Ayrıca Bkz.. **Savatier**. s.137;

[55] Bkz., aşa. § 4, I, A.

zararı ve tüm yabancı kaynakların toplamı arasındaki fark şeklinde tanımlanabilir.[56] Fakat kanımızca genel hukuk öğretisine ait olan net malvarlığı kavramını da -tıpkı brüt malvarlığı gibi- bilanço kavram ve ilkelerinden tamamen ayrık tutmakta yarar vardır. Aksi takdirde kavramlar birbirine karışabilmektedir. [57]Burada terim seçimi yaptığımız konu bilanço kavram ve ilkeleriyle yakından ilgilidir. Zira 324. madde durumun bir bilançodan tespiti gerektiğini öngörmektedir.

Ayrıca bilançoda görünen net (safi) malvarlığı, miktar olarak öz kaynaklara eşittir.[58] Aradaki tek fark, bilanço net malvarlığının bilançonun pasifiyle (kaynaklarıyla) değil, aktifiyle (varlıklarıyla) ilgili bir kavram olmasıdır.[59] Miktar olarak bir fark bulunmadığına göre sermaye kaybı bakımından "öz kaynaklar-esas sermaye ilişkisi"ni esas almakta bir sakınca yoktur. Nitekim öğretide yapılan başka bir tanıma göre sermaye kaybı öz kaynakların zararlar sonucu esas sermayeye oranla azalmasıdır.[60] Burada her ikisi de pasifte yer alan iki unsur ilişkilendirildiğinden, artık "karşılıksız kalma" dan söz etmek uygun olmaz. Sermaye kaybı terimi kavramı daha iyi ifade eder. Az önceki tanımdan da anlaşılacağı gibi, sermaye kaybı teriminde kasdedilen sermaye öz sermayedir. Çünkü öz sermaye değişken olduğundan ancak öz sermayedeki kayıptan söz edilebilir. Sabit bir rakam olan esas sermayenin zararlar sonucu azalmasından (kaybından) söz etmek kanımızca doğru değildir (Karş., TTK., m. 434,I, N.3).[61]

Belirttiğimiz gerekçelerle kavramı en iyi ifade edecek terimin İsviçre öğretisinde de kullanılan „Sermaye Kaybı" olduğu görüşündeyiz.

Diğer bir tanıma göre ise sermaye kaybı, bilanço zararının bilançodaki bütün yedek akçeler toplamını aşmasıdır.[62] Zarar miktarı bu toplam rakamı ne kadar aşmışsa o kadar sermaye kaybı mevcuttur.

---

[56] Bu konularda Bkz. ve Karş.. **Ansay**, AŞ. s.36; **Fischer**, s.6, dipn. 16; **Käfer**, s. 657; **Mejer-Hayoz/ Fortmoser**, s.260 vd; **Würdinger**, s.27.

[57] Nitekim muhasebe hukukunda "Net Değer Esası"na göre düzenlenen bir bilançoda aktifler toplamını ifade etmek üzere „Net Varlıklar" terimi kullanılmaktadır. Net aktifler /ya da net varlıklar) hem öz, hem de yabancı kaynaklarla finanse edilirler.*Bkz*..- SPK.nun Sen XI N. 1 Tebligi, Ek: 3, Birinci Bölüm, V.Oz sermave tanımı; Ayrıca Bka.., **Sevilengül**, s.419;

[58] Bkz., ve Karş., **Ansay**, AŞ., s. 36; **Erem**, s. 129-130, 132; **Baştuğ**, s. 60.

[59] Bu nedenle „Net Malvarlığı " salt hesapsal bir değer olmayıp, reel (efektif) bir değerdir. Ne var ki net malvarlığı da somut bir malvarlığı kısmını (belirli malvarlığı unsurlarını) ifade etmez. Global bir rakamdır.Bu konularda Bkz., **Mejer-Hayoz/Forstmoser**, , s.261; Ayrıca Bkz., aşa.,. Tablo 1-2..

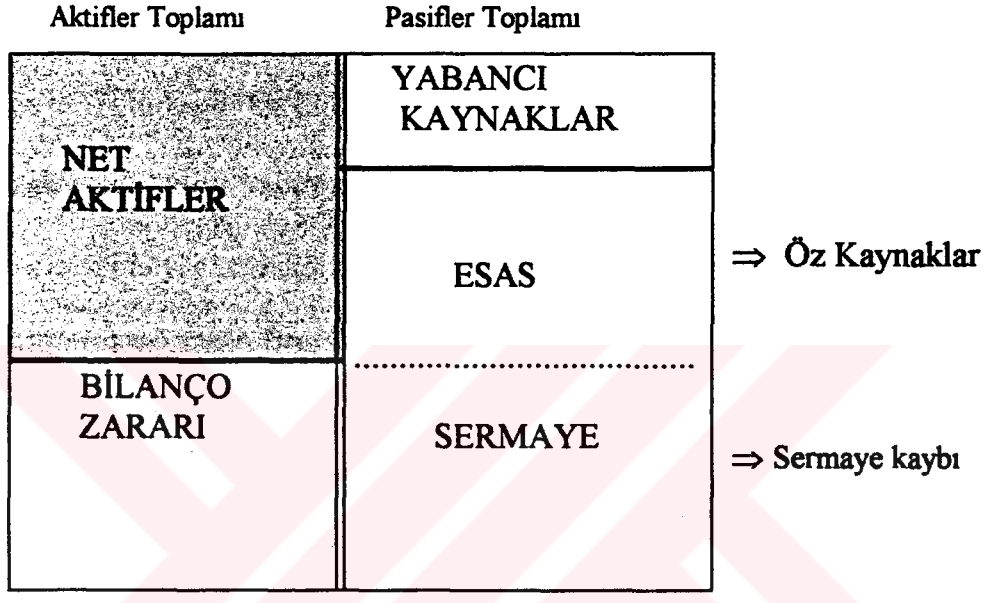
[60] Bu yöndeki ifadeler için Bkz., **Berler**, s. 257; **Duss**, s. 68; **Erem**, s. 133; **Geßler**, § 92, N.2, s. 100; **Koeferli**, s. 81; **Ochsner**, s.7; **Mertens**'in de konuya bu şekilde yaklaştığı anlaşılmaktadır, Kölner Komm., § 92, N. 11.

[61] **Böckli**, 1881 tarihli İBK., m. 657.I'de esas sermayenin 1/2 oranında yitirilmiş olmasından söz edilmesini bir yanlışlık eseri olarak nitelendirmekte, burada kasdedilenin esas sermayenin karşılıksız kalması olduğunu vurgulamaktadır: s.892, dipn. 621; Bazı yazarlar ise kanımızca yanlış olarak esas sermayenin kaybından söz etmektedirler, Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.12; Aynı şekilde **Bürgi**, OR. Art., 725, N.7; **Duss**, s. 68; Alman Hukukunda aynı yönde **Zillas**, s. 446; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720; **Tekinalp**, Yazar ortaklık esas sermayesini azaltan zararı gerçek zarar olarak tanımlamıştır, Bilanço, s. 298; Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 280.

[62] Bkz., **Berler**, s. 257; **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 6, s. 820; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.3, s. 715; **Ochsner**, s. 7; **Zillas**, s. 446.

Bilanço zararı (zarar bilançosu) kavramı, sermaye kaybı kavramından daha geniş kapsamlıdır. Her bilanço zararı sermaye kaybı anlamına gelmezse de sermaye kaybı halinde bilançoda mutlaka bir zarar kalemi bulunur. [63] Bunun nedeni sabit (esas) sermaye sistemidir.[64] Bu şekilde bir zarar kalemi gösteren bilançoya sermaye kaybı bilançosu adını vermekteyiz.[65] O halde anılan bilanço, zarar bilançosunun nicelik bakımından ileri bir derecesini, bir alt türünü oluşturmaktadır.[66]

Aşağıdaki tabloda sermaye kaybı miktarı esas sermaye kısmı içinde kesik çizgilerle gösterilmiştir.



Tablo 1

Görüldüğü gibi noktalı çizginin üzerinde kalan öz kaynaklar zarar sonucu esas sermaye rakamının altına inmiş durumdadır.

Aşağıdaki tabloda ise, mali durumdaki olumsuz gelişmeyi tam olarak göstermek için zararın hesapsal olarak yedek akçelerle kapatılmadığı varsayılmıştır.[67] Aslında burada zararlar bütün yasal ve isteğe bağlı yedek akçeleri tükettiği gibi esas sermayenin önemli bir bölümünün de karşılıksız kalmasına yol açmıştır.

---

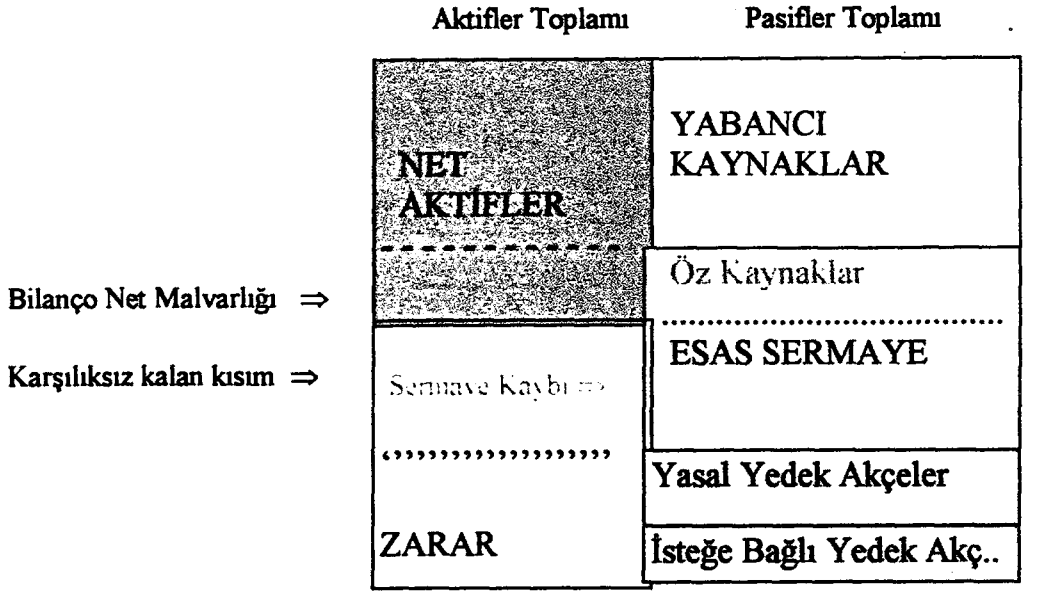
63 Bkz., Örn. **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.7; Ayrıca Bkz., yuk. § 3, I, B, 2.

64 Bkz., aşa. § 3, II, B, 1.a .

65 Sermaye kaybını gösteren bilançoya Türk öğretisinde *Tekinalp* „Kırmızı Bilanço" adını vermektedir Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282.

66 **Schürer** (Gerçek) Aktif - pasif oranının 1',den küçük olması durumunu ifade eden zarar bilançosunu merkezi kavram olarak kabul etmiş, sermaye kaybı ve hatta borca batıklığın bu kavramın herhangi bir nitelik farklılığına dayanmayan dereceleri olduğunu belirtmiştir. s. 95; Ayrıca Bkz., **Koeferli**, s. 79.

67 Yedek akçelerle zararı kapatmayı emreden bir yasa hükmü yoktur, Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 299; Alman Hukukunda aynı yönde **Zillas**, s. 446.



Tablo 2

Karşılıksız kalan miktar esas sermayenin bilanço net malvarlığını aşan, ya da yabancı kaynaklarla esas sermaye toplamının net aktiflerle karşılanamayan kısmıdır. Bu belirleme, yukarıda verdiğimiz birinci tanıma uygundur. Fakat dikkat edilirse karşılıksız kalma kavramını bilançoda görünen net malvarlığı gibi tereddütlü gördüğümüz bir kavramla açıklamak zorunluluğu yoktur. Karşılıksız kalma kavramı net aktiflerin esas sermaye ve yabancı kaynaklar (borçlar) toplamını karşılamaya yetmemesi olarak da ifade edilebilir. İkinci tanıma göre de varılacak sonuç aynıdır. Esas sermayenin öz kaynakları aşan kısmı sermaye kaybıdır. Birincisinde kaynaklarla aktifler karşılaştırılmakta, ikincisinde kaynakların sabit kalemi olan esas sermaye değişken nitelikteki öz kaynaklarla ilişkilendirilmektedir. Nihayet yukarıya aktardığımız üçüncü tanıma göre zarardan yedek akçeler toplamını indirdiğimizde de aynı sonuca varılmaktadır.

Sonuç olarak kanımızca sermaye kaybı bu tanımlarla belirlenen hesap yöntemlerinden herhangi biriyle belirlenebilir. Varılan sonuçlar farklı olmayacaktır.

Bu kez sadece hesap gruplarını içeren aşağıdaki -basitleştirilmiş- bilanço örneğinden hareketle sermaye kaybını gösterelim.

AKTİFLER	Milyon TL	PASİFLER	Milyon TL.
Dönen varlıklar	2 000	Kısa Vadeli Borçlar	2 500
Duran varlıklar	3 000	Uzun Vadeli Borçlar	3 000
Alacaklar	3 000	Esas Sermaye	5 000
Geçmiş Yıl Zararları		Kanuni Yedek Akçeler	1 500
İş Yılı Zararı	3 000	İhtiyari Yedek Akçeler	1 000
	2 000		
TOPLAM	13 000	TOPLAM	13 000

Tablo 3

Bu bilançoya göre ortaklığın bilançosal malvarlığı gerçek (net) aktiflerinin toplamı olan 8 Milyar TL.dir. Net (safi)Malvarlığı ise; Aktifler Toplamı (13 Milyar TL.-)Bilanço Zararı (Toplam 5 Milyar TL.) - Yabancı Kaynaklar (Borçlar) (Toplam 5,5 Milyar TL.) = 2,5 Milyar TL. dir.

Ortaklığın öz kaynakları ise pasif kalemler dikkate alınarak belirlenir. Buna göre, öz kaynaklar Esas Sermaye (Ödenmiş sermaye, esas sermayenin tamamı ödenmiş göründüğünden tümü hesaba katılacaktır) (5 Milyar TL) + Toplam yedek akçeler (2,5 Milyar TL) - Bilanço zararı (5 Milyar TL.)= 2,5 Milyar TL. olarak bulunur.

Bu tablodan da 1/2 oranında sermaye kaybının varlığı açıkça anlaşılmaktadır. Esas sermaye 5 Milyar TL. öz kaynaklar (ya da net malvarlığı) ise 2,5 Milyar TL.dir.

B- ÖZ KAYNAKLAR - ESAS SERMAYE İLİŞKİSİ

1- Genel Olarak

Anonim ortaklığın esas sermayesi kural olarak değişmez (sabit bir rakam olduğu halde, öz kaynaklar iş yılları içinde elde edilen kâr veya değer artışına, ya da zarar veya değer azalmasına bağlı olarak sürekli bir değişim gösterirler.[68] Başka bir deyişle esas sermaye ele aldığımız ilişkinin sabit unsurunu, öz kaynaklar ise değişken unsurunu oluşturur. Kuruluş sırasında ilişkinin her iki tarafının birbirine eşit olduğu teorik olarak kabul edilebilirse de,[69] işletmenin faaliyet dönemi boyunca öz kaynaklar miktarı esas sermaye rakamından daima farklı olacaktır.[70] Öz kaynaklardaki değişmeler, iş yılı sonunda düzenlenen mali tablolara kısmen yansırlar. Ancak anonim ortaklığın yılsonu bilançosu, bir sonuç açıklama bilançosu olduğundan ve malvarlığının korunması ilkesi gereğince iş yılı içindeki işletme faaliyetine bağlı olmayan değer artışlarını kâr olarak bilançoya yansıtmak uygun görülmediğinden (Bkz.,TTK. m. 460,461) anılan ilişki yıllık bilançonun veya gerçek değerler üzerinden düzenlenen bilançonun esas alınmasına göre farklı oranlarla ifade edilecektir.

Sermaye kaybını belirleyen öz Kaynaklar - esas sermaye ilişkisini açıklığa kavuşturmak için sözü edilen ilişkinin iki unsurunu ayrı ayrı ele almak gerekir. Mali durumdaki bozulma kural olarak öz kaynaklar zararlar sonucu esas sermayenin altına

---

68 Bkz., **Arslanlı**, I. s.92; **Ansay**, AŞ., s. 36; **Baştuğ**, s. 60; **Eisenhardt**, s. 262; **Erem**, s. 130; **Göle**, s. 11; von **Steiger**, s.7; **Tenker**, s. 12-13.

69 Öz kaynaklar kuruluş sırasında dahi esas sermayeden farklı olabilir. Örneğin esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla kuruluş sırasında da itibari (nominal) değerinden yüksek bir bedelle hisse senedi çıkarılması (agio) mümkündür (TTK., m. 286.II). Ayrıca ayni kuruluşta sermaye olarak konulan ayınlar gerçek değerinin altında değerlemeye konu yapılmışsa öz kaynaklar gene esas sermayeden farklı (fazla) olacaktır. Kuruluşta yasaya aykırı olarak (TTK., m. 285.I,305 vd.) öz kaynaklar esas sermayeden daha düşük de olabilir. Paradan başka katılma paylarının olduğundan yüksek gösterilmesi halinde durum böyledir; Bu konularda Bkz., **Arslanlı**, I, s. 92; **Atan**, s. 87; von **Steiger**, s. 7.

70 Bkz., **Arslanlı**, I, s. 92; **Ansay**, AŞ., s. 37; **Baştuğ**, s. 60; **Göle**, s. 11; **Hirş**, s. 266; **Hoffmann-Becking**, s. 53; von **Steiger**, s. 7.

indiği zaman hukuken önem kazanır. 324. madde ise, ancak bu azalma belli bir düzeye ulaştıktan sonra devreye girer.[71] Bu maddenin öngördüğü şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak için hangi unsurların öz kaynaklara dahil edilmesi gerektiği belirlenmeli ve esas sermaye ile kayıtlı sermayenin anılan ilişki bakımından gördüğü işlev ortaya konulmalıdır.

2) İlişkinin Sabit Unsuru: Esas Sermaye veya Kayıtlı Sermaye

a) Esas Sermaye

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde anılan esas sermaye, ödenmiş sermaye olmayıp, pay sahiplerinin taahhüt ettikleri katılma paylarının toplamını ifade eden ve esas sözleşmede gösterilen (TTK., m.279.II,b.3) sabit ve itibari (nominal) rakamdır.[72] Bu rakam, ortaklığın elindeki paylar (TTK~m.329) veya pay bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısmı dikkate alınmaksızın bilançonun pasif kısmında (TTK., m. 463) tam olarak gösterilir.[73]

Esas sermayenin en önemli özelliği kural olarak sabit (değişmez) bir rakam olmasıdır. Sermaye kaybı sonucunu doğurmayan bir zararı, bilançoda göstermek zorunlu olmadığı halde, eğer öz kaynaklar esas sermayenin altına inmişse, aktif tarafta mutlaka düzeltici bir zarar kalemi yer alacaktır (TTK., m.457.II, 74.II). Çünkü, sabit sermayeli ortaklıklarda sermayeyi basit bir muhasebe işlemi ile değiştirmek mümkün değildir. Sabit sermaye sisteminde eğer zararı kapatacak hiçbir (açık veya gizli) yedek akçe kalmamışsa, sermayedeki kaybı dengelemek için bir düzenleyici kalem *(Korrekturposten)* olarak bilanço zararına ihtiyaç duyulur.[74] Muhasebe hukuku bakımından sermayenin sabitliği, kâr ve zarar bakiyelerinin kendiliğinden esas sermaye hesabına aktarılamaması anlamına gelir.[75] Gerçek kişi tacirler veya kişi ortaklıklarına ait işletmelerde iş yılı zararlarını sermaye hesabında zarar miktarı kadar bir indirim yaparak ortadan kaldırmak imkânı varken[76] anonim ortaklıkta bu amaçla başvu-

---

[71] Bkz., **Koeferli**, s. 79.

[72] Yani sermaye kaybı kavramında, öz sermayedeki değişmeler bakımından kıstas işlevi gören esas sermayedir. Bu konularda Bkz., **Bürgi**, OR. Art.. 725 N.4; **Çevik**, AŞ., s. 524; **Duss**, s.68;; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s.20; **Hefehrmehl**, in Groβkommentar, s.261 N.5; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.12. **Schucany**, OR. Art. 725 N.1, s.166: **Tekinalp**. Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s.280; Karşı görüş için Bkz., **Funk**, yazar ödenmiş sermayeyi esas almaktadır, OR. Art. 725, N. 1.

[73] von **Steiger**, s.252: **Trumpler**, s.269-27().

[74] **Berler**'in vurguladığı gibi, bunun asıl nedeni esas sermayenin bilançoda tam olarak gösterilmesi zorunluluğudur. IBK.m.668 (TTK., rn.463.1) gereğince esas sermayeyi sabit bir rakam olarak bilançonun pasifinde göstermek gerektiğinden, bilanço denkliğini sağlamak için aktif tarafta fiktif bir kalem olarak zarar bakiyesinin gösterilmesi kaçınılmazdır. s. 257; Bkz., aynı yönde **Bürgi**, OR. Art.735 N.5; **Boemie**, s.468, **Degiacomi**, s.8; **Koeferli**, s.78,79; **Weidmann**, s. 5; **Wobmann**, s. 20; **Fischer**, s. 6-7.

[75] Bkz., von **Steiger**, s. 252.

[76] Bu nedenle ki~i ortaklıklarında ve gerçek kişi tacirlere ait işletmelerde teknik anlamda bir sermaye kaybından söz edilemez, Bkz., **Berler**, s.258. **Fischer**, yazarın belirttiği gibi, sermaye ortaklıklarında sermaye kaybı halinde zararın bilançoda gösterilmesi zorunlu iken, kişi ortaklıkları ve münferit tacirlerin işletmelerinde, öz kaynakların tamamı tüketilinceye kadar böyle bir zorunluluk yoktur. Ancak, söze

rulabilecek tek yol esas sermaye indirimi (TTK., m.392 vd.) ve özellikle bunun zararları kapatma amacına yönelmiş olan basitleştirilmiş şeklidir (TTK., m.397.II)..

Sabit (esas) sermaye sistemi, muhasebe tekniğinin bir gereği değil, hukuk düzeninin özellikle pay sahipleriyle ortaklık alacaklıları arasındaki çıkar çatışmasını bağdaştırmak için benimsediği bir çözümdür.[77] Esas sermayenin anonim ortaklık için kavramsal bir zorunluluk olduğu belirtilir.[78] Özellikle ortaklığın sorumluluğu ve kredi gücü bakımından taşıdığı öneme işaret edilir. Gerçi anonim ortaklık da diğer bütün gerçek ve tüzelkişiler gibi kendi malvarlığı ile sorumludur (Bkz., TTK., m.269.I). Fakat bu ortaklıkta pay sahiplerinin alacaklılara karşı bir sorumluluğu bulunmadığından (TTK., m.269.II) esas sermaye rakamı ortaklığın üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir miktar olarak kabul edilmiştir. Gerçekten, kişi ortaklıklarından farklı olarak anonim ortaklıkta alacaklılar için tek güvence ortaklık malvarlığıdır. Ortaklığın sorumluluğu bakımından taşıdığı önemden hareketle, esas sermayenin en önemli fonksiyonu, „Alacaklıların Korunması Fonksiyonu" olarak ifade edilir.[79] Bu fonksiyon, anonim ortaklıkta pay sahiplerinin kişisel sorumlulukları bulunmamasının bir karşılığı dengeleyicisidir.[80] Yasakoyucu aslında öz kaynaklardaki azalmalara karşı birtakım tedbirler öngörmüştür. Ancak, öz kaynakların özel tedbirler alınmasını gerektirecek derecede yitirildiğini kabul etmek için bir ölçü (kıstas) belirlemek zorunludur. İşte, yasakoyucunun bu konuda kabul ettiği temel kıstas esas sermayedir. Esas sermaye miktarı kadar öz kaynaklar (net malvarlığı) ortaklık alacaklılarının asgari teminatı olarak kabul edilmiş[81] bu teminatın azalması durumunda alınacak tedbirler de kural olarak 324. maddede düzenlenmiştir. O halde anılan maddede öngörülen tedbirler esas sermaye kavramının ve fonksiyonlarının zorunlu birer unsuru olarak kabul edilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nda 559 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan son değişiklikle asgari esas sermaye miktarı 500 000 TL.'den beş Milyar TL.ye çıkarılmıştır (Bkz., TTK., m. 272). Esas sermayenin asgari miktarının günün koşullarına uydurulmasının yukarıda anılan fonksiyonlarını gerçek anlamıyla yerine getirmesi bakımından büyük önem taşıdığı ortadadır. Buna ek olarak, özellikle borca batıklık

---

konu işletmeler borca batık halde iseler. zarar gene bilançolarında görünecektir. s. 6-7.Ayrıca Bkz., a-sa., § 5, IV, B, 1.

77 Esas sermayenin bu çıkarların bağdaştırılması açısından oynadığı rol hakkında Bkz., **Hoffmann–Becking**, s.53 N.2; **Hueck**, s.174 vd; **Ketzer**, s. 4; **Reichmuth**, s.4: **Poroy** esas sermayenin belirliliğinin alacaklıların korunması bakımından sorumlulukla ilgili bir çözüm olduğuna değinmektedir, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.204; **Sevilengül**, yazar muhasebenin esas sermayenin sabit olup olmaması bakımından bir ilkesi (kıstası) bulunmadığını belirtmektedir s.420.:

78 Bkz. **Böckli**, s. 36; **Forstmoser**, s.49. 236. **Hueck**, .§ 21.1. s.174..

79 Bkz.,**Hueck**, § 21.1, s.175; **Schoop**, s.2; **Siegwart**, OR. Art. 620, N.6,13-14; **W.Schmid**, 5.3 vd. ve s.10 vd. von **Steiger**, s.16; **Wüst**, s. 818.

80 **Hofmann/Becking**, 5.53 N.2; **Ketzer**, s.4.

81 Sistemi eleştirenler bulunmakla birlikte esas sermayenin bu fonksiyonu bakımından öğretide ve yargısal kararlarda oybirliği vardır, Bkz., **Y. TD**'nin, 2.4.1970 tarih ve 11238/367 sayılı Kararı (**Alver**, 5.335. **Ansay**, AŞ.38; **Eisenhardt**, s. 263; **Funk**, s.153-154; **Hueck**, § 21.1, s.174-175; **Mejer-Hayoz/Forsimoser**, s.263; **Ochsner**, s.6; **Siegwart**, OR. Art. 620 N.6 s.156-157; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 84; **Wardinger**, s.25 vd, s.31.

bildirimlerinde hileli yollara başvurulmasını, hileli iflâsları önlemek için de asgari esas sermaye rakamının yüksek tutulmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir.[82] Aksi takdirde, küçük bir sermaye ile bir anonim ortaklık kurulmakta, daha sonra küçük çaplı bir işletme faaliyetinden sonra borca batıklık nedeniyle iflasın bildirilmesi yoluna gidilebilmektedir. Asgari esas sermaye miktarının arttırılması bu bakımdan da yerinde olmuştur.

Esas sermaye ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi amacıyla da olsa asgari miktarın altına indirilemez (TTK.,m.396.IV). Buna karşılık, payların itibari değeri, ortaklığın kötüleşmiş olan mali durumunun iyileştirmek için asgari 500 TL.'den aşağı indirilebilir(TTK.,m.399.III).Bu hükümler ileride değerlendirilecektir.[83]

b) Kayıtlı Sermaye

Bilindiği gibi, kayıtlı sermaye sistemine geçildiği sırada mevcut olan sermayeye başlangıç sermayesi adı verilmekte, esas sözleşmede gösterilen ve yönetim kuruluna tanınan yetkinin üst sınırını oluşturan rakama da kayıtlı sermaye denilmektedir. Çıkarılmış sermaye *(Issued Capital)* ise ortaklığın herhangi bir tarihte ihraç ettiği payların itibari değerleri toplamını ifade etmektedir.[84]

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık anonim ortaklıklar bakımından da uygulanacağında tereddüt etmemek gerekir (Bkz., SerPK., m. 2,I).[85] Acaba bu sistemdeki bir anonim ortaklıkta 324. madde açısından hangi sermaye esas alınacaktır? Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12. maddesine göre bu halde ortaklığın esas sermayesi çıkarılmış sermaye olur (f.2). Ayrıca bu sisteme tabi bir anonim ortaklığın bilançosunda „Çıkarılmış Sermaye" gösterilir. Kayıtlı sermaye sadece bir bilanço notu durumundadır.[86] Yani kayıtlı sermaye rakamı bilanço denkliğinin dışındadır. Esasen çıkarılmış sermaye ile kayıtlı sermaye arasındaki fark henüz taahhüt dahi edilmemiştir. Bütün bu nedenlerle sermaye kaybı bakımından esas alınacak rakam „çıkarılmış sermaye"dir.[87] Çıkarılmış sermaye -öz sermaye ilişkisi belirlenerek sermaye kaybı tespit edilecektir.

Bu sisteme geçen anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna daha fazla yetki verilebileceğinden (Ser.PK., m.12.V) ortaklık yönetiminin mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirleri genel kurul kararı olmaksızın uygulama imkânı daha geniştir.

---

82 Nitekim, İsviçre hukuk uygulamasında bu hususa dikkat edilmiş, esas sermaye miktarı konusunda asgari sınır bulunmamasından yararlanan kötüniyetli kişilerin hileli iflâs yoluyla çıkar sağlamalarını önlemek amacı da gözönünde tutularak 1936 yılında İBK'da yapılan değişiklikle esas sermaye miktarının en as 50 000 İsviçre Frangı olacağı hükme bağlanmıştır. Bu değişiklikten önce İBK.da anonim ortaklığın esas sermayesi bakımından bir alt sınır bulunmamaktaydı, Bu konularda Bkz., **Siegwart**, s. 156-157 N.1-2.

83 Bkz., a~., § 4

84 Bu konularde Bkz.: **Anaral**, s. 15 vd; **Ansay**, A~., s.34 ve dipn. 48; **Arkan**, Halka Açık Anonim ortaklıklar., s.20; **Aytaç**, Kayıtlı Sermaye, s. 270-271, **İmregün**, Amerikan ortaklıkları, s.42 vd; **Tekinalp**, Sermaye Piyasasi, s.50 vd.

85 Bkz., **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 307.

86 Bkz. SPK.nun Seri XI N. i sayılı tebliği, Ek: 3, Birinci Bölüm. V.A.

87 Bkz., aynı sonuca varan **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 307 vd.

Yönetim kurulu ilke olarak kayıtlı sermaye miktarına kadar yeni hisse senedi ihraç etmek suretiyle Türk Ticaret Kanunu'nun esas sermaye artırımına ilişkin hükümlerine bağlı kalmaksızın sermaye artırımı yoluna gidebilir (SerPK., m. 12, II). Fakat yönetim kurulunun sermaye kaybı halinde, özellikle sermaye kaybının esas sermayenin üçte ikisi düzeyine ulaşması durumunda bu yetkiye sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü 324. maddede esas sermaye artırımından değil, sermayenin tamamlanmasından söz edilmiştir (f.2, c.2). İkinci Bölümde bu konuyu ayrıntılı biçimde ele alacağız. [88] Burada şunu vurgulamak isteriz ki, hukuk sistemimizde kayıtlı sermaye sistemindeki bir anonim ortaklığın yönetim kuruluna çıkarılmış sermayeyi indirme yetkisi tanınması mümkün değildir.[89] Yukarıda anılan 12. maddede sadece yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle sermaye artırımı öngörülmüştür (f.2). Aynı maddeye göre esas sözleşmeye konulacak bir hükümle yönetim kuruluna verilebilecek diğer yetkiler arasında da (f.5) sermaye indirimi yer almamaktadır. O halde her türlü sermaye indirimi ancak genel kurul kararıyla ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yapılabilecektir. Bu durum karşısında yönetim kurulu sermaye indirimi yoluyla bilançodaki zararı, dolayısıyla sermaye kaybını ortadan kaldıramaz.

3) İlişkinin Değişken Unsuru: Öz Kaynaklar (Öz Sermaye)

a) Kavram ve Tanım

Öz kaynaklar (öz sermaye, *Eigenkapital*) muhasebe hukukuna ilişkin bir kavramdır.[90] Türk Ticaret Kanunu'nda öz kaynaklar (ya da öz sermaye) kavramına „Ana Sermaye" adı altında 74. maddenin 3. fıkrasında rastlanmaktadır. Anılan fıkraya göre aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark tacirin işletmeye tahsis ettiği ana sermayeyi oluşturur. Ana sermaye bilançonun pasif tarafına kaydedilir. Böylece aktif ve pasif taraf arasında denklik sağlanır. Yedek akçeler ve kâr ayrı gösterilseler bile ana sermayenin kısımlarıdırlar.[91]

Öz kaynakların tanımını yapmak güçtür. Çünkü değişik yollardan sağlanan, nitelikleri farklı çok sayıda öz kaynak kalemi bulunmaktadır.[92] Türk Ticaret Kanunu'nun 74.III. maddesinde de bir tanım yapılmamış, sadece öz kaynakların bilançodaki yeri ve kapsamı genel olarak belirlenmiştir. Kanımızca anonim ortaklık bakımından öz kaynaklar şöyle tanımlanabilir: Öz kaynaklar, ortaklığa ait net aktif toplamının[93] pay sahiplerinin katılma paylarıyla, katılma intifa senedi sahiplerince ve

---

88 Bu konuda Bkz., aşa., § 7, IV, B, 2.

89 İsviçre Hukukunda da durum aynıdır. Bkz., **Böckli**, s. 210, 213; Karş., **Eriş**, AŞ., s. 251. Oysa ABD. Hukukunda bu imkân mevcuttur. Bkz., **Anaral**, s.15.

90 Bkz., **Grünewald**, 2.C,VIII, N~i69. Muhasebe tekniği açısından öz kaynaklar hakkında Bkz., Örn. **Tenker**, s.10 vd.

91 KVK. m. 192.IV'te "ana sermaye yerine" "öz sermaye" terimi kullanılmıştır.

92 Bkz., **Ochsner**, s. 30.

93 Net aktifler toplamı zararlar (ve diğer fiktif aktifler) hesaba katılmaksızın gerçek aktifler toplanarak bulunur. Başka bir ifadeyle aktifler toplamından bilanço zararı indirilirse net aktifler elde edilir. Net

bizzat ortaklık tarafından karşılanan kısmıdır.[94] Bu tanımdan anlaşılacağı gibi, öz kaynaklar bilançonun „Kaynaklar" (pasif) bölümünde yer almaktadır. Çünkü bunlar net aktiflerin kaynaklarından birisidir. Ortaklık tarafından karşılanan kısım sadece iş yılı kârlarına dayanmadığı için „İşletme faaliyeti sonucu elde edilen kaynaklar" yerine „Ortaklık tarafından karşılanan bütün kaynaklar" esas alınmıştır. Daha kısa bir ifadeyle öz kaynaklar fiilen mevcut olan (net) aktiflerin yabancı kaynaklar dışındaki kaynağıdır.[95] Öz kaynaklar ile öz sermaye *(Eigenkapiia/)* terimleri eş anlamlıdır.[96]

Öz kaynaklar ortaklığın maruz kalacağı çeşitli rizikolara karşı bir güvence oluşturdukları gibi, alacaklıların hakları bakımından da bir bakıma tampon işlevi (*Pufferfunktion*) görürler.[97] Çünkü öz kaynaklar meydana gelen zararları telâfi ederek alacaklıların haklarını karşılayacak miktarda malvarlığı değerinin ortaklıkta kalmasına hizmet ederler. O halde öz kaynaklar miktarını belirlerken bilanço zararının negatif bir kalem olarak dikkate alınması gerekir.[98] Buna karşılık İsviçre ve Alman öğretisinde öz kaynaklar bazen sadece pasifteki pozitif öz kaynak kalemlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır.[99] Öz kaynakların değişkenliği işletme süresince bunların artabileceği gibi zararlar sonucu azalabileceği anlamına da gelir. Hatta zararlar sonucu öz kaynakların tamamen yitirilmesi de mümkündür.[100] Bunun için bilanço zararının mutlaka fiilen yedek akçelerle kapatılmasına gerek yoktur. Zarar ister bilançoda olduğu gibi bırakılsın, ister yedek akçelerle kapatılsın aynı öz kaynaklar miktarı bulunacaktır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun tip bilançosunun pasifteki öz kaynak kalemleri arasında öz kaynakları azaltan bir kalem olarak bilanço zararına da

---

değer esasına göre düzenlenen bir bilançoda aktif tarafta sadece net aktifler görünür.Bu kavrama „Bilanço Malvarlığı" *„Bilanzvermögen"* de denilmektedir, Bu konuda Bkz., aşa. § 4, I, A.

94 SPK.nun Seri. XI N. 1 tebliğinde öz kaynaklar (Öz Sermaye). işletmenin net aktif toplamının ortaklık tarafından karşılanan kısmını ifade eden tutarların yer aldığı hesap grubu olarak tanimlanmıştır. Ek: 3. Birinci Bölüm V, f 1; Muhasebe literatüründe kanımızca yanlış olan bazı tanımlara rastlanmaktadır. Örneğin **Sevilengül,** öz kaynakları işletme sahip veya sahiplerinin işletme kişiliğinin aktifleri üzerindeki toplam haklan" nin parasal tutan olarak tanımlamaktadır. Bkz., **Sevilengül,** s.419.Aym yönde, **Akdoğan/Tenker,** s.68; Öz kaynaklar bir bilanço kavramı olup, bilanço hukuki anlamda malvarlığından farklı olarak hakları değil, onlara konu olan ekonomik değerleri ve bunların kaynaklarını gösterir.

95 Öz kaynaklar varlıklardan yabancı kaynaklar düşülmek suretiyle tespit edilebilir, Bkz., **Tenker,** s. 19, Ayrıca Bkz., yuk.. Tablo 1 ve 2.;

96 SPK. nun Seri.XI N. 1 sayılı Tebliğinde "Öz Sermaye" terimi kullanılmıştır, Bkz., Ek: Mali Tablolara İlişkin Açıklamalar~Birinci Bölüm Genel Esaslar. Maliye Bakanlığının tebliğinde ise ,Öz Kaynaklar" terimi kullanılmıştır. Alman ve İsviçre hukukunda Öz sermaye *(„Eigenkapital)* terimi yanında öz kaynaklar olarak ifade edilebilecek terimlere de rastlanmaktadır; *„Eigene Mitteln"* gibi. Bkz., von **Sleiger,** s.25 1. Karş., *„eigene Gelder"* Bu terim daha çok öz varlıkları karşılamaktadır, Bkz., **Zimmermann,** s.496; aynı şekilde *„Eigenvermögen"* Bkz.. **Schmidt,** Gesellschaftsrecht, § 18 II, 2 s.384.

97 Bkz. **Fischer,** s. 9,11;**Grünewald,** 2.C.VIII, N.170; **Ketzer,** s. 2 vd.; **Roth,** s. 210; **Wüst,** s. 817. Zararların yabancı kaynaklar sabit kaldığı halde öncelikle öz kaynakları azaltmasına Alman öğretisinde '*Öz* sermayenin öncelikle sorumlu olma fonksiyonu' (*Voraushaftungsfunktion des Eigenkapitals)* adı da verilmektedir. Bkz.**Hirtz,** s.7. Meydana gelen zararlar ilk aşamada öz kaynaklar tamamen yitirilinceye kadar-pay sahiplerinin müstakbel (uyuyan) tasfiye payı alacaklarını tüketir.

98 Bkz.,**Amonn/Gasser,** s. 308; **Duss,** s.68; **Lanz,** s. 136; **Roth,** s. 206; **Weidmann,** s. 4.

99 Bkz., **Böckli,** yazar bilanço zararını öz kaynakların karşılıksız kalması olarak ifade etmiştir, s. 896; **Koeferli,** s. 79; **Mertens,** Kölner Komm., § 92, N. 12,13; **Müller,** s. 191, 207.

100 Bkz.,**Amonn/Gasser,** s. 308; **Duss,** s.68; **Lanz,** s. 136; **Roth,** s. 206; **Weidmann,** s. 4.

yer verilmektedir. [101] Esas aldığımız „öz kaynaklar - esas sermaye" ilişkisi bakımından, bilanço zararının öz kaynaklardan indirileceği açıktır.

b) Öz Kaynaklar - Yabancı Kaynaklar (Borçlar)

Bilançonun pasif kısmında, ortaklığın aktiflerinin (varlıklarının) kaynakları yer alır. Bu kaynaklar da öz ve yabancı kaynaklar olmak üzere iki çeşittir. Yabancı kaynaklar kural olarak ortaklığın borçlarından oluşur. İşletme ekonomisi açısından borçlanma (*Verschuldung*) işletme finansmanında öz kaynakların dışında yabancı (dış) kaynaklardan yararlanılmasıdır. Yabancı kaynakların (borçların) öz kaynaklara oranı ise „Borçlanma Derecesi""ni *(Verschuldungsgrad)* ifade eder.[102] Borçlanma derecesi iki noktadan sınırlanmıştır:: Derece „0" ise işletmenin hiç borcu yoktur. Öz kaynaklar herhangi bir seviyede olabilir. Buna karşılık öz kaynaklar „0" yabancı kaynäklar herhangi bir seviyede ise artık borçlanma derecesi değil „Borca Batıklık Derecesi" üzerinde durulur.[103] Bu iki sınır arasında öz kaynaklarla yabancı kaynaklar çeşitli düzeylerde bulunabilirler. Örneğin borçlanma derecesi % 50 ise yabancı kaynaklar öz kaynakların yarısı civarındadır.

Konumuz açısından önem taşıyan ilişki, öz kaynaklar - esas sermaye ilişkisidir. Esasen öz kaynaklar - yabancı kaynaklar ilişkisi Türk Ticaret Kanunu'nda hukuki sonuca bağlanmış değildir. [104] Örneğin 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurulca esas sermayenin indirimi alternatifi seçilirse sırf bu nedenle borçlanma derecesinde bir değişiklik olmayacaktır. Bu da göstermektedir ki, yasakoyucu söze konu ilişkiyle ilgilenmemiştir.[105] Belki sadece ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi imkanları bakımından borçlanma derecesi üzerinde durulabilir.

Bununla birlikte, öz kaynakların kapsamını açıklığa kavuşturmak için bunların yabancı kaynaklarla ilişkisini, ayırıcı özelliklerini belirlemek gerekmektedir.[106] Öz kaynakları yabancı kaynaklardan ayıran çeşitli kıstaslar üzerinde durulur. Bu konuda esas alınan kıstasların bir kısmı hukuki, bir kısmı ise işletme ekonomisine ilişkindir. Başlıcaları şunlardır:

– Yabancı kaynakların aksine, öz kaynaklara (bunları getirenlere) kural olarak herhangi bir faiz ödenmez.[107] Türk Ticaret Kanunu'nun 471. maddesinde öngörülen

---

101 Bkz., yuk. dipn. 17 civarı; Ayrıca Bkz., ATK., § 266, Tablo 3.A.

102 Borçlanma derecesi hakkında Bkz., **Fischer**, s. 5; **Gurke**, s. 45,46; **Schürer**, s. 95.

103 Bkz., ayrıca aşa. § 10, I, B. 2.

104 İBK., m.663.I öz kaynaklarla borçlar arasındaki ilişkinin yıllık bilançoda açıkça gösterilmesini şart kılmıştır. Anılan madde TTK., m.459'un kaynağı olduğu halde bu fıkra nedense 459.maddeye alınmamıştır. Oysa bu hüküm bilançonun pasif tarafında yer alan öz ve yabancı kaynaklar arasındaki kesin sınırın çizilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Böylece hem öz kaynaklardaki azalmanın, hem de sermaye kaybının derecesini tam olarak belirlemek imkânı doğacaktır. TTK. .açısından 75. maddede düzenlenen „Bilançoda Açıklık ve Doğruluk İlkesi"nden hareketle aynı sonuca varılabilir.

105 Bundan çıkarılan sonuç, ortaklığın finansman biçimini dilediği gibi düzenleme serbestisine (*Gestaltungsfreiheit bei der Unternehmensfinanzierung*) sahip olduğudur, Bkz., **K. Schmidt**, Bankenkredite, s. 166.

106 Bu konularda Bkz. **Tekinalp**, Bilanço, s.208.

107 Bka., **Grünewald**, 2.C.VIII N.170; **Schmidt**, § 18.11, 2.s.384..

hazırlık devresi faizi dışında pay sahiplerine getirdikleri katılma payları karşılığında faiz ödenmesi mümkün değildir. Bu ilke dış finansman yolu ile elde edilen öz kaynaklar (katılma payları, katılma sermayesi gibi) bakımından önem taşır. İç finansman yoluyla sağlanan öz kaynaklar zaten ortaklık işletmesinin yarattığı değerlerdir.

– Öz kaynaklar, çoğunlukla sadece kâr payı almak suretiyle tatmin edilmekle birlikte, bunu ayırıcı bir kıstas olarak şüpheyle karşılamak gerekir.[108] Çünkü bazı yabancı kaynaklar da kâr payı alabilirler. Örneğin kâr-zarar ortaklığı belgesine dayanan alacak bu niteliktedir. Keza kâra katılmalı tahviller (*Gewinnschuldverschreibungen*) de düşük bir faiz oranı yanında kârdan da pay alırlar.

– Ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi dışında öz kaynakların bunları getirenlere (pay sahipleri, katılma intifa senedi sahipleri) iadesi (*Einlagerückgewaehr*) yasaktır. Oysa yabancı kaynaklar (borçlar) muaccel iseler geri istenebilirler.[109]

– Cebri icra durumunda öncelikle yabancı kaynaklar tatmin edilirler. Böylece öz kaynakların bir bakıma alacaklıların zararlarını karşılamaya yönelik bir tampon işlevi gördükleri belirtilmektedir.[110]

– Diğer taraftan, öz kaynaklar -yabancı kaynakların aksine- uzun bir müddet (kural olarak ortaklığın hayatı süresince) ortaklığın tasarrufu altında bulunmaktadırlar Bu nedenle bir vadeye bağlanmaları söz konusu değildir. Oysa yabancı kaynaklar kısa, orta veya uzun vadeli olabilirler.[111]

c) Çeşitli Öz Kaynak Kalemlerinin Öz Kaynaklar Esas Sermaye İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi

Öz kaynakların finansmanı iç ve dış finansman olmak üzere iki türlüdür.[112] Ortaklık işetmesinin faaliyeti sonucu elde edilen kârlar ile bu kârlardan ayrılan yasal ve isteğe bağlı yedek akçeler, keza iş yılı sonucuyla ilgili olmayan diğer bazı gelirler ve değer artışları ortaklığın kendi yarattığı -iç finansman yolu ile elde edilen- öz kaynak unsurlarıdır.

Açık yedek akçeler bilançonun pasif kısmında gösterilen öz kaynak kalemleridir (TTK., m. 463.I).[113] Gizli yedek akçeler ortaklığın yıllık bilançosunda yer almadıkları için bilançodan hareketle öz sermaye miktarı tespit edilirken dikkate alınamazlar. Bu nedenle öğretide öz sermaye kavramı „bilançoda görünen öz sermaye" ve „gerçek öz sermaye" biçiminde bir ayırıma konu yapılmaktadır.[114] Acaba sermaye kaybı kavramı bakımından esas aldığımız ilişkide hangi öz sermaye yer alacaktır. 324. maddenin 1. fıkrası gereğince sermaye kaybı yıllık bilançodan tespit edileceğine göre, bilançoda görünen öz sermayenin esas alınacağı açıktır.[115] Oysa

---

[108] Bka., **Grünewald**, 2.C.VIII N.170; **Schmidt**, § 18.11, 2.s.384.
[109] Bka.. **Schmidt**, s.384.
[110] Bkz., yuk. dipn. 94.
[111] Bka., **Grünewald**. 2.C. VIII N.170.
[112] Bkz., **Grünewald**, 2.C.VIII N.169.
[113] Bkz., **Kopper**, s. 5; **Weidmann**, s. 4; Bkz., SPK. Seri X, N.1 Tebliği,
[114] Bkz., **Kupper**, s.5.
[115] Bkz., aşa. § 6, IV, A, 1.

aynı maddenin 2. fıkrası gereğince esas sermayenin 2/3'ü oranında sermaye kaybı tespit edilirken gerçek öz sermaye göz önünde tutulur. Çünkü aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoda bütün gizli yedek akçeler çözülmektedir.[116]

Yeniden değerleme değer artış fonu da öz kaynaklara dahildir.[117] Bu nedenle, yeniden değerleme yapılırsa sermaye kaybı kısmen veya tamamen giderilebilir.[118] Bu sayede bilançoda görünen öz sermaye, yapılan yeniden değerleme ölçüsünde ortaklığın gerçek öz sermaye miktarına yaklaştırılmaktadır. Fakat 324. maddenin 2. fıkrasındaki ara bilanço açısından bu fonun bir önemi yoktur. Çünkü burada esasen aktiflerin gerçek değerleri esas alınmaktadır.

Öz kaynak kalemlerinin bir diğeri de, öz kaynak niteliği gösteren karşılıklardır. Karşılıkların bir kısmı yabancı kaynak olarak işlem görürler. Örneğin şüpheli alacaklar için ayrılan fon (karşılık) (VUK., m. 323), karşılık olarak bilançoya geçirilecek borçlar (TTK., m. 465.II, VUK., 288) böyledir.[119] Bu tür karşılıklarda riziko gerçekleşmezse ayrılan miktar serbest kalır ve ortaklıkta kaldığı sürece nasıl işlem görürse görsün öz kaynaklara dahil sayılır.[120] Buna karşılık amortismanlar hiçbir şekilde öz kaynak sayılamaz.[121]

Taahhüt edilen paylardan oluşan esas sermaye kısmı ve katılma sermayesi gibi unsurlar ise öz sermayenin diş finansman yoluyla elde edilen unsurlarıdır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1001 yılında yapılan değişikliğe göre katılma sermayesi[122] yasada aksi öngörülmedikçe esas sermaye gibi işlem göreceğinden bu rakam ele aldığımız ilişkide hem esas sermaye tarafında hem de öz kaynaklar tarafında yer alacaktır (m.656b.II).[123] Yasal yedek akçeler de aynı rejime tâbi tutulmuştur (İBK., m. 725,I).[124] Hukukumuzda ise gerek katılma sermayesi, gerek yasal yedek akçeler sermaye kaybının tespiti sırasında sadece öz kaynak unsuru olarak değerlendirilir. Bu değişiklikler sonucu İsviçre hukukunda sermaye kaybının, dolayısıyla genel kurula bildirim yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

Konuyu bir örnekle açıklayalım:

Bir ortaklığın esas sermayesi 100 Milyar, katılma sermayesi 100 Milyar, yasal yedek akçeleri 50 Milyar ve bilanço zararı 150 Milyar TL. dir. Türk Hukukunda

---

116 Bkz., aşa., § 10, II, A, 1, ve B.

117 Bu konuda Bkz., **Sevilengül**, s. 428; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 695,697.

118 Hukukumuzda yeniden değerleme yapma imkânı sermaye kaybı durumuyla sınırlı değildir (Bkz., VUK., m. 298 mükerrer)..Oysa İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan son değişiklikler sırasında, yönetim kuruluna sadece mevcut sermaye kaybını gidermek için yeniden değerleme yapma imkânı tanınmıştır (İBK., 670.I). Bu konuda Bkz. **Homburger**, s. 56. Ayrıca Bkz., aşa., § 5, II, C.

119 Şüpheli alacaklar fonu, teknik anlamda bir karşılık değildir, Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 105,107.

120 Riziko gerçekleşmezse karşılığın durumu hakkında Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 108; **Tekinalp**, Bilanço, s. 250 vd., özellikle s. 257, 259. Vergi Hukuku bakımından her türlü karşılığın kurum kazancından indirilemeyeceği hakkında Bkz., KVK., m. 15, N.4.

121 Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 223.

122 "*Partisipationskapital*"

123 Bu konuda Bkz., **Böckli**, s. 891; **Homburger**, s. 39; Yapılan bu değişiklikten önce İsviçre Hukukunda da katılma sermayesi, sermaye kaybının tespiti sırasında esas sermayeye dahil sayılmamakta, bir öz kaynak kalemi olarak kabul edilmekteydi, Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 20.

124 Bu konuda Bkz., aşa. § 5, II, B.

yasal yedek akçeler ve katılma sermayesi sadece öz kaynaklar tarafında yer alacağından öz kaynaklar - esas sermaye ilişkisinin durumu şudur:

Esas sermaye : 100 Milyar TL.
Öz Kaynaklar : 100 Milyar TL.
Esas Sermaye : 100 Milyar TL.+
Katılma Sermayesi : 100 Milyar TL.+
Yedek Akçeler : 50 Milyar TL.+
Bilanço Zararı : 150 Milyar TL.-

Görüldüğü gibi burada Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi anlamında bir sermaye kaybı (esas sermayenin karşılıksız kalması) söz konusu değildir. Oysa İsviçre Hukukunda olduğu gibi katılma sermayesi ve yasal yedekler esas sermaye gibi işlem görseydi genel kurula bildirim yükümlülüğü doğacaktı:

Esas sermaye, Katılma sermayesi ve yasal yedek akçeler : 250 Milyar TL.
Öz Kaynaklar : 100 Milyar TL.
Esas Sermaye : 100 Milyar TL.+
Katılma Sermayesi : 100 Milyar TL.+
Yasal Yedek Akçeler : 50 Milyar TL.+
Bilanço Zararı : 150 Milyar TL.-

Olması gereken hukuk bakımından konunun değerlendirilmesi ileride yapılacaktır.[125]

C- GENEL OLARAK SERMAYE KAYBININ HUKUKSAL SONUÇLARI

Yukarıda değindiğimiz gibi, sermaye kaybı sonucunu doğurmayan zarar bilançosu için de bazı hukuksal sonuçlar öngörülmüşse de hukuken asıl önem taşıyan sermaye kaybı bilançosudur.[126] Sermaye kaybının 324. maddede öngörülen hukuki sonuçlarını ikinci bölümde ayrıntılarıyla inceleyeceğiz. Burada sermaye kaybının anılan maddenin kapsamı dışında kalan hukuki sonuçlarına değinmek istiyoruz.

Verdiğimiz tanımlarından da anlaşılacağı gibi, sermaye kaybından söz etmek için bunun mutlaka 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen düzeye ulaşması, yani esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması şart değildir.[127] Bu düzeye ulaşmayan sermaye kaybı da bazı hukuksal sonuçlar doğurur:

Sermaye kaybının en önemli sonucu, pay sahiplerine artık kâr payı dağıtılamamasıdır.[128] Çünkü kâr payı ancak safi iş yılı kârı ve birikmiş kâr toplamından oluşan bilanço kârından veya bu amaç için ayrılmış, ya da herhangi bir amaç hükmünü taşımayan yedek akçelerden dağıtılabilir (Bkz., TTK., m. 470.II). Oysa sermaye kaybında bütün açık yedek akçeler tüketildiği gibi, esas sermayenin aktifteki karşılı-

---

125 Bkz., aşa., § 6. II.

126 Bkz., **Koeferli**, s. 78.

127 Bkz., von **Greyerz**, Aktiengesellschaft, s. 245;

128 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 118; **Mejer-Hayoz-Forstmoser**, s. 264; **Mosimann**, s. 24; **Lanz**, s. 78; **Ochsner**, s. 16; **Schoop**, s.2;von **Steiger**, s. 16; Bkz., APOK., § 58.IV, Ayrıca Bkz., **Egner/Wolff**, s. 100; **Zillas**, s. 446.

ğını kısmen veya tamamen yok eden bir bilanço zararı mevcuttur. Sermaye kaybının tanımı gereği bu halde kâr payı dağıtımına konu olabilecek herhangi bir safi kâr ve yedek akçe kalmamıştır[129] İlerideki yıllarda ortaklık kâr etse bile, sermaye kaybı giderilmedikçe kâr payı dağıtılması gene mümkün değildir. Çünkü safi kâr bilanço zararı indirilmek suretiyle tespit edilir.[130]

Sermaye kaybının 324.maddede öngörülen şartlardan bağımsız olan bir diğer sonucu da Türk Ticaret Kanunu'nun 397. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüştür. Anılan hükme göre, esas sermaye zararlar sonucu bilançoda meydana gelen açığı kapatmak amacıyla ve bu açık oranında indirilecek olursa yönetim kurulu alacaklıları davetten ve bunların haklarının ödenmesinden veya temininden vazgeçebilir. Bu hükmü ileride 2/3 oranında sermaye kaybını incelerken ele alacağız. Burada şu iki hususu belirtmek istiyoruz: İlk olarak, burada açık veren bilanço ile kasdedilen herhangi bir zarar bilançosu olmayıp, sermaye kaybı bilançosudur. Bu nedenle bilançoda herhangi bir nedenle bulunan zarar kalemi, esas sermaye karşılıksız kalmadıkça yönetim kuruluna hükümde öngörülen kolaylıklardan yararlanma hakkı vermez. İkinci olarak bu hükmün uygulanabilmesi için sermaye kaybının mutlaka 324. maddede öngörülen düzeylere ulaşması gerekmez. [131]

D) GERÇEK VE GERÇEK OLMAYAN SERMAYE KAYBI

Bilanço zararı bakımından böyle bir ayırım yapılamayacağını, "gerçek zarar" yerine "sermaye kaybı" terimini kullanmanın daha doğru olduğunu belirtmiştik.[132]

Fakat sermaye kaybı kavramı içinde böyle bir ayırım yapılabilir. Bu ayırımda ölçü, sermaye kaybının tespitinde gizli yedek akçelerin dikkate alınıp alınmadığıdır. Gerçekten, bir bilanço sermaye kaybının varlığını göstermesine rağmen gizli yedek akçeleri çözmek suretiyle açığı tamamen gidermek imkânı bulunabilir.

Gizli yedek akçe, bilanço net malvarlığının düşük düzeyde kalan defter kayıtlarına uygun değeriyle işletme ekonomisi bakımından haiz olduğu değer arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır.[133] Bu fark aktiflerin düşük değerlendirilmesi veya pasiflerin olduğundan fazla gösterilmesi dolayısıyla ortaya çıkabilir.[134]

Gizli yedek akçeler bilinçli olarak ayrılmış olup olmamalarına göre iki gruba ayrılmaktadırlar.[135] Teknik anlamda gizli yedek akçe, yönetim kurulunca bilinçli olarak aktiflerin bilanço günündeki değerlerinden daha düşük bir değerle gösterilmesi veya başka bir yöntemle (amortismanların ve karşılıkların yüksek tutulması gibi) ya-

---

[129] Bkz., **Mosimann**, s. 24; **Lanz**, s. 78. İBK., m.675.II TTK., m. 470 ile aynıdır.

[130] Bkz., yuk. § 3, I, B, 2.

[131] İsviçre Hukukunda İBK., m. 735 ile ilgili aynı görüş için Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 8; **Koeferli**, s. 79, dipn. 17.

[132] Bkz., yuk. § 3, I, B, 2.

[133] Bkz., **Schultz**, s. 94; Ayrıca Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 704.

[134] Bkz., **Kupper**, s.5; **Schultz**, s. 94; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 704; Fakat borçların olduğundan yüksek gösterilmesi, mevcut olmayan veya sona ermiş borçların bilançonun pasifine geçirilmesi yoluyla gizli yedek akçe oluşturulamayacağı belirtilmektedir, Bkz., **Blumer/Graf**, s. ; von **Steiger**, s. 247.

[135] Bu konularda Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 124; **Schultz**, s. 94; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 635.

ratılan yedek akçelerdir (Bkz., TTK., m.458.I).[136] İstem dışı gizli yedek akçeler ise anonim ortaklıklarda en yüksek değer sınırlarını belirleyen yasa hükümleri (TTK ., m.460, 461) dolayısıyla ortaya çıkarlar. Aktiflerin değeri reel veya nominal olarak yükselirse bu değer artışını bilançoda göstermek mümkün olmadığından gizli yedek akçe oluşur.[137] Yukarıda anılan 458. madde karşısında yasal olarak bunlar da gizli yedek akçe kavramına dahildir. Çünkü yasa bilanço günündeki değeri (TTK., m.75,II) (gerçek işletme değerini) esas almıştır.[138] Fakat bunlar ancak yeniden değerleme yoluyla veya gizli yedek akçe oluşturan aktiflerin satılması sonucu,karşı edim dolayısıyla bilançoda yer alabilirler (Bkz., VUK., m. 298).[139]

Gerçek anlamda sermaye kaybı bilanço zararının ne açık ne de gizli yedek akçelerle kapatılamaması. bunlara rağmen esas sermayenin karşılıksız kalmasıdır[140] Bu durumda bilanço zararı bütün açık (yasal ve isteğe bağlı) yedek akçeleri aştığı gibi, zararı gizli yedek akçelerle kapatma imkanı dahi bulunmamaktadır.

Gerçek olmayan sermaye kaybı ise bilanço zararının açık yedek akçelerle kapatılamamasıdır. Açık yedek akçelerin zararı kapatmak için fiilen çözülmüş olmasına gerek yoktur.[141] Bu anlamda sermaye kaybına bilançoda görünen sermaye kaybı adını vermek de mümkündür. Gerçek olmayan sermaye kaybı gizli yedek akçelerin çözülmesi yoluyla giderilebilir.

Açık yedek akçeler bilanço zararını tamamen giderebiliyorsa ne gerçek ne de gerçek olmayan bir sermaye kaybı vardır.[142] Örneğin, sayısal olarak esas sermayenin yarısı oranında veya daha fazla bir bilanço zararı bulunmasına rağmen, bu zararı gidermeye yetecek ölçüde açık yedek akçe varsa bir sermaye kaybının varlığından söz edilemez.[143]

Gizli yedek akçeler esas alınarak yapılan bu ayırım 324. maddenin 1. fıkrası uyarınca genel kurula bildirim yükümlülüğünün şartlarını belirlemek bakımından önem taşır. Acaba gizli yedek akçeler çözülmeden hazırlanan bir bilanço sermayenin 1/2 oranında kaybedildiğini göstermesine karşın yönetim kurulu gerçekte bu açığı kapatmaya yetecek miktarda gizli yedeklerin bulunduğunu öne sürerek bildirim yü-

---

136 Bkz., **Karayalçın**, s. 124; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 704; **Schultz**, s. 94; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 635.

137 Bkz., **Karayalçın**, s. 124; **Schultz**, s. 94; Ayrıca Bkz., **Lanz**, s. 88. Değerlemedeki yanılmalarda gayri iradi gizli yedek akçe oluşmasına yol açabilir. Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 635.

138 İsviçre hukukunda aynı yönde **Schultz**, s. 94;ayrıca Bkz., İBK., m. 663.I.

139 Bkz., **Böckli**, s. 892.

140 İsviçre Hukukunda **Berler**, s.257; **Blumer/Graf** s. 184; **Boemle**, s.411; **Bürgi**, OR. Art.735 N.6, s.820; **Degiacomi**, s. 8; **Giroud**, s. 57; **Koeferli**, s. 78; **Lanz**, yazar gerçek zarar bilançosu ve gerçek sermaye kaybı bilançosu terimlerini farklı anlamlarda kullanmaktadır , s.34; **Schmid**, s.6-7; Alman Hukukunda, **Geßler** § 92, s. 101. N.2 **Hefehrmehl**, Gro~kom-m. § 92, s. 262 N.6; **Wurdinger**, s.28; **BGH**, BB., 58, 1181; Türk Hukukunda Gerçek sermaye kaybı bilançosu olarak nitelendirdiğimiz kavramın „Gerçek Zarar Bilançosu terimiyle ifade edildiği görülmektedir Bkz., yuk. § 3, I, B, 2. Farklılık sadece terminoloji bakımındandır.

141 Bkz., yuk. § 3, II, A. Tablo 1 ve 2.

142 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 5, s. 705; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 6.

143 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 6; **Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck**, KO., § 207, N. 7; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N. 12; **Müller**, s. 191, 207; **Zillas**, s. 446.

kümünü yerine getirmekten kaçınabilir mi? Ya da bildirim yükümlülüğünün doğması açısından sadece bilançoda görünen sermaye kaybı yeterli midir? Bu konuyu İkinci Bölümde „Genel Kurula Bildirim Yükümlülüğünün Şartları" başlığı altında inceleyeceğiz.

III- BORCA BATIKLIK

A- TERİM VE ETİMOLOJİK YAKLAŞIM

Türk hukuk literatüründe „Borca Batıklık" terimi yeni yeni kullanılmaya başlanmıştır.[144] Bazı yazarlar da bilançonun „borca batak" olmasından söz etmektedirler.[145] Bu terimin yerine genellikle „ Pasiflerin Aktifleri Aşması"[146] „Borçların Mevcudu Aşması"[147] ifadeleri tercih edilmektedir. Çünkü yasakoyucu da „şirketin aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi" (TTK., m. 324.II), veya „şirketin borçlarının mevcut ve alacaklarından fazla olması" (İİK., m. 179), „şirket borçlarının şirket mevcudundan fazla olması" (TTK., m. 446.II) „Mevcudun borca yetişmemesi" (TMK., m. 574) ifadelerini kullanmıştır. Aslında bunlar kavramı ifade eden bir terimden çok „tanım" niteliği göstermektedirler. Buna karşılık öğretide zaman zaman rastlanan „esas sermayenin tamamının karşılıksız kalması" deyimi[148] aynı zamanda bir yanlışı ifade etmektedir. Böyle bir durumda gerçi ortaklığın öz kaynakları tamamen tükenmiştir. Ancak borçlar malvarlığını aşmadıkça borca batıklık değil, sermaye kaybı vardır.[149]Bu aşama sermaye kaybı ile borca batıklık arasında sınır noktasıdır.[150]

İsviçre ve Alman Hukuklarında kavramı ifade etmek için öteden beri „*Überschuldung*" terimi kullanılır (Bkz., İBK., m. 725,725a, APOK., § 92). Büyük Düden sözlüğü „*Überschuldung*" kelimesini „Aşırı Derecede Borç Altına Girme" olarak açıklamaktadır.[151] Bu sözcüğün bu anlamıyla kavramı tam olarak ifade ettiğini söylemek güçtür. Esasen öğretide buna işaret edilmekte, hukuksal açıdan terime başka bir anlam verilmektedir. Anılan durumda aşırı derecede borç altına girildiği doğ-

---

144 Bkz., **Atalay**, s. 44 vd; **Çevik, AŞ.**, s. 450; **Franko**, s. 413; **Çağa**, von Steiger'in eserinin çevirisinde „Borca batıklık" terimini kullanmıştır, s. 390; **Kayar**, s. 125 vd, 169 vd; **Manavgat**, s. 144; **Pekcanıtez**, s. 48; **Karayalçın**, yazar bir makalesinde kavramı ifade etmek için "Aşırı Borçlanma" terimini kullanmıştır, İBK Değişiklikleri, s. 29.

145 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s.; **Tekinalp**, Yazar bu durumu gösteren bilançoya da „Borca Batak Olma Durumu Bilançosu" demektedir, Bilanço, s. 298; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 279.Aynı yönde **Seviğ**, s. 14.

146 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 621 vd.

147 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 161 vd; Ancak yazar kavramı ifade etmek için ayrıca „Aktifin Yetersizliği" terimini de kullanmıştır, **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 167, 168.

148 Bkz., Örn., **Erem**, s. 135; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16.

149 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 308.

150 Bkz., aşa., § 10, IV.

151 Bkz., **Der Große Düden**, Bd.1, 16. Aufl., Manheim 1967, s. 703.

rudur. Fakat bunun ölçüsü nedir? Yani hangi derecedeki borçlanma hukuksal açıdan „aşırı" sayılacaktır.? Açıktır ki, bu konuda bir ölçüte ihtiyaç vardır. Ölçüt „Malvarlığı - Borçlar" ilişkisi"dir. Böylece hukuksal bakımdan „*Überschuldung*" terimi „Malvarlığını Aşan Ölçüde Borç Altına Girme" anlamına gelmektedir. [152]

Bir kelimenin günlük dildeki anlamı ile hukuksal anlamı arasında fark bulunması her zaman mümkündür. Örneğin iflâs kavramı hukuksal açıdan günlük dildeki anlamı ile tam olarak çakışmaz. Tanım gibi terim seçmek yerine kavrama adını koymakta yarar vardır. Artık yerleşmeye başlayan borca batıklık terimini kullanmanın eski öğretide tercih edilen ifadelere kıyasla daha uygun olacağı kanısındayız. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddesinde terekenin "borca müstağnik" (batık) olmasından söz edilmiştir (Bkz. ve Karş. TMK. 574). Bu nedenle eski ifadenin yaşayan dildeki karşılığı olan borca batıklık terimi yasaya yabancı bir terim de değildir.

B - KAVRAM VE TANIM

Türk Ticaret Kanunu'nun 324.II. maddesine göre borca batıklık, ortaklığın aktiflerinin alacaklıların haklarını karşılamaya yetmemesidir (c.3).

Oysa Alman öğretisinde kavram Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 92. Paragrafına (f.2, c.2) uygun olarak biraz daha farklı tanımlanmaktadır. Buna göre borca batıklık, „bir kişinin malvarlığının mevcut borçlarını tam olarak karşılayamaması", ya da „ borçların malvarlığını aşması"dır.[153] Dikkat edilirse bu tanımda borca batıklığı belirleyen unsur „Malvarlığı - Borçlar" ilişkisi olduğu halde, bizim 324. maddede ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda[154] - en azından lafzi bakımdan- „Aktifler - Borçlar" ilişkisi esas alınmaktadır. Türk - İsviçre öğreti ve yargı kararlarında da yasal ifadeye uygun olarak borca batıklığın „Aktifler - Borçlar" ilişkisi ölçüt kabul edilerek açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir.[155] Gerçi Alman Hukukunda mahkemeye bildirim yükümlülüğünün doğması için borca batıklığın mutlaka bir bilançodan anlaşılması gerekmez. Bu nedenle tanımda bilanço terimlerine yer verilmediği söylenebilir. Ancak borca batıklığa hukuksal sonuç bağlanırken güdülen amaç dikkate alındığında, yani amaçsal yorum yöntemi ile hareket edildiğinde kanımızca Türk Hukuku açısından da „Malvarlığı - Borçlar" ilişkisini esas almak gerekecektir. Amaç alacaklıların korunması olduğuna göre hukuksal anlamda malvarlığının borçları karşılayıp karşılamadığı üzerinde durulmalıdır. Hukuksal anlamda malvarlığı ise, yıllık

---

[152] Bu konularda Bkz., **Fischer**, s.3-4.

[153] Bkz., **Baumbach/Hueck**, § 92, N.6. s. 286; **Harget**, s. 138; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 14, s. 264; **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., b. s. 434; **Krosigk**, s. 324; **Mejer-Landrot**, § 92, N. 7, s. 718.

[154] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. maddesindeki ifade de içerik olarak bizdekinden farklı değildir (f.2, c.2).

[155] Bkz., Türk Hukuku için yuk. dipn. 141'de anılan kaynaklar, İsviçre Hukukunda **Berler**, s. 258; **Böckli**, yazar borca batıklığı „yabancı kaynakların karşılıksız kalması" şeklinde tanımlamaktadır, s. 896; **Degiacomi** borca batıklığı bilanço zararının esas sermayeyi aşması şeklinde tanımlamaktadır, s. 8, **Duss**, s.69; Alman Hukukunda aynı yönde **Harneit**, s. 11; **Trumpler**, s. 390; **Schmid** ise Alman öğretisinde olduğu gibi borçların malvarlığını aşmasına borca batıklık demektedir, s. 39.

bilanço ile, keza bu bilançonun aktif ve pasifleriyle tam olarak çakışmaz. [156] Gerçi borca batıklığın da bir bilançodan tespit edileceği öngörülmüştür (TTK., m. 324.II).. Fakat ileride açıklayacağımız gibi bu bilanço yıllık bilançodan hem maddi, hem de şekli esaslar bakımından çok farklıdır. Şu kadarını söyleyelim ki, borca batıklığı tespit bilançosunda biri malvarlığı, diğeri borçlar olmak üzere iki kısım vardır ve alacaklıların haklarının karşılanmasına yarayacak bütün malvarlığı konularının piyasa değerleriyle göz önüne alınması gerekmektedir.[157]

Borca batıklık kavramının malvarlığının ve borçların değerlemesi ile yakın bir ilişkisi vardır. Öyle ki, borçların malvarlığı ile karşılanamaması şeklinde yapılan basit bir tanımın bir işletme söz konusu olduğunda yeterli açıklıktan uzak olduğu belirtilmektedir.[158] Değerleme ilkesine işaret etmeyen bir tanım renksiz bir tanımdır. Öğretide, yapılan bir ayırıma göre, değerlemede yıllık bilanço ilkelerinden hareket edilmişse şekli anlamda,[159] satış fiyatları esas alınmışsa maddi anlamda bir borca batıklık söz konusudur.[160] Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin 2. fıkrası gereğince düzenlenen ara bilançodan anlaşılan borca batıklık maddi niteliktedir. Şekli anlamda borca batıklık 324. madde açısından dolaylı bir işleve sahiptir.[161]

Borca batıklığın malvarlığının borçları karşılayamaması (ya da borçların malvarlığını aşması) şeklinde yapılan bu tanımının yanısıra oransal olarak da ifade edildiği görülmektedir. Buna göre „Malvarlığı/Borçlar oranı „1"den küçükse borca batıklık hali vardır.[162]

Mal topluluklarında veya özel malvarlığında borçların aktifleri aşması burada sözü edilen anlamda bir borca batıklık değildir.[163]

C - BORCA BATIKLIK VE SERMAYE KAYBI

Borca batıklık durumunda aslında aynı zamanda bir sermaye kaybı da mevcuttur.[164] Çünkü borca batıklık aşamasına gelinirken öncelikle bütün öz kaynaklar zararlar sonucu yitirilmiş, yani öz kaynaklar „0" noktasına inmiş, üstelik net değer esasına tabi bir bilançoda öz kaynaklar negatif rakamlarla ifade edilir hale gelmişlerdir. Varlıkların kaynağı ya öz ya da yabancı kaynaklardır. Borca batıklık aşamasında yabancı kaynaklar varlıklardan büyüktür. O halde „Varlıklar - Kaynaklar" denkliğini sağlamak için öz kaynakların negatif bir sayı ile ifade edilmesi gerekir.

---

156 Bkz., aşa., § 4, I, A.

157 Bkz., aşa., § 10, II.

158 Bkz., **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., b. s. 434.

159 Bilançosal borca batıklık, *bilanzmäßige Überschuldung*

160 Terim ve bilgi için Bkz., **Roth**, s. 206.

161 Sadece borca batıklık şüphesine neden olabilir, Bkz., aşa., § 10, I, B.3.

162 Bkz., **Ochsner**,yazar borca batıklığı yıllık bilanço açısından „Net aktifler (Aktifler toplamı - Bilanço zararı- dolaysız amortismanlar) /Borçlar oranını esas alarak belirlemektedir, s. 19. Aynı yönde **Schürer**, s. 95.

163 Bkz., **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., b. s. 434; **Schmidt**, Sinnwandel, s.167.

164 Bkz., **Berler**, s. 258.

Sonuçta borca batıklık iş yıllarının zararla kapatılmasının yol aştığı son aşamadır.[165] Bu durumdan hareket eden bazı yazarlar aslında sermaye kaybı ile borca batıklık arasında nitelik bakımından bir fark bulunmadığını, sadece sermaye kaybının derecesi bakımından birbirlerinden ayrıldıklarını öne sürmüşlerdir.[166] Bu bakış açısı, bazı yazarları sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti bakımından bilançoların aynı değerleme esaslarına tabi olması gerektiği noktasına itmiştir.[167]

Bu zamana kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanımızca sermaye kaybı ve borca batıklığı gerek esas alınan ölçütler, gerek bu iki duruma hukuksal sonuç bağlanırken güdülen amaçlar bakımından birbirinden ayırmak gerekir. Sermaye kaybında „öz kaynaklar - esas sermaye", borca batıklıkta ise „malvarlığı - borçlar" ilişkisi ölçüt işlevi görmektedir. Ölçütlerdeki farklılık değerleme esaslarına da yansımakta, sermaye kaybında kural olarak işletmenin devamlılığı varsayımı ile hareket edildiğinden yıllık bilanço ve bu bilançodaki değerler belirleyici rol oynamaktadır. Oysa borca batıklığa hukuksal sonuç bağlanırken güdülen amaç alacaklıların korunması olduğu için yıllık bilançonun aktif ve pasifleri değil, borçların hukuksal anlamda malvarlığı ile karşılanabilirliği esas alınmaktadır.

Tek kişi işletmelerinde ve kişi ortaklıklarında teknik anlamda sermaye kaybından söz etmek mümkün olmadığı halde[168] borca batıklık bütün hak süjelerini kapsayan bir kavramdır. Çünkü borca batıklığın esas sermaye kavramı ile doğrudan doğruya bir ilgisi yoktur. Başka bir deyişle esas sermaye borca batıklık kavramının bir unsuru değildir. Malvarlığı borçlarını karşılamaya yetmeyen her hak süjesi borca batık durumdadır. Fakat, tek kişi işletmeleri ve kişi ortaklıklarında borca batıklık özel bir iflâs nedeni sayılmamıştır.[169] Tek kişi işletmeleri ve kişi ortaklıklarının bilançoları ancak borca batıklık durumunda zorunlu olarak bir zarar kalemi gösterirler. Yani bu hak süjelerinde bilançoda görünen zarar kural olarak borca batıklığa işaret eder. Oysa sermaye ortaklıklarında daha sermaye kaybı halinde bilançoda bir zarar kalemi bulunur.[170]

Sadece öz kaynak finansmanına dayanan bir işletmede borca batıklık görülmez.[171] Böyle bir işletmede ancak sermaye kaybı söz konusu edilebilir. Öz kaynaklar nihayet en fazla „0" noktasına inebilirler.[172]

---

165 Bkz., **Duss**, s. 69.

166 Bkz., **Schürer**, yazar borca batıklığı Aktifler/Pasifler(Gerçek Pasifler, borçlar= < 1 olarak formüle ederken. Sermaye kaybını Aktifler/ Gerçek Pasifler + ½ .Esas Sermaye < 1 şeklinde ifade etmektedir. Buradan hareketle yazarın vardığı sonuç iki kavram arasında sadece derece bakımından bir farklılık bulunduğudur, s. 95.

167 Bkz., **Hirtz**, s.34; **Muser**, s. 29 vd; **Zillas**, s. 446.

168 Bkz., **Berler**, s.258.

169 Kişi ortaklıklarında sermaye kaybı ve borca batıklık hakkında Bkz., aşa., § 5, IV, B, 1.

170 Bkz., **Fischer**, s. 6.

171 Bkz., aşa. § 10, I, B, 2.

172 Salt işletme (ortaklık) çıkarları açısından düşünülürse bu durum borca batıklıktan daha vahimdir. Çünkü böyle bir halde hiç bir aktif de kalmayacağı için işletmenin yaşama yeteneği (mali durumun iyileştirilmesi imkânı) kalmamıştır, **Fischer**, s. 10.

D- BORCA BATIKLIK VE ÖDEMEDEN ACİZ HALİ

1- Genel Olarak Ödemeden Aciz Hali Kavramı

Ödemeden aciz hali, bir kimsenin muaccel borçlarının önemli bir bölümünü ödeyebilme iktidarını görünüşe göre devamlı olarak yitirmesidir.[173] Ödeme iktidarının kaybı geçici nitelikte ise[174] veya likit kaynaklardaki açık muaccel borçların önemli bir bölümünü kapsamıyorsa[175] likidite yetersizliğine bağlı bir „Ödeme Güçlüğü"'nden söz edilebilirse de (*Zahlungsstockung*) henüz ödemeden aciz hali mevcut değildir.[176]

Ödemeden aciz halinin başlıca nedeni süreklilik gösteren ve muaccel borçların önemli bir bölümünün ifasına engel olan likidite[177] yetersizliğidir.[178] Bu nedenle aciz halini, muaccel borçların sürekli biçimde ne likit varlıklar ne de kısa vadeli borçlarla kapatılamaması şeklinde tanımlamak da mümkündür.[179] O halde aciz halini belirleyen ölçüt, likit varlıklar - muaccel borçlar ilişkisidir. Duran varlıklar kural olarak paraya çevrilip likit hale getirilmedikçe bu ilişki bakımından bir değer taşımazlar. Meğer ki, bunların kısa vadede paraya çevrilebilecekleri kolaylıkla söylenebilsin. Henüz vadesi gelmemiş -genellikle uzun vadeli- borçlar bakımından da aynı durum söz konusudur.

Ödemeden aciz hali, ödeme güçlüğünden farklı olarak bir taraftan işletmenin mali yapısına (özellikle yatırım ve döner malvarlığı oranlarına), diğer taraftan işletmenin içinde bulunduğu sektördeki değişmelere kadar inen çok yönlü ve daha temeldeki nedenlere dayanır.[180] Bundan dolayı ödeme iktidarsızlığı sürekli niteliktedir.

---

[173] Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 305; **Baumbach/Hueck**, § 92, N.6, s.286; **Fischer**, s. 8; **Hoffmann**, s. 713; **Hefehrmehl**, Komm., § 92, N.13, s. 264; **Jäger/Weber**, KO., § 102, N.2; **Kayar**, s. 119; **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., N.2, s.433; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 336; **Manavgat**, s.144; **Mejer/-Landrot**, Komm., § 92, N.6, s.717; **Mettens**, Kölner Komm., § 92, N.12, s.759; von **Overbeck**, s. 155; **Umar**, s. 29; **RGZ** 50, 39-41; **BGH**, WM., 301, 1297.

[174] Ödeme iktidarındaki kaybın ne zaman sürekli kabul edilmesi gerektiği de öğretide tartışmalıdır. Bu konuda 10 günden altı aya kadar varan zaman süreleri ölçü olarak kabul edilebilmektedir. Bkz., **Hoffmann**, s. 715.

[175] Aciz halinin kabul edilebilmesi için likit varlıklarla muaccel borçlar arasındaki açığın ne kadar olması gerektiği tartışmalıdır. % 10'dan % 50'ye kadar varan ölçüler önerilmektedir, Bkz., **Hoffmann**, s. 714.

[176] Bkz., **Baumbach/Hueck**, § 92, N.6, s. 285; **Fischer**, s. 8; **Hoffmann**, s. 714; **Hefehrmehl**, Komm., § 92, N.13, s. 264; **Jäger/Weber**, AİK., § 30, N.1 vd., § 102, N.2; **K. Schmidt**, Konkursgründe, s. 336; **Mettens**, Kölner Komm., § 92, N.12; **Schmid**, s. 6.

[177] Likidite kavramının iki anlamı vardır. Mutlak anlamda likidite, bir işletmenin ödeme araçlarına ihtiyaç duyduğunda kendisine ait çeşitli malvarlığı ıpnılarını uygun bir zamanda paraya çevirebilmesi ve elde ettiği kaynakları yeniden o malvarlığı konusuna dönüştürebilmesini ifade eder. Nispi anlamda likidite ise (*relative Liquidität*) işletmenin elindeki halihazır likit kaynakların muaccel borçlarını karşılayabilmesi anlamına gelir. Bu konuda Bkz., **Hoffmann**, s. 713.

[178] Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 305; Bu açıdan dönen varlıkların duran varlıklara oranı büyük önem taşır. Bkz., **Tenker**, s. 20. Dönen ve duran varlıklar arasında uyum yoksa likidite sıkıntısı kaçınılmazdır.

[179] Bkz., **Boemle**, s.468; **Fischer**, s. 8; **Giroud**, s.44; **Koeferli**, s. 7; **Schmid**, s.6; **Weidmann**, s. 2; Aciz halinin likidite durumu ile ilişkisi hakkında ayrıca Bkz., **Hefehrmehl**, § 92, N. 16, s. 264-265.

[180] Bkz., **Mejer-Landrot**, § 92, N.6, s. 717.

Oysa ödeme güçlüğü geçici b,r likit kaynak sıkıntısının sonucudur. Fakat bir işletmede ödeme güçlüğünün mü, yoksa aciz halinin mi mevcut olduğunu belirlemek her zaman kolay olmayabilir. Başka bir deyişle ödeme sıkıntısının geçici nitelikte olup, iflâsın açılmasına gerek kalmadan bertaraf edilip edilemeyeceği konusunda bir yargıya varmak güçtür.[181] Ancak belirtmek gerekir ki, ödeme güçlüğü, çoğu kez aciz halinin bir öncüsü olarak karşımıza çıkar.[182]
Ödemelerin tatili ise, alacaklının ciddi bir şekilde ifaya zorlamasına rağmen borçlu tarafından muaccel ve çekişmesiz borçlarının büyük bir bölümünün veya tamamının artık yerine getirilmemesi veya getirilememesi ve bu durumun borçlunun iş çevresi içinde bilinir hale gelmesidir.[183] Borçlunun vadesi gelmiş birkaç borcunu ödememesi ödemelerin tatil edildiği anlamına gelmez.[184] Aynı şekilde ödemelerin tatili birkaç alacak için yapılan icra takibinin semeresiz kalmasından (alacağın aciz vesikasına bağlanmasından) da farklıdır.[185] Ödemelerin yapılmaması, iş çevresinde durumun açıklık kazanmasını sağlayacak ölçüde süreklilik göstermeli (geçici ve arızi nitelikte olmamalı), ayrıca borçların önemli bir kısmını kapsamalıdır. Örneğin, ortaklığın muaccel olan küçük çaptaki borçlarını ödemesi, fakat diğer (büyük) borçların ifası istemini reddetmesi durumunda ödemelerin tatil edildiğini kabul etmek mümkündür.[186] Buna karşılık ortaklığın konkordato teklif etmesi ve konkordato süresi verilmesi tek başına ödemelerin tatil edildiği sonucuna varmayı gerektirmez.[187] Nitekim, konkordato süresi içinde anonim ortaklığın ödemelerini tatil ettiği gerekçesiyle doğrudan doğruya iflâsı (İİK., m. 177.II) istenemez (Bkz., İİK., m. 289).

Ödemelerin tatili, aciz halinin sonuçlarının üçüncü kişiler tarafından açıkça görüldüğü bir aşama, başka bir deyişle aciz halinin somutlaşmış şeklidir.[188] Yani bu kavram aciz haline oranla daha dar kapsamlıdır. Fakat, aciz halinin en sık karşımıza çıkan şeklidir.

---

181 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 16, s. 265; **Hirtz**, s. 59; **Schmidt,** Konkursgründe, s. 336.

182 Bkz., **Schmidt,** Konkursgründe, s. 336;

183 Bkz., özellikle **BGH.**, 27.11.1974 tarihli karar, WM., 1975, s.6; **Amonn/Gasser**, s. 305; **Hüffer,** tanımında „Muaccel Para Borçları" unsuruna yer vermektedir, § 92, N.7, s. 394; **Kuru**, yazar ödemelerin tatili kavramına borçlunun alacaklıya açık veya kapalı irade beyanı ile muaccel borçlarını genel ve devamlı olarak ödemeyeceğini bildirmesi unsurunu da eklemektedir, Şahıs Şirketleri, s.9-10; **Kuru**, İflâs, s. 114; Bazı yazarlara göre ise ödemelerini tatil edildiği, iş çevresince borçlunun diğer davranışlarından da anlaşılabilir, Bkz., **Hoffmann**, s. 715; von **Overbeck**, s. 155. **Mettens**'de tanımında ödemelerin tatilinin başlıca nedeni olarak „açık şekilde geçici olmayan likidite sıkıntısı" na bir unsur olarak işaret etmiştir, Kölner Komm., § 92, N.12, s.759;**RGZ** 100, 62, 65; **BGH**. NJW., 1984, 1953; Ayrıca Bkz., AİK., § 102.II.

184 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar, özellikle Bkz., von **Overbeck**, s. 155. Karş., **Kuru**, yazar genel iflâs nedeni olarak ödemelerin tatilinden söz etmektedir, İcra iflâs, III, s. 2600, yazara göre İİK., m. 177.II'deki durum ödemelerin tatilinin açık bir şekilde düzenlenen özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır, s. 2765; Karş., ayrıca **Umar**, yazar borçlardan bazılarının ödenmemesini yeterli saymaktadır, s. 29-30.

185 Bkz., Örn. **Umar**, s. 30, dipn. 85; **Kayar**, s. 119-120, 122.

186 Bkz., **Kilger/Schmidt**, § 102 KO, N.3, s.435.

187 Bkz., **Amonn/Gasser**, s.305; **Berkin**,iflâs, s. 119;**Kuru**,İcra ve iflâs, s. 2765; **Üstündağ**, iflâs, s. 38-39;

188 Bkz., **Hoffmann**, s. 713, 715; **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., N.3, s.435; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 336, von **Overbeck**, s. 155.

Aciz halini teşhis etmek her zaman kolay olmamaktadır. Eğer aciz hali aynı zamanda ödemelerin tatili sonucunu doğurmuşsa durumu tespit etmek daha kolaydır.[189] Fakat belirtmek gerekir ki, ödemelerin tatili sadece aciz haline dayanmaz. Bilinçli de olabilir.[190] Özellikle duran varlıklardan bir kısmını elden çıkararak alacaklıları tatmin etme imkanı varken bu yapılmıyorsa ne ödemeden aciz hali ne de ödeme güçlüğü vardır, olsa olsa „Ödeme İsteksizliği"nden (*Zahlungsunwilligkeit*) söz edilebilir.[191] Bu durumda alacaklılar ortaklığın doğrudan doğruya iflâsını isteyebilirlerse de (Bkz., İİK., m. 177.II), borçlu ortaklık aciz halinde bulunduğunu öne sürerek kendi iflâsını isteyemez (Bkz., İİK., m. 178.I).

Sonuçta çoğu kez aciz halini tespit için likidite durumu bakımından bir inceleme yapmak gerekecektir. İncelemenin amacı, işletmenin muaccel para borçlarının önemli bir bölümünü ya da tamamını uzun süre ödeyemeyecek durumda olup olmadığını belirlemektir.[192] İşletme incelemenin yapıldığı tarihte bu ölçüde bir likidite sıkıntısı içindeyse henüz bunun sonuçları somut olarak görülmese bile, gene bir ödemeden aciz hali vardır. Görüldüğü gibi ödemeden aciz hali belirli bir tarih (an) itibarıyla belirlenmekte, o tarihte muaccel olan borçları ve likit varlıkları esas alınmaktadır. [193] Fakat Alman öğretisinde kavramın bu kadar dar tutulmasının yerinde olmadığı, likidite durumunun belli bir zaman dilimi esas alınarak belirlenmesi gerektiği görüşü savunulmuştur.[194] Buna göre, eğer bir borçlu vadesi daha sonra gelecek borçlarını karşılamaya yetecek ölçüde likit varlıklara sahip değilse ve görünüşe göre bu borçların vadesi gelene kadar yeni likit kaynak elde etmek iktidarından yoksunsa onu şimdiden ödemeden aciz hali içinde saymak gerekir. Gerçi borçlu henüz vadesi gelmiş borçlarını ödeyebilecek durumdadır. Ancak ileride vadesi gelecek borçlarını ödeyemeyeceği açıkça anlaşılıyorsa bunu bir iflâs nedeni saymak, daha sonra belli bir tarih itibarıyla gerçekleşeceği muhakkak olan aciz halinin olumsuz sonuçlarından kurtulmak bakımından da yararlı olacaktır. Alman öğretisinde bu anlamda aciz haline belli bir zaman dilimi itibarıyla likiditesizlik (*Zeitraumilliquidität*) denilmektedir.[195] Bazı yazarlara göre, yasa ödemeden aciz halini açıkça tanımlamadığı için bu görüşü sadece „olması gereken hukuk" bakımından değil „olan hukuk" bakımından da savunmak mümkündür. Yani yasa hükmü geniş yorumlanmalıdır.[196] Buna karşılık öğretideki diğer görüş ödemeden aciz halinin mevcut hu-

---

189 Bu konularda Bkz., **Hüffer**, § 92, N.7, s.394; **Schmidt,** Konkursgründe, s. 336.

190 Bkz., **Kayar**, s. 119.

191 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 305; **Mejer-Landrot**, § 92, N.6, s. 717.

192 Bkz., **Hoffmann**, s. 716; **Hüffer**, § 92, N.8, s.394. Ayrıca Bkz., **Schmidt,** yazara göre, ortaklık organları, iflâs hukukunun devreye girmesini önleyemeyecek hale gelmişlerse, artık ödeme güçlüğü değil, aciz hali vardır, Konkursgründe, s. 336;

193 Burada kıstas „incelemenin yapıldığı tarihteki likidite durumu"dur. Alman literatüründe buna éBelli bir tarih itibarıyla likiditesizlik" (*"Zeitpunkt-İlliquidität"*) denilmektedir, Bkz., **Hefehrmehl,** Großkomm., § 92, N.16; **Mertens,** Kölner Komm., § 92, N.27; **Hüffer**, § 92, N.8, s.394; **RGZ.**, 59,39,41; **RGZ**, 100, 62,65.

194 Bkz., **Hoffmann**, s. 716 vd.; **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., s.433.

195 Bkz., **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., s.433.

196 Bkz., **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., s.433.

kuk sistemine göre ancak belli bir tarih itibarıyla, o tarihteki muaccel borçlar esas alınarak belirlenmesi gerektiği kanısındadır.[197]

2- Borca Batıklık Kavramı ile Karşılaştırılması

Türk Hukuk öğretisinde ve yargı kararlarında uzun süre ödemeden aciz hali ve borca batıklık kavramları birbirine karıştırılmıştır.[198] Bazen yasakoyucu da bu kavramlardan birini diğerinin yerine kullanmıştır. Nitekim, Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin 2. fıkrasında „Şirketin Aciz Halinde Bulunduğu şüphesi"nden söz edildiği halde bu fıkrada düzenlenen ortaklığın borca batıklığıdır.[199]

Bu karışıklığın nedeni yasakoyucunun aciz hali kavramını tanımlayıp borca batıklıkla arasındaki sınırları çizmemiş olmasıdır (Bkz., İİK., m. 178).Ödemeden aciz hali ister belli bir tarih, ister zaman dilimi itibarıyla tanımlansın borca batıklık kavramından belirgin bir biçimde ayrılmaktadır.

Bir kere bir işletmenin borca batık olması, aynı zamanda mutlaka ödemeden aciz hali içinde bulunduğu anlamına gelmez. Yani borca batıklık veya bütün öz kaynakların yitirilmesi aciz hali kavramının zorunlu unsurları değildirler. [200] Sözgelimi halen kurumamış olan kredi kaynakları, işletmenin mali yapısının dönen varlıklar ağırlıklı olması, büyük borçların henüz vadesinin gelmemesi gibi nedenlerle ortaklık en azından bir süre muaccel borçlarını rahatlıkla ödeyebilir.[201] Bu nedenle borca batıklığın iflâs nedeni sayılması ortaklığın normalden daha önceki bir tarihte iflâs etmesi sonucunu doğurur. Bir başka deyişle ortaklığın iflâsı öne alınmış olur.[202] Gerçekten, yeterli likit kaynakları olduğu için bir süre muaccel borçlarını ödeyebilen, fakat aslında borca batık durumda olan bir ortaklık eğer özel bir iflâs nedeni öngörülmeseydi normal olarak iflâs edeceği ana kadar malvarlığı ile borçları arasındaki

---

197 Bkz., **Hüffer**, yazar özellikle hukuki ve cezai yaptırıma bağlanmış olan APOK § 92.II hükmü karşısında hukuki bakımdan açıklığı ve güvenliği zedeleyebilecek böyle bir görüşün reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır. § 92, N.8, s.395;

198 Bkz., Örn., **Y. 19. HD**, 31.10.1996 tarih ve 7306/9597 sayılı Kararı. YKD., 1997, S.4, s. 571 vd.Bazı yazarlar TTK.'nun 324.II maddesinin 3. cümlesinde sözü edilen şirketin aktiflerinin alacaklıların haklarını karşılamaya yetmemesini „Aciz hali" olarak nitelendirmektedirler, Bkz., **Ansay**, AŞ., s.39, **Arslanlı**, AŞ. 1, s. 96,99, 121; **Çevik**, AŞ., s. 525; **Çevik**, Kooperatif, s. 587; **Domaniç**, AŞ., s. 539; **Franko**, s. 410, **Postacıoğlu**, iflâs, s. 18; Ayrıca Bkz., aşa.. § 10, I, B, 1.

199 Bu konuda Bkz., aşa. § 10, I, B, 1.

200 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 305; **Baumbach/Hueck**, § 92, N.6, s.286; **Bürgi**, ORç, 725, N.9, s. 707; **Fischer**, s.8; **Hoffmann**, s. 715; **Schech**, s. 22; **Schmid**, s. 6; von **Steiger**, Orijinal, s. 331.

201 Açıklamalar ve çeşitli örnekler için Bkz., **Fischer**, s. 8; **Hoffmann**, s. 715; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 16; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 622; **Kuru**, İflâs, s. 5-6; **Schmid**, s.6; **Kilger/ Schmidt**, § 102 KO., s. 435; Ayrıca Bkz., **Üstündağ**, iflâs, s. 38; **Pekcanıtez**, s. 24; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, yazar önce borca batıklığın anonim ortaklıklar için özel bir iflâs nedeni olduğunu belirtmiş, daha sonra bir ortaklığın aciz haline düşmesinin mutlaka muaccel borçlarını ödeyememesi anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Yazarın aslında „aciz hali" ile „borca batıklığı" kasdettiği anlaşılmaktadır, s. 167.

202 Bkz., **Kilger/Schmidt**, § 102 KO., s. 435; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 335-336;**Schmidt**, Sinnwandel, s.169.

mevcut açığı daha da büyütecek, bu da hakları henüz tatmin edilmemiş olan diğer alacaklılara zarar verecekti.

Yukarıdaki durumun tam tersi olarak borca batıklıktan çok uzakta bulunan bir işletme likit kaynak darlığı yüzünden ödemeden aciz haliyle karşılaşabilir.[203] Özellikle duran varlıkların kolaylıkla paraya çevrilememesi veya vadesi gelmiş büyük miktardaki alacakların tahsil edilememesi böyle bir sonucu doğurabilir.[204]
İşletmenin aynı zamanda hem borca batık hem de aciz halinde bulunmasının gerekmemesi, bu iki kavramı belirleyen ölçütlerin farklı olmasının bir sonucudur. Borca batıklıkta bütün malvarlığı konuları ve (muaccel olsun olmasın) bütün borçlar karşılaştırılırken, aciz halinde likit (dönen) varlıklar ile muaccel borçlar arasında ilişki kurulmaktadır.[205]

Fakat kabul etmek gerekir ki, çoğu kez bir işletmede aciz hali ve borca batıklık aynı anda karşımıza çıkacaktır. Örneğin likiditeyi sağlamaya yönelik işletme içi tedbirler sonuçlarını en erken orta vadede doğururlar. [206] Borca batık bir işletmede bu tedbirlerin başarı şansı daha azdır.[207] Likiditesizliği sona erdirmek için başvurulabilecek işletme dışı tedbirler bakımından durum daha vahimdir. Böyle bir işletme kısa vadeli kredi sağlamakta da zorluklarla karşılaşır. Çünkü kredi temini çoğu kez bilançonun ibrazına bağlıdır.[208] Sonuçta borca batık bir işletme kısa zamanda aciz haline düşer. Aynı şekilde aciz hali de işletmeyi borca batıklığa sürükler.[209]

Yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere kavramsal açıdan birbirinden tamamen farklı olan borca batıklık ve ödemeden aciz halinin tespiti de farklı esaslara tabidir. Aciz halinin tespiti bakımından çoğu kez tek başına bilançodan hareket edilemez.[210] Burada daha çok likidite analizleri ve bu analiz sonuçlarının muaccel borçlarla karşılaştırılması belirleyici rol oynar. Çeşitli malvarlığı konularının paraya çevrilebilme ihtimalleri üzerinde durulur. Oysa borca batıklıkta bütün malvarlığının ve bütün borçların gerçek değerleriyle karşı karşıya getirilmeleri gerekir.[211]
Borca batıklık ile ödemeden aciz hali arasındaki bir fark da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından karşımıza çıkabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 324.

---

203 **Fischer**, s. 8; **Hoffmann**, s. 715; **Hefehrmehl**, Komm., § 92, N. 16, s. 265; **Schmid**, s. 6; **Kuru**, yazar ödemelerin tatiliyle karşılaştırma yapmaktadır. Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 622

204 **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 167-168; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 9, s. 707; **Fischer**, s.8

205 Yani bunlardan ilki ortaklığın malvarlığı durumuyla, ikincisi nakit durumuyla ilgilidir, Bkz., **Hoffmann**, s. 715.

206 Bkz., **Fischer**, s. 9.

207 Çünkü negatif bir sermaye negatif verimlilik ve kârlılık doğurur, Bkz., **Hoffmann**, s. 715.

208 Bkz., **Hoffmann**, s. 715; **Fischer**, s. 9.

209 Bkz., **Drukarczyk**, s. 559; **Schmid**, s. 6, yazarlar özellikle orta ve büyük çaptaki işletmelerde çoğu kez aciz hali ile borca batıklığın bir arada görüleceğini belirtmektedirler.

210 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 16, s. 265.

211 Aciz halinin tespiti bakımından aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir bilanço düzenlemenin fazla bir önemi yoktur. Yıllık bilanço da likit varlıklar – muaccel borçlar ilişkisini ortaya koyabilir. Değerleme esaslarının değiştirilmesiyle yıllık bilançoda görülen borca batıklığı ortadan kaldırmak mümkün iken malvarlığında reel bir artışa yol açmayan böyle bir işlem likidite durumunu etkilemez. Bkz., **Lanz**, s.90.Belki sadece paraya çevrilebilme ihtimali olan duran varlıkların satış fiyatlarını belirlemek gerekebilir.

324. maddesi uyarınca borca batıklığı tespit etmek ve durumu mahkemeye bildirmek yükümlülükleri organ olarak yönetim kuruluna verilmiştir. Bu nedenle durumun zamanında tespit edilmemesi ve bildirim yükümlülüğünün ihlali durumunda 319. madde çerçevesinde yönetim yetkisi bölünmüş veya murahhaslara bırakılmış olsa bile bütün yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu olurlar (TTK., m.336.II, N. 5). Aciz halinin tespiti ve gerekli tedbirlerin alınması bakımından ayrıca ve açıkça yönetim kuruluna yüklenmiş bir yükümlülük bulunmadığı için yönetim yetkisi bölünmüş veya murahhaslara bırakılmışsa sorumluluk kural olarak finansal işlerden sorumlu yönetim kurulu üyesine ve finansal departmana ait olacaktır.[212] Bu kişiler aciz halini zamanında tespit edip gerekli tedbirleri almadıkları için sorumlu olurlar.

IV- GENEL OLARAK SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ SORUNU

A- DURUMUN BİLANÇODAN TESPİTİ KURALI

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesine göre hem sermaye kaybı, hem borca batıklığın bir bilançodan tespiti gerekir. Sermaye kaybı ve borca batıklığın varlığına ilişkin tahmin ne kadar sağlam temellere dayanırsa dayansın, maddede öngörülen bildirim yükümlülüklerinin gündeme gelmesi bakımından yeterli değildir.[213] Böyle bir durumda yapılacak iş en kısa zamanda bir bilanço düzenlemektir.[214]

Oysa Alman Hukukunda durumun mutlaka bir bilançodan tespiti gerekmez. Ortaklık yönetiminin yükümlülüklerine uygun olarak kullandığı takdirine göre sermaye kaybı veya borca batıklığın mevcut olduğu sonucuna varılması yeterlidir (APOK., § 92).[215] Alman öğretisinde bu düzenlemenin yerinde olduğuna şu gerekçeler gösterilmektedir: Genel kurula bildirim yükümlülüğünün doğması için durumun mutlaka bir bilançodan tespiti gerekseydi, ortaklık yönetimi yılsonu bilançosunun düzenlenmesini elinden geldiği kadar geciktirebilir, gerektiğinde iş yılı içinde ara bilanço hazırlamaktan kaçınabilirdi. Ortaklık yönetimi mali durumu sürekli gözetmekle yükümlü olduğundan, mali durumdaki bozulmanın hangi düzeye ulaştığını bilmek zorundadır. Bir sorumluluk davasında sermaye kaybını gösteren bir bilanço bulunmadığını öne sürerek sorumluluktan kaçınamaz.[216] Fakat Alman Hukukunda da durum yönetim kurulunun kolayca takdir edebileceği kadar açık değilse, özen yükümünün bir arabilanço düzenlenmesini gerektirebileceği belirtilmektedir.[217]

---

212 Finansal birimin görev ve fonksiyonları hakkında Bkz., **Aksoy**, s. 6-7.

213 Bkz., **Lanz**, s. 81; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 13.

214 Bkz., aşa. § 6, III; § 7, II, A; § 10, I, C.

215 Bkz., aşa. § 5, I, A ve B. İsviçre Hukukunda durum bizdeki gibidir, Bkz., aşa., .§ 5, II, C ve D.

216 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm.,§ 92, N.5, s. 261; Ayrıca Bkz., **Kupsch**, s. 274.

217 Bkz., **Hefehrmehl**, yazara göre esas sermayenin en az yarısının karşılıksız kaldığı kesin değilse, bir arabilançosu düzenlenmesi tavsiye edilebilir, Hatta yazar böyle bir yükümlülüğün § 93.I'deki genel ö-

Oysa, Türk ve İsviçre Hukuklarında yasanın durumun tespiti bakımından mutlaka bir bilançonun varlığını gerekli görmesi doğru bulunmaktadır: Çünkü, mali durumun iyileştirilmesine yönelik somut tedbirlerin uygulanabilmesi için herşeyden önce mali durumdaki bozulmanın derecesinin kesin olarak bilinmesi gerekir.[218]

Bu ana kuraldan çıkan sonuç şudur: Sermaye kaybı ve borca batıklığı ancak ortaklık yönetim kurulu kesin olarak tespit edebilir. Çünkü 325. madde gereğince bilanço düzenlemek yetki ve görevi yönetim kuruluna aittir. Esasen bu nedenle 324. madde genel kurula ve mahkemeye bildirim yükümlülüklerini yönetim kuruluna yüklemiştir. Denetçiler bilanço düzenleme yetkisine sahip olmadıklarına göre bunların 324. madde anlamında sermaye kaybını ve borca batıklığı tespit etmesi mümkün değildir Bkz., TTK., m. 353.N.1).

324. maddenin öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmesi durumun bir bilançodan anlaşılması şartına bağlı olmakla birlikte, aşağıda ilgili bölümlerde belirteceğimiz gibi, gerek sermaye kaybının gerek borca batıklığın varlığına işaret eden ciddi şüphe nedenlerinin bulunması halinde yönetim kuruluna anılan maddede öngörülen bildirim yükümlülüklerinden önce gelen bir yükümlülük daha düşer. Bu yükümlülük ara bilanço düzenleme yükümlülüğüdür.Maddenin 2. fıkrasında borca batıklık şüphesi bakımından bu husus açıkça öngörülmüştür. Ancak sermaye kaybı şüphesi halinde de durum farklı değildir.[219] O halde diyebiliriz ki, sermaye kaybı ve borca batıklığa bağlanan hukuki sonuçlar daha durumdan şüphelenilmesi halinde başlamaktadır. Bu yönüyle Türk hukukundaki düzenleme Alman hukukundan sanıldığı kadar farklı değildir. Sadece bildirim şartı olarak bir bilanço aranmaktadır. Bildirim yükümlülüğünün ihlali durumunda sorumluluk bilanço düzenlendiği andan itibaren değil, bilançonun düzenlenmesi gereken andan itibaren başlamaktadır. Doğaldır ki, bu durum yönetim kurulu üyeleri için ciddi bir riziko oluşturur. Özellikle şartların belirsizliği halinde bir yargıya varmak güçlük gösterebilir. Ancak, haklı olarak belirtildiği gibi, yönetim kurulu sermaye kaybı ve borca batıklık şüphesi bakımından şartların belirsizliği gerekçesine sığınamaz.[220] Çünkü normal olarak bu durumu en iyi takdir edecek organ yönetim kuruludur. Aksi yorum gerekli tedbirlerin zamanında alınmamasından etkilenen pay sahipleri ve alacaklılara ait çıkarların sorumlu organ lehine bir yana bırakılması anlamına gelir.

Sermaye kaybı ve borca batıklığın mümkün olan en erken tarihte tespiti sadece sorumluluk yönünden değil, mali durumun iyileştirilmesi imkânlarını genişlemesi bakımından da büyük öneme sahiptir. Gerçekten durum ne kadar erken teşhis edilirse „tedavi" de o kadar kolay olacaktır.

---

zen yükümünden veya ortaklık anasözleşmesinden kaynaklanabileceğini belirtmektedir. Großkomm.,§ 92, N.5, s. 261.

218 Bkz., Lanz, s. 81.

219 Bkz., aşa. § 6, III, A.

220 Bu konularda Bkz., Kupsch, s. 274.

B- DURUMUN TESPİTİNDE İÇ VE DIŞ DENETİMİN ROLÜ

1- İç Denetimin Rolü

a) Denetçiler

324. maddeye göre sermaye kaybı ve borca batıklık bilançolardan anlaşılır. Ortaklık bilançosunu hazırlamak ise yönetim kurulunun görevidir (TTK., m. 325). Denetçiler sadece yönetim kurulu üyeleriyle işbirliği ederek bilançonun düzenlenme şeklini belirleyebilirler (TTK., m. 353, N.1).[221] O halde sermaye kaybı ve borca batıklığın doğrudan doğruya denetçiler tarafından tespit edilmesi mümkün değildir.

Fakat buna rağmen durumun tespitinde denetçiler önemli rol oynayabilirler. Denetçilerin en başta gelen görevleri ortaklık hesap ve defterlerini (TTK., m. 353, N.2(ve bilançoyu (TTK., m. 353, N.6) incelemektir. Denetçiler bu incelemeleri (denetimleri) sonunda sermaye kaybı veya borca batıklığı açıkça görebilecekleri gibi örtülü bir sermaye kaybı veya borca batıklıkla da karşılaşabilirler. Yönetim kurulu bilinçli olarak veya olmayarak gerçekte var olan bir sermaye kaybını ya da borca batıklığı bilançoya yansıtmayabilir. Eğer yönetim kurulu tarafından düzenlenen bilanço aktiflerin fazla değerlendirilmesi veya borçların düşük gösterilmesi nedeniyle mevcut bir sermaye kaybı veya borca batıklığı göstermiyorsa durumun tespiti bakımından denetçilerin rolü büyük önem kazanır.[222] Bunun için yapılan denetimin "şekli" değil, "maddi" nitelikte olması, yani muhasebe kayıtlarının gerçeğe uygunluğunu tespite yönelmesi gerekir.[223]Yıllık bilançonun ortaklığın mali durumunu olduğundan daha iyi göstermesi, hem genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine,[224] hem de malvarlığının korunması ve kamuyu aydınlatma ilkelerini gerçekleştirmeyi amaçlayan yasa hükümlerine aykırı düşer.[225] Ayrıca denetçiler, ortada sermaye kaybını veya borca batıklığı tespit eden bir bilanço bulunmasa bile, durumdan şüphelendiklerinde defter kayıtlarını incelemekle yükümlüdürler.[226] Denetçiler incelemeleri sonunda bir sermaye kaybı veya borca batıklığın mevcut olduğu kanısına varırlarsa, genel kurulu bizzat olağanüstü toplantıya çağırmalıdırlar (Bkz., TTK., m. 353,I N.8,355). [227]

Hukukumuzda denetçilerin görev alanı İsviçre hukukundan[228] çok daha geniştir (Bkz., TTK., m. 353-357).[229] Bu görevler sadece yılsonu hesaplarının kontrolü,

---

221 Denetçilerin buradaki görevleri de danışmanlık niteliğinde olup nihai kararı vermek yetkisi yönetim kurulundadır, Bkz., **Arslanlı**, II-III, s. 251; **Y.Bilgin**, s. 61.

222 Bkz., **Lanz**, s. 96, özellikle dipn. 123.

223 Şekli ve maddi denetim kavramları hakkında Bkz., Örn. **Atasoy**, s. 34.

224 Bkz., **Brooks**, s. 53 vd.; **Kirmikil**, s. 162 vd.; **Uman**, s. 23.

225 Bkz., von **Steiger**, s. 248.

226 Bkz., § 6, IV, C, 2. ve § 11, IV, C.

227 Denetçiler durumu zorunlu ve ivedi görürlerse, daha önce yönetim kurulunu uyarmaksızın doğrudan doğruya genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilirler, Bkz., aşa. § 6, IV, C, 2.

228 Bkz., aşa., § 6, II, C.

229 TTK.'nun denetlemeye ilişkin hükümleri değişik orijinli olup, hem Alman sistemine hem de İsviçre' deki klasik sisteme ait unsurları bünyesinde bulundurmaktadır, Bu konularda Bkz., **Arslanlı**, AŞ. II-III,

yasa ve esas sözleşmeye uygunluk denetimiyle sınırlı değildir.[230] Ortaklığın mali durumundaki gelişmeleri izlemek yönetim kurulu kadar denetçilerin de görevidir.[231] Zira denetçiler ortaklığın iş ve işlemlerini denetlemek (TTK., m. 353.I) ve mali durum hakkındaki tespitlerini raporlarında belirtmekle (TTK., m. 354, c.1) yükümlüdürler. O halde yönetim kurulu sermaye kaybını tespit edip genel kurulu toplantıya çağırsa bile, denetçilerin de ayrıca konuyu incelemeleri, kendi tespit ve görüşlerini genel kurula sunmaları gerekmektedir. Denetçiler yönetim kurulunun diğer bütün işlemleri gibi 324. maddenin 2. fıkrası gereğince düzenlenen ara bilançoyu da kendiliğinden (res'en) incelemeye yetkilidirler (Karş. İBK. 725. II).[232]

b) Özel Denetçi

Anonim ortaklıkta hem denetçilerin hem de yönetim kurulu üyelerinin genel kurulda payların çoğunluğunu elinde bulunduranlar tarafından seçilmesi denetimin sağlıklı bir biçimde yürütülmesine engel olabilir. [233] Azınlıktaki pay sahiplerinin tek başlarına ortaklık işlemlerini denetim yetkileri bulunmamakla birlikte belirli bit zaman dilimi içinde ortaya çıkan belirli bazı konular için özel denetçi atanmasını isteme yetkileri vardır (Bkz., TTK., m. 348.II). Genel kurul da gerektiğinde özel denetçi atanmasına karar verebilir (TTK., m. 348.I).

Azınlığın özel denetçi atanmasını isteyebileceği haller arasında bilançonun gerçekliğinin incelenmesi de sayılmıştır. Buna göre azınlık pay sahipleri bilançonun gerçeği yansıtmadığını öne sürerek genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteyebilecekleri gibi (m. 348.II).. bu istemin genel kurulca reddi halinde -eğer iddialarını doğrulayan kesin ve inandırıcı delilleri varsa- mahkemeye özel denetçi ataması için başvurabilirler (m. 348.II,III). Öğretide savunulan görüşe göre, azınlık bilançonun hangi bakımlardan gerçeği yansıtmadığını başvuru sırasında bildirmelidir.[234] Azınlığa tanınan bu hak örtülü bir sermaye kaybı veya borca batıklığın ortaya çıkarılmasında önemli rol oynayabilir. Denetçilik için uzmanlık şartı öngörülmediği düşünülürse (Bkz., TTK., m. 347), atanacak uzman bir "özel" denetçinin bu konuda daha etkili olacağı, üstelik çok daha bağımsız hareket edeceği söylenebilir.

---

s. 93 vd.; **Ansay**, Murakabe Yolları, s. 37 vd.; **Atasoy**, s. 87 vd.; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 312, özellikle s. 316 vd.

230 İsviçre Hukukunda 1991 değişikliklerine rağmen denetçilerin görev alanı pek fazla geniş değildir, Bu durum öteden beri eleştirilmektedir. Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 728, N. 4; **Schucany**, OR. Art. 728, N. 2.

231 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282; Oysa İsviçre hukukunda denetim kural olarak iş yılı sonu ile sınırlıdır. Bkz., **Lanz**, s. 97. Fakat yönetim kurulu düzenlemiş olduğu bir ara bilançoyu denetçilere sunduğunda denetçilerin bunu incelemekle yükümlü oldukları belirtilmektedir, Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22, ayrıca Bkz., aşa., § 5, II, C.

232 Alman Hukukunda Gözetim Kurulu (*Aufsichtsrat*) sistemi uygulanmaktadır. Gözetim kurulunun yetkileri Türk Hukukundaki denetçilerden daha geniş olduğu gibi, azledilmeleri daha güç olduğundan (Bkz., APOK., § 103, I) sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde daha etkin durumdadırlar.

233 Anonim ortaklıklarda geçerli olna çoğunluk ilkesinin iç denetim bakımından ortaya çıkardığı sorunlar hakkında Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 3. TTK.'da pek çok hukuk sistemine kıyasla denetçilere çok geniş yetkiler verilmesine rağmen getirilen düzenlemenin yeterince işlemediği hakkında Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 171 vd.; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 316-317; **Uman**, s. 25.

234 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 247, dipn. 184; **Moroğlu**, Özel Denetçi, s. 350.

Acaba azınlık doğrudan doğruya 324. maddede öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için de özel denetçi atanmasını isteyebilir mi? 348. maddenin 2. fıkrasında azınlığın özel denetçi atanması için başvuruda bulunabileceği haller sınırlı (tahdidi) olarak sayılmıştır. [235] Fakat maddede öngörülen haller geniş yoruma elverişlidir. Nitekim maddede yasa veya esas sözleşme hükümlerine önemli bir surette aykırı hareket edilmesi denetim konuları arasında belirtilmiştir. 324. maddeye aykırılığın yasanın önemli surette ihlali olduğunda ise tereddüt yoktur. Aşağıda yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sorumluluğu dolayısıyla belirteceğimiz gibi,[236] ortaklığın gidişini ve mali durumunu devamlı gözetmekle yükümlü olan bu kişilerin sermaye kaybı veya borca batıklık şüphesi ortaya çıktığında.324. maddedeki şartların oluşup oluşmadığını inceleme yükümlülükleri vardır. Böylece, 324. maddeden doğan yükümlülükler sermaye kaybı ve borca batıklık şüphesinin ortaya çıkması anında başladığından daha bu aşamada (durumun tespitinde) yasaya aykırı davranıldığı iddiasıyla özel denetçi atanması istenebilir. Özel denetçi yönetim kurulu üyelerinin durumun tespitinde ihmal gösterip göstermediklerini, sonuç itibarıyla ortaklığın gerçekten sermaye kaybı veya borca batıklık içinde olup olmadığını inceleyecektir. Üstelik bu durumda yasaya aykırılık hali bir "ihmal" fiiline dayandığından, dolayısıyla sermaye kaybı veya borca batıklık giderilmedikçe anılan yasaya aykırılık (ihmal fiili) devam ettiğinden, 348. maddedeki iki yıllık zaman sınırlaması da bir sorun oluşturmayacaktır (Karş., m. 348.II).

348. maddenin 1. fıkrasında genel kurulun gerektiğinde doğrudan doğruya özel denetçi atayabileceği öngörüldüğüne göre, azınlık oluşturmayan bireysel pay sahipleri, ortaklığın tasfiyesi durumunda tasfiye memurları da özel denetçi atanmasını genel kuruldan isteyebilirler.[237] Bunun için tek şart denetlenecek konunun belirli olmasıdır. Fakat genel kurul istemi reddederse bu kişiler özel denetçi ataması için mahkemeye başvuramazlar. Sadece 381. maddedeki şartların varlığı halinde genel kurulun red kararına karşı iptal davası açabilirler.[238] Azınlığın istemi kadar etkili olmasa da uygulamada bu imkân da sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde rol oynayabilir. Özellikle tasfiye halinde genel kurul gündemi tasfiye memurları tarafından belirlendiğinden bu mekanizma daha rahat işleyebilir.[239]

2- Dış Denetimin Rolü

Geniş anlamıyla dış denetim, özel ve kamu kuruluşlarınca yapılan denetimlerin tümünü kapsar.[240] Bu denetimin en önemli özelliği, ortaklık dışında tarafsız kişi ve kuruluşlarca yapılmasıdır.[241]

---

235 Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 741; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 321.

236 Bkz., aşa. § 8, II, A; 1, 3; § 11, VIII, A.

237 Bu konuda Bkz., **Teoman**, Özel Denetçi, s. 68; **Domaniç**, AŞ., s. 738 vd.; **Moroğlu**, Özel Denetçi, s. 346.

238 Bkz., ve Karş., **Domaniç**, AŞ., s. 738 vd. özellikle s. 743.

239 Bu yönde Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 739.

240 Bkz., **Arkan**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 47; **Atasoy**, s. 28.

Ortaklığın sorumlu kişilerinin genellikle ortaklığın mali durumunu olduğundan iyi gösterme eğilimleri vardır. Özellikle mali durumdaki bozulma sorumluluklarını gerektirdiği zaman bunu gizlemeye çalışmaları ender rastlanacak olaylardan değildir.[242] Ortaklığın yönetimiyle görevli olanların muhasebe kayıtlarının ve mali tabloların düzenlenmesinden de sorumlu olmaları bu kayıt ve tabloların doğruluğu hakkında şüphelere neden olur.[243] Ayrıca işletme krizinin gelecek dönem veya dönemlerde aşılacağına inanılması, yönetim kurulunu 324. maddede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmekten alıkoyabilir. Maddede öngörülen bildirim yükümlülüklerine uyulmamasının başlıca yaptırımı tazminat olduğundan (fakat Bkz., İİK., m. 345a) kriz gerçekten atlatılırsa yönetim kurulu bu ihmali dolayısıyla herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmayacaktır. Oysa krizin (yani sermaye kaybı ve borca batıklığın) giderilememesi ihtimali de vardır. Yönetim kurulu üyelerini de seçen genel kuruldaki çoğunluğun iradesinin dışına çıkamayan ve ortaklığa ücret bağı ile bağlı bulunan denetçilerin bu hukuka aykırılıkları tespit konusunda gereken iradeyi gösteremeyecekleri açıktır.[244] Ayrıca işletmenin hacmi büyüdükçe ve teknoloji ilerledikçe iç denetim yetersiz kalmaktadır.[245] Bu durumda sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde ortaklık dışı unsurların rolü önem kazanmaktadır. Hatta -başta alacaklılar olmak üzere- üçüncü kişilerin çıkarlarını ilgilendiren durumlarda yönetim kurulu yükümlülüklerine uymaya hukuki veya ekonomik açıdan zorlanabilmelidir. Gerçekten iç denetimin aksine dış denetim daha çok ortaklık dışı çıkarlara hizmet etmektedir.[246] Bazen kredi veren bir bankanın ortaklığın mali durumu hakkında yaptığı inceleme bile iç denetime kıyasla daha gerçekçi olabilir. Ayrıca bu inceleme ortaklık içi denetim mekanizmalarının işletilmesine vesile de olabilir. Fakat, ortaklığın ilgi çevresi içindeki banka gibi kuruluşların da mali durum hakkında her zaman tam ve doğru bir bilgi sahibi oldukları söylenemez.[247] Durumun tespitinde rol oynayabilecek en etkili ortaklık dışı unsurlar, bağımsız veya resmi denetim kuruluşlarıdır.

Burada bankalar ve sigorta ortaklıkları için öngörülen özel (dış) denetim üzerinde durulmayacak genel olarak anonim ortaklıkların tabi oldukları dış denetim açısından değerlendirme yapılacaktır.

a) Kamu Denetimi

Anonim ortaklıklar için genel kamu denetimi Türk Ticaret Kanunu'nun 274. maddesi gereğince Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Ayrıca

---

241 Bkz., **Arkan**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 47; **Arslanlı**, AŞ., II, III, s. 255; **Atasoy**, s. 28 vd.; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 89.

242 Bu konularda Bkz., **Brooks**, s. 53; **Hirtz**, s. 12-13; **Koeferli**, s. 17. Ancak ülkemizde özellikle vergi kaçırma veya hileli iflâs gibi niyetlerle mali durumun olduğundan daha kötü gösterilmeye çalışıldığına da rastlanır. Bkz., Örn., **Uman**, s. 23.

243 Bkz., **Uman**, s.22 vd.

244 Bkz., yuk. dipn. 229.

245 Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 312; **Uman**, s. 25.

246 Bkz., **Atasoy**, s. 28 vd.

247 Krizin tespitinde bankaların rolü ve bankaca esas alınacak 1.ve 2. derecede kıstaslar hakkında Bkz., **Koeferli**, s. 17.

Sermaye Piyasası Kanunu, bu kanuna tâbi anonim ortaklıklar bakımından Sermaye Piyasası Kurulun'nca yürütülecek ayrı bir dış denetim öngörmüştür. Burada anılan denetim yollarının sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitindeki rolü incelenecektir.

a.1) Türk Ticaret Kanunu'nun 274. Maddesi Uyarınca Yapılan Kamu Denetimi

Bu madde gereğince yapılan resmi dış denetimin amacı, ilke olarak kamunun genel çıkarlarının korunmasıdır (Bkz., Anayasa, m. 40.III).[248] Ancak, öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, özellikle halka açık türdeki anonim ortaklıklarda sayıları binleri bulabilen ortakların ve alacaklıların çıkarı bir bakıma kamunun ekonomik düzenini ilgilendirmektedir.[249] Bu nedenle sermaye kaybı ve borca batıklık yönünden yapılacak dış denetim kamunun genel ekonomik yararına da hizmet etmektedir.

559 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 274. maddenin 1. fıkrasına göre, anonim ortaklıkların işlemleri bir tüzükle tayin edilecek şekilde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ticaret müfettişleri tarafından denetlenir. Denetim bilançonun açıklık ve doğruluk ilkeleri çerçevesinde yapılacak incelemesini de kapsar.

Bu fıkra hükmünden de anlaşılacağı gibi Bakanlık yaptığı inceleme sonunda ortaklığın sermaye kaybı veya borca batıklık hali içinde olduğunu tespit edebilir. Nitekim, 274. maddenin 1. fıkrası gereğince çıkarılan 7.8.1972 tarihli „Ortaklıkların Denetimine Dair Tüzük"[250] sermaye kaybının tespiti ve durumun genel kurula bildirilmesi konusunda hükümler içermektedir. Tüzüğün "ortaklığın hesapları" başlığını taşıyan 16. maddesinde (Kısım 3), „envanter, bilanço ve kâr zarar cetvellerinde gösterilen değerlerin defter kayıtlarına uygun bulunup bulunmadığı. (m. 16 a) ortaklık esas sermayesinin kısmen veya tamamen karşılıksız kalması durumlarında ana sözleşme ve Ticaret Kanunu hükümlerine göre işlem yapılıp yapılmadığı" hususları denetleme konuları arasında sayılmıştır. Ayrıca denetim sonunda esas sermayenin kısmen veya tamamen karşılıksız kalmasına rağmen yönetim kurulunun 324. maddenin gereklerini yerine getirmediği tespit edilirse, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bu hususu ortaklığın yapılacak genel kurul gündemine aldırabilir (ODT.„ m. 8.A-C)

324. maddenin öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmediğinin saptanması halinde denetim yapan Bakanlığın, 274. maddenin 2. fıkrası gereğince fesih davası açma yetkisini ne ölçüde kullanabileceğini ilgili bölümlerde ayrıca inceleyeceğiz.[251]

Bakanlık denetiminin en büyük eksikliği periyodik olarak işleyememesidir.[252]

a.2) Sermaye Piyasası Kanunu Gereğince Yapılan Kamu Denetimi

Sermaye Piyasası Kurulunun sermaye kaybı ve borca batıklığı tespiti bakımından gördüğü işlev şöyle açıklanabilir:

---

248 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 198.

249 Bkz.,ODT., m.6; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 330; **Ansay**, Yazar dış denetimin sadece kamu yararı düşüncesiyle değil, alacaklıların ve pay sahiplerinin çıkarlarını korumak için de yapıldığını belirtmektedir, AŞ., s. 161.

250 RG., 7.8.1972, S.14269.

251 Bkz., aşa. § 8, II, B, 2..

252 Bkz., **Ansay**, Türk Anonim Şirketleri, s.80 ve dipn. 51.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22.maddesinin (h) bendi ihraççıların mali tablo ve raporlarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından incelenme ve denetlenmesini öngörmektedir. Anılan hükme göre Sermaye Piyasası Kurulu, kanun hükümleri gereğince kendisine tevdi edilen malt tablo ve raporları, bağımsız denetleme raporları ile diğer belgeleri incelemek, gerekli gördüğü hususlar hakkında ihraççı ve kurum denetçilerinden (Bkz., SerPK., m. 45.I) veya bağımsız denetçilerden ayrıca rapor istemek, elde ettiği sonuçları değerlendirerek, Kanunda belirtilen gerekli tedbirleri almakla görevlidir.

İnceleme sonunda Kurul tarafından Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46.maddesinde öngörülen tedbirlerin alınması gerekebilecektir. Ortaklığın mali durumunun bozulduğu tespit edildiği takdirde kurulun hangi tedbirlere başvurabileceği ileride sermaye kaybı ve borca batıklık bakımından ayrı ayrı incelenecektir.[253]

Kurul ayrıca ihraççıların düzenleyecekleri mali tabloların, özellikle bilançoların açıklık ve doğruluk ilkesine uygunluğunu sağlamak bakımından da geniş yetkilerle donatılmıştır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasına göre, ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları, konsolide olanlar dahil kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Kurulca istenecek malî tablo, rapor ve bilgileri tespit olunacak şekil ve esaslara, genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarına uymak suretiyle düzenlemekle yükümlüdürler: Kurul bu esasları çıkardığı X. seri tebliğlerle düzenlemektedir. Böylece hem örtülü bir sermaye kaybının ortaya çıkarılmasında, hem de çeşitli dönemlere ait mali tabloların karşılaştırılmasında önemli ölçüde kolaylık sağlanmaktadır.[254]

16. maddenin 5. fıkrasına göre, Kurulca düzenlenmesi öngörülen malî tablo ve raporlar ile bağımsız denetlemeye tabi olunması durumunda bağımsız denetim raporu Kurulca belirlenen usul ve esaslar dahilinde Kurula gönderilir. ve kamuya duyurulur. Kamuyu aydınlatma ilkesinin bir gereği olan bu hüküm, yönetim kurulu sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülüğünü ihlal etse bile başta pay sahipleri olmak üzere üçüncü kişilerin sermaye kaybından haberdar olmalarına hizmet etmektedir. Ayrıca mali tabloların, özellikle bilançoların kurula verilmesi ve kamuya duyurulması, yönetim kurulunu dolaylı olarak 324. madde gereğince genel kurulu toplantıya çağırmaya ve durumu bildirmeye zorlamaktadır. Ne var ki, pay sahiplerinin mali tabloların ilânı yoluyla sermaye kaybını öğrenmeleri hiçbir şekilde 324. madde anlamında sermaye kaybının genel kurula bildirilmesiyle eşdeğer değildir. Aşağıda belirteceğimiz gibi, durumun genel kurula bildirilmesi ve genel kurulda görüşülmesi bir çok işlevi birlikte yerine getirmektedir.[255]

Kurul ortaklıkça alınan bir sermaye artırımı kararı dolayısıyla ihraç ve halka arz edilecek hisse senetlerinin kayda alınması başvurusunu incelerken de 324. maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden bir denetim yapabilir. Aşağıda ay-

---

253 Bkz., aşa. § 8, IV.V; § 11, III, D.

254 Yukarıda SPK'nın bilanço esasları ve muhasebe Standartlarına ilişkin düzenlemelerine değinilmişti. Bkz., yuk. § 3, I, B, 2 dipn. 17 civarı.

255 Bkz., aşa., § 6, I.

rıntılarıyla üzerinde duracağımız gibi sermaye kaybı halinde sermayenin tamamlanması prosedürü yerine alelade bir sermaye artırımı yoluna gidilemez.[256] İşte bir ortaklık örneğin 2/3 oranında sermaye kaybına maruz kalmasına rağmen sermayesini artırırsa kurul 324. madde açısından bir denetim yapmalı ve ortaklığı sermayesini tamamlamaya zorlamalıdır.[257]

b) Bağımsız Dış Denetim

Hesap uzmanları veya özel kuruluşlar tarafından yürütülen denetime "Bağımsız dış denetim" ı"*Auditing*") adı verilmektedir, Bağımsızlık, denetim yapan kişi veya kuruluşun denetim çalışmasını yürütürken ve rapor hazırlarken herhangi bir etki altında bulunmaması anlamındadır.[258]

Ülkemizde bağımsız dış denetime duyulan ihtiyaç, eskiden beri dile getirilmekteydi,[259] Nihayet, Sermaye Piyasası Kanunu'nun eski 16. maddesinde bağımsız dış denetim öngörülmüş ve bu madde ile 22 b maddeleri uyarınca çıkarılan yönetmelik bağımsız dış denetlemeye ilişkin esasları belirlemiştir.[260] Anılan yasanın 3794 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesinin 2. fıkrasına göre, ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları düzenleyecekleri mali tablolardan Kurulca belirlenenleri daha önce kurulmuş ve bu Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendi uyarınca kurulan bağımsız denetleme kuruluşlarına, bilgilerin doğruluk ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtma ilkesine uygunluğu bakımından inceleterek bir. rapor almak zorundadırlar. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, Kurul, halka arzda, kayıtlı sermaye sistemine geçişte, bu Kanun kapsamındaki anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının tasfiyesi, devri, birleşmesi:ve nevi değiştirmelerinde bağımsız denetim raporu isteyebilir.

Yönetmeliğin 8. maddesi gereğince her yıl yapılan (sürekli) denetleme sonucunda düzenlenen yıllık denetleme rapor özetlerinin denetlenen ortaklığın olağan genel kurulunda okunacağı ve yayımlanacağı 17. maddeden anlaşılmaktadır.

Bu periyodik denetim yolunun, anonim ortaklığın mali durumundaki bozulmanın belirlenmesinde önemli bir rol oynayacağı kuşkusuzdur. Çoğu halde örtülü bir sermaye kaybı ve şekli anlamda (yıllık bilançodaki) borca batıklık ilk olarak -kamu denetimini tamamlayan [261]- bağımsız denetim yoluyla tespit edilir. Yönetim kurulunun bazı yolsuzlukları saklamak için gerçeği yansıtmayan bilanço düzenlemesi halinde gerçek malvarlığı durumunun ortaya çıkarılmasında bağımsız denetim büyük

---

256 Bkz., aşa., § 3, IV, C; özellikle § 6, V, B, 2 ve § 7, IV, B, 2.

257 Bkz., **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 397-308. Özellikle kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim ortaklıklarda bu yolla durumun tespitinde kurulun rolü daha fazladır. Bkz., aşa. § 7, IV, B, 2.

258 Bkz., **Brooks**, s. 53 vd. Özellikle s. 54; **Kirmikil**, s. 156; **Uman**, s. 26.

259 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., II-III, s. 255; **İmreğün**, Anonim Ortaklıklar, s. 272.

260 Bkz., RG., 13.12.1987, S. 19663. Kurul ayrıca bu konuda Seri X, N.16 Tebliği'ni çıkarmıştır, Bkz., RG., 4.3.1996, S. 22570

261 Bağımsız dış denetimle Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan denetim arasında sıkı bir bağ vardır. Gerçekten yönetmeliğin 7. maddesine göre, bağımsız denetim kuruluşlarınca denetlenmiş olan mali tablo ve raporlar, Kurulun yetkili elemanlarınca, bağımsız dış denetleme kapsamı ölçüsünde incelenmiş belgeler olarak kabul edilir. Kurulun kendi elemanlarına yaptıracağı denetleme ve inceleme yetkileri saklıdır.Bu konuda Bkz., ayrıca, **Kirmikil**, s. 158.

önem kazanır.[262] Bağımsız denetçiler denetimin gerekli kıldığı her türlü bilgi ve belgeyi, defter ve kayıtları incelemeye yetkilidirler (Yönetmelik, m. 11, c,d). Fakat, bir mali tablo olmadan hesapların incelemeye konu yapılamaması, ihraççıların 324. maddenin gereklerine uyup uymadıklarının ortaya çıkarılmasını güçleştirmektedir.

Acaba bu düzenleme karşısında Sermaye Piyasası Kurulu iş yılı sonunda düzenlenen mali tablolar dışında, anonim ortaklığın 324. madde kapsamına girip girmediğinin tespiti için –iş yılı içerisinde de- bağımsız denetleme raporu alınmasını isteyebilir mi? 16. maddenin 3. fıkrasında konuya açıkça değinilmemiştir. Ancak buna rağmen iş yılı içinde yönetim kurulu tarafından 324. madde gereğince düzenlenmiş bir ara bilanço gerçeklik ve doğruluk yönünden bağımsız denetime konu olabilir: Sermaye artırımı kararı alarak hisse senetlerini kurul kaydına aldırmak isteyen bir ortaklığın sermaye kaybı içinde olduğu şüphesi varsa, Sermaye Piyasası Kurulu, yönetim kurulundan bir ara bilanço düzenlemesini isteyebilir ve bu ara bilançonun bağımsız denetim kuruluşunca incelenmesine karar verebilir. Bunun dışında ortada incelemeye konu yapılabilecek bir mali tablo yok iken, iş yılı içinde sermaye kaybı ve borca batıklığı tespit amacıyla genel olarak muhasebe kayıtlarının incelenmesi bağımsız dış denetimin kapsamına girmemektedir.[263]

C- DURUMUN MAHKEMECE TESPİTİ

Sermaye kaybı ve borca batıklık bazen bir mahkemede görülen bir dava sırasında da tespit edilebilir. Ortaklıkla ilgili bir davada malvarlığı durumunun tespiti gerektiği zaman yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu sermaye kaybı veya borca batıklıkla karşılaşılabilir. Bu durumda yönetim kurulunun gecikmeksizin 324. maddede öngörülen bildirim yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir. Yönetim kurulu ihmal ederse denetçiler derhal genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmalıdırlar (TTK., m. 353,I, N.8, 355).

İkinci Bölümde belirteceğimiz gibi, 2/3 oranında sermaye kaybı halinde ortaklık esas sermaye artırımı yoluna gidemez. Bu nedenle sermaye artırımı sırasında 324. maddenin de gözönünde bulundurulması gerekir.[264] 559 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile[265] Türk Ticaret Kanunu'nun 299. maddesi yürürlükten kaldırılmadan önce,

---

[262] Bağımsız dış denetimin bu işlevi hakkında Bkz., **Kırmikil**, s. 162 vd.

[263] Nitekim, yönetmelikte bağımsız dış denetimin amacı, halka açık anonim ortaklıkların ve yardımcı kuruluşların mali tablo ve raporlarının Sermaye Piyasası Kurulunca tesbit edilecek esas ve standartlar dahilinde bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmesi olarak ifade edilmiştir. 5. Maddeye göre, bağımsız denetleme, ortaklıkların ve yardımcı kuruluşların hesap ve işlemlerinin bağımsız denetleme kuruluşlarınca incelenmesi ve bu inceleme sonuçlarına dayanılarak, düzenlenmiş mali tabloların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının tesbiti ve rapora bağlanmasıdır. Denetim sonunda bir rapor düzenlenir (Yönetmelik, m. 6). Görüldüğü gibi, ortaklığın hesap ve işlemleri "düzenlenmiş mali tabloların" gerçeği yansıtıp yansıtmadıklarını tespit açısından incelemeye konu yapılmaktadır. Fakat, bir mali tablonon doğruluğu incelenirken ortaklığın hesaplarınndan örtülü bir sermaye kaybı veya borca batıklığın ortaya çıkarılması her zaman mümkündür.

[264] Bkz., aşa., § 6, V, I; § 7, IV, B, 2..

[265] RG., 27.6.1995, S. 22326.s. 129-131.

sermaye artırımı mahkemenin onayına bağlı olduğu için, artırımın 324.madde açısından da denetimi yapılabiliyordu. Gerek öğretide,[266] gerek yargı kararlarında[267] 2/3 oranında sermaye kaybının varlığını tespit eden mahkemenin esas sermaye artırımı kararını onaylamaktan kaçınacağı belirtilmekteydi. 299. maddenin esas sermaye artırımı için öngördüğü mahkeme onayı artık söz konusu olmadığı için sermaye kaybının mahkemece tespiti imkânı önemli ölçüde daralmıştır.[268] Ancak pay sahipleri 324. maddenin ihlali nedeniyle arrtırıma ilişkin genel kurul kararının butlanının tespitini dava edebilirler.[269] Bu durumda esas sermaye arttırımı sırasında 324. maddenin dikkate alınıp alınmadığı da belirlenmiş olur. Mahkeme uzman bilirkişilere ortaklığın malvarlığı durumunu tespit ettirecektir. Amaç 324. maddenin 2. fıkrasında öngörülen durumların mevcut olup olmadığını belirlemek olduğuna göre, bilirkişilerce aktiflerin tespit sırasındaki değerleri esas alınacaktır (TTK., m. 324.II, c.1). Bilirkişiler yaptıkları inceleme sonunda ortaklığın borca batık halde bulunduğunu da tespit edebilirler. Ancak borca batıklığı tespit eden mahkemenin kendiliğinden duruma müdahale ederek 324. madde gereğince ortaklığın münfesih olduğunun tespitine veya iflâsın açılmasına karar vermesi (f.2, c.4) mümkün değildir.[270] Aynı şekilde tespit edilecek 2/3 oranındaki sermaye kaybı da henüz konu genel kurulun önüne getirilmediği için ortaklığın infisahı sonucunu doğurmaz.[271] Mahkeme sadece arttırıma ilişkin genel kurul kararının batıl olduğunun tespitine karar verecektir.

Durumun mahkemece tespiti şu yolla da mümkün olabilir: 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı hakkında ciddi şüphe bulunduğu, görünüşe göre ortaklık borca batıklığa doğru sürüklendiği halde, yönetim kurulu ara bilanço düzenlemeye yanaş-

---

266 Bkz.. **Domaniç**, AŞ., yazar ortakların veya alacaklıların sermaye kaybının varlığını mahkemeye bildirmeleri veya yıllık bilançodan 2/3 oranında sermaye kaybının varlığının tespiti halinde mahkemenin res'en ortaklıktan aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço düzenlemesini istemesi gerektiğini belirtmiştir, s. 541; **İmregün**, Anonim ortaklıklar, s. 453; **Moroğlu**, s. 76-77; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 601-602; Ayrıca Bkz.. **Teoman**, Kayıtlı sermaye, s. 306.

267 „Dairemizin bozma kararında sermaye tezyidine dair kararın yerindeliğini belirlemek için davalı şirket malvarlığının uzman bilirkişiler aracılığıyla tespiti istendiği ve mahkemece bozmaya uyulduğu halde, bozma doğrultusunda araştırma yaptırılmadan hüküm verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda şirket muhasebesinden anlar uzman bilirkişilere davalı şirketin 9.5.1990 tarihindeki malvarlığı durumu tespit ettirildikten ve TTK.'nun 324. maddesi uyarınca değerlendirilme yapıldıktan sonra hasıl olacak sonuca göre hüküm tesisis gerekirken eksik soruşturmayla hüküm kurulması doğru olmamıştır." **Y. 11.HD.**' nin 23.6.1994 tarih ve 7296/5353 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 253-254. Bu kararda sermaye arttırımının şartları dolayısıyla mali durumun tespiti gerekmiştir (Bkz., aşa.§, 7, IV, B, 2, c..) Aynı yönde **Y. TD**. 2.4.1970 tarih ve 1123/1347 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 350-351. **Y. 11. HD**.. 18.6.1991 tarih ve 3210/4246 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 538. Bu durumda örneğin bilirkişi incelemesi sonucu esas sermayenin 2/3 oranında karşılıksız kaldığı anlaşılırsa yönetim kurulu 324. madde gereğince harekete geçmeli esas sermaye arttırımı için değil, tamamlanması veya indirimi yönünde karar vermesi için konuyu genel kurula götürmelidir.

268 Aynı yönde **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 650,651; **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 305.

269 Nitekim **Y. 11. HD**.'nin 22. 10. 1991 tarih ve 1171 /5580 sayılı kararında genel kurul ksrarının iptali davasında TTK.'nun 324. maddesi bakımından inceleme yapılabileceği belirtilmektedir, (**Eriş**, A.Ş. s. 538).

270 Bkz.. aşa. § 11, III, B.

271 Fakat genel kuruldan bir karar çıkmazsa alacaklılar fesih davası açabilirler. Bu konularda Bkz., aşa., § 7, VII ve VIII.

mazsa alacaklılar 436. madde gereğince –ortaklığın esas sermayesinin üçte ikisinin karşılıksız kaldığını öne sürerek- fesih davası açabilirler. Bu davada da mahkeme bilirkişi aracılığıyla durumu tespit ettirir.[272] Aynı şartlarda pay sahipleri de ara bilanço düzenleme yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilirler, ya da yükümlülüğünün ihlal edildiğinin tespitini isteyebilirler.[273] Böylece sermaye kaybı veya borca batıklığın mahkemece tespiti imkânı doğmuş olur.

D- DURUMUN TİCARET SİCİLİ MEMURLUĞUNCA TESPİTİ

Esas sermaye artırımının mahkemece onanmasına ilişkin 299. maddenin yürürlükten kaldırılmasından sonra özellikle 2/3 oranında sermaye kaybının tespiti bakımından Ticaret Sicili Memurunun rolünün arttığını belirtmek gerekir.[274] Çünkü artık tescilden önce esas sermaye artırımı için gerekli yasal şartların yerine getirilip getirilmediğini inceleme görevi sadece sicil memuruna aittir (TTK., m. 34.I).

---

[272] Bkz., aşa. § 7, VII, D.

[273] Bkz., aşa., § 8, II,A; 1; § 11, VIII, A.

[274] Bkz., bu yönde **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 305.

§ 4 MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ

Mali durumun iyileştirilmesi kavramı ile malvarlığının korunması ilkesi arasında yakın bir ilişki vardır. Bu ilkenin gereği olarak öngörülen tedbirlerin bir kısmı malvarlığının kayba uğramasını önlemeyi, diğer bir kısmı da bozulan mali durumu iyileştirmeyi amaçlar. Bu bakımdan öncelikle malvarlığının korunması ilkesi hakkında genel bir değerlendirme yapmakta yarar görüyoruz.

I - GENEL OLARAK MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ

A - MALVARLIĞI KAVRAMI VE BİLANÇO İLE İLİŞKİSİ

Malvarlığı eskiden beri kişinin ekonomik değeri olan bütün hukuki ilişkilerinden doğan hak ve borçlarının toplamı olarak tanımlanır. Yani haklar kadar borçlar da malvarlığına dahildir.[1] Buna karşılık, nispeten daha yeni bir görüşe göre, malvarlığı bir hak süjesinin sahip olduğu haklardan oluşur. Borçlar sadece malvarlığının takyitleri durumundadırlar.[2] Bu konudaki teorik tartışmalar konumuz dışındadır. Ancak belirtelim ki, borca batıklık bakımından "malvarlığı – borçlar" ilişkisinin esas alınması her iki görüş açısından da kavramsal bir çelişkiyi ifade etmez. Burada malvarlığına dahil olan haklarla borçların toplam değerleri ilişkilendirilmektedir.[3]

Hukuki bir kavram olarak malvarlığı bilançodan bağımsızdır. Çünkü bilanço işletmenin hukuki durumunu göstermez.[4] Bir kere, hukuki anlamda malvarlığı kavramı hakları (ve borçları) içine alırken, bu kavram muhasebe alanında kullanıldığında haklara konu olan şeyleri ve bunların parasal değerlerini ifade etmektedir.[5] Öte yandan bilançolar düzenlenme amacına bağlı olarak malvarlığı konuları ve değerleri bakımından farklı sonuçlar verirler. Ortaklığın tüm hak ve borçları bilançoda gösterilmeyebilir veya bilançoya doğru bir şekilde yansıtılmayabilir[6] Gerçekten, bir ekonomik değer ekonomik anlamda işletmeye girmedikçe veya işletmeden çıkmadıkça bilançoya geçirilmez.[7] Ayrıca yıllık bilançonun asıl amacı malvarlığını tespit etmek

---

1 Bkz., **Ansay**, AŞ., s. 33, 36.dipn. 54;; **Erem**, s.51-52; von **Tuhr**, brüt malvarlığını sadece haklar toplamı olarak kabul etmektedir, C.I.s. 78; **Tunçomağ**, C.I, s. 688; **Türk**, Birleşme, s. 61-62; **Türk Hukuk Lügatı**, s. 218; **Yasaman**, s. 7; Bu konuda geniş bilgi için Bkz.**Ayiter** s.93.

2 Bkz., **Eisenhardt**, s. 262; **Göle** s. 10; **Ochsner**, s.8; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 24-25; **Mejer- Hayoz**, Komm.,s. 47; **Würdinger**, s. 26-27. Bu konuda Bkz., **Ayiter**, s.94 vd.

3 Bkz., yuk., § 3, I,IV, B; aşa. § 10, II, B.

4 Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 99-89; **Degiacomi**, s. 9; **Kalpsüz**, s. 30 vd.

5 Bkz., **Ochsner**, s. 9; **Tenker**, s. 15 vd.; Mallar ve alacaklar dolaylı malvarlığı öğelerini ifade ederler, Bkz., **Türk**, Birleşme, s. 62, dipn. 7s. 64.

6 Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 89; **Kalpsüz**, s. 31-32; **Kayar**, s. 6 vd.; Bilançoya geçirilebilecek malvarlığı konuları hakkında Bkz., Örn. **Roland**, s. 6 vd.

7 Özellikle klasik bilanço hukuku doktrini olarak adlandırılan görüş bu konuda son derece katıdır, Geniş bilgi için Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 111 vd.; Ayrıca Bkz., **Aytaç**, s. 89. Bu ilkeye Gerçekleşme İlkesi

değil, iş yılı sonucunu doğru bir biçimde belirlemektir.[8] Özellikle gizli yedek akçeler (TTK., m.458) tedarik veya imal değerini esas alan değerleme hükümleri (TTK., in.460 vd.) malvarlığının tam olarak bilançoya yansımasını önlerler.[9] Sonuçta bilanço, malvarlığının gerçek değerini göstermez.[10] Hukuki (gerçek) anlamda malvarlığının bilançoya yansıyan kısmına, bazı yazarlarca „Bilanço malvarlığı" (*Bilanzvermögen*) adı verilmektedir.[11] Bilanço malvarlığı aktif toplamından başta zarar olmak üzere bütün varsayımsal (fiktif) aktifler indirilmek suretiyle bulunur.[12] Kanımızca burada bir terim karmaşası vardır. Çünkü malvarlığı kavramı muhasebe terim ve ilkeleriyle uyuşmamaktadır. En doğrusu yıllık bilançodaki gerçek aktiflere „Malvarlığı" değil,, "Varlıklar" veya „Net aktifler" adını vermek, malvarlığının takyitleri olan borçları da kaynak (yabancı kaynak) olarak nitelendirmektir.

Sorumluluk açısından önem taşıyan kavram hukuki anlamda malvarlığıdır (Bkz., TTK., m. 269.I). Nitekim 324. maddenin 2. fıkrasında alacaklıların haklarının malvarlığı ile karşılanıp karşılanmadığını belirlemek için bir „malvarlığını tespit bilançosu" düzenleneceği öngörülmüştür. Söze konu bilanço yıllık bilançodan hayli farklıdır. Tasfiye açılış bilançosu (TTK., m. 444) gibi gerçek değerler esas alınarak düzenlenen bu bilanço malvarlığını daha doğru bir biçimde yansıtmaktadır[13] Fakat bu tür bilançoların dahi malvarlığını tam olarak yansıtabilmesi, açıklık ve doğruluk ilkelerine uygun olarak düzenlenmelerine bağlıdır. [14] Aslında İsviçre ve Alman öğretisinde böyle mali tablolara "bilanço"dan ziyade "*Status*" denilmektedir.[15]

B- GENEL OLARAK MALVARLIĞINI KORUMAYA YÖNELİK HÜKÜMLER

Anonim ortaklığın alacaklılarına karşı yalnız kendi malvarlığı ile sorumlu olması, başka bir deyişle pay sahiplerinin ortaklık alacaklılarına karşı kişisel sorumluluklarının bulunmaması (TTK., m. 269.I,II) ortaklık malvarlığının korunması için emredici yasa hükümlerinin getirilmesine neden olmuştur.[16] Sermaye ortaklıkları

(*Realisierungsprinzip* ve *Imparitätsprinzip*) adı verilir. Bkz., **Brombach/Offert/Ehreiser**, s. 29-30. **Koeferli**. s. 83; Ayrıca Bkz.. **Mejer Hayoz/Forstmoser**. s. 264; **Tenker**, s. 25 vd. Ayrıca Bkz., aşa., § 10, III, A, 5, c.

8 Bkz., aşa. § 6, III, B, 1; § 10, II, A, 1.

9 Bkz. **Ochsner**. s. 11

10 Bkz.. **Aytaç**, İbra, s. 99-89; **Kalpsüz**. s. 30 vd.

11 Terim için Bkz.. **Ochsner**, s. 11; **Fischer**' de borca batıklığa esas oluşturan malvarlığı kavramının bilançodaki malvarlığından farklılığına işaret etmektedir, Bkz., **Fischer**, s.37. **Käfer** ise işletme ekonomisi, genel ekonomi ve hukuki bakımdan malvarlığı kavramlarını birbirinden ayırmaktadır, s. 388 vd.

12 Bkz.. **Ochsner**. s. 11

13 "Malvarlığını Tespit Bilançosu" Bkz.. **Karayalçın**, s. 42; **Kayar**, s. 7.

14 Ayrıca bu bilançolarda düzenlenme amacı gereği sadece üçüncü kişilere devir imkânı olan haklar yer alır. Oysa malvarlığına ekonomik değeri olan, fakat üçüncü kişilere devri mümkün olmayan bazı haklar da dahildir.Bkz., **Baumbach/Hueck**, § 92, N. 6.

15 Bkz., aşa. § 10, II, A, 1.

16 Bkz.. **Forstmoser**, s. 226; **Hueck**. s. 174; **Göle**, s. 11;**Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.222;**Tekil**, AŞ., s. 23; **Zürcher**, s. 16 vd.

hakkında geçerli olan bu ilke „Alacaklıların Korunması İlkesi"yle yakın ilişki içindedir.[17] Aslında özellikle küçük pay sahipleri mümkün olduğu kadar fazla kâr payı almak eğilimindedirler. Ortaklığın kuruluş amacı da kazanç sağlamak ve paylaşmaktır. İşte bu genel amaç alacaklıların çıkarları açısından emredici hükümlerle sınırlandırılmaktadır.[18] Fakat belirtmek gerekir ki, sadece alacaklıların değil, pay sahiplerinin uzun vadeli çıkarları da malvarlığını korumaya yönelik önlemler alınmasını zorunlu kılar.[19] Aksi takdirde pay sahiplerinin müstakbel tasfiye payı alacakları küçüleceği gibi, istikrarlı kâr dağıtımı güçleşir.

Malvarlığının korunması ilkesi temelde alacaklıların çıkarına hizmet etmekle birlikte, alacaklılar kural olarak ortaklığın malvarlığını korumaya yönelik hükümlere uymasını (örneğin yasal yedek akçelerin TTK. m. 466 uyarınca ayrılmasını) istemek hakkına sahip değildirler.[20] Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, ortaklarının şirket borçlarından dolayı kişisel sorumluluğu bulunmayan sermaye ortaklıklarında alacaklıların çıkarlarının korunması bakımından özel hükümler getirilmesi zorunlu ise de, konu abartılarak ortaklığın yönetimi alacaklıların vesayetine bırakılamaz.[21] Bu kuralın en önemli istisnalarından ikisi, konumuzla doğrudan ilgili olan Türk Ticaret Kanunu'nun 436. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesidir.[22] Alacaklılar bunun dışında sadece yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilirler (TTK., m. 336, 340).[23]

Bu ilke öz kaynakların (net malvarlığının) esas sermayenin altına inmesini önlemek, ya da fiilen öz sermaye esas sermayenin altına düşmüşse mali durumu iyileştirerek en azından öz kaynaklar- esas sermaye eşitliğini sağlamak amacına yönelik emredici yasa hükümleriyle öngörülen tedbirleri kapsamaktadır.[24] Bundan da anlaşılacağı gibi, malvarlığının korunması ilkesinin iki boyutu vardır[25]: 1) Öz kaynakların (net malvarlığının) esas sermayenin altına inmesini önlemek (Önleyici nitelikteki malvarlığının korunması tedbirleri) 2) Esas sermayenin altına inen öz kaynakları yeniden bu düzeye çıkarmak (ıslah edici nitelikteki malvarlığının korunması tedbirleri).

Çalışma konumuz malvarlığının korunması ilkesine dayanan ikinci tür tedbirlere ilişkindir. Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi bu konuda anonim ortaklıklar bakımından merkezi hükmü oluşturmaktadır. Bu paragrafta malvarlığının korunması ilkesi kapsamındaki iyileştirme tedbirlerini genel olarak inceleyeceğiz. Fa-

---

17 Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 84.

18 Bkz., **Siegwart**, s.81; Ayrıca Bkz., **Ansay**, Türk Anonim Şirketleri, s. 17 vd, s. 20; **Birsel**, Menfaat Çatışması, s. 3-4.

19 „Anonim ortaklığa ilişkin hükümlerin esas amacı, yurttsaşlar tarafından bu ortaklığa yatırılan sermayenin boş yere elden çıkarılmasını engelleyerek halkın bu ortaklıklara karşı güvenini sağlamak ve ilgisini arttırmaktır."**Y.HGK**'nun 1.7.1964 tarihli Kararı, Karar için Bkz., **Birkaş**, s. 165-166; Ayrıca Bkz., **Erem**, s. 132; **Göle**, s. 11; **Siegwart**, s. 147.

20 Bkz., **Siegwart**, s. 93.

21 Bkz., **Zürcher**, s. 11.

22 Bkz., aşa. § 7, VII; § 11, V.

23 Bkz., özellikle katılma payından iade niteliğindeki ödemeler dolayısıyla **Würdinger**, s. 31.

24 Bkz., **Erem**, s. 132.

25 Bu konuda Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 84-85.

kat, iyileştirme tedbirlerine geçmeden önce, önleyici nitelikteki tedbirlere de kısaca değinmeyi uygun bulduk.

Yukarıda esas sermayenin ortaklık alacaklılarının asgari güvencesini oluşturduğunu, öz kaynakların da alacaklıların çıkarı bakımından bir bakıma tampon işlevi gördüğünü belirtmiştik.[26] Gerçekten, malvarlığının korunması ilkesi kural olarak öz kaynaklar - esas sermaye ilişkisi çevresinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle söze konu ilke, (esas) sermayenin korunması ilkesi (*Kapitalerhaltungsprinzip*),[27] veya malvarlığının esas sermaye miktarı kadar ortaklığa bağlanması (ya da kısaca malvarlığının bağlanması „*Vermögensbindung*)[28] olarak da ifade edilmektedir.

Malvarlığının korunması ilkesiyle güdülen amaç pasifteki öz kaynak kalemlerinin karşılığını oluşturan aktiflerin emredici hükümlere aykırı bir biçimde ortaklık malvarlığından çıkarılmasını önlemek ise de,[29] bu konudaki hükümler öz kaynak kalemlerini kıstas olarak almaktadırlar. Çünkü aktifleri malvarlığının bağlanması bakımından kategorize etmek mümkün değildir.[30] Esas sermaye bağlam kurallarının temel kıstası durumundadır. Fakat pasifteki öz kaynak kalemleri içinde bağlı malvarlığı kapsamına giren tek unsur esas sermaye değildir. Her öz kaynak kalemi değişik düzenlemeye konu yapıldığından ortaklıkla olan bağı da farklılık gösterir. Kuşkusuz, ortaklıkla bağı en katı olan öz kaynak unsuru esas sermayedir.[31] Nitekim 324. madde açısından sadece esas sermaye ölçü kabul edilmiştir.[32] Ancak, malvarlığının korunması sadece esas sermaye ölçüsüyle sınırlı değildir. Anonim ortaklığın bilançosuna, değerleme ilkelerine ve kâr payı dağıtımına ilişkin bazı hükümler öz kaynakların esas sermaye sınırını aşan ölçüde korunmasını sağlamaktadırlar.[33] Şöyle ki:

Anonim ortaklıkta kâr payı sadece safi iş yılı kârından ve bu amaç için ayrılmış veya serbest yedek akçelerden dağıtılabilir (Bkz., TTK., m. 470.II, 466 vd.). Ayrıca kâr payı dağıtabilmek için safi kârdan yasal yedek akçelerin ayrılması gerekir (TTK., m. 466) Bu yedek akçelerin sonradan kâr payı dağıtımı için kullanılması da sınırlandırılmıştır. Esas sermayenin yarısı miktarına kadar genel yasal yedek akçe, 466. maddenin 2. fıkrası gereğince bu akçeye eklenmesi gereken fonlar kâr payı dağıtımı için kullanılamaz (Bkz., TTK., m. 466. III).[34] Ortaklık amortisman (Bkz.,

---

26 Bkz. yuk. § 3, II, B, 1 ve 2.

27 Bkz., **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 672; Eleştiri için Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.222.

28 Bks., **Kraft**, Kölner Komm. s.10 vd; **Ochsner**, s.3-4; **W.Schmid**, s.5 vd **Würdinger**, s.25. Esas sermayeye bu fonksiyonu dolayısıyla ortaklıkta bloke edilen miktar anlamında „*Sperrquote*" veya „Sperrzahl" denilmektedir. Bkz., **Forstmoser**, s. 486; **Böckli**, s. 36; **Grünewald**, 2.C.IX,N.1; **Siegwart**, s. 147 vd; **Würdinger**, s. 28.

29 Bkz., **Ochsner**, s. 6; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.222

30 Bkz., **Mejer-Hayoz/Forstmoser**, s. 265; Yani aktiflerin belirli bir kısmının esas sermaye karşılığı, diğer kısmının borçların veya yedek akçelerin karşılığı diye ayrılması söz konusu değildir.

31 Bu konularda Bkz., **Würdinger**, s. 28 vd, özellikle s. 29.

32 Bağlamın sınırlarını belirlemek yasakoyucun takdirine bağlıdır. Nitekim İsviçre hukukunda İBK., m. 725.I'de yapılan değişiklikle sermaye kaybı halinde bildirim yükümlülüğü bakımından esas sermaye ve yasal yedek akçeler toplamı ölçü kabul edilmiştir; Bazı yazarlar da esas sermaye ölçüsünün alacaklılar bakımından yeterli güvence oluşturmadığı düşüncesindedirler, Bkz., **Ochsner**, s. 14.

33 Aynı yönde Bkz., **Roth**, s. 209; **Kayar**, s. 30 vd.

34 Ayrıntılı bilgi için Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s.117 vd; Ayrıca Bkz., **Forstmoser**, s. 229.

TTK., m. 460.III) ve karşılık olarak ayrılması gereken fonlar üzerinde de serbestçe tasarruf edemez.[35]

Safi iş yılı kârının tespitine ilişkin hükümler de malvarlığının esas sermayeyi aşan ölçüde korunmasına hizmet ederler. Safi iş yılı kârı Türk Ticaret Kanunu' nun 457.I maddesi gereğince yıllık bilançoya göre hesaplanır. Anonim ortaklıklara ilişkin en yüksek değerleme sınırlarını getiren hükümler (TTK., m. 460, 461) dolayısıyla iş yılı içindeki başarıya dayanmayan malvarlığı konularındaki değer artışları (yeniden değerleme dışında) bilançoya yansıtılamazlar. Bunlar „kendiliğinden oluşan yedek akçe" niteliği taşırlar ve gerçek öz kaynaklar kavramı içinde değerlendirilirler.[36] Ortaklık bu kaynakları -esas sermayenin karşılığı aktifte tam olarak yer alsa bile- kâr payı olarak dağıtamaz (TTK., m. 457.I, 470. II). O halde malvarlığındaki değer artışı ancak işletme faaliyeti sonucu fiilen elde edilmişse „kâr" olarak bilançoda gösterilebilir ve pay sahiplerine dağıtılabilir.[37] Dağıtılamayan kaynaklar da alacaklılar için bir güvence oluştururlar. [38] Bunların pay sahiplerine iade edilememesi, malvarlığının esas sermaye sınırını aşan ölçüde korunmasını sağlamaktadır.[39]

C) SERMAYE KAYBINI ÖNLEMEYE YÖNELİK HÜKÜMLER

Sermaye kaybını önlemeye yönelik hükümler, geleneksel olarak kuruluş ve faaliyet dönemine ilişkin hükümler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[40]

---

[35] Sadece genel yedek akçenin esas sermayenin yarısı tutarını aşan kısmı üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir. Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 119. Ancak bu yedek akçe de mecburi nitelik taşıdığından en azından ayrıldığı tarihten dağıtılabileceği ana kadar ortaklık bünyesinde kalmaktadır. Esas sermayenin yarısına kadar olan yasal yedek akçe ise ancak TTK.'nun 466.III. maddesinde öngörülen hallerde genel kurul kararıyla kullanılabilir. Genel kurul en son çare olarak bu yedek akçelere başvurabilir. Zararı diğer yedeklerle kapatma imkânı varken bu yedek akçeden karşılanmasına karar verilmişse bu konudaki genel kurul kararının iptalinin istenebileceği belirtilmektedir. Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 119.

[36] Bkz., yuk. § 3, II. B. 3. c.

[37] İsviçre Hukukunda buna „Imparitätsprinzip" adı verilmektedir. Bkz., **Koeferli**, s. 83. Gerçekleşme Prensibi (*"Realisationsprinzip"*) ile sözü edilen ilke arasında yakın bir bağlantı vardır. Bunlardan ilki kârın doğru tespiti için malvarlığındaki her türlü değer kaybının ve işletme zararının doğru olarak tespitine yönelikken, ikincisi fiilen kâr olarak nitelendirilebilecek değerlerin kârın tespitinde hesaba katılmasını öngörür. Bu konularda Bkz., **Brombach/Offert/Ehreiser**, s. 29-30. Ayrıca Bkz., **Mejer Hayoz/Forstmoser**, s. 264.

[38] Bkz., **Koeferli**, s. 147-148; **Kupsch**, s. 275; Alman hukukunda bir bilanço kârı olmadıkça kâr payı dağıtılamayacağı kuralından hareketle (APOK. § 57.III, 58.IV) malvarlığının korunması bakımından esas sermaye ölçüsünün bir önem taşımadığı, zira bir bilanço kârı yoksa esas sermayenin karşılığını aşan aktiflerin dahi (örneğin yedek akçeler) pay sahiplerine dağıtılamayacağı belirtilmektedir, Böylece kâr dağıtımı sınırlamaları -bilanço kârı- dışında anonim ortaklık malvarlığının tümünü kapsamaktadır.Bkz., **Schmidt**, s. 672; **Roth**, s. 209. Aynı yönde **Hoffmann-Becking**, ayrıca yazar bu nedenle esas sermayenin korunması terimini ihtiyatla karşılamaktadır, s. 53-54; Hukukumuz açısından da durum farklı değildir. Bizde de kâr payı dağıtımı iş yılı kârı ile serbest yedek akçelerden ayrılan fonlardan oluşan ve geçmiş yıllar zararı indirildikten sonra geriye kalan bir „bilanço kârı'nın bulunmasına bağlıdır, Bu konuda Bkz. ve Karş., **Tekil**, AŞ., s. 23.

[39] Bkz., **Roth**, s. 209.

[40] Ayırım ve malvarlığını korumaya yönelik hükümler hakkında Bkz., **Ansay**, AŞ., s. 37-39; **Arslanlı**, I, s. 106 vd; **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 4 vd; **Erem**, s. 132 vd; **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 226 vd; **Göle**, s.

Bu hükümlerden bir kısmı kuruluş sırasında esas sermaye karşılığının aktifte tam olarak yer almasını, başka bir deyişle pay sahiplerince taahhüt edilen katılma paylarının ortaklığa eksiksiz olarak getirilmesini (*Kapitalaufbringung*) amaçlarlar.[41] Esas sermaye karşılığı tam olarak ortaklığa getirilmezse daha başlangıçta öz kaynaklar (net malvarlığı) esas sermaye rakamının altına düşmüş olurdu. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 285. maddesinin 1. fıkrasına göre katılma paylarının „muvazaadan âri" olarak ortaklığa getirilmesi gerekir. Özellikle Paradan başka sermayeye gerçek değerinin üstünde değer biçilmesini önlemek amacıyla çeşitli hükümler getirilmiştir. Bu katılma paylarını değerinin gerçeğe uygun şekilde tespiti bakımından mahkeme aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılır (TTK., 293-303). İtibari değerinden aşağı bir bedelle hisse senedi çıkarılması yasaktır (TTK., m. 286). Ortaklığın tescilinden önce payların devri hükümsüzdür (TTK., m. 302). Kuruculara bedelsiz hisse senedi verilmesi yasaklanmıştır (TTK., m. 298). Kuruluşta yapılan yolsuzluklar için hukuksal ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür (TTK., m. 305-309). Katılma paylarının yerine getirilmesi çeşitli yaptırımlara bağlanan hükümlerle düzenlenmiştir (TTK., m. 405-407). Payların bedelleri tamamen ödenmedikçe hamiline yazılı hisse senedi çıkarılamayacağını ilişkin hüküm de (TTK., m. 409) bu grupta yer alır.

Diğer grup hükümler ise ortaklığın faaliyet dönemi boyunca öz kaynakların (net malvarlığının) esas sermayenin altına inmesini önlemek amacıyla (*Kapitalerhaltung*) yasaya konulmuşlardır.

Bu hükümler herşeyden önce pay sahiplerine açık veya örtülü olarak katılma paylarından iade niteliğinde her türlü kazandırmanın yapılmasını yasaklamaktadırlar. Türk Ticaret Kanunu'nda bu tür kazandırmaların iadesini öngören tek hüküm 473. maddedir (Karş., TTK., m. 532, I).[42] Bu maddeye göre haksız yere ve kötüniyetle kâr payı ve hazırlık devresi faizi alan pay sahipleri bunları geri vermekle yükümlüdürler. 473. maddenin özel kural niteliği taşıdığı, sadece kâr payı ve hazırlık devresi faizi hakkında geçerli olduğu belirtilmektedir.[43] Fakat öğretide haklı olarak belirtildiği gibi,[44] açık veya peçelenmiş bir işlemle katılma paylarından iade anlamına gelecek diğer her türlü ödemenin (*Einlagerückgewähr*), malvarlığının korunması ilkesinin ihlali niteliğini taşıyan doğrudan veya dolaylı aktarmaların da (*Vermögensverlagerung*) yasaklanmış olduğunu kabul etmek gerekir. [45] Hatta emredici hükümlere

---

11; **Hueck**, s. 174 vd; **Karayalçın**, Şirketler hukuku, s. 86; **Kayar**, s. 27 vd.; **Ketzer**, s. 2 vd.; **Ochsner**, s. 5 vd; **Tekil**, Şirketler hukuku, s. 84-85; **Tekil**, AŞ., s. 23 vd; **Zürcher**, s. 45 vd.; ETK dönemi için Bkz., **Hirş**, s. 267; **Onsun**, s. 152 vd; Alman Hukukunda aynı ayırım için Bkz., **K. Schmidt**, s. 667 vd; **Hoffmann-Becking**, s. 53 vd; **Hueck**, s. 175 vd.

41 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

42 Oysa limited ortaklıkta katılma payından açık veya örtülü iade yapılmış veya esas sermayenin karşılığını oluşturan değerlerden haksız yere kâr veya faiz ödenmişse TTK., m. 532.Igereğince ortaklık bu haksız kazandırmaların iadesini isteyebilir. Bu konuda geniş bilgi için Bkz., **Ayhan**, s. 72 vd.; ayrıca Bkz., **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 378.

43 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.I, s. 219; **Bürgi**, OR. Art., m. 678, N.5; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 466.

44 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 6; **Siegwart**, OR. Art. 620, N. 6. **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 466

45 APOK., § 57.I ve ve § 62 hükümleri daha açıktır. Paysahiplerine katılma payından iade (*Einlagerückgewähr9* niteliğinde her türlü (açık ve gizli, peçelenmiş) ödemenin yapılması yasaklanmış (§ 57.I) ve

aykırı ve hileli işlemlerle pay sahiplerine yapılan bu tür iadeler (en azından sermayeden iade ölçüsünde) bâtıl sayılmalıdır.[46] Ödeme para olarak yapılmışsa sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince (BK., m. 61 vd.) iadesi istenebilir.[47] Yasa koyucu kâr payı ve hazırlık devresi faizinin iadesi bakımından pay sahibinin kötüniyetini aramıştır. Oysa diğer bir işlemle pay sahibine katılma payından iade niteliğinde bir menfaat sağlanmışsa bu işlem batıl olur ve iadesi gerekir.[48] Örneğin bir pay sahibinin kişisel işletmesinden ortaklık adına piyasa fiyatının çok üstünde mal alınması, pay sahibinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemin ortaklığın olağan olmayan bir kredisiyle finansmanı o pay sahibine katılma payının örtülü olarak iadesi anlamına gelir.[49]

Bu şekildeki iadeler geri istenebileceği gibi yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası da açılabilir (TTK., m. 336 vd).

Bu genel tespitlerden sonra yasada öngörülen –faaliyet dönemine ilişkin- diğer malvarlığını koruyucu hükümlere kısaca değinelim.

Kâr payı ancak safi iş yılı kârından veya bu amaçla ayrılmış, ya da serbest yedek akçelerden dağıtılabilir (Bkz., TTK., m. 470.II). [50] Bu konuya yukarıda malvarlığının esas sermaye sınırını aşan ölçüde korunması dolayısıyla değinmiştik.

Türk Ticaret Kanunu'nun 329. maddesi uyarınca anonim ortaklık kural olarak kendi hisse senetlerini devralamaz ve rehin olarak kabul edemez. Bu hüküm katılma paylarının geri verilmesi yasağının bir gereğidir.[51]

Esas sermaye için faiz ödenmesi yasağı da (TTK., m. 470.I) sermaye kaybını önlemeye yönelik bir hükümdür. Çünkü ortaklık zarar etse dahi faiz ödenmesi veya temettü garantisi sağlanması katılma payının iadesi anlamına gelir.[52]

Esas sermaye miktarı kadar net malvarlığı ile ortaklık arasındaki bağı kısmen çözmenin, gerektiğinde bu yolla elde edilecek fonu pay sahiplerine iade etmenin tek yolu esas sermaye indirimidir (TTK., m.396 vd.).[53] İndirim sonucu elde edilen mik-

---

bu yasaya aykırı olarak paysahiplerine yapılan her türlü ödemenin ortaklığa iadesi öngörülmüştür (§ 62.I). Bu konuda Bkz., **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 672.

46 Alman Hukukunda bu görüş için Bkz., örn. **Würdinger**, s. 30.

47 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 466.

48 APOK bu konuda da açıktır. § 62.I genel olarak katılma payından iade niteliğindeki ödemelerin mutlak surette iadesini öngörürken 2. fıkra hükmü ^haksız ödenen kâr payının ve hazırlık devresi faizinin iadesini pay sahibinin kasıt veya ihmali şartına bağlamaktadır. Görüldüğü gibi, bu halde dahi mutlaka kasıt aranmamış ihmal yeterli sayılmıştır. Türk Hukukunda limited ortaklıklar bakımından değerlendirme için Bkz., **Ayhan**, yazarın belirttiği gibi sadece kâr payının iadesi bakımından kötüniyet önem taşır, s. 74.

49 Bkz., **Hueck**, s. 175; **Würdinger**, s. 29-30. KVK. açısından bu örtülü kazandırmalar "örtülü kazanç" olarak kabul edilmiştir (m. 17).**Dnş. 4.D.** 9.2.1994 tarih ve E.1993/4480, K.1994/614 sayılı kararında "Ortakların, şirketten faizsiz olarak borç para alması ve bu borcun da uzun bir süre ortakların borcu olarak görülmesi halinde, bu borç verme olayı nedeniyle, şirket adına örtülü kazanç hükümlerine göre vergi salınabileceği..." belirtilmiştir. Karar için Bkz., **Can/Kayar**, s. 235.

50 Safi iş yılı kârı belirlenirken bilanço zararı (gayrısafi) kârdan indirilir Bkz., yuk., § 3, I, B, 2.

51 Bkz., **Grünewald**, 2,C,VIII, N. 151.

52 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 442; von **Steiger**, Orijinal, s. 61; **Würdinger**, s. 29-30.

53 Bkz., **Grünewald**, 2.C.IX,N.1; **Würdinger**, yazara göre bu sözleşme yasaya aykırılık nedeniyle batıl olur, s. 29.

tar dağıtılmayıp ortaklık bünyesinde de tutulabilir. Bu halde sermaye indiriminin amacı söze konu miktar üzerinde daha kolay tasarruf imkânını sağlamaktır.[54] Fakat yasakoyucu sermaye indirimi dolayısıyla güvencesi azalan alacaklıları koruyucu hükümler getirmeyi ihmal etmemiş, onlara haklarının ödenmesini veya temin edilmesini isteme hakkı tanımıştır (TTK., m. 397.I).

İç kaynaklardan yapılan sermaye arttırımı sermaye indiriminin tersine ortaklıkla bağlanan net malvarlığı kısmını arttırmaktadır. Özellikle serbest yedek akçeler bu yolla esas sermayeye eklenince alacaklıların güvencesinde artış meydana gelmektedir.[55]

D) ORTAKLIĞIN BOZULAN MALI DURUMUNU İYILEŞTIRMEYE YÖNELIK HÜKÜMLER

Bu hükümler esas sermaye fiilen karşılıksız kaldıktan sonra devreye girerler. Gerçekten, esas sermayenin karşılıksız kalmasını önlemeye yönelik ne kadar hüküm getirilirse getirilsin, ortaklığın işletmesi zarar edebilir ve sonuçta esas sermaye karşılıksız kalabilir.[56] Yasakoyucu, bozulan mali durumun pay sahipleri, ortaklık alacaklıları ve diğer kişiler yararına iyileştirilebilmesi için de bazı emredici hükümler getirmiştir. Bu hükümler ortaklığın faaliyet döneminde malvarlığını korumaya yönelik „olumlu yükümlülükler" getiren hükümler olarak da nitelendirilmektedirler.[57]

İşte bu konudaki temel hüküm Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesidir.[58] Bu maddenin amacı da malvarlığını esas sermaye ölçüsünde korumaktır.[59] Söze konu maddeye göre, ortaklığın azalan öz kaynaklarını esas sermaye ile denk bir düzeye getirmek mali durumun iyileştirilmesi anlamına gelmektedir.

Aşağıda iyileştirme kavramı ve iyileştirme tedbirlerini genel olarak inceleyeceğiz. 324. maddenin sermaye kaybı ve borca batıklık için öngördüğü özel iyileştirme tedbirlerini ise diğer bölümlerde ayrıntılı biçimde ele alacağız.[60]

II - İYİLEŞTİRME KAVRAMI

Bu kısımda iyileştirme kavramının işletme ekonomisi ve hukuksal açıdan neyi ifade ettiği üzerinde durmak istiyoruz.

---

54 Bkz., **Grünewald**, 2.C.IX,N.1.

55 Esasen iç kaynaklardan sermaye arttırımının asıl amacı budur, böylece ortaklığın kredi itibarı yükselmektedir, Bkz., **Grünewald**, 2.C.VIII, N.163.

56 Bkz., **Hueck**, s. 174.

57 Bizim sermaye kaybını önlemeye yönelik hükümler adını verdiğimiz hükümlere de „olumsuz yükümlülükler öngören hükümler" adı verilmektedir, Bkz., **Tekil**, AŞ., s. 23.

58 İBK., m. 725, 725a bakımından Bkz., aynı yönde **Koeferli**, s. 80; Ayrıca Bkz., **Druey**, s. 99;

59 Bkz., **Koeferli**, yazar İBK.'nda 1991 yılında yapılan değişikliklere rağmen bu temel ilkenin değişmediğini belirtmektedir. Oysa İBK., m. 725'te yapılan değişiklik sonucu emredici hükümlerle korunan malvarlığının kapsamı hayli genişletilmiştir. Yazar herhalde merkezi kavram olarak esas sermayenin hale önemini koruduğunu belirtmek istemektedir, Bkz., **Koeferli**, s. 79.

60 Bkz., özellikle aşa.§, 6, V, B, 1; § 7, IV, B ve V, VI, § 13.

A- İŞLETME EKONOMİSİ AÇISINDAN İYİLEŞTİRME KAVRAMI

Mali durumun iyileştirilmesi kavramı (*Sanierung*) temelde hukuki olmaktan çok işletme ekonomisine ait bir kavramdır.[61] Bu nedenle işletme ekonomisi alanındaki iyileştirme kavramı hukuki anlamda iyileştirme kavramı bakımından da çıkış noktasını oluşturmaktadır.[62] Böyle olmasına rağmen, bu konuda işletme ekonomisi yazarları arasında görüş birliği yoktur.[63]

Çeşitli görüşler arasında malı durumun iyileştirilmesi kavramı bakımından ortak çıkış noktası „İşletme Krizi" (*Unternehmenskrise*) kavramıdır. Mali durumu iyileştirilmeye muhtaç olmayan, başka bir deyişle sağlıklı bir işletmenin iyileştirilmesinden söz edilemez.[64] İşletme ekonomisinde işletme krizi kavramının çeşitli tanımları yapılmaktadır. Bir tanıma göre işletme krizi, bir işletmenin temel hedefleri ve varlıklarının doğrudan doğruya tehdit altında bulunması ve böylece işletmenin varlığını sürdürmesinin ciddi ölçüde tehlikeye girmesidir.[65] Bu görüşün işletme krizini işletmede başgösteren kronik bozulma haliyle sınırlı tuttuğu anlaşılmaktadır.[66] Bir başka tanım ise kavramın sınırlarını oldukça genişletmektedir. Buna göre işletmenin hedeflerinden her sapma veya hesap ve fonksiyonlarındaki her olumsuz gelişme bu kavrama girer. Yani bu görüşe göre, ekonomik konjonktüre, geçici pazar darlıklarına bağlı olan ve çoğu kez bir hesap dönemini kapsayan akut nitelikteki bozukluklar[67] da işletme krizi sayılır. Sadece krizin ağırlığıyla doğru orantılı olarak alınacak tedbirlerin kapsamı genişler.[68]

İşte işletme ekonomisi bakımından iyileştirme, kriz (ilke olarak kronik bozukluk) halindeki bir işletmenin veya işletme kısmının sağlığa kavuşturulması, yeniden kârlı ve verimli hale getirilmesi ve böylece varlığını sürdürebilecek sağlıklı bir temele oturtulması için başvurulan her türlü tedbiri ifade eder.[69] Hukuki anlamda iyileştirmenin aksine, amaca uygun her türlü tedbir bu kavrama dahildir.[70] Buna karşılık işletmenin mali çöküşünü geciktirici nitelikteki tedbirler kavramın dışında tutulurlar.[71]

İyileştirmenin konusu işletmenin tamamı veya bir kısmı olabilir.[72] Amaç ise işletmeyi sağlığa kavuşturmaktır. İyileştirmenin mutlaka işletmeyi işleten tüzelkişi çatısı altında gerçekleştirilmesi şart değildir. Birkaç ortaklığın birleştirilmesi gibi

---

61 Bkz., **Claussen**, s. 197; **Schmid**, s. 3-4.

62 Bkz., **Schmid**, s. 4.

63 Bu konuda bir değerlendirme için Bkz., **Bürgi**, OR. 735, N.2; **Schmid**, s. 3 vd.

64 Bkz., **Boemle**, s. 469; **Schmid**, s. 3; **Wobmann**, s. 35.

65 Bkz., **Brandstätter** ve atıfta bulunduğu işletme ekonomisi literatürü, , s. 5;

66 Kronik bazukluk işletmenin iş yılları boyunca ard arda zarar etmesi sonucu varlıklarını önemli ölçüde kaybetmesidir. Bkz., **Degiacomi**, s. 3.

67 Bu konuda Bkz., **Degiacomi**, s. 3.

68 Bkz., Örn., **Degiacomi**, s. 3vd.

69 Bkz., **Brombach/Offert/Ehreiser**, s. 143; Bkz., **Claussen**, s.200; **Dubach**, s. 152,154; **Schmalenbach**, s. 287; **Schmid**, s. 3, 4, 5; **Weidmann**, s. 2; **Wobmann**, s. 35.

70 Bkz., **Brombach/Offert/Ehreiser**, s. 143; **Schmid**, s. 3.

71 Bkz., **Schmalenbach**, s. 301; **Schmid**, s. 5.

72 Bkz., **Dubach**, s. 152.

yollarla da mali durum iyileştirilebilir.[73] Eğer bir işletme yeterince öz kaynaklara sahip olmuşsa ve bu öz kaynakları koruyup arttırabiliyor, sürekli ve istikrarlı şekilde kâr edebiliyorsa sağlığa kavuşmuş demektir.[74] Ayrıca işletmenin tedarik, üretim ve pazarlama işlemleri için gerekli likit varlıkları bulunmalıdır.[75] O halde sağlığa kavuşturma hem sermaye yapısı, hem de likidite bakımından gerçekleştirilmelidir. Bu da yeniden borç edinebilme iktidarına kavuşmayı zorunlu kılar.[76] Ancak o zaman işletmenin varlığını sürdürmesi, yaşama yeteneğini kazanması mümkün olabilir.

İyileştirme, işletmenin tasfiyesinin (yerine göre iflâsın veya mevcudun terki suretiyle konkordatonun) bir alternatifi olarak karşımıza çıkar.[77]

İyileştirme ihtiyacı ve uygulanacak tedbirler, işletme krizinin niteliğine, doğuş nedenlerine ve krizdeki kronikleşmenin büyüklüğüne bağlı olarak değişir.[78] Kriz ne kadar büyükse alınacak tedbirler de o kadar artar ve çeşitlenir.[79]

B- HUKUKİ BAKIMDAN İYİLEŞTİRME KAVRAMI

Nasıl ki, hukuki açıdan mali durumun bozulması kavramı, işletme ekonomisindeki işletme krizi kavramından daha dar ise,[80] hukuki anlamda iyileştirme kavramı da işletme ekonomisi alanındakinden daha dar kapsamlıdır.[81] İsviçre Hukukunda bazı yazarlar iyileştirme kavramından sadece İsviçre Borçlar Kanunu'nun 735. maddesinde düzenlenen sermaye kaybını gidermek amacına yönelik esas sermaye indirimini anlamaktadırlar.[82] İyileştirme kavramının hukuk alanında yeni olması nedeniyle mali durumun iyileştirilmesi hakkında genel ve kapsamlı yasal düzenlemeler bulunmamaktadır.[83] Bu konuda özel yasalar çıkarıldığı gibi (Bkz., Örn. 3332 sayılı Kanun), çeşitli yasalarda mali durumun iyileştirilmesine yönelik hükümler serpiştirilmiş durumdadır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nda, İcra ve İflâs Kanununda (m. 285 vd.) ve Bankalar Kanununda (m. 64 vd.) bu türden hükümler vardır.[84]

Ne Türk Ticaret Kanununda, ne de diğer yasalarda „iyileştirme" kavramının tanımına rastlıyoruz. Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ortaklığa ilişkin hükümlerinde -bizim tercih ettiğimiz terimle- iyileştirme kavramına, „ıslah" adı altında iki maddede yer verilmiştir. İlk olarak, borca batıklık halinde mahkemece iflâsın ertelenmesi

---

73 Bkz., **Dubach**, s. 154. Bu anlamda iyileştirme borca batıklığın TTK., m. 324.II anlamında giderilmesinden daha geniş bir kavramdır. Karş., aşa., § 13, II, A, 3.

74 Bkz., Bkz., **Claussen**, s. 200; **Weidmann**, s. 2.

75 Bkz., Bkz., **Claussen**, s. 200; **Weidmann**, s. 2.

76 Bkz., **Claussen**, s. 200.

77 Bkz., **Weidmann**, s. 2; **Schmid**, s. 3.

78 Bkz., **Degiacomi**, s. 3; **Schmalenbach**, s. 287, 291; **Schmid**, s. 3.

79 Bkz., **Schmalenbach**, s. 287; **Schmid**, s. 3; **Weidmann**, s. 2.

80 Bkz., yuk. § 3, I.

81 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 3; **Koeferli**, s.4; Karş., **Schmid**, s. 12.

82 Bkz., **Degiacomi**, s. 5 vd. Eleştiri için Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 3; **Schmid**, s. 12.

83 Bu konuda Bkz., **Claussen**, s. 197.

84 Bazı yazarlar da hukuki anlamda iyileştirme kavramını, iyileştirme tedbirlerinin yer aldığı hukuk alanına göre ayırıma konu yapmaktadırlar, Bkz., **Giroud**, s. 113 vd. **Koeferli**, s. 77 vd. Eleştiri için Bkz., **Schmid**, s. 12.

kararı verilebilmesi için „şirket durumunun ıslahı"nın mümkün görülmesi gerekmektedir (m. 324.II, c.5). 399. maddenin 3. fıkrasında da „şirketin müşkülleşmiş olan mali vaziyetinin ıslahı için" payların itibari değerlerinin 500 liradan aşağı indirilebileceği öngörülmüştür. 399. maddedeki ıslah kavramı somut iyileştirme tedbirlerinden birine işaret etmektedir. Denilebilir ki, hukuki düzenlemelere konu olan iyileştirme tedbirleri "hukuki anlamda" iyileştirme kavramının sınırlarını belirler.[85]

Hukuki anlamda iyileştirme kavramına giren tedbirler, mahkeme dışı ve yargısal tedbirler olmak üzere ikiye ayrılabilir.[86] 324. maddede her iki grup iyileştirme tedbiri bir aradadır ve birbirinin tamamlayıcısıdır. Her ne kadar iyileştirme kavramına 324. maddede sadece borca batıklık hali dolayısıyla yer verilmişse de, aslında bu kavram özü bakımından maddenin tümünü kapsamaktadır. 324. maddenin malvarlığını korumaya yönelik diğer tedbirlerden farklı olarak „önleyici" değil „ıslah edici" bir işleve sahip olduğunu daha önce belirtmiştik. O halde çalışmamızın merkezini oluşturan 324. maddenin bütününün amacı, mali durumun iyileştirilmesini sağlayarak sermaye kaybını ve nihayet iflâs yolu ile tasfiyeyi önlemek ve böylece pay sahiplerinin, ortaklık alacaklılarının ve ilgili diğer kimselerin çıkarlarını korumaktır.[87]

Yasakoyucu mali durumu bozulan bir ortaklığın durumunun iyileştirilmesinde hangi usul ve esaslara uyulacağını, bu konuda kimin karar vermeye yetkili olduğunu çoğu kez emredici nitelikteki hükümlerle düzenlemektedir.[88] 324. maddede öngörülen hallerde de yasakoyucunun iyileştirme tedbirlerine müdahalesi, mali durumdaki bozulmanın derecesine göre farklılık göstermektedir. 1/2 oranında sermaye kaybı halinde genel kurul dilediği iyileştirme tedbirlerini karara bağlamakta serbesttir. Sermaye kaybı en az esas sermayenin üçte ikisi düzeyindeyse, genel kurul, yine 324.II maddesinde yer alan alternatif şartlardan birini yerine getirmek koşuluyla arzu ettiği diğer iyileştirme tedbirlerini devreye sokabilir. Oysa borca batıklık halinde yasakoyucu mali durumun iyileştirilmesi bakımından ortaklığa bir serbesti tanımamıştır. Bu durumda iyileştirme ancak yargıcın kararı ve müdahalesi ile mümkündür.

III - GENEL OLARAK İYİLEŞTİRME TEDBİRLERİ

Öğretide iyileştirme tedbirleri genel olarak işletme organizasyonu ilişkin iyileştirme tedbirleri (*organisatorische Sanierungsmaßnahmen*) ve mali nitelikteki iyileştirme tedbirleri (*finanzielle Sanierungsmaßnahmen*) olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır.[89] Biz de bu ayırım çerçevesinde genel olarak iyileştirme tedbirlerini inceleyecek, hukuki nitelikteki tedbirleri tek tek belirlemeye çalışacağız.

---

[85] Bkz., **Schmid**, s. 4.

[86] İyileştirme sözleşmesi, sıradan çekilme sözleşmesi, genel kurulun alacağı kararlara dayanan tedbirler mahkeme dışı, iflâsın ertelenmesi, yargısal konkordato vb. yargısal tedbirlerdir. Bkz., **Dubach**, s. 152. Ayrıca Bkz., Bkz., **Böckli**, s. 902.

[87] Bkz., **Dubach**, s. 152.

[88] Bkz., Örn. 3182 sayılı Ban.K. m. 64-65. Ayrıca Bkz., aşa., § 5, IV, C.

[89] Bkz., **Boemle**, s. 470; **Wobmann**, s. 40; **Koeferli**, s. 112; **Schmid**, s. 4, 8-9, ancak yazar bu ayırımın pratikte fazla bir önemi olmadığı, zira organizasyona ilişkin tedbirlerin de sonuçta ortaklığın sermaye

A- ORGANİZASYONA İLİŞKİN İYİLEŞTİRME TEDBİRLERİ

Burada ortaklık ve işletmesinin yapısında, fonksiyonlarında mali durumun iyileştirilmesine yönelik değişiklikler yapılması söz konusudur. İşletme örgütünün geliştirilmesi yoluyla mali durum iyileştirilmeye çalışılmaktadır.[90] Özellikle üretim ve sürümün rasyonalize edilmesi, yeni ve daha düşük maliyetli üretim ve pazarlama tekniklerinin geliştirilmesi,[91] işletmenin boyutlarının küçültülmesi, kârlı ve verimli alanlarla sınırlandırılması,[92] yönetimin ve yöneticiler arasındaki görev bölüşümünün yeniden yapılandırılması[93] bu tedbirlere örnek olarak gösterilebilir. Bu tedbirler genellikle mali nitelikteki iyileştirme tedbirlerini izler ve onların tamamlayıcısı (destekleyicisi) olarak hizmet görürler.[94]

Yasakoyucu bu tedbirlerin alınmasını emreden genel hükümler getirmemiştir. 324. maddede de bu konuda ortaklığa açıkça yükümlülük getiren bir hüküm yoktur. Ancak çeşitli özel yasalarda ulusal ekonomi için önem taşıyan bazı kuruluşlar için özel düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64. maddesi gereğince Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakan mali durumu bozulan bankanın yönetim kurulundan bir kısım şubelerin kapatılmasını, yeni personel alımının durdurulmasını (f.2,b."c"), mevzuata aykırı fiilleri ile banka mali bünyesini zayıflattığı tespit edilen personelin bankayı temsil yetkilerinin kaldırılmasını (f.2, b. „f") isteyebilir. Bu tedbirler yukarıda belirttiğimiz anlamda işletme organizasyonuna ilişkin iyileştirme tedbirlerine birer örnektirler.[95]

Bu tedbirlerin çoğu genellikle hukuki açıdan bir sorun yaratmaz.[96] Yönetim kurulu bir genel kurul kararı olmaksızın bunları devreye sokabilir. Ancak bu tedbirlerin uygulanması bir genel kurul kararını, ya da esas sözleşme değişikliğini gerektiriyorsa yasanın ve esas sözleşmenin ilgili hükümlerine uyulması gerekir. Örneğin esas sözleşmede öngörülen ortaklık maksat ve konusunun (TTK., m. 279.II, N.2) veya türünün değiştirilmesi yönünde bir tedbir uygulanmak isteniyorsa genel kurulun ağırlaştırılmış çoğunlukla buna karar vermesi gerekir (TTK., m. 388.II).[97]

Yapısal değişiklik (*Umstrückturierung*) yaratan bu tedbirler özellikle iş hukuku bakımından önemli sonuçlar doğurur.[98] İşletmenin çapının küçültülmesi veya üretim tarzının değiştirilmesi, bazı işçilerin işyerlerini kaybetmelerine neden olabilir.

---

yapısını ve finansman durumunu etkileyeceğini belirtmektedir, s. 4; Karş., **Tekinalp**, iyileştirmenin (sadece) finansal nitelikli olduğunu belirtmektedir, **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. s. 626. aynı yönde **Schmalenbach**, s. 292; Ayrıca Bkz., **Böckli**, s. 891. Karş., **Dubach**, yazar "işletmeye ilişkin", "finansal" ve "hukuki" iyileştirme tedbirlerinden söz etmektedir, s. 152.

90 Bkz., **Dubach**, s. 152.

91 Bkz., **Claussen**, s. 198; **Schmid**, s. 9; **Wobmann**, s. 41.

92 „*Gesundschrumpfung*", Bkz., **Weidmann**, s. 3; Bu çoğu kez mali nitelikteki tedbirlerle birlikte gerçekleştirilir.Ayrıca Bkz., **Claussen**, s. 198.

93 Bkz., **Boemle**, s. 470; **Claussen**, s. 198; **Koeferli**, s. 112; **Weidmann**, s. 3; **Wobmann**, s. 41.

94 Bkz., **Claussen**, s. 198.

95 Bu konuda ayrıca Bkz., aşa. § 5, IV, C.

96 Bkz., **Koeferli**, s. 112.

97 Aynı örnek için Bkz., **Koeferli**, s. 112-113.

98 Bkz., **Rehbinder**, s. 113 vd.

İflâsın ertelenmesi halinde de bu tedbirlere başvurulabilir. Yönetim kurulunun yetkilerinin kısıtlanması, işletme faaliyetinin geçici bir süre durdurulması gibi.[99]

B- MALİ NİTELİKTEKİ İYİLEŞTİRME TEDBİRLERİ

Mali nitelikteki iyileştirme tedbirleri üç ana grupta incelenebilir.[100] Bazı iyileştirme tedbirleri ortaklığın öz kaynaklarını reel olarak arttırmaya yöneliktirler. Bu tedbirlerle ortaklığın öz kaynak yapısı güçlendirilir.[101] Bunlar gerçek nitelikte iyileştirme tedbirleridir (*echte Sanierung*). İkinci grup tedbirler ise malvarlığında reel bir artışa neden olmazlar. Bu gruba giren tedbirler tamamen bilançoya yansıyan mali durumu düzeltmeyi, böylece ortaklıkta yeniden istikrarlı kâr dağıtımını sağlamayı hedefleyen -salt bilançosal- tedbirlerdir.[102] Örneğin bilanço açığını kapatmak amacıyla yapılan esas sermaye indirimi (TTK., m. 396 vd.) bu niteliktedir.[103] Gizli yedeklerin (örneğin yeniden değerleme yoluyla) çözülmesi ve iç kaynaklardan (örneğin yeniden değerleme sonucu elde edilen kaynaklardan) yapılan sermaye arttırımı da bu gruba girer. Bu tür iyileştirmeye „Gerçek Olmayan İyileştirme" (*Unechte Sanierung*) adı verilmektedir.[104] Bazı yazarlar ise bu tür tedbirlerin herhangi bir şekilde iyileştirme olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadırlar.[105] Üçüncü grup tedbirler de malvarlığında reel bir artışa neden olmazlar. Ancak salt bilançosal tedbirlerden farklı olarak özellikle likiditesizliğin çözümünde önemli rol oynarlar. Örneğin borç erteleme sözleşmeleri bu tür tedbirlerdendir.

Şimdi yaptığımız temel ayırım çerçevesinde başlıca iyileştirme tedbirlerini daha yakından inceleyelim:

1- Salt Bilançosal Nitelikli (Gerçek Olmayan) İyileştirme Tedbirleri

Sermaye kaybını salt bilançosal bir tedbirle ortadan kaldırmak mümkünse de borca batıklık halinde mali durumun iyileştirilmesi ortaklığın öz kaynaklarının artırılmasına bağlıdır.[106] O halde borca batıklık durumunda uygulanabilecek olan iyileştirme tedbirleri daha sınırlıdır.

---

99 Bkz., aşa., § 13, VII.

100 Genel olarak finansal tedbirler iç finansman (*Innenfinanzierung, Selbstfinanzierung*) ve dış finansman (*Außenfinanzierung*) tedbirleri olarak ikiye ayrılmakta, dış finansman tedbirleri ise sağlanan kaynağın öz veya yabancı kaynak niteliğinde olmasına göre ayrıma tabi tutulmaktadır. Bkz., ayrıca yuk., § 3, II, B, 2, a ve b. Burada yapılan ayırım iyileştirme tedbirleri, özellikle sermaye kaybı ve borca batıklığı gidermeye yönelik iyileştirme tedbirleri bakımındandır.

101 Bkz., **Boemle**, s. 469; **Giroud**, s.113 vd; **Koeferli**, s.113; **Böckli**, s. 891; **Weidmann**, s. 2.

102 Bkz., **Giroud**,s.116; **Weidmann**, s. 3.

103 Bkz., **Schmid**, s. 10.

104 Bkz., **Koeferli**, s. 113.

105 Bkz., Örn. **Eisenhardt**, yazar bilanço açığını kapatmak amacıyla yapılan sermaye indirimini bir iyileştirme tedbiri olarak kabul etmemekte, eğer bu indirimle birlikte esas sermaye yeniden arttırılırsa, ancak o zaman bir iyileştirmeden söz edilebileceğini belirtmektedir, s. 261.

106 Bkz., **Harget**, s. 139; **Schmid**, s. 10. Nitekim borca batıklık halinde bilanço açığını kapatmak amacıyla sermaye indirimi yoluna gidilemez, Bkz., TTK. m. 396,IV, ayrıca **Koeferli**, s. 114 vd; **Schmid**, s. 10.

Ortaklığa yeni bir kaynak akışı veya ödeme şartlarının iyileştirilmesi söz konusu olmadığı için ödeme güçlüğü ve aciz halinin çözümü bakımından da söze konu tedbirlerin bir rolü yoktur.[107] Bu gruba giren tedbirlerin başlıcaları şunlardır:

a) Gizli Yedek Akçelerin Çözülmesi

Yukarıda belirttiğimiz gibi, sabit (esas) sermaye sisteminin bir sonucu olarak sermaye kaybı halinde bilançoda mutlaka bir zarar kalemi bulunur. Zarar açık ve gizli yedek akçelerin çözülmesi yoluyla kapatılabilirse gerçek bir sermaye kaybı zaten mevcut değildir.[108] Bu nedenle bazı yazarlara göre, yönetim kurulunca gizli yedeklerin çözülmesi, böylece bilançosal bir sermaye kaybının daha bilanço düzenlenirken önlenmesi, incelemekte olduğumuz anlamda dahi bir iyileştirme tedbiri sayılamaz.[109] Çünkü bu görüşe göre bilançosal iyileştirme tedbirleri, gerçek bir sermaye kaybını dış finansman yoluna gitmeksizin gidermeyi hedefleyen tedbirlerdir.

Kanımızca bilançoda görünen (gerçek olmayan) bir sermaye kaybını gidermek amacıyla gerek kendiliğinden oluşan gerek teknik anlamdaki (TTK., m. 458) gizli yedek akçelerin çözülmesi, örneğin yeniden değerleme yapılması bu gruba giren bir finansal iyileştirme tedbiridir.[110] Çünkü, gerçek olmayan bir sermaye kaybının da -safi kâr dağıtamamak gibi bazı olumsuz sonuçları vardır.[111] Yapılan işlemle sermaye kaybı giderilmekte, böylece en azından ortaklık kâr payı dağıtma imkânına kavuşmaktadır. Ortaklığa yeni bir kaynak aktarılmadığından yapılan işlem salt bilançosal nitelikte bir tedbirdir.[112] Bu yolla „elde edilen" kaynakların zarar miktarını aşan kısmı yedek akçelere eklenebileceği gibi, iç kaynaklardan yapılan bir sermaye arttırımı ile esas sermayeye de dahil edilebilir (İç finansman, ya da kendi kendine finansman, *Selbstfinanzierung*) Örneğin yeniden değerleme değer artış fonundan esas sermaye arttırımı yoluna gidilmesi mümkündür.[113] Bu işlemler de gizli yedek akçelerin çözülmesine ek olarak mali durumun iyileştirilmesine hizmet eder.

Gizli yedek akçelerin, özellikle yeniden değerleme yoluyla çözülmesinin mali durumun iyileştirilmesi bakımından başka faydaları da vardır. Bu sayede amortismana tâbi mallar gerçek değerleriyle bilançoya geçirildiklerinden ayrılan amortisman miktarı artar. Böylece dağıtılabilir kâr miktarı azalacağı gibi, düşük amortisman yüzünden fazla vergi alınması da önlenmiş olur.[114] Amortismanların yükselmesi ve dağıtılabilir kârın azalması ortaklığın otofinansman kaynaklarının büyümesi sonucunu doğurur. İşletmenin kârlılık ve verimliliği de daha doğru bir biçimde belirlenebilir.[115]

---

[107] Bkz., **Koeferli**, s. 118; **Schmid**, s. 10.
[108] Bkz., yuk., § 3, II, D.
[109] Bkz., **Schmalenbach**, s. 287; **Schmid**, s. 9.
[110] Aynı görüş için Bkz., **Lanz**, s. 90. Nitekim İsviçre'de sırf bu amaç için özel bir hüküm getirilmiştir. Bkz., İBK. 670.I. Bkz., aşa., § 5, II, C.
[111] Bkz., yuk., § 3, II, C, D.
[112] Bkz., **Koeferli**, s. 113 vd; Bkz., **Lanz**, s. 90.
[113] Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 196.
[114] Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 185 vd.
[115] Bu konularda Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 188.

b) Bilanço Zararını Kapatmak Amacıyla Yapılan Esas Sermaye İndirimi

Türk Ticaret Kanunu'nun 397. maddesinin 2. fıkrasında sermaye kaybı halinde uygulanacak basitleştirilmiş bir esas sermaye indirimi usulü öngörülmektedir. Anılan hükme göre esas sermaye zararlar sonucu bilançoda meydana gelen açığı kapatmak amacıyla ve bu açık ölçüsünde indirilecek olursa yönetim kurulu alacaklıları davet etmek, haklarını ödemek veya temin etmek zorunda değildir.

Basitleştirilmiş sermaye indirimi de ortaklığa yeni bir kaynak getirilmeksizin mali durumu iyileştirmeyi amaçlar.[116] Bu tür esas sermaye indirimi sayesinde 324. maddede hukuki sonuçlara bağlanan sermaye kaybı giderilirken, ortada bilanço zararı kalmadığından pay sahiplerinin yeniden kâr payı alabilmeleri de sağlanmış olur. (TTK.,m.455.I).[117] Gerçi sermaye indirimi yapılmasaydı, ileriki yıllarda elde edilen kârların zorunlu olarak bilanço zararını kapatmak için kullanılacağı, böylelikle ortaklığın mali durumunun güçleneceği söylenebilirse de[118] özellikle halka açık anonim ortaklıklarda böyle bir çözümün sorunlar yaratacağı, uzun süre kâr payı alamayan pay sahiplerinin ortaklığa karşı ilgilerinin azalacağı ve mali yapıda bozukluğun başlayacağı haklı olarak belirtilmektedir.[119] Ayrıca, bilanço sermaye kaybından arındırıldığı zaman ortaklık yeni hisse senedi ihracı yoluyla sermayesini arttırma imkânına (*Emissionsfähigkeit*) yeniden kavuşmaktadır.[120] Bu açıdan esas sermaye indirimi yoluyla bilanço zararının (sermaye kaybının) ortadan kaldırılması bilançosal (gayrihakiki) nitelikte bir iyileştirme tedbiri olarak kabul edilmektedir.[121] Eğer zarar kadar sermaye indirimi ile birlikte aynı oranda esas sermaye arttırılacak olursa ortaklığa yeni öz kaynak sağlanmış olur.Bu gerçek anlamda bir iyileştirme tedbiridir.

Bu iyileştirme tedbiri İkinci Bölümde 2/3 oranında sermaye kaybının hukuki sonuçları incelenirken ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Burada sadece anılan işlemin iyileştirme tedbirleri içindeki yeri belirlenmeye çalışılmıştır.

2- Öz Kaynakları Reel Olarak Arttıran (Gerçek) İyileştirme Tedbirleri

Çoğu kez salt bilançosal nitelikteki iyileştirme tedbirleri tek başına yeterli gelmez.[122] Ayrıca öz kaynakların reel olarak artırılması gerekir.

Öz kaynaklar miktarının yükseltilmesi, sağlanan yeni kaynaklarla ortaklığın gerçek aktiflerini arttırmak veya ortaklığa ait borçları azaltmak yollarından biriyle

---

116 Bkz., **Böckli**, s. 227, 901; **Çevik**, AŞ., s. 450; **Degiacomi**, s. 21 vd., 23; **Koeferli**, s. 114 vd.; **Tekinalp**, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s. 431; **Grünewald**, 2C.VIII., N. 168; **Trumpler**, yazar ayrıca 1930'lardaki Büyük Ekonomik Buhran sırasında bu yöntemin bir iyileştirme tedbiri olarak yaygın şekilde uygulandığını belirtmektedir, s. 397.

117 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s.; **Eisenhardt**, s. 261; **Schmidt**, s. 684; **Guhl**, s. 65; **Lanz**, s. 79; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 423; **Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu**, s. 674.

118 Bkz., **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 604; **Lanz**, s. 79. Ayrıca Bkz., aşa. § 7, V, A.

119 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 118; **Lanz**, s. 78; **Mosimann**, s. 24; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 673-674.

120 Bkz., **Böckli**, s. 227; **Grünewald**, 2C,VIII, N.160; Aksi takdirde payların piyasa değeri düşebilir, Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 674; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 423.

121 Bkz., **Boemle**, s. 469; **Böckli**, s. 227; **Koeferli**, s. 114 vd.; **Schmid**, s.4. **Weidmann**, s. 4.

122 Bkz., **Böckli**, s. 902.

gerçekleştirilebilir.[123] Bu arada aktiflerin azalmasını önleyici nitelikteki tedbirler de bu gruba girer. Örneğin tasarruf tedbirleri uygulayarak masrafların kısılması gibi.[124] Yabancı kaynaklarla aktiflerin arttırılması (*Fremdfinanzierung*) yoluyla likidite sorununun ve aciz halinin çözülmesi mümkün ise de.[125] büyük ölçüde sermaye kaybına maruz kalan bir ortaklıkta böyle bir finansman tedbiri ortaklığı borca batıklığa kadar sürükleyebilir.[126] Bu nedenle bir finansal tedbir olarak bu yola daha çok öz kaynakları yeterli, ancak likit kaynakları zayıf olduğu için ödeme güçlüğü içinde bulunan ortaklıklarda başvurulur. Hatta, ortaklığın öz kaynak yapısı güçlendirildikten (sermaye kaybı giderildikten) sonra çoğu kez iyileştirmenin tamamlanması, özellikle likidite sorununun tamamen çözülmesi bakımından yabancı kaynaklara başvurmak kaçınılmaz olacaktır.[127] Ortaklık sağlıklı bir işletme görüntüsü ile organizasyona ilişkin tedbirleri uygulayabilmek için borç almak gereğini duyacaktır.

Oysa ortaklığa yeni öz kaynak sağlanırsa hem likidite sorunu çözülür,[128] hem de ortaklığın sermaye yapısı güçlendirilerek sermaye kaybının giderilmesi sağlanır. Aktifleri öz kaynak takviyesiyle arttırmaya yönelik tedbirlerden en önemlileri pay sahiplerinin ortaklığa katılma paylarına ek olarak ek ödemede bulunmaları (İlâve Finansman, *Nachfinanzierung*[129]), esas sermayenin eş zamanlı olarak aynı oranda (sermaye kaybı oranında) indirimi ve arttırımı (TTK. m. 396.I, c.1) gösterilebilir.[130] Bu tedbirleri ikinci bölümde ayrıntılarıyla inceleyeceğiz.[131]

Borçların azaltılması yoluyla öz kaynaklar miktarının yükseltilmesi ise, özellikle mahkeme dışı ve yargısal konkordato ile gerçekleştirilir.[132] Bu sayede sermaye kaybı ve borca batıklık tamamen giderilebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi konkordatoyla mali durumun iyileştirilmesini adeta gözardı etmiştir. Oysa yasanın güttüğü amaca ulaşmak bakımından bu tedbirin yukarıdakilerden bir farkı yoktur. Bu gruba giren diğer bir tedbir olarak mali durumun iyileştirilmesi için alacaklılarla veya üçüncü kişilerle özel sözleşmeler yapılması (*Sanierungsvereinbarung*) sayılabilir. Anılan sözleşmeyle alacaklılar haklarından (örneğin intifa senetleri karşılığı[133])

---

123 Bkz., **Böckli**, s. 891; **Boemle**, s. 469; **Giroud**, s.113 vd; **Koeferli**, s.113; **Schmid**, s. 10-11; **Weidmann**, s. 4 vd.; Bkz., ve Karş., **Trumpler**, s. 392.

124 Bkz., **Weidmann**, s. 3.

125 Özellikle uzun vadeli borçlarla, Bkz., **Weidmann**, s. 7. **Claussen**, s. 197; **Harget**, s. 139.

126 Borca batıklık durumunda ise bu tedbirin uygulanması mümkün değildir. Bkz., **Harget**, s. 139.

127 Bkz., **Claussen**, yazar Almanya'daki istatistiklere dayanarak özellikle banka kredilerinin sermayeye dönüşmesinden sonra bu kez bankadan kredi temini yoluna gidildiğini belirtmektedir, s. 198.

128 Bkz., **Koeferli**, s. 118; **Harget**, s. 139.

129 Terim için Bkz., **Weidmann**, s. 6.

130 Bkz., **Böckli**, yazar bütün reel iyileştirme tedbirleri içinde, özellikle esas sermayenin eş zamanlı olarak indirimi ve artırımı yöntemini tavsiye etmektedir, s. 902; **Koeferli**, s. 118 vd.; **Trumpler**, s. 393. **Weidmann**, s. 2,4; Özellikle iyileştirmede özel bir çıkarı olan pay sahipleri iradi olarak ek ödemeyi kabul edebilirler. Müteşebbis durumundaki pay sahipleri gibi, Bkz., **Trumpler**, s. 393.

131 Bkz., aşa., § 7, VI, A, 3 ve B; § 8, I, A.

132 Bkz., **Koeferli**, s. 122 vd.; **Trumpler**, s. 392; **Weidmann**, s. 3,7.

133 Bkz., **Harget**, s. 139; **Trumpler**, yazar alacaklılara yaptıkları fedakârlık karşılığında intifa senedi verilebileceğini, bu yolla sermaye kaybı veya borca batıklığın ortadan kaldırılabileceğini belirtmektedir, s. 392. Alacaklılara intifa senedi verilebileceği hakkında Bkz., TTK., m. 402, I.

kısmen veya tamamen vazgeçiyorlarsa borçların azaltılması yoluyla mali durum iyileştirilmiş olur.[134] Alacaklılar, haklarının öz kaynaklara çevrilmesini de kabul edebilirler. Aynı şey ortaklıktan alacaklı olan pay sahipleri için de mümkündür (*Kapitalersetzende Darlehen*) Aşağıda ilgili kısımlarda ortaklığın 324. madde kapsamına giren durumlarda bu yollara başvurup başvuramayacağını inceleyeceğiz. [135]

3- Diğer İyileştirme Tedbirleri

Bazı iyileştirme tedbirleri ne doğrudan doğruya bilançoyla, ne de ortaklığın öz kaynak yapısının güçlendirilmesiyle ilgilidir. Alacaklılarla yapılan çeşitli sözleşmelerle ortaklık likidite durumunu ve diğer alacaklıların güvencesini arttırabilir. Örneğin ortaklığın bir alacaklısıyla borcun vadesinin uzatımı (*Stundung, "Umschuldung"*) konusunda anlaşması[136] veya vade konkordatosu bu gruba girer. Alacaklılardan bir veya birkaçının ortaklığın iflâsı durumunda diğer bütün alacaklıların hakları tam olarak ödenmeden kendi haklarını talep etmeyecekleri vaadiyle ortaklıkla yaptıkları sözleşme de (sıradan çekilme sözleşmesi,*Rangrücktrittsvereinbarung*) bu gruba alınabilir. Bu işlemler sonucu malvarlığı ve sermaye yapısında bir değişiklik olmadığı halde, sözleşmeyi yapanlar dışındaki alacaklıların hukuki durumu iyileşmekte, ortaklık da bir nefes alarak mali durumunu iyileştirme fırsatı elde etmektedir.

Genel olarak diyebiliriz ki bu sözleşmelerin sermaye kaybı ve borca batıklığı gidermek bakımından bir rolü yoktur.[137] İleride sıradan çekilme sözleşmesinin sermaye kaybını ve borca batıklığı bildirim yükümlülüklerine etkisi ayrıntılarıyla incelenecektir.[138]

---

[134] Bkz., **Harget**, s. 139; **Claussen**, s. 198; Ortaklığın alacaklıları çeşitli açılardan kategorilere ayrılabilir. Teminat durumları, ortaklıkla sürekli ilişki içinde olup olmamaları gibi. Bu bakımdan bazı alacaklılar için haklarından feragat fantazi gibi görünebilirse de bir kısım alacaklılar pekala fedakârlığa hazır olabilirler. Bkz., **Weidmann**, s.7.

[135] Bkz., aşa., § 8, I, B; § 10, III, B, 3.

[136] Bkz., **Böckli**, s. 902; **Jäger/Weber**, KO., § 207-208, N. 21; Mali kriz durumunda bu sözleşme kriz aşılıncaya kadar alacaklının hakkını talep etmekten vazgeçmesi (*Stillhalteabkommen*) şeklinde de yapılabilir. Bkz., **Harget**, s. 139.

[137] Bkz., **Harget**, s. 139, 140.

[138] Bkz., aşa. § 8, I, C; § 11, VII, B, 4.

§ 5 KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNÜNDEN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

I- ALMAN HUKUKU

A- GENEL OLARAK

Alman hukukunda sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları anonim ortaklıklar bakımından 1965 tarihli Paylı Ortaklıklar Yasası'nın 92. paragrafında düzenlenmiştir. Ayrıca aynı yasanın 401. paragrafı anılan durumlarda ortaklık yönetimi (*Vorstand*) için öngörülen bildirim ve başvuru yükümlülüklerinin ihlalini cezai yaptırıma bağlamıştır.

92.paragrafın 1.fıkrasına göre; bir yıllık ya da ara bilançonun düzenlenmesi sırasında esas sermayenin yarısı oranında bir zararın mevcut olduğu anlaşılırsa, veya yükümlülüklere uygun takdire göre bu oranda bir zararın varlığını kabul etmek gerekiyorsa, ortaklık yönetimi derhal (gecikmeksizin) genel kurulu toplantıya çağırmak ve durumu bildirmekle yükümlüdür.

2. fıkraya göre, ortaklık ödemeden aciz haline düşerse, ortaklık yönetimi kusurlu olarak gecikmeksizin fakat en geç aciz haline girilmesinden sonraki üç hafta içinde iflâsın açılması veya yargısal konkordato istemiyle mahkemeye başvurmak zorundadır (c.1). Malvarlığının borçları karşılamaması durumunda da aynı hüküm geçerlidir (c.2). Ortaklık yönetimi orta düzeyde ve dikkatli bir iş yöneticisinin özeni ile yargısal konkordato için başvururşa, (sonradan iflâsın açılması halinde) kusurlu olarak gecikmiş sayılmaz.[1]

3. fıkraya göre, ortaklık yönetimi ödemeden aciz veya borca batıklık haline girilmesinden sonra kural olarak hiçbir ödeme yapamaz. Ancak aciz hali veya borca batıklığa rağmen orta düzeyde ve dikkatli bir iş yöneticisinin özeni ile bağdaşabilen ödemeler bu kuralın dışındadır.

§ 92'nin hükümleri emredici niteliktedirler.[2] Bu hükümlerle getirilen bildirim ve başvuru yükümlülüklerinin ortaklık yönetimince ihlali hem hukuki hem de cezai yaptırıma bağlanmıştır (§ 93.III, N.6) 401.I, N.1,2). Fakat anılan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için aynen ifa veya idari ceza yolu ile ortaklık yönetimini zorlayacak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.[3] Ortaklık gözetim kurulu'na (*Aufsichtsrat*) doğrudan doğruya yüklenmiş bir yükümlülük de yoktur.[4] Gözetim kurulu sade-

---

1 Avusturya Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 83. paragrafı APOK., § 92 ile hemen hemen ayynıdır. Sadece 3 haftalık azami süre öngörülmemiştir(§ 83.II, ayrıca Bkz., § 84.III, N.6).

2 Bkz., **Hoffmann/Becking**, s.206 N.36; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.2. s.756.

3 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 11, s. 263; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.2. s.756.

4 Bkz., **Harget**, s. 138; **Hoffmann/Becking**, s.206 N.36.

ce gözetim (*Aufsicht*) görevinin ihlali halinde sorumlu olur.[5] Tasfiye durumunda § 92. II ve III hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerin muhatabı tasfiye memurlarıdır (§ 268.II). Geçersiz (bâtıl) bir işlemle atanan yöneticilerin dahi bu hükümlerin ihlali halinde sorumlu olacakları belirtilmektedir.[6]

Alman Hukukunda Türk Hukukundan farklı olarak hem genel kurula, hem de mahkemeye bildirim yükümlülüklerinin ihlali cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bizde sadece borca batıklık halinde bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suç sayılmıştır (İİK., m. 345, a). Bu hükmün hukukumuza Alman Hukukundan esinlenilerek getirildiği Adalet Komisyonu raporunda açıkça belirtilmektedir.[7] § 401.I' de yer alan ceza hükümleri ortaklık yönetiminin hem kasıtlı hem de taksirli fiillerini cezai yaptırıma bağlamaktadır. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda bu hükümler dışında taksirli suç öngören başka bir hüküm yoktur.[8]

B- SERMAYE KAYBI

Alman Hukukunda sermaye kaybı bakımından ölçüt, Paylı Ortaklıklar Kanunu' nun 92. I. paragrafı gereğince „Bilanço zararı[9] - esas sermaye" ilişkisidir. Başka bir deyişle sermaye kaybı halinde bildirim yükümlülüğünün doğması için esas sermayenin (en az) yarısının karşılıksız kalması sonucunu doğuran bir zararın bulunması gerekir. Zarar, -ortaklığın borca batıklığı durumu hariç- hangi düzeyde olursa olsun aynı hüküm uygulanır. Bu düzenleme İsviçre Hukukuna paraleldir. Oysa Türk ve Fransız Hukuklarında esas sermayenin daha ileri derecede kaybı hallerine daha ağır hukuki sonuçlar bağlanmıştır (Bkz., TTK., 324.II. c.2,3, 1966 tarih ve 66/537 sayılı Fransız Ticaret Şirketleri Kanunu., m.241)[10].

§ 92.I'de açıkça „zarar - esas sermaye"ilişkisinden söz edilmesine karşın, bunun sayısal olarak esas sermayenin yarısı düzeyinde bir zararın bulunması anlamına gelmediği, gerçekte öz kaynaklardan bilanço zararının indirilmesiyle bulunacak miktarın esas sermaye ile karşılaştırılacağı belirtilmektedir.[11] Öz kaynaklarla kasdedilen, pasifteki pozitif öz kaynak kalemleridir.[12] Zarar miktarı bu anlamda öz kaynaklar toplamından indirilmekte, kalan miktarın esas sermayenin yarısı oranında -veya daha düşük- olup olmadığı belirlenmektedir. Bu belirleme yöntemi bizim esas aldığımız ölçüte tamamen uygundur.

---

5 Bkz., **Harget**, s. 138; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 25; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.2. s.756. **RGZ** 129, 136.

6 Bkz., **Hoffmann/Becking**, s.206 N.36.

7 Bkz., **Bilge/Gürdoğan**, s.244-245.

8 Bkz., **Henn**, s.564.

9 Maddede geçen „zarar" sözcüğünün münferit zararları değil „bilanço zararı"nı ifade ettiği belirtilmektedir. Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.7.

10 Fransız Hukukundaki düzenlemenin ana hatları için Bkz., aşa., § 5, III.

11 Bkz., **Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck**, KO., § 207, N. 7; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N. 12; **Müller**, s. 191, 207; **Zillas**, s. 446; **BGH**, AG., 1958, 293.

12 Yukarıda öz kaynakların bu anlamda da kullanıldığını belirtmiştik, Bkz., yuk. § 3, II, B, 2, a.

Türk ve İsviçre Hukuklarından farklı olarak Alman Hukukunda ortaklık yönetiminin sermaye kaybını genel kurula bildirme yükümlülüğünün doğması için durumun mutlaka bir bilançodan anlaşılması zorunluluğu yoktur. 92.paragrafın 1. fıkrası uyarınca, ortaklık yönetiminin yükümlülüklerine uygun takdirine göre esas sermayenin yarısının kaybı sonucunu doğuran bir zararın varlığını kabul etmek gerekiyorsa bu zararı kesin olarak tespit eden bir bilânço bulunmasa bile gene durumun genel kurula bildirilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemenin temeli şu düşüncelere dayanmaktadır: Ortaklık yönetimi ortaklığın mali durumunu en iyi takdir etme imkânına sahip bir organ olarak mali durumdaki kötüye gidişi farkedebilmeli, hatta esas sermayenin yarısının kaybı sonucunu doğuracak büyüklükte bir zararın varlığını kestirebilmelidir.[13] Bu yükümlülük ortaklık yönetimine yüklenen görevlerin ,özellikle özen borcunun (*Sorgfältspflicht*) zorunlu bir sonucudur.[14] Bu konudaki ölçü objektiftir.[15] Ayrıca § 92.I, TTK., 324.I ve İBK., 725.I'den farklı olarak sermaye kaybının bir ara bilançosundan da tespit edilebileceğini açıkça öngörmüştür. Fakat, ortaklık yönetiminin gerektiğinde bir bilanço bulunmasa bile bildirim yükümlülüğü altında olduğu düşünülürse bu açıklığın aslında fazla bir önem taşımadığı söylenebilir. Nitekim, anılan hükümde yıllık ve ara bilançoya birer örnek olarak yer verildiği belirtilmektedir. Yani bunlar ortaklık yönetiminin bildirim yükümlülüğünün doğması için gerekli alternatif şartlardan sadece ikisidir. Eğer ortaklık yönetimi esas sermayenin en az yarısının karşılıksız kaldığını pek muhtemel görüyorsa derhal genel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Durum bu kadar açık değilse ortaklık yönetimi öncelikle bir ara bilançosu düzenleme yoluna gidebilir.[16]

Buna karşılık, Alman Hukukundaki düzenleme ortaklık yönetiminin sadece genel kurulu toplantıya çağırmakla yükümlü olması, ayrıca mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri konusunda bir teklif sunma zorunluluğunun açıkça öngörülmemesi bakımından Türk Hukukuna benzemektedir. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişiklikler sırasında yönetim kuruluna mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkındaki önerilerini genel kurula sunma görevi de verilmiştir.[17] Fakat, Alman Hukukunda da, ortaklık yöneticileri veya gözetim kurulu üyelerinin sadece genel kurula durumu bildirmekle yetinmeyip, zorunlu gördükleri takdirde toplantı gündemine kendi önerilerini de eklemeleri gerektiği görüşü savunulmakta-

---

13 Bkz., **Harget**, s. 138; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 14, s. 264; **Hirtz**, s.10; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 02, N.2; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.4, s.757; **Teichmann-Köhler**, § 83 N. 1 a

14 Bkz., **Hirtz**, s. 10; Ayrıca Bkz., özellikle APOK., § 93.I ve II. TTK., m.320'den farklı olarak APOK., § 93.I ortaklık yönetiminin özen borcunun ölçüsünü açıkça belirlemiş, ayrıca gerekli özeni gösterdiklerini ispat yükünü özel bir hükümle ortaklık yöneticilerine yüklemiştir (s§ 93.II, son cümle). Ayrıntılı bilgi ve Türk Hukuku ile karşılaştırma için Bkz., aşa.§, 8, II, A. 1.

15 Bu konularda Bkz., **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.4, s.757

Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92, N.3, s.284;. ayrıca Bkz., BGH., 44,50.

16 Bu konularda Bkz., **Godin)Wilhelmi**, Großkomm., § 92, N.4; **Mejer-Landrot**, Großkomm. § 92, N.2; **Mertens**, Kölner Komm. § 92 N.3.II,; Ancak APOK., § 90 uyarınca ortaklık yönetimi ayrıca durumu derhal gözetim Kuruluna bildirmekle yükümlüdür.

17 Bkz., aşa., § 5, II. C.

dır.[18] Çünkü aksi takdirde § 92.I maddesinin amacına ulaşması mümkün değildir. Ortaklık yönetimine yüklenen özen borcu (§ 93.I) böyle bir yükümlülüğün varlığının kabul edilmesini zorunlu kılar. Genel kurul ortaklık yönetiminin ve gözetim kurulunun önerileriyle bağlı değildir (§ 124.III)..

§ 92'de genel kurulu toplantıya çağırma görevi ortaklık yönetimine verilmiştir. Eğer ortaklık yönetimi kurul olarak bu konuda bir karar almazsa, tek bir ortaklık yöneticisi (*Vorstadsmitglied*) ancak esas sözleşmede yetkili kılındığı takdirde genel kurulu toplantıya çağırabilir (§ 77, II). Ancak her halde durumu gözetim kuruluna bildirmek zorundadır.[19] Bu paragrafta ayrıca gözetim kuruluna bir görev yüklenmemiştir. Fakat ortaklığın menfaati için gerektiğinde genel kurulu toplantıya çağrı görevi gözetim kuruluna düşer (APOK., § 111.III)

Toplantının zorunlu gündem maddesi mali durum hakkındaki yönetim raporunun genel kurula sunulmasıdır. Toplantıya davetin amacı, yani mali durumdaki bozulma pay sahiplerinin toplantıya çağrılması sırasında herhangi bir yanlış anlamaya yol açmayacak şekilde açıkça bildirilmelidir (Ayrıca Bkz., APOK., § 124.IV).[20].

Ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi durumunda tasfiye memurlarının § 92.I gereğince genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülükleri olmadığı oybirliği ile kabul edilmektedir.[21] Çünkü esasen genel kurul tasfiye kararı verirken mali durumun iyileştirilmesi imkânlarını değerlendirmek durumundadır. Ortaklığın iflâsı veya konkordatonun açılması için herhangi bir şekilde başvurulması durumunda da artık § 92.I hükmünün uygulanması gerekmez.[22] Öte yandan, pek istisnai hallerde, genel kurulu toplantıya davet, durumun aleniyet kazanması dolayısıyla açıkça ortaklığın zarara uğramasına yol açacaksa ortaklık yönetiminin toplantıyı geciktirip geciktiremeyeceği üzerinde de durulmuştur. Bu konu genellikle ihtiyatla karşılanmaktadır. Çünkü yasakoyucu § 92'nin 1.fıkrası hükmünü getirmekle gecikmeksizin toplantıya çağrının ortaklığın zararına değil, yararına olacağı düşüncesinden hareket etmiştir.[23] Nihayet, mali durumun iyileştirilmesine yönelik somut ve ümit verici görüşmeler yapılmakta ise, toplantıya çağrının geçici bir süre ertelenebileceği de savunulmaktadır.[24]

---

18 Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92. N.5. s.285. **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 8; **Hirtz**, s. 8; **Mertens**, yazarın belirttiği gibi, aksi takdirde ortaklık yöneticilerinin sorumluluğu söz konusu olabilir, Kölner Komm., § 92. N.3. s.757.

19 Aksi takdirde sorumluluğu söz konusu olur. Bu konularda Bkz., **Mertens**, § 92, N.6.

20 Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92. N.5; **Hüffer**, § 92, N.5; **Hefehrmehl**, yazar, aksi takdirde genel kurulun zararın ortadan kaldırılması için herhangi bir karar alamayacağını belirtmektedir, Großkomm., § 92. N. 8; **Mertens**, Kölner Komm., § 92. N.3.

21 Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92. N.5; **Godin/Wilhelmi**, § 92, N.6; **Hefehrmehl**, Großkomm., N.3; **Hoffmann/Becking**. s.206 N.36.; **Hüffer**, § 92, N.6; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, Einleitung, s. 714; **Teichmann/ Köhler**, § 83, N.3. Bu durumda ortaklığın temsile yetkili diğer yöneticilerinin de genel kurulu toplantıya çağrı yetkileri yoktur; Bkz., **Mertens**, Andwendbarkeit, s. 173; **Mertens**, § 92, N.7.Türk hukukunda da aynı sonuca varılmaktadır; Bkz., aşa. § 6, IV, B, 2.

22 Bkz., **Hüffer**, § 92. N.6; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.18.

23 Bu konuda Bkz., **Hüffer**, § 92. N.6; **Mertens**, § 92, N.17;

24 Bkz., **Hüffer**, § 92. N.6.

Sermaye kaybının hangi değerleme ilkelerine tâbi bir bilançodan tespit edilmesi gerektiği konusunda yazarlar arasında önemli görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Baskın görüşe göre, burada anonim ortaklıkta yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümleri uygulanmalıdır.[25] Başka bir deyişle, ortaklık işletmesinin faaliyet dönemi için geçerli olan değerler (*„Fortführungswert"*) esas alınmalıdır. Bu arada ortaklık yönetimi bilanço zararını bütün açık ve gizli yedek akçeleri çözmek suretiyle kapatmaya yetkilidir.[26] Artık pek taraftar bulmayan diğer bir görüşe göre ise, [27] § 92'nin 1. ve 2. fıkraları arasında bir amaç, fonksiyon bağı vardır. Sermaye kaybı ile borca batıklık arasında sadece mali durumdaki bozulmanın derecesi yönünden farklılık bulunmaktadır. Borca batıklık durumunda yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümleri uygulanamayacağına göre, her iki fıkra için de aynı değerleme ilkeleri geçerli olmalı, yani aktiflerin satış fiyatları esas alınmalıdır. Ayrıca, yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümleri ortaklık yönetimine geniş ölçüde gizli yedek akçeler ayırma yetkisi tanımaktadırlar Bu nedenle çok sayıda gizli yedek akçeye sahip olduğu için aslında mali durumu iyi olan bir ortaklığın yıllık bilançosu sermaye kaybı gösterebilir. Aksi görüş kabul edilirse böyle bir durumda dahi ortaklık yönetimi tarafından sermaye kaybı bildirimi yapılması gerekecektir. Erken tarihte yapılan bu bildirim ortaklığın ve işletmesinin çıkarlarına zarar verir. Bu görüş Alman literatüründe eleştiriye uğramıştır. Bir kere, Paylı Ortaklıklar Kanunu gizli yedek akçe ayrılmasına sınırlamalar getirdiği gibi, ortaklık yönetimine gerektiğinde gizli yedek akçeleri çözmek yetkisini de tanımıştır. Yani ortaklık yönetimi gizli yedek akçeleri çözmek suretiyle § 92'nin öngördüğü bildirimden kaçınabilir. En yüksek değerleme sınırlarını getiren hükümler nedeniyle çözülme yasağına tabi olan gizli yedek akçeler de ortaklığın kredi gücüne ve itibarına katkıda bulunurlar. Bu nedenle yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümlerinin uygulanması yüzünden erken bildirimde bulunulması dolayısıyla ortaklığın kredi gücü ve itibarının zarara uğradığı görüşü doğru değildir.[28] Ayrıca § 92'nin 1.fıkrasında, eski Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 83. paragrafı 1.fıkrasından farklı olarak açıkça yıllık bilançodan söz edilmektedir. Fıkrada sözü edilen ara bilançosu da, yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümlerine tabi olmalıdır.[29] İsviçre ve Türk doktrininde rastlanmayan bu görüş ayrılıklarının nedeni § 92'de esasen herhangi bir değerleme hükmünün yer almamasıdır.[30]

---

25 Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92. N.3. s.284; **Brodmann**, HGB., § 240, N.2; **Godin/Wilhelmi, § 92, N.5; Hefehrmehl**, Großkomm., § 92. N.7.**Kupsch**, s. 275; **Mejer-Landrot**, Großkomm. § 92. N.3; **Mertens**, Kölner Komm., § 92. N.2. s.756. **BGH** AG 1958, 293;.:**Hüffer** 'de bu fikirde olmakla birlikte § 92.I karşısında sermaye kaybının nasıl tespit edildiğinin fazla bir önem taşımadığını belirtmektedir. Yani tasfiye değerlerine göre düzenlenen bilanço da bildirim yükümlülüğüne dayanak oluşturabilir, § 92. N.3.

26 Bkz., **Mertens**. Kölner Komm., § 92. N.2.

27 Daha çok işletme ekonomisi literatüründe bu görüşe rastlanmaktadır; Bkz., **Hirtz**, s.34; **Muser**, s. 29 vd; **Zillas**, s. 446.

28 Bkz., **Kupsch**. s. 275.

29 Bu konularda Bkz., **Mertens**. Kölner Komm., § 92. N.3.

30 Ancak, bu sayede uygulamadaki ve genel bilanço teorisindeki gelişmelere ayak uydurabilme imkanı doğmuştur, Bkz., **Fischer**, s.33 vd.

Ortaklık yönetimi tarafından bir defa § 92.I uyarınca genel kurul toplantıya davet edildikten sonra, çağrıya neden olan sermaye kaybı durumu giderilinceye kadar yeni bir toplantı çağrısı yapılmasına gerek yoktur. Fakat sermaye kaybının ortadan kalktığı ilân edilen bir bilançodan ya da bu konuda yapılan bir bildirimden anlaşıldıktan sonra § 92.I'in şartları yeniden ortaya çıkarsa genel kurulun tekrar toplantıya çağrılması gerekir.[31]

C- ÖDEMEDEN ACİZ HALİ VE BORCA BATIKLIK

Alman Hukukundaki konuya ilişkin düzenlemenin Türk ve İsviçre Hukuklarına kıyasla alacaklıların korunması ilkesine daha fazla önem verdiği anlaşılmaktadır.

Bir kere Alman hukukunda anonim ortaklıklar bakımından borca batıklık yanında ödemeden aciz halinde de iflâsın açılması için mahkemeye başvurmak zorunludur. (APOK., § 92.II). Oysa hukukumuzda ödemeden aciz halinde bulunan bir ortaklık kural olarak iflâsını istemek zorunda olmayıp, sadece bu konuda yetkili kılınmıştır (Bkz., İİK., m. 178.I, istisna f. 2).[32]

Fakat Alman hukukunda, ödemeden aciz haline bağlanan hukuki sonuçlara da § 92' de yer verilmesini eleştirenler vardır. Eleştiriler sadece yasanın sistematiğine ilişkindir. Kural olarak malvarlığı unsurları arasındaki (global(ilişkileri (esas sermaye-öz kaynaklar, malvarlığı-Borçlar) düzenleyen bir maddede daha çok likidite sıkıntısına dayanan ödemeden aciz halinin heterojen bir unsur olduğu belirtilmektedir.[33] Gerçekten, ödemeden aciz halinin tespiti sermaye kaybı veya borca batıklığın tespitinden oldukça farklı hesap tekniklerini gerektirmektedir.[34]

Öte yandan Alman hukukunda anonim ortaklığın ödemeden aciz hali ve borca batıklığı Paylı ortaklıklar Kanunu § 92 dışında İflâs Kanunu'nun 207. ve 208. paragraflarında da düzenlenmiştir. 207. paragrafın 2. fıkrasına göre tasfiye sırasında malvarlığının bölüşümü (borçların ödenmesi) tamamlandıktan sonra (gerçekte ortaklığın borca batık durumda olduğu anlaşılsa bile) artık ortaklığın iflâsı gerekmez. § 92'de ortaklık yönetiminin mahkemeye başvuracağı öngörüldüğü halde 208. paragrafın 1.fıkrasında ortaklık yöneticilerinden (*Vorstandsmitglieder*) ve tasfiye memurlarından her birinin başvurusu yeterli görülmüştür (Ayrıca Bkz., APOK., § 268). Ancak bu takdirde başvuruda bulunanın ödemeden aciz hali ve borca batıklığı inandırıcı delillerle ispat etmesi gerekir (AİK., § 208.II). Ayrıca mahkeme başvuruda bulunmayan diğer ortaklık yöneticilerini de dinlemek zorundadır (§ 105.II,III KO.)..[35]

---

31 Bkz., **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.8, s.758.

32 Bkz., aşa. § 11. I.

33 Bkz., **Hirtz**, s.8. Ancak yazar konunun anonim ortaklıklar bakımından taşıdığı öneme ve aciz hali için öngörülen yükümlülüklerin ihlalinin bizzat APOK.'da özel yaptırımlara bağlandığına da işaret etmektedir. Yazara göre, anonim ortaklıkta ödemeden aciz hali APOK.'un başka bir yerinde düzenlenmelidir. Bkz., **Hirtz**, s.8.

34 **Hirtz**, s.8.

35 Bu konularda ayrıca Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92, N.6, s.285.

Ödemeden aciz hali veya borca batıklığın bir bilançodan tespiti ya da ortaklık yönetiminin yükümlülüklerine uygun takdirine göre bunu kabul etmenin zorunlu olduğu durumlarda, ortaklık yönetimi iflâsın veya yargısal konkordatonun açılması istemiyle mahkemeye başvurmak zorundadır (§ 92.II, c.1). Bu düzenleme Türk ve İsviçre Hukuklarından oldukça farklıdır. Bir kere, sermaye kaybında olduğu gibi borca batıklıkta da durumun mutlaka bir bilançodan tespiti gerekmemektedir. Ayrıca, Türk ve İsviçre hukuklarında yönetim kurulunun iflâs talebinde bulunması gerekmediği, sadece borca batıklığı mahkemeye bildirmesi (*Benachrichtigung*) yeterli görüldüğü halde (Bkz., TTK., m. 324. II, c.3, İBK., m. 725, II), Alman hukukunda ortaklık yönetimi mutlaka iflâs veya konkordato talebiyle mahkemeye başvurmak (*Beantragung*) zorundadır. Diğer taraftan Alman Hukukunda ortaklık yönetiminin derhal (gecikmeksizin) mahkemeye başvurmakla yükümlü olduğu belirtilmekle yetinilmemiş, başvurunun en geç aciz hali veya borca batıklığa girilmesinden sonraki üç hafta içinde yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır (§ 92.II. c.1)..

Alman hukukundaki düzenlemenin Türk ve İsviçre Hukuklarından farklılık gösteren en önemli yanı, ortaklık yönetimine ödemeden aciz ve borca batıklık durumlarında yargısal konkordato yoluna başvurma imkânının açıkça tanınmış olmasıdır.[36] [37] Bizde ise konu tartışmalıdır.[38] Alman Konkordato Kanunu § 7, I ve II'nin öngördüğü şartlarda mahkemece konkordato başvurusu onaylandığında alacaklıların haklarında yapılan indirime bağlı olarak borca batıklık durumu ortadan kalkmış olacaktır.

Buna karşılık Türk ve İsviçre Hukuklarında öngörülen iflâsın ertelenmesi kurumu (TTK., m. 324.II, c.5,6, İBK., m. 725a) Alman hukukunda tanınmamaktadır. Ne var ki, gerek iflâs başvurusu için üç haftalık sürenin öngörülmesi, gerek konkordato başvurusunun orta düzeyde ve makul bir iş yöneticisinin özen ölçüsüne uygun olarak yapılması halinde, iflâs başvurusunun kusurlu olarak geciktirilmiş sayılamayacağının öngörülmesi (APOK., § 92.II) Alman Hukukunda da „fiili" bir iflâsın ertelenmesi kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir Federal Mahkeme kararında yasada açık olarak sadece konkordato başvurusu için tanınan imkânın diğer iyileştirme tedbirleri bakımından da geçerli kabul edildiği, yani makul ve orta düzeyde bir iş yöneticisi iflâs başvurusunu bazı iyileştirme tedbirlerini uygulamak için geciktirmişse (*Der Versuch der Sanierung*) ve sonuçta başarıya ulaşılmışsa sorumlu-

---

[36] İsviçre'li yazar **Duss**, bu düzenlemeyi alacaklılar karşısında ortaklık çıkarları yönünde verilmiş bir ödün olarak nitelendirmektedir. Yazara göre Alman Hukukunda ödemeden aciz haline aynen borca batıklığın sonuçlarının bağlanması bu hukukun İsviçre Hukukuna oranla katı yönünü, yargısal konkordatonun öngörülmesi de esnek yönünü oluşturmaktadır, s. 74; Oysa Türk ve İsviçre Hukuklarında yargısal konkordato yolu tamamen kapatılmamış, üstelik ortaklık yararına iflâsın ertelenmesi imkânı öngörülmüştür. Konkordatonun şartları varsa erteleme kararı verilmesi daha kolay olacaktır. Bkz., aşa. § 11, VII, B, 6.

[37] Alman Konkordato Kanunu'nda (*Vergleichsordnung*) APOK., § 92'ye paralel hükümler bulunmaktadır. § 2 uyarınca konkordato talebinde bulunmak için gerekli olan şartlar iflâsın açılması için gerekli olan şartlarla tamamen aynıdır. Ayrıca aynı yasanın 108. paragrafında anonim ortaklıkta iflâsın açılması şartlarının oluştuğu hallerde konkordato için de başvurulabileceği bir kere daha yinelenmiştir.

[38] Bkz., aşa. § 11, VII, B, 6.

luğun söz konusu olmayacağı belirtilmektedir. Kararda ilginç olan husus yasada yer almayan bir kavram olan „iflâsın ertelenmesi"nden açıkça söz edilmiş olmasıdır.[39] Ancak sözü edilen erteleme mahkeme kararına dayanan bir erteleme değildir ve iyileştirme bakımından risk ne kadar büyükse yönetim kurulunun o kadar fazla özen göstermesi gerekmektedir.

Ayrıca Alman Hukukunda ortaklığın ödemeden aciz hali veya borca batıklığa girmesinden sonra ortaklık yönetimin kural olarak hiçbir ödeme yapamayacağı açıkça öngörülmüştür (§ 92, IV).[40] Oysa Türk ve İsviçre hukuklarında, bir açıklık bulunmadığından mahkemenin bu konuda bir tedbir kararı vermesi zorunludur.[41]

Borca batıklığın tespitinde hangi değerleme esaslarına uyulacağına gelince: Öğretide anonim ortaklığın yıllık bilançosuna ilişkin değerleme ilkelerinin borca batıklığın tespiti sırasında uygulanamayacağı tartışmasız kabul edilmektedir.[42] Fakat değerlemenin nasıl yapılacağı konusunda yazarlar arasında önemli görüş ayrılıkları vardır. Alman hukukunda konuya ilişkin açık yasa hükmü bulunmadığından borca batıklığın nasıl tespit edileceği sorunu ile ilgili ilginç görüşler ortaya çıkabilmiştir. Hukukumuz açısından bu görüşlerin uygulanabilirliği üçüncü bölümde çeşitli vesilelerle ele alınacaktır. Fakat hiç olmazsa olması gereken hukuk açısından bu görüşlere burada kısaca değinmek yararlı olacaktır.

İlk tartışma borca batıklığın tespiti sırasında Alman Ticaret Kanunu § 40, II, III hükümlerinin esas alınıp alınmayacağı noktasında çıkmaktadır. § 40.II'ye göre bütün malvarlığı konuları ve bütün borçlar bilançonun düzenlendiği sırada işletme bakımından haiz oldukları değer üzerinden bilançoya geçirilirler. Bazı yazarlar bu görüşü savunurlarken[43] bazıları bu hükmün uygulanmasının mümkün olmadığını esasen değerleme bakımından bu maddeye yapılacak bir atfın hiçbir şeyi değiştirmeyeceğini belirtmektedirler.[44] Bu yazarlara göre, anılan hüküm (tıpkı Türk Ticaret

---

39 Bkz., **BGH.**, 9.7.1979 tarihli Karar, Karar için bkz., **H. Henze**, s. 79.

40 Bu konuda Bkz., örn. **Baumbach-Hueck**, yazarlara göre ortaklık yönetimi aciz hali veya borca batıklığın fiilen anlaşıldığı tarihten itibaren değil, bu durumların tespiti gereken andan itibaren yaptıkları ödemelerden sorumlu olurlar. § 92, N.8.Esasen anılan fıkrada ortaklık yönetimnin ancak kendisine kusur isnad edilemeyecek, orta düzeyde ve dikkatli bir iş yöneticisinin de yapması beklenebilecek ödemelerinden dolayı sorumlu olmaz. Bu konularda ayrıca Bkz., **Geßler**, § 92, N.5; **Hofmann-Becking**, s. 206.

41 Bkz., aşa. § 12, II, C.

42 Bkz., **Gurke**, s. 47; **Hüffer**, § 92, N.10; **Drukarczyk**, s.560 vd;; **Egner/Wolff**, s. 101 vd;**Harneit**, s. 11; **Hirtz**, s. 15 vd; ,**Krosigk**, s. 325; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N. 7; **Muser**, s. 29; **Mertens**, § 92, N.13; Borca batıklığı tespit bilançosunun iflâsın açılması bilançosu (§ 124 KO) ya da Konkordato Kanunu § 4.1.N.1,5.1, İflâs Kanunu § 104 uyarınca konkordato veya iflâs için başvuru sırasında mahkemeye ibrazı gereken bilanço („*Status*") ile de tam olarak çakışmadığı belirtilmektedir, Bkz., **Mertens**, § 92, N.13. Özellikle dinamik bilanço teorisi bakımından borca batıklık bilançosu ile iflâs bilançosu arasında ayırım yapılması gerekir, Bkz., **Fischer**, s.37; Aynı yönde **Zillas**, s. 448.

43 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 17; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N. 7; **Hirsch**, s. 310; **Zillas**, s. 447.

44 Bkz., **Egner/Wolf**, yazarların ifadesiyle ATK., § 40.II hükmü içerik bakımından boş bir fotmüldür. APOK. § 92 den ATK., § 40.II hükmüne yapılacak bir atıfla sorun çözülemez, tersine bir kanun boşluğunun yerini başka bir kanun boşluğu alır, s.102; Aynı yönde **Fischer**, s. 33; **Gurke**, s. 48; **Schürer**, s. 52, 57..

Kanunu'nun 75. II. maddesi gibi) belirli değerleme ölçülerini içermemekte, sadece malvarlığı konularının münferiden değerlendirileceğine ve değerlemede bilançonun düzenlenme tarihinin esas alınacağına işaretle yetinmektedir.[45]

Fakat her halde değerlemeye ilişkin görüşler sadece § 40.II hükmünden hareket etmemişlerdir. Konuya ilişkin görüşleri dört ana grupta toplamak mümkündür:

Bir görüşe göre, aktifler bilanço gününde işletme bakımından haiz oldukları değere, yani faaliyet dönemi (devam) değerine (*Fortführungswert*) göre borca batıklığı tespit bilançosuna geçirilmelidirler.[46] Yıllık bilançodan farklı olarak burada maliyet değerleri esas alınmaz. Duruma göre, münferit aktifler değerlemeye konu yapılabileceği gibi, malvarlığının bütünü de değerlemenin konusu olabilir.[47] Münferit değerlemede yeniden tedarik veya yeniden imal değerleri esas alınır. Fakat bu halde işletmenin bütünlüğünden doğan ekonomik değerler bir yana bırakılmış olur. Oysa işletme bir bütün halinde değerlemeye konu olursa bu bütünün yeniden tedarik veya imal değeri gündeme gelir.

Üzerinde uzlaşılan nokta, işletmenin faaliyet dönemi (devam) değerinin tespitinin güç olduğudur.[48] Hele işletme bir bütün olarak değerlemeye konu yapılırsa borca batıklığı tespit bilançosunun sonradan kontrolünün neredeyse imkânsız olacağı belirtilmektedir.[49] Ayrıca burada cevher değerinin (*Substanzwert*) yanısıra, verim değerinin (*Ertragswert*) de tespit edilmesi gerekmektedir. Bu ise kolay değildir.[50] Öte yandan bu görüş daha çok ortaklığın çıkarlarını korumaktadır. Oysa borca batıklık halinde ilk planda korunan alacaklıların çıkarlarıdır.[51] Ortaklığın yaşama yeteneği kalmadığı açık ise, bu görüş doğrultusunda yapılacak bir değerleme açıkça alacaklıların çıkarlarını zedeler.[52]

İkinci görüşe göre ise,[53] borca batıklığın tespitinde tasfiye değerleri esas alınmalıdır. Borca batıklığı tespit bilançosunun amacı, malvarlığının alacaklıların tam olarak tatminine yetip yetmediğinin tespiti olduğuna göre, tasfiye halinde borçların geri ödenmesi varsayılarak değerleme yapılmalıdır. Fakat burada da mümkün görünen tasfiye tarzına göre değerleme yapılacaktır. Varsayılan satış türüne göre, aktiflerin tasfiye sırasındaki tek tek veya bir işletme kısmı ya da bir bütün olarak satış

---

45 Bkz., **Schürer**, s. 52; **Gurke**, yazara göre bu maddeye yapılacak atıf sadece gizli yedek akçelerin çözüleceğini ifade eder. Çünkü bilançonun düzenlendiği tarihteki değer esas alınmaktadır, s. 48.

46 Bkz., **During**, s. 193; **Hefehrmehl** Großkomm., § 92, N.17; **Hirsch**, s.310-311; **Mejer-Landrot**, § 92, N.3; **Mertens**. Kölner Komm., § 92, N.13-14,. Görüşün eleştirisi için Bkz., **Egner/ Wolf**, s.102; **Schürer**, s.52; **Zillas**, s. 448.

47 Geniş bilgi için Bkz., özellikle **Fischer**, s. 54 vd.

48 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

49 Bu durumda çoğu kez tasfiye değerlerinin oldukça üzerine çıkılmış olur, Bkz., **Fischer**, s. 55,61; **Drukarczyk**, s. 564; **Gurke**, s. 52.

50 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 103.

51 Bkz., **Drukarczyk**, s.565.**Schmidt**, Konkursgrunde, s. 337.

52 Bkz., **Gurke**, s. 52.

53 Bkz., Örn. **Drukarczyk**, s.561; **Egner/Wolff**, s. 101 vd.; **Kühn**, s. 41; **Godin/Wilhelmi**, Großkomm., § 92, N. 10; **Harneit**, s. 11, 12 vd;**Jäger/Weber**, KO. § 207-208, N. 20; **Mentzel/Kühn/Uhlenbruck**, KO. § 207, N.7; **Schmalenbach**, s. 278.

değerleri tespit edilecektir.[54] Fakat tereddüt halinde alacaklıların çıkarlarının korunması açısından en düşük değerleme sonucu esas alınmalıdır,[55] Bu da çoğu kez malvarlığı konularının münferiden değerlendirilmesini gerektirir.

Bazı yazarlar da borca batıklığın tespitinde iki aşamalı bir değerlendirme yapılması gerektiği kanısındadırlar.[56] Buna göre, sorumlu kişiler öncelikle ortaklığın uzun süre yaşama yeteneğine sahip olup olmadığı hususunda bir değer hükmüne varmak zorundadırlar. Bu amaçla yapılacak incelemenin sonucu olumlu ise işletmenin faaliyet dönemi (devam) değerleri (*Fortführungswerte, Betriebsbestehenswerte*) -40. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde- esas alınır. Buna karşılık inceleme sonucu olumsuz ise artık malvarlığı konularının işletme bakımından haiz olduğu değerler değil, tasfiye değerleri esas alınacaktır. İlk durumda aktiflere biçilen değer daha yüksek olacağından bilançonun borca batıklık göstermesi ihtimali daha az olacaktır.

Nihayet bazı yazarlar da, borca batıklığın tespiti bakımından hem işletmenin faaliyet dönemi değerlerine, hem de tasfiye değerlerine göre bilanço düzenlenmesi gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.[57] Bunlardan ilkinin iflâs, ikincisinin ise konkordato olasılığı bakımından düzenlenmesi gerekmektedir. Yasa konkordato imkânını açıkça öngördüğüne göre, sadece iflâs varsayımından hareketle tasfiye değerlerinin esas alınması doğru olmaz. Düzenlenen bilançolardan birinin borca batıklık göstermesi halinde iflâs veya konkordato için başvuruda bulunulmalıdır.

Borca batıklık bilançosunun pasif tarafında sadece borçların yer alacağı, başta esas sermaye olmak üzere diğer öz kaynak kalemlerinin gösterilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir.[58] Ortaklığın pay sahiplerine olan borçları da -örneğin kâr payı alacağı gibi- borç kalemleri arasında gösterilir.[59] Buna karşılık pay sahipleri tarafından ortaklığa verilen ödünçlerin pasifte hangi şartlarda ve ne ölçüde yer alabileceği konusu tartışmalıdır.[60] Üçüncü kişiler tarafından kefalet verilmiş olan ortaklık borçları da borç kalemlerine eklenecektir. Ortaklık tarafından verilen kefaletlerin ise kural olarak bilançoda gösterilmelerine gerek olmadığı belirtilmektedir.[61]

Aciz hali veya borca batıklığın tespiti üzerine iflâsın açılması için mi, yoksa yargısal konkordato için mi başvurulacağı ortaklık yönetiminin takdirindedir. Ancak ortaklık yönetimi bu takdir yetkisini kullanırken keyfi bir şekilde hareket edemez. Nitekim § 92.II'de ortaklık yönetimi orta düzeyde ve dikkatli bir iş yöneticisinin özeni ile yargısal konkordatonun açılması için girişimlerde bulunmuşsa, sırf bu nedenle iflâsın açılması başvurusunun geciktirilmiş sayılamayacağı belirtilmiştir (c.3).

---

54 Özellikle bu görüşün yeni temsilcileri bu fikirdedirler, Bkz., **Egner/Wolff**, s. 105; **Kühn**, s. 49.

55 Bkz., **Kühn**, s. 49.

56 Bkz., **Gurke**, s. 55 vd.; **Harget**, s. 138; **Hirtz**, s. 64; **Schürer**, s. 77; **Zillas**, s. 447; Görüşün eleştirisi hakkında Bkz., **Egner/Wolff**, yazarlara göre, herşeyden önce ortaklığın yaşama yeteneğinin tespiti bakımından objektif ölçüler bulmak güçtür, s. 102-103.

57 Bkz., **Kupsch**, s. 275; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 337 vd.; **Schmidt**, Sinnwandel, s. 165, 170.

58 Bkz., **Baumbach/Hueck**, § 92, N.6; **Hüffer**, § 92, N.10; **Krosigk**, s. 325; **Mertens**, Kölner Komm. § 92, N.17.

59 Bkz., **Mertens**, Kölner Komm. § 92, N.17.

60 Bkz., aşa. § 10, III, B. 3.

61 Bkz., **Mertens**, Kölner Komm. § 92, N.17.

O halde burada ortaklık yönetimi için öngörülen özen ölçüsü kıstas rolü oynayacaktır. Eğer orta düzeyde ve dikkatli bir iş yöneticisinin takdirine göre, alacaklılarla görüşmeler yapılması ve bunun üzerine yargısal konkordatonun açılması ümit verici görünüyorsa iflâsın açılması istemiyle mahkemeye başvurmaktan kaçınılabilir. Hatta ortaklık yönetimince öncelikle yargısal konkordato için çaba gösterilmesi zorunlu görülebilir.[62] Bu arada ortaklık yönetimi aciz hali veya borca batıklığın ortaya çıkmasından itibaren üç hafta içinde objektif özen ölçüsüne göre „ümit verici" gördüğü için konkordato yoluna başvurmuş, fakat bir sonuç alamamışsa -iflâsın açılmasındaki gecikme yüzünden sorumlu olmayacaktır (§ 92.II, c.3).[63]

Alman Hukukunda üzerinde durulan bir konu da, iflâsın açılması ve yargısal konkordatoya başvuru için öngörülen üç haftalık sürenin ne zaman başlayacağıdır. 2. fıkranın 1. cümlesinden, sadece ödemeden aciz veya borca batıklık durumuna girilmesinin sürenin başlaması bakımından yeterli olduğu gibi bir anlam çıkmakta ise de,baskın görüşe göre, bu süre kural olarak sözü edilen durumların ortaklık yönetimi tarafından öğrenilmesiyle başlar. Ancak, § 92.II uyarınca ortaklık yönetimi yükümlülüklerine - özellikle özen borcuna- uygun olarak takdir yetkisini kullanıp durumu tespit etmek zorundadır. Eğer ortaklık yönetimi aciz halini veya borca batıklığı kusurlu olarak teşhis edememişse sorumlu olacaktır.[64] Üç haftalık sürenin başlıca öngörülme nedeni, ortaklık yönetimine mali durumun iyileştirilmesi için girişimlerde bulunma (örneğin yeni kaynaklar elde etme) imkanını sağlamaktır.[65] Konkordato başvurusu yönünden tanınan esneklik daha fazladır. Aslında bu da bir iyileştirme tedbiri olmasına karşın anılan üç haftalık süre „iflâs veya Konkordato"ya başvuru için öngörüldüğünden (§ 92.II, c.1), bu süre içinde iyiniyetle ve özen borcuna uygun olarak yargısal konkordato yoluna gidilmesi yeterlidir. Bu halde sonucun üç hafta içinde alınması şart değildir (§ 92.II, son cümle).[66]

Ortaklık yönetimi § 02.II'de öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmezse, meydana gelen zarardan dolayı ortaklığa karşı sorumludur (§ 93.II,93.III, N.6).[67] Ayrıca § 92.II'nin § 92.I'den farklı olarak Alman Medeni Kanunu (BGB) § 823.II anlamında „ortaklık alacaklılarının çıkarlarını koruyucu nitelikte bir hüküm" (*Schutzge-*

---

62 Bu konularda Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92, N.7.

63 **Baumbach/Hueck**. § 92, N.7. **Mertens**, Kölner Komm., § 02, N.21.

64 Bu konularda Bkz., **BGH.**, AG. 1979/9, s. 258 vd., Aynı karar için Bkz., **H.Henze**, s. 79; **Baumbach/Hueck**. § 92, N.7; **Godin/Wilhelmi**, § 92, N.7; **Hefehrmehl**, Großkomm, § 92, N.20; **Mertens**, Kölner Komm. § 92, N.33; **Hüffer** ortaklık yönetiminin durumu tespit sırasıda kötüniyetli olup olmadığı üzerinde durmaktadır, § 92, N.9.

65 Bkz., **Mejer/Landrot**, § 92, N.8; **Mertens**, § 92, N. 20, s. 761-762.

66 **Mertens**, § 92.II"nin son cümlesinden hareketle daha da ileri gitmektedir. Yazara göre özen ölçüsüne uygun olarak yargısal konkordato için yapılan hazırlıklar daha uzun bir süreyi gerektiriyorsa başvuru için üç haftalık süre dahi aşılabilir. Kölner Komm. § 92, N.21; Aynı şekilde **Teichmann/Köhler**, § 93, N.2. **Godin/Wilhelmi** ise başvuru için üç haftalık sürenin aşılmasına karşı çıkmaktadrlar, Großkomm. § 92, N.11. **Hirtz'de** ancak çok istisnai durumlarda bu sürenin aşılabileceğini savunmaktadır, s. 52.

67 Ortaklık yönetimine tabi olmaksızın fiilen kendi başına ortaklığı ortaklık yöneticisi gibi yöneten kişinin de § 92'nin ihlalinden dolayı aynı şekilde sorumlu olacağı belirtilmektedir, Bkz., BGH, 22.6.1992, Karar için Bkz., **H. Henze**, s. 81.

setz) olduğu belirtilmektedir.[68] Yani alacaklılar ortaklık yönetiminin § 92. II hükmünü ihlal etmesi nedeniyle uğradıkları zararın tazminini isteyebilirler.[69] Burada kastedilen alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zararın tazminidir. Yani tazminat ortaklığa değil davacı alacaklıya verilecektir. Fakat, alacaklılar sadece ortaklığın toplam zararından kendi paylarına düşen kısmın (*Quotenschaden*) tazminini isteyebilirler.[70] Alacaklıların uğradıkları zarar, iflâs başvurusu zamanında yapılsaydı iflâs masasından alınacak olan varsayımsal para miktarı ile, fiilen ellerine geçen para arasındaki farktır. Özellikle ortaklığın iflâs etmesi gereken tarihten sonra ortaya çıkan yeni alacaklılar önceki alacaklılara düşecek payı azaltabilirler. [71]

II- İSVİÇRE HUKUKU

A- GENEL OLARAK

Sermaye kaybı ve borca batıklık İsviçre Borçlar Kanunu/nun 725. ve 725a maddelerinde düzenlenmiştir. 1991 yılında 725. maddede bazı değişiklikler yapıldığı gibi, kanuna 725a maddesi eklenmiştir.

725. maddenin 1.fıkrasına göre, son yıllık bilanço, esas sermayenin ve yasal yedek akçelerin yarısının karşılıksız kaldığını gösteriyorsa yönetim kurulu gecikmeksizin genel kurulu toplantıya çağırmak ve gerekli iyileştirme tedbirlerinin alınması için başvuruda bulunmak zorundadır.

2.fıkra gereğince, ortaklığın borca batıklığı konusunda ciddi şüphe mevcutsa, yönetim kurulu tarafından bir ara bilançosu düzenlenmeli ve denetçilerin incelemesine sunulmalıdır. Ara bilançosundan aktiflerin ne işletmenin devamı halinde esas alınan değerleri, ne de satış fiyatları üzerinden tespit edilen değerleri itibarıyla ortaklık borçlarını karşılayamadığı sonucu ortaya çıkarsa yönetim kurulu durumu mahkemeye bildirmek zorundadır. Fakat alacaklılardan bir kısmı açık miktarı ölçüsünde diğer bütün alacaklıların arkasındaki bir dereceye inmeyi kabul ederlerse bildirim gerekmez.

725a maddesinde de iflâsın açılması ve ertelenmesi düzenlenmiştir. 1. fıkraya göre mahkeme bildirim üzerine kural olarak ortaklığın iflâsına karar verir. Ancak yönetim kurulunun veya bir alacaklının istemi üzerine, ortaklığın durumunun iyileştirilmesi mümkün görünüyorsa mahkemece iflâsın açılması ertelenebilir. Bu halde mahkeme malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirleri de alır.

---

[68] Bkz., **BGH.**, 1979, 1823; **BGH**, limited ortaklık bakımından, NJW, 1987, 2433 vd.; **Harget**, s. 138; **Hüffer**, § 92, N.16; **Baumbach/Hueck**. § 92, N.7, ; **Hefehrmehl**, Großkomm., §92, § 92, N. 11; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 335; **Kupsch**, s. 274; **Mertens**, Kölner Komm § 92, N.52.

[69] Oysa sermaye kaybı halinde genel kurula bildirim yükümlülüğü ihlal edilirse sadece ortaklık tazminat davası açabilir. Bkz., **Kupsch**, s. 274; **Zillas**, s. 445.

[70] Bkz., **Hüffer**, § 92, N.16.

[71] Bu konularda Bkz., **Hüffer**, § 92, N.16.

2. fıkrada mahkemenin ortaklığa bir kayyım atayabileceği öngörülmektedir. Mahkeme ya yönetim kurulunun tasarruf yetkisini tamamen elinden alır, ya da kararlarını kayyımın onayına tabi tutabilir. Mahkeme kararında kayyımın yetkilerinin ayrıntılı bir şekilde gösterilmesi gerekir.

725a maddesinin son fıkrası uyarınca, iflâsın ertelenmesi, ancak üçüncü kişilerin korunması bakımından zorunlu ise ilan edilmelidir.

İsviçre Hukukundaki düzenleme, başta iflâsın ertelenmesi kurumu olmak üzere büyük ölçüde Türk Hukukuna kaynaklık etmiştir. Bu nedenle esasen çalışmamızın daha sonraki bölümlerinde İsviçre öğretisindeki görüşlere geniş yer vereceğiz. Burada sadece mevcut yasal düzenleme hakkında genel bilgi vermeyi amaçladık. Fakat herşeyden önce konunun İsviçre Hukukundaki tarihsel gelişimine bir göz atmakta yarar olduğu kanısındayız. Çünkü İsviçre Hukukundaki konuya ilişkin düzenlemenin oluşum süreci, bir bakıma Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin de oluşum sürecidir. Böylece Türk hukukundaki düzenlemenin kökeni daha iyi anlaşılacaktır.

B- TARİHSEL GELİŞİME GENEL BİR BAKIŞ

Halen yürürlükte bulunan 725 ve 725a maddelerinin kökenini 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 657. maddesi oluşturmaktadır. Anılan hükmün 1. fıkrasına göre, son bilanço esas sermayenin yarısının yitirildiğini gösteriyorsa, yönetim kurulu gecikmeksizin genel kurulu toplantıya çağırmak ve durumu bildirmekle yükümlüdür. Bu hüküm 725. maddenin 1991 yılında değişikliğe uğramadan önceki eski şeklinin (f.1) ve Türk Ticaret Kanunu'nun 324.I. maddesinin aynıdır.[72] 2. fıkra gereğince, ortaklığın borçları aktiflerle karşılanamıyorsa yönetim kurulu iflâsın açılması amacıyla durumdan mahkemeyi haberdar etmek zorundadır. Bu hüküm yönetim kurulunun borca batıklığı ne zaman ve hangi değerleme esaslarına uygun olarak tespit edeceği konusuna açıklık getirmemekteydi.[73] Federal mahkemeye göre, yönetim kurulu bilanço veya diğer herhangi bir olguya dayanarak borca batıklığı muhtemel gördüğü anda durumu tespit için harekete geçmek zorundaydı.[74] Federal mahkemenin borca batıklık emarelerini oldukça dar yorumladığı anlaşılmaktadır. Nitekim yukarıda sözü geçen kararda ödemeden aciz halinin mutlaka borca batıklığı tespit için harekete geçmeyi gerektirmediği belirtilmişti.[75] Aynı kararda aktiflerin değerlemesi konusuna da değinilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu ayrıca tasfiye değerleri üzerinden bir bilanço düzenlemek zorunda değildir. Sadece aktiflerin işletme değerlerinin (veya defter değerlerinin) esas alınması yeterlidir.[76] Bu karar öğ-

---

[72] Yalnız „esas sermayenin karşılıksız kalması" yerine „yitirilmesi"nden söz edilmektedir; Bu ifadenin bir yanılgı eseri olduğu hakkında Bkz., **Böckli**, s.891, dipn.621.

[73] Bkz., **Schmid**, s.34-35.

[74] Bkz., **BGE.**, 30, II, 319 vd.

[75] Bkz., **BGE.**, 30,II, 320. Kararda böyle bir durumda ortaklık alacaklılarının bizzat iflâsın açılması için başvuruda bulunabilecekleri ifade edilmektedir.

[76] Bkz., **BGE.**, 30,II, 322

retide eleştirilmiş ve ortaklığın tasfiyesinin de hesaba katılması gereken durumlarda tasfiye değerlerinin esas alınması gerektiği belirtilmişti.[77]

Maddenin 3. fıkrasında da iflâsın ertelenmesi düzenlenmişti. Alman Hukukunda tanınmayan iflâsın ertelenmesi kurumu, daha o tarihte İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almıştı.[78] Ortaklığın durumunun iyileştirilmesi mümkün görülen durumlarda, iflâsı ertelemenin hem ortaklık alacaklılarının hem de bizatihi ortaklığın çıkarlarını daha iyi koruyacağı düşüncesiyle anılan kuruma yasada yer verildiği anlaşılmaktadır.[79] Fakat söze konu fıkrada bugünkünden farklı olarak yönetim kuruluna iflâsın ertelenmesini isteme hakkı verilmemişti. Bu hak sadece alacaklılara veya bir alacaklı grubunun ortak çıkarlarını temsil eden bir temsilciye tanınmıştı. O dönemde, alacaklıların çok ender olarak böyle bir başvuruda bulundukları belirtilmekte ve yasal düzenleme eleştirilmekteydi.[80] Tek bir alacaklının iflâsın ertelenmesi için başvurma hakkı olup olmadığı tartışılmış, uygulamada söze konu hükmün geniş yorumlanması yoluyla sorun çözülmüştü. Buna göre tek bir alacaklının dahi iflâsın ertelenmesini isteme hakkı vardı.[81] Ayrıca fıkrada iflâsın ertelenmesi şartları arasında „ortaklığın durumunu iyileştirmenin mümkün görülmesi" şartına açıkça yer verilmemişti.[82]

İsviçre Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapılması amacıyla hazırlanan çeşitli taslaklarda 657. maddedeki boşluklar doldurulmaya çalışılmış, özellikle değerleme konusunda çok farklı ve ilginç çözümler önerilmiştir. Örneğin Arthur Hoffmann tarafından hazırlanan taslağa göre[83], yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağrı yükümlüğünün doğması için sermaye kaybının hem yıllık bilançodan, hem de bunun üzerine düzenlenecek bir tasfiye bilançosundan tespit edilmesi gerekir. Tasfiye değerlerinden maksat aktiflerin varsayımsal satış fiyatlarıdır. Böylece malvarlığının gerçek durumunun belirlenmesi amaçlanmıştır. Çünkü, bu sayede bütün gizli yedekler çözülmüş olacaktır. Bir diğer amacın da yönetim kurulunun durumunu güçlendirmek olduğu belirtilmektedir.[84] Ayrıca bu taslakta hem yönetim kurulunun hem de bir veya daha fazla alacaklının (ya da bunların temsilcilerinin) iflâsın ertelenmesini isteyebilecekleri açıkça belirtilmiştir.

Bu taslak, bir bilim komisyonunun incelemesine sunulmuştur.[85] Komisyonda, iflâsın ertelenmesinin uygulamada kötü tecrübeler yaşanmasına neden olduğu belirtilerek taslaktan çıkarılması önerisinde bulunulduysa da, bu öneri reddedilmiştir. Fakat iflâsın ertelenmesi, ortaklığın durumunun iyileştirilebileceğine dair inandırıcı delillerin sunulması şartına bağlanmıştır. Taslağın şimdiki 725. maddeye karşılık ge-

---

77 Bkz., **Herold**, s. 146; **Schech**, s. 25 vd.

78 1881 tarihli eski İBK.'nda düzenlenen iflâsın ertelenmesi kurumu hakkında Bkz., **Herold**, s.145 vd.; **Lanz**, s. 41-42.; **Schmid**, s.34-35.

79 Bkz., **Schech**, s.5.

80 Bu konuda Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 19.

81 Bkz., **Herold**, s.146; **Lanz**, s. 42.

82 Bkz., **Schmid**, s. 35.

83 Bkz., taslağın 738. maddesinin tam metni için **Lanz**., s.45.

84 Bkz., **Lanz**, s. 50.

85 Komisyon 1924- 1925 yıllarında çalışmış ve bir protokol hazırlamıştır, Bkz., **Lanz**, s. 48 vd.

len 738. maddesinde komisyonca yapılan tek değişiklik budur.[86] Hazırlanan protokolde, malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler bakımından konkordato süresindeki rejimin (envanter düzenlenmesi, kayyım atanması gibi) örnek alındığı belirtilmektedir Fakat bu komisyonca önerilen kanun metnine yansımamıştır. İlginç olan bir husus da, komisyondaki bazı üyeler tarafından iflâsın açılmasının daha ileri bir tarihe kaydırılması önerisinde bulunulmasıdır. Bu üyeler, ortaklığın borçlarının malvarlığını aştığı anda değil, ancak borçların yarısının veya üçte ikisinin aktiflerle karşılanamadığı durumlarda mahkemeye bildirim yükümlülüğünün doğması gerektiği görüşünü savunmuşlardır.[87]Bu arada ödemeden aciz halinin maddeye alınması da önerilmiştir.[88] Her iki öneri de kabul görmemiştir.

Aynı dönemde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda revizyon yapılması çalışmaları çerçevesinde, borca batıklığı tespit için hem yıllık bilanço hem de aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bir bilançonun birlikte -kümülatif- olarak dikkate alınması gerektiğini savunanlar da olmuştur.[89] Ayrıca sermaye kaybını tespit yollarından biri olarak yasa metninde „ara bilançosu"ndan da söz edilmesi gerektiği belirtilmiştir.[90]

Bilim Komisyonu'nun hazırladığı metni yeniden kaleme alan komisyon (yazım komisyonu) taslağın 738. maddesinde bazı değişiklikler yapmıştır. [91] İlk olarak, sermaye kaybını tespit bakımından ayrıca bir tasfiye bilançosu düzenlenmesini öngören şart 1. fıkradan çıkarılmıştır. Bu arada yeni metinde ilk defa „Borca Batıklık" (*Überschuldung*) terimine yer verildiği görülmektedir. O zamana kadar maddenin kenar başlığında „Ödemeden Aciz Hali" (*Zahlungsunfähigkeit*) terimi kullanılmaktaydı. Aktiflerin satış fiyatları esası da, sadece borca batıklığa dair ciddi şüphe nedenlerinin varlığı halinde düzenlenecek bilanço için benimsenmiştir (f.2). Burada artık „Tasfiye Bilançosu"'ndan değil, „aktiflerin satış fiyatlarını"'ndan söz edilmektedir. [92] Son fıkrada ilk defa iflâsın ertelenmesi durumunda alınacak malvarlığının korunması tedbirlerine örnek olmak üzere „envanter düzenlenmesi" ve „kayyım atanması"ndan söz edilmiştir.

Federal Hükümetin bu hazırlık çalışmalarını dikkate alarak parlamentoya sunduğu 1928 tarihli tasarıdaki 718. madde, aşağı yukarı yazım komisyonunda son şeklini alan 738. maddeye uymaktadır. Sermaye kaybını tespit bakımından temel gene sadece yıllık bilançodur. Fakat gerekçeye göre, iş yılı içinde herhangi bir nedenle

---

86 Böylece son şeklini alan taslak bugünkünden hayli farklı olan eski İBK. m. 657.II.III.'teki düzenlemeyi büyük ölçüde günümüzdekine yaklaştırmıştır. Bkz. **Lanz**, s. 50; **Schmid**, s. 35.

87 Bkz., **Lanz**, s. 50.

88 Bkz., **Schmid**, s. 35.

89 Bkz., **Zimmermann**, yazar bu iki çeşit bilançonun hem sermaye kaybını hem de borca batıklığı tespit bakımından birlikte değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Çünkü salt bunlardan biri esas alınırsa mali durum hakkında sağlıklı bir sonuca varılamayacaktır. s.111a.

90 Çünkü borca batıklığın mevcut olup olmadığını devamlı izlemek durumunda olan yönetim kurulu sermaye kaybı bskımından da aynı şekilde hareket etmeli, yani gerektiğinde durumu tespit için bir ara bilançosu düzenlemelidir. Bkz., **Zimmermann**, s. 111a.

91 Komisyonca hazırlanan metin ve gerekçeleri için Bkz., **Lanz**, s. 53..

92 Böylece **Zimmermann**'ın önerisi kabul görmüştür, Bkz., **Zimmermann**, s. 111a.

düzenlenen ara bilanço sermaye kaybı gösteriyorsa gene bildirim yükümlülüğü doğar.[93]

Hükümet tasarısı parlamentonun iki kanadındaki komisyonlarda esaslı bir değişikliğe uğramamıştır.[94] Ayrıca genel kurulun bildirim üzerine herhangi bir karar almak zorunda olmadığı gerekçede açıkça belirtilmiştir. İflâsın ertelenmesi için başvuruda bulunulmuşken, bir alacaklının ayrıca iflâs davası açması durumunda mahkemenin gene erteleme kararı verebileceği de gerekçede vurgulanmıştır.[95]

Bütün bu çalışmaların sonucunda İsviçre Borçlar Kanunu'nda değişiklikler yapan Kanun 1.7.1937 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla değişikliğe uğrayan Borçlar Kanunu'nda sermaye kaybı ve borca batıklık 725. maddede yer almaktadır. Maddenin 1. fıkrasına göre- son yıllık bilanço esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığını gösteriyorsa yönetim kurulu derhal (gecikmeksizin) genel kurulu toplantıya çağırmak ve durumu bildirmek zorundadır. 2. fıkrada, borca batıklık konusunda ciddi şüphenin varlığı halinde satış fiyatları üzerinden bir ara bilançosu düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Eğer bu bilanço ortaklığın borçlarının aktiflerle karşılanamadığını göstermekte ise yönetim kurulu durumdan mahkemeyi haberdar etmekle yükümlüdür (f.3). Son fıkraya göre ise, mahkeme kural olarak iflâsın açılmasına hükmeder. Ancak ortaklığın durumunun iyileştirilmesi mümkün göründüğü takdirde yönetim kurulunun veya bir alacaklının istemi üzerine iflâsın ertelenmesine karar verebilir. Bu takdirde yargıç, ayrıca envanter düzenlenmesi, kayyım atanması gibi malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri alır.

Anılan kanun maddesi Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesine geniş ölçüde kaynaklık etmiştir. Ancak bizim 324. maddede İsviçre Hukukundan farklı olarak esas sermayenin üçte ikisi oranındaki sermaye kaybına da hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Ayrıca, büyük ihtimalle çeviri hatalarından kaynaklanan bazı farklılıklar vardır.[96] Örneğin 725. maddede „Borca batıklık şüphesi" ara bilançosu düzenleme zorunluluğunun nedeni olarak kabul edilmişken (f.2), bizde anlaşılmaz bir şekilde „aciz hali şüphesi" esas alınmıştır. [97] Ayrıca 324. maddenin son fıkrasında malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler arasında „yediemin tayini"nden söz edilmesi de en iyi yorumla bir başka çeviri hatasının sonucu olsa gerektir.[98]

---

93 Ancak aynı gerekçeye göre, yönetim kurulu, sermaye kaybının mevcut olup olmadığını tespit için ara bilanço düzenlemekle yükümlü değildir. Gerekçe hakkında Bkz., Lanz, s. 54;

94 Fakat 1. fıkrada, „esas sermayenin yarısının yitirilmesi" yerine „esas sermayenin yarısının aktiflerle karşılanamaması" ifadesi tercih edilmiştir. Çünkü bu ifade gerçek durumu daha iyi yansıtmaktadır. Bu konularda Bkz., Lanz, s.55.

95 Bu konularda Bkz., Lanz, s.55. Komisyonlarda yapılan bir öneriye göre, sadece borca batıklık halinde değil, ödemeden aciz hali dolayısıyla iflâsın istenmesi durumunda dahi, yargıç istisnai olarak iflâssın ertelenmesine karar verebilecekti. Ancak bu öneri kabul edilmemiştir. Bkz., Lanz, s.55

96 324. maddenin 1. fıkrasında yönetim kurulunun derhal toplanıp durumu genel kurula bildireceği öngörülmüştür. Oysa İBK., m. 725'e göre genel kurulun derhal toplantıya çağrılması gerekmektedir. Bu farklılık da büyük ihtimalle çeviri hatasına dayanmakla birlikte ileride belirteceğimiz gibi sanıldığı kadar anlamsız olmamıştır.Bkz., aşa., § 6, IV, D, 1.

97 Eleştiri ve görüşümüz hakkında Bkz., aşa. § 10, I, B, 1.

98 Bu konuda Bkz., aşa. § 13, VIII, G, 1.

23.2.1983 yılında kamuoyunun bilgisine sunulan İsviçre Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair hükümet tasarısı 725. maddede esaslı değişiklikler içermektedir. Bir kere iflâsın açılması veya ertelenmesi ayrı bir maddede (m.725a(düzenleme konusu yapılmıştır. Tasarının 725 ve 725a maddeleri 1991 yılında parlamentoda hiçbir değişikliğe uğramaksızın kabul edilerek 1. 10. 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. [99] Yapılan değişikliklerle uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır.[100] Şimdi yeni düzenlemenin esaslarını ve Türk Hukukundan ayrıldığı noktaları inceleyelim.

C- SERMAYE KAYBI

Yeni 725. maddenin 1.fıkrası sermaye kaybı ve hukuki sonuçları bakımından iki esaslı değişiklik içermektedir. İlk olarak sermaye kaybının tanımı yeniden yapılmıştır. Buna göre sermaye kaybı, esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısının karşılanamaması durumudur. Diğer taraftan, yönetim kurulunun yükümlülükleri somutlaştırılmıştır. Yönetim kurulu, mali durumun iyileştirilmesine yönelik önerilerini de genel kurula sunmak zorundadır.[101]

725. maddedeki esas sermaye kavramının kapsam olarak genişletildiği, dolaylı olarak 656a maddesinin 2. fıkrasından anlaşılmaktadır. Buna göre katılma sermayesi („*Partizipationskapital*") yasa aksini öngörmedikçe esas sermaye („Pay Sermayesi", „*Aktienkapital*") hükümlerine tabidir. O halde sermaye kaybının tespiti sırasında katılma sermayesinin esas sermaye gibi göz önünde bulundurulması gerekmektedir.[102] Genel yedekler ve sermaye yedeklerini (İBK., m. 671,671a) kapsayan yasal yedek akçeler de bu toplama dahil edilir. Yapılan değişikliklerin en önemli sonucu, 725. maddenin 1. fıkrasının işlerliğinin arttırılması, uygulama alanının genişletilmesidir. Mali durumun bozulması sürecinde artık daha erken bir tarihte harekete geçmek ve tedbir almak gerekecektir.[103]

Yönetim kuruluna mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında öneride bulunma yükümlülüğü getirilmesi, 1991 değişikliklerine hâkim olan „pay sahiplerinin daha fazla korunması" yaklaşımının[104] bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Böylece pay sahiplerinin mali durumu bozulan ortaklığın geleceği hakkında karar alma imkânları genişletilmiştir. İsviçre hukukundaki bu gelişmeyi ileride 324. maddenin 1. fıkrası üzerinde dururken daha yakından değerlendireceğiz.

---

[99] Değişiklikler hakkında toplu bilgi için Bkz., **Homburger**, s. 10 vd.; **Karayalçın**, İBK. Değişiklikleri, s. 1 vd.

[100] Bkz., **Böckli**, s. 891.

[101] Daha 1937 tarihinde yasa değişiklikleri yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra, öğretide bu yönde bir düzenleme yapılmaması eleştirilmişti, Bkz., **Guhl**, s. 64. Bu yönde yasa değişikliği ancak 1991 yılında gerçekleşebildi.

[102] Bkz., **Böckli**, s. 891; **Karayalçın**, Değişiklikler, s. 29, Ayrıca Bkz., **Homburger**, s. 39.

[103] Bkz., **Karayalçın**, İBK değişiklikleri, s. 29.

[104] Bu konuda Bkz., **Böckli**, s. 2 vd.

Sermaye kaybı son yıllık bilançodan tespit edilir (m. 725.I). İsviçre öğretisinde eskiden beri durumun bir ara bilançosundan tespiti halinde de genel kurulu toplantıya çağrı yükümlüğünün doğacağı kabul edilmekteydi.[105] Buna rağmen 1991 değişikliği sırasında nedense konuya yasal bir açıklık getirilmemiştir. Fakat, yasanın yeter derecede açık olduğu, durum bir ara bilançosundan tespit edilmişse "genel kurulu derhal toplantıya çağrı yükümlülüğünün" yılsonu hesaplarının görüşüldüğü olağan genel kurul toplantısından önce bir olağanüstü toplantı yapılmasını zorunlu kıldığı belirtilmektedir.[106]

Sermaye kaybını tespit eden bilançonun hangi değerleme esaslarına tabi olacağı konusunda Alman Hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda herhangi bir görüş ayrılığı ortaya çıkmamıştır. Buna göre, durum bir ara bilançosundan belirlense bile, gene yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümler, uygulanacaktır.[107] Ancak 1991 değişikliğinden sonra kendiliğinden oluşan gizli yedek akçeler bakımından farklı bir durum ortaya çıkmıştır. Buna göre, anılan yedek akçeler ancak sermaye kaybı halinde yapılabilecek bir yeniden değerleme yoluyla (İBK., m. 670.I) veya fiilen bazı malvarlığı konularının satılması dolayısıyla işletmenin aktiflerinde bir artış meydana geldiğinde bilançoya yansıyabilirler.[108] Aksi halde 725. madde anlamında sermaye kaybı tespit edilirken dikkate alınamazlar.[109] Bu nedenle İsviçre Hukukunda genel kurula bildirim yükümlülüğü bakımından artık bilançoda görünen, „gerçek olmayan sermaye kaybı" nın esas oluşturduğu kesinlik kazanmıştır.[110] Çünkü gizli yedekler yeniden değerleme yoluyla çözülmedikçe sermaye kaybının tespitinde dikkate alınmamaktadır. Bu halde gizli yedek akçeler sadece ortaklığın durumunun iyileştirilmesi imkanlarının araştırılması bakımından rol oynayabilecektir.[111] Fakat yapılan bu değişikliğin gizli yedek akçe kavramını aşan, doğrudan doğruya yeniden değerlemeye ilişkin sonuçları vardır: Öğretide eskiden beri anonim ortaklıklara ilişkin en yüksek değer sınırını getiren hükümlerin (özellikle taşınmazlar ve iştirakler bakımından maliyet değeri) (İBK., m. 665 vd) gerçek malvarlığı durumunun ortaya konulmasına engel olduğu, yıllar geçtikçe bazı aktiflerin defter değeri çok düşük kaldığından 725. maddenin 1. fıkrası gereğince aslında salt hesapsal nitelik taşıyan sermaye kaybı yüzünden gereksiz yere genel kurula bildirimde bulunma yükümlülüğünün ortaya çıktığı belirtilmekteydi.[112] Bu eleştiriler doğrultusunda yapılan değişikliğe göre yönetim kurulu artık 725. maddenin 1. fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğünden kurtulmak için, daha doğrusu sermaye kaybını bertaraf etmek için

---

105 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.7; **Funk**, OR. Art., 725, N.1; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 20; **Schmid**, s.36; **Schucany**, OR. Art., 725, N.1.

106 Bkz., **Böckli**, s. 892.

107 Bkz., **Böckli**, s. 892; **Koeferli**, s. 84; **Lanz**, s. 85-86.

108 Bkz., **Böckli**, s. 892.

109 Bkz., **Böckli**, s. 892. **Karayalçın**, Değişiklikler, s. 29.

110 Bkz., **Böckli**, s. 892. Bu değişiklikten önce de çözülmeyen yedek akçelerin dikkate alınmayacağı, bu nedenle bildirim yükümlülüğü bakımından gerçek olmayan sermaye kaybının esas kabul edilmesi gerektiği görüşü savunulmaktaydı, Bkz., **Lanz**, s. 78; Türk hukuku açısından Bkz., aşa. § 6, IV, A, 1.

111 Bkz., **Böckli**, s. 892.

112 Bkz., **Schmid**, s. 38- 39.

yeniden değerleme yapmaya, yani aktifleri[113] işletme değerleri (İBK., m. 960.II) üzerinden bilançoya geçirmeye yetkilidir (İBK., m. 670.I). Yetki sadece sermaye kaybının giderilmesi amacıyla kullanılabilir.[114] Yeniden değerleme denetçiler tarafından incelenerek genel kurulun bilgisine sunulur (İBK., m. 670.II). Ayrıca alacaklıların durumdan haberdar olmasını sağlamak bakımından yeniden değerleme işlemi bir bilanço ekinde gösterilir (İBK., m. 663b, N.9). Bu düzenleme yukarıda anılan iki değişiklikten farklı olarak aslında 725. maddenin 1. fıkrasının uygulama alanını daraltıcı niteliktedir.

İsviçre Hukukunda –eğer yönetim kurulu zaten durumu tespit edip genel kurulu toplantıya çağırmışsa- denetçileri raporlarında sermaye kaybına veya borca batıklığa işaret etmekle yükümlü kılan herhangi bir yasa hükmünün bulunmadığı belirtilmektedir.[115] Sermaye kaybını tespit etmenin, bilançonun veya yönetim kurulunun diğer işlemlerinin defter kayıtlarına, yasa ve esas sözleşme hükümlerine uygunluğunu denetleme göreviyle (İBK., m. 728.I, 729b.I) bir ilgisi olmadığı gerekçesiyle bu sonuca varılmaktadır. Bu hukuk sisteminde denetçilerin inceleme görevi temelde biçimsel nitelikte olup kapsamının dar yorumlanması gerektiği görüşü hâkimdir.[116] Denetçiler kural olarak iş yılı sonunda, hesapları ve düzenlenen bilançoyu yasaya ve esas sözleşmeye uygunluk yönünden incelemekle yetinirler (İBK., m. 728.I).. Bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararına göre, denetçiler ayrıca bilançoda görünen aktif fazlasının gerçeği yansıtıp yansıtmadığını, dolayısıyla örtülü bir sermaye kaybı veya borca batıklığın mevcut olup olmadığını da incelemekle yükümlüdürler.[117]

Ancak yönetim kurulu bilançoda görülen sermaye kaybına rağmen bildirim yükümlülüğünü ihlal ederse -bu yönetim kurulunun yasaya aykırı bir işlemi olduğundan- İsviçre Hukukunda da denetçiler genel kurulu olağan veya olağanüstü toplantıya çağırmak ve raporlarında yapılan ihmali bildirmek zorundadırlar (İBK., m. 729b.I),[118] İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan 1991 değişikliğinden önce denetçile-

---

113 Anılan maddede sadece taşınmazlar ve iştiraklerin yeniden değerlemesinden söz edilmiştir.

114 Bkz., **Böckli**, s. 892. **Karayalçın**, Değişiklikler, s. 40-41.

115 Gerçekten İsviçre Hukukunda iç denetim yasaya ve esas sözleşme hükümlerine uygunluk denetimiyle sınırlı tutulmuştur (İBK., m. 728.I, 729b).Mücerret sermaye kaybının bir yasaya aykırılık oluşturmadığı üzerinde durulmaktadır. Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 21,25; Yazara göre denetçilerin raporlarında sermaye kaybına işaret etmeleri hem yasaya akkırı, hem de anlamsızdır. Çünkü pay sahipleri yönetim kurulunun toplantıya çağrısı üzerine esasen durumu öğreneceklerine göre, denetçi raporunda ayrıca bu hususa yer verilmesinin bir anlamı yoktur,Kapitalverlust, s. 21; Aynı yönde **Lanz**, s. 103, 143.

116 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 728, N. 4 vd; Muhasebe kayıtları dışındaki olgular ancak çok sınırlı ölçüde incelemeye konu yapılabilirler, İşletmenin yönetim kurulu tarafından yönetimi denetim görevinin dışında kalır Malvarlığı durumunun denetimi de, bilanço ve kâr zarar hesabının defter kayıtlarına, yasaya ve esas sözleşmeye uygunluğunun incelenmesiyle sınırlıdır, **Bürgi**, OR. Art. 728, N. 7 vd, özellikle N. 10, 11; OR. Art. 729, N. 17; **Funk**, OR. Art. 728, N. 1; **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 70 vd.; **Schucany**, OR. Art. 728, N. 1; Fakat öğretide ve yargı kararlarında denetçilere ait yükümlülüklerin bu dar kapsamını aşmaya yönelik eğilimlere de rastlanmaktadır, Bkz., **BGE**., 93,II, 25; Aynı yönde **Duss**, s. 104; **Koeferli**, s. 101 vd.. İsviçre Hukukunda denetçilerin görevlerinin kapsamı hakkında ayrıca Bkz., **Atasoy**, s. 42 vd.; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 312.

117 Bkz., **BGE**., 93,II,25; Aynı yönde **Duss**, s. 104.

118 Bkz., son durum için özellikle **Koeferli**, s. 102 vd.

rin görev ve yetkileri bizim hukukumuza oranla çok daha sınırlı idi.[119] Öğretide genel kurulun gerekli hallerde denetçiler tarafından toplantıya çağrılmasını öngören 699. maddenin 1. fikrasının dar yorumlanması gerektiği görüşü savunulmaktaydı.[120] Aynı gerekçelerle sermaye kaybı halinde genel kurulun denetçilerce toplantıya çağrılması şu istisnai hallerde kabul edilmekteydi: Yönetim kurulunun hastalık, ölüm, ülke dışında bulunma gibi nedenlerle görevini yapamayacak durumda olması, sermaye kaybının aktiflerin fazla değerlendirilmesi (*Überbewertung*) veya pasiflerin düşük gösterilmesi sonucu bilançodan anlaşılamaması, yönetim kurulunun kötüniyetle ve sorumsuz bir şekilde genel kurulu toplantıya çağırmaması.[121] Bu durumlar mevcutsa denetçilerin olağan genel kurulu bekleyip, raporlarında yükümlülüğün ihlal edildiğine işaret etmekle yetinemeyecekleri, genel kurulu derhal toplantıya çağırmaları gerektiği belirtilmekteydi.[122] Ancak 1991 yılında yapılan değişikliklerden sonra denetçilerin genel kurulu toplantıya çağrı görevi biraz daha açıklığa kavuşturulmuştur.[123] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 729b maddesinin 1. fikrasına göre, denetçiler yasaya ve esas sözleşmeye aykırı her durumu yönetim kuruluna, önemli hallerde genel kurula bildirmekle yükümlüdürler. Bu hükümden, denetçilerin sermaye kaybı halinde genel kurulu toplantıya çağrı ile yükümlü oldukları sonucu çıkmaktadır.[124]

Denetçilerin yönetim kurulunca yürütülen ortaklık yönetimini iş yılı süresince inceleme yükümlülükleri yoktur.[125] Bu nedenle sermaye kaybının bir ara bilançodan tespiti halinde denetçilerin durumdan haberdar olup harekete geçmeleri ve yönetim kurulunun ihmalini belirleyip genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmaları güçleşmektedir.[126] Borca batıklık bilançosunun aksine (İBK., m. 725,II, c.1), sermaye kaybını tespit eden ara bilançonun denetçilere sunulması öngörülmemiştir.

---

119 Yeni düzenlemeyle daha çok denetçilerin genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi genişletilmiştir (İBK., m. 729b. Karş., eski İBK., m. 729, III). Denetçiler bugün de ilke olarak sadece iş yılı sonunda ortaklık hesaplarının, bilançonun, ve kârın dağıtımına ilişkin teklifin yasaya ve esas sözleşmeye uygunluğunu incelemekle (İBK., m. 728) ve bu inceleme sırasında tespit ettikleri sermaye kaybını ve diğer yasaya ve esas sözleşmeye aykırılıkları genel kurula bildirmekle yükümlüdürler, Bu konuda Bkz., **Koeferli**, s. 102; ayrıca Bkz. von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 10 vd; **Lanz**, s. 97.

120 Bu görüşe göre genel kurulu toplantıya çağrı görevi kural olarak yönetim kurulundadır ve Eski İBK.nun 731.I. maddesine göre yönetim kurulunun görevleri denetçilere devredilemez. O halde anılan 699.I. madde sisteme aykırı düşmektedir, bu nedenle dar yorumlanmalıdır, Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 699, N.10; **von Greyerz**, Kapitalverlust, s. 18; **Hunziker**, s.47; **Lanz**, s. 94; **Schucany**, OR. Art., 699, N.1; **Schulthess**, s. 130;

121 Bkz., **Lanz**, s. 95; Ayrıca Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 699, N. 10; **Forstmoser/Mejer-Hayoz**, s. 198; **Schucany**, OR. Art. 699, N.2.; Karş., **Duss**, s. yazar yönetim kurulunun ihmali halinde genel kurulun denetçiler tarafından toplantıya çağrılması gerektiğini savunmaktadır, 69.

122 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 21,22; **Hunziker**, s. 44-45; Fakat denetçilerin sermaye kaybını kural olarak ancak iş yılı sonunda tespit edebilecekleri de belirtilmektedir, Bkz., **Lanz**, s. 97.

123 Bkz., **Böckli**, N. 1798 vd; **Koeferli**, s. 16 vd.102.

124 Bkz., bir önceki dpnotta anılan kaynaklar.

125 Bkz., von **Greyerz**, Kapitsalverlust, s. 22; **Lanz**, s. 97; Yasada bu konuda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır, Bkz., **Koeferli**, s. 16, dipn. 57; Türk Hukukundaki durumla Karş., aşa., § 6, IV, C, 2. .

126 Bkz. ve Karş., von **Greyerz**, s. 22.

D- BORCA BATIKLIK VE İFLÂSIN ERTELENMESİ

1- Borca Batıklık

Borca batıklığın hukuki sonuçları kural olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725.II ve 725a maddelerinde düzenlenmiştir. İsviçre İflâs Kanunu'nun 192. maddesi bu hükümlere yollamada bulunmakla yetinmektedir. Türk hukukundan farklı olarak alacaklıların borca batıklığa dayanarak iflâs davası açmaları mümkün değildir (Bkz., ve Karş., İİK., m. 179).[127]

1991 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan revizyon sırasında borca batıklığın tespiti ve hukuki sonuçları bakımından da önemli değişiklikler yapılmıştır:

Yeni düzenlemeye göre, borca batıklığın mahkemeye bildirim yükümlülüğünü doğurması için hem işletmenin faaliyet dönemi (devam) değerlerinin esas alındığı bir bilançodan (*Bilanz zu Fortführungswerten*) hem de aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançodan (*Bilanz zu Veräusserungswerten*) tespiti gerekir (İBK., m. 725.II). Bu nedenle yönetim kurulu borca batıklık şüphesi üzerine her iki bilançoyu da düzenlemek zorundadır.[128] Bu değişikliğin gerekçesi şöyle açıklanmaktadır: Eğer sadece faaliyet dönemi (devam) değerlerini içeren bilanço (kural olarak yıllık bilanço) borca batıklık halini gösteriyorsa aslında ortaklık bütün borç açığını kapatmaya yetecek miktarda gizli yedek akçelere sahip demektir. Tersi durumda ise ortaklığın faaliyetine devamında hiç bir rizikonun bulunmadığı *yaşama yeteneğine sahip olduğu- belirtilmektedir.[129]

1991 değişikliği sırasında ayrıca, düzenlenen ara bilançonun denetçilerin incelemesine sunulması zorunluluğu getirilmiştir (İBK., m. 725,II, c.1). Yasada açıklık bulunmamakla birlikte denetçilerin inceleme sonucu ara bilançoyu düzeltebilecekleri ve borca batıklık bildirimi bakımından inceleme sonucu düzeltilmiş olan bilançonun esas oluşturacağı görüşü savunulmaktadır.[130] Bütün bu değişikliklerle öngörülen zaman alıcı işlemler borca batıklık bildiriminin zamanında yapılmasını geciktirmektedir.[131] Aslında (eski 725, III hükmünden farklı olarak) 725. maddenin 2. fıkrasında bildirimin derhal yapılacağına ilişkin açık bir ifade de yoktur. Borca batıklığın farklı değerleme ilkelerine tâbi iki ayrı bilançodan tespiti zorunluluğunun getirilmesi de bildirimin derhal yapılmasına engeldir. Fakat eğer denetçilerin incelemeyi sonuçlandırmaları uzun sürecekse yönetim kurulunun incelenmiş bilanço daha sonra ibraz edilmek üzere öncelikle mahkemeye bildirimde bulunması gerektiği belirtilmektedir.[132] Nihayet bildirimin yapılacağı sürenin ortaklık işletmesinin büyüklüğüne ve karmaşıklığına bağlı olarak değişeceği de ifade edilmektedir.[133]

---

127 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 14; **Giroud**, s. 95; **Lanz**, s. 144.

128 Bkz., **Koeferli**, s. 147.

129 Bkz., gerekçeye atıfla **Koeferli**, s. 147-148..

130 Bkz., **Böckli**, s.905.

131 Bkz., **Böckli**, s.905. Buna rağmen APOK., § 92,III'te olduğu gibi, bir ödeme yasağı öngörülmemiştir.

132 Bkz., **Böckli**, s. 914,915; **Koeferli** de bildirim için gerekli süreyi borca batıklık şüphesinin doğduğu andan itibaren değerlendirmekte ve yönetim kurulunun bilanço üzerinde değerlendirme yaparak ortak-

Mahkemeye bildirim yükümlülüğü kural olarak yönetim kuruluna ait olmakla birlikte, yeni düzenlemede, borca batıklığın açıkça anlaşılmasına karşın yönetim kurulu yükümlülüğünü yerine getirmezse bildirimin denetçiler tarafından yapılacağı öngörülmüştür (m. 729b, II).[134] Fakat, denetçilerin borca batıklığı en erken yönetim kurulunca düzenlenip kendilerine sunulacak olan ara bilançosundan tespit edebilecekleri, yoksa bu ara bilançoyu bizzat düzenleyemeyecekleri kabul edilmektedir.[135]

Mahkemeye bildirim yükümlülüğünü ihlalin yaptırımı yönetim kurulu üyelerinin zararı tazmin borcunun doğmasıdır. Türk ve Alman hukuklarında olduğu gibi bu konuda cezai bir yaptırım öngörülmemiştir (Karş., İİK., m. 345,a; APOK., § 401). Yönetim kurulunu bildirimde bulunmaya zorlamak da mümkün değildir.[136]

İsviçre öğretisinde eskiden beri bir veya birkaç alacaklının iflâsta haklarının tatmini bakımından diğer bütün alacaklıların altındaki bir dereceye inmeye önceden razı olmaları durumunda, (Rangrücktritt) mahkemeye bildirim yükümlülüğünün gerekip gerekmediği tartışma konusu yapılmıştır.[137] Gerçekten bu yolla diğer alacaklıların hakları iflâs halinde tam olarak karşılanabilecekse bildirim yükümlülüğünün ihlali yüzünden bir zarara uğramaları -keza bir sorumluluk davası açmaları- da söz konusu olmayacaktır.[138] Bunun için sıralarından çekilenlerin alacakları toplamının borca batıklık düzeyinde olması yeterlidir.[139] 1991 yılında yapılan değişiklikle konuya yasal açıdan açıklık getirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, eğer alacaklıların bir kısmı aktiflerle borçlar arasındaki açık ölçüsünde diğer alacaklılar lehine derece olarak geriye gitmeyi kabul ederse borca batıklık bildiriminde bulunmak gerekmez (İBK., m. 725. II. c.2). Konuyu Türk Hukuku bakımından ileride inceleyeceğiz.[140]

2- İflâsın Ertelenmesi

Bir mali durumunun iyileştirilmesi tedbiri olarak iflâsın ertelenmesi kurumuna 1991 değişiklikleriyle[141] işlerlik kazandırılmaya çalışılmıştır.[142]

---

lığın gerçekten borca batık halde bulunduğundan emin olmak için birkaç haftalık bir süreden yararlanabileceği görüşünü savunmaktadır. Buna karşılık durum tespit edilir edilmez bildirim yapılması gerektiğini belirtmektedir, s. 153.

133 Bkz., **Koeferli**, s. 153.

134 1996 yılında yapılan bir araştırma, bu yöndeki değişikliğin ne kadar işe yaradığını ortaya koymuştur. Bu araştırmaya göre, borca batıklık bildiriminde bulunan ortaklıklardan sadece % 10'undan az bir kısmında mahkemeye bildirim denetçiler tarafından yapılmıştır. Bkz., **Dubach**, "STG- Seminar: Unternehmungen in der Krise", Bern 13.^.1997'den naklen, s. 153, dipn. 32.

135 Bkz., **Böckli**, N. 1806; **Koeferli**, s. 16, dipn.56.;

136 Bkz., **Duss**, s. 78.

137 Bu tartışmalara aşağıda konuyu Türk hukuku açısından değerlendirirken değineceğiz. Bkz., aşa. § 11, VII, B, 4.

138 Bkz., **Duss**, s. 77.

139 Federal Mahkeme de, 1991 değişikliğinden önce dahi bu yönde kararlar vermişti.Bkz., **BGE.**, 76. II, 66.

140 Bkz., aşa. § 11, VII, B, 4.

141 1991 yılında yapılan son değişikliklere göre iflâsın ertelenmesi kurumu hakkında Bkz., özellikle **Dubach**, s. 149 vd.

142 Bkz., **Böckli**, s. 891.

İflâsın ertelenmesinin en önemli koşulu ortaklığın durumunun iyileştirilmesinin mümkün görülmesidir (*Aussicht auf Sanierung*). Ancak eskiden olduğu gibi 1991 değişikliğinde de „İyileştirme" kavramının bir tanımı yapılmamıştır.[143] Yapılan değişiklikle erteleme kararının ancak üçüncü kişilerin korunması açısından gerekli olduğu takdirde ilân edileceği hükme bağlanmıştır (İBK., m. 725a, III). Ayrıca mahkemece atanacak kayyımın yetkileri somutlaştırılmıştır. Mahkeme kayyım atamışsa bunun görev ve yetkilerini açıkça tanımlamak zorundadır. Bu durumda ya yönetim kurulunun yetkilerini tamamen elinden alır, ya da onun kararlarını kayyımın onayına tâbi tutar (İBK., m. 725a, II).[144]

III- FRANSIZ HUKUKU

66-537 sayılı Fransız Ticaret Ortaklıkları Kanunu'nun 241. maddesinde sermaye kaybına (ve borca batıklığa) bağlanan hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Anılan madde „Anonim Ortaklığın Sona Ermesi" başlıklı VIII. bölümde yer almaktadır.[145] Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarından farklı olarak Fransız Hukukunda sermaye kaybı ve borca batıklık arasında açık bir ayırım yapılmamış, sadece belli orandaki sermaye kaybı ölçüt olarak kabul edilmiştir. 241. maddenin 1. fıkrasına göre, ortaklığın öz sermayesi muhasebe belgelerinden tespit edilen zararlar sonucu esas sermaye rakamının yarısının altına düşerse,[146] yönetim kurulu ve gerektiğinde ortaklık yöneticileri genel kurulu bir olağanüstü toplantıya çağırırlar. Genel kurulun öncelikle ortaklığın sona erip ermemesi konusunda bir karar vermesi gerekir. Genel kurulu toplantıya çağrı zararı tespit eden yılsonu hesaplarının onaylanmasını izleyen 4 ay içinde yapılmalıdır. Yani olağanüstü toplantı daima iş yılı sonuçlarının görüşülüp onaylandığı olağan genel kurul toplantısını izlemektedir. O halde ikinci (olağanüstü) toplantı pay sahiplerinin durumdan haberdar edilmesi amacını gütmemektedir. Bu toplantıda alacaklıların korunması ilkesi çerçevesinde ortaklığın feshedilip edilmeyeceği sorunu görüşülmektedir.[147] Dört aylık süre ortaklığın içinde bulunduğu kriz halinin geçici mi, yoksa devamlı mı olduğunu tespite imkan sağlayacaktır.[148]

---

143 Bunun eleştirisi için Bkz., **Böckli**, s. 891; **Dubach**, s. 152.

144 Bunun Türk hukukunda mümkün olup olmadığı hakkında Bkz., aşa. § 13, VIII, G.

145 Konu hakkında genel olarak Bkz., **Duss**, s.75 vd; **Lanz**, s. 70 vd; **Kayar**, s. 40 vd.; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 10.

146 Önceden bu oran esas sermayenin ¼'ü idi. 1985 yılında ½ olarak belirlenmiştir. Değişik son metin için Bkz., **Kayar**, s. 40.

147 Bu konularda Bkz., **Lanz**, s.70

148 **Kayar** ise bundan daha farklı bir sonuç çıkarmaktadır. Yazara göre, Türk Hukukundan farklı olarak Fransız Hukukunda sermaye kaybının yönetim kurulunca genel kurula en geç hangi sürede bildirileceğinin öngörülmesiyle bildirim görevinin zamanında yerine getirilip getirilmediğinin tespiti bakımından kolaylık sağlanmıştır, s. 42. Belli bir süre öngörülmesi bakımından bu değerlendirmede gerçek payı varsa da, Türk Hukuku bu bakımdan daha katıdır. Çünkü bildirim yükümlülüğü yıl sonu hesaplarının genel kurul tarafından tasdiki ile başlayan bir süreye tâbi değildir. Durum sadece son yıllık bilançodan anlaşıldığı zaman değil, iş yılı içinde bir ara bilançodan tespit edildiği zaman dahi derhal genel kurula bildirilmek zorundadır. Bkz., aşa., § 6, III, B, 2 ve IV, D, 2.

Durumu tespit bilançosunun hangi esaslara tabi olacağı Alman Hukukunda olduğu gibi Fransız Hukukunda da açıkça belirlenmemiştir. Fransız Ticaret Ortaklıkları Kanunu'nun 341.1. maddesinde şekli ve maddi anlamda Bilançoların devamlılığı ilkesi getirilmiştir. Buna göre bilançonun şekli esasları ve değerleme ilkeleri genel kurulun izni olmadıkça yönetim kurulu tarafından değiştirilemez (2. Fıkra).. Anılan madde herşeyden önce pay sahiplerinin çıkarlarına hizmet etmektedir. O halde değerlemede kural olarak tasfiye değerleri değil, defter değerleri esas alınacaktır.[149] Çağrı üzerine toplanan genel kurul ortaklığın feshine karar verip vermemekte serbesttir (Bkz., Fr.TOK., m. 241.II). 241. maddenin üçüncü fıkrasına göre genel kurulun kararı her halde ilan edilir. Bundan çıkan sonuç, sermaye kaybının (ve borca batıklığın) mutlaka üçüncü kişilere duyurulmasıdır.[150] Genel kurul ortaklığın feshine karar vermezse ortaklık en geç zararın tespit edildiği hesap dönemini izleyen ikinci dönemin bitimine kadar şu iki alternatif şarttan birini gerçekleştirmek zorundadır:

-Tespit edilen zarar miktarı kadar esas sermayenin indirilmesi - fakat bu halde kanunun öngördüğü asgari sermaye miktarının (m.71) altına inilemez -, ya da,

-Gizli yedek akçelerin çözülmesi, veya ara dönemde işletmenin başarı elde etmesi gibi yollarla esas sermayenin en az yarısına kadar öz kaynağın yeniden sağlanması. Öz sermaye en azından esas sermayenin yarısına ulaşıncaya kadar yeniden sermaye arttırılamaz (Fr.TOK., m. 241,II).

Görüldüğü gibi Fransız Hukukundaki düzenleme Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarına oranla daha esnek tedbirler öngörmektedir. Bir kere, genel kurulun derhal olağanüstü toplantıya çağrılması zorunlu değildir. Durum ancak yılsonu hesaplarından anlaşıldıktan ve olağan genel kurulda bu hesaplar onaylandıktan sonra bir olağanüstü toplantı yapılmaktadır. Ayrıca, zararın tespit edildiği dönem dahil olmak üzere durumun düzeltilmesi için ortaklığa üç yıllık bir süre tanınmaktadır.[151] Bu hükümler borca batıklık halinde dahi uygulanmaktadırlar.

Genel kurulun toplanamaması veya toplantıya çağrıya rağmen hukuken geçerli bir karar alamaması halinde her ilgili mahkemeye başvurarak ortaklığın feshini isteyebilir (m.241.IV). Maddenin ilk iki fıkrasında yönetim kurulu için öngörülen yükümlülüklere uyulmamasının yaptırımı da aynıdır. Bu hallerde mahkeme ortaklığa durumunu düzeltmesi için en çok altı aylık bir süre verebilir. Esas hakkında hüküm verileceği güne kadar mali durum düzelirse fesih kararı verilmez (aynı fıkra).

Alacaklıların çıkarını korumak için ayrıca sermaye kaybı halinde yönetim kurulu başkan ve üyelerinin sorumluluğu öngörülmüştür(Fr.TOK., m.37). Buna göre ortaklığın iflâsı veya mahkemece fesih ve tasfiyeye karar verilmesi üzerine ortaklığın malvarlığının borçları kapatmaya yetmediği anlaşılırsa mahkeme bu açığın sözü geçen kişilerce karşılanmasına karar verebilir. Bu kişiler ortaklık yönetiminde gerekli dikkat ve özeni gösterdiklerini ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamazlar.[152]

---

[149] Bkz., **Lanz**, s.70-11 ve dipn. 57-60'da atıfta bulunduğu Fransız literatürü.

[150] Bkz., **Duss**, s.76; **Lanz**, s.71, **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.10.

[151] Bkz., **Lanz**, s.72 ve dipn. 63.

[152] Bu konuda Bkz., **Duss**, s. 76.

IV - GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA KONUNUN DÜZENLENİŞİ

A- ANONİM ORTAKLIKTA

1- Eski Ticaret Kanunu Dönemi

1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu'muzda sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları 325. maddede düzenlenmişti. Ayrıca esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması hali bazı şartlarda ortaklığın sona erme nedeni olarak kabul edilmişti (ETK., m. 442, III, V, 444).

Eski Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemenin yürürlükteki 324. maddeden farkları şu noktalarda kendini göstermektedir:

– Bir kere, anılan 325. maddede, sermaye kaybı ve borca batıklığın nasıl tespit edileceğine ilişkin hiç bir açıklık bulunmamaktadır. Sermaye kaybı ve borca batıklık mutlaka bir bilançodan mı tespit edilecektir, yoksa bu konuda Alman hukukunda olduğu gibi yönetim kurulunun takdiri rol oynayacak mıdır? Bu soruya maddenin metninden hareketle cevap bulmak mümkün değildir.

Bilançoya değinmeyen maddede doğal olarak, değerleme ilkelerine de herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Alman ve İsviçre Hukuklarında tartışma konusu yapılan sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde hangi değerleme ilkelerinin esas alınacağı sorunu o dönemde Türk öğretisine yabancıdır.

Ayrıca 325. maddede, yönetim kurulunu belli şartların gerçekleşmesi halinde tespit bilançosu düzenlemeye zorlayan bir hüküm de yoktu (Karş., TTK., m. 324.II).

– Şimdiki 324.I maddesinden farklı olarak 325. maddeye göre, esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması halinde yönetim kurulu sadece sermaye kaybını genel kurula bildirmekle yetinemezdi. Tersine genel kurul esas sermayeyi tamamlamaya, mevcut sermaye ile yetinmeye ya da ortaklığın feshine karar vermek üzere toplantıya çağrılmak zorundaydı (ETK., m. 325.I, c.1).[153] Esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde de genel kurula aynı alternatiflerin sunulması zorunlu olmakla birlikte, bu ikinci durumda genel kurulun karar almamasının yaptırımı ortaklığın feshi olarak öngörülmüştü (ETK., 325.I, c.2). Oysa esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması halinde genel kurul herhangi bir karar almaya zorlanmamıştı. [154]

Görüldüğü gibi bu düzenleme, 1/2 oranında sermaye kaybını yürürlükteki 324. maddenin 1. fıkrasına oranla daha ciddi bir kriz belirtisi olarak kabul etmiştir. Öyle ki, genel kurula sunulacak alternatiflerden biri „ortaklığın feshi konusunda karar vermek"tir. Düzenleme bu yönüyle Fransız Hukukuna yaklaşmaktadır (FrTOK., m. 241,I). Alternatiflerden diğer ikisi ise, mali durumun iyileştirilmesine yönelik kararlardır: Sermayenin tamamlanması veya mevcut sermaye ile yetinme (esas ser-

---

[153] Bu konuda Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 96. Bkz., ve Karş., **Hirş**, s. 268.

[154] Bkz., ve Karş., **Hirş**, s. 267 vd; **Onsun**, s. 230, 270 vd.

maye indirimi[155]). Bu yönüyle eski Ticaret Kanunumuz İsviçre'deki son gelişmeye paraleldir. Yönetim kurulunun iyileştirme tedbirlerini genel kurula sunması istenmektedir. Fakat, yönetim kurulunun önereceği iyileştirme tedbirleri sınırlandırılmıştır. Yönetim kurulu başka tedbirlere ilişkin olarak karar alınması için genel kurula başvurabilirse de, gündemde herşeyden önce maddede öngörülen alternatiflerin bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.

- Ayrıca Eski Ticaret Kanunu'nun 325. maddesi borca batıklık halinde iflasın ertelenmesi kurumunu kabul etmemişti. Gerçekten maddenin 2. fıkrasında sadece ortaklığın iflasına karar verileceği öngörülmüştür. Buna bağlı olarak yönetim kurulunun durumu mahkemeye bildirmesi değil, doğrudan doğruya ortaklığın iflâsını istemesi söz konusudur (f.2).[156] Düzenleme bu yönüyle Alman Hukukuna benzemekle birlikte Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 92. paragrafından farklı olarak yargısal konkordato alternatifine değinilmemiştir.

Eski Ticaret Kanunundaki esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalmasına ilişkin hukuki sonuçlar bazı ifade düzeltmeleri dışında hiç bir temel değişikliğe uğramaksızın aynen yürürlükteki Ticaret Kanunumuza alınmıştır (Bkz. ve Karş., ETK., 325.I, c.2, 442, N.3 ve 5, 444; TTK., 324.II, c.2, 434, N.3 ve 5, 436). Farklılık sadece durumun tespiti konusunda karşımıza çıkmaktadır.

Buna karşılık şimdiki Ticaret Kanunumuzun 1/2 oranında sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin hükümleri (f.1; f.2, c.1 ve c.3,4,5,6) bazı çeviri hataları dışında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. maddesinin 1991 değişikliğinden önceki metnine uygundur. Esasen bu nedenle konuya ilişkin düzenlemenin İsviçre hukukundaki tarihsel gelişiminin Türk Hukuku bakımından da önem taşıdığını belirtmiş ve tarihsel gelişimi gözden geçirmiştik.

2- Yürürlükteki Düzenleme

a) Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleme

Türk Ticaret Kanunu'nda, anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları iki ayrı yerde düzenlenmiştir. Bunlardan biri yönetim kuruluna ilişkin 2. Kısımda yer alan 324. maddedir. Konuya yönetim kurulunun örnek olarak sayılan idari görevleri dolayısıyla değinilmiştir (2. Kısım,B,III.İdare Vazifeleri). İkinci olarak özellikle 2/3 oranında sermaye kaybının diğer bazı hukuki sonuçlarına ortaklığın sona ermesi dolayısıyla 7. Kısımda (A.İnfisah) yer verilmiştir (m. 434.I, N.3, 5; 436).[157] Ayrıca 446. maddenin 2. fıkrasında tasfiye halindeki ortaklığın borca batık olduğunu tespit eden tasfiye memurlarının durumu derhal mahkemeye bildirecekleri öngörülmüştür.

---

[155] Bkz., **Hirş**, yazarın kalan sermaye ile yetinme kararını "esas sermaye indirimi kararı" olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır, s. 268.

[156] Bu konuda Bkz., **Hirş**, s. 268.

[157] Bu konuda Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 11-12.

Konuya ilişkin hükümlerin tümü emredici niteliktedirler.[158] Maddenin lâfzı ve yasanın sistematiği içindeki yeri böyle bir sonuca varmayı gerektirdiği gibi, 324. maddede mevcut ve gelecekteki pay sahipleri, alacaklılar ve genel olarak kamunun çıkarlarının korunması amacı güdüldüğünden[159] amaçsal yorum da hükmün emredici niteliğini kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır.[160]

324. madde emredici nitelikte olduğundan, bu maddede yer alan hükümlerin esas sözleşme ile değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir.[161] Bir kere esas sözleşmeye maddede öngörülen tedbirlerin uygulanmasını geciktirecek nitelikte hükümler konulamaz. Böyle bir düzenleme, maddeyle korunan çıkar gruplarına zarar verecek niteliktedir. Fakat maddenin uygulama alanını genişletecek nitelikte hükümlerin esas sözleşmeye konulmasına bir engel yoktur. Örneğin esas sözleşmeye konulacak hükümle İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1/2 oranında sermaye kaybı için öngördüğü şekilde bir çözüm benimsenebilir (Bkz., İBK., m. 725.I).[162] Bu durumda kanımızca 324. madde hükümleri mutlak değil, nispi emredici niteliktedirler.[163]

324. maddenin ilk fıkrasına göre son yıllık bilançodan esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığının anlaşılması durumunda yönetim kurulu derhal toplanarak durumu genel kurula bildirir.

İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak 2/3 oranında sermaye kaybı için özel tedbirler öngörülmüştür. Bu düzenleme Eski Ticaret Kanunu'ndan aktarılmıştır. Esas sermayenin 2/3 oranında kaybı aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bir ara bilançosundan tespit edilir. 324. maddede bu bilançonun „aciz hali emareleri" üzerine düzenleneceği belirtilmişse de (f.2, c.1), burada aslında borca batıklık şüphesi kasdedilmiştir.[164] 2/3 oranında sermaye kaybının tespiti üzerine genel kurul ya sermayenin tamamlanmasına ya da mevcut sermayeyle yetinmeye karar vermelidir. Aksi takdirde ortaklık infisah eder (f.2, c.2, ayrıca TTK., m. 434, I, N.3). Ayrıca 436. maddede ortaklık alacaklılarına fesih davası açma hakkı tanınmıştır.

Aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilanço, ortaklığın borca batık durumda olduğunu gösterirse yönetim kurulu durumu derhal mahkemeye bildirmek zorundadır (f.2, c.3). Mahkeme kural olarak ortaklığın iflâsına hükmeder (f.2, c.4). Ancak yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin istemi üzerine iflâs kararını erteleyebilir (f.2, c.5). Erteleme kararı veren mahkeme envanter tanzimi ve yediemin tayini gibi malvarlığı korunmaya yönelik tedbirleri alır (f.2, c.6).

b) İcra ve İflâs Kanunu'ndaki Düzenleme

İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde sermaye ortaklıklarının borca batıklık nedeniyle iflâsı ayrıca düzenlenmiştir. Bu özel iflâs nedeni borçlunun kendi

---

158 Bkz., yuk. Giriş, s.2, dipn. 8.
159 Bu konuda Bkz., aşa. § 6, I; § 7, I, . § 9.
160 Bkz., Karayalçın, Yeniden Değerleme, s. 151-152; Kayar, s. 51.
161 Bkz., Kayar, s. 51.
162 Yani esas sermaye ile birlikte yasal yedek akçelerin de hesaba katılması öngörülebilir.
163 Bu konuda Bkz., ayrıca aşa. § 7, V, D; § 11, IV, A.
164 Bkz., aşa. § 10, I, B, 1.

istemiyle doğrudan doğruya iflâsı halleri arasında yer almaktadır (İİK., m. 178 vd,) Fakat aşağıda da belirteceğimiz gibi,[165] Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi anonim ortaklıklar bakımından anılan maddeye oranla özel hüküm durumundadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. maddesinde borçlunun aciz hali nedeniyle kendi iflâsını istemesi düzenlenmiştir. Bu maddeyi aynı yasanın 179. ve Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesiyle karşılaştırmalı olarak ileride inceleyeceğiz.[166]

B- DİĞER TİCARET ORTAKLIKLARINDA

1- Kişi Ortaklıklarında

Kışı ortaklıklarında (kollektif ve adi komandit ortaklıklarda) borca batıklık özel bir iflâs nedeni olarak öngörülmemiştir. Ortaklık borca batıklık dolayısıyla iflâs isteminde bulunmak zorunda olmadığı gibi, buna yetkili de değildir. Ortaklık alacaklıları da kollektif veya adi komandit ortaklığın borca batık halde bulunduğunu öne sürerek iflâsını isteyemezler (Karş. İİK., m. 179). Bunun gerekçesi anılan ortaklıklarda esasen ortakların kişisel ve sınırsız sorumluluğunun bulunması, böylece ortakların malvarlığı ve kredisinin alacaklılar için yeterli bir güvence oluşturduğuna inanılmasıdır.[167] Önemli nedenlerden biri de, üçüncü kişilerin ortaklığın malvarlığı durumu yanında ortakların kişisel özelliklerine de önem vermeleridir.[168] Ne var ki, bu ortaklıklar için benzer bir düzenleme getirilmemiş olması, onların iflâsın ertelenmesi gibi özel bir imkândan yoksun kalmalarına yol açmaktadır.

Ancak bu ortaklıklar, -diğer bütün borçlular gibi- ödemeden aciz hali içinde olduklarını bildirerek kendi iflâslarını isteyebilirler (İİK., m. 178.I). Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrasında öngörülen şartlarda iflâslarını istemek zorundadırlar. Aslında bu fıkrada düzenlenen durumda ödemeden aciz halinin yanısıra ortaklığın borca batıklığı da söz konusudur.[169] İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. I. maddesinde öngörülen durumda iflâs kararı verilebilmesi için bu maddede yapılan değişiklik sonucu artık borçlunun aciz halinde bulunduğunu beyan etmesi yeterli olmadığından,[170] borca batık durumdaki bir kişi ortaklığı bu hükümden yararlanarak kendi iflâsını isteyemez. Bu ortaklık ancak aynı zamanda aciz hali içindeyse kendi iflâsını isteyebilir.[171]

Sermaye kaybı hakkındaki düzenlemeye gelince: Kollektif ortaklıklarda ortaklık sermayesinin en az 2/3 oranında kaybı bir sona erme nedeni olarak öngörül-

---

165 Bkz., aşa. § 11, I.

166 Bkz., aşa., § 11, I.

167 Ayrıca Bkz., **Berkin,** Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 170, dipn. 9.

168 ATK. 130.a (f.1,c.1-2).ve Alman İflâs Kanunu (KO) § 209.II'ye göre, kollektif ve komandit ortaklıkların sınırsız sorumlu ortaklarından hiçbiri gerçek kişi değilse bunlarda da borca batıklık bir iflâs nedenidir. Hükmün *ratio legis*'i hakkında Bkz., **Schmidt,** Konkursgründe, s. 334 vd. Ayrıca Bkz., **Egner/ Wolff,** s. 100; Hukukumuzda zaten sınırsız sorumlu ortakların tüzelkişi olmaları mümkün değildir.

169 Bkz., aşa., § 11, I.

170 Bkz., aşa., § 11, I; § 11, III, B; § 12, II, D.

171 Bkz., **Kuru,** Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 623; **Üstündağ,** iflâs, s. 43.

müştür (TTK., m. 185.N.2). 267. maddenin yaptığı yollama ile aynı hüküm adi komandit ortaklıklar hakkında da geçerlidir. Buna göre sermayenin tamamı veya üçte ikisi yitirilmiş olup da tamamlanmasına veya geri kalan kısmıyla yetinilmesine ortaklar tarafından karar verilmezse ortaklık infisah eder. Kollektif ortaklığın sabit bir (esas) sermayesi bulunmadığından hükümde sözü edilen sermaye başlangıçtaki sermaye, başka bir deyişle ortakların getirmeyi taahhüt ettikleri katılma paylarının toplamı olmalıdır.[172] İşte ortaklığın öz kaynakları bu sermaye rakamının üçte birinden az ise yasada alternatif olarak öngörülen kararlardan birinin alınması gerekir. Anonim ortaklıklardan farklı olarak borca batıklık halinde de aynı hüküm uygulanır.[173] Ancak bu durumda kalan sermaye ile yetinilmesine karar verilemez.[174] Çünkü ortaklığın kalan sermayesi bulunmamaktadır.

Hükümde sermaye kaybının nasıl tespit edileceği, dolayısıyla ortakların ne zaman hükümde öngörülen kararları almaları gerektiği konusunda bir açıklık yoktur.. Bir görüşe göre bu konuda anonim ortaklıklara ilişkin 324. madde kıyasen uygulanmalıdır.[175] Bunun anlamı sermaye kaybının tespitinde malvarlığı konularının bilançonun düzenlendiği tarihteki satış fiyatlarının esas alınmasıdır.[176] Diğer bir görüşe göre ise burada 324. madde kıyasen uygulanamaz.[177] Kanımızca ikinci görüş daha doğrudur. 324. maddede öngörülen bilanço bir özel bilançodur. Özel bilançolar yasanın öngördüğü istisna hükümlerine dayanılarak düzenlenir. Bu hükümlerin kıyas yoluyla başka ortaklık ve durumlara uygulanması mümkün değildir. Ayrıca kollektif ortaklığın yıllık bilançosu hakkında en yüksek değer (maliyet değeri) sınırlamaları öngören hükümler yoktur (Karş., TTK., m. 460-461).

Sermayenin tamamlanması veya kalan sermaye ile yetinme kararı oybirliği ile alınabilir (TTK., m. 168). Oybirliği sağlanamazsa ortaklık kendiliğinden sona erer.[178] Tamamlama kararı yeni -ilave- katılma payları getirilmesi anlamına gelir (TTK., m. 155, N.3). Yeni katılma payları mevcut ortaklar tarafından sağlanabileceği gibi, ortaklığa başka bir ortak alınması yoluyla da elde edilebilir. Her iki durumda da esas sözleşme değişikliği zorunludur.[179] Bir görüşe göre, tamamlamadan maksat sermayenin başlangıçtaki düzeyine çıkarılması değildir. Sermayenin yasanın infisah nedeni olarak öngördüğü oranın üzerine çıkarılması yeterlidir. [180] Kanımızca bu gö-

---

[172] Burada malvarlığının kasdedilmiş olamayacağı, çünkü ortaklık malvarlığının değişken nitelik taşıdığı belirtilmektedir, Konu hakkında Bkz., **Arslanlı**, Kollektif Şirketler, s. 370,475; **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 299 ve dipn. 163; **Kayar**, s. 86 vd.

[173] Bkz., **Y. 11. HD.**, 10.9.1974 tarih ve 1769/2395 sayılı Kararı, Karar için Bkz., Batider, C. VII, S. 4, s. 988-989; **Kayar**, s. 86 vd.

[174] Aynı yönde **Kayar**, s. 89.

[175] Bkz., **Mimaroğlu**, s. 259 vd.

[176] Bu yönde **Y. 11. HD.**, 10.9.1974 tarih ve 1769/2395 sayılı Kararı, Karar için Bkz., Batider, C. VII, S. 4, s. 988-989; Bkz., **Y. 11. HD.**, 24. 3.1975 tarih ve 894/2065 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Doğanay**, s. 625, dipn. 148; **Kayar**, s. 86.

[177] Bkz., **Arslanlı**, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 475.

[178] Bu konuda Bkz., **Domaniç**, Kollektif Şirketler, s.405; **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 299.

[179] Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 168.

[180] Bkz., **Çevik**, Kollektif Şirketler, s. 620; **Kayar**, s. 87.

rüş doğrudur. Çünkü, bu ortaklıklarda esas sermaye sistemi geçerli olmadığından öz kaynaklar – esas sermaye dengesinin korunması gibi bir sorun yoktur.

Kişi ortaklıklarında ortaklık borçlarından dolayı ortakların da kişisel sorumlulukları olduğundan sermaye kaybının bir sona erme nedeni olarak öngörülmesi yadırganmaktadır.[181] Bir kere kişi ortaklıklarında teknik anlamda bir sermaye kaybından söz etmek mümkün değildir.[182] Çünkü bu ortaklıklar sabit sermaye sistemine tâbi değildirler ve dolayısıyla esas sermayeleri yoktur.[183] Ayrıca anılan ortaklıklar başlangıçta bir ticari işletmenin idaresi için yeterli olmak şartıyla istenen miktarda sermaye ile kurulabildiğinden sermayenin sonradan zararlar sonucu azalmasını infisah nedeni saymak bu ortaklıkların bünyesi ile bağdaşmamaktadır,[184] Eğer ortaklık sermayesi zararlar sonucu bir ticari işletme işletemeyecek, ya da esas sözleşmesinde öngörülen işletme konusunu yürütemeyecek hale gelmişse "gayenin imkânsızlığı" dolayısıyla zaten infisah sonucu doğar (Bkz., BK., m. 535.I, N.1).[185]

Buna rağmen acaba yasakoyucu niçin kişi ortaklıklarında anonim ortaklıktakine benzer özel hükümler getirmek gereğini duymuştur?

Yasakoyucu büyük ihtimalle ortaklık alacaklılarının çıkarlarını korumak kaygısıyla hareket etmiştir. Ortaklık borçlarından dolayı birinci derecede ortaklık tüzelkişiliğinin sorumlu olduğu düşünülürse aslında bu düzenlemenin alacaklıların çıkarına belli ölçüde hizmet ettiği de göz ardı edilemez. Çünkü sermayenin tamamlanmasıyla ortaklık malvarlığında artış olacaktır. Ortakların kişisel malvarlığı ise kural olarak ortaklık malvarlığından sonra başvurulabilecek bir kaynaktır. Ayrıca ortakların kişisel malvarlığı sadece ortaklık alacaklılarının değil, kişisel alacaklılarının da güvencesi durumundadır. Kişisel malvarlığı bakımından her iki grup alacaklı eşit düzeydedirler (TTK., m. 182, II). Oysa ortaklık alacaklıları ortaklık malvarlığından haklarını karşılamak bakımından -kişisel alacaklılara karşı- öncelik hakkına sahiptirler (Bkz., TTK. m. 181,İİK. m. 205, c.3).[186] Bu nedenlerle alacağın kişisel malvarlığından karşılanmasının ortaklık alacaklıları yönünden daha rizikolu olduğu söylenebilir.[187] Ne var ki, sermayenin tamamlanması halinde bu riziko giderilebilirse de, ortaklık kalan sermaye ile yetinmeye de karar verebilir ve bu durumda alacaklıların güvencesinde bir değişiklik olmaz. Sonuçta kanımızca 2/3 oranında sermaye kaybı için getirilen özel düzenlemenin alacaklıların çıkarı bakımından da herhangi bir pra-

---

181 Bkz., **Arslanlı**, Kollektif Şirketler, s. 473.vd.; **Çevik**, Kollektif Şirketler, s. 620; **İmregün**, Kollektif Ortaklıklar, s. 115; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.168; **Kayar**, s. 88;

182 Bkz., **Berler**, s. 258.

183 Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.168; Karş., **Kayar**, s. 86.

184 Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.168; Aynı yönde **Kayar**, s. 88;

185 Nitekim İsviçre hukukunda böyle bir hüküm yoktur. TTK.'nun anılan 185.N.2 hükmü ETK.'ndan gelmektedir; Alman hukukunda da sermaye kaybı kollektif ortaklıklar bakımından (*Offene Handelsgesellschaften*) bir sona erme nedeni olarak öngörülmemiştir. Bu hukuk sisteminde de ortaklığın artık bir ticari işletme işletemeyecek ölçüde mali durumu bozulmuşsa sona ermesi söz konusu olur. Bu konuda Bkz., **H. Lehmann**, s. 131.

186 Bu konuda Bkz., **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, C.III, s. 3000; **Kuru**, Şahıs Şirketleri, s. 33-34; **Guhl/Merz/Kummer**, s. 555 vd.

187 Bkz., **Eriş**, TTK.Şerhi, s. 689;

tik yararı yoktur. Fakat, ortaklığın hiç sermayesi kalmamışsa, ya da ortaklık borca batık hale düşmüşse anılan düzenlemenin alacaklıların çıkarına hizmet ettiği düşünülebilir. Gerçekten bu durumda ortaklık kalan sermaye ile yetinmeye karar veremeyeceğinden sermayesini tamamlamak zorunda kalacak, aksi takdirde infisah etmiş olacaktır. Buna rağmen kişi ortaklıklarında alacaklıların çıkarlarının korunmasında bu kadar ileri gidilmesini bu ortaklıkların bünyesiyle bağdaştırmak güçtür. Her ne kadar, söze konu ortaklıkların alacaklıları için haklarını ortaklık malvarlığından karşılamak daha avantajlı ise de, onlara anonim ortaklığın alacaklılarına tanınmayan bir imkân verilmiştir. Alacaklılar ortakların kişisel malvarlıklarına da başvurabilirler. Hatta çoğu kez alacaklılar ortakların kişiliğine, özellikle ticari itibarına güvenerek ortaklıkla ilişki içine girerler.

Sonuç olarak biz de, kişi ortaklıklarında sermaye kaybı (ve borca batıklık) için özel hükümler getirilmesinin yerinde olmadığı kanısındayız.

Bu açıklamalarımız ışığında, acaba sermaye kaybı (ve borca batıklık) halinde yasada öngörülen kararlardan biri alınmasa bile ortaklığın infisah etmeyeceği esas sözleşmede öngörülebilir mi? Başka bir deyişle 185. maddenin 2. bendi emredici nitelikte midir? Bir görüşe göre burada alacaklıların çıkarlarının korunması söz konusu olduğundan esas sözleşmeye konulacak bir hükümle bu infisah nedeni bertaraf edilemez.[188] Diğer bir görüşe göre ise sermaye kaybının bir infisah nedeni olmayacağına dair bir hüküm esas sözleşmeye konulabilir.[189] Çünkü alacaklılar ortaklık borçlarından dolayı ortaklara da başvurabileceklerinden sözleşmeye konacak böyle bir hükmü yasanın emredici hükümlerine aykırı saymamak gerekir (Bkz., ve Karş., TTK.,m.186). Olması gereken hukuk yönünden yasanın öngördüğü infisah nedeni yerinde değilse de, yasakoyucunun bu hükümle ortaklık alacaklılarının çıkarlarını korumayı amaçladığı açıktır. Bu nedenle kanımızca ilk görüş daha doğrudur.

2- Limited Ortaklıkta

Limited ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklık, geniş ölçüde anonim ortaklıklara ilişkin 324. maddeye yollamada bulunulmak suretiyle düzenlenmiştir (TTK., m. 546).

546. maddenin kenar başlığındaki "Sermayenin Kısmen Kaybı" ifadesi yerinde değildir. Çünkü anılan maddede 324. maddenin borca batıklıkla ilgili hükümlerine de yollama yapılmıştır. Ara bilanço düzenleme şartları, durumun mahkemeye bildirilmesi, iflâsın açılması veya ertelenmesi tamamen anonim ortaklıkta olduğu gibidir.[190] Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi limited ortaklıklar hakkında da uygulanır. Bu maddeye göre, borca batıklık halinde ortaklık durumu mahkemeye bildirmek zorunda olduğu gibi, alacaklılar da ortaklığın iflâsını isteyebilirler.

Sermaye kaybı halinde alınacak tedbirler bakımından ise başarısız bir yollama yapılmıştır. 546. maddede 324. maddenin sadece 1/2 oranında sermaye kaybı hak-

---

188 Bkz., **Hirş**, s. 239.

189 Bkz., **Kayar**, s. 86.

190 Bkz., **Çevik**, Şirketler Hukuku, s. 516-517; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 820; Karş., **Uçar**, s. 365.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

kındaki (1. fikra) hükmüne açıkça yollamada bulunulmuştur. Bunun dışında "şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcut ise" anonim ortaklıklar hakkındaki 324. maddenin uygulanacağı öngörülmüştür. 324. maddeye göre, anılan şartlarda ara bilanço düzenleneceğine göre, ara bilançoya bağlanan bütün hukuki sonuçlar, bu arada ara bilançodan 2/3 oranında sermaye kaybının tespiti halinde alınacak tedbirler limited ortaklıklar hakkında da uygulanacak demektir. Öğretide de 546. maddenin 324. maddenin tümüne yollamada bulunduğu kabul edilmektedir.[191] Zaten bir kişi ortaklığı olan kollektif ortaklıklarda dahi 2/3 oranında sermaye kaybına infisah yaptırımını bağlayan yasa koyucunun limited ortaklıklarda farklı hareket ettiğini kabul etmek mümkün değildir.

Fakat, 546. maddede, 2/3 oranında sermaye kaybı halinde, alacaklılara fesih davası açma hakkı tanıyan 436. ve 434, (N.5) maddelerine yollamada bulunulmadığından sözü konu maddelerin limited ortaklıklar hakkında uygulanamayacağını kabul etmek gerekir.[192]

Sermaye kaybı, anonim ortaklıklarda olduğu gibi, öz kaynaklar – esas sermaye ilişkisine göre belirlenir. Esas sermayenin sermaye kaybı oranında indirilerek eş zamanlı olarak artırılması (TTK., m. 396,I, c.1) bu ortaklıklarda da uygulanabilecek bir iyileştirme tedbiridir (TTK., m. 517, II).[193] Limited ortaklıkta esas sözleşme değiştirilerek ortağın gerektiğinde ek ödemede bulunmakla yükümlü kılınabilmesi 2/3 oranında sermaye kaybının veya borca batıklığın giderilmesinde kolaylık sağlar.[194] Oysa anonim ortaklıkta pay sahibi, pay bedelinden ve agio'dan fazla (ek) bir ödemede bulunmaya esas sözleşme ile dahi zorlanamaz (Bkz., TTK., m. 405,I, Bkz. ve

---

191 Bkz., Bkz., **Y. 11. HD.**, 24. 10. 1988 tarih ve 1784/6115 sayılı kararı, kararın bu yönde olduğu hakkında Bkz., **Eriş**, TTK şerhi, 1590, dipn. 1; **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 363, 387; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 820; **Eriş**, TTK. Şerhi, s. 1590, dipn. 1; **Uçar**, s. 364. Bkz., **Kayar**, yazara göre, daha önemsiz bir durum olan ½ sermaye kaybı ile ilgili düzenlemeye bile yer verildiğinden 2/3 sermaye kaybı hakkındaki hükme de yollama yapıldığının kabulü gerekir. Kanımızca bu gerekçe yanlıştır. 2/3 oranında sermaye kaybı hakkındaki düzenleme daha ağır yaptırımlar, özellikle infisah yaptırımı öngörmektedir. Eğer ara bilanço düzenleme şartları bakımından 324. maddeye yollama yapılmasaydı, sırf ½ oranında sermaye kaybına ilişkin düzenlemeye yollamada bulunulduğu için böyle bir sonuca varılamazdı, Bkz. ve Karş., **Kayar**, s. 90;

192 Bkz., aynı yönde **Kayar**, s. 90-91

193 Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 819.Kanımızca bu halde esas sermaye aynı zamanda, aynı karara dayanarak artırıldığından alacaklılara çağrıda bulunulmasına gerek yoktur, Karş., TTK. m. 517, II, son cümle.

194 Bu yöndeki esas sözleşme değişikliği "mesuliyeti genişletme" olmadığından 2/3 çoğunlukla alınabilir (Bkz., TTK., m. 513,I ve Karş. f.2) Bu konularda Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 800; **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, yazar ortaklık sözleşmesine –özellikle zararı kapatmak amacıyla- ek ödemelere ilişkin hükümler konulabileceğini, bu hükümlerin geçerliliğinin genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir, s. 374 ve daha açık olarak s. 378. İBK., m.784.III'te bu konuda açık hüküm vardır. Bilanço açığını kapatmak amacıyla kullanılmak üzere esas sözleşmeye konacak bir hükümle ortağın gerektiğinde ek ödemede bulunmakla yükümlü kılınması mümkündür, Bu yolla borca batıklık giderilebilir, Ortaklık yöneticileri borca batıklığı tespit ettikleri takdirde ortaklar kurulu bunu izleyen üç ay içinde ortaklardan ek ödeme yükümlerini yerine getirmelerini isteyebilir. Getirilen ek edimlerle bu süre içinde borca batıklık giderilemezse yöneticiler durumu mahkemeye bildirmekle yükümlüdürler (Bkz., İBK., m. 810, N. 7, 817, II). Konu hakkında Bkz., **Guhl/merz/Kummer**, s. 729-730; **W. von Steiger**, OR. 817, N. 8 vd.

Karş., TTK., m. 388,I). Fakat sermaye indirimi yoluyla mali durumun iyileştirilmesi bakımından limited ortaklıklar daha dezavantajlı durumdadırlar. Çünkü, anonim ortaklıklardan farklı olarak (Bkz., TTK., m. 397, II), limited ortaklıkta sermaye kaybını gidermek amacıyla yapılan sermaye indiriminde dahi alacaklıların davet edilmesi, haklarının ödenmesi veya temini gerekir (TTK., m. 517,II).

Ortaklar (genel) kuruluna ve mahkemeye bildirim yükümlülükleri müdür veya müdürler tarafından yerine getirilir (Bkz., TTK., m. 538, 540, 542).[195]

3- Kooperatiflerde

Kooperatiflerde sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 63. maddesinde anonim ortaklıklara kıyasla oldukça farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Maddedeki terimlerin doğru seçilmemesi ilk bakışta yasal düzenlemenin anlaşılmasını güçleştirecek derecede anlam karmaşasına neden olmuştur.

63. maddenin 2. fıkrasında 1/2 oranında sermaye kaybının ölçüsü "ortaklık varlığı" (aktifler toplamı, malvarlığı) olarak ifade edilmiştir. Kooperatifler değişir sermayeli oldukları için (Bkz., KK., m.1,2.III) sermaye kaybı bakımından esas sermaye ölçü olamaz.[196] Fakat, kanımızca yasa hükmünün yanıltıcı ifadesine rağmen, sermaye kaybının tespitinde ölçü ortaklığın aktifleri toplamı, yani varlıkları da değildir.[197] Sermaye kaybını belirlemede ölçü, tespitin yapıldığı sırada kooperatife ortak olanların ortaklık kurulurken veya ortaklığa girerken getirmiş oldukları katılma paylarının toplamı olarak kabul edilmelidir. Bu durumda herşeyden önce kuruluş sırasında esas sözleşmede gösterilen ve ticaret siciline tescil edilen sermaye bu toplama dahildir (Bkz., KK., m. 3, N.4, m. 4, N.4). Ayrıca, kooperatifler aynı zamanda değişir ortaklı olduklarından kooperatiften çıkanların katılma payları toplamdan indirilmeli, sonradan kooperatife girenlerin katılma payları ise toplam rakama eklenmelidir.[198] Esasen kooperatifin bilançolarında bilançonun düzenlenme tarihi itibarıyla bu şekilde tespit edilen sermaye gösterilir. İşte öz kaynakların bilançoda gösterilen sermayenin[199] yarısı düzeyine inmesi kooperatifte 1/2 oranında sermaye kaybını ifade eder. Diğer ticaret ortaklıklarındaki düzenlemeye aykırı olarak kooperatiflerde sermaye kaybının tespiti bakımından varlıkların, ya da "pasifler toplamı-yabancı kaynaklar farkının" [200] esas alınmasını haklı kılan bir neden yoktur. Aksi halde sermaye kaybı sonucunu doğurmayan öz sermaye kayıpları yasada öngörülen özel tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar ki, yasakoyucunun amacının bu olduğunu sanmıyoruz.

---

195 Bkz., **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 363-364, **Çevik**, Şirketler Hukuku, s. 516-517.

196 Kooperatiflerde esas sermaye yoktur. Değişir sermaye vardır. Değişir sermaye hakkında Bkz., **Tekinalp/Poroy/çamoğlu**, s. 830.

197 Karşı görüş, **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 436; **Çevik**, Kooperatif, s. 587; **Eriş/Ulusoy**, s. 670.

198 Bkz., **Kayar**, s. 92.

199 Bkz., bu yönde **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 436. Bkz., İBK., m. 903,I.

200 Bkz., **Eriş/Ulusoy**, yazarlar bilançonun düzenlendiği tarihteki öz sermaye, yedek akçeler ve müspet fiyat farkları toplamının aktiflerle karşılaştırılması yoluyla sermaye kaybının tespit edileceği kanısındadırlar. s. 670.

Ortakları ek ödemelerle yükümlü olan kooperâtiflerde, durumun Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na ve yapı kooperatiflerinde Bayındırlık (İmar) ve İskân Bakanlığına bildirilmesi. sadece bilançoda tespit edilen açığın üç ay içinde ortakların ek ödemeleriyle kapatılamaması hali için öngörülmüştür (KK., m. 63, II, c.3).[201]

Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatifte, 1/2 oranında sermaye kaybının tespiti halinde durumun derhal genel kurula bildirilmesi gerekir (KK.,m. 63.II, c.1). Anonim ortaklıklardan farklı olarak, kooperatiflerde ayrıca durum hakkında ilgili mahkemeye, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığı'na bilgi verileceği öngörülmüştür. (m. 63.II,c.2). Acaba maddede öngörülen "mahkemeye bildirim" neyi ifade etmektedir? 63. maddenin 3. fıkrasında ilk iki fıkrayı da kapsar şekilde iflâsın ertelenmesi düzenlendiğinden 1/2 oranında sermaye kaybı halinde de kural olarak iflâsın açılmasına karar verileceği sonucuna varılabilir. Nitekim öğretide bu görüş savunulmuştur.[202] Bu görüş kabul edilecek olursa, yasakoyucu niçin sermaye kaybı ve borca batıklığı birbirinden ayırmak gereğini duymuştur? Her iki durum için öngörülen hukuki sonuçların ufak nüanslarla birbirinden ayrıldığı görülmektedir. 2. fıkra sermaye kaybı halinde yasada öngörülen tedbirlerin uygulanmasını kooperatifte "pay senetleri" çıkarılması şartına bağlamıştır. Oysa kooperatiflerde anonim ortaklıklarda olduğu gibi kıymetli evrak niteliğinde hisse senedi çıkarılması mümkün değildir. Bununla kasdedilen ortaklık belgesidir.[203]

Kanımızca 1/2 oranında sermaye kaybı halinde iflâsın açılmasını öngörmeyi haklı gösterecek bir sebep yoktur. Öğretide daha çekinceli bir görüş, anılan hükümde mahkemenin durumun kendisine bildirilmesi halinde ne yapacağı açıkça belirtilmemesine rağmen belki dolaylı olarak bu durumun bir iflâs nedeni sayıldığının kabul edilebileceğini belirtmektedir.[204] Kooperatiflerde bu derece sermaye kaybı halinde daha ciddi tedbirlere ihtiyaç duyulması haklı görülebilir. Ancak bu tedbir iflâsın açılması olmamalıydı. Bunun yerine ortakların belli yönde karar almaları, örneğin açığın kapatılması yükümünün getirilmesi ve aksi takdirde kooperatifin feshedilmiş sayılacağı öngörülebilirdi. Kanımızca sermaye kaybı ve borca batıklık halinde öngörülen tedbirlerin derecesi konusundaki dengesizlik ancak şöyle bir yorumla giderilebilir: Mahkeme sermaye kaybı halinde ilke olarak iflâsın ertelenmesine karar vermelidir. İflâsın açılmasına karar verilebilmesi için ileride kooperatifin borca batık hale gireceği kuvvetle muhtemel görülmeli ve mali durumunun iyileştirilmesi şansı bulunmamalıdır. Borca batıklık halinde ise kural iflâsın açılması olmalı, ancak çok inandırıcı delillerle mali durumun iyileştirilebileceği ispat edilirse iflâsın ertelenmesine karar verilebilmelidir. Özetle borca batıklığın aksine, sermaye kaybı halinde iflâsın ertelenmesi kural, açılması istisna olmalıdır.[205]

---

201 Bu halde esasen durumun mahkemeye bildirilmesi ve iflâsın açılması gerekmez. Anılan Bakanlıklar yönetim kuruluna uyarıda bulunurlar. Bkz., Bkz., **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 437.

202 Bkz., **Kayar**, s. 96 vd.

203 Bkz., **Kayar**, s. 98.

204 Bkz., **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 437.

205 Benzer görüş ve yorumlar için Bkz., **Kayar**, yazar mahkemenin sermaye kaybı halinde iflâsın ertelenmesine karar vermekte daha esnek davranmasının yerinde olacağını belirtmektedir, s. 97.

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinden farklı olarak 2/3 oranındaki sermaye kaybı için özel hükümler getirilmemiştir.

Kooperatiflerin borca batıklığı halinde alınacak tedbirler de anonim ortaklıklara kıyasla oldukça farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu halde kural olarak kooperatifin iflâsına karar verilir (İİK., m. 179, KK., m. 63, III).[206] 63. maddenin 1. fıkrasına göre, kooperatifin aciz halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddî sebepler varsa, yönetim kurulu piyasada carî fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilançosu düzenler. Bu hüküm 324. maddeye paraleldir (Bkz., TTK. m. 324,II, c.1). Ancak 63. maddede son yılın bilançosu da borca batıklığın tespiti bakımından esas kabul edilmiştir. O halde yıllık bilançodan borca batıklık tespit edildikten sonra, aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bir bilanço borca batıklık göstermese, dolayısıyla ortaklığın tasfiyesi halinde alacaklıların tam olarak tatmin edilecekleri açık olsa bile gene de yasada öngörülen tedbirlerin alınması gerekecektir. [207] 1. fıkrada, borca batıklığın tespiti üzerine, durumun yönetim kurulu tarafından ilgili Bakanlık ve yapı kooperatiflerinde Bayındırlık ve iskân Bakanlığından başka genel kurula da derhal bildirileceği (genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılacağı) belirtilmektedir. Yani yönetim kurulu, borca batıklığı mahkemeye bildirmeden önce ortaklara da bilgi verecek, böylece onlara durumlarını bir kez daha görüşme imkânı sağlayacaktır.[208]

63. maddenin 3. ve son fıkrasına göre, malî durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde mahkeme yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine iflâsın açılmasını erteleyebilir. Bu takdirde, mahkeme mevcutlar (envanter) defterinin tutulması,[209] yönetim memuru[210] atanması gibi kooperatif varlığının korunmasına ve devamına yarayan tedbirleri alır.

Bu karmaşık hükmün en kısa zamanda değiştirilmesini tavsiye ederiz.

C- BANKALAR KANUNUNDAKİ ÖZEL DÜZENLEMELER

3282 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64. ve 65. maddelerinde, „mali bünyelerinin ciddi bir şekilde zayıflamakta olduğu tespit edilen" bankaların durumlarının düzeltilmesi için özel tedbirler alınması öngörülmüştür.

---

[206] İlginç olan nokta, borca batıklıkla ilgili 1. fıkrada durumun mahkemeye bildirilmesinden açıkça söz edilmemesidir. Ancak borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğü ve mahkemece iflâsa karar verileceği İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde açıkça belirtilmektedir. Ayrıca 63. maddenin son fıkrasında iflâsın ertelenmesi düzenlenmiştir.

[207] Bkz., **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, yazar maddenin lâfzına sadık kalmıştır, s. 436; Bir diğer görüşe göre yıllık bilanço sadece sermaye kaybının tespiti bakımından rol oynayabilir. Bkz., **Kayar**, yazar s.95.

[208] Bkz., **Çevik**, Kooperatif, s. 588. **Karayalçın** ise yönetim kurulunun ancak, olağanüstü genel kurul mali durumun düzeltilmesini sağlayan tedbirleri alamamış ise, mahkemeye başvurarak ortaklığın iflâsını istemesi gerektiğini belirtmektedir. Kooperatif alacaklısı veya Bakanlık da ancak bu şartlarda ortaklığın iflâsını yalep edebilir, Şirketler Hukuku, s. 437.

[209] "Mevcutlar defteri" ile kasdedilen "envanter defteri"dir. Bkz., Çevik, TTK., KK. m. 63, dipn. 2a.

[210] TTK., m. 324.II, c.6'da "yediemin"den söz edilmiştir. KK.'nun ifadesi daha doğrudur. Bkz., aşa. § 13, VIII, G, 1.

Öğretide belirtildiği gibi, söze konu maddeler "özel hüküm" niteliği taşıdıklarından mali durumu bozulan bankalar hakkında alınacak tedbirler (324. maddeye değil) bu maddelere tâbidir.[211] Ancak, bu maddelerin hangi hallerde uygulanacağı, daha açık bir ifadeyle mali bünyedeki ciddi zayıflama ile neyin kasdedildiği yeterince açık değildir. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi bu konuda bir yargıya varmak tamamen Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan'ın takdirindedir (Bkz., BanK., m. 64).[212] Ancak maddede öngörülen tedbirler aynı zamanda hükmün uygulama alanını belirlememize de yardımcı olmaktadır. 64. maddenin 1. fıkrasına göre (b. bendi), Bakan bankadan kâr dağıtılmamasını isteyebilir. Bu hükümden maddede, „mali bünyenin zayıflaması" olarak ifade edilen olgunun sermaye kaybı ile sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Aksi takdirde böyle bir hükme gerek kalmazdı. Çünkü, sermaye kaybı halinde esasen kâr dağıtılması mümkün değildir. O halde, denilebilir ki, Bankalar açısından özel tedbirler uygulanması için mali durumdaki bozulmanın sermaye kaybı derecesinde olması, ya da sermaye kaybının 324. maddede öngörülen düzeye ulaşması gerekmez.[213] Bakan tarafından mali durumdaki kötüye gidişin devam etmekte olduğu takdir edilirse daha önceki bir aşamada dahi özel tedbirlerin alınması banka yönetim kurulundan istenebilir.

64. maddenin 1. fıkrasına göre, denetlemeler sonucunda bir bankanın mali bünyesinin ciddi bir şekilde zayıflamakta olduğunun tespit edilmesi halinde, Bakan uygun bir süre vererek, banka yönetim kurulundan;

a) Sermayenin artırılmasını veya sermayenin ödenmeyen kısmının tahsilini veya sermaye benzeri kredi temin edilmesini,
b) Kâr dağıtılmamasını, tahsilinde tehlike görülen alacaklar için karşılık ayrılmasını,
c) Bir kısım şubelerin kapatılması, yeni personel alımının durdurulması veya sınırlandırılması suretiyle veya benzeri şekilde masrafların kısılmasını,
d) İştirak veya sabit değerlerin kısmen veya tamamen elden çıkarılmasını,
e) Risk doğurucu işlemlerden kaçınılmasını, kredilerin sınırlandırılmasını veya durdurulmasını, verimsiz veya donuk kredilerin takibiyle ilgili önlemlerin artırılmasını,
f) Mevzuata aykırı fiilleri ile banka mali bünyesini zayıflattığı tespit edilen personelin bankayı temsil yetkilerinin kaldırılmasını,
g) Genel kurulun toplantıya çağrılmasını,
h) Mali bünyenin güçlendirilmesi için gerekli görülecek diğer tedbirlerin alınmasını, isteyebilir. Aynı fıkraya göre Bakan, ortaklığın yönetim, müdürler ve denetim kurulu üyelerini görevden almaya, üye sayılarını arttırarak yeni üye atamaya

---

211 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.
212 Bkz., **Kyar**, s. 63; **Reisoğlu**, s. 690.
213 Bkz., **Kayar**, s. 63.**Tekinalp**, Banka Hukuku, s. 244.

vb. yetkili kılınmıştır.[214] Bakanın yetkileri sınırlı sayıda (tahdidi) değildir (b. "h").[215]

1. Fıkrada öngörülen bazı tedbirler 324. madde ile paraleldir. Örneğin Bakan, yönetim kurulundan genel kurulun toplantıya çağrılmasını isteyebilir (b."g"). Ancak bu halde yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağrı yükümlülüğü doğrudan doğruya yasadan değil, Bakanın isteminden kaynaklanmaktadır. Fakat bu düzenleme daha etkilidir. Çünkü bakan toplanacak genel kurulun gündemini de belirleyebilir.[216] Böylece gündemin belirlenmesi, aynı zamanda mali durumdaki bozulmadan sorumlu olabilecek yönetim kuruluna bırakılmamaktadır. Ayrıca Bakan'ın yönetim kurulundan sermayenin arttırılmasını isteyebileceği öngörülmüştür (b. „a").[217] Bu hüküm de 2/3 oranında sermaye kaybına ilişkin düzenlemeye benzemektedir. Fakat İkinci Bölümde belirteceğimiz gibi, sermaye kaybı hangi düzeyde olursa olsun öncelikle esas sermaye bilanço açığı (sermaye kaybı) ölçüsünde indirilmeksizin sermaye arttırımına karar verilemez.[218] Kanımızca bu kural Bankalar için de geçerli olmalıdır. Yani eğer mali durumdaki bozulma sermaye kaybı niteliğinde ise banka genel kurulu herşeyden önce sermaye kaybı oranında esas sermaye indirimine karar vermeli veya esas sermaye indirimi ile arttırımı eş zamanlı olarak gerçekleştirilmelidir. Bu fıkrada, bazı şubelerin kapatılması, bazı personelin temsil yetkilerinin geri alınması gibi işletme organizasyonuna ilişkin iyileştirme tedbirlerine de yer verilmiştir.[219]

64. maddenin 2. fıkrasına göre, Bakan, yukarıdaki tedbirlerin alınmasının istenilmesine bağlı olmaksızın bankanın yönetimini Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının da görüşünü alarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna tevdi etmeye veya banka hakkında 68'inci madde hükümlerinin uygulanmasını talep etmeye yetkilidir. 65. maddede bu fona ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Tedbirlerin sonuç vermemsi veya bankanın mali bünyesinin bu tedbirlerin uygulanması halinde dahi güçlendirilemeyecek derecede zayıflamış olduğunun tespiti halinde Bakan, 68. maddenin uygulanmasını Bakanlar Kurulu'na önerecektir Bakanlar Kurulu da, söze konu bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldıracaktır (Bkz., BanK., m. 68.I ve m. 12). Bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmasıyla birlikte iflâs talebinin kabul veya reddine kadar Banka aleyhindeki bütün icra takipleri durur ve yeni takip yapılamaz (BanK., m. 68. III)..Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ayrıca mahkemeden bu bankanın iflâsını ister (BanK., m..68.V). Fon, iflâs talebini İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yapar.[220]

---

214 Maddede 538 sayılı KHK. ile değişiklik yapılmadan önce bu tedbirlere yasanın öngördüğü sıra dahilinde başvurulabiliyordu. Eski hükümdeki bazı tedbirler kaldırılmış ve Bakan'ın hangi tedbirlere başvuracağı kendi takdirine bırakılmıştır. Bu konuda Bkz., **Reisoğlu**, 691; **Kayar**, s. 63.

215 Bkz., **Kayar**, s. 63.

216 Bkz., **Reisoğlu**, s. 693.

217 **Reisoğlu**'na göre bu tedbirin uygulanma şansı zayıftır, s. 692.

218 Bkz., aşa. § 7, IV, B, 2.

219 Bkz., yuk. § 4, III, A.

220 Bkz., **Y. 19. HD.**, 17.11.1995 tarih ve 8699/9853 sayılı Kararı, Kararın değerlendirmesi için Bkz., **Reisoğlu**, s. 756 vd.

Mali bünyesi zayıflayan bankalar hakkındaki özel tedbirlerin bankaya olan güvenin sarsılmaması için tam bir gizlilikle yürütüldüğü belirtilmektedir.[222] Gerçekten "aleniyetin" sağlanması, ortaklığın ilgi çevrelerinin çıkarlarının korunması bakımından çok önemli ise de, bunun mali durumun iyileştirilmesi çabalarına zarar vereceği açıktır. Aşağıda 324. madde açısından sorunun nasıl çözüme kavuşturulduğunu inceleyeceğiz.[223]

[222] Bkz., **Reisoğlu**, s. 691.
[223] Bkz., aşa. § 6, I, A.

İkinci Bölüm

SERMAYE KAYBININ HUKUKİ SONUÇLARI

§ 6 ESAS SERMAYENİN YARISI ORANINDA SERMAYE KAYBI

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin 1. fıkrası, maddenin 2. fıkrasına kıyasla öğretide daha az işlenmiştir. Alman ve İsviçre Hukukunda da durum aynıdır. Oysa mali durumdaki bozulmanın ilk aşamasıyla ilgili olan bu düzenleme açıklığa kavuşturulması gereken çok sayıda belirsizliği içermektedir.

Söze konu fıkra, 1/2 oranında sermaye kaybı halinde yönetim kuruluna birbiriyle bağlantılı iki ayrı yükümlülük yüklemiştir. Bulardan biri genel kurulu derhal toplantıya çağırmak, diğeri de genel kurulda 1/2 oranında sermaye kaybının varlığını pay sahiplerine bildirmektir.[1] Bu paragrafta öncelikle anılan yükümlülüklerin öngörülmesiyle güdülen amaç, yükümlülüklerin şartları inceleme konusu yapılacak, daha sonra konunun genel kurulda görüşülmesi ve alınması muhtemel mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler üzerinde durulacaktır.

I - KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN AMACI VE FONKSİYONLARI

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi malvarlığının korunması ilkesinin ve sabit esas sermaye sisteminin zorunlu bir sonucudur. Fakat, anılan hükmün iki fıkrası arasında bu ortak yön dışında belirgin amaç farklılıkları da vardır. Öğretide artık yerleşmiş olan görüşe göre, maddenin 1. fıkrasında öncelikle pay sahiplerinin korunması düşüncesiyle hareket edilmiştir.[2] Anılan fıkrada öngörülen düzenleme ortaklık içi hukuki ilişkiler doğurur. Bu ön belirlemeden sonra hükmün konuluş amacını (*Ratio legis*'ini) belirlemeye çalışalım.

---

1 Yönetim kuruluna yüklenen yükümlülüğün aslında bu şekilde iki kısımdan oluştuğu hakkında Bkz., **Hüffer**, § 92, N.1, s. 392.

2 Bkz.,**Arslanlı**, AŞ.I, s. 96; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 279; İsviçre Hukukunda aynı yönde **Bürgi**, OR. Art. 725, N.1, s. 704; **Brodmann**, HGB § 240, N. Ib; **Duss**, s.71, 80; **Duss**, Rangrücktritt, s. 7; **Koeferli**, s.80; **Lanz**, s.74; Alman Hukukunda **Hefehrmehl**, § 92, N.1, s. 260; **Godin/Wilhelmi**, § 92, N.1; **Hüffer**, § 92, N. 1, s. 392; **Kupsch**, s. 275; **Martens**, s. 256-257; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.3, s. 715; **Mertens**, Anwendbarkeit, s. 173; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N. 10, s.263; **Muser**, s. 29; **Schürer**, s. 97; Alman Federal Mahkemesi'nin 9.7.1070 tarihli Kararı, Karar için Bkz., **H. Henze**, s. 79 vd, burada s. 82-83. Bkz. ve Karş., **Egner/Wolff**, s. 100, dipn. 8.

A- PAY SAHİPLERİNİN SERMAYE KAYBI KONUSUNDA BİLGİLENDİRİLMESİ VE KAMUYU AYDINLATMA İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1/2 oranında sermaye kaybı halinde durumu genel kurula bildirme yükümlülüğünün öngörülmesiyle güdülen amaç, en başta ortaklığın gerçek sahipleri olan pay sahiplerinin mali durumdaki kötüye gidişten gecikmeksizin haberdar edilmeleridir. Yani bu düzenleme ortaklık içinde bir bakıma „Alarm Fonksiyonu" görmektedir.[3] Esasen yönetim kurulu önemli miktardaki öz kaynak kayıplarını yıllık raporunda bildirmelidir (Bkz., TTK., m. 327).[4] 1/2 oranında sermaye kaybı halinde ise yasakoyucu bildirim yükümlülüğünü açıkça öngörmek gereğini duymuş, ayrıca bildirim için iş yılı sonunun beklenmesini önlemek istemiştir.

Bu hükümle,başta alacaklılar olmak üzere üçüncü kişilere herhangi bir hak tanınmamıştır. O halde hukuki düzenlemenin amacı ilke olarak alacaklıların çıkarlarını korumak değildir.[5] Bir kere 1/2 oranında sermaye kaybı halinde mali durumdaki bozulma alacaklıların haklarını tehdit eder boyutta değildir. Gerçi sermaye kaybı sonucu alacaklıların haklarının biricik güvencesini oluşturan malvarlığı azalmış, böylece riziko yükselmiştir.[6] Ancak henüz ortaklığın malvarlığı alacaklıların haklarının tümünü karşılamaya yettiği gibi, esas sermayenin yarısı oranında ilave bir güvence de mevcuttur. Anonim ortaklığa ilişkin değerleme hükümleri dolayısıyla (Bkz., özellikle TTK., m. 460-461) çözülemeyen gizli yedek akçeler alacaklıların durumunu daha da güçlendirmektedir.[7] Hatta bildirim üzerine genel kurulda mali durumun iyileştirilmesine yönelik kararlar alınırsa alacaklıların çıkarları da korunmuş olur.[8] Sermaye kaybı büyük çapta olmadığından ortaklık borçlarını ödeyebildiği sürece alacaklılara herhangi bir müdahale hakkı tanınmasına gerek yoktur.[9] Sonuçta 324. maddenin 1. fıkrası ancak dolaylı olarak alacaklıların çıkarlarına hizmet eder.[10]

Oysa öz kaynaklardaki her azalma pay sahiplerinin çıkarıyla yakından ilgilidir. Bu gelişme sadece pay sahibinin kâr payı ve ileride ortaklığın sona ermesi durumunda tasfiye payı alma hakkını küçültmekle kalmaz, aynı zamanda payın fiili

---

3 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N.1, s. 704; **Druey**, s. 99; **Duss**, s.71; **Erem**, s. 134; **Koeferli**, s. 80; Bkz., **Kupsch**, s.275; **Lanz**, s. 74, 78; **Mertens**, Anwendbarkeit, s. 173; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.3,10; **Mejer-Landrot**, § 92, N. 4, s. 717; **Schucany**, OR. Art., 725, N.1, s. 166; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 279.

4 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 724, N. 20, s. 701.

5 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.1; **Koeferli**, s. 81; **Lanz**, s. 75.

6 Bkz., **Hirtz**, s. 7-8; **Kupsch**, s.274.

7 Bkz., **Kupsch**, s.275.

8 Bkz., **Lanz**, s. 75; **Ochsner**' e göre mali durumun iyileştirilmesiyle

9 Buna karşılık üçte iki oranında sermaye kaybı halinde malvarlığı durumu itibarıyla ortaklık bütün borçlarını ödeyebilecek durumda olmasına rağmen alacaklılara belli şartlarda fesih davası açma hakkı tanınmıştır Bkz., TTK., 436, ayrıca Bkz., aşa. § 7, VII, A.

10 Bkz., **Kupsch**, s.274; Alman Hukukunda APOK., § 92.I ile II. hükümleri arasında amaç birliği gören yazarlar sermaye kaybı halinde bildirim yükümlülüğünü öngören hükmü alacaklıların çıkarı bakımından da son derece önemli görmektedirler, Bkz., Bkz., **Hirtz**, s.34 vd.; **Muser**, s. 29 vd; **Zillas**, s. 446.

değerinin düşmesi sonucunu doğurur.[11] Payın borsa (piyasa) değeri de çok geçmeden bu olumsuz gelişmeden etkilenir.[12]

Burada karşımıza şu soru çıkmaktadır: Gerçi yasakoyucu alacaklılara ve üçüncü kişilere 1/2 oranında sermaye kaybı halinde duruma müdahale hakkı tanımamıştır. Fakat, acaba yasakoyucu, genel kurula bildirim yükümlülüğünü öngörmek suretiyle aynı zamanda durumun aleniyet kazanmasını, yani kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacını da gütmüş müdür? Alman öğretisindeki baskın görüşe göre durumun ilan yoluyla bildirilmesiyle ortaklığın mali durumunun aleniyet kazanması, kamunun aydınlatılması (*Publizität*[13]) amaçlanmamıştır. Aleniyet hükümde öngörülen bildirim yükümlülüğünün doğurduğu bir yan sonuçtur.[14] Bu görüşü hukukumuz açısından değerlendirelim: Toplantı yapılacağı ve toplantının gündemi Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'yle (TTK., m. 37) ve esas sözleşmede öngörülen şekilde ilân edileceğine (TTK., m. 368, 369,I), ayrıca gündemde 1/2 oranında sermaye kaybına yer verileceğine göre, durumun aleniyet kazanacağında kuşku yoktur. Sorun, bu aleniyetin yasakoyucunun 324. maddeyi öngörürken güttüğü amaçlardan biri olup olmadığı noktasındadır. Kanımızca, yukarıda anılan baskın görüş eleştiriye açıktır. Bir kere Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin tümü emredici hükümlerden oluşmaktadır. Bu durumda maddenin sadece mevcut pay sahiplerini değil, örneğin menkul değerler piyasasıyla ilgilenen gelecekteki pay sahiplerinin çıkarlarını da korumayı amaçladığı söylenebilir.[15] Aynı şekilde ortaklıkla ilişki içine giren diğer kişilerin (ilgi çevrelerinin)[16] ve genel olarak kamunun da sermaye kaybını öğrenmekte korunmaya değer çıkarları bulunabilir.[17] Özellikle Sermaye Piyasası Kanunu' na tâbi anonim ortaklıklar bakımından önem taşıyan kamunun aydınlatılması ilkesi, bilgilerin mümkün olduğu kadar erken ve geçerliliğinden bir şey kaybetmeden en uygun zamanda açıklanması gereğine işaret etmektedir.[18] O halde sermaye kaybının

---

11 Bu konularda Bkz., **Muser**, s. 31; **Schürer**, s. 97.

12 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 674.

13 İsviçre ve Alman Hukuklarında kavramı ifade için bu terim kullanılmaktadır. Türk Hukukunda bunun karşılığı olarak "Kamuyu Aldınlatma" terimi seçilmiştir. Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 15 vd.

14 Bkz., **Hüffer**, § 92. N.1. s. 392; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N. 10, s.263;**Müller**, s. 291; **BGH.**, NJW, 1979, s. 1830.; Karşı görüş, **Martens**, s. 271

15 Nitekim Bkz., **Martens**, yazar bildirim yükümlülüğünün öngörülmesiyle güdülen amacın herşeyden önce (Birinci planda) menkul değerler piyasasında ortaklığın mali durumuna aleniyet kazandırmak, böylece gelecekteki pay sahiplerinin çıkarlarını korumak olduğunu belirtmektedir, Yazar bu görüşünü ayrıca „Genel Kurul Toplantılarının Açıklığı (aleniyeti) ilkesi"ne (Bkz., APOK., § 121.III) dayandırmaktadır, s. 271; Ayrıca yazara göre APOK., § 92^de bilgi alma hakkı değil, bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiş, böylece ortaklığa ait bilgileri bu vesileyle öğrenebilecekler bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. s. 254 vd. Bu görüşün eleştirisi için Bkz., **Mertens**, Anwendbarkeit, s. 175; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.3,10; **Müller**, s. 194; Ayrıca Bkz., **Lanz**, s. 88.

16 Kamunun aydınlatılması ilkesi bakımından önem taşıyan bu ilgi çevreleri hakkında geniş bilgi için Bkz., **Brooks**, s. 50 vd.

17 Bkz., **Egner/Wolff**, yazarlar 1/2 oranında sermaye kaybına ilişkin APOK. § 92.I hükmünün ilke olarak pay sahiplerinin bilgi alma haklarının bir gereği olarak öngörüldüğünü belirtmekle birlikte, hükmün alacaklıları koruyucu işlevine özel önem vermektedirler.Buna göre durumun ilân sonucu aleniyet kazanması alacaklıların çıkarlarına da hizmet eder, s. 100, dipn.8.

18 Bkz., **Uman**, s. 21.

genel kurula bildirilmesi yükümlülüğünün kamuyu aydınlatma ilkesinin bir gereği, aleniyetin de hükmün doğrudan bir sonucu olduğu söylenebilir. Nitekim Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16/A maddesinde, Sermaye Piyasası Kurulu'na, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapma yetkisi tanınmıştır (f.1;Ayrıca Bkz., SerPK., m. 22,ç).

Bununla birlikte, aleniyetin mali durumu pek de umutsuz olmayan bir ortaklığa daha fazla zarar vereceği, yasakoyucunun ise öncelikle ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi kaygısıyla hareket ettiği de gözardı edilmemelidir. Dolayısıyla yasakoyucunun aslında aleniyeti arzulamadığı, ama bu konuda başka bir çözüm tarzı da bulamadığı ileri sürülebilir. Kanımızca asıl amaç ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi ise de,[19] durumun aleniyet kazanması, böylece ortaklıkla ilgili her kesimin çıkarlarının korunması fikri de hükmün özüne yabancı değildir.[20] 324. maddenin bir diğer amacı da malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde üçüncü kişilerin çıkarlarının korunmasıdır.[21] Bu amaç, maddenin 2. fıkrasında daha belirgin şekilde ortaya çıkmakta ise de, 1. fıkrada tamamen gözardı edildiğini söylemek mümkün değildir. Bu aşamada üçüncü kişilerin çıkarı sermaye kaybını öğrenmekten ibarettir. Kamuyu aydınlatma ilkesi günümüzde en az malvarlığının korunması ilkesi kadar önem taşımakta[22] ve bu iki ilke birbirini desteklemektedir.[23] Konu özellikle şu bakımdan pratik sonuç doğurur: Yönetim Kurulunun genel kurula bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi ortaklığın devamı süresince kural olarak üçüncü kişilere kişisel zararlarının tazmini için dava hakkı vermezse de, kanımızca ortaklık sonradan iflâs ettiğinde daha önce bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi yüzünden zarar gören ortaklık alacaklıları ve sonraki pay sahipleri bildirimin zamanında yapılmaması ve sonuçta ortaklığın iflâs etmesi dolayısıyla uğradıkları zararın giderilmesini isteyebilmelidirler.[24] Aşağıda da belirteceğimiz gibi, 1/2 oranında sermaye kaybı ister bildirim yapılsın, ister yapılmasın yönetim kurulunu daha fazla dikkat ve özen göstermeye zorlar.

Durumun pay sahiplerine bildirilmesi onlara sadece ortak sıfatıyla genel kurulda duruma müdahale etme imkânı vermekle kalmaz, aynı zamanda ortaklıktaki pay sahipliği sıfatları üzerinde değerlendirme yapma yolunu da açar. Başka bir deyişle yapılan bildirim pay sahiplerince, ellerinde bulunan ortaklığa ait hisse senet-

---

19 **Martens**'in görüşü ile Karş., yuk. dipn. 16.

20 Bkz., **Martens**, yazar bildirim yapılmasında sadece pay sahiplerinin değil, işçilerin, alacaklıların ve genel olarak kamunun çıkarı olduğuna değinmektedir, s. 271; Bu konuda aynı yönde, **Müller**, s. 195; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.3.

21 Bkz., yuk. Giriş, s. 1 ve 2.

22 Kamuyu Aydınlatma İlkesi hem pay sahiplerinin hem de ortaklığın diğer ilgi çevrelerinin çıkarlarının korunmasına hizmet etmektedir. Kamuyu Aydınlatma İlkesinin amaçları konusunda Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 13 vd.

23 Bu konuda Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 31.

24 Karş., **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.3,10; Borca batıklık nedeniyle ortaklığın iflâsı durumunda yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasının şartları hakkında Bkz., ayrıca aşa., § 11, VIII, A, 1.

lerini bir an önce elden çıkarıp çıkarmayacakları konusunda bir karar verilmesi bakımından da önemli rol oynar. [25] Payın devri sırasında tespit edilen bedelde malvarlığının „cevher değeri"nin ne derece etkili olduğu tartışılabilirse de[26], ortaklığın malvarlığı durumunda açıkça gözlenen olumsuz gelişmelerin bu konudaki rolü küçümsenemez. Halka açık anonim ortaklıklarda ortaklığın bilançosu her yıl ilân edildiği gibi (Bkz., SerPk., m. 16,V), 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğü dolaylı olarak mali durumdaki ciddi bozulmaya aleniyet kazandırmaktadır. Pay sahibinin çıkarıyla ortaklığın çıkarı arasında çelişki ortaya çıkması her zaman mümkündür. Pay sahibi kendi malvarlıksal çıkarının korunmasını ortaklık içinde değil ortaklık dışı ilişkilerde arayabilir. Payın sahibine sağladığı haklardan biri de „payın devri" hakkıdır. Kural olarak payın devri mümkündür (Fakat Bkz., TTK., m. 416). Sermaye kaybı halinde kısıtlı miktarda tasfiye payı alacağını hesap eden pay sahibi, bildirimin sonuçları daha payın piyasa fiyatına tam olarak yansımadan önce payını elden çıkarırsa belki çok daha fazla getiri elde edecektir.

B- MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİNE YÖNELİK TEDBİRLERİN GENEL KURULCA KARARA BAĞLANMASINA İMKÂN SAĞLAMAK

324. maddenin 1. fıkrasının yanıltıcı ifadesine rağmen yasaya böyle bir hüküm konulmasının en önemli nedenlerinden biri de pay sahiplerinin genel kurulda mali durumun iyileştirilmesine yönelik kararlar almalarına imkân sağlamaktır.[27] Çünkü mali durumun bozulması karşısında pay sahiplerinin ortak sıfatıyla etkili olabilecekleri başlıca organ genel kuruldur.[28] Yasakoyucu sermaye kaybı belirli bir düzeye ulaştıktan sonra ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında karar vermek yetkisini tamamen yönetim kuruluna bırakmayı uygun görmemiş, bu konuda yetki sınırları içinde genel kurula da söz hakkı tanımak istemiştir.[29] Yönetim kurulunun bu tedbirlere ilişkin olarak genel kurula öneride bulunmakla yükümlü olup olmadığı sorunu bu bakımdan önem taşımaz.[30] Olsa olsa yasal ifadenin amacı tam olarak karşılayıp karşılamadığı üzerinde durulabilir.[31] Nitekim

---

[25] **Koeferli**, s. 81; **Lanz**, s. 75, özellikle s.80.

[26] **Tekinalp**'e göre ortaklığın malvarlığı durumunun pratikte pay bedeli bakımından fazla rolü yoktur, Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 437.

[27] Türk öğretisinde bu yöndeki görüş için Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282, ayrıca Bkz., aşa. § 6, IV, E, 1, b. İsviçre Öğretisinde aynı yönde **Bürgi**, OR. Art. 725, N.1, s. 704; **Druey**, s.99; **Duss**, s.71; **Duss**, Rangrücktritt, s.7; **Koeferli**, s. 77; **Lanz**, s. 74 vd. Alman Hukukunda da hükmün amacının sadece pay sahiplerini haberdar etmek değil, aynı zamanda genel kurulca iyileştirme tedbirlerine yönelik kararlar alınmasına imkân sağlamak olduğu belirtilmektedir, **Brodmann**, § 240 HGB., N.16, s. 259; **Hüffer**, § 92, N.1, s. 392; Bkz., **Kupsch**, s.275; **Martens**, s. 256-257; **Mertens**, Anwendbarkeit, s. 173-174; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.3,10; **Mejer-Landrot**, § 92, N. 4, s. 717; **Schürer**, s. 98; **Trumpler**, s. 391.

[28] **Hüffer**, § 92, N. 1, s. 392.

[29] Bkz., **Koeferli**, s. 77 vd; **Trumpler**, s. 391.

[30] Bkz., **Lanz**, s. 76.

[31] Aşağıda yönetim kurulunun yükümlülüğünün kapsamı amaçsal yorum yöntemi ile belirlenmeye çalışılacaktır, Bkz., aşa. s. § 6, IV, E, 1.

İsviçre Borçlar Kanunu' nun 725.I. maddesinde yapılan değişiklikten önce hukuki düzenleme bizimki ile aynı olduğu halde, öğretide hükmün asıl amacının bu olduğuna işaret edilmekteydi.[32] 324. maddenin bir bütün olarak amacı yukarıda malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmişti. Hatırlanacağı gibi, bu düzenleme artık gerçekleşmiş olan mali durumdaki bozulmanın etkilerini hafifletmeye veya ortadan kaldırmaya yöneliktir. Yani önleyici değil ıslah edici bir fonksiyonu vardır. Mali durumda bozulma halinde ne kadar erken hareket edilir ve tedbir alınırsa iyileştirilme şansı da o kadar artar. Bu nedenledir ki, yasakoyucu daha esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması halinde, üstelik derhal genel kurulu toplantıya çağrı yükümlülüğünü öngörmüştür.[33] Esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması halinde kural ortaklığın yaşama yeteneğine sahip olması ve mali durumunun iyileştirilebilmesi, istisna ise ortaklığın sona ermesidir. Ortaklığın borca batıklığında asıl amaç alacaklıların çıkarlarının korunması olduğu halde, belli şartlarda mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin uygulanmasına imkân tanıyan yasakoyucunun 1/2 oranında sermaye kaybı halinde ilke olarak mali durumun iyileştirilebileceği düşüncesiyle hareket ettiği tartışmasızdır. O halde 1. fıkranın nihai amacı genel kurulca mali durumun iyileştirilmesine yönelik kararlar alınmasına imkân sağlamaktır. Amaç bu olmakla birlikte genel kurulun belli bir yönde karar alması emredilmiş değildir. Genel kurul iyileştirme tedbirleri konusunda karar verebileceği gibi ortaklığın feshine de karar verebilir. Genel kurul durumu olduğu gibi kabul de edebilir.

C- YÖNETİM KURULUNUN GENEL KURULCA KONTROLÜNÜ SAĞLAMAK

Durumun genel kurula bildirilmesiyle güdülen bir diğer amaç da, ortaklık yönetiminin genel kurul tarafından kontrol edilmesini sağlamaktır.[34] Sonuçta yönetim kurulu üyelerinin azli veya haklarında sorumluluk davası açılması gündeme gelebilir. O halde hükmün en önemli fonksiyonlarından biri ortaklık yönetiminin kontrolünü ve gerektiğinde sorumlu tutulmalarını sağlamaktır.

D- YÖNETİM KURULUNU ORTAKLIK YÖNETİMİNDE DAHA FAZLA DİKKAT VE ÖZENE YÖNELTMEK

Öte yandan hükmün amacı mali durumdaki kötüye gidiş hakkında sadece genel kurula değil, bizzat yönetim kuruluna uyarıda bulunmaktır. Yönetim kurulu esasen mali durumdaki gelişmeleri devamlı izlemek zorundadır. Ancak esas sermayenin yarısı oranında bir sermaye kaybı mevcutsa yönetim kurulunun mali durumu daha fazla dikkatle gözetmesi gerektiği belirtilmektedir.[35]

---

[32] Bkz., yuk. dipn. 28'de anılan İsviçre'li yazarlar.

[33] Bkz., **Koeferli**, s. 77.

[34] Bkz., **Lanz**, s. 76.

[35] Bkz., **Schmid**, s. 37; yazar genel kurula yapılacak bildirimin pratikte fazla bir değer taşımayacağını, yönetim kuruluna iyileştirme tedbirleri konusunda öneri sunma yükümlülüğü getirmeyen hükmün bu

II - OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN YASAL DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşletme ekonomisi bakımından Mali kriz (işletme krizi) kavramının 324. maddenin kenar başlığında sözü edilen „Mali Durumun Bozulması" kavramından daha geniş kapsamlı olduğunu belirtmiştik.[36] Nitekim İsviçre hukukunda öteden beri yasal düzenlemenin ekonomik gerçeklere uygun olup olmadığı sorgulanmıştır. Bu konudaki değerlendirmeler iki noktada toplanmaktaydı. Bunlardan birincisi, bildirim yükümlülüğünün şartlarına ilişkindi. Bu konuda öne sürülen görüşleri de ikiye ayırmak mümkündür. İlki, sermaye kaybı bakımından sadece esas sermaye rakamının kıstas alınmasına yöneltilen eleştirilerdir. Anonim ortaklıkların esas sermayeleri, zamanla malvarlıklarına oranla çok düşük kaldığından genel kurula bildirim yükümlülüğünü öngören hükmün fazla uygulama alanı bulamadığı ve böylece amacına ulaşamadığı belirtilmekteydi.[37] 1991 yılında yapılan değişiklikle yasal yedek akçeler ve katılma sermayesinin de hesaba katılması suretiyle hükümde düzenlenen mali kriz kavramının sınırları genişletilmiştir (İBK., m. 725.I, 656a,II). Bunun anlamı, Türk Ticaret Kanunu' nun 324.I. maddesine oranla İsviçre hukuku açısından bir ortaklığın daha erken bir tarihte genel kurulunu toplantıya çağırmak zorunda kalmasıdır. İsviçre hukukunda üzerinde durulan bir konu da, genel kurula bildirim yükümlülüğü açısından tamamen başka bir ölçütün esas alınıp alınmayacağı ile ilgilidir. Yapılan bir teklifle İsviçre Borçlar Kanunu' nun 725. maddesine şöyle bir üçüncü fıkra eklenmesi önerilmişti: „Başka nedenlerden dolayı anonim ortaklığın artık yaşama yeteneği bulunmadığı şüphesi varsa, yönetim kurulu aynı şekilde derhal genel kurulu toplantıya çağırmak ve bu durumdan haberdar etmek zorundadır."[38] Bu durumda gündemin zorunlu maddesi ortaklığın feshi veya devamı hususunda genel kurulun karar vermesi olacaktı. Ancak bu öneri yasalaşmamıştır.

Değerlendirmelerin yoğunluk kazandığı ikinci nokta mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler bakımından yönetim kurulunun genel kurula öneride bulunmasını öngören bir yasa hükmü getirilmesinin uygun olup olmayacağı sorunuydu. Bazı yazarlar yasanın bu konuda susmasını, yani yönetim kuruluna sadece durumu bildirme yükümlülüğünü öngörmesini „hayret verici" olarak nitelendirmekteydiler.[39] Bu durumda toplantıya çağrı gündeminde iyileştirme tedbirlerine yer verilmemişse ikinci bir toplantı yapılmasının kaçınılmaz olacağı, çünkü ancak bu toplantının gündeminde ilk genel kurulun talimatları doğrultusunda iyileştirmeye ilişkin gündem maddelerine yer verileceği belirtilmekteydi.[40] 1991 değişikliği ile bu konuya da a-

---

haliyle asıl yönetim kuruluna gerekli özeni sarfetmesi yönünde uyarı işlevi gördüğünü belirtmiştir, s. 37.Ayrıca Bkz., borca batıklık şüphesi dolayısıyla aşa. § 10, I, B.

36 Bkz., yuk. § 3, I.

37 Bu konuda Bkz., **Koeferli**, s. 77; Esas sermayenin kendisine yüklenen fonksiyonlar bakımından yetersiz kaldığı konusunda Bkz., **Ochsner**, s. 19.

38 Bkz., *Schweizerische Treuhand und Revisionskammer, Teilrevision*, s. 84.

39 Bkz., **Schmid**, s. 37.

40 Bkz., **Schmid**, s. 37.

çıklık getirilmiş, yönetim kurulu iyileştirme tedbirleri için genel kurula başvurmakla yükümlü kılınmıştır.

Bizdeki durum İsviçre Hukukunun 1991 değişikliğinden önceki haliyle aynı olduğu için bu eleştiri konuları hala gündemdedir. Kanımızca İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725.I maddesinde yapılan değişiklikler yerinde olmuştur. Bir yasa değişikliği ile, yönetim kurulunun mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında öneride bulunmakla yükümlü kılınması, konunun açıklığa kavuşması yönünden hukukumuz açısından da çok yararlı olacaktır. Sermaye kaybı bakımından sadece esas sermayenin ölçü alınması, belki bazı haklı gerekçelere dayandırılabilir. Örneğin ortaklığı kuran kişilerin esas sermaye miktarı kadar fedakârlıkta bulundukları, bundan fazlasını korumanın yasa koyucunun işi olmadığı söylenebilir. Kanımızca, böyle bir yaklaşımı günümüzün ekonomik gerçekleriyle bağdaştırmak güçtür. Öz kaynaklarını önemli ölçüde yitirmiş (örneğin 5 Trilyon TL.'lik öz kaynaklarının % 80'i tükenmiş), fakat çok düşük kalmış esas sermayesi (örneğin 50 Milyar TL.) henüz karşılıksız kalmamış olan bir anonim ortaklığın yönetim kurulu, yürürlükteki düzenleme karşısında durumu genel kurula bildirmekle yükümlü değildir. Yasal yedeklerin (ve katılma sermayesinin) de hesaba katılması fazla bir müdahalecilik olmayacaktır. Çünkü bu durumda dahi işletme ekonomisi anlamında kriz sayılan pek çok hal yasal yükümlülüğün kapsamı dışında kalacaktır.

Fakat belirtmek gerekir ki, halen esas sözleşmeye konacak bir hükümle bir ortaklık tarafından İsviçre hukukundaki çözümün benimsenmesine bir engel yoktur. Bu konuya yukarıda değinmiştik.[41]

III - DURUMUN TESPİTİ

A- GENEL OLARAK DURUMU TESPİT BİLANÇOSU

324. maddenin 1. fıkrasında 1/2 oranında sermaye kaybının „son yıllık bilançodan" tespit edileceği öngörülmüştür. Bilindiği gibi anonim ortaklığın yıllık bilançosu her yıl iş yılı sonunda yönetim kurulunca hazırlanır ve iş yılının bitiminden itibaren üç ay içinde toplanacak olan olağan genel kurula sunulur (Bkz., TTK., m. 364, I, 369, II, N. 2, ayrıca Bkz., m.362.I). Peki yönetim kurulu cereyan eden iş yılı içinde herhangi bir nedenle düzenlediği (ara) bilançodan[42] durumu tespit ettiğinde genel kurulu toplantıya çağırmayacak mıdır? Hatta daha da ileri gidilerek yönetim kurulunun sermaye kaybının 324. maddede öngörülen dereceye ulaştığını tahmin etmesi gereken hallerde bir bilanço düzenlemesi ve bu bilanço 1/2 oranında sermaye kaybı gösteriyorsa durumu derhal genel kurula bildirmesi gerektiği söylenemez mi?

---

[41] Bkz., yuk., § 5, IV, A, 2, a.

[42] Örneğin tahvil çıkarırken ortaklık aktiflerinin ödenmiş sermayeyi tam olarak karşıladığını belgelemek amacıyla (TTK., m. 422) düzenlenen ara bilanço sermaye kaybını gösterebilir, **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s.279.

Öğretide ilk soruya hemen hemen oybirliği ile olumlu cevap verilmektedir.[43] Buna göre, kural durumun son yıllık bilançodan tespit edilmesi ve olağan genel kurul toplantısında pay sahiplerinin bilgisine sunulmasıdır.[44] Fakat iş yılı içinde herhangi bir nedenle düzenlenen arabilanço esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığını gösteriyorsa yönetim kurulu iş yılı sonunun gelmesini bekleyemez. Genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırmak zorundadır.[45] Yani bu halde bildirim olağan genel kurula değil olağanüstü genel kurula yapılacaktır. 324. maddenin 1. fıkrasında yönetim kurulunun derhal toplanıp durumu genel kurula bildireceğinin öngörülmesi de bu görüşü doğrulamaktadır.[46] Yasakoyucunun amacı tespit edilen durumun derhal genel kurula bildirilmesidir.

İkinci soruya gelince; Kanımızca bu soruya sadece 324. madde çerçevesinde cevap vermek mümkün değildir. Çünkü 324. maddenin 1. fıkrasının ifadesi bu konuda açıklıktan uzaktır. Hükmü yorumlarken yönetim kurulunun görev ve sorumlulukları ile ilgili diğer hükümlerin de dikkate alınması gerekir. Yönetim kurulu ortaklığın yönetiminden ve hesaplarından sorumlu organdır (Bkz., özellikle TTK. m. 317, 320, 325). Bu nedenle yönetim kurulu, ortaklığın mali durumundaki her türlü gelişmeyi yakından izlemek durumundadır.[47] Sermaye kaybının ciddi boyutlara ulaştığı yönünde önemli şüphe nedenleri bulunması halinde gerektiğinde bir ara bilanço düzenlemek de anılan görevlerinin zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Özellikle 320. maddede öngörülen özen borcu yönetim kuruluna yasada açıkça öngörülmeyen yükümlülükler yükleyebilir.[48] Öğretide bu gerekçelerle yönetim kurulunun ciddi sermaye kaybı şüphesi halinde ara bilanço düzenlemekle yükümlü olduğu görüşü savunulmaktadır.[49] Yani yönetim kurulunun 324. maddenin 1. fıkrası çerçevesindeki

---

43 Bkz., **Arslanlı**, yazar bu konuda özellikle 324. maddenin 2. fıkrasını dayanak göstermektedir. Çünkü bu fıkrada düzenlenen durumlar bakımından ara bilanço açıkça bildirim yükümlülüğünün sebebi olarak öngörülmüştür. AŞ.I. s. 96 ve dipn. 58; **Böckli**, s. 891; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 4, s. 705; **Domaniç**, yazar bunu TTK., m. 320'de düzenlenen özen borcunun bir gereği olarak kabul etmektedir, AŞ., s. 538; **Duss**, s. 68; **Erem**, s. 134, dipn. 19; **von Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22; **Funk**, OR. Art., 725, N.1; **Koeferli**, s. 82; **Lanz**, yazar İBK.nun 725.I. maddesinde yıllık bilançonun sadece bir örnek olarak verildiğini belirtmektedir, s. 81; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.13; **Schucany**, OR. Art., 725, N.1, s. 166; **W. von Steiger**, OR. Art., 817, N.2; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281. Karşı görüş, **Çevik**, AŞ., yazar katı bir şekilde TTK., m. 324.I hükmünün lâfzına bağlı kalmaktadır, s. 524.

44 Bkz., özellikle **Lanz**, s. 81; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281.

45 Bkz., **Böckli**, yazara göre İBK. 725.I'de geçen derhal sözcüğü bunu ortaya koymaktadır s.891, ayrıca Bkz., s. 900 **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281; **Kayar**, s. 155.

46 İsviçre Hukukunda bu yöndeki gerekçe için Bkz., **Böckli**, s. 891-892.

47 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 4; **Domaniç**, AŞ. s. 513; **Koeferli**, s. 15, 82; **Lanz**, s. 81; **Mommendey**, s. 59; **Schmid**, s. 37. Ayrıca yönetim kurulunun gözetim görevi için Bkz., **Atan**, s. 117.

48 Bkz., **Hirtz**, yazara göre özen borcunun sonucu olarak ortaya çıkan bu yükümlülükler arasında yönetim kurulunun ortaklığın mali durumunu devamlı olarak izleyip negatif gelişmeleri derhal teşhis etme yükümlülüğü de bulunmaktadır, s. 10, Aynı yönde **Koeferli**, yazar mali durumdaki olumsuz gelişmelerin mümkün olduğu kadar erken bir tarihte teşhis edilmesinin ve mali durumu sürekli olarak gözetmenin özen borcudan kaynaklandığını vurgulamaktadır, s. 15.

49 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 96; **Böckli**, s. 892; **Bürgi**, OR. Art. 725, N.4,; **von Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22; **Koeferli**, s. 82; **Lanz**, yazar özellikle özen borcuna işaret etmektedir, s. 81, ayrıca Bkz., s.96;

yükümlülüklerinin başlangıcı, durumun bilançodan tespit edildiği an değildir. Sermaye kaybı konusunda şüphe nedenlerinin ortaya çıktığı andır. 324. maddenin 2. fıkrasında bu husus açıkça öngörüldüğü halde burada yönetim kurulunun görev ve yetkilerinden, özellikle özen borcundan hareketle aynı sonuca varılmaktadır.[50]

O halde yönetim kurulu, gerektiğinde iş yılı içinde ara bilançosu hazırlamak ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırmak zorundadır.

B- TESPİT BİLANÇOSUNUN TÂBİ OLDUĞU DEĞERLEME İLKELERİ

1- Genel Olarak Değerleme İlkeleri

Burada ele alacağımız konu sermaye kaybının hangi değerleme ilkelerine tabi bir bilançodan tespit edileceğidir. Gerçi Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde durumun „son yıllık bilançodan" tespit edileceği açıkça belirtilmiştir. Anonim ortaklığın yıllık bilançosunun tabi olduğu değerleme hükümleri de bellidir (TTK., m. 457 vd.). Fakat, durumun başka değerleme ilkelerine göre hazırlanmış bir ara bilançosundan tespiti halinde nasıl hareket edileceği sorusu gündeme gelebilir. Bu sorunun cevabı, büyük ölçüde değerleme bakımından yasanın getirdiği çözümün, hükümde öngörülen bildirim yükümlülüğünün amacı bakımından değerlendirilmesine bağlıdır. Bir bilançonun tabi olduğu değerleme ilkeleri o bilançonun amacı /fonksiyonu) ile uyumludur.[51] Anonim ortaklıkta değerleme ilkeleri bilançonun düzenlenmesiyle güdülen amaç bakımından iki ana gruba ayrılmaktadır:

a) Bunlardan birincisinde amaç, işletmenin ekonomik faaliyetini sürdürdüğü dönemde, belli bir iş yılı içindeki başarı durumunu ortaya koymaktır. Öncelikli konu, malvarlığının gerçek değeriyle tam olarak belirlenmesi değil, iş yılı sonucunun, yani iş yılı içinde elde edilen safi kârın veya uğranılan zararın diğer değer artışlarından veya eksilmelerinden bağımsız bir biçimde gösterilmesidir. [52] Bu tür bilançoya „Sonuç Açıklama Bilançosu" (*Erfolgermittlungsbilanz*) adı verilir.[53] Anonim ortaklığın

---

Tekinalp, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281. Karş. **Kayar**, yazar yönetim kurulunu gerektiğinde mali durumdaki kötüleşmeyi ortaya koymak için ara bilanço düzenlemekle yükümlü kılan herhangi bir hükmün bulunmadığını öne sürmektedir, s. 155, dipn. 110.Alman Hukukunda da eğer yönetim kurulu sermaye kaybı şüphesi üzerine gecikmeksizin bir ara bilançosu düzenleyebilirse, öncelikle bu yola gitmesinin özen borcunun bir gereği olduğu belirtilmektedir. Bu konuda Bkz., **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.2, s. 715; **Hirtz**, s. 10.

50 Bkz., **Böckli**, yazarın belirttiği gibi, borca batıklığı düzenleyen İBK. m. 725. II hükmüne kıyasen burada da „esas sermayenin yarısının kaybı hakkında ciddi şüphe nedenleri bulunması"ara bilanço düzenlenmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmelidir, s. 892.

51 Bkz., **Käfer**, s. 655 vd.; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 42; **Tekinalp**, Bilanço, s. ; **Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu**, s. 688;

52 Bu konuda Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 88 vd.; **Bürgi**, OR. Art., 705, N.6; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 41; **Lanz**, s. 44; **MentzeUKuhn/ Uhlenbruck**, KO., § 207, N..7; **Ochsner**, s. 44; **Pekcanıtez**, s. 32; **Tekinalp**, Bilanço, s. 67- 68, 83; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 688; von **Steiger**, s. 250- 251.

53 Bkz., bir önceki dipnotta anılan yazarlar. Ayrıca Bkz., ve Karş., **Käfer**, yazar bilançoların hem malvarlığı durumunu hem de başarıyı tespiti gerektiğini vurgulamaktadır. s. 657 vd.

yıllık bilançosu bu anlamda bir sonuç açıklama bilançosudur (TTK., m. 457 vd.).[54] Çünkü bu bilançonun amacı Türk Ticaret Kanunu'nun 455.I. maddesi anlamında safi kârın belirlenmesidir.

İşletmenin faaliyet dönemine ilişkin genel değerleme hükmü Türk Ticaret Kanunu'nun 75.II. maddesinde yer almaktadır. Buna göre bütün aktifler en çok bilanço gününde işletme bakımından haiz oldukları değer üzerinden bilançoya geçirilirler. Anılan hüküm işletmenin faaliyet döneminde değerleme bakımından en üst sınırı çizmektedir.[55] Hükümde öngörülen değerleme ölçüsü „işletme bakımından" haiz olunan değeri esas aldığı için subjektif niteliklidir.[56] Oysa anonim ortaklıklara ilişkin sabit esas sermaye sistemi ile malvarlığının korunması ilkesi, bu ortaklıkların yıllık bilançoları için objektif, emredici nitelikte ve öncelikle uygulanması gereken değerleme hükümlerinin öngörülmesine neden olmuştur (bkz., TTK. m. 457.II).[57] Aksi takdirde ortaklık işletmesinin başarısıyla ilgili bulunmayan birtakım değer artışları „Kâr" sayılacak ve böylece pay sahiplerine malvarlığından iade niteliğinde ödemeler yapılacaktı.[58]

Fakat iş yılı sonucunu açıklamayı amaç edinen bir bilanço ortaklığın gerçek malvarlığı durumunu yansıtmaz.[59] Özellikle en yüksek değer esasını (maliyet değeri) getiren değerleme hükümleri (TTK., m. 460, 461.I) aktiflerin bilanço günündeki değerlerinin çok altında bir değerle bilançoya geçirilmelerine yol açar. Üstelik gizli yedek akçe ayırmak suretiyle (TTK., m. 458) yasanın öngördüğü „maliyet değerinin" bile altına inmek mümkündür. Bu nedenle anonim ortaklığın bilançosu bakımından Açıklık ve Doğruluk İlkesi (TTK., m. 75), „aktiflerin değerinden fazla, pasiflerin olduğundan düşük gösterilmemesi" biçiminde anlaşılmaktadır.[60] Başka bir deyişle yıllık bilanço ortaklığın malvarlığı durumunu olduğundan daha iyi göstermemelidir.[61]

---

[54] Bkz., **Arslanlı**, AŞ., UV-V, s. 7; **Aytaç**, İbra, s. 88; **Bruppacher**, s. 22; **Bürgi**, OR. Art. 725, N.6; **Doğanay**, s. 840; **Eriş**, AŞ., s. 248, dipn. 1; **Gurke**, s. 47; **His**, OR. Art. 960, N. 15 vd; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 42 vd., s. 184; **Lanz**, s. 109; **Ochsner**, s. 44; **Pekcanıtez**, s. 32; von **Steiger**, s. 375; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 579; **Tekinalp**, Bilanço, s. 83; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 688; Alman Hukukunda aynı yönde **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.7.

[55] Bkz., **Arkan**, Ticari İşletme, s.294, dipn.3.

[56] İBK., m. 960.II; Bu hükmün değerlendirilmesi hakkında Bkz., **His**, OR. Art., 960, N. 22; **Käfer**, OR. Art., 960, N. 159 vd; Ayrıca Bkz., **Lanz**, s. 82,

[57] İBK., m. 960.III hükmü de anonim ortaklıklara ilişkin özel hükümlere yollama yapmaktadır, Bu konuda Bkz., **Koeferli**, s. 82; von **Steiger**, s. 251; **Bürgi**, OR. Art., 665, N.9; Bununla birlikte TTK., m. 75.II hükmü (İBK., m. 960.II) anonim ortaklıklar bakımından da değerlemede üst sınırı belirler Üst sınır hem anonim ortaklığa ilişkin özel hükümlerle, hem de bu genel hükümle çizilmiştir. Bkz., **Koeferli**, s. 83; **Lanz**, s. 82.

[58] Bkz., yuk., § 4, II, A.

[59] Bkz., **Arslanlı**, AŞ. IV-V, s. 10; **Dober**, s. 162; **Doğanay**, s. 840; **Egner/Wolff**, ayrıntılı gerekçelerle s. 102; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 99-102; **Ochsner**, yazar İsviçre' deki durumu verilere dayanarak açıklamaktadır, s. 20; von **Steiger**, s. 246; **Tekinalp**, Bilanço, s. 125 vd. Bkz., ve Karş., **Käfer**, s. 658 vd.

[60] Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 89 vd.; von **Steiger**, s. 246: **Karayalçın**, Muhasebe, s. 81; **Tekinalp**, Bilanço, s. 48; **Birsel**, Kâr Kavramı, s. 28 vd.

[61] Bkz., von **Steiger**, s. 246; **Birsel**, Kâr Kavramı, s. 28 vd.

Yıllık bilanço hazırlanması ortaklığın varlığını sürdürmesine bağlıdır. Ortaklık varlığını sürdürebilecek durumda ve iradesi bu yönde ise, bilanço başarıyı belirlemek amacını güden değerleme ilkelerine göre düzenlenir.[62] İsviçre ve Alman öğretisinde açıklanan nedenle böyle bir bilançodaki değerlere „İşletmenin Faaliyet Dönemi Değerleri" (*Fortführungswerte*) adı verilmektedir.[63]

b) İkinci grup değerleme ilkeleriyle güdülen amaç ise, ortaklığın gerçek malvarlığı durumunu belirlemektir (*Vermögensermittlung*).[64] Özellikle ortaklık alacaklılarının haklarının tam olarak karşılanıp karşılanamadığını belirlemek bakımından malvarlığının parasal olarak gerçek miktarını bulmak gerekir.[65] Malvarlığının takyitleri olan borçlar -nakit dışında- kural olarak aktiflerin paraya çevrilmesi yoluyla ödenirler. O halde bu amaçla yapılacak değerlemede ilke aktiflerin bilanço günündeki gerçek piyasa değerlerini (*Veräusserungswerte*) saptamaktır.[66]

Ortaklık tasfiye aşamasına girdiği veya yaşama yeteneği kalmadığı zaman faaliyet dönemi değeri (*Fortführungswert*) artık bir yana bırakılır, gerçek değerler üzerinden bilanço düzenlenir (TTK., m. 444). Çünkü amaç tasfiye sırasında hukuki bağların nasıl çözüleceğini, borçların ne ölçüde karşılanabileceğini ortaya koymaktır.[67]

Ortaklık tasfiye aşamasına girmeden önce de malvarlığının gerçek miktarını belirlemek zorunluluğu doğabilir. Borca batıklık şüphesi üzerine düzenlenen bilanço (TTK., m.324.II) bu anlamda bir malvarlığını tespit bilançosudur.[68] Gerçi bu aşamada henüz ortaklığın işletme konusu içinde (TTK., m.271) kâr elde etmek amacı (maksadı) değişmemiştir. Fakat ortaklığın malvarlığının tam olarak borçları karşılayıp karşılamadığı şüphesi doğmuştur. Bu nedenle gerçek durumu ortaya koymak için aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço düzenlemek gerekmektedir.

Yıllık bilançoya ilişkin değerleme ilkelerinin uygulanmasında kural işletmenin faaliyetine devam etmesi, hedef de ortaklığın başarı durumunu belirlemek olduğundan, 324. maddenin 1. fıkrasında bu ilkelerin esas kabul edilmesi genel kurula bildirim yükümlülüğünün amacına uygun düşmektedir.[69] Gerçekten bu aşamada ortaklığın varlığı ve alacaklıların hakları tehlike içinde değildir. O halde malvarlığının gerçekte borçları karşılamaya yetip yetmediği üzerinde durmanın bir anlamı yoktur. Asıl olan mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirleri uygulamaktır. Bu konuda

---

62 Bkz., **His**, OR. Art., 960, N. 27; **Käfer**, OR. Art., 959, N. 452; *Fachmitteilungen*, N.3, s.2.

63 Bkz., **Böckli**, s. 892; **Bürgi**, OR. Art., 705, N.6, 725, ; **Koeferli**, s. 82; **Lanz**, s. 82; **Roth**, s. 207; **BGE**, 75.I. 22; *Fachmitteilungen*, N.3, s.2.

64 Bkz., aşa., § 10, II, A.

65 Malvarlığını bilançoda görünen ve gerçek (özel hukuk) anlamında malvarlığı şeklinde ayırmamızın nedeni en başta değerleme ilkelerindeki bu farklılığa dayanır.

66 Bkz., aşa., § 10, III, A.

67 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 795, N.6; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 24; **Helbling**, Bewertungsprobleme, s.82 vd; **His**, OR. Art., 960, N. 15; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 41; *Fachmitteilungen*, N.3, s.2.

68 Bkz., aşa., § 10, II, A. Kişi ortaklıklarında, örneğin kollektif ortaklıkta ayrılma payı belirlenirken düzenlenen bilanço da aynı değerleme ilkelerine tabidir, Bkz., **Guhl/Merz/Kummer**, s. 588.

69 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 705, N.7; von **Greyerz**, s. 21; **Baumbach/Hueck**, § 92, N.3; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.7; **Koeferli**, s. 82 vd; **Lanz**, s. 83; Nitekim APOK., §92. I. ve II. hükümlerinde, öngörülen durumların tespiti bakımından geçerli olan değerleme ilkeleri arasındaki fark bizdeki kadar açık olmadığı halde öğretideki baskın görüş aynı sonuca varmaktadır. Bkz., yuk. § 5, I, B.

sağlıklı bir sonuca varabilmek için ise öncelikle şimdiye kadarki bilançolara yansıyan başarı durumunun gözden geçirilmesi gerekir.[70]

2- Ara Bilançosunun Tabi Olduğu Değerleme İlkeleri

324. maddenin 1. fıkrasında sözü edilen „yıllık bilanço"nun sadece yılsonu bilançosu anlamına gelmeyeceğini, yönetim kurulunun gerektiğinde bir ara bilançosu düzenleyerek sermaye kaybı şüphesinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını araştırmak zorunda olduğunu belirtmiştik.

Peki maddede geçen „yıllık bilanço" ifadesinin başka bir rolü yok mudur? Biraz önce açıkladığımız gibi, yıllık bilançonun özellikle değerleme esaslarına işaret eden başka bir boyutu daha vardır. Anonim ortaklığın yıllık bilançosu başta değerleme ilkeleri olmak üzere Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir /TTK., m. 457 vd.). Fakat bu hükümler sadece iş yılı sonunda hazırlanan „yılsonu bilançosu"na uygulanmazlar. İş yılı içinde herhangi bir nedenle hazırlanan ara bilançoları da kural olarak bu hükümlere tabidirler. Örneğin tahvil ihraç edilirken aktiflerin ödenmiş sermayeyi karşıladığını belgelemek için çıkarılan bilanço hakkında bu değerleme hükümleri uygulanır.[71] İstisnai olarak bazı ara bilançolar için başka değerleme ilkeleri öngörülmüş olabilir. Bu istisnalardan biri de, 324. maddenin 2. fıkrasında öngörülen bilançodur. Fakat, yıllık bilançoya ilişkin hükümlere istisna oluşturan bu „özel bilançoların" ortak özelliği, bunları düzenleme zorunluluğunun mutlaka açık bir yasa hükmüne dayanmasıdır. O halde ayrık bir hüküm bulunmadığına göre, 324. maddenin 1. fıkrasındaki durumu tespit için düzenlenecek bir ara bilanço da anonim ortaklığın yıllık bilançosuna ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Hükümde yıllık bilançodan söz edilmesi bu bakımdan önemlidir.[72]

Bu nedenle durumun tespitine esas oluşturacak bir ara bilançosunun da yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümlerine tabi olması gerekir.[73] Maddede geçen „son yıllık bilanço" ile kasdedilen aslında -Türk öğretisinde çok güzel bir şekilde ifade edildiği gibi- „yıllık bilanço esaslarına göre çıkarılmış son bilanço"dur.[74]

Burada karşımıza şu önemli soru çıkmaktadır: Aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bir bilanço 1/2 oranında sermaye kaybının tespiti ve bildirim yükümlülüğü bakımından herhangi bir şekilde rol oynayabilir mi?

Sorun şu iki husus bakımından önem taşımaktadır: İlk önce, aktiflerin satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilanço yıllık bilançonun aksine 1/2 oranında sermaye kaybının mevcut olmadığını, hatta esas sermayenin aktiflerle tamamen karşılandığını

---

70 İBK.'nun 725.II. maddesi gereğince borca batıklık şüphesi halinde dahi hem yıllık bilanço esaslarına, hem de aktiflerin satış fiyatlarına göre bir bilanço düzenlemek gerekmektedir. Bunun gerekçesi, yıllık bilanço borca batıklık göstermiyorsa ortaklığın varlığını sürdürebileceğine, mali durumun da iyileştirilebileceğine inanılmasıdır, Bkz., yuk. § 5, II, D, 1.

71 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 42; **Tekinalp**, Tahvil Çıkarılması, s. s. 457.

72 Nitekim değerleme konusunda görüş ayrılıkları ortaya çıkan Alman öğretisinde APOK., § 92.I'de yıllık bilançoya atıfta bulunulmasına özel bir önem verilmiştir, Bkz., yuk. § 5, I, B.

73 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.7.

74 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281.

gösteriyorsa, yönetim kurulu gene de 324. maddenin 1. fıkrası uyarınca genel kurula bildirimde bulunmak zorunda mıdır? Öğretide yönetim kurulunun böyle bir durumda bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınamayacağı belirtilmektedir.[75] Hükmün amacına uygun olarak yorumlanması bu görüşü haklı kılar. Yıllık bilanço 1/2 oranında sermaye kaybının varlığını gösteriyorsa ortaklık kârlı ve verimli çalışmıyor demektir. Satış fiyatları esas alınarak hazırlanan bilançonun malvarlığı konularının spekülatif olarak değer kazanması yüzünden durumu olduğundan daha iyi göstermesi de bu gerçeği değiştirmez,[76] Bu durumda alacaklılar bakımından henüz bir tehlike bulunmadığı söylenebilirse yasal düzenlemenin asıl amacı pay sahiplerinin ortaklığın devamındaki çıkarlarının korunmasıdır. Yasakoyucu bütün bu nedenlerle açıkça yıllık bilançoya ilişkin değerleme ilkelerine atıfta bulunmuştur. Hükmün emredici niteliği karşısında bildirim yükümlülüğünün kapsamının daraltılması mümkün değildir.[77]

Diğer husus da şudur: Yukarıdaki durumun tam tersi olarak, yıllık bilanço 1/2 oranında sermaye kaybı göstermediği halde, aktiflerin satış fiyatlarını esas alan bir bilanço bu sonucu veriyorsa genel kurula bildirimde bulunmak gerekir mi? İlk bakışta, 324. maddenin 1. fıkrasında sadece yıllık bilançoya ve dolayısıyla bu bilançonun tabi olduğu değerleme hükümlerine işaret edildiği, bu nedenle başka bir değerleme yönteminin gözönüne alınamayacağı sonucuna varılabilirse de, kanımızca bu konuda fazla acele edilmemelidir. Yıllık bilanço esaslarının, satış fiyatları veya tasfiye değerleri lehine terkedilmesi şu hallerde söz konusu olur:

Ortaklık kendi iradesiyle fesih kararı almışsa tasfiye aşamasına girilir ve tasfiye açılış bilançosu düzenlenir (TTK., m. 444.I). Bu bilançoda aktifler satış fiyatlarına göre değerlendirilir.[78] Fakat tasfiye haline girmiş bir ortaklıkta 324. maddenin 1. fıkrasının uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.[79]

Bunun yanısıra, ortaklık faaliyetine devam ederken de çeşitli nedenlerle satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço hazırlanabilir. Bazan sadece kredi almak için böyle bir bilançoya ihtiyaç duyulabileceği gibi.[80] bir yasa hükmü de bunu zorunlu kılabilir (TTK., m. 324.II, c.1).

İşte bu gibi durumlarda aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bir bilanço 1/2 oranında sermaye kaybı gösteriyorsa, kanımızca yönetim kurulu gene genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırmalıdır.[81] Çünkü böyle bir durumda,

---

75 Bkz., **Berler**, s. 259; **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 7;

76 Bu konularda Bkz., **Kupsch**, s. 275 vd.

77 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 7; Ayrıca Bkz., aşa. § 7, V, D; § 11, IV, A.

78 Bkz., aşa. Üçüncü Bölüm, § 10, II, A, 2, b.

79 Bkz., aşa. § 6, IV, B, 2.

80 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 42.

81 Bkz., aynı yönde **Lanz**, s. 85 vd. **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 194; Karş., **Tekinalp**, yazara göre aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoda malvarlığının esas sermayenin üçte birinden fazla olduğu tespit edilirse (yani esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalmadığı anlaşılırsa) ortaklık organlarına düşen herhangi bir yükümlülük yoktur. Bkz., **Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu**, s. 722.Yazar bu görüşünü 324. maddenin 2. fıkrası dolayısıyla açıklamakta ise de; kullanılan ifade satış fiyatlarına göre düzenlenen bir bilançodan 1/2 oranında sermaye kaybının belirlenmesi halinde yönetim kurulunun ge-

ortaklığın malvarlığı yapısında sonuçları henüz su yüzüne çıkmamış olan bir bozulma süreci başlamıştır. Satış fiyatlarının defter değerlerinin altına inmesi, ortaklığın hiçbir gizli yedek akçesinin kalmadığı, yatırım malvarlığının demode olduğu anlamına gelmektedir. Öyle ise ortaklığın başarı durumunda kötüleşme kapıda demektir.

IV - GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A- YÜKÜMLÜLÜĞÜN ŞARTLARI

1- Sermaye Kaybı

Acaba 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğü bakımından gizli yedek akçelerin de hesaba katıldığı gerçek (maddi) bir sermaye kaybı mı, yoksa bilançoda görünen (gerçek olmayan, şekli) sermaye kaybı mı esas alınmıştır?

Bir görüşe göre, bilançoda görünen zarar sayısal olarak esas sermayenin yarısını aşmasına rağmen,eğer bu zararı açık veya „gizli" yedek akçelerle kapatmak "imkânı" varsa genel kurula durumun bildirilmesine gerek yoktur.[82] Bu görüşte olan yazarlar, henüz çözülmedikleri için bilançoda görünmeyen gizli yedek akçeleri de dikkate almaktadırlar. Yukarıda „Gerçek ve Gerçek olmayan sermaye kaybı" ayırımının özellikle gizli yedek akçeler bakımından önem taşıdığını belirtmiştik.[83] Anlaşılacağı gibi anılan görüş bildirim yükümlülüğü bakımından gerçek sermaye kaybını esas almaktadır.[84] Bildirim yükümlülüğünün doğup doğmadığı defter kayıtlarına uygun olarak düzenlenen yılsonu veya ara bilançosundan (dış bilanço, *externe Bilanz*) değil, gizli yedek akçelerle öz kaynak kalemleri yükseltilen, fakat yönetim kurulunun bilgisi dışına çıkmayan bilançodan (iç bilanço, *interne Bilanz*) [85] tespit edilmektedir.

Bu görüş, 324. maddenin 1. fıkrasının ne lâfzına ne de amacına uygundur. Maddede „son yıllık bilançodan" söz edilmektedir. Yıllık bilanço her yıl iş yılı sonunda yapılacak genel kurul toplantısından 15 gün önce pay sahiplerinin incelemesine sunulur (TTK., m. 362.I). Normal olarak pay sahipleri ortaklığın mali durumunu yıllık bilançodan öğrenirler.[86] Gerçi durumun bir ara bilançosundan tespiti halinde de bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Fakat bu bilançonun da kural olarak yıllık bilanço hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştik. Gizli yedek akçeler ise bilançoda

---

nel kurulu toplantıya çağırmakla ve durumu bildirmekle yükümlü olmadığı sonucunun çıkmasına yol açmaktadır

82 Bkz., **Berler**, s. 258; **Bürgi**, OR. Art. 725, N.5; **Duss**, s. 68; Alman Hukukunda, **Baumbach-Hueck**, § 92, N.3; **Godin/Wilhelmi**, § 92, N.5; **BGH.**'un 9.10.1958 tarihli kararı. BB.,1958/182, Ancak bu karardaki görüş açık değildir. Eleştirisi hakkında Bkz., **Zillas**, s. 446;

83 Bkz., yuk. § 3, II, D.

84 Açık ifade için Bkz., **Duss**, s. 68. Görüşün taraftarlarınca bilançoda görünen bir sermaye kaybı ciddi bir kriz durumu olarak kabul edilmemektedir.

85 İç ve dış bilanço terimleri için Bkz., **Lanz**, s. 88.

86 Bkz., **Lanz**, s.88.

görülmeyen, bu nedenle genel kurulun denetimi dışında kalan (pay sahiplerinin bilgi sahibi olmadıkları) yedek akçelerdir.[87] Öte yandan bu görüş bildirimin gereksiz yere gecikmesine neden olacağından hükmün amacına da aykırı düşer.[88] Bir bilançodaki sermaye kaybını gören, ya da mali durumdan ciddi olarak şüphelenen denetçilerin konunun taşıdığı önem dolayısıyla genel kurulu olağanüstü toplantıya çağıracakları (TTK., m. 355),[89] bu durumda yönetim kurulunun gerçek malvarlığı durumunu açıklamak zorunda kalacağı söylenebilirse de, bu görüş kabul edilirse her halde yönetim kurulunun yükümlülüğe uygun hareket edip etmediğinin denetimi güçleşir.[90] Bu görüşün tek bir olumlu yanından söz edilebilir. O da, durumun aleniyet kazanmasından doğabilecek olumsuz sonuçların bir ölçüde giderilebilmesidir.[91] Fakat, bildirimin geciktirilmesi yüzünden genel kurul kararına ihtiyaç gösteren mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerini zamanında hayata geçirmek mümkün olmaz. Bu nedenle durum daha da vahim bir hal alabilir. Oysa yasakoyucu yıllık bilançodan sermaye kaybının anlaşılması halinde gerekli tedbirlerin alınmasını genel kurula bırakmak istemiştir.[92]

Artık gittikçe yaygınlaşan görüşe göre ise, gizli yedek akçeler ister teknik anlamda olsun (TTK., m. 458) ister kendiliğinden oluşan türde olsun çözülmedikleri, yani fiilen bilançoda herhangi bir şekilde yer almadıkları sürece, 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğü bakımından dikkate alınmazlar.[93] Bilanço gününde bir amortismana tabi aktifin değeri maliyet değerini aşıyorsa ya yeniden değerleme yapılması veya bu malın satılması (realize edilmesi) gerekir.[94] Teknik anlamda gizli yedek akçe de ancak çözülmüşse bir anlam ifade eder. Yönetim kurulu hazırlamış olduğu -defter kayıtlarına uygun bilanço- sermayenin !/2 oranında yitirildiğini gösteriyorsa bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınamaz. Yasa hükmünde sadece „bilanço" esas alınmıştır, yoksa bilanço dışı unsurlar değil. Yönetim kurulu körü körüne -tam miktarını kendisinin dahi bilmediği gizli yedek akçelerin çözülmesi imkânını bildirimden kaçınmanın mazereti olarak gösteremez..[95] Gizli yedek akçelerin miktarı ne kadar yüksek olursa olsun sonuç değişmez. Bunlar sadece ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi imkânları bakımından rol oyna-

---

87 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 124.

88 Bkz., **Lanz**, s. 88.

89 Bilerek ve isteyerek ayrılan yedek akçelerin esasen denetçilere bildirilmesi zorunludur, TTK., m.458.II. Denetçiler yönetim kurulunca kanuni yetkilerin dışına çıkılması halinde gizli yedek akçelerin durumunu pay sahiplerine bildirmeye yetkilidirler, Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 124.

90 Bkz., **Schultz**, s. 94-95.

91 Bkz., **Lanz**, s. 88.

92 Anılan görüşün bu gerekçeyle eleştirisi için Bkz., **Kupsch**, s. 275; **Lanz**, s. 88.

93 Bkz., **Böckli**, s. 892; von **Greyerz**, sermaye kaybı tespit edilirken sadece açık yedek akçelerin dikkate alınacağını belirtmektedir, Kapitalverlust, s. 20; **Koeferli**, s. 64,77; **Lanz**, s. 88 vd; Ayrıca Bkz., *Fachmitteilungen*, N.3, s. s.4; Alman hukukunda baskın görüş budur, Bkz., **Mejer-Landrot**, yazar gizli yedek akçelerin APOK.'un (mülga), § 153 vd. daki değerleme hükümleri çerçevesinde fiilen çözülmesi halinde dikkate alınabileceğini belirtmektedir, Großkomm., § 92, N.3, s. 715.; Aynı yönde **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 6. **Kupsch**, s. 273 vd;; **Zillas**, s. 446.

94 Bkz., **Böckli**, s. 892; ayrıca Bkz., yuk. § 5, II, B.

95 Bkz., **Lanz**, s. 88.

yabilirler.[96] Ayrıca özellikle en yüksek değerleme sınırlarını öngören yasa hükümleri dolayısıyla (TTK., m. 460, 461) çözülemeyen gizli yedek akçeler de alacaklıların çıkarları bakımından yeterli güvence oluşturduğundan bildirimin zamanında yapılması ortaklığın kredi itibarını sanıldığı kadar zedelemez.[97]

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre[98], bildirim yükümlülüğü açısından bilançoda görünen (gayrihakiki) sermaye kaybı esas oluşturmaktadır.[99] Sadece açık yedek akçeler -diğer öz kaynak kalemleri gibi-, ister fiilen zararı kapatmak için kullanılsınlar, ister pasif tarafta olduğu gibi bırakılsınlar sermaye kaybının tespiti sırasında hesaba katılırlar. Buna karşılık, gizli yedek akçelerle sermaye kaybını kapatma imkânının bulunması yeterli değildir. Yönetim kurulu ancak gizli yedek akçeleri çözerek bildirim yükümlülüğünden kurtulabilir.[100]

İsviçre Borçlar Kanunu' nun değişik 670.I. maddesinde yönetim kuruluna sermaye kaybını gidermek, böylece genel kurula bildirim yükümlülüğünden kurtulmak için yeniden değerleme yapma imkânı açıkça tanınmıştır.[101] Yapılan bu son değişiklikten sonra artık genel kurula bildirim yükümlülüğü bakımından bilançoda görünen sermaye kaybının esas oluşturduğunun kesinlik kazandığı belirtilmektedir.[102] Çünkü hükmün karşıt kavramından gizli yedek akçelerin çözülmedikçe bildirim yükümlülüğü bakımından dikkate alınmayacakları açıkça anlaşılmaktadır. Hukukumuzda da ilke olarak yeniden değerleme yolu ile sermaye kaybını gidermek imkânı mevcuttur: İsviçre'deki değişiklikle konuya açıklık getirilmesinin nedeni yeniden değerleme yapmak imkânını 1/2 oranında sermaye kaybı hali ile sınırlı olarak yönetim kuruluna tanımaktır.[103] Bizde ise yeniden değerleme imkânı bu durumla sınırlı değildir (Bkz., VUK., m. 298 mükerrer).[104] Yasanın öngördüğü sınırlar içinde yeniden değerleme yoluyla kendiliğinden oluşan gizli yedek akçeler yıllık bilançoya yansıtıldıklarına göre,[105] genel kurula bildirim yükümlülüğünün şartları yönünden bilançonun yeniden değerlemeden sonraki halinin esas alınacağında tereddüt etmemek gerekir.[106] Bildirimin bir sonucu da ortaklığın mali durumunun aleniyet kazanmasıdır. Bazı aktiflerin işletme değeri (TTK., m. 75) maliyet değerinin çok üstündeyse ortak-

---

96 Bkz., **Böckli**, s. 892

97 Bkz., Bkz., **Kupsch**, s. 275; **Lanz**, s. 89; İstikrarlı kâr dağıtımını amaçlayan teknik anlamda gizli yedek akçelerin ortaklığın kredi itibarına katkısı hakkında ayrıca Bkz., **Schulthess**, 148; Ayrıca Bkz., von **Steiger**, s. 246.

98 Vardığımız bu sonuç, sermaye kaybı açısından neden hukuki anlamda malvarlığı (ya da net malvarlığı) nı değil de öz kaynakları esas aldığımızı ortaya koymaktadır. Bkz., yuk., § 3, II, A ve B.

99 Bkz., **Lanz**, s. 88.

100 Bkz., **Lanz**, s. 91.

101 Bkz., yuk. § 3, II, B, 2, b; § 5, II, B.

102 Bkz., **Böckli**, s. 892; **Koeferli**, s. 89.

103 Bkz., yuk., § 5, II, C.

104 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 185 vd.

105 Her hesap dönemi için geçerli yeniden değerleme oranı her yıl Maliye Bakanlığı'nca Aralık ayı içinde Resmi Gazetede ilân edilir.

106 Fakat hesap dönemi içinde yeniden değerleme yapılması mümkün olmadığından (VUK., m. 298 mükerrer, N. 12) sermaye kaybı şüphesi üzerine düzenlenen ara bilançosunda görülen sermaye kaybını bu yolla gidermek imkânı yoktur.

lığın yaşama yeteneği esasen tehlike içinde değildir. Bu nedenle gereksiz yere duruma aleniyet kazandırmanın bir anlamı yoktur.[107] Kaldı ki yönetim kurulu derhal sermaye kaybını giderebiliyorsa, genel kurula bildirimde bulunulmaması kural olarak bir zarara, dolayısıyla sorumluluğa yol açmaz.[108] Gerçi gizli yedek akçelerin çözülmesi salt bilançosal bir tedbirdir.[109] Bu işlemle ortaklığın malvarlığında reel bir artış gerçekleşmediği gibi, nominal değer artışının işletmenin faaliyetiyle (başarısıyla) da bir ilgisi yoktur.[110]Bu nedenle değeri yükseltilen miktar çok büyükse ve buna rağmen ortaklığın mali durumu pek iç açıcı görünmüyorsa bilançonun gerçekliği ve açıklığı ilkesi (TTK., m.75) gereğince değerlemede yapılan değişikliklerin bir bilanço notu olarak bildirilmesinde ve yıllık raporda konuya değinilmesinde yarar vardır.[111] Ayrıca her çeşit gizli yedek akçenin çözülmesi yönetim kurulunca başarısız ortaklık yönetimini peçelemek amacıyla yapılıyorsa bu bir hakkın kötüye kullanılması sayılır ve yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirebilir.[112] Hatta, genel kurula bildirim yükümlülüğü açısından yıllık bilançonun esas alındığı, bu bilançonun amacının da ortaklığın başarı durumunu eksiksiz olarak yansıtmak olduğu düşünülürse,[113] örneğin yönetim kurulunun birdenbire ve nedensiz bir şekilde gizli yedek akçeleri çözmesi durumunda böyle bir kötüye kullanmanın varlığı rahatlıkla kabul edilebilir. [114]

2- Sermaye Kaybının Esas Sermayenin en az Yarısı Oranında Olması

Yukarıda açıkladığımız anlamda bir sermaye kaybının bulunması bildirim yükümlülüğünün doğması için yetmez. Ayrıca sermaye kaybının belli bir düzeye ulaşması gerekir. 324. maddenin 1. fıkrasına göre bu düzey esas sermayenin en az yarısıdır.[115] İşletme ekonomisi açısından bundan daha az düzeydeki bir sermaye kaybı, hatta esas sermayenin karşılıksız kalması sonucunu doğurmayan büyük ölçüdeki bir zarar bazen önemli bir krize işaret edebilirse de yasakoyucu bu düzeydeki

---

107 Bkz., **Schmid**, s. 38- 39.

108 Bkz., **Lanz**, s. 88; **Kupsch**, s. 273; Ayrıca Bkz., bildirim yükümlülüğüne uymamanın sonuçları dolayısıyla aşa. § 8, I, II.

109 Bkz., yuk., § 4, III, B, 1, a.

110 Kendiliğinden oluşan gizli yedek akçelerin çözülmesi teknik anlamda gizli yedek akçelerin çözülmesiyle aynı sonucu doğurur. Her ikisinde de işletmenin başarısıyla ilgisi olmayan, fakat işletmeye ait bir varlığın bilançoya aktarılması söz konusudur.Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 187.

111 Bu görüş için Bkz., **Lanz**, s. 90;; **Schulthess**, s. 152; Yönetim kurulu tarafından gizli yedek akçelerin ve bunların çözüldüğünün genel kurula bildirilmesi şartları hakkında genel açıklamalar için Bkz., **Schulthess**, s. 151 vd; Ayrıca Bkz., **Bürgi**,OR. Art., 724, N. 23. Bu hiç bir şekilde 324. maddenin 1. fıkrası anlamında bir bildirim değildir.

112 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 662-663, N.75; **Käfer**, OR. Art., 960, N. 192; **Reichwein**, s. 79.

113 Bkz., yuk., § 6, III, B, 1.

114 Nitekim, Alman Hukukunda **Kupsch** daha da ileri giderek aktiflerde kendiliğinden meydana gelen değer artışlarını (gizli yedekleri) bilançoya yansıtmak suretiyle bildirim yükümlülüğünü geciktirmenin hükmün amacına aykırı olduğunu,çünkü bu değer artışlarının işletme faaliyetiyle (başarı durumuyla) bir ilgisi olmadığını vurgulamaktadır, s. 275; İBK.'nun 670.I. maddesi ise tam tersi bir gelişmeyi ifade etmektedir, Bkz., yuk. § 3, II, B, 2, b; § 5, II, B.

115 Karş., **Domaniç**, AŞ., yazar esas sermayenin en fazla yarısının karşılıksız kalmasını bildirim yükümlülüğü bakımından esas kabul etmektedir. s. 538.

zararı emredici hükümlerle özel tedbirler alınmasını gerektirecek derecede ciddi görmemiştir.[116] Kuşkusuz ortaklık yönetimi bu gibi durumlarda da gereken tedbirleri alabilir. Hatta işletme ekonomisi bakımından bazı tedbirlere başvurulması kaçınılmaz olabilir. Örneğin esas sermayesi çok sembolik düzeyde kalan bir ortaklığın öz kaynakları hızlı bir şekilde ve büyük boyutta yitirilirse aslında çoktan kriz sürecine girilmiştir. İşletme yönetiminin buna seyirci kalması beklenemez.[117] Nitekim öğretide yasanın öngördüğü yükümlülüğün asgariyi ifade ettiği, yönetim kurulunun bundan daha az düzeydeki bir zararı bildirmek için de kendiliğinden genel kurulu toplantıya çağırabileceği belirtilmektedir.[118] Özellikle esas sözleşmeye bu konuda bir hüküm konabilir. Esas sözleşme daha az düzeydeki bir sermaye kaybını bildirim yükümlülüğü bakımından ölçü kabul etmişse yönetim kurulu bu sözleşme hükmüne uymak zorundadır. Aksi halde sorumluluğu söz konusu olur (TTK., m. 336, N.5). Esas sözleşmeye konulacak bir hükümle değerleme esasları yasadakinden daha katı şartlara da bağlanabilir.[119] Dolayısıyla yükümlülüğün kapsamı genişletilmiş olur. Bildirim yükümlülüğünün kapsamı bir genel kurul kararı ile de genişletilebilir. Genel kurul kararları yönetim kurulunu bağlar (TTK., m. 379).

Fakat kanımızca esas sözleşmeye konulacak bir hükümle bildirim yükümlülüğü bakımından yasadakinden daha yüksek orandaki bir sermaye kaybının esas alınması mümkün değildir. Örneğin yönetim kurulunun ancak esas sermayenin 3/5'i karşılıksız kaldığı zaman durumu genel kurula bildireceği yolunda bir hüküm esas sözleşmeye konulamaz. Çünkü 324. madde hükümleri emredici niteliktedirler. Aynı gerekçeyle bildirim yükümlülüğünün başka bir yolla kısıtlanması veya tamamen kaldırılması da mümkün değildir.[120] Aksi kabul edilseydi, kurucu sıfatını taşıyan pay sahiplerinin kuruluşta, sonradan ortaklıkta pay sahibi olanların da paylarını iktisap ederken yasanın öngördüğü imkandan vazgeçtikleri sonucuna varmak gerekirdi. Yasakoyucunun bu derece önemli bir sermaye kaybında pay sahiplerinin bilgi edinme hakkından önceden vazgeçmelerini istemediği kanısındayız. Yoksa yasaya bu yolda hiç bir hüküm konulmaması da mümkün görülebilirdi.

Bu açıklamalarımız karşısında 324. maddenin 1. fıkrası hükmünün „nispi emredici" nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Yani pay sahiplerinin yararına olarak yükümlülüğün kapsamını genişletmek mümkünse de daraltmak yasaya aykırı düşer.

---

116 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 9; **Mertens**, Kölner Komm., §92, N.11; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 280.

117 Örneğin öz kaynakları 200 Milyar TL., esas sermayesi 10 Milyar TL. olan bir ortaklık bir yıl içinde öz kaynaklarının % 95'ini yitirse bile TTK., m.324.I anlamında bildirim yükümlülüğü doğmaz. Oysa böyle bir kriz karşısında işletme ekonomisi açısından gerekli tedbirlerin alınması zorunludur.

118 Bkz., **Guhl/merz/Kummer**, s. 678.

119 Bkz., **Jänggen/Becker**, OR. Art., 817, N.5.

120 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.16.

B- ÖZEL DURUMLAR

1- Kapalı ve Az Ortaklı Anonim Ortaklıklarında Durum

324. maddenin 1. fıkrası aslında çok ortaklı ve halka açık türdeki anonim ortaklıkların bünyesine uygundur.[121] Bu ortaklıklarda pay sahiplerinin çoğu ortaklık yönetiminden uzak durumdadır. Genellikle ortaklıkta az sayıda paya sahip olan bu kişiler ortaklığın hesaplarını kolaylıkla anlayabilecek bilgi düzeyinden de yoksundurlar [122] Bu olgular ortaklık genel kurulunda güç boşluğuna yol açmaktadır. İşte 324. maddenin 1. fıkrası özellikle bu gibi pay sahiplerinin sermaye kaybı hakkında kesin ve net bilgi sahibi olmalarını amaçlamaktadır.

Oysa az ortaklı ve kapalı „aile" ortaklıklarında pay sahiplerinin tümü ortaklık işleriyle yakından ilgilidir. Çoğu ortaklık yönetiminde görev almakta hatta yönetim kurulu bütün pay sahiplerinden oluşabilmektedır. Bu gibi ortaklıklarda durumu pay sahiplerine bildirmenin fazla bir anlamı yoktur. Fakat yasa hükmünün ifadesi açıktır. Hüküm belli ortaklık tipleri için değil bütün anonim ortaklıklar hakkında uygulanır. Öğretide, pay sahiplerinin hepsi aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olsalar bile sermaye kaybının usulüne uygun olarak genel kurula bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir.[123] Bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında da, bütün pay sahipleri aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmalarına rağmen durumu genel kurula bildirmeyen denetçinin sorumlu olacağı belirtilmiştir.[124] Bunun anlamı pay sahiplerinin yönetim kurulu sıfatıyla değil, genel kurul sıfatıyla sermaye kaybını görüşmeleridir. Böylece genel kurulun yetki alanı içine giren temel nitelikteki kararları almak imkânı doğar. Bu gibi ortaklıklarda Türk Ticaret Kanunu'nun 370. maddesi geniş ölçüde uygulama alanı bulur. Anılan hükme göre, pay sahipleri veya temsilcilerinin tümü içlerinden biri itirazda bulunmaksızın genel kurul olarak bir araya gelirse, toplantıya çağrı usulüne uyulması gerekmez

2- Tasfiye Halinde Durum

Acaba ortaklık tasfiye haline girmişse 324. maddenin 1. fıkrasındaki şartlar gerçekleştiğinde gene genel kurulun toplantıya çağrılması gerekir mi?

Alman Hukukunda bu soruya, esasen genel kurul önceden ortaklığa son vermek iradesini açıkladığı için olumsuz cevap verildiğini yukarıda açıklamıştık.[125]

İsviçre hukukunda esas sermayenin 1/2'si oranında sermaye kaybı halinde öngörülen genel kurula bildirim yükümlülüğünün tasfiye aşamasını da kapsadığı görüşü

---

121 Alman Hukukunda aynı yönde, **Schürer**, s. 98.

122 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 724, N. 13, s. 699; **Schucany**, OR. Art., 724, s.386; **BGE**, 65, II, 14; Bkz., **Tekinalp**, Güç Boşluğu, s. 467.

123 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22; **Lanz**, s. 97.

124 **BGE**., 86, II, 182, aynı karar için Bkz., **Öçal**, Federal Mahkeme Kararları, s. 12-21. Kararın denetçinin sorumluluğu bakımından değerlendirilmesi için Bkz., aşa., §8, II, A,3; § 11, IV, C; § 11, VIII, A. .

125 Bkz., yuk. § 5, I, B..

savunulmuştur.[126] Bu görüşe göre tasfiye aşamasında genel kurulu toplantıya çağrının amacı, sermaye kaybını bildirmek, tasfiye işlemlerini kontrol ve muhtemel bir borca batıklık durumundan kurtulmak için gerekli tedbirleri almaktır. Ortaklık esasen tasfiyeye girdiği için mali durumun iyileştirilmesine (ortaklığın varlığının korunmasına) yönelik tedbirler gündeme gelmez. Ayrıca bu görüşe göre tasfiye halinde bildirim yükümlülüğünü zorunlu kılan sermaye kaybı, gerçek sermaye kaybıdır. Çünkü tasfiye aşamasında her türlü gizli yedek akçe ortadan kalkmıştır.[127]

Kanımızca tasfiye aşamasında 324. maddenin 1. fıkrası hükmü uygulanmaz. Bir kere bu hükmün amacı mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin uygulanmasına imkân sağlamaktır. Oysa mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler tasfiye amacının dışındadır.[128] Ortaklığın hak ehliyeti ise tasfiye amacıyla sınırlandırılmıştır (TTK., m. 439,II).. Aynı nedenle tasfiye memurları genel kurulu tasfiye işlerinin gereklerinden olan hususlar için toplantıya çağırırlar (TTK., m. 440.II). Gerçi 450. maddenin 1. fıkrasının yollaması sonucu anonim ortaklıklar hakkında da uygulanan 232. maddede öngörülen şartlarda işletme konusu içindeki iş ve işlemlere (ortaklığın işletme faaliyetine) geçici olarak devam edilebilir. Bu nedenle böyle ortaklıklarda 324. maddenin I. fıkrasının uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelebilir. İşletme faaliyetine geçici olarak devam edilirken olağanüstü bir gelişme ortaya çıktığında tasfiye memurlarınca genel kurulun toplantıya çağrılması zorunlu görülebilirse de, kanımızca bunu 324. madde anlamında toplantıya çağrı ile karıştırmamak gerekir. Burada amaç, geçici olarak yürütülen işlerin başarıyla bitirilmesidir.

Öte yandan, ileride belirteceğimiz gibi, 2/3 oranında sermaye kaybı hali için 324. maddede öngörülen tedbirlerin tasfiye halinde uygulanması söz konusu olmadığına göre,[129] bundan daha az tehlikeli olan 1/2 oranındaki sermaye kaybında farklı bir sonuca varmayı gerektirecek bir neden yoktur.

Sonuç olarak, kanımızca tasfiye açılış bilançosundan (TTK., m. 444) veya her yıl sonu için düzenlenecek ara bilançolardan (TTK., m. 446.III) 1/2 oranında sermaye kaybının varlığı tespit edilse bile genel kurulun toplantıya çağrılması gerekmez.

C- GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRACAK ORGAN VE KİŞİLER

1- Yönetim Kurulu

324. maddenin 1. fıkrası, esas sermayenin yarısı oranında sermaye kaybı halinde genel kurulu toplantıya çağrı görevini yönetim kuruluna vermiştir. Aslında her durumda genel kurulu toplantıya davet görevi ilk başta yönetim kuruluna aittir (TTK., m.365). Burada üzerinde durulması gereken konu, 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen yükümlülüğün murahhaslara bırakılıp bırakılamayacağıdır.

---

126 Bkz., **Lanz**, s. 89-90.
127 Bkz., **Lanz**, s. 90.
128 Bu konuda Bkz., **Schmidt**, bilanzen, s. 28 vd.
129 Bkz., aşa. § 7, III, A, 2.

Genel olarak yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma görev ve yetkisini murahhaslara devredip devredemeyeceği hususu tartışmalıdır.[130]

İsviçre Hukukunda baskın olan görüşe göre, sermaye kaybı halinde genel kurulu toplantıya çağrı yükümlülüğünün (İBK., m. 725,I) delegasyona konu yapılması mümkün değildir.[131] Çünkü burada doğrudan doğruya ortaklığın geleceği sorunu gündemdedir. Konu ortaklığın üst yönetimiyle ilgilidir. Bu derece önemli bir konunun basit bir biçimde geçiştirilmesi mümkün değildir. Yönetim kurulu genel kurulda ortaklığın mevcut durumunu rapor edecek ve böylece açık ve net bir biçimde ortaklığın geleceğinin ne olduğunu ortaya koyacaktır. Yönetim kurulu ayrıca gerekli gördüğü iyileştirme tedbirlerini genel kurula açıklayacaktır. Bu görevler kurul olarak yönetim kurulunun önemli bir sorumluluk altına girdiğini göstermektedir.
Hukukumuzda konuyu yakından inceleyen yazarların İsviçre'de yaygınlık kazanan ve yönetim yetkilerinin murahhaslara bırakılmasında geniş bir serbesti tanıyan görüşe daha yakın oldukları, bu nedenle 324. maddede öngörülen yükümlülüklerin de murahhaslara bırakılabileceği fikrini savundukları anlaşılmaktadır. [132] Buna karşılık genel eserlerde, yönetim kurulunun 324. madde de dahil olmak üzere yasada açıkça öngörülen görevlerini devredemeyeceği görüşü ağır basmaktadır.[133]

Kanımızca Türk Hukukunda durum İsviçre Hukukundan daha açıktır. Çünkü 324. maddenin 1. fıkrası durumu tespit eden yönetim kurulunun derhal bir toplantı yapmasını emretmektedir.[134] Aşağıda belirteceğimiz gibi, bu hüküm sermaye kaybını genel kurula bildirme görevinin murahhaslara bırakılamayacağını da ortaya koymaktadır.[135] İsviçre Hukukunda öne sürülen gerekçelere aynen katılmakta, buna ek olarak 324. maddenin açık ifadesine dayanmaktayız. Vurgulamak isteriz ki, mali kriz halindeki bir ortaklığın hangi iyileştirme tedbirlerine başvurması gerektiğini takdir etmek ve bunlardan genel kurulun görev alanına girenleri belirleyip gündeme koymak, kısaca iyileştirme planını hazırlamak ortaklığın üst yönetimiyle ilgili konular-

---

130 Mrahhaslara devredilebileceği kanısında olanlar, **Ünal**, s. 78 vd; **İ.Arslan**, açıkça belirtmemekle birlikte yazarın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır, s. 46 vd.; Aksi görüşte, **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s.272, **Tekil**, AŞ., s. 138; İsviçre Hukukunda devredilebileceğini savunanlar, **Bürgi**, OR. Art., 699, N. 9, Art. 722, N. 13; **Lanz**, s. 94; **Schucany**, OR., Art. 699, N. 1; Aksi görüşte, **Mejer-Hayoz-Forstmoser**, s. 289; **Mommendey**, s. 60; **von Steiger**, Oeijinal, s. 236; İsviçre Hukukunda yapılan son değişikliklerle yönetim kurulunun devredemeyeceği yetkiler açıkça sayılmıştır. Bunlar daha çok ortaklığın üst yönetimine ilişkin konulardır. Yıllık rapırun hazırlanması, genel kurulun toplantıya hazırlanması ve genel kurul kararlarının uygulanması da devredilemeyecek yetkiler arasında sayılmıştır (Bkz., İBK., m.716a, 6).Bu konuda bilgi için Bkz., **Koeferli**, s. 100.

131 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 712, N.18 vd.; **Forstmoser/Mejer-Hayoz**, yazarlara göre İBK. 725.I hükmü şekli anlamda emredici bir hükümdür ve burada işletmenin varlığı sorunu gündemdedir, s. 179 vd; **Koeferli**, s. 99 vd.; **Lanz**, s. 94; Ayrıca von **Steiger**, Orijinal, s. 236.

132 Bkz., **Ünal**, yazar TTK.nun 324 vd. maddelerinde öngörülen yükümlülüklerin murahhaslara bırakılamayacağı sonucuna varmayı haklı gösterecek bir gerekçe bulunmadığını belirtmektedir, s. 79; **İ.Arslan**, yazarın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır, s. 46 vd., Bkz., özellikle s. 37, dipn. 38.

133 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.II, s. 125 vd.; **Çamoğlu**, s. 173-174; **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s.272; **Çevik**, AŞ. s. 623; **İmregün**, Anonim Oartaklıklar, s. 209; **Tekil**, AŞ, s. 13(;**Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 258, 286.

134 Karş., **İ.Arslan**, s. 37, dipn. 38.

135 Bkz., § 6, IV, D, 1.

dır.[136] Devredilemeyen bu yetki fiilen murahhaslara bırakılsa veya yönetim kurulu toplantısına ve kararına hazırlık çalışmaları, ya da genel kurulu toplantıya çağrı kararının uygulanması görevleri bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine verilse bile üyelerin tümü için müteselsil sorumluluk devam eder.[137]

Yönetim kurulu, sermaye kaybının genel kurula bildirilmesine toplantıya katılanların çoğunluğuyla karar verir (Bkz., TTK., m. 330.I).[138] Kanımızca esas sözleşmeye konulacak bir hükümle sermaye kaybının bildirilmesini güçleştirecek nitelikte ağırlaştırılmış nisap öngörülemez (Karş., TTK., m. 330.I).[139]

Sakat (bâtıl) bir işlemle atanan fakat fiilen ortaklık yönetimindeki görevini sürdüren yönetim kurulu üyesinin de sermaye kaybı halinde durumu genel kurula bildirmekle yükümlü olduğu, aksi takdirde sorumlu olacağı belirtilmektedir.[140]

2- Denetçiler

324. maddenin 1. fıkrasında genel kurulun gerektiğinde denetçiler tarafından toplantıya çağrılacağına ilişkin bir açıklık yoktur.

Fakat öğretide eskiden beri yönetim kurulunun ihmali halinde sermaye kaybının genel kurula denetçiler tarafından bildirileceği kabul edilmektedir.[141] Ayrıca öğretide konu İsviçre'deki kadar dar yorumlanmamıştır.[142] Yönetim kurulunun ihmali halinde genel kurul olağan ve olağanüstü toplantıya denetçiler tarafından çağrılır (TTK., m. 353, N.8, 365). Yılsonu bilançosunun ½ oranında sermaye kaybı göstermesi halinde yönetim kurulu olağan genel kurul toplantısını geciktirirse, denetçiler uyarıda bulunmalı, uyarı sonuç vermiyorsa kendileri genel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Yönetim kurulu durumu bir ara bilançosundan tespit etmişse varılacak sonuç farklı olmayacaktır. Çünkü, yönetim kurulu durumu bir ara bilançodan tespit edince genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmakla yükümlü olduğundan bu yükümlülüğünü yerine getirmekte ihmal gösterirse, denetçiler genel kurulu bu kez olağanüstü toplantıya çağırmak zorunda kalacaklardır.[143]

---

136 Bkz., özellikle, **Koeferli**, bu nedenle yazar, genel kurulu toplantıya çağrı kararı alınmadan önce konunun yönetim kurulunda görüşülmesinin önemine işaret etmektedir, s. 100.

137 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 712, N. 25, ayrıca Bkz., Art. 714, N. 28; **Koeferli**, s. 100; **Tekil**, AŞ., s. 138. Oysa sermaye kaybını bildirim yükümlülüğünün bölünmeye ve terhise konu olabileceği kabul edilmiş olsaydı, diğer yönetim kurulu üyeleri ancak genel gözetim görevlerinin ihlali ve murahhasların seçiminde, keza onlara talimat verilmesindeki kusurları dolayısıyla sorumlu tutulabilirlerdi. Bkz., Örn. **Tekil**, AŞ., s. 150-151.

138 Bkz., **Koeferli**, s. 100. Karş., **Kayar**, yazar durumun genel kurula bildirilmesi emredici bir hükmün gereği olduğu için yönetim kurulunun konuyu görüşüp oylayamayacağını öne sürmektedir. s. 154. Bu görüşe katılmaya imkân yoktur. Yönetim kurulu iradesini aldığı kararlarla açıklar. Bir karar yoksa yönetim kurulunun açıklanmış bir iradesi de yoktur. Kararın hangi toplantı ve karar nisaplarıyla alınacağı ise 330. I. maddesinde gösterilmiştir.

139 Bkz., ayrıca yuk. § 5, IV, A, 2,a ve § 6, IV, A, 2.

140 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.2, s. 260.

141 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282; **Kayar**, s. 156.

142 İsviçre Hukukundaki durum hakkında Bkz., yuk. § 5, II, C.

143 Bu görüş için Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282;; **Koeferli**, s. 102.

Görüldüğü gibi hukukumuzda yönetim kurulunun sermaye kaybını bildirmekte ihmali halinde denetçilerin bu iş ile yükümlü oldukları açıktır. Sermaye kaybını genel kurula bildirmekte geciken yönetim kurulu bununla bir yasa hükmünü ihlal etmektedir. Bu nedenle burada yönetim kurulunun ihmali tereddütten uzaktır.

Ancak denetçilerce genel kurulun toplantıya çağrılması sorunu bununla bitmemektedir. 324. maddenin 1. fıkrası gereğince bildirim yükümlülüğünün doğması için durumun bir bilançodan anlaşılması gerektiğinden, ortada bir yılsonu veya ara bilançosu yoksa denetçiler hiç bir şey yapmayacak mıdır? Öğretide, denetçilerin ortaklığın mali durumundan şüphe etmeleri halinde, önce bir ara bilançosu düzenlemesi için yönetim kurulunu uyarmaları, yönetim kurulu buna rağmen ihmal gösterirse, bir bilanço bulunmasa bile genel kurulu toplantıya çağırmaları (TTK., m. 355, 353, N.8) gerektiği belirtilmektedir.[144] Çünkü mali durumdaki gelişmeleri izlemek yönetim kurulu kadar denetçilerin de görevidir (TTK., m. 353). Denetçiler ara bilanço düzenleyemeyeceklerinden, ancak mali durum hakkındaki şüphelerini genel kurula iletebilirler. Bu görüşe katılmaktayız. Ancak bu halde denetçilerin genel kurulu toplantıya çağrı görevi 324. maddeden kaynaklanmamaktadır. Çağrının konusu sermaye kaybı değil, sermaye kaybı şüphesidir. Özellikle Türk Ticaret Kanunu'nun 355. maddesi anılan yükümlülüğün kaynağını oluşturmaktadır. Denetçiler bu hüküm gereğince acele ve zorunlu hallerde genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmakla yükümlüdürler. Sermaye kaybı konusunda ciddi belirtiler bulunması zorunlu ve acele hallere tipik bir örnek oluşturur. 355. madde gereğince denetçinin genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırması için önce yönetim kuruluna başvurmasına bile gerek yoktur.[145]

Durumun tespitinde denetçilerin rolünü incelerken belirttiğimiz gibi,[146] özellikle bilançonun gerçeği yansıtmaması halinde denetçilere önemli görevler düşmektedir. Denetçiler aktiflerin fazla değerlendirilmesi veya pasiflerin düşük gösterilmesi yüzünden sermaye kaybının gizlendiğini tespit ederlerse genel kurulu toplantıya çağırmalıdırlar. İşte denetçilerin çağrı görevi bu halde özel önem kazanır.

Denetçiler sadece genel kurulu toplantıya çağırmakla yetinemezler. Ayrıca raporlarında mali durum hakkındaki tespitlerini belirtmek zorundadırlar.[147] Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 354. maddesi gereğince denetçilerin raporlarında „şirketin hal ve durumunu" açıklamaları gerekir. Denetçiler mali durumdaki bozulmayı ve derecesini 324. maddeye de atıfta bulunarak somutlaştırmalıdırlar. Toplantıya çağrı yönetim kurulu tarafından yapılsa bile sonuç değişmez.[148]

---

144 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282;

145 Denetçilerin lüzumlu gördükleri bir husus için olağanüstü toplantı yapılmasını yönetim kurulundan istemeleri ve onun ihmali halinde genel kurulu kendilerinin toplantıya çağırması durumu ile (TTK., m. 353.N.8) zorunlu ve ivedi addettikleri bir nedenle genel kurulu doğrudan doğruya olağanüstü toplantıya çağırmalarını (TTK., m. 355) birbirinden ayırt etmek gerekir. Bu konularda geniş bilgi için Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 110 vd.

146 Bkz., yuk. § 3, IV, B, 1, a.

147 Bkz., **Kayar**, s. 156.

148 Bu konularda Bkz., **Tekinalp**, ermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282; Ayrıca Bkz., von **Greyerz**, Bilanzgenehmigung, s.143 vd.

Denetçiler sadece gerektiğinde genel kurulu toplantıya çağrı ve raporlarında durumu açıklamakla yükümlüdürler. Bunun dışında mali durumun iyileştirilmesine yönelik önerilerini toplantı gündemine eklemelerine gerek yoktur.[149]

Denetçi sayısı birden fazla ise toplantıya çağrı yetkisi denetçiler kurulunundur.[150]

3- Azınlık

Esas sermayenin en az onda biri değerinde paylara sahip olan azınlık da, genel kurulun yönetim kurulu veya denetçiler tarafından toplantıya çağrılmasını sağlayarak (TTK., m. 366,356) veya bunların ihmali halinde mahkeme izniyle (TTK., m. 366) genel kurulu bizzat toplantıya çağırarak sermaye kaybını duyurabilir[151] veya genel kurul zaten toplanacaksa görüşülmesini istediği iyileştirme tedbirlerini ve diğer hususları gündeme koydurabilir (TTK., m. 366).

Azınlık oluşturan pay sahipleri düzenlenen bilançoyu ancak genel kurul toplantısından 15 gün önce görebileceklerine göre (TTK. m. 362.I, ayrıca Bkz., m. 363.II), sermaye kaybı halinde genel kurulun bunlar tarafından toplantıya çağrılmasının çok istisnai hallerde mümkün olabileceği düşünülebilir. Oysa yaşayan anonim ortaklıklar gerçeğinde ekonomik açıdan işletme sahibi durumundaki kişilerin, ya da ortaklık içi bir çıkar grubunun durumu öğrenmesi ve yasal prosedürü harekete geçirmesi mümkündür. Ayrıca pay sahipleri ve azınlık şüpheli gördükleri noktalarda denetçilerin dikkatini çekmeye ve açıklama istemeye yetkilidirler (TTK.,m. 356). Özellikle yıl boyunca incelemeye hazır tutulan bilanço (Bkz., TTK., m. 362.II) pay sahiplerine durumu değerlendirme fırsatı verebilir.

Azınlığın işlevi özellikle gündeme madde koydurma yetkisi bakımından önem kazanır. Yönetim kurulu mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler konusunda gündeme hiç bir madde koymasa bile azınlık anılan yetkisini kullanarak gündeme madde koydurursa, genel kurul 324. maddenin 1. fıkrasının amacına uygun olarak iyileştirme tedbirleri hakkında karar verebilir.[152]

D- ÇAĞRI ZAMANI

1- Yönetim Kurulunun Derhal Toplanması ve Genel Kurulun Derhal Toplantıya Çağrılması

324. maddenin 1. fıkrasının ifadesine bakılırsa, durumu tespit eden yönetim kurulu derhal toplanarak esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığını genel kurula

---

149 Bkz., **Koeferli**, s. 16, 103; **Lanz**, s. 100.

150 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282.

151 Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 194, 247; **Kayar**, s. 157.

152 Örneğin sermayenin tamamlanması, esas sermaye indirimi veya ortaklığın feshi hususları azınlık tarafından gündeme koydurulabilir, Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 194, 247; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.9, s. 263. Ayrıca Bkz., **Koeferli**, s. 108.

bildirmek zorundadır. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. I. maddesi durumun yönetim kurulunca derhal genel kurula bildirilmesinden söz etmektedir. Acaba yasakoyucu bu konuda kaynak yasadan ayrılmayı bilinçli olarak istemiş midir?

Öğretide çoğunluk, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725.I. maddesindeki ifadenin daha doğru ve mantıklı olduğu kanısındadır.[153] Bu görüşü savunanlara göre yasakoyucu 324. maddenin 1. fıkrasını kaleme alırken hata sonucu kaynak yasadan ayrılmıştır. Çünkü, hükmün amacı genel kurulun tehlikeden derhal haberdar edilmesidir. Buna karşılık İmregün, anılan hükmü Türk Ticaret Kanunu'nun 330.II. maddesinin bir istisnası olarak kabul etmiştir. [154] Yani bu halde yönetim kurulu sadece imza toplamak yoluyla genel kurulun toplantıya çağrılmasına karar veremez. Bu kararın alınabilmesi için yönetim kurulu tarafından mutlaka toplantı yapılması gerekir. Kanımızca bu konuda bir sonuca varmak için şu iki husus üzerinde durulmalıdır::

İlk olarak 324. maddenin 1. fıkrası açıkça sermaye kaybının tespiti üzerine yönetim kurulunca bir toplantı yapılmasını istemektedir. Bu koşul, anılan hükümde öngörülen yükümlülüğün murahhaslara bırakılamayacağını (Karş., TTK., 319), tersine organ (kurul) olarak yönetim kuruluna ait olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca bu konuda bir sonuca varırken Türk Ticaret Kanunu'nun 330.II. maddesi de dikkate alınmalıdır. Kurul olarak yönetim kurulu aldığı kararlarla iradesini açıklar. Fakat yönetim kurulunun karar alması için mutlaka toplantı yapmasına gerek yoktur. İmza toplamak yoluyla karar alınması da mümkündür (TTK., m. 330.II). Acaba yasakoyucu konunun öneminden dolayı bu halde yönetim kurulunca mutlaka bir toplantı yapılmasını öngörerek karar metninin imzalanması suretiyle genel kurulun toplantıya çağrılmasını önlemek mi istemiştir? Kanımızca bu ihtimal gözardı edilecek kadar zayıf değildir.[155] Nitekim, öğretide çoğunluğun mehazı göstererek aksi sonuca varmalarına karşın, İsviçre Hukukunda sermaye kaybını bildirmek için genel kurul toplantıya çağrılmadan önce mutlaka bir yönetim kurulu toplantısı yapılması ve konunun müzakere edilmesi gerektiğine işaret edenler vardır.[156] Gerçekten, hükmün amacı[157] dikkate alındığı zaman, yönetim kurulunca yapılacak bir toplantının genel kurul toplantısına hazırlık bakımından kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Yasa ifadesi amaca uygun olduğuna göre artık kaynak yasaya dayanmanın bir anlamı yoktur.

---

153 Bkz., **Hirsch/Tekinalp**, s. 185, N. 2; **İ.Arslan**, s. 37, dipn. 38; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281; **Kayar**, s. 153; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.13; **Başbuğoğlu**, yazar gerekçe göstermeksizin aynı sonuca varmaktadır, s. 464-465.

154 Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 209; Karş., **Kayar**, yazara göre, ½ oranında sermaye kaybının genel kurula bildirilmesinin TTK., m. 330.II'ye bir istisna oluşturduğunu kabul etmeyi gerektirecek bir özelliği yoktur, s. 153.

155 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, yazar yönetim kurulunun kararlarını kural olarak toplantı yaparak verdiğini belirtmekte, 330.II hükmünü gözardı etmektedir. Yazara göre kural bu olduğuna göre bunu 324. maddede tekrarlamak anlamsızdır. Bu hüküm olmasaydı dahi zaten yönetim kurulu toplantı yapacak ve genel kurulu bu toplantıda alınan karar gereğince çağıracaktı, s.13.

156 Bkz.Örn.**Böckli**, s. 900; **Koeferli**, yazarın ilâve ettiği gibi, sermaye kaybını tespit eden veya tespit etmesi gereken yönetim kurulu üyesi, başkandan yönetim kurulunu derhal toplantıya çağırmasını istemelidir, s. 100 vd.

157 Özellikle mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin alınmasına imkân sağlamak amacı bunu gerekli kılar, Bkz., yuk. § 6, I, B.

İkinci husus da şudur: Acaba fıkrada kullanılan „derhal" sözcüğü sadece yönetim kurulunun toplantı zamanına mı işaret etmektedir? Bu ifadenin amaca uygun olarak hem yönetim kurulu toplantısı, hem de genel kurulun toplantıya çağrılma zamanı bakımından ölçü rolü oynadığı düşüncesindeyiz. Yönetim kurulunu derhal toplantıya zorlayan yasakoyucunun genel kurulu toplantıya çağrı bakımından başka türlü düşündüğünü söylemek herhalde mümkün değildir.

Sonuç olarak, durumun tespiti üzerine yönetim kurulunun derhal toplanması ve bu toplantıda alınan karar gereğince genel kurulun derhal toplantıya çağrılması gerekir.

Ancak burada şu soru akla gelebilir. Yönetim kurulu imza toplamak suretiyle karar alarak genel kurulu toplantıya çağırırsa „yasaya aykırılık" nedeniyle (TTK., m. 336.II, N.5) bu genel kurulda alınan kararların iptali istenebilir mi? Kanımızca yasanın öngördüğü bu şart sadece yönetim kuruluna yönelmiş bir emir niteliğindedir.. Tıpkı ortaklık tarafından yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davasının 1 ay içinde açılmasını öngören hükme aykırılığın davanın reddini gerektirmemesi gibi (TTK., m.341.I), buradaki şarta aykırılık da genel kurul kararının geçerliliğini etkilemez. Sadece yönetim kurulu üyelerinin -bu nedenle bir zarar ortaya çıkmışsa- sorumluluğuna yol açar (TTK., m. 336, N.5).

Maddede geçen „derhal" sözcüğünün nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde de durmak gerekir. İsviçre Hukukunda öteden beri, bu sözcüğün „sermaye kaybı tespit edilir edilmez" anlamına gelmeyeceği, yönetim kuruluna toplantıya çağrı hazırlıklarını yapma ve mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında öneri hazırlama imkânını sağlayacak bir zaman süresinin tanınması gerektiği belirtilmektedir.[158] Bu konuda kesin bir ölçü getirmek esasen imkânsızdır. En doğrusu somut olayın şartlarına göre bir yargıya varmaktır.[159] Ancak bazı ilkeleri de belirlemek gerekir.

Acaba gerçekten yönetim kuruluna mali durumun iyileştirilmesine yönelik önerilerini hazırlaması için bir zaman süresi tanımak yasakoyucunun amacına uygun düşer mi? Yasakoyucunun bildirim yükümlülüğünü öngörmedeki amacının sadece durumu genel kurula bildirmek olmadığı, aynı zamanda gerekli görülen iyileştirme tedbirleri hakkında genel kurulun karar vermesine imkân sağlamak olduğu yukarıda belirtilmişti. Genel kurul gündemde yer almayan hususlar hakkında karar veremeyeceğine göre (TTK. m. 369,II) yönetim kurulunun gerekli göreceği iyileştirme tedbirlerini tespit etmesine ve buna göre gündemi belirlemesine imkân tanınmalıdır.

---

[158] 1991 değişikliğinden önceki dönemde bu görüş için Bkz., **Lanz**, s. 96; Ayrıca Bkz., **Böckli**, s. 900; **Koeferli**, fakat yazar konuya daha ihtiyatlı yaklaşmaktadır, s. 102 vd. ayrıca Bkz. aşa. dipn. 161; Alman Hukuku bu bakımdan daha katıdır. APOK., § 92.I'de durumun mutlaka bilaçodan anlaşılmasının şart kılınmamasıyla güdülen amaç genel kurulun şüpheli de olsa bir sermaye kaybından derhal haberdar edilmesini sağlamaktır. ½ oranında sermaye kaybından şüphe edilmesine karşın hemen bir bilanço hazırlamak mümkün değilse, bilanço düzenlenmesi için beklenemeyeceği, derhal genel kurulun toplantıya çağrılması gerektiği söylenmektedir, Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.5, s. 261; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.2, s. 715

[159] Bkz., **Böckli**, yazara göre, genel kurula sunulması düşünülen sermaye indirimiyle eş zamanlı sermaye artırımı, sermaye yapısının değiştirilmesi gibi iyileştirme tedbirlerinin hazırlık işlemleri ne kadar karmaşıksa gerekli zaman süresi de o kadar uzar, s. 900; **W.von Steiger**, OR. Art. 817 N.6.

Ancak bunun için harcanacak sürenin makul bir ölçüyü aşmaması da gerekir. Ölçü 320. maddede öngörülen özen derecesidir.[160] Aksi davranış 324.I. maddesine de aykırı düşer. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, pay sahibinin ortaklığın mali durumundaki bozulmayı mümkün olan en erken tarihte öğrenmesindeki çıkarı, gündemin eksiksiz bir biçimde tamamlanması gereğinden önce gelir,[161] 324. maddenin 1. fıkrasının ihlaline bağlanan yaptırım zararın tazmini olduğuna göre sonuçta yönetim kurulunun gecikmede kusurlu olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yönetim kurulu üyeleri kusursuz olduklarını, yani genel kurulu toplantıya çağırırken özen borcuna aykırı hareket etmediklerini ispat etmelidirler.[162]

Bütün bunlardan hareketle şu sonuca varmak mümkündür; Hükümde geçen „derhal" sözcüğü „kusurlu olarak gecikmeksizin" şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 92. paragrafının 1. fıkrasında geçen „derhal" sözcüğü öğretide bu şekilde yorumlanmaktadır.[163]

Acaba yönetim kurulu sermaye kaybını önlemek için ümit verici görülen ve kısa zamanda sonuç verebilecek nitelikteki bazı girişimlerde bulunursa kusurlu olarak gecikmiş sayılır mi? Örneğin alacaklılarla yapılan görüşmeler. pay sahiplerinin ortaklığa vermiş oldukları ödünçlerin sermayeye dönüştürülmesine yönelik işlemler gibi. Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre, eğer bu girişimlerin objektif olarak başarı şansı varsa ve kısa zamanda uygulanmaları mümkün görünüyorsa, alınan sonuç olumsuz dahi olsa yönetim kurulu gecikmeden dolayı kusurlu sayılmayabilir.[164] Fakat bu gecikmenin de makul bir ölçüyü aşmaması gerektiği belirtilmektedir. Dikkat edilirse buradaki gecikme genel kurulu toplantıya hazırlık çalışmalarından değil, tam tersine genel kurulu toplantıya çağırmamak amacıyla yönetim kurulunca alınan kısa vadeli önlemlerden kaynaklanmaktadır. Eğer bu kısa vadeli önlemler ½ oranındaki sermaye kaybını ortadan kaldırmışsa esasen bir sorun yoktur. Çünkü, bildirim yükümlülüğünün şartları ortadan kalkmıştır. İsviçre öğretisinde de, yönetim kuruluna bu amaçla uygun bir süre tanınması gerektiği belirtilmekle birlikte, bu sürenin iyileştirme tedbirlerinin sonuç vermesi anına kadar uzatılamayacağı kabul edilmektedir.[165] Buna göre, sadece çok kısa vadeli ve kesin sonuç verecek nitelikteki iyileştirme girişimleri bakımından esnek davranılabilir. Bunlar da aslında genellikle olumlu sonuç verirler. Eğer olumsuz sonuç tamamen, beklenmeyen bir dış nedenden ileri gelmişse ve gecikme özen ölçüsünün (İBK.717,I) sınırlarını aşmamışsa yönetim kurulu kusursuz sayılabilir. Bu arada denetçilerin rolüne de işaret edilmektedir. De-

---

160 Bkz., Alman öğretisinde aynı yönde, **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 7, s. 262

161 Bkz., **Koeferli**, yazarın ilâve ettiği gibi aksi görüşün kabulü, yönetim kurulunca bildirim yükümlülüğünün savsaklanmasına yol açar, s. 104. ve orada dipn. 163.

162 Ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişki akdidir. Akdi sorumlulukta BK, m. 96 gereğince kusursuzluğu ispat yükü borçludadır.

163 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 7, s. 262. § 92, II'de ise esasen bu ifadeye yer verilmektedir, Ayrıca Bkz., BGB. § 121. Fakat APOK. § 92.I'in öngördüğü şartlar bizdekinden oldukça farklı olduğundan bu hüküm anlamında "kusurlu olarak gecikme kavramı" TTK. m. 324.I ile aynı şeyi ifade etmemektedir, Bkz., yuk. dipn. 158.

164 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 7, s. 262

165 Bkz., **Hunziker**, s. 47; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22; **Lanz**, s.96.

netçiler durumu herhangi bir şekilde öğrenmişlerse iyileştirme tedbirlerinin sonucunu beklemeden genel kurulu toplantıya çağıracaklardır (İBK. 729b,I).[166]

„Derhal" sözcüğünden çıkan bir başka sonuç ise şudur: Durum bir kez tespit edilip genel kurul toplantıya çağrıldıktan sonra, ileriki iş yıllarında sermaye kaybı giderilememişse yeniden aynı prosedürün tekrarlanması gerekmez.[167] Bu durumda sadece son gelişmeler yönetim kurulunun yıllık raporlarında belirtilir.[168] Ancak 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen oranda sermaye kaybı ortadan kaldırılmasına karşın mali durum bir daha aynı düzeyde bozulursa genel kurulun yeniden „derhal" toplantıya çağrılacağı açıktır.[169]

2- Genel Kurulun Olağan ve Olağanüstü Toplantıya Çağrılması

Yukarıda durumun bir ara bilançodan tespiti halinde genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılacağı belirtilmişti.[170] Burada aynı hususları yinelemeyeceğiz.

Toplantıya çağrı zamanı ile bağlantılı bir konu da, durumun son yıllık bilançodan tespiti halinde genel kurulun olağan toplantıya mı, yoksa ayrıca yapılacak bir olağanüstü toplantıya mı çağrılacağıdır. Durum normal olarak son yıllık bilançodan tespit edilmişse kanımızca genel kurulun olağan toplantıya çağrılması gerekir. Çünkü yasa olağan genel kurul toplantısının iş yılının bitiminden itibaren üç ay içinde yapılacağını öngörmüştür (TTK., m. 364.I). Bu toplantının zorunlu gündem maddelerinden biri de bilanço ve kâr-zarar hesabının aynen ya da değiştirilerek onaylanması veya reddidir (TTK., m. 369, N.2). Bu nedenle öğretide haklı olarak belirtildiği gibi,[171] durumun yılsonu bilançosundan tespiti halinde genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılmasına gerek hatta buna imkân yoktur. Esasen yönetim kurulu bir başka yasa hükmü gereğince (TTK., m. 364.I) genel kurulu olağan toplantıya çağırmak durumundadır. Fakat kanımızca yılsonu bilançosundan sermaye kaybını tespit eden yönetim kurulunun iyileştirme planının hazırlanması, gündemin belirlenmesi ve raporun kaleme alınması gibi hazırlık işlemlerini mümkün olan en kısa zamanda tamamlayıp normalden daha kısa sürede genel kurulu olağan toplantıya çağırmak için çaba göstermesi gerekir. [172] 364. maddenin 1. fıkrasında öngörülen üç aylık süre a-

---

166 Bkz., **BGE**, 93.II.22, Karara göre yönetim kurulunca iyileştirme tedbirlerinin devreye sokulması genel kurulundenetçiler tarafından çağrılmasını engellemez.

167 Bkz., **Lanz**, s. 97; Alman hukukunda aynı görüş için Bkz., yuk. § 5, I, B.

168 Aynı şekilde sermaye kaybının henüz giderilemediğinin denetçiler raporunda da (TTK., m. 354) belirtilmesi gerekir, Karş., **Lanz**, s. 104.

169 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22; **BGE**., 93.II, 28; **Lanz**, s. 97; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N.8.

170 Bkz., yuk. § 6, III, A.

171 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281; **Çevik**, AŞ., s. 524; **Koeferli**, s. 103; **Lanz**, s. 97 Alman Hukukunda bu görüş için Bkz., **Hüffer**, § 92, N.5; Karş., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 13; von **Steiger**, s. 218; Bkz., ayrıca **Kayar**, yazar bu durumda genel kurulun olağan mı, yoksa olağanüstü toplantıya mı çağrılması gerektiği hususunun r önem taşımadığını asıl önemli olanın genel kurulun derhal toplantıya çağrılması olduğunu belirtmektedir, s. 155.

172 Bkz., aynı yönde **Koeferli**, s. 104; **Böckli**, yazarın belirttiği gibi, İBK.nun yeni 725.I. maddesi yönetim kuruluna iyileştirme tedbirleri için genel kurula başvurma yükümlülüğü yüklemesine rağmen çoğu kez

zami süredir. Uygulamada olağan genel kurul toplantılarının genellikle bu azami sürenin en son gününe kadar geciktirildiği görülmektedir. 324. maddenin 1. fıkrası genel kurulun derhal toplantıya çağrılmasını emrettiğine göre, yönetim kurulu sadece 364. I maddesine dayanarak bildirimi geciktirememelidir.[173]

E- YÖNETİM KURULUNCA GENEL KURULA HAZIRLIK İŞLEMLERİNİN YAPILMASI

1- Gündemın Belirlenmesi

a) Genel Olarak

Toplantının zorunlu gündem maddesi sermaye kaybının genel kurula bildirilmesidir. Genel kurul ister olağan, ister olağanüstü toplantıya çağrılsın gündemde bu hususa açıkça yer verilmesi gerekir. [174] Olağan genel kurul toplantısı gündeminde esasen yasal olarak bilançonun görüşülmesi ve karara bağlanması maddesinin bulunduğu (TTK., m. 369.I,N.2) gerekçesiyle bu zorunluluktan kaçınılamaz.[175] Sermaye kaybı ve derecesi konusunda açık bilgi verilmelidir.[176] Aksi takdirde pay sahipleri genel kurul toplantısına gereken ilgiyi göstermeyebilirler.

Ancak gündemde sadece yukarıda anılan madde yer alırsa genel kurul sermaye kaybı hakkında bilgi edinmekle ve durumu görüşmekle yetinir. Gündeme bağlılık ilkesi dolayısıyla mali durumun iyileştirilmesine veya ortaklığın feshine yönelik kararlar alamaz (TTK., m. 369.II).[177] Bu durumda çoğu kez ikinci bir genel kurul top-

---

genel kurulun üst üste iki kez toplanması zorunlu olacaktır; bunlardan birincisinde pay sahiplerinin durumdan haberdar edilmesi (*Orientierungsversammlung*), ikincisinde ise nihai kararların alınması ön plana geçecektir, s. 900; aynı yönde **Koeferli**, s. 104.

173 İsviçre Hukukunda aynı yönde.**Böckli**, s. 900; **Koeferli**, s. 104; **Lanz**, s. 97. Alman Hukukunda bu görüş için Bkz., **Hüffer**, § 92, N.5; Bkz. ve Karş. **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.13; Ancak yazar olağan genel kurul toplantısının derhal yapılması mümkün değilse yönetim kurulunun gecikmeksizin sırf 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen durumu bildirmek için genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırması gerektiğini savunmaktadır, s.13; Aynı yönde **Kayar**, s. 155.

174 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.8, s. 706; **Koeferli**, s. 107; **Lanz**, s. 99; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 13; **Schucany**, OR. Art., 725, N.1, s. 166; Alman Hukukunda aynı yönde **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. N.8, s. 263. Karş., **Çevik**, AŞ., yazar pay sahiplerinin ortaklığın durumuna dikkatlerini çekmek için gündeme özel bir madde konulmasının „yerinde" olacağını belirtmektedir, s. 524.

175 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.8, s. 263; **Lanz**, s. 100; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 13.

176 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.8; **Koeferli**, s. 107; **Lanz**, s. 99;

177 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 89; **Bürgi**, OR. Art., 725, N.(, s. 706; **Erem**, s. 134; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.7; **Lanz**, s. 99; **Schmid**, s. 37; **Schucany**, OR. Art. 725, N.1, s.166. **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 13; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 247. Karş., **Kayar**, yazar hükmün amacından hareketle anlaşılmaz bir şekilde genel kurulun dilediği iyileştirme tedbiri hakkında karar alabileceğini öne sürmektedir, s. 155. Fakat bütün pay sahipleri veya temsilcileri genel kurul toplantısında hazır bulunursa (TTK., m. 370) gündeme bağlılık ilkesi uygulanmaz . Genel kurul görev alanına giren dilediği kararları alabilir (TTK., m. 370.II).

lantısı yapılması gerekir.[178] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 700.III. maddesi gereğince genel kurulun ikinci bir (olağanüstü) toplantı yapılmasına karar vermesi, gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Ticaret Kanunumuzda bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı halde, aynı kuralın bizde de geçerli olduğu belirtilmektedir.[179]

Fakat ikinci bir toplantı yapılmakla 324. maddenin 1. fıkrasının amacı tam olarak gerçekleşmez. Yukarıda belirttiğimiz gibi, hükmün başta gelen amaçlarından biri de genel kurula mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler konusunda karar vermek imkânını sağlamaktır. [180] Bu amacın gerçekleşmesi, gündemde bu konuda madde bulunmasına bağlıdır. Yönetim kurulu genel kurulca karara bağlanmasını istediği somut iyileştirme tedbirlerini gündeme koyabilir veya ortaklığın yaşama yeteneğinin kalmadığını düşünüyorsa fesih için başvuruda bulunabilir.[181]

Toplantı gündemine sermaye kaybı ve durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerle ilgisi olmayan başka hususların da konulması mümkündür.[182] Nitekim sermaye kaybı olağan genel kurula bildirilecekse gündemde Türk Ticaret Kanunu'nun 369. maddesinde öngörülen hususlar yer alacaktır.

Genel kurul, azınlık tarafından toplantıya çağrılıyorsa gündem de onun tarafından belirlenir (TTK., m.369,I, c.1, 367). Ancak davetin amacı gereği zorunlu gündem maddesi gene „sermaye kaybının bildirilmesi"dir.

b) Yönetim Kurulunun Mali Durumun İyileştirilmesine Yönelik Tedbirlerin Karara Bağlanması için Gündeme Madde Koymak Zorunda Olup Olmadığı Sorunu

b.1) Öğretideki Görüşler

Burada karşımıza önemli bir soru çıkmaktadır: Acaba yönetim kurulu genel kurula mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin karara bağlanması hakkında öneride bulunmak zorunda mıdır? Başka bir deyişle yönetim kurulu iyileştirme tedbirlerine gündemde yer vermezse sorumluluğu söz konusu olur mu?

Öncelikle şu gerçeği belirtmek gerekir. 324. maddenin 1. fıkrasında bu konuda bir açıklık yoktur (Karş., ETK., m. 325). Yasa sadece sermaye kaybının derhal genel kurula bildirilmesini emretmektedir. Katı bir deyimsel yorum yönteminden hareket edilecek olursa, esasen fazla bir şey söylemeye gerek yoktur.

Alman hukukunda, § 92.I hükmü bizim 324. madde gibi bu konuda suskun kaldığı halde, yönetim kurulunun sadece sermaye kaybını bildirmekle yetinemeyeceği, bunun yanında mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında genel kurula öneri sunmak zorunda olduğu genellikle kabul edilmektedir.[183] Çünkü bildi-

---

178 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.(, s. 706; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.7; **Schmid**, s. 37; **Schucany**, OR. Art. 725, N.1, s.166.

179 Bkz., **Ansay**, AŞ., s. 168.

180 Bkz., yuk. § 6, I, B.

181 Bkz., aşa., § 6, V, B,2.

182 Bkz., **Koeferli**, s. 107; **Lanz**, s. 99; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N.7.

183 Bkz., yuk. § 5, I, B.

rimin amacı sadece sermaye kaybına işaret etmek değil, genel kurulun mali durumun iyileştirilmesine yönelik kararlar almasına imkân sağlamaktır.[184] Ayrıca Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 124. paragrafının 3. fıkrası gereğince yönetim ve gözetim kurullarının gündemde yer alan konular hakkında öneride bulunması gerekmektedir.[185] Oysa Türk Ticaret Kanunu'nda böyle bir hüküm yoktur. İsviçre Hukukunda esasen 1991 değişikliği ile konuya yasal açıdan açıklık getirildiğini daha önce belirtmiştik. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725.I. maddesi bütün iyileştirme tedbirlerinin genel kurulun onayına sunulmasını, yani bu tedbirlerin genel kurulca karara bağlanmasını amaçlamaktadır.[186] Yapılan değişiklikten önce İsviçre öğretisinde gündeme bağlılık ilkesine (Eski İBK., m. 700.II) işaret edilmekte ve gündemde yer almayan iyileştirme tedbirleri konusunda karar verilebilmesi için ikinci bir genel kurul toplantısı yapılacağına değinilmekteydi.[187] Yönetim kurulunun iyileştirme tedbirlerini mutlaka gündeme almasını zorunlu sayan bir fikre rastlanmadığı gibi, konuyu sadece olması gereken hukuk açısından değerlendirenler,[188] ya da gündeme iyileştirme tedbirleri hakkında madde konulmasını "tavsiyeye şayan" görenler[189] vardı.

Türk öğretisinde yönetim kurulunun mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında gündeme madde koymasının zorunlu olmadığı görüşünü savunanlar bulunduğu gibi,[190] bazı yazarlar Almanya'daki görüşlere paralel olarak hükmün amacından hareketle yönetim kurulunun genel kurula alınabilecek önlemleri de sunması gerektiği kanısındadırlar.[191]

Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşünü ortaya koyan bir kararına rastlayamadık.

b.2) Görüşümüz

Kanımızca hukukumuz açısından konuyu şöyle değerlendirmek gerekir: Bir kere 324. maddenin 1. fıkrasının metninde mali durumun iyileştirilmesine yönelik önerilerin yönetim kurulunca genel kurula sunulacağına dair herhangi bir açıklık

---

184 Bkz., **Baumbach/Hueck**. § 92. N.5. s.285. **Hefehrmehl**. Großkomm., § 92. N. 8. **Hirtz**, s. 8; **Mertens**, Kölner Komm., § 92. N.3. s.757.

185 Bkz., **Hefehrmehl**. Großkomm., § 92. N. 8.

186 Bkz., **Lanz**. hüküm tasarı halindeyken. s. 102; **Koeferli** bunu ihtiyatla karşılamaktadır, s.111, ayrıca Bkz., aşa., § 5. II. C..

187 Bkz., **Bürgi**. OR. Art., 725. N.8; **Lanz**. s. 99; **Schmid**, s. 37; **Schucany**, OR. Art., 725, N.1.

188 Bkz., **Lanz**. s. 102; **Schmid**. yazar maddede öngörülen genel kurula bildirim yükümlülüğünün bu haliyle pratikte çok fazla bir öneme sahip olmadığını belirtmekteydi, s. 37; Ayrıca Bkz., **Ochsner**, yazar yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte yönetim kurulunun mali durumun iyileştirilmesine yönelik önerilerini genel kurula sunmasının tavsiyeye değer olduğunu belirtmiştir, s. 7.

189 Bkz., **Guhl**. hatta yazar şartlara göre daha az oranda bir sermaye kaybı halinde bile yönetim kurulunun gerekli iyileştirme tedbirleri için genel kurula başvurmasının uygun olacağını belirtmektedir, s. 64.

190 Bkz., **Arslanlı**. yazara göre yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırmakla görevini ifa etmiştir. Bu halde genel kurul durumu öğrenir. konuyu görüşür ve dağılır. Yönetim kurulu bazı iyileştirme tedbirlerini gündeme koymuşsa ancak o zaman bu konularda karar alınabilir. Fakat yönetim kurulu iyileştirme tedbirleri hakkında gündeme madde koymakla yükümlü değildir, AŞ., I, s. 96; Aynı yönde **Erem**, s. 134; Açıkça değinmemekle birlikte **Öçal**,'ın da bu fikirde olduğu anlaşılmaktadır, Mali Durumun Bozulması, s. 11 vd; Aynı şekilde **Çevik**, AŞ., s. 525.

191 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282;

yoktur. Fakat konu sadece 324. madde çerçevesinde değil Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ortaklıkta yönetim kurulu için öngördüğü diğer hükümler de gözönünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Hükmün amacı da bu konuda belirleyici rol oynar. Şimdi bu iki çıkış noktasından hareketle bir sonuca varmaya çalışalım.

Anonim ortaklıkta genel kurul ve denetçilerin görev alanı dışında kalan bütün konularda kural olarak yönetim kurulu yetkilidir. Genel kurulun en üst organ olup olmadığı tartışma konusu yapılmaktaysa da belirttiğimiz gerçek bu tartışmaların dışındadır. Ortaklık işletmesini yönetmek yönetim kurulunun görevidir (Bkz., TTK., m. 317). Yönetim kurulu ortaklığın mali ve ekonomik durumunu da sürekli gözetmek zorundadır.[192] Bütün bunların sonucu olarak mali durumda bir kötüye gidiş varsa gerekli tedbirleri almak da yönetim kurulunun görevi olmalıdır. Ancak bu tedbirlerin alınmasında yönetim kuruluna tanınmış olan takdir yetkisi keyfi bir biçimde kullanılamaz. Yasa 320. maddede pek de uygun olmayan bir yöntemle[193] yönetim kurulunun ortaklık yönetiminde göstermek zorunda olduğu özenin ölçüsünü göstermiştir. Bu ölçü objektif niteliktedir.[194] O halde yönetim kurulu mali durumu düzeltmeye yönelik tedbirleri de bu özen ölçüsüne uygun olarak belirlemek ve uygulamakla yükümlüdür. İşte objektif özen ölçüsü gereği uygulanması kaçınılmaz olan bir iyileştirme tedbiri genel kurulun karar almasını gerektiriyorsa yönetim kurulu bu konuyu gündeme almalıdır. Eğer bu objektif ölçü genel kurulun kararına bağlı olmadan uygulanabilecek bir iyileştirme tedbirine işaret ediyorsa gündeme bu konuda karar alınması için madde konulmasına gerek yoktur. Sadece genel kurula sunulacak raporda, düşünülen mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin neler olduğu açıklanmakla yetinilebilir.[195] Eğer yönetim kurulu özen borcuna aykırı hareket etmişse sorumluluğu söz konusu olur (TTK., m. 336, N.5, 320).[196]

Vardığımız sonuç kanımızca hükmün amacına da aykırı değildir. Hükmün amaçlarından birinin de, genel kurulca mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında karar alınmasına imkân sağlamak olduğunu belirtmiştik. Yönetim kurulu kendi yetki alanına giren ve iyileştirme için yeterli görünen tedbirleri devreye sokmuş ve durumu bildirmek için genel kurulu derhal toplantıya çağırmışsa ne özen borcuna, ne de 324. maddeye aykırı bir durum vardır.[197] Ancak sermayenin tamamlanması gibi köklü iyileştirme tedbirleri bakımından yönetim kurulunun yetkilerinin

---

192 Bkz., yuk. § 6, III, A, dipn. 47'de anılan kaynaklar, ayrıca Bkz., aşa. § 8, II, A, 1 ve § 10, I, B, 3.

193 Anılan madde yollamasıyla BK. 528,II, bu fıkranın yollamasıyla BK. 390 ve nihayet bu maddenin yollamasıyla işçinin özen borcunu düzenleyen BK. 321.

194 Bu konuda Bkz., Örn. **Domaniç**, AŞ. s. 514; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 228 vd.

195 Aynı görüş için Bkz., **Lanz**, s. 102 ve ayrıca Bkz., s. 99.

196 Bkz., **Y. 11. HD**, 13.6.1974 tarih ve 1913/1900 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Domaniç**, AŞ. s. 514.

197 Nitekim İsviçre Hukukunda 1991 değişikliğinden sonra dahi, sermaye kaybı halinde iyileştirme tedbirlerinin genel kurula sunulmasını öngören 725.I. maddesinin yönetim kurulu ve genel kurula ait yetkilerde bir değişikliği amaçlamadığı, yönetim kurulunun eskiden olduğu gibi, kendi görev alanına giren iyileştirme tedbirlerini uygulayabileceğini savunanlar vardır. Bkz., **Böckli**, s. 899; **Koeferli**, s. 111. İBK., m. 670. 'de sermaye kaybını ortadan kaldırmak için yönetim kuruluna tanınmış olan yeniden değerleme imkânı bu görüşü doğrulamaktadır.

oldukça sınırlı olduğu gerçeği karşısında (Bkz., TTK., m. 396, I, c.1)[198] yönetim kurulunun çoğu kez genel kurul gündemine çeşitli iyileştirme tedbirleri hakkında madde koymak durumunda kalacağını belirtmek gerekir.

Nihayet vardığımız bu sonuç olan hukuk bakımındandır. Aslında yasakoyucu ½ oranında sermaye kaybı halinde yönetim kurulunun tek başına hareket etmesini istememiş, genel kurula da müdahale imkânını tanımak istemiştir. Ancak hükmün metni, sırf bu nedenle yönetim kurulunun iyileştirme tedbirlerini genel kurula sunmak zorunda olduğunu kabul etmeye engeldir. Temelde 320. maddede öngörülen özen borcundan hareketle yukarıdaki sonuca varmış bulunuyoruz. Olması gereken hukuk yönünden en doğrusu bu yolda İsviçre'deki gibi bir yasa değişikliği yapmaktır. Böylece yükümlülüğün kapsamı açıklığa kavuşacaktır. Özen ölçüsünü somut durumlarda takdir etmek güçlük gösterebilir. Ayrıca hükmün varmak istediği asıl hedefe uygun olarak takdiri genel kurula bırakmak[199] iyileştirme tedbirlerinin daha başlangıçta bir „konsensus"a dayandırılması anlamına gelir.

Yönetim kurulu genel kurulda karara bağlamasını istediği iyileştirme tedbirlerini, açık bir biçimde, kararın bilinir adıyla gündeme koymak zorundadır.[200]

2- Mali Durum Hakkında Rapor Hazırlanması

Yönetim kurulu sermaye kaybını, derecesini, nedenlerini ve düşünülen iyileştirme tedbirlerini içeren kapsamlı bir rapor hazırlamalıdır.[201] Yönetim kurulu sadece bilançoyu genel kurula sunmakla ve sözlü olarak pay sahiplerine bilgi vermekle yetinemez. Genel kurul olağan toplantıya çağrılacaksa zaten Türk Ticaret Kanunu' nun 327. maddesi gereğince ortaklığın ticari, mali ve iktisadi durumunu açıklayan bir yıllık rapor düzenlenmesi ve genel kurul toplantısından en az 15 gün önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulması gerekmektedir (Bkz., TTK., m. 362.I).

Sermaye kaybının bildirilmesi amacıyla yapılacak olan olağanüstü toplantıya sunulacak raporun ve bilançonun önceden pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulacağını öngören bir yasa hükmü yoktur. Fakat toplantının amacına ulaşması bakımından yönetim kurulunun 362. maddenin 1. fıkrasında öngörülen şekilde bir imkân sağlamasında, yarar vardır. Hatta yönetim kurulunun anılan hükme kıyasen bu imkânı sağlamakla yükümlü olduğu dahi söylenebilir.[202]

Raporun içeriği konusunda, aşağıda „Durumun Genel Kurula Bildirilmesi" başlığı altında ayrıntılı bilgi verilecektir.

---

198 Kayıtlı sermaye sisteminde dahi sermaye kaybını gidermeyi amaçlayan esas sermaye indirimi veya eş zamanlı olarak esas sermayenin indirimi ve arttırımı genel kurul kararına ihtiyaç gösterir, Bu konularda Bkz., aşa. § 7, V ve VI.

199 Bkz., **Lanz**, s. 102; Karş., **Kayar**, s. 155.Düşünülen iyileştirme tedbirlerine raporda değinilmesi, genel kurulun karar alması için gündeme madde konulmasından farklıdır. Burada amaç genel kurulda bu tedbirler hakkında müzakere yapılmasını sağlamaktır.

200 Bkz., **Koeferli**, s. 108. Örneğin esas sermaye indirimi gibi.

201 Bkz., **Böckli**, s. 900 vd.; **Koeferli**, s. 107, 109 vd.; **Lanz**, s. 99.

202 **Böckli** bu kanıdadır, Yazarın belirttiği gibi, buradaki enformasyon ihtiyacı en az olağan toplantıdaki kadar büyük, hatta ondan daha fazladır, Bkz., **Böckli**, s. 900. ve orada dipn. 848. Bkz., İBK. m. 696, I.

3- Diğer İşlemler

Burada öğretide üzerinde durulan şu soruna değinmek istiyoruz: Acaba yönetim kurulu, katılma paylarının tamamı henüz ortaklığa ödenmemişse öncelikle ödenmeyen kısmın ifası için pay sahiplerine çağrıda bulunmak zorunda mıdır? İsviçre öğretisinde, bu konuda yasal bir yükümlülük öngörülmediği gerekçesiyle soruya olumsuz cevap verilmektedir.[203] Kanımızca bu görüş doğrudur. Yasada yönetim kurulunu böyle bir çağrıda bulunmaya zorlayan bir hüküm yoktur. Ortaklık tasfiye aşamasına girmişse tasfiye memurlarının henüz ödenmemiş olan pay bedellerinin ortaklığa getirilmesini isteyeceği yasada açıkça öngörülmüştür (TTK., m. 446.I). Tasfiye aşamasında böyle bir hüküm getirilmesi doğaldır. Çünkü ortaklık dolayısıyla kurulan hukuki bağların çözülmesi söz konusudur. Oysa ½ oranında sermaye kaybı halinde ortaklık varlığını devam ettirmekte, hatta bu konuda ciddi bir tehlike bulunmamaktadır. Fakat, sözü edilen çağrı mali durumun iyileştirilmesine yönelik bir tedbir niteliğindedir. Böylece ortaklık işletmesine likit kaynak sağlanacak, likidite sorununun çözümü de sermaye kaybının giderilmesine yardımcı olacaktır. Bu nedenle yönetim kurulunun bu iyileştirme tedbirinin gerekliliğini doğru bir biçimde takdir etmemesi sorumluluğunu gerektirebilir.[204]

V - DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ VE ALINABİLECEK KARARLAR

A- DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ

Yönetim kurulu herşeyden önce sermaye kaybını ve derecesini gösteren yılsonu ya da ara bilançosunu genel kurula sunmalıdır.[205] Esasen yönetim kurulu yılsonu bilançosunu olağan genel kurul toplantısından önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurmakla yükümlüdür (TTK., m. 325,362.I).

Fakat yönetim kurulu sadece sermaye kaybını gösteren bilançoyu genel kurula sunmakla 324. maddede öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. 324. maddenin 1. fıkrasının amacı en başta mali durumdaki bozulmaya pay sahiplerinin dikkatini çekmek olduğuna göre, yönetim kurulunca hazırlanacak raporda 324. maddeye atıfta da bulunularak[206] durumun ciddiyetine işaret edilmeli ve mali durum hakkında ayrıntılı bilgi verilmelidir.[207] Normal olarak pay sahiplerinin mali

---

[203] Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 8, s. 706; **Schucany**, OR. Art., 725, N.1, s. 166; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282.

[204] Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282. Ayrıca Bkz., yuk. § 6, IV, E, 1, b, b.2.

[205] Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281-282; **Bürgi**,OR. Art. 725, N.8, s. 706; **Funk**, OR. 725, N.1; **Koeferli**, s. 109.

[206] Bkz., bu yönde **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 280.

[207] Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 280; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 11; **Bürgi**, OR. Art. 725, N.8, s. 706; **Koeferli**, s. 107; **Kayar**, s. 154.

konulardaki bilgi düzeyi yönetim kurulu üyelerinin bilgi düzeyi kadar değildir. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi pay sahiplerinin genel kurula sunulan belgeler hakkında hüküm vermelerinde bir iş adamının bilgi düzeyi değil, kural olarak orta düzeyde bir aile reisinden beklenebilecek bilgi düzeyi ölçü kabul edilmelidir.[208]. O halde yönetim kurulunun herhangi bir yanlış anlamaya meydan vermeyecek şekilde mali durumdaki bozulmayı genel kurula bildirmesi gerekir. Bilanço kalemleri üzerinde en azından ana kalemleriyle (özet bilanço kapsamıyla) açıklamalar yapılmalı, mali durum hakkında genel kurulun bir yargıya varabilmesi için zorunlu görülen aydınlatıcı bilgiler sunulmalıdır.[209]

Bilanço için öngörülen açıklık ve doğruluk ilkesi mali durum raporu hakkında da geçerlidir.[210] Hatta burada daha katı hareket etmek zorunluluğu vardır. Yukarıda gizli yedek akçelerin çözülmedikçe bildirim yükümlülüğü bakımından dikkate alınmayacağını,ancak bunların mali durumun iyileştirilmesi imkânlarının araştırılmasında rol oynayabileceğini belirtmiştik.[211] Amaç mali durumun açık ve net şekilde ortaya konulması ve iyileştirme tedbirleri hakkında sağlıklı bir karara varılması olduğuna göre gizli yedek akçelerin ne miktarda olduğu, bu zamana kadar ne kadarının çözüldüğü bildirilmelidir.[212] Yapılan yeniden değerleme miktarı da açıkça belirtilmelidir.[213] Çünkü pay sahipleri ortaklığın gerçek başarı durumunu ancak bu sayede öğrenebilirler.[214] Ortaklığın geleceği hakkında sağlıklı bir karara varmanın kaçınılmaz olduğu böyle bir aşamada yönetim kurulu gizli yedek akçeler hakkında bilgi vermek zorunda olmadığını öne sürerek bu yükümlülüğünden kaçınamaz.[215]

Yönetim kurulu sadece durumu bildirmekle yetinmeyip, sermaye kaybının nedenleri hakkında da genel kurula doyurucu bilgi verebilmelidir.[216] Çünkü genel kurulun mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında sağlıklı bir sonuca varabilmesi bakımından zarar (sermaye kaybı) nedenlerini öğrenmesi büyük önem taşır.[217] Görüldüğü gibi, bildirim yükümlülüğü, yönetim kurulunun işletme sırlarını saklama yetki ve yükümlülüğünü önemli ölçüde sınırlamaktadır.[218]

---

208 Bkz.. **Bürgi**, OR. Art., 724, N. 13, s. 699; **Koeferli**, s. 106, 107; **Schucany**, OR. Art., 724, s.386; **BGE**, 65, II, 14.

209 Bkz.. **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 8, s. 706; **Funk**, OR. Art., 725, N. 1; **Koeferli**, s. 109; **Lanz**, s. 100; **Böckli**, yazara göre ayrıca özet bilançonun daha toplantıdan önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulması, davet mektuplarına bir örneğin konulması gerekir, s. 901, ayrıca Bkz., yuk. dipn. 202.

210 Bkz., **Lanz**, s. 100.

211 Bkz., yuk. § 6, IV, A, 1.

212 Bkz., **Koeferli**, s. 109-110; **Lanz**, s. 100.

213 Bkz., **Koeferli**, s. 110.

214 Durum genel kurula bildirildiğine göre daha önce çözülen gizli yedekler ve yapılan yeniden değerleme sermaye kaybını gidermeye yetmemiş demektir. Ancak pay sahiplerinin gerçek başarı durumunu öğrenebilmeleri için bu işlemlerin açıklanması gerekir. Bkz., **Koeferli**, s. 110.

215 Bkz., **Lanz**, s. 100; **Schulthess**, s. 152.

216 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.8, s. 706; **Funk**, OR. Art., 725, N.1; **Koeferli**, s. 80, 107, 110; **Lanz**, s. 99,101; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282.

217 Bkz., ayrıca aşa. § 10, I, B, 2.

218 Bu konuda Bkz.,**Martens**, s. 255; Aynı yönde **Lanz**, s. 74; Ayrıca Bkz., **Koeferli**, s. 80, dipn. 22, ayrıca yazarın belirttiği gibi genel kurula bilgi verilmesi, pay sahioliğinden doğan hakların, özellikle oy

Ayrıca yönetim kurulu, mali durumun iyileştirilmesi için alınmasını düşündüğü tedbirleri raporunda belirtmelidir.[219] Genel kurulun iyileştirme tedbirleri konusunda karar verebilmesi için gündemde bunlara ilişkin madde bulunması zorunlu ise de, raporda yönetim kurulunun tek başına uygulayabileceği tedbirler de dahil olmak üzere öngörülen bütün tedbirler hakkında ayrıntılı açıklamalar yapılmalı, özellikle bunların gerekçeleri ortaya konulmalıdır. Genel kurul toplantısında somut iyileştirme tedbirleri konusunda bir karar alınmasa bile, toplantıda yapılan görüşmeler (müzakereler) 324. maddenin 1. fıkrasının amacına ulaşması bakımından büyük önem taşır. Yönetim kurulu bu vesileyle genel kurulun eğilimini öğrenmiş olur.[220]

Görüşmeler sırasında açıklanan görüşler yönetim kurulunu bağlayıcı nitelikte değildir. Ne var ki genel kurulun eğilimi hukuksal açıdan olmasa da, anonim ortaklıktaki güç dengeleri bakımından yönetim kurulunu etkiler. Zira yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve azli genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Örneğin genel kurulun eğilimi, esas sermayenin tamamlanması yönünde iken, yönetim kurulu bir sonraki genel kurula esas sermayenin indirilmesi yolunda teklif getirirse hem güç durumda kalır, hem de iyileştirme tedbirlerinin uygulanmasını geciktirdiği için özen borcuna (TTK., m. 320) aykırılık dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olabilir.

Yönetim kurulu ortaklığın gelecekteki durumunu, imkânları ve riskleri ortaya koymalıdır.[221] Ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi mümkün görünmüyorsa bu sonuca varmayı haklı kılan nedenler açıklanmalıdır.

B- ALINABİLECEK KARARLAR

324. maddenin 1. fıkrası genel kurulun belli bir yönde karar almasını emretmediği gibi hiçbir karar almaksızın durumu olduğu gibi kabul etmesini de herhangi bir yaptırıma bağlamamıştır.[222] Oysa 2/3 oranında sermaye kaybı halinde hem genel kurul alternatif olarak öngörülen kararlardan birini almaya zorlanmış, hem de bu yükümlülüğün yaptırımı ortaklığın infisahı olarak belirlenmiştir (f.2). Bu farklılığın nedeni anılan iki hükmün konuluş amacında aranmalıdır. 1/2 oranında sermaye kaybında kural olarak pay sahiplerinin çıkarları ön plandadır ve alacaklılar bakımından önemli bir tehlike yoktur. Bu nedenle yasakoyucu pay sahiplerinin önüne geçmek istememiş, durumun düzeltilmesinde çıkarı olanların zaten gerekeni yapacağını düşünmüştür. Yasakoyucu sadece pay sahiplerinin iradelerini açıklayabilecekleri organ

---

hakkının, sorumluluk davası açılmasını veya özel denetçi atanmasını isteme hakkının gereği gibi kullanılması bakımından zorunlu ise işletme sırlarının saklanması mümkün değildir, bir başka açıdan bakarsak işletme surlarının genel kurulda açıklanması ancak bu şartlarda mümkündür, s. 109.

219 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.8; **Lanz**, s. 99; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282. Ayrıca Bkz., **Koeferli**, s. 107, 110.

220 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 13.

221 Bkz., **Bürgi**,OR. Art., 725, N.8; **Funk**, OR. Art., 725, 1; **Koeferli**, s. 107, 110.

222 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 96; **Çevik**, AŞ., s. 525; **Domaniç**, AŞ., s. 538; **Kayar**, s. 155; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.13; **Tekil**, Şirketler Hukuku,, s. 194, 246; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 282; Alman Hukukunda da aynı sonuca varılmaktadır, Bkz., Örn., **Geßler**, § 92, N.2, s. 102.

olan genel kurulun duruma müdahalesini sağlamak için yönetim kuruluna yönelen yükümlülükler öngörmüştür.

Bununla birlikte genel kurul gündemin sınırları içinde kalmak şartıyla mali durumun iyileştirilmesine yönelik kararlar alabilir. Genel kurul, yönetim kurulunun sunduğu önerilerle bağlı değildir.[223]

Öğretide savunulan bir görüşe göre,[224] gündemde sadece 1/2 oranında sermaye kaybına işaret eden bir madde bulunduğu takdirde genel kurul dilediği iyileştirme tedbiri hakkında karar alabilir. Bu görüş kesinlikle kabul edilemez. Gündeme bağlılık ilkesinin istisnaları belli olup, genel kurulun sermaye kaybı halinde alabileceği bütün kararları bu ilkenin istisnası saymak imkânsızdır (Bkz., TTK. m. 369,II).[225]

İyileştirme tedbirlerini uygulayacak olan organ yönetim kuruludur. Genel kurul ancak aldığı kararlarla iradesini açıklar ve yönetim kurulunu bağlar (TTK., m. 379).

1- Mali Durumun İyileştirilmesine Yönelik Kararlar

324. maddenin 1. fıkrasında kavram olarak „mali durumun iyileştirilmesi"ne değinilmemiştir. Fakat iyileştirme (ıslah) kavramı 324. maddeye yabancı değildir. 2. fıkranın 5. cümlesine göre,, iflâsın ertelenmesi şartlarından biri de, ortaklığın durumunun iyileştirilmesi imkânının bulunmasıdır. Hükmün yukarıda belirtilen amacı da mali durumun iyileştirilmesinin 324. maddenin bütününü kapsayan anahtar kavramlardan biri olduğunu ortaya koymaktadır.

Burada iyileştirme kavramının 324. maddenin 1. fıkrası bakımından gösterdiği özellikler üzerinde durulacaktır.

Herşeyden önce yönetim kurulu mali durumun iyileştirilmesine yönelik olarak alınacak tedbirleri ve bunlardan genel kurulun kararına bağlı olanları belirlemek bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir (Karş., TTK., m.324.II, c.2).[226] Yönetim kurulu, işletmenin mali, yapısal ve fonksiyonel özelliklerini, ayrıca işletme dışı gelişmeleri yakından izlemek zorunda olduğuna göre bu konuda en sağlıklı çözümleri bulabilecek organ durumundadır.

Genel olarak mali durumun iyileştirilmesini tedbirlerini incelerken belirttiğimiz gibi[227], finansal nitelikteki iyileştirme tedbirlerinin bir kısmı ortaklığa yeni öz kaynak sağlamayı amaçlarlar. Böylece malvarlığında reel bir artış meydana gelir. Esas sermaye arttırını (TTK., m. 391 vd.) ve özellikle bu arttırımın esas sermaye indirimi ile birlikte yapılması bu niteliktedir.

Ancak burada karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır: 1/2 oranında (hatta daha küçük oranda) sermaye kaybı halinde genel kurul öncelikle esas sermaye indirimi ile

---

223 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 10, s. 263.

224 Bkz., **Kayar**, s. 155.

225 Bkz., ayrıca yuk. § 6, IV, E, 1, a.

226 İBK.nun değişik 725.I maddesine göre yönetim kurulu iyileştirme tedbirlerini genel kurula sunmakla yükümlü olduğu halde aynı sonuca varılmaktadır, Bkz., **Böckli**, s. 899; **Koeferli**, s. 111.

227 Ayrıntı için Bkz., § 4, s.

bilanço açığını kapatmaksızın doğrudan doğruya sermaye arttırımına karar verebilir mi? İsviçre öğretisinde savunulan bir görüşe göre zararlar sonucu ortaya çıkan bilanço açığı basitleştirilmiş esas sermaye indirimi (İBK., m. 735) usulü ile kapatılmadıkça sermaye arttırımı yoluna gidilemez.[228] Ya daha önce esas sermaye indirimi yapılmalı, ya da sermaye indirimi ile birlikte sermaye arttırımı yoluna gidilmelidir. Böylece bu görüşe göre esas sermaye arttırımının ön şartı esas sermayenin karşılığının aktif tarafta tam olarak yer almasıdır. Bir diğer görüşe göre ise sermaye kaybı halinde doğrudan doğruya esas sermaye arttırımına gidilebilir. Fakat bu halde payların fiili değeri nominal değerinin altında olacağından ve nominal değerin altında hisse senedi ihracı (*unterpari Emission*) yasak olduğundan esas sermaye arttırımını gerçekleştirmek pratik olarak mümkün değildir.[229]

Hukukumuzda bu ön şartın varlığı 2/3 oranında sermaye kaybı bakımından açıktır. 324. maddenin 2. fıkrasına göre genel kurulun bu derecedeki bir sermaye kaybı halinde ya kalan sermaye ile yetinmeye (yani sermaye indirimine), ya da sermayenin tamamlanmasına karar vermesi gerekir. Bir sonraki paragrafta ayrıntılarıyla üzerinde duracağımız gibi, bu hükümden hareketle genel kurulun 2/3 oranında sermaye kaybı halinde esas sermaye arttırımı yoluna gidemeyeceği, çünkü yasakoyucunun anılan hükümle öz sermaye - esas sermaye denkliğini sağlamayı amaçladığı belirtilmektedir.[230] Fakat 1/2 oranında sermaye kaybı bakımından böyle bir zorunluluk açıkça öngörülmemiştir. Bu nedenle yazarların çoğu genel kurulun ancak sermaye kaybı 2/3 oranına ulaştığı zaman sermayeyi arttırma kararı alamayacağı kanısındadırlar.[231] Bu görüş kabul edilirse sermaye kaybı bu düzeye ulaşmamışsa genel kurul sermaye arttırımını daha önce veya arttırım kararıyla birlikte sermaye indirimi yoluna gitmeksizin gerçekleştirebilecektir. Böyle olunca da yeni pay sahipleri aldıkları payların fiili değeri nominal değerinin altında olduğu halde en az nominal değer üzerinden ödeme yapmak durumunda kalacaklardır.

Yargıtay'a göre, 2/3 oranında sermaye kaybı halinde sermaye tamamlanmaksızın esas sermaye artırımı yoluna gidilemezse de, daha düşük düzeydeki sermaye kayıplarında buna bir engel yoktur.[232] Ancak 11. Hukuk Dairesinin daha yeni bir kararında esas sermaye arttırımı kararının iptali davasında sermaye kaybının derecesi yönünden bir ayırım yapılmaksızın ortaklığın mali durumunun 324. madde kapsamına girip girmediğinin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.[233]

Gerçi 1/2 oranında sermaye kaybı durumunda genel kurul belli yönde bir karar almak zorunda değildir. Ayrıca maddenin lâfzına bakılırsa sermayenin tamamlanması sadece en az 2/3 oranındaki sermaye kaybı için öngörülmüş görünmektedir. Fakat kanımızca genel kurul esas sermaye arttırımı yoluna gitmek istiyorsa daha az

---

228 Bkz., **Koeferli**, s. 121.

229 Bkz., **Böckli**, s. 227.

230 Bu konuda Bkz., aşa. § 7, IV, B, 2,a.

231 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 650; **Domaniç**, AŞ., s. 540.

232 Bkz. **Y.TD.** 2.4.1970 tarih ve 1123/1347sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Domaniç, AŞ.**, s. 541 vd, **Eriş**, AŞ., s. 250-251;Bu konuda ayrıca Bkz., aşa. § 7, IV, B, 2, b.

233 Bkz., **Y. 11. HD.**, 22.10.1991 tarih ve 1171/5380 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 538.

düzeydeki sermaye kayıplarında da öncelikle öz sermayesini esas sermaye ile aynı düzeye getirmeli, yani bilanço açığını gidermelidir.[234] Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, 324. maddenin 2. fıkrası sermaye arttırımının genel bir ön şartını getirmektedir. Bu da sermaye arttırımında mevcut esas sermayenin tümünü karşılayan net aktifin bulunmasıdır.[235] Başka bir deyişle bilanço açığı giderilmedikçe sermaye arttırımı yapılamaz. Bu kural doğal olarak 1/2 oranında sermaye kaybı halinde de geçerli olmalıdır. Nasıl 2/3 oranında sermaye kaybı halinde esas sermaye indirilmeksizin sermaye arttırımı yoluna gidilmesi, yeni pay sahipleri ve alacaklılar yönünden sakıncalı görülüyorsa[236] aynı sakıncanın varlığı 1/2 oranında sermaye kaybı bakımından da kabul edilmelidir. Bu görüşümüz doğrultusunda 324. maddenin 2. fıkrasında (c.2) birbirinden bağımsız iki hususun düzenlendiği kabul edilmelidir.

1 – Yasakoyucu sermaye kaybı halinde sermaye tamamlanmaksızın mücerret esas sermaye artırımına izin vermemektedir.

2 – Fakat yasakoyucu sadece 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurulun sermayeyi tamamlamak veya fiili öz kaynaklar düzeyine indirmek suretiyle öz kaynaklar – esas sermaye denkliğini sağlamamasını infisah yaptırımına bağlamıştır.

Hükümden çıkarılan bu iki sonuç birbiri ile çelişmemektedir. Yasakoyucu sermaye kaybı giderilmeden yapılacak bir sermaye artırımını ortaklığa katılma payı getirecek yeni pay sahipleri başta olmak üzere üçüncü kişiler bakımından sakıncalı bulmuş, sermaye kaybı hangi düzeyde olursa olsun esas sermaye artırımı yapılmak isteniyorsa önce bilanço açığının kapatılmasını uygun görmüştür. Eğer 1/2 oranında sermaye kaybı halinde esas sermaye artırımı yapılmayacaksa zaten artırım dolayısıyla ihlal edilen bir çıkardan söz etmek mümkün değildir. Yasakoyucunun bu hususa sadece 2/3 oranında sermaye kaybı dolayısıyla değinmesinin nedeni, bu durumda ayrıca genel kurulun belli yönde karar almamasını infisah yaptırımına bağlamasıdır.

Aslında sermaye arttırımının şartlarını belirleyen hükümlerde bu şarta yer verilmemiş, sadece esas sermayenin karşılığı olan hisse senetlerinin bedelleri tamamen ödenmedikçe yeni pay ihracı yoluyla sermaye arttırımı yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle yetinilmiştir (Bkz., TTK., m. 391. c.1). Bu hükmün amacı ortaklığın sermaye ihtiyacını öncelikle katılma payı borçlarının ödenmesi yoluyla karşılaması, bu yetmiyorsa sermaye arttırımı yoluna gitmesini sağlamaktır.[237] Fakat bununla bağlantılı bir amaç daha vardır: Esas sermayenin karşılığı olan malvarlığı konularının tam olarak ve fiilen ortaklığın aktifinde yer alması. Gerçekte payların ödenmeyen kısmı

---

234 İsviçre öğretisinde hiçbir yazar bir iyileştirme tedbiri olarak esas sermaye artırımından söz etmemiştir. Buna karşılık, bütün iyileştirme tedbirleri içinde özellikle (sermaye kaybı ölçüsünde) esas sermaye indirimi ve eş zamanlı olarak artırımı yönteminin önemine işaret edilmiştir. Bu yöntem hem bilançonun zarardan arındırılmasına (*Bilanzbereinigung*), hem de ortaklığa yeni öz kaynak sağlanmasına (*echte Sanierung*) hizmet eden karma bir iyileştirme tedbiri olarak daima tavsiyeye şayan görülmüştür, Bkz. özellikle **Böckli**, s. 902.

235 Bkz., **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 152. **Kayar**, s. 156, dipn. 114; **Arslanlı** da esas sermaye indirimiyle birlikte arttırımı yoluna gidilmekle esas sermaye ile mamelek arasındaki „zaruri" mutabakatın sağlanmış olacağını belirtmektedir, AŞ., I, s.119.

236 Bkz., aşa. § 7, IV, B, 2.

237 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 650.

aktifte alacak olarak gösterildiği için (TTK. m. 463.II) burada hukuksal anlamda bir bilanço açığı yoktur. Fakat ekonomik açıdan bir sermaye açığı bulunmaktadır. Yasa koyucu önce bu açığın kapatılmasını istemiştir. Aynı şey zararlar sonucu bilançoda açık meydana gelmesi hali için de geçerlidir. Esas sermaye arttırımı yapılmak isteniyorsa artırımdan sonra bilançoda yeni esas sermaye miktarı kadar net aktifin bulunması sağlanmalıdır.[238] Bu da sermayenin tamamlanması, yani esas sermaye indirimi ve arttırımının aynı oranda ve birlikte gerçekleştirilmesi yoluyla mümkün olabilir (Bkz., TTK., m. 396, I, c.1). Pay sahipleri ancak o zaman yeniden kâr payı alma imkânını elde ederler.[239] Böylece, eski ve yeni pay sahipleri arasında payın gerçek değeri bakımından adaletsizlik ortaya çıkması da önlenmiş olur.[240] Ayrıca sermaye indirimi ile eş zamanlı olarak gerçekleştirilen esas sermaye artırımı alelade sermaye artırımına kıyasla fazla bir formaliteyi de gerektirmemektedir.[241] 324. maddenin 2. fıkrası yasakoyucunun amacına uygun olarak yorumlanmalı ve 2/3 oranına ulaşmayan sermaye kayıplarında da esas sermaye arttırımı için yukarıda belirttiğimiz ön şartın getirildiği kabul edilmelidir. Böyle bir yorumla önemli bir düzenleme boşluğu giderilmiş olmaktadır.[242]

Bu görüşümüz kabul edilmese bile, 1/2 oranında sermaye kaybı varken bu açık kapatılmaksızın alınan bir esas sermaye artırımı kararının afaki (objektif) iyiniyet kurallarına aykırılık dolayısıyla iptalinin istenebileceğini düşünmekteyiz (Bkz., TTK., m. 381). Çünkü böyle bir karar eski ve yeni pay sahipleri arasında eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir. Ayrıca bu konuda Sermaye Piyasası Kurulu'nun rolü de vurgulanmalıdır. Bilanço açığı giderilmeden yapılmak istenen esas sermaye arttırımı dolayısıyla, hisse senetlerinin kurul kaydına alınması sırasında Sermaye Piyasası Kurulu'nun yetkilerini kullanarak (SerPK. m. 5 ve 22.) ortaklığın başvurusunu reddedebileceği kanısındayız.[243] Gerçekten anılan yasanın 5. maddesinin 3. fıkrasına göre; incelemeler sonucunda açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varılırsa, gerekçe gösterilerek, başvuru konusu sermaye piyasası aracının Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilir. Az önce belirttiğimiz gibi, sermaye kaybı halinde esas sermaye indirimi yoluna gitmeden yapılacak bir sermaye arttırımının yatırımcıların ve alacaklıların çıkarlarına zarar vereceği öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.

---

238 Bkz., **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 152.

239 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 119. İndirim yapılmadan arttırım yoluna gidilirse bilanço açığı tam olarak giderilmediğinden bu açık giderilinceye kadar pay sahipleri kâr payı alamazlar.

240 Bu konularda ileride 2/3 oranında sermaye kaybını incelerken daha ayrıntılı bir değerlendirme yapacağız, Bkz., aşa., § 7, IV, B, 2.

241 Bkz., aşa., § 7, VI, A, 2.

242 Bkz., **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 151.

243 Bu konuda ayrıca Bkz., **Aytaç**, Sermaye Piyasası, s. 160. Karş.,**Teoman**'ın aktardığı SPK.görüşü, Bkz., **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 304. Yazarın aktardığı olayda çıkarılmış sermayesini kayıtlı sermaye tavanına kadar artırmak isteyen bir halka açık anonim ortaklığın yönetim kurulu, hisse senetlerinin kayda alınması için SPK.na başvurmuş, ancak pay sahiplerinden biri itirazda bulunarak ortaklığın çıkarılmış sermayesinin 2/3'ünün karşılıksız kaldığını bildirmiştir. Kurulun bu itirazı red gerekçelerinden biri de "Ser.PK.'nu'4 ve 5 hükümleri uyarınca kendisinin böyle bir denetim yetkisinin bulunmadığı" dır.

Görüşümüze göre, sermaye kaybı giderilmeksizin esas sermaye arttırımı yapılması mümkün değildir. Fakat öğretide belirtildiği gibi,[244] böyle bir durumda sermaye kaybı tamamen ortadan kalkmasına rağmen şimdiye kadarki pay sahipleri genellikle yeni bir fedakarlıkta bulunmaktan kaçınacaklardır. Bu halde, çıkarılan payları satın alarak ortaklığa yatırım yapmak isteyen yeni pay sahipleri bulmak da kolay olmayacaktır.[245] Çoğu kez ortaklığın hisse senetlerine yatırım yapılmasını teşvik için imtiyazlı hisse senetleri çıkarmak gerekecektir.[246]

Bunun yanında pay sahipleri esas sermaye arttırımı kararı vermeksizin sadece basitleştirilmiş esas sermaye indirimi yoluyla sermaye kaybını gidererek yeniden kâr payı alma imkânını elde etmek arzusunda olabilirler (Bkz., TTK., m. 397.II).[247] Esas sermaye indirimi hukuksal anlamda iyileştirme tedbirleri arasında yer alır. Ortaklığa yeni kaynak sağlamadığı için bu tedbiri gerçek olmayan bir iyileştirme tedbiri (*unechte Sanierungsmaßnahmen*) niteliğindedir. Aynı amaçla yeniden değerleme yapılması kararı da verilebilir. Bütün bu işlemler bilançodaki öz sermaye - esas sermaye dengesini kurmaya yöneliktirler.

Organizasyona ilişkin iyileştirme tedbirleri çoğu kez bir genel kurul kararı olmaksızın uygulanabilirse de, ortaklığın türünün veya işletme konusunun değiştirilmesi gibi esas sözleşme değişikliğini gerektiren konularda ağırlaştırılmış toplantı ve karar yeter sayılarına tabi (TTK., m. 388.II) bir genel kurul kararına ihtiyaç vardır.

2- Ortaklığın Feshi Kararı

Yönetim kurulu, şartlar zorunlu kılıyorsa ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi tedbirleri yerine feshi hususunu gündeme koyabilir.[248]

1/2 oranında sermaye kaybı halinde kural ortaklığın yaşama yeteneğine sahip olmasıdır. Bu nedenle yasakoyucu -2/3 oranında sermaye kaybının aksine- ortaklığın feshi ihtimali üzerinde durmamıştır. Genel kurul mali durumun iyileştirilmesine yönelik hiç bir karar almasa bile ortaklığın feshi sonucu doğmaz.[249]

Fakat genel kurulca alınacak kararların mutlaka mali durumun iyileştirilmesine yönelik oldukları söylenemez. Sermaye kaybının pay sahipleri bakımından en önemli sonucu, artık kâr payı alamamalarıdır.[250] Oysa pay sahibinin, daha doğrusu herhangi bir sermayeyi değerlendirmek isteyen yatırımcının amacı sermayesine getiri sağlamaktır. Bu nedenle sermaye kaybı halinde özellikle küçük pay sahiplerinin ortaklığın feshini ve böylece her çeşit gizli yedek akçenin çözülmesiyle birlikte ak-

---

244 Bkz., **Koeferli**, s. 121.

245 Bkz., **Koeferli**, s. 121; **Çevik**, AŞ., s. 526, dipn. 325; TTK., m. 393.II, N.7 gereğince izahnamede son beş yıl içinde dağıtılan kâr payı miktarlarının da gösterilmesi gerekmektedir. Ortaklık bilanço açığını henüz gidermiş olsa bile uzun süredir kâr payı dağıtamömış olduğu bu vesileyle ortaya çıkacağından, üçüncü kişiler yeni hisse senetlerini satın almakta çekingen davranacaklardır.

246 Bkz., **Koeferli**, s. 121.

247 Bu konularda Bkz., **Guhl**, s. 64; **Lanz**, s. 78-79; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 674.

248 Bkz., **Böckli**, s. 900; **Lanz**, s.99.

249 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14.

250 Bkz., yuk. § 3, II, C.

tiflerin gerçek değerleri üzerinden tasfiye payı almayı tercih etmeleri az rastlanacak bir durum değildir.[251]

Eğer pay sahipleri mali durumun iyileştirilmesini mümkün görmüyorlarsa, ortaklık malvarlığının daha fazla zarara uğramaması ve en azından getirmiş oldukları katılma payından bir kısmını kurtarabilmek için ortaklığın feshi yönünde karar alabilirler. Meydana gelen zararlar pay sahiplerinin müstakbel tasfiye payı alacaklarını eritir. Yıllık bilanço bakımından bu halde pay sahiplerinin katılma paylarının en az yarısı kaybolmuş durumdadır. Ne var ki, tasfiye aşamasında aktiflerin paraya çevrilmesi söz konusu olduğundan pay sahipleri yıllık bilançoda, görünenden çok daha fazla tasfiye payı alabilirler. Fesih kararı kural olarak[252] alacaklıların çıkarına da uygun düşer.[253] Çünkü tasfiye sonunda alacaklarının tümüne kavuşacaklardır. Fakat durumun iyileştirilmesi imkanı mevcutsa özellikle büyük pay sahipleri bu aşamada ortaklığın feshi yoluna gitmek istemeyeceklerdir. Küçük pay sahiplerinin genel kuruldan bu yönde bir karar çıkmasını sağlamaları güç olduğu gibi (Bkz., TTK. 388, II, III), ellerindeki payların uygun zamanda devri esasen kendileri bakımından aynı sonucu doğurur.[254]

---

[251] Bu konularda Bkz., Lanz, s. 78-79

[252] Ancak kapital faiz getirisi elde edenler gibi, ortaklıkla sürekli ilişki içinde bulunan alacaklılar, ortaklığın devamında yarar görebilirler. Nitekim borca batıklık aşamasında bile yasakoyucu bu ihtimali düşünmüş ve alacaklıya iflâsın ertelenmesini isteme hakkı tanımıştır (TTK., m. 324. II.son cümle). Bkz., aşa., § 13, III, A.

[253] Bkz. ve karş., Lanz, s. 80.

[254] Bkz., Lanz., s. 80.

§ 7 ESAS SERMAYENİN ÜÇTE İKİSİ ORANINDA SERMAYE KAYBI

I - KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN KÖKENİ VE AMACI

İsviçre ve Alman Hukuklarında yer almayan bu düzenleme muhtemelen Eski Ticaret Kanunu'muzdan yürürlükteki hukuka geçmiştir.[1] Fakat şimdiki düzenlemeyle Eski Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin 325. maddesi arasında bazı farklar da vardır.[2] Eski metnin gözden geçirilerek yeniden kaleme alındığı anlaşılmaktadır.[3]

Eski Ticaret Kanunu'na İtalyan Hukukundan esinlenilerek böyle bir hükmün alındığı belirtilmiştir.[4] Gerçekten şimdiki İtalyan Medeni Kanunu'nun 2446 ve özellikle 2447. maddesiyle bizim 324. maddedeki 2/3 oranında sermaye kaybına ilişkin düzenleme arasında önemli benzerlikler vardır.[5] Bizdeki gibi, İtalyan Hukukunda da ileri derecede sermaye kaybı halinde genel kurulun almak zorunda olduğu kararlar alternatif olarak öngörülmüş ve genel kurulca karar alınmaması infisah yaptırımına bağlanmıştır.

Yukarıda Fransız hukukunu incelerken gördüğümüz gibi Fransız hukukunda da benzer hükümler vardır.[6] Sonuç olarak yasa koyucu 2/3 oranında sermaye kaybı için özel hükümler getirmekle İsviçre ve Alman Hukuklarından ayrılmış, İtalyan ve Fransız hukuk sistemlerindeki yasal düzenlemelere yaklaşmıştır. Fakat, belirtmek gerekir ki, bu hukuk sistemlerinde borca batıklık için özel tedbirler öngörülmemiş, önemli derecedeki sermaye kayıplarına hukuksal sonuçlar bağlanmakla yetinilmiştir.

---

1 Bu konuda Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s.89, IV-V, s. 174; **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 151; **Kayar**, s. 50.

2 Bkz., yuk. § 5, IV, A, 1.

3 **Tekinalp**, bu nedenle ETK. 325'in, TTK. 324.II'deki esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalmasına ilişkin düzenlemenin kaynağı olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 280. dipn. 1.

4 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s.89, IV-V, s. 174.

5 İtalyan Medeni kanunu'nun 2446. maddesine göre, esas sermayenin zararlar sonucu üçte birinden fazlası karşılıksız kaldığı takdirde özel tedbirler alınması gerekmektedir. 324. maddede ise esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması hali düzenlenmiştir. 2446. maddede anılan şart gerçekleşirse ortaklık yönetimi ilk başta sadece durumu genel kurula bildirmekle ve gözetim kurulu raporunu kurula sunmakla yetinir. Fakat ertesi iş yılında durumda bir değişiklik olmazsa esas sermayenin tespit edilen zarar miktarı kadar indirilmesi gerekir (m.2446.II). Sermaye indirimi gerçekleşmezse yönetim ve gözetim kurulu üyeleri tarafından mahkemeye sermaye indirimini sağlamak için başvuruda bulunulmalıdır. Yoksa bizdeki gibi infisah sonucu öngörülmemiştir.
Özellikle 2447. maddede öngörülen durum bizdeki düzenlemeye daha çok benzemektedir. Buna göre sermaye zararlar sonucu yasada öngörülen asgari sermaye miktarının üçte birinin altına inerse yönetim tarafından genel kurul toplantıya çağrılmak zorundadır. Genel kurul bu halde ya sermayenin zarar miktarınca indirimiyle birlikte aynı oranda arttırımına veya ortaklığın türünün değiştirilmesine karar vermelidir. Aksi takdirde ortaklık infisah eder.İtalyan Hukukundaki düzenleme hakkında Bkz., **Duss**, s.74 vd.; **Lanz**, s. 72 vd.

6 Bkz. yuk. § 5, III.

324. maddenin 2. fıkrasına göre, 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurulun ya sermayenin tamamlanmasına ya da kalan sermaye ile yetinmeye karar vermesi gerekir (c.2). Ortaklığın en üst organı olan genel kurulun dilediği şekilde karar verememesi anılan hükümde ortaklık dışı çıkarların da gözönüne alındığını göstermektedir. Bu oranda sermaye kaybı ortaklık alacaklıları için daha tehlikeli görülmüş[7] ve genel kurul alacaklıların korunması için alternatif olarak öngörülen kararlardan birini almaya zorlanmıştır.

2/3 oranında sermaye kaybı, alacaklıların çıkarı bakımından tehlikeli görülmüş olmakla birlikte, yasakoyucu bu aşamada dahi mali durumun iyileştirilmesi amacını ön planda tutmuştur. Gerçekten, yasanın üçüncü kişilerin çıkarlarının korunması amacıyla alınmasını emrettiği kararlar sonuçta mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerden ikisidir. Demekki, yasakoyucu bu aşamada temelde mali durumun iyileştirilmesi yoluyla alacaklıların çıkarlarını korumaya çalışmıştır. Gerçi yasakoyucu, sadece alacaklıları korumaya yönelik başka tedbirler de öngörmüştür. Bunlardan biri fesih davası açma hakkıdır (TTK., m. 436, 434, I, N.5). Ayrıca genel kurulun öngörülen kararlardan birini almaması infisah yaptırımına bağlanmıştır (TTK. m. 324.II, c.2, 434,I, N.3). Fakat bu tedbirlerin öngörülmesiyle güdülen amaç da aslında ortaklığı yasanın emrettiği iyileştirme tedbirlerinden birini almaya zorlamaktır.[8] Oysa borca batıklık durumunda alacaklılar ilke olarak iflâsın derhal açılması ve böylece zarar daha fazla büyümeden malvarlığının kendi aralarında eşit bir biçimde bölüşümü yoluyla korunmaktadırlar.[9]

II - DURUMUN TESPİTİ

Ortaklığın aciz halinde bulunduğunu gösteren emareler bulunması halinde yönetim kurulu aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilançosu düzenlemek zorundadır (TTK. 324.II, c.1) Bu bilanço hem esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması, hem de borca batıklığın tespiti yönünden temel oluşturur (c.2,3). Söze konu bilançoyu asıl olarak üçüncü bölümde inceleyeceğiz. Burada sadece 2/3 oranında sermaye kaybının tespitine özgü sorunlar üzerinde duracağız.

A- ARA BİLANÇONUN DÜZENLENMESİNİ GEREKTİREN NEDENLER

Maddenin lâfzına bakılırsa ara bilanço düzenlenmesini gerektiren neden „şirketin aciz halinde bulunduğunu gösteren emareler" in varlığıdır. Üçüncü bölümde

---

7 Bkz., **Arslanlı**, IV-V, s. 174; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 13; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 279.

8 Nitekim, aşağıda gerekçelerini açıklayacağımız gibi, genel kurul bir iyileştirme tedbiri olarak esas sermayenin bilanço açığı ölçüsünde indirimine karar vermişse alacaklılar fesih davası açamamalıdırlar. Fesih davası sadece ortaklığın yasanın öngördüğü tedbirlerden birini almamasının yaptırımıdır. Bkz., aşa. § 7, VII, A.

9 Bkz. aşa. özellikle § 9. Hatta borca batıklık aşamasında dahi iflâsın ertelenmesi kurumu, alacaklıların mali durumun iyileştirilmesi yoluyla korunmalarına imkân sağlamaktadır. Nitekim alacaklılara iflâsın ertelenmesini isteme hakkı tanınmıştır (TTK. m. 324, II, c. 5), Bkz. aşa. § 13, III, B.

gerekçeleriyle belirteceğimiz gibi,[10] maddede sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları düzenlendiği halde bunlardan farklı nitelik taşıyan aciz halinin, daha doğrusu aciz hali şüphesinin durumu tespit bakımından ölçüt kabul edilmesi terim seçimindeki bir hatadan ibarettir. Burada kasdedilen „Borca Batıklık Şüphesi"dir.

Sermaye kaybını doğuran nedenlerle borca batıklık nedenleri arasında nitelik yönünden değil sadece nicelik yönünden farklılık bulunmaktadır. Aynı şey sermaye kaybı ve borca batıklık şüphesi uyandıran belirtiler bakımından da söylenebilir. Nitekim bu nedenle borca batıklık şüphesini doğuran belirtiler yasakoyucu tarafından önemli ölçüdeki (en az 2/3 oranındaki) sermaye kaybı belirtileriyle aynı nitelikte görülmüştür. Yasakoyucu borca batıklık şüphesi üzerine bir ara bilanço düzenlenmesini emretmiş, bu bilançonun sergilediği duruma göre değişen hukuki sonuçlar öngörmüştür. Her iki yasal süreci başlatan aynı neden, „borca batıklık şüphesi"dir. Ne var ki bu şüphe üzerine düzenlenecek bilanço hem en az 2/3 oranındaki sermaye kaybını, hem de borca batıklığı tespit bakımından esas oluşturduğu için, borca batıklık şüphesi kavramı İsviçre hukukundan daha geniş yorumlanmalıdır. Gerçekten İsviçre hukukunda 2/3 oranında sermaye kaybına özel hukuki sonuçlar bağlanmadığından durum bizdekinden daha farklıdır. Yasa koyucu borca batıklığın tespiti bakımından İsviçre hukukundaki düzenlemeyi kabul etmiş, İtalyan ve Fransız hukuklarından esinlenerek getirdiği 2/3 oranında sermaye kaybına ilişkin hükmü de bu düzenlemeyle bağdaştırmaya çalışmıştır. Bu durumda en az 2/3 oranında sermaye kaybının varlığından şüphe edilen durumlarda da yönetim kurulunun bir ara bilançosu düzenlemekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.[11] Gerçi her iki durumun varlığını gösteren belirtiler arasında nitelik yönünden bir fark yoktur. Üçüncü bölümde borca batıklık belirtilerini ele alırken değineceğimiz gibi bu belirtilerin çoğunu nicelik bakımından kesin bir ayırıma tabi tutmak, yani bazılarında sadece borca batıklık diğerlerinde önemli boyutta sermaye kaybı şüphesi görmek de mümkün değildir. Fakat bizdeki düzenlemede şüphe üzerine hazırlanan bilanço 2/3 oranında sermaye kaybı için de esas oluşturduğuna göre, tereddüt halinde ara bilanço düzenlemekten kaçınmamak, bir kıyaslama yapmak gerekirse İsviçre'deki bir anonim ortaklığın yönetim kuruluna oranla daha erken bir tarihte harekete geçmek gerekir. Bunu şöylece formüle edebiliriz: Yönetim kurulu ortaklığın borca batıklığa doğru sürüklendiğinden şüphe ediyorsa aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço düzenlemek zorundadır. Bunun en somut ölçüsü ise, yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenmiş bir bilançonun 1/2' den daha yüksek bir oranda sermaye kaybı göstermesidir. [12] Özellikle aktiflerin mevcut piyasa değerlerinin defter değerlerinden çok yüksek olmadığı biliniyorsa gecikmeksizin aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço düzenlemek gerekir.[13]

---

[10] Bkz., aşa. § 10, I, B, 1.

[11] Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 172.

[12] Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 172; Aynı yönde **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 281.

[13] Bkz., aşa. § 10, I, B, 3.

B- ARA BİLANÇODA DEĞERLEMEYE VE ŞEKLE İLİŞKİN İLKELER

2/3 oranında sermaye kaybı aktiflerin satış fiyatlarının esas alındığı ara bilançodan tespit edilen (gerçek) öz kaynakların esas sermaye rakamı ile karşılaştırılması yoluyla belirlenir. Gerçek öz kaynaklar bu bilançodaki malvarlığının borçları aşan kısmıdır.[14] Ara bilançonun (borca batıklığı tespit bilançosunun) tâbi olduğu maddi ve şekli esasları üçüncü bölümde inceleyeceğimiz için burada sadece üçüncü bölüme yollamada bulunmakla yetiniyoruz.[15] Ancak belirtelim ki, bu bilançodan gerçek öz kaynaklar miktarını tespit etmek son derece kolaydır.[16]

Burada karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır. Acaba son yıllık bilanço veya anonim ortaklığın yıllık bilançosunun tâbi olduğu değerleme esaslarına göre düzenlenmiş bir ara bilanço 2/3 oranında sermaye kaybını gösteriyorsa genel kurul gene yasada alternatif olarak öngörülen kararlardan birini almak zorunda mıdır? Öğretide savunulan bir görüşe göre, hem yıllık bilanço, hem de aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilanço 2/3 oranındaki sermaye kaybı için yasada öngörülen tedbirlerin alınmasına temel oluşturur.[17] Daha yaygın olan görüşe göre ise, bu konuda sadece aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoya itibar edilmelidir.[18] Öncelikle birinci görüşe katılmadığımızı belirtelim. Bir kere, yıllık bilançoda görünen belli orandaki sermaye kaybı ile tasfiye değerlerinin esas alındığı bir bilançonun gösterdiği aynı orandaki sermaye kaybı mali durumdaki bozulmanın çok farklı iki aşamasını ifade eder. Örneğin, yıllık bilanço 2/3 oranında sermaye kaybı gösterirken aktiflerin satış fiyatlarının esas alındığı bir bilançoda sermaye kaybı ile dahi karşılaşılmayabilir. Hal böyle iken, anılan bilançoların her ikisinin de alternatif olarak 2/3 oranında sermaye kaybının tespitine ve buna bağlanan hukuki sonuçlara esas kabul edilmesi mümkün değildir Mantıken, ya her ikisinin de belli bir derecenin üstünde sermaye kaybı göstermesi aranmalıdır,[19] ya da bunlardan sadece biri 2/3 oranında sermaye kaybının tespitinde ölçü kabul edilmelidir. 324. madde karşısında sermaye kaybının tespitinde kümülatif olarak iki değerleme ölçüsünün şart kılındığını kabul etmek mümkün olmadığına göre iki tür değerleme yönteminden birini tercih etmekten başka çare kalmamaktadır. Kanımızca yasakoyucu burada tıpkı borca batıklığın tespitinde olduğu gibi yalnızca aktiflerin satış fiyatlarını ölçü kabul etmiştir. Sistematik ve amaçsal yorum yöntemleriyle bu sonuca varmak mümkündür. Şöyle ki:

---

[14] Bu öz kaynaklar miktarına her türlü yedek akçe de katılmış olmaktadır, Bkz., yuk. § 3, II, B, 3, c.

[15] Bkz., aşa. § 10, II ve III.

[16] Bkz., aşa. § 10, II, B.

[17] Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14; **Kayar**, s. 116; **Çevik**, AŞ., s. 525.

[18] Bkz., **Y.TD.** 2.4.1970 tarih ve 1123/1347sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 541 vd, **Eriş**, AŞ., s. 250-251; **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 172; **Domaniç**, AŞ., s. 539, 541; **Erem**, s. 134; **Eriş**, AŞ., s. 248; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 247; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız kalması, s. 279; **Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu**, s. 722. Bu yazarların çoğu, zaten durumun yıllık bilançodan tespiti üzerinde durmamışlardır.

[19] Nitekim İBK., m. 725.II hükmüne göre borca batıklık nedeniyle bildirim yükümlülüğünün doğması için durumun hem işletmenin devam değerlerine göre (*Fortführungswert*) hem de aktiflerin satış fiyatlarına göre düzenlenen bilançodan tespit edilmesi gerekir. Bkz., yuk., § 5, II, D, 1.

324. maddenin ilk fıkrasından, 1/2 oranında sermaye kaybının yıllık bilançodan tespiti gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Oysa maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde, durumdan şüphelenilmesi üzerine aktiflerin satış fiyatlarının esas alındığı bir ara bilançonun düzenleneceği öngörülmüştür. Aynı fıkrada hem 2/3 oranında sermaye kaybı, hem de borca batıklık halinde alınacak tedbirlere yer verilmiştir. Yasanın sistematiği durumun tespitinde geçerli olacak değerleme ilkeleri bakımından her iki fıkranın birbirinden bağımsız olduğunu göstermektedir.

Eğer yasakoyucu 2/3 oranında sermaye kaybı bakımından sadece ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi amacını güden tedbirler öngörseydi, sermaye kaybının tespitinde yıllık bilanço ilkelerinin esas alınması olması gereken hukuk açısından savunulabilirdi.[20] Oysa yasa bu derecedeki sermaye kaybı için alacaklıları korumaya yönelik önemli tedbirler öngörmüştür (Bkz., özellikle TTK., m. 436). Bu nedenle yasakoyucunun her iki fıkradaki değerleme ilkeleri bakımından yaptığı ayırım kendi içinde tutarlıdır. Alacaklıların haklarının bir tehlikeye maruz kaldığının kabul edilebilmesi bakımından cevaplanması gereken soru malvarlığının borçları ne ölçüde karşıladığıdır. Bu da aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenecek bir bilançodan anlaşılır. Aksi görüş, ortaklığı gereksiz yere infisah (TTK., m. 324.II, c.2, 434, I, N.3) ve fesih (TTK., m. 436, 434,I, N.5) yaptırımları ile karşı karşıya bırakır. Yıllık bilançosundaki öz kaynakları esas sermayenin üçte birini bulmayan bir ortaklığın net malvarlığı satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoya göre esas sermayenin çok üzerinde olduğu halde alacaklılara fesih davası açma hakkını tanımanın ne hükmün amacına ne de hakkaniyete uygun yönü vardır. Çünkü yıllık bilânçonun 2/3 oranında sermaye kaybı gösterdiği durumda kendiliğinden oluşan yedek akçeler başta olmak üzere her türlü yedek akçe alacaklılar için bir güvence oluşturmaktadır.[21] Alacaklıların tehlikeye maruz kalması, bütün bu yedekler göz önüne alınmasına rağmen en az 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı halinde söz konusu edilebilir. Alacaklılar için tehlike yoksa ortaklığın iyileştirme tedbirlerini devreye sokması kendi sorunudur. Nitekim yıllık bilançodan tespit edilen 1/2 oranında sermaye kaybında 324. madde ortaklığı belli bir yönde karar almaya zorlamamıştır.

Gerçi ileride göreceğimiz gibi, 2/3 oranında sermaye kaybı halinde de mali durumun iyileştirilmesi yıllık bilanço çerçevesinde gerçekleştirilecektir.[22] Çünkü ortaklığın yıllık bilançosunda öz kaynaklar – esas sermaye denkliği ancak bu yolla kurulabilecektir. Satış fiyatlarına göre bulunan açık ölçüsünde sermaye indirimi veya tamamlanması bu açıdan yeterli olmayacaktır. Ayrıca, burada alacaklıların korunmasından maksat fiilen haklarının ödenmesi değil, mali durumun iyileştirilmesi tedbir-

---

20 Nitekim APOK., § 92, I'de sermaye kaybının tespitinde esas alınacak değerleme ilkeleri hakkında tam bir açıklık bulunmamasına rağmen öğretide çoğunluk, konuya ilişkin düzenlemenin temelde mali durumun iyileştirilmesini amaçladığı düşüncesiyle yıllık bilanço ilkelerinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz., yuk., § 5, I, B. Alacaklıların çıkarı esas alınsaydı kendiliğinden oluşan gizli yedek akçeler de göz önünde bulundurulmak gerekirdi. Oysa iyileştirme ihtiyacının teşhisi bakımından önem taşıyan husus başarı durumunun (kârlılığın) kötüleşmesidir. Bu konularda Bkz., Örn. **Kupsch**, s. 275.

21 Bu konuda Bkz., **Koeferli**, s. 147-148; **Kupsch**, s. 275.

22 Bkz., aşa. § 7, V, VI.

lerinin devreye sokulmasıdır. Örneğin esas sermaye "yıllık bilançoya göre" tamamlandığı (öz kaynaklar esas sermaye düzeyine çıkarıldığı) zaman alacaklıların hukuki durumu da iyileştirilmiş olacaktır. Bu arada çözülmeyen gizli yedekler de alacaklılar için güvence oluşturmaya devam edecektir. Fakat, iyileştirme tedbirlerinin devreye sokulmamasına alacaklılar karışacaklarsa, fesih davası açabileceklerse bunun için ciddi bir neden olmalıdır. İşte bu da aktiflerin satış fiyatlarına göre düzenlenen bir bilançonun 2/3 oranında sermaye kaybı göstermesidir.

Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, son yıllık bilanço 2/3 oranında sermaye kaybı gösteriyorsa bu durum ortaklığın borca batıklığa doğru sürüklendiğini gösteren bir belirti sayılabilir (TTK., m. 324,II, c.1).[23]

III - GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

324. maddede, 1/2 oranında sermaye kaybına ilişkin düzenlemeden farklı olarak, 2/3 oranında sermaye kaybı halinde durumun genel kurula bildirileceği açıkça belirtilmemiştir. Ancak bu durumda genel kurul ya sermayenin tamamlanmasına ya da kalan sermaye ile yetinmeye karar vermek zorunda olduğuna göre (f.2, c.2), usulüne uygun olarak toplantıya davet edilmesi gerektiği (Bkz., TTK., m. 362 vd.) açıktır.[24] Çünkü genel kurul kural olarak kendiliğinden toplanan bir organ değildir. Bunun tek istisnası 370. maddede öngörülen durumdur. Bütün pay sahipleri hazır bulunmak koşuluyla çağrısız genel kurul yapılabilir.

A- ŞARTLARI

1- En Az 2/3 Oranında Sermaye Kaybının Varlığı

Yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağrı yükümlülüğünün doğması için en az 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı şarttır. Şüphesiz daha yüksek orandaki sermaye kayıplarında da 324. maddenin 2. fıkrası gereğince genel kurulun toplantıya çağrılması gerekir.[25] Ortaklığın öz kaynaklarını tamamen yitirdiği, fakat henüz borca batık halde olmadığı ara durumda da aynı esas geçerlidir.[26]

2/3 oranında sermaye kaybının aktiflerin satış fiyatlarının esas alındığı bir bilançodan tespiti gerekir. Yıllık bilanço 324. II maddesi gereğince genel kurulu toplantıya çağrı yükümlülüğünü doğurmaz.[27] Aktiflerin satış fiyatları esas alınmakla bütün gizli yedek akçeler hesaba katılmış olacağından burada gerçek (maddi) bir sermaye kaybı bildirim yükümlülüğünün temelini oluşturmaktadır.[28]

---

23 Bkz., yuk., § 7, II, A.
24 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 96; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s.13, sonn. 47; **Çevik**, AŞ., s. 1092.
25 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, sonn. 48.
26 Bu konuda Bkz., aşa. § 10, IV.
27 Bkz., yuk. § 7, II, B.
28 Bkz., yuk., § 3, II, C. Karş., § 6, IV, A, 1.

2- Ortaklığın Tasfiye Halinde Olmaması

Tasfiye halinde 2/3 oranında sermaye kaybına bağlanan tedbirlerin uygulanması mümkün değildir. Çünkü esasen ortaklık sona ermiş durumdadır. Bu nedenle infisah (TTK. m. 324, II, c.2, 434,I, N.3) ve fesih (TTK. m. 436, 434,I,N.5) yaptırımlarının bir anlamı kalmamıştır. Ayrıca tasfiye aşamasında ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi amacıyla yasada alternatif olarak öngörülen esas sermayenin indirimine[29] veya tamamlanmasına ilişkin kararların alınması mümkün değildir. Çünkü bu işlemler tasfiye amacının Bkz., TTK. m. 439,II) dışındadır.[30]

B- GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRACAK ORGAN VE KİŞİLER

1- Yönetim Kurulu

Bu konuda 6. paragrafta yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir. İlgili kısma yollamada bulunmakla yetiniyoruz.[31]

2- Denetçiler

Kanımızca düzenlenen ara bilanço 2/3 oranında sermaye kaybı göstermesine rağmen yönetim kurulunun harekete geçmemesi Türk Ticaret Kanunu'nun 355. maddesi anlamında zorunlu ve ivedi bir durumdur. Bu nedenle denetçiler ayrıca yönetim kuruluna başvuruda bulunmaksızın doğrudan doğruya genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilirler.

3- Azınlık

Bu konuda da 6. paragrafta yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir. İlgili kısma yollamada bulunmakla yetiniyoruz.[32]

C- ÇAĞRI ZAMANI

Yönetim kurulu 2/3 oranında sermaye kaybını tespit eder etmez derhal genel kurulu toplantıya çağırmak zorundadır.[33] Gerçi yukarıda belirttiğimiz gibi yasa koyucu yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağrı yükümlülüğünden dahi açıkça

---

29 İsviçre Hukukunda belli şartlarda, özellikle tasfiyenin uzun sürmesi halinde, genel kurulun esas sermaye indirimine karar verebileceği kabul edilmekle birlikte bu durumda sermaye indirimi mali durumun iyileştirilmesine yönelik değildir. Bkz. Örn. **Steiger**, s. 401.

30 Bkz.. **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 492; **İzmirli**, s. 20-21; **Mosimann**, s. 20. Öğretide tartışılan tasfite halinden dönülüp dönülüp dönülmeyeceği sorunu vardığımız sonuçla ilgili değildir. Tasfiye halindeyken TTK. 324 anlamında iyileştirme tedbirlerinin uygulanması için karar almak tasfiye amacıyla bağdaşmamaktadır.

31 Bkz., yuk. § 6, IV, C, 1.

32 Bkz., yuk. § 6, IV, C, 3.

33 Bkz. bu yönde **Kayar**, s. 157; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 708.

söz etmemiştir. Fakat 2/3 oranında sermaye kaybı durumunda ortaklığın geleceği hakkında karar vermek yetkisi kesin olarak genel kuruldadır. Bu nedenle yönetim kurulunun bazı iyileştirme tedbirlerini devreye sokarak toplantıya çağrıyı geciktirmesi mümkün değildir.

Yönetim kurulunun yasada öngörülen kararlardan birinin genel kurulca alınabilmesi için gerekli ön işlemleri tamamlaması gerektiğinden,[34] derhal toplantıya çağrıdan maksat, genel kurulu toplantıya çağrının kusurlu olarak geciktirilmemesidir.

2/3 oranında sermaye kaybı, herhangi bir tarihte durumdan şüphelenilmesi üzerine düzenlenen ve yıllık bilanço esaslarına tabi olmayan bir ara bilançodan tespit edileceği için yönetim kurulu çoğu kez genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmak zorunda kalacaktır. Ancak yönetim kurulu özellikle yıllık bilançonun gösterdiği ileri derecedeki sermaye kaybından şüphelenerek dönem sonunda ayrıca aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço düzenlemişse konunun olağan genel kurul gündemine alınması da mümkündür (Bkz., TTK., m. 369.I, N.5).

D- YÖNETIM KURULUNCA GENEL KURULA HAZIRLIK İŞLEMLERİNİN YAPILMASI

1- Gündemin Belirlenmesi

Toplantının zorunlu gündem maddesi, 2/3 oranında sermaye kaybının bildirilmesi[35] ve esas sermayenin tamamlanması veya kalan sermaye ile yetinilmesi konularının görüşülüp karara bağlanmasıdır. Asgari gündem tıpkı olağan genel kurul toplantısında olduğu gibi (Bkz., TTK., m. 369) yasayla belirlenmiştir.[36]

Acaba yönetim kurulu, gündeme sermayenin tamamlanması veya mevcut sermaye ile yetinme hususunda karar alınacağına ilişkin bir madde koymak zorunda mıdır? Böyle bir madde konulmasa da, sadece sermaye kaybı bildirilmekle genel kurul 324. maddede öngörülen tedbirlerden birini görüşüp karara bağlayabilir mi?

Bir görüşe göre yönetim kurulunun gündeme böyle bir madde koymasına gerek yoktur.[37] Çünkü bu toplantının gündemi bizzat yasa tarafından belirlenmiştir. Bu hususlar görüşülüp karara bağlanmadıkça başka bir karar alınması mümkün değildir.

Diğer bir görüşe göre ise, yönetim kurulu toplantı gündemine 324. maddede öngörülen alternatiflerden her ikisini de koymak zorundadır.[38] Hatta genel kurul gündeminde genel kurul toplanamadığı ve yasada öngörülen kararları almadığı tak-

---

34 Bkz., aşa. § 7, V, C.

35 Maddede bu konuda açıklık olmamakla birlikte, gündemde sadece sermayenin tamamlanması veya esas sermaye indirimi (Bkz. aşa. § 7, IV, B, 1) kararlarından birinin alınacağı belirtilmekle yetinilemez. Ayrıca, 2/3 oranında sermaye kaybının mevcut olduğu, bu nedenle yasa gereği iki karardan birinin alınması gerektiği pay sahiplerine duyurulmalıdır.

36 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 96; **Erem**, s. 134; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 463; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14-15; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 247.

37 Bkz., **Kayar**, s. 157.

38 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15.

dirde ortaklığın feshedilmiş sayılacağının belirtilmesi, pay sahiplerinin konunun önemini kavrayabilmeleri bakımından uygun olur.[39]

Kanımızca ikinci görüş doğrudur. Toplantının asgari gündeminin yasayla belirlendiği konusunda esasen bir tartışma bulunmamaktadır. Fakat olağan genel kurulun asgari muhtevası da yasayla belirlendiği halde (TTK., m. 369.I) yasada öngörülen bu zorunlu gündemin ayrıca genel kurul gündemine alınması ve pay sahiplerine duyurulması gerekir. Yasada belirtilen gündem maddeleri gündeme bağlılık ilkesinin istisnaları değildirler. Yönetim kurulu sermayenin tamamlanması veya kalan üçte bir sermaye ile yetinme konusunda karar alınacağını gündeme yazmazsa genel kurul bu konuda karar alamaz. Bu durumda genel kurulun yeniden toplantıya çağrılması gerekir. Yönetim kurulu gecikmeden doğan zararlardan sorumlu olur.

Ayrıca yönetim kurulu, toplantıya çağrı sırasında genel kurulca yasada belirtilen kararlardan birisi alınmadığı takdirde ortaklığın infisah edeceği hususunu pay sahiplerine duyurmalıdır. 320. maddede öngörülen özen borcunun böyle bir yorumu haklı kıldığı kanısındayız.

2- Genel Kurulun Karar Alabilmesi için Gerekli Ön İşlemlerinin Tamamlanması

Genel kurulun yasada alternatif olarak sayılan kararlardan birini alabilmesi için yönetim kurulunca bazı ön işlemlerin yapılması gereklidir. Aşağıda alınabilecek kararları ayrı ayrı incelerken bu ön işlemleri de ayrıntılı olarak ele alacağız.

IV - DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ VE ALINABİLECEK KARARLAR

A- DURUMUN GENEL KURULA BİLDİRİLMESİ

Genel kurul toplantısında herşeyden önce sermaye kaybı hakkında ayrıntılı bilgi verilmelidir.

Öncelikle, 1/2 oranında sermaye kaybında olduğu gibi, yönetim kurulu hazırlamış olduğu bilançoyu genel kurula sunmalı ve gerekli açıklamaları yapmalıdır.

Ayrıca, yönetim kurulu, genel kurula sunulmak üzere malvarlığı durumu hakkında özel bir rapor hazırlamalı ve mali durumun hangi yolla iyileştirileceği konusundaki görüşlerini raporunda belirtmelidir.

B- ALINABİLECEK KARARLAR

324. maddede, 2/3 oranında sermaye kaybı durumunda sadece yönetim kuruluna değil, genel kurula da bir yükümlülük getirilmiştir.[40] Anılan maddenin 2. fık-

---

[39] Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15.

[40] Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722.

rasında, genel kurulun alabileceği kararlar alternatif olarak sayılmıştır. Genel kurul öncelikle ya sermayenin tamamlanmasına ya da kalan üçte bir sermaye ile yetinmeye karar vermek zorundadır (c.2). Aksi takdirde ortaklık infisah eder.

Fakat alternatif olarak öngörülen kararlardan biri alındıktan sonra gündemde madde bulunmak koşuluyla genel kurulca mali durumun iyileştirilmesine yönelik başka kararların alınması da mümkündür.[41]

Yasada açıkça belirtilmemekle birlikte genel kurulun bu durumda ortaklığın feshine de karar verebileceği açıktır (Karş., ETK., m. 325).[42] Çünkü esasen yasada sınırlı olarak sayılan kararlardan birinin alınmamasının yaptırımı infisah olarak öngörülmüştür. Mali durumun iyileştirilmesini ve işletme faaliyetine devamı arzu etmeyen genel kurul yasa gereği ortaklığın sona ermesini beklemek zorunda değildir. Kendisi de fesih kararı verebilir. Sonuçta her iki halde de ortaklık Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tasfiye aşamasına girmektedir.

Görüldüğü gibi 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurul dilediği iyileştirme tedbiri hakkında karar verememektedir. Daha doğrusu öncelikle yasada öngörülen kararlardan birini alması gerekmektedir. Fakat yasakoyucu alınabilecek kararları Türk Ticaret Kanunu'nun başka hiç bir maddesinde rastlanmayan terimlerle ifade etmiştir. Bu durum öğretide ve yargı kararlarında tereddütlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Gerçekten „Sermayenin Tamamlanması" ve „Kalan Üçte Bir Sermaye ile İktifa" kararları neyi ifade etmektedir? Aşağıda, öncelikle öğreti ve yargı kararlarındaki görüşler doğrultusunda bu soruya cevap verilecek, daha sonra vardığımız sonuç çerçevesinde alınabilecek kararlar ayrı ayrı incelenecektir.

1- Kalan Üçte Bir Sermaye ile Yetinmenin Anlamı

Burada kasdedilen sermaye öz sermayedir. 2/3 oranında sermaye kaybı halinde öz kaynaklar esas sermayenin en az üçte ikisi düzeyinde azalmıştır. Kalan öz kaynakların mutlaka esas sermayenin üçte biri olması gerekmez. Çoğu kez öz kaynaklar bu düzeyin de altına iner. Bu nedenle maddede geçen „kalan üçte bir sermayeyle yetinme" ifadesini „kalan sermaye ile yetinme" biçiminde anlamak gerekir.[43]

Bu alternatifte öz sermayenin esas sermaye düzeyine çıkarılması gerekmemekte, tersine öz kaynaklar olduğu gibi bırakılmaktadır. Acaba genel kurul hiçbir işlem yapmaksızın sadece mevcut öz sermaye ile yetinileceğine karar vermekle yasada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmiş olur mu? Yargıtay ve öğretide çoğunluk haklı olarak bu soruya olumsuz cevap vermekte ve üçte bir sermaye ile yetinme kararının Türk Ticaret Kanunu'nun 397.II. maddesi anlamında bir „basitleştirilmiş" esas sermaye indirimi kararı olduğunu belirtmektedir.[44] Bu görüşün gerekçeleri şöyle

---

41 Bkz., **Kayar**, s. 157.

42 Bkz., **Y.TD.** 2.4.1970 tarih ve 1123/1347sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 250-251. Aynı yönde **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 195 ve s. 399.

43 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, sonn. 48; **Kayar**, s. 194.

44 Bkz., **Y. TD.**, 2.4.1970, 1123/1347 sayılı kararı, Karar için Bkz., **Domaniç**, s. 541 vd, **Eriş**, AŞ., s. 250-251; **Y. Y. TD.**, 2. 4. 1970 tarih ve 114/1348 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 541

sıralanabilir: Anılan durumda ortaklığın net malvarlığı fiilen üçte bir düzeyine inmiş olduğundan esas sermaye indirimi alacaklıların hukuki durumunun kötüleşmesi sonucunu doğurmaz.[45] Tersine, esas sermaye olduğu gibi bırakılırsa üçüncü kişiler ortaklığın malvarlığı durumu hakkında hataya düşebilirler.[46] Ayrıca, esas sermaye indirimine karşın ortaklık alacaklılarına fesih davası açma hakkı tanınmıştır (TTK., m. 436). Bu bakımdan alacaklılar yeterince korunmaktadır. Oysa pay sahiplerinin çıkarlarının korunması için esas sermaye indirimi yapılması zorunludur.[47] Çünkü pay sahipleri zararlar sonucu oluşan bilanço açığı kapatılmadıkça kâr payı alamazlar.[48]

Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, kalan üçte bir sermaye ile yetinme kararı esas sermaye indirimi biçiminde yorumlanamaz.[49] Çünkü esas sermaye indirimi pay sahipleri lehine, ortaklık alacaklıları aleyhine sonuçlar doğurur. Esas sermaye indirimi kararıyla birlikte pay sahipleri kâr payı alma imkânına kavuşurlar. Böylece alacaklıların güvencesi azalır. Yasa koyucunun niyeti esas sermaye indirimi olsaydı, bunu açıkça belirtebilirdi. Genel kurul kalan sermaye ile yetinme kararı almışsa bu karar ortaklığın kendini kurtarmak için bir yardıma ihtiyacı yok anlamındadır. Borca batıklık halinde iyileştirme imkanı nedeniyle nasıl iflâs kararı ertelenebiliyorsa, sermayesinin bir kısmı halâ mevcut bir ortaklık için bu ümit evleviyetle mevcut sayılmalıdır. Öte yandan bu karar sermaye indirimi biçiminde yorumlanırsa indirim ve tamamlama kararlarının bir arada öngörülmesi bir çelişkiyi ifade eder. Bütün bu nedenlerle kalan üçte bir sermaye ile yetinme kararını mevcut durumun olduğu gibi bırakılması biçiminde yorumlamak gerekir.

Kanımızca çoğunluk görüşü doğrudur. Genel kurul esas sermayeyi öz kaynaklar düzeyine indirmedikçe fiili durumda bir değişiklik olmaz. Bu da 324. maddenin konuya ilişkin düzenlemesinin anlamını yitirmesi demektir. Mevcut durum olduğu gibi bırakılacaksa genel kurulun belli bir yönde karar almamasını infisah yaptırımına bağlamanın gerekçesini açıklamak mümkün değildir. 324. madde alacaklıların çıkarı ihlal edilmemek koşuluyla ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesini amaçlamaktadır. Esas sermayenin bilanço açığı (sermaye kaybı) ölçüsünde indirilmesine basitleştirilmiş sermaye indirimi adı verilmekte ve bu işlem salt bilançosal nitelikteki mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri arasında gösterilmektedir.[50] İsviçre hukukun-

---

vd; **Ansay**, AŞ., s. 221; **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97, IV-V, s. 174, Ancak yazarın görüşü çok açık değildir. Kitabının bir yerinde de bazı hallerde sermaye indirimine gerek olmaksızın sadece mevcut sermaye ile yetinilmesine karar verilebileceğini (kesin ifadeler kullanmaktan kaçınarak) savunmaktadır, AŞ.,I,s. 98; **Çevik**, AŞ., s. 441; **Domaniç**, AŞ., s. 539; **Erem**, s. 134, dipn.22; **Hirsch/Tekinalp**, s. 185, N. 8; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 459 vd, 463; **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 85, 387; **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 151; **Kayar**, s. 194; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 247; **Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu**, s. 720; **Tosbi**, s. 145.

45 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 118; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 463; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 673-674.

46 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97.

47 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 174; **Erem**, s. 147; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 458, 459.

48 Bu konuda Bkz., yuk. § 3, II, C.

49 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14-15 ve sonn. 54.

50 Bkz., yuk., § 4, III, B, 1, b.

da dar anlamıyla mali durumun iyileştirilmesi çoğu kez basitleştirilmiş sermaye indirimiyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.[51] Anılan işlemin Türk Hukukunda da bir mali durumun iyileştirilmesi tedbiri olarak kabul edildiğinin en önemli kanıtı 399. maddenin 3. fıkrasıdır. Söze konu hükümde hisse senetlerinin nominal değerinin „şirketin müşkülleşmiş olan mali vaziyetinin ıslahı için" 500 TL.'nin altına indirilebileceği belirtilmiştir. Bu hüküm sermaye kaybını bilançodan atmak amacıyla yapılan esas sermaye indirimi sırasında bir indirim yöntemi olarak hisse senetlerinin nominal değerlerinin düşürülmesiyle ilgilidir.[52] Yasakoyucu bu işlemi açıkça bir „iyileştirme" (ıslah) olarak kabul etmiştir. Basitleştirilmiş sermaye indirimi en yaygın esas sermaye indirimi usulü durumundadır.[53] Bu sayede pay sahipleri yeniden kâr payı alabilmekte, dolayısıyla ortaklığın işletme faaliyetinin devamına olan ilgileri artmaktadır. Ayrıca esas sermayenin net malvarlığı düzeyine indirilmesi, kamuyu aydınlatma ilkesine de uygundur. Böylece üçüncü kişilerin ortaklığın malvarlığı durumu hakkında yanılgıya düşmelerinin önüne geçilmektedir.[54] Sonuçta, kanımızca sermayenin tamamlanması ve esas sermaye indiriminin alternatif olarak öngörülmesinde bir çelişki yoktur. Her ikisi de mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri arasındadır.

Mali durumun iyileştirilmesini amaçlayan böyle bir işlemin alacaklıların çıkarını da zedelemeyeceği kanısındayız. Aşağıda bu konuyu daha yakından ele alacağız.[55] Yalnız burada şunu belirtelim ki, kalan sermaye ile yetinme kararının esas sermaye indirimi olarak yorumlanması, yasakoyucunun iradesine aykırı düşmemektedir: Çünkü, yasa koyucu sermaye kaybı halinde uygulanan basitleştirilmiş esas sermaye indirimi usulünde alacaklılara zaten herhangi bir itiraz hakkı tanımamıştır (Bkz., TTK., m. 397.II), Bu nedenle bu yoruma karşı yapılan eleştiri aslında pekalâ basitleştirilmiş esas sermaye indirimi usulünün tümüne de yöneltilebilir. Gerçekten sermaye kaybı 2/3 oranında değil de örneğin 1/2 oranında olduğu takdirde yapılan sermaye indirimi sonucu pay sahipleri yeniden kâr payı alma hakkını elde edecekler, alacaklılar da bu nedenle zarara uğrayabileceklerini öne sürerek bir itirazda bulunamayacaklardır. O halde yasakoyucu genel olarak basitleştirilmiş sermaye indirimi usulünü alacaklılar için bir tehlike olarak görmemiştir.

2- Sermayenin Tamamlanmasının Anlamı

a) Öğretideki Görüşler

Sermayenin tamamlanmasıyla neyin kasdedildiği öğretide tartışılmıştır. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, sermayenin tamamlanmasından kasıt esas sermaye arttırı-

---

51 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 5; özellikle **Degiacomi**, s. 3 vd.

52 Bkz., aşa., § 7, V, E, 2. a.

53 Bkz., **Ansay**, AŞ., s. 222; **Arslanlı**, AŞ., 1; s. 118-119; **Erem**, s. 146 vd.; **Guhl**, s. 63; **Hirş**, s. 274; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 459 vd.; **Birkaş**, s. 128; İndirilen esas sermaye karşılığı aktifin iadesi yoluyla (olağan) sermaye indirimi uygulamada çok rastlanan bir usul değildir, **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 458; **Hirş**, s. 273.

54 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97; **Çevik**, AŞ., s. 527.

55 Bkz., aşa. § 7, V, A.

mıdır.[56] En azından esas sermaye arttırımı sermayenin tamamlanması yollarından biridir. Bu görüş kabul edildiği takdirde bilançonun zarar kaleminden tam olarak arındırılması, başka bir deyişle öz kaynaklar-esas sermaye denkliğinin sağlanması, sermayenin tamamlanması işleminin bir unsuru olmaktan çıkarılmaktadır. Zararın kısmen bilançodan silinmesi ve sermaye kaybının 2/3 oranının altına çekilmesi yeterli görülmektedir. Fakat bu görüşü savunan yazarların doyurucu bir gerekçe gösterdikleri söylenemez. Sadece *Domaniç* meydana gelen zararı „daha az'a" indirmek için bu yolun tercih edilebileceğini belirtmektedir.[57]

Buna karşılık öğretide çoğunluk[58] tarafından kabul edildiği üzere esas sermayenin arttırılması kararı sermayenin tamamlanması demek değildir. Çünkü bu kararın uygulanması durumunda hiçbir zaman öz kaynaklar esas sermaye düzeyine çıkarılmış olmaz. Bu durumda payın fiili değeri nominal değerinin altında olur. Alacaklılar ve yeni pay sahipleri yanılgıya düşebilirler. Ayrıca esas sermaye ortaklık alacaklılarının asgari teminatı olduğundan öz kaynaklar – esas sermaye denkliğinin sağlanması zorunludur. Bu nedenle genel kurul 2/3 oranında sermaye kaybı halinde mücerret esas sermayenin arttırımına karar veremez. Bunun için ya önce esas sermaye bilanço açığı (sermaye kaybı) ölçüsünde indirilmeli, ya da esas sermaye indirimi ve artırımı eş zamanlı olarak gerçekleştirilmelidir (TTK. m. 396.I, c.1). Sermaye bu yolla tamamlanabileceği gibi, pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması da aynı sonucu doğurur.

İkinci görüşü savunan yazarlardan *Arslanlı*'ya göre, sermayenin kısmen tamamlanması 324. maddenin 2. fıkrasına aykırı düşmez.[59] Çünkü anılan madde uyarınca genel kurul kalan sermaye ile yetinme kararı vermeye yetkili olduğundan kısmi tamamlamaya da yetkili sayılmalıdır.

b) Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın bu konudaki görüşü birkaç kez değişikliğe uğramış, sonuçta sermayenin tamamlanmasının esas sermaye arttırımı anlamına gelmeyeceği görüşü ağırlık kazanmıştır. Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 2.4.1970 tarihli bir kararında[60] özetle şu görüşlere yer verilmekteydi: 324.II maddesi emredici nitelikte olduğundan mahkemece kendiliğinden gözetilir. Genel kurulca bu maddede öngörülen alternatiflerden başka bir karar alınamaz. Sermayenin tamamlanması kararı bir sermaye arttı-

---

56 Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 539 vd.; **Doğanay**, s. 842; **Birkaş**, s. 100; **Çevik**, AŞ., s. 441.

57 Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 541.

58 Bkz., **Erem**, s. 134; **Hirsch/Tekinalp**, s. 185, N. 8; **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 151-152; **Kayar**, s. 157, 185; **Moroğlu**, Esas Sermaye Arttırımı, s. 77; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14,ayrıca Bkz., sonn. 53; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 195, 247; 430; **Tekil**, AŞ., s. 249; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 599-600; **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 306;

59 Bkz., **Arslanlı**, yazara göre, pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması için gerekli oybirliği sağlanamıyorsa genel kurul „zıyaa uğrayan sermayenin bir kısmının iblağına da" karar verebilir, AŞ., I, s. 97.

60 Bkz., **Y.TD.** 2.4.1970 tarih ve 1123/1347sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 541 vd, **Eriş**, AŞ., s. 250-251; **Y. Y. TD.**, 2. 4. 1970 tarih ve 114/1348 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 541 vd.

rımı kararı olarak nitelendirilemez. Böyle bir yorum hem pay sahipleri, hem de ortaklık alacaklıları aleyhinedir.

Öğretide bu karar genellikle olumlu karşılanmışken[61] Yargıtay daha sonraki bir kararında bu görüşünü terketmiştir. 11. Hukuk Dairesi'nin 7.6.1982 tarihli kararında[62] 2/3 oranında sermaye kaybı halinde sermaye arttırımı yoluna giden bir anonim ortaklığın bu maddede öngörülen durumdan kurtulacağı dolayısıyla artık bu ortaklık için ne 324.II ne de 434.I (N.3) ve 436. maddelerinin uygulanabileceği belirtilmektedir.

Yargıtay'ın daha sonra yeniden eski görüşüne döndüğü anlaşılmaktadır. 11. Hukuk Dairesi'nin 22.10.1991 tarihli kararında,[63] 324. madde kapsamına giren durumlarda genel kurulun esas sermaye arttırımına karar vermesi halinde bu kararın iptalinin istenebileceği belirtilmektedir. Anılan Dairenin 18.6.1991ve 23.6.1994 tarihli kararlarında da, esas sermaye artırımının 324. maddenin 2. fıkrası anlamında sermayenin tamamlanması anlamına gelmeyeceği, dolayısıyla 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurulun sermaye artırımı kararı alamayacağı görüşü tekrarlanmıştır.[64]

c) Görüşümüz

Kanımızca da sermayenin tamamlanması kararı esas sermaye artırımı kararından titizlikle ayrılmalıdır. Burada kasdedilen sermaye de -tıpkı kalan üçte bir sermaye ile yetinme kararında olduğu gibi- öz sermayedir. Esas sermaye sabit bir rakam olduğuna göre, tamamlanmasından değil, olsa olsa arttırımından söz edilebilir. Öz sermayenin tamamlanması ise en az esas sermaye düzeyine çıkarılması, böylece hem bilançonun zararlardan arındırılması, hem de esas sermaye karşılığının aktif tarafa tam olarak getirilmesi anlamına gelmektedir.[65] Bu ise çeşitli genel kurul kararlarının uygulanmasıyla sağlanabilir. Başka bir deyişle genel kurul sermayenin tamamlanması alternatifini seçerse bunu gerçekleştirmek için birkaç çeşit kararı alabilir. Aşağıda ayrıntılarıyla belirteceğimiz gibi, bu karar pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılmasına veya esas sermayenin aynı oranda ve eş zamanlı olarak indirim ve arttırımına ilişkin olabilir.[66]

Sermayenin tamamlanması kararının esas sermaye arttırımı biçiminde yorumlanması hem pay sahiplerinin hem de ortaklık alacaklılarının çıkarlarını zedeler.[67] Gerçekten Yargıtay Ticaret Dairesinin yukarıda değinilen 2.4.1970 tarihli kararında belirtildiği gibi, sermaye arttırımıyla öz kaynaklar esas sermaye düzeyine

---

61 Bkz., **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 151-152; **Moroğlu**, s. 77; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 430; **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 306; Karş., **Domaniç**, AŞ., s. 541.

62 Bkz., **Y. 11.HD.**, 7.6.1982 tarih ve 2820/2734 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Başbuğoğlu**, s. 463-464

63 Bkz., **Y. 11.HD.**, 22. 10. 1991, 1171/5380 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 538.

64 **Y. 11. HD.**, 18.6.1991 tarih ve 3210/4246 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 538; **Y. 11.HD.**'nin 23.6.1994 tarih ve 7296/5353 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 253-254.

65 Kuruluş veya sermaye arttırımı sırasında katılma paylarının ödenmesi suretiyle esas sermaye karşılığı malvarlığı değerinin ortaklığa getirilmesi bu anlamda sermayenin tamamlanması değildir.Bkz., **Kayar**, s. 185.

66 Bkz., aşa. § 7, VI, A.B.

67 Bkz., **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 152; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14.

çıkarılmamış olacağından hisse senetlerinin fiili değeri gene nominal değerinin altında kalacaktır. [68] Gerçi fiili değerde eskisine oranla bir artış gerçekleşecektir. Ancak bu artış dolayısıyla eski pay sahipleri kârlı duruma gelirken, yeni pay sahipleri bundan zararlı çıkacaklardır. İtibari değerin altında bir bedelle hisse senedi ihracı mümkün olmadığından bu haksızlığa bir çözüm bulmak mümkün görünmemektedir. Alacaklılar da ortaklığın net malvarlığının en az esas sermaye düzeyinde olduğunu sanarak yanılabileceklerdir. Ayrıca henüz sermaye kaybı tam olarak giderilmediğinden bilanço açığı tam olarak kapatılmadıkça pay sahipleri kâr payı alamayacaklardır. Bu durumda sermaye arttırımı mümkün görülse bile ortaklığa yeni pay sahipleri bularak sermaye arttırımını gerçekleştirmek çoğu kez mümkün olmayacaktır.[69]

Acaba 2/3 oranında sermaye kaybına rağmen genel kurulca sermaye artırımı kararı verilmesinin yaptırımı nedir? Bir görüşe göre,[70] bu durumda sermaye arttırımı kararının iptali için dava açılması gerekir (Bkz., TTK., m. 381). Diğer bir görüşe göre ise böyle bir genel kurul kararına karşı iptal davası açılmasına gerek yoktur. Alınan karar 324. maddeye aykırı olduğundan hükümsüzdür.[71] Kanımızca da verilen sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararının hükümsüz (bâtıl).olduğu kabul edilmelidir. O halde bu karara karşı hükümsüzlüğün tespiti davasının açılması yeterlidir. Çünkü 324. maddenin 2. fıkrası, 2/3 oranında sermaye kaybı halinde alacaklılar başta olmak üzere üçüncü kişilerin ve kamunun çıkarlarını koruyan -Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi anlamında- emredici nitelikte bir hüküm getirmekte,[72] genel kurulun mutlaka yasada öngörülen kararlardan birini almasını istemektedir. Alternatif olarak getirilen kararlardan birinin alınmamasının yaptırımı da hükmün amacına uygun olarak fesih davası açılması değil, ortaklığın infisah etmesidir. Aynı nedenle yasada belirtilenler dışında alınan kararların iptali için de bir dava açılması zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Hatta yasada öngörülen kararlardan biri alınmamakla ortaklık infisah ederek tasfiye aşamasına girdiğinden alınan sermaye arttırımı kararının yok hükmünde olduğu dahi düşünülebilir. Çünkü tasfiye aşamasında ortaklığın hak ehliyeti tasfiye amacı ile sınırlandığından esas sermaye arttırımına karar verilmesi mümkün değildir.[73] Fakat ortaklığın esas sermaye arttırımı kararıyla birlikte (aynı anda) infisah ettiği düşünülürse burada butlan yaptırımının varlığını kabul etmenin daha doğru olacağı kanısındayız. Her iki yaptırım arasındaki fark burada teorik düzeyde kalmaktadır. Sonuçta anonim ortaklık almış olduğu sermaye arttırımı kararını icra edemeyecektir.

---

68 Bkz., yuk. dipn. 60'ta anılan **Y.TD.** 2.4.1970 tarihli Kararı.

69 Bkz. **Böckli**, yazar özellikle itibari değerin altında hisse senedi ihracının (*Unterpari Emission*) yasak olduğuna işaret ederek sermaye kaybı halinde sermaye artırımını gerçekleştirmenin pratikte imkânsız olduğunu belirtmektedir, Yazara göre bu durumda yapılacak iş, sermaye indirimi ve artırımını eş zamanlı olarak gerçekleştirmektir (Bkz., İBK., m. 732, I, c.1) Bu konuda Bkz. **Böckli**, s. 227. Ayrıca Bkz. yuk. § 6, V, B, 1.

70 Bkz., yuk. dipn. 63'de anılan **11.HD.**'nin 22.10.1991 tarihli Kararları; **Kayar**, s. 157.

71 Bkz., yuk. dipn. 60'ta anılan **Y.TD.**'nin 2.4.1970 tarihli Kararı, **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 195.

72 Bu konuda Bkz., **Arslanlı**, ancak yazar bu anlamda mutlak emredici hükümler arasında TTK., m. 324.II'yi saymamıştır, II-III, s. 79.

73 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s.645; **Siegwart**, OR. Art. 650, N.1;

Bu durumda hukuki yararı olan herkes, hem ortaklığın feshedilmiş sayıldığının, hem de alınan esas sermaye arttırımı kararının hükümsüz olduğunun tespiti için dava açabilecektir.

Fakat aşağıda göreceğimiz gibi, ortaklığın infisahı ancak durum tespit edilip genel kurul 324. madde gereğince karar almak üzere toplantıya çağrıldığı takdirde söz konusu olabilir.[74] 2/3 oranında sermaye kaybı henüz tespit edilmemişken, genel kurul esas sermaye arttırımına karar verirse ilgililer sadece artırım kararının bâtıl olduğunun tespitini isteyebilirler. Bu durumda ortaklık kendiliğinden feshedilmiş sayılamaz. Mahkeme, bilirkişi aracılığıyla ortaklığın malvarlığı durumunu tespit ettirir.[75] Eğer aktiflerin satış fiyatları üzerinden yapılan değerlemeye göre 2/3 oranında sermaye kaybının mevcut olduğu ortaya çıkarsa, genel kurulca karar alınırken bu husus bilinmemesine karşın alınan kararın bâtıl olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçi 2/3 oranında sermaye kaybı genel kurulun önüne getirilmediği için infisah söz konusu olmaz. Ancak genel kurul bu malvarlığı durumuyla esas sermaye arttırımına karar veremez. Çünkü yasa koyucu üçüncü kişilerin çıkarlarını dikkate alarak bu halde esas sermaye arttırımı yapılmasını istememiştir. Ortaklığın durumu zamanında tespit etmemesi kendi lehine sonuç doğuramaz. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.[76] Yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler, durumu zamanında tespit etmedikleri için ortaya çıkan zarardan sorumlu olurlar (TTK., m.336.I, N.5). Alacaklılar ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı da fesih davası açabilirler (TTK., m. 436,274,II).[77]

Genel kurulun esas sermayenin kısmen tamamlanmasına karar vermeye yetkili olup olmadığı sorununa gelince: Kanımızca genel kurul, önce esas sermaye indirimi alternatifini seçip, esas sermayesini öz kaynaklar düzeyine indirmeden kısmi tamamlamaya karar veremez.[78] Örneğin pay sahiplerinin taahhütleri arttırılarak bilanço açığı kısmen kapatılmak istenirse bu yolla sermaye kaybı tamamen giderilemediğinden yapılan işlemin sermayeyi indirmeksizin doğrudan doğruya esas sermaye artırımına gitmekten fazla bir farkı yoktur. Her ikisinde de kısmi bir tamamlama söz konusudur. İyileştirme tam olarak gerçekleşmemiştir. Ayrıca üçüncü kişilerin mali durum hakkında yanılmaları tehlikesi devam etmektedir.

Kısmi tamamlama arzu edilirse, bu işlem 324. maddeye uygun olarak şöyle yapılabilir: Genel kurul önce sermaye indirimine karar verir. Böylece sermaye kaybı giderilerek 324. maddenin gereği yerine getirilir. Daha sonra veya aynı genel kurulda indirim kararıyla birlikte esas sermaye çıkarılmak istenen düzeye kadar arttırılır.[79]

---

74 Bkz., aşa. § 7, VIII, B, 3.

75 Bkz., yuk. dipn. 60'ta ve § 6, V, B, 1, dipn. 202, § 13, IV, B, dipn. 124'te anılan **Y. 11. HD.**'nin 22. 10.1991 tarihli Kararı. **Y. 11.HD.**' nin 23.6.1994 tarih ve 7296/5353 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 253-254. Ayrıca Bkz., yuk., § 3, IV, C.

76 Bkz., yuk. dipn. 60'ta anılan **Y. TD.**, 2. 4.1970 tarih ve, bir önceki dipnotta anılan **Y. 11. HD.**'nin 22. 10.1991 ve 23.6.1994 tarihli Kararları. Her iki karar, 2/3 oranında sermaye kaybı genel kurulca bilinmese bile alınan esas sermaye artırımı kararının hukuken sakat olduğu noktasında birleşmektedir. Ancak, bunlardan ilkinde butlan, diğerinde iptal yaptırımından söz edilmiştir.

77 Bkz., aşa. § 7, VII, § 8, II, B, 2.

78 Karş., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97.

79 Bu konuda Bkz. von **Steiger**, Orijinal, s. 304; **Forstmoser**, s. 624.

Arttırma kararı ister indirim kararıyla aynı genel kurulda verilsin, ister daha sonra bu konuda bir karar alınsın 396. maddenin 1. fıkrası anlamında esas sözleşme değişikliğini gerektirmeyen bir tamamlama kararı değildir. Dolayısıyla bu hükümde getirilen kolaylıklardan yararlanılamaz.[80] Sermaye arttırımı için gerekli kaynak ya pay sahiplerinin taahhütleri arttırılarak, ya da yeni pay ihracı yoluyla sağlanır. Sonuçta, önceki esas sermaye miktarı değişikliğe uğrar ve sermaye kaybı giderilmiş olur.

Böylece kısmi tamamlama için esas sözleşme değişikliği, esas sermayenin indirimi ve arttırımı zorunlu olmaktadır.

Öğretide ayrıca, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş bir halka açık anonim ortaklığın yönetim kurulu kararıyla çıkarılmış sermayesini artırmak suretiyle 324. maddede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmiş olmayacağı, bu halde de sermayenin tamamlanması prosedürünün uygulanması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir.[81] Bu görüşe göre yönetim kurulu sermaye miktarını şişirerek mevcut öz kaynakların üzerine çıkarırsa (sermayenin bünyede olduğundan daha fazla görünmesine yol açarsa) sorumluluğu söz konusu olur.[82] Hatta kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan halka açık anonim ortaklıklarda çıkarılmış sermaye öz kaynaklar eşitliği daha fazla önem taşımaktadır. Çünkü, bu ortaklıklarda sadece alacaklılar değil, ortaklığın hisse senetlerini satın alacak kişiler de izahnamede gösterilen çıkarılmış sermaye tutarının gerçekten o ortaklığın bünyesinde mevcut olduğundan emin olmalıdırlar.[83] Eğer ortaklığın öz kaynakları çıkarılmış sermayesinin altında iken yönetim kurulu sermayeyi artırırsa yeni payları satın alacak kişiler kandırılmış olur. Bu durumda Sermaye Piyasası Kurulu ihraç edilecek hisse senetlerinin kurul kaydına alınması istemini reddetmelidir (SerPK., m. 5, III).[84]

3- Sermayenin İndirimi ve Tamamlanmasında Esas Alınacak Bilanço

Burada karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır: Esas sermayenin indiriminde veya tamamlanmasında, yıllık bilançonun tabi olduğu değerleme ilkelerine (TTK., m. 460 vd.) göre hazırlanan bir bilanço mu, yoksa 324. maddenin 2. fıkrası gereğince düzenlenmiş ara bilanço mu esas alınacaktır? Her iki bilançonun gösterdiği öz kaynaklar miktarı doğal olarak farklı olacaktır. Çoğu kez yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenen bilanço daha küçük bir öz kaynaklar miktarı, başka bir deyişle daha

---

80 Bkz., aşa. § 7, VI, A, 2.

81 Bkz., **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 307-308.

82 Bkz., **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 308.

83 Bkz., **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 308.

84 Bkz., yuk. § 6, V, B, 1. Oysa SPK. **Teoman**'ın aktardığı görüşünde kendisinin çıkarılmış sermayenin artırılması dolayısıyla ihraç edilecek hisse senetlerinin kayda alınması sırasında TTK., m. 324 açısından bir denetim yapmakla yükümlü olmadığını belirtmiştir, **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 304. Kurulun bu görüşüne katılmak mümkün değildir. SerPK.nun 5.III. maddesine göre "incelemeler sonucunda açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst bir biçimde gerçeği yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varılırsa gerekçe gösterilerek başvuru konusu sermaye piyasası aracının Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilir." Halkın ortaklığın sermaye yapısı bakımından yanıltılması, daha satın aldığı anda payının fiili (gerçek) değerinin nominal değerinden düşük olması her halde "istismar" niteliği taşır.

büyük bir sermaye kaybı gösterecektir. Örneğin esas sermayesi 60 milyar TL. olan bir anonim ortaklığın yıllık bilançosuna göre öz kaynaklar miktarı 10 milyar TL.dir. Yönetim kurulu bunu ciddi bir borca batıklık şüphesi olarak kabul etmiş (TTK., m. 324.II, c.1) ve aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilançosu düzenlemiştir. Bu bilançoya göre gerçi malvarlığı borçları karşılamaktadır. Ancak tespit edilen net malvarlığı miktarı 20 Milyar TL.dir. Yani bilanço 2/3 oranında sermaye kaybı göstermektedir. Bu durumda yönetim kurulunun derhal genel kurulu toplantıya çağıracağı, genel kurulun da yasada öngörülen kararlardan birini almak zorunda kalacağı tartışmasızdır. Ancak genel kurul sermaye artırımından önce veya eş zamanlı olarak esas sermayesini 10 Milyar TL.ye mi, yoksa 20 Milyar TL.ye mi indirmelidir? Pay sahiplerinin taahhütleri arttırılacaksa bunun için 50 Milyar TL. mi, ya da sadece 40 Milyar TL. mi yeterlidir?

Öğretide bu zamana kadar bu konu üzerinde durulmamıştır. Kanımızca burada şu iki hususu birbirinden ayırmak gerekir: 2/3 oranında sermaye kaybının tespiti bakımından aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenmiş ara bilançonun esas alınacağı 324. maddeden açık bir biçimde anlaşılmaktadır (Bkz., f.2, c.1,2).[85] Fakat bu halde amaç bilanço açığını kapatmak, sermaye kaybını tamamen ortadan kaldırmaktır. Güncel satış fiyatları ancak yeniden değerleme yoluyla yıllık bilançoya yansıtılabilir (Bkz. VUK. 298, mükerrer). 324. maddedeki ara bilanço sermayenin indirimi veya tamamlanmasına esas kabul edilirse yıllık bilançodaki açık tam olarak kapanmaz. Bu durumda yeniden değerleme de yapılamaz.[86] Kanımızca yapılacak iş önce defter değerlerine göre bir ara bilanço düzenlemek, böylece bilanço açığını tespit etmektir. Esas sermaye indirimi bu bilançoda görünen sermaye kaybı ölçüsünde yapılmalıdır. Sermayenin tamamlanması düşünülüyorsa gene öncelikle esas sermaye bu bilançoya göre bulunacak öz kaynaklar düzeyine indirilmeli, daha sonra veya eş zamanlı olarak arttırılmalıdır. Yani örneğimize göre esas sermaye 10 Milyar TL.ye indirilecektir. Daha sonra veya bu indirimle aynı anda esas sermaye arttırılabilir. Bu aşamada, yani esas sermaye indirildikten sonra -örneğimize göre- 50 Milyarlık açığın 10 milyarlık kısmını yasanın öngördüğü şartlarda ve ölçüde yeniden değerleme yoluyla tamamlamak da mümkündür.[87] Genel kurul ya açığın tamamı kadar (50 Milyar TL) yeni pay ihracı yoluyla sermaye artırımını gerçekleştirecek, ya da 10 Milyar TL.si iç kaynaklardan (oluşturulacak yeniden değerleme fonundan) 40 milyar TL.si dış kaynaklardan karşılanmak üzere sermayesini arttıracaktır.

4- Esas Sözleşmeye Konulacak Bir Hükümle Yasanın Öngördüğü Alternatiflerden Birinin Önceden Seçilmesi Sorunu

Acaba esas sözleşmeye konacak bir hükümle 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurulun sadece sermayenin tamamlanmasına (ya da kalan sermayeyle yetinmeye) karar verebileceği öngörülebilir mi? Uygulamada özellikle genel kurulun

---

[85] Bkz., yu., § 7, II, B.

[86] Bkz., Karayalçın, Yeniden Değerleme, s. 152.

[87] Bkz., bu yönde Böckli, s. 226.

mutlaka sermayenin tamamlanmasına karar vereceğine ilişkin bir hükmün esas sözleşmeye konulması düşünülebilir. Ortaklığa kredi veren üçüncü kişiler de böyle bir hükmün esas sözleşmeye konulmasını isteyebilirler.

Kanımızca esas sözleşmeye bu yönde hüküm konulması 324. maddenin emredici niteliğine aykırı düşmez. Çünkü böyle bir hüküm alacaklıların (üçüncü kişilerin) çıkarına herhangi bir şekilde zarar verecek nitelikte değildir. Fakat genel kurul esas sözleşmede 2/3 oranında sermaye kaybı halinde sadece sermayenin tamamlanması kararı verileceği öngörülmesine rağmen kalan sermayeyle yetinmeye karar verirse sırf bu nedenle ortaklık infisah etmez. Ancak genel kurul kararının iptali istenebilir.

V - ESAS SERMAYE İNDİRİMİ

A- 324. MADDE GEREĞİNCE YAPILACAK ESAS SERMAYE İNDİRİMİNİN NİTELİĞİ

Türk Ticaret Kanunu'nun 397. maddesinin 2. fıkrasında esas sermaye indiriminin özel bir türü düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan hükme göre, esas sermaye zararlar sonucu bilançoda meydana gelen açığı kapatmak amacıyla ve bu açık oranında indirilirse yönetim kurulunca alacaklıları davetten ve bunların haklarının ödenmesi veya temininden vazgeçilebilir. Yasa hükmünden de anlaşılacağı gibi, burada yönetim kuruluna bir yetki tanınmıştır.[88] Yönetim kurulu bu fıkrada öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde dilerse alacaklıları davet ve onların haklarını ödeme veya temin etme prosedürünü uygulamaktan vazgeçebilir. Oysa katılma paylarından (sermayeden) geri ödeme yoluyla yapılan esas sermaye indiriminde, alacaklıları korumak amacını güden emredici nitelikte özel hükümler öngörülmüştür. 397. maddenin 1. fıkrasına göre, indirim kararı Türkiye Ticaret Sicili gazetesinde ve esas sözleşmede öngörülen şekilde üç kez ilan edilmek ve alacaklılara Ticaret Sicili Gazetesindeki üçüncü ilân tarihinden itibaren iki ay içinde haklarını beyan etmek suretiyle ödeme veya teminat isteyebilecekleri duyurulmak zorundadır.[89] Bu hüküm esas sermaye indirimini diğer esas sözleşme değişikliklerinden ayıran en önemli ilkeyi içermektedir. Esas sermaye ortaklık alacaklılarının asgari güvencesini oluşturduğundan bunun indirilmesi alacaklıları korumaya yönelik katı hükümlerin getirilmesini zorunlu kılar.[90] İşte ikinci fıkrada öngörülen durumda, yani sermaye indiriminin bilanço açığını kapatmak amacıyla yapılması halinde bu genel kurala bir istisna getirilmektedir.

---

[88] Bkz., **Mosimann**, s. 43.

[89] Ortaklık tarafından alacaklıya borcun vadesi gelmişse ödeme, gelmemeişse kural olarak teminat verme teklifi yapılır. Vadesi gelmemiş borçlar için ödeme teklifinde bulunulması BK. m.80 hükmüne tâbidir. Süresi içinde alacağını bildirmeyenler teminat isteme hakkından vazgeçmiş sayılırlar. Ancak bu durum onların sermaye indirimi kararının kanuna aykırı icra edilmesi nedeniyle yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açma haklarını ortadan kaldırmaz. Bu konularda Bkz.,**Mosimann**, s. 43 vd.

[90] Esas sermayenin indirilen kısmı pay sahiplerine iade edilmese, ortaklıkta ihtiyari yedek akçe olarak bulundurulsa bile alacaklıların hukuki durumu gene de kötüleşmiş olur..Çünkü ortaklığa sıkı sıkya

Acaba yasakoyucu neden sermaye kaybı halinde yapılan esas sermaye indiriminde alacaklıların çıkarına hizmet eden özel koruma hükmünün (TTK., m. 397.I) uygulanmasına gerek görmemiştir? Esas sermaye kadar öz kaynakların ortaklık alacaklılarının asgari güvencesini oluşturduğu doğrudur. Fakat zararlar sonucu öz kaynaklar esas sermaye rakamının altına inmişse bu güvence zaten fiilen azalmış durumdadır.[91] Yasakoyucu azalan bu güvencenin şu veya bu şekilde tamamlanmasını da emretmemiştir. Sermaye kaybı 2/3 oranına ulaşsa bile sermayenin tamamlanması mutlak bir zorunluluk değildir. Buna karşılık ortaklığın esas sermayesi mevcut sermaye yapısını yansıtmamaktadır. Esas sermaye sermaye kaybı miktarı kadar indirilmekle fiili durumda bir değişiklik olmamakta, dolayısıyla bu işlem alacaklıları bir zarara sokmamaktadır.[92] [93] Yapılan sadece bilançonun mevcut sermaye yapısına uyarlanmasıdır.[94] Deyim yerinde ise esas sermaye indirimi kâğıt üzerinde, hesapsal olarak yapılmaktadır.[95] Sermaye indirimi sonunda serbest kalacak ve pay sahiplerine iade edilecek ya da yedek akçe olarak saklanacak bir kaynak ortaya çıkmamaktadır. Bu nedenle sermaye kaybı ölçüsünde yapılan esas sermaye indirimine „Bildirici (izhari) Nitelikte Esas Sermaye İndirimi" (*deklarative Kapitalherabsetzung*) adı da verilmektedir.[96] Alacaklıları davet aşaması kaldırıldığı için bu yönteme yaygın olarak kullanıldığı gibi „Basitleştirilmiş Esas Sermaye İndirimi" (*vereinfachte Kapitalherabsetzung*)[97] adını vermek bize daha uygun gelmektedir.

---

bağlanmış olan „bağlı malvarlığı", üzerinde kolayca tasarruf edilebilen „serbest malvarlığı"na dönüşmektedir. Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N.12; Ayrıca Bkz., **Erem**, s. 145; **Mommendey**, s. 89; **Tekinalp /Poroy/Çamoğlu**, s.673, 676 vd.; **Trumpler**, s. 395; **Weidmann**, s. 5; Malvarlığının korunması ilkesiyle, sermaye indirimi ihtiyacı arasındaki denge alacaklıları koruyan özel hükümler getirilmesiyle sağlanır, Bkz., **Zingg**, s. 14 vd.

91 Bkz., **Lanz**, s. 79.

92 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 732, N. 10; **Böckli**, s. 227; **Grünewald**, 2C,VIII, N.160; **Guhl**, s. 65; **Mosimann**, s. 43; **Trumpler**, s. 397; **Forstmoser**, yazar bu sermaye indirimi yönteminde alacaklıların korunması ichtiyacının „daha az" olduğunu, çünkü alacaklıların güvencesinde herhangi bir azalma meydana gelmediğini belirtmektedir. Aktienrecht, s. 601; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 677. Hatta yapılan basitleştirilmiş sermaye indirimi, başta alacaklılar olmak üzere üçüncü kişilerin ortaklığın mali durumu hakkında daha doğru bilgi sahibi olmalarını sağlar, Bu yönde Bkz., Örn., **Hirş**, s. 274.

93 Esas sermaye indiriminin bir yargısal konkordato ile birlikte yapılacağı durumlarda da aynı gerekçeyle alacaklıların özel olarak korunmasına gerek yoktur. Çünkü burada sermaye indirimi alacaklıların kabul ettiği bir konkordato nedeniyle yapılmakta ve yargıç konkordatoyu onaylarken aynı zamanda esas sermaye indirimini de tasvip etmektedir. Sicil memuru da buna dayanarak sermaye indirimi kararını ticaret siciline tescil etmektedir. Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 9; **Funk**, OR. Art. 732, N. 3.

94 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 5; **Degiacomi**, s. 5; **Eisenhardt**, s. 261; **Grünewald**, 2C,VIII, N.160; **Hirş**, s. 274; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 424; **Trumpler**, s. 397.

95 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 8; **Mosimann**, s. 43; **Trumpler**, s. 397.

96 Bkz., **Forstmoser**, sermayeden geri ödeme yoluyla yapılan sermaye indirimi ise bu terminolojide „Kurucu Esas Sermaye İndirimi" (*konstitutive Kapitalherabsetzung*) adını almaktadır. Aktienrecht, s. 600 vd.; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 424. Bazı yazarlar da bu sermaye indirimi türünü „Nominal Esas Sermaye İndirimi" olarak nitelendirmektedirler. Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 5,10; **Degiacomi**, s. 22 vd.; **Schmidt**, s. 684; **Mosimann**, s. 20 vd.

97 Bkz., Örn., **Böckli**, s. 227 vd; **Bürgi**, yazar bu terimi de kullanmaktadır, OR. Art. 735, N. 5 vd.; **Lanz**, s. 79; **Wieland**, s. 12; APOK., § 229.'da bu tür esas sermaye indirimine bu ad verilmektedir. Bkz., **Tekil**, yazar bu usule basit sermaye azaltılması da demektedir, Şirketler Hukuku, s. 427.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, önemli ölçüde sermaye kaybına maruz kalmış bir ortaklık sermaye kaybını gidermek için esas sermaye indirimi yoluna gittiğinde bir de alacaklıların haklarını ödemek veya temin etmek zorunda bırakılsaydı mali durumun iyileştirilmesi neredeyse imkânsızlaşırdı.[98]

Gerçi esas sermaye indirimi yapılmasaydı, iş yılları boyunca elde edilen kârlar sermaye kaybı giderilinceye kadar ortaklık bünyesinde tutulacaktı. Bu da alacaklıların güvencesini arttıracaktı. Sermaye indirimi yapılır yapılmaz ortaklık kâr payı dağıtabilir hale gelmekte, bu durum özellikle yabancı kaynaklarının öz kaynaklarına oranı (*Verschuldungsgrad*) yüksek olan ortaklıklarda olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir.[99] Alman Hukukunda sermaye indirimi icra edildikten sonra belli bir süre kâr payı dağıtımına bazı sınırlamalar getirilmiş, böylece alacaklıların bu nedenle zarara uğramalarına engel olunmaya çalışılmıştır (Bkz., APOK., § 233.I,II). [100] İsviçre öğretisinde de olması gereken hukuk yönünden benzer bir düzenlemenin yapılmasını arzu edenler vardı. [101] Ancak İsviçre'de bu görüş, daha çok uzun vadeli borçları ve borçlanma derecesi fazla olan ortaklıklar bakımından savunulmaktaydı.[102] Birinci Bölümde de belirttiğimiz gibi, bizim Ticaret Kanunumuz nedense yabancı kaynaklar-öz kaynaklar oranına fazla önem vermemiştir.[103] Aslında borçları öz kaynaklarının çok üzerinde olan bir ortaklıkta sermaye kaybı esas sermaye indirimiyle giderilir giderilmez herhangi bir anonim ortaklıkta olduğu gibi kâr payı dağıtılabilmesi alacaklıları zor durumda bırakabilir. Bu nedenle olması gereken hukuk yönünden belirli şartlarla böyle bir ortaklıkta kâr payı dağıtımına özel sınırlamalar getirmenin çıkarlar dengesine uygun düşeceği görüşü savunulabilir.

Fakat bu konuda fazla ileri gitmemek gerekir. Herşeyden önce bu halde daha alacaklıların hakları tamamen karşılanmaktadır. Öte yandan sermaye kaybına maruz kalan ve henüz sermaye indirimi yoluna gitmeyen bir ortaklığın kâr edeceği şüphelidir. Öz kaynakları esas sermayesinin altında olan böyle bir ortaklık kredi bulmakta zorlanacağı gibi, uzun süre kâr payı alamayan pay sahiplerinin ortaklığa karşı ilgileri de azalır. Hisse senetlerinin borsa değeri düşebilir. Bu olgular özellikle halka açık anonim ortaklıklarda sorunlar yaratabilir.[104] Ortaklık çoğu kez sermaye kaybı nede-

---

98 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 4;

99 Bkz., **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 604; **Guhl**, s. 65; **Lanz**, s. 79; von **Steiger**, Orijinal, s. 304 vd.; **Wieland**, s.12.

100 Gerçekten APOK., § 233'te alacaklıları bu bakımdan korumak için daha etkili tedbirler öngörülmüştür. § 233'e göre esas sermaye basitleştirilmiş usulle indirildikten sonra sermaye yedekleri ve yasal yedekler indirilen esas sermayenin % 10' una ulaşıncaya kadar kâr payı dağıtılamaz (f.1). İndirimden itibaren 2 yıl geçmedikçe esas sermayenin %4'ünü aşan oranda kâr payı dağıtılamaz (f.2)

101 Bkz., özellikle **Wieland**, s.12 vd.

102 Bkz., **Wieland**, yazarın verdiği bir örneğe göre 20 Milyon Frank esas sermayeli bir ortaklıkta borçlar 60 Milyon Frank civarında iken esas sermaye bilanço açığını kapatmak amacıyla 5 Milyon Frank'a indirilirse, alacaklılar öz kaynakları sadece 5 Milyon Frank olan bu ortaklığın -anonim ortaklıklara ilişkin genel kâr payı sınırlamaları dışında- dilediği gibi kâr payı dağıtmasına seyirci kalacaklardır. Bu da özellikle alacakları uzun vadeli olanlar bakımından sorunlar yaratacak niteliktedir, s.12 vd.

103 Bkz., yuk., § 3, II, B, 2, b. ve § 4, III, B, 2.

104 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 118; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s.674.İsviçre Hukukunda malvarlığının korunması ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının ortaklığın finansal yapısının dondurulması anlamına

niyle mali yapıda bir bozulma başladığı zaman bu yönteme başvuracaktır. Sermaye indirimi yapılmaması nedeniyle mali durum kötüleşirse bundan alacaklılar da olumsuz yönde etkileneceklerdir.[105] Sonuçta yasa koyucu, ortaklığın basitleştirilmiş esas sermaye indirimine gitmesi durumunda alacaklıların sermaye kaybı giderilinceye kadar ortaklık tarafından pay sahiplerine kâr payı dağıtılmamasındaki çıkarlarını korumaktan vazgeçmiştir. Bunun yerine, getirdiği kolaylıklarla ortaklığın sermaye indirimi kararı almasını teşvik etmiştir. Eğer kâr payı dağıtımına ilişkin özel sınırlamalar getirilseydi, yasakoyucu kendi teşvikine aykırı hareket etmiş olurdu. Türk ve İsviçre hukuklarında basitleştirilmiş sermaye indiriminin mali durumu iyileştirme fonksiyonuna daha fazla önem verildiği anlaşılmaktadır.[106] Nitekim İsviçre yasakoyucusu 1991 yılında yaptığı reform sırasında da kâr payı dağıtımı açısından Alman Hukukundakine benzer özel sınırlamalar getirmeye gerek görmemiştir.

Bilançoyu sermaye kaybından arındırmak için yapılan esas sermaye indiriminde alacaklıların korunması ihtiyacı daha az hissedilmiş ve bazı formalitelerin uygulanmasına gerek duyulmamış olmakla birlikte (TTK., m. 397.II), [107] alacaklıların korunması ilkesi tümüyle bir yana bırakılmış da değildir.[108] Nitekim, bilirkişi raporu bu indirim usulünde de alacaklıların çıkarlarının korunmasına hizmet etmektedir.[109]

Genel olarak, ortaklığın öz kaynakları esas sermaye rakamının altına düştüğü zaman esas sermaye indirimi yapılması zorunlu değildir.[110] Ancak 2/3 oranında sermaye kaybı halinde çoğu kez bir esas sermaye indiriminin yapılması gerekir.

Basitleştirilmiş sermaye indiriminde ortaklığa yeni bir kaynak akışı olmadığından gerçek bir iyileştirmeden söz edilemez. Bu sadece bilançosal nitelikte bir iyileştirme tedbiridir.[111] Bu yöntemde birinci derecede gözönünde tutulan çıkarlar ortaklık içi çıkarlar, yani pay sahiplerinin çıkarlarıdır.[112] Bilanço zararlardan arındırıldığı için pay sahipleri kâr payı alabilmekte,[113] ayrıca ortaklık halka arz yoluyla esas sermayesini artırabilme yeteneğine (*Emissionsfähigkeit*) yeniden kavuşmaktadır.[114]

---

geleceği, bunun da pay sahipleri ve alacaklılar aleyhine sonuçlar doğuracağı belirtilmektedir, Bu nedenle yasakoyucu malvarlığının korunması ilkesiyle, zorunlu olarak esas sermayenin indirilmesi ihtiyacı arasında bir denge kurmak gereğini duymuştur. Basitleştirilmiş sermaye indiriminde bu denge kurulurken malvarlığının korunması ilkesi daha da gevşetilmiştir, Bu konularda Bkz., **Zingg**, s. 8, 14.

105 Bkz., **Guhl**, s. 66.

106 Bu yönde açıklamalar için Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 4; **Guhl**, s. 65-66.

107 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 118; **Bürgi**, OR. Art., 735, N. 4; **Grünewald**, 2C,VIII, N.160. Bkz., aynı yöndeki düzenleme için APOK., § 229, özellikle f.3.

108 Bkz., **Wieland**, s.11.

109 Bkz., aşa. § 7, V, C, 2.

110 Bkz., **Çevik**, AŞ., s. 441; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 463; **Kayar**, s. 194.

111 Bkz., yuk., § 4, III, B, 1, b.

112 Bkz., **Degiacomi**, s. 23; **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 601; **Siegwart**, OR. Art. 620, N. 9; **Tekinalp**, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s. 431.

113 Bkz., yuk., § 4, III, B, 1, b. ve § 3, II, C. Bu sayede pay sahipleri yeniden kâr payı alma imkânına kavuştukları gibi, dağıtılabilir safi kâr oranında da eskisine kıyasla bir artış meydana gelmektedir. Çünkü genel yasal yedek akçenin ayrılmasında ve kullanılmasında esas sermaye miktarı önemli rol oynadığından (TTK., m. 466.I,III) esas sermaye indirilmekle ayrılması zorunlu yedek akçe miktarı düşmekte, kâr payı dağıtma imkânı genişlemektedir. Bu konuda Bkz., **Grünewald**, 2C,VIII, N.160.

114 Bkz., yuk., § 4, III, B, 1, b.

Ortaklığın kredi temin etme imkânları da genişlemektedir.[115] Sonuçta, yapılan sermaye indirimiyle ortaklığın mali yapısının sağlık kazandığı açıktır.

Çoğu kez bilançonun sermaye kaybından arındırılması mali durumun iyileştirilmesi bakımından yeterli olmaz. Anonim ortaklığın işletme konusu bakımından kalan öz sermaye yeterli değilse yeni kaynak bulunması ekonomik açıdan zorunludur.[116] Bu nedenle basitleştirilmiş sermaye indirimini genellikle bir esas sermaye arttırımı izler.[117] Fakat aşağıda inceleyeceğimiz gibi, bu bakımdan en elverişli yol esas sermaye indirimi ile eş zamanlı olarak sermaye arttırımını gerçekleştirmektir.

B- BASİTLEŞTİRİLMİŞ SERMAYE İNDİRİMİNİN ŞARTLARI

1- Bilanço Açığının (Sermaye Kaybının) Varlığı

397. maddenin 2. fıkrasına göre, esas sermaye ancak zararlar sonucu bilançoda meydana gelen açığı kapatmak amacıyla indirilirse alacaklıları davet, haklarını ödeme veya temin prosedüründen vazgeçilebilir.

Acaba 397. maddede sözü edilen „bilanço açığı" ile ne kasdedilmektedir? Ortaklık zarara maruz kalmışsa ve bu zararı yedek akçelerle kapatmak mümkün değilse, bilançonun aktif tarafında mutlaka fiktif bir aktif kaleme olarak bilanço zararı yer alır. Buna sermaye kaybı adını vermiştik.[118] Eğer açık yedek akçeler tamamen tüketildiği halde bilançodaki zarar kalemi tam olarak giderilmemişse, bu zararı giderecek gizli yedek akçeler bulunsa bile 324. maddenin 1. fıkrası anlamında bir sermaye kaybının mevcut olduğu, buna bilançoda görünen (gerçek olmayan) sermaye kaybı adı verildiğini de daha önce belirtmiştik.[119] Bu sermaye kaybını, halen süre gelen kâr akışları ve gizli yedek akçelerin çözülmesi (özellikle yeniden değerleme) bir yana bırakılacak olursa esas sermaye indirimi yoluna gitmeksizin bilançodan silmek, başka bir deyişle bilançoyu zarar kaleminden arındırmak (*Bilanzbereinigung*) mümkün değildir.[120] Gizli yedek akçeler çözülmedikçe bilançoda görünen sermaye kaybının varlığını ortadan kaldıramazlar. Sonuçta 397. maddede sözü edilen „bilanço açığı" 324. maddenin 1. fıkrası anlamında „sermaye kaybı" ile tam olarak çakışmaktadır.[121]

O halde, sermaye kaybı niteliği taşımayan bir „zarar bilançosu" 397. maddenin 2. fıkrasının getirdiği kolaylıktan yararlanmak için yeterli değildir.[122]Söze konu

---

115 Bkz., **Bürgi**, OR. 735, N. 4.

116 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 119.

117 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 673.

118 Bkz., yuk. § 3, II, A, D.

119 Bkz., yuk. § 3, II, D.ve § 6, IV, A, 1.

120 Bkz., **Böckli**, s. 227.

121 Menkul değerlerin kur farklarından ileri gelen zararlar gibi fiktif aktif kalemlerinin bilançodan ayıklanması sırasında da bu anlamda bir sermaye kaybının giderilmesi söz konusudur, Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 5.

122 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, zararın „gerçek" olması gerekir, s. 680.Bkz., **Böckli**, s. 228; Yazarların kullandıkları ve alelade zarar bilançosundan ayırmak için „*echte Unterbilanz*" adını verdikleri kavram bizim tercih ettiğimiz terminolojide „sermaye kaybı"nı ifade etmektedir. Açık yedek akçelerle ka-

durumda bilançoda görünen zararı bütün açık yedek akçelerle ve özellikle bu amaca hizmet eden genel yasal yedek akçe ile kapatmak mümkün olduğundan ortada bir sermaye kaybı mevcut değildir, Bu aşamada kural zararın esas sermaye ile değil, yedek akçelerle kapatılmasıdır. Esas sermaye bilanço açığını kapatmak için en son çaredir. Aksi davranış esas sermaye olarak en sıkı biçimde ortaklığa bağlanmış olan fonun bir kısmının yedek akçelere kaydırılması demektir. Bu da alacaklıların güvencesinin azalması sonucunu doğurur. Dolayısıyla sermaye indirimi sırasında onları davetten kaçınılamaz.[123]

Fakat gerçek bir sermaye kaybının bulunması şartı aranmamalıdır. Yani gizli yedek akçelerin varlığı ve bunların gerçekte sermaye kaybını tamamen giderebilmesi yasal kolaylıktan yararlanılmasına engel olarak görülmemelidir.[124] Burada yıllık bilanço esaslarına tâbi bir bilançodaki zarar kaleminin giderilmesi söz konusudur. Gizli yedek akçeler çözülmüşse zaten gizli yedek akçe olma niteliklerini yitirirler. Bilanço açığı da çözülmeden sonraki duruma, yani gene yıllık bilançoya göre belirlenir. Buna karşılık, aktiflerin piyasa değerinin artması yüzünden kendiliğinden gizli yedek akçe oluşması veya yönetim kurulunca çözülmeyen teknik anlamda gizli yedek akçelerin varlığı 397. maddenin 2. fıkrasının uygulama alanını daraltmamalıdır.

397.II. maddesi anlamında sermaye kaybı (bilanço açığı) işletme faaliyeti sonucu oluşan zararlardan veya aktiflerin değer kaybına uğramasından ileri gelebilir. Sermaye kaybının hangi nedenden ileri geldiği hükmün uygulanması bakımından önem taşımaz.[125]

2- Esas Sermaye İndiriminin Bilanço Açığı Ölçüsünde Yapılması

Basitleştirilmiş sermaye indirimi ancak esas sermayenin sermaye kaybı (bilanço açığı) ölçüsünde indirilmesi halinde uygulanabilir (Bkz., TTK., m. 397.II). Çünkü bu yöntem sadece sermaye kaybını gidermek amacına hizmet eder.[126] Eğer e-

---

patılabilen bilanço zararını içeren bilançoya „zarar bilançosu"adını vermiştik. Açık yedeklerle kapatılamayan bilanço zararı ise „sermaye kaybı" anlamına gelmekteydi. Buna karşılık sermaye kaybını gizli yedeklerle kapatmak mümkün ise gerçek olmayan bir sermaye kaybının varlığından söz etmiştik. Bkz., yuk. § 3, II, A, D. Yazarlar gizli yedek akçelerin çözülmedikçe burada gözönüne alınamayacağını belirttiklerine göre bu anlamda bir sermaye kaybını esas almaktadırlar.

123 Alman Hukuku bu noktada Türk ve İsviçre Hukuklarından ayrılmaktadır. APOK., § 229.I'e göre basitleştirilmiş sermaye indirimine başvurabilmek için sermaye kaybının varlığı şart değildir. Zararlar sonucu yasal yedek akçelerin „kısmen", ihtiyari yedek akçelerin tamamen tüketilmiş olması yeterlidir. Fakat alacaklıları koruyucu bazı özel hükümler getirilmiştir. Bkz., yuk. dipn. 100.

124 Bkz., **Böckli**, s. 228; Karş., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 7; **Funk**, OR. Art. 735, N.2; **Zingg**, s. 115; Bkz., ve Karş., **Forstmoser**, yazara göre öncelikle anonim ortaklıklara ilişkin en yüksek değerleme sınırlarını getiren hükümler dolayısıyla zorunlu olarak ortaya çıkan (kendiliğinden oluşan) yedek akçeler dışındaki bütün yedek akçeler çözülmeli, buna rağmen sermaye kaybı varsa basitleştirilmiş usul bu kısım için uygulanmalıdır, s. 604 vd.; **BGE.**, 76, I, 166. Türk Hukukunda da aksi görüşte olanlar vardır, Bkz., Örn., **Çevik**, yazar TTK., m. 397.II anlamında bilanço açığını, önceki yıllardan aktarılan zararın açık ve „gizli" yedek akçelerle kapatılamaması olarak açıklamaktadır, AŞ., s. 451.

125 Bkz., **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 601; Karş. **Funk**, OR. Art. 735, N.2.

126 Bu konuda Bkz., **Forstmoser**, Akrienrecht, s. 608; **Guhl**, s. 65; **Funk**, OR. Art. 735, N. 1; **Lanz**, s. 79; **Çevik**, AŞ., s. 527; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 427.

sas sermaye daha da aşağıya indirilmek isteniyorsa bu yöntem için öngörülen kolaylıklardan yararlanılamaz.[127] Alacaklıların usulüne uygun olarak davet edilmesi gerekir (TTK., m. 397.I). Aynı nedenle hisse senetlerinin nominal değerlerinin 500 TL.' nin altına indirilebilmesi de (TTK., m. 399. III), sermaye kaybının giderilmesi için gerekli olduğu ölçüde (oranda) mümkündür.[128]

3- Asgari Esas Sermaye Sınırının Altına İnilmemesi

Sermaye kaybı halinde hisse senetlerinin nominal değeri 500 TL.nin altına indirilebildiği halde (TTK., m. 399.III), ortaklığın esas sermayesi hiçbir şekilde (mali durumun iyileştirilmesi amacıyla da olsa) yasada öngörülen en alt sınırın (TTK., m. 272) altına indirilemez (TTK., m. 396.V).[129] Her nasılsa bu indirim kararı tescil edilmiş olsa bile ortaklığın feshi istenebilir.[130] Bu durumda kalan öz sermayesi en alt sınırın altına düşmüş bir ortaklığın esas sermayenin tamamlanmasına veya ortaklığın feshine karar vermekten başka bir alternatifi bulunmamaktadır.[131] Sermaye indirimi ise ancak aynı zamanda yapılacak bir esas sermaye arttırımı ile birlikte gerçekleştirilebilir.[132] Aynı nedenle borca batıklık durumunda esas sermaye indirimine karar vermek mümkün değildir.[133]

C- YÖNETİM KURULUNCA YAPILACAK ÖN İŞLEMLER

Yönetim kurulu, genel kurulun 324. maddede öngörülen alternatiflerden birini seçerek karar alabilmesi için gerekli ön işlemleri tamamlamakla yükümlüdür.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, sermayenin tamamlanması da genellikle sermaye indirimi ile aynı zamanda yapılan esas sermaye arttırımı ile gerçekleşir (TTK., m. 396. I, c.1). Demekki genel kurul çoğu halde esas sermaye indirimine karar vermek durumundadır. O halde yönetim kurulu sermaye indirimi yapılabilmesi için gerekli ön işlemleri daha genel kurulu toplantıya çağırmadan önce yerine getirmelidir.[134]

---

127 Bkz., **Arslanlı**, s. 119; **Böckli**, s. 227; **Çevik**, AŞ., s. 527; **Forstmoser**, Akrienrecht, s. 608; **Funk**, OR. Art. 735, N. 2; **Koeferli**, s. 115; **BGE**, 86, II, 78.

128 Bkz., aşa. § 7, V, E, 2, a.

129 Sermaye indirilirken aynı zamanda arttırılmakla birlikte, indirim ve arttırım aynı oranda gerçekleştirilmiyorsa, başka bir deyişle esas sermaye eski düzeyine çıkarılmıyorsa gene asgari esas sermaye sınırını öngören hükme uyulması gerekir. Bkz., von **Steiger**, Orijinal, s. 304. Ayrıca Bkz., aşa. § 7, VI, A,2.

130 Bkz., **Siegwart**, s. 157.

131 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 98; **Hirsch/Tekinalp**, s. 185, N. 8; **Erem**, s. 134.

132 İsviçre Hukukunda da bu görüş egemendir. Buna göre eğer öz kaynaklar esas sermayenin en alt sınırının altına inmişse yapılacak iş esas sermaye indirimiyle birlikte eş zamanlı olarak pay ihracı yolu ile esas sermaye arttırımı yoluna gitmektir. Bkz., **Siegwart**, s. 157; von **Steiger**, Orijinal, s. 304. Ayrıca Bkz., İBK., m. 732.V; Bkz., ve Karş., **Arslanlı**, yazar sadece esas sermayesi en alt sınırda olan ortaklıklar için bu görüşü savunmaktadır. Ayrıca yazara göre böyle durumlarda TTK., m. 324.II,c.2 hükmü tıpkı aynı maddenin 1. fıkrasında olduğu gibi mali durumun pay sahiplerine bildirilmesi olarak yorumlandığı zaman ortaklık sermaye indirimine gitmeksizin kalan sermaye ile yetinmeye karar verebillir. Fakat bu durumda alacaklılar fesih davası açma haklarını kullanabilirler, AŞ., I, s. 98;

133 Bkz., aşa. § 13, VII.

134 Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 464.

Basitleştirilmiş esas sermaye indirimi yöntemi bazı özellikler dışında ilke olarak olağan esas sermaye indirimi hakkındaki hükümlere tâbidir (Bkz., TTK., m. 396 vd).[135] Burada sadece basitleştirilmiş yöntemin özellikleri üzerinde durulmayacak, anılan yöntemin işleyişini ortaya koyabilmek için gerekli olduğu ölçüde esas sermaye indirimi hakkındaki bütün yasa hükümleri göz önünde bulundurulacaktır.

1- Esas Sözleşme Değişikliği İçin Gerekli Ön İşlemler

Esas sermaye indirimi sermaye arttırımı ile aynı anda yapılmıyorsa esas sözleşme değişikliğini gerektirir (TTK., m. 396.I) Bu nedenle sermaye indirimi işlemlerinin yanısıra sözleşme değişikliği için gerekli işlemlerin de yapılması gerekir.[136]

Esas sözleşme değişikliği metni hazırlanır ve asıl metinle birlikte 368. maddede öngörülen şekilde ilan ve ilgililere tebliğ edilir (TTK, 396,I, c.1, 386)

Öğretide 324.II maddesi gereğince yapılan sermaye indirimlerinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınmasının gerekli olup olmadığı konusunda görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre burada gerçekte bir yasal yükümlülüğün yerine getirilmesi söz konusu olduğundan Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izin alma zorunluluğu bulunmadığı kabul edilmelidir (Karş., TTK., m. 396. I, c.1, 386,).[137] Gerekçe olarak ayrıca, yapılan işlemin sadece mevcut durumun saptanması niteliğinde olduğu, nasıl bir sözleşme değişikliğini gerektiren ortaklığın feshinde Bakanlık izni aranmıyorsa burada da aynı sonuca varılması gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, esas sözleşme değişikliklerinde Bakanlıktan izin alınması kuraldır. 324. maddenin 2. fıkrası bakımından bu kurala bir istisna getirilmediğinden sermaye indirimi hangi amaca yönelik olursa olsun Bakanlık izni alınması gerekir.[138] Bu konuda bir yargıya varılması büyük ölçüde Bakanlığın izin verirken normatif bir inceleme yapmaya yetkili olup olmadığı sorusunun cevabına bağlıdır. Eğer Bakanlığın normatif yönden inceleme yapmaya yetkili olduğu kabul edilirse esas sermaye indiriminin yasal yükümlülüğe dayanması sonucu değiştirmez. Örneğin Bakanlık sermaye kaybının bulunup bulunmadığını, dolayısıyla basitleştirilmiş sermaye indirimi usulünün uygulanıp uygulanamayacağını inceleyebilecektir. Kanımızca Bakanlık incelemesi ekonomik gereklere uygunluk ile sınırlıdır. Bu nedenle 324. maddenin emredici bir hüküm olduğu. gözününde tutularak yukarıda belirtilen birinci görüşe katılmak gerekir.[139]

---

135 Bkz., **Forstmoser**, s. 601.

136 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 676.

137 Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 464-465;

138 Bkz., **Çevik**, AŞ., s. 451. **Eriş**, AŞ., s. 573. Tic.SN., m. 64'te de herhangi bir istisna getirilmeksizin esas sermaye indirimi kararının tescili için Bakanlığın onayını içeren sözleşme değişikliği metninin Ticaret Siciline ibrazı gerektiği belirtilmektedir.

139 Türk Ticaret Kanunu'nun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 20.IV. maddesi, anonim ortaklıkların esas sözleşmelerini yeni Kanuna uydurmak amacıyla yapılacak esas sözleşme değişikliklerinde Bakanlık izninin alınmayacağını öngörmüştü (son cümle). Bu konuyla ilgili olarak Bkz., **Y. TD.**, 10.3.1959 tarih ve 725/579 sayılı Kararı, Karar ve değerlendirmesi hakkında Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, yazar bu hükmü yukarıda dipn. 137'de açıklanan görüşüne gerekçe olarak göstermektedir, s. 464 ve dipn. 41.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.1995 tarihli kararı ile[140] esas sözleşme değişikliklerinde halka açık anonim ortaklıklar bakımından Sermaye Piyasası Kurulunun uygun görüşünün alınmasını öngören hüküm (SerPK.m.15/A) iptal edildiğinden artık bu kurula uygun görüşünün alınması için başvuru zorunluluğu da bulunmamaktadır.

2- Mahkemece Atanacak Bilirkişilerden İnceleme Raporu Alınması

396. maddeye göre yönetim kurulu, genel kurul toplantısından önce esas sermaye indirimine karşın, ortaklık alacaklılarının haklarını karşılayacak miktarda aktifler bulunduğu hakkında[141] rapor hazırlamak üzere üç kişilik bir bilirkişi kurulu ataması için (ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki) mahkemeye başvurmak zorundadır (f.I, c.2). Bilirkişi raporu, genel kurulca sermaye indirimine karar verilmesinin ön şartıdır. Bu rapor elde edilmeksizin alınan genel kurul kararı hükümsüzdür.[142]

Bu hükmün amacı da 397. maddenin 1. fıkrası gibi alacaklıların çıkarlarının korunmasıdır.[143] Sermaye kaybını gidermek için yapılan esas sermaye indiriminde alacaklıların çıkarının zedelenmediği gerekçesiyle tıpkı alacaklıları davet prosedürü gibi, inceleme raporuna da gerek olmadığı düşünülebilir. Ne var ki, öğretide çoğunluğu temsil eden görüşe göre basitleştirilmiş esas sermaye indirimi yöntemi bakımından anılan hükme bir istisna getirilmemiştir.[144] Yani, mahkemece atanan bilirkişilerin olumlu raporu alınmadan basit usulde de sermaye indirimine gidilemez. Bir kere 397. maddenin 2. fıkrasında olduğu gibi, bu konuda istisna getiren açık bir yasa hükmü yoktur. Düzenlenen ara bilançodan alacaklıların haklarının indirim kararına rağmen tamamen karşılandığının anlaşılması da yeterli sayılamaz, Çünkü 396.I, (c.2) hükmünün asıl amacı ortaklığın mali durumunun bağımsız ve tarafsız kişiler eliyle incelenmesini sağlamaktır,[145] Ayrıca basitleştirilmiş sermaye indirimi yönteminde bilirkişi raporunun başka bir işlevi daha vardır. Bu yöntemde bilirkişiler ayrıca gerçekten bir sermaye kaybının mevcut olup olmadığını ve yapılan sermaye indiriminin sermaye kaybı sınırlarını aşıp aşmadığını da incelemek zorundadırlar.[146] Bu nedenle,

---

140 E. 1995/4,5 K. 1995/58 sayılı karar.

141 Tic.SN., m. 64'e göre bilirkişi raporunda bu hususun yanında ayrıca aktiflerin nelerden ibaret olduğu ve bunlara ne şekilde değer biçilmiş olduğu açıkça gösterilmelidir.

142 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 732, N.15; von **Steiger**, Orijinal, s. 304.

143 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 732, N. 15, OR. Art. 735, N. 12; **Mosimann**, s. 37; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 676; von **Steiger**, Orijinal, s. 305; **Zingg**, s. 69.

144 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 120-121, 125; **Bürgi**, yazar basitleştirilmiş sermaye indirimine ilişkin düzenlemeyi içeren hükmün (OR. Art. 735) çok dar kaleme alındığını, hükme yorumla lâfzını aşan bir anlam verilmesinin mümkün olmadığını vurgulamaktadır, OR. Art. 735, N. 9, 12, OR. Art. 732, N. 17; **Böckli**, s. 227; **Erem**, s. 147; **Eriş**, AŞ., s. 575, dipn.2; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 464; **Funk**, OR. Art. 732, N.3; **Guhl**, s. 64; **Koeferli**, s. 115; **Lanz**, s.79; **Schucany**, OR. Art. 732, N.2; von **Steiger**, Orijinal, s. 304; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 677; **Wieland**, s. 19 vd.; **Zingg**, s. 119; **BGE**, 65,I,147. Bkz., İBK., m. 732.II.

145 Bkz., von **Steiger**, Orijinal, s. 305; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 464.

146 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 17, OR. Art. 735, N. 6, 13; **Böckli**, s. 228; **Funk**, OR. Art. 735, N.1; **Koeferli**, s. 115; **BGE**., SAG., 23, 1950/51, s. 44 vd.; Karş., **Wieland**, yazar inceleme raporunun basitleştirilmiş sermaye indiriminde de alınması gerektiğini, hatta bu raporun olması gereken hukuk bakımından en önemli işlevinin hedeflenen sermaye indiriminin sermaye kaybına uygunluğunu belirle-

alacaklılar esas sermaye indirimine razı olsalar, hatta hiç alacaklı bulunmasa bile bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır.[147]

Azınlıkta kalan (İsviçre öğretisindeki) bir görüşe göre ise, basitleştirilmiş sermaye indirimi yönteminde inceleme raporu alınmasına da gerek bulunmamaktadır.[148] Gerçi yasa (İBK., m. 735) sadece alacaklıları davet prosedürünün bu indirim türünde uygulanmayacağını öngörmekle yetinmiştir (Türk Hukukunda TTK., m. 397.II). Fakat burada inceleme raporu alınması da gereksizdir. Çünkü indirim sonunda malvarlığında bir değişme olmaksızın, sadece sermaye kaybı bilançodan atılacağına göre alacaklıların haklarının malvarlığıyla karşılanma oranında bir kötüleşme olmayacağı daha baştan bellidir. Burada olsa olsa sermaye kaybının gerçekten mevcut olup olmadığını ve indirimin sermaye kaybı ölçüsünde yapılıp yapılmadığını belirleme ihtiyacı gündeme gelebilir. Fakat inceleme raporunu verecek olan uzmanlar[149] (Türk hukukunda bilirkişi kurulu) bu konuda bir inceleme yapmaya yetkili değildirler. Çünkü yasa açıkça ve sadece, sermaye indirimine rağmen alacaklıların haklarının tam olarak karşılandığı konusunda inceleme raporu alınacağını belirtmiştir.

Kanımızca çoğunluk görüşü yasaya uygun olduğu gibi, alacaklıların ve pay sahiplerinin çıkarlarının korunması bakımından daha doğru ve mantıklıdır. Azınlık görüşü, hem bu konuda açık bir istisna hükmünün bulunmadığını gözardı etmekte, hem de inceleme raporunun kapsamını hükmün amacına aykırı olarak dar yorumlamaktadır. Ancak kabul etmek gerekir ki, eğer esas sermaye indirimi gerçekten sermaye kaybı ölçüsünde yapılıyorsa sırf bu indirim nedeniyle malvarlığında bir azalma olmayacağından yasanın inceleme konusu olarak öngördüğü husus basitleştirilmiş sermaye indirimi bakımından anlamsızlaşır. Çünkü bu indirim türünde pay sahiplerine herhangi bir geri ödeme yapılmadığı, sadece esas sermaye fiili öz kaynaklar düzeyine indirildiği için sermaye indirimi sonucu alacaklıların haklarının karşılıksız kalması hiçbir zaman.tasavvur edilemez.[150] Fakat azınlık görüşü şu nuktada yanılmaktadır: Eğer örtülü olarak sermaye kaybını aşan ölçüde esas sermaye indirilmek istenirse durum ne olacaktır? Nitekim öğretide haklı olarak işaret edildiği gibi, alacaklılara bir talep hakkı tanımamak için kötüniyetle sermaye kaybını aşan ölçüde esas sermaye indirimi yoluna gidilmesi tehlikesi vardır.[151] Kanımızca bilirkişiler in-

---

mek olduğunu kabul etmekle birlikte yasanın bu konuda inceleme kuruluna bir yetki vermediğinin altını çizmektedir, yazar ayrıca bunu bir hukuk boşluğu olarak görmektedir, s. 19 vd.

147 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 120; von **Steiger**, Orijinal, s. 304-306.

148 Bkz., **Mosimann**, s. 37 vd.

149 İsviçre Hukukunda inceleme mercii (*Revisionstelle*)'nin ayrıca esas sermaye indirimine karar verecek genel kurulda hazır bulunması şarttır. Bu mercii, genel kurulda raporun düzenlenmesinden itibaren genel kurul toplantısına kadar geçen zamanda mali durumda bir değişiklik meydana gelip gelmediğini ve bunun sonucu etkileyip etkilemediğini açıklayacaklardır. Bu konularda Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 732, N. 16; **Zingg**, s. 70.

150 Bkz., **Wieland**, s. 19.

151 Bkz., **Wieland**, s. 19. Örneğin net aktifleri 30 Milyar TL. olan 15 Milyar TL. esas sermayeli bir ortaklığın 20 Milyar Tl. borcu vardır. Bu durumda sermaye kaybı 5 Milyar TL.'dir. Ancak gizli yedek akçeler oluşturularak net aktifler 25 Milyar TL. olarak gösterilirse, sermaye kaybı bilançoda 10 Milyar TL. gözükür. Buna dayanılarak esas sermaye 5 Milyar TL.'ye indirilirse bir bakıma alacaklıları davet, haklarını ödeme ve temin etme yükümlülüğü dolanılmış olur. Çünkü normalde bilançoya göre esas ser-

dirimin sermaye kaybı ölçüsünde yapılıp yapılmadığını incelemekle aynı zamanda yasada açıkça öngörülen görevlerini de yerine getirmiş olmaktadırlar. Zira, eğer indirim sermaye kaybı ölçüsünde yapılmazsa, alacaklıların hakları sermaye indirimi yüzünden karşılanamama tehlikesine düşebilir. En azından esas sermaye indirimine ilişkin yasal düzenlemenin temelindeki alacaklıların korunması ilkesi büyük yara alır. Bu nedenle bilirkişilerin sermaye kaybının varlığını ve indirimin sermaye kaybı ölçüsünde yapılıp yapılmadığını incelemeleri yasanın amacına uygundur. Esas sermaye indiriminin sermaye kaybı ölçüsünde yapılıp yapılmadığının denetimi haksız olarak basitleştirilmiş sermaye indiriminden yararlanılmasını önler. Aksi takdirde yönetim kurulu değerlemede ve dolayısıyla sermaye kaybının tespitinde hileli yollara başvurarak veya gizli yedek akçe ayırmak yetkisini kötüye kullanarak 397. maddenin 2. fıkrasıyla kendisine tanınan imkânı kötüye kullanabilirdi. Bu yöntemde pay sahiplerine herhangi bir ödeme de yapılmadığı için değerlemede hile sonucu sermaye kaybını aşan ölçüde yapılan indirim pay sahiplerine de zarar verirdi. Böylece olumlu yöndeki bilirkişi raporu aynı zamanda yönetim kurulunun yasaya uygun hareket ettiğini ortaya koymakta, üyeler aleyhine muhtemel bir sorumluluk davası açılmasının büyük ölçüde önüne geçmektedir.[152] Basitleştirilmiş sermaye indiriminde esasen yönetim kurulu alacaklıları davet prosedüründen vazgeçebildiği halde, bilirkişi incelemesi yaptırma zorunluluğunun bulunması ancak bu gerekçelerle açıklanabilir.

Bilirkişiler, incelemelerinin gerekli kıldığı ölçüde ortaklığa ait bütün defter ve belgeleri incelemeye yetkilidirler (Bkz., TTK., m. 79,I).[153]

Bilirkişilerin hangi değerleme ölçülerini esas alacakları hususu tartışmalıdır: Bir görüşe göre, bilirkişiler ortaklığın aktiflerine varsayımsal satış fiyatı üzerinden değer biçerler.[154] Başka bir deyişle burada tasfiye değerleri esas alınır. Bu görüş kabul edilirse bilirkişilerin görevi, sermaye indirimi sonunda ortaklığın 324. madde anlamında borca batık hale gelip gelmeyeceğini belirlemekten ibaret olur. Basitleştirilmiş esas sermaye indiriminde pay sahiplerine iade yapılmayacağından, indirim öncesi ve sonrası mali durumda bir değişme olmayacağı baştan bellidir. Eğer bilirkişiler aktiflerin satış fiyatlarına göre alacaklıların haklarını tamamen karşılamaya yetecek miktarda aktifler bulunmadığını tespit ederlerse bunun anlamı ortaklığın borca batık halde bulunduğudur. Yapılan tespitten itibaren artık ortaklık sermaye indirimi kararı veremeyeceği gibi, tersine yönetim kurulu borca batıklığı derhal mahkemeye bildirmek zorundadır (TTK., m. 324.II, c.3). Değerleme esasları aynı olunca bilirkişi incelemesinin 324. madde açısından olumlu bir işlevi daha ortaya çıkar: Bu sayede ortaklığın borca batık durumda olduğu tarafsız bilirkişilerce saptanmış olur.

---

maye ancak 10 Milyar'a kadar alacaklılar davet edilmeksizin indirilebilecekti. Aradaki 5 Milyar TL. fark esas sermaye karşılığı olarak alacaklıların güvencesine hazır bulunacakken en iyimser yaklaşımla artık sadece gizli yedek akçe olarak ortaklık bünyesinde kalacaktır. Bunun alacaklıların durumunu kötüleştirdiği açıktır. Benzer örnek için Bkz., **Wieland**, s. 19.

152 Bkz., **Wieland**, s. 19.

153 Bkz., **Mosimann**, s. 37. Yazar normal sermaye indirimi dolayısıyla konuya değinmektedir, yoksa basitleştirilmiş sermaye indiriminde bu rapora gerek olmadığı görüşünü savunduğunu yukarıda belirtmiştik.

154 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 120-121; Bu yönde ayrıca Bkz., **Funk**, OR. Art. 735, N.1; **Wieland**, s. 13.

Diğer bir görüşe göre ise, burada tasfiye değerleri esas alınamaz. Anonim ortaklığın yıllık bilançosu hakkındaki değerleme ilkeleri (TTK., m. 460 vd.) uygulanmalıdır. [155] Ancak bu görüşe göre aktifteki kalemlerin değer artmaları mutlaka hesaba katılmalıdır. Bu ise klasik anlamda satış değerlerinden farklıdır. Bu görüş kabul edilirse, bilirkişilerin görevi ortaklığın sermaye indiriminden sonra şekli anlamda (gayrihakiki) borca batık hale düşüp düşmeyeceğini incelemek olarak karşımıza çıkar. Ortaklık kural olarak maddi anlamda (324. madde anlamında) borca batıklıktan önce şekli anlamda borca batıklığa düşebileceğinden sermaye indiriminin uygulama alanı alacaklılar lehine daraltılmış olur.

Kanımızca ikinci görüş daha doğrudur. Çünkü yasakoyucunun esas sermaye indirimi dolayısıyla alacaklıların çıkarlarını korurken yıllık bilanço esaslarından hareket ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, 397. maddenin 1. fıkrası gereğince, alacaklılara haklarını güvenceye bağlatma imkânı tanınırken ortaklığın teknik anlamda sermaye kaybı içinde olması bile gerekmemekte, sırf önceki asgari güvence (esas sermaye) azaldığı için alacaklılara bir hak tanınmaktadır. Alacaklıları koruyucu çerçevenin bu kadar geniş tutulduğu bir sistemde, sermaye indiriminin maddi anlamda değil, şekli anlamda dahi borca batıklığa yol açacağı anlaşılırsa sermaye indirimi yoluna gidilemeyeceği kanısındayız. Öte yandan, basitleştirilmiş sermaye indiriminde bilirkişilerin bir başka görevinin de esas sermaye indiriminin sermaye kaybı ölçüsünde yapılıp yapılmadığını belirlemek olduğunu belirtmiştik.[156] Yukarıda değindiğimiz gibi, 324. madde uyarınca sermaye indirimi yıllık bilançoda görünen sermaye kaybı ölçüsünde yapılır. Bilirkişilerin bu görevlerini yerine getirebilmeleri için yıllık bilanço esaslarını gözönünde bulundurmaları gerekmektedir. Aksi takdirde öğretide çoğunluğun varlığını kabul ettiği bu görevin yerine getirilmesi mümkün olmaz.

Bilirkişilerin raporunda sadece (dar anlamda) borçlar değil, yabancı kaynak karakteri gösteren tüm kalemler (örneğin karşılıklar) da dikkate alınır.[157]

Bu durumda bir ortaklık sermaye indirimi sonucu şekli anlamda borca batık hale düşüyorsa sermaye indirimi yoluna gidemez. Ancak bu ihtimal sadece pay sahiplerine geri ödeme yapılan sermaye indiriminde karşımıza çıkabilir. Sermaye indirimi, sermaye kaybı ölçüsünde yapılıyorsa böyle bir durum esasen söz konusu olmaz. Çünkü basitleştirilmiş sermaye indiriminde herhangi bir ödeme yapılmamakta, sadece esas sermaye fiili öz sermaye düzeyine getirilmektedir. Ortaklıktan çıkan bir kaynak olmadığına göre, borca batıklık ihtimali de bulunmamaktadır. [158] Böylece bu

---

[155] Bkz., **Böckli**, s. 218; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 678; von **Steiger**, yazarın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır, Orijinal, s. 307.

[156] Bkz., yuk. s. 174.

[157] Bkz., **Böckli**, s. 218.

[158] Aynı şekilde sermaye kaybı ölçüsünde indirimle birlikte bir miktar da geri ödeme yapılıyorsa şekli anlamda borca batıklık sonucu doğmaz. Aksi durumda borca batıklık meydana gelir. Örneğin yıllık bilançosuna göre gerçek aktifleri 40 Milyar, esas sermayesi 30 milyar, borçları da 20 Milyar TL. olan bir ortaklığın sermaye kaybı 10 Milyar TL.dir. Bu ortaklık 10 milyar TL. bilanço açığını kapatmaksızın esas sermayesini pay sahiplerine geri ödemeli olarak 5 Milyar Tl:'ye indirmeye kalkışırsa indirim sonucu gerçek aktifler 15 Milyar TL olur. Borçlar ise 20 Milyar Tl civarındadır. Ortaklık şeklen borca batık hale düşeceği için bu şekilde esas sermaye indirimine gidemez. Oysa bu ortaklık 25 Milyar Tl. tuta-

indirim türünde bilirkişilerin görevinin gerçekte, sermaye kaybı miktarını yıllık bilançoya göre tespit etmek ve indirimin bu ölçüde yapılıp yapılmadığını belirlemekten ibaret olduğu söylenebilir.[159] Ayrıca aktiflerdeki değer artışlarının yeniden değerleme yoluyla bilançoya yansıtılmadıkça dikkate alınamayacağı görüşündeyiz. Çünkü bilirkişiler öngörülen sermaye indirimi miktarının „bilançoda görünen" sermaye kaybı ölçüsünde olup olmadığını belirleyeceklerdir. Buna karşılık kötüniyetle ve sırf basitleştirilmiş usulden yararlanmak için ayrılan gizli yedekleri bilirkişiler göz önünde bulundurmalıdırlar.[160]

Aslında ortaklığın borçlarının aktiflerle karşılanıp karşılanamadığı ancak sermaye indirimi kararının uygulanmasından sonra tam olarak anlaşılabilir. Bilirkişi raporunun gerçeğe uygunluğunu daha fazla tehlikeye sokmamak için bu raporun mümkün olduğu ölçüde genel kurul kararından kısa bir süre önce alınması gerekir.[161]

Bilirkişi raporunda tespitlerin kural olarak herhangi bir kayıt ve şarta bağlanmadan ifade edilmesi gerekir. Ancak uygulamada bu ilkeye uyulması her zaman mümkün olmaz.[162]

D- ESAS SERMAYE İNDİRİMİ KARARI

Basitleştirilmiş esas sermaye indirimi de esas sözleşmeyi değiştiren bir genel kurul kararına dayanır. Çünkü fiili durum (öz kaynaklar miktarı) değişmese de esas sözleşmede yer alan esas sermaye rakamı indirilmektedir (TTK., m. 396.I).[163]

Hangi amaçla olursa olsun esas sermaye indirimine karar vermek genel kurulun münhasır yetkilerindendir.[164] Kayıtlı sermaye sistemi uygulansa dahi yönetim kurulu esas sermaye indirimine karar vermeye yetkili değildir.[165]

---

rında sermaye indirimiyle hem 10 Milyar Tl bilanço açığını kapatmayı, hem de 15 Milyar Tl.'yi pay sahiplerine iade etmeyi düşünseydi, gerçek aktifleri 25 Milyar Tl. olacak, böylece şeklen borca batık halde olmayacaktı. Üstelik, esas sermayesi de hiçbir şekilde karşılıksız kalmayacaktı.
Bu örnekte, satış değerleri esas alınsaydı, belki her halde esas sermaye indirimi yapmak mümkün olabilecekti. Örneğin satış değerlerine göre net aktifler 60 Milyar TL. ise, 30 Milyar'dan 5 Milyar TL'ye, geri ödemeli indirim sonucu net aktifler 35 Milyar TL. olacak, bu da borçları rahatlıkla karşılayacaktı.

159 Karş., **Mosimann**, s. 37 vd.

160 Aktiflerdeki değer artmaları dikkate alınsaydı, belki bir sermaye kaybı ile dahi karşılaşılmayacağından basitleştirilmiş sermaye indirimi yapılamazdı. Fakat geri ödemeli sermaye indirimi yapma imkânı genişlerdi. Çünkü bu değer artmaları dikkate alındığı zaman indirimden sonra borca batıklık ihtimali azalırdı.
Oysa yönetim kurulu tarafından her ne suretle olursa olsun ayrılan gizli yedek akçeler, bu miktar aktifin bilançoda görünmemesi sonucunu doğuracağından bilançoda görünen sermaye kaybı büyüyecek ve alacaklılar davet edilmeksizin bu miktarda sermaye indirimi yapmak mümkün olacaktır. Yönetim kurulu daha sonra ayırdığı bu gizli yedekleri çözüp pay sahiplerine dağıtabilir. İşte buna izin verilmemelidir. Bu konularda Bkz., **Wieland**, s. 19 vd.

161 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 732, N. 16. Bu konuda ayrıca Bkz., **Böckli**, s. 218.

162 Bkz., von **Steiger**, yazarın ilâveten belirttiğine göre İsviçre'de ticaret sicili memurlukları bilirkişilerin "alacaklıların durumunda bir değişiklik olmayacağı, haklarının indirimden önceki ölçüde karşılanacağı" yönündeki kanılarını yeterli görmektedirler, s. 306.

163 Bkz., **Böckli**, s. 227; **Degiacomi**, s. 22; **Koeferli**, s. 115.

164 Bkz., **Degiacomi**, s. 22.

Kararda bilirkişi incelemesinin sonucu açıklanarak indirim kararının hangi yöntemle uygulanacağı belirtilmelidir (TTK., m. 396,II, c.2). Yönetim kurulu sermaye indirimi yöntemini tespite yetkili değildir.[166] Kararda ayrıca esas sermaye indiriminin amacı, özellikle sermaye indiriminin sermaye kaybını gidermek için yapıldığı açıklanmalıdır.[167]

Bu karar için gerekli toplantı ve karar yetersayıları Türk Ticaret Kanunu'nun 388. maddesinin II. ve IV. fıkralarına tâbidir (Bkz. TTK. m. 396,II).[168] Esas sözleşme değişikliği söz konusu olduğundan oyda imtiyazlı paylardaki imtiyaz dikkate alınmaz (TTK., m. 387).

E- ESAS SERMAYE İNDİRİMİ KARARININ UYGULANMASI

Esas sermaye indiriminin ikinci aşaması indirim kararının uygulanması, bu kararla serbest hale getirilen kaynağın bir kullanma işlemine tâbi tutulmasıdır.[169] Kararın uygulanması yönetim kurulunun görevidir.[170] Esas sermayenin indirimi aslında iki işlemi içermektedir: a) Esas sözleşmedeki sabit (bloke) rakamın, yani esas sermayenin miktar olarak azaltılması, b) böylece tasarruf edilebilir hale gelen aktifler üzerinde indirim türüne bağlı olarak tasarruf edilmesi.[171] Basitleştirilmiş sermaye indiriminde bilançoda serbest kalan gerçek bir aktif kalemi yoktur. Sadece esas sermayenin indirimine bağlı olarak sermaye kaybı bilançodan atılmaktadır. Bu durumda yapılan işlem salt bilançosal niteliktedir. Fakat yine de kararın uygulanması için ya bazı payların yok edilmesi, veya birleştirilmesi, ya da bütün payların itibari değerinin düşürülmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde esas sermaye fiilen indirilebilir.

1- Şartları

Basitleştirilmiş esas sermaye indiriminde alacaklıları davet prosedürü isteğe bağlı olduğundan (TTK., m. 397.II), kural olarak indirim kararının hemen ardından kararın uygulanması aşamasına sıra gelir (Bkz. ve Karş. TTK. m. 398,I). Oysa pay sahiplerine geri ödeme yapılan esas sermaye indiriminde esas sermaye ancak 397. maddenin 1. fıkrasındaki alacaklıları davet prosedürü tamamlandıktan sonra fiilen indirilebilir (TTK., m. 398.I).

Fakat 397. maddenin 2. fıkrası ortaklığa sadece alacaklıları davet prosedüründen kaçınma yetkisi verdiğinden bu yetki kullanılmayarak alacaklıların haklarını bildirmeye çağrılması mümkündür. Bu durumda ortaklık kendisine tanınan yetkiyi kul-

---

165 Bkz., yuk. § 3, II, B, 1, b.

166 Bu konularda Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N.14; **Degiacomi**, s. 22; **Mosimann**, s. 39. Ayrıca Bkz., İBK., m. 732,«.**Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 426.

167 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N.14; **Funk**, OR. Art. 732, N. 4; **Schucany**, OR. Art. 732, N. 5.

168 Toplantı ve karar yetersayıları esas sözleşmeye konulacak hükümle ağırlaştırılabilirse de hafifletilmeleri mümkün değildir, Bkz., **Mosimann**, s. 39,40.

169 Bkz., **Böckli**, s. 212; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 673.

170 Bkz., **Mosimann**, s. 41.

171 Bkz., **Böckli**, s. 212; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 673.

lanmaktan vazgeçtiğinden bildirimde bulunan alacaklıların haklarını ödemek veya temin etmek zorundadır.[172]

389. maddeye göre esas sözleşmede değişiklik yapılmasına ilişkin genel kurul kararı, imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, bu karar adı geçen pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda verilecek bir kararla onaylanmadıkça uygulanamaz. Esas sermaye indirimi bir esas sözleşme değişikliğini gerektirdiğinden (TTK., m. 396,I, c.1) bu hüküm sermaye indiriminde de uygulanır.[173]

2- Esas Sermaye İndirimi Yöntemleri

Sermaye indirimi kararının çeşitli yöntemlere başvurularak uygulanması mümkündür. İndirim kararı, daha çok alacaklıların çıkarını etkilerken, uygulanacak yöntem esas sermayenin indirimi hangi amaca yönelik olursa olsun pay sahiplerinin çıkarlarını yakından ilgilendirir.[174]

Yasakoyucu indirim yöntemlerini sınırlandırmamıştır.[175] Bu bir eksiklik olarak nitelendirilmemelidir. İndirim yöntemlerinin yasada sınırlı olarak sayılması uygulamada esnekliği önler, her somut olayın şartlarına uygun düşmeyebilirdi.[176]

Fakat yönetim kurulu, sermaye indirimi kararında öngörülen indirim yöntemlerini hiçbir kayıt ve şarta tâbi olmaksızın dilediği gibi uygulayamaz. Bazı indirim yöntemleri pay sahiplerinin zararına sonuçlar doğurabilir. Nitekim, payların yok edilmesi (İtfa) ve birleştirilmesi yöntemleri özellikle basitleştirilmiş sermaye indiriminde pay sahipliklerini yitiren kişiler bakımından daha fazla zarara neden olmaktadır. Çünkü bu kişilere herhangi bir geri ödeme yapılmamaktadır.[177] Bu nedenle sermaye indirimi kararı yönetim kuruluna dilediği indirim yöntemini pay sahiplerinin iradesine aykırı olarak uygulama imkânı vermez. Ortaklık esas sözleşmesinde aksine hüküm yoksa pay sahiplerinin muvafakatleri olmadan payların birleştirilmesi ve yok edilmesi yöntemleri uygulanamaz.[178] Müktesep hakları düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 385. maddesi bunu gerektirdiği gibi,[179] pay sahipleri arasında eşit işlem

---

172 Eğer alacaklıların bildirim süresi bitmeden ortaklık iflâs ederse o zamana kadar ortaklıktan teminat almış olan alacaklıların bu teminatlarını ortaklığa geri vermeleri gerekir. Çünkü söze konu teminatlar alacaklılara esas sermaye indirimi kararının fiilen uygulanması hali için verilmiştir. Aksi durumda o zamana kadar ortaklıktan teminat istemeyen diğer alacaklıların hukuki durumu kötüleşmiş olurdu. Bu konularda. Bkz., **Mosimann**, s. 50.

173 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N.12; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 426; von **Steiger**, Orijinal, s. 304; Özellikle genel kurul kararında öngörülen indirim yöntemi bazı kategori pay sahiplerinin genel çıkarlarına aykırı düşüyorsa bunların onayı alınmalıdır. **Böckli**, s. 219; **Mosimann**, s. 26, yazara göre bütün imtiyazlı pay kategorileri değil, karardan doğrudan etkilenen imtiyazlı pay gruplarının özel toplantılarında onay kararı verilmelidir, s. 40-41.

174 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s.430.

175 Bkz., **Degiacomi**, s. 22; **Mosimann**, s. 24.

176 Bkz., **Mosimann**, s. 24.

177 Diğer pay sahipleri de zarara uğramakla birlikte ileride ortaklığın mali durumu iyileştiği zaman bu zararın telâfi edilmesi mümkündür. Bu konularda Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s. 431.

178 Bkz., **Mosimann**, s. 29 vd.; **Tekinalp**, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s.431.

179 Bkz., **Degiacomi**, s. 17-18, 25.

ilkesi (*Gleichbehandlungsprinzip*)[180] ve dürüstlük kuralı da aynı sonuca varılmasını haklı kılmaktadır. [181]

Bir sermaye indiriminde tek bir yöntemin uygulanması zorunluluğu yoktur. Kombineli olarak birden fazla yöntem birlikte uygulanabilir.[182]

a) Payların Nominal Değerlerinin İndirilmesi

Bu yöntemde payların toplam sayısı aynı kalır, fakat her payın nominal değeri aynı oranda düşürülür.[183] Yöntem, pay sahipleri arasında eşitlik ilkesine uygun düşmekte, mali durum sermaye indirimi yoluyla iyileştirilirken, ortaklıktaki güç dengeleri herhangi bir değişime uğramamaktadır.[184] Pay sahiplerinin genel kurulda sermaye indiriminin bu yöntemle yapılmasına karar vermeleri zor olmayacaktır.[185]

Bu yöntem uygulandığı takdirde, hem esas sermaye miktarı, hem de payların nominal değeri değiştiği için gerçekte genel kurulca esas sözleşme değişikliğine dair alınmış iki karar vardır (Bkz., TTK., m. 279, I, N.3).[186]

Payların nominal değerlerinin indirilmesi özellikle basitleştirilmiş esas sermaye indiriminde daha yaygın bir uygulama alanı bulur.[187] Çünkü burada ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi söz konusu olduğundan, payların nominal değeri 500 TL.'nin altına indirilebilir (TTK., m. 399,III).[188] İndirim oranı „öz kaynaklar/esas sermaye" oranı ölçüsündedir. Örneğin, öz kaynakları 5 Milyar TL.'ye inmiş 15 milyar TL. esas sermayeli bir ortaklıkta, indirim oranı 1/3'tür. Bütün payların nominal değeri 750 TL. ise indirim sonucu her payın nominal değeri 750 x 1/3 = 250 TL. olacaktır. Nominal değerlerin indirim oranı esas sermayenin indirim oranına eşittir.[189]

---

180 İBK., m. 717.II'de yönetim kurulunun eşit işlem ilkesine uyması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

181 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s.430 vd. Eşit işlem ilkesi hakkında ayrıca Bkz., **Degiacomi**, s.13.

182 Bkz., **Mosimann**, s. 24.

183 Bkz., **Çevik**, AŞ., s. 442; **Erem**, s. 147; **Guhl**, s. 65; **Koeferli**, s. 116; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 425; **Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu**, s. 674.

184 Bkz., **Boemle**, s. 475; **Degiacomi**, s. 23,24; **Forstmoser**,Aktienrecht, s. 612;**Koeferli**, s. 116; **Tekinalp /Poroy/Çamoğlu**, s. 674; Karş., **Mosimann**, yazar bu yöntemde pay sahiplerinin tasfiye payları üzerindeki haklar da dahil olmak üzere kazanılmış hakların değişikliğe uğrayacağını belirtmektedir, s. 83. **Degiacomi** bu görüşü eleştirmekte, her payın itibari değeri aynı oranda indirildiğinden pay sahiplerinin statülerinde bir değişikliğin söz konusu olmadığını vurgulamaktadır, Yazarın belirttiği gibi, itibari değerlerin düşürülmesi sonunda bir pay sahibinin oy hakkı ya da tasfiye payı alma hakkı herhangi bir zarara uğramaz. Çünkü ne ödenen katılma payından bir iade, ne de payın esas sermayeye oranında bir değişme vardır. s. 24. Aynı yönde **Godin/Wilhelmi**, Großkomm. AktG., § 175, N.7;

185 Bkz., **Degiacomi**, s. 23; **Koeferli**, s. 116.

186 Nominal değerin düşürülmesi kararı en erken esas sermaye indirimi kararıyla birlikte alınmalıdır, aksi takdirde bu karar hükümsüzdür. Bu konularda Bkz., **Mosimann**, s. 25.

187 Bkz.,**Degiacomi**, s.22,23;**Forstmoser**,Aktienrecht, s. 612; **Mosimann**, s.26; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, Tekinalp'e göre bu indirim türünde ilke olarak sadece bu yöntemin uygulanması imkânı vardır, s. 681.

188 Oysa normal sermaye indiriminde bu yöntem ancak 399. maddede öngörülen sınır dahilinde uygulanabilir. Bu konularda Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97; **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14; **Degiacomi**, s. 23 vd; **Forstmoser**, Aktienrect, s. 612-613; **Kayar**, s. 194; **Mosimann**, s. 26; **Siegwart**, OR. Art. 622, N. 21. **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 426; Ayrıca Bkz., İBK., m. 622.IV.

189 Bkz., **Koeferli**, s. 116.

Fakat esas sermayenin hiçbir şekilde 272. maddede öngörülen asgari miktarın altına indirilemeyeceği kuralı (TTK., m. 396.IV) payların nominal değerinin indirilmesi bakımından dolaylı bir sınır oluşturur.[190] Gerçi teorik olarak basitleştirilmiş sermaye indiriminde nominal değer 399. maddenin 3. fıkrası uyarınca istenildiği kadar indirilebilir. Fakat esas sermaye payların nominal değerleri toplamından oluştuğundan payların nominal değeri ilke olarak „0" 'a kadar düşürülemez. Meğer ki birden fazla indirim yöntemi birarada uygulansın. Örneğin bazı paylar bir değişim oranına göre birleştirilirken diğerlerin nominal değeri sıfıra kadar düşürülebilir. Mevcut payların nominal değerinin sıfır düzeyine indirilmesi en çok sermaye indiriminin sermaye arttırımı ile eş zamanlı yapılması halinde söz konusu olur. Bu nedenle bu konudaki tartışmalara aşağıda yer vereceğiz. [191]

Ayrıca hisse senetlerinin nominal değerlerinin 500 TL.'nin altına indirilmesi mali durumun iyileştirilmesi bakımından zorunlu olduğu ölçüde mümkündür.[192] Yani kural olarak payların nominal değerlerindeki indirim sermaye kaybının giderilmesini sağlayacak ölçüde yapılmalıdır. Sermaye kaybını aşan ölçüde bir esas sermaye indirimi düşünülüyorsa nominal değerlerin düşürülmesiyle kombineli olarak başka bir indirim yöntemi de devreye sokulmalıdır.

Aynı nominal değerdeki aynı kategori payların nominal değerleri eşit olarak düşürülür. Farklı nominal değerleri olan farklı pay kategorileri de oransal (*proportional*) olarak indirime tâbi tutulur.[193] Bu pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesinin bir gereğidir.[194] Ancak esas sözleşmeye bazı paylar birleştirilirken veya itfa edilirken diğerlerinin nominal değerlerinin düşürüleceğine dair hüküm konulabilir, ya da çeşitli kategori payların hangi oranda indirime konu yapılacağı önceden gösterilebilir. Aksi durumda genel kurul kararının eşit işlem ilkesine aykırı olduğu öne sürülerek iptalinin istenmesi mümkündür.

İndirim işlemi, eski hisse senetleri karşılığında düşürülmüş nominal değeri taşıyan yeni hisse senetlerinin pay sahiplerine verilmesi veya mevcut hisse senetlerine düşürülmüş nominal değerlerin ortaklık yönetimince işlenmesi yoluyla gerçekleştirilir (Bkz. TTK. 398,II).[195] Fakat bu sermaye indiriminin bir geçerlilik şartı değildir. Çünkü sermaye indirimi kararı ve payların yeni nominal değerinin ticaret siciline tesciliyle birlikte bu paylar yeni nominal değerlerini almışlardır.[196] Buna karşılık yapılan çağrıya rağmen, öngörülen süre içinde damgalanmak veya mübadele edilmek üzere getirilmeyen eski hisse senetleri ortaklıkça iptal edilebilir (TTK. m. 398,II). Fakat bunun için yapılan davette süresi içinde geri verilmeyen senetlerin iptal edileceği açıkça bildirilmelidir (TTK. m. 388.III).

---

190 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14; **Mosimann**, s. 26.

191 Bkz., aşa. § 7, VI, A, 3, a, a.1.

192 Bkz., **Degiacomi**, s. 23; **Forstmoser**, s. 611.

193 Bkz., **Mosimann**, s. 26.

194 Eğer aynı miktarda indirim yapılmış olsaydı yüksek nominal değerli pay sahiplerine bir ayrıcalık tanınmış olurdu, **Mosimann**, s. 26.

195 Bkz., **Moesimann**, s. 26-27; **Hirş**, s. 274.

196 Bkz., **Moesimann**, s. 27.

b) Payların Birleştirilmesi

Bu yöntemde payların nominal değeri aynı kalır. Fakat bir değişim oranına göre eski payların yerine daha az sayıdaki yeni paylar verilir.[197] Değişim oranı eski esas sermayenin indirimden sonraki esas sermayeye (katılma payları toplamına) oranıdır.[198] Örneğin esas sermaye 15 Milyar TL.'den 5 Milyar TL.'ye indirilecekse değişim (mübadele) oranı 1/3'tür. Her pay sahibi 3 eski payı yerine aynı nominal değerde 1 tek paya sahip olur.

İndirim payların birleştirilmesi yoluyla yapılacaksa genel kurul kararında değişim oranının da gösterilmesi gerekir.[199] Payların nominal değeri değişmediğinden yöntemin uygulanması için -payların nominal değerlerinin düşürülmesinin aksine- sadece esas sermaye indirimi kararı yeterlidir (Bkz., TTK. m. 279, N.3,396.I).[200]

Bu yöntemde şöyle bir sorun karşımıza çıkar: Pay sahibinin sahip olduğu pay adedi değişim oranı uygulandığında bütün payların karşılığında yeni pay alınmasına imkân vermeyebilir.[201] Örneğin değişim oranı 1/3 ise, 20 payı olan bir pay sahibi 18 payı için yeni paylardan 6'sını alabilirken 2 payı açıkta kalır. Görüldüğü gibi bu yöntemle sermayenin indirilmesi pay sahiplerinin hukuki durumunda, ortaklıktaki hisse oranlarında değişiklikler meydana getirecek niteliktedir.[202] Pay sahibi, iradesi dışında hukuki durumunda değişiklik yapılmasına, örneğin artık paylar dolayısıyla başka pay almaya, ya da ortaklığa bir ek ödemede bulunmaya zorlanamaz.[203] Değişim oranı tam olarak uygulanma şansına sahip olsa dahi durum aynıdır. Çünkü esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, pay sahibinin rızası olmadıkça payların birleştirilmesi mümkün değildir (Bkz., TTK., 400.II).[204] Bu nedenle payların nominal değerinin indirilmesinin aksine söze konu yöntemin uygulanması güçlükler yaratır. Ayrıca, basitleştirilmiş sermaye indiriminde bu yöntemin uygulanması daha da zordur. Sermaye kaybını gidermeyi amaçlayan bu indirim türünde pay sahibine ödeme yapılmadığından onun birleştirme işlemine razı olmasını sağlamak kolay olmayacaktır.[205]

Bu yöntemde de, ya eski hisse senetleri yerine yenileri verilir, ya da diğerleri imha edilerek eski senetlerden birine damga vurulmak suretiyle karar uygulanır.[206]

---

197 Bkz., **Degiacomi**, s. 25; **Moesimann**, s. 27; **Tekinalp/poroy/Çamoğlu**, s. 674; **Erem**, s. 146; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 425; **Çevik**, AŞ., s. 442.

198 Bkz., **Degiacomi**, s. 25-26.

199 Bkz., **Degiacomi**, s. 25; **Moesimann**, s. 28.

200 Bkz., **Moesimann**, s. 28.

201 Bu konuda Bkz., **Degiacomi**, s. 25; **Erem**, s. 146; **Mosimann**, s. 29.

202 Bkz., **Degiacomi**, s. 25.

203 Bkz., **Degiacomi**, s. 25 vd.; **Mosimann**, s. 29. TTK. 398.III pay sahibinin rızası halinde uygulanabilir.

204 Aslında TTK., m. 400.II, esas sermaye miktarı değiştirilmeksizin esas sözleşme değişikliği ile hisse senetlerinin bölünmesi ve birleştirilmesi ile ilgilidir. 2. cümleye göre hisse senetlerinin birleştirilmesi pay sahiplerinin rızasına bağlıdır. Anılan hükmün sermaye indirimi kararı gereğince payların birleştirilmesinde de uygulanacağı açıktır. Bkz., **Aytaç**, Sermaye Piyasası, s. 139 vd.; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s.674; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 425; **Boemle**, s. 475; **Çevik**, AŞ., s. 442; **Degiacomi**, s. 25-26; **Forsmoser**, Aktienrecht, s. 536,613; **Koeferli**, s. 116; **Mommendey**, s. 90; Bkz., İBK., 623.II.

205 Bkz. **Tekinalp**, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s. 431.

206 Hukuken bu ikisi arasında bir fark yoktur. Bu konu hakkında Bkz., **Degiacomi**, s. 25.

c) Payların Ortaklıkça Devralınması ve İmhası (İtfa)

Payların birleştirilmesinde olduğu gibi bu yöntemde de payların nominal değerleri düşürülmez, sadece sayısı azaltılır.[207] Ancak burada birleştirmeden farklı olarak bir kısım paylar tamamıyla yok edilir (Bkz., TTK., m. 329,II).[208] Oysa birleştirmede payın bir kısım değeri yok edilmekte, kalan kısmı ise yeni bir payda varlığını sürdürmektedir.

Payların ortaklıkça devralınması iki şekilde uygulanabilir[209]:

1) Bunlardan ilkinde bir kısım hisse senetleri esas sermaye indirimi kararına dayanılarak ortaklık tarafından piyasa değeriyle satın alınır.[210] Türk Ticaret Kanunu'nun 329. maddesinde hisse senetlerinin ortaklığın sermayesinin azaltılmasına ilişkin bir karara dayanılarak sermaye indirimi ölçüsünde devralınmasına izin verilmiştir (f.1, N.1).[211] Anılan yöntem özellikle hisse senetleri borsada işlem gören halka açık nitelikteki büyük anonim ortaklıklarda daha kolay uygulama alanı bulur.[212] Ortaklık sermaye indiriminin gerekli kıldığı kadar hisse senedini geri satın alabilir. Ortaklıkça satın alınan bu hisse senetlerinin derhal imha edilmeleri ve bu hususta tutulan tutanağın ticaret siciline verilmesi gerekir (TTK., m. 329. II, c.1). Kolayca anlaşılacağı gibi, bu yöntemin bu şekliyle basitleştirilmiş sermaye indirimi halinde uygulanması mümkün değildir.[213] Çünkü basitleştirilmiş sermaye indiriminde her ne şekilde olursa olsun pay sahiplerine bir geri ödeme yapılmasına olanak yoktur. Fakat, payın piyasa değeri nominal değerine oranla çok düşükse bu yolla elde edilen kazançla dahi sermaye kaybının giderilmesi mümkündür (Bkz. ve Karş. TTK. m. 396.III).[214] Bunu oldukça fantezi bir örnekle açıklayalım:

Aktif	Milyon TL	Pasif	Milyon TL
Dönen Varlıklar	50 000	Esas sermaye	120 000
Duran Varlıklar	40 000	Borçlar	50 000
Bilanço zararı	80 000		
Toplam	170 000		170 000

Bu ortaklık örneğin esas sermayesinin 20 Milyara indirilmesi konusunda aldığı karara dayanarak 100 Milyar TL. tutarındaki hisse senetlerini nominal değerleri-

---

207 Bu nedenle her iki yöntemi aynı başlık altında inceleyen yazarlar vardır. Bkz., **Çevik,** AŞ., s. 442; **Erem,** s. 146; **Degiacomi**, s. 28; **Moesimann**, s. 27 vd.; **Siegwart**, OR. 650, N.6; **Tekil,** Şirketler Hukuku, s. 425; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 674 vd.;

208 Böylece itfa edilen paylara ait bütün pay sahipliği hakları da ortadan kalkar, Bkz., **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 674.

209 Bkz., **Weidmann**, s. 5.

210 "*freiwillige Amortisation*" Bkz., **Degiacomi,** s. 30 vd. Ayrıca Bkz., **Erem**, s. 147; **Çevik,** AŞ., s. 443.

211 Bu konuda Bkz., **Mosimann**, s. 30 vd. Bkz., İBK., m. 659.II, N. 1.

212 Bkz., **Mosimann**, s. 30.

213 Bkz., **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 613; **Mosimann**, s. 30.

214 Çoğu kez böyle bir durumda ortaklık pay sahiplerine ilân yoluyla belli bir satış fiyatı bildirir ve bu fiyatla paylarını ortaklığa satıo satmayacaklarını tespit eder. Böylece ortaklığın bu yolla ne kadar sermayesini indirebileceği de belli olur. Bu konularda Bkz., **Degiacomi**, s. 30 vd. TTK. m. 396.III sermaye kaybı giderilmesine veya tüm paysahiplerine geri ödeme yapılmasına rağmen indirimden dolayı bir artık kazanç varsa bunun nasıl değerlendirileceğine ilişkindir. Bkz. **Bürgi**, OR.Art. 732, N. 39.

nin % 20'si fiyatla piyasadan satın alırsa bunun için toplam 20 Milyar TL. ödeyecektir. Fakat bu arada esas sermayesi de 20 milyara inecektir. Sonuçta bilanço şu görünümü alacaktır.

Aktif	Milyon TL	Pasif	Milyon TL
Dönen Varlıklar	30 000	Esas sermaye	20 000
Duran Varlıklar	40 000	Borçlar	50 000
Toplam	70 000		70 000

Görüldüğü gibi ortaklığın ödediği 20 Milyar TL. dönen varlıklardan karşılanmış ve sonuçta sermaye kaybı giderilmiştir.[215] Bu yolla sermaye kaybının giderilmesi özellikle makro düzeydeki büyük ekonomik buhranlarda karşımıza çıkar.[216] Verdiğimiz örnekte basitleştirilmiş sermaye indirimi yöntemi uygulansaydı, esas sermaye 20 Milyar TL.'ye değil, 40 Milyar TL.'ye indirilecekti. İndirim sermaye kaybı (80 Milyar TL.) miktarını aştığından (100 Milyar TL.) böyle bir durumda alacaklıların daveti ve haklarının ödenmesi veya temin edilmesi gerekir.

2) İkinci şekilde ise, bir kısım payların itibari değerleriyle veya bir bedel ödenmeksizin ortaklıkça geri alınması ve imhası söz konusudur. Buna payların yok edilmesi veya itfası denir.[217] Aslında burada da yukarıdakinden farklı bir durum yoktur. Paylar 329. maddenin sağladığı imkânla devralınmaktadır. Bu yolla basitleştirilmiş sermaye indirimi kararını uygulamak mümkündür. Çünkü devralmanın, dolayısıyla itfanın mutlaka bir bedel karşılığında yapılmasının şart olmadığı 329. maddenin açık ifadesinden anlaşılmaktadır (f.1, N.1). Sermaye indirimi bilanço açığını kapatmak amacıyla yapılıyorsa pekala karşılıksız olarak ortaklığa devir yoluyla paylar itfa edilebilir ve böylece indirim kararı uygulanabilir.[218]

Sermaye kaybının giderilebilmesi için devralınacak payların nominal değerleri toplamı sermaye kaybı kadar olmalıdır. Böylece bir kısım payların devralınıp yok edilmesi suretiyle esas sermaye bilanço açığı ölçüsünde indirilmiş olur.

Ancak belirtmek gerekir ki, pay sahibi kural olarak payını ortaklığa devretmek zorunda değildir. Yani pay sahibinin iradesi dışında payının yok edilmesi olanağı yoktur (Bkz., ve Karş., TTK., m. 400.II).[219] Bu nedenle söze konu yöntem ancak bazı pay sahiplerinin iradi olarak paylarını ortaklığa devretmeye razı olmaları halin-

---

215 Örnek için Bkz., **Degiacomi**, s. 31 vd.

216 1930'lardaki Büyük Ekonomik buhran sırasında esas sermaye indirimi yoluna giden ortaklıklar sıklıkla bu indirimi kendi hisse senetlerini piyasa değerinden düşük bir fiyatla satın almak suretiyle gerçekleştirmişlerdir. Bkz., **Trumpler**, s. 397. **Weidmann** da hisse senetlerinin genellikle itibari değerinin altında bir bedelle geri alınacağını belirtmektedir, s. 5.

217 Bkz., **Tekil, Şirketler Hukuku**, s. 425; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 674.

218 Bkz., **Boemle**, s. 476; **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 613; **Koeferli**, s. 117; **Weidmann**, s. 5.

219 Bkz., **Degiacomi**, s. 29,30; **Koeferli**, s. 117; **Mosimann**, s. 30; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 675; **Mommendey**, s. 90; **Weidmann**, s. 5. Birleştirme pay sahibinin rızasına bağlı olduğuna göre itfanın da evleviyetle aynı kurala tâbi olması gerekir. Bkz., TTK., m. 400.II, hükme atıfta bulunan **Tekinalp/ Poroy/Çamoğlu**, s. 675.

de uygulanabilir.[220] Meğer ki esas sözleşmede aksine hüküm bulunsun, yani itfa edilecek paylar gösterilsin.[221] Esas sözleşmede hüküm yoksa, fedakârlıkları karşılığı intifa senedi almayı kabul eden küçük pay sahipleriyle, bazı paylarının yok edilmesinden sonra dahi ortaklığın yönetiminde söz sahibi olmaya devam edebilecek büyük pay sahiplerinin paylarının itfa edilmesine,razı olacakları söylenebilir.[222]

F- KARARIN VE İNDİRİMİN TAMAMLANDIĞININ TESCİL VE İLÂNI

Ticaret siciline hem sermaye indirimine ilişkin genel kurul kararı, hem de indirimin fiilen gerçekleştirildiği (indirim kararının uygulandığı) hususu tescil edilir (Bkz. TTK. m. 398,IV, Tic.SN. 64,IV-V).

İndirim kararının üçüncü kişilere karşı hüküm ve sonuç doğurabilmesi için ticaret siciline tescili zorunludur. Ancak iç ilişkide bu karar bütün pay sahiplerini ve organları bağlar (Bkz., TTK., m. 379). Ticaret sicili memuru sermaye indiriminin maddi şartlarını, örneğin gerçekten bir sermaye kaybının mevcut olup olmadığını incelemeye yetkili değildir.[223] Çünkü mahkemece atanmış bilirkişilerin olumlu raporu bulunmaktadır. Basitleştirilmiş sermaye indiriminde memur sadece 396. maddede öngörülen şartların yerine getirildiğine dair belgeleri isteyecektir. 397. madde gereğince alacaklıları davet şart olmadığından buna dair belgenin ibrazı istenmez (Bkz. ve Karş. TTK. m. 398, IV, Açık hüküm için Bkz. Tic. SN. m. 64,III).[224] Bu karar ayrıca ilân edilir (Bkz. ve Karş., TTK., m. 397).

Sermaye indirimi işlemlerinin tamamlanmış olduğuna ilişkin tescilde ortadan kaldırılan hisse senetlerinin sayısı ve itibari değerleri toplamı, ayrıca pay sahiplerine verilen ve pay sahipleri elinde kalan hisse senetleri sayısı ve itibari değerleri toplamı gösterilir (Tic.SN., m. 64.V). 329. maddenin 1. fıkrası gereğince devralınan hisse senetlerinin imhasına ilişkin tutanak da sicil memuruna verilir. Tutanağın muhtevası kısaca tescil edilir (Tic.SN., m. 64.IV).

VI- SERMAYENİN TAMAMLANMASI

Ekonomik açıdan sermayenin tamamlanmasından değil, olsa olsa arttırılmasından söz edilebilir.[225] Kavram tamamen hukuksaldır. Esas sermaye sisteminin sonucudur. Yapılan işlem, öz kaynakların en az esas sermaye düzeyine çıkarılması, ya da rakamsal olarak esas sermaye ile eşitlenmesi anlamına gelir.[226]

---

220 Bkz., **Koeferli**, s. 117; **Mommendey**, s. 90. **Tekinalp**'in belirttiği gibi bunun aksini öngören hüküm ancak kuruluş sırasında esas sözleşmeye konulabilmelidir, Esas sözleşmeye sonradan böyle bir hüküm konulması MK. 2'ye (veya müktesep haklara) aykırı olur, Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, s. 432.

221 Bkz., **Boemle**, s. 477; **Forstmoser**, s. 539; **Koeferli**, s. 117; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 675.

222 Bkz., **Koeferli**, s. 117; **Teoman**, İntifa, s. 153.

223 Bkz., **Bürgi**, OR. 735, N. 5; **Mosimann**, s. 42.

224 Bkz. **Bürgi**, OR. Art. 734.N. I.

225 Bkz., ve Karş., **Arslanlı**, AŞ.I, s. 97.

226 Bkz., **Y. TD.** 2.4.1970 tarih ve 1123/1347 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 350-351; **Karayalçın**, Yeniden Değerleme, s. 152. Tamamlanacak esas sermaye sermaye kaybının tespiti anın-

Esas sermaye arttırımı sermayenin tamamlanması değildir.[227] Çünkü bu işlemle öz kaynaklar esas sermaye düzeyine çıkarılmamaktadır.

Tamamlama kural olarak şu iki yöntemden biriyle gerçekleştirilir:[228]

- Esas sermaye indirimi ile sermaye arttırımı yoluna gidilmesi
- Pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması

A- ESA SERMAYE İNDİRİMİ İLE BİRLİKTE SERMAYENİN ARTTIRILMASI

1- Yöntemin Niteliği ve Yasal Dayanağı

Bu yöntemin yasal dayanağı, Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinin 1. fıkrasıdır. Anılan hükümden, esas sermayenin indirilerek, bedelleri tamamen ödenecek yeni hisse senetleri çıkarılmak suretiyle aynı miktarda arttırılması halinde esas sözleşme değişikliğine gerek olmadığı anlaşılmaktadır (c.1).[229] Maddenin lâfzına bakılırsa bu yöntemde özellik gösteren hususlar, çıkarılacak hisse senetlerinin bedellerinin tamamen ödenmesi ve esas sözleşme değişikliğinin zorunlu olmamasından ibarettir. Fakat söze konu yöntemin normal sermaye indiriminden ve arttırımından farklı olan yönlerinin sadece bunlarla sınırlı olduğu sanılmamalıdır. Sermaye indirimiyle arttırımının eş zamanlı olması bazı özellikleri beraberinde getirmektedir. Basitleştirilmiş sermaye indiriminden farklı olarak bu yöntem salt bilançosal nitelikte (gayrıhakiki) bir iyileştirme tedbiri değildir. Gerçi ortaklığın esas sermaye rakamı değişmemekte, olduğu gibi kalmaktadır.[230] Ancak öz kaynaklar miktarı arttırılmakta, esas sermaye ile aynı düzeye getirilmektedir. Böylece ortaklığa dış finansman kaynağı sağlanmaktadır.[231] Bu yöntemle alacaklıların hukuki durumu kötüleşmemekte, tersine yeni kaynak akışı dolayısıyla güvenceleri artmaktadır.[232] Esas sermaye karşılığı malvarlığı değerinin aktif tarafta yer almasıyla, alacaklıların asgari güvenceleri efektif olarak sağlanmış olmaktadır.[233] Bütün bu olgular, eş zamanlı olarak ve eşit miktarda yapılan esas sermaye indirimi ve arttırımı için daha basit bir yöntemin kabul edilmesini haklı kılmaktadır.

---

daki esas sermaye olmayabilir. Öz sermaye-esas sermaye eşitliği sağlanmak şartıyla kısmi tamamlama mümkündür. Bkz. yuk. § 7, IV, B, 2, c, dipn. 79 civarı.

227 Bkz., **Karayalçın**, Yeniden değerleme, s.; **Kayar**, s. 157; **Moroğlu**, s. 77.

228 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97 vd, 119 vd; **Çevik**, AŞ., s. 526; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15, sonn. 53; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 465; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 247; Karş., **Erem**, yazar sermayenin tamamlanmasından sadece taahhütlerin arttırılmasını anlamaktadır, s.134, dipn. 21;

229 Hükmün karşıt kavramından bu sonuca varılmaktadır, Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 424; **Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu**, s. 676.

230 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.I, s. 97; **Guhl**, s. 65; **Guhk/Merz/Kummer**, s. 679; **Forstmoser**, s. 624; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 465.

231 Bkz., Örn., **Eisenhardt**, s. 261.

232 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 119; **Böckli**, s. 226; **Guhl**, s. 65; **Guhk/Merz/Kummer**, s. 679; **Mommendey**, s. 89; **Çevik**, AŞ., s. 421.

233 Ortaklığa getirilen kaynak, serbestçe tasarruf edilebilir bir kaynak da değildir, Bkz., **Böckli**, s. 226.

Bu yöntemi, 324. maddeye uygun olarak sermayeyi kısmen tamamlamak amacıyla esas sermayeyi önce basit usulle indirip önceki esas sermayeden düşük bir düzeye kadar artırma işlemiyle karıştırmamak gerekir.[234]

Normal olarak esas sermaye indirimiyle birlikte arttırım yöntemine sermaye kaybının önemli düzeye ulaşması durumunda başvurulur.[235] Fakat sermaye kaybı söz konusu olmadığı halde, esas sermaye arttırımına gitmeksizin, mevcut payların nominal değerleri toplamı düşürülerek, aradaki fark ölçüsünde yeni çıkarılacak payların halka arzı amacıyla da bu yönteme başvurulabilir. 396. maddenin 1. fıkrasında bu yöntemin uygulama alanı sermaye kaybı durumuyla sınırlandırılmamıştır.

2- Yöntemin Özellikleri

Bu yöntemde sermaye indirimi ve arttırımının eş zamanlı olmasından maksat sermaye indirimi ve arttırımı işlemlerinin aynı genel kurul kararına dayanmasıdır. Böylece anılan yöntem, sermaye indirimi ve artırımı işlemlerinin bir kombinasyonudur.[236] Kural olarak genel kurul kararının uygulanması sırasında hem sermaye indirimine, hem de arttırımına ilişkin işlemler birlikte gerçekleştirilir.

Fakat öğretideki baskın görüşün haklı olarak belirttiği gibi, esas sermaye indirimine ilişkin hükümler bu yöntemde olduğu gibi uygulanamazlar.[237] Yasakoyucu, esas sermaye indirimi dolayısıyla alacaklıların çıkarlarını korumak için öngördüğü hükümlerin (TTK., m. 396-398) burada uygulanmasına gerek görmemiştir.[238] Tıpkı basitleştirilmiş sermaye indiriminde olduğu gibi bu yöntemde de alacaklıları davet, haklarını ödeme veya temin etme zorunluluğu bulunmamaktadır (Karş., TTK., m. 397.I).[239] Üstelik bu yöntemde mahkemece atanacak bilirkişilerden inceleme raporu alınması da şart değildir.[240] Böylece basitleştirilmiş esas sermaye indiriminden de öteye giden bir kolaylık sağlanmaktadır. Söze konu yöntem esas sermaye indiriminin en basit şeklidir.[241]

---

234 Kısmi tamamlamada, esas sermaye indirimi ile artırımı aynı genel kurulda kararlaştırılsa bile gerçekte iki ayrı karar mevcuttur. Bu nedenle 396.I, c.1 anlamında sermayenin tamamlanması için öngörülen kolaylıklardan yararlanılamaz. Bkz. yuk. § 7, IV, B, 2, c, dipn. 79 civarı, ayrıca Bkz. yuk. dipn. 224.

235 Bkz., **Böckli**, s. 225; **Mommendey**, s. 89.

236 Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku., s. 424.

237 Bkz., Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 119; **Böckli**, s. 225; **Erem**, s. 149; **Forstmoser**, s. 623, 626; **Koeferli**, s. 119; **Mommendey**, s. 89; **Tekinalp/ Poroy/Çamoğlu**, s. 677. Karş., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, yazar bu işlemde kural olarak esas sermaye indirimine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanısındadır, s. 465.

238 Bkz., **Böckli**, s. 226; **Forstmoser**, s. 624,626.

239 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 119; **Böckli**, s. 226; **Erem**, s. 149; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 465; **Mommendey**, s. 89; **Çevik**, AŞ., s. 421.

240 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 120; **Böckli**, s. 225, 226; **Forstmoser**, s. 626; **Guhl**, s. 65; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 677; **Weidmann**, s. 5; **Çevik**, AŞ., s. 421; Karş., **İmregün**, yazar bu işlemde önce esas sermaye indirimine, daha sonra arttırılmasına ilişkin hükümlerin işlemin mahiyetine uyduğu ölçüde uygulanması gerektiğini belirttikten sonra sermaye indirimindeki bilirkişi raporu alınması zorunluluğunun burada da geçerli olduğunu belirtmektedir, Anonim Ortaklıklar, s. 465.

241 Bkz., **Forstmoser**, s. 623; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 676.

396. madde bu yöntemin uygulanması halinde ortaklığı esas sözleşmede değişiklik yapmak zahmetinden kurtarmaktadır.[242] Ancak öğretide vurgulandığı gibi, yasanın getirdiği kolaylık yanıltıcıdır:[243] Çünkü eğer sermaye kaybını şimdiye kadarki pay sahipleri karşılamazlarsa yeni payların ihracı gerekecek, çoğu kez eski payların nominal değerleri toplamının sermaye kaybı ölçüsünde düşürülmesi yoluna gidilecektir.[244] Böylece genellikle payların sayısı, itibari değerleri, oy hakkı gibi hususlar bakımından bir esas sözleşme değişikliği yapmak zorunlu hale gelecektir.[245] Bu nedenle yasakoyucunun anılan hükmü getirirken daha çok sermaye kaybının pay sahipleri tarafından karşılanmasını düşündüğü belirtilmektedir.[246] Gerçi yasa hükmünün ifadesi sadece yeni pay ihracı yolu ile açığın kapatılmasını açıkça öngörmektedir (m.396.I). Ancak, ortaklığın malvarlığı durumu karşısında yeni payların yatırımcılar tarafından satın alınmasını sağlamak da kolay olmayacağından[247] bu görüş mantıklı görünmektedir. Hükmün öngördüğü başlıca hususlardan biri ortaklığın esas sözleşme değişikliği yapmaktan kurtarılmasıdır. Bu da ancak arttırılacak kısmın mevcut (bütün) pay sahipleri tarafından karşılanması halinde mümkündür.

Esas sermaye indirimi ile eş zamanlı sermaye arttırımında esas sermayenin hiçbir şekilde 272. maddede öngörülen asgari miktarın altına indirilemeyeceğine ilişkin hüküm (TTK., m. 396.IV) uygulanmaz.[248] Çünkü burada esas sermaye efektif olarak indirilmemekte, aynı anda yapılan bir sermaye arttırımıyla yeniden en alt sınırın üzerine çıkarılmaktadır. Yapılan işlem iki işlemin kombinasyonundan oluşan bileşik, fakat tek bir işlemdir.[249] İndirim ve arttırım aynı genel kurul kararına dayanmaktadır. Burada gerçek bir sermaye indiriminin söz konusu olmadığı haklı olarak belirtilmektedir.[250] O halde sermaye aynı anda arttırılmak koşuluyla istenilen düzeye

---

242 Bununla birlikte her genel kurul kararı gibi, bu kararın da noterce onanıp, ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi gerekir (TTK., m. 378, son cümle), Bkz., **Forstmoser**, s. 626; **Mosimann**, s. 38.

243 Bkz., **Böckli**, s. 225.

244 Bkz., **Böckli**, s. 225. **Forstmoser**, s. 626. **Arslanlı** burada sadece esas sermaye arttırımına ilişkin prosedürün uygulanmasıyla yetinileceğini belirtmektedir. AŞ:, I, s. 119. Oysa eski pay sahipleri açığı kapatmıyorsa sabit kalan esas sermayeye rağmen yeni pay ihraç edebilmek için eski payların nominal değerleri toplamını düşürmekten başka çare yoktur.

245 Bkz., **Böckli**, s. 225; **Forstmoser**, s. 626; **Koeferli**, s. 120; Karş., **İmregün**, yazar 396.I.maddesinin açık ifadesini gözönüne almadan bu durumda (her halükârda) esas sözleşme değişikliğinin zorunlu olduğunu öne sürmekte, sadece 324. maddedeki durumda yasal bir zorunluluk yerine getirildiğinden Bakanlığın iznini almanın şart olmadığını belirtmektedir, Anonim Ortaklıklar, s. 465.

246 TTK. 396.I'in karşılığı olan İBK., m. 732.I bakımından bu görüş için Bkz., **Böckli**, s. 225.;

247 **Öçal**, böyle bir durumda yeni ortak bulmanın güçlüğü karşısında en emin yolun arttırılacak kısım için de eski ortakların sermayeye dahil edilmesini sağlamaya çalışmak olduğunu belirtmektedir, Mali Durumun Bozulması, sonn.53; Aynı yönde Bkz., **Çevik**, AŞ., s. 421.

248 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 119, dipn. 17; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 465; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 676; İsviçre Hukukunda bu yönde **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14; **Forstmoser**, s. 625; von **Steiger**, s. 312. APOK., § 228.I'de bu konuda açık hüküm vardır. Anılan hükme göre, esas sermaye eş zamanlı olarak yeniden arttırıldığı takdirde esas sermaye § 7'de öngörülen asgari sınırın altına kadar indirilebilir. Türk-İsviçre hukuklarında bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte aynı esas kabul edilmektedir.

249 Bkz., **Guhl**, s. 65.

250 Bkz., **Forstmoser**, s. 623; **Guhl**, s. 65. Bkz., İBK., m. 622.IV.

kadar indirilebilecektir. Hatta esas sermayenin eş zamanlı olarak „0"a kadar indirilmesi ve yeniden aynı düzeyine çıkarılması da mümkündür.[251] Borca batıklık halinde bu yöntemin uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır. Üçüncü bölümde bu konu üzerinde ayrıca duracağız.[252] Eğer bu kolaylığı getiren hüküm olmasaydı, esas sermaye „0" düzeyine indirilemeyeceğinden aynı amaca ulaşmak için önce ortaklığın tasfiye edilmesi, sonra yeniden kuruluş işlemlerinin tamamlanması gerekecekti.[253]

Basitleştirilmiş esas sermaye indiriminde olduğu gibi burada da Türk Ticaret Kanunu'nun 399.III. maddesi gereğince ortaklığın kötüleşen mali durumunun iyileştirilmesi için hisse senetlerinin nominal değeri 500 TL.'nin altına indirilebilir.[254]

Bu yöntemin sağladığı kolaylıklardan yararlanılabilmesi için öz kaynakların esas sermaye ile eşit düzeye çıkarılması gerekir. Eğer esas sermayenin şimdiye kadarki düzeyine kadar sermaye arttırımı yapılmazsa basitleştirilmiş esas sermaye indirimi usulünün şartlarına uyulmalıdır.[255] Diğer taraftan, indirimden sonra esas sermayenin şimdiye kadarki düzeyini aşan miktarda arttırım yapılmak isteniyorsa esas sözleşme değişikliği yapılması kaçınılmaz olur (Bkz., TTK., 396.I,c.1).[256]

3- Esas Sermaye İndirimi ile Birlikte Arttırımı Yöntemleri

Esas sermayenin indirimiyle birlikte arttırılması şu üç yoldan biriyle gerçekleştirilebilir:[257]

– Birinci yolda indirim ve arttırıma konu olan kısım (sermaye kaybı miktarı) kadar yeni paylar oluşturulur ve ihraç edilir. Yani, mevcut payların itibari değerleri toplamı sermaye indirim yöntemlerinden biriyle sermaye kaybı ölçüsünde düşürüldükten sonra aynı miktarda hisse senedi ihraç edilir.

– İkinci yolda ise, şimdiye kadarki paylar için bu payların sahipleri tarafından ek ödeme yapılması söz konusudur. Bu durumda mevcut payların itibari değerleri pay sahibinin ek ödemede bulunup bulunmamasına göre artar veya azalır.[258]

– Eğer hisse senedine dönüştürülebilir tahviller varsa, sermaye arttırımı aşamasında bunların miktarı kadar yeni paylar oluşturulur.[259] Yöntemin tek başına yeterli olması için bu tür tahvillerin sermaye kaybını giderecek miktarda olması gerekir.

Bunlardan sadece ilki 396. maddenin 1. fıkrasında açıkça öngörülmüştür.

Bu yöntemlerden biriyle sermayenin tamamlanması bir genel kurul kararına dayanır. Esas sözleşme değişikliği şart olmasa bile bu karar noterce onandıktan sonra ticaret siciline tescil edilmelidir.[260]

---

251 Bkz., **Böckli**, s.225; **Forstmoser**, s. 625, 627; **Koeferli**, s. 119;
252 Bkz., aşa. § 13, VII.
253 Bkz., **BGE.**, 76.II, 177.
254 Bkz., **Forstmoser**, s. 627.
255 Bkz., **Forstmoser**, s. 624; Ayrıca Bkz. **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 681.Kısmi tamamlama, Bkz., yuk. § 7, IV, B, 2, c, dipn. 79 civarı.
256 Bkz. **Forstmoser**, s.626; **Koeferli**, s. 120.**Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 681; **Bürgi**, OR.Art.732, N. 12.
257 Bu konuda Bkz., **Forstmoser**, s. 625.
258 Bkz., **Forstmoser**, s. 626.
259 Bu konuda Bkz., **Erem**, s. 138.

Her üç yöntemin birlikte uygulanması da mümkündür. Pay sahiplerinden bir kısmının ek ödemesi, sermaye kaybını gidermeye yetmiyorsa, ek ödemeyle kapatılamayan açık için yeni hisse senetleri ihraç edilir. Ek ödemede bulunmayanların hisse senetlerinin nominal değerleri düşürülür.[261]

Şimdi bu yöntemleri ayrı ayrı inceleyelim.

a) Yeni Hisse Senetleri İhracı

a.1) Sermaye İndirimi İşlemleri: Mevcut Payların Nominal Değerleri Toplamının Düşürülmesi

Bu yöntemde önce mevcut payların nominal değerleri toplamı, esas sermayenin indirimi yöntemlerinden biriyle sermaye kaybı ölçüsünde indirilir. Yani, şimdiye kadarki paylardan bir kısmının bedelsiz (geri ödemesiz) olarak yok edilmesi veya bütün payların nominal değerlerinin düşürülmesi gerekir.[262] Böylece mevcut payların nominal değerleri toplamı artık esas sermayeyi karşılamaz. Nominal değerler toplamı öz kaynaklar düzeyine inmiştir. Aradaki fark bu işlemi izleyen yeni pay ihracı yoluyla sermaye arttırımı yapılmak suretiyle karşılanır.

Bu durumda payların nominal değerleri (TTK., m. 279,I,N.3) veya pay adedi değiştiğinden bir esas sözleşme değişikliği yapmak zorunlu olacaktır.[263]

Esas sermayenin eş zamanlı olarak „0" düzeyine indirilip, yeniden şimdiye kadarki düzeyine çıkarılabileceğini belirtmiştik. Bu nedenle burada basitleştirilmiş sermaye indiriminden farklı bir durum ortaya çıkar. Acaba öz kaynakları „0" düzeyine düşmüş bir ortaklıkta mevcut pay sahiplerinden bir kısmı ek ödemede bulunmazlarsa bunlara ait payların nominal değerlerinin de „0" düzeyine indirilmesi mümkün müdür? İsviçre öğreti ve yargı kararlarında bu soruya -giderek yaygınlaşan şekilde- olumlu cevap verilmektedir.[264] Hukukumuzda da bu görüşte olanlar vardır.[265] Çünkü burada mali durumun iyileştirilmesi söz konusu olduğundan hisse senetlerinin nominal değerinin 500 TL.'nin altına düşürülmesi mümkündür (TTK., m. 399. III). Yasa bu imkânı bir minimumla sınırlandırmamıştır. Bu halde esas sermayenin hiçbir surette 272. maddedeki en alt sınırın altına indirilemeyeceği kuralı da geçerli olmadığına göre, dolaylı bir sınırlandırma da yoktur.[266] Ayrıca bir kısım pay sahipleri ek ödemede bulunmayı kabul etmedikleri için mali durumun iyileştirilmesi

---

260 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 12,13; **Böckli**, s. 225-226; **Forstmoser**, s. 624; **Funk**, OR. Art. 732, N. 1; **Koeferli**, s. 119-120.

261 Yeni hisse senetleri ihraç edilmeseydi ek ödemede bulunanların hisse senetlerinin itibari değeri mutlaka artırılırdı. Belirttiğimiz durumda ise ek ödemeye razı olanların fedakarlığı yetmediğinden dışarıdan sermaye sağlanmaktadır. Bu durumda ek ödemede bulunanların hisse senetlerinin nominal değeri, yapılan ek ödemenin büyüklüğüne bağlı olarak ya şimdiye kadarki düzeyinde kalır, ya da yükselir.

262 Bkz., **Çevik**, AŞ., s. 421.

263 Bkz., **Böckli**, s. 225.

264 Bkz., **Böckli**, s. 225; **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14; **Forstmoser**, s. 609-610, 625; **Funk**, OR. Art. 735, N. 1; **Koeferli**, s. 119; **BGE.**, 88, II, 81.

265 Bkz., **Birsel**, Kâr, s. 198; Aksi görüş, **Teoman**, İntifa, s. 151vd.; Karş. **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 426.

266 Basitleştirilmiş sermaye indirimi ile Karş., yuk., § 7, V, E, 2, a.

bakımından yeni hisse senetlerinin ihracı kaçınılmaz hale gelmişse, bu pay sahipleri nominal değerin „0"a kadar indirilmesine razı olmak durumundadırlar.[267] Böylece öz kaynakları „0" noktasına gelmiş bir anonim ortaklıkta ek ödemede bulunmayı kabul etmeyen pay sahiplerine ait hisse senetlerinin nominal değerleri de „0" olur. Bu sayede eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan intifa hisse senetlerinin bir türünün oluşturulduğu belirtilmekte, ancak bunların ABD Hukukunda rastlanan nominal değerden yoksun paylardan titizlikle ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.[268] Ayrıca, bazı yazarlara göre, hisse senetlerinin az da olsa bir nominal değer taşımalarında yarar vardır. Çünkü nominal değerden yoksun paylar yasada düzenlenmemiştir,[269] Önemle işaret edilen bir husus da söze konu durumda bu payların sahiplerine sağladığı kazanılmış hakların (Bkz., TTK. m. 385) -özellikle oy hakkının korunacağıdır.[270] Gerçekten Türk Ticaret Kanunu'nun 373. maddesine göre her pay sahibine en az bir oy hakkı verir (f.1). Genel kurul kararıyla hisse senetlerinin nominal değeri „0"' a kadar indirilen pay sahibi, bu hükümle kendisine tanınan haktan yoksun bırakılamaz. Varılan sonuç, „Pay Sahipliğinin Nez Edilmezliği" ilkesine de uygundur.[271]

Buna karşılık payların birleştirilmesi veya yok edilmesi yoluyla pay adedinin düşürülmesi halinde nominal değerler olduğu gibi kalır. Sözü edilen yöntemlerle indirim kararının uygulanması hakkında basitleştirilmiş esas sermaye indirimi kısmında yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.[272]

a.2) Sermaye Arttırımı İşlemleri

Burada yeni pay ihracı yoluyla esas sermaye arttırımına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.[273] Bu halde de, mevcut pay sahiplerinin yeni pay alma (rüçhan) haklarına ilişkin kurallara (TTK., m. 394) uymak gerekir.[274] Genel kurulun yeni pay ihracı yoluyla sermayenin tamamlanması kararı sermaye artırımının dayanağını oluşturan tespit kararı (*Feststellungsbeschlß*) niteliğinde olup,[275] Türk Ticaret Kanunu'nun 388.III,IV. maddelerinde öngörülen toplantı ve karar nisaplarına tabidir.[276] Bu karar noterce onandıktan sonra ticaret siciline tescil edilmelidir.[277]

---

267 Bkz., **Böckli**, s. 225.

268 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14. Ayrıca Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 426.

269 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14; **Degiacomi**, s. 23; **Siegwart**, OR. Art. 622, N. 22.

270 Bkz., **Böckli**, s. 225; **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14; **Forstmoser**, s. 625, 627; **Funk**, OR. Art., 735, N.1; **Koeferli**, s. 119. **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 426.Bkz., ayrıca **Eriş**, AŞ., yazar 500 TL.'nin altına inilmesi halinde pay sahibinin oy hakkının korunacağını belirtmekle yetinmektedir, s. 577; Fakat eski nominal değere göre kâra ve tasfiye payına katılabilmek için esas sözleşmede buna ilişkin bir hüküm bulunması gerekir, Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 14.

271 Bkz., ve Karş., **Böckli**, s. 225.

272 Bkz., yuk. § 7, V, E, 2.

273 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 732, N. 13; **Forstmoser**, s. 627; **Koeferli**, s. 119; **Mosimann**, s. 38; **Çevik**, AŞ., s. 421.

274 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 676.

275 Bkz., **Forstmoser**, s. 626;

276 Bkz., **Çevik**, AŞ., s. 421; **Forstmoser**, s. 626; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 465; Karş., **Bürgi**, OR. Art. 732, N.12.

277 Bkz., yuk. § 7, V, D.

Mevcut paylar bakımından asgari nominal değer sınırlaması bulunmadığını belirtmiştik. Buna karşılık yeni çıkarılacak paylarda asgari nominal değer şartına uyulmalıdır (Bkz., TTK., m. 399.I,II).[278] Çünkü 399. maddenin 3. fıkrasında nominal değerin "indirilmesi"nden söz edildiğinden bu hüküm ancak mevcut paylar hakkında uygulanabilir. Fakat, bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi, eğer alacaklılara ortaklıktaki alacakları için yeni hisse senetlerinden verilecekse bu hisse senetlerinin yasanın öngördüğü asgari sınırın (İBK., m. 622) altında bir nominal değerle ihraç edilebileceği sonucuna varmıştır.[279] Gerçekten ortaklık borçlarının sermayeye dönüştürülmesi de mali durumun iyileştirilmesi yöntemlerinden biridir.[280] Ancak Federal Mahkemenin görüşü tartışılabilir. Yasa, mali durumun iyileştirilmesi amacıyla mevcut hisse senetlerinin nominal değerinin 500 TL.'nin altına indirilebileceğini öngörmüştür. Bu görüş anılan hükmün lâfzına aykırıdır. Ayrıca bunun mali durumun iyileştirilmesi bakımından mutlak bir zorunluluk olmadığı kanısındayız. Nominal değerler asgari sınırda veya daha yüksek tutulurken pay adedi alacakların sermayeye çevrilmesine uygun şekilde belirlenebilir. Farklı nominal değerde hisse senedi ihracına da bir engel yoktur.

Burada Türk Ticaret Kanunu'nun esas sermaye arttırımına ilişkin hükümlerinde (TTK., m. 391 vd.) yer almayan özel bir şarta daha yer verilmiştir. Yeni pay ihracı yoluyla sermayenin tamamlanmasında, çıkarılacak payların bedellerinin tamamen, yani peşin olarak ödenmesi gerekmektedir. Acaba Sermaye Piyasası Kanunu'nun 7. maddesinde hisse senetlerinin halka arzı bakımından getirilen zorunluluğun çok daha önce sermayenin tamamlanması amacıyla yeni pay ihracı için Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülmesinin nedeni ne olabilir? Kanımızca bu halde amaç sermaye kaybını gidererek ortaklığın mali durumunu iyileştirmek olduğundan yasakoyucu bu amaca efektif olarak ulaşılmasını sağlamak istemiştir.[281] Mali durumu esasen bozuk olan ortaklığın bu kez taahhüt edilen katılma paylarının fiilen ortaklığa getirilmesini beklemek zahmetine sokulması arzu edilmemiştir. Fakat, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 7. maddesinin aksine bu hükümde katılma payını nakden getirme zorunluluğu getirilmemiştir. Ayni katılma payı da getirilebilir.[282] Meğer ki, hisse senetleri halka arz yoluyla ihraç edilmiş olsun (Bkz., Ser.PK., m. 7.III, c.1).

Pay sahipleri sermaye indirimi ile birlikte arttırımı sırasında ortaklığa ilâve katılma payı getirmek zorunda değildirler (Bkz., TTK., m. 405, 388.I). Böyle bir durumda pay sahipleri yeni sermaye getiren yatırımcılar lehine ortaklıktaki ağırlıklarını kaybetmeye, başka bir ifadeyle pay dağılımındaki değişikliğe razı olmaktadırlar.[283] Yeni payların satın alınmasını teşvik için imtiyazlı hisse senetleri çıkarılması kararlaştırılabilir (Bkz., TTK., m. 401).[284]

---

278 Bkz., **Forstmoser**, s. 610-611, 625.
279 Bkz., **İFMK**, SAG., XI, s. 220.Değerlendirme için Bkz., **Degiacomi**, s. 23.
280 Bkz., aşa. § 8, I, B; § 10, III, B, 3.
281 Bkz., bu yönde **Çevik**, AŞ., s. 421.
282 Bkz., **Boemle**, s. 480; **Forstmoser**, s. 627.
283 Bkz., **Böckli**, s. 225.
284 Bkz., **Koeferli**, s. 121-122.

b) Pay Sahipleri Tarafından Ek Ödeme Yapılması

Burada sermayenin mevcut pay sahipleri tarafından yapılacak ek ödemelerle tamamlanması söz konusudur. Böylece işlemin esas sermaye indiriminden sonra gelen sermaye arttırımı aşaması, ek ödeme yapmayı kabul eden pay sahiplerine ait hisse senetlerinin nominal değerlerinin yükseltilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir.[285] Bu yöntemle sermayenin tamamlanması halinde sermaye indirimi ve arttırımı işlemleri arasında bir zaman aralığı yoktur.[286]

Sermayenin tamamlanması bakımından ikinci aşamayı oluşturan sermaye arttırımının yeni hisse senetleri ihracı veya mevcut payların nominal değerlerinin yükseltilmesi suretiyle yapılması arasında bir fark yoktur.[287] Ekonomik açıdan aynı sonuç elde edilir. Şüphesiz yeni hisse senetleri ihracına karar verilmesi durumunda da mevcut pay sahipleri yeni hisse senetlerinden -üstelik rüçhan haklarını kullanarak- alabilirler.

Bu yöntem, genel kurulca pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılmasına karar verilmesiyle karıştırılmamalıdır. Bir kere incelediğimiz yöntemde sermaye indirimi aşamasında önce payların nominal değerleri öz kaynaklar/esas sermaye oranı ölçüsünde indirilmekte, bu arada ek ödemeye hazır olan pay sahipleri tarafından getirilen kaynaklarla esas sermaye eski düzeyine çıkarılmaktadır. Ek ödemeye razı olan pay sahiplerinin hisse senetlerinin şimdiye kadarki nominal değeri yükselecek, buna katılmayan pay sahiplerininki ise yapılan sermaye indirimi ölçüsünde düşecektir. Öte yandan pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması oybirliğiyle alınan bir genel kurul kararına dayanır (TTK., m.388.I). Oybirliğiyle karar alındıktan sonra her pay sahibi ortaklığa ek ödemede bulunmak borcu altına girer. Oysa incelediğimiz durumda böyle bir yükümlülük yoktur. Fakat, sermaye indirimi ve arttırımının eş zamanlı olarak yapılmasını öngören karar bütün pay sahiplerinin oybirliği ile alınmışsa ve bu kararda ayrıca sermaye arttırımının pay sahiplerinin getireceği ilâve katılma paylarıyla gerçekleştirileceği öngörülmüşse, her iki tamamlama yöntemi birbirine bağlanmış olur.[288]

Bu yöntemi „gizli iyileştirme" (*stille Sanierung*) olarak adlandırılan tedbirle de karıştırmamak gerekir. Gizli iyileştirmenin incelediğimiz yöntemden ayrıldığı en önemli nokta, birincisinde esas sermayenin indirim ve arttırımına, dolayısıyla herhangi bir genel kurul kararına gerek bulunmamasıdır.[289] Sadece bazı pay sahipleriyle ortaklığa yeni kaynak getirilmesi veya ortaklığa ait bazı borçların üstlenilmesi konu-

---

[285] Bkz., **Forstmoser**, s. 628; **Koeferli**, s. 122; **Erem**, ancak yazar bu işlemi pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması başlığı altında incelemektedir. oysa bu yola gidilmesi için esas sermayenin arttırımla birlikte eş zamanlı olarak indirimi gerekmektedir. s. 138.

[286] İndirim ve arttırım esasen tek bir genel kurul kararına dayanmaktadır. Fakat yeni pay ihracı yoluyla sermayenin tamamlanmasında isermaye indirimi ve arttırım işlemlerinin icrası arasında az veya çok bir zaman geçer. Burada ise anılan işlemler birlikte yapıldığından **Böckli**'nin belirttiği gibi esas sermaye birkaç saniyelik an dışında değişmemekte, aynen kalmaktadır, Bkz., **Böckli**, s. 225.

[287] Bkz., **Forstmoser**, s. 628.

[288] Bkz. ve Karş., **Erem**, s. 138.

[289] Bkz., **Forstmoser**, s. 628.

sunda bir sözleşme yapılmakta, böylece iyileştirme dışarıya duyurulmaksızın (gizli olarak) gerçekleştirilmektedir.[290]

Esas sermaye sabit kaldığından esas sermaye miktarı yönünden bir sözleşme değişikliğine gerek yoktur. Bu karar oybirliği ile alınmadığı için pay sahibi ek ödemede bulunmaya zorlanamaz (Bkz., TTK., m. 405). Ancak bu durumda ek ödemeye yanaşmayan pay sahibi hisse senedinin nominal değerinin düşürülmesine katlanmak zorundadır. Böylece pay sahipleri üzerinde dolaylı bir baskı kurulduğu söylenir.[291]

c) Tahvil Sahiplerinin Haklarının Sermayeye Dönüşmesi

Öncelikle genel olarak alacaklıların haklarının takası yoluyla sermaye arttırımı kararının uygulanması üzerinde durmak isteriz. Alacaklılar sermaye artırımı sırasında katılma payı taahhütlerini kendi alacaklarının takası yolu ile ödemek isteyebilirler.[292] Teklif kabul edilirse, alacaklılara ortaklıktan olan alacakları karşılığında hisse senetleri verilir. Teklifin önce ortaklık veya alacaklılardan gelmesi veya artırım (tamamlama) kararından önce veya sonra yapılmasının bir önemi yoktur. Sonuçta alacaklar sermayeye dönüşmüş ve sermaye arttırımı gerçekleştirilmiş olur.

Tahvil sahipleri bakımından bu konuda açık bir hüküm getirilmiştir: Bunların alacakları karşılığında hisse senedi verilmesi tahvil sahipleri genel kurulunun kabulüne bağlıdır (Bkz., TTK., m. 430.I, N.4). Bu hüküm sadece hisse senetleriyle değiştirilebilir tahvilleri kapsamamaktadır.[293] Ortaklık bu nitelikte olmayan tahvillerin sahiplerine de teklifte bulunabilir. Bunun tersi olarak tahvil sahipleri genel kurulu da ortaklığa böyle bir teklif götürmeyi kararlaştırabilir. Fakat, hisse senetleriyle değiştirilebilir tahviller çıkarılmışsa bu yöntem daha kolay uygulanabilir.

Bir görüşe göre, katılma payının bu şekilde karşılanması suretiyle sermayenin tamamlanmasında mahkemeden bilirkişi raporu alınmasını öngören hüküm (TTK., m. 396.I, c.2) uygulanmalıdır.[294] Genel olarak sermayenin tamamlanmasında anılan hükmün uygulanmayacağını belirtmiştik. Diğer bir görüşe göre ise böyle bir durumda genel kuraldan ayrılmayı haklı gösterecek bir neden yoktur.[295] Yasa hükmü sadece bedellerin tam olarak ödeneceğini öngörmekte, katılma paylarının türüne göre uygulanacak hükümler bakımından bir ayırım yapmamaktadır. Aynı gerekçeyle ikinci görüşün daha doğru olduğu kanısındayız.

Tartışma konularından biri de, bu durumda tahvil sahiplerine imtiyazlı hisse senedi verilip verilmeyeceğidir. Bir görüşe göre, böyle bir durumda tahvil sahiplerine imtiyazlı hisse senedi verilmemelidir.[296] Bu görüş tartışılabilir. Yukarıda ek ödemede bulunan pay sahipleri bakımından bunun mümkün olduğunu belirtmiştik.

---

290 Bkz., aşa., § 8, I, A.

291 Bkz., gizli iyileştirmeye kıyasen **Boemle**, s. 478; **Koeferli**, s. 119.

292 Bkz., **Guhl/Merz/Kummer**, s. 679; **Forstmoser**, yazar bu yöntemle sermayenin tamamlanmasının İsviçre'de sıkça rastlanan bir durum olduğunu belirtmektedir, s. 627.

293 Bu konuda Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 630.

294 Bkz., **Guhl/Merz/Kummer**, s. 679. Bkz. İBK., m. 732

295 Bkz., **Forstmoser**, s. 627.

296 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 630.

B- PAY SAHİPLERİNİN TAAHHÜTLERİNİN ARTTIRILMASI

Taahhütlerin arttırılması, pay sahiplerinin bir genel kurul kararıyla, ödedikleri pay bedellerine ve varsa tali (ikincil) yükümlülüklerine ek olarak ortaklığa yeni öz kaynak (sermaye payı) getirmeyi borçlanmaları anlamına gelir.

Pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması yoluyla sermayenin tamamlanmasında –bir önceki alt başlıkta incelediğimiz yöntemden farklı olarak- esas sermaye rakamı hiç bir şekilde indirim veya arttırıma tâbi tutulmaksızın olduğu gibi kalır, Sadece sermaye kaybı sonucu azalan öz kaynaklar pay sahiplerinin ek taahhütleriyle esas sermaye düzeyine çıkarılır. [297] Böylece ortaklığa yeni öz kaynak getirilmiş olur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 405. maddesine göre, pay sahibi, hisse senetlerinin çıkarılması sırasında belirlenen ve hisse senetlerinin nominal değerine eşit veya ondan yüksek olan pay bedelinden fazla bir şey ödemeye esas sözleşme ile dahi mecbur tutulamaz.[298] Bu yönde bir karar alınabilmesi için bütün pay sahiplerinin oybirliği şarttır (TTK., m. 388.I).[299] Çünkü pay sahiplerinin iradeleri dışında ek bir ödemeye zorlanması anonim ortaklıktaki sınırlı sorumluluk ilkesiyle bağdaşmaz.[300] 2/3 oranında sermaye kaybı bakımından bu kurala herhangi bir istisna getirilmemiştir.[301] Oybirliği şartı arandığı için uygulamada bu yolla sermayenin tamamlanmasına pek rastlanmaz.[302] Özellikle kapalı ve az ortaklı anonim ortaklıklarda oybirliği şartını yerine getirmek daha kolaydır.[303]

Pay sahiplerinin genel kurul kararına dayanarak yapacakları ek ödemeler kural olarak ayrı bir fonda toplanır.[304] Fondan bilanço açığı kapatıldıktan sonra kalan kısım varsa, bunu sermaye arttırımı yoluyla esas sermayeye eklemek mümkündür.

Bu yöntemin gizli iyileştirmeden ayrıldığı nokta, oybirliğiyle alınan bir genel kurul kararına dayanmasıdır.[305]

VII - ALACAKLILARIN FESİH DAVASI AÇMALARI

A- FESİH DAVASI AÇILABİLECEK DURUMLAR

Genel kurul, gerekli toplantı yetersayısı ile toplanmış olmasına karşın sermayenin tamamlanmasına veya kalan sermaye ile yetinmeye karar vermediği takdirde bunun yaptırımının ne olacağı öğretide tartışılmıştır. Gerçi 324. maddenin 2. fıkrası

---

297 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 97. Ayrıca Bkz., **Koeferli**, s. 114; Karş., **Erem**, s. 138; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 690;

298 Bu konuda geniş biligi için Bkz., **Degiacomi**, s. 35 vd. Bkz., İBK., m. 680.

299 Bu konuda Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 247.

300 Bkz., **Erem**, s. 137.

301 Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 247. Karş., **Çevik**, AŞ., s. 526-527;

302 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 97; **Erem**, s. 137.

303 Bkz., **Erem**, s. 138.

304 Bkz., **Koeferli**, s. 114.

305 Gizli yileştirme (*Stille Sanierung*) hakkında Bkz., aşa. § 8, I, A.

açıktır. Bu durumda ortaklığın feshedilmiş sayılacağını belirtmektedir (Aynı şekilde. TTK., m. 434,I, N.3). Fakat 436. maddede genel kurulun belli bir yönde karar alıp almaması üzerinde durulmaksızın 2/3 oranında sermaye kaybı halinde alacaklıların fesih davası açabilecekleri öngörülmüştür (Aynı şekilde TTK., m. 434.I, N.5).[306] Bu hükümler ilk bakışta çelişkili gibi görünmektedir.

Baskın görüşe göre,[307] genel kurulun yasada öngörülen kararlardan birini almamasının yaptırımı ortaklığın feshedilmiş sayılmasıdır. Ancak durum henüz tespit edilmemişse, ya da genel kurul toplantıya çağrılmamışsa ortaklık kendiliğinden sona ermez. Alacaklılar 436. madde uyarınca fesih davası açabilirler. Ayrıca eğer genel kurul esas sermaye indirimine karar verirse 324. madde gereğince infisah önlenmiş olursa da, bu durum alacaklıların 436. maddeye dayanarak ortaklık aleyhine fesih davası açmalarına engel olmaz. Çünkü esas sözleşmede ve bilançoda gösterilen esas sermaye rakamına güvenerek ortaklıkla ilişkiye giren alacaklılar, sermayenin mevcut tutarını (eski sermayenin üçte birini) yeterli bir güvence olarak görmeyebilirler.[308]

Diğer bir görüşe göre ise ortaklığın feshedilmiş sayılacağını öngören 324.II (ve 434.I, N.3) maddeleri ile 436. madde arasında açık bir çelişki vardır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sermayenin 2/3 oranında kaybına karşın genel kurulun karar almamasını ancak alacaklıların dava yolu ile kullanabilecekleri bir fesih nedeni saymak gerekir.[309]

İlke olarak birinci görüşe katılmaktayız. 324. maddenin 2. fıkrasına göre, genel kurul maddede öngörülen kararlardan birini almazsa ortaklık feshedilmiş sayılır. Yani bu maddeye göre infisahın gerçekleşmesi için önce genel kurulun toplanması, buna rağmen sermayenin tamamlanmasına veya indirimine karar vermemesi gerekir. Maddenin hükmü bu konuda açıktır. Fakat konu genel kurula götürülmemişse, hatta 2/3 oranında sermaye kaybı henüz yönetim kurulunca tespit edilmemişse alacaklıların fesih davası gündeme gelir. Çünkü 436. maddede sadece 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı yeterli görülmüş, genel kurulun karar alıp almaması yönünden bir ayırım yapılmamıştır.

Fakat kanımızca genel kurul esas sermaye indirimine karar vermişse alacaklılar fesih davası açamazlar.[310] Bir kere, indirim kararının tesciliyle birlikte 2/3 oranın-

---

306 Üstelik TTK., m. 434.I,N.5'te alacaklıların fesih davası açmaları halinde ortaklığın „münfesih olacağı" öngörülmüştür ki, bu ifade ortaklığın daha fesih davası açıldığı anda sona erdiği şeklinde bir yoruma neden olabilir. Fakat fesih davasının inşai bir dava olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu halde ortaklık mahkemece fesih kararı verilmekle sona erer. Bu görüş için Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720

307 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 98, IV-V, s. 173; **Çevik**, AŞ., s. 443, 1097; **Eriş**, AŞ., s. 715; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 464-465, 471, 480-481; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15; **Onsun**, s. 270; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 195, ayrıca Bkz., s. 661-662; **Tekil**, AŞ., s. 363; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, *Tekinalp*, alacaklıların fesih davası açma hakkını sadece genel kurulun esas sermaye indirimine karar vermesi haliyle sınırlandırmaktadır, s. 720,727.

308 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, ayrıca yazara göre, alacaklıların durumun kendileri için bir tehlike oluşturduğunu ispat etmeleri şart değildir, s. 727.

309 Bkz., **Doğanay**, s. 842; **Domaniç**, AŞ., ayrıca yazar ortaklığın feshedilmiş sayılmasının geniş bir çevreyi olumsuz şekilde etkileyeceğini belirterek bunu görüşüne dayanak yapmaktadır, s. 539-540;

310 Aynı fikirde **Kayar**, s. 197 vd.

T.C. YÜK... BÜROLU

da sermaye kaybı giderilmektedir. 436. maddede esas sermaye indirimine karar verilmesi durumunda fesih davası açılmasına imkân tanıyan bir ifade bulunmadığı gibi, tam tersine 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı aranmaktadır. Esas sermaye indirimi gerçekleştirilmekle bu sermaye kaybı giderilmiş, bilanço zarardan (sermaye kaybından) arındırılmıştır.[311] Ayrıca basitleştirilmiş sermaye indiriminin alacaklıları davet haklarını temin veya ödeme koşuluna bağlı olmadığı (Bkz., TTK., m. 397.II) düşünülürse bu görüşü haklı kılacak bir gerekçe daha elde edilmiş olur. Gerçekten, 2/3 oranına ulaşmayan sermaye kayıplarında alacaklılara haklarının ödenmesi veya temini konusunda bir hak tanımayan yasa koyucunun burada farklı bir sonuca varmasını gerektirecek bir neden yoktur.[312] Yasakoyucu 324. maddede genel kurulun belli yönde karar almasını öngörürken bu kararlarla mali durumun iyileştirilmesini amaçlamıştır. Esas sermaye indirimi de bu iyileştirme tedbirlerinden biridir.[313] Bazı hukuk sistemlerinde, örneğin İtalyan hukukunda[314] genel kurul önemli boyuttaki sermaye kayıplarında sadece esas sermaye indirimi kararı almaya zorlanmıştır. Bu da bir iyileştirme tedbiri olarak esas sermaye indiriminin önemine işaret etmektedir. Yasakoyucu bu yolla ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesini öngörmüş olduğuna göre, bu yolda alınacak bir kararı fesih yaptırımına bağlamak hükmün konuluş amacına aykırı düşer. Sermaye indirimi durumunda ortaklığın hakkında fesih kararı verilmesini önlemek için alacaklıların haklarını ayrıca tediye veya temin etmek zorunda bırakılması da mali durumun iyileştirilmesi amacına uygun düşmez. Nitekim, İsviçre öğretisinde esas sermayenin zararlar nedeniyle indirimi halinde alacaklılar için özel bir güvence aranmaması mali durumun iyileştirilmesi düşüncesine dayandırılmakta, aksi takdirde ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesinin güçleşeceği, hatta imkânsızlaşacağı vurgulanmaktadır.[315] Bu nedenle, esas sermaye indirimi halinde fesih davası açılabileceği kabul edildiği takdirde, bir veya birkaç alacaklının açtığı fesih davasında ortaklık borcunu öder veya teminat gösterirse gerçi bu alacaklılar lehine sonuç doğmuş olur. Ancak bu yük dolayısıyla ortaklığın mali durumu kötüye gider ve borca batıklık aşamasına gelinirse, bundan diğer alacaklılar başta olmak üzere ortaklığın devamında çıkarı olan herkes zarar görür.

Bu durumda alacaklıların fesih davası sadece ortaklığı fesih yaptırımı ile yasada öngörülen kararlardan birini almaya zorlayan bir dava olarak nitelendirilebilir.[316] Ciddi şüphe bulunduğu halde yönetim kurulu ara bilanço düzenlemiyorsa veya genel kurul toplantıya çağrılmıyorsa fesih davası önemli bir işleve sahiptir. Aynı

---

311 Aynı yönde **Kayar**, s. 197.

312 Karş., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, *Tekinalp*, anonim ortaklığın sermayesi üçte bire indirilirken alacaklılara TTK. 397 uyannca teminat gösterilmiş ise -istisnaî haller hariç- alacaklıların davasının reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. s. 727. Oysa zararlar nedeniyle esas sermaye indiriminde TTK., m. 397.II. maddesi gereğince teminat aranmamaktadır.

313 Bkz., yuk. § 4, III, B, 1, b.

314 İtalyan Medeni Kanunu, m. 2446.II. Bu konuda Bkz., yuk. § 7, I.

315 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N.4; **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 601.

316 Bkz., **Kayar**, s. 197. ancak yazar durumdan şüphelenildiği halde ara bilanço düzenlenmemesi nedeniyle alacaklıların fesih davası açabileceklerine değinmemektedir. Oysa alacaklılar bu halde de fesih davası açabilirler. Mahkeme bu durumda bilirkişi incelemesi yaptırır.

şekilde tamamlama ve indirim kararlarının yerine getirilmemesi durumunda da fesih davası açılabilir. Bu hallerde hala 2/3 oranında sermaye kaybı devam etmektedir. Dolayısıyla alacaklıların fesih davası açabilecekleri tartışmasızdır. Öğretide de henüz sermaye kaybı tespit edilmemişken, ya da genel kurul toplantıya çağrılmamışken alacaklıların 436. madde uyarınca fesih davası açabilecekleri ve ortaklık güvence gösterirse fesih kararı verilmeyeceği kabul edilmektedir.[317] Bu aşamalarda ortaklığın infisah etmesi söz konusu değildir. Çünkü konu henüz genel kurula getirilmemiş, ya da genel kurul gerekli kararı aldığı halde bu karar uygulanmamıştır Fesih davasında mahkeme yönetim kurulunun yükümlülüğünü yerine getirmediğini gerekçe göstererek kendiliğinden infisahın tespitine karar veremez. 324. maddenin res'en gözönüne alınması da farklı bir sonuca varmayı gerektirmez. Çünkü daha bu aşamada 324. maddede öngörülen infisah şartları oluşmamıştır.

Acaba yasakoyucu niçin 436. madde gereğince açılan bir fesih davasında teminat gösterilirse fesih kararı verilmeyeceğini öngörmüştür? Aslında 436. maddenin amacı ortaklığı 324. maddenin gereğini yerine getirmeye zorlamak olduğundan, yasakoyucu pekalâ, teminat gösterme imkânı tanımadan eğer 324. maddeye uygun bir genel kurul kararı getirilmezse ya da alınan genel kurul kararı uygulanmazsa fesih kararı verileceğini öngörebilirdi. Bu takdirde sadece davacı alacaklının değil, bütün alacaklıların çıkarı korunurdu. Ancak yasakoyucu bu aşamada genel olarak alacaklılar bakımından durumu o kadar tehlikeli görmediği için, teminat gösteren ortaklığın 324. madde gereğince konuyu genel kurula götürmemesini veya alınan genel kurul kararını uygulamamasını bir bakıma göz ardı etmiştir. Oysa aynı yasada genel kurulun önüne getirilen kararlardan birini almaması infisah yaptırımına bağlanmıştır. Kanımızca 436. madde gereğince fesih kararı verilmesi "teminat gösterilmemesi" şartına bağlanmamalıydı. Sadece yönetim kuruluna genel kurulu toplantıya çağırması veya genel kurul kararını uygulaması için bir süre verileceği öngörülmekle yetinilmeliydi. Mevcut duruma göre, yönetim kurulu teminat göstermek istemiyorsa genel kurulu derhal toplantıya çağıracak ve kurulun yasanın öngördüğü kararlardan birini almasını sağlayacaktır. Çoğu kez ortaklık için esas sermaye indirimi kararı almak teminat göstermekten daha kolay olacaktır.[318]

Öğretide ve Yargıtay kararlarındaki baskın görüşe göre, genel kurul esas sermayenin tamamlanmasına karar vermişse alacaklılar tarafından fesih davası açılması mümkün değildir.[319] Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise genel kurul sermayenin tamamlanmasına karar vermiş olsa bile alacaklılar tarafından fesih davası açılabilir.[320]

---

317 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14-15.

318 Eğer yönetim kurulu genel kurulun 324. madde gereğince karar almasını sağlarsa teminat gösterilmese bile davanın reddi gerekir. 436. madde zaten 324. maddenin öngördüğü kararlardan birinin alınmasını, böylece sermaye katbının giderilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenledir ki, sermaye indirimine karar verilmesi durumunda fesih davası açılamayacağı sonucuna varmış bulunuyoruz.

319 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 98, IV-V, s. 173; **Eriş**, AŞ., s. 715; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 464-465, 471, 480-481; **Kayar**, s. 197; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 661-662; **Tekil**, AŞ., s. 363; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720,727.

320 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15; **Erüreten**, s. 470.

Kanımızca azınlıkta kalan bu ikinci görüşe de katılmaya olanak yoktur. Yukarıda açıkladığımız gerekçeler bu görüşe de cevap verecek niteliktedir.

B- DAVACI VE DAVALI SIFATI

Aktif taraf sıfatı ortaklık alacaklılarınındır. Alacaklılar birlikte veya ayrı ayrı fesih davası açabilirler.[321] Bir tek alacaklı dahi fesih davası açmaya yetkilidir.[322] Ancak alacağı rehinle temin edilen bir alacaklının fesih davası açamayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü esasen ortaklık yeterli derecede teminat gösterdiği takdirde fesih kararı verilmemektedir. Alacaklının fesih davası açabilmesi için alacağının muaccel olmasına gerek yoktur.

Davalı ise ortaklık tüzelkişiliğidir.[323] Ortaklığı yönetim kurulu temsil eder.

C- ORTAKLIĞIN TEMİNAT GÖSTERMESİ

Ortaklığın fesih davası açan alacaklının hakkının tamamı kadar (% 100'ü oranında) teminat göstermesi gerekir.[324]

Dava açan alacaklının alacağı için geçerli bir teminat gösterilirse fesih kararı verilmez.[325] Gösterilecek teminatın niteliğini belirlemek yargıcın takdirindedir.[326] Örneğin banka teminat mektubu veya taşınmaz rehni geçerli birer teminat olarak gösterilebilir.[327]

Mahkeme teminat göstermesi için ortaklığa bir süre verir. Bu süre içinde ortaklık teminat göstermezse mahkemece fesih kararı verilebilir.[328] Fakat, fesih kararı kesinleşinceye kadar teminat gösterilmesi mümkündür.[329] Bu durumda temyiz veya karar düzeltme aşamasında bile teminat gösterilebilir. Teminat koşulu yerine getirilince mahkemenin vereceği ek bir kararla fesih kararını kaldırması gerekir.[330] Teminat Yargıtay aşamasında gösterilirse Yargıtay kararı bozar ve teminatın geçerliliği konusunda karar vermesi için dosyayı yerel mahkemeye iade eder.

D- MAHKEMECE ORTAKLIĞA SÜRE VERİLMESİ

Kanımızca mahkeme ortaklık 2/3 oranında sermaye kaybına maruz kalmasına karşın durumun daha önce tespit edilememesi veya genel kurulun toplantıya çağrıl-

---

321 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 727; **Eriş**, AŞ., s. 715.
322 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15.
323 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**,; s. 727; **Eriş**, AŞ., s. 715.
324 Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 715.
325 Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 662.
326 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**,; s. 727; **Eriş**, AŞ., s. 715.
327 Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 715.
328 Bkz. ve Karş., **Eriş**, AŞ., s. 715.
329 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 727; Bkz. ve Karş., **Eriş**, AŞ., s. 715 vd.
330 Karş., **Eriş**, yazar fesih kararı kesinleşinceye kadar teminat gösterilirse ek bir kararla fesih kararının "kaldırılabileceğini", yani bu hususun yargıcın takdirinde olduğu görüşünü savunmaktadır, AŞ., s. 715.

maması yüzünden yasada öngörülen kararlardan birinin alınmaması nedeniyle hemen fesih kararı vermemelidir. Ortaklığın yönetim kuruluna genel kurulu toplantıya çağırması ve sermayenin tamamlanması veya indirimi kararı verilmesinin sağlanması için uygun bir süre vermelidir.

Öncelikle mahkeme aktiflerin satış fiyatlarına göre ortaklığın 2/3 oranında sermaye kaybına maruz kalıp kalmadığını belirleyecektir. İspat yükü davacı alacaklıya ait ise de (TMK. m. 6), teknik bilgiyi gerektiren bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılacağı açıktır (Bkz. HUMK. m. 275). Sonuç olumlu ise mahkeme yukarıda belirttiğimiz şekilde ortaklığa bir süre verecektir. Bu süre hem teminat veya ödeme, hem de genel kurul kararı getirilmesi için birlikte verilebilir. Yönetim kurulu genel kurulu toplar, buna karşın 324. maddede öngörülen kararlar alınamazsa ortaklık esasen 324. madde gereğince infisah eder. Bu durumda fesih davası konusuz kalır. Yönetim kurulu, verilen süreye rağmen genel kurulu toplantıya çağırmaz, bunun yerine davayı açana teminat gösterirse mahkemece fesih kararı verilemez. Ne genel kurul toplantıya çağrılır, ne de teminat gösterilirse mahkeme fesih kararı verir. Görüldüğü gibi bu davayla yönetim kurulu 324. maddeye uymaya zorlanmakta, aksi takdirde dava açan alacaklının hakkını tediye veya temin etmesi gerekmektedir.

D- FESİH KARARI

Fesih kararı ileriye etkili hüküm ve sonuçlar doğurur.[331] Yani fesih kararı bir tespit hükmü değil, inşai bir hükümdür. 434. maddenin 5. bendinde kullanılan ifade bu bakımdan yanıltıcıdır.[332] Teminatla feshin önlenmesi imkânı ve mahkeme kararının inşai niteliği dikkate alınmaksızın alacaklıların fesih için talepte bulunmaları sona erme nedenleri arasında sayılmıştır. Fesih kararı ve kararın sonuçları bakımından 436. maddenin esas alınması gerekir.[333] Zira 434. maddedeki sona erme nedeni 436. maddeye ilişkindir.

Ortaklığın sona ermesi ve hak ehliyetinin tasfiye amacıyla sınırlandırılması sonucunu doğurduğu için fesih hükmü kişiler hukukuna ilişkindir. Bu nedenle kesinleşmeden icrası mümkün değildir (Bkz., HUMK., m. 443.IV).[334]

VIII GENEL KURULUN YASADA ÖNGÖRÜLEN KARARLARDAN BİRİNİ ALMAMASININ YAPTIRIMI (İNFİSAH)

A- GENEL OLARAK

Genel kurulun 324. maddede alternatif olarak sayılan kararlardan birini almamasının yaptırımı „ortaklığın feshedilmiş sayılması“ yani infisah olarak öngörülmüş-

---

331 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 724.

332 Aynı yönde **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 661.

333 Aynı yönde **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 661.

334 Bkz., **Y. 12. HD**, 20.1.1994 tarih ve 15967/631 sayılı Kararı, Bkz., **Eriş**, TTK Şerhi,s. 703-704.

tür (f.2, c2). 434. maddede ise daha genel bir ifade kullanılmış, ortaklık sermayesinin üçte ikisinin kaybı bir infisah nedeni sayılmıştır (f.1,N.3).

İnfisah bir tüzelkişinin kendiliğinden sona ermesidir. 2/3 oranında sermaye kaybına maruz kalan ortaklığın sona ermesi yasanın öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşir. Bu durumda genel kurulun ayrıca bir fesih kararı vermesi zorunluluğu yoktur.[335] Aynı şekilde, ortaklığın sona ermesini sağlamak için inşai nitelikte bir fesih davası açılmasına da gerek ve imkân yoktur. İnfisahın tespiti istemiyle bir tespit davası açılması yeterlidir. Öğretide[336] ve Yargıtay kararlarında[337] bu konuda bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.

İnfisahın tespiti davası, bu konuda hukuki yararı olan herkes tarafından açılabilir.[338] Pay sahiplerinin de bu davayı açma hakkı (taraf sıfatı) bulunmaktadır.[339]

B- ORTAKLIĞIN İNFİSAH ETTİĞİ AN

Ortaklığın infisah etmiş sayılması için herşeyden önce en az 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı şarttır (TTK., m. 324.II, c.2, 434, I, N.3).[340]

Fakat 2/3 oranında sermaye kaybı tek başına ortaklığın kendiliğinden feshedilmiş sayılması sonucunu doğurmaz. İnfisah, genel kurulca 324. maddede alternatif olarak belirtilen kararlardan birinin alınmaması halinde gerçekleşir. Gerçi Türk Ticaret Kanunu'nun 434. maddesinde esas sermayenin üçte ikisinin kaybı bir infisah nedeni olarak öngörülmüştür (f.1, N.3). Fakat bu ifade yanıltıcıdır.[341] Anılan hükmü 324 ve 436. maddeler ile birlikte değerlendirmek gerekir. 324. maddede, sermayesini 2/3 oranında kaybeden ortaklığın ya sermayenin tamamlanmasına ya da kalan sermaye ile yetinmeye karar vereceği, aksi takdirde infisah edeceği belirtilmektedir. Ayrıca 2/3 oranında sermaye kaybı halinde alacaklılar fesih davası açabilmektedirler. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu maddede öngörülen fesih davası inşai bir dava, dava sonunda verilen hüküm de inşai bir hükümdür. Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi halinde varılacak sonuç şudur. 2/3 oranında sermaye kaybı tek başına ortaklığın infisahı için yeterli değildir. Bu husus öğretide[342] ve Yargıtay kararlarında[343] tartış-

---

335 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 98.

336 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720; **Eriş**, AŞ., s. 696.

337 Bkz., **Y. 11. HD**, 7.6.1982 tarih ve 2820/2734 sayılı kararı, Karar için Bkz., YKD. C. VIII, S. 9, s. 1277, **Başbuğoğlu**, s. 465-466; **Y.11.HD**, 25.3.1985 tarih ve 1278/1669 sayılı Kararı, karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 700, **Eriş**, TTK.Şerhi, s.1347..

338 Örneğin alacaklıların bu davayı açmakta hukuki yararları vardır, **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720

339 **Y.11. HD.**, 7.6.1982 tarih ve 2820/2734 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 699, Kararın tam metni için Bkz., **Eriş**, TTK Şerhi, s. 923; Öğretide bu görüş için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 696; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720.

340 Bkz., **Y. 11. HD**, 26.10.1992 tarih ve 3498/10231 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 702.

341 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720.

342 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 98; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 720.Ayrıca Bkz. yuk. dipn. 307 ve 309'da anılan kaynaklar.

343 Bkz., **Y. 11.HD** 7.6.1982 tarih ve 2820/2734 sayılı Kararı; Karar için Bkz., **Başbuğoğlu**, s. 465-466; **Y. 11.HD**, 28.10.1982 tarih ve 4054/4423 sayılı kararı, Karar için Bkz., **Başbuğoğlu**, s. 465; **Y.11.HD**,

masız kabul edilmektedir. Eğer genel kurul 324. maddede alternatif olarak öngörülen kararlardan birini almazsa ortaklık ancak o zaman kendiliğinden feshedilmiş sayılır.

Aşağıda çeşitli olasılıklara göre infisah anını belirlemeye çalışacağız.

1- 2/3 Oranında Sermaye Kaybının Henüz Tespit Edilmemesi Durumu

Ortaklığın borca batıklığa doğru sürüklendiği yönünde belirtiler bulunmasına karşın yönetim kurulu aktiflerin satış fiyatları üzerinden ara bilanço düzenlemeye yanaşmazsa ortaklık feshedilmiş sayılamaz. Çünkü, 324. maddeye göre, ortaklık ancak 2/3 oranında sermaye kaybı ara bilançodan anlaşılmasına rağmen, genel kurulca yasada öngörülen kararlardan biri alınmadığı takdirde infisah eder. Başka bir deyişle infisah sonucunun doğması için önce durumun tespit edilmiş olması gerekmektedir.

Fakat böyle bir durumda alacaklılar tarafından fesih davası açılması mümkündür (TTK., m. 436).[344] 436. madde gereğince ortaklığın feshinin maddi hukuka ilişkin koşulu, genel kurulca belli bir yönde karar verilip verilmemesi değil, 2/3 oranında sermaye kaybının varlığına rağmen yönetim kurulunun 324. maddeye uygun hareket etmemesidir. Yönetim kurulu borca batıklık belirtilerini gözardı ederek ara bilanço düzenlememekle yükümlülüğünü ihlal etmiş durumdadır. O halde, ara bilanço düzenlenmesi fesih kararı verilmesi için gerekli şartlardan biri değildir. Bu davada alacaklı, ortaklığın 2/3 oranında sermaye kaybına maruz kaldığını ispat yükü altındadır. Mahkemece ortaklığın malvarlığı durumu bilirkişi aracılığıyla tespit edilir.

Buna karşılık pay sahipleri böyle bir durumda ortaklığın münfesih olduğunun tespitini isteyemeyecekleri gibi, kendilerine 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı nedeniyle fesih davası açma hakkı da tanınmamıştır.[345] Yargıtay'ın birçok kararında da aynı sonuca varıldığı görülmektedir.[346] Fakat, bir Yargıtay kararına konu olayda[347] ortaklığın iki pay sahibi hem genel kurulun toplanamadığı ve yasal organların oluşmadığı, hem de en az 2/3 oranında sermaye kaybının mevcut olduğu gerekçesiyle fesih davası açmışlar, Yargıtay da yerel mahkemenin Türk Ticaret Kanunu' nun 324. II ve 434. maddeleri gereğince infisah nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda inceleme yaptırmamasını hatalı bulmuştur. Karardan anlaşıldığı kadarıyla henüz 2/3 oranında sermaye kaybının varlığı dahi tespit edilmemiştir. Yüksek Mahkeme, bu aşamada infisah ihtimalinin göz önüne almakla diğer içtihatlarına ters düşmüştür. Pay sahipleri bu durumda fesih davası da açamayacaklarına göre anılan Yargıtay kararının hatalı olduğu kanısındayız. Kanımızca pay sahipleri sadece 324. maddenin emredici hükmüne karşın ara bilanço düzenlenmediği, bu nedenle gerekli tedbirler alınamadığı için ortaklığın zarara uğradığını bildirerek yönetim kurulu üye-

---

25.3.1985 tarih ve 1278/1669 sayılı Kararı, karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 700, **Eriş**, TTK.Şerhi, s.1347, Ayrıca Bkz., **Y. 11.HD.**, 20.5.1993 tarih ve 3204/3787 sayılı Kararı, karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 703.

344 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15.

345 Karş. **Domaniç**, yazar esasen infisah yaptırımının varlığını kabul etmediği için pay sahiplerinin de tıpkı alacaklılar gibi fesih davası açabilecekleri kanısındadır. TTK. m. 324.II ve 436. maddelerini birlikte değerlendirerek bu sonuca vardığını belirtmektedir, AŞ. s. 540-541.

346 Bkz., yuk. dipn. 341.

347 Bkz., **Y. 11.HD.**, 22.3.19990 tarih ve 2161/2456 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 252-253.

leri aleyhine sorumluluk davası açabilirler (TTK., m. 336.I, N.5, 324.II, c.1),[348] Ayrıca pay sahipleri, sermaye kaybı mevcut olduğu halde 324. madde gereğince hareket edilmediğinin tespiti için de dava açabilmelidirler. Bu tespit davasında pay sahiplerinin hukuki yararı vardır. Çünkü 2/3 oranında sermaye kaybının varlığını tespit eden hüküm yönetim kurulu veya denetçileri genel kurulu toplantıya çağrıya tahrik için kullanılabilir. Pay sahipleri bu hükmü denetçilere sunabilecekleri gibi (Bkz. TTK. 356),[349] esas sermayenin %10'u oranında paya sahipseler genel kurulu bizzat toplantıya çağırabilmek için önemli bir dayanak elde etmiş olurlar (Bkz., TTK., m. 367).

Her halde pay sahipleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na ve Sermaye Piyasası Kuruluna başvurarak yönetim kurulunu yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamak için fesih davası açılmasını sağlayabilirler.[350]

Ortaklığın borca batıklığa sürüklendiği şüphesi bulunduğu halde ara bilanço düzenlemekten kaçınan yönetim kurulu üyeleri kusursuz olduklarını ispat etmedikçe ortaklığın feshi dolayısıyla doğan zararlardan sorumlu olurlar (TTK., m. 336.I, N.5).

2- Genel Kurulun Toplanamaması Durumu

Bu halde 2/3 sermaye kaybı tespit edilmiş, fakat konu hakkında görüşme yapacak genel kurul toplanamamıştır. Bu olasılığı genel kurulun usulüne uygun olarak toplantıya çağrılmış olup olmamasına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

a) Genel Kurulun Toplantıya Çağrılmaması

Bu halde de 2/3 oranında sermaye kaybına karşın ortaklık infisah etmez. Çünkü 324. maddede genel kurulun yasada öngörülen kararlardan birini almaması durumunda ortaklığın infisah edeceği öngörülmüştür. Bu nedenle herşeyden önce genel kurula konuyu görüşebilme imkânı sağlanmış olmalıdır. Bunun için de genel kurul usulüne uygun olarak toplantıya çağrılmalıdır. Eğer yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırmazsa denetçiler veya azınlık genel kurulun toplanmasını sağlayabilir.[351] Bunlar tarafından da genel kurul toplantıya çağrılmadığı takdirde ortaklığın infisah etmesi mümkün değildir.

Fakat bu durumda da alacaklılar 436. madde gereğince fesih davası açabilirler.[352] Yönetim kurulunca 2/3 oranında sermaye kaybı tespit edilmemiş olsa bile alacaklıların bu hakka sahip olduğunu az önce belirtmiştik. Bu aşamada esasen yönetim kurulunca ara bilanço düzenlenmiş durumdadır.

Toplantıya çağrı yükümlülüğünü yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin hukuki sorumluluğu söz konusu olur (TTK., m. 336.I, N.5).

---

348 Bkz., aşa., § 8, II, A, 1.

349 Bu durumda kanımızca denetçilerin genel kurulu derhal toplantıya çağırmaları gerekir (Bkz., TTK., m. 355). Bunun için tespit hükmüyle denetçilere başvuran pay sahiplerinin esas sermayenin en az %10'u kadar paya sahip olmaları ve bunları bankaya tevdi etmeleri gerekmez (Karş., TTK., m. 356.II, III).

350 Bkz., aşa. § 8, II, B, C.

351 Bkz., yuk. § 7, III, B, 2,3.

352 Bkz., Çevik, AŞ., s. 527; Öçal, Mali Durumun Bozulması, s. 14-15.

b) Genel Kurulun Toplantıya Çağrılmasına Karşın Toplanamaması

Sermaye kaybı tespit edilmesine ve genel kurul özel gündemle konuyu görüşmek üzere toplantıya çağrılmasına rağmen toplantı gerçekleşmeyebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 388.III. maddesindeki toplantı nisabı sağlanamazsa aynı madde gereğince genel kurulun ikinci kez toplantıya çağrılması gerekir.

Bir görüşe göre, bu ikinci toplantıda da toplantı yetersayısı sağlanamazsa ortaklık 324. madde gereğince kendiliğinden sona erer.[353]

Diğer bir görüşe göre ise, burada ortaklığın kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek çıkarlar dengesine uygun düşmez. Bu durumda Türk Ticaret Kanunu'nun 435. maddesini uygulamak, mahkemenin genel kurul toplantısı yapılması için verdiği süreye rağmen genel kurul toplanamazsa ortaklığın feshine karar verileceğini kabul etmek gerekir.[354] Alacaklılar da 436. madde gereğince fesih davası açabilirler.

Kanımızca ikinci görüş daha doğrudur. Böylece ortaklığa genel kurulunu toplayabilmesi için bir imkân sağlanmaktadır. Hem 435. madde gereğince genel kurulun toplanamaması nedeniyle açılan fesih davasında, hem de alacaklılar tarafından 436. maddeye dayanılarak açılan davada mahkeme ortaklığa bir süre tanımalı, bu süre içinde genel kurul toplanamazsa fesih kararı verilmelidir.[355] Bu görüş 324. maddenin lâfzına da uygundur. Çünkü anılan maddede genel kurulun toplanamaması değil, karar alamaması infisah yaptırımına bağlanmıştır (Bkz. f. 2, c.2). Bunu yorum yoluyla genişletmeye çalışmanın bir anlamı yoktur. Kendiliğinden sona erme yaptırımı sadece aşağıdaki 3.numaralı alt başlıkta açıklanan durum için kabul edilmelidir.

Genel kurulun toplanamadığı her durum 435. madde gereğince fesih davası açılmasına neden olmaz. Fesih sonucunun doğması için toplanamayan genel kurulun anonim ortaklığın faaliyetini devam ettirmesi yönünden zorunlu olması gerekir.[356] İşte 2/3 oranında sermaye kaybına rağmen genel kurulun toplanamaması bu anlamda bir fesih nedenidir. Oysa örneğin ortaklığın faaliyetini sürdürmesi bakımından zorunlu olmayan herhangi bir esas sözleşme değişikliğini görüşmek üzere çağrılan genel kurulun toplanamaması fesih sonucunu doğurmaz.

3- Genel Kurulun Toplanması Durumu

Genel kurul toplanmasına ve gündemde 324. maddenin 2.fıkrası gereğince görüşme yapılıp karar alınacağına ilişkin bir madde bulunmasına karşın esas sermayenin tamamlanmasına veya indirimine karar verilmezse ortaklık kendiliğinden sona

---

353 Bkz., **İmregün,** Anonim Ortaklıklar, s. 471; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu,** *Tekinalp*'e göre genel kurulun makul bir süre içinde toplanıp yasada öngörülen kararlardan birini alması gerekir. Aksi takdirde ortaklık infisah eder, s. 720. Böylece yazar genel kurulun toplantıya çağrılıp çağrılmadığı, gündemde bir madde bulunup bulunmadığı üzerinde durmaksızın 324. maddedeki yükümlülüğü bir bütün olarak ortaklığa yüklemek eğilimine girmektedir. Oysa konu genel kurulun önüne getirilmeden infisah yaptırımını uygulamak 324. maddenin ne lâfzına, ne de amacına uygundur.

354 Bkz., **Arslanlı,** AŞ., IV-V, s.173; **Çevik,** AŞ., s. 1097; **Öçal,** Mali Durumun Bozulması, s. 14-15.

355 Bkz., **Tekil,** Şirketler Hukuku, s. 679.

356 Bkz., **Çevik,** AŞ., s. 1096; Olağan genel kurul toplantısı TTK., m. 369'da öngörülen gündemi itibarıyla ortaklık faaliyetlerinin devamı için zorunlu bir toplantıdır, Bkz., **Tekil,** Şirketler Hukuku, s. 679.

erer Yasanın açıkça öngördüğü durum budur (TTK., m.324.II, c.2).[357] Toplanan genel kurulun 324. madde gereğince karar almaması veya alamaması iki şekilde karşımıza çıkabilir:

– Genel kurul, karar nisabı sağlanamadığı için 324. maddede öngörülen kararlardan birini alamamıştır.

– Genel kurul 324. maddede öngörülenler dışında bir karar almıştır. Örneğin esas sermaye arttırımına karar vermiştir.

Belirtilen her iki durumda da ortaklık infisah eder.

4- Borca Batıklık Halinde Durum

İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak hukukumuzda 2/3 oranında sermaye kaybı için de özel hükümler öngörülmesi, ortaklığın borca batıklığı durumunda 2/3 oranındaki sermaye kaybına ilişkin hükmün uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacaksa nasıl ve hangi şartlarda uygulanacağı konularında tereddütlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Her iki düzenlemenin farklı hukuk sistemlerinden alınması bu sorunların başlıca nedenidir.

Öğretide ara bilançodan ortaklığın borca batık olduğunun anlaşılması halinde aynı zamanda 2/3 oranında sermaye kaybı mevcut olduğundan ortaklığın infisah edeceği (Bkz., TTK., m. 434.I, N.3), iflâs sonradan konkordato ile kaldırılmış olsa bile tasfiye halinin devam edeceği görüşü savunulmuştur.[358] Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Borca batıklık durumunda esas sermayenin tamamen karşılıksız kaldığı doğrudur. Fakat yasa borca batıklığın hukuki sonuçlarını ayrıca düzenlemiş, kural olarak ortaklığın iflâsına karar verileceğini öngörmüştür (TTK., m. 324,II, c.4). Ortaklık ancak iflâs kararı üzerine infisah eder (TTK., m. 434.I, N.8). Kaldı ki, mahkeme yönetim kurulunun veya bir alacaklının istemi üzerine iflâsın ertelenmesine de karar verebilir (TTK., m. 324.II, c.5=. Erteleme süresince ortaklık tasfiye halinde değildir. Tersine esas sözleşmede belirtilen işletme konusu sınırları içinde faaliyetine devam etmektedir. Erteleme sonucu ortaklığın mali durumu iyileşmezse mahkeme gene iflâsa karar verir ve ortaklık ancak bu tarihte infisah eder.[359] Ertelemenin amacı ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi, borca batık durumdan çıkarılarak yaşama yeteneğine yeniden kavuşturulmasıdır.[360] Bu amaç ortaklığın tasfiye haline girmesiyle bağdaşmaz. Yasa koyucunun iradesi her halûkârda borca batık durumdaki ortaklığın infisah etmesi olsaydı, mali durumun iyileştirilmesine imkân veren iflâsın ertelenmesi kurumunu öngörmezdi.

Diğer taraftan esas sermayenin 2/3'ü oranında sermaye kaybının otomatik sonucu ortaklığın feshedilmiş sayılması değildir. Genel kurul yasada öngörülen alternatif kararlardan birini (TTK., m. 324.II, c.2) almamışsa ortaklık infisah eder.[361]

---

[357] Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 471; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 15.
[358] Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 472.
[359] Bkz., aşa. § 13, IX, B.
[360] Bkz., aşa. § 13, I, B.
[361] Bkz., yuk. § 7, VIII, B, 3.

Kanımızca 2/3 oranında sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin yasal düzenlemeler şöyle bağdaştırılabilir: Ortaklık borca batık halde değilken 2/3 oranında sermaye kaybı ortaya çıkarsa buraya kadar incelediğimiz esaslar dahilinde hareket edilir. Ortaklık aynı zamanda borca batık haldeyse durumun mahkemeye bildirilmesi zorunludur (TTK., m. 324, II, c.3). İnfisah ancak mahkemenin iflâs kararı üzerine gerçekleşir. Bu aşamada tasfiye İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yapılır. Mahkeme erteleme kararı vermişse başka bir sorun ortaya çıkar: Acaba bu halde genel kurul iyileştirme tedbirlerine başvururken öncelikle mutlaka esas sermayenin tamamlanmasına[362] karar vermek zorunda mıdır? İlk bakışta ortaklığın esas sermayesinin tamamen karşılıksız kaldığı dikkate alınarak bu soruya olumlu cevap vermek gerektiği düşünülebilir. Fakat kanımızca ortaklık erteleme süresi içinde dilediği iyileştirme tedbirlerine başvurmakta serbesttir. Çünkü iflâsın ertelenmesi herşeyden önce borca batıklığın ve buna bağlanmış olan iflâs yaptırımının ortadan kaldırılmasını amaçlar. Gerçi erteleme kararı verilirken sadece bu husus üzerinde durulmaz. Aynı zamanda ortaklığın tek başına işletme faaliyetini sürdürüp sürdüremeyeceği gözönünde tutulur.[363] Fakat erteleme süresi sonunda borca batıklık giderilmişse artık iflâsa karar verilemeyeceğinden borca batıklığa ilişkin düzenleme uygulama alanından çekilir. Erteleme kararı kaldırılır. İşte bu aşamada, yani iflâs yaptırımı ortadan kalkınca 2/3 oranında sermaye kaybı hakkındaki düzenleme yeniden devreye girer. Ortaklık borca batıklığı gidermesine karşın hala 2/3 oranında sermaye kaybı devam ediyorsa yönetim kurulu derhal genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmalı, genel kurul da ya sermayenin tamamlanmasına ya da indirimine karar vermelidir. Öğretide bu görüşümüze paralel olarak konkordato dolayısıyla iflâs kaldırılmasına karşın hala 2/3 oranında sermaye kaybı varsa genel kurulun yönetim kurulu tarafından derhal olağanüstü toplantıya çağrılması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. [364] Genel kurul yasada öngörülen kararlardan birini almazsa ortaklık infisah eder. Erteleme kararı kaldırılınca yönetim kurulu kayyımın raporunu da dikkate alarak[365] hala 2/3 oranında sermaye kaybının mevcut olup olmadığını değerlendirmeli, ciddi şüphe varsa yeniden aktiflerin satış fiyatlarını esas alarak bir ara bilanço düzenlemelidir.

Görüldüğü gibi, ortaklığın borca batıklığı durumunda 2/3 oranında sermaye kaybına ilişkin düzenlemenin uygulanması ertelenmektedir. Çünkü borca batıklığın yaptırımı daha farklı ve ağırdır. Borca batıklık devam ederken ve erteleme süresi içinde infisah ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tasfiye (TTK., m. 324.II, c.2, 434.I,N.3) söz konusu olamaz. Mahkeme iflâsa karar verirse esasen bir sorun yoktur. Artık genel kurulun belli yönde karar almasından, aksi takdirde infisah edeceğinden söz etmenin bir anlamı yoktur. Erteleme kararı verilmesi durumunda ise, ilk başta borca batıklığın giderilmesi, böylece iflâsın önlenmesi asıldır.

---

362 Borca batıklık halinde zaten esas sermaye indirimine karar verilmesi mümkün değildir.Bkz. aşa. § 13, VII.

363 Bkz., aşa. § 13, II, A,3.

364 Bkz., Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628.

365 Bkz., aşa. § 13, VIII, G, 2.

IX - OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN YASAL DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu paragrafta yaptığımız açıklamalar 2/3 oranında sermaye kaybı halinde tedbir alınmasını öngören yasal düzenlemenin çelişkilerini de ortaya koymaktadır. Alacaklılara ortaklığın feshini isteyecek kadar müdahale hakkı veren bu düzenlemede, durumun tespiti sırasında zorunlu olarak her türlü gizli yedek akçenin gözönüne alındığı gerçek bir sermaye kaybını esas almak gerekmekte, fakat yasanın öngördüğü şekilde sermayeyi tamamlamak veya indirmek için yıllık bilançodan hareket etmekten başka çare bulunmamaktadır. Çünkü öz kaynaklar ancak bu sayede ortaklığın bilançosunda esas sermaye ile eşitlenebilmektedir.

Öte yandan, aslında ortaklığı 324. maddede öngörülen kararlardan birini almaya zorlama amacını güden fesih davası açma hakkı, alacaklının hakkının temin edilmesi veya ödenmesi halinde düşebilmektedir. Önemli ölçüde sermaye kaybına maruz kalan bir ortaklık teminat göstermek zorunda kalırsa mali durumun iyileştirilmesi neredeyse imkânsızlaşır. Hele öğretide çoğunluğun belirttiği gibi basitleştirilmiş esas sermaye indiriminin ıslah edici fonksiyonu bir yana bırakılarak alacaklıların bu halde dahi fesih davası açabilecekleri kabul edilirse hükmün amacına ulaşması mümkün değildir.

Yasal düzenlemede hem fesih, hem de infisah yaptırımları öngörülmüştür. Gerçi yorum yoluyla bunların farklı durumları ifade ettiği sonucuna vardık. Ancak düzenleme bu haliyle uygulamada güçlükler yaratmış, önemli görüş ayrılıklarına yol açmıştır.

Aslında borca batıklığı özel bir iflâs nedeni olarak kabul eden ülkelerde önemli derecedeki sermaye kaybı hali için ayrıca alacaklılara müdahale hakkı veren özel hükümlere yer verilmemektedir (Bkz., yuk., § 5). Bu tür yasal düzenlemeler ortaklığın borca batıklık bildiriminde bulunmasının zorunlu kılınmadığı ülkelere özgüdür. Yasakoyucu her iki sistemi başarısız bir şekilde bir araya getirmiştir. Bunun sonucunda garip durumlar ortaya çıkmıştır. Örneğin 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurul bazı iyileştirme tedbirlerine mutlaka başvurmak zorunda iken, borca batıklıkta iflâsın ertelenmesi halinde böyle bir zorunluluk yoktur.

Olması gereken hukuk bakımından en doğrusu 2/3 oranında sermaye kaybı hakkındaki yasal düzenlemeyi yürürlükten kaldırmaktır. Bu yapılmayacaksa durumun tespitinde esas alınacak değerleme ilkelerine açıklık getirilmeli, genel kurulun alması gereken kararlar (sermayenin tamamlanması veya basitleştirilmiş esas sermaye indirimi) yasada tereddüte yol açmayacak şekilde ifade edilmelidir. Ayrıca, infisah yaptırımı tamamen kaldırılarak alacaklılarla birlikte pay sahiplerine fesih davası açma hakkı tanınmakla yetinilmelidir.

§ 8 SERMAYE KAYBININ DİĞER HUKUKİ SONUÇLARI

Burada inceleyeceğimiz sonuçlar Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesiyle ilgili olmakla birlikte, hem 1/2 hem de 2/3 oranında sermaye kaybı hakkındaki ortak hukuki sonuçlardır. Sermaye kaybının genel olarak hukuki sonuçları, özellikle pay sahiplerine sermaye kaybı giderilinceye kadar kâr payı alamamaları birinci bölümde kısaca incelenmişti.[1]

I- SERMAYE KAYBINI GENEL KURULA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI OLUP OLMADIĞI SORUNU

A- YÖNETİM KURULUNUN GİZLİ İYİLEŞTİRME YOLUNA BAŞVURUP BAŞVURAMAYACAĞI SORUNU

1- Gizli İyileştirme Kavramı (*stille Sanierung*) ve Mali Durumun İyileştirilmesi Sözleşmesi

a) Gizli İyileştirme Kavramı

Gizli iyileştirme bir genel kurul kararı veya esas sermaye arttırımı söz konusu olmaksızın bir veya birkaç pay sahibinin mali durumun iyileştirilmesi amacıyla, önceden ortaklığa tamamen ödedikleri katılma paylarının üstüne iradi olarak ek ödemede bulunmaları[2] ve/veya bazı alacaklarını ortaklıktan talep etmekten vazgeçmeleri anlamına gelir.[3] Aynı sonuca ortaklığa ait borçların bir kısmının devralınması (yüklenilmesi) yoluyla da ulaşılabilir.[4] Her iki yolla da sermaye kaybını gidermek mümkündür.

Bu yöntemle mali durumun iyileştirilmesi, ortaklığa büyük avantajlar sağlar. Söze konu yöntem herşeyden önce likidite sorununun çözümüne doğrudan doğruya katkıda bulunur. Sorun sadece likiditesizlikten ibaretse böyle bir yol varken esas sermayeyi eş zamanlı olarak indirip arturmak zaten anlamsızdır.[5] Sermaye kaybını gidermek bakımından da bu yolun avantajları tartışmadan uzaktır. Bilanço açığını (sermaye kaybını) gidermek amacına yönelik esas sermaye indirimine veya bu indirimle eş zamanlı olarak yapılacak sermaye arttırımına kıyasla bu yöntem çok daha az masraflı olduğu gibi, daha az formaliteyi gerektirmektedir.[6] Tek şart, pay sahibinin

---

1 Bkz., yuk. § 3, II, C.
2 "*freiwillige Zuzahlung*", terim için Bkz., **Degiacomi**, s. 35 vd.
3 Bkz., **Degiacomi**, s. 35; **Boemle**, s. 478; **Forstmoser**, s. 484, 628; **Koeferli**, s. 118.
4 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.
5 Bkz., **Degiacomi**, s. 46.
6 Bkz., **Degiacomi**, s. 35; **Forstmoser**, s. 628; **Koeferli**, s. 119.

katılma payını ödeme borcunu önceden tam olarak yerine getirmiş olmasıdır.[7] Ayrıca bu tedbirde esas sermaye rakamı değişmemekte,[8] bir genel kurul kararına ve bunun ticaret siciline tesciline de gerek bulunmamaktadır. Böylece yapılan iyileştirme dışarıya duyurulmadığından aleniyetin olumsuz sonuçlarından kurtulunmaktadır.[9] Tedbire gizli iyileştirme adının verilmesinin nedeni budur. Bütün bu avantajları yüzünden eğer imkân varsa esas sermayenin eş zamanlı olarak indirimi ve arttırımı yerine genellikle bu yol tercih edilir.[10]

Gizli iyileştirme yoluyla mali durumun iyileştirilmesi için pay sahibiyle ortaklık arasında ek ödeme yapılması, alacağın ibra edilmesi veya ortaklığa ait bazı borçların yüklenilmesi konusunda bir sözleşme yapılır. Çoğu kez ortaklıkla böyle bir sözleşme yapan kişiye intifa senedi verilmesi (TTK., m. 402,I), ya da hisse senetlerinin imtiyazlı hale getirilmesi gibi bazı ayrıcalıklar sağlanır.[11] Ancak sağlanan ayrıcalıkların yapılan ek ödemelerle uyumlu olması gerekir. Aksi davranış pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesine aykırı düşer.[12] Sağlanan ayrıcalıklar nedeniyle birçok pay sahibi ek ödemede bulunmak isteyebilir. Bu pay sahipleri arasında ayırım yapılmamalı, dileyen pay sahibine bu yol açık tutulmalıdır.[13]

Sözleşmenin yanısıra, genel kurulun çoğunluk kararıyla da aynı amaca ulaşılabilir Genel kurul 324. madde zikredilmeden toplantıya çağrılırsa iyileştirmenin gizliliği fazla zedelenmez. Pay sahiplerinin tümünün taahhütlerinin arttırılması için oybirliği şartı yasada öngörülmüş olmasına rağmen (Bkz., TTK., m. 388.I), öğretide belirtildiği gibi, eğer pay sahipleri çoğunlukla verdikleri bir kararla taahhütlerin arttırılmasına karar vermişlerse bu karar olumlu oy veren pay sahiplerini bağlar.[14]

Özellikle kapalı aile ortaklıklarının pay sahipleri, keza pay sahibi sıfatıyla holding ortaklık yavru ortaklıkla böyle bir sözleşme yapabilir.[15] Halka açık anonim ortaklıklarda ise pay sahiplerini böyle bir sözleşme yapmaya yöneltmek daha zordur. Çünkü ortaklığın durumu ne olursa olsun pay sahibi böyle bir sözleşmeye katılmaya zorlanamaz (Bkz., TTK., m. 405, 269, II).. Ancak anonim ortaklığa ilişkin hükümler ihlal edilmemek şartıyla pay sahipleri ekonomik bir baskı sonucunda ek ödemede bulunmaya zorlanabilirler. Örneğin ek ödemede bulunmayı kabul eden pay sahiple-

---

7 Bkz., **Degiacomi**, s. 35; **Forstmoser**, s. 484; **Koeferli**, s. 119.

8 Bkz., **Bürgi**, OR., Art. 680, N. 20; **Forstmoser**, 2. 484, 485, 628; **Koeferli**, s. 119. Karş., **Funk**, OR., Art. 732, N. 1; **Schucany**, OR., Art. 732, N. 1.

9 Bkz., **Bürgi**, OR., Art. 680, N. 20; **Degiacomi**, s. 46; **Forstmoser**, 2. 484, 485, 628; **Koeferli**, s. 119; Ayrıca Bkz., **Lanz**, s. 172.

10 Bkz., **Forstmoser**, 2. 628.

11 Bkz., İsviçre Hukukunda **Bürgi**, OR., Art. 680, N. 29; **Degiacomi**, s. 35, 39 vd.; **Forstmoser**, s. 485; **Funk**, OR., Art. 650, N. 1; **Siegwart**, OR., Art. 650, N. 15; **Wieland**, s. 11; Alman Hukukunda,**Harget**, s. 139; **Claussen**, s. 198.

12 Böyle bir tutum "pay sahiplerinin ortaklığa karşı kural olarak katılma payından başka bir edimde bulunmaya zorlanamayacağı" ilkesine de aykırı düşer. Bu konularda Bkz., **Bürgi**, OR., Art. 680, N. 24; **Degiacomi**, s. 44, 46; **Forstmoser**, s. 485; **Siegwart**, OR., Art. 650, N. 15; **Wieland**, s. 11.

13 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 680, N. 28.

14 Bu görüş için Bkz., **Forstmoser**, s. 484; Karş., **Bürgi**, OR., Art. 680, N. 14.

15 Bkz., **Lanz**, s. 174.

rine ait hisse senetlerinin imtiyazlı hale dönüştürüleceği bildirilirse pay sahipleri üzerinde dolaylı bir (ekonomik) baskı kurulmuş olur.[16] Keza, ek ödemede bulunmak istemeyen pay sahiplerinin hisse senetlerinin nominal değerlerinin düşürüleceği, zira ortaklığın sermaye indirimiyle eş zamanlı sermaye arttırımı yaparak aynı amaca ulaşabileceği,[17] bildirilmek suretiyle de aynı amaca ulaşılabilir.

b) Mali Durumun İyileştirilmesi Sözleşmesi (*Sanierungsvereinbarung*)

Mali durumun iyileştirilmesi sözleşmesi mali durumu iyileştirilmeye muhtaç bir ortaklıkla üçüncü bir kişi (*Sanierer*) arasında yapılan ve mali tedbirlerle ortaklığın durumunu düzeltmeyi konu alan bir sözleşmedir.[18]

Gizli iyileştirme kural olarak mali durumun iyileştirilmesi sözleşmesiyle yapılır.[19] Ancak, mali durumun iyileştirilmesi için sözleşme sadece pay sahibi ile değil, alacaklılar veya üçüncü bir kişiyle de yapılabilir.[20]

Bu sözleşmenin konusu kural olarak işletme organizasyonuna ilişkin iyileştirme tedbirleri değil, mali nitelikteki iyileştirme tedbirleridir.[21]

Sözleşmeye konu olabilecek tedbirlere göre bu sözleşmeler iki ana gruba ayrılabilir:[22] Bunlardan ilki, ortaklığın zararını (sermaye kaybını) azaltmaya yönelik tedbirler içeren sözleşmelerdir. Bu amaca, ya aktiflerin arttırılması, ya da borçların indirilmesi yoluyla ulaşılır.[23] Ayrıca az sonra inceleyeceğimiz, banka ile ortaklık arasında yapılan ve konusu bazı banka alacaklarının sermayeye dönüştürülmesi olan sözleşme de bu gruba girer. Çünkü banka alacakları sermayeye dönüştürülmekle bilanço zararı (sermaye kaybı) kısmen veya tamamen giderilmektedir.[24]

İkinci grup tedbirleri içeren sözleşmeler ise ortaklığa yeni likit kaynak sağlanması, ya da ödeme güçlüğünün giderilmesi amacını güderler.[25]

---

16 Bu konularda geniş bilgi için Bkz., özellikle **Degiacomi**, s. 39 vd. **Forstmoser**, s. 485.

17 Gerçekten ekonomik açıdan her ikisinde de bazı pay sahiplerinin ortaklığa ek ödemede bulunmaları sağlanmış olmaktadır, Bkz., **Forstmoser**, s. 485.dipn. 371.

18 Bkz., **Lanz**, s. 169. Sözleşmenin başlıca amacı ortaklığın varlığının güvence altına alınması ve sermaye kaybı, ya da aciz hali sonucu iflâsa sürüklenmesinin önlenmesidir, Bkz., **Lanz**, s. 172.

19 Bkz. **Bürgi**, OR., Art. 680, N. 20; **Siegwart**, OR., Art. 650, N. 14; von **Steiger**, s. 304; Karş., **Forstmoser**, yazar daha çok genel kurulun çoğunlukla aldığı bir karara olumlu oy verenlerin ek ödeme yükümlülükleri üzerinde durmaktadır, Ancak bunun bir sözleşmeye dayanabileceğini de kabul etmektedir, s. 485;

20 Bkz., **Lanz**, s. 174 vd.

21 Çünkü organizasyona ilişkin tedbirler işletme içi tedbirler olup, bu konuda kural olarak üçüncü bir kişiyle sözleşme yapılmasına gerek yoktur, Bkz. **Lanz**, s. 170. Bu ayırım hakkında Bkz., yuk. § 4, III, A.

22 Bkz., **Lanz**, s. 171.

23 Bkz., **Forstmoser**, s. 485; **Siegwart**, OR., Art. 650, N. 14; **von Steiger**, Orijinal, s. s. 304, Bu konuda ayrıca Bkz., yuk., § 4, III, B, 2.

24 Karş., **Lanz**, s. 183.

25 Örneğin alacaklıyla yapılan bir sözleşme ile şarta bağlı olmayan muaccel bir ortaklık borcu, ancak ortaklığın mali durumu tamamen iyileştirildikten sonra talep edilebilir hale sokulabilir. Bu durumda alacak erteleyici şarta bağlanmış ve böylece likidite sorununun çözümü kolaylaştırılmış olur (*Besserungsscheine*). Bu konuda Bkz., **Lanz**, s. 177.

2- Sermaye Kaybını Genel Kurula Bildirim Yükümlüğüne Etkisi

Görüldüğü gibi gizli iyileştirme denilen durum aslında mali durumun iyileştirilmesi sözleşmesinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Her ikisinde de konumuz açısından önem taşıyan husus, durum genel kurula bildirilmeksizin, yapılan sözleşmelerle sermaye kaybını kısa zamanda ve somut tedbirlerle giderme imkânının bulunmasıdır. Oysa gerek sermaye indirimi ile eş zamanlı esas sermaye arttırımında, gerek pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılmasında bir genel kurul kararına ihtiyaç vardır.

Kanımızca bu sözleşmelerin sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülüğüne etkisi, yönetim kurulunun hukuki sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmelidir: Bu sözleşmelerin yüklediği edimlerin yerine getirilmesiyle sermaye kaybı giderilmişse kural olarak sermaye kaybının zamanında genel kurula bildirilmemesi yüzünden bir zarar ortaya çıkmayacak, dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin ve hareketsiz kalan denetçilerin hukuki sorumlulukları söz konusu olmayacaktır. Sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülüklerinin başlıca yaptırımı hukuki sorumluluk olduğuna göre, yapılan sözleşmeler olumlu sonuç verdikten sonra, artık bildirim yükümlülüklerinin neden yerine getirilmediğini sorgulamanın bir anlamı yoktur.

Ancak belirtmek gerekir ki, sorumluluk açısından vardığımız bu sonuç, yönetim kurulunun gerek 1/2 gerek 2/3 oranındaki sermaye kaybını genel kurula bildirme yükümlülüğünün ortadan kalktığı anlamına gelmez. En az 1/2 oranında sermaye kaybı mevcut oldukça durumun genel kurula bildirilmesi 324. maddenin emredici hükümleri gereğidir. Bildirim yükümlülüğü ancak iyileştirme sözleşmesinin ifası dolayısıyla sermaye kaybı giderilirse ortadan kalkar. [26] Buna karşılık eğer sözleşme ifa edilmezse, ya da ifa edilmesine rağmen bildirimin zamanında yapılmaması yüzünden herhangi bir şekilde zarar ortaya çıkarsa yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler sorumluluk davasıyla karşı karşıya kalabilirler.

B- BANKA ALACAKLARININ SERMAYEYE DÖNÜŞMESİ VE 3332 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DÜZENLEME

Bu başlık altında, banka alacaklarının sermayeye dönüştürülmesi imkânını sağlayan yasal düzenlemelerin sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülüğüne bir etkisi olup olmadığı incelenecektir.

1- Genel Olarak

Mali durumu önemli ölçüde bozulan ortaklığa kredi vermiş olan bir banka, yeterince ayni teminatı olduğu için alacağı riziko altına girmese bile bu müşterisini kaybetmemek amacıyla kendisiyle mali durumun iyileştirilmesi konusunda sözleşme yapabilir.[27] Bu durumda bankanın önünde iki alternatif vardır: Banka, ya ortaklığa şu

---

[26] Bkz., Lanz, s. 173.

[27] Banka dışındaki bir alacaklının ortaklıkla böyle bir sözleşme yapmasının sık rastlanacak bir durum olmadığı belirtilmektedir, Bkz., Claussen, s. 200.

veya bu şekilde öz kaynak sağlayacak, ya da yeni ve elverişli kredilerle mali durumda iyileştirmeyi gerçekleştirmeye çalışacaktır. Ancak bu son alternatif sadece teorik niteliktedir. Banka mali durumu büyük ölçüde bozulan bir ortaklığa yeni kredi vermek istemeyecektir.[28] Çünkü ortaklık teminat göstermekte zorlanacağı gibi, borçlarının artması yüzünden borca batıklığı mahkemeye bildirmek zorunda kalabilir. Sonuçta mahkemece iflâsın açılmasına karar verilebilir.[29]

Buna karşılık, banka alacaklarının sermayeye dönüştürülmesi yoluyla öz kaynak yapısının güçlendirilmesi yaygın bir uygulama alanı bulmaya elverişlidir.[30] Bu şekilde mali durumun iyileştirilmesinde önce banka ile borçlu ortaklık arasında bir sözleşme yapılmakta, ardından ortaklık tarafından esas sermaye artırımı gerçekleştirilmektedir.[31] Son aşamada banka, ortaklıkla aralarındaki sözleşmeye dayanarak katılma taahhüdünde bulunmaktadır.[32] Çoğu kez bu halde banka kendi durumunu güçlendirecek bazı kayıtların da aralarındaki sözleşmeye konulmasını ister. Örneğin banka, güvendiği bir kişinin sermayeye dönüşümden sonraki iyileştirme tedbirlerini uygulamak üzere ortaklıkça "kriz yöneticisi" (*Krisenmanager*) olarak atanmasını şart koşabilir.[33]

2- 3332 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme

Uygulamada "Şirket Kurtarma Kanunu"[34] olarak anılan 25.3.1987 tarih ve 3332 sayılı Kanun[35] finansman güçlüğü içinde bulunan anonim ortaklıklardan alacaklı olan bankaların bu alacaklarının nasıl ve hangi şartlarda sermayeye dönüştürülebileceğini düzenlemekteydi. Bu düzenleme anılan yasanın geçici 1. maddesi gereğince 31.12. 1989 tarihinde kendiliğinden yürürlükten kalkmış olup, sadece söze konu tarihe kadar yasadan yararlanan anonim ortaklıklar bakımından uygulanması mümkün olan hükümler (1998 yılına kadar)[36] yürürlükte kalmıştır. Ancak bu yönde yeni bir yasal düzenleme yapılması her zaman mümkündür.[37] Burada 3332 sayılı

---

28 Banka tarafından yabancı kaynak, öz kaynak yapısı güçlendirildikten sonra verilmektedir. Bkz., yuk., § 4, III, B, 2.

29 Bu konularda Bkz., **Claussen**, s. 197.

30 Nitekim Almanya'da bu yolla mali durumun iyileştirilmesinin oldukça yaygın olduğu belirtilmektedir, Bkz., **Claussen**, s. 199.

31 Bkz., **Claussen**, s. 199. Ancak sermaye kaybı mevcut olduğu sürece ya önce sermaye indirilmeli, ya da sermaye indirimi ile eş zamanlı olarak sermaye artırımı gerçekleştirilmelidir, Bkz., yuk., § 7, IV, B, 2, VI.

32 Bkz., **Claussen**, s. 199.

33 Bkz., **Koeferli**, s. 29.

34 Bkz., **Atalay**, s. 119; **Çevik, AŞ.**, s. 436; **Kayar**, s. 78; **Müftüoğlu**, s. 169.

35 "Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması, ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5426 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun", RG., 31.3.1987, S. 19417.

36 1992 yılından itibaren 7 yıl içinde sermayeye katılan bankaların ellerindeki hisse senetlerinin halka arz edileceği öngörülmüştü.

37 Bu yasanın çıkarılmasını gerektiren nedenlerin çoğu ortadan kalkmış değildir. Yasanın çıkarıldığı dönemdeki şartlar ve özellikle dönemin başbakanının yasa ile ilgili değerlendirmeleri için Bkz., **Müftüoğlu**, s. 161 vd, özellikle s. 168 vd.

Kanun'dan hareketle hem bu düzenlemelerin mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri içindeki yeri, hem de 324. madde karşısındaki durumları incelenecektir.

Anılan yasanın 5. maddesinin "a" bendine göre, finansman güçlüğü içinde bulunan anonim ortaklıklardan alacaklı olan bankalar, alacaklarının sermayeye dönüştürülmesini ve gereğinde kendileri ile birlikte üçüncü kişilerin anonim ortaklığa nakdi sermaye koyması için ortaklığa teklifte bulunabilirler. Bankalar bu teklifte sermayeye dönüştürülmesini istemedikleri alacaklarının belirlenecek uzun vade ve düşük faizle ertelenmesine veya finansman güçlüğünü giderecek diğer tedbirlere de yer verebilirler. Teklifte bulunan ve bu teklife katılan banka veya bankaların sermayeye dönüştürülmesini istedikleri toplam alacakları, ortaklıkta tahakkuk etmiş toplam alacakların yüzde ellisini aştığı takdirde bu ortaklıktan en az Elli Milyon Lira alacaklı olan ve Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre tam mükellef statüsünü haiz bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler de bu teklife aynı şartlarda katılabilirler. Teklife katılmayan bankaların ve diğer kişilerin alacakları, alacakların sermayeye dönüşümü nedeniyle teklifte bulunan banka veya bankalara verilecek hisse senetleri satılıncaya kadar faizsiz ertelenir. Ancak erteleme süresi beş yılı geçtiği takdirde ertelenen bu alacaklar için erteleme yılını takip eden beşinci yılın sonundan başlamak üzere T.C. merkez Bankası'nca kısa vadeli kredilere uygulanan genel reeskont oranının dörtte biri kadar faiz uygulanır. Yasadaki düzenlemenin banka ile ortaklık arasında yapılabilecek herhangi bir mali durumun iyileştirilmesi sözleşmesinden en önemli farkı buradadır. Çünkü özel hukuk alanında hiçbir şekilde yapılan sözleşme ile üçüncü kişilere yükümlülük yüklemek veya hukuki durumlarını kötüleştirmek mümkün değildir.[38] Burada ortaklıkları kurtarmak ve böylece ülke ekonomisinin zarar görmesini önlemek için devletin özel hukuk alanına müdahalesi söz konusudur.[39] Böylece özel hukuk alanında başarı şansı az olan bir iyileştirme tedbirine kamu hukukunun belli ölçüde müdahalesi ile işlerlik kazandırılmaktadır.[40] Diğer alacaklılar hukuki durumlarının kötüleşmemesi için bankanın yaptığı teklife katılmak zorunda bırakılmaktadır.[41]

Alacaklı banka veya bankaların teklifi üzerine borçlu anonim ortaklık ile bankalar arasında yapılan görüşmeler sonunda bir protokol hazırlanır. Bu protokolde sermaye arttırımı sonucu ortaya çıkacak yeni ortaklık sermayesinin nasıl paylaşılacağı tespit edilir (Bkz., 3332 sayılı Kanun, m. 5b). Bu protokol düzenlendikten ve gerek protokol hükümleri, gerek sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliği

---

38 Getirilen düzenleme amacı bakımından 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64 ve 65. maddelerine benzemektedir. Ertelemenin başladığı an, sermaye artırımı kararının tescil edildiği andır, Bkz., **Y.11.HD.**, 23.3.1990 tarih ve 2102/2503 sayılı kararı (YKD.,1990/8, s. 1181 vd..

39 "24 Ocak 1980 Kararları" ile başlayan, 1986 yılı sonlarında yeniden başgösteren ve çeşitli ortaklıkların öz kaynaklar – borçlar dengesini bozan bazı olumsuz gelişmelerin etkilerini azaltmak ve bu arada bankaların bankerler benzeri muhtemel bir krizden kurtarılmalarını önlemek amacıyla böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir, Bkz., **Müftüoğlu**, s. 162; **Yener**, s.2. Fakat yazarın haklı olarak belirttiği gibi kurtarma prosedürü bu olumsuz gelişmelerden asıl etkilenen küçük ve orta büyüklükteki işletmelere (KOBİ'lere) uygulanamamıştır, s. 3.

40 Benzer açıklamalar için Bkz., **Çevik, AŞ.**, s. 436.

41 Bkz., **Kayar**, s. 81.

ortaklık genel kurulunca kabul edildikten sonra, teklifte bulunan banka veya bankalar üzerinde anlaşma sağlanan teklifi Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan ve Maliye ve Gümrük Bakanından oluşan bir kurula sunar (3332 sayılı Kanun, m. 5d). Kurul bu teklifin anonim ortaklığın sermaye yapısının güçlenmesine yardımcı olacağı kanaatine varırsa uygulanmasına karar verir ve bu karar Başbakanın onayı ile kesinleşir (3332 sayılı Kanun, m. 5,f). Yasada protokolün kabulüne ve esas sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararının toplantı ve karar nisabının bulunmaması gibi usule ilişkin nedenler dışında iptali için dava açılamayacağının öngörülmesi (Bkz., m. 5c), haklı olarak eleştirilmiş, [42] nihayet bu hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.[43] Kurul kararının tebliğinden sonra anonim ortaklık veya teklifte bulunan bankalardan birinin başvurusu üzerine sermaye arttırımı ile ilgili esas sözleşme değişikliği Ticaret Siciline tescil edilir (m. 5g, Karş., TTK., m. 395, 390, 378.II).[44] Sermaye arttırımı sonucu yeniden oluşacak ortaklık sermayesinin en az % 51'nin bankalar ve sermaye artırımına katılan diğer kişilere ait olması gerekir (m. 5, k). Yani yasanın öngördüğü iyileştirmede iyileştiren (*Sanierer*) ortaklık yönetimine dolaylı olarak değil, doğrudan doğruya egemen olmaktadır.[45]

Düzenleme devletin özel hukuk alanına müdahalesi niteliği taşımakla birlikte, prosedürün işlemesi ortaklığın kabulüne bağlı olduğundan, sonuçta özel hukuk alanında kalmaktadır.

Yasal düzenleme bakımından karşımıza çıkan ilk soru, "finansman güçlüğü" ile neyin kasdedildiğidir. Yasakoyucu sermaye kaybı, aciz hali veya borca batıklık gibi tanımlanması daha kolay olan bir kavram yerine "finansman güçlüğü" gibi nispeten belirsiz bir kavrama yer vermiştir. Bu kavram geniş yoruma elverişli olup siyasi makamlara büyük ölçüde takdir yetkisi sağlamaktadır. "Finansman" kavramı ortaklığın dönen varlıkları (işletme sermayesi) ile ilgili olduğundan[46] bununla daha çok likidite sorununun ifade edilmek istendiği sonucuna varmak mümkündür.[47] Nitekim, 5. maddeye göre, bankalar tekliflerinde sermayeye dönüştürülmesini istemedikleri alacakların belirlenecek uzun vade ve düşük faizle ertelenmesine veya "finansman güçlüğünü" giderecek "diğer" tedbirlere de yer verebilirler. Bu ifadeden vade uzatılmasının finansman güçlüğünü giderecek tedbirler arasında olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Vade uzatılması ilke olarak sadece likidite sorunuyla, ödeme güçlüğü ve aciz halinin ortadan kaldırılmasıyla ilgili bir tedbirdir.[48] Buna karşılık, banka ala-

---

42 Bu konuda bilgi için Bkz., **Tekinalp**, 3332 sayılı Kanun, s. 70, dipn.3; **Atalay**, s. 120.

43 Hüküm iddia ve savunma hakkına ilişkin Anayasanın 36. maddesine aykırı bulunmuştur. Bkz., Anayasa Mahkemesi'nin 21.1.1988, E.1987/11, K.K.1988/2, RG.29.3.1988, S.19769.

44 Anonim ortaklıkta esas sermaye artırımı usulünden ayrılınmış (m. 5.f ve g) yerine birçok düzenleme boşlukları bulunan bir artırım prosedürü öngörülmüştür. Örneğin, sermaye artırımı kararının ilân edilmesi gerektiği hususu üzerinde durulmamıştır. Öğretide buna rağmen esas sermaye artırımı kararının ilân edileceği görüşü savunulmuştur, Ayrıca Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izin alma şartının kaldırılmadığını da kabul etmek gerekir, Bu konularda Bkz., **Tekinalp**, 3332 sayılı Kanun, s. 70.

45 Karş., yuk. § 8, I, A, 1, b; B.

46 İşletme sermayesi hakkında Bkz., **Aksoy**, s. 3 vd.; **Tenker**, s. 20.

47 Özellikle ödemeden aciz hali Bkz., **Atalay**, s. 120.

48 Bkz., yuk., § 4, III, B, 3.

caklarının sermayeye dönüştürülmesi sadece ödeme güçlüğünü ve aciz halini değil, sermaye kaybını ve borca batıklığı da giderecek niteliktedir. 5. maddede ayrıca "sermaye yapısının güçlendirilmesi"nden söz edilmesi bunu doğrulamaktadır ("f", Ayrıca Bkz., m.1). Öte yandan çoğu kez bu mali durumun bozulması halleri birlikte ortaya çıkarlar. Öngörülen tedbirlerin niteliğinden hareketle denilebilir ki, finansman güçlüğü kavramı hem sermaye kaybı ve borca batıklığı, hem de ödeme güçlüğü ve aciz halini kapsar.[49]

3332 sayılı Kanun'da öngörülen ve kendisine büyük umutlar bağlanan "şirket kurtarma prosedürü" uygulamada başarılı olamamıştır. Bunun nedenleri olarak yasanın Batı ülkelerindeki gibi ekonomik gerekler ve olası çözümler düşünülmeden aceleyle çıkarılmış olması, asıl mali durumu iyileştirilmeye muhtaç olan işletmelere uygulanmaması, takdirin tamamen belli makamlara bırakılması, yargı yolunun kapalı tutulması gibi olgular gösterilmektedir.[50]

3- Sermaye Kaybını Bildirim Yükümlülüğüne Etkisi

Öğretide, 3332 sayılı Kanunu'da finansman güçlüğü içinde bulunan ortaklıklar hakkında öngörülen tedbirlerin uygulanacağı durumlarda anılan yasanın 5b maddesinde öngörülen protokolün imzasından sonra Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin uygulanamayacağı belirtilmiştir (Bkz., ayrıca 3332 sayılı Kanun, m. 20).[51] Anılan yasa 324. maddeye kıyasla özel hükümler getirmektedir.[52] Anonim ortaklık yönetim kurulu ile bankanın söze konu yasanın 5. maddesine göre sözleşme imzalamış olmaları halinde 324. maddenin uygulanması geri bırakılmış olur. Eğer bu sözleşme sonucunda mali durum 324. madde anlamında halâ iyileştirilmemişse kanımızca 324. madde bu ortaklık hakkında yeniden uygulama alanı bulur.

C - SIRADAN ÇEKİLME SÖZLEŞMESİNİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ

Üçüncü bölümde ayrıntılarına ineceğimiz gibi, ortaklıkla yapılan bu sözleşme ile bazı alacaklılar ortaklığın iflâsı durumunda diğer bütün alacaklıların hakları tam olarak karşılandıktan sonra kendi alacaklarına sıra gelmesini kabul etmektedirler.[53] Böylece bu alacaklılar iflâsta tasfiye sırasında borca batıklık ölçüsünde haklarını kısmen veya tamamen elde etmemeye razı olacaklarını önceden bildirmektedirler. Bu durumda diğer alacaklılar belli ölçüde güvenceye kavuşturulmuş olmaktadır.

Ortaklığın mali durumundaki kötüye gidişi farkeden yönetim kurulu daha sermaye kaybı aşamasında bazı alacaklılarla böyle bir sözleşme yapabilir. Fakat, öğretide haklı olarak belirtildiği gibi bu sözleşmenin 1/2 oranında sermaye kaybını

---

49 Karş., **Atalay**, s. 120.

50 Bkz., **Atalay**, s.;120; **Kayar**, s. 82; **Yener**, s. 3.

51 Bkz., **Tekinalp**, 3332 sayılı Kanun, s. 71; Ayrıca Bkz., ve Karş., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 726.

52 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 726.

53 Bkz., aşa. § 11, VII, B, 4.

genel kurula bildirim yükümlülüğüne bir etkisi yoktur.[54] Çünkü 324. maddenin 1. fıkrasının amacı pay sahiplerinin çıkarlarının korunmasıdır. Oysa anılan sözleşme pay sahiplerinin değil, sadece alacaklıların çıkarlarını korumaktadır.

Kanımızca bu sözleşmenin 2/3 oranındaki sermaye kaybını genel kurula bildirme yükümlülüğüne de bir etkisi yoktur. Çünkü bu sözleşmenin yapılmasıyla sermaye kaybında bir değişiklik olmamakta, dolayısıyla ya sermayenin tamamlanması ya da esas sermaye indirimi kararı verilmesi gerekmektedir (TTK., m. 324.II, c.2). Gerçi sıradan çekilme sözleşmesi alacaklılara bir güvence vermektedir. Ancak sermayenin tamamlanması veya indirimiyle mali durumun iyileştirilmesinin sağlayacağı faydaya bu sözleşme ile ulaşmak mümkün değildir.

Sıradan çekilme sözleşmesi borca batıklık şüphesi dolayısıyla ara bilanço düzenleme yükümlülüğünü de ortadan kaldırmaz.[55]

II - SERMAYE KAYBINI GENEL KURULA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN SONUÇLARI

A- HUKUKİ SORUMLULUK

1- Sorumluluğun Dayanağı ve Sorumluluk Halleri

Burada incelenen konu, 324. maddenin 1. fıkrasında öngörülen yükümlülüğün ihlalinden doğan hukuki sorumluluktur. Yönetim kurulunun ortaklık yönetimindeki hataları dolayısıyla sermaye kaybına neden olmasından doğan sorumluluk incelememizin dışındadır. Genel kurula usulüne uygun olarak bildirim yapılmış, yılsonu hesapları ortaklık defterleri ve değerleme hükümleriyle uyum içindeyse bilançonun onaylanmaması için bir neden yoktur.[56] Ortaklık yönetiminin borca batıklığa kadar giden süreçteki yanlış kararlarından doğan sorumluluk aşağıda borca batıklık nedenleri dolayısıyla kısaca ele alınacaktır.[57]

Yönetim kurulu üyeleri 324. maddede öngörülen genel kurula bildirim yükümlülüğünü ihlal ederlerse, bu nedenle doğan zarardan dolayı sorumlu olurlar (TTK., m. 336, N.5). Esas sözleşme daha az miktardaki bir sermaye kaybı halinde bildirim yükümlülüğünü öngörüyorsa bu kez esas sözleşme hükmüne aykırılık sorumluluğu gerektirir (TTK., m. 336, N.5). Fakat, bildirim yükümlülüğünü ihlâl eden yönetim kurulu üyeleri aleyhine bir „aynen ifa davası" açılamayacağı, yani yönetim kurulunun dava yolu ile bildirimde bulunmaya zorlanamayacağı belirtilmektedir.[58]

---

[54] Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 7.

[55] Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 7.

[56] Bkz., **Lanz.**, s. 104.

[57] Bkz., aşa. § 10, I, B, 2.

[58] Yönetim kurulu üyeleriyle ortaklık arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayanması böyle bir sonuca varılmasını gerektirir. Bkz., **Duss**, s.72, dipn.145; **Koeferli**, s. 145.

İlgili bölümlerde açıkladığımız gibi, 324. madde gereğince yönetim kurulunun yükümlülükleri „sermaye kaybı şüphesi" ile birlikte başlamaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu bir sermaye kaybının mevcut olduğu kanısına varırsa ara bilançosu düzenlemeli ve sanısı doğru çıkarsa genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırmalıdır. 1/2 oranında sermaye kaybı şüphesi üzerine ara bilanço düzenlenmesi özen borcundan (TTK., m.320) kaynaklanır. Özen borcunun ihlali dolayısıyla da yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilir.[59] 2/3 oranında sermaye kaybı ve borca batıklık şüphesi varsa zaten yasa hükmü gereği ara bilanço düzenlenmesi gerekir (TTK. m. 324.II, c.1). İşte yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da bu geniş çerçeve içinde söz konusu olur. Gerekli olduğu halde ara bilanço düzenlemeyen ve genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar (TTK. m. 336, N.5).[60] Yönetim kurulu üyeleri kusursuz olduklarını, örneğin ara bilançosu düzenlenmesine gerek olup olmadığını takdir ederken gerekli özeni gösterdiklerini ispat ederlerse sorumluluktan kurtulurlar (TTK., m. 338).[61]

Yükümlülüğün ihlali genellikle şu şekilde olur: Ortaklık 324. maddede öngörülen derecede sermaye kaybına uğradığı halde, bu sermaye kaybı bilançonun gerçeğe aykırı düzenlenmesi (aktiflerin fazla değerlendirilmesi veya borçların düşük gösterilmesi) yoluyla gizlenmeye çalışılır. Durum denetim sonucu ortaya çıkar ve genel kurul denetçiler veya azınlığın çağrısıyla toplanırsa yönetim kurulu üyeleri bildirimin gecikmesi nedeniyle doğan zarardan müteselsilen sorumlu olurlar (TTK., 336,I, N.5, 324, I-II, m.75, m.380,c.2).[62]

Acaba yönetim kurulu üyeleri ibra edilmişlerse durum ne olacaktır? Bu konuda bir ayırım yapmak gerekir:

Genel kurul kararında aksi öngörülmedikçe, gerçeğe, yasa ve esas sözleşme hükümlerine uygun olan bilançonun onaylanmasıyla yönetim kurulu üyeleri ibra edilmiş olur (TTK., m. 380).[63] Fakat 324. maddede öngörülen yükümlülük bu ibradan bağımsızdır. Bilançonun onaylanması ile gerçekleşen ibra, sadece bilançonun kapsamı ile sınırlıdır.[64] Oysa bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bilanço dışı bir olgudur. Genel kurula sunulan belgelerde bildirim yükümlülüğünün ihlali konusunda yeterli açıklık yok iken sadece bilançonun onaylanması ile yönetim kurulunun ibra edilmiş sayılması mümkün değildir. Ayrıca bilançonun açık ve doğru olmaması yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmiş sayılmalarını önler (TTK., m.380, c.2),[65] Ge-

---

[59] Bkz., **Y. 11.HD.**, 29.11.1985 tarih ve 5811/6585 tarihli Kararı, Karar için Bkz., **Başbuğoğlu**, s. 458.

[60] Bkz., **Lanz**, s. 96.

[61] APOK., § 93.II'de bu konuda açık hüküm vardır. Buna göre yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulmak için özen borcunun gereğini yerine getirdiklerini ispatla yükümlüdürler. TTK., m. 320'ye aykırılığın yaptırımı TTK., m. 336 vd.'daki hukuki sorumluluk olduğundan ve sorumluluktan kurtulmak için kususrsuzluğun ispatı gerektiğinden (TTK., m. 338) bizde de aynı sonuca varılmalıdır. Gerekli özeni göstermemek kusurlu bir davranıştır.

[62] Bkz., **Koeferli**, s. 145; **Lanz**, s. 105; Ayrıca Bkz., **Baumbach/Hueck**, § 92, N.3, s.284. Genel olarak Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 90 vd.

[63] Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 140 vd.

[64] Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 140, 207.

[65] Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 89 vd.

nel kurulun doğru karar alabilmesi için özellikle denetçilerin raporlarında 324. maddenin ihlâl edildiğine işaret etmeleri en azından şüphelerini iletmeleri gerekir.[66]

Genel kurul bilançoyu onaylamasına rağmen yönetim kurulu üyelerini ibra etmeyebilir.[67] Buna karşılık, genel kurula bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri bilançonun onaylanmasından ayrı olarak ibra edilmişlerse[68] bu ibra kararının iptali için dava açılabilir.[69]

Bu arada Türk Ticaret Kanunu'nun 339. maddesi gereğince, ortaklığın halihazırdaki durumu hakkında her ne şekilde olursa olsun yanlış izlenim uyandıracak desiseler kullanmak veya gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle üçüncü kişileri aldatan yönetim kurulu üyesi neden olduğu zarardan kişisel olarak sorumlu olur.[70]

Sermaye kaybının bilançoda gizlenmesinden doğan sorumluluğun dayanağı 339. madde değil, 75. maddede öngörülen bilançoda açıklık ve doğruluk ilkesidir. Bu ilkenin ihlâli Türk Ticaret Kanunu'nun 336. maddesi uyarınca müteselsil sorumluluğa yol açar (f.1, N.5). 339. madde yönetim kurulu üyesinin bireysel olarak mali durum hakkında yanıltıcı beyanlarda bulunmasından doğan sorumluluğuna ilişkindir. Buna karşılık, ortaklığın bilançosunu gerçeğe ve açıklık ilkesine uygun şekilde düzenlemek organ olarak yönetim kurulunun devredilemez görevidir (Bkz., TTK., m.325, 75).[71] Bu görev fiilen başkaları tarafından yerine getirilse bile bütün yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu devam eder. 324. maddede öngörülen bildirim yükümlülüğü de daha önce belirttiğimiz gibi, organ olarak yönetim kuruluna ait olup, başka bir organa, komisyona ya da murahhaslara (TTK., m. 319) devri mümkün değildir.[72] Sonuçta, gerek bilançonun mevcut sermaye kaybını göstermemesi, gerek genel kurula durumun derhal bildirilmemesi yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğunu gerektirir (TTK. m. 336, N.5).[73] Üstelik, sermaye kaybı halinde durumu tespit ve genel kurulu toplantıya çağrı görevinin üyelerden birine verildiği öne sürülerek sorumluluktan kurtulunamaz (Bkz. TTK., m. 336.II).[74]

---

66 Denetçi raporu da zımni ibranın kapsamına dahil olduğundan (Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 140) bu raporda 324. maddenin ihlaline işaret edildiği halde genel kurul bilançoyu ve raporları onaylarsa kural olarak ibra gerçekleşmiş olur.

67 Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 141.

68 "Açık İbra Kararı", Bkz., **Aytaç**, İbra, s. 136 vd.

69 Bkz., **Y. 11. HD**, 17.11.1977 tarih ve 4901/5096 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Başbuğoğlu**, s. 465.

70 Bkz. Örn. **İmregün**, Anonim ortaklıklar, s. 243.

71 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 712, N. 19; **Tekil**, AŞ. s. 138.

72 Bkz., yuk. § 6, IV, C, 1.

73 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.4; **Duss**, s. 72; **Koeferli**, s. 145; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması,s. 282-283.

74 Üyelerin bir kısmı hakkında delegasyon sonucu sorumluluğun ortadan kalkması (bireysel sorumluluk) ancak bölünmeye veya terhise konu olabilecek hususlar bakımından mümkündür. Bu konularda Bkz., **Bürgi**, OR., Art. 712, N. 25, Art. 722, N. 23; **Koeferli**, s. 100; **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 272; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 218, 243. **Tekil**, AŞ., s. 138. Bu halde dahi, diğer yönetim kurulu üyelerinin genel gözetim görevinin ihlalinden, murahhasların seçimi ve onlara talimat verilmesindeki kusurlarından dolayı sorumlulukları devam eder.İBK.,m.722.II, b.3'te bu konuda açık hüküm vardır, Bkz. **Bürgi**, OR., Art. 712, N. 25; Türk Hukukunda da aynı sonuca varılmaktadır, Bkz., **Atan**, s. 35; **Çamoğlu**, s. 173; **Çamoğlu/Poroy/ Tekinalp**, s. 272; **İ.Arslan**, s. 38; **Ünal**, s. 80; **Tekil**, AŞ., s. 150-151.

Bilançonun gerçeği yansıtmadığı bir veya birkaç yönetim kurulu üyesi tarafından da tespit edilebilir. Bu kişiler yönetim kurulunu derhal toplantıya çağırmalıdırlar (TTK., m. 324.I, 331.II). Çağrı üzerine toplanan yönetim kurulu çoğunluk kararı ile genel kurula bildirim yapılmasına gerek olmadığına karar verirse karara muhalif kalanlar ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 338. maddesindeki koşulları yerine getirdikleri takdirde sorumluluktan kurtulabilirler. Yani yönetim kurulu üyeleri kusursuz olduklarını ispat etmelidirler.

2- Davacı ve Davalı Sıfatı

Sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülüğü, kural olarak yönetim kurulunun görev alanına girmektedir. Bu nedenle davalı sıfatı birinci planda yönetim kurulu üyelerindedir. Ancak durumun tespitinde kendisine düşen görevi yerine getirmeyen ve/ veya genel kurulu yönetim kurulunun ihmali halinde toplantıya çağırmayan denetçilerin de müteselsil sorumluluğu söz konusu olabilir (Bkz.,TTK., m.354,355,365, 359 dolayısıyla m.341, 309).[75]

Ortaklığın uğradığı zarar dolayısıyla genel kurulun alacağı bir karar veya esas sermayenin en az onda birini temsil eden azınlığın dava açılması yönünde oy kullanması üzerine ortaklık adına sorumluluk davası açılması gerekir (TTK., m. 341.I). Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 340. maddesinin yaptığı yollamayla aynı yasanın 309. maddesi uygulama alanı bulur. Davanın konusu dolaylı zararın giderilmesidir. Buna göre pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler aleyhine bildirim yükümlülüğünün ihlali yüzünden ortaklığın uğradığı zarar dolayısıyla sorumluluk davası açabilirler.[76] Dolaylı zarar halinde hükmolunan tazminat ortaklığa verilir.

Pay sahipleri, yükümlülüğün ihlali yüzünden ayrıca bir zarara uğramışlarsa, uğradıkları bu kişisel zararın (doğrudan doğruya zararın) tazminini isteyebilirler (TTK., m. 336.I). Özellikle 324. maddenin 1. fıkrası ortaklık içi ilişkiler doğurduğu ve kural olarak pay sahiplerinin çıkarlarını koruduğu için hükmün ihlalinden dolayı alacaklıların doğrudan doğruya zarara uğradıklarını söylemek mümkün değildir.[77] Alacaklılar kişisel zararları nedeniyle ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 339. maddesi gereğince ilgili kişiye karşı sorumluluk davası açabilirler.

Öğretide olması gereken hukuk açısından savunulduğu gibi[78], Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na görevlerini kötüye kullanmaları halinde yönetim kurulu üyeleri aleyhine ortaklık adına sorumluluk davası açma hakkı tanınsaydı, 324. maddenin işlerliği de önemli ölçüde artmış olurdu.

---

75 Bkz. yuk. dipn. 69'de anılan kaynaklar.

76 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması,s. 282-283; Karş. **Bürgi**, yazar bildirim yükümlülüğünün ihlali yüzünden ortaklığın uğradığı zarar dolayısıyla alacaklıların sorumluluk davası açamayacağını belirtmektedir, OR. Art., 725, N.4,; Aynı yönde **BGE.**, 86.II, 182.

77 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.4,; **Duss**, s. 72; Alman hukukunda bu konuda sermaye kaybı ve borca batıklık arasında kesin bir ayırım yapılmaktadır, Bkz., **Schmidt**, s. 622. ayrıca Bkz. yuk. § 5, I, C.

78 Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.333. Bu görüş sadece 324. maddeye hasredilmiş değildir. Fakat konu özellikle bu madde hükmünün ihlali bakımından önem taşımaktadır.

3- Yükümlülüğün İhlâlinden Doğan Zarar

Yönetim kurulu üyelerinin veya denetçilerin sorumluluklarının söz konusu olması için herşeyden önce yükümlülüğün ihlali nedeniyle bir zarar doğması, başka bir deyişle meydana gelen zararın yükümlülüğün ihlalinden kaynaklandığının (uygun nedensellik bağının) davacı tarafından ispat edilmesi gerekir (BK., m.98, 41 vd). Aksi takdirde sermaye kaybını tespit ettiği halde genel kurulu derhal toplantıya çağırmayan yönetim kurulu herhangi bir yaptırımla karşılaşmaz. Yönetim kurulunun bizzat devreye soktuğu mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler olumlu sonuç verirse ortada bir zarar bulunmadığından hukuki sorumluluk doğmaz.[79]

Yükümlülüğün ihlalinden doğan zarar kural olarak dolaylı zarardır.[80] Sorumlu kişilerin kusurlu davranışları pay sahiplerinden ziyade doğrudan doğruya ortaklık malvarlığında zarar meydana getirir.

Bildirim yükümlülüğünün ihlalinden doğan zarar miktarını belirlemek kolay değildir.[81] Bu konuda esas alınacak en önemli ölçü yönetim kurulunun genel kurula durumu bildirerek mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirleri ilk defa ele alması gereken tarihteki malvarlığı durumu ile halihazırdaki (dava tarihindeki) malvarlığı durumu arasındaki farktır.[82] Bu zarar bildirim yükümlülüğünün geciktirilmesinden kaynaklanan „fiili zarar" (malvarlığındaki azalma)dır.[83] Malvarlığının halihazırdaki (dava tarihindeki) durumu ile mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin zamanında uygulanması sonucu arzedeceği durum arasındaki fark esas alınsaydı „yoksun kalınan kâr" da. hesaba katılmış olurdu. Fakat öğretide bu konuya değinilmemiştir. Zarar miktarı esasen bildirim yükümlülüğünün geciktirilmesinden kaynaklanmakta ve kural olarak gecikmeyle doğru orantılı şekilde artmaktadır. Sorumluluğun nedeni de aslında bildirimin geciktirilmesidir. Yoksa genel kurulun 324. madde gereğince daha sonra toplantıya çağrılması ve durumdan haberdar edilmesi her zaman mümkündür.[84]

Denetçilerin neden oldukları zararın ayrıca tespiti gerekir. Çünkü, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi,[85] denetçiler sadece kendi yükümlülüklerinin ihlali dolayısıyla artan zarar kısmından (ilave) zarardan sorumlu olurlar. Denetçiler genellikle yönetim kurulundan sonra sermaye kaybının farkına varabilirler. Mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin uygulanması da yönetim kurulunun görevidir. İşte bu dönemde meydana gelen zararlardan yönetim kurulu tek başına sorumlu olur.[86] Denetçiler sadece durumun farkına varmalarına rağ-

---

79 Bkz., **Koeferli**, s. 146.

80 Bkz., **Lanz**, s. 96; Ayrıca Bkz., **Schmidt**, s. 622.

81 Bkz., **Lanz**, s. 96, dipn. 122.

82 Açık ölçüt için Bkz., **Koeferli**, s. 146.

83 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 11; **Duss**, s. 73; **Henze**, s. 47; **Koeferli**, s.146; **Schucany**, OR. Art. 725, N. 3;**BGE** 86. II.182

84 Bkz., yuk. dipn. 105'te anılan kaynaklar.

85 Bkz., **BGE**., 86, II, 182, aynı karar için Bkz., **Öçal**, Federal Mahkeme Kararları, s. 12-21, özellikle s. 13. Bkz, bu yönde **Koeferli**, s. 145, özellikle dipn. 468.

86 Bkz., **Koeferli**, s. 146.

men genel kurulu toplantıya çağırmakta gecikmeleri yüzünden ortaya çıkan zarar kısmından (başka bir deyişle zararı büyütmelerinden dolayı) sorumlu tutulurlar.[87] Ancak hukukumuzda denetçilerin sermaye kaybından haberdar olma imkânı, İsviçre Hukukuna kıyasla[88] daha geniş olduğundan hukuki sorumluluğun da bu geniş çerçeve içinde değerlendirilmesi gerekir. Daha önce belirttiğimiz gibi,[89] ortada sermaye kaybını gösteren bir bilanço bulunmasa bile durumdan şüphelenen denetçilerin genel kurulu toplantıya çağırarak en azından şüphelerini bildirmeleri zorunludur.

B- SANAYİ VE TİCARET BAKANLIĞI'NCA ALINACAK TEDBİRLER

1- Bakanlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırmaya Yetkili Olup Olmadığı Sorunu

Birinci Bölümde belirttiğimiz gibi, 274. maddenin 1. fıkrası gereğince yapılan kamu denetimi sonunda, yönetim kurulunun 324. maddenin gereklerini yerine getirmediği tespit edilirse, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bu hususu ortaklığın yapılacak genel kurul gündemine aldırabilir (ODT.,, m. 8.A-C) [90]

Ancak bu düzenleme bakanlığa bizzat genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi vermediği gibi, yönetim kurulunu tazyik ederek derhal bir genel kurul toplantısı yapılmasını da amaçlamamaktadır. Öğretide anılan hükmün yetersiz olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre, önemli hallerde Bakanlığa genel kurulun toplanmasını sağlamak yetkisi verilmeliydi. Hatta denetim sonuçları gerektiriyorsa bakanlığın genel kurulu toplantıya çağrı konusunda tam yetkili kılınması da düşünülebilirdi.[91] Gerçekten sermaye kaybı halinde durumun derhal genel kurula bildirilmesi gerektiğinden ortaklık tarafından belirlenen tarihte yapılacak olan toplantı gündemine bu konuda madde konulmasıyla yetinilmesi, 324. maddenin amacı bakımından yetersizdir.

2- Bakanlığın Fesih Davası Açmaya Yetkili Olup Olmadığı Sorunu

Kamu denetiminin en önemli sonuçlarından biri de Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından ortaklık aleyhine fesih davası açılmasıdır. 274. maddede 559 sayılı Kanun Hükmünde kararname ile değişiklik yapılmadan önce fesih davası açılabilecek haller daha sınırlı idi. Eski 274. maddenin 2. fıkrasına göre, ortaklık, maksat ve işletme konusuna aykırı veya kamu kanunları gereğince feshini gerektirecek işlem-

---

87 Bkz., **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması,s. 283

88 İsviçre hukukunda denetçilerin yetkileri daha kısıtlıdır Bkz., yuk. § 5, II, C.

89 Bkz., yuk. § 6, IV, C, 2.

90 Hükümdeki „sermayenin tamamen karşılıksız kalması" ifadesinin borca batıklık anlamında kullanıldığını söylemek güçtür. Çünkü borca batıklığın genel kurula bildirilmesi esasen Türk Ticaret Kanunu' nda dahi öngörülmemiştir. Tüzükteki bu ifade sermaye kaybı ile borca batıklık arasındaki sınır duruma (öz kaynakların „0" noktasına indiği ana) ilişkin olmalıdır.

91 , Bkz., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 334;

lerde bulunursa fesih davası açılabilirdi.[92] Yargıtay da ortaklık aleyhine fesih davası açılması imkânını öngören 2.fıkra hükmünü oldukça dar yorumlamaktaydı. 324. maddede öngörülen yükümlülüklerin ihlali halinde ortaklık aleyhine fesih davası açılıp açılamayacağı hakkında Yargıtay'ın görüşünü yansıtan bu döneme ait bir karara rastlayamadık. Ancak Yüksek Mahkeme, bu dönemde yasa hükmüne her aykırılığın, -bu aykırılık bir suç oluştursa bile- fesih kararı verilmesi için yeterli sayılamayacağına ilişkin kararlar vermişti. [93]

274. maddenin yeni 2. fıkrasına göre, yasaya, esas sözleşme hükümlerine veya kamu düzenine aykırı işlemler ve faaliyetlerde bulunduğu anlaşılan ortaklık aleyhine Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca fesih davası açılabilir. Görüldüğü gibi, sadece yasaya değil, esas sözleşme hükümlerine aykırı işlemler de fesih davası açılmasına neden olabilecektir. Bakanlığın 1995/1 sayılı tebliği de bu değişikliğe uygun hükümler getirmektedir.

Bu değişiklik 324. maddede öngörülen yükümlülüklerin ihlali halinde Bakanlık tarafından fesih davası açılıp açılamayacağı sorununa açıklık getirmiştir. 324. maddenin emredici niteliği dikkate alınırsa Bakanlığın böyle bir dava açabileceği sonucuna varmak gerekir. Nitekim öğretide de bu sonuca varılmıştır.[94]

Gerçekten, 274. maddenin yeni 2. fıkrası emredici hükümler arasında bir ayırım yapmamıştır. Öte yandan Bakanlığa bu yetkinin tanınması 324. maddenin amacına tamamen uygundur. Sermaye kaybı mevcut olduğu halde genel kurulun yönetim kurulunca toplantıya çağrılmaması, şüphe nedenleri bulunduğu halde ara bilanço düzenlenmemesi, genel kurulun toplanamaması durumlarında 324. maddenin sistemi gereği gibi işlememekte, bu maddede öngörülen iyileştirme tedbirleri uygulanamamaktadır. Sözü edilen durumlarda özellikle pay sahiplerinin eli kolu bağlanmaktadır. Bu halde, azınlığın genel kurulu toplantıya çağırması veya bildirim yükümlülüğünün ihlâl edildiğinin tespiti davası dışında olsa olsa yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması gündeme gelebilir. Ancak tedbirlerin zamanında uygulanmaması mali durumun iyileştirilmesi bakımından geç kalınması sonucunu doğurabilir. İşte Bakanlığın fesih davası açabilmesi yaptırım yönünden ortaya çıkan boşluğu bir ölçüde doldurabilir.

Fakat 324. maddenin amacının ortaklığın feshi değil, mali durumunun iyileştirilmesi olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle kanımızca 324. maddede öngörülen yükümlülüklerin ihlali nedeniyle Bakanlıkça fesih davası açılması durumunda mahkeme hemen ortaklığın feshine karar vermemelidir. Tıpkı, 435 ve 436.

---

92 Bu dönemde sadece kaçakçılık, tefecilik gibi kamu yararı için konulmuş ve cezai müeyyideye bağlanmış hükümlerin ihlali kamu kanunları gereğince ortaklığın feshini gerektirecek haller arasında sayılıyordu, Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 725.

93 „Anonim ortaklık kayıtlarında suç eylemine rastlansa bile her suç TTK.'nun 274. maddesi kapsamına girmediğinden ortaklığın feshi istenemez", **Y. 11.HD.**'nin 14. 10. 1983 tarih ve 4343/4272 sayılı kararı (**Eriş, AŞ.**, s. 822)

94 Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, Tekinalp, 559 sayılı KHK. ile esas sermaye arttırımında mahkeme onayının kaldırılmasının 324. maddeye uygunluk denetimini güçleştirdğini, ancak aynı kararname ile değiştirilen 274.II. maddesi karşısında Bakanlığın ortaklık aleyhine fesih davası açabileceğini ifade etmektedir, s. 650.

maddeler gereğince fesih davası açılmasında olduğu gibi[95] mahkemece ortaklığa yükümlülüklerini yerine getirmesi için uygun bir süre verilmelidir. Bu süre içinde ortaklık 324. maddenin gereklerini yerine getirirse artık fesih kararı verilmesine gerek kalmayacaktır. Tersi durumda mahkeme ortaklığın feshine karar verecektir.

Mahkemenin fesih kararı vermeden önce ayrıca ortaklığın borca batık halde bulunup bulunmadığı hususunda bir sonuca varmak için bilirkişi incelemesi yaptırması kanımızca uygun, hatta zorunludur. Çünkü borca batıklık durumunda ortaklığın feshine değil, iflâsına karar verilmesi gerekir. Bu halde tasfiyenin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yapılması mümkün değildir.

2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurul toplanmış, fakat yasada öngörülen kararlardan birini almamışsa Bakanlıkça fesih davası açılmasına gerek ve imkân yoktur. Çünkü ortaklık esasen infisah etmiş durumdadır (TTK., m. 324.II, c.2).

C - SERMAYE PİYASASI KURULUNCA ALINACAK TEDBİRLER

1- Yasal Düzenlemenin Gelişimi

Sermaye Piyasası Kanunu' na önemli yenilikler getiren 3794 sayılı Kanun' dan önceki dönemde, inceleme ve denetim sonucu anonim ortaklığın mali durumunda „tehlikeli sayılacak belirtilerin tespit edilmesi halinde" Kurulca alınacak başlıca tedbir „ortaklığın dikkatini çekmek" ten ibaretti (eski 22.madde, b."c"). Ayrıca kurul 324. maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde bu maddede öngörülen tedbirlerin alınmadığını tespit ederse artırım veya halka arz izni vermeyebilirdi (Bkz. eski 5 ve 22. maddeler).[96] Bu düzenlemenin başlıca konusu tasarruflarını sermaye piyasası araçlarına yatıran kişilerin, özellikle küçük tasarruf sahiplerinin çıkarlarını korumak olan bir yasa açısından yeterli olmadığı açıktı (Bkz., Ser.PK., m.1). Nitekim bu konuda Kurulun daha geniş yetkilerle donatılması ihtiyacı hissedilmiş ve 3794 sayılı Kanun'la 46. maddede yapılan değişikliklerle mali durumun bozulması halinde kurulca alınacak tedbirlerin kapsamı genişletilmiştir.

Anılan yasanın 3794 sayılı Kanun'la eklenen 46 "c" maddesine göre, Sermaye Piyasası Kurulu yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonunda "kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemler ile sermayenin azalması veya kaybı halinde" Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, anonim ortaklıklardan tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili merciilere intikal ettirmeye yetkilidir. Kurulun bu hükme dayanarak 2/3 oranında sermaye kaybına uğrayan bir ortaklığın genel kurulu sermayenin tamamlanmasına veya indirimine karar vermemişse infisahın tespiti davası açabileceği sonucuna varmak gerekir.[97] Çünkü Kurulun durumu gerektiğinde ilgili merciilere bildirmeye yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir.

---

[95] Bkz., yuk. § 7, VII, D.

[96] Bkz., Aytaç, Sermaye Piyasası, s. 160.

[97] Bkz., Kayar, s. 58.

Bir görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu bakımından sermaye kaybı ve borca batıklığın nedenleri önem taşımazken Sermaye Piyasası Kanunu'na göre Kurul'un anonim ortaklıktan tedbir almasını veya öngörülen işlemleri yapmasını isteyebilmesi için sermaye kaybı ve borca batıklığın 46 "c" maddesinde belirtilen nedenlerden (yani kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemlerden) doğması zorunludur.[98] Kanuna aykırı durum ve davranışlar ise Sermaye Piyasası mevzuatını ifade eder. Diğer bir görüşe göre ise, [99] kanuna ve işletme amaç ve ilkelerine aykırı durum ve işlemleri bulunmayan buna rağmen, mali durumunun ciddi surette zayıfladığı belirlenen ortaklıklara da hükmün uygulanması gerekir. Yasanın lâfzını çok dar yorumlayan birinci görüşe katılmak güçtür.[100] Sermaye kaybı ve borca batıklık alacaklılar, pay sahipleri, yatırımcılar başta olmak üzere geniş bir çevrenin çıkarlarını koruyan emredici hükümlerle hukuki sonuca bağlanmıştır. Bu çıkarların korunması açısından anılan durumların nedenleri önemli değildir. Başlıca konusu tasarruflarını sermaye piyasası araçlarına yatıran kişilerin, özellikle küçük tasarruf sahiplerinin çıkarlarını korumak olan bir yasanın bu hususta Türk Ticaret Kanunu'n dan ayrıldığını kabul etmek mümkün olmasa gerektir.

Maddede bir sınır getirilmediğine göre, Kurul'un özel tedbirlere başvurabilmesi için sermaye kaybının 324. maddeden farklı olarak belirli bir düzeye ulaşması gerekmez.[101] Kurulun bu konuda takdir yetkisi vardır.[102] Kurul, ortaklığın gönderdiği bilgi ve belgelere ve denetlemeler sonucu kurul denetçileri ve bağımsız denetim kuruluşlarınca düzenlenen raporlara göre bu takdir yetkisini kullanacaktır.

Maddede sözü geçen "sermayenin azalması veya kaybı" ifadeleri kanımızca yerinde değildir.[103] Sermayenin azalmasının bizim kullandığımız sermaye kaybı terimi yerine, sermayenin kaybının ise borca batıklık yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır. Oysa borca batıklık öz sermayenin tamamen kaybedildiği sınır durumu değil, borçların malvarlığını aşmasını ifade etmektedir.

46 "c" maddesi daha sonra 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişikliğe uğramıştır. Değişik 46 "c" maddesine göre Sermaye Piyasası Kurulu, halka açık anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile işletme sermayesi ve kaynaklarının azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açmaya, Türk Ticaret Kanunu hü-

---

98 Bkz., **Kayar**, s. 56-57.

99 Bkz. **Tekinalp**, yazar benzer ifadeleri içeren ve mali durumu bozulan aracı kurumlarla ilgili alınacak tedbirleri düzenleyen değişiklikten önceki 46. madde ile ilgili olarak bu görüşü savunmuştur, Sermaye Piyasası, s. 161. **Manavgat**'a göre kanuna aykırılık başta SerPK. olmak üzere tüm mevzuatı kapsar, s. 144.

100 Nitekim **Kayar** da işletme maksat ve mevzuuna aykırı işlemlerin geniş yorumlanmaya müsait olduğunu, sermaye kaybına yol açan pek çok halin bu kapsama sokulabileceğini kabul etmektedir, s. 57. Bkz. ve Karş. **Tekinalp**, Sermaye Piyasası, s. 161; **Manavgat**, s. 144.

101 Bkz., **Manavgat**, aracı kurumlarla ilgili eski 46. madde dolayısıyla, s. 144; **Kayar**, s. 57.

102 Bkz., **Manavgat**, aracı kurumlarla ilgili eski 46. madde dolayısıyla, s. 144.

103 Karş., **Kayar**, s. 57.

kümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili mercilere intikal ettirmeye yetkilidir.

Ancak bu kararname Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.1995 tarihli Kararıyla iptal edilmiştir.[104] Acaba bu iptal kararıyla birlikte 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin değiştirdiği eski 46 "c" maddesi kendiliğinden yürürlüğe girer mi?

Öğretide ve Yargı kararlarında bugüne kadar baskın olan görüş,[105] Anayasa Mahkemesi Kararları geriye yürümeyeceğinden (Anayasa, m. 153) Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen yasa veya Kanun hükmünde kararnamenin yürürlükten kaldırdığı ya da değiştirdiği eski hükümlerin yeniden ve kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceği yönündedir.

Fakat, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi oldukça yeni tarihli bir kararında[106] bu konuda genel eğilimin tamamen tersi bir sonuca varmıştır. Karara göre, 512 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi dolayısıyla bu Kanun Hükmünde Kararnamenin. daha önce iptal ettiği Bankalar Kanunu'nun ilgili maddeleri kendiliğinden tekrar yürürlüğe girer. Yüksek Mahkemeye göre, TBMM'ce aynen kabul edilinceye kadar bir idari işlem olan Kanun Hükmünde Kararname kaldırdığı kanun hükmünün uygulanabilirliğini geçici olarak askıya almıştır. Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde, o Kanun Hükmünde Kararname ile kaldırılan kanun hükümleri kendiliğinden yürürlüğe girecektir. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, bu karar hem Anayasa Mahkemesi hem de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na aykırıdır.[107] Kanun Hükmünde Kararname TBMM.'nce kabul edilmekle değil, yayımlanmakla yürürlüğe girer. Bu bakımdan hukuki durum yasalardan farklı değildir.

Sonuçta kanımızca Sermaye Piyasası Kurulu'nun sermaye kaybına (ve borca batıklığa) maruz kalan ortaklıklar hakkında başvurabileceği tedbirler bakımından yasada bir boşluk vardır. Bu boşluğun en kısa zamanda doldurulması gerekmektedir.

2- Alınacak Tedbirler

Öncelikle Sermaye Piyasası Kurulu sermaye kaybına maruz kaldığı halde esas sermayesini daha önce veya en geç arttırma kararıyla birlikte indirmeksizin doğrudan doğruya arttırarak yeni hisse senetlerini ihraç veya halka arz etmek isteyen ortaklığın hisse senetlerinin Kurul kaydına alınması istemini reddetmeli, ortaklığın sermayesi-

---

104 SerPK.nun 46. maddesinin c, g ve h bentlerinde de değişiklik yapan 558 sayılı KHK. 13. 11. 1995 tarih ve E. 1995/45, K.1995/58 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararıyla iptal edilmiştir.

105 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.1963 tarih ve 106/270 sayılı Kararı, RG. 29 Ocak 1994; Y İçtihadı Birleştirme Kararı, Tarih: 18.11.1964 Sayı: 2/4 (RG. 27 Kasım 1964) Bu Karar Anayasa Mahkemesi' nce iptal edilen 6570 sayılı Kanun'un 2. Ve 3. Maddelerine ilişkindir. Yargıtay, İptal Kararıyla birlikte söze konu maddelerde düzenlenen kira parasının tespiti konusunda yasada bir boşluk oluştuğunu belirtmiştir. Bu konuda Bkz., **Reisoğlu**, s. 683 vd.

106 Bkz., **Y. 19. HD**, 18.6.1996 tarih ve 2700/223 sayılı Kararı, Kararın özeti için Bkz., **Reisoğlu**, s. 684.

107 Bkz., **Reisoğlu**, s. 684.

nin kayba uğradığı sonradan tespit edilirse ihraç veya halka arzı geçici olarak durdurmalıdır (Bkz., SerPK.,m. 5, III, 22,b.).[108]

Acaba Sermaye Piyasası Kurulu 324. madde anlamında sermaye kaybına rağmen genel kurulca alınan esas sermaye arttırımı kararının hükümsüzlüğünün tespiti için dava açabilir mi?[109] ,Sermaye kaybının Kurul tarafından sonradan tespiti halinde, buna yol açan işlemlerin hükümsüzlüğünün tespiti için Kurulun dava açmaya yetkili olduğu Sermaye Piyasası Kanunu'nun 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 46,"c" maddesinde açıkça öngörülmüştü. Fakat 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiğinden hukuki durum da belirsizlik ortaya çıkmıştır. 46. Maddenin "c" bendinin değişiklikten önceki halinde de benzer bir hüküm vardı. Kurul, yasaya, esas sözleşme hükümlerine, işletme maksat ve konusuna aykırı görülen durum ve işlemlerle sermayenin azalması ve kaybı halinde gerektiğinde bu halleri ilgili merciilere intikal ettitrmeye yetkili kılınmıştı. Ortaklık sermaye kaybı içindeyken arttırım kararı verilmesi tek başına sermaye kaybını gidermeyeceğinden Kurulun genel kurul kararının hükümsüzlüğünün tespiti için dava açabileceği rahatlıkla söylenebilirdi. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra eski 46. Madde "c" bendinin kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceği kabul edilse bile 5. ve 22. maddelerin tanıdığı yetkiler dolayısıyla hukuki yararı bulunduğundan Sermaye Piyasası Kurulu hükümsüzlüğün tespiti davası açabilir.

Fakat, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46 "c" maddesini değiştiren 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra Kurul' un alınmasını isteyebileceği diğer tedbirler konusunda yasada bir boşluk oluşmuştur. 46 "c" maddesi gerek eski, gerek 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik şekliyle Kurula bu konuda geniş yetkiler tanımıştı. Kurul, sermaye kaybı hangi düzeyde olursa olsun, kendi takdirine göre sermayenin tamamlanması veya mali yapının güçlendirilmesi için özel tedbirler alınması zorunlu ise, bu tedbirlerin alınmasını ortaklıktan istemeye, gerekirse alınacak tedbirler hakkında önerilerde bulunmaya yetkili idi.[110] Durumun ilgili merciilere bildirilmesi öngörüldüğünden, yönetim kurulunca genel kurulun toplantıya çağrılmasını ve gündeme sermaye kaybı ve alınacak tedbirler hakkında madde konulmasını da sağlayabilirdi. İptal kararı sonucu ortaya çıkan boşluğun en kısa zamanda doldurulması, böylece Anayasa Mahkemesi Kararlarının geriye yürümesi sonucunu doğuran yorumun bir an önce terk edilmesi gerekmektedir.

3794 sayılı Kanunla 46. maddede değişiklik yapılmadan önce Yargıtay Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırılık dolayısıyla Kurulun fesih davası açamayacağına

---

[108] Bkz. **Teoman**, Kayıtlı Sermaye, s. 306 vd. Bu konuda ayrıca Bkz., **Aytaç**, Sermaye Piyasası, s. 160. "Kayda Alma" 3794 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce SerPK.'da yer alan "halka arz izni" kavramına oranla daha dar bir inceleme yetkisi vermekle birlikte, SPK. özellikle 5.III. maddesine dayanarak ihraç veya halka arzın halkın istismarına yol açacağı kanısına varırsa sermaye piyasası aracının (bu arada hisse senedinin) kayda alınması istemini reddedebilir, Bu konuda Bkz. **Tekinalp/Çamoğlu**, s. 18-19.

[109] Bu halde genel kurul kararının iptali değil, hükümsüzlüğün tespiti davası açılması gerektiğini belirtmiştik, Bkz., yuk. § 7, IV, B, 2, c..

[110] Bkz., **Tekinalp**, Sermaye Piyasası, s. 161; **Kayar**, s. 58.

karar vermişti.[111] He ne kadar yasa değişikliği sonucu mali durumu bozulan ortaklığa karşı Kurulun kullanabileceği yetkilerde bir genişleme olmuşsa da bu yetkilerin fesih davasını kapsamadığı kanısındayız. Nitekim 46. maddenin iptal edilen "c" bendinde sadece iptal ve tespit davalarından söz edilmiş, fesih davasına yer verilmemiştir.

E- CEZAİ SORUMLULUK

Sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülükleri özel bir cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Ancak sermaye kaybının tespiti ve mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin uygulanması sırasında yapılan bazı işlemler cezai sorumluluğa yol açabileceği gibi, Sermaye Piyasası Kurulu'nun aldığı tedbir ve kararlara riayetsizlik de ayrı bir suç oluşturur (SerPK., m. 47.V).

Yönetim kurulu üyeleri, ortaklık alacaklılarını daha az bir alacağa veya kısmi ya da taksitli bir ödemeye razı etmek için gerçekte ortaklık mali kriz içinde bulunmadığı halde böyle olduğu kanısını uyandıracak nitelikte birtakım hareketlerde bulunur, örneğin bir yandan alacaklılardan bazılarıyla mali durumun iyileştirilmesi sözleşmeleri yaparken, diğer yandan muvazaalı alacaklılar yaratırlarsa dolandırıcılık suçunu işlemiş olurlar (TCK., m. 503).[112]

Sermaye Piyasası Kurulunun bir önceki başlıkta incelenen konulardaki tedbir ve kararlarına riayet etmeyen anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri de cezalandırılırlar (SerPK., m. 47.V). Bu suçun faili ortaklık tüzelkişiliği değil, tedbir ve kararlara riayet etmeyen yönetim kurulu üyeleridir.[113]

---

[111] Bkz., **Y. 11. HD.**'nin 20. 3. 1987 tarih ve E. 86/7665, K. 87/1621 sayılı Kararı, Karar için Bkz., Batider, C. XIII, s. 319 vd

[112] Bkz., **Erman**, s. 166.

[113] Bkz., **Erman**, s. 166 vd. "Suçun maddi unsuru, birtakım usulsüz işlemlerde bulunduğu için sermayesi azalan veya kaybolan şirketin SPK.nca alınması istenilen tedbirleri almaması ve öngörülen işlemleri yapmamasıdır." Bu suç "neticesi harekete bitişik" bir suçtur (tehlike suçudur). Bu konularda Bkz., **Erman**, s. 169.

Üçüncü Bölüm

BORCA BATIKLIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 9 KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN AMACI

Borca batıklığın en önemli sonucu, kural olarak ortaklığın iflâs etmesidir. Ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi mümkün görülürse iflâs ertelenebilir (TTK., m. 324.II). Aslında hukukumuzda genel iflâs nedeni borçlunun muaccel borçlarını aleyhindeki iflâs takibine ve iflâs davasına rağmen ödememesidir.[1] Bu açıdan borçlunun borca batık olup olmaması önemli değildir. Borca batık durumda olan bir borçlunun borçları henüz muaccel değilse bu genel iflâs nedeni dolayısıyla iflâs etmesi mümkün değildir. Oysa malvarlığı durumu çok iyi olan bir borçlu, aktiflerini kolayca paraya çeviremediği için - likidite sıkıntısı yüzünden- vadesi gelmiş (muaccel) borçlarını ödeyemeyebilir. Bu durumda iflâs etmekten kurtulamaz. Ancak sermaye ortaklıkları bakımından bu genel iflâs nedeni yeterli görülmemiş, ortaklığın borca batıklığı da ayrı bir (özel) iflâs nedeni sayılmıştır (TTK., m. 324.II, 546, İİK., m. 179) Bunun temel nedeni anılan ortaklıklarda ortakların kişisel sorumlulukları bulunmaması, alacaklıların yegane güvencesinin ortaklık malvarlığı olmasıdır.[2] Bu nedenle hükmün asıl konuluş amacı alacaklıların çıkarlarının korunmasıdır.[3]

Borca batıklık halinin ayrı bir iflâs nedeni olarak öngörülmesi, çoğu kez ortaklığın ödemelerinin tatilinden önce iflâs etmesi sonucunu doğurmaktadır.[4] Mali durumu bu derece bozuk bir ortaklığın alacaklıları bakımından, ortaklığın borca batıklık aşamasına girdiği an, kural olarak iflâsın açılması için en elverişli tarihtir,[5] Eğer bu özel iflâs nedeni öngörülmeseydi, alacaklılar borçlunun ödemelerini tatil etmesi sonucu daha sonra gerçekleşecek bir iflâs yoluyla tasfiye durumunda çok daha düşük oranda tatmin edilebileceklerdi. Çünkü, borca batıklığa rağmen ortaklık faaliyetine

---

1 Bkz., **Postacıoğlu**, iflâs, s. 14, s. 18-19; **Franko**, s. 411. Bkz., ve Karş., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 621; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2600.

2 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 623; **Harneit**, s. 4-5; **Harget**, s. 138; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 335; **Lanz**, s. 106; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, yazar borca batıklığın sermaye ortaklıkları için özel bir İflâs nedeni olarak öngörülmesini, bu ortaklıkların ekonomik hayatta oynadıkları önemli role bağlamaktadır, s. 168.

3 Bkz., **Bürgi**, OR. Art.. 725, N.2, s.; **Dubach**, s. 149; **Duss**, s. 49,71,80,; **Egner/Wolff**, s. 100; **Funk**, OR. Art., 725, N.2; **Giroud**, s.55; **Hefehrmehl**, § 92, N. 1, s. 260; **Kupsch**, s. 275; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 623; **Lanz**, s.107; **Koeferli**, s. 148; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 279; **BGE.**, 116, II, 324..

4 Bkz., yuk.§ 3, III, B.

5 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 101; **Schmid**, s. 46.

devam edecek olursa özellikle hakları yeterince güvence altına alınmamış olan alacaklılar ciddi bir riziko altına girerler.[6] Bu halde alacaklıların tek güvencesi olan ortaklık malvarlığı bütün borçları tam olarak karşılamaya yetmediğinden alacaklılardan bazılarına diğerlerinden önce yapılacak ödemeler geri kalanların daha fazla zarara uğramasına neden olur.[7] Bu arada ortaklık yeniden borçlanırsa borç açığı daha da büyür.[8] İşte borca batıklık bildirimiyle birlikte devreye giren iflâs hukuku alacaklıların bir bütün olarak korunmasına hizmet etmektedir.[9] Böylece alacaklıların mümkün olduğu kadar yüksek oranda ve eşit (dengeli) bir şekilde haklarına kavuşmaları yolu açılmaktadır.[10] Aynı nedenle borca batıklık nedeniyle iflâsın açılması ortaklığın borçlarının muaccel olup olmamasından tamamen bağımsızdır.[11]

Görüldüğü gibi, borca batıklığın özel bir iflâs nedeni sayılmasının temelinde yatan neden, bu olguyu genellikle aciz halinin ve ödemelerin tatilinin izlemesidir.[12] Bu aşamaya gelinmesine fırsat bırakılmadan iflâs hukuku devreye girmektedir.

Ayrıca borca batıklık bildirimi, alacaklıların bizzat hak arama yollarına başvurmalarına gerek kalmaksızın -doğrudan doğruya yasanın yönetim kuruluna yüklediği bir yükümlülük dolayısıyla- korunmalarını sağlamaktadır. Konuya ilişkin düzenlemenin bir fonksiyonu da budur.[13] Gerçekten borca batıklık üçüncü kişiler tarafından teşhis edilmesi güçlük gösteren bir olgudur.[14] Fakat yasakoyucu borca batıklık halinde alacaklıların duruma sadece seyirci kalmalarını da istememiş, yönetim kuruluna bildirim yükümlülüğü öngörürken (TTK., m. 324,II, c.3) alacaklılara borca batıklık dolayısıyla ortaklığın iflâsını isteme yetkisi tanımıştır (İİK., m. 179).

Hükümde öngörülen iflâs prosedürü ile sadece mevcut alacaklılar değil, potansiyel (ileride ortaklığa borç verebilecek) alacaklılar, başka bir deyişle iş hayatının güvenliği de korunmaktadır.[15] Aksi takdirde durumdan haberi olmayan kişiler ortaklığa kredi sağlayabilecek, böylece hem kendileri, hem de önceki alacaklılar zarara uğrayacaklardı. Borca batık haldeki ortaklığın yeni borç altına girmesi iflâs hukuku çerçevesinde önlenerek bu sakınca giderilmektedir.[16]

---

6 Bkz., **Wüst**, yazar İstatistiklere dayanarsak Almanya'da iflâsların büyük bir bölümünün tasfiyeye konu olabilecek malvarlığı konularının bulunmaması (masa yokluğu) nedeniyle sonuçsuz kaldığını, bu durumun bir iflâs nedeni olarak borca batıklığın önemini artırdığını belirtmektedir. Yazara göre ortaklık borca batıklığa girdiği anda yasa hükmü gereğince iflâsın açılması gerektiği halde (Bkz., AktG. § 92,II) bu hüküm yeterince işlemediği için ortaya çıkan "gecikmiş iflâslar" semere vermemektedir, s. 818.

7 Bkz., **Dubach**, s. 149; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 23; **Harneit**, s. 10; Ayrıca Bkz., **Duss**, s. 71.

8 Bkz., Bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

9 Bkz., **Duss**, s.71; **Funk**, OR. Art. 725, N.2; **Koeferli**, s. 148; **Kupsch**, s. 275; **Lanz**, s. 107; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.3.

10 Bkz., **Böckli**, OR. Art. 725, N.2; **Bürgi**, OR. Art., 725, N.2; **Duss**, s.71; **Funk**, OR. Art. 725, N. 2; **Giroud**, s. 56; **Kühn**, s. 5 vd; **Lanz**, s. 107; **Koeferli**, s. 148; **Pestalozzi**, s. 6; **Tekinalp**,Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 279; **BGE**, 43,III, 115.

11 Bkz., aşa., § 11, V.

12 Bkz., **Schmidt**, Konkursgründe, s. 335.

13 Bkz., **Drukarczyk**, s. 159; Ayrıca Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 23.

14 Bkz., **Schmid**, s. 46.

15 Bkz., **Dubach**, s. 149; **Duss**, s.71; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 23; **BGE**., 121, III, 425.

16 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 23.

324. maddenin 2. fıkrasının asıl amacı ortaklık alacaklılarının çıkarlarının korunması olmakla birlikte hükümde ortaklığın ve pay sahiplerinin,[17] hatta genel olarak kamunun[18] çıkarları da gözardı edilmemiştir. Ülke ekonomisi bakımından, kendi başına ayakta duramayan, ekonomiye ve devlete yük getiren bir ortaklığın tasfiye edilmesinde yarar olduğu söylenebilirse de,[19] eğer ortaklığın durumunun iyileştirilmesi mümkün görünüyorsa işletmeyi dağıtmamak daha faydalı görülebilir. Çoğu kez ortaklığa ait işletmenin dağılması sonucunu doğuran ve malvarlığının parasal değerini önemli ölçüde düşüren iflâs prosedürü her zaman en iyi çözüm değildir.[20] İflasın ertelenmesinde çeşitli ilgi çevrelerinin çıkarı bulunmaktadır.[21] Nitekim, pay sahiplerinin -özellikle iktisaden işletme sahibi durumundaki kişilerin- ortaklığın varlığının devamı konusundaki çıkarları iflâsın ertelenmesi kurumu ile korunmaya çalışılmıştır. Aynı kurum ortaklıkta çalışan işçilerin işyerlerinin korunmasındaki çıkarlarına da hizmet eder. Gerçekten işçiler bir yandan henüz kendilerine ödenmemiş olan ücret alacakları, diğer yandan işyerlerinin korunmasındaki çıkarları dolayısıyla borca batıklık halinde yasal olarak korunabilmelidirler [22] Öte yandan ortaklıktaki alacakları dolayısıyla gelir sağlamakta olan, özellikle ortaklıkla sürekli ilişki içinde bulunan alacaklılar dahi iflâsın ertelenmesinde yarar görebilirler.[23] Nitekim alacaklılara da iflâsın ertelenmesini isteme hakkı tanınmıştır (TTK., m. 324.II, c.5). Sonuçta iflâsın ertelenmesi kurumu sayesinde bir gelir (getiri) kaynağı olarak ortaklığın devamında yarar gören herkesin çıkarı da hesaba katılmış olmaktadır.[24]

Yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, borca batıklığa ilişkin hükümler başta alacaklılar olmak üzere ortaklıkla ilgili çeşitli çıkar grupları arasında denge sağlayıcı bir işlev görmektedirler.[25] Fakat alacaklılar dışındaki kişilerin çıkarları ikinci derecededir.[26] Bu durum 324. maddenin 2. fıkrasından açıkça anlaşılmaktadır. Maddede borca batıklık durumunda kural olarak ortaklığın iflâsı öngörülmüş, iflâsın ertelenmesi bu konuda istemde bulunulması şartına bağlanmış ve yargıcın takdirine

---

17 **Bürgi**, OR. Art. 725, N.2; **Lanz**, s. 108; **Pestalozzi**, s. 6; Alman Hukukunda iflâsın ertelenmesi kurumu bulunmadığı halde aynı görüş savunulmaktadır, Bkz., **Kupsch**, s.275; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N.3; **Schmid**, s. 46.

18 Bu konuda Bkz., **Giroud**, s. 56; **Koeferli**, s. 148; **Ochsner**, s. 18; Karş., **Lanz**, s. 107; **Duss**, s. 71, 80; **Pestalozzi**, s. 6, **Schmid**, s. 46.

19 Bkz., **Duss**, s. 71.

20 Bkz., **Schmid**, s. 46.

21 Bkz., **Lanz**, s. 108.

22 Bu konua Bkz., **Koeferli**, s. 148; **Lanz**, s. 108; Zürich Yüksek Mahkemesinin 27. 1. 1977 tarihli Kararı, SJZ, 73, 1977, s. 290

23 **Ochsner**'in haklı olarak belirttiği gibi, ortaklığın devamında yararları olmayan alacaklılar sanıldığı kadar fazla değildir. En dar anlamıyla alacaklıların çıkarı haklarını mümkün olduğu kadar tam olarak almaktır.Fakat alacaklıların çok az bir kısmı sadece bu konuyla ilgilenir. Uygulamada ortaklığın borçlarının çok az bir kısmı bir defalık sözleşme ilişkilerinden doğar.Buna karşılık önemli bir bölümü sürekli iş ilişkilerine dayanır, s. 18-19.

24 Bkz., **Koeferli**, s. 148.

25 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 101; **Lanz**, s. 107.

26 Bkz., **Duss**, yazar Isvıçre Hukukunda 725. maddenin hazırlık çalışmaları süresünce genel çıkarlardan (ülke ekonomisi vb.) çok, alacaklıların korunması kaygısıyla hareket edildiğini vurgulamaktadır, s. 80.

bırakılmıştır. Yargıcın iflâsın ertelenmesine karar verebilmesi için, bundan dolayı alacaklıların bir zarara uğramamaları gerekir.[27] Hatta iflâsın ertelenmesi, hem alacaklılar, hem de diğer çıkar grupları bakımından iflâsın derhal açılmasının yarattığı sakıncaları ortadan kaldırabilmelidir.[28] O halde kural borca batık olan bir ortaklığın iflâsı, istisna ise iflâsın ertelenmesi yoluyla mali durumun iyileştirilmesidir.

Hükmün temel amacı alacaklıların çıkarlarının korunması olduğundan borca batıklık kavramının bu amaç çerçevesinde yorumlanması önerilmiştir[29]. Buna göre, mahkemeye bildirim yükümlülüğünün doğmasını gerektirecek derecede borca batıklık sadece aktiflerin borçları karşılamaya yetmemesi ile açıklanamaz. Çünkü örneğin –hakları borç açığını kapatmaya yetecek miktarda olan- bazı alacaklıların muhtemel bir iflâs durumunda diğer alacaklıların arkasında (en alt sırada) yer almayı kabul etmeleri durumunda - salt hesapsal olarak bir borca batıklık mevcut olmasına rağmen - alacaklıların haklarını tehlikeye sokan bir durum yoktur. O halde bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesini zorunlu kılacak orandaki borca batıklık, bazı alacaklıların iflâs durumunda en alt dereceye inmeyi kabul etmelerine rağmen, diğer alacaklıların haklarının tam olarak tatmin edilememesidir. Bu görüş İsviçre Borçlar Kanununda 1991 yılında yapılan değişikliklerden sonra yasa metnine yansımıştır (Bkz., İBK., m. 725, II, c. 2).

---

27 Bkz., **Lanz**, s. 108.

28 Bkz., **Giroud**, s. 106.

29 Bkz., **Duss**, s.81.

§ 10 ARA BİLANÇONUN (BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN) DÜZENLENMESİ

I - ARA BİLANÇO DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A- GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin 2. fıkrasına göre ortaklığın aciz halinde olduğunu gösteren emareler varsa yönetim kurulu aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilânçosu düzenlemek zorundadır (c.1). Ara bilanço, hesap yılı sona ermeden iki hesap yılı sonu arasında çıkarılan bilançodur.[1]

Hükümde düzenlenmesi öngörülen ara bilanço, hem 2/3 oranında sermaye kaybının, hem de borca batıklığın tespiti bakımından temel oluşturmaktadır. Öğretide İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi karşısında durumun mutlaka bir bilânçodan öğrenilmesine gerek olmadığı, yönetim kurulunun bunu başka bir tarzda –örneğin muhasebe kayıtlarından da- ortaya çıkarabileceği görüşünü savunanlar olmuştur.[2] Hatta kanımızca daha da ileri gidilerek durumun bir yıllık bilânçodan ya da periyodik aralıklarla hazırlanan ve 324. maddenin 2. fıkrasında öngörülen değerleme esaslarına tabi olması gerekmeyen bir ara bilançosundan da tespit edilebileceği öne sürülmüştür.[3] Buna karşılık öğretide büyük çoğunluk borca batıklığın sadece 324. maddenin 2. fıkrasında değerleme esasları genel olarak belirlenen ara bilançosundan tespit edileceği noktasında birleşmektedir.[4] Belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin 2. fıkrası, İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesine oranla özel hüküm niteliğindedir. Bu hüküm anonim ortaklıklar hakkında öncelikle uygulanmalıdır.[5] 324. maddenin metni ise açıktır. Borca batıklığın hangi değerleme ilkelerine tabi bir bilançodan tespit edileceği emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Durumdan şüphelenen yönetim kurulu aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilançosu hazırlayacaktır. Yönetim kurulu bunu yapmayıp, muhasebe kayıtlarına dayanarak bildirimde bulunursa sonradan ortaklığın anılan bilançoya göre borca batık ol-

---

1 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 42.

2 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16.

3 Bkz., **Franko**, s. 412; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16;**Kuru**, yazar durumun yıllık bilançodan da anlaşılabileceğini kabul etmekte, ancak bu bilançoda aktiflerle borçların karşılaştırılacağını, esas sermaye ve yedek akçelerin dikkate alınamayacağını belirtmektedir, Sermaye şirketlerinin İflâsı, s. 625. Oysa anonim ortaklığın yıllık bilançosu TTK. m. 460 vd.'da düzenlenen değerleme ilkelerine tabidir. Yıllık bilançonun sadece aktifler toplamı ile borçlarının karşılaştırılması, hiç bir zaman 324. maddenin 2. fıkrasında öngörülen değerleme ilkelerine tabi bir bilanço ile aynı sonucu vermez.

4 Bkz., **Atalay**, s. 53; **Amonn/Gasser**, s. 308; **Baumann**, s.56, dipn. 5; **Berler**, s.258-259; **Burgi**, OR., Att. 725, N. 7, l0; **Duss**, s. 69; **Giroud**, s.63; **Lanz**, s. 109; **Pekcanıtez**, s.32; **Schmid**, s.39.

5 Nitekim, İsviçre yasakoyucusu, İsv.İİK.'nun 192. maddesinde, anonim ortaklıklarda borca batıklığın hukuksal sonuçlarını düzenleyen İBK.nun 725 ve 725a maddelerine yollamada bulunmakla yetinmiştir.

madığının anlaşılması halinde erken bildirim yüzünden ortaklığın uğradığı zarardan dolayı sorumlu olur.

B- BORCA BATIKLIK ŞÜPHESİ BULUNMASI

1- Kavram

324. maddenin 2. fıkrasına göre yönetim kurulu, „şirketin aciz halinde bulunduğunu gösteren emarelerin bulunması halinde" ara bilanço düzenlemekle yükümlüdür. Halbuki 324. maddeye kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. maddesinin gerek eski gerek 1991 değişikliğinden sonraki 2. fıkrasında „Aciz hali şüphesi" değil, „Borca batıklık şüphesi" ara bilanço düzenlenmesi bakımından esas kabul edilmiştir. Türk Hukuk öğretisinde bugüne kadar ara bilanço düzenleme yükümlülüğü bakımından esas alınan „Aciz hali şüphesi"nin amaca uygun olup olmadığı üzerinde durulmamış, yani hükmün amaçsal yorum yöntemi açısından değerlendirilmesi yapılmamıştır.[6] Oysa 324. maddede ödemeden aciz hali düzenlenmiş değildir. Birinci bölümde bu kavramın nitelik olarak borca batıklıktan farklı olduğunu belirtmiştik.[7] Bir kere aciz halinin en sık rastlanan türü olan ödemelerin tatilini belirtilerden hareketle tespit etmeye gerek yoktur. Ödemelerin tatili objektif olarak herkesçe görülebilecek fiili bir durumdur. Henüz ödemelerin tatili aşamasına gelmemiş bir aciz halini tespit bakımından ise likidite durumunu araştırmaksızın bütün aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bir bilanço elverişli değildir. Esasen yasakoyucunun amacı borca batıklığa hukuksal sonuçlar bağlamak, bu nedenle borca batıklık halini tespit etmektir. Eğer aciz hali belirtileri borca batıklık belirtileri ile aynı olsaydı, konu pratik bakımdan bir önem taşımayacak, sadece kullanılan terimin uygunluğu yönünden (teorik açıdan) eleştiri konusu yapılabilecekti. Oysa bu iki kavram arasındaki nitelik farklılığına bağlı olarak, bunların ortaya koyduğu belirtiler yönünden de önemli farklılıklar bulunmaktadır. Böyle bir durumda aciz hali belirtilerinden yola çıkarak borca batıklığı tespite çalışmak bir çelişkiyi ifade eder. İnceleme sonunda - maddede anılan bilanço bu iş için elverişli olmamakla birlikte- aciz halinin varlığı tespit edilse dahi 324. maddede buna bağlanmış bir hukuki sonuç yoktur. Maddede kullanılan yanlış ifade, öğretide ortaklığın basit borçlarını bile ödeyememesi, hammadde temininde güçlük çekmesi, birbirini izleyen haciz ve iflâs istemle-

---

[6] **Ansay** bu duruma işaret etmeksizin maddede ödemeden aciz halinin düzenlendiğini belirtmektedir, AŞ., s.39, aynı şekilde **Arslanlı**, AŞ. 1, s. 96; **Çevik**, AŞ., s. 525; **Çevik**, Kooperatif, KK., m. 63 açısından, s. 587; **Domaniç**, AŞ., s. 539; **Franko**, s. 410; **Eriş** de geçici nitelikteki ödeme sıkıntısının her zaman pasiflerin aktiflerden fazla olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtirken „Ödeme Güçlüğü" ile „Borca Batıklık" aeasında ilişki kurmaktadır. Aslında borca batıklık kavramının sınırlarını belirlemek bakımından „Ödemeden Aciz Hali - Borca Batıklık" ilişkisi önemlidir. Sürekli olarak ödeme gücünün kaybı da mutlaka borca batıklık anlamına gelmez., Karş., **Eriş**, AŞ., TTK., 324, s. 249; **Ancak Kuru** gerekçe göstermeksizin borca batıklığın „bu durumdan şüphelenilmesi halinde düzenlenecek bir ara bilançosundan"anlaşılacağını belirtmektedir, Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 623.

[7] Bkz., yuk. § 3, III, D, 2.

rine maruz kalması gibi durumların 324. madde uyarınca ara bilanço düzenlenmesini gerektiren nedenler arasında sayılmasına neden olmuştur.[8] Halbuki, sözü edilen durumlar likidite sıkıntısına ilişkin göstergeler olup, malvarlığı durumu gayet iyi olan bir ortaklık bakımından tek başına borca batıklık şüphesine işaret edemezler. Ortaklık örneğin aktiflerini kolayca paraya çeviremediği için borçlarını ödemekte güçlük çekebilir.[9]

Borca batıklık dolayısıyla yönetim kurulunun yükümlülükleri borca batıklık şüphesiyle başlar.[10] O halde yükümlülüğün başlangıcı ara bilançonun düzenlendiği tarih değildir. Borca batıklık şüphesinin ortaya çıktığı andır. Bu aşamada yönetim kurulunun yükümlülüğü derhal bir ara bilançosu hazırlamaktır (TTK., m.324.II, c.1),

„Şüphe" ifadesinden de anlaşılacağı gibi (Bkz., TTK., m.324.II, c.1), burada subjektif kriterlere göre mali durumun takdiri söz konusudur.[11] Yani yasa bu konuda kesin ölçütler getirmemiştir.[12] Aynı nedenle şüphenin mutlaka bir bilançodan kaynaklanması da şart değildir. Borca batıklık şüphesinden söz edebilmek için borca batıklık belirtilerinin bulunması gerekir.

Her işletme krizinin niteliğine uygun belirtileri (*Krankheitserscheinungen*) vardır. O halde borca batıklığın da kendine özgü belirtileri olmalıdır. Fakat işletme krizi görünümleri genellikle bir komplrks olarak karşımıza çıkarlar. Bir işletmede değişik yoğunlukta da olsa birden fazla kriz halinin (örneğin ödemeden aciz hali ve borca batıklığın) mevcut olduğunu gösteren belirtilerin bir arada bulunması her zaman mümkündür.[13] Amacımız borca batıklık belirtilerini ortaya koymak ise de, borca batıklığa yol açan nedenleri incelemekle işe başlamak kanımızca yararlı olacaktır. Genel olarak kriz nedenleriyle (*Krankheitsursachen*) kriz görünümleri (belirtileri) arasında sıkı bir bağ bulunduğu söylenir.[14] Nedenler üzerinde yapılacak bir inceleme, hem borca batıklık belirtilerini saptamak bakımından yararlı olacak, hem de ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi imkânının bulunup bulunmadığı sorununa açıklık getirecektir.[15] Ayrıca bu vesileyle kriz nedenlerinin ortaya çıkmasından doğan sorumluluk ilişkilerine de bir göz atma fırsatı bulacağız.

2- Borca Batıklık Nedenleri

Bir bilanço hangi değerleme esaslarına tabi olursa olsun bilançoda görülen zararın (ya da borca batıklığın) nedenleri hakkında yeterli ölçüde bilgi vermez. Kâr

---

8 Bu ve benzeri örnekler için Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 538; Bu görüşün eleştirisi için Bkz., **Çevik**, AŞ., s. 525; **Franko**, s. 412-413.

9 Bkz., yuk., § 3, III, D, 2.

10 Bkz., **Böckli**, s. 903; **Koeferli**, s. 147,148.

11 Bkz., **Böckli**, s. 903; **Koeferli**, s. 147.

12 Bkz., **Koeferli**, yazar bu nedenle yönetim kurulunun her olguyu dikkate alabileceğini belirtmektedir, s. 148 ve dipn. 15.

13 **Rinklin**, s. 41.

14 **Rinklin**, s. 41-42.

15 Kriz nedenleri iyileştirme imkanları bakımından belirleyici rol oynar, Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.8, s. 706; **Funk**, OR. Art., 725, N.1

ve zarar hesabı bu konuda daha faydalı görülebilirse de[16] borca batıklık nedenleri işletme ekonomisi ve makro ekonomik verilerden hareketle belirlenmeye çalışılmalıdır.

Borca batıklık nedenleri, genel olarak işletmenin mali durumunun bozulması (işletme krizi) nedenlerinin bir bölümünü oluştururlar. Kavramsal bir zorunluluk olarak burada daha çok bir bütün olarak malvarlığını (yani hem döner hem de yatırım malvarlığını) etkileyen faktörler ön plana geçerler. İşletmenin likidite durumunun (likit varlıklar - muaccel borçlar ilişkisinin) kötüleşmesi, tek başına ortaklığın borca batık hale gelmesine yol açmayabilir. Esasen işletme krizinin tek bir nedenden ileri gelmesi çok ender rastlanabilecek bir durumdur. Çoğu kez, yaşanan kriz birden fazla faktörün ortak etkilerinin bir sonucudur.[17] Buna bağlı olarak borca batıklık belirtileri de hemen daima birden fazladır. Maliyetlerin yükselmesi, buna karşılık satış hasılatının azalması iş yıllarının zararla kapatılmasına, bu süreç de sermaye kaybına ve borca batıklığa neden olur. Öte yandan masrafların artması ve gelirlerin azalması sonucu likit varlıklar azalır. Ödeme güçlüğü ve ödemeden aciz hali aşamalarına gelinir. Dikkat edilirse bu iki süreç birbirine bağlıdır.[18] Bununla birlikte, ödemeden aciz halinde likit varlıklar - muaccel borçlar, yatırım malvarlığı - döner malvarlığı[19] ilişkilerinin ölçüt işlevi gördüğü, sermaye kaybı ve borca batıklıkta ise malvarlığı veya aktiflerin bir bütün olarak esas alındığı gözardı edilmemelidir.

Genel olarak işletme krizi nedenleri, işletmenin etki alanı içinde gerçekleşip gerçekleşmemelerine göre iç ve dış nedenler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[20] Bu ayırım özellikle ortaklık işletmesinin iyileştirilmesi imkânlarının araştırılmasında önemli rol oynar.[21] Gerçekten kriz nedenleri işletmenin etki alanı içinde gerçekleşmişse işletme tarafından bertaraf edilebilme şansı vardır. Oysa dış nedenlerin işletme krizine etkisinin ne olduğunu veya ne derecede olduğunu (başka bir deyişle bu nedenlerle kriz arasındaki nedensellik bağını) belirlemek bile güçlük gösterir.[22]

---

16 TTK., m.324 gereğince sermaye kaybı ve borca batıklık bilançodan tespit edilir. Fakat, durumu tespit eden bilanço zarar nedenleri hakkında bir bilgi vermez. Bkz., **Lanz,** s.33. Bir iş yılı içinde zararın oluşum süreci Kâr ve Zarar Hesabı" ,ndan (Erfolgsrechnung) izlenir.Bkz., **Birsel,** kâr, s.30.

17 **Koeferli,** s. 13; **Layer,** s. 16. **Rinklin,** s. 41,47; Ayrıca Bkz., yuk. § 3, II, D, 2.

18 Bu konuda Bkz., **Layer,** s. 16-17.**Schmidt**'in belirttiği gibi, eğer borca batıklıktan sonra ortaklığın aynı zamanda aciz haline düşmeyeceği kesinlikle bilinseydi, borca batıklığı özel bir iflâs nedeni olarak öngörmeye gerek kalmazdı, Konkursgründe, s. 335.

19 Dönen varlıklar - Duran Varlıklar ilişkisi ve Türkiyede bu ilişkiyi yansıtan istatistiki veriler hakkında Bkz., **Aksoy,** s. 8.

20 İşletme içi nedenlere örnek olarak genellikle elverişli olmayan işletme yeri, gereksiz işletme büyüklüğü, işletmenin rizikosuna göre öz kaynakların yetersiz kalması *(Unterkapitalisierung)*, öz kaynaklarla yabancı kaynaklar arasında oransızlık, rasyonel olmayan işletme organizasyonu yetersiz ve yeteneksiz işletme yönetimi gösterilmektedir. İşletme dışı nedenlere de şu örnekler verilmektedir: Devletin ticaret (özellikle ihracat ve ithalat) politikası tedbirleri, inakroekonomik kriz ve dalgalanmalar, kredi sınırlamaları, işletmeye önemli derecede borcu olanların aciz haline düşmesi, işletmenin kullanamadığı yeni teknolojilerin ortaya çıkması vs. Bu konularda Bkz., **Boemle,** s. 412; **Degiacomi,** s. 4 vd.; **Fischer,** s.11; **Hirtz,** s.12; **Koeferli,** s. 12 vd; **Layer,** s. 15 vd; **Rinklin,** s. 33 vd; **Schmid,** s~8; **Wohmann,** s.21..

21 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

22 Bkz., **Koeferli,** s. 13.

Kriz nedenleri konusunda yapılan bir diğer ayırım, "Yapısal ve Fonksiyonel Nedenler" ayırımıdır.[23] Bu ayırım daha çok işletme içi nedenler arasında yapılmaktadır.[24] Söze konu ayırım da yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin sorumluluğu bakımından önemlidir[25] Buna karşılık sorumluluk bakımından iç ve dış nedenler ayırımının kesin bir ölçü olmadığı belirtilmektedir.[26] Gerçekten mali kriz, işletmenin etki alanı dışında gerçekleşen -dış- nedenlerden kaynaklansa bile dolaylı olarak başta yönetim kurulu üyeleri olmak üzere yöneticilerin sorumluluğu söz konusu olabilir. Eğer yönetim kurulu dış nedenlerin yarattığı sıkıntılı durumu gidermek için gerekli olan ve muktedir olduğu tedbirleri almazsa bu bir bakıma mali krizin ikincil nedeni sayılabilir ve sorumluluğa yol açabilir.[27] Öte yandan iç nedenler de bazen işletme yöneticilerinin etki alanı dışında kalır. Örneğin ortaklığın gerçek sahipleri olan pay sahiplerinin genel kurulda oluşan iradesi ortaklık yönetimini bağlar (TTK., m. 379). Bir kriz nedeni işletmenin etki alanı içinde kalsa da yönetimin etki alanı buna erişmeye (müdahaleye) yetmeyebilir.[28] Bütün bu nedenlerle sorumluluk bakımından işletmenin değil yönetimin etki alanı önem taşır. Yönetime ilişkin sorunlar, özellikle çok ortaklı ve halka açık tipteki anonim ortaklıklarda daha büyük önem taşır. Çünkü bu ortaklıklarda küçük pay sahipleri ortaklık yönetimine fazla ilgi göstermemekte,[29] fakat kriz büyüdüğünde kendileri de zarara uğramaktadırlar.

İşletme krizi nedenlerinin büyük kısmının, işletmenin etki alanı içinde gerçekleşen „iç" nedenler olduğu belirtilmektedir.[30] Bu nedenler arasında özellikle ortaklığın (işletmenin) yönetimindeki hatalar ve yetersiz öz kaynak donanımı ön plandadır.[31] Ancak ülkemizde en az iç nedenler kadar dış nedenlerin de işletme krizinde önemli rol oynadığı, bazı sektörlerde üretim ve pazarlama sürecinde zincirin bir halkasını oluşturan bir işletmenin iflâsının diğerlerine de sıçradığı,[32] faiz, sıkı para politikası gibi uygulamaların bütün kesimleri etkilediği görülmektedir.[33]

---

[23] Yapısal nedenler özellikle ortaklığın işletmesinin kuruluşunda işletme yapısının, rnalvarligi unsurlarının işletme konusuna göre yanlış oluşturulmasından kaynaklanır. Örneğin, üretime yönelik olarak kurulan bir işletmede, yatırım malvarlığı-döner malvarlığı ilişkisi, pazarlamaya yönelik bir işletmeden farklıdır. Bkz., örn., **Aksoy**, s.;7. Fonksiyonel nedenler ise genellikle yönetimin (yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin) kusurlu davranışlarından kaynaklanır. Bu konularda Bkz., **Layer**, s. 15 vd; **Trumpler**, s.390;**Hirtz**, s.12-13.

[24] **Layer**, bu ayırımı iç nedenler başlığı altında incelemektedir, s. 15.

[25] Bkz., **Hirtz**. s.12-13.

[26] Bkz., **Rinklin**, s.47-48.

[27] **Rinklin**, s. 40.

[28] Bkz., **Rinklin**, yazar işletme mülkiyeti ile yönetim arasındaki ayrılığa dikkati çekerek bu sonuca varmaktadır, s. 48.

[29] Bu konuda Bkz., **Tekinalp**, Güç Boşluğu, s. 467 vd.

[30] Bkz., **Layer**, s. 15; **Rinklin**, ve atıfta bulunduğu yazarlar, s.33 vd.

[31] Bkz., **Layer**, s. 15-16; **Rinklin**, s.39; Ayrıca Bkz., **Koeferli**, s.12.

[32] Fabrikatör, toptancı ve perakendecinin vadeli alışverişte bulunduğu tekstil sektöründen bir örnek hakkında Bkz., **Müftüoğlu**, s. 163.

[33] Yakın geçmişten örnek olarak "24 Ocak Kararları"nın küçük ve orta büyüklükteki işletmelere etkilerini gösterebiliriz. Bu dönemde makro ekonomik politikalarla iç talep kısılmaya çalışılmış, buna karşılık bir dönem faizler serbest bırakılmıştır. Bu durum öz kaynak darlığı nedeniyle büyük ölçüde kredi ile çalışan işletmelerin kredi maliyetlerini (dolayısıyla toplam borçlarını) yükseltirken, satış hasılatlarının reel

Bir ortaklık sadece öz kaynaklarla finansman ihtiyacını karşıladığı takdirde borca batıklık ihtimalinden söz etmek mümkün değildir.[34] Borca batıklığın ön şartı „Borçlanma" (*Verschuldung*), yani yabancı kaynak yoluyla finansmandır. Günümüz işletmelerinde borçlanma kaçınılmaz bir zorunluluktur.[35] Borca batıklık borçlanmanın ileri bir derecesini oluşturur. Eğer öz kaynaklar işletmenin büyüklüğüne göre değişen rizikolara karşı yeterli ölçüde değilse, borçlanma derecesi gittikçe yükselir ve borca batıklık ihtimali artar.[36] Yani borca batıklığın en önemli nedenlerinden biri öz kaynak donanımının yetersizliği dolayısıyla borçlanma („yabancı kaynaklar / öz kaynaklar") oranının yükselmesidir.[37]

Daha kuruluş aşamasında öz kaynak donanımında yetersizlik varsa ortaklık işletmesi önemli bir riziko altında demektir. Borçlanma derecesi (*Verschuldungsgrad*) öz kaynaklardaki kayıp yüzünden büyürse „Öz kaynaklar - Riziko" dengesi bozulmaya devam eder. Öz kaynak donanımındaki yetersizliğe kısaca „Öz Kaynaklar Darlığı" (*Unterkapitalisierung*) adını vermek mümkündür. Kavramı en iyi ifade eden tanım ortaklığın yatırım malvarlığının yeterli ölçüde öz kaynakla finanse edilmemesi, yani „Öz Kaynaklar - Yatırım Malvarlığı" arasındaki oransızlıktır.[38] Bu durum ortaklığı çeşitli işletme rizikolarına karşı dayanıksız kılar. Öz kaynaklar darlığı, mutlaka sermaye kaybının da mevcut olduğu anlamına gelmez. Fakat bu olgu ile sermaye kaybı ve borca batıklık arasında açık bir neden-sonuç ilişkisi vardır. Öz kaynaklar darlığını artıran nedenlerden biri daha başlangıçta yetersiz öz kaynak donanımı ile kurulan bir ortaklığın sonradan yabancı kaynak ağırlıklı bir finansman politikası ile işletmesini yürütme, hatta büyütme yoluna gitmesidir. Bunun kadar önemli bir neden de, iş yıllarının zararla kapatılması ve nihayet ortaklığın sermaye kaybına maruz kalmasıdır. Zarar bazen önemli bir yatırımın başarısızlıkla sonuçlanması yüzünden bir defada dahi gerçekleşebilir. Bu olumsuz gelişmeler sonucunda yatırım malvarlığının büyük bölümü yabancı kaynaklarla karşılanır hale gelir. Öz kaynaklardaki darlık işletmeyi yürütebilmek için yeniden borçlanma ihtiyacını doğurur. Fakat öz sermaye esas sermayenin altına düşmüşse kolayca ve uygun şartlarda

---

olarak azalmasına yol açmıştır. Sonuçta 1980-1986 döneminde 880 şirketin iflâs ettiği belirtilmektedir, Bu konuda Bkz., **Yener**, s. 2; **Müftüoğlu**, s. 161 vd.

34 **Fischer**, s. 9-10.

35 Sadece öz kaynak yoluyla finansman, ancak teorik değerlendirmelere, varsayımlara konu olabilir Günümüz ekonomilerinde sermaye ihtiyacı otofinansman yolu ile karşılanamayacak ölçüde büyümüş olduğu gibi, böyle bir finansman politikası kârlılık ilkesi ile de bağdaşmaz, Bkz., **Wöhe**, s. 188-189.

36 Çünkü işletmenin karşı karşıya bulunduğu rizikolardan biri gerçekleştiği takdirde az miktardaki - tampon işlevi gören- öz kaynaklar erir. Sonuçta zarar yabancı kaynakların karşılığı olan aktifteki değerleri de yok etmeye başlar, Bkz., **Fischer**, s. 10; **Weidmann**, s. 2. Öz kaynak yetersizliğinin etkileri hakkında ayrıca Bkz., **Yener**, s. 2.

37 Bkz., yuk. § 3, II, B, 3, b. Borçlanma derecesi hakkında Bkz., **Fischer**, s. 5; **Gurke**, s. 45,46; **Schürer**, s. 95.

38 Bu tanımın yanında, kavram öz kaynaklarla riziko arasındaki oransızlık olarak da açıklanmaktadır. Diğer bir tanıma göre ise oransızlık uzun vadeli kaynaklarla işletme büyüklüğü arasındadır. Nihayet, kavramı kısaca yetersiz öz kaynak donanımı şeklinde tanımlayanlar da vardır, Bu konularda Bkz.,, **Fischer**, s. 7;**Gürke**, s. 44 vd.; **Layer**, s. 15; **Wiedemann**, s. 80; **Wüst**, s. 818.

kredi sağlamak da çok güçtür.[39] Bu durum likidite sıkıntısına, giderek ortaklığın daha fazla zarara uğramasına yol açar. Ortaklık uygun olmayan şartlarda borç almak zorunda kalabilir.[40] Borçlanma şartlarının olumsuzluğu bir yana, sermaye kaybına maruz kaldığı halde borç alan ve böylece borçlanma derecesi gittikçe yükselen bir ortaklığın gelecek yılların kârıyla açığı kapatması da çok zordur. Çünkü, borç bir bedel (faiz) karşılığında elde edilir. Artık, işletmenin kazancı sermaye kaybını gidermek yerine bu faizlerin ödenmesi için kullanılacaktır.[41] Görüldüğü gibi öz kaynak darlığı borçlanma derecesini olumsuz yönde etkilerken, bu aşamada vukubulan her borçlanma da öz kaynakları azaltmakta, sonuçta öz kaynaklar darlığı daha da büyümektedir.[42] Bütün bu olguların yarattığı kısır döngü sonucunda ortaklık borca batıklığa sürüklenir.[43] Öz kaynakların „0" noktasına eriştiği andan itibaren başka bir ölçüt devreye girer. Çünkü artık „yabancı kaynaklar - öz kaynaklar" oranının bir anlamı kalmamıştır. Bu durumda „malvarlığı - borçlar" ilişkisi gündeme gelir.[44]

Borca batıklığın -yukarıdaki olgularla bağlantılı- bir diğer nedeni de ortaklık işletmesinin yönetiminde „yanlış kararlar verilmesi" (*unrichtige Entscheidung*) dir. Yeterli öz kaynak bulunmaması gibi nedenlerle yanlış bir kararın olumsuz etkilerini azaltabilecek yeterli güvence de mevcut değilse (*ungenügende Sicherung*) borca batıklığa kadar giden işletme krizi kaçınılmaz olarak gündeme gelir.[45] Örneğin hemen yukarıda belirttiğimiz gibi yeterince öz kaynaklara sahip olmayan bir ortaklık uygun olmayan şartlarda borç alarak işletmesinin çapını büyütmeye kalkışırsa böyle bir süreç işler.

Yanlış kararlara dayanan işletme yönetimi ve rizikonun yeterince güvence altına alınmaması yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna (TTK., m. 320) aykırı düşer. İşletmeyi özen borcuna aykırı olarak yöneten yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar.[46] Yönetim kurulu üyeleri işletme ve piyasa durumunun gerektirdiği özeni göstermemişlerse hafif kusurdan (hafif ihmal), her yönetim kurulu üyesinden normal olarak beklenebilecek özene dahi sahip değillerse, ya da başta sadakat borcu olmak üzere yükümlülüklerini ihlal kasdıyla hareket etmişlerse ağır kusurdan (ağır ihmal ve kasıt) söz edilir.[47] Ortaklığın özen borcuna aykırı olarak yönetilmesinden doğan sorumluluk kural olarak ortaklığa karşıdır.[48] Çünkü yönetim kurulu üyelerinin özen

---

39 Bkz., **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N. 11.

40 Ülkemizde 1986 yıllarında yaşanan bunalımın nakit sıkıntısı dolayısıyla tefeciliği arttırdığı hakkında Bkz., **Müftüoğlu**, s. 164.

41 Bkz., **Gürke**, s. 45.

42 Bkz., **Gürke**, s. 46.

43 Bkz., **Fischer**, s. 7 vd.

44 Bkz., yuk. § 3, II, B, 3, b.

45 Bkz., **Rinklin**, s. 39-40. Bkz., İSO. Meclis Başkanı, "Şirket Kurtarma Yasası"nın 1987 yılında yürürlüğe konulduğu sıralarda kurtarılmayı bekleyen ortaklıkların önemli yönetim hataları sonucu bu duruma geldiklerini belirtmektedir. Bu açıklama hakkında Bkz., **Müftüoğlu**, s. 174.

46 Bkz., **Koeferli**, s.15, Alman hukukunda da bu sorumluluk özen borcunun ihlaline dayandırılmaktadır, Bkz., **Rinklin**, s. 40.

47 Bkz., **Rinklin**, s. 40-41.

48 Bkz., **Duss**, s. 72.

borcu ortaklıkla aralarındaki vekâlet sözleşmesinden kaynaklanır.[49] O halde ortaklığın özen borcuna aykırı olarak yönetilmesinden doğan zarar pay sahipleri ve alacaklılar bakımından „dolaylı" bir zarardır.[50] Dava bu kişiler tarafından açılsa bile tazminat ortaklığa verilir (TTK., m. 340, 309).[51] Ortaklık borca batık hale gelmişse, sorumluluk davası kural olarak iflâsın açılmasıyla birlikte gündeme gelir.[52] Davacı sıfatı da birinci planda iflâs idaresine aittir. Bu sorumluluğu 324. maddede öngörülen yükümlülüklerin ihlalinden doğan sorumluluktan ayırmak gerekir. İlki borca batıklığı yaratan nedenlere, ikincisi ise bunların hukuki sonuçlarına ilişkindir. Zarar miktarı her bir sorumluluk nedeni için ayrı ayrı belirlenmelidir.

3- Borca Batıklık Belirtileri

Borca batıklık şüphesini uyandıran belirtiler somut olayın şartlarına göre farklılık gösterir.[53] Bununla birlikte bu konuda bazı genel tespitler yapma imkânı da yok değildir. Bu başlık altında 324.II. maddesi gereğince aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilançosu düzenlenmesini gerektiren şartları inceleyeceğiz.

Borca batıklık belirtileri ne kadar erken teşhis edilirse mali durumun iyileştirilmesi imkanı da o kadar artar.[54] Ayrıca alacaklıların çıkarı daha fazla korunmuş olur. Bir ortaklık gerçekte borca batık iken her nasılsa yeniden borçlanırsa alacaklıların iflâs masasından alacakları paylar azalır. Yönetim kurulu esasen ortaklığın mali durumunu devamlı olarak izlemek durumundadır Mali durumu devamlı gözetmek görevi özen borcunun sonucudur (TTK., m.320). Özen borcuna aykırı olarak ortaklık işletmesini yönetmek hukuksal sorumluluğu gerektirdiği gibi, ortaklığın mali durumundaki gelişmeleri devamlı şekilde izlememek ve işletme krizini mümkün olduğu kadar erken bir tarihte teşhis etmemek de aynı nedenle sorumluluğa yol açar.[55]

---

[49] Buna rağmen özen borcunun kapsamı, ortaklıkla üye arasındaki sözleşmeden ziyade "objektif" kıstaslara tâbidir, Bkz., TTK. m. 320, 528.II, 390, 321. Özen borcunun objektifliği hakkında Bkz. **İmregün**, Anonim ortaklıklar, s. 230-231; **Domaniç**, AŞ. s. 514. Kanımızca bir yönetim kurulu üyesi atanırken özen ölçüsünün değiştirilmesi, daha esnek ve subjektif bir ölçü benimsenmesi mümkün olmamalıdır. Anonim ortaklıktaki sınırlı sorumluluk ilkesi dolayısıyla adi ortaklıkta özen derecesini belirleyen hükmün (BK. 528) burada olduğu gibi uygulanması düşünülemez. Bkz., **Grünewald**, yazarın belirttiği gibi, yönetim kurulu üyesiyle ortaklık arasındaki sözleşmede yasanın öngördüğü özen ölçüsünü (Bkz., APOk., § 93.I) hafifleten kayıtlara yer verilemez, 2, C, IV, N.50; Aynı yönde Bkz., **Mertens**, Kölner Komm., § 93, N.4.

[50] Bkz., **Duss**, s. 72.

[51] Dolaylı zararın yönetim kurulu üyeleri tarafından tazmin edilmesiyle ortaklığa karşı alacaklı olan üçüncü kişilerin (bu arada işçilerin) hakları korunmuş olur, Bu nedenle özen borcuna aykırılıktan doğan sorumluluk kamu yararını yakından ilgilendirir, Bu sorumluluğa basit bir akdi sorumluluk gözüyle bakılamaz,Bkz., öen. **Grünewald**, 2, C, IV, N.50.

[52] Bkz., **Duss**, s. 73.

[53] Bkz., **Gurke**, s. 46.

[54] Bkz., **Koeferli**, s. 13.

[55] Bkz., **Y. 11. HD.** 13.6.1974 tarih ve 1913/1900 sayılı Kararı, Karar için Bkz. **Domaniç**, AŞ., s. 514; Ayrıca **Bkz.**, Bkz., **Koeferli**, s. 15; İsviçre hukukunda mali durumu gözetme ve gerekli tedbirleri alma görevi yönetim kurulunun devredilemez görevlerindendir.(Bkz., İBK., m. 716a, özellikle N.1 ve 3). Bu nedenle mali durumu gözetme yükümlülüğünün ihlalinden doğan sorumluluğun kural olarak bütün yö-

Sorumluluk, kural olarak iflas, ya da iflâsın ertelenmesi üzerine mali durumun iyileştirilmesine yönelik girişimin başarısızlıkla sonuçlanması hallerinde gündeme gelir.[56] Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, 324. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen durum gerçekleşmişse yönetim kurulunun mali durumdaki gelişmeleri daha dikkatli izlemesi gerekir.[57] Gerçekten esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması doğrudan doğruya borca batıklık belirtisi sayılmasa da yönetim kurulunun mali duruma nezaret görevini daha ciddi bir şekilde yerine getirmesini zorunlu kılan bir uyarı aşamasını oluşturur. Yönetim kurulu bu aşamada mali durumdaki gelişmeleri izlemek için ismen sayılan ticari defterler dışında işletmenin üretim, stok satış, personel durumu hakkında kronolojik bilgi veren defterler tutmalıdır (Bkz., TTK., m. 66.I).[58]

Yaptığımız bu açıklamalar yönetim kurulunun borca batıklık belirtilerini mümkün olabilecek en erken tarihte teşhis etmesinin zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır. Peki somut olarak yönetim kurulunun borca batıklık şüphesiyle bir ara bilanço düzenlemesini zorunlu kılan şartlar (borca batıklık belirtileri) nelerdir?

Akla ilk gelen durum yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançonun borca batıklığı göstermesidir. Bu bir yılsonu bilançosu veya ara bilanço olabilir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun değişik 725.II. maddesine göre yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilanço borca batıklığı gösteriyorsa aktiflerin satış fiyatları üzerinden de bir bilanço düzenlenmesi zorunludur. Çünkü bu yasada mahkemeye bildirim yükümlülüğü ortaklığın her iki bilançoya göre de borca batık olması şartına bağlanmıştır.[59] Gerçi bizim 324. madde bakımından sadece aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilanço esastır. Bu nedenle yabancı kaynakların yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançoda net aktiflerden fazla görünmesi[60] 324. maddenin 2. fıkrası anlamında borca batıklık[61] değildir. Fakat yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançoda tespit edilen borç fazlalığı önemli bir borca batıklık belirtisi olarak kabul edilmektedir.[62] Nitekim İsviçre öğretisinde 1991 değişikliğinden önce hukuksal durum bizimki ile aynı olduğu halde bu görüş savunulmaktaydı. [63] Ancak ortaklığın önemli miktarda gizli yedek akçeleri varsa gerçekte borca batıklık tehlikesinin mevcut olmadığı söylenebilir.[64]

---

netim kurulu üyelerine ait olduğu belirtilmekte, sorumluluğun kaynağı ve gözetim yükümlülüğünün kapsamını belirleyen ölçü olarak ayrıca özen borcunun (İBK., m. 717) önemine işaret edilmektedir, Bkz., **Koeferli**, s. 14-15;

56 Bkz., Bkz., **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 73; **Koeferli**, s.15.

57 Bkz., **Böckli**, s. 894; **Koeferli**, s. 150; **Lanz**, s. 136; **Schmid**, yazar sermaye kaybı halinde yönetim kuruluna yöneltilen bu uyarının genel kurula bildirim yükümlülüğünden daha fazla önem taşıdığını belirtmektedir, s. 37.

58 Bkz., **Gürke**, s. 45. Bu özen borcunun bir gereği olduğu gibi, işletmenin mahiyeti (sermaye kaybı içinde olması) da mali durum hakkında daha ayrıntılı bilgi veren defter ve kayıtların tutulmasını zorunlu kılar. Bkz., TTK., m. 66.I.

59 Bkz., **Böckli**, s. 904; **Koeferli**, s. 147,150.

60 Şekli anlamda, bilançosal borca batıklık, Bkz. yuk. § 3, III, B.

61 Maddi anlamda, bilançosal borca batıklık, Bkz. yuk. § 3, III, B.

62 Bkz., **Arslanlı**, IV-V, s. 172; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 14.

63 Bkz., **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 87; **Giroud**, s. 88; **Herold**, s. 146; **Lanz**, s. 136; **Schmid**, s. 37, 39.

64 Bkz., **Koeferli**, s. 149; **Schmid**, s. 37.

Borca batıklık nedenleri konusunda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı gibi, düzenlenen bir ara veya yılsonu bilançosuna göre öz kaynaklarda açık bir azalma görülmesine rağmen yabancı kaynakların büyük bir artış göstermesi de önemli bir borca batıklık belirtisidir.[65] Gerçekten, borca batıklık şüphesinden söz etmek için mutlaka yıllık bilançoda yabancı kaynakların net aktiflerden fazla olması gerekmez. Önceki bilançoya kıyasla ciddi boyutlara ulaşan bilanço zararı da böyle bir şüpheye yol açabilir. Fakat zarar ne kadar büyük olursa olsun yabancı kaynaklar aşırı miktarda olmayabilir ve daha fazla zararı dahi rahatlıkla karşılayabilecek ölçüde öz kaynaklar bulunabilir. Kanımızca asıl önem taşıyan husus bilanço zararındaki artıştan ziyade, „yabancı kaynaklar - net aktifler" ve „yabancı kaynaklar - öz kaynaklar" oranlarıdır.[66] Anılan iki oran ne kadar yüksekse borca batıklık şüphesi de o kadar fazladır. Özellikle ortaklığın gizli yedek akçeleri yeterli değilse, ya da yatırım malvarlığı unsurları teknolojik açıdan demode oldukları için veya başka nedenlerle ekonomik değerlerini günden güne yitiriyorlarsa durum daha fazla ciddiyet kazanır. Yönetim kurulunun özen borcuna uygun olarak (TTK., m.320) durumu takdir etmesi ve en ufak bir şüphe gördüğünde ara bilançosu düzenlemesi gerekir. Öğretide de öz kaynak yetersizliği ne kadar fazlaysa yönetim kurulunun malvarlığındaki gelişmeleri o kadar dikkatli bir şekilde izlemesi gerektiği, ancak bu takdirde borca batıklığı daha erken bir tarihte tespit edebileceği belirtilmektedir. [67]

Borca batıklık şüphesi sadece yıllık bilanço esaslarına bağlı bir bilançodan kaynaklanmaz. Başka olgular da önemli birer borca batıklık belirtisi sayılabilir.[68] Bu olgular yukarıda incelediğimiz borca batıklık nedenleriyle sıkı bir bağ içindedirler. Burada artık nedenler somutlaşmış, açık sinyaller verecek boyutlara ulaşmıştır. Borca batıklık nedenleri bir süreç oluştururlarken, belirti (sinyal) kabul edilen olgular, belli bir andaki somut duruma işaret ederler.[69]

Öğretide en çok üzerinde durulan borca batıklık belirtileri şunlardır:

– Ortaklığın işletme konusuna uygun olarak işletme faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olan esaslı unsurlardan yoksun kalması ciddi bir borca batıklık belirtisi olarak kabul edilmektedir.[70] Çünkü bu halde ortaklığın faaliyetini sürdürmesi imkânsız hale gelmiştir. Örneğin üretim lisanslarının yitirilmesi, çeşitli nedenlerle bir sektördeki hammadde kaynaklarının tükenmesi (veya elde edilmelerinin imkânsız hale gelmesi) ortaklığı kısa zamanda borca batıklığa doğru götürür.[71] , Ortaklık yok denecek kadar az likit varlığa sahipse işletme faaliyetini sürdürmesinin imkânsız hale

---

65 Bkz., **Gürke**, s. 44 vd.

66 Aynı yönde **Gurke**, s. 45.

67 Bkz., **Böckli**, N. 1691; **Giroud**, s. 90; **Gürke**, s. 45; **Koeferli**, s. 150; **Lanz**, s. 131.

68 Bkz., **Böckli**, s. 903; **Koeferli**, s. 149 vd.

69 Bkz., **Koeferli**, yazar ayrıca, ancak birdenbire ortaya çıkan olguların borca batıklık belirtisi olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir, s. 150.

70 Bkz., **Koeferli**, s.149.

71 Bu konuda yukarıdakilerden başka şu örnekler de verilmektedir: Ortaklık bakımından yaşamsal önemi olan sözleşmelerin süresinin dolması, devletin -örneğin çevrenin korunması amacıyla- getirdiği kısıtlamalar veya yasaklamalar, vb., Bkz., **Koeferli**, s. 149.

geleceği, kısa zamanda büyük zarara uğrayacağı da belirtilmektedir.[72] Likidite durumunun sermaye kaybı ve borca batıklığa kadar giden süreçten bağımsız olmadığını yukarıda belirtmiştik.

– Ortaklığın malvarlığı durumunu derinden etkileyen bazı olağanüstü olaylar da borca batıklık şüphesini doğurabilir. Ortaklığın bir borçlusundan olan çok büyük miktardaki alacağını borçlunun iflâsı, icra takibinin sonuçsuz kalması gibi nedenlerle elde edememesi; yatırım ortaklıklarında rizikonun iyi dağıtılamaması sonucu yatırım yapılan sermaye piyasası araçlarının borsa değerinin düşmesine bağlı olarak önemli çapta kayba uğranması; döviz kurlarındaki negatif gelişmeler yüzünden ortaklığın döviz rezervlerinin malvarlığı kaybına yol açması ilk başta verilen örneklerdir.[73]

– Ortaklığın mali durumu zaten kötü iken, birdenbire ortaya çıkan önemli boyuttaki bir zarar da borca batıklık şüphesi doğurabilir.[74] Ayrıca dönemsel olarak (aylık, dört aylık) çıkarılan başarı hesaplarında sürekli ve büyük miktarda zarar okunması bir başka borca batıklık belirtisi olarak görülebilir.[75]

– Ortaklık sermayesinin kârlılığının önemli ölçüde düşmesi durumunda borçlanma derecesi de yüksekse, bu düşük kârlılık faizleri bile karşılayamayacak, sonuçta öz kaynaklar eriyecektir.[76] O halde kârlılığın düşmesi olgusu borçlanma derecesi ile birlikte değerlendirildiğinde borca batıklık şüphesi yaratabilir.

– Ortaklığın mali durumdaki bozulmayı dikkate alarak tuttuğu özel kayıtlardan sermaye yapısının, kârlılık ve verimlilik durumunun sürekli kötüye gittiğinin gözlenmesi de borca batıklık şüphesine yol açabilir.[77] Malvarlığı konularının daha güncel değerlerini içeren bu kayıtlar tarihi değerleri gösteren envanter ve bilanço kayıtlarından daha fazla işe yarayabilir.

Bütün bu olgular malvarlığında kısa zamanda ciddi kayıplara yol açmaktadırlar. Böyle bir durumda borca batıklık şüphesinin uyanması kaçınılmazdır. Yıllık bilanço esasları bir yana bırakılmalı ve aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir bilanço düzenlenmelidir.[78]

C- ARA BİLANÇO DÜZENLEME SÜRESİ

Ara bilanço düzenleme süresi, borca batıklık şüphesinin mevcut olduğunun kabulü gereken tarih ile durumun mahkemeye bildirilmesinin zorunlu hale geldiği tarih arasındaki dönemi kapsar.[79] Anlaşılacağı gibi, bu sürenin hem başlangıç hem de

---

72 Bkz., **Koeferli**, s. 149; **Böckli**, s. 903-904

73 Bkz., **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 87; **Lanz**, s. 131; **Giroud**, s. 89.

74 Bkz., **Ochsner**, s. 38; Ayrıca Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 308.

75 Bkz., **Böckli**, s. 903-904; **Giroud**, s. 90; **Helbling**, Bewertungsprobleme, yazar ortaklığın kapatabileceği miktardaki ve sürekli olmayan zararların borca batıklık şüphesi doğurmayacağını vurgulamaktadır, s. 87; **Koeferli**, s. 150; **Lanz**, s. 131.

76 Bkz., **Gurke**, s. 46.

77 Bkz., **Gürke**, s. 45.

78 Bkz., **Böckli**, N. 1691.

79 Bkz., **Lanz**, s. 139.

bitiş tarihi kesinlikten uzaktır. Borca batıklık şüphesinin ortaya çıkmasından sonra ara bilançonun ne kadar süre içinde düzenlenmesi gerektiği konusunda yasakoyucu tarafından herhangi bir ölçü getirilmemiştir (Bkz. TTK. m. 324.II, c.1).

Aslında bütün anonim ortaklıklar için geçerli bir ölçü bulmak kolay değildir. Gerçekten, yıllık bilançonun tabi olduğu değerleme esaslarından tamamen farklı olan, malvarlığı unsurlarının sil baştan değerlendirilmesini gerektiren ara bilançonun düzenlenme süresi her ortaklığın büyüklüğüne ve malvarlığı yapısının karmaşıklığına göre değişir.[80] Malvarlığı konularının yeniden envanterinin çıkarılması gerekir.[81] Bu da belli bir zaman alır. Her halde ara bilançonun düzenlenmesi kusurlu olarak geciktirilmemelidir. Aksi takdirde yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu olurlar (TTK., m. 336. I, N.5, 324,II, c.1). Ara bilanço düzenleme süresi bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 320. maddesinde öngörülen özen derecesi belirleyici rol oynar.

Borca batıklık şüphesi üzerine ortaklık yönetiminde yeni bir dönem başlar. Bu dönemde herşeyden önce ortaklığın yaşama yeteneğine sahip olup olmadığı konusunda bir inceleme yapılması gerekir. İncelemenin sonucuna göre yönetim kurulu ya ortaklığın iflâsını, ya da iflâsın ertelenmesini isteyecektir. Erteleme isteminde bulunulması düşünülüyorsa, mali durumun iyileştirilmesi bakımından hangi tedbirlere başvurulabileceği daha ara bilanço düzenlenirken açıklığa kavuşturmalıdır.[82]

Ara bilanço düzenleme süresi içinde bu incelemelerin yanı sıra mali durumun iyileştirilmesine yönelik girişimlerde de bulunulabilir. Çoğu kez bu girişimler kısa zamanda sonuç almaya yöneliktirler. Örneğin - az ortaklı aile ortaklıklarında- pay sahipleri ortaklığa kendi varlıklarından kaynak aktarabilirler.[83] Borca batıklık şüphesi bu girişimler sonucu boşa çıkarılabilir.

Fakat ne ortaklığın yaşama yeteneğinin ve uygun iyileştirme tedbirlerinin incelenmesi, ne de bazı iyileştirme tedbirlerine başvurulması, ara bilanço düzenlenmesini geciktirmek için haklı bir neden sayılabilir.[84] Borca batıklık aşamasına gelindikten sonra ortaklığın geleceği hakkında karar verme yetkisi yargıca aittir. Yönetim kuruluna düşen görev öncelikle bir ara bilanço düzenlemektir (TTK., m. 324.I, c.1).

II - BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN NİTELİĞİ, ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

A- NİTELİĞİ

324. maddenin 2. fıkrasında ara bilançonun „aktiflerin satış fiyatları" esas alınarak düzenleneceği belirtilmiştir. Borca batıklık halinde çıkarılacak ara bilançonun tabi olduğu değerleme ilkelerine işaret eden tek hüküm budur. Hüküm herşeyden

---

80 Bkz., **Koeferli**, s. 153; **Lanz**, s. 139.

81 Bkz., **Lanz**, s. 139.

82 Bkz., **Lanz**, s. 139.

83 Bu aşamada getirilen kaynağın öz kaynak olması asıldır, Bkz. aşa. § 10, III, B,3.

84 Bkz., **Lanz**, s. 139.

önce borca batıklığın tespitinde anonim ortaklığın yıllık bilançosuna ilişkin değerleme ilkelerinin (TTK., m. 460 vd.) uygulanamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.[85] Başka bir deyişle borca batıklığı tespit bilançosu işletmenin faaliyetini sürdürmesi halinde geçerli olan değerleme ilkelerine (*Bewertung zu Fortführungswerten*) değil, kural olarak tasfiye bilançosu esaslarına tabidir.[86] Borca batıklık şüphesi ortaklığın ticari defterlerinde kayıtlı „defter değerleri"nden ayrı bir „özel hesap" yapılmasını gerektirmektedir.[87] Yıllık bilançoya ilişkin değerleme ilkelerinden sapılması, bu ilkelere istisna getiren açık bir yasa hükmüne dayanır.[88] İşte 324. maddenin 2. fıkrasında sözü edilen ara bilanço malvarlığı ile borçların karşı karşıya getirildiği bir istisnai -özel- bilançodur.[89]

Borca batıklığı tespit bilançosunun tabi olduğu değerleme ilkeleri, bu bilançonun niteliğini ve diğer bilançolardan, -özellikle yıllık bilançodan farkını belirler.[90] Değerleme ilkeleri, öncelikle muhasebe öğretisindeki bilanço teorileri açısından ele alınmalıdır.[91] Biz de, bilanço teorileri açısından genel bir değerlendirme yaparak borca batıklığı tespit bilançosunun niteliğini ortaya koymaya çalışacağız. Bu arada söze konu bilançonun biçimsel açıdan gösterdiği özellikler üzerinde de duracağız.

1- Bilanço Teorileri Açısından Borca Batıklığı Tespit Bilançosu

Burada bilanço teorilerini ayrıntılarıyla inceleyecek değiliz. Sadece borca batıklığı tespit bilançosunun niteliğini açıklığa kavuşturmak bakımından gerekli olduğu kadar konuya değineceğiz. Öncelikle belirtelim ki, bilanço teorileri açısından konuyu incelerken borca batıklık bildirimini öngören 324. maddenin 2. fıkrasının amacı gözden uzak tutulmamalıdır. Bildirim yükümlülüğünün amacı ne ise, buna esas oluşturan bilançonun düzenlenme amacı da odur. Bilançonun düzenlenme amacı, alacaklıların haklarının ortaklığın malvarlığını aşıp aşmadığını (böylece onların çıkarlarını korumak için özel önlemler alınmasına gerek olup olmadığını) belirlemektir.[92]

Yıllık bilançoya ilişkin değerleme hükümleri (TTK., m. 460 vd) ortaklığın gerçek malvarlığı durumunu yansıtmamakta, özellikle teknik anlamdaki (TTK., m. 458) veya kendiliğinden oluşan gizli yedek akçeler bilançoda gerçeklik ilkesini[93] önemli ölçüde zedelemektedirler.[94] Çünkü yıllık bilançonun amacı esasen ortaklığın belli bir tarihteki malvarlığı durumunu eksiksiz bir biçimde belirlemek değil, bir he-

---

85 Bkz., yuk.§, 6, III, B, 1.. Türk öğretisinde İİK.nun 179. maddesinden hareketle bunun aksini savunanlar olduğunu yukarıda belirtmiştik, Bkz., yuk. § 10, I, A.

86 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 7, 10; **Duss**, s. 69; **Herold**, s.146; **Schech**, s.25.

87 Bkz., **Lanz**, s. 109; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22.

88 Bkz., **Arslanlı**, IV-V, s. 7.

89 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 22; **Gurke**, s. 58; **Lanz**, s. 109.

90 Bkz., **Harneit**, s. 11.

91 **Fischer**, s. 29.

92 Bu konuda Bkz., **Giroud**, s.64-65; **Harneit**, s. 10; **Lanz**, s.110; **Ochsner**, s. 36.

93 Bilançoda gerçeklik ilkesi, işletmenin malvarlığı durumunun eksiksiz bir biçimde belirlenmesi anlamına gelir, Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 40.

94 Bkz., yuk., § 6, III, B, 1.

sap yılı içindeki başarı durumunu ortaya koymaktır. Bu nedenle yıllık bilançoya „sonuç açıklama bilançosu" adı verilmektedir.[95] Yıllık bilançoya ilişkin değerleme ilkeleri borca batıklığın tespiti bakımından elverişli değildirler.[96] Çünkü, borca batıklık halinde öngörülen bildirim yükümlülüğünün amacı alacaklıların çıkarlarının korunması olduğuna göre, malvarlığının belli bir tarihteki gerçek durumu ve ortaklığın tasfiyesi halinde malvarlığının borçları ne ölçüde karşıladığı tam olarak belirlenmelidir Bu da ancak aktiflerin bilançonun düzenlendiği tarihteki gerçek değerlerinin esas alınması halinde mümkün olabilir. [97] O halde borca batıklığı tespit bilançosu bir malvarlığını tespit bilançosudur (*Vermögensermittlungsbilanz*).[98]

Değerlemeye esas olan ilkeler bakımından bilançolar statik, dinamik ve organik bilançolar olmak üzere üçe ayrılabilir.[99] Statik bilançonun amacı, bir işletmenin belli bir tarihteki malvarlığı durumunu tam ve eksiksiz bir biçimde belirlemek, deyim yerinde ise ortaklığın o andaki mali durumunun resmini ortaya koymaktır.[100] Bu bilançoda malvarlığı, borçları karşılamaya yarayan bir potansiyel olarak kabul edilir.[101] İş yılı sonuçlarının tespiti bakımından bu bilançolar elverişli değildirler. İş yılı sonucunu belirlemeyi amaçlayan bilançolar dinamik bilanço teorisinin ilkelerine göre hazırlanır. Bu teoriye göre, bilançonun asıl görevi, bir hesap yılı içinde işletmenin faaliyet sonucunu tam ve eksiksiz olarak belirlemektir.[102] Yani hesap yılı sonunda ne kadar kâr veya zarar edilmiştir? Ayrıca bu kâr veya zarar nasıl oluşmuştur? Bunları belirlemek açısından dinamik teori kâr ve zarar hesabına özel bir önem verir.[103] Bu bilanço bir malvarlığını tespit (servet) bilançosu değildir. Başarı hesabının yardımcısı, onun tamamlayıcısıdır.[104]

Kolayca anlaşılacağı gibi, dinamik bilanço faaliyetine devam eden ve yaşama yeteneğine sahip olan bir işletme hakkında düzenlenebilir. Bu nedenle değerlemede

---

95 Bkz., yuk., § 6, III, B, 1.

96 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 102; **Giroud**, s.63; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 9.a; **Henze**, s.35; **Mentzel/ Kuhn/ Uhlenbruck** KO., § 207, N 7.

97 Bu konularda Bkz., **Arslanlı**, IV_V, s. 172; **Atalay**, s. 54; **Baumann**, s. 56-57; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 42; **Koeferli**, s. 151; **Kuru** , Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 625; **Kuru**, İflâs, s. 134; **Lanz**, s. 110 vd.; **Ochsner**, s. 36; **Pekcanıtez**, s. 32; **Tekinalp**, Bilanço, s. 70; **Eriş**, AŞ., s. 248, dipn. 1.Alman Hukukunda aynı görüş için Bkz., Örn. **Egner/Wolff** s. 101; **Gurke**, s. 47; **Harneit**, s. 11. Bkz., ve Karş., **Käfer**, s. 656 vd.

98 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

99 Bkz., **Akdoğan/Aydın**, s. 390 vd., 445 vd., 487; **Arslanlı**, IV-V, s. 6 vd.; **A.Bilgin**, s.117 vd.;**Fischer**, s. 29 vd; **Käfer**, s. 655 vd.; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 45; **Tekinalp**, Bilanço, s. 69 vd.

100 Bkz., **Akdoğan/Aydın**, s. 487; **A.Bilgin**, s.118; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 45; Statik bilanço teorisinde kâr ve zarar hesabı önem taşımaz. İşletmenin faaliyet sonucu basit muhasebe yöntemi ile belirlenir, Bkz., **Akdoğan/Aydın**, s. 487.

101 Bkz., **Fischer**, s. 30. **A.Bilgin** statik teoride değerlemenin mevzuata uygunluk bakımından tedarik değeri veya en düşük değer üzerinden yapılacağını belirtmektedir, s. 119. Oysa mevzuat her zaman maliyet değerinin esas alınmasını emretmemektedir. Tasfiye açılış bilançosunda ve borca batıklığı tespit bilançosunda varsayımsal satış fiyatları esas alındığı halde bunlar birer statik bilanço niteliğindedir.

102 Bkz., **Akdoğan/Aydın**, s. 445 vd.; **A. Bilgin**, s. 125 vd.özellikle s. 126 vd.; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 45; **Tekinalp**, Bilanço, s. 79; **Aytaç**, İbra, s. 88 vd.

103 Geniş bilgi için Bkz., **A. Bilgin**, s. 127.

104 Bkz., **A. Bilgin**, s. 125.

faaliyet dönemi (devam) değerleri esas alınır. Amaç, iş yılı sonucunu gerçekçi olarak belirlemek olduğundan, bilançonun aktif kalemlerindeki her değer artışı dikkate alınmaz. Bu değer artışının işletme faaliyeti ile elde edilen kârın sonucu olması gerekir. Çeşitli malvarlığı konularındaki, özellikle yatırım malvarlığındaki değer artışları bu nitelikte değildirler. Değer artışları çok büyük boyutlara ulaşmadıkça dikkate alınmazlar. Bu nedenle aktifler kural olarak tedarik (maliyet) değeri üzerinden bilançoya geçirilirler.[105] Oysa borca batıklığı tespit bilançosunda malvarlığı konularındaki her türlü değer artışının hesaba katılması zorunludur.

„Organik Bilanço Teorisi" denilen başka bir teoriyi destekleyenler ise, bilanço düzenlenirken malvarlığı durumuyla iş yılı sonucunun tespiti amaçları arasında bir tercih yapmaya gerek olmadığını, tek bir bilançoyla her iki amaca ulaşılabileceğini öne sürmektedirler,[106] Bu teori bilanço ile başarı hesabına eş değerde önem vermektedir, Hem servetin, hem de iş yılı sonucunun tespitine elverişli bir değerleme sistemi önermektedir. Fakat, değerlemede kural olarak yeniden tedarik değerini esas aldığı için[107] borca batıklığı tespit bilançosunun niteliğine ve amacına tam olarak uygun değildir. Zira borca batıklığın tespitinde aktiflerin varsayımsal satış fiyatları esas alınmaktadır. Tasfiye bilançosu da aynı nedenle bu teoriye uygun şekilde hazırlanamaz. Organik teori faaliyet dönemi bakımından bir işleve sahip olabilir. Nitekim bu teoride amaç, aynı zamanda başarıyı tespit etmektir.

Borca batıklığı tespit bilançosu belirli bir tarihte malvarlığı - borçlar ilişkisinin gösterdiği durumu resmettiği için statik bir bilançodur.[108] Bu bilançoda malvarlığına, borçları karşılamaya yarayan bir potansiyel nazarıyla bakılır. Borca batıklığı tespiti amaçlayan ve yıllık bilançoya kıyasla daha yalın yapıdaki [109] bu mali tabloya İsviçre ve Alman öğretisinde bazı yazarlarca „bilanço" (*Bilanz*) bile denilmemekte, „Statü" (*Status*, ya da „*echter Status*") adı verilmektedir.[110] Türk Hukuk ve muhasebe öğretisinde yerleşmemiş olan bu terim yerine „Borca Batıklığı Tespit Bilançosu" demeyi tercih ediyoruz.[111]

---

105 Bkz., **Akdoğan/Aydın**, s. 390 vd., s. 398; **A. Bilgin**, s. 129; **Roth**, s. 207; **Tekinalp**, Bilanço, s. 79.

106 Bkz., **Käfer**, yazarın bu teoriden yana olduğu anlaşılmaktadır, s. 656 vd. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz., **A.Bilgin**, s. 119-120; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 43. Avrupa Birliği'nin Bilanço standartlarına ilişkin 4 Numaralı Direktifi bilançonun hem başarıyı hem de malvarlığı durumunu tespit etmesi gerektiğini öngörmektedir, Bu konuda bilgi için Bkz., **Roth**, s. 201.

107 Bkz., **A.Bilgin**, s. 119.

108 Bkz., **Fischer**, s. 34; **Gurke**, s. 67; **Harget**, s. 138; **Lanz**, s. 110; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 337.

109 Bkz., aşa. § 10, II, A, 1.

110 İsviçre Hukukunda Bkz., Örn., **Lanz**, „*Status zu Veräusserungswerten*) s.109 vd; Alman Hukukunda Bkz., Örn. **Egner/Wolff**, „ Überschuldungsstatus" s. 99 vd.; **Harneit**, s. 10; **Schmidt**, Konkursgründe, s. 336; **Harget**, "Vermögensstatus", s. 138. „*Status*" terimi mali durumu tespit bakımından statik bir yaklaşımı, başka bir deyişle malvarlığının belli bir tarihte kristalize olmuş görünümünü ifade eder, Bu yönde açıklamalar için Bkz., **Harneit**, s. 10, dipn. 28; **Hirtz**, s. 14 vd. Benzer bir terim de "*Vermögensübersicht*"tir. Bkz., **Krosigk**, s. 325.

111 „Borca Batıklık Bilançosu" (*Überschuldungsbilanz*) terimi de Alman ve İsviçre Hukuklarında yaygın şekilde kullanılmaktadır, Bkz., Örn., Alman Hukukunda **Fischer**, s. 1 vd; **Gurke**, s. 18 vd., s. 47 vd.; **Mentzel/ Kuhn/ Uhlenbruck** KO., § 207, N 7; İsviçre Hukukunda **Ochsner**, s. 36 vd. **Giroud**, ise satış bilançosu anlamında „*Verkaufbilanz*" „*Veräusserungsbilanz*" terimlerini kullanmıştır, s. 64-65; Türk

Anonim ortaklıklar için en yüksek değerleme sınırlarını çizen hükümler (TTK. m. 460,461) bu bilanço hakkında uygulanmadığından borca batıklığı tespit bilançosu yıllık bilançolardaki defter değerlerinden önemli ölçüde sapabilir.[112] Aktiflerin varsayımsal satış fiyatları malvarlığı konularının işletme bakımından haiz olduğu değerlerden de (TTK.,75,II) [113] genellikle farklı (düşük) olacaklardır. [114]

Bu bilançonun yegâne işlevi ortaklığın borca batıklık nedeniyle mahkemeye bildirimde bulunmakla yükümlü olup olmadığını ortaya koymaktır.[115] Ortaklığın yaşama yeteneğine sahip olup olmadığı konusunda değer hükmüne varmak bakımından bir işlevi yoktur.[116] Bu konuda bir sonuca varılabilmesi, belirli bir ana değil, bir zaman sürecine yönelik olarak dinamik bir bakış açısıyla analiz yapılmasına bağlıdır. Dinamik bilanço teorisi ise malvarlığın belli bir tarihteki durumundan çok belli bir dönem içindeki başarı (kâr-zarar) durumunun tespitiyle ilgilenir.[117] Dinamik bilanço teorisi daima işletmenin faaliyetine devam edeceği varsayımıyla hareket eder.[118]

Değerleme konusunda ayrıca „objektif" ve „subjektif" bakış açılarından söz edilir. Objektif değer bir malvarlığı konusunun (veya işletme kısmının) genel mübadele (satış) değeridir.[119] Bu değeri piyasa koşulları belirler. Subjektif değer ise değerleme yapanın münferit bir malvarlığı konusunun işletme açısından faydasını dikkate alarak belirlediği değerdir.[120] Türk Ticaret Kanunu'nun 75.II. maddesinde öngörülen bir malvarlığı konusunun „işletme açısından haiz olduğu değer" bu anlamda subjektif bir değerdir.[121] 324. maddenin 2. fıkrasından anlaşılacağı gibi, borca batıklığı tespit bilançosunda malvarlığı konularının tek tek veya işletme kısımları olarak objektif değerleri esas alınır.[122] Gerçekten bir malvarlığı konusu ancak paraya çevrildiği zaman borcun ifasına elverişlidir.

Hukukunda aynı terim için Bkz., **Atalay**, s. 53 vd.; **Tekinalp**, „Borca Batak Olma Bilançosu" terimini kullanmıştır, Bilanço, s. 298. Borca batıklık şüphesi üzerine düzenlenen bilançonun mutlaka borca batıklık göstermesi şart olmadığından „Borca Batıklığı Tespit Bilançosu" terimi bize daha mantıklı gelmektedir.

112 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 102; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 9.a.; **Koeferli**, s. 151; **Ochsner**, s. 36; **Roth**, s. 207.**Seviğ**, s. 16.

113 Kural olarak "yeniden tedarik değeri"; İşletmenin faaliyetini sürdürmesi halinde geçerli olan devam değerleri (*Fortführungswerte*). Bkz., yuk. § 6, III, B, 1.

114 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 173, dipn. 60.

115 Bkz., **Gurke**, s. 47; **Lanz**, s. 110; **Schürer**, s. 74. Ayrıca TTK., 324 anlamında borca batıklığı tespit işlevi gören ve yönetim kurulunun bildirimine dayanak oluşturan yegane bilanço budur, Oysa alacaklılar tarafından açılan borca batıklık nedeniyle iflâs davasında bu bilançonun düzenlenmesi ön şart değildir, Bkz., yuk. § 10, I, A ve aşa., § 11, V.

116 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 101; **Lanz**, s. 112; **Schürer**, s. 73.

117 Bkz., **Fischer**, bu teoride malvarlığı borçları karşılamaya değil, başarı (kâr) elde etmeye yarayan bir potansiyel olarak görnür, s. 30-31.

118 Bkz., **Fischer**, s. 31.

119 Bkz., „Tauschwert" **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 25; **Lanz**, s. 114; *„allgemeiner Verkehrswert"* Bkz., **Fischer**, s. 31.

120 Bkz., **Fischer**, yazar aslında objektif değerin de kesinlikten uzak olduğunu, subjektif değerin de keyfi bir biçimde belirlenmediğini ifade etmektedir, s. 32.

121 İkinci Bölümde bu konuya değinmiştik, Bkz., yuk. § 6, III, B, 1.

122 Bkz., İBK., m. 725.II bakımından aynı yönde **Giroud**, s. 64; **Henze**, s. 37; **Lanz**, s. 114.

2- Diğer Bilançolarla Karşılaştırılması

a) İflâsın Açılması Bilançosu

İflâsın açılması bilançosu iflâs kararının verilmesinden sonra iflâs dairesi tarafından düzenlenen bir bilânçodur (Bkz., İİK.,Niz. m.47). Bu bilanço da malvarlığının belirli bir tarihteki durumunu tespite yönelik bir özel bilançodur.[123] Fakat bu bilanço herşeyden önce düzenlenme nedeni bakımından borca batıklığı tespit bilançosundan ayrılır. Borca batıklığı tespit bilançosu ortaklığın 324. madde gereğince iflâsının gerekip gerekmediğini belirlemek için düzenlenirken, diğeri açılmış olan iflâsın sonuçlarından biridir.[124]

İflâsın açılması bilançosu ortaklığın iflâsı üzerine alacaklıların haklarının ne ölçüde tatmin edileceğini yaklaşık olarak belirlemek amacıyla düzenlenir.[125] Fakat bu genel amaç dışında söze konu bilanço, iflâs yoluyla tasfiyenin yapılış tarzı, örneğin işletmenin toptan satışı konusunda bir yargıya varılmasına hizmet ettiği gibi, iflâs idaresinin denetimi bakımından da bir esas oluşturur.[126] Oysa borca batıklığı tespit bilançosu, iflâs hukukunun devreye girmesini gerektiren bir nedenin (borca batıklığın) bulunup bulunmadığını tespit amacıyla düzenlenir. Bu nedenle söze konu bilanço düzenlenirken iflâs yoluyla tasfiye varsayımıyla hareket edilemez.[127]

İflâsın açılması üzerine tasfiye İcra ve İflâs Kanunu hükümleri (m. 208 vd.) gereğince yürütülür. İflâs takibinin cebri karakteri dikkate alınırsa müflisin mallarına biçilen tahmini değerler borca batıklığı tespit bilançosuna kıyasla oldukça düşük olacaktır.[128] Örneğin iflâsta adi tasfiyenin iflâsın açılmasından itibaren altı ay içinde sonuçlandırılması gerekir (İİK., m. 256). Oysa borca batıklığı tespit bilançosunda şartlara göre daha geniş bir süre içindeki satış imkanları değerlendirilebilir. Bu da varsayımsal satış fiyatlarının daha yüksek takdir edilebilmesi yolunu açar.

Öte yandan iflâsın açılması bilançosunda masa masrafları gibi, tasfiye prosedürü boyunca yapılacak masraflar için ayrı bir kalem oluşturulur.[129] Borca batıklığı tespit bilançosunda ise, ortaklıkça yapılacak iradi bir tasfiyenin gerektirebileceği nispeten daha düşük düzeyde kalan masraflar için karşılık ayrılır.[130]

b) Tasfiye Açılış Bilançosu

Tasfiye memurları görevlerine başlar başlamaz, ortaklığın tasfiyenin başlangıcındaki hal ve durumunu inceleyerek buna göre envanter defterleriyle bilânçosunu

---

123 Bkz., **Schmidt**, Bilanzen, s. 15.

124 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 101; **Kühn**, s. 44 vd; **Lanz**, s. 110 vd; **Schmidt**, GmbH.G. § 63, 10, 13.

125 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 17; **Lanz**, s. 111; **Schmidt**, GmbH.G. § 63, N. 10; **Mentzel/Kühn/Uhlenbruck**, KO., § 102, N.2; **Atalay**, s. 54.

126 Bkz., **Schmidt**, Bilanzen, s. 15 vd.

127 Bkz., **Gurke**, s. 47; **Lanz**, s. 111; **Wüst**, s. 819.

128 Bkz., **Lanz**, s. 111; **Wüst**, s. 819.

129 Bkz., **Gurke**, s. 47; **Lanz**, s. 111.

130 Bkz., aşa. 10, III, B, 2.

hazırlar ve genel kurulun onayına sunarlar (TTK. m. 444.I). Tasfiye açılış bilançosu adı verilen bu bilanço da anonim ortaklığın yıllık bilançosuna ilişkin hükümlere (TTK., m. 457 vd.) tabi olmayan bir özel bilançodur.[131] Tasfiye aşamasında artık işletmenin faaliyet döneminde geçerli olan değerleme ilkeleri ve sonuç açıklama bilançoları işlevini yitirir. Yasa hükmünde, bilançonun ortaklığın tasfiyenin başlangıcındaki hal ve durumu esas alınarak düzenleneceği belirtilmiştir. Hükümde açıkça ifade edilmemekle birlikte tasfiyenin niteliği gereği söze konu bilançoda da aktiflerin varsayımsal satış değerleri yer alır.[132] Borca batıklığı tespit bilançosunda olduğu gibi, bu bilançoda da amortismanlar yer almaz ve herhangi bir şekilde gizli yedek akçe ayrılması düşünülemez.[133] Pasif tarafta sadece borçlar ile miktarı ve ödeme zamanı kesin olmayan alacaklar için karşılık niteliğinde ayrılan fon bulunur.[134] Tasfiye cebri bir nitelik taşımadığından iflâsın açılması bilançosunda olduğu gibi kısıtlı bir paraya çevirme süresi yoktur. Aktifler uygun zaman beklenerek daha uygun şartlarda paraya çevrilebilir. Bu nedenle varsayımsal satış fiyatları iflâsın açılması bilançosuna oranla daha yüksek takdir edilebilir.[135] Borca batıklığı tespit bilançosu bu açıdan tasfiye bilançosu ile benzerlik gösterir. Öğretide de borca batıklığı tespit bilançosunun bir tür tasfiye bilançosu gibi hazırlanacağı belirtilmektedir.[136]

Fakat, tasfiye açılış bilançosu, düzenlenme amacı bakımından borca batıklığı tespit bilançosundan ayrılır. Bu bilanço, ortaklığın tasfiye başlangıcındaki malvarlığı ve borç durumunu belirlemek, muhtemel tasfiye sonucu ve tasfiye masrafları hakkında tahmini bilgi edinmek amacıyla düzenlenir.[137] Asıl amaç, borca batıklığı tespit etmek değildir. Ancak, bu bilançodan borca batıklık tespit edilirse durumun derhal mahkemeye bildirilmesi gerekir (TTK., m. 446.II).

Tasfiye açılış bilançosunda malvarlığı konularının değerlemesi ve masraflar için karşılık ayrılması bakımından şartlar daha somuttur.[138]

B- ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

Anonim ortaklığın yıllık bilançosunun aktif ve pasif tarafında hangi kalemlerin yer alacağı, Türk Ticaret Kanunu'nun 459-469. maddeleri arasında „Münferit aktif ve Pasifler" başlığı altında düzenlenmiştir. 463. maddeye göre, esas sermaye ve yedek akçeler, itfa, yenileme, yardım ve hayır işleri ve benzeri amaçlarla ayrılmış

---

131 Özel bilanço niteliğindeki tasfiye açılış bilançosu „Dar Anlamda Tasfiye Bilançosu" (*Liquidationsbilanz im engeren Sinne*) olarak da ifade edilir, Çünkü ara bilançolar ve tasfiye kapanış bilançosu da vardır, Bkz., **Schmidt**, Bilanzen, s. 14.

132 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 213-215; **Domaniç**, AŞ., s. 1483; **Karayalçın**, Muhasebe, s. 42; **Kayar**, s. 171; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 735; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 690; **Çevik**, AŞ., s. 1123; **Lanz**, s. 111; von **Steiger** s. 404. Bkz., İBK., 742.I. Alman Hukukunda Bkz., Örn. **Roth**, s. 207.

133 Bkz., **Domaniç**, AŞ. s. 1483; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 690; **Çevik**, AŞ., s. 1123.

134 Bkz., **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 690; **Çevik**, AŞ., s. 1123.

135 Bkz., **Lanz**, s. 111.

136 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 96.

137 Bkz., **Egner/Wollf**, s. 101; **Schmidt**, Bilanzen, s. 14; **Lanz**, s. 111; **Ochsner**, s. 38.

138 Bkz., **Lanz**, s. 112.

çeşitli akçeler pasif tablosuna yazılır (f.1). Esas sermayenin henüz ödenmemiş olan kısmı ise bilançonun aktif tablosunda gösterilir (f.2). Görüldüğü gibi, yıllık bilançonun pasif tarafına yabancı kaynak kalemlerinin yanısıra, başta esas sermaye olmak üzere fiktif (varsayımsal) pasif niteliğindeki öz kaynak kalemleri de geçirilmektedir.

Acaba borca batıklığı tespit bilançosunun şekli hangi noktalarda yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançodan ayrılmaktadır? Özellikle borca batıklığı tespit bilançosunda öz kaynak kalemlerine yer verilip verilmeyeceği konusu yazarlar arasında görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Bir görüşe göre, 324. maddenin 2. fıkrasında bir „bilanço"dan söz edildiğine göre, bilanço denkliğini sağlamak açısından öz kaynak kalemleri pasif tarafta ayrı ayrı gösterilmelidir. Aksi görüş ticari esaslara göre düzenlenen bir bilançonun niteliğine aykırı düşer.[139]

Diğer bir görüşe göre ise, borca batıklığı tespit bilançosunda esas sermaye ve diğer öz kaynak kalemlerinin gösterilmesine gerek yoktur.[140] İsviçre ve Alman öğretisinde genellikle bu görüş kabul edilmektedir.[141] Buna göre bilançonun aktif tarafında gerçek değerleriyle malvarlığı konuları, pasif tarafında da gerçek pasifler, yani borçlar yer alır.[142]

Kanımızca ikinci görüş daha doğrudur. Tespit bilançosunun amacı malvarlığının borçları karşılayıp karşılamadığını belirlemek olduğuna göre, bu bilançoda öz kaynak kalemlerinin gösterilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalıp kalmadığı da, düzenlenen bilançonun aktif toplamının borçları aşan kısmıyla (net malvarlığıyla) esas sermaye rakamı karşılaştırılarak kolaylıkla tespit edilebilir.[143] Öte yandan bu bilançoda diğer bilançolarda olduğu gibi „varlık - kaynak" ilişkisini tam olarak yansıtmak zorunluluğu da yoktur . Bilançonun düzenlenme amacı böyle bir zorunluluğu haklı göstermemektedir.

Öz sermaye (öz kaynak) kalemlerinin bilançoda ayrı ayrı gösterilmesine gerek yoksa da, eğer bir aktif fazlalığı varsa bu miktar bilanço denkliğini sağlamak açısından pasif tarafta gösterilebilir.[144] Fakat bu durumda yıllık bilançoda olduğu gibi öz kaynakların bütün ayrıntılarıyla gösterilmesi söz konusu değildir. Öz kaynak kalemlerinin yıllık bilançoya ayrı ayrı yerleştirilmelerinin nedeni, bu bilançonun düzenlenme amacında aranmalıdır. Düzenlenme amacı ortaklığın bir iş yılı içindeki başarı durumunu ve „varlık-kaynak" ilişkilerini eksiksiz bir biçimde ortaya koymak olan yıllık bilançoya ilişkin şekli esaslar doğrudan doğruya borca batıklığı tespit bilançosu hakkında uygulanamazlar. Yasa koyucu esasen yıllık bilanço hakkındaki hükümlere herhangi bir yollamada bulunmamıştır.

---

139 Bkz., **Arslanlı**, IV-V, s. 172-173, s. 215.

140 Bkz., **Kuru**, İflâs, s. 134; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 625. Ayrıca Bkz., **Atalay**, s. 60; **Domaniç**, AŞ., s. 546; **Pekcanıtez**, s. 32.

141 Bkz., İsviçre Hukukunda **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 10; **Gentinetta**, s. 44; **Giroud**, s. 54,69.; **Henze** s. 38.**Lanz**, s. 109; **Schech**, s. 20.; Alman Hukukunda **Harget**, s. 138; **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 17; **Mejer-Landrot**, Großkomm., § 92, N. 7; **Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck**, KO., § 207, N. 7.

142 Bkz., **Gentinetta**, s. 44; **Giroud**, s. 69; **Harget**, s. 138; **Henze**, s. 38; **Pekcanıtez**, s. 32.

143 Bkz., yuk. § 7, II, B.

144 Bkz., **Hirtz**, s. 75, 79 vd.; **Lanz**, s. 109; Ayrıca Bkz., **Harget**, s. 138.

Yıllık bilançonun aktif ve pasif tarafındaki her türlü -fiktif nitelikteki- düzeltici ve geçici kalemlerin[145] borca batıklığı tespit bilançosunda yeri yoktur.[146] Bu bilançoda hangi şekilde olursa olsun amortisman (itfa ve yenileme akçesi) ayrılması ya da daha önce ayrılan amortismanların dikkate alınması söz konusu değildir.[147] Yatırım malvarlığı konuları bilanço günündeki satış fiyatları üzerinden değerlendirildiğinden aşınma, yıpranma nedeniyle meydana gelen değer düşmeleri esasen kendiliğinden bilançoya geçirilen değere yansımaktadır. Denilebilir ki, borca batıklığı tespit bilançosunda katı bir şekilde „Net Değer İlkesi" uygulanır.[148] Aynı nedenle bu bilançoda şüpheli alacaklar fonu (karşılığı) da yoktur. Alacaklardan uygun bir indirim yapılır.

Ancak işçiler lehine kurulan yardım sandıkları için ayrılan akçeler üçüncü kişiler lehine bir alacak hakkı doğurdukları takdirde (Bkz., TTK., m. 468. ve özellikle f.3)[149] pasif tarafa geçirilirler.[150]

Sözleşmelerden doğan alacaklar ve borçlar, malın teslimi, paranın ödenmesi gibi bir sebeple defterlere girmedikçe, yani bir değer hareketine konu olmadıkça yıllık bilançoda gösterilmezler.[151] Buna karşılık, sözleşmelerden doğan alacaklar ve borçların ifa edilme imkanları ayrı ayrı değerlendirilerek borca batıklığı tespit bilançosunda karşılıklı olarak gösterilmeleri gerektiği belirtilmektedir.[152] Böylece malvarlığının borçları karşılayıp karşılamadığı daha doğru bir biçimde belirlenmiş olacaktır. Borca batıklığı tespit bilançosunun yıllık bilançoya esas oluşturan ortaklık defterlerinden geniş ölçüde bağımsız olduğu düşünülürse bu görüşe katılmak gerekir.

Sermaye kaybı mevcut değilken dağıtılmasına karar verildiği halde, şimdiye kadar ödenmemiş kâr payları da borca batıklığı tespit bilançosunun pasifinde gösterilir. Çünkü bunlar ortaklığın kâra katılanlara olan borcu niteliğindedir.[153]

Ayrıca öngörülen tasfiyenin gerekli kılacağı masraflar da, bir karşılık olarak pasif tarafta gösterilmelidir.[154]

Borca batıklığı tespit bilançosunun aktif kısmında sadece tasfiye durumunda paraya çevrilebilen, başka bir deyişle satışı mümkün ve ihtimal dahilindeki malvarlığı konuları gösterilir.[155] Zira sadece alacaklıların haklarının tatminine elverişli olan

---

145 Bu konuda Bkz., **Karayalçın**, Muhasbe, s. 109; **Tekinalp**, Bilanço, s. 230 vd.

146 Bkz., **Giroud**, s. 68; **Lanz**, s. 118.

147 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 173; **Domaniç**, AŞ., s. 539; **Giroud**, s. 69; **Henze**, s. 39.

148 Bkz., yuk., § 3, I, B, 2 dipn. 32 civarı ve § 3, II, A, dipn. 57 civarı.

149 Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 228.

150 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 10; **Giroud**, s. 69; **Gurke**, s. 66; **Henze**, s. 39; **Schech**, s. 20.

151 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., II-III, s. 60-61; **Bürgi**, OR. Art. 670, N. 2; **Tekinalp**, fakat yazarın belirttiği gibi, kamuyu aydınlatma ilkesi bakımından bunlar yıllık bilançoda bir bilanço notu olarak açıklanmalıdır, Bilanço, s. 115 vd., özellikle s. 120, 123.

152 Bkz., **Gurke**, s. 58-59.

153 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm. § 92, N. 19.

154 Bkz., **Gurke**, s. 50; **Helbling**, Unternehmensbewertung, s. 161; **Koeferli**, s. 151. Bazı yazarlar böyle bir zorunluluğun bulunmadığı kanısındadırlar,Bkz., **Egner/Wolff**, s. 101; **Lanz**, s. 118; Karş., **Drukarczyk**, s. 568; **Atalay**, s.55.

155 Bkz., **Giroud**, s. 68; **Lanz**, s. 118.

unsurlar aktifleştirilebilir.[156] Bu nedenle örneğin ortaklığın elinde bulunan kendine ait hisse senetleri aktif tarafta gösterilmez.[157] Keza yıllık bilançoda hesaba katılan kuruluş ve işletme masrafları (TTK., m. 459) bu bilançoda gözönüne alınmaz.[158]

Tespit bilançosunda borç fazlalığı vatsa, bilanço denkliği bu kez aktif tarafa eklenecek bir kalemle sağlanır. Böylece borca batıklığın derecesi bilançodan kolayca anlaşılabilir.[159] Fakat bilançoda böyle bir denkliğin kurulmaması yönetim kurulunun sorumluluğuna yol açacak nitelikte bir usulsüzlük değildir. Çünkü bu yüzden ne alacaklıların ne de ortaklıkla bağı olan diğer kişilerin çıkarları ihlal edilmiş olur.

Bu bilançonun aktif tarafına her türlü malvarlığı konuları bilançonun düzenlendiği tarihteki satış fiyatları esas alınarak yerleştirildiklerinden ortaklığa ait her çeşit gizli yedek akçenin kendiliğinden çözülmüş olacağı açıktır. [160] Aktiflerin bu fiyatların altında bir değerle bilançoya geçirilmeleri mümkün değildir.[161]

Sonuç olarak borca batıklığı tespit bilançosunun aktif tarafına paraya çevrilmesi mümkün ve ihtimal dahilinde olan malvarlığı konuları geçirilir. Pasif tarafta ise ortaklığın her türlü borçları ve borç niteliği gösteren karşılıklar yer alır.

III - BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNDA MALVARLIĞI VE BORÇLARIN DEĞERLEMESİ

A- MALVARLIĞININ DEĞERLEMESİ

1- Değerlemede Aktiflerin Satış Fiyatlarının Esas Alınmasının Anlamı

Borca batıklık şüphesi üzerine ara bilanço şu amaçla düzenlenir: Bilanço gününde aktifler paraya çevrilseydi elde edilecek olan para, ortaklığın mevcut her türlü borçlarını karşılamaya yetecek midir?[162] Yani ortaklık malvarlığı toplam borçları ne ölçüde karşılamaktadır? Bundan da anlaşılacağı gibi maddede geçen „aktiflerin satış fiyatları" fiilen elde edilen değerleri değil, varsayımsal (farazi) değerleri ifade etmektedirler.[163] Aktiflerin varsayımsal satış fiyatlarının esas alınması sadece 324. maddedeki ara bilançoya özgü bir durum değildir. Türk Ticaret Kanunu' nun çeşitli maddelerinde öngörülen ve gerçek malvarlığı durumunu belirlemeyi amaçlayan diğer özel bilançolar da aynı ilkeye dayanırlar. Örneğin tasfiye açılış bilançosu (anonim

---

156 Bkz., **Meyer-Landrot**, Großkomm., § 92, N. 3; **Mertens**, Kölner Komm., § 92, N. 33; **Schmidt**, GmbHG, § 63, N. 15;

157 Bkz., **Giroud**, s. 68.

158 Bkz., **Lanz**, s. 118.

159 Bkz., **Lanz**, s. 109.

160 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 172-173; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 10; **Giroud**, s. 67; **Gurke**, s. 48; **Henze**, s. 37; **Lanz**, s. 118; **Pekcanıtez**, s. 32.

161 Bkz., **Giroud**, s. 67

162 Bkz., **Egner/Wolf**, s. 101; **Lanz**, s. 110; **Schmidt** GmbH.G., § 63, N. 13; **Ochsner**, s. 36.

163 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 10; **Egner/Wolff**, s. 105; **Koeferli**, 151; **Lanz**, s. s.110,115.

ortaklıklarda TTK., m. 444) henüz paraya çevirme işlemleri başlamadığı için aktiflerin bilanço günündeki varsayımsal satış değerleri esas alınarak hazırlanır.[164] Kişi ortaklıklarında bir ortağın çıkması veya çıkarılması halinde ayrılma payını belirlemek amacıyla düzenlenen bilanço da (TTK., m. 202) aynı niteliktedir.[165]

Aktiflerin varsayımsal satış fiyatları, malvarlığı konularının tek tek veya işletme kısmı olarak satışı durumunda elde edilebilecek olan parayı ifade eder.[166] Satış fiyatlarından söz edildiğine göre, malın tedarik piyasasındaki (*Beschaffungsmarkt*) değil, satış piyasasındaki (*Absatzmarkt*) değeri esas alınır.[167]

Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi borca batıklığı tespit bilançosu düzenlenirken ortaklığın faaliyetine devam ettiği değil, tasfiye aşamasına girdiği varsayılmaktadır.[168] Henüz iflâs söz konusu olmadığı için iflâs yoluyla tasfiye sırasındaki kısıtlı paraya çevirme şartlarını gözönünde bulundurmaya gerek yoktur.

Değerleme bilançonun düzenlendiği tarihe göre yapılmalıdır.[169] Yani aktiflerin ve borçların bilançonun düzenlendiği tarihteki değerleri esas alınmalıdır. Gerçi Türk Ticaret Kanunu'nun 75.II. maddesindekinin aksine bu konuda bir açıklık yoktur. Ancak borca batıklığı tespit bilançosunun amacı böyle bir yorumu zorunlu kılar.

Uygulamada aktiflerin varsayımsal satış değerlerinin belirlenmesi güçlükler yaratır.[170] Bu konuda kesin ölçüler bulmak kolay değildir. Bununla birlikte bazı ölçüler önerilmektedir. Öğretide genel kabul görmüş bir fikre göre, yönetim kurulu varsayımsal satış fiyatlarını belirlerken özen borcuna (TTK., m. 320) uygun hareket etmeli,[171] genel hayat tecrübeleri ve olayların normal akışı çerçevesinde olası görünen bir satışı gözönünde bulundurmalıdır.[172] Bu genel ilkenin yanısıra değerlemede aktiflerin varsayılan (imkân dahilindeki) satış türü, satış için -şartlara göre- varsayılan süre, işletmenin malvarlığı konuları arasındaki yapısal ve fonksiyonel bağlantılar, malvarlığı konularının niteliği gibi çok sayıda etkenin rol oynadığı belirtilmektedir.[173] Anlaşılacağı gibi, somut olayın şartlarına göre bu faktörler gözönünde bulundurularak değerleme yapılmalıdır.[174] Burada değerleme sırasında dikkate alınması gereken hususlardan bazıları üzerinde durmak istiyoruz.

---

164 Bkz., yuk. § 10, II, A, 2, b.

165 Ayrılma payı tespit edilirken bir bakıma tasfiye kâğıt üzerinde (varsayımsal olarak) gerçekleştirilir, Bkz., **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 162; Aynı yönde **Guhl/Merz/Kummer**, s. 588. Ayrılma payının tespiti sırasında ortağın çıkarılma tarihi esas alınır, **Karayalçın**, Kollektif Şirket Ortağının Payı, s. 103 vd, özellikle s. 110.

166 Bkz., **Helbling**, Unternehmesbewertung, s. 161; **Koeferli**, s. 151;

167 Bu konuda Bkz., **Koeferli**, s. 152; **Lanz**, s. 113.

168 Bkz., **Baumann**, s. 56; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 10; **Lanz**, s. 111. **Mentzel/Kühn/Uhlenbruck**, KO. § 207, N. 7; **Wüst**, s. 819.

169 Bkz., **Atalay**, s. 57.

170 Bkz., **Koeferli**, s. 151; **Lanz**, s. 114. Alman Hukukunda bu güçlüklere ilişkin uygulamadan örneklerle Bkz., **Fischer**, s. 54 vd.

171 Bkz., **Hunziker**, s. 46; **Koeferli**, s. 151; **Kühn**, s. 49.

172 Bkz., **Giroud**, s. 67.

173 Bkz., **Koeferli**, s. 151.

174 Bkz., **Koeferli**, s. 152.

2- Varsayımsal Satış Türü

Değerlemenin sonucu aktiflerin tek tek (münferiden) veya kısım kısım, ya da işletmenin bir bütün olarak satılması ihtimallerine göre değişir. Başka bir deyişle değerleme ile varılacak sonuç, aktiflerin varsayımsal satış türüne bağlıdır.[175]

İşletmenin bir ekonomik bütünlük olarak değeri, müşteri çevresi (*Kundschaft*), kiracılık hakkı, teknik bilgi (*know how*) gibi çok sayıda ekonomik değerin de hesaba katılması suretiyle belirlenir.[176] Bu değerlerin eklenmesiyle işletmelerin çoğu, kendisini oluşturan malvarlığı unsurlarının toplam değerini aşan bir değere sahip olur. Malvarlığı konularının tek tek değerleri toplamını aşan bu (ilâve) değere hukuk ve işletme dilinde "işletme değeri" (*Goodwill)* denilmektedir.[177] Kuşkusuz bu işletme değeri işletmenin bir bütün halinde satış değerine büyük ölçüde yansır. Başka bir deyişle, işletme bütününün satış değeri kural olarak aktiflerin tek tek satılması ihtimalindekine oranla daha fazladır.[178] İşletmenin devralınması sırasında bu nedenle ödenen fiyat farkına „hava parası", „peştemaliye"gibi adlar verilir.[179]

Değerleme sırasında işletme bir bütünlük olarak ele alınırsa daha yüksek bir malvarlığı değeri elde edileceğinden bilançonun borca batıklık göstermesi ihtimali nispeten azalır. Böylece bildirimin yerine getirilmesi ortaklık, pay sahipleri ve işçiler yararına geri bırakılmış olur.[180] Öte yandan işletmenin bazı kısımları yaşama yeteneğine sahip, yani kârlı ve verimli durumdaysa sadece bu kısımların bir bütün olarak satış değeri esas alınabilir. Bu niteliğe sahip olmayan işletme kısımları bakımından da münferit değerleme yöntemi uygulanabilir.[181] Acaba bir değerleme hükmü getiren 324. maddenin 2. fıkrası varsayılan satış türü bakımından ortaklığa bir takdir yetkisi tanımış mıdır?

Yasa metni bu konuda açık değildir. Oysa anonim ortaklığın yıllık bilançosuna ilişkin değerleme hükümleri katı bir şekilde münferit değerleme esasını getirmektedirler.[182] Bu nedenle anonim ortaklığın yıllık bilançosunda işletmenin kendi-

---

175 Bkz., **Lanz**, s. 115.

176 Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 102. Ayrıca münferit aktif kalemlerin işletmenin bütünlüğü içindeki değerleri genellikle tek başına satıldıkları zamanki değerlerinden daha yüksektir. Örneğin bazı hizmet markaları işletmenin hizmet sunduğu tesislerle özdeşleşir. Bkz., ayrıca **Guhl/Merz/Kummer**, yazarlar ayrılma payı tespit edilirken çoğu kez işletmenin bir bütün halinde satılma ihtimalinin esas alınacağını belirtmektedirler, s. 588,589.

177 Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 102.

178 Bkz., **Lanz**, s. 115; **Tekinalp**, Bilanço, s. 102; **Türk**, 70-71.

179 Bkz., **Türk**, s. 71.

180 Bkz., **Lanz**, s. 115.

181 Bkz.,**Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 83; **Helbling**, Unternehmensbewertung, s. 161; **Koeferli**, s. 152.

182 Gerçekten yıllık bilançoda değerlemeye ilişkin TTK.nun 459 vd. maddelerinin bulunduğu alt bölümün (8. Kısım, B, III).kenar başlığı „Münferit Aktif ve Pasifler" dir. Anılan maddelerde tek tek aktiflerin nasıl değerlendirileceği, nasıl amortismana tabi tutulacakları - işletme içindeki bütünlükleri dikkate alınmaksızın- ayrı ayrı belirlenmiştir; Bu konularda Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 97 vd., Alman ve İsviçre Hukukunda da münferit değerleme ilkesinin katılığına işaret edilmektedir, **Fischer**, s.52; **Moxter**, s. 50 vd;

sinin yarattığı işletme değerinin aktifleştirilmesi mümkün değildir.[183] Fakat yıllık bilançonun iş yılı içimde elde edilen başarıyı tespite yönelik olduğu, buna karşılık 324. maddede öngörülen ara bilançonun alacaklıların haklarının tam olarak karşılanıp karşılanmadığını belirlemeyi amaçladığı gözden uzak tutulmamalıdır.[184] O halde, doğru sonuca varmak için herşeyden önce alacaklıların çıkarları bakımından bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

İsviçre ve Alman öğretisinde, somut olayın şartlarına göre eğer muhtemel olarak gerçekleştirilebilecek bir başka satış türü daha yüksek bir toplam malvarlığı değeri elde edilmesini sağlıyorsa münferit değerleme ilkesinden uzaklaşılabileceği görüşü savunulmaktadır.[185] Çünkü değerleme sırasında işletmenin bütününün veya bazı işletme kısımlarının satılması ihtimalinden hareket edilmesi alacaklıların çıkarını zedelememektedir.[186] Yönetim kurulu öncelikle -özen borcunun gereklerine uyarak- hangi satış türlerinin daha fazla ihtimal dahilinde olduğunu belirlemelidir.[187] Mümkün görünen satış türlerinden en kârlısının hangisi olduğu hususu ise daha sonra ele alınır. Yönetim kurulu, münferit değerlemeden sapmışsa bunun gerekçelerini açıklayabilmeli ve bu gerekçelerini kapsamlı işletme ve piyasa analizleriyle belgeleyebilmelidir.[188] Aslında İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bu konuda bir açıklık yoktur. Fakat böyle bir yorumun alacaklıların çıkarlarına tamamen uygun düştüğü, ayrıca yasa koyucunun tarihi iradesinin de bu yönde olduğu belirtilmektedir.[189]

Kanımızca Türk Hukuku bakımından da aynı sonuca varmak gerekir.[190] Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde borca batıklığı tespit bilançosunda değerleme hakkında getirilen tek ölçü „aktiflerin satış fiyatları"dır. Bu ölçü işletmenin yaşama yeteneğine sahip olan kısımlarının bir bütün halinde satışının esas alınmasını engel sayılmamalıdır. Eğer gerçekten işletmenin bütününün veya bazı kısımlarının toplu halde satılması ihtimali varsa ve bu ihtimal gözetilerek malvarlığına biçilen satış değeri bütün ortaklık borçlarını karşılayabilecek büyüklükte ise alacaklılar bakımından da bir tehlike yok demektir.

Buna göre, yönetim kurulu, borca batıklığı tespit bilançosu düzenlemeden önce ticari işletmenin veya birbirine bağlı işletme kısımlarının, örneğin „teşebbüs" (*Unternehmen*) içindeki münferit birimlerin (*Betriebe*)[191] bir bütün halinde satılma

---

183 Sadece işletmenin bir bütün olarak devralınması sırasında ödenen peştemaliye ayrı bir kalem olarak aktifleştirilebilir, Bu konularda Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 107 vd.; Alman hukukunda durum daha açıktır, Bkz., **Roth**, s. 208.

184 Bkz., yuk. § 6, III, B, 1 ve § 10, II, A, 1.

185 Bkz., Örn. İsviçre Hukukunda **Helbling** Bewertungsprobleme, s. 83; **Helbling**, Unternehmensbewertung, s. 161 **Koeferli**, s. 151 vd.; **Lanz**, s. 115 vd. Alman Hukukunda **Egner/Wolf**, s. 101; **Kühn**, s. 48-49; **Wüst**, s. 818 vd..

186 Bkz., **Lanz**, s. 115.

187 Bkz., **Koeferli**, s. 151; **Kühn**, s. 49; Ayrıca Bkz., **Giroud**, s. 67; **Hunziker**, s. 46.

188 Bkz., **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 82; **Lanz**, s. 116, 117.

189 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

190 Türk Hukukunda bu görüş için Bkz., **Atalay**, s. 57.

191 Örneğin bir ticari işletme bünyesinde iki veya daha fazla fabrika, çok sayıda satış yerleri bulunabilir. Teşebbüs ve işletme kavramları arasındaki farklar için Bkz., Örn. **Türk**, s. 8 vd.

imkânının bulunup bulunmadığını[192] incelemek zorundadır. Bunun mümkün olduğu anlaşılırsa, sadece bütün halinde değerlendirilenler dışında kalan malvarlığı konularının münferit değerlemeye konu yapılması gerekir.[193] Böylece işletmenin tamamının satılması mümkünse, bilançonun aktif tarafında tek bir satış fiyatı, işletmenin bazı kısımlarının bir bütün halinde satışı öngörülüyorsa bunların grup halindeki, geri kalan malvarlığı konularının da münferit satış fiyatları gösterilir.[194]

3- Malvarlığı Konularının Niteliği

Değerleme, malvarlığı konularının piyasada cari fiyatı bulunup bulunmamasına göre de farklılık gösterir. Örneğin borsada rayiç fiyatı belli olan menkul değerler, misli mallar nispeten daha kolay değerlemeye tâbi tutulurlar.[195] Buna karşılık misli olmayan malvarlığı konuları, örneğin taşınmazlar, işletme bünyesi içinde kendilerine özel bir işlev verilmiş makineler,işletme donanımları ve mobilyalar, gayri maddi malvarlığı konuları değerleme yapana geniş ölçüde takdir imkânı verirler.[196] Bunlar bakımından piyasadaki arz ve talep koşullarını tahmin etmek kolay değildir. Ortaklığın geleceğini ve kredi itibarını düşünen yönetim kurulu üyeleri genellikle malvarlığı konularına iyimser bir yaklaşımla değer biçmek eğilimindedirler.[197]Borca batıklığı tespit bilançosunun düzenlenme amacını gözönünde bulundurarak tereddüt halinde bu malvarlığı konularına daha düşük değer biçilmesi gerektiği kanısındayız. Yönetim kurulu üyelerinin özen borcu (TTK., m. 320) böyle bir yorumu gerektirmektedir.[198] Aksi takdirde yönetim kurulu üyeleri malvarlığına olduğundan fazla değer biçilmesinden müteselsilen sorumlu olurlar (Bkz. TTK., m. 320, 325, 75.II, 336,I, N. 5) Örneğin ortaklığın sonradan iflâsı durumunda alacaklıların bu nedenle bir zarara uğradığı ispat edilirse tazminata hükmedilebilir. Ancak iflâs idaresinin bu konuda ispat güçlükleriyle karşılaşacağı açıktır.

4- Varsayımsal Satış Süresi

Somut olayın şartlarına göre, malvarlığı konularının ne kadar süre içinde satışının yapılabileceği değerlendirilmelidir. Eğer satış süresi bakımından şartlar uygun değilse aktiflerin satış fiyatları önemli ölçüde düşük olacaktır. Oysa öngörülen süre

---

192 Özellikle büyük işletmelerde yaşama yeteneğine sahip ve ayrı ayrı satılabilecek birçok işletme kısmı bulunabilir, Bkz., **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 83.

193 Bkz., **Helbling**, Unternehmensbewertung, s. 116; **Kühn**, s. 49.

194 Bkz., ve Karş., **Helbling**, Unternehmensbewertung, s. 116; **Lanz**, s. 117. Yazarlar bir bütünlük gösteren malvarlığı gruplarıyla yaşama yeteneğine sahip işletme kısımları arasında bir ayırım yapmakta, sonuncuların değerlemesinde faaliyet dönemi (devam) değerlerinin (*Fortführungswerte*) esas alınması gerektiğini belirtmektedirler. Kanımızca borca batıklığı tespit bilançosunun işlevi gereği her iki tür birlik bakımından da gerçekçi, objektif satış fiyatları esas alınmalıdır.

195 Bkz., **Atalay**, s. 56; **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 25; **Lanz**, s. 114.

196 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

197 Bkz., **Egner/Wolff**, s. 105; **Lanz**, s. 114.

198 Değerlemede objektifliği sağlamak bakımından, üçüncü bir kişinin fiilen ödeyebileceği -gerçekçi- fiyat esas alınmalıdır, Bkz. **Helbling**, Bewertungsprobleme, s. 25-26; **Lanz**, s. 114.

malvarlığı kompleksinin bir bütün olarak ve daha özenli bir biçimde satışına imkân verecek ölçüde geniş ise, malvarlığının toplam parasal değeri çok daha yüksek takdir edilebilecektir. Böylece malvarlığı konularının paraya çevrilebileceği tahmini zaman süresi değerlemede önemli bir rol oynar.[199] Varsayımsal satış süresinin belirlenmesinde de yönetim kurulunun özen borcuna uygun hareket etmesi gerekir.[200]

İflâs bilançosunun aksine, öngörülen satış süresi malların ancak çok düşük bir bedelle satışına imkân verecek derecede kısa tutulmaz.[201]

5- Çeşitli Malvarlığı Konularının Değerlemesi

Bir bütünlük göstermeyen malvarlığı konularının tek tek değerlemeye konu yapılmaları gerekir. Değerleme bakımından başka satış türleri imkân dahilinde değilse, tek başına satılamayan, ancak diğer malvarlığı konularıyla kombineli olarak bir değer taşıyan ve borçların ifasına hizmet edebilecek olan unsurlar dikkate alınamaz.[202] Başka bir deyişle bunların değeri „0" olur. Bunlar genellikle gayrimaddi malvarlığı konularıdır. O halde sadece alacaklıların haklarını ödemeye elverişli olan malvarlığı konuları, değerleme sırasında göz önünde tutulur.[203] Her halükârda münferit satış varsayımıyla hareket edilmesi, yatırım malvarlığı başta olmak üzere malvarlığının toplam değerinde önemli kayıplara yol açar.[204]

Şimdi borca batıklığı tespit bilançosunda çeşitli malvarlığı konularının değerlemesine ilişkin esasları inceleyelim.

a) Likit Varlıklar

Kasa veya bankadaki para, çek gibi ödeme araçları nominal değerleri üzerinden bilançoya geçirilirler. Döviz ise bilançonun düzenlenme tarihindeki kur üzerinden hesap edilir.[205]

Borsada rayici bulunan kıymetli evrak, bilanço günündeki borsa rayici üzerinden, rayici olmayanlar ise tahmini satış değerleri üzerinden değerlendirilirler.[206]

b) Alacaklar

Alacakların değerlemesinden önce her bir borçlunun ödeme gücü hakkında bir analiz yapılması gerekir.[207] Yani alacaklar defter değerleri üzerinden değil, tahsil imkânları gerçekçi bir şekilde gözönünde bulundurularak bilançoya geçirilirler. Oysa

---

199 Bu konuda Bkz., **Baumann**, s. 69; **Fischer**, s. 52; **Giroud**, s. 67; **Koeferli**, s. 151; **Lanz**, s. 116; **Moxter**, s. 50.

200 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

201 Bkz., **Giroud**, s. 67.

202 Bkz., **Lanz**, s. 118.

203 Bkz., **Mejer-Landrot**, § 92, N.3.

204 Bkz., **Gurke**, s. 49, 50.

205 Bu konularda Bkz., **Atalay**, s. 58; **Lanz**, s. 119.

206 Bkz., **Atalay**, s. 58; **Lanz**, s. 119. Kıymetli evrakın yıllık bilanço bakımından değerlemesi hakkında Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 102.

207 Bkz., **Giroud**, s. 68; **Henze**, s. 37; **Lanz**, s. 119.

yıllık bilançoda alacaklar nominal değerleri üzerinden gösterilirler (TTK., m. 75,II,c.2). Tahsili şüpheli alacaklar için pasif tarafta bir şüpheli alacaklar fonu oluşturulur (VUK., m. 323).[208] İşte borca batıklığı tespit bilançosunda böyle ayrı bir fon gösterilmediği için indirim doğrudan doğruya alacak miktarında yapılır. Tahsili imkânsız hale gelen (değersiz) alacaklara bu bilançoda yer verilmez.

Henüz ödenmemiş katılma payları, ortaklığın pay sahiplerinden alacağı niteliğinde olduğundan.[209] aktif tarafta alacaklar arasında gösterilir (Bkz. ve Karş., TTK., m. 463.II).[210] Fakat burada da diğer alacaklarda olduğu gibi, katılma paylarının ortaklığa getirilme ihtimali gözönünde bulundurulur.

Alacaklar muaccel olup olmadıklarına bakılmaksızın aktif tarafa geçirilirler.[211] Bu arada uzun vadeli ve faizsiz, ya da düşük faizli alacaklar belli ölçüde iskonto edilerek bilançoda gösterilmelidir.[212] Yüksek faizli alacaklar da uygun şekilde faizlendirilmelidir.

Tazminat alacakları da borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilir.[213]

Taliki şarta bağlı olan alacaklarda alacak hakkı ancak şartın gerçekleşmesi halinde doğar. Eğer şart gerçekleşmişse bu alacaklar da tıpkı diğer alacaklar gibi değerlendirilir.[214] Şart henüz gerçekleşmemişse yıllık bilançoda bu tür alacaklar gösterilmezler, olsa olsa bu alacaklar hakkında bir bilanço notu düşülür.[215] Çünkü yıllık bilançoda sadece fiilen gerçekleşen değerler gösterilir[216] Oysa borca batıklığı tespit bilançosunda bu ilke geçerli olmadığından, eğer şartın gerçekleşme ihtimali yüksekse belli oranda bir indirim yapılarak bu alacaklar bilançoda gösterilebilir.[217]

Ödeme yeteneğine sahip bir üçüncü kişi, ortaklığın iflâstan kurtulması için gerektiğinde bir meblâğ ödemeyi, böylece ortaklığın mali durumunu iyileştirmeyi vaat etmişse bu sözleşmeden[218] doğan şarta bağlı alacak da borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilebilir.[219]

c) Stok ve Sair Mallar

Bu malvarlığı konuları için yeniden kapsamlı bir envanter çalışması yapılmalıdır.[220] Normal (yıllık) envanter kayıtları değerlemeye esas oluşturamaz. Envanter çıkarılırken çeşitli malların satılabilirlikleri ayrı ayrı gözden geçirilmelidir.[221]

---

208 Bu konularda Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 100-101; **Tekinalp**, Bilanço, s.216 vd.

209 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 99.

210 Bkz., **Funk**, OR., Art. 725, N.2; **Giroud**, s. 68; **Lanz**, s. 119.

211 Bkz., **Lanz**, s. 119.

212 Bkz., **Helbling**, Unternehmesbewertung, s. 119; **Kühn**, s. 50.

213 Bkz., **Atalay**, s. 58.

214 Bkz., **Lanz**, s. 120.

215 Bunlar bir nazım hesapta gösterilebilir, Nazım hesaplar hakkında Bkz., **Tenker**, s. 32.

216 Gerçekleşme ilkesi, *Realisierungsprinzip, Imparitätsprinzip*. Bkz., , yuk. § 4, I, A.dipn. 7 civarı.

217 Bkz., **Lanz**, s. 120.

218 İyileştirme sözleşmesi, Bkz., yuk. § 8, I, A, 2.

219 Bkz., **Lanz**, s. 120. Buradaki şart genellikle bir alacaklının iflâs isteminde bulunması, sermaye kaybı ya da şekli anlamda (yıllık bilançodan anlaşılan) borca batıklıktır, Bkz., **Lanz**, s. 120.

220 Bkz., **Lanz**, s. 120.

Mamul mallar piyasadaki cari fiyatları üzerinden değerlendirilirler. Yarı mamul mallarla hammaddelerin değerlemesi ise daha güçtür. Somut şartlara göre, bunların satılıp satılamayacakları, mamul hale getirilip getirilemeyecekleri veya malı teslim edenin geri satın almaya hazır olup olmadığı hususları değerlendirilmeli, sonucuna göre hareket edilmelidir.[222] Eğer bu malların mamul hale getirilmesi mümkün görünüyorsa cari satış fiyatından mamul hale getirme sırasında yapılması gereken masraflar düşülmelidir. Satılması mümkün olmayan mallar kural olarak bilançoda yer almazlar. Yerine göre ancak hurda değerleri üzerinden aktifleştirilebilirler.

d) Maddi Yatırım Malvarlığı

Ortaklığın sahip olduğu taşınmazlar, enerji santralleri, makineler, alet ve adavat, nakil araçları ve mobilyalar gibi maddi malvarlığı konuları muhtemel satış fiyatları üzerinden değerlendirilmelidirler.[223]

Bu malvarlığı konularının varsayımsal satış fiyatlarının tespiti, nispeten daha güçtür.[224] Örneğin taşınmazlar için bulunduğu bölgedeki emsal satış değerleri gözönüne alınır. Burada iflâs yoluyla tasfiye değil, iradi tasfiye varsayımıyla hareket edildiğinden satış için en uygun görülen zaman ve şartlar dikkate alınarak değerleme yapılabilir.[225] Şüphesiz bu konudaki takdirin gerçekçi olması ve mahkemeye bildirim yükümlülüğünden kaçınma kasdının bulunmaması gerekir.

e) Gayrimaddi Yatırım Malvarlığı

Tek başına satışı mümkün olan gayrimaddi malvarlığı konuları borca batıklığı tespit bilançosunda aktifleştirilebilir.[226] Örneğin lisanslar, patentler, markalar gibi. Bunların aslen veya devren kazanılmaları değerleme bakımından önem taşımaz.

f) Mali Yatırım Malvarlığı

Mali yatırım malvarlığı anonim ortaklığın sahip olduğu iştirakler ve uzun vadeli alacaklardan oluşur.[227]

İştirakleri, döner malvarlığı niteliğimdeki menkul değerlerden ayıran en önemli unsur devamlı nitelik göstermeleridir.[228] Borca batıklığı tespit bilançosunda iştirakler, iştirak edilen işletmenin tahmini değeri ve ortaklığın iştirak payı gözönünde bulundurularak değerlendirilir.[229] Oysa bu malvarlığı konuları yıllık bilançoda kural olarak bunları temsil eden menkul değerlerin borsa fiyatları üzerinden

---

221 Bkz., **Atalay**, s. 59; **Lanz**, s. 120.

222 Bu konularda Bkz., **Helbling**, Unternehmesbewertung, s. 121; **Lanz**, s. 120.

223 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 305; **Atalay**, s. 59; **Gurke**, s. 50; **Lanz**, s. 122; Karş., **Henze**, yazara göre bu mallar işletme bakımından haiz oldukları değer üzerinden bilançoya geçirilirler, s. 38.

224 Bkz., **Wüst**, s. 819.

225 Bkz., **Wüst**, s. 819.

226 Bkz., **Gentinetta**, s. 44; **Lanz**, s. 121.

227 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 106; **Tekinalp**, Bilanço, s. 198 vd.

228 Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 202 vd.

229 Bkz., **Atalay**, s. 60.

değerlendirilirler.[230] Uzun vadeli alacakların değerlemesi bakımından yukarıda "Alacaklar" başlığı altında yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

B- BORÇLARIN DEĞERLEMESİ

1- Genel Olarak

Ortaklığın borçları, borca batıklığı tespit bilançosunun düzenlenme tarihinde itfa edilmeleri için gerekli olan miktar üzerinden değerlendirilirler.[231] Bilançoda sadece muaccel borçlar değil, ortaklığın bütün borçları yer alır.[232] Çünkü burada ortaklığın ödemeden aciz halinde olup olmadığı değil, bilançonun düzenlendiği tarihte bütün borçların ödenmesi gerekseydi, malvarlığının buna yetip yetmeyeceği inceleme konusunu oluşturmaktadır. Vadesi henüz gelmemiş olan uzun vadeli faizsiz[233] ya da düşük faizli borçlar bilançonun düzenlendiği tarih itibarıyla iskonto edilerek değerlendirilirler Uzun vadeli ve yüksek faizli borçlar ise faize tâbi tutulmalıdır. [234]

Ortaklığın çıkarmış olduğu tahviller yıllık bilançonun pasifinde ayrı ve tek bir kalem olarak gösterilirler (TTK., m. 464). Değerlemede itfa değerleri esastır.[235] Borca batıklığı tespit bilançosunda da aynı ilkeler geçerlidir.[236]

Lehine üçüncü bir kişi tarafından kefalet veya garanti verilmiş olan borçlar da bilançonun pasifinde gösterilirler.[237] Çünkü üçüncü kişi borcu ödediği takdirde ödediği miktar ölçüsünde rücu hakkına sahip olur (Bkz., BK., m. 406.I)..

2- Karşılıklar

Yıllık bilançoda ortaklığın vermiş olduğu kefaletten veya garanti sözleşmesinden doğan borçlar ve üçüncü kişi lehine verilen rehinler de ortaklığın borcu olarak pasif tarafta gösterilebilir (TTK., m. 465.I).[238] Aslında bunlar aktif ve pasif toplamı-

---

230 Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 201.

231 Bkz. **Amonn/Gasser**, s. 305;**Gentinetta**, s. 44;**Giroud**, s. 69;**Gutke**, s. 58;**Henze**, s. 38;**Lanz**,s. 124. Kira sözleşmelerinde olduğu gibi, eğer bilançonun düzenlendiği tarihte ortaklık tasfiye edilseydi, bu sözleşmelerden doğan dönemsel edimleri sona erdirmek mümkün olmayacak idiyse, gelecekte zorunlu olarak ödenecek bu edimler de borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilmelidir, **Gurke**, s. 60, 61.

232 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 305; **Bürgi**, OR., Art., 725, N.10; **BGE** 120 III 88; **Egner/Wolff**, s. 100; **Giroud**, s. 69; **Henze**, s. 38; **Krosigk**, yazarın belirttiği gibi borca batıklığın aciz hali veya ödemelerin tatili yanında ikinci bir iflâs nedeni olarak kabul edilmesinin mantıklı sonucu muaccel olsun olmasın bütün borçların hesaba katılmasıdır, s. 325; **Lanz**, s. 124.

233 Örneğin faizi anaparaya eklenerek toplam borcun gösterilmiş olduğu, belirli vadeli veya keşide tarihinden itibaren belli bir müddet sonunda ödenecek bir bono veya poliçe.

234 Bkz., **Helbling**, Unternehmesbewertung, s. 142, **Kühn**, s. 53; **Lanz**, s. 124.

235 Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 109; **Tekinalp**, Bilanço, s. 228.

236 Bkz., **Atalay**, s. 61. **Tekinalp**, tahvillerin sınıflandırılmaksızın yıllık bilançoda tek bir kalem olarak gösterilmesini kamunun aydınlatılması ilkesine uygun bulmamaktadır, Bilanço, s. 228. Bu eleştiri yıllık bilanço için doğru görülebilirse de borca batıklığı tespit bilançosu bakımından tahvillerin tek bir kalem olarak gösterilmelerinde bir sakınca olmadığı kanısındayız.

237 Bkz., **Lanz**, s. 124.

238 Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 228 vd.

nın hesabında dikkate alınmazlar.[239] Fakat, 465. maddenin 2. fıkrası, bunlardan veya ilerde yerine getirilecek teslim ve tesellüm yükümlülüklerinden veya bunlara benzer taahhütlerden doğması muhtemel zararlara karşılık olmak üzere bilançoya yedek akçe konur hükmünü öngörmüştür. Maddede "yedek akçe" denilmesine rağmen bununla kasdedilen karşılıktır.[240] Karşılıklar miktarı ve ödenme zamanı kesin olarak bilinmeyen borçlar, yükümlülükler veya bir karşı edim söz konusu olmaksızın malvarlığında meydana gelebilecek kayıplar için bir güvence olarak ayrılır.[241]

Karşılığa konu olan borcun hukuken doğup doğmadığı da kesin olarak bilinmeyebilir. Ancak iktisaden ortaklığın hesaba katıp karşılık ayırması gereken bir borç söz konusudur (Bkz., TTK., m. 465.II, VUK., m. 288).[242]

Yıllık bilançoda kendileri için karşılık ayrılan borçlar, borca batıklığı tespit bilançosunda, alacağın istenmesi ihtimali de göz önünde bulundurularak ortaklığın ödemesi muhtemel görünen miktar üzerinden gösterilmelidir.[243] Hukuken aslında burada da –tıpkı 465.II maddesinde olduğu gibi bir karşılık ayrılması söz konusudur. Çünkü bilanço gününde borcun miktarı ve ortaklıktan talep edilebileceği tarih kesin olarak bilinmemektedir.[244] Şarta bağlı alacaklarda da benzer ilkeler geçerlidir. Eğer bir borç için ortaklığın borca batık hale girmesi "bozucu şart" olarak öngörülmüşse durumun tespiti sırasında bu borcun dikkate alınmasına gerek yoktur, zaten ortaklık borca batık duruma düştüğünde anılan borç ortadan kalkmaktadır.[245] Bu durumu ileride inceleyeceğimiz "sıradan çekilme" sözleşmesi ile karıştırmamak gerekir. Çünkü sıradan çekilme sözleşmesinde sözleşme kapsamında yer alan borç, borca batıklığın gerçekleşmesiyle ortadan kalkmamaktadır.[246]

Çekişmeli ortaklık borçlarının da miktarı veya hukuken doğup doğmadıkları tam olarak bilinmemektedir. Bu borçlar için ileride ortaklık tarafından ödenme ihtimali gözönünde bulundurularak karşılık ayrılmalıdır.[247] Örneğin ortaklık aleyhine bir tazminat davası açılması halinde durum böyledir.[248] Henüz kesinlik kazanmamış olan vergi borçları için de karşılık ayrılır.[249]

---

239 **Tekinalp**'in belirttiği gibi bu hüküm kamunun aydınlatılması ilkesine hizmet eden bir hükümdür, Sırf kefalet borcu nedeniyle bir değer hareketi meydana gelmiş değildir.Bilanço, s. 121, 228.

240 Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 250.

241 Yıllık bilançoda Karşılıklar hakkında Bkz., **Karayalçın**, Muhasebe, s. 108; **Tekinalp**, Bilanço, s. 250 vd.; **Blumer/Graf**, s. 225 vd.;

242 Bkz., **Gurke**, yazarın belirttiği gibi, hukuken gerçekleştiği kesin olmasa da iktisadi açıdan bir yükümlülük gündeme gelmiş ve bunun yarattığı riziko dolayısıyla karşılık ayrılmışsa, yabancı kaynak niteliği gösteren bir karşılık vardır. s. 59, 60; **Tekinalp** de "belli veya tahmin edilebilen borç ve yükümlülükler" den söz etmektedir, Bilanço, s. 253;

243 Bkz., **Giroud**, s. 70. Bu arada rücu imkânları da titizlikle ve gerçekçi bir şekilde değerlendirilmelidir. Bkz., **Lanz**, s. 128.

244 Bkz., **Gurke**, s. 59 vd.; **Lanz**, s. 127 vd.

245 Bkz., **Lanz**, s. 124.

246 Bkz., aşa. § 11, VII, B, 4.

247 Bkz., **Fischer**, s. 123; **Lanz**, s. 128. Yıllık bilanço açısından Bkz., **Tekinalp**, Bilanço, s. 252; Ayrıca Bkz., **Giroud**, s. 70.

248 Bkz., yıllık bilanço dolayısıyla **Tekinalp**, Bilanço, s. 253.

249 Bkz., **Lanz**, s. 128; yıllık bilanço açısından aynı yönde **Tekinalp**, Bilanço, s. 253.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, varsayılan tasfiyenin gerektireceği masraflar da doğru bir biçimde takdir edilerek bunlar için karşılık ayrılmalıdır.[250]

Buna karşılık yabancı kaynak niteliği göstermeyen karşılıkların borca batıklığı tespit bilançosunda yeri yoktur.[251]

3- Bazı Ortaklık Borçlarının Sermaye Sayılması ve Bunun Borca Batıklığı Tespit Bilançosuna Etkisi

a- Genel Olarak

Alacaklıların bazıları, haklarının öz kaynaklar arasına katılmasına ve böylece pay sahibi, ya da katılma intifa senedi sahibi sıfatını kazanmalarına razı olabilirler. Bazen bu husus alacağı doğuran sözleşmede açıkça öngörülür ve belli şartlara bağlanır. Örneğin hisse senediyle değiştirilebilir tahvil ihracında durum böyledir. Bu durumda ortaklığın bir kısım yabancı kaynakları öz kaynaklara dönüşmekte,[252] böylece öz kaynak yapısı güçlenmektedir. Buna "finansman dönüşümü" (*Umfinanzierung*)[253] veya "vasıf değişikliği" (*Umqualifizierung*)[254] denilmektedir. Eğer öz kaynaklara dönüşen borç miktarı sermaye kaybı veya borca batıklığı giderecek ölçüde ise 324. maddenin öngördüğü tedbirlerin uygulanmasına gerek kalmaz.

Pay sahipleri, bu sıfatlarından doğan haklar dışında da ortaklığa karşı alacaklı durumda olabilirler. Normal şartlar altında pay sahiplerinin alacaklı sıfatına sahip olmaları diğer herhangi bir alacaklıdan farklı sonuç doğurmaz.[255] Örneğin, ortaklıkla yapılan bir eser sözleşmesinin müteahhidi olarak, hizmet sözleşmesi veya ortaklığa vermiş oldukları bir ödünç dolayısıyla bu sıfatı kazanabilirler.[256] Gerek pay sahipliğinden doğan mali haklar,[257] gerek diğer alacaklar ilke olarak borca batıklığı tespit bilançosunun pasifinde herhangi bir ortaklık borcu gibi gösterilirler.[258]

Ödünç sözleşmesine dayanan alacaklar özellikle vergi hukuku bakımından önem taşır. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 16. maddesine göre; "Kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar, teşebbüste devamlı olarak kullanılır ve bu istikrazlarla kurumun öz sermayesi arasındaki nispet emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye sayılır." Aynı yasanın 15. maddesinin 2 Numaralı bendine göre örtülü sermaye

---

250 Bkz., yuk., § 10, II, B.

251 Bir iş yılı içindeki başarıyı periyodik olarak diğerlerinden ayırmak için o iş yılı içinde doğan ve diğer yıllara sirayet eden zararlar için de karşılık ayrılır. Burada öz kaynak karakteri ağır basar, Bkz., **Gurke**, s. 59, 60; Ayrıca Bkz., **Lanz**, s. 128.

252 Bkz., **Weidmann**, s. 6.

253 Bkz., **Weidmann**, s. 6.

254 Bkz., **Böckli**, s. 906 vd.; **Lanz**, s.125.

255 Bkz., **Hueck**, s. 344; **Lanz**, s.125.

256 Bkz., **Weidmann**, s. 4,6.

257 Kâr payı alacağı, ya da tali yükümlülükler karşılığı yüklenilen ortaklık borçları gibi.

258 Bkz., **Hefehrmehl**, Großkomm., § 92, N. 19.

üzerinden ödenen veya hesaplanan faizler kurum kazancının tespiti sırasında hasılattan indirilemezler.[259] Görüldüğü gibi örtülü (öz) sermaye sayılan bazı ödünçler öz kaynaklarla aynı işleme tâbi tutulmuşlardır. Ancak bunun için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bir kere, ödünç kurum (ortaklık) ile doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi içinde bulunan veya kurumla arasında devamlı ve sıkı bir iktisadi bağ olan bir kişiden alınmalıdır. Ayrıca alınan ödünç ortaklık tarafından sürekli olarak kullanılmalı ve bu ödünçle kurumun öz sermayesi arasındaki oran emsal kurumlara kıyasla açık bir fazlalık göstermelidir. Örneğin bir pay sahibinin ortaklığın içine düştüğü öz kaynak sıkıntısını gidermek amacıyla uzun vadeli olarak ortaklığa önemli miktarda ödünç vermesi durumunda, eğer bu miktar ödünç başka bir kişi tarafından bu şartlar altında verilemeyecek türden ise ortada örtülü bir öz kaynak temini söz konusudur. Başta pay sahipleri olmak üzere ortaklıkla sıkı bir ekonomik bağı olanlar tarafından sağlanan alacaklar, ekonomik şartlara, objektif ölçülere uygun düşmeyen nitelikte. iseler ve sadece öz kaynak sıkıntısını gidermek amacıyla ortaklığa verilmişse örtülü (gizli) öz kaynak unsuru olarak kabul edilirler.[260] Bunun için alacaklı pay sahibinin pay sayısı bakımından ortaklığa egemen veya önemli bir etki gücüne sahip olması, dolayısıyla ortaklığın finansman şeklini belirleyebilecek durumda olması gerektiği belirtilmektedir.[261] Bu şartlar altında, ortaklık pay sahiplerinin alacaklarını vergi hukuku açısından borç olarak kabul edemez. Böylece işleyen faizler de masraf olarak vergi matrahından düşülmez.[262]

Belirtmek gerekir ki, örtülü sermaye sayılan bu ödünçlerin vergi hukuku bakımından yabancı kaynak (borç) olarak kabul edilmemesi, faizlerinin matrahtan indirilememesi, özel hukuk bakımından bunların borç olma niteliklerini ortadan kaldırmaz. Alacaklı kural olarak muaccel hale gelmiş alacağını fer'ileriyle birlikte talep edebilir. Fakat, bu alacaklar hukuken herhangi bir üçüncü kişiden sağlanan alacaktan farklı görülmeyebilirse de ekonomik bakımdan çok farklı bir nitelik taşırlar.[263] Bu olgudan hareketle Alman ve İsviçre özel hukuk öğretisinde, bazı şartlar altında pay sahibinin ortaklığa vermiş olduğu borcun (ödüncün) öz kaynak olarak muamele göreceği (*eigenkapitalersetzende Aktionärdarlehen*)[264] , sonuçta pay sahibinin bu alacağının aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoda ortaklığın borçları arasında gösterilmeyebileceği görüşü savunulmuştur.[265] Buna göre belirli şartların

---

259 Öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizler esasen hasılattan indirilemezler(KVK., m. 15, N.1).

260 Bkz., **Weidmann**, s. 4; **İFMK**, Steuer Revue 1974, s. 306.

261 Bkz., **Weidmann**, s. 5. Bkz., **Dnş. 13.D**. 12.1.1976 tarih ve. E. 1975/l, K. 1976/39 sayılı kararı. Kararda davacı kurumun çıkardığı tahvilleri piyasaya arz etmeyerek % 88,63 ortaklık payına sahip olan Ordu Yardımlaşma Kurumu'na satması veya sermaye avansı adı altında borçlanması karşısında KVK., m. 16 anlamında örtülü bir sermaye sağlanmasının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Karar için Bkz., **Can/Kayar**, s.234.

262 Bkz., **Weidmann**, s. 4-5.

263 Bkz., **Hueck**, s. 344.

264 Bkz., von **Greyerz**, Darlehen, s. 553 vd.; **Hueck**, s. 344 vd.; **Schmidt**, Bankkredite, s. 166 vd.; **Lanz**, s. 125 vd.

265 Bkz., von **Greyerz**, Darlehen, s. 553 vd.; **Lanz**, s. 125 vd.

gerçekleşmesi durumunda bu alacak hakkında artık faiz işletilmez ve söze konu alacak pay sahibi tarafından ortaklıktan geri istenemez. İflâsın açılması durumunda da borç veren pay sahibi bunu iflâs masasına alacak olarak yazdıramaz.[266] Kuşkusuz bu sonuca varılırken sadece ekonomik gerçekler gözönünde bulundurulmamıştır. Görüşün hukuki temellerini aşağıda inceleyeceğiz.

b- Pay Sahibinin Verdiği Ödüncün Sermaye Sayılmasının Şartları

Ödünçten sermayeye vasıf değişikliği, özel hukuk ilişkilerine esaslı bir müdahale olarak karşımıza çıkar. İşlem güvenliğini zedeleyebilir.[267] Bu nedenle bu sonucun doğduğunun kabul edilebilmesi, yani ortaklığın borcu ifadan kaçınabilmesi için çok istisnai ve dar yorumlanması gereken şartların gerçekleşmesi gerekir.[268]

Özellikle az ortaklı ve kapalı aile ortaklıklarında ortaklığın içine düştüğü mali krizi sona erdirmek için pay sahipleri tarafından kaynak sağlanır.[269] Önemle işaret edilen husus, bir ödüncün sermaye sayılması bakımından borcun veya faizinin geri ödenmesi gereken tarihteki değil, verildiği andaki şartların gözönünde bulundurulması gereğidir.[270] Ödüncün miktarı ve verilme şartları, borcun verildiği sırada ortaklığın içinde bulunduğu malvarlığı durumu bu konuda belirleyici rol oynar. Bu ölçütlere göre, sağlanan ödünç olağan dışı, yani herhangi bir üçüncü kişiden elde edilemeyecek türden ise sermaye olarak işlem göreceği belirtilmektedir.[271]

Ödüncün sermaye sayılması, ancak borcun verildiği anda mali durumu iyileştirilmeye muhtaç olan bir ortaklık için söz konusu edilebilir.[272] Yıllık bilançodan veya aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançodan ortaklığın şekli veya maddi anlamda borca batık durumda olduğu anlaşılıyorsa mali durumun iyileştirilmesi ihtiyacının mevcut olduğu sonucuna varılmalıdır.[273] Bir kanton mahkemesi kararına göre, pay sahipleri borca batıklık durumunu bilerek ve mahkemeye bildirim yükümlülüğünü bertaraf etmek kasdıyla ortaklığa para verirlerse buna bir ödünç nazarıyla bakılmaz. Öz sermayeye katılan bir edim olarak değerlendirilir. [274] Fakat, borcun verildiği sırada bunun mutlaka bir bilançoyla tespit edilmiş olması, ya da mali durumdaki bozulmanın borca batıklık derecesine ulaşması şart değildir. Somut durum ve şartlara göre, mali durumun ciddi şekilde bozulduğu, hele çeşitli olgulardan hareketle ortaklığın yaşama yeteneğinin kalmadığı sonucuna varılması yeterli

---

266 Bkz., **Hueck**, s. 344; von **Greyerz**, Darlehen, s. 553; **Schmidt**, Bankkredite, s. 168.

267 Bkz., von **Greyerz**, Darlehen, s. 556.

268 Bkz., **Ckaussen**, s. 202; von **Greyerz**, Darlehen, s. 550; **Lanz**, s. 125.

269 Bkz., **Schmidt**, Bankkredite, s. 172.

270 Bkz., **Hueck**, s. 345; von **Greyerz**, Darlehen, s. 551. Bkz., GmbHG., § 32a,I. Karş., BGHZ, 75, 334. Kararda Alman Federal Mahkemesi, pay sahibinin ödünç verirken, ortaklığın ileride ödüncün sermaye sayılmasını gerektirecek şartlar içine gireceğini fark edebilecek durumda olmasını yeterli saymıştır, Karar hakkında Bkz., **Hueck**, s. 345.

271 Bkz., **Hueck**, s. 345; von **Greyerz**, Darlehen, s. 550; **Lanz**, s. 125; **BGHZ** 76, 326, 330. Karar hakkında Bkz., **Hueck**, s. 345.

272 Bkz., **Claussen**, s. 196, 197 vd.; von **Greyerz**, Darlehen, s. 551; **Lanz**, s. 125.

273 Bkz., **Hueck**, s. 345; **Lanz**, s. 125.

274 Fribourg Kanton Mahkemesinin 20.9.1977 tarihli kararı. Karar hakkında Bkz., **Lanz**, s. 126.

sayılabilir.[275] Bu konuda önemli ölçütlerden biri de ortaklıkta ciddi bir öz kaynaklar darlığının (*Unterkapitalisierung*) yaşanmasıdır.[276]

Ödüncün sermaye sayılabilmesi için sadece ödünç verildiği sırada ortaklığın mali kriz içinde bulunması yetmez. Verilen ödüncün kapsamı ve şartları da olağan olup olmamalarına göre incelenmelidir. Buna göre ödünç için öngörülen düşük faiz miktarı, vadenin uzun olması, alacaklı pay sahibinin fesih hakkı bulunmaması, alacağın teminatsız veya teminatın yetersiz olması, alacağı ispata yarayan yazılı belge düzenlenmemesi olağan dışı bir borç ilişkisinin varlığına işaret eder.[277]

c- Ödüncün Sermaye Sayılmasının Hukuki Temelleri

Aslında hukukumuzda olduğu gibi, İsviçre ve Almanya'da da, mali kriz durumlarında pay sahibinin anonim ortaklığa ödünç olarak verdiği paranın sermaye olarak işlem göreceğini öngören açık bir yasa hükmü yoktur. Buna karşılık Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nda bu konuda özel hükümler getirilmiştir (Bkz., GmbHG., § 32a, 32b, ayrıca Bkz., AİK., § 32a).[278] Alman öğreti ve yargı kararlarında bu düzenlemenin belli şartlarda anonim ortaklığın pay sahipleri tarafından verilen ödünçler bakımından da kıyasen uygulanmasının mı, yoksa bizzat anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerden hareketle aynı sonuca varılmasının mı daha doğru olacağı konusunda farklı görüşler ortaya konulmuştur.[279]

İsviçre ve Alman Hukuklarında pay sahibinin ödünçlerinin belli şartlarda sermaye sayılması, güvenin korunması (*Vertrauenschutz*), hukuki görünüş ("*Rechtsscheinprinzip*") ve malvarlığının korunması ilkeleri ile açıklanmaktadır.[280] Şöyle ki:

Ortaklığın hayatta kalmasını sağlamak için acil öz kaynağa ihtiyaç duyulmasına rağmen bunun yerine pay sahibi tarafından ödünç para verilirse, sağlanan bu

---

275 Bkz., von **Greyerz**, Darlehen, s. 551.

276 Bkz., **Claussen**, s. 207; **Farrenkopf**, s. 37. Limited ortaklıklar bakımından **Hueck**, s. 343.

277 Bkz., von **Greyerz**, Darlehen, s. 552; **Lanz**, s. 126.

278 GmbHG, § 32a'ya göre, ödüncün verildiği tarihte orta düzeydeki bir tacirin bunun yerine ortaklığa öz kaynak sağlayacağı kabul edilmek gerekiyorsa bu ödünç öz kaynak olarak işlem görür. Bu konuda Bkz., **Hueck**, s. 344; **Claussen**, yazar bu yeni düzenlemeyi ve ardından çıkan Alman Federal Mahkemesinin 21.9.1982 tarihli kararını eleştirmekte, özellikle mali durumun iyileştirilmesi ihtiyacına bir unsur olarak yer verilmemesini doğru bulmamaktadır, Yazara göre bu düzenleme belirsizlik yarattığı için ortaklar ortaklığa para vermekten çekineceklerdir, s. 196, aynı yönde **Schmidt**, s. 171, 172.

279 Kıyasen uygulama taraftarı olanlar **Schmidt**, s. 173; **Lutter/ Hommelhof**, s.30; Anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerden hareket edenler, **Claussen**, s. 202, **Hueck**, s. 345; **Farrenkopf**, yazar özellikle APOK., § 57'den hareketle bu sonuca varmaktadır, s. 34 vd. ve s. 75 vd. **Ketzer**, s. 27 vd.özellikle s. 30. Karş., **OLG** Düsseldorf, ZIP., 83, 786, Kararda yasakoyucunun limited ortaklıklara benzer bir düzenleme getirmemesi karşısında artık şimdiye kadarki yargı kararlarından hareketle anonim ortaklıklarda ödüncün sermaye sayılması imkânının kalmadığı belirtilmektedir, Kararın değerlendirmesi için Bkz., **Ketzer**, s. 26; **Farrenkopf**, s. 33. .Daha limited ortaklıkla ilgili düzenleme yapılmadan önce, hem anonim ortaklıklar, hem de limited ortaklıklar için BGB, § 826'ya dayanılarak ödüncün sermaye sayılabileceğini öngören yargı kararları mevcuttu. Bkz., **Ketzer**, s. 31 vd.; **BGH.**, 31, 158, 302. Karar hakkında Bkz., **Schmidt**, Bankenkredite, s. 174.

280 Bu konuda Bkz., **Claussen**, s. 203; **Hueck**, s. 344; von **Greyerz**, Darlehen, s. 556 vd.; **Ketzer**, s. 32 vd.; özellikle s. 37; **Lanz**, s. 126 vd.; **Lutter/ Hommelhof**, s.31, 35 vd.. Öne sürülen diğer gerekçeler ve eleştirileri hakkında Bkz., **Ketzer**, s. 34 vd..

kaynak ortaklığın varlığı sürekli ve istikrarlı bir şekilde güvence altına alınıncaya kadar geri istenmemelidir. Çünkü kaynak ortaklığın ayakta kalmasına hizmet için verilmiştir. Hal böyle iken mali kriz sona ermeden paranın geri çekilmesi ödüncün verilme amacına aykırı düşer.[281] Alacaklının amaca aykırı olan bu davranışı hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir.[282] Bu şartlarda ortaklığa kaynak sağlayan pay sahibi, diğer alacaklılarla eşit işleme tâbi tutulmasını isteyememelidir.[283]

Öte yandan, öz kaynak darlığı, hatta borca batıklık içinde bulunan bir ortaklığa pay sahibi tarafından para verilmekle bu ortaklık üçüncü kişilerle yeniden işlemlere girişme imkânını elde eder. Ortaklığın pay sahibi tarafından himayesi iş çevresi içinde finansal yönden güvenceye kavuşturulduğu ve artık borçlarını ifa edebilecek durumda olduğu izlenimini uyandırır. Halbuki pay sahibinin ödüncü yabancı kaynak olarak işlem görürse ortaklığa ödünç verilmeden önce alacaklı sıfatını taşıyan üçüncü kişilerin durumu daha da kötüleşir. Çünkü hem pay sahibinin, hem de verilen ödünce güvenerek ortaklıkla ilişkiye giren sonraki alacaklıların hakları, muhtemel bir iflâs durumunda önceki alacaklının alacağına tam olarak kavuşmasına engel olur. Böylece pay sahibinin himayesi beklenilenin aksine bir sonuç doğurabilir.[284] Hele pay sahibi iflâstan önce verdiği ödüncü geri istemeye kalkışırsa diğer alacaklıların hukuki durumu daha da vahim hale gelir. İşte hukuki görünüş ilkesi çerçevesinde denilmektedir ki; eğer pay sahibi finansal açıdan sağlıklı bir ortaklık izlenimi uyandırmışsa kendi neden olduğu bu hukuki görünüşle çelişir biçimde hareket edemez.[285] Pay sahibinin bu şartlarda rizikoyu alacaklılara yükleme hakkı yoktur.[286]

Malvarlığının korunması ilkesi de bir hukuki dayanak olarak gösterilmektedir. Pay sahibinin mali kriz döneminde getirdiği para ödünç sayılırsa buna faiz yürütülecek ve sorumlu malvarlığı haksız biçimde kayba uğratılacaktır. Bu anonim ortaklıkta katılma paylarının açık ve örtülü olarak iade edilememesi kuralına ters düşecektir.[287]

Bu arada pay sahibinin ödüncünün sermaye sayılmasının hukuki niteliği konusunda belirgin bir görüş ayrılığının mevcut olduğunu görüyoruz. Daha çok İsviçre hukukunda savunulan bir görüşe göre, bu durumda pay sahibinin verdiği ödünç bir borç olarak değil, ilâve bir katılma payı olarak kabul edilir ve öz kaynaklara dahil sayılır.[288] Dolayısıyla artık pay sahibinin bir alacak hakkı bulunmamaktadır.

---

281 Bu konularda Bkz., **Hueck**, s. 345; **Lutter/Hommelhof**, s.35; **Lanz**, s. 126; **Wüst**, s. 817; **BGH**, 31, 258. Kararın özeti için Bkz., **Hueck**, s. 345, **Ketzer**, s.32, **Schmidt**, Bankenkredite, s. 174. Karş., **Ketzer**, s. 32, 34 vd.

282 Bkz., von **Greyerz**, Darlehen, s. 556.

283 Bkz., **Hueck**, s. 344.

284 Bu konuda Bkz., **Lanz**, s. 127.

285 Bkz., Bkz., **Ckaussen**, s. 203; von **Greyerz**, Darlehen, s. 556; **Ketzer**, s. 37 vd. s. 44, 45 vd. 47; **Lutter/Hommelhoff**, s. 36; **Lanz**, s. 127; **BGHZ** 75, 334, Karar hakkında Bkz., **Ketzer**, s. 37.

286 Bkz., **Ketzer**, s. 46.

287 Bkz., **Farrenkopf**, s. 34 vd. **BGHZ**., 75, 334, Karar limited ortaklıklarla ilgilidir ve GmbHG, § 32a'dan önceki döneme aittir, karar hakkında Bkz., **Ketzer**, s. 32,37. APOK., § 57 bu konuda daha açık bir hüküm getirmekte ise de, bizde de aynı ilkenin geçerli olduğunu yukarıda belirtmiştik, Bkz., yuk. § 4, I, B ve C.

288 Bkz., von **Greyerz**, Darlehen, s. 556; **Lanz**, s. 127.

Buna karşılık Alman Hukukunda, belirli şartlarda pay sahibinin ödüncünün sermaye sayılmasının onun bir borç olma niteliğini ortadan kaldırmadığı belirtilmektedir.[289] Bir kere bu ödünç diğer pay sahipleri karşısında bir ortaklık borcu olma niteliğini sürdürür.[290]Diğer alacaklılar karşısında da durum farklı değildir. Ortaklık sadece mali kriz süresince bu parayı geri ödemekten kaçınma yetkisi veren bir defi hakkı elde eder. Bunun anlamı ortaklığın iflâsı durumunda pay sahibinin ödüncünün öz kaynaklar gibi işlem görmesidir.[291] Sermaye sayılması gereken bir ödünç pay sahibine geri ödendikten sonra ortaklık iflâs ederse bu geri ödemenin sermaye açığı ölçüsünde iptal davasına konu olması mümkündür (Bkz., AİK., m. 32a).[292]

d) Borca Batıklığı Tespit Bilançosuna Etkisi

Sermaye sayılmanın hukuki niteliği hakkında ortaya çıkan görüş ayrılığı, sermaye sayılmanın borca batıklığı tespit bilançosuna etkisi konusunda da kendini göstermiştir. İsviçre Hukukunda bu durumda ödüncün tamamen öz kaynaklara dönüşeceği kabul edildiğinden, artık bu ödüncün -yıllık bilançodan ve ortaklığın defterlerinden bağımsız olarak- borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilmeyeceği belirtilmektedir.[293] Dolayısıyla bu ödünçler bakımından kabul edilen bir vasıf değişikliği tespit bilançosunun borca batıklık sonucu vermesine engel olabilir.

Buna karşılık Alman Hukukunda egemen olan görüşe göre, mali durum düzelinceye kadar ortaklığın bu ödünçleri ifadan kaçınabilmesi ve iflâs durumunda bu alacakların talep edilememesi, bunların borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilmelerine engel değildir.[294] Çünkü aksi takdirde, ortaklık ve pay sahipleri bu ödünçleri o andaki çıkarlarına göre bazen öz kaynak, bazen de gerçek bir borç sayarak borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü geciktirebilir. Bu alacaklar ancak ödünç verenin sonraki bir işlemi, özellikle ortaklıkla sıradan çekilme sözleşmesi[295] yapması suretiyle bunların öz kaynak vasfının kuvvetlendirilmesi durumunda borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilmeyebilirler.[296] Eğer bir pay sahibi, kriz durumunu bilerek ve borca batıklığı bertaraf etmek niyetiyle ortaklığa kaynak sağlamışsa buna sıradan çekilme sözleşmesi nazarıyla bakılacağı belirtilmektedir.[297] Görüldüğü gibi İsviçre ve Alman öğretilerinde savunulan görüşler şu noktada aynı sonuca varmaktadırlar: Eğer pay sahibi borca batıklık derecesinde bir mali krizi bilerek ve bunu

---

289 Bkz., **Farrenkopf**, s. 38; **Hueck**, s. 344 vd.

290 Çünkü aksi sonuca varılması pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesine aykırı olurdu, Bkz., **Farrenkopf**, s. 38. Karş., İsviçre Hukukunda **Lanz**, yazara göre öz kaynak sayılan ödünç "eşit işlem ilkesine uygun olarak" pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılabilir.s.125. Bu son görüş ortaklığa para getirenle getirmeyeni aynı kefeye koymaktadır.

291 Bkz., **Claussen**, s. 203; **Hueck**, s. 344.

292 Bu husus anonim ortaklıklar hakkında da kabul edilmektedir. Bkz., **Hueck**, s. 346.

293 Bkz., **Lanz**, s. 127.

294 Bkz., **Ketzer**, ve yazarın yollama yaptığı diğer kaynaklar s. 189 vd.

295 Bu konuda Bkz., aşa. § 11, VII, B, 4.

296 Aynı şekilde daha önceki bir yıllık bilançoda öz kaynaklar arasında gösterilen bir ödünç de borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilmeyebilir, Bu konularda Bkz., **Ketzer**, s. 190.

297 Bkz., **Ketzer**, s. 190 ve dipn. 69'da anılan kaynaklar.

gidermek amacıyla her ne ad altında olursa olsun ortaklığa para vermişse artık bunu borca batıklığı tespit bilançosunda pasifleştirmeye gerek yoktur.

d- Sonuç ve Görüşümüz

Kanımızca hukukumuz açısından da aynı gerekçelerle ve aynı şartlarda böyle bir vasıf değişiminin mümkün olduğu sonucuna varmak gerekir. Aslında anonim ortaklıkta pay sahibinin katılma payından başka ortaklığa yeni öz kaynak getirmek yükümlülüğü yoktur (Bkz., TTK., m. 405).[298] Fakat buradaki durum, ortaklığa yeni katılma payı getirilmesinden farklıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi ödüncün 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 belirtilmektedir. Ayrıca bu gerekçelerin destekleyicisi olarak malvarlığının korunması ilkesi de gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim Kurumlar Vergisi Kanunu da bu şartlarda getirilen paranın ödünç vasfına itibar etmemiş, onu örtülü bir sermaye saymak gereğini duymuştur (m. 16, 15). Kanımızca somut durumlarda alt başlık "b"de saydığımız şartlar titizlikle incelenmek koşuluyla bizde de aynı sonuca varmak mümkündür.

Ödüncün sermaye sayılmasının hukuki niteliği ve borca batıklığı tespit bilançosuna etkisi bakımından Alman öğretisinde ve yargı kararlarında ortaya konulan görüşler bize daha doğru gelmektedir. Kanımızca da bu şartlar altında ortaklık sadece bir defi hakkı elde eder. Eğer pay sahibi . kriz durumunu bilerek ve borca batıklığı bertaraf etmek niyetiyle ortaklığa kaynak sağlamışsa buna ilişkin alacak borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilmeyebilir. Ortaklık buna rağmen iflâs ederse iflâs idaresi bu ödüncü diğer borçlarla birlikte geri ödemekten kaçınabilir.

IV - BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR

Aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilanço üç çeşit sonuç verebilir: a) Borçlar malvarlığını aşmaktadır, b) Borçlar malvarlığına eşittir, c) Borç miktarı malvarlığından küçüktür. Bunlardan sadece ilkinde mahkemeye bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir (TTK., m. 324.II, c. 3, İİK., m. 179).[299] İkinci olasılıkta, daha malvarlığı tam olarak borçları karşılamaktadır. Karşılıksız kalan borçlar değil, esas sermayenin tamamıdır O halde ortaklık henüz borca batık durumda olmadığından mahkemeye bildirimde bulunulamaz.[300] Fakat esas sermayenin üç-

---

[298] Bu farklılık nedeniyle GmbHG, § 32a vd. nın anonim ortaklıklar hakkında kıyasen uygulanamayacağı hakkında Bkz., **Farrenkopf**, s. 33.

[299] Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 308; **Egner/Wolff**, s. 101; **Harneit**, s. 11; **K. Schmidt**, Konkursgründe, s. 337; **Lanz**, s. 115; **Schürer**, s. s. 27 vd; 74; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 722.

[300] Bkz., **Lanz**, s. 110;; **Schürer**, s. 74; Karş., **Arslanlı**, s. 121; **Çevik**, AŞ., s. 527; **Y.11.HD.**, 17.11.1977 tarih ve 4901/5096 sayılı Kararı, Karardan maddi vakıa tam olarak anlaşılmamakla birlikte Yargıtay „şirket sermayesinin tamamını kaybettiği halde müdürler kurulu durumu mahkemeye intikal ettirmemiş ve TTK.'nun 324. maddesinde yazılı işlemleri de yerine getirmemiş olduğuna göre bunların ibralarına

te ikisi esasen karşılıksız kaldığı için genel kurulun derhal olağanüstü toplantıya çağrılması zorunludur /TTK., m. 324.II, c.2). Öğretide, -olması gereken hukuk bakımından- mahkemeye bildirim yükümlülüğünün doğması için aslında en uygun zamanın malvarlığı ile borçların birbirine eşitlendiği tarih olduğu görüşü savunulmuştur.[301] Üçüncü olasılıkta ise sermaye kaybının derecesi önemlidir. Eğer sermaye kaybı esas sermayenin 2/3' ü oranında ise yönetim kurulu genel kurulu olağanüstü toplantıya çağıracaktır.

Borca batıklığın ara bilançodan tespiti ile birlikte ortaklığın geleceği hakkında karar vermek yetkisi ticaret mahkemesine geçer.[302] Mahkeme borca batıklık bildirimi üzerine duruma el koyar. Bu nedenle genel kurul artık ortaklığın feshine (ve TTK. gereğince tasfiyeye) karar veremez (Karş., TTK., m. 434.I, N.9).[303]

Yönetim kurulunun ve genel kurulun durumun mahkemeye bildirilmesi yanında mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirleri uygulayıp uygulayamayacakları veya bu konuda ne derece yetkili oldukları aşağıdaki paragrafta ele alınacaktır.[304]

---

ilişkin kararın iptali doğrudur" demektedir. Eğer esas sermaye tamamen karşılıksız kaldığı halde borçlar malvarlığını geçmiyorsa mahkemeye bildirim yükümlülüğünün şartları gerçekleşmez.. Karar için Bkz., **Başbuğoğlu**, s. 465. ETK. Dönemi'nde aynı yönde **Hirş**, s. 268.

301 Bkz., **Harneit**, yazara göre bu tarihten önce yapılacak bir bildirim işletme sahiplerinin, işçilerin ve ülke ekonomisinin zararına sonuçlar doğuracağı gibi, eşitliğin borçlar lehine 1 Alman Markı derecesinde bozulmasını beklemek de alacaklılara zarar vermek anlamına gelir, s. 10.

302 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 626 vd.

303 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 170; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 633; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 18.

304 Bkz., aşa. § 11, VII, B.

§ 11 BORCA BATIKLIĞI MAHKEMEYE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I - GENEL OLARAK ORTAKLIĞIN KENDİ İFLÂSINI İSTEMESİ

Genel olarak sermaye ortaklıklarında borca batıklığın hukuki sonuçları İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde öngörülmüştür.[1] Bilindiği gibi sermaye ortaklıkları; anonim ortaklıklar (TTK., m. 269 vd.), limited ortaklıklar (TTK., m. 503 vd.) ve kooperatiflerdir. Türk Ticaret Kanunu' nun 324. maddesinin 2. fıkrası İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesine oranla özel hüküm niteliğindedir.[2] Bu nedenle hükümler arasında çelişki halinde „Özel Hükmün genel hükme önceliği" kuralı gereğince anonim ortaklıklar bakımından öncelikle uygulanır.[3]

179. maddede, alacaklıların da borca batık ortaklığın İflâsını isteyebilecekleri öngörülmüştür. 324. maddenin 2. fıkrasında ise, alacaklıların sadece İflâsın ertelenmesini isteyebilecekleri belirtilmektedir. Bu iki hüküm bu noktada birbiri ile çelişki içinde bulunmadığından alacaklılar her iki hükümde kendilerine tanınan imkânlardan ayrı ayrı yararlanabilirler. Yani borçlunun İflâsını isteyebilecekleri gibi (İİK., m. 179), iflâsın ertelenmesini de talep edebilirler (TTK., m. 324.II, c.5).

İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi yönetim kurulunun ortaklığın borca batık halde bulunduğunu mahkemeye „beyan" edeceği hükmünü getirmektedir. Hüküm bu bakımdan 324. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemeyle uyum içindedir (c. 3). Yani yönetim kurulu tarafından İflâsın açılması istenmemekte sadece durum mahkemeye bildirilmektedir. Bildirimin hukuki niteliği konusunda yargı kararlarında ve öğretide öne sürülen görüşleri aşağıda inceleyeceğiz.

İki hüküm arasında tereddüte yol açabilecek bir diğer husus da şudur: 324. maddede yönetim kurulunun durumu mahkemeye bildirmeye „mecbur" olduğu belirtildiği halde (f.2, c.3), İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde bildirim yükümlülüğü gereği gibi ifade edilmemiştir. Maddede sanki bildirimin zorunlu olmadığı anlamına gelecek şekilde durum yönetim ve temsile yetkili olanlar tarafından „beyan ... edilirse" denilmiştir. Fakat buna rağmen İcra ve İflâs Kanunu açısından da borca batıklık bildiriminin isteğe bağlı olmayıp, zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir.[4] Çünkü aynı yasanın 345.a maddesine göre bu bildirimin yapılmaması bir suçtur. Cezai yaptırım dahi öngörüldüğüne göre, bildirim yükümlülüğünün emredici niteliğinden şüphe edilmemelidir.

---

1 Borca batıklık sermaye ortaklıkları için İsviçre Hukukunda da bir özel iflâs nedeni olarak kabul edilmiştir (İsv.İK., m. 192). Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 308.

2 **Üstündağ**'a göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi aslında anonim ortaklıklar bakımından 324. maddeye yapılan dolaylı bir atıftır, Düşünceler, s. 17.

3 Nitekim yukarıda bu gerekçeyle borca batıklığın tespiti bakımından sadece 324. maddenin 2. fıkrasında öngörülen ara bilançonun esas oluşturacağını belirtmiştik, Bkz., yuk., § 10, I, A.

4 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 625; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 176; **Franko**, s. 414..

İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun bizzat kendi İflâsını istemesini öngören başka hükümler de bulunmaktadır. Anılan yasanın 178. maddesinin 1. fıkrasına göre, borçlu aciz halinde bulunduğunu bildirerek kendi İflâsını isteyebilir. Ödemeden âciz halde bulunan borçlu, bir alacaklının borcun ödenmemesi dolayısıyla iflâs takibinde bulunmasını, ya da ödemelerin tatiline dayanarak iflâs davası açmasını (İİK. m. 177. II) beklemek zorunda değildir.[5] Bu hükümle borca batıklık halinde bildirim yükümlülüğünü öngören Türk Ticaret Kanunu'nun 324. (ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 179.) maddesi arasında başlıca şu farklar bulunmaktadır:

– İcra ve İflâs Kanunu'nun 178.I. maddesi sadece sermaye ortaklıkları hakkında değil, bütün tacirler hakkında (İİK., m. 43) geçerlidir.

– 178. maddedeki iflâs nedeni borca batıklıkla ilgili olmayıp, aciz haline ilişkindir. Borca batık halde bulunan kişi ortaklıkları bu hükme dayanarak kendi iflâslarını isteyemezler.[6]

– 178. maddeye göre iflâs talebinde bulunulması ve iflâs kararı verilmesi borçlunun isteğine bağlıdır (f.1,Karş. f.2). Oysa hem Türk Ticaret Kanunu'nun 324.II. maddesinde, hem de İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde borca batık halde bulunan ortaklığın zorunlu olarak mahkemeye bildirimde bulunacağı öngörülmüştür.

– Borca batıklık halinde alacaklılar ortaklığın iflâsını isteyebilirler (İİK., m. 179). Oysa alacaklılar ödemelerin tatili şeklinde ortaya çıkmadıkça sadece borçlunun aciz halinde bulunduğu gerekçesiyle iflâs isteminde bulunamazlar. Alacaklılar borçlu aleyhine yaptıkları takip sonuçsuz kalmışsa, yani fiilen haklarını elde edememişlerse iflâs davası açabilirler. Ayrıca alacaklılar 177. maddede öngörülen hallerde borçlunun doğrudan doğruya iflâsını isteyebilirler. Özellikle anılan maddenin 2. numaralı bendinde sözü geçen ödemelerin tatili aciz halinin somut bir görünümüdür.[7]

– İcra ve İflâs Kanunu'nun 178.I. maddesinden farklı olarak 324. madde gereğince İflâs isteminde bulunulması gerekmemekte, durumun sadece mahkemeye bildirilmesi yeterli görülmektedir.[8]

– Borca batıklık sabit olmadıkça iflâsın açılmasına karar verilemezken 178. maddenin 1. fıkrasında 1985 yılında 3222 ve 1988 yılında 3494 sayılı Kanunlarla değişiklik yapılmadan önce iflâsa karar verilebilmesi için borçlunun gerçekten aciz hali içinde olduğunu ispat etmesi gerekmiyordu.[9] Yapılan değişiklikle aciz halindeki bir borçlunun kendi iflasını istemesi halinde bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının

---

5 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 306; İsviçre Hukukundaki konuya ilişkin düzenleme bizimki ile aynıdır, Bu konuda Bkz., İsv.İİK., m. 191.

6 Karş., **Kuru**, yazar kişi ortaklıklarının borca batık olduklarını bildirerek kendi iflâslarını istemek zorunda olmadıklarını belirtmektedir, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 624.

7 Bkz., yuk. § 3, III, D, 1.

8 Bkz., aşa. § 11, II.

9 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, C.III, s. 2793; İsv.İİK., m. 191 hükmü bakımından da aynı sonuca varılmaktadır; Bkz., **Baumann**, s. 84; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 16; **Lanz**, s. 144; **Amonn/Gasser**, s. 306; yazarlar uygulamada henüz iflâs aşamasına gelmemiş borçluların da sık sık bu yola başvurduklarını belirtmektedirler, s. 306. Karş., **Umar/Yılmaz**, yazarlar yasal değişiklikten önce de borçlunun İİK., m. 178"deki iflâs nedeninin gerçekleştiğini ispat etmesi gerektiğini belirtmişlerdir. s. 136.

isim ve adreslerini gösteren mal beyanını iflâs talebine eklemesi zorunluluğu getirilmiş ve alacaklıların itiraz edebilmelerine imkân sağlamak için bu talebin 166. maddede yapılan düzenlemeye uygun olarak ilân edileceği hükme bağlanmıştır (İİK., m. 178. I, c.2).[10] Alacaklılar ilândan itibaren onbeş gün içinde borçlunun iflâs talebini, hakkındaki takipleri ertelemek ve borçlarını ödemeyi geciktirmek için yaptığını öne sürerek mahkemeden talebin reddini isteyebilirler (İİK., m. 178.II). Yeni düzenlemeyle ödemeden aciz halinde iflâsa karar verilmesi, borca batıklıktan da sıkı kayıt ve şartlara bağlanmıştır. Gerçekten borca batıklık halinde bildirimin alacaklılara ilân edilmesi yasada öngörülmediği gibi,[11] alacaklıların iflâs isteminin reddini sağlamaları mümkün değildir.[12] Alacaklılar sadece iflâsın ertelenmesini isteyebilirler (TTK., m. 324.II, c.5). Fakat, borçlu, 178. madde gereğince aciz halinde olduğunu ispat yükü altında olduğu halde, ortaklığın borca batık olup olmadığı aynı zamanda mahkemece kendiliğinden araştırılır. Çünkü borca batıklık halinde iflâsın açılması isteğe bağlı bir konu değildir.[13]

İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. maddenin 1. fıkrası gereğince İflâs istemi kural olarak isteğe bağlı olmakla birlikte aynı maddenin 3. fıkrasında öngörülen durumda zorunlu hale gelmektedir. Bu hükümde sadece ödemeden aciz hali dolayısıyla İflâs isteminin öngörüldüğü sanılmamalıdır.[14] Hükümde düzenlenen aslında aynı zamanda bir borca batıklık halidir.[15] Anılan hükme göre icra takibi sonucu borçlunun malvarlığının yarısı elden çıkar, kalan mevcudu da muaccel ve vadesi 1 yıl içinde gelecek borçlarını karşılamaya yetmezse borçlu kendi İflâssını istemek zorundadır. Dikkat edilirse borçlunun malvarlığının kalan yarısı bir kısım borçlarını bile karşılamaya yetmemektedir. Borçlunun vadesi daha sonra gelecek başka borçları bulunmasa bile yasada öngörülen türdeki borçları malvarlığını aşmıştır. Fakat burada aynı zamanda bir ödemeden aciz hali de mevcuttur. Borçlu tacir malvarlığının yarısı elinden çıkana kadar borçlarını ödemeyerek icra takiplerine maruz kalmış, açık bir şekilde ödemelerini tatil etmiştir. Sonuç olarak hükümde öngörülen durumda aciz hali ve borca batıklık birarada bulunmaktadır. Bu hüküm bütün tacirler hakkında uygulanacağına göre, gerçek kişi tacirlerin ve kişi ortaklıklarının ancak özel şartlarda borca batıklık nedeniyle İflâslarını istemek zorunda kalacakları anlaşılmaktadır.[16]

II - BORCA BATIKLIK BİLDİRİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İÇERİĞİ

Türk Ticaret Kanunu'nun borca batıklığa bağladığı hukuki sonuçların gerçekleşmesi için borca batıklığın usulüne uygun olarak mahkemeye bildirilmesi gerekir.

---

10 Bkz., 322 sayılı Kanunun Adalet Komisyonu raporu, **Kuru/Arslan**, s. 148.

11 Bkz., aşa. § 11, III, B; § 12, I, D.

12 Bu konuda Bkz., **Giroud**, s. 110.

13 Bkz., aşa. § 11, II; § 12, III.

14 Karş., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 624; **Kuru**, Şahıs Şirketleri, s. 10.

15 Bkz., aynı yönde, **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 168; **Atalay**, s. 33; Karş., **Kayar**, s. 112. Yazar bu durumu sermaye kaybı ile karıştırmıştır.

16 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 168; **Atalay**, s. 33.

Mahkeme, borca batıklığı başka bir vesileyle öğrense bile[17] ortaklık (veya alacaklılar) tarafından bir bildirim yapılmaksızın kendiliğinden iflâsın açılmasına (veya ertelenmesine) karar veremez.[18]

324. maddedeki açık ifadeden de anlaşılacağı gibi (f. 2, c.3), yönetim kurulu iflâsın açılmasını veya ertelenmesini istemek zorunda değildir. Mahkemeye sadece ortaklığın borca batık durumda olduğunun bildirilmesi yeterlidir.[19] İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde de durumun yönetim ve temsile yetkili kişiler (yönetim kurulu) tarafından mahkemeye „beyan" edileceği öngörülmüştür. Ayrıca tasfiye halindeki ortaklığın borca batık olduğunun tespiti halinde tasfiye memurlarının durumu mahkemeye bildirecekleri hükmü getirilmiştir (TTK., m. 446.II).[20] Şüphesiz yönetim kurulu sadece iflâsın açılmasını ya da ertelenmesini de isteyebilir.[21] Ancak bu istemlerle birlikte borca batıklık bildirimi de yapılmış olmaktadır.[22] Borca batıklık halinde iflâsın açılması veya ertelenmesi yönünde bir istemde bulunulmasını zorunlu sayan İsviçre öğretisindeki görüş[23] artık çok eskide kalmıştır. Buna karşılık Türk yargı kararlarında ve öğretisinde[24] hâla bu görüşün savunulduğu görülmektedir. Öğretide bazı yazarlar ise, İsviçre'deki yeni görüşe paralel olarak borca batıklık halinde yönetim kurulunun sadece durumu mahkemeye bildirmekle yetinebileceği kanısındadırlar.[25] Sorun bazı noktalarda uygulama bakımından önem taşımaktadır. Öğretideki eski görüş kabul edilecek olursa yönetim kurulu iflâsın ertelenmesi istemiyle başvuruda bulunduğu takdirde mahkemenin buna rağmen İflâs kararı verip veremeyeceği sorunu ortaya çıkar. Nitekim, Yargıtay'ın 21. 2. 1989 tarihli bir kararında öğretideki eski görüşün izlerini buluyoruz.[26] Söze konu kararında Yargıtay iflâsın ertelenmesi isteminde ayrıca iflâs istemi de bulunmadığından, ertelenme talebi reddedilirse mahkemenin ortaklığın iflâsına karar veremeyeceğini belirtmiştir. Bu karar yasa hükmü-

---

17 Bkz., yuk. § 3, IV, C.

18 Bu konularda Bkz., **Berkin,** Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 175; **Baumann** s. 82; **BGE.**, 99 Ia 16; **Giroud**, s. 108; **Öçal,** Mali Durumun Bozulması, s.16; **Schmid**, s. 41.

19 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725. N.15; **Schmid**, s. 41 vd; von **Steiger**, Orijinal, 331.

20 Ancak bu hükümde iflâsın ertelenmesi alternatifine yer verilmemiş, mahkemenin iflâs kararı vereceği hükmü getirilmiştir (c.2). Bkz., aşa. § 11, IV, B.

21 Bkz., **Schimid**, s. 42 vd; **Tekinalp/ Poroy/Çamoğlu**, s. 722.

22 Bkz., **Schmid**, s. 42. 47.

23 Bkz., **Gentinetta**, s. 70; **Henze**, s. 52.

24 Bkz.,**İmregün,** Anonim Ortaklıklar, s. 473; **Pekcanıtez**, s. 47, 48; **Tekinalp**, Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması, s. 279; **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 265; Fakat Karş., **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 721: Bkz., **11. HD.**'nin 21. 2. 1989 tarih ve 9757/1030 sayılı kararı Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 252. TTK., m. 446 açısından **Uçar**, s.265; **Eriş** de yönetim kurulunun borca batıklık halinde iflâsın açılması istemiyle mahkemeye başvurmak zorunda olduğunu belirtmektedir, AŞ., s. TTK., 324, s. 249;

25 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 98; **Berkin,** Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 176; **Erem**, s. 135; **Franko**, s. 413,419; **Öçal,** Mali Durumun Bozulması, yazar bu konuda herhangi bir gerekçe göstermemektedir, s. 16.

26 Bu karara konu olayda yerel mahkemece, talep olmadan iflâsa karar veri-lemeyeceğine oyçoklugu ile karar verilmiş, Yargıtay da formül gerekçe ile bu hükmü onamıştır. **11. HD.**'nin 21. 2. 1989 tarih ve 9757/1030 sayılı kararı Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 252, ayrıca Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2817-2818.

nün açık ifadesiyle çelişki halindedir.[27] Hükmün emredici niteliği karşısında, bildirim üzerine borca batıklığın varlığını tespit eden mahkeme -açık bir İflâs istemi bulunmasa bile- ortaklığın durumunu iyileştirmenin mümkün olmadığı kanısına varırsa kendiliğinden iflâsın açılmasına karar vermek zorundadır.[28] Yönetim kurulu iflâsın ertelenmesini isterken borca batıklık bildirimini yapmıştır. Ayrıca aşağıda üzerinde duracağımız gibi, erteleme süresi içinde ortaklığın durumunun iyileştirilmesi mümkün olmazsa mahkeme gene iflâsın açılmasına karar vermek zorundadır.[29] Aksi görüş hükmün amacına da aykırı düşer. Yasa koyucu başta alacaklılar olmak üzere üçüncü kişilerin borca batıklık dolayısıyla daha fazla zarara uğramalarını önlemek için durumun derhal mahkemeye bildirilmesini ve kural olarak İflâs hukuku çerçevesinde çıkar dengelerinin bağdaştırılmasını istemiştir.[30] Bildirim sonucu tespit edilen borca batıklığa rağmen mahkemenin buna seyirci kalacağı kabul edilseydi, hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda takdir tamamen yönetim kuruluna bırakılmış olurdu. 324. madde ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 345a. maddesi arasındaki deyimsel çelişki de bu açıklamalarımız doğrultusunda değerlendirilmelidir. Bu son hükümde yönetim kurulunun İflâs isteminde bulunacağı öngörülmekle birlikte 324. maddede esasen yönetim kuruluna İflâsın ertelenmesini isteme yetkisi tanındığı gözardı edilmemelidir (f.2, c.5). Yönetim kurulu iflâsın açılması yerine erteleme de isteyebilir.345a maddesi salt deyimsel açıdan yorumlanırsa, durumu bildirip erteleme isteminde bulunan yönetim kurulu üyelerinin de cezai sorumluluğunu kabul etmek gerekecekti. Bildirim yükümlülüğünün kapsamı temelde 324. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre ise sadece bildirimde bulunmak yeterlidir. Kanımızca İcra ve İflâs Kanunu'nun 345a maddesi de bu hüküm doğrultusunda yorumlanmalıdır.

Yargıtay 28.10.1989 tarihli kararıyla bu hatalı görüşünü değiştirmiş ve isabetli olarak erteleme (veya erteleme süresinin uzatılması) isteminin reddi ile yetinilemeyeceğini, ayrıca iflâsın açılmasına da karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir.[31]

Bir diğer görüşe göre ise borca batıklık bildirimine -erteleme kararı verilmesi istenmemişse- iflâs istemi de dahildir.[32] Kanımızca bu görüş ancak şu kayıtla kabul edilebilir: Erteleme isteminin reddi veya erteleme süresinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, mahkeme iflâsın açılmasına karar vermek zorunda olduğuna göre, aynı

---

27 Kararın eleştirisi için ayrıca Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2818.

28 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 309; **Franko**, s. 419; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s.2818; **Öğütçü/Çitoğlu**, s. 820; **Schmid**, s. 43; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 18.

29 Bkz., aşa. § 13, IX, B.

30 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 309; **Dubach**, s. 149.

31 - „...TTK.'nun 324 üncü maddesi hükmünce İflâsın tehirİne (iflâsın ertelenmesi aûresinin uzatılmasına) ilişkin taep kabul edilmediği takdirde, mahkemece ilgili anonim şirketin tfl8sma karar verİlmek ve bu yolda işlem yapılmak gerekirken, sadece istemin reddine karar verilmekle yetinilmesi doğru olmadığından ala,aklı Müdahil Egebank vekilinin temyiz itirazının kabulüyle hûkmün lm yönden bozulması gerekmiştir." **11.HD.**, 28.10.1989 tarih ve ve 8178/3728sayılı kararı, Karar için Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2817

32 Bkz., **Kuru**, ayrıca yazar -İİK., m. 345,a hükmünü gerekçe göstererek- erteleme isteminde bulunmayan yönetim kurulunun İflâsın açılmasını istemesinin uygun olacağını belirtmektedir, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. s. 625-626; benzer yönde **Lanz**, s. 146; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 721.

mantıkla erteleme isteminin de üstü kapalı (ve terditli) bir iflâs istemini içerdiği sonucuna varmak gerekir.[33] Yoksa, bu iki durumdan birinde üstü kapalı bir iflâs istemini varsayarken, diğerinde yasa hükmü gereği iflâsın açıldığını kabul etmek bir çelişkiyi ifade eder. Kanımızca her iki halde de üstü kapalı bir iflâs isteminin varlığı noktasından hareket etmek gereksiz ve pratik ihtiyaçlara cevap vermekten uzaktır. En doğrusu borca batıklık bildirimi üzerine mahkemenin yasa gereği iflâsın açılmasına karar vereceğini kabul etmektir. İflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması bu bildirimden ayrı ve bağımsız bir konudur.

Bildirimin hukuki niteliği öğretide tartışılmıştır. Artık eskimiş olan görüşe göre borca batıklık bildirimi hukuki sonuç doğuran irade beyanı, yani hukuki bir işlemdir.[34] Bu görüş, o dönemde borca batıklık halinde yargıca başvurulmasını bir „Bildirim" (*Anzeige*) değil iflâsın açılmasına yönelik talep (*Antrag*) olarak kabul eden anlayışın sonucudur. Buna karşın yeni görüş, burada bir „Tasavvur açıklaması". nın (*Vorstellungsäusserung*) söz konusu olduğunu savunmaktadır.[35] Bu görüşe göre, aslında yönetim kurulu mahkemeye borca batıklığın mevcut olduğunu bildirmekle yetinmektedir. Tasavvur açıklamasında önemli olan bu açıklamanın doğru olup olmadığıdır. Yani borca batıklık bildirimi üzerine mahkeme borca batıklığın mevcut olup olmadığı sorununu çözmek durumundadır. Bildirimin hukuki sonuçları doğrudan doğruya yasa tarafından öngörülmüştür. Bildirimde bulunanın iradesinin belli bir hukuki sonuca yönelmesine gerek yoktur. Mahkemece iflâs kararı verilmeden önce borca batıklığın ortadan kalkması mümkün olduğuna göre burada belli bir sonuca yönelmiş kesin bir iradeden söz edilemez. Gerçekten irade açıklamaları ile tasavvur açıklamaları arasındaki en önemli fark, bunlardan birincisinde beyanda bulunanın iradesi belli bir hukuki sonuca yönelirken, ikincisinde buna gerek olmaması, açıklanan tasavvura hukuki sonucun doğrudan doğruya yasa tarafından bağlanmasıdır.[36] Aktardığımız gerekçelerle biz de bu son görüşe katılmaktayız.

Yaptığımız bu açıklamaların sonucu şöyle özetlenebilir: Yönetim kurulu borca batıklığı tespit ettikten sonra;

- ya sadece durumu bildirmekle yetinir,
- ya İflâsın açılması istemiyle başvurur,
- ya da İflâsın ertelenmesini ister.

Her üç seçenekte de tasavvur açıklaması niteliğinde, hukuki sonucunu yasanın belirlediği bir borca batıklık bildirimi vardır. İflâsın açılması yönünde bir istemin pratik bir önemi yoktur. Çünkü İflâsın açılması yasanın bizzat öngördüğü bir hukuki

---

33 Nitekim bu görüşte olanlar da erteleme isteminin reddi veya erteleme süresi içinde ortaklığın mali durumunun iyileştirilememesi durumunda mahkemenin yasa gereği iflâsın açılmasına karar vereceğini kabul etmektedirler, Bkz., **Lanz**, s. 167; **Kuru** yuk. bir önceki dipnotta aktardığımız görüşlerinde borca batıklık bildirimine „erteleme isteminde bulunulmamışsa" iflâs isteminin dahil olduğunu belirtmekle birlikte, yukarıya aktardığımız Yargıtay kararının eleştirirken erteleme isteminde bulunulmuş olsa bile borca batıklık bildiriminin iflâs istemin de kapsadığını kabul etmektedir, İcra ve iflâs, III, s. 2818.

34 Bkz., **Gentinetta**, s. 70; **Henze**, s. 52.

35 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 15;; **Schmid**, s. 41.

36 Bkz., **Eren**, s. 189 vd. özellikle s. 191.

sonuçtur (TTK., m. 324.II, c.4). Buna karşılık yönetim kurulu İflâsın ertelenmesini arzuluyorsa bu konuda bir istemde bulunması gerekir (TTK., m. 324.II, c.5).

Vardığımız bu sonuç muhakeme hukukuna da tamamen uygundur. Bilindiği gibi, yargıç kural olarak talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HUMK., m. 74). Ancak, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı, ya da yasanın talep üzerine alınabilecek kararları açıkça öngördüğü davalarda yargıç talepten başka bir şeye de karar verebilir.[37] Borca batıklık bildirimi üzerine kural olarak iflâsın açılmasına karar verileceği yasada açıkça öngörüldüğünden ortaklık iflâsın ertelenmesini istese bile mahkemece yasa gereği iflâsa karar verilebilir.

Borca batıklık bildiriminin geri alınması mümkün değildir.[38] Bunun borca batıklığın tasavvur açıklaması olma niteliğiyle yakın bir ilişkisi vardır.[39] Mahkeme, kendisine yapılan bildirim üzerine iflâsın açılması şartlarının karar anında halen mevcut olup olmadığını inceleyecektir. Eğer bu anda borca batıklık ortadan kalkmışsa iflâsın açılması kararı verilmeyecektir.[40] Bunun dışında, mahkemenin konuyu ele almasından sonra bildirimin geri alınması imkânı yoktur. Bir kere, bildirim emredici bir yasa hükmüne dayanmaktadır. İflâsın açılması, bildirimde bulunanın iradesinin değil yasanın öngördüğü bir sonuçtur. Ayrıca yasakoyucu emredici bir hükümle borca batıklığa hukuki sonuç bağlarken alacaklıların ve kamunun çıkarlarını korumak amacıyla hareket etmiştir. Borca batıklığın varlığı sabit olduktan sonra bildirimin geri alınabileceğini kabul etmek hükmün amacına da aykırı düşer.[41]

III - BİLDİRİMİN ŞARTLARI

A- MADDİ ŞARTLAR

1- Ortaklığın Borca Batık Halde Bulunması

Borca batıklık bildiriminde bulunmak için ortaklığın gerçekten borca batık halde bulunması gerekir. Ortaklığın mali durumundaki bozulma henüz bu aşamaya gelmemişse borca batıklık bildiriminde bulunulamaz, iflâsın açılması veya ertelenmesi istenemez.[42] Yasakoyucu bu konuda yönetim kuruluna „yetki" vermemiş, ancak

---

37 Bkz., **Kuru**, Usul, II, s. 2131 vd. ve 2136 vd.

38 Bkz., **Baumann** s. 93; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 177; **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 15; **Franko**, s. 419; **Giroud**, 2. 71; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 627; **Lanz**, s. 148; **Öğütçü/Çitoğlu**, s. 820; **Schmid**, s. 41; Karş., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 723; **Gentinetta**, s. 70; **Henze**, s. 52.

39 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 15

40 Bkz., **Baumann**, s. 93; **Lanz**, s. 148; **Schmid**, s. 41; **Bürgi**, yazar bu halde de bildirimin geri alınmasının değil „düzeltilmesi"nin söz konusu olduğunu belirtmektedir, OR. Art., 725, N. 15

41 Bu son gerekçe için Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 15; **İFMK.**, SAG., 17, 1944-45, s. 126.

42 Bkz., **Y. İİD**, 13.5.1946 tarih ve 1108/2347 sayılı kararı Karar için Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 624, dipn. 10; **11. HD**, ; 5.3.1986 tarih ve , 838/1173 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 252), **Franko**, s. 411; **Lanz**, s. 108.

şartların gerçekleşmesi halinde yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük öngörmüştür. Esas sermayenin tamamen karşılıksız kaldığı, buna karşılık henüz borçların malvarlığına eşit olduğu sınır noktasında da borca batıklık bildiriminde bulunulamaz.[43]

Mahkemece ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığının incelenmesi gerekir. Aşağıda bu konu üzerinde durulacaktır.[44]

2- Borca Batıklığın Ara Bilançosundan Tespit Edilmesi

Ortaklığın borca batık halde sayılabilmesi için ise, 324. maddede öngörülen ara bilançodan bu hususun açıkça anlaşılması gerekir. O halde bildirim yükümlülüğünün yegane şartı, durumdan şüphelenilmesi üzerine aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançonun ortaklığın borca batık halde bulunduğunu göstermesidir. Bu bakımdan borca batıklığın derecesinin bir önemi yoktur. Teorik olarak borçların malvarlığını 1 TL. kadar aşması halinde dahi bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir.[45] Buna karşılık yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançonun borca batıklık göstermesi yeterli değildir.[46]

Bir görüşe göre bildirim yükümlülüğünün doğması için herşeyden önce yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançodan ortaklığın borca batık olduğu anlaşılmalıdır.[47] Bu görüşe göre, borca batıklık şüphesi, doğrudan doğruya ortaklığın defterlerine uygun olarak düzenlenen bir yıllık veya ara bilançodan kaynaklanır. O halde bildirim yükümlülüğünün doğması için iki farklı değerleme yöntemine göre ortaklığın borca batıklığının tespiti gerekmektedir. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her ne kadar yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançonun borca batıklık göstermesi, borca batıklık şüphesini doğuran önemli nedenlerden biri ise de, bu şüphe başka belirtilerden de ileri gelebilir. Yukarıda borca batıklık belirtilerini oldukça geniş yorumlamış ve bu konuda sadece muhasebe kayıtlarının değil, işletme ekonomisince önemli görülen bazı vakıaların da rol oynayabileceğini belirtmiştik.[48]

Bildirim yükümlüğünün doğması için borca batıklığı tespit bilançosunun mutlaka denetçilerin incelemesine sunulması ve denetçiler raporuyla doğrulanması şart değildir. Yönetim kurulu düzenlediği bilançonun denetçiler tarafından incelenmesini bekleyerek bildirim yükümlülüğünü geciktiremez. Aksi görüş sadece olması gereken hukuk bakımından savunulabilir. Nitekim 1991 değişikliğinden sonra İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. II. maddesinde böyle bir zorunluluk öngörülmüştür (c.1).[49] Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde böyle bir sonuca varmayı gerektirecek bir ifade bulunmamaktadır. Gerçi Türk Ticaret Kanunu'nun 353. maddesi denetçilere or-

---

43 Bkz., yuk., § 10, IV.

44 Bkz., aşa. § 12, II, B.

45 Bkz., **Giroud**, s. 77; **W. von Steiger**, OR. Art., 817, N. 8; Ayrıca Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 308.

46 Bkz., yuk. § 10, I, A.

47 1991 değişikliğinden önce İsviçre Hukukunda **Lanz** bu görüşü savunmuştu, Bkz., **Lanz**, s. 137.

48 Bkz., yuk. § 10, I, B, 3.

49 Buna karşılık İsviçre öğretisinde 1991 değişikliğinden önce dahi bazı yazarlar tarafından bu görüşün savunulduğu görülmektedir, Bkz., **Giroud**, s. 97; Aksi görüşte, **Lanz**, s. 138; Ayrıca Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 728, N. 5.

taklığın işlemlerini denetleme görevi vermiştir. Özellikle ortaklık defterlerini ve bilançosunu incelemek, bilançonun düzenlenmesi sırasında yönetim kurulu üyeleriyle işbirliği etmek (m. 353.I, N. 1.2,4,6) denetçilerin görevleri arasındadır. Yasa, bazı hallerde denetçiler tarafından bir inceleme yapılmasını ve rapor hazırlanmasını bir işlemin şartı olarak öngörmüştür. Örneğin 354. madde gereğince genel kurulun yıllık bilanço hakkında bir karar verebilmesi için denetçiler raporuna ihtiyaç vardır (c.2). Halbuki 324. maddedeki bildirim yükümlülüğü için böyle bir şart öngörülmemiştir. Denetçilerin incelemesi ve raporu bir işlem için açıkça şart kılınmadıkça yönetim kurulu denetçileri görevlerini yapmaya davetle yükümlü değildir.[50]

B- ŞEKLİ ŞART

Borca batıklık bildiriminin yazılı olarak yapılması gerekir.[51] Buna göre mahkemece hazırlanan ve yönetim kurulunun borca batıklık bildirimini içeren tutanağın imzalanması yoluyla 324. maddede öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesi mümkün değildir. Çünkü, borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılama basit yargılama usulüne (HUMK., m. 507,I, 176,9) tâbidir.[52] Bu usulde ise dava (veya istem) iki nüsha dilekçe ile açılır (HUMK., m. 508).

Bildirimi içeren dilekçeye ayrıca borca batıklığı tespit bilançosunun da eklenmesi gerekir.[53]

Borca batıklık bildiriminin ilân edileceği hakkında ne 324. maddede, ne de İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde bir açıklık vardır. Bir görüşe göre burada İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. II. maddesine kıyasen bildirimin ilânı alacaklıların çıkarlarının korunması açısından yerinde olur.[54] Diğer bir görüşe göre ise borca batıklık bildiriminin ilânı konusunda yargıcın bir yükümlülüğü yoktur. [55] Gerçekten 178.II maddesinde alacaklılara duruma müdahale ederek iflâs kararı verilmesini önleme fırsatı verildiği halde 324. maddede böyle bir imkân tanınmamıştır.[56] Eğer alacaklılara bir itiraz hakkı verilseydi, yasada borca batıklık bildiriminin ilân edileceği de açıkça öngörülürdü. Bu nedenle kanımızca ikinci görüş daha doğrudur.

Fakat 178. maddedeki gibi yasal bir zorunluluk olmasa da yargıç, kendiliğinden araştırma ilkesinin bir gereği olarak alacaklılara ilân yoluyla çağrıda bulunabilir. Aşağıda belirteceğimiz gibi, borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılamada kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır.[57] Anılan ilkenin geçerli olduğu bir yargılamada yargıç kendiliğinden delillere başvurabileceğinden alacaklıları dinlemek için

---

50 Bkz., **Bürgi**, yazar bir işlem için denetçilerin incelemesini zorunlu sayan hükümlerin geniş yoruma konu yapılamayacağını belirtmektedir. OR. Art. 728, N. 5

51 Bkz., **Franko**, s. 418-419; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 622.

52 Borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılama usulü hakkında Bkz., aşa. § 12, II.

53 Bu konuda ve dilekçeye eklenecek diğer belgeler hakkında Bkz., aşa. § 12, II, B.

54 Bkz., **Atalay**, s. 90.

55 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 16; **Dubach**, s. 153; **Giroud**, s. 101; **Schmid**, s. 48.

56 Bkz., aşa. § 12, II, D.

57 Bkz., aşa. § 12, II, A.

onları yazılı veya sözlü beyanda bulunmaya davet edebilir. Bunun için genellikle ilân yoluna başvurulur. Ancak alacaklıların sayısı sınırlı ise davetiye de gönderilebilir. Şüphesiz yapılan ilânda ve davetiyede borca batıklık bildiriminde bulunulduğu da belirtilir. Dikkat edilirse vardığımız sonuç az önce değindiğimiz birinci görüşten farklıdır. Görüşümüze göre borca batıklık bildiriminin ilânı zorunlu değildir. Fakat, delillerin toplanması amacıyla yapılacak çağrı dolayısıyla durumun alacaklılara duyurulması mümkün olabilmektedir.[58]

Aşağıda iflâsın ertelenmesi şartları üzerinde dururken değineceğimiz gibi, yönetim kurulu alacaklı tarafından açılan bir iflâs davasında dahi borca batıklık bildiriminde bulunabilir.[59]

IV- BİLDİRİMDE BULUNACAK ORGAN VE KİŞİLER

A- YÖNETİM KURULU

324. maddenin 2. fıkrası gereğince durumu mahkemeye bildirim yükümlülüğü sadece yönetim kuruluna aittir (c. 3).

Borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğü, Türk Ticaret Kanunu'nun 321. maddesinin 1. fıkrası anlamında ortaklığın maksat ve konusuna giren işlemlerden değildir.[60] Yönetim kurulunun bu görev ve yetkisi 324. maddenin 2. fıkrasındaki özel hükme dayanmaktadır.

Alman hukukundan farklı olarak[61] hukukumuzda durumu mahkemeye bildirme görevi organ olarak yönetim kuruluna tanınmıştır. Bildirim bir yönetim kurulu kararına dayanır.[62] Yasada aksini öngören bir hüküm bulunmadığından bu karar için toplantı yeter sayısı üyelerin yarısından bir fazlasıdır. Bildirim kararı mevcut üyelerin çoğunluğu tarafından verilir (Bkz., TTK., m. 330.I) .[63] Her ne kadar 330. maddede esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça bu kuralın uygulanacağı belirtilmekte ise de, kanımızca bu imkânı borca batıklık bildirimi bakımından 324. maddenin emredici niteliği çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Yasanın amacı borca batıklık halinde alacaklıların daha fazla zarara uğramasını önlemek olduğundan esas sözleşmeye yönetim kurulunun durumu mahkemeye bildirme kararı vermesini zorlaştıracak nitelikte hüküm konulmaması gerekir. Buna göre borca batıklığı mahkemeye bildirim bakımından toplantı ve karar yeter sayıları yasaya göre hafifletilebilirse de ağırlaştırılamaz.

---

58 Bkz., **Atalay**, nitekim yazar (borca batıklık nedeniyle) "zorunlu iflâs talebinin ilânı kabul edilmese bile" yargıcın borca batıklık bildirimini ilân edebileceğini benzer gerekçelerle savunmaktadır, s. 94.

59 Bkz., aşa. § 13, II, B, 3.

60 Bkz., **Baumann**, s. 83; **Giroud**, s. 74; **Lanz**, s. 140; **Schärer**, s. 75.; Bkz., İBK., 718.I.

61 Bkz., AİK., § 208.I, ayrıca Bkz., yuk. § 5, I, C.

62 Bkz., **Üstündağ**, Düşünceler, s. 18; **Franko**, s. 414; İsviçre Hukukunda da durum aynıdır, Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 12; **Koeferli**, s. 15; **Lanz**, s. 140; **Schmid**, s. 40.

63 Bkz., **Franko**, s. 414; **Koeferli**, s. 154.

Acaba, yönetim kuruluna ait olan bu yükümlülüğün başka bir organa veya murahhaslara (TTK., m.319) devri mümkün müdür? İsviçre Borçlar Kanunu'nda - 1991 değişikliğiyle- bunun mümkün olmadığı açıkça ifade edilmiştir (m. 716a, I, N.7, Ayrıca Bkz., m. 716a, II). Bu değişiklikten önce konu İsviçre Hukukunda tartışmalıydı. Bir görüşe göre eğer esas sözleşme hükmü veya yönetmelik ortaklığı yönetim ve temsil yetkisini bir veya daha fazla yönetim kurulu üyesine bırakmışsa bu kişiler borca batıklık halinde durumu mahkemeye bildirmeye yetkilidirler.[64] Buna karşılık Federal mahkeme kararlarında ve yeni öğretide, o dönemde İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün kurul olarak yönetim kuruluna verilmiş „devredilemez" yetkilerden olduğu görüşü yaygınlık kazanmıştır.[65] Buna göre, bildirim kararı doğrudan doğruya ortaklığın varlığı ve geleceği ile ilgili bir karardır. Borca batıklık bildiriminin hukuksal sonucu kural olarak iflâsın açılmasıdır. Bu derece önemli bir konuda görev ve yetkinin organ olarak yönetim kuruluna ait olduğu ve her yönetim kurulu üyesinin -delegasyon sonucu kendisine verilen yetki ne olursa olsun bu bildirimden dolayı ortaklığa, alacaklılara ve kamuya karşı sorumluluk bilinciyle hareket etmesi gerektiği- kabul edilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulunun devredemeyeceği görev ve yetkilerini sayan açık bir hüküm bulunmamaktadır (Karş., İBK., m. 716a). Öğretide bu belirsizlikten hareketle 324. maddedeki borca batıklığı bildirim yükümlülüğünün murahhaslara devredilebileceği görüşü savunulmuştur.[66] Bazı yazarlar ise aksi fikirdedirler.[67] Kanımızca da borca batıklık bildirimi organ olarak yönetim kuruluna verilmiş olup, murahhas üye veya müdürlere devri mümkün değildir. İsviçre hukukunda öne sürülen gerekçelere ek olarak şu hususlar bu görüşe dayanak yapılabilir: İflâs ortaklığın sona ermesini ve cebri icra hukuku çerçevesinde tasfiyesini gerektirir. İflâsın doğurduğu hukuksal sonuçlar ortaklığın genel kurul kararıyla feshedilmesinin doğurduğu hukuksal sonuçlardan daha kapsamlı ve ağırdır (Bkz., TTK., m. 434.I, N.9, 444 vd). Yasa koyucu ortaklığın geleceğini ve temel nitelikteki örgütsel ve mali yapısını ilgilendiren konularda karar verme yetkisini kural olarak genel kurula bırakmış, hatta bazı kararların alınmasını ağırlaştırılmış toplantı ve karar yetersayılarına bağlamıştır (TTK., m. 388). Bu nitelikteki kararlarda yönetim kuruluna yetki tanınması esasen bir istisnayı oluşturur. 324. maddenin 2. fıkrasında yönetim kuruluna verilen görev ve yetki bu istisnalardan biridir. Bu istisna hükmünü geniş yorumlamak ve bildirim yükümlülüğünün delegasyona konu yapılabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Ancak kanımızca, murahhas üye ve müdürün yaptığı bildirim üzerine mahkeme istemi hemen reddetmemeli, konuya ilişkin yönetim kurulu kararı çıkıncaya kadar yargılamayı ertelemelidir.

---

64 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 12, Art. 717, N. 14. fakat Karş., OR. Art. 712, N. 19.

65 **İFMK.**, SAG 54, 1982, s. 85 vd; **Forstmoser/Meyer-Iiayoz**, s.180; **Giroud**, s. 73 vd; **Lanz**, s. 140; **Schârer** s. 75 vd. Getirilen yeni düzenleme hakkında Bkz., **Mommendey**, s. 60.

66 Bkz., **Ünal**, s. 79.

67 Bkz., **Atalay**, s. 66-67; **Eriş**, AŞ., s. 149 dipn. 3.

Yönetim kurulu durumu mahkemeye bildirme kararı aldıktan sonra mahkemeye verilecek dilekçeyi (dolayısıyla borca batıklık bildirimini) ortaklığı temsile yetkili (kural olarak iki) yönetim kurulu üyesinin imzalaması yeterlidir (Bkz., TTK., m. 321. III).[68] Bildirim ortaklık adına yapılmaktadır. Ortaklığın bir avukat tarafından temsili durumunda temsil yetkisi veren vekaletnamenin yasa ve esas sözleşme gereğince ortaklığı temsile yetkili yönetim kurulu üyeleri tarafından imzalanması gerekir.

Yönetim kurulunu mahkemeye bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayacak bir aynen ifa davası açılması mümkün değildir.[69] Fakat bildirimin zamanında yapılmaması yüzünden doğan zararın tazmini için yönetim kurulu üyeleri aleyhine ortaklık adına dava açılabileceği gibi, pay sahipleri ve özellikle alacaklılar da doğrudan doğruya uğradıkları zararın tazminini isteyebilirler (TTK., m. 336.I, 341).[70] Ayrıca bildirimin yapılmaması suçtur (İİK., m. 345a).

B- TASFİYE MEMURLARI

Türk Ticaret Kanunu'nun 446. maddesinin 2. fıkrası, ortaklığın borca batık halde olduğunu tespit eden tasfiye memurlarının durumu derhal mahkemeye bildireceklerini öngörmektedir (Aynı yönde İİK., m. 179).[71] Buna göre, tasfiye aşamasına girildikten sonra düzenlenen tasfiye açılış bilançosu (TTK. m.444) veya daha sonra hazırlanan bir ara bilanço (TTK., m. 446, III) ortaklığın borca batık halde bulunduğunu gösteriyorsa tasfiyenin İcra ve İflâs Kanunu hükümleri gereğince yapılması zorunludur.[72] Tasfiye memurlarının mutlaka ortaklığın iflâsını istemeleri şart değildir.[73] Çünkü borca batıklık bildirimi üzerine mahkemece ortaklığın iflâsına karar verilmesi yasa gereğidir (TTK., m. 446.II, c.2).

Gerek tasfiye açılış bilançosu, gerek ara bilançolar aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenir. Yukarıda bu bilançoyu borca batıklığı tespit bilançosuyla karşılaştırmıştık.[74]

Tasfiye memurları bildirilen bazı alacakların geçerliliği konusunda tereddüt etseler bile, bilançodan tespit edilen borca batıklığı derhal mahkemeye bildirmek zorundadırlar.[75] Tasfiye açılış bilançosundan ortaklığın borca batık olduğu anlaşılırsa bildirimde bulunan alacaklılara ödeme yapılamaz (Bkz., TTK., m. 446.I). Durum daha sonra düzenlenen bir ara bilançodan anlaşılırsa ödeme işlemleri durdurulur. Çünkü bu durumlarda bazı alacaklılara yapılan ödeme diğer alacaklıları borca batıklığın

---

68 Bkz., **Koeferli**, s. 154; **Mommendey**, s. 60; Karş., **Atalay**, s. 67.

69 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 9, 70; **Giroud**, s. 108; **Schmid**, s. 41.

70 Bkz., **Schmid**, s. 41.

71 Aynı yöndeki hüküm için Bkz., İBK., m. 743.II.

72 Bkz., **Y. 11.HD**.'nin 13. 2. 1992 tarih ve 6832/1735 tarihli kararı Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 717). Bkz., ayrıca **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 691.

73 Karş., **Arslanlı**, AŞ., IV, s. 217; **Domaniç**, AŞ. 2. 1483; **İmregün**, Anonim ortaklıklar, s. 492; **İzmirli**, s. 124; **Uçar**, s. 265.

74 Bkz., yuk. § 10, II, A, 2, b.

75 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV-V, s. 217; **Çevik**, AŞ., s. 1125; **İzmirli**, s. 123. .

derecesine göre değişen ölçüde zarara sokar.[76] Ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığı mahkemece yapılan inceleme sonunda tespit edilecektir.[77]

Durumu tespit ettikleri halde derhal mahkemeye bildirmeyen, bazı alacaklılara ödemelerde bulunan tasfiye memurları bu nedenle doğan zarardan dolayı ortaklığa, alacaklılara ve pay sahiplerine karşı sorumlu olurlar (TTK., m. 450,224, 336,I).[78]

Borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi ve ortaklığın iflâsına karar verilmesiyle tasfiye memurlarının görevi sona erer (Bkz., TTK., m. 437).[79]

C- DİĞER ORGAN VE KİŞİLERİN BİLDİRMDE BULUNMAYA YETKİLİ OLUP OLMADIĞI SORUNU

1- Genel olarak

Münferit yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, pay sahiplerinin[80] veya yönetim kurulu dışındaki ortaklığın yetkili temsilcilerinin kural olarak borca batıklığı mahkemeye bildirme yetki ve yükümlülükleri yoktur.[81] Bu kişiler ancak yönetim kurulunca bildirim kararı alındıktan sonra bu kurulun vereceği açık bir yetkiye dayanarak bildirimde bulunabilirler, yani bildirim kararını icra edebilirler.[82]

Denetçiler kural olarak ortaklığı dış ilişkide temsile yetkili olmadıkları gibi, borca batıklık bildirimi bakımından buna istisna getiren bir yasa hükmü de bulunmamaktadır (Karş., TTK., m. 341.II).[83] Ayrıca denetçiler yönetim kurulunun mahke-

---

76 Bkz., **İzmirli**, s. 123; von **Steiger**, s. 405.

77 Bkz., **Y. 19. HD**, 31.10.1996 tarih ve 7306/9597 sayılı Kararı, Karar için Bkz., YKD., 1997, S. 4, s. 571 vd.

78 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV, s. 217.221; **İzmirli**, s. 124; **Uçar**, s. 265; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 737.

79 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., IV, s. 217; **Çevik**, AŞ., s. 1125; **Erem**, s. 229; **İzmirli**, s. 123; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 691.

80 Bkz., **Y. 11. HD**, 21. 10. 1991 tarih ve 3910/5543 sayılı kararı (**Eriş**, AŞ., s. 717). Karara konu olayda bir ortaklığın pay sahibi borca batıklık nedeniyle ortaklığın iflâsını istemiş, Yargıtay' da TTK. m. 324. II ve İİK. m. 179 hükümleri karşısında ancak ortaklığın yönetim kurulu tarafından iflâs isteminde bulunulabileceğini belirtmiştir; İntifa senedi sahiplerinin de mahkemeye bildirimde bulunma yetkileri yoktur, Bu konularda Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 154; **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 12, 14; **Giroud** s. 95; **Lanz**, s. 143; von **Steiger**, Orijinal, s. 331; **İFMK.**, SAG., 17, 1944-45, s. 126; **Franko** ise **Y.İİD.**'nin 7.12.1967 tarih ve 11276/11265 sayılı kararına dayanarak pay sahiplerinin de borca batıklık bildiriminde bulunabileceklerini savunmaktadır, Dayanak yapılan kararda ilginç bir şekilde anonim ortaklık hakkında kollektif ortaklıkların idare ve temsiline ilişkin TTK.'nun 175 ve 160 maddeleri esas alınmıştır. Yazar bu karardan hareketle, İsviçre hukukundan farklı olarak hukukumuzda pay sahiplerinin de borca batıklığı mahkemeye bildirebileceklerini belirtmektedir.Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Anonim ortaklıkta, yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahibinin hiç bir şekilde yasadan dolayı ortaklığı idare ve temsil yetkisi yoktur, Karar ve yazarın görüşü için Bkz., s. 416-417.

81 Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 149 dipn. 4; von **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 12 vd.; **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 25; **Giroud**, s. 94,95; **Lanz**, s. 141; **Schmid**, s. 40; **Tekınalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722.

82 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 12 vd. ; **Duss**, s. 69; **Giroud**, s. 94; **Koeferli**, yazar borca batıklık bildiriminin en azından yetkili yönetim kurulu üyelerinden biri tarafından imzalanması gerektiğini belirtmektedir, s. 154.

83 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 25.

meye bildirimde bulunmadığını öne sürerek bildirimin yerine getirilmesini sağlamak için ortaklık aleyhine bir aynen ifa davası da açamazlar.[84] Fakat, denetçiler tespit edilen borca batıklığa karşın harekete geçmeyen yönetim kurulunu uyarmalıdırlar.[85] Yönetim kurulu bu uyarıyı da dikkate almazsa denetçilerin genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırarak (TTK., m. 355) ortaklığın borca batık halde bulunduğunu, buna rağmen yönetim kurulunun durumu mahkemeye bildirmekten kaçındığını belirtmeleri gerekir.[86] Aksi takdirde aleyhlerinde sorumluluk davası açılabilir.[87] Denetçiler olağan genel kurul toplantısını bekleyerek raporlarında (TTK., m. 354) borca batıklığa işaret etmekle yetinemezler.[88] Ortaklığın borca batık halde bulunması Türk Ticaret Kanunu'nun 355. maddesi anlamında „zaruri ve müstacel" hallere örnek oluşturur.[89] Denetçilerin görevi durumu genel kurula rapor etmekle sınırlı olup, bu görev mahkemeye bildirim yükümlülüğünden bağımsızdır. Ayrıca denetçiler harekete geçmek için yönetim kurulu tarafından ara bilanço düzenlenmesini beklemek zorunda değildirler. Kendi görevleri gereği yaptıkları denetim sonucu daha borca batıklık şüphesi aşamasında veya durumun tespiti sırasında yasaya, esas sözleşmeye ve ortaklığın çıkarlarına aykırılık tespit ederlerse bunu genel kurula iletmekle yükümlüdürler.[90]

İsviçre Hukukunda 1991 yılında yapılan değişiklikler sırasında, açık bir borca batıklık halinde yönetim kurulu mahkemeye bildirim yükümlülüğünü yerine getirmezse, bildirimin denetçiler tarafından yapılacağı öngörülmüştür (İBK., m. 729a, II). Böylece denetçilere ortaklık dışı bir çıkarı (alacaklıların çıkarını) korumak için bir yükümlülük yüklenmiş olmaktadır.[91] Ancak denetçilere verilen görev asli değil

---

84 Bkz., Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 14; **Giroud**, s. 98; von **Greyerz** Kapitalverlust, s. 25; **Lanz**, s. 141; **Schmid**, s. 40; **BGE.**, 86, II, 184.

85 Bkz., **Duss**, s. 69, 106; **Lanz**, yazara göre, hem defter değerleri hem de satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bilançonun borca batıklığı göstermesi halinde denetçilere uyarı görevi düşer, s. 142.

86 İsviçre hukukunda denetçilerin ancak borca batıklık yıllık bilançodan ve/veya aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen ara bilançodan tespit edilmesine rağmen yönetim kurulu harekete geçmemişse genel kurulu toplantıya çağırmakla ve raporunda bu aykırılığa işaret etmekle yükümlü oldukları belirtilmektedir, Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 699, N.10 vd; **Duss**, s. 69, 196; von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 26; **Lanz**, s. 142, 143; **Guhl/ Merz/ Kummer**, s. 671; **Schmid**, s. 40; İsviçre Federal mahkemesinin bir kararına göre, bütün pay sahipleri aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olsalar bile, yönetim kurulu tespit edilen borca batıklığa rağmen durumu mahkemeye bildirmemişse, denetçilerin yine genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmaları gerekir, Böylece denetçiler aleyhlerinde bir sorumluluk davası açılmasının önüne geçmiş olurlar, **BGE**, 86, II, 180 ; Aynı yönde *Fachmitteilungen*, N.3, s. 14.

87 Bkz., aşa., § 11, VIII, A.

88 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s..26; *Fachmitteilungen, N. 3, s. 14.*

89 Denetçilerin genel kurulu toplantıya çağırmalarının hukuksal dayanağı TTK.'nun 353.I, N.8 hükmü olmayıp 355. maddedir. Çünkü denetçilerin uyarısı genel kurulu toplantıya davet yönünde değil (Bkz., TTK., m. 353.I, N.8), durumu mahkemeye bildirim konusundadır.

90 TTK., m. 353 vd. hükümleri, İBK.nun özellikle 1991 değişikliğinden önceki 728. maddesine oranla denetçilere daha geniş görev vermektedirler. İsviçre öğretisinde 1991 değişikliğinden önce denetçilerin kural olarak 725. madde gereğince düzenlenen ara bilançoyu incelemekle yükümlü olmadığı görüşü savunulmaktaydı, Bkz., **Lanz**, s. 138. Oysa bizim hukukumuz açısından denetçiler bütün muhasebe kayıtlarını bu arada 324.II. maddesi uyarınca düzenlenen ara bilançoyu incelemekle yükümlüdürler.TTK., m. 353.I ortaklığın bütün iş ve işlemleri hakkında denetim yükümlülüğünü genel olarak öngörmüş, daha sonra örnekseme yoluyla belli başlı denetim konularını saymıştır, Ayrıca Bkz., yuk. § 3, IV, B, 1,a.

91 Bkz., **Koeferli**, s. 16.

„destekleyici" (*subsidiärisch*) 'dir. Denetçilerin durumu mahkemeye bildirme görevi iki açıdan sınırlamaya uğramıştır: -Açık bir borca batıklık halinin varlığı ve -yönetim kurulunun buna rağmen bildirimde bulunmaktan kaçınması. Bu değişiklikten önce öğretide özellikle az ortaklı ve kapalı anonim ortaklıklarda mahkemeye bildirim yükümlülüğünün sadece yönetim kuruluna bırakılmasının sorun yaratacağı üzerinde durulmaktaydı. Anılan ortaklıklarda genellikle bütün pay sahipleri aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olduklarından genel kurulu toplamanın da fazla bir anlam taşımayacağı belirtilmekte, bu nedenle denetçilere de aynı yükümlülüğün yüklenmesinin yerinde olacağı görüşü savunulmaktaydı. [92] Kanımızca bu eleştiriler yerindedir ve İsviçre'de olduğu gibi bizim hukukumuzda da böyle bir yasal değişikliğe gidilmesinde fayda vardır.

Az önce belirttiğimiz gibi, pay sahipleri de, borca batıklığı mahkemeye bildirmeye yetkili değildirler. Pay sahipleri ancak genel kurulda, borca batıklığın tespitine karşın harekete geçmeyen yönetim kurulu üyelerinin azlini sağlamak yönünde girişimde bulunabilirler.[93] Ayrıca genel kurul mahkemeye bildirimde bulunulması emrini içeren bir karar verebilir. Bu emir üzerine yönetim kurulu mahkemeye bildirimde bulunmak zorundadır (Bkz., TTK., m. 379). Aksi takdirde sorumlu olur (TTK. m. 336.I, N.4).[94] Fakat, hem azil kararı, hem de bildirime yönelik talimat kararı gündeme bağlılık ilkesine (TTK., m. 369.II) tâbidir.[95] Özellikle genel kurulun denetçiler tarafından olağanüstü toplantıya çağrılması halinde gündeme bu konuda bir madde konulması beklenir. Kanımızca denetçilerin çağrısının amacı mahkemeye bildirimin yapılmasını sağlamak olduğundan gündemi gereği gibi hazırlayıp pay sahiplerine duyurmayan denetçilerin hukuki sorumluluğu söz konusu olur. Nihayet Türk Ticaret Kanunu'nun 370. maddesinde öngörülen şartlarda toplanan genel kurul gündemde yer almasa bile bu konularda karar verebilir.

Fakat kanımızca genel kurul, yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunmaması hakkında bir karar alamaz. Borca batıklık halinde bildirim yükümlülüğünü öngören hükümler (TTK., m. 324.II, c.3, İİK., m.179) emredici nitelikte olduğundan, ayrıca bu hükümler ortaklık içi değil ilke olarak başta alacaklılar olmak üzere ortaklık dışı çıkarları koruduğundan ne esas sözleşme hükmüyle, ne de genel kurul kararıyla bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinin önlenmesi mümkündür. [96]

Mahkeme bildirimin ortaklığın yetkili temsilcileri tarafından yapılıp yapılmadığını kendiliğinden incelemek zorundadır.[97] Bu husus dava şartlarından olmakla birlikte yetkisiz bir temsilci tarafından bildirimde bulunulması halinde mahkeme is-

---

92 Bkz., **Schmid**, s. 41.

93 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 14.

94 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 12; **Duss**, s. 106; **Giroud**, s. 95; **BGE.**, 86,II, 182, Karar için Ayrıca Bkz., **Öçal**, Federal Mahkeme Kararları, s. 12 vd.

95 Bu konularda Bkz., **Lanz**, s. 143, yazar gündemde yönetim kuruluna bildirim konusunda talimat verilmesi kararını kapsayan bir madde bulunmasının pek muhtemel olmadığını belirtmektedir, s. 143, dipn. 220.

96 Bu görüş için Bkz., **Franko**, s. 416; **Pekcanıtez**, s. 40.

97 İsviçre Hukukunda aynı yönde **Schmid**, s. 41.

temi hemen reddetmemeli ve dava şartının yerine getirilmesi için ortaklığa süre vermelidir. Aksi takdirde bildirim gereksiz yere daha da geciktirilmiş olur.

2- Sermaye Piyasası Kurulu

İkinci Bölümde belirttiğimiz gibi,[98] Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46. maddesinin „c" bendinin gerek eski, gerek 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik metnine göre, Sermaye Piyasası Kurulu, halka açık anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile işletme sermayesi ve kaynaklarının azalması veya kaybı halinde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili mercilere intikal ettirmeye yetkili kılınmıştı. Bu hükümden hareketle Kurul'un borca batık haldeki bir ortaklığın durumunu mahkemeye bildirmeye yetkili olduğu kabul edilmekteydi.[99]

558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra Kurulun halâ bu yetkiye sahip olduğunu söylemek kanımızca mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyeceğinden iptal edilen yasa veya kanun hükmünde kararnamenin yürürlükten kaldırdığı ya da değiştirdiği hükümlerin yeniden ve kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceğinin kabulü gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında ve Yargıtay İçtihadı birleştirme kararında bu husus açıkça ifade edilmiştir. [100] Fakat 18.6.1996 tarihinde Yargıtay 19. HD.'nin verdiği karara bakılırsa [101] Sermaye Piyasası Kurulu'nun borca batıklığı mahkemeye bildirme yetkisi devam etmektedir. Çünkü bu kararında Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlükten kaldırdığı yasa hükümlerinin yeniden ve kendiliğinden yürürlüğe gireceğini kabul etmiştir.

3- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

324. madde emredici hükümlerden oluşmaktadır. Üstelik anılan maddenin 2. fıkrası gereğince mahkemeye bildirimde bulunulmaması cezai yaptırıma bağlanmıştır (Bkz., İİK., m. 345a). 559 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 274 maddenin 2. fıkrası kanuna aykırı işlemler nedeniyle ortaklık aleyhine fesih davası açılmasını öngördüğünden, 324. maddeye aykırı olarak borca batıklığın mahkemeye bildirilmemesinin böyle bir dava açılmasını gerektireceği düşünülebilir. Fakat 324. madde borca batıklık halinde ortaklığın iflâs yoluyla tasfiyesini öngörmüştür. İflâs yoluyla tasfiye ise ancak iflâs kararı üzerine yapılabilir. Fesih davası sonunda verilen hüküm iflâsın açılmasını ve ortaklığın iflâs yoluyla tasfiyesini sağlamaz. Oysa borca batıklık halinde ortaklığın iflâsının öngörülmesinin nedeni alacaklıların daha fazla zarara uğramaksızın eşit bir biçimde alacaklarına kavuşmalarını sağlamaktır. Bu ne-

---

98 Bkz., yuk. § 8, II, C, 1.
99 Bkz., **Kayar**, s. 58.
100 Bkz., yuk., § 8, II, C. dipn. 105 civarı.
101 Bkz., yuk., § 8, II, C. dipn. 106 civarı.

denle mevcut yasa hükümleri karşısında Bakanlığın borca batıklığı bildirim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla ortaklık aleyhine fesih davası açamayacağı kanısındayız.,

Kanımızca Bakanlık 324. madde uyarınca mahkemeye borca batıklık bildiriminde de bulunamaz. Çünkü Türk Ticaret Kanunu' nun 324. maddesi bildirim yükümlülüğünü sadece yönetim kuruluna yüklemiştir (f. 2, c.3). Ayrıca Denetim Tüzüğünün 8, a-b maddesinde düzenlenen haller dışında Bakanlığa dava açma yetkisi tanınmamıştır. Yargıtay'da 274. maddenin Bakanlığa sadece fesih davası açma yetkisi verdiği kanısındadır.[102] Aslında 274. maddede değişiklik yapılırken denetim sonucu ortaklığın borca batıklığının tespiti durumunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na da durumu mahkemeye bildirme yetkisinin tanınması yerinde olurdu. Borca batıklık bildirimi başta alacaklılar olmak üzere ortaklıkla ilgisi olan herkesi yakından ilgilendirdiğinden bu düzenleme 324. maddenin amacına da uygun düşerdi.

V - ALACAKLILARIN ORTAKLIĞIN İFLÂSINI İSTEMELERİ

Alacaklıların borca batıklık nedeniyle iflâsın açılmasını isteme imkân İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde öngörülmüştür. Acaba alacaklıların borca batık halde bulunan ortaklığın iflâsını istemeleri hukuki niteliği bakımından 324. maddede öngörülen borca batıklık bildiriminden farklı mıdır? Öğretide, maddenin metninden açıkça anlaşılmamakla birlikte, alacaklıların sadece borca batıklığı bildirmeyecekleri, ayrıca ortaklığın doğrudan doğruya İflâsını isteyecekleri belirtilmektedir.[103] Başka bir deyişle burada çekişmesiz yargı prosedürünü işleten tasavvur açıklaması niteliğinde bir beyan değil, bir İflâs davası söz konusudur. Biz bu görüşü şu bakımdan ihtiyatla karşılıyoruz: Borçlunun borca batıklık bildirimini geri alması mümkün değildir.[104] Oysa alacaklının iflâs talebi geri alınabilir.[105] Borca batıklık hali bütün alacaklılar bakımından ciddi bir tehlike sayıldığı içindir ki, ödemelerin tatilinin aksine (Bkz., İİK., m. 177.II) bu durumda iflâsın açılması emredici bir şekilde düzenlenmiş ve yönetim kuruluna durumu derhal mahkemeye bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Yönetim kurulu buna rağmen yükümlülüğünü ihlal etmişse, sonuçta bir alacaklı da borca batıklık nedeniyle ortaklığın iflâsını istemişse bu talebin iflâs kararı verilince-

---

[102] Yargıtay Bakanlığın TTK.'nun 274. maddesi anlamında fesih istemini içermeyen davalarının reddi gerektiği görüşündedir. Örneğin, **11.HD**.'nin 20.3.1987 tarih E. 86/7665, K.87/1621 sayılı kararına konu olayda, Bakanlık bedeli tam ödenmeden çıkarılan hamiline hisse seqetlerinin iptali davası açmış, Yargıtay Bakanlığa böyle bir dava hakkının tanınmadığı sonucuna varmıştır, Karar için Bkz., Batider, C. XIII, s. 319 vd; Kararın değerlendirmesi hakkında Bkz., **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**- s.725.. Yargıtay'ın, Bakanlığın gerçeğe aykırı bilançonun iptali hakkında dava açamayacağı hakkındaki kararı da aynı görüşü yansıtmaktadır, **11.HD**., 16.1.1984 tarih ve 5870/27 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 822; Yazarın yorumu hakkında ayrıca Bkz., **Eriş**, Anonim Şirketler, s. 81. Normal olarak Yargıtay'ın 324. maddenin 2. fıkrası uyarınca yapılacak borca batıklık bildirimi bakımından da aynı sonuca varması beklenir.

[103] Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 624; Ayrıca Bkz. **Atalay**, s. 69 vd.

[104] Bkz., yuk., § 11, II.

[105] Bkz., **Berkin**, iflâs, s. 133 vd.

ye kadar geri alınabileceğini kabul etmek hükmün amacına ve emredici niteliğine aykırı düşer. Yasal bir yükümlülüğün ortaklıkça ihlali onun lehine hak doğuramaz. Ortaklığın borca batık olduğu anlaşıldıktan sonra alacaklının talebini geri alması nedeniyle iflâsa karar verilemeyeceği kabul edilirse, sırf yönetim kurulunun kendine verilen görevi yerine getirmemesi yüzünden diğer alacaklılar zarar görmüş olur. Bu nedenle alacaklıların borca batıklık nedeniyle ortaklığın iflâsını istemelerini diğer doğrudan doğruya iflâs halleriyle aynı rejime tâbi tutmak mümkün olmasa gerektir. Sonuçta kanımızca borca batıklık sabit olduktan sonra alacaklı iflâs istemini –tıpkı yönetim kurulu gibi - geri alamamalıdır.

Öte yandan alacaklıların borca batıklığı bildirmeleri ve/veya iflâs istemelerinin ön şartı bir ara bilanço düzenlenmesi olamaz. Aksi takdirde alacaklılar sadece yönetim kurulu tarafından bir ara bilanço düzenlendiğini ve bu bilançonun borca batıklığı gösterdiğini öğrendikleri zaman İflâs davası açabilirlerdi. Oysa İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinin açık ifadesi karşısında alacaklılar bir bilanço bulunmasa bile borca batıklık dolayısıyla İflâs isteminde bulunabilirler. Bir önceki paragrafta savunduğumuz görüş karşısında, bu takdirde ortaklığın borca batık halde bulunduğunu ispat yükünün sadece davacı alacaklıya ait (İİK., m. 179) olduğunu[106] kabul etmek mümkün değildir. Tıpkı ortaklığın yönetim kurulu tarafından borca batıklık bildiriminde bulunulmasında olduğu gibi, bu davada da kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmalıdır. Ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığını belirlemek için bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Mahkeme kendiliğinden delillere başvurabilir. Ayrıca kanımızca bildirimin alacaklılar tarafından yapılması halinde de borca batıklığın 324. maddede öngörülen ara bilançonun tâbi olduğu değerleme ilkelerine göre belirlenmesi gerekir. Ara bilanço düzenlenmesi ön şartının bulunmaması farklı sonuca varmayı gerektirmez. Hükmün amacına uygun olarak ancak malvarlığının gerçek değeri borçları karşılamaya yetmiyorsa iflâsın açılması zorunlu hale gelir.

Tahvil sahipleri de alacaklı sıfatıyla borca batıklığı bildirip iflâs isteminde bulunmaya yetkilidirler.[107]

Alacaklılar İcra ve İflâs Kanunu'nun diğer hükümleri gereğince de borçlu ortaklığın iflâsını isteyebilirler (Bkz., özellikle İİK. m. 177). Ortaklık borca batık durumda ise, alacaklılar için önceden takip yapmak yerine Türk Ticaret Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca ortaklığın borca batıklığını bildirmek veya iflasını istemek daha avantajlıdır.[108] Çünkü bir alacaklının 179. maddeye dayanarak iflâs davası aç-

---

106 "İcra ve iflas Kanunu'nun 179. maddesi gereğince, anonim veya ticarî bir kooperatif şirketin borçları mevcut ve alacağından ziyade olduğu alacaklı tarafından isbat olunmak şartıyle, önce takibe hacet kalmaksızın iflâsına karar verilebileceğine; ve; hâdisede bu maddenin hükmünün tatbikî zarurî bulunduğuna, borçların mevcut ve alacaklarından fazla olduğu; davacı tarafından isbat edilmiş veya usülü veçhile seçilecek bilirkişi marifetiyle kooperatifin kayıtları ve umumî muameleleri üzerinde yapılacak incelemeler üzerine anlaşılmış olmadıkça iflâs kararı verilmesi caiz olmadığı halde..." **Y. İİD**, 13.5.1946 tarih ve 1108/2347 sayılı kararı Karar için Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 624, dipn. 10; Ayrıca Bkz., **Franko**, s. 419; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 177.

107 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., II-III, s. 289; **Franko**, s. 418.

108 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 12; **Eriş**, AŞ., s. 249.

ması için ne önceden iflâs takibinde bulunmasına, ne de alacağının muaccel olmasına ve ortaklığın borca batıklığından önce doğmasına gerek vardır.[109] Yasakoyucu borca batıklık dolayısıyla bütün alacaklıların hakları tehlikeye girdiği için bu özel iflâs nedenini öngörmüştür. Ne var ki, ispat güçlükleri dolayısıyla, hakları muaccel olan alacaklılar genel iflâs. nedenine dayanarak ortaklığın iflâs.ını istemeyi tercih edebilirler. Ayrıca eğer borca batıklık ödemeden aciz haliyle birlikte kendini göstermiyorsa alacaklıların durumun farkına varmaları ve 179. maddeye dayanarak harekete geçmeleri kolay olmayacaktır.[110]

Görüldüğü gibi, alacaklılar yönetim kurulunun 324.II maddesi gereğince harekete geçmesini beklemek zorunda değildirler. Bunun tam tersine olarak borca batık haldeki bir ortaklık aleyhine alacaklılar tarafından İcra ve İflâs Kanunu' nun herhangi bir maddesine dayanılarak iflâs davası açılması da yönetim kurulunun 324. madde gereğince durumu mahkemeye bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.[111]

VI - YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

İcra ve İflâs Kanunu'nun 154. maddesi gereğince, iflâs davalarında yetkili ve görevli mahkeme borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesidir (f.3, son cümle). Borca batıklık bildirimi iflâs davası değilse de, iflâs kararı vermeye yetkili ve görevli mahkeme anılan maddede kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki kuralıyla belirlenmiştir. Gerçekten aynı hükme göre, dava mutlaka bu mahkemede açılmalıdır ve iflâs davaları bakımından yetki sözleşmesi yapılamaz. Mahkeme yetkisizliğini kendiliğinden gözetmek zorundadır (HUMK., m. 23).

Ayrıca borca batıklık halinde durumu mahkemeye bildirim yükümlülüğü iki tarafın arzusuna bağlı olan davalardan değildir. Bu nedenle bildirim yükümlülüğü bakımından ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasında işbölümü ilişkisi değil, görev ilişkisi vardır (Bkz., TTK., m. 5,III).. Örneğin bir yerde ticaret mahkemesi bulunduğu halde asliye hukuk mahkemesine bildirim yapılacak olursa mahkeme durumu kendiliğinden gözönüne almak ve görevsizlik kararı vermek zorundadır.[112]

Bu durumda borca batıklık bildiriminin yapılacağı (yetkili ve görevli) mahkeme, ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesidir.[113] Ortaklık merkezinin bulunduğu yargı çevresi içinde ticaret mahkemesi yoksa bildirim asliye hukuk mahkemesine yapılır (TTK., m. 5.I, II). Davanın değeri ne olursa olsun asliye mahkemeleri görevlidir (Bkz., HUMK., m. 8, N.1).

---

[109] Aynı imkân İİK., m. 177.II bakımından da mevcuttur, Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 305; **Berkin**, iflâs, s. 166; **BGE** 120 III 88. Bkz., İsv. İİK., m. 190.I, N.2 Alman hukukunda aynı yönde açıklamalar için Bkz., **Egner/Wolff**, s. 100.

[110] Bkz., **Schmid**, s. 45.

[111] Bkz., **Giroud**, s. 77; **Godin/Wilhelmi**, § 92, N. 8; **Lanz**, s. 140; **Mertens**, § 92, N; **Pekcanıtez**, s. 41.

[112] Bkz., **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra ve iflâs, s. 402.

[113] Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s.; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 17-18; **Franko**, s. 414; İsviçre Hukukunda aynı yönde **Schmid**, s. 40.

VII - BİLDİRİMİN ZAMANI

Yukarıda borca batıklık şüphesi ortaya çıktıktan sonra ara bilançonun ne kadar süre içinde düzenlenmesi gerektiği üzerinde durmuştuk. Burada ara bilançodan durum tespit edildikten sonra bildirimin tabi olduğu süre koşulu ve bu koşul bakımından istisnaların bulunup bulunmadığı üzerinde duracağız.

A- DERHAL BİLDİRİM KOŞULU

Yasada borca batıklık bildiriminin durumun tespitinden sonra derhal yapılacağı öngörülmüş, ancak Alman Hukukunda olduğu gibi (APOK., § 92.II) belirli bir zaman sınırlaması getirilmemiştir (TTK., m. 324.II, c.3, 446.II) .[114]

Yönetim kurulu borca batıklığı tespit eder etmez mahkemeye bildirimde bulunmak zorundadır.[115]

Şüphesiz bildirim yükümlülüğü derhal yerine getirilmese bile borca batıklık durumu devam ettiği sürece güncelliğini korur.[116] Ancak yönetim kurulu üyeleri gecikmeden dolayı ortaya çıkan zarardan sorumlu olurlar.

Borca batıklığın tespitinden sonra düzenlenen ikinci bir bilanço durumun ortadan kalktığını gösteriyorsa bildirimde bulunulmasına gerek yoktur. Yönetim kurulunun bu sonuca ulaşabilmek için kısa vadeli iyileştirme tedbirlerine başvurup başvuramayacağı aşağıda ayrıca incelenecektir.

B- DERHAL BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARININ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

Borca batıklığın tespiti durumunda derhal bildirim şart ise de, acaba yönetim kurulu belirli şartlar altında bildirim yükümlülüğünü derhal yerine getirmekten kaçınmaya yetkili midir? Başka bir deyişle bu kuralın istisnaları var mıdır?

Soruna çözüm aranırken derhal bildirim yükümlülüğünü öngören 324. maddenin 2. fıkrasının alacaklıların çıkarlarını korumaya yönelik emredici bir hüküm olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle derhal bildirimden kaçınmayı haklı gösterecek durumlar ihtiyatla karşılanmalıdır.[117]

---

[114] İBK., 725.II'bakımından da durum aynıdır, Bkz., **Koeferli**, s. 153.

[115] ,Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 98; **Erem**, s. 135; **Franko**, s. 413; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 472; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 625; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16; **Tekil**, AŞ., s. 247; İsviçre Hukukunda aynı yönde Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 11; **Duss**, s. 69; **Funk**, OR. Art., 725, N.2; **Gentinetta**, s. 45; **Giroud**, s. 77; **Henze**, s. 41; **Lanz**, s. 138,139; **Schmid**, s. 41; **Schucany**, OR. Art., 725, N.3; **BGE.**, 30.II, 320; **W. von Steiger**, yazar Alman hukukundaki 3 haftalık süreye kıyasen İsviçre Hukukunda da aynı sonuca varılabileceğini öne sürmektedir, OR. Art., 817, N.9; 1991 değişikliğinden sonra İBK.'nnun 725.II hükmünde artık eskiden olduğu gibi borca batıklık bildiriminin derhal yapılacağına dair bir açıklık bulunmamakta (Bkz., İBK., m. 725.II), hatta bilançonun denetçilerin incelemesine sunulması gerektiğinden bildirimin derhal yapılması kolay olmamaktadır, Ayrıntılı bilgi için Bkz., yuk. § 5, II, D, 1.

[116] Bkz., **Lanz**, s. 139.

[117] Bkz., **Lanz**, s. 138.

324. maddenin 2. fikrasındaki açık ifade karşısında (c. 3) borca batıklığın ara bilançosundan tespiti halinde yönetim kurulunun hiç bir şekilde mahkemeye bildirim yükümlülüğünden kaçınamayacağı, mali durumun iyileştirilebileceği kanısını taşıyorsa yapacağı tek işin iflâsın ertelenmesi yolunda başvuruda bulunmak olduğu sonucuna varılabilir. Ancak yönetim kurulu borca batıklığı derhal ortadan kaldırabildiği zaman bildirimin yapılmamasının hukuki ve cezai sorumluluğa yol açıp açmayacağı üzerinde durmak gerektiği gibi, yönetim kurulunun konkordato süresi verilmesi için başvuruda bulunup bulunamayacağı sorusuna da cevap bulunmalıdır. İflâsın ertelenmesinin yan sonuçlarından biri de ortaklığın mali durumunun aleniyet kazanmasıdır. Bu durum ertelemenin amacına aykırı olarak bazen ortaklık aleyhine sonuçlar doğurabilir. Yönetim kurulu da durumu mahkemeye bildirmek yerine doğrudan doğruya iyileştirme tedbirlerini kendisi devreye sokmak isteyebilir. [118]

İsviçre öğretisinde ortaklığın belirli şartlar altında bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabileceği belirtilmektedir. Bu görüşlere aşağıda çeşitli olasılıkları incelerken değineceğiz. Ayrıca İsviçre Hukukunda yapılan son değişiklikten sonra yasanın açıkça öngördüğü üç adet bildirimden kaçınma hali ortaya çıkmıştır.[119] Bunlardan ilk ikisi, bildirim yükümlülüğünün doğması bakımından değişik değerleme ilkelerine tabi iki çeşit bilanço düzenleme zorunluluğunun getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Yani, eğer bu bilançolardan biri borca batıklığın mevcut olduğunu göstermiyorsa bildirimde bulunmak gerekmez (İBK., m. 725.II).[120] Aslında burada bildirim yükümlülüğünün şartlarının gerçekleşmediğini söylemek daha doğrudur. Öte yandan alacaklılardan birinin veya birkaçının ortaklığın iflâsı durumunda en alt dereceye inmeyi kabul etmeleri (*Rangrücktritt*) halinde de bildirim yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilmiştir (İBK., m. 725a).

Buna karşılık Türk Hukukunda İsviçre Hukukundan farklı olarak bildirimin zamanında yapılmaması suç sayılmıştır (İİK., m. 345.a). Aşağıda çeşitli olasılıkları değerlendirirken bu hükmü de gözönünde bulundurmak gerekir.

1- Durumun Genel Kurula Bildirilmesi

Durumun öncelikle genel kurula duyurulması zorunlu olmadığı gibi, genel kurulun vereceği karara göre hareket etmek üzere bildirim geciktirilemez.[121] Genel kurul da ortaklığın feshine karar vermeye yetkili değildir.[122] Çünkü, yasakoyucu borca batık haldeki ortaklık hakkında karar vermek yetkisini mahkemeye bırakmış[123], tasfi-

---

[118] Bkz., **Lanz**, s. 153; İBK.'nun yeni 725a maddesine göre erteleme kararı ancak alacaklıların korunması bakımından zorunlu olduğu takdirde ilân edilebilir(f.3).

[119] Bkz., **Koeferli**, s. 155.

[120] Bkz., **Koeferli**, s. 155.

[121] Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 547; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 625, 633, dipn. 39; **Kuru**, İflâs, s. 135; **Böckli**, s. 914; **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 11; **Duss**, s. 73; **Funk**, OR. Art. 725, N.2; **Giroud**, s. 77; **Schucany**, OR. Art., 725, N.3; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722; **BGE.**, 99.1a, 16.

[122] Bkz., yuk. § 10, IV.

[123] Bkz., **Henze**, s. 44 vd. ; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 632 vd.

yenin de İflâs hukuku gereğince yapılmasını istemiştir.[124] Hatta, tasfiye aşamasında tasfiye memurları ortaklığın borca batık olduğunu tespit ederlerse durumu derhal mahkemeye bildirmek zorundadırlar. Mahkeme ortaklığın İflâsına karar verir (TTK., m. 446, II).

Yargıtay da aynı görüştedir. Bir Yargıtay kararına göre yönetim kurulu,, anonim ortaklığın borca batıklığının anlaşılması halinde mahkemeye bildirimde bulunmak yerine, bazı borçları ödemek amacıyla aktiflerin satışı yetkisini genel kuruldan isteyemez, bu yöndeki bir genel kurul kararı da yasaya aykırı olur.[125]

2- Ortaklığın Mali Durumunun Derhal İyileştirilmesi İmkânı

Bir görüşe göre, borca batık halde bulunan bir ortaklık durumunu kısa zamanda iyileştirme imkânına sahipse, mahkemeye bildirim yükümlülüğünü hemen yerine getirmek zorunda değildir, öncelikle iyileştirme tedbirlerine başvurabilir. [126]

Bu görüşten biraz farklı görünen bir diğer yaklaşım, konuyu hukuksal sorumluluk açısından ele almaktadır[127]: Bu görüşe göre yönetim kurulu ilke olarak iyileştirme tedbirleri üzerinde durmaksızın durumu derhal mahkemeye bildirmek zorundadır. Borca batıklık durumu ortadan kaldırılmadığı sürece bu yükümlülük devam eder. Mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin sonucunu bekleyen sorumlu kişiler, kendileri aleyhine bir sorumluluk davası açılması riskini de üzerlerine almış olurlar. Eğer bu iyileştirme tedbirleri başarıyla sonuçlanır ve ortaklık borca batık durumdan kurtulursa ortada sorumluluk davasına konu olabilecek bir zarar da yoktur. Buna karşılık tedbirler bir işe yaramazsa sorumlu kişiler bildirimin zamanında yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zarardan müteselsilen sorumlu olurlar. Dikkat edilirse bu görüş iyileştirme tedbirlerinin derhal uygulanmasının yasal açıdan mümkün olup olmadığı üzerinde fazla durmamakta, bildirimin zamanında yapılmaması yüzünden bir zarar, dolayısıyla hukuksal sorumluluğun ortaya çıkıp çıkmadığı sorunuyla ilgilenmektedir. İsviçre hukukunda bildirimin zamanında yapılmamasına karşı cezai bir yaptırım öngörülmediğinden, anılan görüşte sadece hukuksal sorumluluk açısından (İBK., m. 754 vd.) konuya yaklaşılmaktadır.

Mali durumun derhal iyileştirilmesi, kısa zamanda aktiflerin yükseltilmesi veya borçların düşürülmesi şeklinde karşımıza çıkabilir. Aktiflerin kısa zamanda yükseltilmesine örnek olarak özellikle pay sahiplerinin ortaklığa ilave ödemelerde bulunmayı kabul etmeleri gösterilmektedir. Bu durumda en azından ortaklığın malvarlığına borçları dengeleyecek bir alacak kalemi ekleneceğinden borca batıklık or-

---

[124] Yukarıda aynı gerekçeyle Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 274. maddenin 2. fıkrası gereğince fesih davası açamayacağını belirtmiştik, Bkz., yuk. § 11, IV, E.

[125] **Y. 11. HD**. 17.10.1984 tarih ve 3801/4820 sayılı Kararı (**Eriş**, AŞ., N.1225).

[126] Bkz., **Forstmoser**, Verantwortlichkeit, s. 249; von **Greyerz**, s. 23; **Amonn/Gasser**, yazarlar İBK., m. 725.II uyarınca alacaklıların daha alt bir sıraya inmeyi kabul etmeleri durumunu buna örnek olarak göstermekte, malvarlığı durumunun yönetim kurulu tarafından kısa zamanda başka yollarla da iyileştirilebileceğini belirtmektedirler, s. 308.

[127] Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 11,; **Duss**, s. 69, 73; **Gentinetta**, s. 45, 69; **Henze**, s. 45, 47; **Lanz**, s. 139, 153 vd; **Funk**, OR. Art. 725, N.2; **Giroud**, s. 77; **Schucany** OR .725 N 3; **BGE**., 116,II, 324.

tadan kaldırılmış olacaktır.[128] Borçların indirilmesi ise alacaklıların haklarından kısmen veya tamamen vazgeçmeleri, bir üçüncü kişinin ortaklığın borçlarını devralmak (borcun nakli) suretiyle ortaklığın mali durumunu iyileştirmeyi üzerine alması,[129] ya da ortaklık alacaklılarından birinin alacağının sermayeye dönüştürülmesi[130] yollarından biriyle mümkün olabilir. Bu haller dışında ortaklığın mali durumunun işletme faaliyeti sonucu derhal iyileştirilmesi çok ender görülecek bir durumdur. Bütün bu hallerde borca batıklığa yol açan zarar aşağıya indirilmektedir. Bu gelişme derhal ortaklığın borca batıklığı tespit bilançosuna yansıyacaktır. Böylece artık borca batıklık gösteren bir bilanço mevcut olmayacaktır.[131] Kısaca bu görüşü şöyle özetlemek mümkündür. Eğer borca batıklığı ortadan kaldıracak kaynak hemen sağlanmışsa yönetim kurulu bildirimde bulunmaktan kaçınabilir.[132]

Türk öğretisinde konuya daha katı yaklaşıldığı anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun borca batıklık durumunda ortaklığın geleceği hakkında karar vermek yetkisini tamamen mahkemeye bıraktığı, yönetim kurulunun mali durumun nasıl iyileştirileceği konusunda planları varsa bunları erteleme istemiyle birlikte mahkemeye sunması gerektiği belirtilmektedir.[133] Buna göre yönetim kurulu iyileştirme tedbirlerini kendiliğinden devreye sokamaz, en azından sonuçlarını bekleyemez. Aksi takdirde hem hukuki, hem de cezai sorumluluğu söz konusu olur. Fakat yönetim kurulu bir yandan bildirimde bulunurken, diğer yandan mahkeme kararı verilinceye kadar gerekli gördüğü iyileştirme tedbirlerini uygulamaya başlayabilir.[134]

Kanımızca sadece mali durumun derhal iyileştirilmesi imkânının bulunması, borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Fakat, hukuksal sorumluluk bakımından İsviçre hukukunda yapılan değerlendirmelere katılmamak da mümkün değildir. Eğer bildirimin derhal yapılmaması borca batıklığın ortadan kaldırılması dolayısıyla herhangi bir zarara neden olmamışsa yönetim kurulu üyelerinin hukuksal sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ne var ki, borca batıklık tespit edildikten sonra durumun mahkemeye bildirilmemesi aynı zamanda suçtur (İİK., m. 345a). Gerçi bu suçtan dolayı yargılama yapılması alacaklıların şikayetine bağlıdır. Acaba hakları güvenceye bağlanan alacaklılar ortaklığın daha önce borca batık halde bulunduğunu buna rağmen yönetim kurulunun durumu mahkemeye bildirmediğini öne sürerek yönetim kurulu üyeleri aleyhine, ceza verilmesi için tetkik merciine başvurabilirler mi?

Kanımızca İcra ve İflâs Kanunu'nun 345a maddesi, aynı yasanın 179. maddesinde ve 324.maddenin 2. fıkrasında öngörülen yükümlülüğün ihlalini cezai yaptırı-

---

128 Bkz., **Lanz**, s.153.

129 Bu bir mali durumun iyileştirilmesi sözleşmesine dayanır. Bu sözleşmeyle üçüncü kişi borcun iç yüklenilmesini de (BK., m.173) gerçekleştirmiş olur. Ayrıca Bkz.,. yuk., § 8, I, A,2.

130 Bu konuda, Bkz., yuk., § 8, I, B.

131 Bkz., **Lanz**, s. 154.

132 Bkz., **Lanz**, Yazar borca batıklık halinde sermaye indirimi ile birlikte sermaye arttırımını bu şartlarda kabul eden bir İsviçre Federal Mahkemesi kararını genelleştirerek bu sonuca varmaktadır, s. 154. Bu kararın değerlendirmesi hakkında ayrıca Bkz., aşa. § 13, VII.

133 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 633, 625; **Kuru**, iflâs, s. 141; **Pekcanıtez**, s. 50.

134 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 633.

ma bağladığından suçun maddi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği bu hükümlere göre belirlenmelidir. Buna göre borca batıklık giderildiği için hukuki sorumluluk doğmayan hallerde cezai sorumluluk da söz konusu olmamalıdır.

3- Alacaklılara Yeterli Güvence Sağlanması

Durumun derhal iyileştirilmesi imkânı varsa bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınılabileceği görüşünde olanlardan bir kısmı daha da ileri giderek ortaklığa mutlaka nakit veya mal türünden bir kaynak sağlanmasının gerekmediğini, alacaklılara güvence sağlayan bir fer'i veya bağımsız hakkın (kefalet veya garanti' nin) de bildirim yükümlülüğünden kaçınmak için yeterli olduğunu belirtmektedirler.[135] İsviçre Federal Mahkemesinin, borca batık durumdaki bir ortaklıkta esas sermaye indirimiyle birlikte sermaye arttırımı yoluna gidilebileceğine, ancak bunun için gerekli kaynağın önceden temin edilmesi gerektiğine ilişkin kararı[136] genelleştirilerek ortaya atılan bu görüşe göre, böyle bir güvence ile yetinilmesi, borca batıklık bildiriminin amacına aykırı düşmemektedir. Yeter ki, alacaklıların bu güvenceden yararlanmaları güçlük yaratmasın ve alacaklılar herhangi bir zarara uğramasınlar. Alacaklılara ek şartlar getirmemek koşuluyla her çeşit güvence bu işlevi görebilir.[137]

Bazı yazarlar ise böyle bir güvencenin borca batıklığın giderilmesi anlamına gelmeyeceğini belirterek bu halde bildirim yükümlülüğünün devam edeceğini belirtmektedirler.[138] Kanımızca aynı gerekçeyle bu son görüşe katılmak gerekir.

4- İflâstaki Sıradan Çekilme Sözleşmesi (*Rangrücktrittsvereinbarung*)

a) Hukuki Niteliği ve İçeriği

Alacaklılardan bir veya birkaçının, ortaklığın iflâsı durumunda geri kalan alacaklıların haklarının iflâs masasından tam olarak karşılanabilmesi için gerekli olduğu ölçüde kendi alacaklarının tatmininden vazgeçmeyi önceden kabul etmeleri mümkündür. Bu alacaklılarla ortaklık arasında yapılan sözleşmeye İsviçre ve Alman hukuklarında "İflâstaki Sıradan Çekilme Sözleşmesi" anlamında "*Rangrücktrittsvereinbarung*" adı verilmektedir.[139] Tanımından da anlaşılacağı gibi, bu sözleşme alacaklının ortaklığın iflâsı durumunda sıra cetvelinde en alt sıraya (bütün alacaklıların arkasına) inmeyi kabul etmesi anlamını taşır.[140] Böylece alacaklı diğer bütün alacaklıların hakları tam olarak karşılandıktan sonra, kendi hakkının tatminine sıra gelme-

---

135 Bkz., **Koeferli**, s. 158; **Lanz**, s. 154.

136 Bkz., **BGE.**, 76,I,167.

137 Bkz., **Koeferli**, s. 158.

138 Bkz., **Giroud**, s. 81; **Atalay**, s. 75.

139 Tanım için Bkz., **Duss**, s. 20; **Duss**, Rangrücktritt, s. 2; Ayrıca Bkz., **Giroud**, s. 82; von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 27 vd.; **Lanz**, s. 154.**Atalay**'da bu sözleşmeyi "Sıradan Vazgeçme Sözleşmesi" olarak adlandırmıştır, s.75.

140 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 2; Nitekim İBK.'nun 725.II. maddesinde bu ifade vardır. Bkz. ayrıca yuk., § 5, II, A, D.

sine önceden rıza göstermektedir.[141] Sözleşmenin amacı, diğer ortaklık alacaklılarının çıkarlarının korunması, iflâsta paylaşım sırasında bir alacak kaybına uğramalarının önlenmesidir.[142] Bu yönüyle anılan sözleşme "üçüncü kişi lehine sözleşme" niteliğindedir.[143]

Bu sözleşme, yapılır yapılmaz ortaklığın borcuna son veren bir ibra sözleşmesi değildir.[144] Borcun kısmen veya tamamen ibrası, erteleyici (taliki) şarta bağlanmıştır.[145] Öngörülen şart ortaklığın iflâsı durumunda diğer alacaklıların haklarını tam olarak alamamalarıdır. Alacaklı, sözleşmeye katılmakla sadece iflâsta tasfiye sırasında en son aşamada tatmin edilinceye kadar alacağını talep etmekten vazgeçmektedir.[146] Ortaklık da bu aşamaya kadar sözleşme kapsamındaki borcu ödemeyeceğini bildirmektedir.[147] Böylece alacaklı duruma göre hakkını kısmen veya tamamen elde edemeyeceğini daha baştan göze almaktadır.[148] Fakat her halde burada şarta bağlı olmayan bir ibra sözleşmesi söz konusu değildir. Şart gerçekleştiğinde ortadan kalkacak alacak miktarı bile belli değildir.[149] Dolayısıyla sözleşme konusu alacak ortaklığın defterlerinde ve bilançoda tam olarak gösterilir.[150] Ancak bilançoda açıklık ilkesi bakımından diğer alacaklardan ayırt edilmesi, örneğin bir bilanço notu olarak alacağın tabi olduğu şartların açıklanması gerekir.[151]

Sıradan çekilme sözleşmesi borca batık durumdaki bir ortaklıkla bir veya birkaç alacaklısı arasında yapılır.[152] Sözleşmeyi yapan alacaklının hakkı ortaklık borca batıklık halinden çıkana kadar veya iflâsta tasfiye sırasında borçlar ödeninceye kadar ertelenmiş olmaktadır (*Stundung*).[153] Alacağın tamamı ancak borca batıklık hali aşıldıktan sonra istenebilmektedir.[154] Ortaklığın iflâs yoluyla tasfiyesi durumunda ise

---

141 Bkz., **Duss**, s. 20; **Duss**, Rangrücktritt, s. 2; **Giroud**, s. 82; von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 27; **Koeferli**, s. 156; **Pestalozzi**, s.2; Türk Hukukunda Bkz., **Atalay**, s. 75.

142 Bkz., **Harget**, s. 140,141; **Lanz**, s. 155.

143 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 3 vd.; **Pestalozzi**, s. 2.Aksi görüş, **Harget**, s. 141.

144 Bu konularda Bkz., **Duss**, s. 20; **Koeferli**, s. 156; **Lanz**, s. 154.

145 Bkz., **Duss**, s. 21; **Duss**, Rangrücktritt, s. 3; von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 27.; Bkz., ve Karş., **Harget**, yazar sözleşmeyi şarta bağlı bir ibradan farklı olarak alacaklının alacağının ancak ileride ortaklık tarafından elde edilecek kârlarla birlikte, diğer bütün alacaklıların hakları toplamını aşan malvarlığı kısmından karşılanmasına razı olduğu bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. yazar bu nedenle böyle bir sözleşmede ortaklığa da mali durumun iyileştirilmesi için elinden geleeni yapma yükümlülüğü düştüğünü belirtmektedir, s. 140.,141.

146 Bkz., **Duss**, s. 21; von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 27; **Koeferli**, s. 156; **Lanz**, s. 154,157.

147 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 4. von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 27; **Lanz**, s. 154,157.

148 Bkz., **Pestalozzi**, s. 4.

149 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 3.

150 Bkz., **Duss**, s. 86; **Lanz**, s. 154. Aksi kararlaştırılmamışsa sözleşme kapsamındaki alacak için faiz işlemeye devam eder, **Pestalozzi**, s.3.

151 Bkz., **Duss**, s. 99; **Lanz**, s. 156.

152 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 3.

153 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 2 vd.s. 4; **Giroud**, s. 84; **Lanz**, s. 154; **Pestalozzi**, s.2. Bkz. ve Karş., **Harget**, s. 140.

154 Bu halde erteleyici şart gerçekleşmediğinden borcun tamamı veya bir kısmı kayba uğramamaktadır. Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 6; Ayrıca Bkz., **Harget**, yazar borca batıklık giderilmekle sözleşmenin doğal olarak sona ereceğini belirtmektedir, s. 142.

söze konu alacak diğer bütün alacaklar karşılandıktan sonra geriye birşey kalmışsa bunun pay sahiplerine dağıtılmasından önce ödenmektedir. Görüldüğü gibi sözleşmeye katılan alacaklılar pay sahipleri ile eşit düzeye inmemektedirler. Teorik olarak onlardan öncelikli durumdadırlar. Çünkü hakları hala yabancı kaynaklar arasında yer almaktadır. Ancak pratikte borca batıklık nedeniyle iflâsın açılması önlenemediği takdirde değil pay sahipleri çoğu kez alt dereceye inmeye razı olan alacaklıya dahi bir şey kalmayacaktır.

İsviçre hukukunda, sıradan çekilme sözleşmesinin yapılması ortaklığın öz kaynak darlığı içinde bulunduğunu gösteren bir belirti olarak kabul edilmektedir.[155] Bu sözleşme günlük hayatta sıkça rastlanan türden değildir.[156] Uygulamada bazen öz kaynak darlığı içinde olan ortaklığa kredi veren bankaların ortaklığa yakın olan alacaklılardan ortaklıkla böyle bir sözleşme yapmalarını istedikleri belirtilmektedir.[157] Alacaklılar da ortaklığın mali durumunun iyileştirilebileceği ve ileride kendi alacaklarını tam olarak ödeyeceği umuduyla bu sözleşmeye katılmaktadırlar. Alacağı uzun vadeli olan alacaklılar bu yola gitmekte sakınca görmeyebilirler. Fakat özellikle pay sahibi olan ve aynı zamanda ortaklıktan önemli miktarda alacağı bulunan kişilerin böyle bir sözleşmeye imza atacakları söylenebilir.[158] Holding ortaklıkla kriz halindeki yavru ortaklık arasında böyle bir sözleşmenin yapılma ihtimali daha kuvvetlidir.[159]

b) Borca Batıklığı Mahkemeye Bildirim Yükümlülüğüne Etkisi

Mali durumun iyileştirilmesine yaptığı olumlu katkılardan dolayı, borca batık durumdaki bir ortaklığın yönetim kurulu, sıradan çekilme sözleşmesini mahkemeye bildirim yükümlülüğünden kurtulmayı haklı gösterecek bir neden olarak kabul etme eğilimi içine girmektedir.[160]Acaba sıradan çekilme sözleşmesinin borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğüne etkisi nedir?

Herşeyden önce belirtelim ki, anılan sözleşme borca batıklığı tespit bilançosunda herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Çünkü bu sözleşme sayesinde ortaklığın soma eren bir borcu bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapılan sözleşmeye rağmen borca batıklık durumu ortadan kalkmaz.[161]

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişiklikten önce, öğretide genellikle alt dereceye inmeyi içeren böyle bir sözleşmenin yönetim kurulunu borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünden kurtarmayacağı görüşü savunulmaktaydı.[162] Çünkü bu görüşe göre söze konu işlem (eski) 725. maddenin 4. fıkrası

---

155 Bkz., **Lanz**, s. 156.

156 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 2.

157 Bkz., **Lanz**, s. 157.

158 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 2.

159 Bkz., **Lanz**, s. 159.

160 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 2; **Lanz**, s. 155.

161 Bkz., **Duss**, s. 88; **Duss**, Rangrücktritt, s. 2; von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 27; **Giroud**, s. 82; **Koeferli**, s. 157; **Lanz**, s. 157; **Pestalozzi**, s. 6.

162 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 8 vd.; von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 29; **Giroud**, yazar bu sözleşmenin hiçbir şekilde bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı kanısındadır, Çünkü yazara göre bu

anlamında bir iyileştirmeyi ifade etmemekte, borca batıklık gösteren bilançoda bir değişiklik yaratmamaktadır. Sözleşme konusu alacak ortadan kalkmadığından, ayrıca sözleşmenin şartı (iflâs) gerçekleşmediğinden borca batıklık bilançosu düzenlenirken bu alacak ortaklığın borçları arasında tam olarak gösterilecek bu nedenle mahkemeye bildirim yükümlülüğü bakımından bir etkisi olmayacaktır. Yasakoyucu bildirim yükümlülüğü bakımından borca batıklığı yeterli görmüş, alacaklıların karşılaştığı fiili riziko ile ilgilenmemiştir. Hatta bir kanton mahkemesi kararında savunulan görüşe göre[163] bu sözleşme doğrudan doğruya borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü öngören İsviçre Borçlar Kanunu' nun eski 725.III maddesinin dolanılmasını amaçladığından batıl sayılmalıdır.

Ancak bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, konuyu sorumluluk açısından da değerlendirerek eğer ortaklığın durumunun iyileştirilmesi muhtemel görünüyorsa ve bu yüzden alacaklıların hakları bir zarara uğramayacaksa yönetim kurulunun borca batıklığı derhal mahkemeye bildirmeyebileceği sonucuna varmaktadırlar.[164] Yapılan sözleşme sayesinde ortaklık mali durumunu iyileştirme fırsatı bulur. Eğer tedbirler başarılı sonuç vermezse erteleyici şart devreye girer.

Diğer bir görüşe göre ise, borca batıklığı tespit bilançosu ortaklığın isteğe bağlı (iradi) tasfiyesi değil de iflâs yoluyla tasfiyesi nazara alınarak düzenlenmiş ve sıradan çekilen alacaklı açıkça aktiflerle karşılanamayan alacak kısmından feragat ettiğini beyan etmişse yönetim kurulu durumu mahkemeye bildirmekten vazgeçebilir.[165] [166]

İsviçre Hukukunda 1991 yılında yapılan değişiklikle bu sözleşme -borç fazlası (aktif açığı) ölçüsünde alacak miktarını kapsamak koşuluyla- borca batıklık bildiriminden bağışıklık sonucunu doğuran bir işlem olarak kabul edilmiştir (İBK., m. 725,II.c.2 yan cümle) Bu düzenlemeden hareketle yasakoyucunun iradesinin alacaklıların çıkarlarına zarar vermeyen diğer durumlarda da borca batıklık bildiriminden kaçınılabileceği yolunda olduğu belirtilmektedir.[167]

---

sözleşme borca batıklığı ortadan kaldırmamakta ve alacaklıların hakları da yeterince güvence altına alınmamaktadır, s. 84 vd.; **Lanz**, s. 157 vd.; **Koeferli**'de bu görüşlere katılmakta ve bu konudaki yasa değişikliğini eleştirmektedir, s. 155-156.

163 Vaud Kanton Mahkemesi kararı, Karar için Bkz., SAG 54, 1982, s. 86 vd, Karara göre bu nedenle yeni alacaklılar tehlikeye maruz bırakılmış olmaktadır. Sözleşmeye katılan alacaklı iflâs edecek olursa onun alacaklıları İsv.İİK. m. 288'e dayanarak iptal davası açabileceklerdir, s. 88.

164 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 4, 5, 8 vd.; von **Greyerz**, Rangrücktritt, s. 29; **Lanz**, s. 157 vd.

165 Bkz., **Psetalozzi**, s.5.

166 Alman Hukukunda savunulan bir görüşe göre ise, bu sözleşme ile alacağın miktarı ve şartları tamamen değişikliğe uğradığından ve bu değişikliğe göre alacak miktarı ortaklık ileride kâr edip diğer bütün alacaklıları tatmin ettikten sonra kalan tutarı ifade ettiğinden sözleşme konusu alacak borca batıklığı tespit bilançosunda gösterilmez. Çünkü ortaklığın mali durumu bu aşamaya gelmeden bilançoya geçirilecek bir alacak yoktur. Bu durumda eğer ortaklık borca batık değilse zaten durumun mahkemeye bildirilmesine gerek yoktur. Bkz., **Harget**, s. 142 vd.

167 Bkz., **Koeferli**, ayrıca yazara göre 1991 değişiklikleri sırasında, konkordato vb. gibi doğrudan doğruya ıslah edici etki yapan tedbirlerin yerine neden öncelikle sıradan çekilme sözleşmesinin borca batıklık bildiriminin istisnası olarak öngörüldüğünü anlamak güçtür, s. 156.

T.C. YÜKSEK ... KURULU ...

Kanımızca hukukumuz açısından alacaklının en alt dereceye inmeyi kabul ettiği sözleşme borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Bu konuda İsviçre öğretisinde öne sürülen gerekçelere aynen katılmaktayız.[168] Ancak bu sözleşmeyi batıl saymak da çok ileri gitmek olur. Bu sözleşmenin bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı kabul edildikten sonra, bu yolla 324.II maddesinin dolanılmış olacağından söz etmek de mümkün değildir.

Ayrıca eğer mali durumun iyileştirilmesi sağlanırsa, bu sözleşmeye dayanarak bildirimden kaçınan yönetim kurulu üyeleri kural olarak bir hukuki sorumluluk altına girmezler. Çünkü alacaklıların çıkarı yeterince korunduğundan çoğu kez ortada bildirimin geciktirilmesinden kaynaklanan bir zarar bulunmayacaktır.[169] Buna karşılık,, eğer ortaklık iflâs ederse yönetim kurulu üyeleri bildirimin gecikmesinden doğan zarardan dolayı sorumlu olacaklardır.[170] Ancak çoğu kez bildirimin geciktirilmesinden dolayı bu halde de bir zarar ortaya çıkmayacaktır. Çünkü ister zamanında bildirim yapılsın ister yapılmasın sonuçta iflâsta tasfiye sırasında sıradan çekilme sözleşmesinin erteleyici şartı gerçekleşecek ve sözleşmeden yararlanan alacaklılar bir zarara uğramayacaklardır.[171] Ortaklık zaten borca batıklık nedeniyle iflâs ettiği için pay sahipleri zaten tasfiye payı alamayacaklar ve böylece durumdan etkilenmeyeceklerdir. Bildirimin gecikmesinden dolayı ortaklığın malvarlığında bir azalma olmuşsa bundan sadece sıradan çekilme sözleşmesine katılan alacaklılar olumsuz yönde etkileneceklerdir. Zira bu durumda borca batıklığın derecesi yükseleceğinden haklarının daha az bir kısmına kavuşabileceklerdir. Bu kişiler ise böyle bir duruma zaten daha sözleşmeyi yaparken rıza göstermiş bulunmaktadırlar. Buna karşılık bildirimin geciktirilmesinden dolayı malvarlığında ortaya çıkan azalma sıradan çekilme sözleşmesine katılanların alacakları toplamıyla karşılanamayacak bir açığın meydana gelmesine yol açmışsa diğer alacaklılar bundan zarar görecek ve bu zarardan yönetim kurulu üyeleri sorumlu olacaklardır.[172]

Fakat bu sözleşmenin bildirim yükümlülüğüne etkisi konusunda savunulan görüş ne olursa olsun, denetçilerin böyle bir sözleşmenin varlığını bahane ederek hareketsiz kalan yönetim kurulunun bu ihmalini çağıracakları olağanüstü genel kurula bildirmekten kaçınamayacakları kabul edilmelidir. Çünkü denetçiler bu sözleşmenin geçerliliği ve yerindeliği konusunda tek başlarına bir yargıya varacak durumda değildirler.[173] Denetçiler sadece böyle bir sözleşmenin yapıldığını raporlarında belirtmekle yetineceklerdir.

Alacaklıların alt sıraya inmeyi kabul ettikleri bu sözleşme borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmazsa da, mahkemece iflâsın er-

---

168 Aynı yönde **Atalay**, ayrıca yazarın haklı olarak belirttiği gibi, bu sözleşme, diğer alacaklıları iflâs tehlikesine karşı daha iyi bir duruma getiriyorsa da, borca batıklığı doğuran sebepleri ortadan kaldırmamaktadır, s. 77.

169 Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 8 vd.; von **Greyerz**, s. 28-29; **Lanz**, s. 159.

170 Bkz., **Giroud**, s. 86.

171 Bkz., Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 9.

172 Bkz., **Giroud**, s. 84.

173 Bkz., von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 26; Ayrıca Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 2.9.

telenmesi kararı verilmesinde önemli bir rol oynar. İyileştirme planına eklenecek belgeler arasına böyle bir belge eklenmesi mahkemeyi ikna edecek önemli bir kanıt sayılabilir.[174]

5- Banka Alacaklarının Sermayeye Dönüşmesi ve 3332 sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme

İkinci Bölümde belirttiğimiz gibi,[175] bu konuda getirilen özel düzenlemeler, 324. maddeye nazaran "özel hüküm" niteliği taşıdıklarından bunlara dayanılarak gerçekleştirilen iyileştirme tedbirleri öncelikle uygulanırlar. Bu durumda borca batıklık henüz mahkemeye bildirilmeden bankalar yasanın 5a maddesi gereğince teklifte bulunmuşlarsa ortaklık önce özel yasayla sağlanan imkândan yararlanabilir.[176] Prosedür tamamlanıncaya kadar durumu mahkemeye bildirmekten kaçınabilir. Sonuçta borca batıklık giderilirse artık borca batıklığı mahkemeye bildirmek gerekmez.

Ancak sonuç başarısız olursa yani borca batıklık durumu giderilemezse, 324. madde gereğince borca batıklığın mahkemeye bildirileceği kuşkusuzdur. Durum esasen mahkemeye daha önce bildirildikten sonra çıkarılan özel bir yasa bazı alacakların sermayeye dönüştürülmesini öngörüyorsa bu husus mahkemece iflâsın ertelenmesine karar verilmesini mümkün kılabilir.[177]

6- Ortaklığın Konkordato İstemesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 324.II. maddesinde borca batıklığın tespiti halinde yönetim kurulunun durumu derhal mahkemeye bildireceği öngörülmüştür. Oysa Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda, ortaklığa İflâsın açılması veya konkordato teklifi için başvuruda bulunmak bakımından takdir yetkisi tanınmıştır (§ 92, II).. Buna karşılık hukukumuzda da Alman hukukunda tanınmayan iflâsın ertelenmesi kurumu vardır (TTK., m. 324.II, c.5,6).

Acaba bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına karşın hukukumuzda da yönetim kurulu borca batıklığı mahkemeye bildirmek yerine konkordato teklifinde (İİK., m. 285-308) bulunmaya yetkili midir? Ya da konkordato teklifi yapılmakla 324. maddedeki bildirim yükümlülüğü yerine getirilmiş olur mu?

Genellikle ortaklığın mali bakımdan sona doğru yaklaştığını hisseden yönetim kurulu, İflâsın ertelenmesi yerine konkordato süresi verilmesi için başvuruda bulunmayı tercih eder.[178] Çünkü konkordato tasdik edilirse mali durumun iyileştirilmesi bakımından kesin bir sonuç alınmış olur.[179] Fakat ortaklık borca batık durumda ise, 324. madde uyarınca yönetim kurulunun durumu derhal mahkemeye bildirmesi,

---

174 Bkz., aşa. § 13, II, A, 3, b; § 13, II, B, 1.

175 Bkz., yuk., § 8, I, B.

176 Bu yorumun alacaklıların çıkarına aykırı sonuçlar doğuracağı ortada ise de özel yasanın amacı dikkate alınırsa farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Bkz., **Tekinalp**, 3332 sayılı Kanun, s. 71-72.

177 Bkz., aynı yönde **Atalay**, s.121.

178 İsviçre uygulamasında da aynı eğilim vardır, Bkz., **Böckli**, s. 916.

179 Bkz., **Schmid**, s. 46.

mahkemenin de kural olarak İflâsın açılmasına karar vermesi gerekmektedir. 324. maddenin metnine bakılırsa böyle bir durumda ortaklığın mali durumunu iyileştirmek için tek yol İflâsın ertelenmesidir (f.2, c.5,6). Ancak bu konuda sadece deyimsel yorum yöntemini kullanarak sonuca varmak doğru değildir. Nitekim İsviçre Hukukundaki durum hemen hemen bizimki ile aynı olduğu halde öğretide ve yargı kararlarında konu hayli tartışılmıştır.

İsviçre öğreti ve yargı kararlarındaki tartışmaları özetlemekte yarar görüyoruz. Bir görüşe göre, konkordato süresi verilmesi için başvuruda bulunulmakla bildirim yükümlülüğü yerine getirilmiş olmaz.[180] Bu görüş büyük ölçüde yasa metninin deyimsel yorumuna dayanmaktadır (Bkz.,İBK.m. 725.II, 725.a, eski İBK.m.725.III, IV). Ayrıca konkordato başvurusu yapılacak yargıcın iflâs davalarına bakan yargıç olmadığına işaret edilmektedir. Buna göre, konkordato mercii borca batıklık bildirimi bakımından görevli olmadığı gibi, borca batıklığın mevcut olup olmadığını incele-. leme yetkisi de bulunmamaktadır. Konkordato onaylanmış ve bu yolla borca batıklık ortadan kaldırılmışsa zaten mahkemeye boca batıklığın bildirilmesine gerek yoktur. Bunun dışında konkordato teklifinde bulunulması borca batıklık bildirimi olarak yorumlanamaz. Borca batıklık bildirimi yerine öncelikle konkordato başvurusu yapan yönetim kurulu, konkordatonun onaylanmaması durumunda bildirimin geciktirilmesinden doğan zarardan sorumlu olacağını gözönünde bulundurmalıdır.

Diğer bir görüşe göre ise, borca batıklık halinde yönetim kurulu İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 293. maddesi gereğince konkordato süresi verilmesi için başvuruda bulunabilir.[181] Bu görüşte olanlara göre 725. maddenin hazırlık çalışmaları sırasında da aynı eğilim mevcut olduğu gibi, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda şimdiye kadar yapılan değişikliklerde anonim ortaklığın konkordato için başvuru imkânı ne kısıtlanmış, ne de güçleştirilmiştir. Tersine, tüzelkişilerin ekonomik ihtiyaçları sürekli olarak gözönünde bulundurulmuştur. Burada asıl önemli olan mahkemeye bildirim yerine konkordato teklif edilmesi yüzünden alacaklıların çıkarlarının zarara uğrayıp uğramadığıdır.[182] Konkordato süresi içinde ortaklığın işlemlerinin konkordato komiseri tarafından gözetimi (İsv.İİK.,m.295), malvarlığında kayba yol açabilecek bazı işlemlerin yasak olması (İsv.İİK., m. 298.II) gibi koruma tedbirleri alacaklılar için yeterli güvence oluşturur.[183] Bu nedenle borca batıklık bildiriminin daha önce yapılmaması ne alacaklılara ne de ortaklığa bir zarar verir. Ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi veya tasfiyesi bakımından en iyi çözüm konkordato ise, yö-

---

180 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.18; **Duss**, von **Greyerz**, Kapitalverlust, s. 25. **Schmid**, s. 43-44; von **Steiger**, s. 331; Lozan Kanton Yüksek Mahkemesi Kararı SJZ.,58, 1962, s. 105.

181 Bkz., **Amonn/Gasser**, s. 309; **Böckli**, s. 916,917; **Giroud**, s.80; **Koeferli**, s. 158;-159; **Lanz**, s. 149; Federal Mahkeme daha 1881 tarihli İBK. döneminde bu görüşü savunan kararlar vermişti, **BGE.**, 62.III, 25; Ayrıca Bkz., **Jäger/Däniker**, SchKG., 294, N.4; Eski Borçlar Kanunu döneminde verdiği bu kararında İsviçre Federal mahkemesi konkordatoya ilişkin hükümlerin „sonraki kanunun önceliği ilkesi" gereğince anonim ortaklığın borca batıklığı halinde de uygulanabileceğini, böylece ortaklık konkordato için başvurmakla eski İBK., m. 657'deki yükümlülüğünü „yerine getirmiş" olacağını belirtmektedir, **BGE** 63 ßI 25

182 Bkz. **Koeferli**, s. 158; **Lanz**, s. 149.

183 Bkz. **Giroud**, s.80; **Koeferli**, s. 159; **Lanz**, s. 149.

netim kurulu önce mahkemeye bildirimde bulunmaya zorlanmamalıdır. Aksi görüşün kabulü zaman ve masraf kaybına neden olacaktır. Buna karşılık, konkordato sözleşmesi yapılmaz ve konkordato onaylanmazsa yönetim kurulu artık derhal borca batıklığı mahkemeye bildirmelidir.[184]

Hukukumuzda borçlunun iflâsın ertelenmesi süresi içinde konkordato süresi verilmesi için başvuruda bulunabileceği konusunda bir tereddüt yoksa da,[185] borca batıklık bildirimi yerine konkordato teklifinde bulunulup bulunamayacağı konusunda görüş ayrılıkları vardır. Bazı yazarların, borca batıklık mahkemeye bildirilip, erteleme isteminde bulunulmaksızın konkordato teklif edilemeyeceği kanısında oldukları anlaşılmaktadır.[186] Bazılarına göre ise, yönetim kurulu borca batıklık halinde durumu derhal mahkemeye bildirmek yerine konkordato teklifinde bulunmaya yetkilidir.[187] Bu teklifle birlikte yönetim kurulu yasal yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. İflâs ve konkordatoya ilişkin düzenlemenin amaçları böyle bir sonucu varmayı gerektirir. Konkordatonun amacı, iflâsta olduğu gibi borçluyu alacaklılar yararına kollektif bir tasfiyeye zorlamaktır.[188] Ayrıca 324.madde, mali durumun konkordato yolu ile iyileştirilmesi mümkün ise iflâsın ertelenmesine imkân tanıdığına göre, borca batıklık bildiriminde bulunulmaksızın konkordato teklif edilemeyeceğini kabul etmek yasakoyucunun amacına aykırı düşer.[189] Aksi görüş hem ortaklığın mali durumunu iyileştirilmesi imkânının bulunup bulunmadığının tespitini, hem de bir iyileştirme tedbiri olarak konkordatonun tasdikini geciktirir.[190] Fakat, borca batıklığa karşın konkordato teklifinde bulunulması durumunda, henüz borca batıklık giderilememiş olduğundan, yönetim kurulu durumu mahkemeye bildirim yükümlülüğünden şarta bağlı olarak şimdilik kurtulmuş olur.[191] Konkordato teklifinin tetkik mercii tarafından reddi (İİK., m. 286), konkordato süresinin kaldırılması (İİK., m. 290.II) ve konkordatonun mahkemece onaylanmaması (İİK., m. 298) veya konkordatonun tamamen feshi (İİK., m. 308) durumlarında borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğü yeniden ortaya çıkar.

Kanımızca da, ortaklık önce borca batıklığı mahkemeye bildirmeksizin konkordato teklifinde bulunabilmelidir. Konkordato yoluyla mali durumun iyileştirilmesi ortaklığın devamında yararı olanlar lehinedir. Öte yandan, borca batıklığı derhal mahkemeye bildirmek yerine konkordato süresi verilmesi için başvuruda bulunulması alacaklılara da bir zarar vermez. Gerçekten konkordato süresinin ilânı (İİK. m.

---

184 Bkz., **Lanz**, s. 151-152.

185 Bkz., **Atalay**, s. 74; **Berkin**, iflâs, s. 186; **Eriş**, AŞ., s. 250; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628; **Kuru**, iflâs, s. 136; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16; **Üstündağ**, iflâs, s. 29. İsviçre hukukunda Bkz., **Giroud**, s. 149-150; **Herold**, s. 150; **Lanz**, s. 153; **Schmid**, s. 46.

186 **Eriş**, AŞ., s. 250; **Üstündağ**, Düşünceler s. 18. Ayrıca Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628, iflâs, s. 136.

187 Bkz., **Atalay**, s. 73-74; **Berkin**, iflâs, s. 189; **Postacıoğlu**, iflâs, s. 43-44; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 19, dipn.2.

188 Bkz., **Postacıoğlu**, iflâs, s. 44;

189 Bkz., **Atalay**, s. 74.

190 Bkz., **Atalay**, s. 74; **Postacıoğlu**, iflâs, s. 43.

191 Bkz., **Atalay**, s. 74.

288), konkordato komiseri atanması (İİK., m. 287.II) ve komiser denetiminde ticari faaliyetin sürdürülebilmesi (İİK. m. 290), defter tutulması (İİK. m.291.I), tasarruf yetkisinin kısıtlanması (İİK. m. 290) alacaklılar toplantısı (İİK. 292.II,294) gibi tedbirler alacaklılar için yeterince güvence oluşturmaktadırlar.[192] O halde borca batıklık bildiriminin derhal yapılmaması, bunun yerine ortaklığa konkordato süresi verilmesi alacaklılara bir zarar vermeyecek, tersine konkordato onaylanırsa iflâsın açılmasına veya ertelenmesine nazaran daha yüksek oranda haklarına kavuşacaklardır. Konkordato iflâs açıldıktan sonra dahi mümkündür (iflâs içi konkordato, İİK. m. 309). Ancak bu durumda asgari % 50 ödeme koşulu da bulunmadığından, alacaklılar iflâs yoluyla tasfiye sırasında daha fazla zarara uğramamak için çok düşük oranlardaki ödeme tekliflerine bile razı olabilirler. Oysa borca batıklık tespit edilir edilmez (iflâstan önce) ortaklığa bu imkân tanınırsa alacaklılar bu derece kayba uğramayacaklardır.[193]

324. maddenin amacına hiçbir şekilde aykırı düşmeyen bu yorum maddenin lâfzıyla şöyle bağdaştırılabilir. Yönetim kurulu tedbirli bir şekilde hareket etmiş ve konkordato teklifinde bulunmuşsa borca batıklık bildiriminde bulunmakta kusurlu olarak gecikmiş sayılamaz. Konkordato onaylanmışsa zaten bildirimin şartları ortadan kalkmıştır. Buna karşılık girişim başarısızlıkla sonuçlanmışsa yönetim kurulu derhal borca batıklığı mahkemeye bildirmelidir.[194]

VIII -MAHKEMEYE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

A- HUKUKSAL SORUMLULUK

1- Şartları

İkinci Bölümde sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülüğünün ihlalinden doğan sorumluluğu incelemiştik.[195] Burada tekrardan kaçınmak için sadece borca batıklık halinde hukuki sorumluluk bakımından özellik gösteren hususlar üzerinde durmak istiyoruz.

Burada incelenen sorumluluk, borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün (TTK. m. 324.II) ihlalinden doğan sorumluluktur. Basiretsiz ve kötü yönetim sonucu ortaklığın borca batık hale gelmesi ayrıca sorumluluğu gerektirir.[196]

Yönetim kurulunu mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmaya zorlamak, bu amaçla bir aynen ifa davası açmak mümkün değildir.[197] Ancak, yönetim

---

192 Bu konularda Bkz. **Atalay**, s. 73-74; **Berkin**, iflâs, s. 189; **Lanz**, s. 149; **Postacıoğlu**, iflâs, s. 43.

193 Bkz. bu yönde **Postacıoğlu**, iflâs, s. 43.

194 Yönetim kurulu, hem konkordato teklif etmiş, hem de borca batıklık bildirimiyle birlikte iflâsın ertelenmesini istemişse, mahkemenin önce konkordatonun sonucunu beklemesi uygun olur.**Giroud**, s. 126.

195 Bkz., yuk. § 8, II, A.

196 Yukarıda ortaklığın kötü yönetiminden doğan sorumluluk kısaca ele alınmıştı, Bkz., yuk. § 10, I, B, 2.

197 Bkz., yuk., § 11, IV, A.

kurulu üyeleri mahkemeye bildirim yükümlülüğünü geciktirmelerinden dolayı ortaklığa, alacaklılara ve pay sahiplerine karşı sorumludurlar (TTK., 336.I, II, N.5).[198]

Yönetim kuruluna borca batıklık dolayısıyla yüklenen yükümlülükler durumdan şüphelenilmesiyle birlikte başladığı için sorumluluğu da bu şüphenin ortaya çıktığı andan itibaren değerlendirmek gerekir. Başka bir deyişle sorumluluk fiilen durumun tespiti anında değil, yönetim kurulunun ortaklığın borca batık olduğunu bilmesi gereken andan itibaren başlar.[199] Yönetim kurulu borca batıklık şüphesi üzerine ara bilanço düzenlemeyip, doğrudan doğruya mahkemeye bildirimde bulunursa, sonradan ortaklığın borca batık olmadığı anlaşıldığı zaman gereksiz yere bildirimde bulunmasından dolayı meydana gelen zarardan sorumlu olur.[200]

Sorumluluğun doğması için bildirimin zamanında yapılmaması yüzünden ortaklığın zarara uğramış olması gerekir (BK., m. 98, 41 vd). Eğer yönetim kurulu, bildirim yükümlülüğünü derhal yerine getirmekten kaçınmasına karşın kendiliğinden mali durumu iyileştirmeye yönelik tedbirleri devreye sokmuş ve sonuçta bu tedbirler amacına ulaşmışsa kural olarak ortada bir zarar mevcut olmayacağından hukuki sorumluluk da söz konusu olmaz.[201]

Zarar miktarı kural olarak bildirimin -dolayısıyla iflâs yoluyla tasfiyenin- gecikmesi yüzünden malvarlığında meydana gelen eksilmedir.[202] Bu miktar, bildirimin yapılması gereken tarihe göre hesap edilecektir.[203] Zararın tespiti sırasında ortaklık defterlerinin teslimi suretiyle yapılacak inceleme önemli rol oynar.[204]

Denetçilerin sorumlu oldukları zarar miktarı, -sermaye kaybı dolayısıyla sorumlulukta olduğu gibi- özellik gösterir. Yukarıda belirttiğimiz gibi denetçiler borca batıklığı mahkemeye bildirmeye yetkili değillerse de yönetim kurulunu uyarmak, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmak ve genel kurulda mahkemeye bildirim talimatını içeren bir karar verilmesini sağlamakla yükümlüdürler. Denetçiler bu görevlerini yerine getirmezlerse bu nedenle doğan zarardan dolayı sorumlu olurlar. O halde denetçiler, bildirimin geciktirilmesinden doğan zararın tamamından değil, kendi yükümlülüklerinin ihlali yüzünden artan zarar kısmından sorumlu olurlar.[205]

---

198 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 13; Bkz., **Duss**, Rangrücktritt, s. 9; .von **Greyerz**, s. 25; **Henze**, s. 45-46; **Kuru**, iflâs, s. 135; **Lanz**, s. 143 vd.; **Pekcanıtez**, s. 40 vd.; **Schmid**, s. 41 vd.; **Schucany**, OR. Art., 725, N.3.; **Wieland**, s. 13.

199 Bkz., **Schucany**, OR. Art., 725, N.3.; **BGE**., 27.II,103.

200 **Y. 11. HD**'nin 5.3. 1986 tarih ve 838/1173 sayılı kararına konu olayda böyle bir durum vardır. Yönetim kurulu ara bilanço düzenlemeden borca batıklık bildiriminde bulunmuş, bilirkişi kurulu raporuyla gerçekte ortaklığın borca batık durumda olmadığı anlaşılmıştır. Eğer bu nedenle bir zarar meydana gelmişse yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması mümkündür (Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 252, Alman Hukukunda benzer görüş için Bkz., **Godin/Wilhelmi**, Großkomm., § 92, N. 10; **Harget**, s. 139.

201 Bkz., **Schmid**, s. 45.

202 Bkz. **Duss**, Rangrücktritt, s. 9; **Koeferli**, s. 146, dipn. 470; **Schucany**, OR. Art.,725,N.3;**Henze**, s. 45-46; **İFMK**, SAG., XIV, s. 56.

203 Bkz., **Wieland**, s. 13.

204 Bkz., **Wieland**, s. 13.

205 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 13; **İFMK**, SJZ., 24, 1927-28, s. 203, N. 193. İsviçre Federal Mahkemesi, özellikle küçük çaplı anonim ortaklıklarda denetçinin sorumluluğuna özel bir önem vermiş, denetçi-

Sorumluluğun doğması için ayrıca yapmama eylemi ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Bu bağın ispatı çoğu halde kolay değildir.[206]

Nihayet yönetim kurulu üyelerinin zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir (TTK., m. 336, BK., 96). Kusurlu olmadıklarını ispat yükü yönetim kurulu üyelerine düşer (TTK., m. 338). Kusur kasıt veya ihmal şeklinde karşımıza çıkabilir. Ara bilanço borca batıklık gösterdiği halde bildirimde bulunmamak kasıt derecesinde bir kusurdur. Bu halde kusurun varlığı tereddütten uzaktır.[207] Borca batıklık şüphesinin varlığı kabul edilmek gerekirken ara bilançonun düzenlenmemesi yerine göre ağır veya hafif ihmal sayılabilir.[208]

2- Davacı ve Davalı Sıfatı

Çoğu kez mahkemeye bildirim yükümlülüğünün geciktirilmesinden doğan sorumluluk, ortaklığın daha sonra herhangi bir nedenle iflâsı üzerine gündeme gelir. Bu halde ortaklığın uğradığı zarar nedeniyle dava açma yetkisi iflâs idaresine aittir (Bkz. TTK., m. 340, 309.II, İİK., m. 229.I).[209] Ortaklığın, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkı iflâs idaresince kullanılır. Bir alacaklı, örneğin iflâstaki sırasından çekilirken ayrıca ileride yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açmaktan da feragat etmiş olsa bile[210] iflâs idaresi bu feragatle bağlı değildir.[211] iflâs idaresi genel kurulun ibra kararıyla da bağlı değildir.[212] Davaya konu olan tazminat alacağı, iflâs masasının takibe değer görmediği bir alacak ise bir alacaklının talebi üzerine bu davayı açmak yetkisi kendisine verilebilir (Bkz., İİK., m. 245).[213]

---

nin İBK. m.725.I ve III'te öngörülen yükümlülüklerin ihlal edilmesi yüzünden oluşan zararı kendi kusuruyla arttırmasından dolayı sorumluluğunu kabul etmiştir, **BGE.**, 86, II, 182, aynı karar için Bkz., **Öçal,** Federal Mahkeme Kararları, s. 12-21, özellikle s. 13.vd, özellikle s. 18 vd. Kararın değerlendirmesi için ayrıca Bkz., **Duss,** Rangrücktritt, s. 2.

206 Bkz., **Wieland,** s. 13.

207 Bkz., **Wieland,** s. 13.

208 Bkz. ve Karş., **Schmid,** s. 45. Buna karşılık yukarıda belirttiğimiz gibi, yönetim kurulu şartları göz önüne alarak tedbirli bir iş yöneticisi gibi hareket edip konkordato teklif etmiş, fakat sonuç alamamışsa kural olarak kusurlu sayılamaz. Yönetim kurulu sadece sonuç alamadığı andan itibaren durumu derhal mahkemeye bildirmediği için sorumlu tutulabilir. Hatta böyle bir durumda yönetim kurulunun konkordato teklifinde bulunurken tedbirli hareket edip etmediği dahi tartışma konusu yapılabilir.

209 Bkz., **Ansay,** AŞ., s. 147; **Arslanlı,** AŞ., II-III, s. 173; **Atan,** s. 53; **Çamoğlu,** s. 125; **İFMK,** SJZ., 24, 1927-28, s. 203, N. 193. İflâs idaresinin dava açma yetkisi hakkında ayrıca Bkz., **Kuru,** İcra ve iflâs, IV, s. 3203-3204.

210 Bkz., **Pestalozzi,** yazar sıradan çekilme sözleşmesi yapan alacaklının aynı zamanda ileride yönetim kurulu üyeleri aleyhine bildirim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla sorumluluk davası açmaktan vazgeçmiş sayılması gerektiği kanısındadır, s. 5. Aksi görüş, **Duss,** Rangrücktritt, s. 5.

211 Bkz., **Duss,** Rangrücktritt, s. 5.

212 İflâs idaresi bu yetkiyi alacaklılar adına kullanır. Alacaklıların dolayısıyla zararları nedeni ile açacakları davalar ise ibra kararından etkilenmez.Bkz., **Aytaç,** İbra, s. 218 vd. Dava açılıp açılmayacağına karar verme yetkisi ikinci alacaklılar toplantısına aittir. O halde bu kararın alınmasında pay sahiplerinin bir rolü yoktur. Bu konuda Bkz., **Çamoğlu,** s. 125 vd.

213 Bu konuda Bkz., **Duss,** Rangrücktritt, s. 5. TTK., m. 309.II maddesinin İİK., m. 245'e yaptığı yollama sonucu, iflâs idaresinin bu yetkiyi pay sahiplerine de verip veremeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda Bkz., **Çamoğlu,** s. 126 vd.

Sorumluluk davasında davalı sıfatı ortaklığın borca batıklığı döneminde yönetim kurulu üyeliği (veya denetçiliği) yapmış olan kişilerdedir.[214] Eğer borca batıklık tasfiye halindeyken ortaya çıkmışsa davada tasfiye memurları hasım gösterilmelidir. Çünkü bu halde borca batıklığın tespiti ve durumu mahkemeye bildirim yükümlülüğü tasfiye memurlarına aittir (Bkz., TTK., m. 446.II).

Pay sahipleri ve alacaklılar bildirimin zamanında yapılmaması yüzünden ayrıca doğrudan doğruya zarara uğramışlarsa bunun tazmini için bizzat yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilirler (TTK., m. 336.I).[215] Burada özellikle malvarlığı durumu hakkında yanıltıcı beyanları sorumluluk sebebi sayan Türk Ticaret Kanunu'nun 339. maddesi uygulama alanı bulur.

B- CEZAİ SORUMLULUK

Borca batıklığın yönetim kurulu (tasfiye halinde tasfiye memurları) tarafından mahkemeye bildirilmemesi İcra İflâs Kanunu'nun 345a maddesi gereğince suçtur. Bu suçtan dolayı sorumlu kişiler aleyhine alacaklılar tarafından tetkik merciine şikâyette bulunulur.[216] Bildirimin zamanında yapılmaması en başta alacaklıların haklarını zarara uğrattığından bu düzenleme yerinde görülebilir. Ancak borca batıklığa rağmen ortaklığın faaliyetine devam etmesi müstakbel tasfiye payı alacakları dolayısıyla pay sahiplerine de zarar verebilir. Eğer bildirim zamanında yapılsaydı, belki iflâsın ertelenmesi imkânı sağlanacak ve mahkemece atanacak kayyım gözetiminde ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi mümkün olacaktı. Yönetim kurulunun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması bu anlamda pay sahiplerine, hatta işletmenin işyerlerinde çalışan işçilere de zarar verebilir. Ancak yasakoyucu suçun hukuki konusu (suç öngörülmesiyle korunan çıkar) olarak sadece alacaklıların çıkarını kabul etmiş, pay sahiplerine ise sorumluluk davası açmak imkânı tanımakla yetinmiştir (TTK., m. 336.I, N.5).

Bildirim yükümlülüğünün kapsamı Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesine göre belirlenir. Yukarıda bu konuya değinmiş ve 345a maddesinde „iflâsın istenmesi"nden söz edilmesine karşın bunun 324. maddeye (ve İİK., m. 179'a) uygun olarak „durumu mahkemeye bildirmek" şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştik.[217]

Hükümde ilginç olan bir nokta da yönetim kurulunun hem kasıtlı hem de taksirli eyleminin bu suçu oluşturabilmesidir. Gerçekten sorumlu kişilerin kasden veya

---

214 Bkz., **Giroud**, s. 92.**Pekcanıtez**, s. 40.

215 Bkz., **Y. 11. HD.**, 17, 5, 1994, 4314/4368 sayılı Kararı, Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 310-311. Örneğin pay sahiplerinin ve alacaklıların yanlış gösterilen mali duruma güvenerek pay sahibi sıfatını kazanmış, ya da ortaklığa kredi vermiş olmaları halinde doğrudan zararları söz konusu olabilir. Bkz., **Arslanlı**, AŞ. II-III, s. 172; **Atalay**, s. 79; **Çamoğlu**, s. 132.

216 Anılan madde gereğince yönetim kurulu üyeleri veya tasfiye memurları tetkik mercii tarafından on günden üç aya kadar hafif haiis veya 1000 liradan 10.000 liraya kadar hnfif para cezası ile cezalandırılırlar.

217 Bkz., yuk. § 11, II.

ihmal ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde öngörülen yükümlülüğü yerine getirmemeleri suç oluşturmaktadır. Hüküm bu yönüyle Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 401. maddesine benzemektedir. [218]

Ceza hukuku terminolojisiyle burada „zarar suçu" değil, „tehlike suçu" vardır. Yasa koyucu suçun oluşması için alacaklıların fiilen zarara uğramaları şartını aramamış, sadece bildirimin yerine getirilmemesini, daha doğrusu kusurlu olarak geciktirilmesini yeterli görmüştür.

Bu ceza hükmünün yanında, taksiratlı ve hileli iflâs suçları da vardır. Bu suçlarla korunan hukuki yarar, 345a maddesinin aksine alacaklarını zamanında ve tam alamayan alacaklıların malvarlığı olmayıp, milli ekonominin sağlıklı bir şekilde ve karşılıklı güven içinde gelişmesidir.[219] Yönetim kurulu üyeleri veya denetçilerden, ya da diğer müdür ve temsilcilerden hangisi suç oluşturan fiilleri işlemişse, kendi iflâsına hükmedilmemesine rağmen bu suçların faili olur (Bkz., İİK., m. 345).[220].

Eğer yönetim kurulu üyeleri ortaklığın borca batık halde olduğunu bildikleri halde, durumu mahkemeye bildirmez, tersine işletme faaliyetine devam ederek bu durumdan haberleri olmayan kimselerden önemli miktarda veresiye mal satın alır veya ödünç para alırlarsa ortaklığın sonradan iflâs etmesi „taksiratlı iflâs" sayılır (İİK., m. 310, N.4) ve yönetim kurulu üyeleri Türk Ceza Kanunu'nun 507. maddesine göre cezalandırılırlar. [221] Ayrıca yönetim kurulu üyeleri (borca batıklığa yol açan) zararın nedenleri hakkında makul bir sebep gösteremezlerse (İİK., m. 310, N. 1) gene taksiratlı iflâstan dolayı cezalandırılırlar.[222]

Hileli iflâs halleri de İcra ve İflâs Kanunu'nun 311. maddesinde sayılmıştır. Bu fiilleri işleyen yönetim kurulu üyeleri Türk Ceza Kanunu'nun 506. maddesi gereğince cezalandırılırlar.

---

218 Nitekim bu maddenin Alman hukukundan esinlenilerek hazırlandığı Millet Meclisi Adalet Komisyonu gerekçesinde açıkça belirtilmektedir. Bkz., **Bilge/Gürdoğan**, s. 244-145; Ayrıca Bkz., yuk. § 5, I, C.

219 Bkz., **Erman**, s. 186.

220 Bu konuda değerlendirme için Bkz., **Erman**, s. 186 vd. özellikle s. 189.

221 Bu konuda Bkz., **Erman**, s. 195 vd.Yazar, yasa hükmünde bu suç için sadece borca batıklığın yeterli görülmesinin yerinde olmadığı kanısındadır. Yazara göre, borçlunun bu durumdayken yüklendiği borcu hiçbir şekilde ödeyemeyeceğinin de sabit olması şartı aranmalıydı. Ayrıca üçüncü kişinin durumdan haberi olmaması değil, failin bozuk ekonomik durumu bildirmemesi suçun unsuru olmalıydı, s. 195.

222 Borca batıklık halinde sık rastlanabilecek diğer bir taksiratlı iflâs hali de İİK., m. 310, N. 6'da öngörülen durumdur.

§ 12 MAHKEMEYE BİLDİRİMİN HUKUKİ SONUÇLARI

I - GENEL OLARAK

Borca batıklığın mahkemeye bildirilmesiyle birlikte ortaklığın geleceği hakkında nihai kararı vermek yetkisi mahkemeye geçmiş olur. Borca batıklık bildirimini içeren başvurunun yapılması üzerine mahkeme dava şartlarını inceledikten sonra işin esasına girer. Yapılan yargılama sonucu mahkeme şu üç yönde karar verebilir [1]:

– Ortaklığın henüz borca batık halde bulunmadığını tespit eder. Bu bir menfi tespit hükmüdür. Yukarıda belirttiğimiz gibi yönetim kurulunun iflâs isteminde bulunması zorunlu olmadığından[2] bu kararı iflâs isteminin reddi olarak nitelendirmek mümkün değildir.[3] Ortaklık borca batıklık bildirimiyle birlikte iflâs isteminde bulunmuşsa ancak o zaman istemin reddinden söz edilebilir.

– Ortaklığın borca batıklığı sabit görülürse iflâsın açılmasına karar verir (TTK., m. 324.II, N.4). Borca batıklığın varlığı halinde kural iflâsın açılmasına karar verilmesidir. Eğer iflâsın ertelenmesi istenmemişse yargıcın başka bir yönde karar vermesi mümkün değildir.[4]

– Nihayet yargıç, yönetim kurulu veya alacaklılardan birinin istemi üzerine, ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi mümkün görünüyorsa iflâsın ertelenmesine karar verebilir (TTK., m. 324.II, c.5). Yargıç kendiliğinden iflâsın ertelenmesine karar veremeyeceği gibi, ortaklığın yaşama yeteneği kalmadığı anlaşılmışsa gene iflâsın açılmasına karar vermek zorundadır.[5]

Bu paragrafta borca batıklık bildiriminin mahkemece incelenmesi ve iflâs kararı verilmesi konuları üzerinde durulacaktır. İflâsın ertelenmesi istemi ve bunun üzerine yapılan yargılama, mücerret borca batıklık bildirimine oranla ek şartları (unsurları) içerdiğinden ayrı bir paragraf altında ele alınması uygun görülmüştür.

II - YARGILAMA USULÜ

A- GENEL OLARAK

Borca batıklık bildirimi ve bununla birlikte yapılan iflâsın açılması veya ertelenmesi istemleri çekişmesiz yargıya dahildir. Bu nedenle bildirim ve başvurularda

---

1 Bkz., **Gentinetta**, s. 77; **Henze**, s. 53.
2 Bkz., yuk. § 11, II.
3 Karş., **Gentinetta**, s. 77; **Henze**, s. 53; **Lanz**, s. 146.
4 Bkz., aşa., § 12, III.
5 Bkz., aşa., § 13, II, A, 3 ve B, 1;

hasım gösterilmez.[6] Borca batıklık bildirimi ve iflâsın açılması alacaklıların çıkarıyla doğrudan ilgili olmakla birlikte alacaklılara bu yargılamada iflâsın açılmasına itiraz hakkı tanınmamıştır. Başka bir deyişle alacaklıların ortaklığın borca batıklık bildirimine karşı uyuşmazlık doğurabilecek bir subjektif hakları bulunmamaktadır. Buna karşılık ortaklık iflâs isterken, alacaklılar iflâsın ertelenmesini talep ederlerse bir uyuşmazlık ortaya çıkar. Nadir görülebilecek böyle bir durumda yargılamanın hala "çekişmesiz yargı"ya dahil olup olmayacağı tartışılabilir.[7]

İcra ve İflâs Kanunu'nun 181. maddesi, bütün doğrudan doğruya iflâs hallerinde uygulanacak yargılama usulünü, büyük ölçüde takipli iflâs yolunda iflâs davası hakkındaki hükümlere yollama yaparak düzenlemiştir (Bkz., İİK., m. 159, 160, 164,165 ve 166). Borca batıklık bildirimi üzerine mahkemece izlenecek yargılama usulü de bu hükümlere tabi olacaktır.

181. maddede, takipli iflâs yolunda mahkemenin duruşma yaparak başvuruyu incelemesini öngören İcra ve İflâs Kanunu'nun 158. maddesine yollamada bulunulmamıştır. Bu nedenle bazı yazarlar mahkemenin duruşma yapmadan ve alacaklıları dinlemeden yargılama yapacağını belirtmekle yetinmektedirler.[8] Borca batıklık bildiriminde davalı gösterilmediği (çekişmesiz yargı söz konusu olduğu) için, ilke olarak duruşma yapılmasına gerek görülmemesi mantıklıdır. Ayrıca borca batıklığın özel bir iflâs nedeni olarak kabul edilmesindeki amaç[9] göz önüne alınırsa, yargılamanın geciktirilmesi alacaklıları daha fazla zarara uğratabilir. Bu nedenle mahkemenin çok gerekli olmadıkça duruşma yapmaktan kaçınması uygun olur.[10] Fakat bazı hallerde duruşma yapılması gerekebilir.[11] Mahkeme borca batıklığın gerçekten mevcut olup olmadığını incelemek zorunda olduğundan duruşma yapılarak yönetim kurulu üyelerinin ve alacaklıların dinlenmesi bazı hallerde zorunlu görülebilir.[12] Kanımızca mahkeme -özellikle iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulmuşsa- duruşma yapmaya ve yönetim kurulu üyeleriyle alacaklıları dinlemeye yetkilidir.[13] Çünkü iflâsın erte-

---

6 Bkz., **İmregün,** Anonim Ortaklıklar, s. 474.**Atalay**, s. 91,94,;**Pekcanıtez**,s.54; Karş.,**Kuru**, Ticaret Kanunu'ndaki çekişmesiz yargı işlerini sayarken 324. maddeden söz etmemiştir, Nizasız Kaza, s. 104 vd.

7 Bir yargılamanın çekişmesiz olup olmadığını belirleme esas alınan kıstaslardan başlıcaları "ihtilâf yokluğu", hasım yokluğu" ve "subjektif hak yokluğu"dur. Bu konuda Bkz., **Kuru**, Nizasız Kaza, s.16 vd. 324. maddede alacaklılara tanınan tek hak iflâsın ertelenmesini istemektir. Bunu dışında iflâsın açılmasını önleme (itiraz) hakları bulunmamaktadır. Bkz., aşa. § 12, II, B. Bu nedenle yönetim kurulu iflâs isteminde bulunurken alacaklıların iflâsın ertelenmesini istemesi hali dışında yargılamaya konu olan bir uyuşmazlık da yoktur.

8 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 626; **Franko**, s. 424; **Öğütçü/Çitoğlu**, s. 820; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722.

9 Borçlunun ödemelerini tatil etmesini beklemeden, borca batık hale girildiği anda iflâsın açılması yolu ile alacaklılar arasında eşitliği sağlamak, Bkz. yuk. § 9.

10 Bkz., **Berkin,** Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 177.

11 Bkz., **Baumann**, s. 107; **Bürgi** OR. Art., 725, N. 16; **Henze**, s. 52; **Lanz**, s. 147; von **Overbeck**, s.157;.

12 Çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme kendiliğinden araştırma ilkesinin bir sonucu olarak ilgili kişileri dinlemeye yetkilidir. Bkz., **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 166 vd.; Borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılamada ilgililerin başında alacaklıların geldiği tartışmasızdır.

13 **Üstündağ** bu fikirdedir, Düşünceler, s. 17; İsviçre Hukukunda aynı görüş için Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 16; **Henze**, s. 52. **Lanz**, s. 147; **Schmid**, s. 48; **Berkin** 'de özellikle alacaklılar tarafından iflâ-

lenmesi şartlarının bulunup bulunmadığı çoğu kez ancak yapılacak duruşma sırasında bu kişilerin dinlenmesinden sonra anlaşılabilir.

Yetkili ve görevli ticaret mahkemesinin hangi yargılama usulünü uygulayacağına gelince: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 507. maddesinin 1. fıkrasında aynı yasanın 176. maddesinin 9 numaralı bendine yapılan yollamadan iflâs ve konkordatoya ilişkin işlerde basit yargılama usulü uygulanacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca 507. maddenin 1. fıkrasına göre tarafları dinlemek veya dosya üzerinde karar vermek hususunda yasanın mahkemeye takdir hakkı tanıdığı işlerde tarafların dinlenmesine karar verilmesi halinde yasada aksine hüküm bulunmadıkça basit yargılama usulü uygulanır (N.2). Böylece kural olarak bütün çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usulü geçerli olmaktadır.[14] Borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılama çekişmesiz yargıya dahil olduğuna göre burada da basit yargılama usulünün (HUMK., m. 507 vd.) uygulanacağında şüphe yoktur (Ayrıca Bkz., TTK., m. 1460).

B- MAHKEMECE BORCA BATIKLIK BİLDİRİMİNİN DOĞRULUĞUNUN İNCELENMESİ

Mahkeme sadece bildirim üzerine iflâsın açılmasına karar veremez. Ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığını incelemek zorundadır. Bildirimde bulunan yönetim kurulu da ortaklığın borca batık olduğunu gösteren her türlü belgeyi mahkemeye ibraz etmelidir.[15] Yargıtay da vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında mahkemece ortaklığın gerçekten borca batık halde bulunup bulunmadığının tespiti gerektiğine karar vermiştir.[16]

Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda mahkeme, tarafların gösterdiği delillerle bağlı değildir. Bir vakıanın ispatı için gerekli olan bütün delillere başvurabilir.[17] Borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılama bir çekişmesiz yar-

---

sın ertelenmesi istendiği takdirde mahkemenin ilgililere tebligat göndererek duruşma yapabileceğini belirtmektedir. Ancak yazar 181. maddenin 158. maddeye yollama yapmaması karşısında, mahkemenin kural olarak duruşma yapmaması gerektiğini de ifade etmektedir, s. 177.

14 Bkz., **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul Hukuku, s. 687.

15 Bkz., **Baumann**, s. 85; **Bürgi**, OR. Art., 725, N.16,17; **Gentinetta**, s. 65; **Giroud**, s. 62; **Henze**, s. 50; **Herold**, s. 146; **Koeferli**, s. 166; **Schmid**, s. 41; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722; Karş., **Kayar**, yazar sadece borca batık olduğunu beyan eden bir ortaklığın iflâsına karar verilmesinin doğru olmadığını, ancak 324. maddede borca batıklık halinin ispatına ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirtmektedir, s. 53. Bu görüşe karşı sadece 324. madde gereğince borca batıklığın ara bilançodan tespit edilmesi gerektiğini hatırlatmakla yetiniyoruz. Mahkeme şüphesiz bildirimin dayanağını oluşturan bu bilançoyu incelemek zorundadır.

16 „TTK.'nun 446. maddesine dayanılarak yapılan iflâs istemi üzerine mahkemenin tasfiye halindeki şirketin gerçekten acz içinde olup olmadığını, aktif ve pasiflerinin durumunun iflâsı gerektirecek halde bulunup bulunmadığını uzman bilirkişi kurulundan alacağı raporla tespit ettikten sonra varılacak sonuç çerçevesinde bir karar vermesi gerekir. Tasfiye memurluğunca bildirilen alacak borç durumunun gerçeğe uygunluğu araştırılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru değildir." Bkz., **Y. 19. HD**, 31.10.1996 tarih ve 7306/9597 sayılı Kararı. YKD., 1997, S.4, s. 571 vd.

17 Bkz., **Kuru**, Usul, C.II, s. 1325; **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 167 vd.

gı işidir. Çekişmesiz yargıda ise kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır.[18] Bu nedenle mahkeme, bildirimde bulunan yönetim kurulunun beyanıyla yetinemez. Yönetim kurulundan borca batıklığı ispata yarayacak her türlü belgenin ibrazını isteyebilir. Mahkeme, gerekli gördüğü delillere kendiliğinden de başvurabilir.[19]

O halde denilebilir ki, bu çekişmesiz yargı işinde ortaklık borca batıklığın ispatı konusunda teknik anlamda bir ispat yükü altında değildir.[20] Tersine borca batıklığı gösteren bütün delilleri ibraz etmek "yükümlülüğü" altındadır. Çünkü bu halde iflâsın açılması yasa hükmü gereğidir.

Öncelikle ortaklık tarafından mahkemeye borca batıklığı tespit bilançosu sunulmalıdır.[21] Yönetim kurulu esasen borca batıklık şüphesi üzerine ara bilanço düzenlemekle yükümlüdür (TTK. m. 324, II, c.1) Bu bilanço bildirimin dayanağını oluşturur. Ayrıca, İsviçre öğreti ve yargı kararlarında oybirliğiyle kabul edildiği gibi, yargıç sadece ara bilançonun değil, borca batıklığın varlığı konusunda kendisini ikna edecek diğer kanıtların da mahkemeye sunulmasını istemekle yükümlüdür.[22] Çünkü, ortaklığın gerçekten borca batık olup olmadığının kanıtlanması bakımından sadece ara bilanço yeterli değildir. Bu bilançodaki rakamların gerçeğe uygunluğunun tespiti de zorunludur. Şüphesiz mahkeme bildirimin doğruluğunu belirlemek için bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Hatta yargıcın - fazla gecikmeye yol açmamak kaydıyla[23] - bu teknik konuda sunulan ara bilanço ile yetinmeyip, bilirkişiye başvurması gerektiği söylenebilir.[24] Ancak bu durum yönetim kurulunun ara bilançoyu ve diğer kanıtları mahkemeye sunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Düzenlenen ara bilançodan borca batıklığın tespiti bildirimin ön şartıdır (TTK. m.324.II, c.1,3).

Fakat mahkeme, bildirimin zorunlu olduğu bu özel iflâs. halinde ara bilançonun ibraz edilmediği gerekçesiyle başvuruyu geri çevirememeli, yönetim kurulundan 324. maddeye uygun bir ara bilanço düzenlemesini istemelidir. Buna rağmen ara bilanço ibraz edilmezse yargıç zorunlu olarak mali durumu bilirkişilere tespit ettirir.

---

18 Bkz., **Kuru**, Usul, C.II, s. 1327; **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 159 vd.

19 Aynı yönde **Atalay**, s. 94.

20 Çekişmesiz yargıda teknik anlamda bir ispat yükünden söz edilemez. Bkz., **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 168.

21 Bkz., **Arslanlı**, I, s. 98; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 177; **Bürgi**, OR. Art., 725, N.16;**Franko**, s. 418; **Giroud**, s. 63; **Koeferli**, s. 154; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 626; **Kuru**, İflâs, s. 135; **Lanz**, s. 145; **Schmid**, s. 41; **Üstündağ**, Düşünceler s. 19; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722; **Böckli**, yazar mahkemeye sadece bilançonun değil, diğer ara sonuç hesaplarının (*Zwischenabschluss*) da sunulması gerektiğini belirtmektedir, s. 914.

22 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.16; **Gentinetta**, s. 65; **Henze**, s. 50; **Koeferli**, s. 154; **Lanz**, s. 145; Ayrıca Bkz., yuk. dipn. 20. .

23 Bkz., **Y.İİD**.'nin , 2.7.1968 tarih ve 3615/6990 sayılı kararı (**Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s.627, dipn. 18);. Bu karara konu olayda iflâs kararı verilmesi oldukça gecikmiştir. Bu durumda iflâsın ertelenmesi süresinde olduğu kadar koruma tedbirlerinin alınması söz konusu olmadığından alacaklıların çıkarları tehlikeye düşmektedir.Bu konuda ayrıca Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628; **Kuru**, İflâs, s. 135; vd

24 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 626,627; **Lanz**, s. 145; **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 722; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 177; Çeşitli Yargıtay kararlarından mahkemelerin bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırdıkları anlaşılmaktadır, Bkz., Örn. Y. **11. HD**., 5.3.1986, 838/1173 Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 252.

Yargılama sonunda ortaklığın borca batık olmadığı anlaşılırsa yönetim kurulu üyeleri gereksiz yere bildirim yapılmasından kaynaklanan zarardan dolayı sorumlu olurlar. Görüldüğü gibi bildirimde bulunulması üzerine yargıç durumu res'en tespit etse bile yönetim kurulu üyelerinin ara bilançoyu ibraz yükümlülükleri ortadan kalkmamakta, bu yükümlülüğün ihlâli hukuki sorumluluğa yol açabilmektedir. Hukuki sorumluluk dolayısıyla bu konuya daha önce değinmiştik.[25]

Yargıç, ayrıca mali durumun iyileştirilmesi imkânlarının araştırılması yönünden işe yarayacak kanıtların, özellikle yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenmiş bir ara bilançonun da mahkemeye sunulmasını isteyebilir.[26] Özellikle yargıç iflâsın ertelenmesi hakkında karar vermek durumundaysa böyle bir bilançonun ve kâr-zarar hesabının mahkemeye sunulması bir bakıma zorunludur. Yönetim kurulu ister iflâsın ertelenmesini talep etsin, ister sadece durumu bildirmekle yetinsin yargıcın kararına esas oluşturacak belgeleri mahkemeye sunmalıdır.[27] Zira mahkeme yönetim kurulunun bir istemi olmasa da alacaklılardan birinin başvurusu üzerine iflâsın ertelenmesine karar verebilir (TTK., m. 324.II, c.4). Mahkeme ortaklığın başarı durumunu incelemeden erteleme kararı verirse „maddi vakıanın takdirinde hata" yapmış olur.

Buna göre, yapılan bildirime şu belgelerin eklenmesi gerektiği söylenebilir:

- Borca batıklığı gösteren ve esaslarını yukarıda incelediğimiz ara bilanço,
- Ara bilançodaki kalemlerin ve rakamların doğruluğunu kanıtlayan diğer belgeler (envanter defteri, taşınmazların tapu kayıt örnekleri, banka dekontları gibi)
- Gerektiğinde (mahkeme tarafından istendiğinde) yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenmiş bir ara bilanço

Ayrıca mahkemenin karar verebilmesi bakımından ortaklıkla ilgili şu belgelerin de sunulması gerekir[28]:

- Ortaklığın ticaret siciline kayıt belgesi
- Yönetim kurulunun mahkemeye borca batıklık bildirimi yapılması konusunda verdiği çoğunluk kararı [29]
- Ortaklığın ana sözleşmesi

İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu, denetçilerin hem yıllık bilanço esaslarına tabi, hem de satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bilançoyu incelemeleri gerektiğinden (m. 725.II), yargıca borca batıklığın tespiti bakımından ö-

---

25 Bkz. yuk. § 11,dipn. 200 civarı ve orada anılan **Y. 11. HD**.nin 5.3.1986 tarih ve 838/1173 sayılı Kararı.

26 İsviçre Hukukunda 1991 değişikliğiyle bu konuda yasal zorunluluk getirilmeden önce dahi, gerektiğinde defter değerlerine göre düzenlenmiş bir bilançonun mahkemeye ibrazı gerektiği görüşü savunulmaktaydı, Bkz.,**Lanz**, s.145; Kanımızca bu bilanço bildirimin zorunlu şartı değilse de, yönetim kurulunca daha başvuru sırasında mahkemeye sunulmasında fayda vardır. Mahkemeden erteleme isteminde bulunulmuşsa bu bilanço mutlaka dosyaya eklenmelidir. Ancak İsviçre hukukundaki mevcut düzenlemeden farklı olarak anılan bilançonun borca batıklığı göstermesi şart değildir. Sadece ortaklığın başarı durumunun ve böylece mali durumunun iyileştirilmesi imkânlarının araştırılması bakımından buna gerek duyulur. Aynı şey önceki dönem bilançoları ve gelir tabloları açısından da söylenebilir.

27 Bkz., **Koeferli**, s. 154.

28 Bu konuda Bkz., **Koeferli**, s. 154.

29 Bkz., **Koeferli**, s. 154; **Lanz**, s. 145.

nemli bir kolaylık sağlandığı belirtilmektedir. Denetçiler inceleme sonuçlarını rapor edecekler ve bu rapor borca batıklığı doğrulayan bir belge olarak dosyaya girecektir.[30] Yapılan değişiklikler sonucu denetçilere ortaklıktan bağımsız bir hüviyet kazandırıldığı da dikkate alınırsa (Bkz., İBK., m. 727 c) bu belgenin mahkemenin karar vermesinde önemli rol oynayacağı söylenebilir.[31]

C- MALVARLIĞININ KORUNMASINA YÖNELİK TEDBİRLERİN ALINMASI

Mahkeme, borca batıklık bildirimi üzerine alacaklıların haklarının korunması için gerekli gördüğü tedbirler hakkında karar vermeye yetkilidir (İİK., m. 181 yollamasıyla m. 160). Yargıcın alacaklıların haklarını güvenceye almak için hangi tedbirlere başvuracağı kendi takdirine bırakılmıştır.[32] Bu tedbirlere şu örnekleri vermek mümkündür: Ortaklığın malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kısmen veya tamamen kaldırılması. örneğin ortaklığın taşınmazlarının üçüncü kişilere devrini önlemek için tapu sicil kaydına ihtiyati tedbir konulması. üçüncü kişilere ödemelerin yasaklanması,[33] ortaklığın mallarının mahkeme gözetiminde listesinin tutulması gibi.[34]

Bu tedbirler daha başlangıçta alacaklıların haklarını güvence altına almayı amaçlamaktadırlar. Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde (f.2, c.6) yargıcın iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri alacağı öngörülmüşse de borca batıklık bildiriminin yapıldığı tarih ile iflâsın açılması veya ertelenmesi yönünde bir karar verilmesi arasında geçen dönemde alacaklıların hakları gene riziko altındadır. İşte İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi bu dönemde malvarlığını korumaya yönelik tedbirler hakkında res'en karar vermek yetkisini yargıca tanımaktadır.

D- ALACAKLILARIN DURUMU

Alacaklılar bizzat ortaklığın borca batık halde bulunduğunu bildirerek ortaklığın iflâsını isteyebilirler (İİK., m. 179). Bu konuya yukarıda değinilmişti.[35] Burada ise yönetim kurulu tarafından borca batıklık bildiriminde bulunulması halinde alacaklıların yargılamaya müdahale ederek iflâsın açılmasını önleme hakkına sahip olup olmadıkları üzerinde durulacaktır.

---

30 Bkz. **Koeferli**, mahkemeye sunulacak belgeler arasında denetçilerin inceleme raporunu da saymaktadır, s. 154; **Lanz**, değişiklik taslağı yasalaşmadan önce bunun getireceği kolaylığa değinmiştir, s. 145.

31 Yönetim kurulu İBK., m. 727 c hükmü gereğince denetçilerin ortaklıktan bağımsız olduklarına ilişkin yazılı bir açıklamayı bildirimine eklemelidir, Bkz., **Koeferli**, s. 154.

32 Bkz., **Baumann**, s. 99; von **Steiger**, Orijinal, s. 331; **İFMK.**, SAG., C.17, s. 126 vd; Bkz., İsv.İK., m. 194 yollamasıyla m. 170.

33 Alman hukukunda bu tedbir bizzat yasa tarafından öngörülmüştür: Ortaklık borca batık hale düştükten sonra yönetim tarafından kural olarak hiçbir ödeme yapılamaz, Bkz., APOK., § 92.III; Ayrıca Bkz., yuk. § 5, I, C.

34 Örnekler hakkında Bkz., **Baumann**, s. 99; **Gentinetta**, s. 72; **Henze**, s. 52; **Lanz**, s. 147.

35 Bkz., yuk. § 11, V.

Borca batıklık bildiriminin alacaklılara ilân yoluyla duyurulması söz konusu olmadığı gibi, yargıç yapacağı bir duruşmaya alacaklıları çağırmak zorunda da değildir. [36] Aynı şekilde alacaklıların iflâs isteminin reddini sağlamaları mümkün görünmemektedir. Alacaklılar sadece iflâsın ertelenmesini isteyebilirler (TTK., m. 324.II, c.5). 3222 sayılı Kanun'un hükümet gerekçesinde, aciz hali içinde olduklarını bildirerek kendi iflâslarını isteyen kötüniyetli borçluların haksız olarak iflâsın yarattığı bazı imkânlardan yararlanmalarını önlemek için 178. maddede değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir.[37] Borca batıklık halinde alacaklılar için iflâs isteme hakkı öngörülmüş (İİK., m. 179), ancak kötüniyetli borçlunun bildirimine karşı müdahale imkânı düşünülmemiştir.[38] Yasakoyucunun borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılamada 178.II. maddesinde öngörülen prosedürün uygulanmasına gerek görmemesinin nedeni, büyük ihtimalle bu durumda zaten mahkemece bildirimin doğruluğunun inceleneceği, dolayısıyla ek bir korumaya gerek olmadığı düşüncesidir. Oysa alacaklıya -aynı 178.II. maddesinde olduğu gibi- kötüniyetli borçlulara karşı kendisini korumak, borçlunun gerçekte borca batık halde bulunmadığını, örneğin borçlu tarafından iflâsın açılmasını sağlamak için uydurma alacaklılar yaratıldığını iddia ve ispat imkânını açıkça tanımak yerinde olurdu.[39] Eğer böyle bir değişiklik yapılsaydı borca batıklık bildiriminin ilânı da kaçınılmaz olacaktı.

Mevcut yasal düzenleme karşısında acaba alacaklılar ortaklığın gerçekte borca batık durumda olmadığını, tersine iflâsın açılması için kötüniyetle başvuruda bulunduğunu bildirerek iflâs kararı verilmesini önlemek amacıyla yargılamaya müdahale edebilirler mi? Öncelikle şunu belirtelim ki, burada bir çekişmesiz yargı işi söz konusu olduğundan alacaklıların bu yargılamaya fer'i müdahil olarak katılmaları mümkün değildir.[40] Çünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesi gereğince fer'i müdahale ancak davanın iki tarafından biri yanında mümkündür. Ayrıca burada alacaklı borca batıklık bildiriminde bulunan borçlunun yanında değil karşısında olarak davaya müdahale etmek istemektedir.

Kanımızca alacaklının bu yargılamaya asli müdahil olarak da katılması mümkün değildir. Çünkü alacaklı burada bir hak isteminde bulunmamakta, tersine iflâsın açılmasını önlemek istemektedir. Fakat bu konuda kendisine tanınmış bir itiraz hakkı bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın ortaklığın borca batıklık bildiriminde bulunması üzerine yapılan yargılamaya alacaklılar tarafından müdahale edilebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Bir kararında Yargıtay, müdahil alacaklı tarafından yapılan temyiz başvurusu sonucu yerel mahkeme kararını bozmuştur.[41]

---

36 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 16; **Giroud**, s. 101; **Schmid**, s. 48; **Pekcanıtez**, s. 54.

37 Bkz., 322 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesinden, **Kuru/Arslan**, s. 148.

38 İİK. m.181 yollama yapmadığı için burada alacaklılara itiraz hakkı veren İİK. m. 158.I de uygulanmaz.

39 Aynı yönde **Atalay**, s. 94; **Kayar**, s. 53. Ancak yazar 178. maddenin alacaklıları tanıdığı hakların borca batıklık bildiriminde bulunulması halinde de uygulanıp uygulanamayacağını tartışmaktadır, s.53. Kanımızca bu husus ancak „de lege ferenda" olarak ele alınabilir.

40 Bkz., **Kuru**, Usul, III, s. 2524.

41 Bkz., **Y. 19. HD**, 31.10.1996 tarih ve 7306/9597 sayılı Kararı. YKD., 1997, S.4, s. 571 vd.

Fakat yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte mahkeme gerekli gördüğü takdirde duruşma yaparak alacaklıları dinlemeye yetkilidir.[42] Aynı şekilde 178. maddeden farklı olarak yasa hükmü gereği olmasa da yargıç, kendiliğinden araştırma ilkesinin bir gereği olarak alacaklılara beyanda bulunmaları için ilân yoluyla çağrıda bulunabilir.[43] Özellikle yönetim kurulu tarafından iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulmuşsa, alacaklıların duruşmaya çağrılmasında ve görüşlerinin alınmasında yarar vardır. Çünkü yasa bizzat alacaklılara iflâs ve erteleme isteminde bulunmak yetkisi tanıdığına göre onların çıkarlarını gözardı etmemiş demektir.

Ayrıca duruma göre mahkeme alacaklıları borca batıklık bildirimi hakkında yazılı beyanda bulunmaya davet edebilir.[44]

Nihayet sadece alacaklılar tarafından erteleme isteminde bulunulmuşsa alacaklılar önemli bir role sahip olurlar. Bu durumda erteleme kararı verilmesi için gerekli şartların varlığını ispat yükü alacaklılara düşer.[45]

E- YARGILAMA GİDERLERİ

Borca batıklık bildiriminde bulunan ortaklık bu nedenle doğan yargılama giderlerinden sorumludur (İİK., m. 181'in yollamasıyla İİK., m. 160,I).[46] Gerçi İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin 2. fıkrasında bu giderlerin peşin olarak ödeneceği öngörülmüştür. Ancak öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, borca batıklığın bildirilmesi alacaklıların ve genel olarak kamunun yararı için öngörülmüş yasal bir yükümlülükten ileri geldiğinden, iflâsın açılması ortaklık tarafından (önceden) masraf avansının yatırılmasına bağlı tutulamaz.[47] Usul hükümlerinin emredici nitelikteki maddi hukuk kurallarının uygulanmasına engel olması düşünülemez.[48] Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 160.II. maddesi burada uygulanmaz. Burada en azından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 415. maddesinin uygulanacağı kanısındayız. Bu maddeye göre kural, kendiliğinden icrası emrolunan bir işlemin gerektirdiği giderin taraflardan biri veya her ikisi tarafından karşılanmasıdır (f.1). Ancak, belirlenen süre içinde bunun için gerekli olan masraf yatırılmaz ise, ileride ödemesi gerekenlerden geri alınmak şartıyla bu giderin devlet hazinesinden ödenmesine karar verilebilir (f.2). Bu hüküm kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulanır.[49] Borca batıklık bildirimi üzerine yapılacak yargılamada kendiliğinden araştırma

---

42 Bkz., **Atalay**, s. 94; **Berkin** s. 177; **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 16; **Henze**, s. 52. **Lanz**, s. 147; **Schmid**, s. 48; **Üstündağ** Düşünceler, s. 17.

43 Bkz., yuk. § 11, III, B, § 12, II, A ve B.

44 Bkz., **Kuru**, yazar çekişmesiz yargıda mahkemece ilgililerin yazılı veya sözlü olarak beyanda bulunmaya davet edileceğini belirtmektedir, Nizasız Kaza, s. 167.

45 Bkz., aşa. § 13, III, B.

46 Bu konuda Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 32, **Funk**, OR. Art. 725, N.4.

47 Bkz., **Baumann**, s. 97; **Fritzsche/Bohner**, s. 101, dipn. 62; **Giroud**, s. 71; **Henze**, s. 51; **Lanz**, s. 147; **Schech**, s. 18; Bkz., İsv. İK. 194 yollamasıyla m. 169; Karş., **Franko**, s. 427.

48 Bkz., **Giroud**, s. 72.

49 Bkz., **Y. HGK.**, 15.5.1974, tarih ve sayılı Kararı, Karar için Bkz., YKD., 1975/10, s. 21; **Kuru**, Usul, C.II, s. 1593.

ilkesi geçerli olduğuna göre,[50] söze konu hükmün burada (İİK.,m.160.II karşısında) öncelikle uygulanacağı sonucuna varmak gerekir.

III - İFLÂS KARARI

324. maddeye göre (f.2, c.4) mahkeme, borca batıklık bildirimi üzerine kural olarak ortaklığın iflâsına karar verir. [51] Maddenin incelenmesinden iflâsın açılmasının kural, ertelenmesinin ise istisna olduğu açıkça anlaşılır. Şöyle ki:

Yönetim kurulu veya alacaklılardan biri tarafından ifl3sın ertelenmesi isteminde bulunulmuş olsa bile mahkeme ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olmadığı kanısına varırsa gene iflâsın açılmasına karar verecektir. Bu yönde bir istem bulunmaması, hatta yönetim kurulunun sadece iflâsın ertelenmesini istemiş olması sonucu deği0ştirmez.[52] İflâsın ertelenmesine karşın erteleme süresi içinde mali durumun iyileştirilmesi mümkün olmazsa veya konkordato tasdik edilmezse aynı şekilde mahkeme yine kendiliğinden iflâsın açılmasına karar vermek zorundadır.[53]

Eğer yönetim kurulu veya bir alacaklı tarafından iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulmamışsa, mahkeme borca batıklığı tespit ettikten sonra mutlaka iflâsın açılmasına karar vermek zorundadır. Mahkeme kendiliğinden iflâsın ertelenmesine karar veremez. Buna karşılık, öğretide savunulan bir görüşe göre, mahkeme borca batıklığı tespit ettikten sonra erteleme istemi olmasa bile iflâsın açılmasına gerek olup olmadığını incelemek zorundadır.[54] Bu görüşe göre iflâs, alacaklılar ile çalışanlar anlamında kamu düzenini ilgilendiren ağır bir tasfiye usulüdür. Dolayısıyla sadece kendi iflâsını isteyen ortaklığın iradesine bağlı tutulamaz. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yasa hükümleri başka bir yoruma imkân vermeyecek derecede açıktır. Borca batıklık bildirimi üzerine mahkeme kural olarak ortaklığın iflâsına karar verir (TTK., m. 324.II, c.4, İİK. m. 179),. İflâsın ertelenmesine karar verilebilmesi için yönetim kurulu veya bir alacaklının bu yönde istemde bulunması gerekir (Bkz., TTK., m. 324,II, c. 5).[55] Erteleme istemi yoksa mahkeme iflâs. kararı vermeden önce sadece borca batıklık bildiriminin doğruluğunu incelemekle yetinir.

---

50 Bkz., yuk.§ 12, II, B.

51 Türk Hukukunda Bkz., Örn. **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı- s. 627; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809, dipn. 15; İsviçre Hukukunda Bkz., **Dubach**, s. 149; **Lanz**, s. 146; **Mejer-Hayoz/Forstmoser**, s. 264.

52 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı- s. 627; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809, dipn. 15; von **Steiger**, Orijinal, s. 331; **Amonn/Gasser**, s. 309; **Herold**, s. 145; **Lanz**, s. 167; **Schmid**, s. 43; ayrıca Bkz., yuk. § 11, II. Karş., **11. HD.**'nin 21. 2. 1989 tarih ve 9757/1030 sayılı kararı (**Eriş**, AŞ., s. 252); Bu kararın eleştirisi için ayrıca Bkz., yuk. § 11, II.

53 Bkz., aşa. § 13, IX, B.

54 Bu görüş ve gerekçeleri hakkında Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 546,547; **Berkin**' de bildirim üzerine ortaklığın iflâsına karar vermenin tamamen yargıcın takdirine bırakıldığını, yargıcın gerekirse res'en iflâsın ertelenmesine karar verebileceğini belirtmektedir, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 170, 176..

55 İsviçre hukukunda bu konuda bir tartışma ortaya çıkmamıştır: Erteleme istenmemişse mahkemenin mutlaka iflâsın açılmasına karar vereceği oybirliği ile kabul edilmektedir, Bkz., **Lanz**, s. 146.

İflâs kararının ertelenmesi istenmemişse veya erteleme isteminde bulunulmasına karşın mali durumun iyileştirilmesi mümkün görünmüyorsa mahkemece zaman geçirilmeksizin iflâsın açılmasına karar verilmelidir.[56] İflâs kararı geciktirilirse alacaklıların ve ortaklığın çıkarları zarara uğrar. Gerçi yukarıda belirttiğimiz gibi mahkeme erteleme kararı vermese de, yargılama süresi içinde malvarlığının korunması için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Ancak bu tedbirlerle yetinilerek erteleme kararı verilmediği halde ortaklığa fiili bir erteleme süresi tanınamaz.[57] 324. madde erteleme kararı üzerine daha kapsamlı koruma tedbirlerinin alınmasını ve herşeyden önce ortaklığa bir kayyım atanmasını emretmektedir. Bir erteleme kararı verilmeksizin borca batık haldeki ortaklığın halihazırdaki yönetim kurulu tarafından faaliyetini sürdürmesi zararın boyutlarını daha da artırır.

Mahkemenin iflâs kararından önce depo kararı vermesi söz konusu olamaz. Doğrudan doğruya iflâs hallerinde uygulanacak yargılama usulünü belirleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 181. maddesinde depo kararı verilmesi hakkındaki 158. maddeye (f.2, c.2) yollamada bulunulmamıştır, Ayrıca zaten burada iflâs davasına konu bir alacak yoktur.[58] Alacaklı başvuruda bulunsa bile hakkının ödenmesini değil, sadece iflâsın açılmasını istemektedir. Aranan şart alacaklı sıfatının ispatından ibarettir.

Eğer ortaklık iflâsın açılmasını açıkça istememişse verilen iflâs kararı ortaklık tarafından temyiz edilebilir (Bkz., İİK., m. 164). Özellikle yönetim kurulu tarafından erteleme isteminde bulunulmasına karşın bu istem reddedilmiş ve iflâs kararı verilmişse, ortaklığın kararın temyizi yoluna gideceği söylenebilir.[59] Aynı şekilde erteleme istemleri reddedilen alacaklılar da iflâs kararını temyiz etmeye yetkilidirler.[60] Ortaklığın pay sahipleri İflâs kararını temyiz edemezler.[61]

İflâs kararı verilmekle ortaklık infisah eder (TTK., m. 434.I, N.8). İflâsın açıldığı an kararın ilân tarihi değil verildiği andır (İİK., m. 181 yollamasıyla m. 165,I).[62] Bu an, gün saat ve dakika olarak hükümde gösterilir (Bkz., İİK., m. 165,I, Tic.SN., m. 49. I).[63] İflâsın açılması üzerine ortaklığın tasfiyesi İcra ve İflâs Kanunu hüküm-

---

56 Bu görüş için Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628 vd; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811-2812; von **Steiger**, Orijinal, s. 331.

57 Bkz., **Kuru**, yazarın aktardığı bir olayda mahkeme teknik anlamda bir erteleme kararı vermeksizin 2 yıl boyunca ortaklığın iflâsını geciktirmiştir. Yazar haklı olarak bu uygulamanın 324. maddenin 2. fıkrasına aykırı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, bu uygulama teknik anlamda erteleme kararı verilmediğinden ve erteleme kararı gereğince alınacak malvarlığını koruma tedbirleri devreye sokulamadığından ortaklığın ve pay sahiplerinin çıkarlarına da aykırı düşer, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628.

58 Esasen bütün doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs nedeninin varlığını tespit eden mahkeme depo kararı vermeksizin iflâsın açılmasına karar verir. Bkz., **Berkin**, iflâs, s. 195; **Kuru**, İcra ve iflâs, s. 2788-2789; **Üstündağ**, iflâs, s. 43.

59 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 627, dipn. 19; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809, dipn. 15.

60 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 627, dipn. 19; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809, dipn. 15.

61 Bkz., **İİD**'nin, 2.7.1968 tarih ve 3815/4892 sayılı Kararı, Yargıtaybu kararında haklı olarak pay sahiplerinin iç ve dış ilişkilerde ortaklığı temsil yetkileri olmadığı gerekçesiyle bu sonuca varmaktadır, RKD., 1968, 7-8, ,11/2, s. 123-124; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 627; **Franko**, s. 425; **Tekinalp/ Poroy/Çamoğlu**, s. 723.

62 Bkz., **Baumann**, s. 131; **Lanz**, s. 167.

63 Bkz., **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra ve İflâs, s. 411.

lerine göre (İİK., m. 184 vd.) yapılır (TTK., m. 437.I). Borca batıklık nedeniyle iflâs kararı verilmesi, iflâs yoluyla tasfiye bakımından bir özellik göstermez. Bu konuda getirilmiş özel hükümler yoktur.

İflâs kararı İcra ve İflâs Kanunu'nun 166. maddesi gereğince ilgili merciilere tebliğ ve ayrıca ilân edilir (İİK. m. 181 yollaması ile).

IV - İFLÂSIN AÇILMASINA YER OLMADIĞI KARARI

Mahkeme borca batıklık bildirimine rağmen, ortaklık borçlarının henüz malvarlığını aşmadığını tespit ederse kural olarak istemin reddine değil, "iflâsın açılmasına yer olmadığına karar vermelidir.[64] Çünkü, yukarıda belirttiğimiz gibi burada kural olarak bir istem değil, bildirim söz konusudur. Ancak ortaklık açıkça iflâsın açılmasını veya ertelenmesini istemişse "ortaklık borca batık halde bulunmadığından istemin reddine" karar verilmelidir.

---

[64] Bkz. ve Karş. Y. 11. HD., 5.3.1986, 838/1173 Karar için Bkz., Eriş, AŞ., s. 252; Atalay, s. 96..

§ 13 İFLÂSIN ERTELENMESİ

I - HUKUKİ NİTELİĞİ VE AMACI

A- HUKUKİ NİTELİĞİ

İflâsın ertelenmesi kurumu konkordato usulünün aksine geçici bir nitelik taşımaktadır.[1] Erteleme kararı nihai bir karar olmayıp erteleme süresini başlatan bir ara kararıdır. İflâsın ertelenmesi bir amaç değil, mali durumun iyileştirilmesine hizmet eden bir araç durumundadır. Erteleme süresi sonunda ya mali durum iyileştirilecek, ya da yeniden iflâsın açılması gündeme gelecektir.

Öte yandan iflâsın ertelenmesi belli ve somut bir tedbire işaret etmemektedir. Başka bir deyişle ertelemenin kendisi bir tedbir değil, mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin uygulanmasına imkân sağlayan yasal bir süreçtir.[2] Bu süreç içinde mahkeme dışı veya yargısal konkordato da gündeme gelebilir. Bu yönüyle iflâsın ertelenmesi, mali durumun iyileştirilmesi imkânı bakımından konkordatoya oranla daha esnek bir nitelik taşımakta, somut olayın şartlarına daha uygun düşmektedir.[3] Gerçekten erteleme kararı üzerine mali durumun iyileştirilmesi kural olarak mahkemenin belli yöndeki kararlarıyla değil, mahkeme dışında uygulanan tedbirlerle (*äussergerichtliche Sanierung*) gerçekleştirilir.[4]

Konkordatonun tasdiki alacaklıların vasıflı çoğunluğunun rızasına bağlıyken (İİK. m. 297), iflâsın ertelenmesine karar vermek tümüyle yargıcın takdirindedir.[5]

B- AMACI

İflâsın ertelenmesi belirli şartlar altında ortaklık hakkında iflâs kararı verilmesini önlemek, başka bir deyişle iflâs kararı verilmesini gerektiren borca batıklığı ortadan kaldırmak ve ortaklığın bir tüzelkişi olarak varlığını sürdürmesini sağlamak amacını güder.[6] Erteleme kararı iflâsın açılmasını geçici bir süre durdurmakta, bu sayede borca batık durumdaki ortaklığa son bir fırsat olarak erteleme süresi boyunca iflâsın ağır sonuçlarından kurtulması ve mali durumunu iyileştirmesi için zaman tanınmaktadır.[7]

---

1 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 18; **Üstündağ**, Düşünceler s. 18.
2 Karş., **Domaniç**, AŞ., s. 548.
3 Bkz., **Schmid**, s. 46.
4 Bkz., **Schmid**, s. 46.
5 Bkz., **Schmid**, s. 46, 47.
6 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 18; **Herold**, s. 145; **Lanz**, s. 160; **Schech**, s. 6 vd; **Schmid**, s. 45.
7 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 18; **Herold**, s. 145; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628; **Kuru**, İflâs, s. 136; **Lanz**, s. 160; **Schmid**, s. 45-46; **Üstündağ**, Düşünceler s. 18; **BGE.**, 101, III, 106..

İflâsın ertelenmesi kurumu, borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün aksine daha çok pay sahiplerinin (veya ortaklığın) çıkarlarını koruma amacını gütmektedir.[8] Buna karşılık bir diğer görüşe göre, burada dahi ilk etapta gözönünde bulundurulacak husus alacaklıların çıkarıdır.[9] Kanımızca alacaklıların çıkarının bir zarar görmemesi erteleme kararının verilebilmesi için gerekli şartlardan biri ise de, ertelemenin öncelikli amacı pay sahipleri başta olmak üzere ortaklığın devamında fayda görenlerin çıkarının korunmasıdır. Bu çıkarların korunması, sadece mali durumun iyileştirilmesi ihtimalinin zayıf olması durumunda, alacaklıların iflâsın derhal açılmasındaki çıkarı dolayısıyla sınırlamaya uğramaktadır. Başka bir deyişle mali durumun iyileştirilmesi imkânı bakımından durum yeteri kadar açık değilse alacaklıların çıkarı ön plana geçer. Öte yandan başarıya ulaşma şansı yüksek ise mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri sayesinde haklarına daha yüksek oranda kavuşma imkânını elde eden alacaklılar da iflâsın ertelenmesinde fayda görebilirler.[10] Aslında diğer çıkar grupları açısından da durum farklı değildir. Eğer erteleme süresi boyunca mali durumun iyileştirilmesi çok uzak bir ihtimal dahilinde görülüyorsa iflâsın geciktirilmesinden kaynaklanan zarardan herkes etkilenecektir. Fakat ortaklığın yönetim kurulu ve pay sahipleri bir riziko altına girmek eğiliminde olabilirler. İşte bu noktada alacaklıların iflâsın derhal açılmasındaki çıkarı belirleyici rol oynar.

Sonuçta şu veya bu şekilde ortaklığın devamında çıkarı olan herkesin iflâsın ertelenmesi kurumuyla korunduğunu söylemek mümkündür.[11] İflâsın açılması ortaklığa yeni değer kazandırıcı değil, onu yok edici nitelikte bir tedbirdir.[12] Cebri tasfiye sonucu malvarlığı konuları çoğunlukla münferiden, kısıtlı zaman süresi içinde ve olumsuz şartlarda satılmaktadır.[13] Ertelenme sayesinde pay sahipleri en azından ortaklığa getirmiş oldukları katılma paylarını kurtarabileceklerdir.[14] Ortaklıkta çalışan işçilerin işyerlerinin korunmasındaki çıkarı gibi, genel olarak kamunun, ülke ekonomisinin çıkarı da gözardı edilmemiş olacaktır.[15] Yeter ki, mali durumun iyileştirilmesi imkânı doğru takdir edilmiş olsun. Korunan çıkarlardan bazıları erteleme kararı verilmesi bakımından tek başına yeterli görülmeyebilir. Örneğin ortaklıkta çalışan işçilerin işyerlerinin korunmasındaki çıkarlarının iflâsın ertelenmesine karar vermek için tek başına yeterli bir neden sayılamayacağı belirtilmektedir.[16] Ortaklık bünye-

---

8 Bkz., **Giroud**, s. 106; **Lanz**, s. 160; **Schmid**, yazarın bu konudaki görüşleri daha belirgindir. Erteleme kararı verilirken ilk planda alacaklıların çıkarlarının gözönüne alınmasını kabul etmemektedir, s. 49.

9 Bkz., **Bürgi**, s. 725, N. 18; **Herold**, s. 145.

10 Bkz., **Dubach**, s. 150-151; **Schmid**, s. 46; **BGE.**, 101, III, 106. Ortaklıkla sürekli ilişki içinde bulunan alacaklılar da ortaklığın devamında fayda görebilirler. Böylece ticari hayattaki iş (muamele ortaklarını (*Geschäftspartner*) kaybetmekten kurtulurlar, Bkz., örn. **Dubach**, s. 150. Bunlar çoğu kez ortaklıktan hem alacaklı, hem de borçlu durumdadırlar.

11 Bkz., **Schmid**, s. 46; Bkz., **BGE.**, 101, III, 106. Kararda iflâsın ertelenmesinin hem alacaklıların hem de ortaklığın çıkarlarına hizmet ettiği belirtilmiştir.

12 Bkz., **Dubach**, s. 150.

13 Bkz., yuk., § 10, II, A, 3.

14 Bkz., **Dubach**, s. 150.

15 Bkz., **Bürgi**, s. 725, N. 18; **Dubach**, s. 150; **Funk**, OR. Art. 725, N.4; **Giroud**, s. 107;

16 Bkz., **Bürgi**, s. 725, N. 18; **Funk**, OR. Art. 725, N.4; **Giroud**, s. 107; **Pekcanıtez**, s. 49.

sinde toplanan teknik bilgi birikiminin (know how) korunmasındaki ülke ekonomisi çıkarı da erteleme kurumu sayesinde himaye görmüş olur.[17]

Türk öğretisinde iflâsın ertelenmesi kurumuna yarardan çok zarar getireceği iddiasıyla karşı çıkanlar da olmuştur.[18] Bu görüşün konuya ilişkin düzenlemenin belirsizlikler taşıdığı, özellikle icra takiplerinin durdurulması bakımından kötüye kullanmalara açık olduğu gerekçelerine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Bir kurumun kötüye kullanılabileceği gerekçesiyle kaldırılması, o kurumun getireceği yararların da bir kalemde silinmesi anlamına gelir. Önemli olan kötüye kullanmaların önüne geçecek yasal ve sosyo-ekonomik zemini hazırlamaktır.

İflâsın ertelenmesi uygulamasının az olduğu belirtilmektedir.[19] Bunun nedeni kanımızca gerçekte borca batık durumda olan ortaklıkların durumu mahkemeye bildirip erteleme isteminde bulunacakları yerde yasaya aykırı olarak kendi kendilerine mali durumlarını düzeltmeye çalışmalarıdır. Bazı ortaklıklar da konkordato yoluna gitmeyi yeğlemektedirler. Ancak konkordato girişimi başarısızlıkla sonuçlandığı zaman durumun derhal mahkemeye bildirildiği de şüphelidir.

Öte yandan iflâsın ertelenmesi kurumu bazı kötüniyetli borçlular tarafından amacına aykırı biçimde kullanılabilir. Örneğin uydurma alacaklılar oluşturularak erteleme isteminde bulunulması, böylece diğer (gerçek) alacaklılara zarar verilmesi mümkündür. Nitekim bir Yargıtay kararına konu olayda ortaklık henüz borca batık durumda olmadığı halde erteleme isteminde bulunmuştur.[20]

II - İFLÂSIN ERTELENMESİNİN ŞARTLARI

A- MADDİ ŞARTLAR

1- Ortaklığın Borca Batık Halde Bulunması

İflâsın ertelenmesine karar verilebilmesi için öncelikle ortaklığın borca batık halde bulunması gerekir.[21] Başka bir nedenle açılan iflâs davasında veya borçlunun aciz hali dolayısıyla iflâsını istemesi halinde mahkemece iflâsın ertelenmesine karar verilmesi mümkün değildir.[22]

---

17 Bkz., **Dubach**, s. 150.

18 Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 474.

19 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811-2812. Buna karşılık İsviçre+de son yıllarda iflâsın ertelenmesi kurumu daha yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. **Dubach**'ın aktardığı verilere göre, iflâsın ertelenmesi kararlarının borca batıklık bildirimlerine oranı, 1996 yılında Bern bölgesinde % 41 iken, Lozan bölgesinde % 78, 19 civarındadır. Bkz., **Dubach**, "STG- Seminar: Unternehmungen in der Krise", Bern 13.^.1997'den naklen, s. 150, dipn. 13.

20 Y. **11. HD.**, 5.3.1986, 838/1173 Karar için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 252.

21 Bkz., bir önceki dipnotta anılan Yargıtay kararı, Bkz., bu yönde **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 10, 22; **Dubach**, s. 154; **Eriş**, AŞ. s. 250; **Giroud**, s. 112; **Herold**, s. 146; **Hurter**, s. 29; **Kayar**, s. 242; **Koeferli**, s. 163; **Pekcanıtez**, s. 52; **Schech**, s. 25; **Schmid**, s. 47.

22 Bkz., **Dchmid**, s. 42; **Pekcanıtez**, s. 52.

Bazı hallerde ortaklığın yönetim kurulu mahkemeden sadece iflâsın ertelenmesine karar verilmesini ister. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu istem borca batıklık bildirimini de kapsamaktadır.[23] Bu durumda mahkemece yapılacak ilk iş ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığını incelemektir. Ortaklığın borca batık durumda olduğu anlaşıldıktan sonra sıra erteleme başvurusunun incelenmesine gelecektir.[24]

Uygulamada anonim ortaklıkların borca batık durumda olmadıkları halde iflâsın ertelenmesi istemiyle mahkemelere başvurdukları anlaşılmaktadır. Özellikle alacaklılara yönelik olarak, icra takiplerinin geçici olarak durdurulması gibi bazı koruma tedbirlerinin alınması beklentisi bu tür başvurulara yol açmaktadır. Yargıtay da haklı olarak bu istemlerin reddi gerektiğini belirtmektedir.[25]

2- Ortaklığın Tasfiye Halinde Olmaması

Tasfiye halindeki bir anonim ortaklıkta mahkemece iflâsın ertelenmesine karar verilmesi mümkün değildir.[26] Tasfiye halinde borca batıklık bildirimini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 446.maddesinin 2. fıkrasında tasfiye memurlarının durumu mahkemeye bildirmeleri üzerine ortaklığın iflâsına karar verileceği öngörülmüş, 324. maddenin aksine iflâsın ertelenmesi imkânından söz edilmemiştir (c.2).

Gerçekten, tasfiye sürecine girmiş bir ortaklıkta mali durumun iyileştirilmesi düşüncesi ortadan kalkmıştır. Ortaklığın maksat ve konusu tasfiye amacı ve işleriyle sınırlandırılmıştır. Tasfiye amacı ise, ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi ve faaliyetine devamını amaçlayan iflâsın ertelenmesi kurumuyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle erteleme istemi esasen tasfiye halindeki ortaklığın ehliyet sınırlarının dışında kalmaktadır.

3- Ortaklığın Durumunun İyileştirilmesinin Mümkün Görünmesi (Mali Durumun İyileştirilmesi Umudunun Varlığı)

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde, ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi mümkün görülüyorsa mahkemece istem üzerine iflâs kararının ertelenebile-

---

[23] Bkz., yuk. § 11, II.

[24] Bkz., **Dubach**, s. 154; **Schmid**, s. 43.

[25] „Davacı şirket, borçlu bulundukları teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin istendiğini, şirkete ait malvarlığının borcu karşılayacak durumda olduğunu, şirket sermayesinin karşılıksız kalmadığını ara bilançonun çıkartılmasına ve şirketin durumunun düzelmesi olanaklı bulunduğundan TTK.'nun 324/son maddesine göre iflâsın bir yıl ertelenmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece alınan bilirkişi raporu ile şirketin malvarlığının borcu karşılayacak durumda olduğu anlaşıldığından davanın reddine ilişkin karar doğrudur." **Y. 11.HD.**'nin 5.3. 1986 tarih ve 838/1173 sayılı kararı „Anonim ortaklığın aktifi pasifinden fazla ise anonim ortaklık TTK.'nun 324. maddesine dayanarak ortaklığın iflâsın ertelenmesine karar verilmesi istemiyle dava açamaz.", **Y. 11.HD.** 23.12.1991 tarih ve 6209/6770 sayılı kararı, Kararlar için Bkz., **Eriş**, AŞ. s. 252.

[26] Bkz., **Arslanlı**, s. 178; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 177; **Erem**, s. 229; **Franko**, s. 420; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 634; **Pekcanıtez**, s.50; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 671-672; İBK., m. 743.II'de de aynı hüküm vardır, İsviçre öğretisinde konu hakkında Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 744, N. 14; **Funk**, OR. Art., 743, N.3; **Giroud**, s. 89, 108; **Lanz**, s. 106; **Schucany**, OR. Art., 743, N.4;

ceği belirtilmiştir (f.2, c.5). O halde erteleme kararı verilebilmesi için ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi imkânının varlığı gereklidir.

Ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi imkânı iflâsın ertelenmesinin en önemli şartlarından biridir.[27] Ancak hangi kıstaslara göre bu konuda bir yargıya varılacağı hakkında yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Kavrama açıklık getirmek için öncelikle hükümde sözü edilen iyileştirme kavramının neyi ifade ettiği üzerinde durulmalı, daha sonra mahkemenin bu imkânı takdir ederken ne gibi kanıtlara başvurabileceği ortaya konulmalıdır.

a) „İyileştirme"nin Anlamı

Yukarıda genel olarak ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi kavramını incelemiştik.[28] Borca batıklık halinde mali durumun iyileştirilmesi, iflâsın ertelenmesi şartları dolayısıyla karşımıza çıkmaktadır. Burada öncelikle cevaplandırılması gereken soru şudur: Acaba erteleme isteminin şartı olan iyileştirmenin özel bir anlamı var mıdır? Başka bir deyişle, mahkemenin erteleme kararı verebilmesi için mali durumun ne ölçüde iyileştirilmesi esas alınacak ve buna göre iyileştirme imkânının varlığı inceleme konusu yapılacaktır?

Herşeyden önce şunu belirtelim ki, hukuken iyileştirmenin konusu, ortaklığın işletmesi olmayıp, bir tüzelkişi olarak anonim ortaklığın kendisidir.[29] Çünkü alacaklıların çıkarı ancak böyle korunabilir. Ortaklığın iflâs etmesi ve işletmesinin kârlı ve verimli kısımlarının yeni kurulan bir ortaklıkça ("*Auffanggesellschaft*") satın alınarak varlığını devam ettirmesi burada incelediğimiz anlamda bir iyileştirme değildir.[30] Mali durumun iyileştirilmesinin iflâsın ertelenmesi çerçevesinde öngörülmesi de bu görüşü doğrular.[31]

Bir görüşe göre, erteleme kararı bakımından önem taşıyan iyileştirme, mutlaka borca batıklığın ortadan kaldırılması, böylece alacaklıların yüzde yüz oranında tatmininin sağlanması anlamına gelmez. Amaç, malvarlığı durumunun ve likiditesinin borca batıklık bildiriminin yapıldığı ana oranla daha iyi bir düzeye getirilmesidir.[32] Temel kıstas alacaklıların çıkarıdır. Erteleme sonunda borca batıklık giderile-

---

27 Aslında bu konuda yasada bir açıklık bulunmasaydı dahi, böyle bir şartın varlığını kabul etmek gerekecekti. Çünkü ertelemenin amacı mali durumun iyileştirilmesi olduğuna göre buna imkân olmadığı daha baştan belli ise erteleme kararı verilmesinin de bir anlamı yoktur. Nitekim 1881 tarihli İBK.'nda (m. 657) bu şarta açıkça yer verilmediği halde uygulamada böyle bir şartın varlığı çoktan kabul edilmişti, Bkz., **Schech**, s. 29.

28 Bkz., yuk. § 4.

29 Bkz., **Dubach**, s. 155, dipn. 47; **Giroud**, s. 116 vd. **BGE.**, 101,III, 106; **BGE.**, 76,I, 167. İBK., m. 725a'nın Fransızca metninden bu husus açıkça anlaşılmaktadır, Bkz., **Dubach**, s. 155. Hukukumuzda esasen bu konuda bir tereddüt yoktur.

30 Bu konularda Bkz., **Dubach**, s. 154. Ayrıca Karş. işletme ekonomisi anlamında iyileştirme kavramı, yuk., § 4, II, A.

31 Fakat kârlı ve verimli kısımları yeni kurulan bir ortaklıkta toplanması yolu ile iyileştirmenin, aynı ortaklık çatısı altında yapılacak bir iyileştirmeden daha kolay olacağı belirtilmektedir. Çünkü ikinci durumda işletmenin verimli olmayan kısımlarının ayıklanması güçlük yaratacaktır, Bkz., **Dubach**, s. 154.

32 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N.22; **Funk**, OR. Art., 725, N.4; **Herold**, s. 147; **Schech**, s.27; **İFMK**, SJZ., 44 ,1948, s. 189

mediği için iflâsın açılması kararı verilmesi gerekse bile, iflâs yoluyla tasfiye sırasında alacaklılar daha yüksek oranda tatmin edilebileceklerse bu da bir iyileştirme anlamına gelir.

Baskın görüşe göre ise erteleme kararı verilirken gözönünde bulundurulacak iyileştirme kavramı bundan ibaret değildir. Amaç, ortaklığın bir tüzelkişi olarak varlığını sürdürmesinin sağlanması, bunun için de kârlılığa (rantabiliteye) yeniden kavuşturularak işletmesini sürdürecek ve kâr edecek bir düzeye getirilmesidir.[33]

Fakat buradaki iyileştirme kavramı herşeyden önce „borca batıklığın ortadan kaldırılması"nı ifade etmektedir.[34] Borca batıklık ortadan kaldırılabilmelidir ki, ortaklık hakkında iflâsın açılması önlenebilsin. Ne var ki, öğretide haklı olarak mali durumun iyileştirilmesi imkânı üzerinde durulurken bununla yetinilemeyeceği belirtilmektedir. Erteleme süresi sonunda ortaklık artık borca batık durumda değilse iflâsın açılması kararı verilmeyeceği doğrudur. Ancak erteleme kararı aşamasında sadece bu olgu gözönünde bulundurulamaz. Ortaklık kârlılık ve verimliğe kavuşamayacaksa yeni bir mali kriz ve borca batıklık kapıda demektir. Bu nedenle öngörülen iyileştirme borca batıklığın bertaraf edilmesi sınırlarını aşmalı, ortaklığın istikrarlı bir biçimde ekonomik fonksiyonunu yerine getirmesini de sağlamalıdır.[35] Hatta likiditesizlik de ortaklığı kısa zamanda borca batıklığa sürükleyeceğinden ortaklığın likidite sorununu çözmesi de bu anlamda iyileştirme kavramına dahildir.[36] Bu durumda sadece borca batıklığı gidermeye hizmet eden taahhütlerin artırılması veya sermayenin tamamlanması gibi finansal çözümler çoğu kez yeterli olmayacak, işletme strateji ve organizasyonunun geliştirilmesi gibi organizasyona ilişkin iyileştirme tedbirlerinin de gözönüne alınması gerekecektir.[37]

Bununla birlikte mali durumun iyileştirilmesi imkânı incelenirken, iyileştirme tedbirlerinin hemen ardından ortaklığın derhal kâr elde eden bir aşamaya gelmesi ihtimali üzerinde durmaya gerek yoktur.[38] Önemli olan ortaklığın mali ve örgütsel yapısı bakımından kâr elde etmeye ehil hale gelmesidir.

b) İyileştirme İmkânı ve Kanıtlanması

Herşeyden önce, mahkeme erteleme isteminde bulunan yönetim kurulunun veya alacaklının iyiniyeti konusunda ikna olmalıdır. Kötüniyetle erteleme isteminde bulunulduğunu, örneğin ortaklık mallarının kaçırılması niyeti ile hareket edildiğini gösteren belirtiler varsa erteleme kararı verilmemelidir.[39]

---

[33] Bkz., **Koeferli**, s. 164; **Giroud**, s. 118 vd.; **Pekcanıtez**, s. 52-53; **Schmid**, s. 49; **BGE.**, 76, I, 167. Karara göre, örneğin esas sermayenin eş zamanlı olarak indirimi ve artırımı bu amaca hizmet eder.

[34] Bkz.,**Arslanlı**, AŞ., I, s. 99; **Dubach**, s. 155 ve dipn. 47, **Eriş**, yazar borçların indirilmesi veya sermayenin arttırılmasından söz etmektedir, AŞ., s. 249; **Koeferli**, s. 164; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2816; **Lanz**, s.163; **Pekcanıtez**, s. 52-53.

[35] Bkz., **Dubach**, s. 155; **Giroud**, s. 118, 119.

[36] Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 22; **Dubach**, s. 155, dipn. 52; **Koeferli**, s. 164.

[37] Bkz., **Dubach**, s. 155 ve dipn. 51 Bu konuda Bkz., ayrıca § 4, III, A ve B..

[38] Bkz., **Giroud**, s. 120; **Koeferli**, s. 164; **Lanz**, s. 163.

[39] Bu konuda Bkz., **Fritzsche/Bohner**, s. 101.

Mali durumun iyileştirilmesi imkânı çeşitli somut vakıalara dayanılarak tespit edilir. Belirsiz (muğlak) nitelikteki emareler erteleme kararı verilmesi için yeterli değildir.[40] İyileştirme tedbirleri sonunda ortaklığın kârlılığına yeniden kavuşmuş, işletmesi fonksiyonlarını yerine getirmeye devam eden bir tüzelkişilik olarak varlığını sürdürmesi büyük ihtimal dahilinde olmalıdır.[41] Bu nedenle, hem borca batıklığı giderici nitelikteki finansal tedbirler, hem de ortaklığın kârlılığını ve yeniden yapılandırılmasını sağlayan organizasyona ilişkin tedbirler mali durumun iyileştirilmesi imkânının varlığına dayanak yapılmalıdır.[42] İyileştirme ihtimali düşükse, ileride iflâsın ertelenmesi başarısızlıkla sonuçlandığı zaman, alacaklılar hem haklarına geç kavuştukları için, hem de iyileştirme çabaları çerçevesinde yapılan masraflar yüzünden iflâsın derhal açılmasına oranla daha fazla zarara uğrayacaklardır.[43] Bu nedenle mahkemenin erteleme kararı verirken somut belge ve kanıtları esas alması, tereddüt halinde erteleme istemini reddederek iflâsın açılmasına karar vermesi gerekir.[44] Nitekim 324. maddenin 2. fıkrasından iflâsın açılmasının kural (c.4), ertelenmesinin ise istisna olduğu (c.5) açıkça anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte mali durumun iyileştirilmesi imkânının kesin olarak ispatı söz konusu edilemez. Çünkü burada maddi bir vakıa değil bir ihtimalin incelenmesi söz konusudur. Yargıcın mali durumun iyileşebileceğini gösteren somut vakıalarla ikna edilmesi, iyileştirmenin kuvvetle muhtemel olduğuna inandırılması yeterli görülmelidir.[45] Borca batıklığın giderilmesine yönelik tedbirlerin somut bilgi ve belgelere dayandırılması nispeten daha kolay ise de, işletmenin ekonomik fonksiyonlarını sürdürebilmesini, yeniden kârlı ve verimli hale getirilmesini sağlamak için alınması düşünülen tedbirler konusunda kesin deliller sunulması çok güçtür.[46] Bu konuda yargıçta olumlu bir kanaat uyandırılması, yeterli sayılmalıdır.[47]

Belgelere dayanan vakıaların da tamamlanmış hukuki işlemler olması şart değildir. Esasen ibra sözleşmeleri, mahkeme dışı konkordatolar hukuki sonuçlarını doğurmuş, böylece ortaklık borca batıklıktan kurtarılmışsa, iflâsın açılması şartları da ortadan kalkmış durumdadır.

---

40 Bkz., **Giroud**, s. 120; **Koeferli**, s. 164; Buna karşılık Basel kenti istinaf mahkemesinin verdiği bir kararda mahkemenin erteleme kararı verebilmesi için sadece iyileştirmenin mümkün olmadığını gösteren emarelerin bulunmaması yeterli görülmüştür, Eleştirisi için Bkz., **Giroud**, s. 120; **Koeferli**, s. 164,165, **Lanz**, s. 163.

41 Bkz., **Giroud**, s. 119 vd. **BGE**., 62, III, 25.

42 Bkz., **Dubach**, s.155.

43 Bkz., **Dubach**, s. 156.

44 Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 473; **Koeferli**, s. 162.; Karş., **Arslanlı**, yazar „makul emareleri" yeterli görmektedir, AŞ., I, s.99.

45 Bkz., özellikle **BGE**., 99, II, 289, karara göre kesin olarak ispat şart olmayıp, geleceğe yönelik (ex ante) olarak yapılan bir muhakemede mali durumun iyileştirilmesi şansının açıkça % 50'den fazla olduğunun tahmin edilmesi yeterlidir Ayrıca Bkz., **Koeferli**, s. 166. Ancak yazar, yargıcın ibraz edilen belgeler ve özellikle bilançolar hakkında sadece bilançoda açıklık ilkesi yönünden yüzeysel bir inceleme yapmasının yeterli olduğunu belirtmektedir ki, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Dayanılan belgelerin doğruluğunun ve bilançoların gerçeğe uygunluğunun incelenmesi gerekir.

46 Bkz., **Dubach**, s. 155.

47 Bkz., **Dubach**, s. 155.

Borca batıklığın özel bir iflâs nedeni sayılması, daha sonra ortaklığın ödemelerini tatil edeceği karinesine dayandığından,[48] getirilen kanıtların bu (fiili) karineyi yıkacak nitelikte olması da gerekir.

Mali durumun iyileştirilmesi için düşünülen tedbirler tek tek gözden geçirilmeli, başarı şansı olan hiç bir yol mevcut değilse erteleme istemi reddedilmelidir. [49]

Öğretide mali durumun iyileştirilebileceğini gösteren vakıalara şu örnekler gösterilmektedir:

– Alacaklılarla anlaşma imkânının bulunması:[50] Özellikle alacaklılardan bazılarının iflâs durumunda en alt sıraya inmeyi, vade uzatımını, uygun şartlarda haklarından vazgeçmeyi kabul ettiklerini bildirmeleri, mahkeme içi veya dışı bir konkordato sözleşmesi yapma ihtimalinin doğması[51] gibi vakıalar bu grupta sayılabilir.

– Üçüncü bir kişinin alacaklılar lehine verdiği bir garanti ile alacaklıların muhtemel zararını karşılamaya hazır olduğunu bildirmesi. Böyle bir garanti ancak diğer delillerin yanısıra iyileştirme ihtimalini artıran bir faktör olarak göz önüne alınabilir.

– Ortaklığın yarım kalmış ve önemli miktarda kâr getireceği kuvvetle muhtemel görünen işlerinin tamamlanacağını ortaya koyan somut gelişmelerin bulunması.[52]

– Bunun yanında yargıç iyileştirme imkânını değerlendirirken işletmenin mali yapısıyla ilgili bazı verileri gözönünde bulundurmalıdır. Ortaklık zaten borca batık durumdadır. Ancak eğer aynı zamanda aciz haline de düşmüşse mali durumun işletme faaliyeti ile iyileştirilmesi hemen hemen imkânsızdır. [53] Likit kaynak olmaksızın işletmenin çevrilmesi mümkün değildir. Bu durumda ortaklığa yeni kaynak sağlanacağının bir takım hukuki işlemlerle kanıtlanması gerekir.

İyileştirme imkânının varlığını ispat yükü erteleme isteminde bulunan yönetim kuruluna veya alacaklılara düşer.[54]

Yargıcın mali durumun iyileştirilmesi imkânı bulunup bulunmadığı konusunda sağlıklı bir hüküm verebilmesi için ortaklığın hem mali, hem de örgütsel yapısı bakımından gerekli her türlü veriyi içeren bir kanıt listesinin mahkemeye sunulması gerekir.[55] 324. maddenin 2. fıkrası gereğince düzenlenen ara bilançonun mahkemeye sunulmasıyla bu zorunluluk yerine getirilmiş olmaz. Çünkü bir kere bu bilanço ortaklığın devamı ihtimali düşünülerek değil, tasfiyesi varsayılarak hazırlanmış bir malvarlığını tespit bilançosudur. Ara bilançosu sadece ortaklığın malvarlığının bilançonun düzenlendiği tarihte borçları karşılamadığını göstermektedir[56] ve esasen bu nedenle mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunulmuştur.

---

48 Bkz., yuk. § 9.

49 Bkz., **Fritzsche/Bohner**, s. 101.

50 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16.

51 Örneğin alacaklıların önemli bir kısmının konkordatoya razı olduklarını yazılı olarak bildirmeleri.

52 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16.

53 Bkz., **Schmid**, s. 63.

54 Bkz., **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16.

55 Bu konuda Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 98 vd; **Eriş**, AŞ., s. 249; **Koeferli**, s. 162; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin ^İflâsı, s. 627.

56 Bkz., yuk. § 10, II, A, 1.

İflâsın ertelenmesi istemi dolayısıyla, borca batıklık bildirimi evrakına ek olarak mahkemeye sunulacak kanıtları şöyle sıralayabiliriz:

– Mahkemeye herşeyden önce borca batıklığın hangi tedbirlere başvurularak ve ne kadar süre içinde ortadan kaldırılacağına ilişkin bir plan („Mali Durumun İyileştirilmesi Planı", „*Sanierungsplan*") sunulmalıdır.[57] Tedbirlerin iyileştirme bakımından yeterli olup olmadığını yargıç takdir eder. Bazı tedbirler tek başına yeterli görülebilirken, diğer bazıları ancak bir arada uygulamaya konulursa iyileştirme amacına hizmet edebilirler.

– Öngörülen iyileştirme tedbirlerine ve bunların gerçekleştirilmesinin mümkün olduğuna ilişkin belgeler de kanıt listesi içinde yer almalıdır (örneğin alacaklının en alt dereceye inmeyi kabul beyanını içeren sözleşmeler, mahkeme dışı konkordatolar, kefaletler, banka garantileri, pay sahiplerinin ortaklığa yeni kaynak temin etme vaatleri, alacağın sermayeye dönüştürülmesi yönündeki sözleşme belgeleri, tek başına borca batıklığı gidermemekle birlikte borç açığını azaltan ibra sözleşmeleri gibi).[58]

– Kural olarak mahkemeye ayrıca defter değerleri esas alınarak düzenlenmiş ara bilanço ve bundan önceki yıllık bilançoların, aynı şekilde kâr-zarar hesaplarının (gelir tablolarının) da sunulması gerekir.[59] Böylece yargıç bu sonuç açıklama bilançolarından ve hesaplarından hareketle ortaklığın kâr zarar durumunun nasıl bir gelişme gösterdiğini görme fırsatı bulur.[60]

– Yıllık bilânço ve kâr-zarar hesaplarıyla bağlantılı olarak mahkeme gerektiğinde ortaklığın ticari defterlerinin teslimini isteyebilir. Burada İcra ve İflâs Kanunu' nun konkordato istemiyle ilgili 285.I. maddesini kıyas yoluyla uygulamaya gerek yoktur.[61] Kaldı ki söze konu maddede „defter cetveli"nin ibrazından söz edilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 79. maddesi gereğince iflâs işlerinde mahkeme ticari defterlerin teslimini istemeye yetkilidir. Bu durumda mahkeme ticari defterlerin her tarafını inceleyebilir.[62] Mahkeme erteleme istemi hakkında karar verilebilmesi bakımından gerekli olduğu takdirde defterlerin teslimine karar verir. Örneğin ibraz edilen bilançoların doğruluğundan şüphe edilmesi halinde defterlerin teslimi istenebilir.

İbraz edilen belgelerin doğruluk ve iyileştirme imkânı bakımından değerlendirilmesi teknik bilgiyi (muhasebe ve işletme bilgisini) gerektirdiğinden, yargıç bilirkişi incelemesi yaptırmak durumunda kalacaktır.[63]

---

57 Bkz., **Dubach**, s. 153; **Koeferli**, s. 162; Ayrıca Bkz., **Eriş**, yazar erteleme süresi içinde uygulanacak tedbirlerin delilleriyle birlikte açıklanması gerektiğini belirtmektedir, AŞ. s. 249; Aynı şekilde **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 627; **Kuru**, İcra ve İflâs, III, s. 2809; **Pekcanıtez**, s. 50, 53.

58 Bkz., **Koeferli**, s. 162.

59 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.21; **Giroud**, s. 111; **Herold**, s. 146; **Koeferli**, s. 161; **Lanz**, s. 163; **Schech**, s. 17;

60 İBK., m. 725a'da yıllık bilanço esaslarına uygun olarak hazırlanmış bir ara bilançonun borca batıklık göstermemesi durumunda mahkemeye bildirim yükümlülüğünün bile ortadan kalktığı düşünülürse bu bilançolara ne kadar büyük önem verildiği anlaşılır.

61 Karş., **Pekcanıtez**, s. 53, **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 21.

62 Bkz., **Arkan**, Ticari İşletme, s. 306.

63 Bkz., **Dubach**, s. 150, dipn. 10, s. 156.

4- Alacaklıların Durumunun İflâsın Derhal Açılmasına Oranla Daha Kötü Bir Duruma Sokulmaması

Baskın görüş, herşeyden önce erteleme yüzünden alacaklıların haklarına kavuşma derecesinin -borca batıklık bildirimi üzerine- iflâsın derhal açılmasına oranla daha kötü bir duruma girip girmediği konusunda inceleme yapılması gerektiği kanısındadır.[64] Kanımızca öğretide eskiden beri önemine işaret edilen bu şart erteleme süresi içinde malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler alınırken titizlikle gözönünde bulundurulmak zorunda ise de, erteleme kararı verilmesi sırasında „mali durumun iyileştirilmesi imkânı" şartından ayrı düşünülemez. İflâsın derhal açılmasına karar verilseydi ortaklık esasen borca batık durumda olduğundan alacaklılar haklarını tam olarak alamayacaklardı. Erteleme kararı verilmekle alacaklılar bu kısmi tatminden dahi erteleme süresi boyunca yoksun kalmaktadırlar. Dolayısıyla alacaklıların erteleme yüzünden bir zarara uğramadıklarının kabulü için haklarına sadece borca batıklık bildirimi anındaki düzeyde kavuşmaları yeterli değildir. En azından gecikmeden doğan zararlarının karşılanması gerekir ki iflâsın derhal açılmasına oranla bir zarara uğramadıkları söylenebilsin. Bu da mali durumun iyileştirilmesiyle mümkün olabilir. O halde yargıcın sadece mali durumun iyileştirilmesi imkânı yönünden bir inceleme yapması yeterlidir.[65] Öte yandan öğretideki baskın görüşün erteleme kararı verilmesinde alacaklıların çıkarlarının korunması bakımından önerdiği ölçü, çok sayıda belirsiz unsur içerdiğinden kolayca uygulanamayacak niteliktedir.[66] Gerçekten, önce borca batıklık bildirimi yapıldığı sırada alacaklıların ne oranda haklarına kavuşabilecekleri tespit edilecek, ardından erteleme sonunda mali durumun iyileştirilememesi ihtimali gözönüne alınarak alacaklıların ne ölçüde bir kayba uğrayabilecekleri belirlenmeye çalışılacaktır.[67] Bütün bu değerlendirmeler subjektif olacak ve doğruluğu tam olarak bilinemeyecektir.[68] Oysa bu ölçü bir yana bırakılıp mali

---

[64] Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 18, 22; **Dubach**, s. 151, 156; **Funk**, OR. Art., 725, N.4; **Fritzsche/Bohner**, s. 101; **Giroud**, s. 122 vd; **Herold**, s. 148; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 473; **Jaeger/Daenker**, SchKG., 192, N. 2; **Koeferli**, s. 164; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 627; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809; **Lanz**, s. 160, 164; **Schech**, s. 30; **Üstündağ**, Düşünceler s. 20; **Schucany**, OR. Art., 725, N.5; **Schmid** bu hususa itirazda bulunmaktadır. Yazara göre, yaygın kanı borca batıklık bildirimiyle sadece alacaklıların çıkarlarının korunduğudur. Dolayısıyla iflâsın ertelenmesinde de birinci planda alacaklıların çıkarlarına yer verilmektedir. Oysa erteleme kararı en az alacaklılar kadar ortaklığın çıkarlarına da hizmet etmektedir. Böylece yazar alacaklıların çıkarının kesin ve belirleyici ölçü olarak alınmasını kabul etmemektedir, s. 49.

[65] Benzer görüş için Bkz., **Pekcanıtez**, yazar "mali durumun iyileştirilmesi imkânının varlığı" şartıyla iflâsın derhal açılması halinde alacaklılar açısından doğucak zararın önlenmek istendiğini belirtmektedir, s. 48-49. ayrıca Bkz. s. 52.

[66] Aynı yönde **Dubach**, s. 156. **Schmid**, s. 49.

[67] **Dubach**, bu güçlüğü gördüğü için sayısal (*quantitativ*) değil, niteliksel (*qualitativ*) bir değerlendirmeyi önermektedir. Buna göre, ekonomik açıdan iflâsın derhal açılmasıyla ertelenmesinin alacaklılar açısından ifade ettiği değer ortaya konulmalıdır, Bkz., **Dubach**, s. 156-157.Ancak yazar, bu değerlendirmeleriyle **Schmid**'in görüşlerine yaklaşmaktadır. Çünkü böyle bir yaklaşım, sonucu bakımından sadece mali durumun iyileştirilmesi imkânının gerçekçi bir şekilde takdir edilmesinin yeterli görülmesinden farklı değildir.

[68] Bu yöndeki eleştiriler için ayrıca Bkz., **Schmid**, s. 49.

durumun iyileştirilmesi imkânı belgelere dayalı vakıalarla somut olarak ortaya konursa artık tek tek ortaklıkla ilgili çevrelerin çıkarları yönünden bir inceleme yapmaya gerek kalmayacaktır.[69] Tabii ki bu arada özellikle alacaklıların muhtemel bir zararını önlemek için gerekli malvarlığını koruma tedbirleri de alınacaktır.

Bu açıklamalarımız ışığında yargıcın erteleme kararı verirken alacaklıların çıkarlarının korunması açısından şu iki husus üzerinde önemle durması gerektiği sonucuna varılmalıdır: 1) Mali durumun iyileştirilmesi imkânının bütün olasılıklar gözönünde bulundurularak takdiri; 2(Alacaklıların korunması için en etkili malvarlığını koruma tedbirlerinin alınması (Bkz., TTK., m. 324,II, c. 5-6).

Bunun dışında, alacaklıların çıkarlarının korunması bahane edilerek erteleme kararı verilmesinden kaçınılacak olursa iflâsın ertelenmesi kurumu işlemez hale gelebilir. Yargıcın erteleme kararıyla birlikte, diğer bütün çıkar grupları gibi[70] alacaklılar da riziko altına girerler. Başlangıçtaki tahmine rağmen mali durumun daha da kötüleşmesi, böylece alacaklıların daha fazla zarara uğramaları mümkündür.

Ayrıca, erteleme kararı verilmesi için alacaklıların hukuki durumunun daha iyi bir düzeye getirilmesi şartı hiçbir şekilde aranmamıştır. Öğretideki baskın görüş sadece alacaklıların durumunun daha da kötüleştirilmemesi şartını aramaktadır.[71]

B- BİÇİMSEL ŞARTLAR

1- İstem Şartı

a) Genel Olarak

Erteleme kararı verilebilmesi için ya yönetim kurulu, ya da alacaklılardan biri tarafından istemde bulunulması gerekir. Yargıç kendiliğinden iflâsın ertelenmesine karar veremez.[72] Bununla birlikte yargıç duruşma yapılmasına karar vermişse, duruşma sırasında yönetim kuruluna böyle bir imkânın varlığını hatırlatabilir.[73]

---

69 Bu yönde **Schmid**, s. 49; Bu görüşün eleştirisi için Bkz., **Koeferli**, s. 155; Yazar kanımızca bu görüşü alacaklıların çıkarının hiç bir şekilde gözetilmemesi şeklinde anlamaktadır. Oysa iyileştirme imkânının doğru biçimde takdiri alacaklıların çıkarlarının korunması bakımından yeteli güvenceyi sağlamaktadır. Biz sadece belirsiz ve erteleme kurumunu işlemez hale getirebilecek ölçülerin uygulanmasına karşı çıkmaktayız.Nitekim *Koeferli* dahil diğer yazarlar da önerdikleri ölçüyü bir yana bırakıp, mali durumu iyileştirme imkânı bakımından objektif ölçüler getirmektedirler. „Mali Durumun İyileştirilmesi İmkânı" başlığı altındaki dipnotlara bakınız.

70 Nitekim Zürich Kantonu Yüksel Mahkemesi teredütlü durumlarda işçilerin işyerlerinin korunmasındaki çıkarlarının da dikkate alınacağını belirtmiştir, Karar için Bkz., SJZ., 1997, s. 290.

71 Bkz., **Dubach**, s. 151, 156, dipn. 60.

72 Bkz., **Böckli**, yazar bu istemi anonim ortaklıklar hukukuna özgü bir „Moratoryum" olarak nitelendirmektedir, s. 017;**Bürgi**, OR. Art., 725, N. 19; **Dubach**, s. 153; **Eriş**, AŞ., s. 249; **Franko**, s. 426; **Giroud**, s. 108; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 472; **Koeferli**, s. 161; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 626; **Lanz**, s. 161; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16; **Öğütçü/Çitoğlu**, s. 820;**Pekcanıtez**, s. 49; **Schech**, 12; **Üstündağ**, Düşünceler s. 18.

73 Bkz., **Lanz**, s. 161.

Yukarıda iflâs kararı verilmesi üzerinde dururken belirttiğimiz gibi hukukumuzda savunulan bir görüşe göre, mahkeme erteleme istemi bulunmasa bile iflâsın açılmasına gerek olup olmadığını kendiliğinden (res'en) inceleyebilir.[74] Mahkemenin ortaklığın devamında çıkarı olan diğer kişileri gözönüne alarak bu konuda bir karar vermesi gerektiği, bu arada yerine göre kendiliğinden iflâsın ertelenmesine karar verebileceği belirtilmektedir [75] Kanımızca bu görüş 324. maddenin 2. fıkrasına (c.5) açıkça aykırıdır. Yürürlükteki düzenlemeye göre, mahkeme iflâsın açılmasına değil, istemde bulunulmuşsa ertelenmesine gerek olup olmadığını inceleyebilir. Bu görüş belki olması gereken hukuk açısından savunulabilir. İsviçre öğretisinde olması gereken hukuk bakımından dahi böyle bir görüş savunulmadığı gibi 1991 değişiklikleri sırasında alacaklıların çıkarının korunması öncelikli amaç olarak gözönüne alınmıştır.[76]

Az önce incelediğimiz mali durumun iyileştirilmesi imkânını kanıtlayan belgelerin yanısıra erteleme istemine borca batıklığı tespit bilançosunun da eklenmesi gerektiği açıktır.[77] Bilançonun konkordato başvurusuna kıyasen (İİK., m. 285, İsv.İİk., m. 293) ibrazı gerektiği belirtilmekte ise de[78] esasen borca batıklık bildirimi bunu zorunlu kıldığından ve erteleme kararı verilmesi ortaklığın borca batıklığının bir bilançodan anlaşılması şartına bağlı olduğundan böyle bir kıyasa ihtiyaç yoktur.

Borca batıklık bildirimi gibi, iflâsın ertelenmesi istemi de ilân edilmez.[79]

b) İstemde Bulunma Süresi

324. maddenin 2. fıkrasında erteleme isteminin ne zamana kadar yapılabileceği konusunda bir açıklık yoktur. Mahkeme borca batıklık bildirimi üzerine basit yargılama usulü uygulayacağından ve yargılama çekişmesiz yargı kapsamına girdiğinden erteleme talebinin ilk duruşma sırasında veya daha sonra yapılması mümkündür.[80] Yukarıda belirttiğimiz gibi, yargıç gerektiğinde duruşma yapmaya yetkilidir. Duruşma yapılmıyorsa tahkikatın sonuna kadar erteleme istenebilir.[81]

Ayrıca kanımızca yönetim kurulu başlangıçta borca batıklık bildirimiyle birlikte iflâsın açılmasını istemiş olsa bile sonradan şartların değişmesi, mali durumun iyileştirilmesi umudunun doğması üzerine iflâs başvurusunu geri alarak erteleme isteminde bulunabilir. Çünkü burada bir çekişmesiz yargı işi söz konusu olduğundan davanın değiştirilmesi (veya genişletilmesi) yasağı (HUMK., m. 187) uygulanmaz.[82] Davanın değiştirilmesi yasağına tâbi olmayan bir başka durum da yargıcın talepten

---

74 Bkz., yuk. § 12, III.

75 Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 548.

76 Bkz., **Koeferli**, s. 156.

77 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 21; **Herold**, s. 146; **Giroud**, s. 111; **Koeferli**, s. 162; **Lanz**, s. 163.

78 Bkz., **Bürgi**, yazar bilançonun ibrazı bakımından konkordatoya ilişkin İsv.İİK.'nun 293. maddesinin kıyasen uygulanmasından söz etmektedir, OR. Art. 725, N. 21.

79 Bkz., **Koeferli**, s. 161; **Schmid**, s. 48.

80 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 16; **Eriş**, AŞ., s. 250.

81 Bkz., **Atalay**, s. 110; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 16; **Giroud**, s. 110; **Lanz**, s. 147; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 18-19.

82 Bkz., **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 153,158,159 vd.; **Kuru**, Usul, C.II, s. 1193.

başka bir şeye karar verebilmesidir.[83] Ortaklık iflâs isterken bir alacaklı erteleme talep ettiği takdirde, mahkeme ertelemeye karar verebileceğine göre burada davanın değiştirilmesi yasağının geçerli olmadığı açıktır.[84] Yukarıda borca batıklık bildiriminin geri alınamayacağını belirtmiştik. Burada geri alınan borca batıklık bildirimi değil, iflâs istemi olduğundan görüşümüz sözü edilen kurala da aykırı düşmemektedir.

İsviçre öğretisinde savunulan bir görüşe göre, mahkeme iflâsın açılmasına karar verilmiş olsa dahi sonradan erteleme isteminde bulunulursa yargıç önce iflâsın kaldırılmasına, daha sonra da iflâsın ertelenmesine karar vermeye yetkilidir.[85]

2- Borca Batıklık Bildiriminde Bulunulması

Fakat, iflâsın ertelenmesine karar verilebilmesi için herşeyden önce yönetim kurulu tarafından borca batıklık bildiriminde bulunulmalıdır.[86] Borca batıklık bildirimi iflâsın açılması veya ertelenmesi prosedürünü başlatan şekli şartlardan ilkidir.

Erteleme istemi, borca batıklık bildirimi ile birlikte yapılabilir.[87] Normal olarak yönetim kurulu borca batıklığı mahkemeye bildirir ve iflâsın ertelenmesini ister. Fakat, borca batık haldeki bir ortaklığın alacaklısı tarafından İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi gereğince iflâs isteminde bulunulabileceği gibi, iflâs takibi sonunda veya doğrudan doğruya (İİK., m. 177) iflâs davası açılması da mümkündür. Acaba yönetim kurulu bu hallerde dahi iflâsın ertelenmesini istemeye yetkili midir?

Ortaklık borca batık değilse alacaklı tarafından açılan bir iflâs davasında erteleme isteminde bulunulamayacağı tartışmasızdır.[88] Asıl sorun ortaklık borca batık halde iken alacaklının herhangi bir nedenle iflâs davası açması durumunda iflâsın ertelenmesinin istenip istenemeyeceği noktasında düğümlenmektedir.

Konu öğretide ve yargı kararlarında tartışmalıdır. İsviçre öğretisindeki eski görüşe göre, böyle bir durumda yönetim kurulu iflâsın ertelenmesini isteyemez.[89] Giderek yaygınlaşan diğer bir görüşe göre ise[90] yönetim kurulu alacaklı tarafından herhangi bir nedenle iflâs davası açılması halinde dahi borca batıklığı bildirerek mah-

---

83 Yargıcın talepten başka bir şeye karar verebileceği yasada öngörülmüşse davayı genişletme yasağı uygulanmaz. Bkz. **Kuru**, Usul, C.II, s. 1192.

84 **Üstündağ** da, alacaklı tarafından iflâs isteminde bulunulduğu zaman borçlunun yargılamanın her aşamasında erteleme isteminde bulunabileceğini, bunun savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadığını belirtmektedir, Düşünceler, s. 19;

85 Bkz., **Böckli**, s. 917;

86 Bkz., **Dubach**, s. 153; **Fritzsche/Bohner**, s.102, dipn.65'in devamı; **Giroud**, s. 110; **Herold** s. 146; **Koeferli**, s. 161; **Schech**, s. 16; **Schmid**, s. 42, 47; **BGE**.,99 Ia 16.

87 Bkz., Bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

88 Bkz., yuk., dipn.21,22; Bu durumda mali durumun iyileştirilmesi tedbiri olarak geriye sadece iflâs içi konkordato kalmaktadır, Bkz., **Fritzsche/Bohner**, s.102, dipn.65'in devamı;

89 Bkz., **Jaeger/Daenker**, SchKG, 192, N.2; **Schech**, s. 18; **Schucany**, OR. Art. 725, N. 5. Aynı yönde Zürich İstinaf Mahkemesi Kararı, SJZ., 29, 1932-33, s. 250; **Bürgi** bu konuda bir yorum yapmamaktadır, OR. Art. 725, N. 20.

90 Bkz., **Baumann**, s. 127; **Ftitzsche/Bohner**, s. 101, dipn. 65; **Dubach**, s. 153; **Giroud**, s. 124 vd; **Gentinetta**, s. 47; **Herold**, s. 146; **Schmid**, s. 50 vd; Bkz., Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi'nin kararı, SJZ, 18, 1921-22, s. 73; Aynı yönde Luzern Kantonu Yüksek Mahkemesi Kararı, ZBJV., 1967, s. 200.

kemeden iflâsın ertelenmesini isteyebilir. Başka bir deyişle mahkeme bu durumda mutlaka iflâsın açılmasına karar vermek zorunda değildir. İflâsın ertelenmesine de karar verebilir. Çünkü yönetim kurulu yükümlülüğünü yerine getirerek borca batıklığı mahkemeye bildirdiği zaman onun erteleme istemi öncelikle ele alınmalı, tek başına iflâsın açılmasına isteyen münferit alacaklının çıkarı bir yana bırakılmalıdır.

Hukukumuzda genellikle alacaklılar tarafından açılan iflâs davasında iflâsın ertelenmesinin istenebileceği belirtilmektedir.[91]

Kanımızca da ister borca batıklık bildirimi alacaklının iflâs davasından önce, ister daha sonra yapılsın, yönetim kurulu iflâsın ertelenmesini talep edebilir. Hatta yönetim kurulu alacaklının açtığı iflâs davasında dahi borca batıklık bildiriminde bulunarak iflâsın ertelenmesini isteyebilmelidir.[92] Bütün bu hallerde 324. madde özel hüküm niteliği taşıdığı için öncelikle uygulanmalıdır.[93] Ayrıca bu durumda alacaklıların bütününün çıkarının ön plana geçtiği, sadece iflâs isteyen alacaklının çıkarının gözönüne alınamayacağı kabul edilmelidir.[94] 324. madde emredici bir hükümdür ve alacaklıların bütününün çıkarını korumaktadır. Eğer bir alacaklının iflâs davası nedeniyle borca batıklığın (ve dolayısıyla erteleme isteminin) hiçbir şekilde nazara alınmayacağı kabul edilirse bu hükmün emredici niteliğine aykırı düşer. Alacaklı iflâs istemini geri alabildiği halde[95] borçlunun borca batıklık bildirimini geri alması mümkün değildir. Çünkü borca batıklık bildirimi yasal bir yükümlülüğe dayanmaktadır.[96]

Sonuçta 324. maddede öngörülen iflâs nedeni diğer iflâs nedenlerinin önüne geçer. O halde, 324. madde gereğince yapılan borca batıklık bildirimi ve iflâsın ertelenmesi istemi mahkemece öncelikle ele alınır. Erteleme istemi mahkemece reddedildiği takdirde, alacaklının iflâs istemi nedeniyle değil, 324. madde gereğince iflâsın açılmasına karar verilir.[97] Bu durumda alacaklının açmış olduğu iflâs davası konusuz kalır.[98]Yukarıda belirttiğimiz gibi borca batıklık dolayısıyla iflâs kararının sonuçları, başka bir nedenle iflâs kararı verilmesinden farklı değildir.[99] Bu nedenle savunduğumuz görüşün iflâs isteyen alacaklının çıkarına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.[100]

---

91 Bkz., **Atalay**, s. 107; **Eriş**, Anonim Şirketler, s. 250; **Franko**, s. 427; **Pekcanıtez**, s. 51 vd.; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 18,19.

92 Bkz., **Pekcanıtez**, s. 51; **Üstündağ**, Düşünceler yazarın belirttiği gibi, yönetim kurulu yargılamanın her aşamasında iflâsın ertelenmesini isteyebilir ve bu savunmanın genişletilmesi yasağına girmez. Çünkü yönetim kurulu bütün alacaklıların çıkarına olarak erteleme isteminde bulunmaktadır, s. 18,19.

93 Bkz. **Pekcanıtez**, s. 51; İBK. m. 725 bakımından aynı yönde **Dubach**, s. 153; **Koeferli**, s. 178.

94 Bkz. **Dubach**, s. 153; **Giroud**, s. 125; **Koeferli**, s. 177; **Pekcanıtez**, s. 52; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 18.

95 Bu konuda Bkz., **Berkin**, iflâs, s. 133 vd. Fakat iflâs kararı verilmesinden sonra iflâs davasından feragat mümkün değildir, Bkz., İİK., m. 167,II.

96 Bkz., yuk. § 11, II.

97 Bkz., **Dubach**, s. 153; **Giroud**, s. 124 vd; **Koeferli**, s. 177; **Pekcanıtez**, s. 51.

98 Bkz., **Dubach**, s. 153; **Koeferli**, s. 178; **Schmid**, s. Ayrıca Bkz., aşa. § 13, IV, B, V, A, IX.

99 Bkz., yuk. § 12, III.

100 Bkz., **Dubach**, s. 153; **Giroud**, s. 125, dipn. 140; **Koeferli**, s. 177; **Pekcanıtez**, s. 51; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 18; yuk. dipn. 89'da anılan Bern İstinaf Mahkemesi Kararı.

3- Masrafların Peşin Ödenmesi

Borca batıklık bildiriminin aksine[101] erteleme kararı verilmesi kural olarak bunun için gerekli masrafların önceden yatırılmasına bağlıdır (İİK., m. 181 yollamasıyla m. 160.II).[102] Eğer zorunlu masraflar karşılanmaz, özellikle kayyım atanması için gereken para yatırılmazsa yargıç erteleme kararı vermekten kaçınacaktır. Önceden ödenen para yeterli gelmezse mahkemece ilave masraf avansı ödenmesine de karar verilebilir.[103] Erteleme kararı verildikten sonra yeniden masraf avansı ödenmesi gerektiği halde bu ödeme yapılmazsa mahkeme bu kez erteleme kararını kaldıracaktır.[104]

Masraf avansı alınmamışsa sonradan ortaklığın iflâsı durumunda başta kayyımın ücreti olmak üzere yapılan giderlerin iflâs masasından öncelikle karşılanması gerekir (Bkz., İİK., m. 248).[105]

III- ERTELEME İSTEMİNDE BULUNABİLECEKLER

A- YÖNETİM KURULU

324. maddede yönetim kurulu ve alacaklıların erteleme isteminde bulunabilecekleri öngörülmüşse de (f.2, c. 5), normal olarak çoğu halde bu yetki yönetim kurulu tarafından kullanılacaktır.[106] Yönetim kurulu alacaklının iflâs istemi üzerine de (İİK. m. 179) erteleme talebinde bulunabilir.

Yönetim kurulunun kurul olarak iflâsın ertelenmesi isteminde bulunması, daha doğru bir deyişle bu konuda bir yönetim kurulu kararı alınması gerekir. Bu karar toplantıya katılanların oy çokluğu ile alınır (TTK. m. 330.I,c.1,2).[107] Borca batıklık bildirimine kıyasen tek tek yönetim kurulu üyeleri iflâsın ertelenmesi istemiyle mahkemeye başvuramazlar.[108]

Ortaklığın diğer organlarının erteleme isteminde bulunmaları mümkün olmadığı gibi, pay sahiplerine de böyle bir yetki tanınmamıştır.[109] Ancak genel kurulun if-

---

101 Bkz., yuk. § 12, II, E.

102 Bkz.,., **Atalay**, s. 111; **Franko**, s. 427; **Pekcanıtez**, s. 49. Ayrıca Bkz.; **Dubach**, s. 154;**Giroud** s.111 N 8; **Koeferli**, s. 163; **Lanz**, s. 164; **Schech** s.18 vd; Bkz., İsv.İİK., m. 192,194.

103 Bkz., **Dubach**, s. 154; **Giroud**, s. 111; **Koeferli**, s. 163; **Lanz**, s. 164; **Schech**, s. 19.

104 Bkz., bir önceki iki dipnotta anılan kaynaklar.

105 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 32; **Dubach**, s. 158; **Giroud**, s. 132; **Koeferli**, s. 172; **Schech**, s. 90; **Schmid**, s. 54.Bkz., İsv.İİK., m. 262.

106 Bkz., **Dubach**, s. 153.

107 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 716, N. 23, OR. Art., 725, N. 20; **Dubach**, s. 153; **Funk**, OR. Art., 725, N.4; **Giroud**, s. 108,109; **Koeferli**, s. 161; **Lanz**, s.161; **Pekcanıtez**, s.50 ve dipn.48; von **Steiger**, Orijinal, s. 238; **Üstündağ**, Düşünceler s. 18;

108 Bkz., bir önceki dipnotta anılan kaynaklar.

109 Bkz., **Pekcanıtez**, s. 50; **Üstündağ**, Düşünceler s. 18; İsviçre Hukukunda aynı görüş için Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 19; **Böckli**, s. 917; **Giroud**, s. 108; **Lanz**, s. 161; von **Steiger**, Orijinal, s. 331; **Domaniç**, AŞ., yazar 324. maddedeki açık ifadeyi (f.2, c.5) gözardı ederek pay sahiplerinin de iflâsın ertelenmesi isteminde bulunabileceklerini öne sürmektedir, s. 548; **Franko**'ya göre ise pay sahipleri bor-

lâsın ertelenmesi yönünde başvuruda bulunulmasına ilişkin kararı yönetim kurulunu bağlar (TTK., m. 379).

Acaba iflâsın ertelenmesi isteminde bulunmayan yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilir mi? Bir görüşe göre, iyileştirme imkânsız görünmedikçe erteleme isteminde bulunulmaması yönetim kurulu üyelerinin (özellikle pay sahiplerine karşı) sorumluluğuna yol açabilir.[110] Çünkü ortaklığa verilen bir imkânı gerekli özeni göstermeksizin tüketen yönetim kurulu üyeleri pay sahiplerine zarar verebilirler. Bu nedenle bir sorumluluk davasıyla karşı karşıya kalabilirler.

Bize daha doğru görünen diğer bir görüşe göre ise,[111] burada sadece ortaklığın iyiliği için yönetim kuruluna bir „hak" verilmiştir. Yoksa yönetim kurulu erteleme isteminde bulunmakla yükümlü değildir.[112] Bu nedenle ertelemenin istenmemesi halinde bir yasaya aykırılıktan söz etmek hükmün amacını aşar. Ayrıca alacaklılar yönetim kurulu tarafından erteleme isteminde bulunulmadığını öne sürerek sorumluluk davası açamazlar.[113] Çünkü yasa bizzat alacaklılara erteleme isteminde bulunmak hakkını tanımıştır. İflâsın ertelenmesi isteminde bulunulmaması yüzünden pay sahiplerinin de doğrudan doğruya bir zarara uğramaları söz konusu değildir.[114] Hatta dolaylı zararlarından dahi söz edilemez. Çünkü, borca batıklık halinde ortaklığın net malvarlığı tamamen kaybedilmiş durumdadır ve payda vücut bulan tasfiye alacağı esasen kalmamıştır. Gerçi erteleme isteminde bulunulsaydı belki mali durum iyileştirilebilirdi. Ancak bu nedenle bir zararın mevcut olup olmadığını veya zarar miktarını kesin olarak belirlemek mümkün görünmemektedir.[115] Muhtemel bir zararla ihmal eylemi arasında nedensellik bağı da neredeyse imkânsızdır. Mahkemenin erteleme istemini kabul edip etmeyeceği de belli değildir. Çoğu faktör yönetim kurulunun etki alanı dışında gerçekleşmektedir. Bütün bu gerekçelerle pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açamayacakları söylenebilir.

B- ALACAKLILAR

Alacaklılar aslında borca batıklık nedeniyle iflâsı isteme yetkileri dolayısıyla korunmaktadırlar (İİK. m. 179). Fakat alacaklılardan bir kısmı veya tamamı haklarının daha yüksek oranda karşılanabilmesi için ortaklığın varlığının devam ettirilmesinde yarar görebilirler.[116] Özellikle ortaklıkla sürekli ilişki halinde bulunan alacak-

---

ca batıklık bildiriminde bulunmaya yetkili olduklarından ve burada kamu düzeni önem taşıdığından pay sahipleri aynı şekilde iflâsın ertelenmesini isteyebilmelidirler, s. 421,422. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Çünkü yazarın iddia ettiğinin aksine pay sahiplerinin esasen borca batıklığı mahkemeye bildirme yetkileri yoktur. Ayrıca kamu düzeninin gerekleri yasanın açıkça tanımadığı bir yetki bahşetmez.

110 Bkz., **Giroud**, s. 109.

111 Bkz., **Lanz**, s. 161 vd.; **Atalay**, s. 109 vd..

112 **Giroud**'da bunu kabul etmektedir, s. 109.

113 Bkz., **Lanz**, s. 161.

114 Bkz., **Lanz**, s. 162.

115 Bkz., **Lanz**, s. 162; **Atalay**, s. 110.

116 Bkz. **Giroud**, s. 109; **Lanz**, s. 162.

lılar bu yola gidebilirler.[117] İşte yasakoyucu bu düşüncelerle[118] hiç bir ayırım yapmaksızın alacaklılardan her birinin (tek başına veya birlikte) iflâsın ertelenmesini isteyebileceklerini öngörmüştür (TTK., m. 324.II, c. 5).[119] Örneğin ortaklıkta çalışan işçiler ve vergi alacağı dolayısıyla hazine de bir anonim ortaklığın iflâsının ertelenmesi için başvuruda bulunabilir.[120] Tahvil sahipleri de ortaklığa karşı alacaklı sıfatına sahip olduklarından iflâsın ertelenmesini isteyebilirler.[121]

Öğretideki eski görüşün aksine, yasada bir ayırım yapılmadığından hakları bir rehinle veya başka bir yolla güvence altına alınan alacaklıların da iflâsın ertelenmesini isteme yetkisine sahip oldukları kabul edilmelidir.[122] Çünkü yasakoyucu alacaklılara böyle bir hak tanırken onların uzun vadeli çıkarlarını, ortaklığın devamındaki çıkarlarını da gözönünde bulundurmuştur.[123] Buna karşılık intifa senedi sahipleri salt bu nedenle alacaklı sıfatını taşımadıklarından iflâsın ertelenmesini isteyemezler.[124]

Yönetim kurulu tarafından borca batıklık bildiriminde bulunulmaması nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca borca batıklığı bildirip iflâs başvurusunda bulunmak zorunda kalan alacaklının da, ortaklığın bazı koruma tedbirleri altında mali durumunun iyileştirilebileceği inancında ise iflâsın ertelenmesini isteyebileceği kanısındayız.[125] Gerçekten 179. madde alacaklıları mutlaka iflâs başvurusu yapmaya zorlamamaktadır. Vardığımız sonuç 324. maddeye de uygundur.

Bununla birlikte alacaklılar tarafından erteleme isteminde bulunulması çeşitli açılardan güçlük göstermektedir:

Yukarıda belirttiğimiz gibi, borca batıklık bildirimi mahkemece ilân edilmediğinden[126] iflâsın ertelenmesini isteyen alacaklıların daha önce ortaklığın yönetim kurulu tarafından mahkemeye borca batıklık bildirimi yapıldığını kendiliklerinden, bir vesileyle öğrenmeleri gerekmektedir.[127] Fakat hukukumuzda -İsviçre hukukundan farklı olarak- alacaklıların bizzat borca batıklığı bildirip erteleme isteminde bulunabilmeleri bu güçlüğü bir ölçüde hafifletmektedir.[128] Ne var ki, alacaklılar ödemelerin

---

117 Bkz., yuk. § 9, § 13, I, B.

118 Hatta 1881 tarihli eski İBK.'nda iflâsın ertelenmesini isteme yetkisi sadece alacaklılara tanınmıştı, Bkz., yuk. s. § 5, II, B.

119 Bkz., **Bürgi**, OR.Art.725, N. 20; **Dubach**, s. 153; **Giroud**, s. 109; **Lanz**, s. 162; **Schech**, s. 12; **Franko** 324. maddede açıkça alacaklılara iflâsın ertelenmesini isteme yetkisi tanındığını dikkate almadan İİK.'nun 179. maddesinde alacaklılara borca batıklığı mahkemeye bildirme yetkisi verildiğini, bunun mantıklı sonucu olarak alacaklıların iflâsın ertelenmesini de isteyebileceklerini belirtmektedir, s. 423.

120 Bkz., **Böckli**, s. 917; **Dubach**, s. 153, dipn. 35; **Lanz**, s. 161.

121 Bkz., **Franko**, s. 422; **Giroud**, s. 110.

122 Bkz., **Dubach**, s.153, dipn. 35; **Lanz**, s. 162; Karşı görüş için Bkz., **Bitrgi** OR 725 N 17; **Schech**, s. 84; **Schucany** OR 725 N 4

123 Karş., **Dubach**, yazar, teminatı (rehin hakkı) itiraza uğrayabilecek olan bir alacaklının erteleme isteminde bulunmakta yararı olabileceğini, buna karşılık rehin hakkını yeterince belgeleyen bir alacaklının hemen hemen hiç erteleme isteminde bulunmayacağını belirtmektedir, s. 153, dipn. 35.

124 Bkz., **Franko**, s. 432; **Giroud**, s. 108, dipn.29.

125 Bu görüş için Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 249.

126 Bkz., yuk. § 11, III, B; § 12, II, D.

127 Bkz., **Lanz**, s. 148.

128 Nitekim İsviçre'de alacaklıların böyle bir şansı olmadığı için, alacaklılar tarafından iflâsın ertelenmesinin istenmesi, ancak yönetim kurulunun önceden borca batıklık bildiriminde bulunması halinde müm-

tatiliyle birlikte kendini göstermedikçe borca batıklığı dahi teşhis etmekte zorluk çekeceklerdir.[129]

Öte yandan bir alacaklının erteleme istemi yönetim kurulu tarafından destek bulmuyorsa mali durumun iyileştirilmesi imkânının ortaya konulması ve yargıcın bu konuda ikna edilmesi kolay olmayacaktır.[130] Çünkü ortaklığın mali durumu ve bunun iyileştirilme imkânı hakkında en iyi bilgiye sahip olan normal olarak yönetim kuruludur.[131] Kötüniyetle borca batıklığı bildiren ve iflâsın açılmasını isteyen yönetim kurulu örneğin alacaklı bir işçi tarafından yapılan böyle bir başvuruyu desteklemezse erteleme için gerekli şartların ispatı güç olacaktır.

Bütün bu nedenlerle iflâsın ertelenmesinin alacaklılar tarafından istendiği çok nadir görülmekte,[132] bazen alacaklıların tümü iflâsın ertelenmesine razı olmalarına rağmen, bu konuda yönetim kurulu tarafından bir başvuru yapılmasını beklemektedirler.[133] Bu durumda yargıcın katkısıyla iflâsın ertelenmesi sağlanabilir: Eğer yargıç, yönetim kurulunca ertelenme isteminde bulunulmamasına rağmen ortaklığın mali durumunun iyileştirilebileceği kanısına varmışsa, alacaklılara çağrıda bulunabilir ve onlara iflâsın ertelenmesini isteme hakkına sahip olduklarını hatırlatabilir.[134] Kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığına göre, yargıç, ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığını tespit için atadığı bilirkişilerden mali durumun iyileştirilmesi ihtimalini araştırmalarını da isteyebilir.

IV - YARGILAMA USULÜ VE ERTELEME KARARI

A- YARGILAMA USULÜ

Yargılama usulü, kural olarak borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılama usulü ile aynıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 181. maddesi yollamasıyla adi iflâs yolunda yargılama usulü hakkındaki hükümler uygulanır.[135] Buna göre, yargıcı erteleme kararı vermeden önce duruşma yapmaya ve erteleme istemini ya da yapılacak bir duruşmayı alacaklıların bilgisine sunmaya zorlayan herhangi bir hüküm yoktur.[136] Yukarıda belirttiğimiz gibi, erteleme istemi esasen ilân edilmemektedir. Erteleme istemi bu noktada konkordato usulünden ayrılmaktadır. Gerçekten, konkordato

---

kündür. Bunun da çok ender rastlanabilecek bir olay olduğu belirtilmektedir, Bkz., **Giroud**, s. 70; **Schmid**, s. 43, dipn. 64, 47.

129 Bkz., yuk. § 11, V.

130 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 20; **Dubach**, s. 153.

131 Bkz., **Schmid**, s. 47.

132 Bkz., **Dubach**, s. 153.

133 1936 yılında İBK.'nda değişiklikyapılırken bu gerekçelerle alacaklılar yanında yönetim kuruluna da erteleme isteminde bulunma yetkisi verildiği belirtilmektedir, Bkz., **Schmid**, s. 47.

134 Bkz., **Dubach**, s. 153.

135 Bkz., yuk. § 12, II.

136 Bkz., **Baumann**, s. 107; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 16; **Giroud**, s. 101; **Koeferli**, s. 161, 165-166; **Schmid**, s. 48.

istemi ilân edildiği gibi, alacaklılar bu istemin ilânından itibaren 10 gün içinde tetkik merciine konkordato süresi verilmesini gerektiren bir hal bulunmadığı gerekçesiyle itirazda bulunarak istemin reddini sağlayabilirler (İİK., m. 287.I). Ayrıca alacaklılara konkordato süresi verilmesi hakkındaki kararın ilânından itibaren yedi gün içinde itirazda bulunma imkânı tanınmıştır (Bkz., İİK., m. 288.II).

Bununla birlikte erteleme istemi varsa duruşma yapılması ve alacaklıların dinlenmesi, salt borca batıklık bildirimine oranla daha fazla önem kazanır. Yargıcın çoğu kez duruşma yapması ve alacaklıları davet ederek dinlemesi zorunlu hale gelir.[137] Özellikle mali durumun iyileştirilmesi imkânı bakımından ancak bu yolla sağlıklı bir sonuca ulaşılabilir.

Acaba alacaklılar veya pay sahipleri iflâsın ertelenmesi istemi üzerine yapılan çekişmesiz yargıya müdahale edebilirler mi? Bir görüşü göre bu kişiler müdahale hakkına sahiptirler ve bu müdahale bir „asli müdahale"dir.[138] Yukarıda da belirttiğimiz gibi, borca batıklık bildirimi üzerine yapılan yargılama bir çekişmesiz yargı işi olduğundan bu yargılamaya fer'i müdahil olarak katılmak mümkün değildir.[139] Asli müdahaleye gelince: Alacaklının iflâs istemiyle bu yargılamaya asli müdahalede bulunabileceği görüşüne katılmaktayız. Çünkü burada borçlu ortaklık iflâsın ertelenmesi için başvuruda bulunurken, alacaklı İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca kendisine tanınan hakkı kullanarak iflâsın açılmasına karar verilmesini istemektedir. Mahkeme asli müdahale üzerine iflâsın açılması veya ertelenmesi yönünde karar verecektir.

Buna karşılık, kanımızca pay sahiplerinin bu yargılamaya asli müdahalede bulunmaları mümkün değildir. Pay sahiplerine bu sıfatları dolayısıyla iflâsın açılmasını veya ertelenmesini isteme yetkisi tanınmamıştır.

B- ERTELEME KARARI

İflâsın ertelenmesi kararı bir nihai karar olmayıp, ara kararıdır.[140] Yargıç erteleme kararı vermekle iflâsın açılması erteleme süresi boyunca geri bırakılmış olur. Ortaklık bu süre içinde mali durumunu iyileştirmeye yönelik tedbirleri alır. İflâsın açılıp açılmayacağı bakımından ortaklık bir bekleme dönemi içindedir.

Erteleme kararının ilânının gerekip gerekmediği konusunda yasada bir açıklık yoktur. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu'nun yeni 725a maddesinde erteleme kararının ancak üçüncü kişilerin çıkarları bakımından gerekli olduğu takdirde ilân edilebileceği öngörülmektedir (f.3). Hukukumuzda[141] ve 1991 değişikliğinden önceki İsviçre

---

137 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 16;**Koeferli**, s. 166, dipn. 113; Ayrıca Bkz., yuk. § 12, II, A ve B.

138 Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 250; Karş. **Schmid**, s. 60.

139 Bkz., yuk. § 12, II, D.

140 Bkz., **Franko**, s. 426; **Domaniç**, AŞ., s. 548.

141 Bkz., **Atalay**, s. 123 vd.; **Franko**, s. 427; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 632; **Üstündağ**, Düşünceler s. 20; **Y. 11. HD**. 1.10.1979 tarih ve 4108/4306 sayılı Kararı.Bu karara konu olayda yerel mahkeme erteleme kararını ilân etmiş, Yargıtay'da bu konuda sessiz kalmakla erteleme kararının ilân edilmesini yasaya uygun bulduğunu ortaya koymuştur, YKD. 1980/7, s. 103.

öğretisinde[142]ise konkordato usulüne (İİK., m. 287) kıyasen erteleme kararı ve süresinin mahkemece ilân edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aynı görüşe göre, gerçi iflâsın ertelenmesinin ilânı ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi amacının gerçekleştirilmesi bakımından zorluk yaratacak niteliktedir.[143] Ortaklığın aleniyet kazanan malvarlığı durumu özellikle bankaların kredi ilişkisini kesmelerine veya müteahhitlerin peşin ve nakdi ödeme talep etmelerine yol açabilir.[144] Ancak iflâsın ertelenmesinde dahi ilk planda gözönünde bulundurulacak olan başta alacaklılar olmak üzere kamunun çıkarlarıdır.[145] Alacaklıların ve üçüncü kişilerin ilişkiye girdikleri veya girecekleri ortaklığın mali durumunu bilmekteki çıkarları ortaklığın çıkarından önce gelir.[146] Özellikle mahkemece kayyım atanmışsa, kayyımın görev ve yetkilerine aleniyet kazandırmak bakımından erteleme kararının ilânı gerektiği belirtilmektedir.[147] Aslında İsviçre Hukukundaki düzenleme yargıca somut olayın şartlarına göre durumu değerlendirme ve gerektiğinde erteleme kararının ilânından vazgeçme yetkisi tanıdığı için pratik ihtiyaçlara uygundur. Nitekim yasada değişiklik yapılırken bu husus gözönünde bulundurulmuştur.[148] Yargıca belli ölçüde takdir yetkisi tanınmaktadır. Fakat kanımızca hukukumuzda da durum farklı değildir.[149] Bu konuda emredici bir yasa hükmü bulunmadığına göre, yargıç alacaklıların ve ortaklığın çıkarını dikkate alarak erteleme kararının ilânının gerekip gerekmediğine karar verecektir. Fakat, bizce de erteleme kararının ilânı kural, ilân edilmemesi istisnadır.[150] Özellikle ortaklık aleyhindeki icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına ve yeni takip yapılmamasına veya ortaklık organlarının yetkilerinin kısıtlanmasına karar verilmişse alacaklıların çıkarlarının korunması bakımından erteleme kararının ilânı uygun olur.[151]

Erteleme kararının temyiz edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, mahkemenin verdiği erteleme kararı nihai olmadığından temyiz edilemez. Bu karar bir tedbir kararı niteliğindedir[152] Oysa Yargıtay erteleme kararının alacaklılar tarafından temyiz edilebileceğine karar vermiştir.[153] Karara göre alacak-

---

142 Bkz., **Giroud**, s. 127;**Lanz**, s. 165; **BGE** 101 IIÎ 105 vd. Kararda ayrıca erteleme kararının ilânı yargıcın malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri çerçevesinde değerlendirilmektedir,Bkz., İsv.İİK., m. 296.

143 Bkz., Bir önceki iki dipnotta anılan kaynaklar,Ayrıca Bkz., **Dubach**, s. 159; **Fritzsche/Bohner**, s. 102.

144 Bkz., **Dubach**, s. 159, dipn. 81.

145 Bkz., **Franko**, s. 428; **Pekcanıtez**, s. 57; **Üstündağ**, Düşünceler, s. 20; **BGE**., 101, III, 106. Kararda belirtildiği gibi, üçüncü kişilere ortaklığın borca batık durumda olduğunun duyurulmaması, buna rağmen ortaklığın faaliyetine devam etmesi açıkça kamunun kandırılması olur.

146 Bkz., **Üstündağ**, Düşünceler s. 20.

147 Bkz., **BGE**, 101, III, 105; Diğer koruma tedbirleri bakımından da ilânın yerinde olacağı belirtilmektedir, Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 632; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2816.

148 Hazırlık çalışmaları ve Gerekçe hakkında Bkz., **Lanz**, s. 165.

149 Nitekim **Kuru** mahkemenin erteleme kararının ilânına karar „verebileceğini" belirtmektedir, İcra ve iflâs, III, s. 2815 vd.

150 Bkz., **BGE**, 101, III, 106.

151 Bkz., Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 632; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2816.

152 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 171; **Domaniç**, AŞ., s. 548; **Franko**, s. 425-426.

153 „TTK'nun 324, maddesi uyarınca verilen iflâsın ertelenmesi kararlarının temyiz kabiliyetl vardır. (Bakınız Prof. Dr. Baki Kuru, Icra İflâs Hukuku cilt 2, s. 137). Ancak, temyiz edilen Bursa 2. Asliye Hu-

lılar bakımından temyiz süresi bunların ertelemeyi öğrendikleri tarihten itibaren işlemeye başlar. Öğretide çoğunluğun paylaştığı bu görüş,[154] yasal dayanağı açısından bazı tereddütler doğursa da bize de doğru görünmektedir. Gerçi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 164. maddesinde sadece ticaret mahkemesince verilen nihai kararların temyiz edilebileceği açıkça öngörülmüştür (f.1) . Esasen bu konuda bir özel hükme gerek yoktu. Zira ancak nihai kararların temyiz edilebileceği genel bir ilkedir (HUMK., m. 427.I). Fakat erteleme kararının etkileri bir nihai kararı aratmayacak kadar önemlidir. Bu kararla birlikte başlayan süreç sonunda belki mali durum tamamen düzelip iflâsın açılması tamamen gündemden düşebilir. Ancak kanımızca bu husus "iflâs talebinin reddi" ile kesinlikle eşdeğerde görülemez.[155] ve temyiz imkânına gerekçe yapılamaz. Kanımızca kararın temyiz edilebilmesi, ancak erteleme süresi sonunda mali durumun daha da kötüleşmesi riskinin bulunmasına, bunun da alacaklıların çıkarıyla yakından ilgili olmasına dayandırılabilir. Alacaklılar gerçekte mali durumun iyileştirilmesi imkânının bulunmadığını öne sürerek erteleme kararının temyizini isteyebilmelidirler. Aksi takdirde kendileri bakımından telâfisi mümkün olmayan zararlar ortaya çıkabilir. [156]

Bir alacaklının kararın temyizini isteyebilmesi iki halde söz konusu olur: 1) Ya alacaklı iflâs isteminde bulunmuşken ortaklık iflâsın ertelenmesini istemiş ve mahkeme erteleme kararı vermiştir, 2) ya da ortaklığın borca batıklığı bildirip erteleme isteminde bulunduğu yargılamaya alacaklı iflâsın açılması istemiyle asli müdahil olarak katılmıştır.[157]

Buna karşılık pay sahipleri iflâsın ertelenmesi kararını temyiz edemezler.[158]

Erteleme isteminin reddi halinde, verilen iflâs kararının erteleme isteminde bulunanlar tarafından temyiz edilebileceği konusu da tartışmadan uzaktır (İİK., m. 164). [159] Esasen bu halde iflâsın açılmasına karar verilmektedir.

---

kuk Hâkimliğinin, davacı şiiketle ilgili iflâsın ertelenmesi kararı 7.4.1978 tarihli „Gemlik" gazetesinde neşir ve ilân edilmiş ve mûmeyyiz alacaklı N.S.'da mahkemenin 28.3.1978 tarih ve 79/404-285 sayılı kararına böylece muttali olmuştur. Mümeyyiz alacaklı vekilinin temyiz dilekçesi 21.6.1978 tarihini taşıdığından ve HUMK' nun 432. maddesi gereğince 15 günlük temyiz süresi geçirilmiş bulunduğundan mümeyyiz alacaklı vekilinin temyiz dilelşçesinin reddine**Y. 11. HD.** 1.10.1979 tarih ve 4108/4306 sayılı Kararı, YKD.1980/7, s. 103, Aynı Karar için Bkz., **Ansay**, Yargıtay Uygulaması, s. 64; Aynı yönde **Y. 11. HD.**, 22.10.1984 tarih ve 4712/4890 sayılı Kararı, Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809-1810; Ayrıca Bkz.,

154 Bkz., **Atalay**, s. 141; **Başbuğoğlu**, s.465; Aynı yönde **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 474; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809-2810; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 627; **Pekcanıtez**, s. 58. İsviçre Hukukunda aynı yönde **Baumann**, s. 139; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 17; **Giroud**, s. 151; **Schmid**, s. 59.

155 Karş. **Atalay**, yazar bu kanıdadır, s. 141.

156 Bkz., **Atalay**, s. 141-142. Yazar bu hususu da görüşüne gerekçe yapmaktadır.

157 Bkz. yuk. § 13, IV, A.

158 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811.

159 Bir Yargıtay kararına konu olayda da alacaklı erteleme isteminin reddiyle iflâsın açılmasına karar verilmesi için davaya müdahalede bulunmuş, mahkemenin erteleme isteminin reddi kararı vermekle yetinip iflâs kararı vermemesi üzerine hükmü temyiz etmiş, Yargıtay'da müdahilin temyiz istemini yerinde görerek hükmü bu yönden bozmuştur, Bkz., **11.HD.**, 28.10.1989 tarih ve ve 8178/3728sayılı kararı, Karar için Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2817. .

V- ERTELEME KARARININ SONUÇLARI

İflâs ve konkordatonun aksine erteleme kararının hukuki sonuçları yasada açıkça düzenlenmemiştir. Yasada sadece yargıcın malvarlığını korumaya yönelik bazı tedbirlere başvurabileceği belirtilmiştir.

Erteleme kararının hukuksal sonuçlarının (etkilerinin) yasada açıkça öngörülmemesi, bu kurumun konkordatoya oranla üstün yanı olarak gösterilmekte, yargıcın somut olayın şartlarını daha rahat bir biçimde gözönüne alabileceği belirtilmektedir.[160] Fakat bu konuda birtakım objektif ölçülerin belirlenmesi gerekmektedir. Kanımızca erteleme kararının hangi hukuki sonuçları doğurduğu belirlenirken temel ölçü alacaklıların çıkarıdır. Erteleme yüzünden alacaklıların hukuki durumunun iflâsın derhal açılmasına oranla daha kötü bir duruma sokulmaması gerekir. İflâs ve konkordatoya ilişkin hükümler ancak erteleme kurumunun niteliği ile bağdaşabildikleri ölçüde kıyasen uygulanabilirler. Bu durumda alacaklıların çıkarı yargıç ve/ veya atadığı kayyım aracılığıyla korunacaktır.

Erteleme kararının sonuçları kararın verilmesiyle birlikte başlar.[161]

A- İNFİSAHIN VE İFLÂS YOLU İLE TASFİYENİN ERTELENMESİ

İflâsın ertelenmesinin en önemli sonucu erteleme süresi boyunca iflâsın açılmasının durdurulmasıdır. Bu durumda iflâs kararı verilmediği için ortaklık infisah etmez (Bkz., TTK., m. 434.I, N.8) ve iflâs yoluyla tasfiyeye girmez. Tersine işletme faaliyetine devam eder.[162]

Buna karşılık öğretide iflâsın ertelenmesinin infisahı önlemeyeceği, sadece tasfiyenin şekli üzerinde etkili olacağı görüşü savunulmuştur.[163] Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bir kere anonim ortaklık ancak iflâs kararı verilmekle infisah eder (TTK., m. 434.I, N.8). Öte yandan ertelemenin amacı ortaklığın sona erdirilmesi değil, tersine mali durum iyileştirilerek faaliyetine devamının sağlanmasıdır. Bu amaç hiç bir şekilde tasfiye ile bağdaşmaz. Kaldı ki ortaklığın borca batıklığı devam ettiği sürece Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereğince tasfiye mümkün değildir. Tasfiye aşamasında ortaklığın borca batık durumda olduğunun tespiti halinde tasfiye memurlarının durumu derhal mahkemeye bildirecekleri ve mahkemece iflâsın açılmasına karar verileceği Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça öngörülmüştür (m. 446.II).

iflâsın ertelenmesi kural olarak ortaklık organlarına yasa ve esas sözleşme ile verilmiş olan görev ve yetkilerde bir daralmaya yol açmaz.[164] Yetkilerin kısıtlanması ancak yargıcın bu konuda ihtiyati tedbir kararı vermesi halinde mümkündür.[165]

---

160 Bkz., **Schmid**, s. 60.

161 Bkz., **Giroud**, s. 138-139; Karş. **İmregün**, Anonim ortaklıklar, s. 473. Yazar erteleme kararının etkilerinin ilânla birlikte başlayacağını belirtmektedir.

162 Bkz., **Giroud**, s. 142; **Herold**, s. 147; **Kuru**, İcra ve iflâs, s. 2814; **Koeferli**, s. 177; **Lanz**, s. 166; **Schech**, s. 31,42; **Schmid**, s. 60..

163 Bkz., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 473; Ayrıca Bkz., yuk. § 7, VIII, B, 4.

164 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, s. 2814; **Giroud**, s. 147; **Lanz**, s. 166.

B- İCRA VE İFLÂS TAKİPLERİNİN DURMASI

Erteleme kararıyla birlikte borçlu aleyhinde başlamış icra ve iflâs takiplerinin kendiliğinden (yasa gereği) durup durmayacağı ve erteleme süresi içinde yeni takip yapılıp yapılamayacağı hususu tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu konuda konkordato süresindekinin aksine (İİK., m. 289.I) açık bir yasa hükmü yoktur.

Bir görüşe göre, erteleme kararı verilmekle –tıpkı konkordato süresi verilmesi halinde olduğu gibi (İİK. m. 289.I)- borçlu aleyhinde başlamış bütün icra ve iflâs takipleri (ve daha önce açılan iflâs davaları) kendiliğinden (yasa gereği) durur. Erteleme süresi içinde yeni icra ve iflâs takibi yapılamaz ve iflâs davası açılamaz („genel anlamda tatil", *Rechtsstillstand*").[166] Bu görüşün sonucu ortaklığın borçlarına erteleme süresi kadar mehil verilmesidir (*Stundung*). Böylece alacaklar en erken erteleme süresi sonunda muaccel hale gelirler. Bu görüşün bazı temsilcilerine göre, İcra ve iflâs takiplerinin kendiliğinden durmaması için mahkemenin ayrıca bu yönde karar vermesi gerekir.[167] Takiplerin durması erteleme kararının doğal bir sonucudur.[168]

Diğer bir görüşe göre ise, iflâsın ertelenmesi konkordato süresindekinin aksine kendiliğinden ortaklık aleyhindeki icra ve iflâs takiplerinin durması ve yeni icra ve iflâs takibi yapılmaması sonuçlarını doğurmaz. [169] Mahkemenin buna ilişkin bir tedbir kararı vermesi gerekir. Yazarların bazılarına göre ise mahkeme bu durumda icra takiplerinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına dahi karar veremez.[170]

Bu ikinci görüşü savunanlar tarafından, erteleme kararından sonra alacaklıların tedbir kararı olmasa bile herhangi bir yasa hükmüne dayanarak iflâs davası açıp açamayacakları hususu ayrıca tartışma konusu yapılmaktadır. Bir görüşe göre alacaklılar erteleme kararına karşın doğrudan doğruya iflâs şartları gerçekleştiği zaman iflâsın açılması için başvuruda bulunabilirler.[171] Buna karşılık bir diğer görüş erteleme kararı verildikten sonra alacaklılar tarafından hiçbir şekilde yeni iflâs davası açılamayacağı ve iflâsın açılmasına karar verilemeyeceği yönündedir.[172] Bu görüşe göre

---

165 Bkz., aşa. § 13, VIII, D.

166 Bkz., **Atalay**, s. 134 vd; **Böckli**, s. 918; **Giroud**, s. 136,139; **Koeferli**, s. 174; **Schmid**, s. 61 vd; **BGE.**, 101, III, 106.

167 Bkz., **Schmid**, s. 61.

168 Bkz., **Giroud**, s. 136.

169 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 99; **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 173; **Bürgi**, OR. Art. 725, N.23; **Franko**, s. 430; **Fritzsche/Bohner**, s. 101; **Jäger**, SchKG., 192, N.2; **Herold**, s. 147; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 630; **Kuru**, iflâs, s. 137; Karş., **Pekcanıtez**, s. 56 vd.; **Schech**, s. 32; **Schucany** OR. Art., 725, N.5. **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 472-473;

170 **Arslanlı**'ya göre mahkeme ancak ortaklık mallarının korunmasına yönelik tedbir kararı verir. İcra takipleri durdurulamaz, AŞ., I, s. 99; **Schucany** de aynı fikirdedir. Yazarar göre icra takipleri ancak erteleme süresi içinde konkordato süresi verilmesi halinde durur. OR. Art., 725, N.5.

171 Bkz., **Jäger**, SchKG. 192, N.2.

172 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N.24; **Fritzsche/Bohner**, s. 101; **Herold**, s. 148; **Pekcanıtez**, s. 57; **Schech**, s. 34; Bkz., Bern İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ., 18, 1921-22, s.73; **BGE** 77 III s. 38 vd; **BGE.**, 101, III, 106; **Franko** bu görüşü yerinde bulmakta, ancak bunu İsviçre hukukunda ertelemenin kendiliğinden takipleri durdurmasına bağlamaktadır. Yazara göre hukukumuzda bu konuda mahkemenin ayrıca bir karar vermesinin gerekmesi mahkemenin takdirinin her zaman isabetli olmaması bakımından yerinde değildir, s. 430. Oysa İBK., m. 725a'da bu konuda açık hüküm bulunmamamaktadır.

erteleme kararı bütün alacaklıların çıkarı gözönünde bulundurularak verilmiştir. Bu nedenle sonradan bir alacaklının iflâs davası açması durumunda erteleme kararını dikkate almadan iflâsın açılmasına karar vermek ortaklığın geleceğini tek bir alacaklının eline bırakmak olur. Bu durumda iflâsın ertelenmesi kurumu işlevini tam olarak yerine getiremez. Üçüncü bir görüşe göre ise erteleme süresi içinde ortaklığın iflâsına karar verilemezse de, bu süre içinde ortaklığın bir alacaklısı tarafından iflâs davası açılabilir ve erteleme kararı veren mahkeme ayrıca icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına karar vermemişse bu davaya devam edilir.[173]

Kanımızca açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, konkordato usulüne kıyasen (Bkz., İİK., m. 289.I) erteleme süresi içinde daha önce açılmış icra ve iflâs takipleri durmalı, yeni takip de yapılamamalıdır. Ertelemenin niteliği de böyle bir sonuca varmayı haklı kılar. Aksi takdirde mali durumun iyileştirilmesi (çok somut ve kesin başarı vaad eden iyileştirme tedbirlerinin uygulanabilme şansı bulunmadıkça) neredeyse imkânsızlaşır. Sadece hacizli malların satışının mümkün olmadığının kabulü ile[174] bu soruna çözüm bulunamaz. Çünkü hacizli mallar bir de muhafaza altına alınırsa mali durum nasıl iyileştirilebilecektir? İcra müdürlerinin erteleme kararını dikkate alıp hacizli malları borçluya yediemin olarak bırakmaları da (Bkz. İİK. m. 88.II) yasal açıklıktan yoksun olan erteleme süresinde pek mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, alacaklılar hacizli malları sattıramadıkları için haklarına kavuşamadıktan sonra icra takibi yapmanın kendilerine fazla bir yararı da dokunmayacaktır.[175]

Gerçi, iyileştirmenin niteliğine ters düşmedikçe takibe bir dereceye kadar devam edilmesinin özellikle alacaklının hak sahipliği sıfatını ispatı bakımından yerinde olacağı akla gelebilir. Örneğin alacaklının -haczettirdiği malları sattırması mümkün olmasa da- icra takibinin kesinleşmesinde, böylece hak sahipliğinin ispatı bakımından daha güçlü bir duruma gelmekte çıkarı olduğu söylenebilir. Ancak bu çözüm kötüye kullanmalara elverişlidir. Borçlu erteleme süresi içinde uydurma alacaklılar yaratarak onların yaptıkları icra takiplerinin kesinleşmesini sağlayabilir. Sonradan iflâs açıldığında iflâs idaresi bu alacağı incelerken (İİK. m. 230) takibin kesinleştiğini de göz önüne alarak sıra cetveline yazabilir. Oysa iflâs derhal açılsaydı böyle bir sakınca doğmayabilirdi. Öte yandan takiplerin bir dereceye kadar devam etmesine izin veren görüş, oldukça sun'i ve yasal dayanaktan yoksundur. Oysa görüşümüz, konkordato hakkındaki hükmün (İİK. m. 289.I) kıyasen uygulanmasını önermektedir.

Sonuç olarak, erteleme süresi boyunca duran icra takipleri, mali durum iyileştirilmediği için iflâsın açılması kararı verilirse gene durmaya devam edecek, iflâsın kesinleşmesiyle birlikte düşecektir (İİK. m. 193). Erteleme kararından önce alacaklılar tarafından açılan iflâs davaları ise konusuz kalacaktır.[176] Çünkü mahkeme borca batıklık nedeniyle iflâsa hükmedecektir.[177]

---

[173] Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2814;

[174] Bkz. **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 632; **Kuru**, İcra ve iflâs, C.III, s. 2815.

[175] Bkz. bu yönde **Atalay**, s. 135.

[176] Bkz. **Koeferli**, s. 178; **Schmid**, s. 61.

[177] Bkz., **Koeferli**, s. 178.

D- ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELERİN DURMASI

Bir önceki başlık altında,, mahkemece icra ve iflâs takiplerinin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek kalmaksızın erteleme süresi içinde takiplerin duracağını ve yeni takip yapılamayacağını belirtmiştik. Bu görüşün doğal sonucu, erteleme süresi içinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durmasıdır. Konkordato usulüne kıyasen (İİK., m. 289) erteleme süresi boyunca zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durduğunu kabul etmek gerekir. [178] Eğer icra takibi yapılabilseydi, her cebri icra işlemi ile birlikte bu süreler kesileceğinden sürelerin duracağını kabul etmek zorunlu olmayabilirdi.[179] Buna rağmen erteleme kararı verilmekle icra takiplerinin durmayacağını kabul eden yazarlar dahi, ortaklığın gereksiz yere erteleme süresi içinde cebri icra takibine maruz kalmasını önlemek bakımından zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması gerektiğini ifade etmektedirler. [180]

C- DİĞER SONUÇLAR

İcra ve İflâs Kanunu'nun 278-280. maddelerinde öngörülen -iptal davasına konu- tasarrufların iptal edilebilmeleri için iflâsın açılmasından itibaren geriye doğru anılan maddelerde belirtilen süreler içinde yapılmış olmaları gerekir. Erteleme kararı iflâsın açılmasını geçici bir süre geri bıraktığından söze konu süreler bakımından bu kararın verildiği tarih esas alınmalıdır.[181] Aksi görüş borçlu tarafından iflâsın ertelenmesinin kötüye kullanılması sonucunu doğurur. Erteleme kararı iflâsın derhal açılmasına oranla alacaklıları daha kötü bir duruma düşürmemelidir. İptal davası açılması için öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre de erteleme kararıyla birlikte durur (Bkz., İİK., m. 284).[182]

Aynı şekilde İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinde öngörülen ilk üç sıradaki alacaklar iflâsın açılmasından önceki 1 yıl içinde doğmak koşuluyla tasfiyede öncelik hakkından yararlanırlar. Bu sürenin hesabında da iflâsın ertelenme tarihi esas kabul edilmelidir.[183] Aksi yorum bu alacaklıların erteleme kararı yüzünden zarara uğramaları sonucunu doğurur.

---

178 Bkz., **Atalay**, s. 136; **Giroud**, s. 139-140; **Koeferli**, s. 175; **Lanz**, s. 166; **Schmid**, s. 62.

179 Nitekim Luzern Kantonu İstinaf Mahkemesi'nin bir kararında zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin erteleme kararı verilmesiyle kendiliğinden durmayacağı, bunun için alacaklının bir icra takibi yapması gerektiği belirtilmiştir. Bkz., **Giroud**, Max VIII,1936, s. 743 vd. N. 515'ten naklen s. 140.

180 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 25; **Gentinetta**, s. 48; **Herold**, s. 148; **Schech**, s. 34 vd.

181 Bkz., **Atalay**, s.137; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 25; **Gentinetta**, s. 48; **Giroud**, s. 140; **Herold**, s. 148; **Koeferli**, s. 175; **Lanz**, s. 166; **Schech**, s. 34 vd; **Schmid**, s. 63. Bkz., İsv.İİK., m. 286-287.

182 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 25; **Giroud**, s. 141; **Koeferli**, s. 175; **Schech**, s. 35; **Schmid**, s. 63. Bkz., İsv.İİK., m. 292.

183 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 26; **Herold**, s. 148; **Giroud**, s. 141; **Koeferli**, s. 175; **Lanz**, s. 166; **Schech**, s. 38; **Schmid**, s. 63; **Jäger/Daenker**, ancak yazarlara göre 1. sırayı işgal edecek ücret alacakları bakımından erteleme tarihinden geriye doğru süre hesap edilmesi için iş (hizmet) ilişkisinin bu tarihte sona ermiş olması gerekir, aksi takdirde bu alacaklar bakımından iflâsın açılma tarihi esas kabul edilir, SchKG., 192, N.2; Bkz., İsv.İİK., m. 219.

Türk Ticaret Kanunu'nun 474. maddesi gereğince ortaklığın iflâsı durumunda yönetim kurulu üyeleri alacaklılara karşı iflâsın açılmasından önceki son üç yıl içinde hizmetlerinin karşılığı her ne şekilde olursa olsun aldıkları ve uygun ücret sınırlarını aşan paraları geri vermekle yükümlüdürler (f.1). Bu hükümde öngörülen iflâsın açılmasından geriye doğru 3 yıllık süre bakımından da kanımızca erteleme kararının verildiği tarih esas alınmalıdır.[184] Bu görüşümüz de erteleme kararı yüzünden alacaklıların hukuki durumunun iflâsın derhal açılmasına oranla daha kötü bir duruma sokulmaması ilkesine dayanmaktadır. Nitekim 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle bu esas kabul edilmiştir (m. 679.II).

İflâsın ertelenmesi kararının hukuksal sonuçları, iflâsın açılması kararının doğurduğu sonuçlardan şu noktalarda ayrılır:

İflâsın açılması kararından farklı olarak erteleme kararı rehinle temin edilmemiş alacaklara faiz işlemesini durdurmaz. Başka bir deyişle ortaklığın her türlü para borcu için faiz işlemeye devam eder (Karş., İİK. m. 195). Yargıcın erteleme kararında bunun aksine, faiz işlemesinin durdurulmasına karar vermesi mümkün değildir.[185]

Bunun gibi, ortaklığın bütün borçları iflâsın açılmasıyla muacceliyet kazandığı halde, erteleme kararı böyle bir sonuç doğurmaz (Karş., İİK. m. 196).[186] Buna karşılık erteleme kararı erteleme süresi içinde vadesi gelen alacakların muacceliyetini etkilemez.[187]

İcra ve İflâs Kanunu'nun takas hakkını sınırlayan 200 ve 201. maddeleri erteleme halinde de uygulama alanı bulur.[188] Bu hükümler takas hakkına sahip bazı alacaklılar yararına diğer alacaklıların zarara uğramasını önlemek amacını güderler.[189] Bir görüşe göre, takas yolu ile elde edilmiş haksız çıkarların iadesini dava edebilmek hakkı da ancak iflâsın açılması halinde mümkündür (Karş., İİK. m. 201).[190] İflâsın ertelenmesi böyle bir hak doğurmaz. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. İflâsın ertelenmesi alacaklıların haklarının zarar görmesi sonucunu doğuramaz. Yukarıda erteleme kararının alacaklıların hukuki durumunu iflâsın derhal açılmasına oranla daha kötü bir duruma sokmaması gerektiği belirtilmişti. Biz sadece erteleme kararı verilmesi şartları incelenirken bu hususun yerine „mali durumun iyileştirilmesi imkânı" üzerinde durulmasının yeterli olduğunu, çünkü bu konuda doğru bir kanıya varılırsa alacaklıların çıkarının da gözönüne alınmış olacağını belirtmiştik. Fakat vardığımız bu sonuç erteleme süresi içinde alınacak tedbirler ve yapılacak işlemler bakımından alacaklıların çıkarının gözönünde bulundurulmayacağı anlamına gelmez.

---

184 Bkz., **Atalay**, s. 138.

185 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 171; **Böckli**, s. 918; **Bürgi**, , OR. Art. 725, N. 27; **Jäger**, SchKG., 192, N.2; ; **Franko**, s. 431; **Gentinetta**, s. 48; **Giroud**, s. 142; **Herold**, s. 148; **Koeferli**, s. 177; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 632; **Lanz**, s. 166; **Schech**, s. 40; **Schmid**, s. 64.

186 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 171; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 632; **Schech**, s. 45.

187 Bkz., **Giroud**, s. 142; **Koeferli**, s. 177; **Lanz**, s. 166; **Schech**, s. 43; Karş.,**Schmid**, s.61.

188 Bkz., **Giroud**, s. 142; **Koeferli**, s. 176; **Lanz**, s. 166; **Schmid**, s. 62.

189 Bkz., **Kuru**, İcra ve İflâs, III, s. 2988.

190 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 171.

İflâsın ertelenmesi nihayet iflâsın açılmasını geçici olarak durdurmaktadır. Bu süre içinde alacaklılar -özellikle borçlunun kötüniyetli işlemlerine karşı seyirci bırakılamaz.

Takas yasağı bakımından erteleme kararının ilânı veya ortaklığın aynı zamanda hem borçlusu ve hem de alacaklısı olan kişinin iflâsın ertelendiğini fiilen öğrenme tarihi esas alınır.[191]

D- İFLÂSIN ERTELENMESİNİN SÖZLEŞMELERE ETKİSİ

İflâsın ertelenmesi kural olarak ortaklığın daha önce yapmış olduğu sözleşmeleri etkilemez.[192] Buna göre iflâsın açılmasıyla son bulan adi ortaklık, hasılat kirası, finansal kiralama gibi sözleşmeler[193] erteleme kararından etkilenmediği gibi, diğer sözleşmelerin tabi olduğu hükümler de erteleme nedeniyle bir değişikliğe uğramaz.

Bir görüşe göre,[194] bağışlama taahhüdünün taahhütte bulunanın iflâsı durumunda iptal edileceğini öngören hükmün (BK., m. 245,II)[195] kıyasen iflâsın ertelenmesi halinde de uygulanması gerekir.

Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi bu hükmün kıyasen erteleme süresine uygulanmasına gerek yoktur. Çünkü bağışlama taahhüdünde bulunan ortaklık, bu taahhüdünden sonra mali durumunun borçlandığı edimi yerine getirmesini olağanüstü külfetli kılacak derecede bozulduğunu bildirerek rücu hakkını kullanabilir (Bkz., BK., m.245,I, N.2).[196] Bağışlayanın bu hakkı kullanabilmesi için Türk Medeni Kanunu'nun 315. maddesi anlamında zarurete düşecek olmasının şart olmadığı belirtilmektedir.[197] Malvarlığı durumu borca batıklık derecesinde bozuk olduğu için erteleme kararı verildiğine göre ortaklığın bu hükümden yararlanarak rücu hakkını kullanabileceği tartışmasızdır. Ayrıca taahhütte bulunan ortaklık rücu hakkını kullanmamış olsa bile erteleme süresi boyunca bu taahhüdün yerine getirilmesi mümkün değildir.[198] İster erteleme süresi içinde icra ve iflâs takiplerinin kendiliğinden durduğu kabul edilsin, ister alacaklıların çıkarı ihlal edilmemek kaydıyla takibe başlanıp bir dereceye kadar yürütülmesi imkân dahilinde görülsün[199] erteleme kararı kaldırılıncaya kadar bağışlanan şeyin iadesi söz konusu olamaz. Çünkü bu açıkça diğer alacaklıların çıkarını zedeler. Erteleme süresi sonunda iflâs açılırsa esasen taahhüt iptal edilmiş olur (BK., m. 245,II).

---

191 Bkz., **Giroud**, s. 143; **Koeferli**, s. 176; **Schmid**, s. 62; **BGE.**, 101,III, 107.

192 Bkz., **Giroud**, s. 144 vd; **Schmid**, s. 63.

193 Geniş bilgi için Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2951 vd.

194 Bkz., **Giroud**, s.144; **Lanz**, s. 166; Bkz., İBK., m. 280.II.

195 Anılan hükümde „iptal"den sözedilmişse de iflâs durumunda bağışlama taahhüdünün kendiliğinden geçersiz hale geleceği belirtilmektedir, Bkz., **Tandoğan**, s. 380.

196 Bkz., **Koeferli**, s. 176; **Schmid**, yazar burada ayrıca „Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması" (*Clausula rebus sic stantibus*) ilkesine işaret etmektedir, s. 63; **Atalay**, s. 139.

197 Bkz., **Tandoğan**, s.378; Bu konuda ayrıca Bkz., **Guhl/Merz/Kummer**, s. 361 vd.

198 Bkz., **Koeferli**, s. 176; **Schmid**, s. 63.

199 Bkz., yuk. § 13, V, B.

Borçlu kefalet sözleşmesinden sonra iflâs ederse alacaklı hakkını doğrudan doğruya adi kefilden isteyebilir (BK., m. 480.I).[200] Öğretide bu hükmün kıyasen iflâsın ertelenmesi halinde de uygulanması gerektiği görüşü savunulmaktadır.[201] Bu görüşe göre alacaklıya böyle bir hak tanınırsa borca batık durumdaki ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi bakımından önemli bir fırsat elde edilmiş, ortaklığa bir nefes aldırılmış olur.[202]

Buna karşılık bir diğer görüşe göre anılan hüküm iflâsın ertelenmesi halinde uygulanamaz.[203] Bu hükmün konkordatoda olduğu gibi kıyasen iflâsın ertelenmesine uygulanması mümkün değildir. Çünkü konkordato ile iflâsın ertelenmesi arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Konkordato aciz haline, ödemelerin tatiline dayanılarak başvurulan bir yol olduğu halde iflâsın ertelenmesinde böyle bir durum yoktur. Tersine borca batıklığın yanısıra aciz hali de varsa iflâsın ertelenmesi kararının verilmesi hemen hemen imkânsızdır.

Kanımızca ilk görüş daha doğrudur. Bu görüş kabul edilirse alacaklıya önemli bir imkân tanınmış olacaktır. Gerçi hakkındaki iflâs kararı ertelenen ortaklık ödemeden aciz halinde olmayabilir. Ancak erteleme kararı icra takiplerini durduracağından ve borçlu aleyhine yeni takip yapılamayacağından, erteleme süresi içinde alacaklı – tıpkı konkordatoda olduğu gibi- hakkına kavuşma imkânı bulamaz.

Bu halde alacaklı adi kefile başvurmadan önce Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Alacaklı bu durumda borçlu ortaklık hakkında iflâsın açıldığını değil, iflâs kararının ertelendiğini kefile bildirecektir.[204]

VI- ERTELEME SÜRESİ

Erteleme süresince ortaklık geçici bir bekleme dönemine girmiş olur.[205] Bu süre içinde kural olarak ortaklık erteleme kararında öngörülen sınırlar içinde işletme faaliyetini sürdürür.

İflâsın açılması belirsiz bir süre için ertelenemez. Erteleme kararında iflâsın ne kadar süre için ertelendiği açıkça belirtilmelidir.[206]

Yasada iflâsın ne kadar süre için erteleneceği konusunda bir açıklık yoktur. Azami bir erteleme süresi öngörülmemiştir. Konu yargıcın takdir alanına girmekte-

---

200 Fakat bunun için alacağın muaccel olması gerekir. İflâs kararıyla birlikte alacağın muaccel olması (İİK., m. 195), adi kefil bakımından hüküm ve sonuç doğurmaz (BK., m. 481), Bkz., **Kuru**, İcea ve iflâs, III, s. 2980.

201 Bkz., **Lanz**, s. 166; **Koeferli**, s. 176 vd; **Giroud**, s. 145.

202 Bkz., **Koeferli**, s. 176 vd.

203 Bkz., **Schmid**, s. 63.

204 Bkz., **Koeferli**, s. 177.

205 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811.

206 Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 547; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 473; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809, 2811; **Kuru**, İflâs, s. 137; **Franko**, s. 427; **Üstündağ**, Düşünceler s. 20. dipn. 8.

dir.[207] Burada konkordato süresi hakkındaki İcra ve İflâs Kanunu'nun 287. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen süreyi uygulamak da mümkün değildir.[208] Çünkü iflâsın ertelenmesi, uygulanan iyileştirme tedbirlerinin çeşitliliği ve somut olayın şartlarına göre değişkenliği bakımından konkordato prosedüründen ayrılmaktadır. Hatta ertelemenin yasada bir süre sınırlamasına tâbi tutulmaması, bu usulün mali durumun iyileştirilmesi bakımından konkordatoya oranla üstün yanını oluşturmaktadır.[209] Uygulamada iflâsın en azından 6 ay süre için ertelendiği anlaşılmaktadır.[210]

Sürenin başlangıcı, erteleme kararının ilân edildiği tarih değil, bu kararın verildiği tarihtir.[211]

Erteleme kararında öngörülen süre mali durumun iyileştirilmesi için yeterli gelmeyebilir. Bu durumda mahkeme mali durumun iyileştirilmesi imkânı hala devam ediyorsa erteleme süresini uzatmaya yetkilidir.[212] Mahkeme uzatma kararı verirken erteleme kararı için gerekli olan maddi şartları tek tek yeniden gözden geçirmelidir. Böylece özellikle mali durumun iyileştirilmesi imkânı mevcut olduğu sürece erteleme süresi birkaç defa dahi uzatılabilir. Mahkeme bu konuda karar verirken kayyımın[213] raporunu veya bilirkişi[214] raporunu esas alabilir. Fakat kanımızca eğer bir kayyım atanmışsa mahkemenin önce kayyımın raporunu incelemesi, tereddüt halinde bilirkişi incelemesi yaptırması uygun olur. Çünkü kayyım ortaklığın işlemlerini yakından izlediğinden mali durumu daha iyi takdir edebilecek durumdadır.

Erteleme süresi ortaklığın mali durumu iyileşir iyileşmez veya iyileştirme mümkün olmaz, mahkeme de süreyi yeniden uzatmazsa öngörülen sürenin dolmasıyla sona erer.[215] Mahkeme erteleme süresi içinde kayyımın verdiği rapora göre mali

---

207 Bkz., **Fritzsche/Bohner**, s. 102; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811; **Franko**, s. 427; **Lanz**, s. 165.

208 Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811.

209 Bkz., **Lanz**, s. 165, dipn. 346.

210 **Y.11. HD**'nin 10.5.1983 tarih ve ,2321/2462 sayılı kararına konu olayda yerel mahkeme iflâsın altı ay süreyle ertelenmesine, daha sonra da erteleme süresinin altı ay daha uzatılmasına karar vermiştir, Karar için Bkz., **Eriş**, TTK Şerhi., I, s.938-939; Buna karşılık **11. HD**'nin 28.10.1089 tarih ve 8178/3728sayılı kararına konu olayda yerel mahkeme iflâsın 1 yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir, Karar için Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2817; Ayrıca Bkz., **Eriş**, AŞ., s. 250; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 473.

211 Bkz., **Giroud**, s. 148; **Lanz**, s. 165.

212 Bkz., **Y.11. HD**'nin 10.5.1983 tarih ve ,2321/2462 sayılı kararına konu olayda iflâsın ertelenmesi süresi yerel mahkemece altı ay için uzatılmıştır. Karar için Bkz., **Eriş**, TTK Şerhi., I, s.938-939; Aynı yönde **Franko**, s. 427; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 628; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811; İsviçre Hukukunda Bkz., **Baumann**,s.128; **Fritsche/Bohner** s.102; **Gentinetta** s. 49; **Giroud** s.136 vd, 148; **Herold**, s. 155;**Lanz**, s. 165; **Schech**, s. 61-62.

213 **Y.11. HD**'nin 10.5.1983 tarih ve ,2321/2462 sayılı kararına konu olayda kayyımın raporuna dayanılarak erteleme süresinin uzatılmasına karar verilmiştir, Karar için Bkz., **Eriş**, TTK. Şerhi, I, s.938-939.

214 **Y.11. HD**'nin 28.10.1089 tarih ve 8178/3728sayılı kararına konu olayda yerel mahkeme ilk erteleme kararı verilirken rapor veren bilirkişi kuruluna yeniden başvurmuş, kurulun bu kez olumsuz rapor vermesi üzerine erteleme süresinin uzatılması istemini reddetmiştir. Yargıtay'da formül gerekçe ile bu hüküm maddesine yönelik temyiz başvurusunu reddetmiştir. Karar için Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2817

215 Bkz., **Giroud**, s. 148; **Lanz**, s. 166.

durumun iyileştirilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması üzerine erteleme kararını kaldırdığı zaman da erteleme süresi sona erer.

Bir görüşe göre mahkeme somut olayın şartlarına göre ve bu konuda bir istemde bulunulmuşsa derhal iflâsın açılmasına ve ertelenmesine karar vermeksizin ortaklığa mali durumunu iyileştirme imkânı tanıyabilir.[216] Örneğin bu görüşe göre, aslında mali durumun iyileştirilmesi yapılan işlemlerle teorik olarak gerçekleştirilmişken pratikte henüz borca batıklık ortadan kaldırılamamış olabilir. Böyle bir halde erteleme kararının ilânı yoluyla ortaklığın iş ilişkilerine zarar vermek doğru değildir.

Bu görüşe katılamıyoruz. Yukarıda mahkemenin gecikmeksizin iflâsın açılmasına karar vermesi gerektiği belirtilmişti. Orada aktardığımız bir Yargıtay kararına konu olayda yerel mahkemenin ortaklığa fiili bir erteleme süresi tanıdığı, bunun alacaklılar bakımından sakıncalı olduğu üzerinde de durmuştuk.[217] Bu görüşün de farklı bir sonuç doğurmayacağı kanısındayız. Mahkeme böyle bir durumda erteleme süresini daha kısa olarak belirleyebilir. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz gibi yargıç duruma göre erteleme kararının (ve süresinin) ilânından vazgeçebilir.[218]

VII - MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ TEDBIRLERI

Yukarıda belirttiğimiz gibi burada mali durumun iyileştirilmesiyle kasdedilen öncelikle borca batıklık halinin ortadan kaldırılmasıdır.[219]

Borca batıklığın ortadan kaldırılması, ya malvarlığının çoğaltılması, ya da borçların azaltılması ile gerçekleşir. Her iki yolla da malvarlığı ile borçlar arasındaki negatif fark giderilebilir.[220]

Normal olarak iflâsın ertelenmesi sırasında mali durumun iyileştirilmesi, mali krizin teşhisi ile başlayan, fakat borca batıklığın bildirilmesi sırasında henüz tamamlanamayan mahkeme dışı tedbirlerle gerçekleştirilir (*"äußergerichtliche Sanierung"*).[221] Bu nedenle yargıç kural olarak erteleme kararında mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri bakımından bağlayıcı karar vermekten kaçınmalıdır.[222] Başka bir deyişle yargıç, mali durumun iyileştirilmesi usulünü dikte edemez.[223] Sadece mali

---

216 Bkz., **Schmid**, s. 61.

217 Bkz., yuk. § 12, II, B, dipn. 25 civarı.

218 Bkz., yuk. § 13, IV, B.

219 Bkz., yuk., § 13, II, A, 2, a.

220 Bkz., **Harget**, s. 139 vd.

221 Bkz., **BGE.**, 116, II, 541.Kararda belirtildiği gibi, ortaklık erteleme kararıyla birlikte, borca batıklığı derhal bildirdiği için henüz tamamlayamadığı mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerini uygulamak için bir zaman süresi elde etmiş olur.

222 Bkz., **Dubach**, yazarın ayrıca belirttiği gibi, yargıca sadece erteleme süresi boyunca ortaklığın iş ve işlemlerini gözetmek görevi düşer, yargıç mali durumun iyileştirilmesi planı dikte ettiremez, s. 157; **Pekcanıtez**, s. 49; **Eriş**, AŞ, s. 250, dipn. 6. İkinci Bölümde belirttiğimiz gibi, erteleme süresi içinde genel kurulca sermayenin tamamlanmasına veya indirimine karar verilmesi zorunlu değildir. Bkz., yuk. § 7, VIII, B, 4.

223 Bkz., **Dubach**, s. 157; **Pekcanıtez**, s. 49.

durumun iyileştirilebileceği kanısına varırsa iflâsın ertelenmesine karar vermekle yetinir. Gerçi yönetim kurulu mahkemeye mali durumun nasıl iyileştirilebileceğine ilişkin bir plan sunmuş, mahkeme de bu planı dikkate alarak erteleme kararı vermiş olmalıdır. Fakat bu plana körü körüne uyulması iyileştirmenin başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açabilir. Amaç mali durumu iyileştirmek, bu arada koruma tedbirlerini devreye sokarak alacaklıları olası bir zarardan korumaktır. Mahkeme kayyım aracılığıyla iyileştirme tedbirlerinin uygulanmasını denetleyebilir ve kayyıma plandaki değişikliklere muvafakat veya red yetkisi verebilir. Erteleme süresi içinde bazı tedbirlerin uygunsuz olduğu ortaya çıkarsa kayyımın raporu üzerine tedbirlerin başka bir yöne çevrilmesini de emredebilir.[224] Ancak yargıç erteleme kararında belli bir plan dikte ederek buna harfiyen uyulmasını istemek yoluna gitmemelidir.

Bununla birlikte, mahkeme gerek alacaklıların, gerek ortaklığın çıkarları bakımından riskli ve sakıncalı gördüğü bazı iyileştirme tedbirlerinin uygulanmasını ve alacaklılara zarar verebilecek bazı işlemlerin yapılmasını daha erteleme kararı verirken yasaklayabilir.[225] Aşağıda inceleyeceğimiz „işletme faaliyetinin durdurulması" tedbiri iyileştirme tedbirlerinin seçimi serbestisini kısıtlayıcı niteliktedir. Alacaklılara zarar verecek işlemlere örnek olarak, rehin verilmesi, kefil olunması, yatırım malvarlığı konularının satılması gösterilebilir. Bu işlemlerin yapılması yetkisi yönetim kurulunun elinden alınabilir veya kayyımın onayına tâbi tutulabilir.

Ortaklığın daha borca batık durumda olduğu gözönüne alınırsa bazı iyileştirme tedbirlerine başvurulamayacağı sonucuna varmak gerekir. İsviçre öğretisinde esas sermayenin önce öz kaynaklar miktarına indirilip aynı anda eski düzeyine kadar arttırılmasına karar verilip verilemeyeceği konusu tartışmalıdır: Bir görüşe göre, borca batık bir ortaklığın öz kaynakları bulunmadığından kural olarak bu usulün uygulanmasına imkân yoktur.[226] Çünkü, İsviçre Borçlar Kanunu' nun 735. maddesinde (TTK., m. 397.II) sadece sermaye kaybından söz edilmiştir.[227] Borca batıklık halinde esasen ortaklığın öz kaynakları kalmamıştır. Buna karşılık bir diğer görüşe göre borca batık durumdaki bir ortaklık da eşzamanlı esas sermaye indirimi ve arttırımı usulünü uygulayarak mali durumunu iyileştirmeye yetkilidir.[228]

Federal mahkemenin verdiği bir kararda, eğer sermaye indirimine bağlı bir sermaye arttırımında arttırım için gerekli kaynak önceden temin edilmişse bu yola gidilebileceği, hatta bu yolla borca batıklık giderilebilirse mahkemeye bildirim yükümlülüğünden vazgeçilebileceği belirtilmiştir.[229] Yukarıda mahkemeye durumu der-

---

224 Bkz., **Dubach**, s. 157.

225 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N.28; **Dubach**, s. 158; **Giroud**, s. 134; **Herold**, s. 149; **Koeferli**, s. 169-170; **Schech**, s. 44; **Schmid**, s. 56.

226 Bkz., **BGE**., 76,I,166; **Giroud**, s. 78; **Lanz**, s. 154.

227 Bizde de „zararlar sonucu bilançoda husule gelen açıktan" söz edilmektedir, Bkz., TTK., m. 397.II. Bu ifade İsviçre hukukundakinden daha belirsizdir. Hem sermaye kaybını hem borca batıklığı ifade eder gibi görünmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi burada kasdedilen sermaye kaybıdır.

228 Bkz., **Böckli**, s. 225; **Bürgi**, OR. Art., 735, N.11; **Forstmoser**, Aktienrecht, s. 625; **Funk**, OR. Art. 735, N. 2.

229 Bkz., **BGE**., 76,I,167; Kararın değerlendirmesi hakkında Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 11; **Funk**, OR. Art. 735, N. 2; **Koeferli**, s.157.

hal bildirim yükümlülüğünden kural olarak kaçınılamayacağını belirtmiştik. Ancak erteleme süresi içinde Federal mahkemenin belirttiği şartlar altında esas sermaye indirimine bağlı bir sermaye arttırımının iyileştirme amacına uygunluk bakımından kabul edilebileceği kanısındayız. Çünkü bu işlemde esas sermaye hiçbir şekilde indirilen düzeyde kalmamakta, aynı anda arttırılmaktadır. Bu nedenle böyle bir işlemin Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinde öngörülen „esas sermayenin hiçbir surette 272. maddede belirtilen asgari sermaye miktarının altına indirilemeyeceği" kuralına aykırı bir tarafı yoktur.[230]

Fakat, bazı yazarların öne sürdüklerinin aksine[231] erteleme süresi içinde esas sermaye indirimine bağlı bir sermaye arttırımı söz konusu olmaksızın sadece esas sermayenin artırımı yoluna gidilemez. Yukarıda 2/3 oranında sermaye kaybı halinde dahi bunun mümkün olmadığını belirtmiştik.[232]

Erteleme süresi içinde esas sermayenin indirilmesi, basitleştirilmiş sermaye indirimi yönteminin uygulanması mümkün değildir.[233] Bu yöntemin uygulanması ancak borca batıklığın ortadan kaldırılması ve 272. maddede öngörülen asgari esas sermaye miktarı kadar öz kaynağın sağlanması halinde mümkündür.[234] Ancak bu halde zaten erteleme kararı da kaldırılmış olacaktır.

Öte yandan erteleme süresi içinde hiçbir şekilde ortaklığın feshine karar verilemez. Bu halde esasen iflâs geçici bir süre için ertelenmiş durumdadır ve süre sonunda borca batıklık ortadan kalkmazsa tasfiye iflâs yoluyla (İİK. hükümlerine göre) yapılacaktır.[235]

Erteleme süresi içinde gündelik işlerin yapılmasına engel olacak büyük ve uzun vadeli yatırımlara girişilmesinin uygun olmadığı, örneğin ortaklığın yeni üretim makineleri gibi yatırım mallarını satın almaktan kural olarak kaçınması gerektiği belirtilmektedir.[236]

VIII - MALVARLIĞININ KORUNMASI TEDBİRLERİ

A- GENEL OLARAK

Mahkeme erteleme kararı verirken ortaklığın malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri alır (TTK., m. 324.II, c.6). Çünkü iflâsın açılmasının aksine ortaklık kural olarak işletme faaliyetine devam edecek, ortaklık organları da işlevlerini sürdü-

---

230 Nitekim İBK.'nun 732.V maddesinde de aynı hüküm yer aldığı halde Federal Mahkeme yukarıda anılan kararında borca batıklık halinde sermaye indirimine bağlı bir arttırımda bu hükme bir aykırılık görmemiştir; Aynı yönde **Forstmoser**, s. 625.

231 Bkz., ve Karş., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2809.

232 Bkz., yuk. § 7, IV, B, 2, c.

233 Bkz., **Böckli**, s. 228; **Bürgi**, OR. Art. 735, N. 10; **Koeferli**, s. 114; **Çevik**, AŞ., s. 450.

234 Karş., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 29.

235 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 18; **Schech**, s. 76.

236 Bkz., **Dubach**, s. 157, dipn. 67.

receklerdir.[237] Bu tedbirlerin hepsinin erteleme kararı verilirken karara bağlanması zorunlu değildir. Mahkeme, gerekli oldukça erteleme süresi içinde başkaca koruma tedbirlerine de başvurabilir.[238]

324. maddede malvarlığını koruma tedbirlerinden sadece ikisi açık olarak belirtilmiştir (f.2, c.6). Envanter tanzimi ve yediemin tayini. Maddede anılan tedbirlerin sınırlı sayı (*Numerus Clausus*) ilkesine tabi olmadığı, kullanılan „gibi" sözcüğünden anlaşılmaktadır.[239] O halde maddede bazı tedbirlerin örnek olarak sayıldığını kabul etmek gerekir.

Malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler alınırken mali durumun iyileştirilmesi amacının gözönünde bulundurulması, bu amacın gerçekleştirilmesini fiilen imkânsız kılacak nitelikte tedbir kararı verilmesinden kaçınılması gerekir.[240] Öte yandan alacaklıların hukuki durumunun iflâsın derhal açılmasına oranla daha kötü bir duruma sokulmaması için bazı koruma tedbirlerine başvurulması kaçınılmazdır. Böylece, bu tedbirler bir yandan malvarlığının erteleme süresi boyunca kayba uğramasını önlerlerken, diğer yandan mali durumun iyileştirilmesi amacına engel olmamalı, tersine hizmet etmelidirler.[241] Yoksa daha başlangıçta iflâsın açılması ve İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde tasfiye sonuna kadar malvarlığının etkin bir biçimde korunması mümkün olabilirdi. O halde denilebilir ki, bu tedbirlere ancak alacaklıların korunması bakımından gerekli olduğu ölçüde ve çeşitli mali durumu iyileştirme tedbirlerine uyum gösterdikleri takdirde başvurulabilir.[242] Ayrıca malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler alınırken alacaklılar arasında eşit işlem ilkesine uyulmalıdır.[243]

Burada en çok rastlanabilecek malvarlığını koruma tedbirleri, özellikle kayyım atanması üzerinde durulacaktır.

B- DEFTER TUTULMASI

324. maddede açıkça öngörülen koruma tedbirlerinden ilki envanter düzenlenmesidir (f.2, c.6). Bununla kasdedilen ortaklık mal ve alacaklarının piyasa değerleriyle ayrıntılı dökümünü içeren bir „Mevcutlar Defteri"nin tutulmasıdır. Bu defter Türk Ticaret Kanunu'nun 66. maddesinde öngörülen envanter defterinden farklıdır. Çünkü erteleme kararı üzerine defter tutulmasıyla güdülen amaç, malvarlığının gerçek durumunu ortaya koymak[244] ve malvarlığı durumundaki değişmeleri yakından iz-

---

237 Bkz., **Dubach**, s. 157, dipn. 63.

238 Bkz., **Giroud**, s. 138.

239 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 99; **Franko**, s. 429; **Koeferli**, s. 168; **Kuru** Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 629; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2812; **Öçal**, Mali Durumun Bozulması, s. 16-17;

240 Bkz., Bkz., **Dubach**, s. 157; **Franko**, s. 430; **Koeferli**, s. 167.

241 Bkz., Bkz., **Dubach**, s. 157; **Franko**, s. 428; **Koeferli**, s. 167.

242 Bkz., **Dubach**, s. 157; **Giroud**, s. 134, 126; **Koeferli**, s. 167, 169; **Schucany**, OR. Art. 725, N. 5.

243 Bkz., **Dubach**, s. 157. Esasen bu ilkeye uyulmaması ortaklık yönetim kurulu bakımından dahi cezai yaptırıma bağlanmıştır, Bkz., İİK., m. 310, N. 4.

244 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2814.

lemektir. Oysa envanter defteri malvarlığı konularının güncel piyasa değerlerini içermez (Bkz., TTK., m. 460 vd.).

Mahkeme ortaklığın mallarının defterinin tutulması işini atayacağı kayyıma vermelidir.[245]

İsviçre öğretisinde 1991 değişikliğinden önce envanter düzenlenmesinin aslında gerçek anlamda malvarlığını korumaya yönelik bir tedbir olmadığı ve buna ancak yargıç tarafından kendisine ibraz edilen bilançoların doğruluğundan şüphe edilmesi halinde gerek duyulabileceği belirtilmekteydi.[246] Bu görüşlerin etkisiyle kaleme alınıp yürürlüğe konulan yeni 725a maddesinde koruma tedbiri olarak envanter düzenlenmesinden söz edilmemiştir. Ancak yeni düzenlemeye göre yargıç atayacağı kayyımın görev ve yetkilerini ayrıntılı bir biçimde erteleme kararında belirlemek zorunda olduğundan (İBK., m. 725a,II) kayyımı defter tutmakla görevlendirmesi mümkün görünmektedir.[247]

Kanımızca bizim hukukumuz bakımından da durum farklı değildir. Tıpkı yasa değişikliğinden önce İsviçre'de olduğu gibi, yargıç düzenlenen bilançonun doğruluğundan şüphe ederse bu tedbire başvurmalıdır. Aksi takdirde bu tedbir zaman kaybına neden olacak ve yarardan çok zarar getirebilecektir.[248] Zaten yasakoyucu bu tedbiri sadece örnek olarak saymış, yoksa bu konuda emredici bir hüküm getirmemiştir (Karş., İİK., m. 208.I).

C- "ORTAKLIK ALEYHİNDEKİ TAKİPLERİN DURDURULMASI"

Yukarıda belirttiğimiz gibi,[249] erteleme süresi verilmekle icra ve iflâs takipleri kendiliğinden duracağından ve ortaklık aleyhine yeni takipler yapılamayacağından bizce böyle bir tedbir kararı almaya gerek yoktur. Ancak uygulamada tereddütleri önlemek, özellikle erteleme kararının ilânı sırasında alacaklıları durumdan haberdar etmek için kararda bu hususa değinilmesinde yarar görülebilir.

Erteleme kararının kendiliğinden takipleri durdurmayacağı kanısında olanlara göre ise, mahkeme ihtiyati tedbir olarak erteleme süresi içinde ortaklık aleyhine hiç bir icra takibi yapılmamasına, başlamış olan icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına karar verebilir.[250] Hatta bu görüşte olanlardan bazıları, anılan tedbirin iflâsın ertelenmesinin normal sonucu olduğu, mahkemenin kural olarak böyle bir tedbire başvuracağı kanısındadırlar.[251]

---

245 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2814.

246 Bkz., **Bürgi** OR 725 N 30; **Funk**, OR. Art. 725, N.4; **Giroud** s.128; **Lanz**, s. 165; **Schech**, s. 69.

247 Bkz., **Dubach**, s. 158; **Koeferli**, yazar **Bürgi**'ye yollama yaparak yargıcın kendisine sunulan bilançonun doğruluğundan şüphe etmesi halinde yeni İBK. 725a maddesine göre de defter tutulmasına karar verebileceğini belirtmektedir, s. 168.

248 Bkz., **Koeferli**, s. 168.

249 Bkz., yuk. § 13, V, B.

250 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 99; **Bürgi**, OR. Art. 725, N.23; **Herold**, s. 147; **Jäger**, SchKG. 192, N.2; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 630; **Kuru**; İcra ve iflâs, s. 2814; **Kuru**, İflâs, s. 137; **Schech**, s. 32; **Üstündağ**, Düşünceler s. 19.

251 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 23.

D- ORTAKLIK ORGANLARININ YETKİLERİNİN KISITLANMASI

Erteleme kararı verilmesi, iflâs kararının aksine (TTK., m. 437, c.2) kendiliğinden ortaklık organlarının yetkilerinin kısıtlanması sonucunu doğurmamakla birlikte, mahkeme ihtiyati tedbir olarak bu yetkilere bazı sınırlamalar getirebilir.[252] Bu konuda ölçü, ortaklık malvarlığının korunması bakımından organların yetkilerine kısıtlama getirilmesinin zorunlu olup olmadığıdır.[253] Eğer malvarlığının korunması bakımından bazı yetkilerin organların elinden alınması gerekiyorsa böyle bir tedbire başvurulmalıdır. Çoğu kez bizzat yönetim kurulu ortaklığın borca batık hale gelmesinde rol oynadığından yargıç bu organın yetkilerine az veya çok sınırlama getirecektir.[254]

Mahkeme yönetim kurulunun bazı işlemlere ilişkin yetkilerini tamamen elinden alabileceği gibi, bu işlemlerin yapılmasını kayyımın veya bizzat kendisinin onayına bağlı tutabilir.[255] Ancak başta yönetim kurulu olmak üzere ortaklık organlarında kalan yetkiler ve bu yetkilerdeki kısıtlamalar erteleme kararından açık bir biçimde anlaşılmalıdır.[256] Yargıç çoğu kez bir kayyım atayacak ve yönetim kurulunun elinden aldığı yetkileri bu kişiye devredecektir. Aşağıda kayyımın görev ve yetkilerini incelerken bu konuya ayrıca değineceğiz.

Özellikle denetçilerin yetkilerinin erteleme kararından ne ölçüde etkileneceği tartışma konusu yapılmaktadır. Bir görüşe göre,[257] denetçilerin görevleri erteleme kararı verilmekle gereksiz hale gelir. Çünkü yargıç yönetim kurulunu gözetim görevini atayacağı kayyıma verecektir. Denetçiler kayyımı da denetleyemeyeceklerine göre bu organın önemi büyük ölçüde azalacaktır.

İsviçre hukukunda bu görüşe eleştiri getirilirken, denetçilerin esasen yönetim kurulunun iş ve işlemlerini gözeten bir organ olmadığı, ortaklık hesaplarının ve iş yılı sonuçlarının denetimi görevinin ise (İBK., m. 728) erteleme kararından etkilenmeyeceği belirtilmektedir.[258] Ancak birinci bölümde de üzerinde durduğumuz gibi, bizim hukukumuzda denetçilerin görevi İsviçre hukukundan daha geniş olup yönetim kurulunun bütün iş ve işlemleri denetim kapsamındadır (TTK., m.353.I). Fakat her iki hukuk sisteminde de denetçilerin görevi genel kurulu toplantıya çağırmak gibi haller dışında kural olarak pasif niteliktedir. Oysa kayyıma hem gözetim, hem de işlemlere izin veya icazet verme yetkileri tanınabilir. Gerçi, denetçilerin yönetim kurulunun iş ve işlemleri ile ortaklık hesapları ve iş yılı sonuçları hakkında genel kurula rapor verme görevleri devam edecektir (TTK., m. 353.I,N.1,6, 354). Ancak bu halde ortaklığın geleceği hakkında karar verme yetkisi mahkemeye ait olduğun-

---

252 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 99; **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 28; **Kuru**, İcra ve iflâs, s. 2814; **Giroud**, s. 134; **Herold**, s. 149; **Jäger**, SchKG. 192, N.2; **Lanz**, s. 166; **Schech**, s. 46; **Schmid**, s. 64; **Atalay**, s. 137.

253 Bkz., **Arslanlı**, AŞ., I, s. 99; **Giroud**, s. 134; **Koeferli**, s. 169; **Kuru**, İcra ve iflâs, s. 2814; **Kuru**, iflâs, s. 137.

254 Bkz., **Koeferli**, s. 169.

255 Bkz., **Koeferli**, s. 169.

256 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 28; **Giroud**, s. 135; **Koeferli**, s. 169; **Schech**, s. 45; **Schmid**, s. 55 vd.

257 Bkz., **Giroud**, s. 147.

258 Bkz., **Lanz**, s. 168.

dan kayyım tarafından yapılan gözetim çok daha fazla önem kazanmakta, denetçilerinki sembolik nitelikte kalmaktadır.

Erteleme kararında kısıtlama getirilmedikçe genel kurulun yetkileri de kural olarak bir değişikliğe uğramaz. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, genel kurul erteleme süresi içinde ortaklığın feshine karar veremez.[259] Ayrıca erteleme kararında bazı işlemlerin yapılması kayyımın onayına bağlanmışsa genel kurulun yetkileri gene kısıtlanmış olur. Genel kurul bu işlemlerin kayyımın iradesine aykırı olarak yapılması hakkında yönetim kurulunu bağlayıcı nitelikte karar (TTK., m. 379) alamaz.

E- ORTAKLIĞIN İŞLETME FAALİYETİNİN DURDURULMASI

Bazı hallerde ortaklığın borca batık durumdayken işletme faaliyetine devam etmesi özellikle alacaklıların çıkarı bakımından sakıncalı görülebilir. Bu durumda mahkemece işletmenin geçici olarak kapatılmasına, işletme faaliyetinin durdurulmasına karar verilmesi mümkündür.[260] Bununla birlikte bazı yazarlar işletme faaliyetinin durdurulmasının mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerine zarar vermesi bakımından uygun bir koruma tedbiri olmadığına işaret ederler.[261]

Mali durumun iyileştirilmesi her zaman işletme faaliyeti ile gerçekleştirilmez. Sermayenin tamamlanması, konkordato teklifi ve onaylanması gibi iyileştirme tedbirleri ortaklığın işletme faaliyetinden bağımsızdır. İşte ancak bu istisnai hallerde işletme faaliyetinin tamamen durdurulması gündeme gelebilir.[262] Ancak bu tedbirlerden sonra işletmenin kârlı ve verimli hale geleceği de söylenebilmelidir. Bazı hallerde ise işletmenin tamamının değil de, bir kısmının faaliyetinin tatil edilmesi uygun görülebilir. Ortaklığın mali yapısı düzelinceye kadar bazı işletme kısımlarının faaliyetine ara verilmesi zarar miktarının büyümesini ve alacaklıların bu zarar dolayısıyla iflâsın derhal açılmasına oranla daha kötü bir duruma düşmelerini önler.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işletmenin zarar eden kısımlarının devre dışı bırakılması sadece bir malvarlığını koruma tedbiri değildir. Çoğu kez aynı zamanda bir iyileştirme tedbiridir. İyileştirme planı çerçevesinde ve bununla işletme bünyesinde gerçekleştirilmeye çalışılan yapı değişikliği (*Umstrukturierung*) doğrultusunda özellikle işletmenin zarar eden kısımlarının kapatılması pekalâ düşünülebilir. Bazen mali durumun iyileştirilmesi bakımından yegane çare bu olabilir.[263]

F- ALACAKLILAR TOPLANTISI VEYA ALACAKLILAR KOMİSYONLARI

Erteleme süresi içinde yargıcın veya yetki verdiği kayyımın kararına dayanılarak alacaklılar tarafından toplantı yapılabilir veya komisyonlar kurulabilir.[264] An-

---

259 Bkz., yuk. § 13, V, A.

260 Bkz., **Arslanlı**, AŞ.,I, s. 99; **Bürgi**, OR. Art. 725, N.28; **Funk**, OR. Art. 725, N.4; **Jäger**, SchKG., 192, N.2; **Schmid**, s. 58; **Schucany**, OR. Art. 725, N.5; **Üstündağ**, Düşünceler s. 20.

261 Bkz., **Schmid**, s. 56; **Koeferli**, s. 173 vd.; **Schucany**, OR. Art. 725, N.5.

262 Bkz., **Schmid**, s. 58; **Koeferli**, s. 174.

263 Bkz., **Koeferli**, s. 174.

264 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 28; **Dubach**, s. 158; **Atalay**, s. 138; **Giroud**, s. 136; **Herold**, s. 149; **Schech**, s. 50; Karş., **Schmid**, s. 58;

cak iflâstakinin aksine (İİK., m. 221-237) bu toplantılarda bağlayıcı nitelikte kararlar alınamaz. Sadece yargıca ve kayyıma öneri niteliğinde karar verilebilir.[265] Alacaklılar ancak erteleme süresi içinde konkordato teklifinde bulunulursa bir etkiye sahip olabilirler.

Malvarlığını koruyucu bir etkisi bulunmadığı için böyle bir tedbire başvurulmaması gerektiğini savunanlar da vardır.[266] Alacaklıların sayısı fazlaysa, bu tedbir önemli bir işlevi yerine getirebilir. Alacaklıların malvarlığının korunmasındaki ve mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin uygulanmasındaki şikâyetleri yargıca daha kolay iletilebilir. Sayı azsa, yargıç gerektiğinde alacaklıları dinlemekle yetinebilir.[267]

G- KAYYIM ATANMASI

1- Hukuki Niteliği

324. maddede açıkça öngörülen tedbirlerden biri de kayyım atanmasıdır (f.2, c.6). Gerçi maddede „yediemin tayini"nden söz edilmektedir. Ancak öğretide[268] ve yargı kararlarında[269] haklı olarak belirtildiği gibi, yediemin sözcüğü ile kasdedilen gerçekte „kayyım"dır.[270] Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725a maddesinin 2. fıkrasında (Almanca metinde) „kayyım (veya komiser)" anlamına gelen „*Sachwalter*" sözcüğü kullanılmıştır. İsviçre^de aynı sözcük konkordato komiseri anlamında da kullanılmaktadır (Bkz., İsv.İİK., m.293). 324. maddede yediemin sözcüğünün kullanılması her halde bir çeviri hatasının sonucudur. Haciz sırasında haczedilen malların korunması için görevlendirilen üçüncü kişiye (İİK., m. 88.II) uygulamada „yediemin" denilmektedir. Yedieminin görevi sadece borçlunun mallarını korumaktan ibarettir. Oysa iflâsın ertelenmesi durumunda kendisine böyle bir görev verilmiş yediemin atanması mümkün değildir. Çünkü esasen iflâsın ertelenmesinin amacı ortaklığın işletme faaliyetini sürdürerek mali durumunu iyileştirmesine imkân sağlamaktır.[271]

Mahkemenin erteleme kararıyla birlikte bir kayyım ataması zorunlu mudur? Yasa hükmü bu konuda açık değildir (Bkz., m. 324.II, c.6). Oysa konkordato usu-

---

265 Bkz., **Bürgi**, yazar ayrıca bu toplantılarda hiçbir zaman ortaklığın işlerinin yürütümüne müdahale niteliğinde karar alınamayacağını belirtmektedir, OR. Art. 725, N. 28; **Dubach**, s. 158; **Giroud**, s. 136; **Schmid**, s. 56; **Atalay**, s. 138. Karş., **Schech**, yazar alacaklılar komisyonunun erteleme süresi konusunda söz sahibi olması gerektiğini savunmaktadır, s. 51.

266 Bkz., **Koeferli**, s. 173; **Schmid**, s. 58.

267 Bkz., **Dubach**, s. 158.

268 Bkz., **Berkin**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 173; **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâsı, s. 629; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2812; **Franko**, s. 428; **Domaniç**, AŞ., s. 547-548; **Pekcanıtez**, s.56, dipn. 116.

269 **Y.11. HD**'nin 10.5.1983 tarih ve ,2321/2462 sayılı kararında yerel mahkeme „yediemin"den söz ederken Yargıtay'ın „kayyım" terimini kullandığı görülmektedir. Karar için Bkz., **Eriş**, TTK., I, s.938-939.

270 **Kuru** komiser sözcüğü konkordato komiseri ile karıştırılabileceği için „kayyım" sözcüğünü tercih etmektedir.Yazara göre KK.'nun 63.III maddesinde buna „yönetim memuru" denilmesi de 324. maddedeki yediemin sözcüğünün teknik anlamda kullanılmadığını göstermektedir, İcra ve iflâs, III, s. 2813.

271 Bkz., bu yönde **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2812.

lünde tetkik mercii bir komiser atamak zorundadır (İİK., m. 287.II). Her ne kadar 324. maddeden malvarlığının korunması tedbirlerinin örnek olarak sayıldığı anlaşılmakta ise de (f.2, c.6) kayyım atanması diğer tedbirler arasında özel olarak sayılmıştır. Öte yandan diğer bazı malvarlığını koruma tedbirleri (örneğin defter tutulması) bizzat kayyım eliyle yürütülecektir Öğretide de bu nedenle mahkemece kural olarak bir kayyım atanacağı belirtilmektedir.[272] İsviçre'de yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, uygulamada mahkemelerin kayyım atamaya gerek görmedikleri durumlara çok fazla rastlanmamaktadır.[273] Bununla birlikte özel bazı durumlarda kayyım atanması gerekmeyebilir. Örneğin iyileştirme (konkordato gibi) somut ve belli bir tedbirin uygulanmasıyla gerçekleştirilecekse kayyım atanmasına gerek duyulmayabilir. Ayrıca pek pratik olmasa da duruma göre yargıç bazı işlemlerin onayı yetkisini kendisine bırakabilir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu' nun yeni 725a maddesinde mahkemenin „kayyım atayabileceği" belirtilmekle yetinilmiştir (f.2). [274]

Kayyım, mahkemece atanmakla tıpkı konkordato komiseri gibi alacaklılarla borçlu arasındaki çıkar dengesini kurmakla görevlendirilmiş resmi bir organ statüsüne kavuşur.[275] Resmi sıfat erteleme kararında verilen görevlerle sınırlıdır.[276]

Kayyımın işlemlerine ticaret mahkemesi nezaret eder. Bu kişinin işlemlerine karşı şikâyet merci -konkordato komiserininkinde olduğu gibi tetkik mercii değil- kayyımı atayan ticaret mahkemesidir (Karş., İİK., m. 287.IV yollamasıyla m.16).[277]

Kayyımın işlemlerinden veya görevini ihmalinden dolayı zarar gören herkes ticaret mahkemesine şikâyette bulunabilir. [278] Örneğin alacaklılar ve yönetim kurulu bu yetkiye sahiptir. Burada konkordato komiserinin işlemlerine karşı şikâyet bakımından da geçerli olan 7 günlük sürenin uygulanamayacağı kanısındayız (Karş., İİK., m. 287 yollamasıyla m. 16).

Yargıç duruma göre bir veya bir kaç kişiyi kayyım olarak atayabilir. Kayyımın gerçek kişi olma zorunluluğu yoktur. Tüzelkişiler de kayyım olarak atanabilir.[279]

Kayyım görevine kural olarak mahkeme kararıyla atandıktan ve böylece resmi sıfatı kazandıktan sonra başlar. Yargıç bazı hallerde göreve başlama tarihini ayrıca belirleyebilir.[280]

---

272 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2813.

273 **Dubach**'ın aktardığı araştırmaya göre, İsviçre'de 1996 yılında mahkemeler, toplam iflâsın ertelenmesi kararlarının % 73'ünde kayyım atamışlardır, Toplam erteleme kararlarının % 58'inde ise mahkemeler yönetim kurulunun işlemlerini kayyımın onayına tâbi tutmuşlardır, Bkz., **Dubach**, STG- Seminar: Unternehmungen in der Krise", Bern 13.^.1997'den naklen, s. 157, dipn. 70.

274 Bu konuda Bkz., **Koeferli**, s. 170. Fakat bu değişiklikten önce de İsviçre öğretisinde yargıcın kayyım atamak zorunluluğunun bulunmadığı belirtilmekteydi, Bkz., **Giroud**, s. 129.

275 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 31; **Funk**, OR. Art. 725, N.4; **Jaeger**, SchKG. 192, N.2; **Giroud**, s.129 vd; **Herold**, s. 149; **Koeferli**, s. 170; **Schech**, s. 78; **Schmid**, s. 56.

276 Konkordato komiserinde de durum aynıdır, Bkz., **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 548.

277 Bu konuda ayrıca Bkz., **Giroud**, s. 130; **Koeferli**, s. 170; **Schmid**, s. 55.

278 Bkz., **Dubach**, s. 158; **Herold**, s. 151; **Koeferli**, s. 171; **Schmid**, s. 55.

279 Bu konularda Bkz., Bkz., **Dubach**, s. 157, dipn. 69; **Giroud**, s. 129; **Koeferli**, s. 170; **BGE**, 104, III, 1.

280 Bkz., **Giroud**, s. 131; **Schmid**, s. 54.

Mahkemenin atadığı kayyıma kural olarak ortaklık ve alacaklılar tarafından itirazda bulunulmaması gerekir.[281] Çünkü, mali durumun iyileştirilmesi çabalarının başarıya ulaşması ortaklıkla kayyımın işbirliği içinde çalışmasına bağlıdır, Öte yandan, alacaklıların istemedikleri bir kişiyle yapılan mali durumun iyileştirilmesi görüşmeleri de yeterince verimli geçmeyebilir.[282] Bu nedenle alacaklılar veya ortaklığın arzu etmedikleri bir kişinin kayyım olarak atanmasından kaçınılmalı, itiraz durumunda ise mahkeme yeni bir kayyım atamalıdır. Eğer, ortaklık veya alacaklılardan biri belli bir kişinin kayyım olarak atanmasını teklif ederse, yargıç önemli bir sebep olmadıkça bu teklife uymalıdır.[283]

Kayyım yeterli neden gösterirse erteleme süresi içinde görevini bırakabilir. Mahkeme de kayyımı azledebilir.[284] Alacaklıların veya ortaklığın şikâyeti üzerine mahkeme bu kararı alabileceği gibi, kayyımın verdiği raporların yetersiz bulunması da aynı sonucu doğurabilir Her halde kayyımın görevi erteleme kararının kaldırılmasıyla ve mali durumun kesin olarak iyileştirilmesiyle birlikte sona erer.[285]

Kayyıma hizmeti karşılığı ödenecek ücreti yargıç belirler.[286] Bu ücret ortaklık tarafından peşin olarak ödenir.[287]

Öğretide genellikle kayyımın hukuki sorumluluğunun tasfiye memurlarının hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olduğu kabul edilmektedir (Bkz., TTK., m. 450 yollamasıyla 224,219.IV).[288] Bu durumda kayyım kusursuz olduğunu ispat etmedikçe sorumlu olacaktır (TTK., m. 224.I). Aynı şekilde kayyımın işlediği haksız fiillerden ortaklık da sorumlu olur (TTK., m. 219.IV). Gerçi ortaklıkla kayyım arasında sözleşmeden doğan bir hukuki ilişki yoktur. Ancak kayyımın işlemlerinden ve fiillerinden zarar görenlerin korunması açısından bu görüş yerindedir.

2- Kayyımın Görev ve Yetkileri

324. maddede kayyıma ne tür yetkiler verileceği hususu düzenlenmemiştir. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725a maddesinde, kayyım atayan mahkemenin yönetim kurulunun yetkilerini tamamen elinden alabileceği gibi,[289] yönetim kurulu kararlarını kayyımın onayına tabi tutabileceği, ayrıca erteleme kararında atanacak

---

281 Bkz., **Dubach**, s. 157.

282 Bkz., **Dubach**, s. 158.

283 Yönetim kurulu belli bir kişiyi kayyım olarak teklif ederse, mahkeme kural olarak –en azından- alacak miktarı fazla olan alacaklılara davette bulunarak onları dinlemeli, böylece alacaklılarla ortaklık arasında görüş birliği sağlamaya çalışmalıdır. Bu konularda Bkz., **Dubach**, s. 158.

284 Bkz., **Giroud**, s. 131; **Koeferli**, s. 171; **Schmid**, s. 55.

285 Bkz., **Giroud**, s. 131; **Herold**, s. 150; **Koeferli**, s. 171; **Schmid**, s. 55.

286 Bkz., **Herold**, s. 150; **Koeferli**, s. 172; **Schech**, s.88; **Schmid**, s. 65.

287 Bkz., **Bürgi**, OR. Art., 725, N. 32; **Dubach**, s. 158; **Funk**, OR. Art. 725, N.4; **Giroud**, s. 132; **Koeferli**, s. 172; **Schmid**, s. 54.

288 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 753/54, N. 122; **Funk**, OR. Art. 754, N.8; **Giroud**, s. 131 vd;

289 **Dubach**'ın aktardığı araştırmaya göre İsviçre'de 1996 yılında mahkelemerin verdikleri toplam erteleme kararları içinde yönetim kurulunun yetkilerinin tamamen elinden alındığı haller % 8'i geçmemektedir, Bkz., **Dubach**, STG- Seminar: Unternehmungen in der Krise", Bern 13.^.1997'den naklen, s. 157, dipn. 70.

kayyımın görev ve yetkilerinin ayrıntılarıyla belirlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (f.2).[290] Görüldüğü gibi bu hüküm karşısında kayyımı geniş yetkilerle donatmak mümkündür. Bu hüküm özellikle borca batıklığın daha çok iç nedenlerden dolayı ortaya çıkması halinde[291] mali durumun iyileştirilmesini mümkün olduğu kadar etkili bir şekilde sağlamayı amaçlamaktadır.[292] Böylece kayyım daha geniş bir hareket alanına kavuşmuş olacak, bu sayede yönetim kurulunun eksiklik ve yetersizliklerini kendi teknik bilgi ve deneyimi ile kapatma imkânını bulabilecektir.[293]

Hukukumuzda da, mahkemenin, ortaklığın işlerine atayacağı kayyım nezaretinde devam etmesine karar verebileceği belirtilmektedir.[294] Ancak Türk öğretisinde malvarlığının korunması tedbirleri bakımından fazla ileri gitmemek eğiliminde olanlar vardır. Çünkü aksi takdirde ortaklığın eli kolu bağlanmış olur ve erteleme amacına ulaşamaz.[295] Nitekim bir görüşe göre yönetim kurulunun yetkilerinin tamamen elinden alınması bir yana her kararı ve işleminin kayyım onayına tabi tutulması dahi mümkün değildir.[296] Halbuki, İsviçre öğretisinde 1991'deki yasa değişikliğinden önce de kayyıma geniş yetkiler verilebileceği kabul edilmekteydi. Buna göre mahkeme önce ortaklığın işletme faaliyetine devam edip etmeyeceği konusunda bir karar vermelidir. Eğer mahkeme, işletme faaliyetinin devamına karar vermişse işletmenin şimdiye kadarki yönetim kurulu tarafından mı, yoksa atayacağı bir kayyım tarafından mı yönetileceğini kararında belirtmelidir. Mahkeme karma bir çözüm olarak işletme faaliyetinin kayyım gözetiminde yönetim kurulu tarafından sürdürülmesine de karar verebilir.[297] İsviçre yasakoyucusu yargıcın koruma tedbirleri alırken ve özellikle kayyımın yetkilerini belirlerken çekingen davranmasını önlemek istemiştir. Mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin rahatlıkla uygulanabilmesi bakımından ortaklık yönetimine mümkün olduğu kadar serbesti tanınması yerinde görülebilir. Ancak bu konuda kesin bir yargıya varmamak ve yargıcın somut olayın şartlarına göre yönetim kuruluna ait yetkileri tamamen kısıtlamaya dahi yetkili olduğunu kabul etmek daha doğru olur.[298] Belirtmek gerekir ki, bu konuda verilecek karar büyük ölçüde yargıcın yönetim kuruluna olan güven derecesine bağlıdır.[299]

---

290 Bu konuda Bkz., Bkz., **Dubach**, s. 157; **Koeferli**, s. 171.

291 Bkz., yuk. § 10, I, B, 2.

292 Bkz., **Koeferli**, s. 169.

293 Bkz., **Dubach**, s. 150.

294 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2815.

295 Bkz., **Franko**, yazar **Jäger**'in fikrinden yola çıkarak erteleme halinde yasada öngörülen koruma tedbirlerinden başka taşınmazlar üzerinde devir işlemlerini önlemek için tapu sicilinde şerh verilmesi tedbirinin kabul edilebileceğini, bunun dışındaki koruma tedbirlerine ancak olsağanüstü şartlarda başvurulabileceğini öne sürmektedir, s. 430. Bu görüş karşısında haklı olarak şu soruyu sormak gerekir. Başka koruma tedbiri alınması mümkün değilse kayyım neyi, hangi hakka dayanarak denetleyecektir? Kayyımın görevi sadece defter tutmaktan mı ibaret olacaktır?

296 Bkz., **Kuru.**, Sermaye Şirketlerinin İflâsı, s. 631; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2815.

297 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 28; **Funk**, OR. Art. 725, N.4; **Giroud**, s. 134 vd; **Jäger**, SchKG. 192, N.2; **Lanz**, s. 165; **Schech**, s. 44; **Schmid**, s. 55 vd; **Schucany**, OR. Art. 725, N. 5;

298 Bkz., **Üstündağ**, yazar mahkemenin geniş takdir yetkisine değinmektedir, Düşünceler, s. 20.

299 Bkz., **Giroud**, s. 134; **Schech**, s. 44.

Mahkeme somut olayın şartlarına göre kayyımın görev ve yetkilerini tespit etmeli ve erteleme kararında açık bir biçimde belirtmelidir.[300] Bazı hallerde kayyıma sadece yönetim kurulunun işlemlerini gözetmek, ortaklık yönetimine öneride bulunma ve durumu rapor etme görevi verilmesi yeterli görülebilir. Bazı hallerde ise kayyımı yönetim kuruluna talimat verme yetkisiyle donatmak veya bu kurulun işlemlerinden bazılarını ya da tümünü kayyımın onayına tabi tutmak daha uygun düşebilir. Ayrıca ortaklığın yönetiminin tamamen kayyıma bırakılması da mümkündür. [301]

Fakat her halde kayyım mali durum hakkında mahkemeye rapor vermekle yükümlüdür. Kayyım mali durumun iyileştiği kanısına varırsa erteleme kararının kaldırılması, tersi durumda iflâsın açılması yönündeki önerisini raporuyla birlikte mahkemeye sunacaktır.[302] Ayrıca kayyım ortaklık yönetiminin kendi öneri veya talimatlarına uymadığını mahkemeye rapor ederse, mahkeme bu rapor üzerine erteleme kararının kaldırılmasına ve iflâsın açılmasına karar verebilir.[303]

Aynı şekilde kayyım ortaklığın mali durumunun iyileşmesi ihtimalinin devam ettiğine ilişkin rapor da verebilir.[304]

H- DİĞER TEDBİRLER

Erteleme süresi içinde malvarlığını korumaya yönelik tedbirlerin sınırlı sayı ilkesine tâbi olmadığını belirtmiştik. Gerçekten mahkeme malvarlığının alacaklılar zararına daha fazla kayba uğramasını önlemek için başkaca koruma tedbirlerinin uygulanmasına da karar verebilir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 920. maddesi gereğince taşınmazların üçüncü kişilere devrini önlemek için tapu siciline şerh verilmesi yolunda tedbir kararı alınabilir.[305] Hatta bazı yazarlar erteleme kararıyla birlikte zorunlu olarak böyle bir tedbire başvurulması gerektiğini savunmaktadırlar.[306] Kanımızca koruma tedbirleri bakımından kesin yargılardan kaçınılmalıdır. Yargıç somut olayın şartlarına göre böyle bir tedbiri uygulamak gereğini duymayabilir.[307] Örneğin

---

300 Örneğin **Y.11. HD**'nin 10.5.1983 tarih ve ,2321/2462 sayılı kararına konu olayda yerel mahkeme kayyıma alacaklılar lehine tapuda ipotek tesis etme yetkisi vermiştir. Bu uygulama doğrudur. Mahkeme kayyıma bazı işlemlerde ortaklığı temsil yetkisi verebilir. Karar için Bkz., **Eriş**, TTK.Şerhi, s.938-939. İsviçre hukukunda aynı yönde **Giroud**, s. 130; **Koeferli**, s. 171; **Schmid**, s. 54.

301 Bkz., **Bürgi**, OR. Art. 725, N. 28; **Giroud**, s. 130; **Koeferli**, s. 171; **Lanz**, s. 165; **Schmid**, s. 54. Bkz. ve Karş., Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2815.

302 Bkz., **Domaniç**, AŞ., s. 548; **Koeferli**, s. 171.

303 Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2815.

304 Örneğin **Y.11. HD**'nin 10.5.1983 tarih ve ,2321/2462 sayılı kararına konu olayda kayyım böyle bir rapor vermiş ve erteleme süresinin uzatılmasının uygun olacağını belirtmiştir, Karar için Bkz., **Eriş**, TTK.Şerhi, s.938-939.

305 Bkz., **Dubach**, s. 158; **Franko**, s. 429; Bkz., **Koeferli**, s. 168; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2815; **Giroud** s.127 vd.; **Lanz**, **Schmid**, s. 56; s. 165; **BGE** 101 III 106

306 Bkz., **Giroud**, s. 129.

307 Bkz., **Schmid**, s. 56; **Koeferli**, yazarın bu konudaki görüşü daha açıktır. Yazara göre eğer amaca uygunluk yönünden böyle bir tedbirin alınması zorunlu değilse bu tedbire başvurulmayabilir. Her durumda bu tedbirin ertelemenin amacına hizmet ettiği söylenemez. Konu yargıcın takdirine bağlı bulunmaktadır, s. 168.

bazı hallerde mali durumun iyileştirilmesi yapılan birtakım işlemlerle çoktan garanti altına alınmış olabilir. Bazı hallerde ise takdir yetkisi kullanılırken daha dikkatli davranmak gerekebilir. Gerçekten, işletmeye gelir getirmeyen bir taşınmazın satılarak, yerine fizibilite raporlarına uygun yeni bir taşınmazın veya işletmenin devralınması mali durumun iyileştirilmesi bakımından zorunlu görülüyorsa yargıcın böyle bir işlemin en azından kayyım gözetiminde yapılmasına karar vermesi uygun olur.[308] Malvarlığının korunması, aktiflerin olduğu gibi muhafaza edilmesi değil, çoğu kez iyileştirme planına uygun olarak değişime, dönüşüme uğraması, ama değerinden bir şey kaybetmemesi anlamına gelir.[309]

IX - ERTELEME KARARININ KALDIRILMASI

Erteleme kararının kaldırılması erteleme süresi içinde mali durumun iyileştirilmesi veya iyileştirilememesi ihtimallerine göre ayrı ayrı ele alınmalıdır:

A- MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLMESİ DURUMUNDA

Erteleme süresi içinde ortaklığın mali durumu iyileştirilirse mahkeme erteleme kararının kaldırılmasına ve iflâsın açılmasına yer olmadığına karar vermekle yetinir. Bu karardan sonra ortaklık normal faaliyetine devam eder. Erteleme süresi içinde konkordatonun onaylanması halinde de erteleme kararı kaldırılır. Ortaklık varlığını ve işletme faaliyetini sürdürür.[310] Ancak mevcudun terki suretiyle konkordatoda ortaklık infisah eder.

B- MALİ DURUMUN İYİLEŞTİRİLEMEMESİ DURUMUNDA

Erteleme süresi boyunca ortaklığın mali durumu iyileştirilemezse veya mahkemece özellikle kayyımın olumsuz raporu gözönünde bulundurularak iyileştirmenin mümkün olmadığı kanısına varılırsa iflâsın açılmasına karar verilir.[311]

Ortaklığa erteleme süresi içinde konkordato süresi verilmesine rağmen konkordato onaylanmazsa gene iflâsın açılmasına karar verilmesi gerekir.

---

[308] Bkz., **Dubach**, s. 157.
[309] Bkz., **Dubach**, s. 157.
[310] Bkz., **Kuru**, Sermaye Şirketlerinin iflâs, s. 632; **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2818-2819.
[311] Bkz., **Kuru**, İcra ve iflâs, III, s. 2811; **Lanz**, s. 167; **Çevik**, AŞ., s. 528.

SONUÇ

Sermaye kaybı ve borca batıklık, ödeme güçlüğü ve aciz halinden farklı olarak ortaklığın sermaye ve malvarlığı yapısının bozulması anlamına gelir. Sermaye kaybı öz kaynakların esas sermayenin altına inmesi, borca batıklık ise malvarlığının borçları karşılamaya yetmemesidir. Başta Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi olmak üzere yasakoyucu sermaye kaybı ve borca batıklığa birtakım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Öngörülen hukuki sonuçları iki ana gruba ayırmak mümkündür: Alacaklıların çıkarlarını korumaya yönelik tedbirler ve ortaklığın bozulan mali durumunun iyileştirilmesine yönelik tedbirler. Her iki grup tedbir de malvarlığının korunması ilkesinin gereği olarak öngörülmüşlerdir. Bu tedbirler mali durumdaki bozulmanın derecesine, göre değişen oranlarda olmakla birlikte çoğu kez bir arada uygulanırlar. Bunun yanısıra konuya ilişkin düzenleme kamunun aydınlatılması ilkesine de belirli ölçüde hizmet eder.

1/2 oranında sermaye kaybı halinde yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasında ön plandaki amaç, pay sahiplerinin durumdan haberdar edilerek, mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin uygulanmasına imkân sağlamaktır. Ayrıca genel kurulun toplantıya çağrılması sırasında durum aleniyet kazandığından mevcut ve gelecekteki pay sahiplerine ve ortaklıkla ilişki içindeki üçüncü kişilere kendi çıkarlarını korumak amacıyla gerekli tedbirleri almak ve hukuki durumlarını gözden geçirmek yolu açılmaktadır. Bu aşamada henüz alacaklıların çıkarlarını korumaya yönelik özel tedbirler öngörülmemiştir.

324. maddenin 1. fıkrasında 1/2 oranında sermaye kaybına ilişkin olarak öngörülen tedbir, hükmün getirilme amacına uygun kapsamda değildir. Fıkrada sadece durumun yönetim kurulunca genel kurula bildirilmesi tedbirine açıkça yer verilmiştir. Oysa hükmün en az bunun kadar önem taşıyan bir amacı da genel kurulda mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında karar alınmasına imkân sağlamaktır. Genel kurulda bir iyileştirme tedbirinin karara bağlanabilmesi için ise gündemde buna ilişkin bir madde bulunması gerekir. Bu nedenle İsviçre Hukukunda olduğu gibi yönetim kurulunu genel kurula mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirler hakkında teklifte bulunmak ve bu hususta gündeme madde koymakla yükümlü kılan bir yasa değişikliği yapılması yerinde olacaktır. Ancak mevcut yasal düzenleme yönetim kurulunun genel kurula hiçbir teklif götürmekle yükümlü olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Bir kere şunu vurgulamak gerekir ki, 324. maddenin 1. fıkrası, mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin sadece genel kurulca alınmasını amaçlamamaktadır. Ortaklığın yönetim kurulu da mali durumda önemli bir dönüm noktası sayılan bu aşamada bazı yükümlülükler altına girmektedir. Bu yükümlülükler üyelerin özen borcunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadırlar. Yönetim kurulu herşeyden önce bu andan itibaren zaten gözetmekle yükümlü olduğu ortaklığın mali durumunu daha fazla dikkatle izlemek zorundadır. Ayrıca yönetim kurulu, kendi görev alanına giren iyileştirme tedbirlerini bizzat devreye sokmak durumundadır. Yönetim

kurulunun takdirine göre eğer ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi esas sermayenin indirilmesi veya indirimle eş zamanlı olarak artırılması gibi genel kurulun yetki alanına giren bir kararın alınmasına bağlıysa gündeme bu konuda madde konulması özen borcu başta olmak üzere kendisine yüklenen yükümlülüklerin zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Eğer yönetim kurulu iyileştirme tedbirleri bakımından objektif özen ölçüsünün gerekli kıldığı şekilde hareket etmemişse hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Sermaye kaybını genel kurula bildirim yükümlülüğü yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden olduğundan bölünmeye veya terhise konu yapılamaz. Yönetim kurulunun ihmali halinde bildirim denetçiler tarafından yapılır.

2/3 oranında sermaye kaybı halinde de ilk başta gelen amaç, mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin alınmasını sağlamaktır. Hatta mali durumun iyileştirilmesi için alınacak tedbirler yasada açıkça belirlenmiştir (TTK., m. 324.II, c.2). Aslında bu hükümle mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri bakımından bir sınırlandırma getirilmek istenmemiştir. Sadece mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin asgari muhtevası emredici bir biçimde, fakat alternatif olarak belirlenmiştir. Yasaya göre genel kurul ya sermayenin tamamlanmasına, ya da kalan sermaye ile yetinmeye karar vermek zorundadır. Alternatif olarak öngörülen kararlar (tedbirler) için seçilen terimler yeterli açıklıktan uzaktır. Bu nedenle öğretide ve yargı kararlarında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Kanımızca kalan sermaye ile yetinme kararı, öz kaynaklar ile esas sermaye arasında zararlar sonucu ortaya çıkan dengesizliğin öz kaynaklar lehine giderilmesi, yani esas sermayenin fiili öz kaynaklar miktarına kadar indirilmesi anlamına gelir. Bunun için zaten yönetim kurulunu alacaklıları davet ve haklarını ödeme veya temin etme yükümlülüğünden kurtaran özel bir esas sermaye indirimi türü öngörülmüştür (TTK. m.397.II). Sermaye kaybını gidermek amacını güden böyle bir özel hüküm varken yetinme kararını mevcut dengesizliğin olduğu gibi bırakılması kararı şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Bu herşeyden önce 324. maddenin mali durumun iyileştirilmesi amacıyla bağdaşmaz. Basitleştirilmiş esas sermaye indirimi adını verdiğimiz bu indirim türü mali durumun iyileştirilmesini sağlayan "salt bilançosal" nitelikte bir iyileştirilme tedbiri olarak kabul edilmektedir. Bu yolla mali durumun iyileştirilmesi amaçlandığından ve anılan indirim türünde yasakoyucu esasen alacaklılara bir itiraz hakkı tanımadığından öğretideki baskın görüşün aksine genel kurul sermaye indirimi alternatifini seçtiği takdirde alacaklıların fesih davası açamayacakları kanısındayız. 397. maddenin 2. fıkrası sermaye kaybının bilançodan atılması amacını güden esas sermaye indiriminde alacaklılara bir itiraz hakkı tanımamışken 324. maddede öngörülen durumda aksi sonuca varmayı haklı gösterecek bir neden yoktur. Eğer bu yolla malvarlığı yapısını istikrara kavuşturmak isteyen bir ortaklık alacaklılara teminat göstermek zorunda bırakılırsa indirim kararı amacına ulaşamayacaktır. Ayrıca esas sermaye indirimi sonucu sermaye kaybı giderildiğine göre, alacaklıların bu halde fesih davası açabileceklerini kabul etmek 436. maddenin lâfzına da aykırı düşer. Alacaklıları korumak amacıyla Alman Hukukunda olduğu gibi, sermayesini indirmiş olan ortaklık hakkında kâr payı dağıtımı sınırlamaları geti-

rilmesi önerilebilirse de bu konuda da fazla ileri gidilmemesi gerekir. Yoksa esas sermaye indirimi yoluyla mali durumun iyileştirilmesi gene mümkün olmaz.

Yasanın öngördüğü diğer alternatif olan sermayenin tamamlanması kararı ise, öz kaynaklarla esas sermaye arasındaki dengesizliği esas sermaye lehine gidermeye yönelik tedbirleri devreye sokar. Yani öz kaynaklar genel kurul kararına dayanılarak esas sermaye düzeyine çıkarılır. Böylece sermaye tamamlanmış olur. Bu öz kaynakları artıran (reel) bir iyileştirme tedbiridir. Öngörülen alternatif kararların niteliği göstermektedir ki, yasakoyucu mali durumun iyileştirilmesi tedbirleriyle bozulan öz kaynaklar esas sermaye dengesini yeniden kurmayı, sermaye kaybını tamamen gidererek ortaklığı yeniden kârlı ve verimli hale getirmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle kanımızca sermayenin tamamlanması kararı esas sermayenin artırılması kararı demek değildir. Çünkü sadece esas sermayenin artırılmasıyla hiçbir zaman bu denge tam olarak kurulamaz. 324. madde hükümleri alacaklıları da koruyan emredici hükümlerden oluştuğundan alınan esas sermaye artırımı kararı geçersiz sayılmalıdır. Sermaye, ya aynı genel kurul kararı gereğince esas sermayenin eş zamanlı olarak indirilip artırılmasıyla (TTK., m. 396.I, c.1), ya da pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılmasıyla tamamlanabilir. Şüphesiz önce basitleştirilmiş sermaye indirimi yoluyla esas sermaye indirilip, daha sonra esas sermaye artırımı yoluna da gidilebilir. Sermayenin eş zamanlı olarak indirim ve artırımı esas sözleşme değişikliğini gerektirmemekle birlikte eğer pay sahipleri ek ödemede bulunmayı düşünmüyorlarsa yeni hisse senetleri ihracı için mevcut payların nominal değerleri toplamını indirmek zorunlu hale gelecek, sonuçta payların sayısı ve/veya nominal değerleri bakımından gene de bir esas sözleşme değişikliği kaçınılmaz olacaktır. Ancak her halükârda bu yöntem tek başına sermaye indirimi veya artırımına kıyasla daha basittir. Bu yöntemde sermaye indirimi işlemleri bakımından alacaklıları davete ve mahkemece atanacak bilirkişilerin olumlu raporlarını almaya gerek yoktur.

Kanımızca 324. maddenin öz kaynaklar – esas sermaye dengesini tam olarak kurma amacı ve esas sermayenin eş zamanlı olarak indirilmesi ve artırılması yönteminin kolaylıkları dikkate alınırsa 1/2 oranında sermaye kaybı halinde dahi genel kurulun sermayenin artırılması yerine bu yola başvurması gerekir. Esas sermaye artırımının 2/3 sermaye kaybı bakımından doğurduğu sakıncalar bu halde de vardır.

2/3 oranında sermaye kaybı halinde bilançonun sermaye kaybından tamamen arındırılması amaçlandığına göre, aktiflerin satış fiyatlarına göre belirlenen (gerçek) öz kaynaklar miktarı sermayenin indirimi ve tamamlanmasına esas oluşturamaz. Aksi takdirde yıllık bilançoda arzu edilen denklik sağlanamaz. Özellikle kendiliğinden oluşan gizli yedek akçeler dolayısıyla yıllık bilançoda görülenden daha yüksek olan bu öz sermayenin yıllık bilançoya yansıtılması için ayrıca yeniden değerleme yapılması gerekir. Böyle olmasına rağmen 2/3 oranında sermaye kaybının tespiti bakımından aktiflerin satış fiyatları esas alınmıştır. Çünkü, 324. maddede alacaklılara duruma müdahale (fesih davası açma hakkı) tanındığına göre, müdahale gereğinin doğması için alacaklıların hukuki durumunun gerçekten tehlikede olması gerekir. Ortaklığın gizli yedek akçeleri dolayısıyla aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoda sermaye kaybı ile dahi karşılaşılmayabilir. Bu durumda sadece yıllık

bilançonun 2/3 oranında sermaye kaybı göstermesi alacaklılara fesih davası açma hakkı verecek derecede tehlikeli görülmemiştir.

Bu aşamada sermaye kaybının derecesi daha yüksek olduğundan alacaklıların çıkarlarının korunması amacını güden birtakım tedbirlerin alınması da öngörülmüştür. Bu tedbirlerin devreye girmesi büyük ölçüde ortaklık organlarının, özellikle yönetim kurulu ve genel kurulun mali durumun iyileştirilmesi yönünde adım atıp atmamasına bağlıdır. Eğer yönetim kurulu, en az 2/3 oranında sermaye kaybının varlığına rağmen, ileri derecede sermaye kaybı veya borca batıklık şüphesini doğuran belirtileri objektif özen ölçüsünün gerekli kıldığı şekilde takdir etmez ve ara bilanço düzenlemezse veya ara bilançoyla durum sabit olmasına rağmen genel kurulu özel gündemle toplantıya çağırmazsa alacaklılar fesih davası açabilirler (TTK., m. 436). Ortaklık mahkemenin fesih kararının kesinleşmesiyle sona erer. Yönetim kurulunun ihmali alacaklıların fesih davası ile yaptırıma bağlanırken güdülen amaç da aslında mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin bir an önce devreye sokulmasını sağlamaktır. Yönetim kurulu fesihten kurtulmak için alacaklılara teminat vermektense 324. madde gereğince genel kurulu özel gündemle toplantıya çağırmayı tercih edecektir. 436. madde kapsamında alacaklıların korunması bakımından teminat verilmesi ikinci derecede öneme sahiptir. Yasakoyucu 2/3 sermaye kaybı halinde ilke olarak mali durumun iyileştirilmesi yoluyla alacaklıları korumaya çalışmıştır. Nitekim iflâsın ertelenmesinde dahi durum farklı değildir.

2/3 oranında sermaye kaybı halinde hangi tür tedbirlerin ağırlık kazanacağı bakımından genel kurulun tutumu da önem taşımaktadır. Eğer genel kurul yönetim kurulunun çağrısına rağmen toplanmazsa sermaye kaybına ilişkin düzenlemenin asıl amacının mali durumun iyileştirilmesi olduğu göz önünde bulundurularak 324. madde gereğince infisah değil, 435. madde gereğince fesih yaptırımının uygulanacağını kabul etmek gerekir. Bu sayede ortaklık hemen sona ermeyecek mahkemece verilen süre içinde genel kurulunu toplayarak yasanın öngördüğü iyileştirme tedbirlerinden biri hakkında karar alınmasını sağlayabilecektir. Buna karşılık genel kurul çağrı üzerine toplanmış olmasına rağmen yasada alternatif olarak öngörülen kararlardan birini almazsa, genel kurulun bu ihmali ortaklığın infisah etmesi sonucunu doğurur. Bu yaptırımla birlikte artık alacaklıların çıkarının ön plana alındığı anlaşılmaktadır. Çünkü ortaklığın hem yönetim kurulu, hem de genel kurul bu derece önemli boyuttaki bir sermaye kaybı karşısında mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin hayata geçirilmesini sağlayacak adımları atmamışlardır.

Görüldüğü gibi 2/3 oranında sermaye kaybı hakkındaki düzenleme yetersiz ve yanlış değerlendirmelere elverişlidir. Bu nedenle, alternatif olarak öngörülen kararların niteliği, fesih ve infisah yaptırımlarının hangi hallerde uygulanacağı gibi hususlar bakımından öğretide ve yargı kararlarında önemli görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikte bu konulara açıklık getirilmesi zorunludur. Tezimizde savunduğumuz gerekçelerle alternatif olarak öngörülen kararlar esas sermaye indirimi ve belirttiğimiz yöntemlerden biriyle sermayenin tamamlanması olarak belirlenmelidir. Daha önce veya eş zamanlı olarak yapılacak bir esas sermaye indirimi yoluyla sermaye kaybının giderilmesi sermaye artırımı bakı-

mından açıkça bir ön şart olarak kabul edilmelidir. Fesih ve infisah yaptırımlarına gelince: Birbirine çok yakın durumlar için öngörülmüş bu iki tür yaptırımın bir arada uygulanmasına kanımızca gerek yoktur. Yapılacak bir yasa değişikliğinde 2/3 oranında sermaye kaybı halinde ortaklık organlarının kendilerine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmemeleri sadece fesih yaptırımına bağlanmalıdır. Bu durumda fesih davası alacaklıların yanısıra pay sahipleri tarafından da açılabilmelidir. 274. madde gereğince Sanayi ve Ticaret Bakanlığı zaten bu yetkiye sahip kılınmıştır. Önerilerimiz, mali durumun iyileştirilmesi amacına uygun düştüğü gibi, alacaklıların fesih davası hakkı onların çıkarlarının korunmasına yetecektir.

Ortaklığın borca batıklığı bakımından hukuki anlamda malvarlığı ile borçlar arasındaki ilişki önem taşır. Kavramsal bir zorunluluk olarak borçların bir tek birim dahi olsa malvarlığını aşması gerekir. İşte ortaklık borca batık hale girer girmez, hatta olması gereken hukuk bakımından borçlar malvarlığına eşit düzeye ulaştığı anda iflâs hukukunun devreye girmesi alacaklıların çıkarlarının korunması yönünden zorunludur. Bu özel iflâs nedeni sayesinde ortaklık aciz haline düşmeden, ödemelerini tatil etmeden önce iflâs yolu açılmış olur. Böylece borca batık haldeki bir ortaklığın daha fazla borçlanarak ve zarar ederek malvarlığının daha fazla erimesi önlenir. Bu nedenle yasakoyucu hem ortaklığı mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmakla yükümlü kılmış, hem de alacaklılara haklarının muaccel olup olmadığı önem taşımaksızın ortaklığın doğrudan doğruya iflâsını isteme yetkisi vermiştir. Görüldüğü gibi, borca batıklık aşamasında alacaklıların korunması amacını güden tedbirler öncelik kazanmaktadır.

Borca batıklık, bu durumdan şüphelenilmesi üzerine aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bir ara bilançodan tespit edilir. Bu nedenle 324. maddenin 2. fıkrasında bu bilançonun düzenlenmesi bakımından "aciz hali şüphesi"nin esas alınmasının bir anlamı yoktur. Aciz hali malvarlığı yapısıyla değil, likidite durumuyla ilgilidir. Aciz halinin tespiti bakımından maddede öngörülen bilanço elverişli olmadığı gibi, 324. maddede aciz haline bağlanmış bir hukuki sonuç yoktur. İlk yasa değişikliğinde bu ifadenin düzeltilmesi tavsiye edilir. Ancak mevcut yasal düzenlemede hükmün amacı doğrultusunda borca batıklık şüphesinin esas alınması gerekir. Öz kaynaklar darlığı ve borçlanma derecesinin yüksekliği, malvarlığı yapısını derinden etkileyen olağanüstü olaylar borca batıklık şüphesi doğuran belirtilerdir. Bunun üzerine düzenlenen ara bilançoda ortaklığın tasfiyesi varsayımıyla malvarlığı konuları varsayımsal satış fiyatlarına göre değerlendirilir. Bu arada işletmenin toptan veya kısım kısım, ya da dağıtılarak tek tek malvarlığı konuları itibarıyla satışı ihtimalleri göz önünde bulundurulur. Borçlar ödenmesi tahmin edilen miktar üzerinden değerlendirilir. Çekişmeli ve miktarı belli olmayan borçlar için karşılık ayrılır. Bu bilançoda öz kaynak kalemleri ayrı ayrı gösterilmez.

Alacaklılar ortaklığın borca batık halde olduğunu gösteren belirtilerin varlığını delil göstererek ortaklığın iflâsını isteyebilirler. Bunların bilanço ibraz etmelerine gerek yoktur. Mahkeme ortaklığın gerçekten borca batık olup olmadığını her türlü delile başvurarak inceler.

Ortaklığın borca batıklığı mahkemeye bildirmesi iflâs istemi değildir. Burada bir çekişmesiz yargı işi vardır. Borca batıklık bildirimi tasavvur açıklaması niteliğinde bir beyandır. Mahkeme yasa gereği iflâsa hükmeder. Bildirim yükümlülüğünün alacaklıları koruma amacını güttüğü göz önünde bulundurularak yükümlülüğün istisnaları dar yorumlanmalıdır. Kural olarak mali durumun derhal iyileştirilmesi imkânı ve alacaklıların haklarının güvenceye bağlanması bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Fakat bu tedbirlerle borca batıklık giderildiği için bildirim yükümlülüğünün ihlali bir zarara yol açmamışsa yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Hukuki sorumluluk söz konusu olmadığı ve borca batıklık giderildiği için kanımızca ortaklığın bir zaman önce borca batık olduğu, buna rağmen yönetim kurulunun yükümlülüğünü yerine getirmediği öne sürülerek İcra ve İflâs Kanunu'nun 345a maddesindeki cezai yaptırım da uygulanmamalıdır.
Kanımızca yönetim kurulu tedbirli bir iş yöneticisi gibi hareket ederek şartlara göre en iyi çözümün konkordato olduğu kanısına varmışsa, borca batıklığı mahkemeye bildirmek yerine konkordato teklif edebilmelidir. Ancak konkordato girişimi başarısızlıkla sonuçlanırsa, borca batıklık derhal mahkemeye bildirilmelidir. Buna karşılık sıradan çekilme sözleşmesi bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu ancak olması gereken hukuk yönünden savunulabilir.

Mahkeme ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığını incelemek zorundadır. Böyle olmasına rağmen alacaklılara iflâsın açılmasını önlemeye yönelik bir itiraz hakkı öngörülmemiş olması doğru olmamıştır. Mahkeme alacaklıları davet edip dinleyebilirse de, tıpkı İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. maddesinde olduğu gibi alacaklılara yasal bir itiraz hakkı tanınmalıdır. Yargılamada kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli ise de bu yönde yapılacak bir yasa değişikliği hükmün kötüye kullanılmasını önleyecektir.

Bildirim yasal bir yükümlülüğe dayandığından iflâsın açılması masrafların peşin ödenmesi şartına bağlı tutulamaz.

Borca batıklık halinde alacaklıların çıkarının korunması temel kural olmakla birlikte 324. maddeye egemen olan mali durumun iyileştirilmesi düşüncesi bu aşamada tamamen göz ardı edilmiş değildir. Yönetim kurulu veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme mali durumun iyileştirilmesini mümkün görürse iflâsın ertelenmesine karar verebilir. Fakat en az konkordato kadar önem taşıyabilecek olan bu kurum yeter açıklıkla düzenlenmemiştir. Gerçi iflâsın ertelenmesinin avantajlı yanı yargıca somut olayın şartlarına göre durumu takdir etme imkânı vermesidir. Bununla birlikte öğretide görüş ayrılıklarına yol açan bazı hususlar bir yasa değişikliği ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Mahkemece atanacak kayyımın hukuki statüsü daha belirgin hale getirilmelidir.

Erteleme kararının niteliği gereği ve konkordatoya kıyasen bu kararla birlikte icra takiplerinin kendiliğinden duracağı kanısındayız. Ancak bu konunun bir yasa hükmüyle açıklığa kavuşturulması her türlü tereddütü gidermek bakımından yararlı olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi mali durumun iyileştirilmesi ve alacaklıların korunması bakımından çok önemli bir düzenleme olmasına rağmen yaygın

bir uygulama alanı bulamamıştır. Bunun en önemli nedenleri arasında, durumun zamanında tespitindeki güçlükler, kamu denetimin etkin ve zorlayıcı bir etkiye sahip olmasına engelleyen yasal düzenleme boşlukları ve denetim sistemindeki eksiklikler, yasa hükmünün uygulamada yeterince bilinmemesi, 324. maddenin bizzat kendisinin yeterli açıklıktan yoksun oluşu, özellikle borca batıklık halinde iç denetim organlarına ve dış denetim kuruluşlarına kendiliğinden harekete geçme (borca batıklığı mahkemeye bildirme) imkânının tanınmaması gösterilebilir.

Kanımızca bu eksikliklerin giderilmesi halinde mikro ve makro düzeyde büyük kazanımlar elde edilecektir. Ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi amacıyla örneğin bankalarla sözleşme yapılması imkânını sağlayan hukuki ve ekonomik alt yapı oluşturulursa karşılıklı çıkarları koruyan bu sözleşmelerle mali durumun iyileştirilmesi daha kolay olacaktır.

İç denetim organı için yönetim kurulunun ihmali halinde borca batıklığı mahkemeye bildirme yetki ve yükümlülüğü öngörülmesi maddenin işlerliğini artıracağı gibi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının denetiminin daha etkin ve verimli kılınması, yeniden çıkarılacak bir yasayla Sermaye Piyasası Kuruluna sermaye kaybını ve borca batıklığı gereken yerlere bildirme yetkisinin tanınması da yararlı olacaktır.

TEZİN ÖZETİ

Sermaye kaybı ve borca batıklık, ödeme güçlüğü ve aciz halinden farklı olarak ortaklığın sermaye ve malvarlığı yapısının bozulması anlamına gelir. Sermaye kaybı öz kaynakların esas sermayenin altına inmesi, borca batıklık ise malvarlığının borçları karşılamaya yetmemesidir. Başta Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi olmak üzere yasakoyucu sermaye kaybı ve borca batıklığa birtakım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Öngörülen hukuki sonuçları iki ana gruba ayırmak mümkündür: Alacaklıların çıkarlarını korumaya yönelik tedbirler ve ortaklığın bozulan mali durumunun iyileştirilmesine yönelik tedbirler. Her iki grup tedbir de malvarlığının korunması ilkesinin gereği olarak öngörülmüşlerdir. Bu tedbirler mali durumdaki bozulmanın derecesine, göre değişen oranlarda olmakla birlikte çoğu kez bir arada uygulanırlar.

1/2 oranında sermaye kaybı halinde yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasında ön plandaki amaç, pay sahiplerinin durumdan haberdar edilerek, mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin uygulanmasına imkân sağlamaktır.

324. maddenin 1. fıkrasında 1/2 oranında sermaye kaybına ilişkin olarak öngörülen tedbir, hükmün getirilme amacına uygun kapsamda değildir. Fıkrada sadece durumun yönetim kurulunca genel kurula bildirilmesi tedbirine açıkça yer verilmiştir. Ancak mevcut yasal düzenleme yönetim kurulunun genel kurula hiçbir teklif götürmekle yükümlü olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Yönetim kurulunun takdirine göre eğer ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi esas sermayenin indirilmesi veya indirimle eş zamanlı olarak artırılması gibi genel kurulun yetki alanına giren bir kararın alınmasına bağlıysa gündeme bu konuda madde konulması özen borcu başta olmak üzere kendisine yüklenen yükümlülüklerin zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

2/3 oranında sermaye kaybı halinde de ilk başta gelen amaç, mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin alınmasını sağlamaktır. Hatta mali durumun iyileştirilmesi için alınacak tedbirler yasada açıkça belirlenmiştir (TTK., m. 324.II, c.2). Aslında bu hükümle mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri bakımından bir sınırlandırma getirilmek istenmemiştir. Sadece mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin asgari muhtevası emredici bir biçimde, fakat alternatif olarak belirlenmiştir. Yasaya göre genel kurul ya sermayenin tamamlanmasına, ya da kalan sermaye ile yetinmeye karar vermek zorundadır. Kanımızca kalan sermaye ile yetinme kararı, öz kaynaklar ile esas sermaye arasında zararlar sonucu ortaya çıkan dengesizliğin öz kaynaklar lehine giderilmesi, yani esas sermayenin fiili öz kaynaklar miktarına kadar indirilmesi anlamına gelir. Bunun için zaten yönetim kurulunu alacaklıları davet ve haklarını ödeme veya temin etme yükümlülüğünden kurtaran, özel bir esas sermaye indirimi türü öngörülmüştür (TTK., m. 397.II). Bu indirim türü, mali durumun iyileştirilmesini amaçlandığından ve anılan indirim türünde yasakoyucu esasen alacaklılara bir itiraz hakkı tanımadığından genel kurul sermaye indirimi alternatifini seçtiği takdirde alacaklıların fesih davası açamayacakları kanısındayız. Yasanın öngördüğü diğer alternatif olan sermayenin tamamlanması kararı ise, öz kaynaklarla esas sermaye arasındaki dengesizliği esas sermaye lehine gidermeye yönelik tedbirleri devreye sokar. Yani öz kaynaklar genel kurul kararına dayanılarak esas sermaye düzeyine çıkarılır. Böylece sermaye tamamlanmış olur. Öngörülen alternatif kararların niteliği göstermektedir ki, yasakoyucu mali durumun iyileştirilmesi tedbirleriyle bozulan öz kaynaklar esas sermaye dengesini yeniden kurmayı, sermaye kaybını tamamen gidererek ortaklığı yeniden kârlı ve

verimli hale getirmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle kanımızca sermayenin tamamlanması kararı esas sermayenin artırılması kararı demek değildir. Çünkü sadece esas sermayenin artırılmasıyla hiçbir zaman bu denge tam olarak kurulamaz. Sermaye, ya aynı genel kurul kararı gereğince esas sermayenin eş zamanlı olarak indirilip artırılmasıyla (TTK., m. 396.I, c.1), ya da pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılmasıyla tamamlanabilir.

2/3 oranında sermaye kaybı halinde bilançonun sermaye kaybından tamamen arındırılması amaçlandığına göre, aktiflerin satış fiyatlarına göre belirlenen (gerçek) öz kaynaklar miktarı sermayenin indirimi ve tamamlanmasına esas oluşturamaz. Aksi takdirde yıllık bilançoda arzu edilen denklik sağlanamaz.

Bu aşamada sermaye kaybının derecesi daha yüksek olduğundan alacaklıların çıkarlarının korunması amacını güden birtakım tedbirlerin alınması da öngörülmüştür. Eğer yönetim kurulu, en az 2/3 oranında sermaye kaybının varlığına rağmen, ileri derecede sermaye kaybı veya borca batıklık şüphesini doğuran belirtileri objektif özen ölçüsünün gerekli kıldığı şekilde takdir etmez ve ara bilanço düzenlemezse veya ara bilançoyla durum sabit olmasına rağmen genel kurulu özel gündemle toplantıya çağırmazsa alacaklılar fesih davası açabilirler (TTK., m. 436). Yani yönetim kurulunun ihmali alacaklıların fesih davası ile yaptırıma bağlanmıştır.

Eğer genel kurul yönetim kurulunun çağrısına rağmen toplanmazsa asıl amacın mali durumun iyileştirilmesi olduğu göz önünde bulundurularak 324. madde gereğince infisah değil, 435. madde gereğince fesih yaptırımının uygulanacağını kabul etmek gerekir. Buna karşılık genel kurul çağrı üzerine toplanmış olmasına rağmen yasada alternatif olarak öngörülen kararlardan birini almazsa, genel kurulun bu ihmali ortaklığın infisah etmesi sonucunu doğurur.

Ortaklık borca batık hale girer girmez iflâs hukukunun devreye girmesi alacaklıların çıkarlarının korunması yönünden zorunludur. Bu özel iflâs nedeni sayesinde ortaklık aciz haline düşmeden, ödemelerini tatil etmeden önce iflâs yolu açılmış olur. Böylece borca batık haldeki bir ortaklığın daha fazla borçlanarak ve zarar ederek malvarlığının daha fazla erimesi önlenir. Bu nedenle yasakoyucu hem ortaklığı mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmakla yükümlü kılmış, hem de alacaklılara haklarının muaccel olup olmadığı önem taşımaksızın ortaklığın doğrudan doğruya iflâsını isteme yetkisi vermiştir.

Borca batıklık, bu durumdan şüphelenilmesi üzerine aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bir ara bilançodan tespit edilir. Bu nedenle 324. maddenin 2. fıkrasında bu bilançonun düzenlenmesi bakımından "aciz hali şüphesi"nin esas alınmasının bir anlamı yoktur. Aciz hali malvarlığı yapısıyla değil, likidite durumuyla ilgilidir. Aciz halinin tespiti bakımından maddede öngörülen bilanço elverişli olmadığı gibi, 324. maddede aciz haline bağlanmış bir hukuki sonuç yoktur. Öz kaynaklar darlığı ve borçlanma derecesinin yüksekliği, malvarlığı yapısını derinden etkileyen olağanüstü olaylar borca batıklık şüphesi doğuran belirtilerdir. Bunun üzerine düzenlenen ara bilançoda ortaklığın tasfiyesi varsayımıyla malvarlığı konuları varsayımsal satış fiyatlarına göre değerlendirilir. Bu arada işletmenin toptan veya kısım kısım, ya da dağıtılarak tek tek malvarlığı konuları itibarıyla satışı ihtimalleri göz önünde bulundurulur. Borçlar ödenmesi tahmin edilen miktar üzerinden değerlendirilir. Çekişmeli ve miktarı belli olmayan borçlar için karşılık ayrılır. Bu bilançoda öz kaynak kalemleri ayrı ayrı gösterilmez.

Ortaklığın borca batıklığı mahkemeye bildirmesi iflâs istemi değildir. Burada bir çekişmesiz yargı işi vardır. Borca batıklık bildirimi tasavvur açıklaması ni-

teliğinde bir beyandır. Mahkeme yasa gereği iflâsa hükmeder. Bildirim yükümlülüğünün alacaklıları koruma amacını güttüğü göz önünde bulundurularak yükümlülüğün istisnaları dar yorumlanmalıdır. Kural olarak mali durumun derhal iyileştirilmesi imkânı ve alacaklıların haklarının güvenceye bağlanması bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Kanımızca yönetim kurulu tedbirli bir iş yöneticisi gibi hareket ederek şartlara göre en iyi çözümün konkordato olduğu kanısına varmışsa, borca batıklığı mahkemeye bildirmek yerine konkordato teklif edebilir. Buna karşılık sıradan çekilme sözleşmesi bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu ancak olması gereken hukuk yönünden savunulabilir.

Mahkeme ortaklığın gerçekten borca batık durumda olup olmadığını incelemek zorundadır. Böyle olmasına rağmen alacaklılara iflâsın açılmasını önlemeye yönelik bir itiraz hakkı öngörülmemiş olması doğru olmamıştır. Mahkeme alacaklıları davet edip dinleyebilirse de, tıpkı İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. maddesinde olduğu gibi alacaklılara yasal bir itiraz hakkı tanınmalıdır.

Borca batıklık halinde alacaklıların çıkarının korunması temel kural olmakla birlikte 324. maddeye egemen olan mali durumun iyileştirilmesi düşüncesi bu aşamada tamamen göz ardı edilmiş değildir. Yönetim kurulu veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme mali durumun iyileştirilmesini mümkün görürse iflâsın ertelenmesine karar verebilir. Fakat en az konkordato kadar önem taşıyabilecek olan bu kurum yeter açıklıkla düzenlenmemiştir. Gerçi iflâsın ertelenmesinin avantajlı yanı yargıca somut olayın şartlarına göre durumu takdir etme imkânı vermesidir. Bununla birlikte öğretide görüş ayrılıklarına yol açan bazı hususlar bir yasa değişikliği ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Mahkemece atanacak kayyımın hukuki statüsü daha belirgin hale getirilmelidir.

Erteleme kararının niteliği gereği ve konkordatoya kıyasen bu kararla birlikte icra takiplerinin kendiliğinden duracağı kanısındayız. Ancak bu konunun bir yasa hükmüyle açıklığa kavuşturulması her türlü tereddütü gidermek bakımından yararlı olacaktır.

ZUSAMMENFASSUNG MEINER DİSSERTATION ÜBER "RECHTSFOLGEN DES KAPİTALVERLUSTES UND DER ÜBERSCHULDUNG EINER AKTIENGESELLSCHAFT"

Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet (Vgl. THGB., Art. 269, Abs.1). Deswegen haben die Gesellschaftsgläbiger ein Interesse auf der Erhaltung des Geselschaftsvermögens. Das Gesetz sieht zahlreiche Vorschriften vor, welche zum Schutz diesem Interesse dienen. Ein Teil von diesen Vorschriften bezieht sich auf Kapitalaufbringung bei der Gründung einer Aktiengesellschaft. Die Übrigen von denen bringen Massnahmen zur Kapitalerhaltung bei der Fortführung des Unternehmens der Gesellschaft. Durch diese strengen und zwingenden Vorschriften kann man aber nicht verhindern, daß die Gesellschaft die Geschätsjahren mit Verluste abschließt und ihr Eigenkapital von Jahr zu Jahr aufzehrt.

Art. 324 THGB. sieht Massnahmen bei Kapitalverlust und Überschuldung einer Aktiengesellschaft vor. Auch wenn der Randtitel des erwähnten Artikels "Verschlechterung der finanziellen Lage der Gesellschaft" ist, regelt diese Vorschrift nur zwei Aspekte von finanziellen Krisen eines Unternehmens, bzw. Kapitalverlust –wenigstens- in Höhe der Hälfte des Grundkapitals und Überschuldung. Diese beiden Krankheitserscheinungen beziehen sich auf Verschlechterung der Vermögenstruktur eines Unternehmens. Für die Krisensituationen "Zahlungsunfähigkeit" und "Zahlungseinstellung", deren Ursache Illiquidität ist, bringt Art. 324 THGB. keine Regelung.

Massnahmen in Art. 324 kann unterschieden werden. Auf einer Seite, befinden sich in dieser Vorchrift Massnahmen zum Schutz den Gläubigerinteressen. Die anderen Massnahmen zielen aber die Sanierung der Gesellschaft. Gemäß Art. 324 Abs. 1 THGB. hat der Verwaltungsrat der Generalversammlung, die unverzüglich zu tagen hat, die Sachlage mitzuteilen, wenn sich aus der letzten Jahresbilanz ergibt, daß die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist, In dieser Stufe des Kapitalverlustes ist die Sanierung der Gesellschaft im Vordergrund. Der Zweck des Gesetzgebers ist also hier in erster Linie die Interessen der Aktionäeren bei der Fortführung der Gesellschaft. Das Gesetz bezweckt vor allem Benachrichtigung der Aktionären von Kapitalverlust. Obwohl das Gesetz stillschweigt, ob der Verwaltungsrat die nötigen Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung zu beantragen hat, ist es nicht einfach zu verneinen. Der Verwaltungsrat hat sich zuerst dafür zu eintscheiden, welche Sanierungsmassnahmen eigentlich nötig ist. Wenn sich einige von nötigen Massnahmen im Aufgaben- und Verfügungskreis der Generalversammlung befinden, so hat der Verwaltungsrat diese Massnahmen in die Tagesordnung zu ersetzen und in der Versammlung darüber seine Vorschläge anzubieten.

Das Gesetz erwähnt zwar als Grundlage zur Einberufung nur "die letzte Jahresbilanz" Nötigenfalls ist aber auch eine Zwichenbilanz zu Buchwerten (Vgl. Art. 460 ff.) die Grundlage zur Einberufungspflicht. Da der Verwaltungsrat die Lage der Gesellschaft ständig zu überwachen hat, ist sie zur Erstellung einer Zwischenbilanz verpflichtet, wenn sie zur Erkenntnis gelangt, daß die Tatsache vom Art. 324, Abs.1 THGB. voraussichtlich vorliegt. Dabei har der Verwaltungs-

rat nach der Feststellung des halben Kapitalverlustes eine ausserordentliche Generalversammlung (in Zwischenzeit) einzuberufen.

Verletzt der Verwaltungsrat die Einberufungspflicht, so hat die Kontrollstelle die Generalversammlung einzuberufen (Vgl., Art. 353, II, N. 8, 355 THGB.).

Der noch schwierigere Grad des Kapitalverlustes, den das Gesetz vorsieht, ist ein Kapitalverlust in Höhe vom zwei Drittel des Grudkapitals. Trotz der Regelung in Schweizerichem und Deutschem Recht, bringt unser Gesetzgeber auch für diese Tatsache weitere Massnahmen, die im Verhältnis zum halben Kapitalverlust noch schwieriger und strenger sind (Vgl. Art. 324 Abs.2, Satz 2 THGB.). Laut dieser Vorschrift, wenn zwei Drittel des Grundkapitals nicht mehr gedeckt sind, ;gilt die Gesellschaft als aufgelöst, es sei denn, daß die Generalversammlung den Beschluß faßt, das Grundkapital zu vervollständigen oder es bei dem übriggebliebenen Drittel bewenden zu lassen.

In der Lehre ist es umstritten, wie man "bei dem übriggebliebenen Drittel bewenden zu lassen" verstehen soll. Die herschende Meinung versteht diesen Beschluß als Kapitalherabsetzung. Es gehe hier um die vereinfachte Form der Herabsetzung des Grundkapitals. Gemäß Art. 397, Abs.2 THGB. darf der Verwaltungsrat auf die Aufforderung an die Gläubiger und ihre Befriedigung oder Sicherstellung verzichten, wenn das Grundkapital zum Zwecke der Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz im Ausmass dieser letztere herabgesetzt wird. Bei der vereinfachten Kapitalherabsetzung haben die Sachverständigen noch eine Aufgabe. Sie haben auch festzustellen, daß das Grundkapital im Ausmaß der Unterbilanz herabgesetzt wird. Dieser Beschluß stellt eine bilanzielle Sanierungsmassnahme dar.

Nach der herschenden Meinung ist der Beschluss der Kapitalvervollständigung nicht bloss die Erhöhung des Grundkapitals, sondern ist es ein Beschluss, der die Unangemessenheit des Eigenkapitals zum Grundkapital beseitigt. Wenn die andere Meinung befürwortet hätten, wäre keine Möglichkeit vorhanden, den Kapitalverlust zu beseitigen. Denn das Eigenkapital würde nach der Erhöhung immer noch kleiner als Grundkapital. Meines Erachtens gilt diese Regel bei dem noch wenigeren Kapitalverlust. Die Rechtsfolgen des Kapitalverlustes befinden sich in Art. 324. Es gibt auch gleiche Nachteile beim halben und sogar noch wenigeren Kapitalverlust. Daher hat eine in Kapitalverlust eingetretene Aktiengesellschaft vor der Kapitalerhöhung oder wenigstens in gleichem Moment ihr Grundkapital im Ausmaß des Kapitalverlustes herabzusetzen. Um eine Gleichheit zwischen Eigen- und Grundkapital durch den Generalversammlungsbeshluss zu verwirklichen, kann zwei Wege verfolgt werden: "Erhöhung der Einlagen aller Aktionären" und "Kapitalherabsetzung mit der gleichzeitigen Kapitalerhöhung". Der erste Weg ist aber nicht leicht erreichbar, da das Gesetz für diesen Beschluss Einstimmung aller Aktionären voraussetzt (Vgl., Art. 388, Abs.1 THGB.). Deswegen trifft man in der Praxis einen solchen Beschluß selten. Im Gegenteil zu dieser Möglichkiet, findet in meisten Fallen der andere Weg (Kapitalherabsetzung mit der gleichzeitigen Kapitalerhöhung) Anwendung. Dieser Beschluß ist noch einfacher als die vereinfachte Kapitalherabsetzung. Grundsätzlich ist die Satzungsänderung nicht nötig. Aber, bei der Herabsetzung muß die Generalversammlung in meisten Fallen über die Satzungsänderung beschlußfassen, da die Nenwerte oder Zahl der Aktien bei der Durchführung der Herabsetzung verändert werden, es sei denn, daß die bisherige Aktionären zusätzliche Einlagen aufbringen

(Nachfinanzerung).Hier ist es bei der Eintragung im Handelsregister auch nicht vorausgesetzt, einen Bericht von den Sachverständigen vorzulegen.

Fasst die Generalversammlung weder Herabsetzungsbeschluss, noch Vervollständigungsbeschluss, gilt die Gesellschaft als aufgelöst. Art. 436 THGB. sieht aber vor, daß die Gläubiger eine Klage zur Auflösung der Gesellschaft anheben können, wenn zwei Drittel des Grundkapitals aufgezehrt ist. Meines Erachtens beziehen sich diese beiden –widerspruchlich erscheinenden- Vorschriften auf unterschiedliche Sachen. Wenn der Kapitalverlust noch nicht festgestellt worden ist, oder wenn der Verwaltungsrat die Einberufung der Generalversammlung versäumt, gilt die Gesellschaft nicht als aufgelöst, sondern können die Gesellschaftsgläubiger eine Klage zur Auflösung durch den Urteil des Gerichtes ausreichen. Die Gesellschaft gilt nur dann als aufgelöst, wenn die Generalversammlung, trotz der Möglichkeit der Beschlußfassung (insbesondere der geeigneten Tagesordnung), keinen gesetzlich vorgesehenen Beschluß faßt.

Gemäß Art. 324.Abs.2 THG. wenn Anhaltspunkte für die Vermutung vorliegen, daß die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, hat der Verwaltungsrat eine Zwischcnbilanz aufzustellen, in welcher die Aktiven zu Veräußerungswerten einzusetzen sind. Die Tatsache, die das Gesetz als Grundlage zur Erstellung einer Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten vorsieht, entspricht nicht dem Inhalt und Sinn von Art. 324. Wenn es nach der Prüfung hervorgeht, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, obwohl die Zwischenbilanz für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nicht geeignet ist, gibt es In Art. 324 keine Regelung über diese Notlage (Allerdings gibt Zahlungsunfähigkeit allein dem Gläubiger noch keinen Konkursgruud, sondern erst die Zahlungseinstellung Art. 177 Abs. 2 Gesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Vgl. auch Art. 178. Abs. I Gesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs). Entsprechend dem Inhalt und Sinn von Art. 324. muß als der Grund, eine Zwischenbilanz aufzustellen, "Anhaltspunkte, die die Vermutung der Überschuldung führt" angenommen werden. Bei der Feststellung des Kapitalverlustes in Höhe vom zwei Drittel des Grundkapitals und der Überschuldung besteht eine Abweichung von aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften (Art. 460 ff.). Der Verwaltungsrat hat eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten (sog. Status zu Verässerungswerten) aufzustellen. Bei der Aktivseite im Status zu Verässerungswerten müssen die Vermögensgegenstände aufgrund der Verässerungswerte bewertet und in eine Beziehung zum Absatzmarkt der Gesellschaft gebracht werden. Bei der Passivseite befinden sich die echte Schulden der Gesellschaft. Die Eigenkapitalposten (Grundkapital, Reserven, Gewinnvırtrag) werden im Status nicht ausführlich ausgewiesen. Hinsichtlich auf Bilanzausgleichung müssen aber Aktiv- oder Passivüberschuß entweder auf die Aktivseite oder auf die Passivseite ersetzt werden.

Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, daß die Aktiven der Gesellschaft nicht mehr die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger decken, so hat der Verwaltungsrat unverzüglich den Richter zu benachrichtigen (Vgl., Art. 324 Abs.2, Satz 3 THGB.). Das Gericht beschließt in der Regel die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft (Vgl., Art. 324 Abs.2, Satz 4 THGB.). Jedoch kann das Gericht auf Antrag des Verwaltungsrats oder eines Gläubigers den Konkursbeschluß ausschieben, wenn eine Sanierung des Gesellschaftsstatus möglich erscheint. In diesem Falle trifft das Gericht die zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens notwendigen Maßnahmen wie z.B. die Errichtung eines Inventars oder die Bestellung eines Treuhänders.

Die Benachrichtigung des Richters beruht nicht nur auf dem Konkursantrag des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat kann den Umstand ohne Konkursantrag dem Gericht mitteilen, oder den Konkursaufschub beantragen. Daraus ergibt sich, daß der Richter vom Gesetzes wegen die Eröffnung des Konkurses ausspricht.

Der Richter kann den Konkurs auf Antrag des Verwaltungsrats oder eines Gläubigers nur dann aufschieben, wenn eine Sanierung des Gesellschaftsstatus möglich erscheint. Sanierung heisst in diesem Falle vor allem die Beseitigung der Überschuldung. Jedoch hat der Richter auch zu überprüfen, ob die Gesellschaft während der Dauer des Konkursaufschubes wieder rentabel und somit lebensfähig werden kann,

Schiebt der Richter die Konkurseröffnung auf, so hat er dafür zu sorgen, daß das Vermögen der Aktiengesellschaft erhalten bleibt. Der Schutz der Gesellschaft darf nicht soweit führen, daß die Gesellschaftsgläubiger schlechter abschneidet als bei einer sofortigen Konkurseröffnung über die Gesellschaft. Aus den vorsorglichen Massnahmen erwähnt das Gesetz nur Zwei: Inventaraufnahme und Bestellung eines Treuhänders. Mit dem "Treuhänder" sollte Sachwalter gemeint werden. Naturlich kann der Richter weitere)sonstige) Massnahmen treffen. Der Richter bestellt im Normalfall einen Sachwalter. Er kann entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen.

Wenn beim Verlauf des Konkursaufschubes die Gesellschaft saniert werden, hebt der Richter den Beschluß auf. Wenn die Sanierung gescheitert hat, so hat er den Konkurs auszusprechen.

ABKÜRZUNGEN

Abs.	: Abschnitt.
Art.	: Artikel.
bzw.	: beziehungsweise.
Vgl.	: Vergleiche.
THGB.	: Türkisches Handelsgesetzbuch

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ