

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK TİCARET KANUNU md. 376/3 KAPSAMINDA
BORCA BATIKLIK**



DOKTORA TEZİ

Sena Nur GÜNAY

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Eylül 2024

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK TİCARET KANUNU m. 376/3 KAPSAMINDA
BORCA BATIKLIK**

DOKTORA TEZİ

Sena Nur GÜNAY

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Eylül 2024

ÖNSÖZ

Bu tez, Türk Ticaret Kanunu md. 376/3 hükmü kapsamında borca batıklık konusundaki araştırmalarımın sonuçlarını sunmaya çalışmaktadır.

Tezin tamamlanmasında değerli emekleri bulunan danışman Hocam Sayın Prof. Dr. Tolga Ayoğlu'na teşekkürlerimi sunarım.

Tez jürisini oluşturan Sayın Hocalarım Prof. Dr. Arslan Kaya, Prof. Dr. S. Anlam Altay, Dr. Öğr. Üyesi H. Ali Dural ve Dr. Öğr. Üyesi Cem Veziroğlu teşekkürleri ve katkıları için teşekkür ederim.

Tezin tamamlanması sürecinin önemli anlarında dostluklarını hissettiren sevgili arkadaşlarım Beyza Topuz Demir ve Ayşe Aygün'e teşekkür ederim.

Son olarak, sevgili ailemle güzel günlerde hep birlikte olmak dileğimle.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	XI
ŞEKİL LİSTESİ.....	XIV
RÉSUMÉ.....	XV
ABSTRACT	XVIII
ÖZET.....	XXI
GİRİŞ BÖLÜMÜ	1
§ 1 KONUNUN SUNULUŞU	1
§ 2 AMAÇ VE KAPSAM.....	4
BİRİNCİ BÖLÜM.....	8
BORCA BATIKLIK KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK	
YÖNÜNDEN İNCELEME	8
§ 3 BORCA BATIKLIK KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	8
I- Borca Batıklık Kavramı, Tanımı, Temel Özellikleri	8
II- Sermaye Kaybı Kavramından Farkı.....	19
III- Ödemededen Aciz Hali Kavramı ve Likidite Kavramı	21
IV- Ödemelerin Tatili Kavramı Farkı.....	25
V- Aşırı İfa Güçlüğü (TBK md. 138).....	26
§ 4 GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA KONUNUN DÜZENLENİŞİ...	27
I- Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleme.....	27
II- İcra ve İflâs Kanunu'ndaki Düzenlemeler	30
III- Sermaye Piyasası Hukukundaki Düzenlemeler	36
IV- Diğer Ticaret Ortaklıklarında	38
A- Limited Ortaklıklarda	38
B- Kooperatiflerde	42

C- Kollektif Şirketlerde.....	43
V- Bankacılık Kanunu'nda Yer Verilen Özel Düzenlemeler.....	43
§ 5 KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNÜNDEN GENEL DEĞERLENDİRME	
46	
I- Alman Hukuku.....	46
A- Tarihsel Süreç.....	46
1. Genel Olarak	46
2. Tek Aşamalı Borca Batıklık Kavramı.....	47
3. Ticari Bilançoya Dayalı Borca Batıklık Testinin Terkedilmesi.....	50
4. Klasik İki Aşamalı Borca Batıklık Kavramı	52
5. Değiştirilmiş İki Aşamalı Borca Batıklık Kavramı.....	53
B- Borca Batıklığa İlişkin Kanuni Düzenlemeler	55
C- Borca Batıklık Kavramının Değişiminde Olgusal Nedenler.....	58
D- Alman Hukukunda Borca Batıklığa Benzer Kavramlar.....	69
1. Ödemeden Aciz Hali (Zahlungsunfähigkeit)	69
2. Yaklaşan Ödemeden Aciz Hali (Drohende Zahlungsunfähigkeit).....	72
E- Devam Öngörüsü (Fortführungsprognose-Fortbestehensprognose).....	74
II- İsviçre Hukuku	76
A- Genel Olarak	76
B- İsviçre Hukukunda Borca Batıklığa Benzer Kavramlar.....	76
1. Yaklaşan Ödemeden Aciz Hali (Drohende Zahlungsunfähigkeit).....	76
2. Sermaye Kaybı (Kapitalverlust).....	79
3. Borca Batıklık (Überschuldung)	82
C- Borca Batıklık Hesaplamasına İlişkin Denetim Standardı.....	90
1. Ara bilançolar	90
2. Esas Alınacak Ara Bilanço.....	92
3. Raporlama ve İzleme/Gözetme Yükümlülükleri	93
4. Taşınmazların ve İştiraklerin Yeniden Değerlemesi.....	94
5. İsvBK md. 728c Uyarınca Denetçinin Borca Batıklığı Bildirim	
Yükümlülüğü	95
III- AB Hukuku	101
A- Genel Olarak	101

B- 2019/1023 Sayılı Önleyici Yeniden Yapılandırma Çerçevesi	
Hakkındaki AB Yönergesi Bağlamında Kavramlar.....	102
1. Genel Olarak	102
2. Finansal Güçlük ve İflas Olasılığı.....	103
3. Yaşayabilirlik (Viability)	104
4. İflas Kültürü – Şirket Kurtarma Kültürü	104
5. İflas Prosedürleri ve İflas Öncesi Prosedürler.....	105
6. Yeniden Yapılandırma	105
§ 6 BORCA BATIKLIĞIN KALDIRILMASI TARTIŞMALARI	106
I- Borca Batıklığının Kaldırılması Yönündeki Görüşler	106
A- Genel Olarak	106
B- Borca Batıklık Testindeki Öngörü Unsurunun Yol Açacağı Sorumluluk Meselesi.....	106
C- Uygulamada Etkili Olmadığı Görüşü.....	107
D- Start-up’ların Hususi Durumu.....	108
II- Borca Batıklık Kavramını Gerekli Gören Görüşler	112
Sınırlı Sorumluluk Kuralına Karşılık Gerekli Olduğu	112
A-	112
B- Şirket Organlarının Kendi Kendini Denetleme Davranışının Yerleştirilmesi	113
III- Ara Sonuç.....	114
İKİNCİ BÖLÜM	125
TTK MD. 376/3 HÜKMÜ ANLAMINDA BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ..	125
§ 7 BORCA BATIKLIK HALİNİN TESPİTİ	125
I- Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğü	125
II- Ara Bilançolar	126
A- Borca Batıklık Hesaplamasına Esas Olan Ara Bilançolar	126
1. Genel Olarak	126
2. İşletmenin Devamlılığı Esasına Göre Bilanço	129
3. Aktiflerin Muhtemel Satış Fiyatlarına Göre Bilanço	131
B- Borca Batıklığı Tespit Ara Bilançolarının Diğer Bilançolardan Farkı	133

1. Ara bilançoların Yıllık ve Ara Dönem Bilançosundan Farkı.....	133
2. TTK md. 376 Tebliği'nin Ara Bilançolara İlişkin Düzenlemesi	135
3. Ara Bilançoların Vergi Usul Kanunu Hükümlerine Göre Düzenlenen Bilançodan Farkı	137
4. Ara Bilançoların İflas Bilançosundan Farkı.....	138
5. Ara Bilançoların Tasfiye Başlangıç Bilançosundan Farkı	139
C- Ara Bilançoların Hazırlanması.....	140
1. Finansal Tablolara Alma (Tanıma-Recognition), Ölçme (Measurement) ve Değerleme (Valuation).....	140
2. Ara Bilanço Hazırlama İlkeleri	141
a. Genel Olarak	141
b. Bilançonun İçeriği.....	142
c. Muhasebe Açısından	142
aa. Bilanço/Raporlama Tarihi İlkesi	142
bb. Tamlik İlkesi	143
d. Usul Açısından	145
aa. Bireysel Değerleme İlkesi	145
bb. Değerleme Yaklaşımlarının İzlenebilirliği.....	147
e. Değerleme Açısından	147
aa. Değerleme Amacının Uygunluğu.....	147
bb. Gerçekçi Değerleme İlkesi.....	148
3. Ara Bilançolarda Varlıkların Tanınması.....	148
a. Genel Olarak	148
b. Kullanılabilirlik/Paraya Çevrilebilirlik İlkesi	149
c. Duran ve Dönen Varlıklar.....	150
d. Şerefiye	151
aa. Şerefiyenin Yıllık Bilançoda Muhasebeleştirilmesi	151
bb. Şerefiyenin Borca Batıklık Bilançolarında Muhasebeleştirilmesi	154
cc. Şerefiyenin Muhtemel Satış Fiyatlarına Göre Çıkarılan Ara Bilançoda Muhasebeleştirilmesi.....	159

dd. Şerefiyenin İşletmenin Devamlılığı Esasına Dayalı Ara Bilançoda Muhasebeleştirilmesi.....	161
ee. Şerefiyenin Türk Hukukunda Borca Batıklık Hesaplamasına Dahil Edilmesine ilişkin Değerlendirme.....	163
e. Maddi Olmayan Duran Varlıklar	165
aa. Genel Olarak.....	165
bb. Maddi Olmayan Duran Varlıkların Muhtemel Satış Fiyatlarına Göre Ara Bilançoda Muhasebeleştirilmesi.....	167
cc. Maddi olmayan duran varlıkların işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançoda muhasebeleştirilmesi	168
f. Gelecek Aylara/Yıllara/Döneme Ait Giderler ve Gelir Tahakkukları	168
g. Diğer Kalemler.....	171
4. Ara Bilançolarda Yükümlülüklerin Tanınması.....	175
a. Yükümlülükler	175
b. Özsermaye.....	177
c. Karşılıklar.....	177
d. Kefalet Sözleşmeleri	178
e. Garanti Sözleşmeleri	182
f. Gelecek Aylara/Yıllara/Döneme Ait Gelirler ve Gider Tahakkukları	188
5. Grup Şirketleri Yönünden Borca Batıklık İncelemesi	189
6. Kur Farkı Zararlarının Değerlemesi.....	191
7. Şerefiyenin Muhasebeleştirilmesi Bakımından Ulaştığımız Sonuçlar	194
D- Ara Bilançolarda Değerleme.....	196
1. Borca Batıklık Bağlamında Hukuk ve Değerleme İlişkisi.....	196
2. Muhtemel Satış Fiyatları	202
3. İşletmenin Devamlılığı Esası	208
a. Genel Olarak	208
b. İşletmenin Devamlılığı Değeri: Bireysel Değerleme.....	210
aa. İkame/Yeniden Üretim Değeri	211

bb. Kısmi Vergi Değeri.....	212
cc. TFRS Değerleri.....	214
c. İşletmenin Devamlılığı Değeri: Toplam Değer İlkesi.....	214
d. Kârlılık ve Nakit Akışları Kavramları.....	219
E- Ara Bilançoların Zıt Sonuçlar Göstermesi Halinde Borca Batıklığının Belirlenmesi ile Şirketin Bütün Olarak Değerlemesi Arasında Olası İlişki.	221
1. TTK md. 376/3'te İki Ara Bilançodan Bahsedildiğinin Kabulü.....	221
2. TTK md. 376/3'teki İki Değerleme İlkesinin Yalnızca Biri İçin Bilançonun Zorunlu Tutulduğunun Kabulü	225
III- Ara Sonuç.....	227
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	239
BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR	239
§ 8 BORCA BATIKLIĞI MAHKEMEYE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	239
I- Genel Olarak	239
II- Bildirimde Bulunacak Kişi ve Organlar.....	240
A- Yönetim Kurulu	240
B- Tasfiye Memurları.....	243
C- Alacaklılar	243
D- Pay Sahipleri	243
E- Denetçiler	244
F- Diğer Kişiler.....	257
III- Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk	258
§ 9 İYİLEŞTİRME YÖNTEMLERİ	260
I- Genel Olarak	260
II- TTK md. 376 Tebliği	262
III- Sermaye Azaltımı.....	263
A- Genel Olarak	263
B- Borca Batıklığının İyileştirilmesi Amacıyla Sermaye Azaltımı	265

C- İsviçre Hukukunda “Harmonika”: Sermayenin Azaltımı ile Eş Zamanlı Yeniden Artırımı	266
1. Genel Olarak	266
2. Harmonika’nın Şartları.....	267
IV- Sermaye Avansı	269
A- Genel Olarak	269
B- Sermaye Avansının İşlevi ve Hukuki Niteliği	270
C- Sermaye Avansı ile Borca Batıklık Arasındaki İlişki	273
D- Sermaye Avansı ile Sermaye Tamamlama Arasındaki İlişki.....	274
1. Sermayenin Tamamlanmasının Özellikleri.....	274
2. Sermayenin Tamamlanması ve Ek Ödeme Yükümlülüğünün Karşılaştırılması	275
a. Ek Ödeme Yükümlülüğünün Genel Özellikleri.....	275
b. Sermayenin Tamamlanması ve Ek Ödeme Yükümlülüğünün Arasındaki Farklar.....	276
3. Sermaye Avansı ve Sermayenin Tamamlanmasının Karşılaştırılması	278
4. Sermaye Avansı ve Sermaye Artırımı Arasındaki İlişki.....	279
5. Sermaye Artırımı ve Borca Batıklık İlişkisi.....	280
E- Sermaye Avansının Borca Batıklık Durumunda Kullanılmasına İlişkin Görüşümüz	285
V- Sırada Sona Geçme	286
A- Genel Olarak	286
B- Tanımı	289
C- Amacı ve İşlevi	290
D- Hukuki Niteliği	294
E- Sırada Sona Geçmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirmemiz	299
F- Sırada Sona Geçmeye Konu Alacak Tutarı	300
G- Sırada Sona Geçmenin Mahkemeye Bildirimde Bulunma Yükümlülüğünü Kaldırıp Kaldırmayacağı Meselesi	302
SONUÇ.....	309

KAYNAKÇA	325
ÖZGEÇMİŞ.....	348



KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AkdHFD	: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AlmTK	: Alman Ticaret Kanunu
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
APOK/AktG	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz)
AŞ	: Anonim şirket
b.	: bent
BDY	: Bağımsız Denetim Yönetmeliği
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BGE/İFMK	: İsviçre Federal Mahkeme Kararları (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts)
BGH	: Bundesgerichtshof- Alman Federal Yüksek Mahkemesi
bkz	: bakınız
BOBİ FRS	: Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı
BTY	: Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik
C	: Cilt
c.	: cümle
CD	: Ceza Dairesi
dp.	: dipnot
E.	: Esas sayısı
aSerPK	: 2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu
eTTK	: 1956 tarih 6762 sayılı (Eski) Türk Ticaret Kanunu
eTTK (865)	: 1926 tarih 865 sayılı (Eski) Türk Ticaret Kanunu

f.	: fıkra
FRKÇ	: Finansal raporlamaya ilişkin kavramsal çerçeve
GmbHG	: Alman Sınırlı Sorumlu Ortaklıklar Kanunu (Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
hk.	: hakkında
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IDW	: Alman Denetçiler Enstitüsü (Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland)
IFRS	: International Financial Reporting Standards
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İDS	: İsviçre Denetim Standartları
İFM/BGer	: İsviçre Federal Mahkemesi (Bundesgericht)
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İNA	: İndirgenmiş nakit akışları yöntemi
İsvBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar sayısı
karş.	: karşılaştırınız
KGK	: Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartlar Kurumu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KÜMİ FRS	: Küçük ve Mikro İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı
LTD	: Limited şirket
m./md.	: madde
MSUGT	: Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
para.	: paragraf
RG	: Resmî Gazete

Rn.	: Rand
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
s.e.t.	: son erişim tarihi
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
ss.	: sayfa sayısı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunun
TFRS	: Türkiye Finansal Raporlama Standartları
TL	: Türk lirası
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMS	: Türkiye Muhasebe Standartları
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTK md. 376 Tebliği	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
UDS	: Uluslararası Değerleme Standartları
UFRS	: Uluslararası Finansal Raporlama Standartları
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBHKGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yy.	: yüzyıl

ŞEKİL LİSTESİ

Şekil 1: Alman Hukukunda Klasik İki Aşamalı Borca Batıklık Testi

Şekil 2: Alman Hukukunda Değiştirilmiş İki Aşamalı Borca Batıklık Testi

Şekil 3: İsviçre Hukukunda Borca Batıklık Testi (İsvBK 725b)

Şekil 4: Türk Hukukunda Borca Batıklık Testi (TTK md. 376/3)

Şekil 5: Türk Hukukunda Ara Bilançoların Sonuçlarına Göre İhtimaller

Şekil 6: İşletmenin devamlılığı esası ve muhtemel satış fiyatlarına göre ara bilançoların unsurları

Şekil 7: Değerleme Yöntemleri 1- (Bilanço kalemlerinin bağımsız değerlendirilip toplanması vs Şirketin bir bütün olarak değerlendirilmesi)

Şekil 8: Değerleme Yaklaşımları ve Alt Yöntemleri

RÉSUMÉ

Le concept de surendettement est réglementé par l'article 376/3 du Code de commerce turc (TCC). Le législateur a évalué le phénomène de surendettement, qui est essentiellement un sujet du domaine de la finance d'entreprise, comme une situation de difficulté financière grave qui obligera l'entreprise à prendre des mesures juridiques. Ainsi, ce phénomène a été tenté d'être défini par le législateur, réglementé et est devenu un concept juridique avec des conséquences juridiques. Le surendettement est le dernier et le plus avancé des seuils de difficulté financière stipulés à l'article 376 du TCC. La réglementation sur le surendettement vise à assurer la protection des créanciers et à garantir que l'organe de direction de l'entreprise s'auto-évalue constamment en tenant compte de la situation financière de l'entreprise.

La disposition de l'article 376/3 du TTK est une continuation de la disposition de l'article 324/2 de l'eTTK. D'autre part, de nombreuses innovations importantes ont été introduites dans la disposition. Les principales innovations sont que, pour déterminer le surendettement, en plus du bilan intermédiaire basé sur les prix de vente, un deuxième bilan intermédiaire basé sur les valeurs d'exploitation est requis et la méthode de subordination est acceptée afin d'éviter la faillite de l'entreprise surendettée. Cependant, à la suite de la modification apportée par la loi n° 6335, la disposition qui stipulait auparavant que les bilans intermédiaires devaient être examinés par le commissaire aux comptes a été supprimée du texte de l'article.

Le sujet du surendettement concerne plus d'une discipline, à savoir le droit commercial, le droit du bilan et le droit de la faillite. Dans ce contexte, le sujet de la thèse est de nature technique et les explications techniques apportées visent à former la base des explications et des discussions juridiques.

Dans la première partie de la thèse, le concept de surendettement est expliqué en détail et les caractéristiques qui distinguent ce concept d'autres concepts similaires sont soulignées. En outre, les réglementations juridiques dans lesquelles le concept est inclus sont examinées ;

Dans la première partie, nous examinons en détail la réglementation de la notion de surendettement dans les systèmes juridiques allemand et suisse, qui est la source de l'article, les raisons factuelles et les processus historiques. Dans ce contexte, nous évaluons l'inclusion de la prévision de continuation, qui est une étape importante dans la détermination du surendettement dans les lois pertinentes, dans notre droit. L'avenir de la notion de surendettement a fait l'objet de discussions dans la doctrine du droit comparé dans le cadre de la directive adoptée par l'Union européenne (UE) en 2019 pour améliorer les processus de restructuration préventive. Une évaluation est effectuée dans le contexte des réglementations du droit turc concernant ces discussions. À la suite de tous les examens de la première partie, le but de la notion de surendettement est déterminé et les évaluations sont façonnées en fonction de cet objectif.

Dans la deuxième partie de l'étude, nous examinons comment le surendettement sera déterminé au sens de la disposition de l'article 376/3 du TCC. Dans la disposition concernée, il est envisagé d'établir deux bilans intermédiaires spéciaux basés sur les valeurs d'exploitation et les prix de vente afin de diagnostiquer l'affaire. Nous examinons comment le surendettement est déterminé sur la base des résultats de deux bilans intermédiaires en tenant compte de la formulation de la disposition, de son objectif et du processus de régulation. Dans ce contexte, les principes de reconnaissance et d'évaluation des bilans intermédiaires sont également étudiés. Car les principes de régulation des bilans sont déterminés en fonction des objectifs de leur régulation.

Dans le calcul du surendettement, la valeur réelle des actifs de l'entreprise et sa capacité à faire face à ses dettes sont mesurées. Étant donné que cela peut affecter les intérêts des créanciers et l'avenir de l'entreprise, il est très important que la mesure soit effectuée de manière réaliste et raisonnable. Dans la deuxième partie, en plus d'autres explications concernant l'évaluation, l'une de nos évaluations de base, tant pour le bilan intermédiaire de continuité d'exploitation que pour le bilan intermédiaire de prix de vente probable, est de permettre une évaluation globale de tout ou partie des actifs. En effet, l'idée selon laquelle une évaluation individuelle est nécessaire pour une évaluation équitable est discutable. L'évaluation globale se distingue

davantage du bilan basé sur le principe de continuité d'exploitation ; car, bien que les prix de vente des actifs puissent être déterminés, il existe des incertitudes quant à l'existence ou à la détermination de leurs valeurs de continuation. Un autre point de cette thèse est que le goodwill doit être capitalisé dans les deux bilans intermédiaires lorsque les conditions nécessaires sont réunies pour déterminer la valeur réelle des actifs de l'entreprise et révéler la capacité de couverture de la dette. La question de la capitalisation du goodwill dans les bilans intermédiaires diffère de l'interdiction de capitalisation en vigueur dans les bilans commerciaux.

La troisième partie de la thèse examine l'obligation d'une entreprise qui se révèle surendettée sur la base de bilans intermédiaires de déposer le bilan. Le chapitre examine les méthodes d'accompagnement pour éliminer le surendettement et éviter la faillite de l'entreprise. Dans ce cadre, on discute tout d'abord de la méthode dite « harmonica », qui est adoptée dans la doctrine suisse et les décisions judiciaires et dans laquelle la réduction et l'augmentation de capital sont effectuées simultanément, qui est venue à l'ordre du jour conformément à l'article 376/2 du TCC et dans quelle mesure elle sera efficace pour éliminer le surendettement.

L'article 376/3 du Code de commerce prévoit un nouvel outil pour empêcher la faillite des entreprises qui se trouvent surendettées sur la base des bilans intermédiaires. En outre, la troisième partie examine la fonction et la nature juridique de l'instrument de subordination, qui, bien que n'étant pas directement efficace pour éliminer le surendettement des entreprises, contribue indirectement en permettant le processus de restructuration non judiciaire et contrairement au concordat, ne restreint pas le pouvoir de disposition de l'entreprise. En outre, la relation entre la soumission de la subordination au tribunal et l'élimination de l'obligation de notification prévue à l'article 376/3 est évaluée. La troisième section examine également si le concept de paiement anticipé du capital est approprié comme outil pour améliorer la structure financière d'une entreprise surendettée et éviter la notification de faillite sur la base du motif du surendettement. Dans ce contexte, la nature juridique et la fonction du paiement anticipé du capital sont évaluées.

Mots clés : Surendettement, bilan de surendettement, faillite, insolvabilité, bilan intermédiaire, valeur d'exploitation, goodwill, prévision de continuation

ABSTRACT

The concept of over-indebtedness is regulated in Article 376/3 of the Turkish Commercial Code (TCC). The legislator has evaluated the phenomenon of over-indebtedness, which is essentially a subject of the business-finance field, as a serious financial difficulty situation that will oblige the company to take legal measures. Thus, this phenomenon has been tried to be defined by the legislator, regulated and has become a legal concept with legal consequences. Over-indebtedness is the last and most advanced of the financial difficulty thresholds stipulated in Article 376 of the TCC. The over-indebtedness regulation aims to ensure the protection of creditors and to ensure that the company's management body constantly self-assessments by considering the company's financial situation.

TTK Article 376/3 provision is a continuation of the provision of Article 324/2 of the eTTK. On the other hand, many important innovations have been introduced in the provision. The main innovations are that, in determining over-indebtedness, in addition to the interim balance sheet based on the sales prices, a second interim balance sheet based on the going-concern values is required and the method of subordination is accepted in order to prevent the bankruptcy of the over-indebted company. However, as a result of the amendment made by Law No. 6335, the provision that previously stipulated that the interim balance sheets should be examined by the auditor was removed from the text of the article.

The subject of over-indebtedness concerns more than one discipline, namely commercial law, balance sheet law and bankruptcy law. In this context, the subject of the thesis is of a technical nature and the technical explanations made aim to form the basis for legal explanations and discussions.

In the first part of the thesis, the concept of over-indebtedness is explained in detail and the features that distinguish this concept from other similar concepts are emphasized. In addition, the legal regulations in which the concept is included are examined; especially the contradictions between the two main provisions regulating the consequences of over-indebtedness, TCC Article 376/3 and Article 179/1 of the Bankruptcy Code are evaluated.

In the first section, the regulation of the concept of over-indebtedness in German and Swiss legal systems, which is the source of the article, the factual reasons and historical processes are investigated in detail. In this context, evaluations are made towards the inclusion of the continuation forecast, which is an important stage in determining over-indebtedness in the relevant laws, in our law. The future of the concept of over-indebtedness has been a subject of discussion in the comparative law doctrine within the framework of the directive adopted by the European Union (EU) in 2019 to improve preventive restructuring processes. An evaluation is made in the context of the regulations in Turkish law regarding these discussions. As a result of all the examinations in the first section, the purpose of the concept of over-indebtedness is determined and the evaluations are shaped in line with this purpose.

In the second section of the study, it is investigated how over-indebtedness will be determined within the meaning of the provision of Article 376/3 of the TCC. In the relevant provision, it is envisaged to prepare two special interim balance sheets based on going-concern values and sales prices in order to diagnose investigated. How over-indebtedness is determined based on the results of two interim balance sheets is examined by considering the wording of the provision, its purpose and the regulation process. In this context, the recognition and valuation principles of interim balance sheets are also investigated. Because the regulation principles of balance sheets are determined depending on the purposes of their regulation.

In the calculation of over-indebtedness, the real value of the company's assets and its ability to meet its debts are measured. Since it may affect the interests of creditors and the future of the company, it is of great importance that the measurement is made realistically and reasonably. In the second section, together with other explanations regarding valuation, one of our basic evaluations for both the going concern interim balance sheet and the probable sales price interim balance sheet is to enable holistic valuation of all or part of the assets. Because the idea that individual valuation is necessary for fair valuation is debatable. Holistic valuation stands out more in terms of the balance sheet based on the going concern principle; because, while the sales prices of the assets can be determined, there are uncertainties about the existence or determination of their continuation values. Another point in

this thesis is that goodwill should be capitalized in both interim balance sheets when the necessary conditions are met in order to determine the real value of assets of the company and to reveal the debt coverage capacity. The issue of capitalization of goodwill in interim balance sheets differs from the capitalization prohibition valid in commercial balance sheets.

The third part of the thesis examines the obligation of a company that is found to be over-indebted based on interim balance sheets to file for bankruptcy. The chapter investigates supporting methods for eliminating over-indebtedness and preventing the bankruptcy of the company. Within this framework, first of all, the method called “harmonica”, which is adopted in Swiss doctrine and court decisions and in which capital reduction and increase are carried out simultaneously, which has come to the agenda pursuant to Article 376/2 of the TCC and the extent to which it will be effective in eliminating over-indebtedness is discussed, is discussed.

Article 376/3 of the TCC foresees a new tool to prevent the bankruptcy of companies that are found to be over-indebted based on interim balance sheets. In addition, the third part investigates the function and legal nature of the instrument of subordination, which, although not directly effective in eliminating over-indebtedness of companies, indirectly contributes by enabling the non-judicial restructuring process and unlike the concordat, does not restrict the company's power of disposition. Furthermore, the relationship between the submission of the subordination to the court and the elimination of the notification obligation stipulated in Article 376/3 is evaluated. The third section also examines whether the concept of capital advance payment is suitable as a tool for improving the financial structure of an over-indebted company and avoiding bankruptcy notification based on the reason for over-indebtedness. In this context, the legal nature and function of capital advance payment is evaluated.

Keywords: Over-indebtedness, over-indebtedness balance sheet, bankruptcy, insolvency, interim balance sheet, going-concern value, goodwill, continuation forecast

ÖZET

Borca batıklık kavramı, Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 376/3'te düzenlenmektedir. Kanun koyucu, özünde işletme-finans alanının konusu olan borca batıklık olgusunu, şirketi yasal olarak önlem almaya zorunlu kılacak derecede ciddi bir finansal güçlük durumu olarak değerlendirmiştir. Böylece, bu olgu, kanun koyucu tarafında tanımlanmaya çalışılmış, düzenlenmiş ve hukuki sonuçlar bağlanan hukuki bir kavram haline gelmiştir. Borca batıklık, TTK md. 376'da öngörülen finansal güçlük eşiklerinden en sonuncusu ve en ileri düzeyde olanıdır. Borca batıklık düzenlemesi, alacaklarının korunması sağlamak ve şirketin yönetim organının şirketin finansal durumunu gözeterek sürekli öz değerlendirmeyi yerleştirmesi hedefine yöneliktir.

TTK md. 376/3 hükmü, eTTK md. 324/2 hükmünün devamı niteliğindedir. Öte yandan, hükümde, birçok önemli yenilik getirilmiştir. Başlıca yenilikler, borca batıklığın tespitinde, muhtemel satış fiyatlarına göre ara bilanço yanı sıra işletmenin devamlılığı esasına dayanan ikinci bir ara bilançonun çıkarılmasının zorunlu kılınması ve borca batık şirketin iflasını önlemek amacıyla sırada sona geçme yönteminin kabul edilmesidir. Bununla birlikte, 6335 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik neticesinde, daha önce ara bilançoların denetçi tarafından incelenmesini öngören hüküm, madde metninden çıkarılmıştır.

Borca batıklık konusu, ticaret hukuku, bilanço hukuku ve iflas hukuku olmak üzere birden fazla disiplini ilgilendirmektedir. Bu bağlamda tezin konusu, teknik bir nitelik taşımakta olup, yapılan teknik açıklamalar, hukuki açıklama ve tartışmaların zemini oluşturmayı amaçlamaktadır.

Tezin birinci bölümünde, borca batıklık kavramı detaylı bir şekilde açıklanmakta, bu kavramın yakın diğer kavramlardan ayıran özellikleri vurgulanmaktadır. Ayrıca, kavramın yer aldığı yasal düzenlemeler incelenmekte; özellikle borca batıklığın sonuçlarını düzenleyen iki ana hüküm olan TTK md. 376/3 ve İİK md. 179/1 arasındaki çelişkiler değerlendirilmektedir.

Birinci bölümde, Alman ve maddenin kaynağı olan İsviçre hukuk sistemlerinde borca batıklık kavramının düzenlenişi, olgusal nedenler ve tarihsel süreçleri kapsamlı şekilde araştırılmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu hukuklarda borca batıklığın tespitinde önemli bir aşama olan devam öngörüsünün hukukumuza dahil edilmesi yönünde değerlendirmeler yapılmaktadır. Borca batıklık kurumunun geleceği, Avrupa Birliği'nin (AB) 2019 yılında kabul ettiği önleyici yeniden yapılandırma süreçlerini iyileştirmeye yönelik yönergesi çerçevesinde mukayeseli hukuk öğretisinde tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalara yönelik, Türk hukukundaki düzenlemeler bağlamında değerlendirme yapılmaktadır. Birinci bölümdeki bütün incelemeler sonucunda, borca batıklık kavramının amacı belirlenmekte ve değerlendirmeler bu amaç doğrultusunda şekillenmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, TTK md. 376/3 hükmü anlamında borca batıklığın nasıl tespit edileceği araştırılmaktadır. İlgili hükümde, borca batıklık durumunun tespisi için işletmenin devamlılığı esasına göre ve muhtemel satış fiyatlarına dayalı iki özel ara bilanço hazırlanması öngörülmektedir. Borca batıklığın, iki ara bilançonun sonuçlarına dayanarak nasıl belirleneceği, hükmün lafzı, amacı ve düzenleme süreci göz önünde bulundurularak incelenmektedir. Bu bağlamda, ara bilançoların tanıma ve değerlendirme esasları da araştırılmaktadır. Zira bilançoların düzenleme esasları düzenlenme amaçlarına bağlı belirlenmektedir.

Borca batıklık hesaplamasında, şirketin gerçek malvarlığı değeri ile borçlarını karşılama yeterliliği ölçülmektedir. Alacaklıların menfaatlerini ve şirketin geleceğini etkileyebileceği için ölçümün, gerçekçi ve makul şekilde yapılması büyük önem taşımaktadır. İkinci bölümde, değerlemeye ilişkin diğer açıklamalarla birlikte hem işletmenin devamlılığı ara bilançosu hem de muhtemel satış fiyatları ara bilançosu için temel değerlendirmelerimizden biri, varlıkların tamamının veya bir kısmının bütüncül değerlemesine imkân sağlanmasıdır. Zira gerçeğe uygun değerlendirme için bireysel değerlemenin şart olduğu fikri tartışmalıdır. Bütüncül değerlendirme, işletmenin devamlılığı esasına dayalı bilanço açısından daha belirgin şekilde öne çıkmaktadır; çünkü, varlıkların satış fiyatları belirlenebilirken, devam değerlerinin varlığı veya tespit edilebilirliği konusunda belirsizlikler bulunmaktadır. Diğer bir görüşümüz, gerçek malvarlığı değerini belirlemek ve borç karşılamama kapasitesini ortaya

koymak amacıyla, şerefiyenin her iki ara bilançoda gerekli koşullar sağlandığında aktifleştirilmesidir. Şerefiyenin ara bilançolara kaydedilmesi meselesi, sonuç açıklama amacıyla düzenlenen ticari bilançoda geçerli olan aktifleştirme yasağından farklılık göstermektedir.

Tezin üçüncü bölümünde, ara bilançolardan borca batık olduğu anlaşılan bir şirketin iflas bildiriminde bulunma yükümlülüğü incelenmektedir. Bölüm kapsamında, borca batıklığın giderilmesi ve şirketin iflasının önlenmesi için destekleyici yöntemler araştırılmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle, TTK md. 376/2 uyarınca gündeme gelen ve borca batıklığın ortadan kaldırılmasında ne derece etkili olacağı tartışılan, İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında benimsenen ve “harmonika” olarak adlandırılan, sermaye azaltımı ve artırımının eş zamanlı olarak gerçekleştirildiği yöntem ele alınmaktadır.

TTK md. 376/3 hükmü, ara bilançolardan borca batık olduğu tespit edilen şirketlerin iflasını önlemek için yeni bir araç öngörmektedir. Üçüncü bölümde ayrıca, şirketlerin borca batıklığının ortadan kaldırılmasında doğrudan etkisi olmasa da, yargı dışı iyileşme sürecine olanak tanıyarak dolaylı olarak katkı sağlayan ve konkordatodan farklı olarak şirketin tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı sırada sona geçme aracının işlevi ve hukuki niteliği araştırılmaktadır. Bundan başka, sırada sona geçme taahhüdünün mahkemeye sunulmasının, TTK md. 376/3 hükmünde öngörülen bildirim yükümlülüğünün ortadan kaldırılması arasındaki ilişki değerlendirilmektedir.

Üçüncü bölümde, sermaye avansı müessesinin, borca batık bir şirketin finansal yapısını iyileştirme ve borca batıklık sebebine dayalı iflas bildiriminden kaçınma aracı olarak elverişli olup olmadığı da incelenmektedir. Bu çerçevede, sermaye avansının hukuki niteliği ve işlevi borca batıklık bağlamında değerlendirilmektedir. Ayrıca, uygulamada zaman zaman birbirinin yerine kullanıldığı görülen sermayenin tamamlanması mekanizmasıyla farkları ortaya konmaktadır. Açıklamalarda ek ödeme yükümlülüğü ve sermaye artırımı yöntemlerine de yer verilmektedir.

Anahtar kelimeler: Borca batıklık, borca batıklık bilançosu, iflas, ara bilanço, işletmenin devamlılığı, şerefiye, devam öngörüsü, muhtemel satış fiyatları

GİRİŞ BÖLÜMÜ

§ 1 KONUNUN SUNULUŞU

Bir şirket, malvarlığının ayrılığı ve tüzel kişilik özellikleri sayesinde feshedilmediği sürece yüzyıllarca faaliyet gösterme potansiyeline sahiptir. Şirketler, ayrı malvarlıklarını işletme faaliyetleri doğrultusunda yönetirken, yıllar süren deneyim ve paydaşlarla etkileşim yoluyla sayesinde maddi ve maddi olmayan değerler, örneğin, tecrübe, know-how, örtük bilgi, kalifiye iş gücü, girişimcilik gibi unsurlar biriktirir ve katma değer oluşturur. Bu nedenle, yalnızca şirketin malvarlığı değil, aynı zamanda bu birikimin olduğu tüzel kişinin kendisi de korunmaya değerdir.

Diğer yandan, şirketlerin iflas nedeniyle piyasadan çıkmak zorunda kalması iş döngüsünün olağan bir aşamasıdır. Ancak günümüzde şirketlerin önemli bir kısmı sınırlı sorumlu şirketlerden oluşmaktadır. Bu da iflas durumunda, karşılanmayan alacaklar ve alacaklılardan haksız kaynak aktarımına yol açmaktadır. Bu nedenle, vakitli bir tasfiyenin kaynakların haksız aktarımına bir ölçüde engel olabileceği düşünülebilir. O halde, bir yandan, iflas kurumunun elzem oluşu bir kez daha anlaşılırken, diğer yandan, şirketlerin tüzel kişilik ve malvarlıklarının ex-ante, gelecek vadettikleri ölçüde finansal sıkıntı zamanlarında ex-post olarak korunmalarının önemi de yadsınamaz. Hukuk sistemleri, şirket ve şirket paydaşlarını bağlayıcı düzenlemeler ile bu menfaatler çatışmalarını dengelemeye çalışmaktadırlar. Finansal sıkıntı yaşayan bir şirket, finansal ve organizasyonel sağlığına bağlı olarak iflas yoluyla tasfiyeye gitme veya yeniden yapılandırma sürecine başlama arasında bir yol ayrımında bulunmaktadır. Şirketin içinde bulunduğu finansal güçlük seviyesi, ilgili hukuk sisteminin sunduğu araçlara erişim ve sorumluluk risklerini yönetme açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu bağlamda, borca batıklık olgusu, yaklaşık iki yüzyıldır varlığını sürdürmektedir. Ancak değişen ekonomik sistemler, gelişen finansal araçlar, yerel veya küresel ekonomik dalgalanma ve krizler borca batıklık kurumunun sürekli olarak gözden geçirilip yeniden düzenlenmesine neden olmuştur.

Teziminiz konusu, TTK md. 376/3 kapsamında borca batıklıktır. Borca batıklık, eTTK md. 324/2 hükmüyle düzenleme altına alınmıştı. 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) md. 1533 ile 1956 tarihli 6762 sayılı Türk ticaret Kanunu (eTTK) yürürlükten kaldırılmıştır. eTTK’nın birçok hükmü ise içeriğinde değişiklikler yapılarak ve dili güncelleştirilerek TTK’ya alınmıştır. TTK md. 376/3 hükmü de şirketin mali durumunun bozulması halinde idare vazifelerini düzenleyen eTK 324. maddesinin¹ hükümlerinin bir ölçüde korunması ile hüküm altına alınmıştır². TTK 376. madde gerekçesine göre 6762 sayılı Kanundaki 324. maddenin bilânço hukukuna uymayan hükümleri düzeltilmiştir. 376. madde düzenlenirken İcra ve İflâs Kanununda 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, AET’nin İkinci Yönergesi ve İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) m. 725’e 1991’de yapılan ekler de dikkate alınmıştır. Hüküm pay sahiplerinin, alacaklıların, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumayı amaçlamaktadır³. Öte yandan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) &92’de ve Fransız Ticaret Kanunu L. 225-248’de de benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Tez konumuz hakkındaki ikincil bir düzenleme, Ticaret Bakanlığı’nın “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376’ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliği”dir⁴.

Anonim şirketler, başta pay sahipleri ve şirket alacaklıları olmak üzere, tasarruflarını sermaye piyasası araçlarına yatıran yatırımcılar, ilerde pay sahibi olabilecek kişiler, şirkette çalışan işçiler, ortaklıkla sürekli ilişki halinde bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler ve nihayet devleti de kapsayan geniş ve değişik çıkar gruplarını yakından ilgilendirmektedir⁵. Mülga eTTK md. 324/2’de “Şirketin Mali Durumunun Bozulması” başlığı altında düzenlenen, TTK md. 376/3’te terim olarak kullanılan borca batıklık hali, şirketin gerçek varlıklarının toplam değerinin, gerçek

¹ Bu husus, daha önce 1926 tarihli TTK md. 325’da düzenlenmişti.

² Öte yandan, 26.06.2012’de 6335 Sayılı Kanun’la anonim şirketlerin denetim sistemi elden geçirilmiş ve her anonim şirket için şart koşulan denetçi uygulaması kaldırılmıştır. Buna bağlı olarak, Kanunun 16. maddesiyle, TTK 376/3’de yer verilen ara bilançoların denetçi tarafından incelenmesi koşulunu kaldıran bir değişiklik olmuştur.

³ 6102 Sayılı TTK md. 376 gerekçesi.

⁴ 15.09.2018 tarih ve 30536 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵ TÜRK Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (Türk Ticaret Kanunu m. 324), Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, (**Borca Batıklık**), s. 1.

borçlarının toplam değerini karşılayamaması durumudur. Anonim şirketlerde, alacaklılara karşı sorumluluğun şirket malvarlığı ile sınırlı olması nedeniyle, şirketin borca batıklık içinde olup olmadığının tespit edilmesi ve gerekli kanuni adımların atılması tüm menfaat çevresi, özellikle alacaklılar açısından önemlidir. Diğer yünden borca batıklık halinin tespiti, şirket açısından hayati öneme sahiptir. Bu açıdan, borca batıklığın tespiti neticesinde iflas bildiriminde bulunmak yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerindendir (TTK md. 375/1-g). TTK md. 376/3 hükmü, bir yandan şirketin borca batık olduğunun ortaya çıkması halinde iflasına karar verileceğini düzenlerken, diğer borca batık şirketin iflastan korunması için sırada sona geçme şeklinde bir araç da öngörmektedir.

Tezimizde, İsviçre ve Alman Hukuklarında “*überschuldung*” terimi ile ifade edilen⁶ “*borca batıklık*” kavramı ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır. Bir kavramın içeriğinin ve sınırlarının anlaşılması için benzer veya yakın kavramlardan farklarını ortaya koymak önemlidir. Bu açıdan başlangıçta, borca batıklık terminolojik açıdan ele alınırken, “*sermaye kaybı*”, “*ödemeden aciz*” “*ödemelerin tatili*” gibi diğer terimlerden ayrıldığı esaslı noktalar açıklanmıştır.

Borca batıklık kavramı, çeşitli hukuk dalları ve başka disiplinlerle sıkı bir bağlantıya sahiptir. Bir şirket için borca batıklık halinin tespiti hayati önem taşır, zira şirketin ya yeniden yapılandırma sürecine girmesi ya da doğrudan iflasına karar verilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Bu nedenle, borca batıklık şüphesini uyandıran işaretler varsa hazırlanan ara bilançoların özellikleri, hangi kalemlerin bilançoda dikkate alınacağı ve değerlendirme esaslarını açıklamak gereklidir ve bunun için bilanço ve muhasebe hukukuna başvurulması gerekmektedir. Diğer taraftan, borca batıklık, Ticaret Hukuku ile İcra ve İflas Hukukunun kesişme noktalarından birini teşkil etmektedir. Bu yönüyle konu her iki hukuk alanının bir bütün olarak ele alınmasını gerektirir⁷. Ayrıca halka açık anonim ortaklıklar için Sermaye Piyasası

⁶ Bkz. İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) md. 725,b; Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) md.92; Alman İflas Kanunu (InsO) md. 19.

⁷ KAYAR İsmail, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997. (**Mali Durumun Bozulması**), s.1.

Kurulu'nun düzenleme ve kararları da önem arz etmektedir⁸. Bu sebeplerle, tez kapsamında borca batıklık kavramı, özellikleri, tespiti ve hukuki sonuçları incelenirken, bilanço hukuku başta olmak üzere ilgili diğer alanlarda inceleme yapılmaktadır.

§ 2 AMAÇ ve KAPSAM

Tezimizin amaçları ve kapsamı şu şekildedir:

1. Borca batıklık hükmünün amacını belirlemek. Bu amacı tespit etmek için, borca batıklık kavramının ortaya çıkışını ve yasal düzenleme altına alınışını sağlayan hukuki ve olgusal nedenler ile kavramın tarihsel gelişimi, Türk hukuku, Alman hukuku, İsviçre Hukuku ve Avrupa Birliği (AB) hukukunda çerçevesinde incelenmektedir. Bu incelemelerden hareketle, borca batıklık ile ilgili hem Türk hukukundaki hem de karşılaştırmalı hukukta alacaklıların korunmasının yanı sıra, şirketin finansal durumunun sürekli öz değerlendirmeye tabi tutulmasını sağlama amacı ele alınmaktadır.

2. Borca batık olma durumunun tanımının belirlenmesi. TTK md. 376/3 hükmünden hareketle ifade edilen tanıma göre borca batıklık, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesidir. Önceki düzenleme olan eTTK md. 324/2 hükmüyle çeşitli borca batıklık tanımları yapılmıştır. Örneğin bir tanıma göre, şirket mevcutlarının ve alacaklarının şirket borçlarını karşılamaya yetmemesidir⁹. Öğretiye göre, borca batıklığın tespitinde, aktifler-borçlar/malvarlığı-borçlar esassından hareket edilmektedir¹⁰. İsviçre ve Alman hukuklarında bu kavramın karşılığı olarak kullanılan “*Überschuldung*”, “*aşırı derecede borç altına girmek*” anlamına gelir. Hangi derecedeki borçlanma hukuksal olarak “*aşırı*”

⁸ Örneğin Bkz.: (22/711) Sermaye Piyasası Kurulu'nun 17.07.2014 Tarih ve İ-SPK.45.2 Sayılı İlke Kararı, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 10.04.2014 Tarih Ve 11/352 Sayılı Kararı, Sermaye Piyasası Kurulunun 04/10/2018 Tarih ve 49/1126 Sayılı Kararı Uyarınca Yapılan Duyuru.

⁹ KAYA Arslan, “Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertelenmesi”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, İstanbul 2001, ss. 279-304, (**İflasın Ertelenmesi**) s 283,

¹⁰ Türk, **Borca Batıklık**, s. 33, BORAN-GÜNEYSU Nilüfer / ÇAPA Sadık, “Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak “Sıradan Çekilme Anlaşması””, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 2014, ss: 77-118, s. 80.

sayılacağı sorusu ise “*malvarlığını aşan ölçüde borç altına girme*” olarak yanıtlanmaktadır¹¹. Ancak borca batıklık, özkaynaklar – esas (kayıtlı) sermaye esasından hareketle belirlenen 376/1-2 bağlamında sermaye kaybı veya aciz hali, ödemelerin tatili, şirketin zarar etmesi gibi durumlardan farklıdır.

3. Borca batıklık kurumunun şirket kurtarma ve yeniden yapılandırma alanındaki gelişmeler çerçevesinde kaldırılması tartışmalarını, Türk hukuku kapsamında değerlendirmek.

4. TTK md. 376/3 kapsamında borca batıklık hesaplamasının nasıl yapıldığını açıklamak. Türk hukukunda borca batıklık iki ara bilanço yöntemiyle belirlenirken, Alman ve İsviçre hukukunda farklı olarak devam öngörüsü de dikkate alınmaktadır. Bir şirketin borç ödeme gücü temel olarak üç şekilde ölçülmektedir: toplam varlıklar ve borçların karşılaştırılması (borç karşılama kapasitesi), varlıklar ile vadesi gelen borçların ödenebilirliğinin belirlenmesi (borç ödeyebilirlik ve kredibilite) ve şirketin kendi faaliyetlerinden elde ettiği kârlılık sayesinde nakit akışı sağlama ve yeni borç temin etme gücünün tespiti. Hukukumuzda borca batıklık yalnızca borç karşılama kapasitesi üzerinden değerlendirilmekte olup, yalnızca bu yöntemle dayanarak borca batıklık tespiti alacaklıların korunması veya şirketin yaşama kabiliyetini saptamak için yeterliliği tartışmalıdır. Devam öngörüsü, borç ödeyebilirlik kapasitesini ve kârlılık potansiyelini dikkate alan bir yaklaşım olup, çalışmamızda bu öngörünün hukukumuzda dahil edilme imkanına yönelik değerlendirmeler yapılması amaçlanmaktadır.

5. Borca batıklık, işletmenin devamlılığı ve muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan iki özel ara bilanço ile hesaplanmaktadır. Borca batıklık tespiti bilançosu şeklinde isimlendirilen bilanço bir ara bilançodur. eTTK md. 324’te, borca batıklık tespiti için, yalnızca aktiflerin satış fiyatlarına göre bir bilanço çıkarılmaktaydı. TTK md. 376/3 hükmünde ise iki ara bilanço hazırlanması öngörüldüğünden tek bir borca batıklık bilançosundan değil borca batıklık

¹¹ Türk, **Borca Batıklık**, s. 33.

bilançolarından bahsetmek mümkündür. Bilançolar, işletmenin belli bir tarihteki varlıklar ve kaynaklarının karşılıklı durumlarını göstermek üzere çekilen fotoğrafı gibidir. Farklı esaslara göre çeşitli bilançolar çıkarılmaktadır. Örneğin, düzenleme şekli açısından, mali analiz açısından, kapsamı açısından, işletme muhasebe hukuku mevzuatı açısından, ülkemizde düzenlenen bilanço tipleri açısından, düzenleme tarihi açısından, düzenlenmesindeki amaç açısından, sektörel bilançolar olarak sınıflandırılır¹². Borca batıklığı tespiti yönelik ara bilanço bu sınıflardan birden fazlasına dahil edilebilir.

Bilançoların düzenlenmesinde uyulması gereken ilkeler bulunur. Bilanço ilkelerinin temel amacı, sermaye koyan veya kendilerine ait kârı işletmede bırakan sahip ve pay sahipleri ile alacaklıların işletmeye sağladıkları kaynaklar ve bunlarla elde edilen varlıkların muhasebe, kayıt, hesap ve tablolarında anlamlı bir şekilde tespit edilmesi ve gösterilmesi yoluyla, belli bir tarihte işletmenin finansal durumunun açıklıkla ve ilgililer için gerçeğe uygun olarak yansıtılmasıdır¹³. Öte yandan, kanunda, borca batıklık bilançolarının hazırlanması ve değerlendirme esaslarına dair bir açıklama yer almamaktadır. Bilançoların ilkeleri, düzenlenme amacına göre belirlenmektedir. Tezde, borca batıklık bilançolarına ilişkin genel ilkeler ortaya konulmaya çalışılacak olup, ayrıca bu bilançoların yıllık bilanço, vergi matrahı için hazırlanan bilanço, tasfiye bilançosu ve iflas bilançosu gibi diğer bilanço türlerinden farkları ele alınacaktır.

6. Borca batıklık bilançolarının kendine özgü bir amacı ve esasları olduğu dikkate alınarak, yıllık bilançoda uygulanan aktifleştirme yasaklarının bu bilançolara uygulanıp uygulanmaması değerlendirilecektir; özellikle şerefiyenin aktifleştirilmesi meselesi ele alınacaktır. Şerefiye aktifleştirmesi, şirketin güncel ve gerçekçi borç ödeme kapasitesinin ortaya konması açısından önem taşımaktadır. Alacaklıların

¹² ARZOVA Burak / YAVAŞ Murat / KÜÇÜK Barış, Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016; s.182 vd.

¹³ Arzova/ Yavaş/ Küçük, s.179 vd.

korunması ve şirketin yaşama kapasitesinin doğru anlaşılması için borç ödeme gücünün ne olduğundan fazla ne de olduğundan düşük hesaplanması gerekir.

7. Ayrıca, borç ödeme gücünün gerçekçi bir şekilde hesaplanabilmesi amacıyla, her iki borca batıklık ara bilançosunda bilanço kalemlerinin münferit değerlemesi yerine işletmenin tamamının veya varlıkların bir kısmının bütüncül değerlemesini yapılıp yapılamayacağı incelenecektir.

8. Ara bilançolardan borca batıklık durumunun tespiti, bu durumu iflas talebiyle mahkemeye bildirme yükümlülüğünü doğurmaktadır. Ancak borca batık bir şirketin iyileştirilmesi de mümkün olabilir. Bu bağlamda, TTK md. 376/3'te öngörülen sırada sona geçme, öğretide tartışılan yöntemlerden olan, sermaye azaltımı ve sermaye artırımının eş zamanlı gerçekleştirildiği harmonika yöntemi uygulamada değerlendirilen sermaye avansının borca batıklığı gidermede etkili olup olmadığı incelenmektedir. Ancak, borca batıklığın ortadan kaldırılmasında etkili olan TTK md. 377 hükmünde öngörülen konkordato kurumu ile TTK md. 139/1'de düzenlenen borca batık bir şirketin birleşmeye katılması bu çalışma kapsamında ele alınmamaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORCA BATIKLIK KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNÜNDEN İNCELEME

§ 3 BORCA BATIKLIK KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

I- Borca Batıklık Kavramı, Tanımı, Temel Özellikleri

Borca batıklık durumunu tanımlayan kavrama ilişkin açıklamalara, kavramın isimlendirilmesinde hangi terimin tercih edildiği hususu ve kanun sistematigindeki yeri ile başlanabilir. Borca batıklık kavramı, TTK İkinci Kitap Dördüncü Kısım İkinci Bölümde, “B) Yönetim ve temsil” başlığı altında, anonim şirket yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin belirlendiği III- nolu başlık içinde, üst başlığı “3. Sermayenin kaybı, borca batık olma durumu” ve madde başlığı “a) Çağrı ve bildirim yükümü” olan md. 376/3’te hüküm altına alınmıştır. Kavram, kanun lafzında, md. 376 hükmünün üst başlığında “*borca batık olma durumu*”, madde hükmünde ise “*Şirketin borca batık durumda bulunması*” olarak geçmektedir. TTK md. 376’nın üçüncü fıkrasına ilişkin gerekçede ise, ““*Borca batık olma*” kavramı”ndan söz edilmektedir. TTK md. 139’nun madde başlığında, “*d) Sermayenin kaybı veya borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma*” ifadesi kullanılmaktadır. Aynı hükümde, “*borca batıklık durumu*” tabiri tercih edilmiştir. Borca batıklık, limited şirketlere ilişkin hükümler içinde de yer almaktadır. Limited şirket organlarına ilişkin hükümlerin düzenlendiği Altıncı Kısım Dördüncü Bölüm içinde, anonim şirket hükümlerinin düzenlenişinden farklı olarak, müdürlere yönelik hükümlerin yer aldığı “B) Yönetim ve temsil” başlığı altında değil de bu başlığı takip eden ve müstakil bir üst başlık olan “C- Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık” içinde md. 633’te kaleme alınmıştır.

Borca batıklık, zora giren bir şirketin finansal durumuna dair Kanunda belirlenen göstergelerden biridir. TTK’da, sermaye kaybı kavramı ile birlikte, şirketin finansal durumunun bozulması hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. 6762

sayılı mülga TTK md. 324, TTK md. 376/3'e karşılık gelen eski hükümdür¹⁴. eTTK md. 324 hükmü, idare meclisinin idare vazifeleri içinde yer almaktadır ve "1. Şirketin mali durumunun bozulması halinde" başlığına sahiptir. Ancak bu hükümde veya eTTK'nın diğer maddelerinde "*borca batıklık*" veya "*borca batık olma*" terimleri kullanılmamıştır. Buna karşılık, TTK'da "*borca batıklık*" ifadesi benimsenmiş¹⁵, mülga Kanun'daki "*mali durumun bozulması*" tabiri ise tercih edilmemiştir.

Borca batıklık, Kanunda doğrudan tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, çeşitli kanun hükümlerinde, borca batık olma haline karşılık gelen durumlar, birbirine yakın ancak farklı ifadelerle açıklanmıştır. Öncelikle, TTK md. 376/3 hükmünden, borca batıklığın, "*aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi*" hali olduğu çıkarımı yapılmaktadır. Hükmün gerekçesinde, kavrama ilişkin doğrudan bir tanım yapılmıştır. Gerekçeye göre, borca batık olma kavramı, "*şirket aktifleri yıllık bilânçoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil - fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması*" halidir.

TTK md. 376 Tebliği md. 12'de, borca batık olma durumu doğrudan tanımlanarak, "*şirketin aktiflerinin borçlarını karşılayamaması*" hali olarak açıklanmıştır.

TTK md. 139'un gerekçesinde, "*sermaye ile kanunî yedek akçeler toplamının yarısı bilânço zararlarıyla yitirilmişse eksi bilânço; zararlar bunun üstündeysse borca*

¹⁴ TTK'nın henüz yasalaşmadığı, tasarı aşamasında olduğu dönemde yapılan çalışmalarda, borca batık olma hali, Kanunda "mali durumun bozulması" ifadesi artık kullanılmasa da bu kapsamda görülmeye devam etmiştir. Örneğin, bkz. KAYA, Mustafa İsmail (Kaya, M. İ.), "Ticaret Kanunu ve TTK Tasarısı'nın Yönetim Kuruluna Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması Halinde Yüklediği Yükümlülükler", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 37-38.

¹⁵ Kavrama Kanunda yer verilmediği eTTK döneminde, öğretide, kavrama karşılık olarak borca batıklık, borca bataklık gibi terimler de tercih edilmiş olmakla birlikte, TTK'nın yürürlüğe girmesi ile kavramın adlandırılmasında yeknesaklığa ulaşıldığı kabul edilebilir. Kavramı adlandırmak için eTTK dönemindeki kullanılan ifadelerle ilişkin olarak bkz. Yılmaz, **Borca Batıklık Bilançosu ve Yıllık Bilanço**, s. 151; ÇOŞGUN YILDIRIM, Gizem, Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No: 10. (**Borca Batıklık**), s. 101, dp. 295; Arzova/ Yavaş/ Küçük, s. 56; Türk, **Borca batıklık**, s. 145-146.

batıklık durumu, teknik terimle kırmızı bilânço vardır” denilmek suretiyle çoğunlukla karşılaşılan tanımlardan farklı, tereddütlere yol açabilecek bir tanım yapılmıştır.

Borca batıklık durumu için, eTTK md. 324/2 hükmünde, “*şirketin aktiflerinin şirket alacaklarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi*”; TTK md. 542/1-c, hükmünde ise “*şirket borçlarının şirket varlığından fazla olması*” ifadesi kullanılmıştır¹⁶. 4949 sayılı Kanun¹⁷ ile değiştirilmeden önce İİK md. 179/1, “İİK m.179: “*anonim, limited ve kooperatif şirketlerin borçlarının mevcut ve alacaklarından fazla olması*”, 4949 sayılı Kanun değişikliği ile, 6728 sayılı Kanunla tekrar değiştirilene kadar¹⁸ İİK md. 179/1, “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olması*”; eTTK md. 546, “*şirketin borçlarının mevcudundan fazla tutması*”, 2499 sayılı mülga SerPK¹⁹ md. 46, “*mali durumun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olması*”²⁰ ifadeleri ile borca batıklık haline atıf yapılmıştır.

Yargıtay kararlarında, çeşitli borca batıklık tanımları yapılmıştır. Bir kararda, “*varlıkların borçları karşılayamaması*” durumu,²¹ borca batıklık olarak kabul edilmiştir. Başka bir kararda ise, borca batıklığın, “*iflası istenen sermaye şirketinin aktifinin, pasifini karşılayamaması hali*”²² olduğu açıklanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun tespit ettiğimiz, her ikisi de 6102 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra verilen ve biri 2024 tarihli olan iki kararında ortaya koyduğu borca batıklık tanımı ise “*aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden değerlendirilmesi*

¹⁶ Bu hükmün 6762 sayılı mülga TTK’daki karşılığı olan md. 446/2 hükmünde “*şirket borçlarının şirket mevcudundan fazla olması hali*”ne işaret edilmekteydi.

¹⁷ 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 30 Temmuz 2003’ta RG’de yayımlanmıştır. Bu Kanunun 49. maddesi ile İİK md. 179/1 değiştirilmiştir.

¹⁸ 15/7/2016 Tarih ve 6728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında, İİK md. 179/1 hükmünden “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olması*” ifadesi çıkarılmış, yerine “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu*” lafzı kullanılmıştır.

¹⁹ 30/7/1981 Tarih ve 17416 Sayılı RG’de yayımlanmıştır.

²⁰ Yürürlükte olan 6362 sayılı SerPK’da da “*mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olması*” (md. 97/1, 99/A/2), “*mali durumlarının yükümlülüklerini karşılayamayacak kadar zayıflaması hâlinde*” (md. 50/4) ifadeleri yer almaktadır.

²¹ T.C. Yargıtay 23. HD, E. 2014/332 K. 2014/4185 T. 30.05.2014. Bu tezde atıf yapılan yargı kararlarına, www.kazanci.com.tr, www.lexpera.com.tr, www.karararama.yargitay.gov.tr adreslerinden ulaşılmıştır.

²² T.C. Yargıtay 19. HD, E. 2008/5077 K. 2008/5881 T. 29.05.2008.

hâlinde elde edilecek tutarın, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi” şeklindedir²³.

Öğretide, yine birbirine yakın olmakla birlikte farklı tanımlarla karşılaşılmıştır. Borca batıklık, genel olarak, şirketin mevcudunun ve alacaklarının borçlarını karşılayamaması şeklinde tanımlanmıştır²⁴. Başka bir tanıma göre, sermaye şirketinin borçlarının aktifinden fazla olmasıdır²⁵. Borca batıklık, şirket borçlarının, bu borçları karşılamakta kullanılabilecek malvarlığının toplam değerinden daha fazlası olması olarak da anlaşılmıştır²⁶. Sermaye şirketinin borçlarının aktifinden fazla olması veya şirketin mevcudunun borçlarını karşılamaya yetmemesi ifadesi de tercih edilmiştir²⁷. Bir diğer görüş, borca batıklığı, borçların malvarlığı ve alacaklardan fazla olması olarak açıklamıştır²⁸. Borca batıklığa, kısaca, şirketin aktifinin pasifinden fazla

²³ T.C. Yargıtay HGK. E. 2023/160 K. 2024/190 T. 17.04.2024 ve T.C. Yargıtay HGK. E. 2017/849 K. 2018/773 T. 11.04.2018. Her iki kararda tanım şu şekildedir: “İcra ve İflas Kanunu sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından borca batıklıkhâlini de ek bir iflas sebebi olarak göstermiştir (İİK m.179/I). Borca batıklık 6102 sayılı Kanun’un 376 ncı maddesinden yola çıkılarak aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden değerlendirilmesi hâlinde elde edilecek tutarın, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması olarak tanımlanabilir.” Ancak, bu tanıma katılmamaktayız. Öncelikle, kararlar, kooperatiflerle ilgilidir. Fakat, kararlarda, tanımın sadece kooperatiflerle ilgili olduğuna ilişkin bir açıklama düşülmeden ve KoopK md. 63’e atıf yapılmadan sadece TTK md. 376/3’ten hareket edilmesi genel bir borca batıklık tanımı yapıldığı yönünde kanaat oluşturmaktadır. Bu halde, TTK md. 376/3’teki işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilanço dikkate alınmadan kabul edilecek bir borca batıklık tanımı kanuna aykırılık teşkil edecektir. Bu konu ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, § 7.

²⁴ Kaya, (İflâsın Ertelenmesi), s. 283.

²⁵ Arzova/ Yavaş/ Küçük, s. 56.

²⁶ Sayhan, TTK md. 376/3, s. 56.

²⁷ MUŞUL, Timuçin, İflâsın Ertelenmesi, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 41.

²⁸ OLGAÇ, Senai, İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflâs Kanunu, C. 2, Yörük Matbaası, İstanbul, 1974, s. 1297.

olması da denilmiştir²⁹. Borca batıklıkta, şirketin tüm aktifi, muaccel olsun veya olmasın şirketin borçlarını karşılamaya yetmemektedir³⁰.

Borca batıklığa dair yukarıdaki tanım ve açıklamalar özetlendiğinde, şu unsurlar arası karşılaştırmalar ortaya çıkmaktadır:

- Aktifler - şirket alacaklılarının alacakları (TTK md. 376/3, eTTK md. 324/2)
- Şirketin aktifleri - borçları (TTK md. 376 Tebliğ)
- Aktifler - şirketin borç ve taahhütleri (TTK md. 376 Gerekçe)
- Şirket varlığı - şirket borçları (TTK md. 542/1-c)
- Şirketin mevcudu - borçları (KoopK md. 63/1, eTTK md. 546)
- Şirket mevcut ve alacakları - borçları (eski İİK md. 179/1)
- Varlıklar - borçlar (Yargıtay, öğreti)
- Şirketinin aktifi - pasifi (Yargıtay, öğreti)

Öğretide, özetlenen farklı kullanımlara ilişkin değerlendirmeler mevcuttur. Bu değerlendirmeleri ele almadan önce eTTK ve TTK'nın bilançonun şekli özelliklerine ilişkin hükümlerini incelemek söz konusu değerlendirmeleri yorumlamada faydalı olacaktır. Çünkü, tercih edilen terimler, bilançoya ilişkin hükümlerle ilişkilidir.

²⁹ KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1983, (**İflas Hukuku 1983**), s. 611. Yazar, İİK md. 179 hükmünü önce “şirketin borçlarının (pasifinin) mevcut ve alacaklarından (aktifinden) fazla olması” şeklinde ifade etmiş, daha sonra yukarıda yazılı olduğu şekilde kısaltmıştır. Yazar, borca batıklık karşılaştırmasını önce basit şekilde ifade etmesine rağmen devam eden açıklamalarında, borca batıklık için çıkarılan bilançonun, şirketin gerçek malvarlığını ve borçlarını tespit eden bir malvarlığı bilançosu olduğunu, aktif ve pasif tarafta gösterilecek kalemlerin de buna göre yıllık bilançodan farklı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 612. Ayrıca Yazarın, İcra ve İflas Hukuku Kitabının 2017 tarihli baskısında, aktif-pasif ifadeleri kullanılmamakta, yerine TTK md. 376/3 ve İİK md. 179/1'deki değişiklikleri takiben “borca batıklık” ve “borçların aktiften fazla olması” ifadeleri yer almaktadır. KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Eylül 2017, (**İflas Hukuku 2017**), s. 399-400.

³⁰ UYAR Talih/ UYAR Alper/ UYAR Cüneyt, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (İİK. 170/a-370), C. 3, Bilge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 3701.

6762 sayılı eTTK’da, bilançonun tanımı³¹ yapılmakta ve bilançonun³² biçimsel yapısı ile unsurlarının tasnifleri TTK’ya nazaran ayrıntılı olarak düzenlenmekteydi³³. Bununla birlikte, her iki Kanun döneminde bilanço/muhasebe hukukuna temel olan bir bilanço denklemi/eşitliği söz konusudur. Çünkü, bilanço, işletmenin sahip olduğu her varlığın mutlaka bir kaynağı olduğu anlayışından hareketle, işletmenin varlık ve kaynaklarının eşitliği esasına dayanmaktadır. Eşitliğin çeşitli gösterimleri mevcuttur:³⁵

- Aktifler = Pasifler³⁶
- Varlıklar = Kaynaklar (Yükümlülük)³⁷

³¹ eTTK md. 74/1: “Bilanço, envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifi ve karşılıklı olarak değerleri itibariyle tertiplenmiş hulasasıdır.”

³² Bilanço, latince bilanx sözcüğünden gelmekte olup, çift taraflı terazi kefesi anlamındadır; denge, denklik, eşitlik anlamında kullanılmaktadır. Bir işletmenin belirli bir tarihte sahip olduğu varlıklar ile bu varlıkların sağlandığı kaynakları gösteren finansal durum tablosudur. Bkz. ELMAS Bekir, Finansal Tablolar Analizi, Nobel Yayıncılık, 7. Basım, 2023, s. 35; GÖKÇEN Gürbüz/ ATAMAN Başak, Finansal Tablolar Analizi Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği ve Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına Göre Düzenlenen Finansal Tabloların Analizi Uygulamaları, Beta, İstanbul 2022, s. 16. Kavramı ifade etmek için, Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği (MSUGT)’de “bilanço”, TMS’de ise finansal durum tablosu tabiri kullanılmaktadır. Bilançonun, çeşitli mevzuat ve öğretideki çok sayıdaki tanımına ilişkin bkz. ŞAMİLOĞLU Famil/ AKGÜN Ali İhsan, Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Finansal Tablolar Analizi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015, s. 82-83.

³³ eTTK İkinci Kitap Dördüncü Fasal Sekizinci Kısım’daki Anonim Şirketin Hesaplarına dair birçok hükmün yanı sıra bilanço tanımı dahi TTK’ya alınmamıştır. Bunun yerine, finansal tablolara ilişkin ayrıntılı düzenleme yayımlama yetkisi, TTK md. 88’de, KGK’ya tanınmıştır.

³⁴ Ancak Alman ve İsviçre Hukukları karşısında gerek eTTK ve gerekse TTK’nın bilançoyla ilişkin hükümleri daha sınırlıdır. Bilanço şekil ve içeriğinin Kanunda belirlenmesine ilişkin farklı görüşlerin derin incelemesi için bkz. TEKİNALP Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, İstanbul 1979, (Anonim Ortaklığın Bilançosu), s. 143-170.

³⁵ Bu eşitlik, muhasebe temel eşitliği veya finansal durum tablosu temel eşitliği olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Elmas, s. 34; Şamiloğlu/Akgün, s. 86-87.

³⁶ Finansal durum tablosu, hesap tipi ve rapor tipi olarak iki şekilde düzenlenebilir. Bilanço/finansal durum tablosu hesap biçiminde (T) düzenlendiğinde, tablonun sol tarafına aktif, sağ tarafına pasif taraf denilmektedir. Pasif tarafta, tablonun düzenlendiği tarihte, genel ifadeyle kaynakları/fonları ve bunların nereden sağlandığı; aktif tarafta ise işletmenin sahip olduğu varlıklar, diğer bir ifadeyle, kaynakların nerelerde kullanıldığı gösterilmektedir. Bkz. Elmas, s. 34, Şamiloğlu/Akgün, s. 86-87. Bu taraflarda yer alan unsurlara da aktif ve pasif kalemler denilmektedir. Bkz. Karayalçın, **Muhasebe Hukuku**, s. 97. eTTK md. 459’un kenar başlığında “Münferit aktif ve pasifler” ifadesi kullanılmaktaydı. TTK md. 72’de “Aktif kalemler ve pasif kalemler”den, md. 179’da “envanterde yer alan bütün aktifler ve pasifler”den bahsedilmektedir. Bu açıklamalardan hareketle, aktif ve pasifin, bilanço/finansal durum tablosunun taraflarının adı, hem her iki tarafta gösterilen bilanço kalemlerinin genel ismi hem de bilançoyla dair iki ana kavram niteliğinde oldukları sonucuna ulaşılabilir. İlgili olarak bkz. Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s.154.

³⁷ Finansal durum tablosunun hesap tipi gösteriminde sol tarafında işletmenin varlıkları, sağ tarafında, bu varlıkların finansman kaynakları, daha açık ifadeyle, öz kaynakları ve yabancı kaynakları/borçları

- Varlıklar = Özkaynaklar + Yabancı Kaynaklar (Borçlar)
- Mevcut³⁸ + Alacaklar³⁹ = Özkaynaklar+ Yabancı Kaynaklar (Borçlar)⁴⁰

Borca batıklığa dair mevcut ve alacaklar ile borçların karşılaştırılmasındaki bu tabirlerle, “Bilanço” başlıklı eTTK md. 74/2’de karşılaşılmaktadır⁴¹. Hükümde, *“Bilançonun aktif tablosunda; mevcutlarla alacaklar ve varsa zarar, pasif tablosunda; borçlar gösterilir.”* denilmektedir. Borca batıklık hesaplamasına yönelik karşılaştırmada, aktif tarafta yer alan zarar⁴² dahil edilmeyeceğinden zararı da kapsayan aktif ifadesi kullanılmamıştır. Karşılaştırmada, pasif yerine borçlar teriminin tercih edilmesi de eTTK md. 74/3 ile ilgili olmalıdır. Fıkra göre, mevcut bilanço şemasında olduğu gibi, bilançonun pasifinde, borçlar haricinde özkaynaklar yer almaktadır⁴³.

TTK md. 376 hükmünün gerekçesinde, aktifler ile şirketin borç ve taahhütleri karşılaştırılmıştır. Taahhütlerin pasif tarafta borçlar haricinde yer alması, borca

yer almaktadır. Rapor tipi gösterimde ise, varlıklar (aktif) ve kaynaklar (pasif) alt alta sıralanmaktadır. TFRS Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve’de, varlıklar ve yükümlülükler tabirleri tercih edilmektedir.

³⁸ İşletmede fiziksel olarak bulunan varlıklar (kasadaki para, stoklar vs.) mevcut varlıkları, bilanço düzenleme tarihinde işletmede bulunmayan/mevcut olmayan fakat daha sonra işletmeye para olarak girişi olacak varlıklar ise alacaklar halinde varlıkları ifade etmektedir. Bkz. Gökçen/Ataman, s. 17.

³⁹ İşletmenin kaynaklarının bir bölümü, üçüncü kişilere borç vermek ve onlardan kredili satışlarda olduğu gibi alacak hakkı elde etmek şeklinde de kullanılabilir. Bkz. Şamiloğlu/Akgün, s. 86.

⁴⁰ Özkaynaklar, işletme kurulurken işletme sahibi ve ortakları tarafından getirilen varlıklar tutarları ile işletme faaliyeti sonucu oluşan kâr tutarını, yabancı kaynaklar ise; işletme varlıklarının üçüncü kişilerden borçlanılarak elde edilen tutarını ifade etmektedir. Bkz. Gökçen/Ataman, s. 17.

⁴¹ Envatere ilişkin eTTK md. 73’te de bu tabirler geçmektedir. Hükme göre, *“Envanter çıkarmak; saymak, ölçmek, tartmak ve değerlendirmek suretiyle, bilanço günündeki mevcutları, alacakları ve borçları katı bir şekilde ve müfredatlı olarak tesbit etmektir.”*

Mevcutlar, alacaklar ve borçlar işletmeye dahil iktisadi kıymetleri ifade eder.”

⁴² Zararın, bilançonun aktifinde gösterilmesi bilanço tekniğinin bir sonucu olarak görülmekteydi. Bkz. Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 211. Gerçekten de eTTK döneminde, zarar, düzeltici bir kalem, varsayımsal bir aktif olarak bilançonun aktifinde gösterilmekteydi. Bkz. Türk, **Borca batıklık**, s. 13. Bu husus, bilanço eşitliği ve muhasebenin temel ilkelerinden işletmenin sahip ve diğer ilgililerden ayrı bir kişiliği olduğunu kabul eden kişilik kavramı ile ilgilidir. İlgili olarak, bkz. ERSOY, Mehmet, Hesapsal Kişilik Kavramı, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, 2012, C. 32, S. 1, s. 277-296. Ancak, bilanço eşitliği ve kişilik ilkesine sadık kalınması şartı ile zararın bilançonun pasif tarafında gösterilmesi de mümkündür. Çünkü, bilançoda gösterilen zarar (bilanço zararı), nihai olarak öz sermayeyi etkilememektedir. Bkz. Türk, **Borca batıklık**, s. 13. Nitekim günümüzde, TFRS kapsamında finansal durum tablosunda veya SPK 29/01/1989 Tarihli seri XI no’lu Tebliğ’de, zarar, pasif tarafta öz sermaye kalemleri arasında gösterilmektedir.

⁴³ eTTK md. 74/3: *“Aktif yekünü ile borçlar arasındaki fark tacirin işletmeye tahsis ettiği ana sermayeyi teşkil eder. Ana sermaye de pasif tablosuna kaydolunur ve bu suretle aktif ve pasif tablolarının yekünları denkleşir. Yedek akçeler ve kar ayrı gösterilseler dahi, ana sermayenin cüzüleri sayılırlar.”*

batıklık hesaplamasında önem taşıması ile ilişkilendirilebilir. Nitekim, TTK md. 77’de teminatlardan ve taahhütlerden doğan sorumlulukların pasif tarafta veya bilançonun altında ya da ekte gösterilmesi öngörülmüştür⁴⁴.

Borca batıklık bağlamında mukayeseli hukuktaki kullanımlar incenebilir. İsviçre hukukunda İsvBK md. 725b’de şirketin yükümlülükleri ile aktifleri/varlıkları karşılaştırılmaktadır⁴⁵. Buna göre, pasif yerine yükümlülük tabiri kullanılmıştır. Diğer yandan, İsvBK md. 959’da bilançonun aktif ve pasif taraflara ayrılarak gösterileceği düzenlenmiştir⁴⁶. Alman hukukunda ise bilançonun biçimsel yapısı, aktif taraf ve pasif taraf olarak ikiye ayrılmıştır (HGB md. 266). Ancak, borca batıklık tanımında, borçlunun varlıkları ile mevcut yükümlülükleri karşılaştırılmaktadır⁴⁷.

Öğretide, özellikle şirketin alacaklılarının alacakları yerine pasif ifadesinin kullanılmasının teknik olarak doğru olmadığına, zira, yıllık bilançonun pasif tarafında, şirketin esas sermayesi, yedek akçeleri gibi şirketin özkaynaklarını oluşturan ve borca batıklık halinin tespiti bakımından şirketin üçüncü kişilere karşı borcu niteliği taşımayan unsurların bulunduğu dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla, borca batıklık için şirketin üçüncü kişilere karşı borçları önem arz etmektedir.⁴⁸

⁴⁴ Madde hükmü şu şekildedir: “Bono düzenlenmesi ile poliçe ve çek düzenlenmesinden, devrinden, poliçenin kabulünden, kefaletlerden, avalden, garanti sözleşmelerinden, akreditif teyitlerinden, üçüncü kişilerin borçları için verilen teminatlardan, üçüncü kişiler lehine taahhütlerden doğan sorumluluklar ile Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen diğer sorumluluklar pasifte gösterilmemişlerse, bilançonun altında veya ekte Türkiye Muhasebe Standartlarına göre açıklanır. Rücutan doğan alacaklar ve borçlar ile ilgili sorumluluk ilişkileri de ekte belirtilir.”

⁴⁵ İsvBK md. 725b/1’de geçen ifade şu şekildedir: “Besteht begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind,...”

⁴⁶ İsvBK md. 959/1’de geçen ifade şu şekildedir: “Die Bilanz stellt die Vermögens- und Finanzierungslage des Unternehmens am Bilanzstichtag dar. Sie gliedert sich in Aktiven und Passiven.”

⁴⁷ InsO md. 19/2’de geçen ifade şu şekildedir: “Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt,...”

⁴⁸ ATALAY Oğuz, Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, İzmir, 2007, s. 20, (**Borca Batıklık**). Benzer olarak bkz. Arzova/Yavaş/Küçük, s. 56. Şirketin sermayesi, alacaklıların genel teminatı olup, pasifte bir kalem olmasına rağmen, şirketin hakiki borcu niteliğinde olmadığından şirketin iflasını mucip borçlara dahil edilmemektedir. Bkz. DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması-TTK Şerhi II, Temel-Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1988, s. 546.

Şirketin alacaklılarının alacakları kavramı, sadece para borçlarını nazara almamakta, şirketin para ile değerlendirilebilecek ve şirkete parasal yükler getirecek iş, hizmet ve mal borçlarını da kapsamaktadır⁴⁹.

Öğretide, pasif tabiri gibi aktif tabirinin de borca batıklık hesaplamasında yeterli bir ifade olmadığı, çünkü bilanço aktiflerinin her birinin gerçek bir malvarlığı değeri ifade etmediği eleştirisi getirilmiştir. Ayrıca, borca batıklığın muhasebe ve bilanço kavramı olmaktan ziyade hukuki bir kavram olmasına işaret edilmiş, kavramın amacından hareketle, malvarlığı ile borçların karşılaştırılması gerektiği görüşü arz edilmiştir. Buna sebep, yıllık bilanço ve bu bilançonunu aktif ve pasif rakamlarının her zaman borca batıklık hesaplamasına konu değerlerle örtüşmemesidir. Sonuçta, borca batıklık, şirketin gerçek borçlarının bunları karşılamakta kullanılabilecek gerçek malvarlığı değerlerinden fazla olması olarak tanımlanmıştır⁵⁰.

Aktif ve pasif ifadelerini iflas hukuku yönünden incelemek de mümkündür. Şöyle ki, iflasta, borçlunun iflasının açılması anındaki malvarlığı, iflasının açılması anına kadar alacaklı bulunan bütün alacaklıların yararına olarak tasfiyeye tabi tutulacaktır. İşte borçlunun tasfiyeye tabi tutulacak olan mal varlığına aktif masa; aktif masadan tatmin edilecek olan alacaklıların taleplerinin tümüne de pasif masa denilmektedir.⁵¹ Borca batıklık hesaplamasına yönelik İcra ve İflas Hukuku öğretisinde İİK md. 179 bağlamındaki açıklamalar sırasında karşılaşılan aktif-pasif şeklindeki sadeleştirme, bu bilgiyle bağdaştırılabilir.

Özetle, borca batıklık denkleminde *mevcut, aktif, pasif, borç, yükümlülük, kaynak, varlık, alacak* gibi terimlerin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu kullanımlar, çeşitli nedenlere dayanabilir. İlk olarak, *aktif, pasif ile yükümlülük, kaynak, varlık* terimlerinin birbirini yerine kullanımı, işletmelerin finansal durumunu ortaya koymak için hazırlanan ve genel çerçeve olarak benzer olan tablolara ilişkin farklı

⁴⁹ Domanıç, s. 546.

⁵⁰ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 55-56.

⁵¹ ÜSTÜNDAĞ Saim, İflas Hukuku (İflas, Konkordato, İptal Davaları), Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2009, s.5.

mevzuatlardaki isimlendirmelerle ilgilidir. Örneğin, MSUGT, eTTK ve TTK⁵²'da bilanço eşitliğinin tarafları, aktif ve pasif olarak adlandırılmaktadır. Alternatif olarak, varlıklar ve kaynaklar ifadeleri de kullanılmaktadır. Pasif (kaynaklar) taraf, özkaynaklar haricinde çoğunlukla borç kalemlerinden oluşmaktadır. TMS'ye göre finansal durum tablosunda ise varlık ve kaynaklar ifadesi kullanılırken kaynaklar altında yükümlülük-özkaynak sınıflandırması yapılmaktadır⁵³. Yükümlülükler içinde borç olarak adlandırılan kalemler de mevcuttur. İkinci ve esas sebep, aktif (varlık) ve pasif (kaynak, yükümlülük) terimlerinin birden fazla işlev için kullanılmalarıdır. Aktif (varlık) ve pasif (kaynak) terimlerinin bir kullanımı, bilanço/finansal durum tablosunun sağ ve sol taraflarının ismi olmalarıdır. Ayrıca, her bir taraftaki bilanço kalemleri, genel olarak, örneğin, aktif-pasif kalemler olarak ifade edilmektedir. Burada önemli olan husus, aktif-pasif taraf altında, yıllık bilançonun sonuç açıklama niteliğinin bir neticesi olarak ve aktif-pasif kalem olarak adlandırılan dönem ayırıcı hesaplar gibi kalemlere yer verilmesidir (TTK md. 73/1)⁵⁴. Öte yandan bunlar, kalem olmanın yanında birer kavrama işaret etmektedirler⁵⁵. Örneğin, kaynak, TFRS Kavramsal Çerçeveye göre, işletmenin geçmişteki olayların bir sonucu olarak bir ekonomik kaynağı devretme konusundaki mevcut mükellefiyeti olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Dolayısıyla, pasif/kaynak kavramını karşılamayan kalemler, yıllık bilançonun özelliği gereği pasif/kaynak tarafında bulunabilmektedir.

Borca batıklık hesaplaması, eTTK md. 324'te ve mevcut hüküm TTK md. 376/3'te bilanço üzerinden yapıldığı için Kanunda ve öğretilerde, borca batıklık denklemi kurulurken bilanço terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Sonuç olarak, borca batıklık hesaplamasında, kullanılan terimler açısından önemli olan, şirketin borcu ve şirketin borçlarını ödemeye elverişli varlığı niteliğini haiz değerlere işaret

⁵² TTK'da finansal tablo düzenlemeleri için KGK'yı yetkilendirilmekle birlikte KGK'nın yayımladığı TMS'lerdeki tabirler ile TTK'daki finansal tablo tabirleri arasında farklılıklar görülebilmektedir.

⁵³ Örneğin BOBİ FRS, TFRS ve KÜMİ FRS için örnek finansal durum tablo formatları için bkz: [https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/11690/Elektronik-Finansal-Raporlama-\(31/12/2023-tarihi-ve-sonrasi\)](https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/11690/Elektronik-Finansal-Raporlama-(31/12/2023-tarihi-ve-sonrasi)). (s.e.t. 30/7/2024).

⁵⁴ Bunun sebebi, bilançonun işletmenin iktisadi ve mali durumu hakkında mümkün olduğu kadar eksiksiz fikir edinilmesine elverişli şekilde düzenlenmesinin istenilmesi olarak gösterilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 154, 230.

⁵⁵ Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 154.

⁵⁶ TFRS Kavramsal Çerçeve, para. 4.26.

edilmiş olmasıdır. Ayrıca, zaten, borca batıklık bilançosu özel bir ara bilanço olduğu için bilanço kalemlerinin ele alınışı yıllık bilançodan farklılaşabilecektir. Bu nedenle, aktif/varlık veya pasif/kaynak tarafında bulunan, hatta bazen yıllık bilanço ilkeleri gereği bilançoda yer verilmemiş olan ama özünde şirketin borcu (şirket alacaklılarının alacağı) niteliği arz eden mevcut, şarta bağlı veya vadeli bütün kalemler ile bunları karşılamak için kullanılabilecek bütün kalemler borca batıklık hesaplamasına isimlerinden bağımsız olarak dahil edilebilecektir⁵⁷.

Borca batıklık, tüm iflasa tabi kişiler için değil, İİK md. 179'da özel olarak sermaye şirketleri için öngörülen bir doğrudan doğruya iflas sebebidir⁵⁸. Çünkü, sermaye şirketlerinde, şirket alacaklıları, sınırlı sorumluluk kuralı gereği, sadece şirket tüzel kişiliğinin malvarlığına başvurabilmektedir. Gerçek kişiler ve şahıs şirketleri söz konusu olduğunda ise şirket alacaklılarının ortakların malvarlıklarına müracaat etme hakkı mevcuttur⁵⁹. Ayrıca, sermaye şirketleri, iflas sonucu tasfiye ile tüzel kişiliklerini yitirecek, böylece şirket alacaklılarının başvurabilecekleri bir varlık ortada kalmayacaktır. Bu nedenle, Kanunkoyucu borca batıklık düzenlemesi ile şirket alacaklılarını ve özellikle halka arz edilmiş şirketler söz konusu olduğunda kamuya ilişkin menfaatleri korumaktadır. Düzenlemenin, ayrıca, şirket menfaatine hizmet ettiği ve pay sahipleri ile şirket çalışanlarını koruma amacı taşıdığı kabul edilmektedir⁶⁰.

TTK md. 376/3 hükmünün amacı dikkate alındığında, borca batıklık, yıllık bilançoda yer alsın veya almasın tüm bilanço kalemlerinin, muhtemel satış fiyatları ve işletmenin devamlılığı esasına göre değerlendirilmesi sonucunda, şirketin borcu niteliğindeki değerlerin toplamının, şirketin bu borçları ödemeye elverişli varlık niteliğindeki değerlerinin toplamını aşması durumudur.

⁵⁷ Borca batıklık hesaplaması ve bilanço kalemlerine dair daha geniş açıklamalar için bkz. İkinci bölüm, § 7, II, C.

⁵⁸ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 17.

⁵⁹ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 17, 18.

⁶⁰ ATALAY Oğuz, Anonim Şirketlerin İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 46, (**İflas**).

II- Sermaye Kaybı Kavramından Farkı

Sermaye kaybı⁶¹, Türk Ticaret Kanunu m. 376'da iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu m. 376'nın ilk fıkrasına göre, “*Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa*”, yönetim kuruluna şirketin durumunu iyileştirici önlemleri sunmak üzere genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, “*Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde*”, genel kurula sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermesi seçenekleri sunulmuş, aksi takdirde şirketin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.

Sermaye kaybı, nitelikli bir bilanço açığı (*Unterbilanz*) biçimini temsil etmektedir. Bilanço açığı, bilanço zararı nedeniyle özsermayenin (yedek akçeler dahil) artık varlıklarla tam olarak karşılanamaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bilanço zararı, dönem zararından farklıdır. Bilanço zararı, mevcut dönemde kâr ortaya çıksa bile önceki yıllardan aktarılan zararlar neticesinde toplamda oluşan zarardır⁶². Varlıklar artık şirketin borçları ile özkaynaklarını karşılayamamaktadır.

⁶¹ Sermaye kaybı ile ilgili çeşitli çalışmalar için bkz. AYOĞLU Tolga, "TTK m. 376 f. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi 15/172 (2017), ss. 1581-1603, (**TTK md. 376/1-2**); ALTAY Sıtkı Anlam, "Sorumluluk Perspektifinden Anonim Ortaklıkta Finansal Durumun Bozulmasını Önlemeye Yönelik Tedbirler: Basit Özkaynak Kaybı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14/180-181 (2019), ss. 1595-1623, (**Özkaynak Kaybı**); ÖZCAN AKSU Raziye, "Anonim Şirkette Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021) 70 (3), ss. 721-759, (**Sermaye Kaybı**); TÜRK Ahmet, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17/2 (2015), ss. 63-112, (**Sermaye Kaybı**); KAYAR İsmail, "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları" (6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu beklerken), MÜHFHAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 643 vd., (**Borca Batıklık**); ÖZCAN AKSU Raziye, "Anonim Şirkette Sermaye ile Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Yarısının Kaybının Hukuki Sonuçları", Legal Hukuk Dergisi 19/220 (2021), ss. 1573-1606, (**Hukuki Sonuçlar**); KARAMAN COŞGUN Özlem, "Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri", Marmara Üniversitesi Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Haziran 2019, (**Sermaye Kaybı-Borca Batıklık**); ÖZDAMAR Mehmet, "Türk Ekonomisindeki Gelişmeler Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları", Erciyes Üniversitesi Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu, Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğünün Yedinci Yılında Anonim Şirketler Hukuku, Kayseri, Nisan 2019.

⁶² Türk, **Borca Batıklık**, s. 12.

Bilanço açığının henüz ilerlemediği senaryoda, varlıklar hâlâ borçların tamamını ve yedek akçeler ile sermaye toplamının %50' sinden fazlasını kapsamaktadır. Fakat, henüz, yönetim kuruluna herhangi bir açık normatif yükümlülük getirilmemiştir.⁶³ Sadece, genel olarak, şirketin finansal durumuna ilişkin bir uyarı niteliğindedir.

Basit bir bilanço zararı, nitelikli bir zarar, diğer bir ifadeyle, sermaye kaybı haline gelebilmektedir. Başka bir deyişle, şirketin net varlıkları (varlıklar eksi borçlar) ilgili özsermayenin yarısından azdır. TTK md. 376/2'deki sermaye kaybı hali ise bilanço zararının daha da artarak sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin karşılıksız kalmasına sebep olduğu durumu yansıtmaktadır.⁶⁴

Sermaye kaybı durumunda, alacaklıların çıkarları için en azından şimdilik gerçek bir tehlike söz konusu değildir, çünkü varlıklar borçlarını karşılamaya yeterlidir, diğer bir ifadeyle, hala net varlık mevcuttur. Dolayısıyla, yönetim kuruluna alacaklılar koruması bağlamında bir harekete geçme görevi özel olarak öngörülmediği gibi, alacaklılara da borca batıklık halinin aksine bir hak tanınmamaktadır. Öte yandan, sermaye kaybında, pay sahiplerinin çıkarları risk altına girdiği için yönetim kuruluna genel kurulu toplantıya çağırma görevi verilmiştir. Genel kurul ise öngörülen iyileştirme önlemleri kendisinin yetki alanına girdiği müddetçe öne çıkmaktadır. Ayrıca, henüz, borca batıklığın aksine mahkemeler sürece dahil olmamaktadır.⁶⁵ Anonim şirketler hukukuna göre iyileştirme seçenekleri Yönetim Kurulu'nun veya Genel Kurulun (örneğin sermaye değişiklikleri) yetki alanına girebilmektedir.

Borca batıklık, finansal güçlüğü ve bilanço zararının sermaye kaybının ötesine geçtiği ileri bir aşamadır. Bu halde, bilanço zararı, özsermayenin tamamından daha fazladır. Artık, varlıklar artık borçlarının tamamını karşılayamamaktadır. Şirketin artık net varlığı sıfırın altındadır, yoktur. Hem pay sahiplerinin hem de alacaklıların çıkarları tehlike altındadır. Yönetim kuruluna, yasal harekete geçme yükümlülükleri

⁶³ KUNZ Peter, V., "Unternehmenssanierungen durch Kapitalveränderungen", Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X – Die aktienrechtliche Sanierung, Zürich 2020, ss. 27 – 44, s. 30.

⁶⁴ Kunz, s. 31.

⁶⁵ Kunz, s. 31.

getirilmekte ve mahkemeler de özellikle alacaklı koruması ekseninde sürece dahil olmaktadır.⁶⁶

III- Ödemeden Aciz Hali Kavramı ve Likidite Kavramı

Bir borçlunun, iflasına karar verilip malvarlığının iflas yoluyla takip sonucu tasfiyesi için iflas sebebi denilen bir olgunun gerçekleşmesi gerekir⁶⁷. Türk hukukunda kabul edilen genel iflas sebebi borçlunun vadesi gelmiş bir borcunu iflas davasına rağmen ödememesi, diğer bir ifadeyle ödemelerini tatil etmesidir⁶⁸. Borca batıklık, sermaye şirketlerine özgü istisnai bir iflas sebebidir⁶⁹.

Borca batıklık, şirketin varlıklarının borçları karşılama yeteneğini ölçmektedir. Buna göre, şirketin tüm (ödeme araçları, alacaklar ve diğer mal varlığı unsurları) ile muaccel olsun olmasın, şirketin bütün borçları karşılaştırılmaktadır. Borca batıklık halinde, şirketin borcunu ödeyip ödemediğine bakılmaz, şirketin iflasın için borca batık olması yeterlidir⁷⁰. Ödemeden aciz halinde ise şirketin malvarlığı durumuna bakılmaz. Ödemeden aciz hali, şirketin muaccel para borçlarının ödeme vasıtalarındaki geçici olmayan (devamlı) yoksunluk nedeniyle ödenmemesi durumudur⁷¹.

Borca batıklık ve ödemeden aciz hali birbirinden farklı ve bağımsızdır. Biri, diğeri olmadan gerçekleşebilmektedir. Şirket, borca batık halde olsa dahi, ödemelerini yerine getiriyor olabilir. Diğer bir anlatımla, örneğin, borçlunun toplam

⁶⁶ Kunz, s. 32.

⁶⁷ Üstündağ, s. 7. Öğretide, iflas sebepleri, maddi iflas sebebi ve şekli iflas sebebi olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi iflas sebebi, borçlunun malvarlığı durumu veya belirli bir davranışının, alacakların tam olarak karşılanmasını şüpheli hale getirmesi durumudur. İİK'da veya özel kanunlarda düzenlenebilmektedir. Şekli iflas sebebinde, iflasın açılması için kanunda öngörülmüş belirli bir prosedürün gereğince izlenmesi yeterlidir. Bu durumda borçlunun malvarlığı durumu esas alınmaz. İtiraz edilmemiş bir ödeme emri, iflasa tabi borçlu için iflasın açılması koşulunu sağlamış sayılır. Kanun koyucular, genellikle, iki iflas sebebine birlikte yer vermekle beraber, esas olarak birine dayanmakta, diğerini tali bir sebep olarak öngörmektedir. Ayrıca, borçlunun iflasına karar verilebilmesi için onun iflasa tabi kişilerden olması gerekmektedir. Bkz. Üstündağ, s. 7-9.

⁶⁸ Kuru, **İflas Hukuku 2017**, s. 364; Kuru, **İflas Hukuku 1983**, s. 545.

⁶⁹ Atalay, **İflas**, s. 48.

⁷⁰ Kuru, **İflas Hukuku 2017**, s. 364

⁷¹ Atalay, **Borca batıklık**, s. 21; Üstündağ, s. 8, dp. 1-c; Türk, **Borca Batıklık**, s. 37.

pasifleri toplam aktiflerini karşılayamamaktadır⁷² ancak henüz bir tek ödemesinden bile geri kalmamış, nakit veya genel olarak hazır değerler varlığı sayesinde ya da kredibilitesi sayesinde kredi bulmak suretiyle muaccel borçlarını ödeyebilecek durumda olabilir⁷³.

Öte yandan, borçlunun aktiflerinin pasiflerinden fazla olduğu bir durumda, diğer bir ifadeyle, şirketin malvarlığı borçlarını karşılamaya⁷⁴ yeterli iken, borç karşılama kabiliyeti mevcutken, ödemeden aciz hali ile karşılaşabilmektedir. Bu halde, borçlunun mevcut aktiflerini paraya çevirmesi çok güçtür veya çoğu zaman yok pahasına fiyatlarla mümkün olabilmektedir. Aynı zamanda muaccel borçlarını ödeyebilmek için borçlu kredi bulma imkânına da sahip değildir⁷⁵. Bununla birlikte, borca batıklık ve ödemeden aciz halinin çoğu kez birlikte ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁷⁶.

Borca batıklık ile ödemeden aciz hali arasındaki bir başka fark, ilkinin zorunlu (İİK md. 179/1) diğerinin ihtiyari (talebe bağlı) (İİK md. 178/1) iflas sebebi olmasıdır. Ödemeden aciz hali söz konusu iken borçlu, zorunlu olarak iflas tasfiyesine maruz kalmamakta; bunun için, borçlunun iflas etmesi için alacaklısının talep etmesi (İİK md. 177/2) veya kendi talebi (İİK md. 178/1)⁷⁷ gerekmektedir.

⁷² Borçlunun pasifinin aktifinden fazla olması nedenine dayalı bir iflas sebebi de İİK md. 178/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, “İflasa tabi bir borçlu aleyhine alacaklılardan birinin haciz yolu ile takibi neticesinde yapılan haciz borçlunun yarı mevcudunun elinden çıkmasına sebep olup da kalanı muaccel ve vadesi bir sene içinde hülûl edecek diğer borçlarını ödemeye yetiştirmiyorsa borçlu derhal aczini bildirerek iflasını istemeye mecburdur.”

⁷³ UMAR Bilge, “Aciz Hâli - Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlılık”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 1, S.1, ss. 317-324, s. 320-321; Üstündağ, s. 8, dp. 3; PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Tıpkı 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, (Şerh 2015), s. 1177, para. 758; Kayar, **Mali Durumun Bozulması**, s. 120; Kaya, **İflasın Ertelenmesi**, s. 290.

⁷⁴ Bir işletmenin borç ödeyebilme durumunu (kapasitesini) ölçebilmek için iki test bulunur. İlki, borç karşılayabilme kapasitesini/yeterliliğini gösteren ve bilanço testi de denilen, malvarlığı testidir. İşletmenin tüm borçları ile varlıkları karşılaştırılır ve varlıkların paraya çevrilmesi yolu ile borçlarını karşılayıp karşılayamayacağı ölçülür. İkincisi, borçların vadesinde ödenip ödenmemesi ölçen nakit akım testidir. Bu testte, bütün borçlar karşılaştırmaya dahil edilmemekte, sadece vadesi gelen borçlar hesaplamaya katılmaktadır. Bkz. YILDIZ Onur Faruk, İşletmede Borca Batıklık ve Süreklilik Denetimi, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Ekim 2017, s. 73, 81-82.

⁷⁵ Üstündağ, s. 8, dp. 1-c.

⁷⁶ Atalay, **Borca batıklık**, s. 21.

⁷⁷ Borçlu, aciz halinde olduğunu bildirerek kendi iflasını isteyebilmektedir. Bunun için, ayrıca ödemelerini tatil etmesi veya alacaklılarının kendisini iflas yoluyla takip etmesi şart değildir (İİK md. 178/1). Bkz. **İflas Hukuku 2017**, s. 365.

Ancak, iflas kararı verildikten sonra, artık sadece davayı açan alacaklıların alacaklarını veya muaccel alacakları ödemekle iflastan kurtulması mümkün değildir. Bundan sonra, iflasın kaldırılması için, bütün borçlarını ödemesi veya bütün alacaklılarının muvafakati gereklidir⁷⁸.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle ortaya çıkmaktadır ki, hukukumuzda, iflas tabi bir borçlunun finansal durumu ne kadar zayıf olursa olsun alacaklısına iflas kararı verilmeden önce borcunu öderse iflastan kurtulabilir. Diğer taraftan, borçlunun malvarlığı durumu ne kadar iyi olursa olsun, borcunu ödeyemezse ve alacaklısı borçluyu iflas yolu ile takip ederse iflasına karar verilebilir⁷⁹.

Öğretide, aciz hali ile borca batıklık halinin birlikte bulunduğu durum olarak, şirketin uzun süre devam eden aciz hali neticesinde borca batık hale gelmesi gösterilmiştir. Buna göre, şirket, vadesi gelen borçlarını ödemek ve aciz halinden kurtulmak için varlıklarını piyasa değerinin altında paraya çevirdikçe ve yüksek faizli krediler aldıkça bir döngüye girmekte, buna bağlı borçlanma ve düşük gelir neticesinde söz konusu kredileri ödeyemezse ve bir malvarlığı kalmazsa borca batık duruma gelmektedir⁸⁰.

Özetle, ödemedi aciz halinde olan borçlu, borçlarını ödeme yeteneğini sürekli olarak kaybetmekte ve muaccel borçlarının önemli bir kısmının ifasını imkânsız hale getiren bir likidite yetersizliği içindedir⁸¹.

Bir şirketin karşılaşılabileceği finansal sıkıntı farklı şekillerde ve düzeyde ortaya çıkabilmektedir. Şirketler hukuku kapsamında özel olarak ele alınan finansal güçlük halinin borca batıklık olduğu ve bilançoya yoğunlaştığı anlaşılmaktadır. Örneğin, “likidite” teriminden, TTK’da hiç bahsedilmemektedir. Oysa, bir şirketin likiditesi veya borç ödeme gücünü ekonomik gerçekliğinin merkezinde gören görüşler de

⁷⁸ Kuru, **İflas Hukuku 2017**, s. 365.

⁷⁹ Kuru, **İflas Hukuku 2017**, s. 364.

⁸⁰ Atalay, **Borca batıklık**, s. 22.

⁸¹ Türk, **Borca Batıklık**, s. 36.

mevcuttur⁸². Likidite sorunları, dönen varlıklarla kısa vadeli yükümlülüklerin çeşitli karşılaştırmaları haricinde bilançodan tam anlamıyla ölçülememektedir.

Likidite terimi, TTK'da borca batıklık teriminin hem TTK'da hem de İİK'da düzenlendiği gibi de lege lata tanımlanmasa da finansal planlama kavramının bir parçası olarak belirlenmiştir. Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinin düzenlendiği TTK md. 375/1-c)'de, yönetim kuruluna şirketin muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurması görevi yüklenmiştir. Maddenin c bendinin gerekçesinde, finansal planlama, bütçeleme ile yeterli likiditenin sağlanmasının güvence altına alınmasını olarak açıklanmıştır. Finansal planlama, kurumsal yönetim kurallarının ve çağdaş yönetim usullerinin gereği olarak görülmüş, ancak bütün anonim şirketler için zorunlu tutulmamıştır. Şirketin yönetimi gerektiriyorsa finansal planlama zorunludur.

“Ödeme gücü” terimi, TTK'da, tam hâkimiyet halinde, bağlı şirketin hâkim şirketin talimatlarına uyma zorunluluğunun istisnasının düzenlendiği TTK md. 204'te geçmektedir.

Finansal durumun bozulması temerrüitten iflasa kadar aciz hali ile borca batıklığı da kapsar şekilde farklı borçluluk düzeylerinde gerçekleşmektedir. İşletme finansmanında, borç yönetimi ve nakit yönetimi ayrı önemlere sahiptir. İşletmenin borçlarını karşılayacak kaynağının bulunmaması bir başarısızlık olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, işletme finansmanında daha ziyade nakit akışlarının dikkate alındığı borç ödeme gücü merkezdedir. Borca batıklık, yönetilebilir ve avantajlı olmayan, kabul edilebilir düzeyin üzerinde borçluluk hali olarak ileri düzey bit finansal başarısızlık göstergesi olarak kabul edilmektedir.⁸³

⁸² Kunz, s. 32.

⁸³ Yıldız, s. 7.

IV- Ödemelerin Tatili Kavramı Farkı

Ödemelerin tatili, ödemeden aciz halinin harici belirtisi⁸⁴, bir görünüşü olan ve bağımsız bir doğrudan doğruya iflas sebebidir (İİK md. 177/2)⁸⁵. Ödemelerin tatili, borçlunun sürekli nakit noksanı nedeniyle, vadesi gelen borçlarının önemli bir kısmını ödemek iktidarında bulunmadığı aşikâr olan hal olarak açıklanmaktadır⁸⁶.

Ödemelerin tatili, borca batıklık kavramından farklıdır. Borca batık bir şirket kredi vb. sayesinde ödemelerini sürdürüyor olabilir. Buna karşın, borca batık olmayan bir şirket, sırf nakit yokluğu, ödeme araçlarının zayıflığı nedeniyle ödemelerini tatil etmiş olabilir⁸⁷. Dolayısıyla, ödemelerin tatilinden söz etmek için borçlunun toplam borçları ile varlıklarının karşılaştırılması gerekmez. Borçlunun aktifleri borçlarını karşılayabilir durumda olabilir. Sorun, örneğin, borçlunun sahip olduğu aktiflerin çeşitli nedenlerle hemen nakde çevrilememesi sonucu devamlı nakit sıkıntısı yaşamasıdır⁸⁸. Ödemelerin tatili, borçlunun vadesi gelmiş borçlarını, ifa talep edilmesine rağmen yerine getirmemesi, bu durumun sürekli olması ve iş çevresinde biliniyor olmasıdır⁸⁹. Ödemelerin tatili, ihtiyari bir iflas sebebidir.

Ödemelerin tatili, borçlunun açık beyanından ve herhangi bir davranışından anlaşılabilir. Örneğin, borçlunun temsilcisiz bir şekilde dükkanını kapatarak uzun bir seyahate çıkması veya borçlu aleyhine çok sayıda icra takibinin sürmesi borçlunun ödemelerini tatil etmesi olarak yorumlanabilir. Borçlunun ödemelerini tatil edip etmediğine ilişkin değerlendirme hakime aittir⁹⁰. Ödemelerin tatili nedeniyle

⁸⁴ Üstündağ, s. 54. Yazarın ifadesiyle, “*ödemenin tatili ödeme aczinin harici belirtisinden baska bir sey değildir*”. Yazar, ayrıca, örneğin, İsviçre hukukunda, borç ödemeden aciz halinin ispatındaki güçlükler nedeniyle, “ödemelerin tatil edilmesi” kavramının bu durumun yerine kabul edildiğini ifade etmektedir.

⁸⁵ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 22.

⁸⁶ Üstündağ, s. 8, dp. 2.

⁸⁷ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 22-23.

⁸⁸ Üstündağ, s. 54.

⁸⁹ Türk, **Borca Batıklık**, s. 37.

⁹⁰ Ancak, borçlunun konkordato teklifi ödemelerini tatil ettiği anlamına gelmeyeceği ve konkordato teklifi ile ödeme aczini ikrar etse de bunun onun iflasını isteme imkânını vermediği ifade edilmektedir. Bkz. Üstündağ, s. 54.

borçlunun iflasını istemeye, kendi alacağı muaccel olmayan alacaklıları dahil her alacaklısı yetkilidir⁹¹.

V- Aşırı İfa Güçlüğü (TBK md. 138)

Borçlar Hukuku'ndaki aşırı ifa güçlüğü⁹² kurumunun finansal güçlüğe düşmüş şirketler için sözleşmelerin uyarlanması yoluyla iflası önlemede bir araç olup olamayacağı değerlendirilmektedir. Örneğin, bir Alman Yüksek Mahkeme kararı'nda⁹³, tipik olarak tedarikçi tarafından üstlenilecek risklerin hammadde için tedarik zorluklarının yaşanması, tedarik zincirinin bozulması nedeniyle artık üstlenilemez seviyeye gelmesi, ayrıca pandemi, yarı iletken krizi, kiraların aşırı artışı, enflasyon gibi sistemik riskler veya dışsal aşırı olaylar nedeniyle sözleşmesel riskin yeniden dağıtılması ele alınmıştır. Bu durumlar, tipik sözleşmesel risk tahsisi dışında kalan durumlardır; hiçbir tarafa atfedilmeyecek tarafsız risk alanını oluşturmaktadır. Tipik iş riski atamasının artık işlevsiz kalması nedeniyle de sözleşmenin uyarlanması gereğini ortaya çıkarmaktadır⁹⁴.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda bulunmayıp 6098 sayılı TBK md. 138 ile düzenlenen aşırı ifa güçlüğü, *sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçluya, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde*

⁹¹ Üstündağ, s. 55.

⁹² "Aşırı ifa güçlüğü (TBK md. 138)", Türk hukukunda uyarlamayı düzenleyen başlıca genel hükümdür. Bkz. EREN Fikret/ DÖNMEZ Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3 – m. 83-206, Yetkin Yayınları, 2022, s. 2585. Uyarlama, iradi, kanuni ve yargısal uyarlama olmak üzere üçe ayrılır. Bkz. Eren/ Dönmez, s. 2586.

⁹³ 12/01/2022 tarihli ilgili karar için bkz. BGH – XII ZR 8/21.

⁹⁴ Kararın değerlendirmesi için bkz. HOFFMANN Florian, SAUPE Carolin, SCHMIDTKE Feliz, SPILKER Matthias, EGLER Philipp, "„Pain sharing“ – Erleichterung der gesetzlichen Vertragsanpassung für Zulieferer bei Kostensteigerungen?", 11/04/2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/erleichterung-der-gesetzlichen-vertragsanpassung-fuer-automobilzulieferer-bei-kostensteigerungen>. (s.e.t. 30/07/2024)

sözleşmeden dönme hakkı sunan bir kurumdur. Sürekli edimli sözleşmelerde ise borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanabilmektedir.

Madde gerekçesine göre⁹⁵, bu düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, “işlem temelinin çökmesi”ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır.

Gerekçeye göre, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: 1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır, 2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır, 3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır, 4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Hüküm, gerekçeye göre, ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerini kapsamamaktadır. İfa güçlüğü oluşturmaya bile karşı edimin değerinin azalması sebebiyle edimler-arası dengenin bozulması, sözleşme amacının bozulması gibi işlem temelinin çökmesi hâlleri dışarıda bırakılmıştır.

§ 4 GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA KONUNUN DÜZENLENİŞİ

I- Türk Ticaret Kanunu’ndaki Düzenleme

TTK md. 376/3 hükmüne göre, şirketin borca batık durumda olabileceğine dair işaretler bulunuyorsa, yönetim kurulu, hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem

⁹⁵ Bkz. <https://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-138>. Konu ile ilgili Avrupa Sözleşme Hukuku maddesi, “Madde 6:111: Hâl ve Şartların Değişmesi”dir. Konu ile ilgili Alman Medeni Kanunu hükümleri, (BGB) § 313 İşlem Temelinin Bozulması ve (BGB) § 314 Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshidir.

de muhtemel satış fiyatları üzerinden ara bilanço hazırlamakla yükümlüdür. Bu bilançolardan şirket varlıklarının, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği sonucuna ulaşırsa, yönetim kurulu, durumu bildirerek mahkemeden şirketin iflasını istemelidir. Ancak, bu hususta bir istisna getirilmiştir. iflas kararının verilmesinden önce, alacaklılar, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki alacaklarının, diğer tüm alacaklılardan sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul eder ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanırsa bu yükümlülük kalkmaktadır. Aksi hâlde bilirkişi incelemesi talebi, iflas bildirimini olarak kabul olunur.

6762 sayılı eTTK md. 324/2 hükmünde, şirketin aciz halinde bulunduğu dair emareler varsa, aktiflerin satış fiyatlarına göre bir ara bilanço hazırlanacağı, aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde iflas bildiriminde bulunulacağı ve şirketin iflasına karar verileceği belirtiliyordu. Ancak şirketin durumunun iyileşmesi mümkün görülüyorsa iflas kararının ertelenebileceği şeklinde bir uygulamaya yer verilmişti.

865 sayılı eTTK⁹⁶ md. 325⁹⁷'te de sermaye kaybı ve borca batıklık düzenlenmiş idi. Hükme göre, *“şirketin düyunu mevcudundan ziyade ise meclisi idare mahkemeden şirketin ilânı iflâsını talebe mecburdur”*.

Anonim şirketler sınırlı sorumlu ticaret şirketleridir. Bu şirketlere hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesinin etkilerini dengelemek amacıyla çeşitli mekanizmalar geliştirilmiştir. Malvarlığının korunması ilkesinin yanı sıra şirketin finansal nitelikte

⁹⁶ 865 sayılı eTTK metninin tamamını içeren T.B.M.M. Zabıt Ceridesi 29.5.1926, (Ticareti Berriye) Kanunu Lâhiyası 1/825 ve Adliye Encümeni Mazbatası için bkz.:

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c025/tbmm02025109.pdf>

veya Resmi Ceride ile neşir ve İlânı : 28/VI/1926 - Sayı : 406 için bkz.:

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400865.pdf. (s.e.t. 30/7/2024).

⁹⁷ Hükümün tamamı şöyledir: “Sermayei şirket nisfina tenezzül edecek olursa meclisi idare heyeti umumiyei sermayeyi miktarı aslisine iblâğa veya miktarı mütebaki ile iktifaya veyahut şirketi feshe karar vermek üzere içtimaa davet eyler.

Sermayenin ancak bir sülüsü kalmış ise heyeti umumiye sermayenin ikmaline veya baki sülüs sermaye ile iktifaya karar vermediği halde şirket münfesihi addolunur-Şirketin düyunu mevcudundan ziyade ise meclisi idare mahkemeden şirketin ilânı iflâsını talebe mecburdur.”

denetimini gerektiren alacaklının korunması anlayışı benimsenmiştir⁹⁸. Borca batıklık da alacaklı koruması açısından temel öneme sahiptir.

Borca batıklık düzenlemesi, TTK sistematığı içinde yalnızca alacaklı koruması yanında şirketin finansal planlaması ve denetiminin bir parçasıdır. TTK md. 375/1-g'deki borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulma görevi (LTD: TTK md. 625/1-h) ile yine TTK md. 375/1-c'deki muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması görevi buna işaret etmektedir (LTD: TTK md. 625/1-c).

Anonim şirketler için kurumsal yönetim anlayışı benimsenmiştir. Bu çok yönlü anlayışın bir yansıması olarak, payları borsada işlem gören şirketler için risklerin erken teşhisi ve yönetimi amacıyla bir komite kurulması zorunlu hale getirilmiştir. TTK gerekçesine göre, risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin özel bir önemi bulunmaktadır. Çünkü, *“Türkiye’de bir çok şirket, faizlerdeki sık dalgalanmalar, devlet bonoları ve tahvilleriyle yapılan işlemler, yatırımların kredilerle finanse edilip, özvarlık/yabancı para rasyosuna dikkat edilmemesi, döviz üzerine spekülasyon yapılması ve özellikle dövizde açık pozisyon ve benzeri sebeplerle doğrudan ve ciddi risk altındadır”*⁹⁹.

TTK md. 378 düzenlemesine göre, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür.

TTK md. 378 hükmünün gerekçesine göre, bu komitenin kurulması, şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerinin bir uygulamasıdır. Komite, bir iç kontrol mekanizmasının parçasıdır. Bir iç denetim komitesinden farklı olup amacı, şirketin gelecekteki devam edebilirliği konusunda teyakkuzda olmak ve riskleri tespit ederek yönetmektir. İç kontrol, iç denetimden farklı olarak faaliyetlerin öncesinde önlem

⁹⁸ TTK Genel Gerekçe, para. 66.

⁹⁹ TTK Genel Gerekçe, para. 127.

almayı ve faaliyet sırasında eşanlı inceleme yapmayı gerektirmektedir. İç kontrol anlayışına temel çerçeve COSO (Committee of Sponsoring Organizations) tarafından çizilmiştir.¹⁰⁰

TTK md. 376/3 değişikliğe uğramadan önce hükümde, borca batıklık bilançolarını denetleyen denetçilerin önerilerini içeren rapor hazırlamaları gerekmekteydi. Denetçinin raporunda riskin erken teşhisi komitesinin önerilerini de dikkate alması gerekmekteydi¹⁰¹.

II- İcra ve İflas Kanunu'ndaki Düzenlemeler

İcra İflas Kanunu madde 179'a göre, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflâsına karar verilir. Maddede, Türk Ticaret Kanununun 377 nci ve 634 üncü maddeleri ile 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 63 üncü maddesi hükmü saklı tutulmuştur.

¹⁰⁰ KAYGUSUZ Sait Yüksel / USMAN Özlem, "Kurumsal Risk Yönetimi İç Kontrol ve İç Denetim İlişkisi", XX. Türkiye Muhasebe Kongresi, 5-6 Ekim 2018.

¹⁰¹ 6335 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önce TTK md. 376/3 hükmü şu şekilde düzenlenmişti: "*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilançoyu, en çok yedi iş günü içinde inceler ve değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunar. Önerilerde 378 inci maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınması şarttır. Rapordan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister; meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflas bildirimi olarak kabul olunur.*"

TTK md. 376/3 ile İİK md. 179 ve İİK md. 345a bağlamında anonim şirketin iflasını talep zorunluluğunu incelemek gereklidir. Anonim şirketlerin borca batık halinde iflasını isteme zorunluluğu TTK’da ve İİK’da düzenlenmiştir.

TTK md. 376/3’e göre, yönetim kurulu, şirketin aktiflerinin, *şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirmek ve şirketin iflasını istemekle yükümlüdür.*

“Sermaye şirketlerinin iflasını istemek mecburiyetinde olanların cezası” başlıklı İİK md. 345a’ya göre, *idare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, İİK md. 179 uyarınca şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemelidirler.* Bu yükümlülüğün ihlali halinde, bu kişiler, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

“Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflâsı” başlıklı İİK md. 179’da ise *idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu beyan edilir ve mahkemece de tespit edilirse önceden takibe hacet kalmaksızın bu şirketlerin iflâsına karar verileceği* düzenlenmiştir.

TTK md. 376/3 ve İİK md. 179 hükümleri emredici niteliktedir¹⁰². İİK md. 345a’ya göre, borca batıklık halinde iflas istenmemesi suç teşkil etmektedir. Bu suç, şikâyete bağlıdır. Bununla birlikte, şikâyetin yapılması durumunda hürriyeti kısıtlayıcı bir yaptırım tehlikesi ile karşı karşıya kalınmaktadır. Fakat, borca batıklık, TTK md. 376/3 ve İİK md. 179 hükümlerinde farklı şekilde belirlenmektedir. İlkinde, borca batıklığın tespiti ve iflas istemi için işletmenin devamlılığı esasına ve muhtemel satış fiyatlarına göre iki bilanço çıkarılmadır. İkincisinde, sadece muhtemel satış fiyatlarına göre bilançoda borca batıklık tespit edilmesi yeterlidir. İİK md. 345a’ya göre ise sadece muhtemel satış fiyatlarına göre bilançoda borca batıklık belirlenmesi,

¹⁰² Atalay, *İflas*, s. 65.

borca batıklık hükmünün verilmesi için yeterli olmanın yanı sıra iflas istemi için gereklidir. Bu durumda, aynı olguyu düzenleyen kanun hükümlerinin özdeşlik taşınamaması çelişkiye neden olmaktadır. Bu çelişki, şirketlerin gerekli olduğundan daha erken iflası ve yetkili kişilerin hapis cezası ile cezalandırılması olasılığına yol açmaktadır.

Aynı konuyu düzenleyen hukuk kuralları arasında görünüşte bir çatışma söz konusu olabilir. Bu çatışma, çeşitli şekilde çözülebilir¹⁰³:

- (i) Üst kanun alt kanunları ilga eder (*Lex superior derogat legi inferiority*);
- (ii) Sonraki kanun önceki kanunları ilga eder. (*Lex posterior derogat legi priori*);
- (iii) Özel kanun genel kanunları ilga eder. (*Lex specialis derogat legi general*).

İcra İflas Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu arasında bir astlık üstlük ilişkisi yoktur; söz konusu iki Kanun, aynı düzeyde yer almaktadırlar. Dolayısıyla, mahkemeye iflas bildirimini gerektiren borca batıklık halinin tespitine ilişkin olarak İİK md. 179 ve 345a ile TTK md. 376/3 hükümleri arasındaki çelişki (i) şikkına başvurularak çözülememektedir.

Söz konusu kanun hükümlerinin yürürlük tarihleri incelendiğinde, TTK md. 376/3'ün 6335 sayılı Kanun¹⁰⁴,la en son 2012 yılında, İİK md. 179'un 6728 sayılı Kanun¹⁰⁵,la 2016 yılında¹⁰⁶ değiştirildiği tespit edilmektedir. İİK md. 345a ise 2005 yılında son halini almıştır. Buna göre, İİK md. 179, TTK md. 376/3'e göre sonraki

¹⁰³ GÖZLER Kemal, Yorum İlkeleri, s. 97-102, <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>. (s.e.t. 30/7/2024).

¹⁰⁴ 26/6/2012 Tarih ve 6335 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesi ile yapılan değişiklik, 30/6/2012 Tarih ve 28339 Sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁵ 9/8/2016 Tarih ve 6728 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişiklik. 15/3/2018 Tarih ve 30361 Sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁶ İİK md. 179, en son 28/2/2018 Tarih ve 7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Ancak ilgili değişiklik, borca batıklık tespitinde esas alınacak bilançoya ilişkin değildir. Bu değişiklik, TTK md. 377 ve 634 ile KoopK md. 63'e ilişkindir. 6728 sayılı Kanun'un 62. maddesi ile TTK md. 377'de borca batıklık sebebiyle yapılacak bir iflas isteminde konkordatonun talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. İİK md. 179'a da bu hükmün saklı tutulduğu ifadesi eklenmiştir.

hükümdür. Ancak meselenin çözümü için bu tespit ve (ii) şıkkı yeterli değildir. Zira, iki hüküm arasında, özellik ilişkisinin de incelenmesi gerekmektedir.

TTK md. 376/3, İİK md. 179’a göre özel hüküm niteliğindedir¹⁰⁷. Her iki hüküm borca batıklık haline iflas şeklinde bir sonuç öngörmekle birlikte, borca batıklık, öncelikli olarak sermaye şirketlerine özgü bir kavram olup, TTK sistematigi içinde bir konuma sahiptir. Buna göre, borca batıklık, şirketin finansal kontrolü, iç kontrolü ile ilgilidir. Bu kapsamdaki yükümlük, yetkili organın sürekli öz denetimini teşvik etmektedir.

6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 1’in gerekçesi¹⁰⁸ ise İİK md. 179’a eklenen “*aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilanço*” ifadesinin bilinçli olarak tercih edildiğine işaret etmektedir. Bu husus, gerekçede ifade edilmektedir. Gerekçeye göre, İİK md. 179’da daha önce borçların aktiften fazla olması kuralı olarak ifade edilen düzenleme daha sonra borca batıklık şeklinde yeniden kaleme alınmıştır. Borca batıklık ve dolayısıyla doğrudan iflas halinin belirlenmesine esas alınacak bilanço aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilanço olacaktır. Ayrıca, işletmenin devamlılığı esasına göre bilançonun iyileştirme projesi kapsamında sunulacak hususlar arasında gösterilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁹ Aşağıda açıklanan nedenler gereğince gerekçeye katılmak mümkün değildir.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Çoşğun Yıldırım, s. 268. Yazar ayrıca, borca batıklığın tespitinin, TTK md. 376/3’e bırakılmasının Kanunlar arası uyumu sağlayacağı görüşündedir.

¹⁰⁸ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-3f33-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6728#step-2>. (s.e.t. 30/7/2024).

¹⁰⁹ Gerekçedeki ilgili ifadeler şöyledir: “... *Türk Ticaret Kanununun 26/6/2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi ile değişik 376 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartılması öngörülmüş ve bu bilançodan varlıkların ve alacakların, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde yönetim kurulunca şirketin iflasının isteneceği düzenlenmiştir. Her ne kadar metinde tek bilançodan söz edilmiş ise de, esasen farklı kriterlere göre iki ayrı bilanço çıkartılması gerektiği görülmektedir. İki bilanço düzenlenmesine ve borca batıklığın buna göre belirlenmesine ilişkin bu kuralın, işletme ve hukuk alanlarında farklı yorumlara tâbi tutulduğu; (farklı sonuçlar vereceği mutlak olan) bu iki bilançodan hangisine göre borca batıklığın tespit edileceği konusunda tereddütlerin oluştuğu gözetilerek madde metninde bilançoların işlevlerinin ayrı ayrı belirtilmesinin*

Özel hukuka hâkim olan işlemin ayakta tutulması ilkesi¹¹⁰ TTK bakımından da geçerlidir. Zira, TTK, TMK'nın ayrılmaz parçasıdır (TTK md. 1/1). TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır (TMK md. 5). İşlemin ayakta tutulması ilkesinin TBK'daki görünümü sözleşmeleri ayakta tutulmasıdır. İlkenin TTK'daki görünümünün ise şirketin devamının sona ermesine (iflasına) göre öncelikli tutulması olduğunu kabul etmek mümkündür.

Sonuçta, TTK md. 376/3 ile İİK md. 179 hükümlerinden ilki, önceki tarihli özel hüküm iken, ikincisi, sonraki tarihli genel hükümdür. Bu halde, (ii) ve (iii) şıkları sorunu doğrudan çözmemektedir. Çünkü, bu iki şıktaki ilkeler arasında bir tercihte bulunması gerekmektedir. Ancak, aynı düzeyde yer alan önceki hüküm özel, sonraki hüküm genel nitelikteyse bunların arasındaki çatışmanın hangi ilkeye göre çözülecek konusunda bir pozitif hukuk düzenlemesi olmadığından kesin bir çözüm söylenememektedir¹¹¹. Bu konu, öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde, sonraki tarihli genel hükmün, aksine açık hüküm olmadıkça, önceki tarihli özel hükmü yürürlükten kaldırılamayacağı yönünde görüş açıklanmıştır¹¹². Bu çözümü Latince şu ilke de destekler niteliktedir: “Bir genel hüküm önceden özel olarak öngörülmüş şeyleri sona erdirmez.”¹¹³

uygun olacağı kabul edilmektedir. Buna göre borca batıklığın ve dolayısıyla doğrudan iflas halinin belirlenmesinde esas alınacak bilanço "aktiflerin muhtemel satış fiyatları" üzerinden düzenlenen ara bilanço olacaktır. Zira borca batık durumda olan her borçlunun iflas istemesi zorunlu ise de iflasın ertelenmesini istemesi ekonomik ve kanuni bir zorunluluk değildir. ... Borca batıklığı gösteren bilançodan farklı olarak iyileştirme projesi, maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeyle, "işletmenin devamlılığı" esasına göre düzenlenmiş bilanço (TTK.m.376) ile ilişkilendirilmektedir. İşletme uygulamalarında çok defa işletmenin devamlılığı esaslı bilançolarda varlıkların muhtemel satış değerlerinin üzerinde bir faydalanma değeri olduğu, işletmenin sona ermesinin aksine, devamlılığı değerlendirildiğinde mal varlığının artı bir değer ifade ettiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenmiş bilanço, muhtemel satış değerlerine göre düzenlenmiş ara bilanço bakımından bir denetleme, değerlendirme ve teminat fonksiyonu taşımaktadır.”

¹¹⁰ İlkeyle ilgili olarak bkz.: BUZ Vedat, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması – İsviçre Federal Mahkemesinin 26.06.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd.) üzerine düşünceler”, BATİDER, C. 19, S. 4, 1998, ss. 53-82; KAYA Ümmühan, “Sözleşmenin Uyarlanması Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülmezlik İlkesi” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, ss.1569-1593.

¹¹¹ Gözler, s. 104.

¹¹² KARAYALÇIN Yaşar, Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod (Problem Çözme), 2021, 8. Baskı, s. 227, (Hukukta Metod).

¹¹³ Gözler, s. 104.

Bir diğer kıstas, hükmün amacıdır. Genel hükmün uygulanması özel hükmün amacını akim bırakacaksa özel hükmün genel hükmü bertaraf edici olduğu kabul edilmelidir. Çünkü aksi durumda, genel hüküm hep uygulanıp özel hüküm hiç uygulanmayabilir veya uygulanamayabilir. Bunun sonucunda, kanunun özel hükümle varmak istediği amaç ve sonuç akamete uğrayacaktır¹¹⁴. Nitekim, borca batıklık tespitinde, eTTK md. 324'te sadece aktiflerin satış fiyatlarına göre bir bilanço öngörülmüşken TTK md. 376/3'e işletmenin devamlılığı esasına dayalı ikinci bir bilanço eklenmiştir. Bu ekleme, Kanun koyucunun borca batıklığın sadece satış fiyatları bilançosundan hesaplanması görüşünden vazgeçerek iki bilançonun dikkate alınmasını tercih ettiğini göstermektedir. İİK md. 179, TTK md. 376/3'te hükme bağlanmış bu açık tercihi adeta kadük bırakmaktadır. Yine, İİK md. 179, özel hukuka hâkim olan ve TTK bakımından¹¹⁵ şirketin ayakta tutulması şeklinde görünüm kazanan işlemin ayakta tutulması genel ilkesine aykırı sonuç doğurmaktadır.

Konuyla ilgili olarak, Yargıtay Ceza Dairesi kararlarında ise İİK md. 345a maddesinde düzenlenen “sermaye şirketlerinin iflasını istememek” suçunun oluşabilmesi için İİK md. 179 ve TTK md. 376'da öngörülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumunun belirtilerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği hükmüne varılmıştır¹¹⁶.

¹¹⁴ ÇAĞA Tahir, “Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder Mi?” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 366-375, <https://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19913-1003>, s. 374-375. (s.e.t. 30/7/2024).

¹¹⁵ TTK'da bu ilkenin benimsendiğini gösteren bir diğer hüküm, şirketin haklı sebeplerle feshini düzenleyen TTK md. 531'dir. Bu hüküm, 6762 sayılı eTTK öngörülmemiş olan yeni bir hükümdür. Maddeye göre, şirketin haklı sebeplerle feshedilmesi mahkemeden talep edilebilmektedir. Ancak, mahkeme, şirketin feshini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen fesih kararı vermek zorunda değildir. Hükümde, mahkemenin fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar vermesine de cevaz verilmiştir. Hükümün gerekçesinde, *şirketin yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olacağına kanaat getiren mahkemenin; şirketi feshetmek yerine, başka bir çözüme karar verebileceği açıklaması yapılmıştır.*

¹¹⁶ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2016/15852 K. 2018/6244 T. 24.5.2018. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “İİK'nın 345/a maddesinde düzenlenen “sermaye şirketinin iflasını istememek” suçunun oluşabilmesi için, aynı Kanun'un 179 ve 6102 sayılı TTK'nın 376. maddesinde öngörülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumunun belirlenerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği cihetle, borçlu şirket hakkındaki kesinleşmiş icra takip dosyalarında bunlarla belirlenecek mevcut borçlar da getirtilerek, ticari defterler, bilançolar ve banka hesapları esas alınarak karşılaştırılmalı bilirkişi incelemesi yaptırılıp, şikayet tarihi olan 25.07.2014 tarihi itibarıyla şirketin iflasının istenmesi şartlarının oluşup oluşmadığı saptanıp,

Sonuç olarak, kanaatimizce, borca batıklık tespitinde, İİK md. 179 ve 345a karşısında TTK md. 376/3 uygulama önceliği taşımakta olup, sadece muhtemel satış fiyatları ara bilançosu borca batıklık hükmü için yeterli değildir. Ayrıca, işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilanço çıkarılmamış ve bu bilançoda da borca batıklık belirlenmemişse, sadece satış fiyatları ara bilançosundaki ortaya çıkan borca batıklık şirketin iflası ve yetkili kişilerin cezai yaptırımına yol açmamalıdır.

III- Sermaye Piyasası Hukukundaki Düzenlemeler

Halka açık şirketler açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı maddesinin nasıl uygulanacağına yönelik usul ve esaslar Sermaye Piyasası Kurulu'nun 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı kararı ile belirlenmiştir¹¹⁷. TTK md. 376/3'ün uygulanmasına Kurulun II-14.1 Tebliği çerçevesinde ara dönem finansal rapor hazırlama yükümlülüğü bulunan şirketler ile bu yükümlülüğe tabi olamayan şirketler arasında ayırma gidilmiştir.

Kurulun II-14.1 Tebliğince ara finansal rapor hazırlama yükümlülüğü bulunan şirketler açısından işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanacak ara bilanço, Kurulun II-14.1 Tebliği¹¹⁸ çerçevesinde hazırlanan periyodik finansal tablolar dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Aktiflerin muhtemel satış fiyatları bilançosu ise bu şarta tabi tutulmamıştır.

Her iki ara bilanço da aynı tarihli düzenlenmelidir.

Ara bilançoların tanzim edilmesi için tanınan süre, borca batıklık şüphesinin çıkmasını takiben 30 gündür.

Kurul, II-14.1 Tebliğine göre ara finansal rapor hazırlama yükümlülüğü bulunmayan şirketlerin borca batıklık hesaplamasında, hem II-14.1 Tebliğine göre

sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdiri gerekirken, sadece 2014 yılı kurumlar vergisi beyannamesi esas alınarak düzenlenen bilirkişi raporuna göre yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, ...” Yargıtay, aynı yöndeki diğer bazı kararları için bkz.: 19. CD., E. 2016/8504 K. 2018/4230 T. 10.4.2018; 19. CD., E. 2016/14558 K. 2018/4498 T. 12.4.2018; 11. CD., E. 2012/30467 K. 2014/8016 T. 24.4.2014.

¹¹⁷ <https://spk.gov.tr/kurumlar/bagimsiz-denetim-kuruluslari/kurulumuzun-10-04-2014-tarih-ve-11-352-sayili-karari>.

¹¹⁸ II-14.1 sayılı “Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği.

işletmenin süreklilik esasına göre hem de TTK md. 376'ya göre ara bilanço düzenleyeceğini öngörmüştür.

Kurulun, TTK md. 376'ya göre ara bilançodan kastının aktiflerin muhtemel satış değerine uygun çıkarılan bilanço olduğu anlaşılmaktadır.

Borca batıklık bilançosu Kurulun değerlemeye ilişkin düzenlemeleri kapsamında yapılmalıdır. Borca batıklık bilançosunda yer verilecek duran varlıklardan gayrimenkul niteliğinde olanların değerlemesini, SPK'nın yetkilendirdiği "Gayrimenkul Değerleme Şirketleri"nden bir yapmalıdır. Bilançoda yer alması gereken diğer maddi ve maddi olmayan duran varlıkların değerlemesi ise Kurulun 17.07.2003 tarih ve 37/875 sayılı Kararında¹¹⁹ belirtilen şirketlerden biri tarafından gerçekleştirilmelidir.

Kurul kararında, aktiflerin muhtemel satış fiyatları esas alınan aktiflerde satış, genel ekonomik durum, şirkete özel gelişmeler ve benzeri nedenlerle değişme olmadığı ve değerlendirme sonucunda oluşan fon gelecek dönemlerde oluşan/oluşacak sermaye kaybını karşılamaya yeterli olduğu sürece, yeni bir TTK 376 kapsamında ara bilanço düzenlenmesi gerekmediğini düzenlemiştir.

Kurul ayrıca, *Faaliyet konusu sportif faaliyetler veya söz konusu faaliyetlerden elde edilen gelirlerin yönetilmesi olan halka açık ortaklıkların, TTK 376 bilançosunda yer alan varlıklarını her durumda en çok 2 yıllık, diğer halka açık ortaklıkların ise 5 yıllık periyotlarla yeniden değerlemesini yaptırmalarının zorunlu olduğunu* düzenlemiştir.

Sermaye Piyasası Kurulu, 11/352 sayılı kararının ardından 17.07.2014 tarihinde aracı kurumlar bakımından 6102 sayılı TTK'nın 376/3 hükmünün uygulanmasına ilişkin bir ilke kararı yayımlamıştır¹²⁰. Aracı kurumların borca

¹¹⁹ Kurul Karar Organı'nın 11.04.2019 tarih ve 21/500 sayılı Kararı Uyarınca Yapılan Duyuru: Gayrimenkul Dışındaki Varlıkların Sermaye Piyasası Mevzuatı Kapsamındaki Değerlemelerinde Uyulacak Esaslar, <https://spk.gov.tr/data/634960a11b41c612543bff35/SermayePiyasasiKuruluKarari%20-11.04.2019.pdf>. (s.e.t. 30/7/2024).

¹²⁰ 45.2. (22/711) Sermaye Piyasası Kurulu'nun 17.07.2014 Tarih ve İ-SPK.45.2 Sayılı İlke Kararı, blob:https://mevzuat.spk.gov.tr/b552a065-45f3-4381-9e97-475babec4024.

batıklık incelemesine ilişkin bu karar, 11/352 sayılı karar ile benzer hükümler getirmektedir¹²¹.

Sermaye Piyasası Kurulu ayrıca, 2018 yılında yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ıncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ hükümlerinin halka açık anonim ortaklıklara uygulanması ile ilgili bir karar almıştır¹²². Buna göre, halka açık şirketler açısından TTK md. 376/3 hükmünde düzenlenen sermaye kaybı ve borca batıklık hükümlerinin değerlendirilmesinde Kurulun Kararı (11/352 sayılı kararı) ile Tebliğ hükümlerinin birlikte dikkate alınmasının gerektiği belirtilmiştir.

IV- Diğer Ticaret Ortaklıklarında

A- Limited Ortaklıklarda

Limited ortaklıklarda, borca batıklık, saklı tutulan hükümler hariç anonim şirketlere ilişkin md. 376 hükmüne yollama yapılarak düzenlenmiştir.

¹²¹ Kararın borca batıklık ile ilgili kısımları şu şekildedir:

C) TTK'nın 376 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının uygulaması ile ilgili olarak;

1) Kurulumuzun II-14.1 Tebliği çerçevesinde aracı kurumların ara dönem finansal rapor hazırlama yükümlülüğü bulunduğ dikkate alınarak;

i. İşletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanacak ara bilanço olarak Kurulumuzun II-14.1 Tebliği çerçevesinde hazırlanan ara dönem finansal tabloların dikkate alınmasına,

ii. Aktiflerin muhtemel satış fiyatları esas olmak üzere hazırlanacak ara bilançonun (TTK 376 bilançosu) ise, Kurulumuzun II-14.1 Tebliği hükümlerine tabi olmaksızın ancak Kurulumuzun II-14.1 Tebliği çerçevesinde hazırlanan ara dönem finansal tablolar ile aynı tarihli olmak üzere borca batıklık şüphesinin çıkmasını takiben en çok 30 gün içerisinde tanzim edilmesine, 2) Devamlılık esasına uygun olarak hazırlanan finansal durum tablosu sermayenin tamamının kaybını gösteriyorken, TTK 376 bilançosundaki aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılaması durumunda, aksini açıkça ortaya koyan bir hususun olmaması halinde, TTK'nın 376 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen tedbirlerin alınmasına gerek bulunmadığına,

3) TTK 376 bilançosunda yer alan duran varlıklarla ilgili olarak Kurulumuzun değerlemeye ilişkin düzenlemeleri kapsamında değerlendirme yapılmış olması ve konuya ilişkin dipnotlarda değerlemesi yapılan duran varlığın cinsi, uygulanan değerlendirme metodolojisi ve değerlendirme yapan şirketin ticaret unvanı başta olmak üzere gerekli açıklamalara yer verilmesi gerektiğine,

D) TTK'nın 376 ncı maddesi kapsamında yapılan/yapılacak işlemlerin yönetim kurulunun sorumluluğunda olduğuna karar verilmiştir.

¹²² 49/1126 Sermaye Piyasası Kurulunun 04/10/2018 Tarih ve 49/1126 Sayılı Kararı.

Limited şirketler açısından borca batıklığa ilişkin düzenleme ilk kez 6762 sayılı eTTK ile Kanun'a alınmıştır. eTTK 546. maddenin karşılığı 865 sayılı eTTK¹²³, da yoktur.

“Sermayenin kısmen kaybı” başlıklı eTTK md. 546 hükmünde, limited şirketin borçları mevcudundan fazla tutmuşsa yahut şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcut ise anonim şirket hakkındaki 324 üncü madde hükmünün tatbik olunacağı düzenlenmişti. Madde gerekçesinde¹²⁴, limited şirketlere söz konusu hükmün eklenmesi şöyle ifade edilmiştir: “324 ncü madde hükümleri arasında şirketin aciz haline düştüğü şüphesini uyandıran emarelerin mevcudiyeti halinde idare meclisine yükletilen ara bilânçosu yapmak vazifesi birtakım tehlikeleri zamanında sezmek için düşünülmüş iyi bir tedbir mahiyeti arz etmekte olduğundan bu hükmün limitet şirketlerde de tatbiki yerindedir. Bu itibarla maddeye bunu temin edecek bir ibare ilâve edilmiştir.”

6102 sayılı TTK'nın “Sermaye kaybı ve borca batıklık” kenar başlıklı md.633 hükmünde, borca batık limited şirketlere anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı ancak ek ödeme yükümlülüğü hakkındaki hükümlerin (md. 603-605) saklı tutulduğu düzenlenmiştir. Limited şirketlerin iflas bildirimi ve konkordato talebine ilişkin olarak da anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı TTK md. 634'te hükme bağlanmıştır.

Öğretide, TTK md. 633 ve 634 hükümlerinde anonim şirket hükümlerine yollama yapılırken, ilkinde, ilgili hükümlerin “kıyas yoluyla” uygulanacağı

¹²³ 865 sayılı eTTK metninin tamamını içeren T.B.M.M. Zabıt Ceridesi 29.5.1926, (Ticareti Berriye) Kanunu Lâhiyası 1/825 ve Adliye Encümeni Mazbatası için bkz.:

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c025/tbmm02025109.pdf>

Resmi Ceride ile neşir ve İlânı : 28/VI/1926 - Sayı : 406 için bkz.:

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400865.pdf. (s.e.t. 30/7/2024).

¹²⁴ Türk Ticaret Kanunu Lâhiyası, Adliye Encümeni mazbatası (1/150) ve kanunlaşma sürecine ilişkin diğer belgeler için bkz.:

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083ss0198.pdf>.

(s.e.t. 30/7/2024).

belirtilmiş olmasına karşın takip eden maddede (TTK md. 634) kıyasa ilişkin bir ibareye yer verilmeden yollama yapılmasına dikkat çekilmiştir¹²⁵.

TTK 633 madde gerekçesinde, borca batıklık İcra ve İflas Kanunu’nda sermaye şirketleri yönünden bir bütün halinde düzenlendiği için limited şirketlere, İİK sistemine ve anonim şirketlere ilişkin TTK 376 ve 377 nci maddelerine koşut hükümler getirildiği açıklanmıştır. Borca batıklık halinde iflası içeren 2004 sayılı İİK md. 179 hükmünün madde başlığı, daha önce “*Anonim, limited, kooperatif şirketlerinin iflası*.” iken, birkaç defa değiştirilmiş ve son olarak, 28/2/2018 tarihli ve 7101 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle “*Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflâsı*.” olarak belirlenmiştir.

Gerekçede, limited şirketler için anonim şirketlere dair TTK md. 376 ve 377 hükümlerine koşut hükümler getirildiğinden söz edilmekle birlikte, limited şirketler için özel olarak herhangi bir benzer düzenleme yapılmaksızın sadece yollama yapmakla yetinildiği anlaşılmaktadır. Öğretide, Kendigelen, özellikle, md. 633/c. 2’de, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin saklı olduğuna işaret edilmekle beraber bu bağlamda herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemesini eleştirmiştir¹²⁶. Yazar, İsvBK md. 820/2’deki iflas erteleme ile bağlantılı ek ödeme yükümlülüğü konusundaki özel düzenlemeye işaret etmektedir.

İsvBK md. 820 hükmünün birinci fıkrası, TTK md. 633/1 hükmüne benzer şekilde, limited şirketlerde sermaye kaybı, borca batıklık ve ödemeden aciz hallerinde bildirim yükümlülükleri ile iflas ve iflas ertelemeye ilişkin anonim şirket hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Bu fıkra, İsvBK revizyonu sonrası da yürürlükte kalmıştır. Burada atıf yapılan ikinci fıkrada ise ödenmemiş ek ödemelerin derhal ödenmesi ve iyileştirme ihtimalinin bulunması durumunda, müdürlerin veya alacaklıların talebi üzerine mahkemenin, iflası erteleme kararı verebileceği düzenlenmekteydi. İsvBK md. 820/2 hükmü,

¹²⁵ KENDİGELEN Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s. 548, dp. 122.

¹²⁶ Kendigelen s. 548, dp. 121.

İsvBK'nın revizyonu sonrası, 820. maddeden çıkarılmış, bunun yerine, md 725b/4-2 ile bağlantısı kurulmuştur¹²⁷.

İsvBK md. 725b/4-2, borca batıklığın makul bir süre içinde, ancak denetlenen ara finansal tabloların sunulmasından itibaren en geç 90 gün içinde giderilebileceğine dair makul bir ihtimalin olması ve alacaklıların alacaklarının ilave olarak tehlikeye atılmaması koşuluyla mahkemeye bildirilmesine gerek bulunmadığını düzenlemektedir. Madde gerekçesine göre, ek ödeme yükümlülüğü de borca batıklığı giderme aracı olarak değerlendirilmekte ve borca batıklığı giderecek miktarda sağlanması şartıyla, mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğünü kaldırmaktadır. Ancak, ek ödeme yükümlülüğünün yeterli olduğuna dair şüphe varsa, bildirim yükümlülüğü devam edecektir.

İsvBK 725b madde gerekçesinde, eğer halihazırda mahkemeye iflas bildirimi yapılmışsa, mahkemenin, SchKG md. 173a uyarınca, şirketi iyileştirme emaresi bulunduğundan hareketle, re'sen iflas erteleme kararı verebileceği ifade edilmektedir.

TTK'da, ortakların şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme ile de yükümlü tutulabilecekleri hüküm altına alınmıştır (md. 603). Şirket sözleşmesinde tanınan ve özkaynak ihtiyacı doğuran bir hâlin gerçekleşmesi durumunda, ortaklardan bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi talep edilebilecektir. Ancak, TTK'da borca batıklık ortaya çıktıktan sonra borca batıklığı ortadan kaldıracak miktarda ek ödemelerin yapılması halinde mahkemeye bildirim yükümlülüğünün kalkacağına dair özel bir düzenleme yer almamaktadır.

TTK md. 633/2 hükmü, ek ödeme yükümlülüklerinin şirketin iflası halinde muaccel olacağını düzenleyen md. 603/2 hükmüne atıf olarak da yorumlanmaktadır¹²⁸.

¹²⁷ İsvBK md. 820. madde gerekçesi, (16.077) Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, s. 580.

¹²⁸ TEKİNALP Ünal/ POROY Reha/ ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 554, n. 1741d.

B- Kooperatiflerde

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda¹²⁹, “borca batıklık” terimi kullanılmamaktadır. Ancak Kanunun “Kooperatifin aczi halinde yapılacak işler” başlıklı 63. maddesinin birinci fıkrasında, borca batıklık tanımına karşılık gelen bir düzenleme yapılmıştır¹³⁰. Buna göre, kooperatifin aczi halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise yönetim kuruluna piyasada cari fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilançosu tanzim etme görevi yüklenmiştir. Hükümdeki ifadeyle “aciz halinin” tespiti için yalnızca cari fiyatlar üzerinden ara bilanço çıkarılması, eTTK md. 324'teki borca batıklık düzenlemesiyle uyushmaktadır. Fakat, TTK md. 376/3 hükmüyle getirilen işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançonun hazırlanması koşuluna, KoopK md. 63'te yer verilmemiştir¹³¹.

KoopK'da düzenlenen ve ara bilanço hazırlamayı gerektiren aciz hali, kooperatif mevcudunun borçlarını karşılayamadığı durumdur. KoopK md. 63/1-c.2'ye göre, son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu veyahut daha yukarda sözü geçen ara bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını belirtiyorsa yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da keyfiyeti bildirmeli ve genel kurulu da derhal olağanüstü toplantıya çağırmalıdır.

KoopK md. 63'te, TTK md. 376/3'ten farklı olarak, borca batıklık halinde genel kurulun toplantıya çağırılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, üç bilançodan bahsedilmektedir. Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu ya da cari fiyatlar üzerinden bir ara bilançoda kooperatif mevcudunun borç karşılama kapasitesi ölçülebilecektir. Bilançoların birbirinden farklı sonuçlar vermesi ihtimali karşısında hangi bilançonun esas alınacağı tartışmalıdır. Bundan başka, sermaye kaybı durumunda mahkemeye bilgi verilmesi gerektiği düzenlenmişken (KoopK md.

¹²⁹ 10.5.1969 Tarih ve 13195 Sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹³⁰ Yasa maddesindeki terim seçimi, yerinde olmadığı ve ilk bakışta hükmün anlaşılmasını güçleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Türk, **Borca Batıklık**, s. 101.

¹³¹ Kooperatiflerin borca batıklığını da düzenleyen KoopK. Md. 63'ün bir incelemesi için bkz.: ÇOŞĞUN YILDIRIM Gizem, Kooperatiflerde Mali Durumun Bozulması, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2023, C. 11, S. 1, ss. 285-300, (**Kooperatif**).

63/2)¹³², borca batıklığa ilişkin fıkra ile ilgili Bakanlıklara durumun bildirilmesi dışında bir mahkemeye bildirim veya bilgi verme görevleri bulunmamaktadır.

Kooperatiflerde, ortakların ek ödemeleriyle en geç üç ay içinde bilançoda tespit edilen açığı kapamalarına olanak sağlanmıştır (KoopK md. 63/2-c.3).

Maddede, malî durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi hâlinde yönetim kurulu veya alacaklılardan biri konkordato da talep edebileceği, bu takdirde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun md. 285 vd. hükümlerinin uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır.

C- Kollektif Şirketlerde

Kollektif şirketlerde, ortaklar, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malvarlıkları ile sorumludur (TTK md. 236). Alacaklılar için şirket yanında ortakların varlıkları da güvence sağlamaktadır. Zira, bu ortaklıklarda, sınırlı sorumluluk ilkesi geçerli değildir. Ancak yine de kollektif ortaklıkların sona erme sebepleri arasında, şirket sermayesinin tamamının veya üçte ikisinin kaybedilmesine rağmen, sermayenin tamamlanmasına veya geri kalan sermaye ile yetinmeye karar verilmemiş olması sayılmaktadır (TTK md. 243/1-b).

V- Bankacılık Kanunu'nda Yer Verilen Özel Düzenlemeler

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na¹³³ göre, bankalar, anonim şirket şeklinde kurulmalıdır (BankK md. 7). Ancak, bankalar, Bankacılık Kanunu hükümlerine tabi olup olmakta, ancak bu Kanunda hüküm bulunmayanlar hallerde genel hükümlere başvurulabilmektedir (BankK md. 2). Dolayısıyla, bankalar hakkında TTK. md. 376/3'te düzenlenen borca batıklık hükümleri tatbik olunmayacaktır. Bunun yerine, özel hüküm niteliğindeki Bankacılık Kanunu düzenlemelerine gidilmesi gerekmektedir.

¹³² KoopK md. 63/2: “Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatifte son yılın bilançosunda kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kalırsa yönetim kurulu derhal genel kurulu toplantıya çağırarak durumu ortaklara arz eder. Aynı zamanda ilgili mahkemeye, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da bilgi verir.”

¹³³ 1.11.2005 Tarih ve 25983 (Mükerrer) Sayılı RG’de yayımlanmıştır.

Banka mevzuatında, bankaların borca batıklığı şeklinde ayrı bir hüküm bulunmamakta, bankaların finansal güçlük halleri, “mali bünyelerinde zayıflık” veya “mali bünyelerinde bozulma”, “mali yapının bozulması”¹³⁴, “mali durumun bozulması”¹³⁵ gibi ifadeleri ile daha kapsayıcı şekilde düzenlenmektedir. Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunun’un¹³⁶ “Mali bünyenin güçlendirilmesi” başlıklı md. 64 hükmünde, bir bankanın mali bünyesinin ciddi bir şekilde zayıflamakta olduğunun tesbit edilmesi halinde, ilgili Bakanlığın verdiği uygun süre içinde, yönetim kurulu tarafından alınacak tedbirler sayılmıştır. Hükümde, mali bünyedeki ciddi zayıflama hali açıkça tanımlanmamıştır. Yönetim kurulunun gerekli tedbirleri almaması veya alına tedbirlerin sonuçsuz kalması durumlarında Bakan’a müdahale hakkı tanınmıştır.

Daha sonra, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun¹³⁷ md. 14 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkralarında, özel mali bozulma hallerine karşılık tedbirler öngörülmüştür. Belirtilen mali zayıflama halleri, bankanın varlıklarının vade itibariyle taahhütlerini karşılayamadığının veya bu durumun gerçekleşmek üzere olduğunun tespiti ile bankanın gelir-gider dengesinin bozulduğunun ve bu durumun süreklilik kazandığının belirlenmesidir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun md. 66/A hükmünde, bankalar sistemik olarak önemli¹³⁸ kabul edilmekte, bu nedenle mali bünyelerinde bozulma yaratacak hâllerden herhangi birinin görülmesi veya görülme ihtimalinin ortaya çıkması hâlinde alınacak tedbirlerin önceden belirlenmesi gerektiği açıklanmaktadır.

¹³⁴ AYOĞLU Tolga, “Bankalar Hukukunda Mali Yapının Bozulması Kavramı ve Mali Yapısı Bozulan Bankaların Temettü Avansı Müessesesinden Yararlanma İmkânı”, Ömer Teoman’a 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 69-98, (**Mali Yapının Bozulması**).

¹³⁵ ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumunun Bozulmasının Hukuki Sonuçları, 2001, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, (**Mali Durum**).

¹³⁶ 2.5.1985 Tarih ve 18742 Sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹³⁷ 23.6.1999 Tarih ve 23734 Sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹³⁸ Bkz.: 23.02.2016 Tarih ve 29633 Sayılı RG’de yayımlanan Sistemik Önemli Bankalar Hakkında Yönetmelik.

“Önlem alınması gereken hâller” başlıklı md. 67 hükmünün a ilâ d bentleri arasında¹³⁹ dört mali bozulma hali sayılmıştır. Bunlar,

a) Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye¹⁴⁰ ilişkin düzenlemelere uymaması,

b) Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması,

c) Özkaynaklarının¹⁴¹ sermaye yeterliliğine¹⁴² ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunmasıdır.

Yukarıda bankaların mali durumunun bozulması kapsamında borca batıklığına değinilmiştir. Bundan başka, borçlunun ödeme gücünü tespit etmede özellikle bankacılık alanında borçlunun finansal durumu tespit etmek ve sağlamlık derecelerini ifade etmek için kredibilite ifadesi kullanılmaktadır. Bankacılık ve finans alanında, kredibilite hesaplamasında likidite, borçluluk durumu, kârlılık ve verimlilik gibi birçok gösterge dikkate alınmaktadır¹⁴³. Bununla birlikte, ölçümlerde, borçlunun likidite durumunu gösteren cari oran, likidite oranı, nakit oran gibi veriler öne çıkmaktadır¹⁴⁴.

Kredibilite ölçümleri ile TTK’nın (ve İİK’nın) borca batıklık hükümleri arasındaki farkı gözetmek önemlidir. Kredi kuruluşları borçlunun alacaklıların bir alacaklıdır ve öncelikle verdikleri kredilerin ödemeleri asıl çıkarlarıdır. Ayrıca, kredi kuruluşları, borçlu için finansman kaynağı olduğu için, kredi kuruluşlarıyla kuracağı

¹³⁹ Hükmün e ilâ h bentleri arasında da önlem alınması gereken durumlar belirlenmiştir. Ancak bunlar, genel olarak, mali durumun bozulma hallerini değil mali bozulmaya yol açan diğer durumları düzenlemektedir.

¹⁴⁰ Bkz. “Likidite Yeterliliği” başlıklı BanK md. 46 ve 01.11.2006 Tarih ve 26333 Sayılı RG’de yayımlanan Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik.

¹⁴¹ Bkz.: 05.09.2013 Tarih ve 28756 Sayılı RG’de yayımlanan Bankaların Özkaynaklarına ilişkin Yönetmelik.

¹⁴² Bkz.: Sermaye Yeterliliği” başlıklı BanK md. 45 ve 23.10.2015 Tarih ve 29511 Sayılı RG’de yayımlanan Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik.

¹⁴³ ERBEN YAVUZ Asuman (Ed.), TDHP Uygulaması Kapsamında Kredilendirmede Finansal Tablolar Analizi Sektörel Örnek Uygulamalar, Nobel, 2. Basım, 2023.

¹⁴⁴ Kredi vermede oran analizleri için bkz. Erben (Ed.), s. 193 vd.

ilişki ile diğer alacaklılarıyla kuracağı ilişkilerde borç ödeme davranışı farklılık gösterebilecektir.

2000 yıllardaki büyük ekonomik kriz 2017 ve devamındaki krizler nedeniyle çeşitli finansal yeniden yapılandırma programları ve Kanunları hazırlanmıştır. 2000’li yıllarda bankaların gönüllülük esasına göre yapılan borçlu şirketlerin yeniden yapılandırılması ilişkin İstanbul Yaklaşımı ile şirketlerin borca batıklık tan çıkıp iflastan kurtulması imkânı sağlanmıştır¹⁴⁵. Bankalar, borçlu şirketlerin belli taahhütleri yerine getirmeleri şartıyla kredilerini yapılandırmıştır. Finansal yeniden yapılandırmanın kredi kuruluşlarınca tercih edilmesinin nedenlerinden birinin, ödenmeyen krediyi takip ve tahsil masraflarının yüksek olması ve takip ve tahsil için gereken zamanın uzun olması nedeniyle, yeniden yapılandırmanın daha tercih edilebilir olduğu göz önünde tutulmalıdır.

§ 5 KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNÜNDEN GENEL DEĞERLENDİRME

I- Alman Hukuku

A- Tarihsel Süreç

1. Genel Olarak

Alman hukukunda borca batıklık kavramı, iktisadi olgu ve olayların etkileri ile ticaret hayatının seyrine bağlı olarak çok defa ve çeşitli açılardan değişiklik geçirmiştir. Tarihsel süreç içinde, borca batıklığın tespiti için başta ticari bilanço dayanak kabul edilmekte iken zamanla amaca uygun özel bir bilanço hazırlanması ihtiyacı anlaşılmış; ilk zamanlar tek aşamada hesaplanan bir kontrol aracı iken kapsayıcı bir incelemeye elverişli olması adına çok aşamalı bir test haline

¹⁴⁵ SUADİYE Gülhan, “Sorunlu Kredilerin Yeniden Yapılandırılmasında İstanbul Yaklaşımı”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2006, C.3, S. 6. Ayrıca, Türkiye Bankalar Birliği’nin Finansal Yeniden Yapılandırma Koordinasyon Sekreteryası’nın raporu için: “İstanbul Yaklaşımı Bir Yeniden Yapılandırma Deneyimi”, Ağustos 2005. <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dosyalar/2istanbulyaklasimideneyimi5.doc&ved=2ahUKEwi9jt3C1tOHAXWtA9sEHfzfAOwQFnoECCEQAQ&usg=AOvVaw3hHY7EAdHTpRK0dv2viRLE>. (s.e.t. 30/7/2024).

getirilmiştir. Bunların yanı sıra, borca batıklık teşhisini nihai olarak koymada, işletmenin sürekliliği varsayımı, işletmenin devamlılığı değerleri ile tasfiye değerleri dönüşümlü olarak dönem dönem belirleyici olmuştur. Ayrıca kavram, farklı dönemlerde ticaret kanununda veya iflas kanununda düzenlenmiştir.

Borca batıklık kavramının Alman hukukundaki hareketli yolculuğu değerlendirildiğinde, Türk hukukunda da gözlenebilen bazı hususlar göze çarpmaktadır. Bir husus, kavramın elden geçirilip yeniden formüle edilmesini büyük krizlerin tetiklemiş olmasıdır. İleride aktarılacağı üzere, Alman İmparatorluğu'nun ilk yıllarında, 19. yüzyılın sonlarına doğru yaşanan borsa çöküşü, 1970'lerdeki ekonomik istikrarsızlık, 2008 küresel finansal krizi ve önce artçıları hissedilen, ardından 2020 pandemisi ve ile farklı bir boyuta taşınan yakın dönem krizleri sonrası yapılan yasa değişiklikleri bu duruma örnek gösterilebilir.

Bir yandan ekonomik ve finansal krizlere hazırlıklı olma ve istikrarı sağlama gerekliliği, yasa koyucuları şirketlerin finansal durumlarını ve faaliyet sürdürebilme kapasitelerini düzenli şekilde ölçmeye yönelik araçlar geliştirmeye yönlendirmiştir. Öte yandan, sanayileşmenin aşamalarında şirketlerin faaliyet döngülerinde üretilen değerlerin değişim göstermesi ve çeşitlenmesi, bu değerlerin hesaplama yöntemlerinin de güncellenmesini zorunlu hale getirmiştir. Bu bağlamda, kaynakların verimli kullanımını sağlamak amacıyla, sermaye yapıları zayıf ve kâr üretme potansiyeli bulunmayan şirketlerin sistemden çıkarılmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Borca batıklık kavramı, Alman hukukunda bu gelişmeler ışığında birçok kez yeniden tanımlanmıştır.

2. Tek Aşamalı Borca Batıklık Kavramı

Borca batıklık, 19. Yüzyılda Alman hukukunda, İflas Kanunu'nda (KO §94) genel iflas sebebi olan ödemeden aciz hali yanında sadece sınırlı sorumlu şirketler (GmbHG §63) ile kooperatifler (GenG §98) için iflas sebebi olarak belirlenmiş, tek bir aşamada, o dönem bilanço kalemlerinin tasfiye değerleri üzerinden değerlemeye tabi tutulduğu ticari bilanço üzerinden hesaplanan bir kavram olarak ortaya çıkmıştır.

Alman İmparatorluğu'nun kurulmasından önce, Almanca konuşulan ülkelerin bir kısmında Müşterek Hukuka dayalı iflas kuralları geçerli iken diğerlerinde Fransız kanunlarını temel alan iflas kanunları uygulanmaktaydı. 17. ve 18. yüzyıllarda Müşterek Hukuk esas alınarak çıkarılan özel kanunlarda, borca batıklık, tek iflas sebebiydi.¹⁴⁶

Alman İmparatorluğu'nun kurulmasından sonra, ise Fransız hukuku ve Prusya İflas Kanunu'na dayalı yapılan çalışmalardan geliştirilen İflas Kanunu (*Konkursordnung-KO*) 1877 yılında yürürlüğe girmiştir ve 1 Ocak 1999 tarihli İflas Kanunu'na (*Insonvenz-Ordnung-InsO*) kadar yürürlükte kalmıştır. Kanunun esas alındığı iflas düzenlemelerinde olduğu gibi ödemeden aciz hali, borca batıklığa göre daha genel bir iflas sebebi olarak kabul edilmiştir. Zira, İflas Kanunu-KO (§ 94), iflas işlemlerinin başlatılmasının borçlunun ödemeden aciz halinde bulunmasını gerektirdiğini öngörmekte ve ödemeden aciz hali özellikle ödemelerin askıya alınması durumunda varsayılmaktadır.¹⁴⁷ Alman hukukunda borca batıklık kurumunun bugünkü yasal çerçevesine, söz konusu dönemde ticaret kanunlarından başlanarak devam eden bir tarihsel süreç sonucunda ulaşılmıştır.

Borca batıklık, İflas Kanunu'nda (KO) tanımlanmamış ancak kanun gerekçesinde, şirketin varlıklarının borçları karşılamaya yetmediği durumlar olarak ifade edilmiştir¹⁴⁸. İflas Kanunu'nun (KO) yürürlüğe girdiği ilk dönemler, borca batıklık, sadece paylı ortaklıklar ve kayıtlı kooperatifler için bir zorunlu iflas nedeni olarak uygulanmaktaydı. Bunun gerekçesi olarak, anonim şirketlerde pay sahiplerinin kişisel sorumluluğunun bulunmaması gösterilmiştir. Bu anlayışa göre, diğer şirketlere hâkim olan, pay sahiplerinin kişisel sorumluluğu ilkesinin anonim şirketlerde geçerli olmaması nedeniyle, borca batıklık meydana gelirse, alacaklılar şirketin ödemeden acizine kadar bekletilmemelidir. Üstelik, alacaklılar açısından borca batıklığın anlaşılması ve ispatı da zor olmayacaktır. Çünkü, hem borca batıklık tasfiye değerlerine dayalı ticari bilançodan tespit edilmekte idi hem de dönemin

¹⁴⁶ RIEGER Thomas, Die Fortbestehensprognose im Rahmen des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs, FernUniversität in Hagen MV-Wissenschaft, 1. Baskı, 2018, s. 51.

¹⁴⁷ Rieger, s. 52.

¹⁴⁸ Rieger, s. 53.

Alman Ticaret Kanunu md. 239 ve 239a hükümleri uyarınca yıllık ticari bilançonun yayımlanması gerekmektedir.¹⁴⁹

İşletmenin sürekliliği varsayımı, günümüzde gerek Alman hukukunda gerek Türk hukukunda gerekse uluslararası muhasebe uygulamasında yıllık bilançoya hâkim olan genel kabul görmüş bir muhasebe ilkesidir. Ancak, 19. Yüzyılda, ticari bilanço şirketin faaliyetine devam edeceği varsayımına dayalı hazırlanmaktaydı. Günümüz tasfiye bilançosuna¹⁵⁰ karşılık gelen dönemin ticari bilançosu bu nedenle, borca batıklık hesaplamasına temel oluşturmaktaydı.

Biraz daha açıklanırsa; 1673 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nda (*Ordonnance de Commerce*), hileli ve ihmalkâr iflası önlemek ve böylece alacaklıları korumak amacıyla, tacirlere yönelik defter tutma, alacak ve borçlar ile para çekme işlemlerinin kaydedilmesi yükümlülükleri getirilmiş, her iki yılda bir varlık ve borçlarının listesini envanter olarak çıkarmak ve bunları bir öncekiyle karşılaştırmak zorunlu tutulmuş, bunların ihlali halinde yaptırım olarak ölüm cezası öngörülmüştür.¹⁵¹

Daha sonra diğer devletler tarafından benimsenen Fransız muhasebe standartlarına dayalı hazırlanan envanter ve bilançonun amacı statikti; varlıkların, borçların ve borç karşılama gücünün belirlenmesi idi. Buna göre, ticari bilanço, tüm varlıkların, olası satış değerleri (gerçeğe uygun değer, piyasa değeri) ile ayrı ayrı değerlendirildiği bir tasfiye bilançosu gibi hazırlanmaktaydı. Böylece, tacirler, her yıl, olası tasfiye gelirlerinin toplamından borçların hala ödenip ödenemeyeceğini takip edebilmekte ve faaliyete devam etme veya tasfiyeyi başlatma değerlendirmesini yapabilmekteydi. Ticari bilançonun bu tasarımı, üretimin henüz sermaye yoğun olmadığı söz konusu dönem için mantıklı sayılmaktaydı.¹⁵²

¹⁴⁹ Rieger, s. 52, 53.

¹⁵⁰ Alm. Konkursöffnungsbilanz, Liquidationsbilanz.

¹⁵¹ SEICHT Gerhard, "Gläubigerschutz, Bilanz und insolvenzrechtliche Überschuldung", Editör: Wagner, Udo, Zum Erkenntnisstand der Betriebswirtschaftslehre am Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Erich Loitsberger, Berlin 2001, Verlag Duncker & Humboldt, ss. 293-325, 2001, s. 294-295

¹⁵² Seicht, s. 295

1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nda (§ 40), bilanço değerlemesi sırasında, ilgili iyi iş uygulamalarının dikkate alınması gerektiği ve bilanço tarihi itibarıyla bireysel varlıklara atanacak değerlerin kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükümden, değerlemede, bireysel değerlendirme ilkesinin uygulanacağı ve değerlendirme ölçütü olarak bireysel satış veya tasfiye ya da elden çıkarma değerlerinin¹⁵³ esas alınacağı anlaşılmaktadır.¹⁵⁴

Yıllık bilançoda, eğer borçlar artık tasfiye varlıkları tarafından tamamen karşılanmıyorsa, negatif özsermaye açıklanıyorsa, şirketin doğrudan hukuken borca batık olduğu kabul edilip devam etmesine izin verilmemesi, borca batıklık hesaplamasının bu dönemde tek aşamalı bir işlem olduğuna işaret etmektedir.

3. Ticari Bilançoya Dayalı Borca Batıklık Testinin Terkedilmesi

Alman Ticaret Kanununda yıllık bilançoya ihtiyatlılık ve iktisap değeri ilkelerinin şümul etmesi ve böylece ticari bilanço muhasebeleştirme ve değerlendirme kurallarında kayda değer değişiklik olması, ayrıca vergi hesaplamalarında kolaylık sağlamak maksadıyla ticari bilançonun vergi hukukuyla bir ölçüde uyumlulaştırılması, artık borca batıklık hesaplamasında ticari bilançonun esas alınmaması gerektiği düşüncesini ortaya çıkarmıştır.

Sermaye yoğun üretimin giderek artması ile tek tek pek bir değeri olmayan ancak birlikte kullanılarak önemli değer üreten tamamlayıcı faktörlerin ortaya çıkması sonucu, bireysel değerlendirme ilkesinin geçerli olduğu bilanço değerlemesinin hukuki açıdan yeniden ele alınması gerektirmiştir. Önce, Berlin (Reich) Yüksek Ticaret Mahkemesi'nin 1873 tarihli Kararı öne çıkmıştır. Karar, iki açıdan gündem olmuştur. İlki, bugünkü işletmenin sürekliliği varsayımına karşılık gelen, bilanço değerlemesinde faaliyetlerin olağan şekilde devam ettiği anlayışının kabul edilmesidir. İkincisi, bilanço değerlemesinde, bireysel varlıkların, tarihi iktisap fiyatından daha düşük veya daha yüksek olmasına bakılmaksızın, Alman vergi hukukundaki kısmi değer fikrini (*Die Teilwert-Idee*) yansıtan orantılı gelir değeri

¹⁵³ Almanca'da bu değerler için, aralarında bazı farklılıklar bulunan ancak birbirine yakın *Versilberungswerten*, *Zerschlagungswerten*, *Einzelveräußerungswerten* terimleri kullanılmaktadır.

¹⁵⁴ Seicht, s. 295

anlayışının (*Der anteilige Ertragswert*) benimsenmesidir. Ancak bu anlayış, özellikle demiryolu şirketleri gibi şirketlerde elde edilen ancak henüz satış geliriyle gerçekleşmeyen kârların muhasebeleştirilmesi ve dağıtılması sonucunu doğurması nedeniyle alacaklı korumasını zedeleyen bir uygulama olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁵

Kısa bir süre sonra, Alman İmparatorluğu'nun kuruluş döneminde büyük borsa bir çöküşü yaşanmış ve buna karşılık olarak, 1884 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu ile Alman Ticaret Kanunu'ndaki şirketler hukuku düzenlemelerinde reform gerçekleştirilmiştir. Reformun, bilanço değerlemesine dair düzenlemesi, artık yalnızca anonim şirketler ve duran varlıklar için iktisap maliyetlerinin (*Anschaffungskosten*) üst değerlendirme sınırı olarak belirlenmesidir. Böylece, gerçekleşmemiş kârların önceden mümkün olan dağıtımını önlemek amaçlanmıştır. Bu kural, 1892 tarihli limited şirketlere ilişkin yasa aracılığıyla, bu şirketlere de ancak yalnızca duran varlıklarla ilgili uygulanmıştır.¹⁵⁶ 1884 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu taslağının gerekçesine göre, “*şirketin amacına ulaşması açısından genellikle bulundurulması zorunlu olan ve bu nedenle kaybolduğunda aynı türden yenileriyle değiştirilmesi gereken duran varlıklar, arz-talep ilişkisine bağlı olarak satış değeri (Verkaufswert) önemli fiyat dalgalanmalarına maruz kalabilmektedir. Bu kalemlerin güncel satış değerini yıllık bilançolarına dahil edilmesi, genellikle tamamen yanlış ve haksız bir kâr dağıtımıyla sonuçlanmaktadır*”.¹⁵⁷ Sonuç olarak, tek aşamalı borca batıklık kavramı kapsamında, şirketlerin borca batıklığını değerlendirirken varlıkların, özellikle de nakit dışı varlıkların değerlendirilmesi konusunda sorunlar olduğu erken dönemde anlaşılmıştır.

Ticari bilanço ile borca batıklık bilançosu arasındaki bağlantının zayıflamasının bir diğer nedeni, vergi hukuku kaynaklıdır. 1874'te aynı zamanda yürürlüğe giren Saksonya ve Bremen eyalet gelir vergisi kanunları ve 1891 yılında Prusya'nın vergi kârının tespitinin ticari muhasebeye bağlanması sonucu ticaret ve vergi hesaplama sistemlerinin yasama organınca birbirine yaklaştırılmıştır. Bütün bunlar sonucunda, Alman Ticaret Kanunu'nun 1897'deki reformunun bir parçası

¹⁵⁵ Seicht, s. 296.

¹⁵⁶ Rieger, s. 54; Seicht, s. 296.

¹⁵⁷ Rieger, s. 55.

olarak yasama organı, borca batıklık testinin kendi muhasebeleştirme ve değerlendirme düzenlemelerine ihtiyacı olduğunu kabul etmiştir.¹⁵⁸

Özel bir borca batıklık testinin oluşturulması ana düşüncesi doğrultusunda sunulan görüşleri çeşitli başlıklar altında özetlemek mümkündür. Bunlar; dağıtılabılır kârın belirlenmesine yönelik hale gelen yıllık bilanço yerine tasfiye değerlerinin yol gösterici olması, özellikle pratiklik nedenleriyle işletmenin sürekliliği varsayımına dayalı ticari bilanço değerlerini esas alan bir değerlendirme yapılması, veya hem tasfiye hem de işletmenin sürekliliği değerlerinin kümülatif olarak kullanılması ya da bilanço hesaplaması yerine şirketin gelecekteki gelirlerinden yükümlülüklerini zamanında karşılayabilme ihtimalinin çok yüksek olup olmadığının hesaplanmasıdır.¹⁵⁹

4. Klasik İki Aşamalı Borca Batıklık Kavramı

Borca batıklığın tek aşamalı kavramlarının tümü, özetle, finansal güçlük içinde olan şirketlerin bireysel ekonomik koşullarını dikkate almadıkları ve kendine özgü faaliyetlerine devam edebilme yeteneğini ölçme konusunda yetersiz kaldıkları yönünde eleştirilmiştir. Buna göre, değerlemede, ister tasfiye değerleri isterse işletmenin devamlılığı esası dayanak alınsın, neticede her finansal güçlük içindeki şirket aynı kefedeye aynı değerlerle değerlendirilmektedir. Oysa, bilanço değerlemesine geçmeden önce, hangi değer ölçütlerinin uygulanacağını tespit etmek için şirketin mevcut ve gelecekteki durumuna projeksiyon tutan bir değerlendirme önermesinin (*Verwertungsprämisse*) oluşturulması gerekmektedir. İşte bu değerlendirme önermesi, şirketin faaliyetlerine devam etme kapasitesini bir diğer ifadeyle yaşayabilirliğini ölçmeye yarayan devam öngörüsü (*Fortbestehensprognose*¹⁶⁰) üzerinden anlaşılmaktadır. Devam öngörüsünün sonucuna bağlı olarak, daha sonra, bilanço kalemleri ya tasfiye değerleri (*Liquidationswerten*) veya işletmenin sürekliliği değerleri (*Fortführungswerten*) üzerinden değerlendirilmeli ve borca batıklık olup

¹⁵⁸ Rieger, s. 55.

¹⁵⁹ Rieger, s. 56-59.

¹⁶⁰ Alman Hukuk literatüründe bu kavramı karşılamak için *Überlebensprognose* veya *Fortbestehensprognose* terimlerinin de kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu terimler bazı kaynaklarda birbirinin tam ikâmesi olarak tercih edilmekte bazı kaynaklarda ise nüanslar içeren yakın ifadeler olarak kullanılmaktadır.

olmadığı belirlenmelidir. Hukuki borca batıklığın ölçülmesine, hangi değer ölçütünün kullanılacağını belirlemek için devam öngörüsünün ilk basamak olarak dahil edilmesi, borca batıklık testinin iki aşamalı hale gelmesi olarak ifade edilmiştir.¹⁶¹

5. Değiştirilmiş İki Aşamalı Borca Batıklık Kavramı

Karsten Schmidt tarafından geliştirilen bu borca batıklık formülü, klasik borca batıklık kavramında olduğu gibi bilanço üzerinden değerlendirme ve devam öngörü adımlarını kapsadığı için iki aşamalı olarak nitelendirilmektedir. Farklı olan kısım ise, bu yeni yöntemde, hukuki borca batıklık teşhisinde devam öngörüsünün rolünün artması, aslında bağımsız bir adım haline gelmesidir. 1992 yılında Federal Adalet Divanı tarafından da Dornier kararında, değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık kavramı, bir şirketin hukuken devam etmesinin (*rechtliche Fortsetzungswürdigkeit*) haklı olmasını, devam etme yeteneğine dolayısıyla devam öngörüsüne bağlamıştır. Böylece, devam öngörüsü, yalnızca değer ölçütünü belirleme adımı olmaktan çıkarmış; artık, tasfiye değerlerine dayalı borca batıklık ölçümünün yanı sıra, şirketin hukuken devam edebilirliğini bağımsız olarak ölçen bir adım haline gelmiştir.¹⁶²

Dornier Kararı, bilanço üzerinden matematiksel borca batık hesaplamasında işletme içinde yaratılan gayri maddi varlıkların aktifleştirilmesini ele almış ve olumlu devam öngörüsü ile kredibilite arasındaki bağlantıyı değerlendirmiştir.

Dornier Kararı'nda, uyuşmazlık konusu şirketin borca batık olmadığı incelemesinde, öncelikle defter değerlerine dayalı borca batıklık hesaplamasının anlamlı olmadığı sonucuna varılmıştır. Daha sonra, borca batıklık, iki aşamalı borca batıklık kavramına atıfla tanımlanmıştır. Karara göre borca batıklık ancak, gizli yedekler de dahil olmak üzere tasfiye değerlerine göre şirketin varlıklarının mevcut yükümlülükleri karşılamaması (*matematiksel borca batıklık*) ve şirketin finansal

¹⁶¹ Rieger, s. 59.

¹⁶² BRINKMANN Moritz, "Die rechtliche und wirtschaftliche Relevanz der Insolvenztatbestände", Editör: Karsten Schmidt / Wilhelm Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, 6. Baskı, 2023, para. 14.105, s. 562, (**GmbH**).

gücünün orta vadede büyük olasılıkla şirketi devam ettirmek için yeterli olmaması durumunda (*devam öngörüsü*¹⁶³) ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme, borca batıklık hesaplamasının iki unsuruna yönelik ayrı değerlendirmelerde bulunur. İlk olarak matematiksel borca batıklık bağlamında, şirketin “S” adlı uçak projesi için geliştirme maliyetlerinin borca batıklık bilançosunda aktifleştirilip aktifleştirilemeyeceğini inceler. Buna göre, işletmenin kendi içinde yaratılan maddi olmayan varlıkların aktifleştirilmesi yasağının (HGB § 248/2) borca batıklık bilançosu için geçerli olmadığı kanaatine varır. Çünkü, bu aktifleştirme yasağı, geçmiş performansını amortize edilmiş defter değerleri üzerinden belirlemek amacıyla uygulanmaktadır. Borca batıklık bilançosu ise yalnızca iflas halinde alacaklıların tatmini için fiilen kullanılacak gerçek değerlerin belirlenmesi amacıyla hizmet etmektedir. Bu nedenle, yasağın aksine, bu uçağın içerdiği fikri mülkiyet hakları da dahil olmak üzere prototipe kadar ilerletilen “S”nin geliştirilmesinin satılması durumunda elde edilecek değer aktifleştirilmelidir. Kararda, böyle bir geliştirme projesinin hatırı sayılır değeri ve (davada atıfta bulunan altı ay) içinde artmaya devam eden geliştirme maliyetleri göz önüne alındığında, bu değer aktifleştirilmiş olsaydı borçlunun matematiksel olarak borca batık çıkmasının şüpheli görüldüğü ifade edilmiştir. Hatta, altı aylık süredeki geliştirme maliyetleri dikkate alınmadan, sadece (31/12/1989) tarihli yıllık bilançoda, o zamana kadarki (nispeten mütevazı) geliştirme maliyetlerinin aktifleştirilmesi halinde bile şirketin borca batık olmadığı açıkça tespit edilmektedir.

Ardından devam öngörüsü ile ilgili değerlendirmelere geçilmiştir. Dava konusu şirket, başka herhangi bir kayda değer ticari faaliyetten cari geliri olmayan, safi geliştirme şirkettir (*reine Entwicklungsgesellschaft*). Dolayısıyla uçağın geliştirilmesinin, borçlu şirket için önemli seviyede açığa yol açan yüksek maliyetleri bulunmaktadır. Ancak aynı zamanda, söz konusu gelişme, o dönemde genel olarak gelecek vaat eden bir gelişme olarak görülmüş ve seri üretime hazır hale geldiğinde,

¹⁶³ Kararda kullanılan ifadeler: “Überlebens- oder Fortbestehensprognose”

uçak için uygun satış ve kâr fırsatlarının olduğu bir pazarın var olduğu düşünülmüştür.

Kararda, ilgili uçağa ve üreticisiyle ilgili olumlu bir devam öngörüsüne kanıt olarak, bir teknoloji grubunun nominal değeri 20.000 Alman markı (DM) olan %20'lik pay (ve nominal değeri 10.000 DM olan GmbHG'daki pay) için 20 milyon Alman Markı ödemeye hazır olması gösterilmiştir. Olumlu bir hayatta kalma öngörüsü olmadan, borçlunun kamu sektöründen önemli miktarda finansman ve ilave taahhütler alması mümkün görülmemiştir. Bu açıdan bakıldığında, şirketin başarılı bir hayatta kalma/devam öngörüsüne sahip olduğuna şüphe görülmemiştir. Bu durumda, şirketin yönetim kurulunun, devam öngörüsünün olumlu olduğu ve şirketin borca batık olmadığı anlaşılan dönemde, iflas başvurusunda bulunarak ekonomik açıdan gelecek vaat eden şirketin tasfiyesini başlatma zorunluluğu ve hatta yetkisi olmayacaktır.

Sonuç olarak, 1992 tarihli Federal Adalet Divanı'nın içtihadında da açıklandığı üzere, bir şirket ancak ve ancak şu iki durum birlikte varsa kanunen borca batık sayılmaktadır: Tasfiye değerlerinin uygulanması halinde şirketin varlıkları mevcut yükümlülükleri karşılamaması (matematiksel borca batıklık) ve şirketin finansal gücünün orta vadede işletmenin sürekliliğini sürdürmek için yeterli olmaması (devam öngörüsünün olumsuz olması) gerekmektedir.¹⁶⁴

B- Borca Batıklığa İlişkin Kanuni Düzenlemeler

Borca batıklık terimi (*Überschuldungsbegriff*) ve borca batıklığın tespiti (*Überschuldungsfeststellung*) yukarıda anlatılanların resmettiği gibi Alman hukukunda da uzun süredir tartışmalı bir konu olmuştur.

1892 tarihli Alman Sınırlı Sorumlu Ortaklıklar Kanunu'nun (GmbHG) 1892'den 1900'e ve 1900'den 1999'a kadar olan yürürlükte olan ve sonra tamamen kaldırılan ve şirket tasfiyesi başlıklı 5. Alt bölümde yer alan md. 63 hükmünde borca batıklık halinde iflas başvurusu yapılacağı düzenlenmekteydi. Aynı Kanunun md.

¹⁶⁴ Alman Federal Mahkemesi 13 Temmuz 1992 Kararı, II ZR 269/91, https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_269-91. (s.e.t. 30/7/2024).

64/1-c.2 hükmünün 1999 ve 2008’e kadar yürürlükte olan eski versiyonlarında “*şirket varlıklarının artık borçları karşılamadığı*” durumdan söz edilmekte ve borca batıklığın ortaya çıkmasından itibaren gecikme olmaksızın iflas bildirimde bulunma görevi belirlenmiştir. Ancak söz konusu hükümde 2008’te yapılan değişiklikle önce iflas başvurusu yükümlülüğü çıkarılmış ardından 2021 yılında hüküm tamamen kaldırılmıştır.

Ayrıca, 1965 tarihinde yürürlüğe giren Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun (APOK) yönetim kurulu üyelerinin sermaye kaybı, ödemeden aciz ve borca batıklık hallerindeki yükümlülükleri başlıklı md. 92 hükmünün 1966’dan 1999’ya kadar yürürlükte olan eski versiyonunda, borca batıklık, “*şirketin varlıklarının artık borçlarını karşılamaması durumu*” ifadesiyle yer almakta ve yönetim kurulunun borca batıklık halinde başvuru yükümlülükleri ve ödeme yasakları düzenlenmekteydi. Aynı maddenin 2008’e kadar olan bir sonraki eski versiyonunda borca batıklığın meydana gelmesinden itibaren en geç üç hafta içinde iflas başvurusunda bulunma zorunluluğu devam etmiştir. 2008’den sonra maddede yapılan değişiklikle, borca batıklığa ilişkin başvuru yükümlülükleri APOK’tan çıkarılmıştır.¹⁶⁵

Daha önce, Alman Sınırlı Sorumlu Ortaklıklar Kanunu ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nunda düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin borca batıklık halinde uyması gereken ödemelere ilişkin kurallar ve ödeme yasakları, 2021 yılında yapılan ekleme ile “*Ödemeden aciz ve borca batıklık durumunda ödemeler*” başlıklı InsO md. 15b hükmünde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.¹⁶⁶

Alman hukukunda 5 Ekim 1994’te yürürlüğe giren mevcut İflas Kanunu (*Insolvenzordnung*)’nun 1 Ocak 1999’da yürürlüğe giren md. 19/2 hükmünde ilk kez borca batıklık hesaplaması yer almıştır. Buna göre, “[1] Borca batıklık, borçlunun varlıklarının mevcut yükümlülüklerini karşılamaması durumunda ortaya çıkar. [2] Ancak borçlunun mal varlığının değerlemesinde, şartlar göz önüne alındığında işin

¹⁶⁵ İlgili kanun maddelerinin mevcut ve eski versiyonları için bkz.: <https://lexetius.com/AktG/92,4>; <https://lexetius.com/GmbHG/64,3>; <https://lexetius.com/GmbHG/63>. (s.e.t. 30/7/2024).

¹⁶⁶ Madde hükmünün ayrıntıları için bkz. <https://lexetius.com/InsO/15b>. (s.e.t. 30/7/2024).

devamının çok muhtemel olması halinde, işletmenin devamının dikkate alınması gerekir". Bu ifadeden söz konusu dönemde klasik iki aşamalı borca batıklık kavramının benimsendiği ve hesaplamalarda devam öngörüsü ile bu öngörüye bağlı tasfiye değerleri veya işletmenin devamlılığı değerleri ile bir bilanço değerlemesi yapılacağı anlaşılmaktadır.

InsO 19. maddenin birinci fıkrasında, borca batıklığın tüzel kişiler için de iflas açılma sebebi olduğu, üçüncü fıkrasında ise tüzel kişiliği olmayan bir ortaklıkta (*Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit*)¹⁶⁷ kişisel olarak sorumlu ortakların hiçbirisi gerçek kişi değilse, borca batıklık hükümlerinin uygulanacağına hükmedilmiştir. Ancak aynı fıkranın ikinci cümlesinde, kişisel olarak sorumlu ortakların arasında, kişisel olarak sorumlu ortağın gerçek kişi olduğu başka bir şirket de bulunuyorsa borca batıklık hükümlerinin geçerli olmadığı düzenlenmiştir.

18 Ekim 2008 tarihinde, md. 19/2 hükmü değiştirilmiştir. Böylece, borca batıklık hesaplaması da değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık kavramına geçiş yapılmıştır. Borca batıklık artık, *"şartlara göre şirketin devamının çok kuvvetli bir şekilde muhtemel olmadığı durumlar dışında, borçlunun varlıklarının mevcut yükümlülükleri karşılamaması durumunda ortaya çıkmaktadır."* Buradan hareketle, devam öngörüsünün olumlu olmadığı durumda tasfiye değerlerine göre bir değerlendirme yapılacağı ancak devam öngörüsünün olumlu sonuç vermesi ihtimalinde kanuni borca batıklık olmadığı kanaatine ulaşılmaktadır.¹⁶⁸

1 Kasım 2008 tarihinde ise md. 19/2'nin ikinci cümlesi eklenmiş ve *"pay sahibi kredilerinin geri ödenmesine ilişkin talepler veya ekonomik olarak bu tür bir krediye karşılık gelen hukuki işlemlerden kaynaklanan taleplerin, iflas sürecinde, InsO Madde 39/2' uyarınca, InsO Madde 39/1 Sayı 1 ila 5, 1. cümlede belirtilen taleplerin arkasına geçmesi şeklinde alacaklı ve borçlu arasında bir sıradan geri çekilme anlaşmasına varılmışsa, bu taleplerin, 1. cümleye göre yükümlülüklerin içinde yer almayacağı"* hüküm altına alınmıştır.

¹⁶⁷ 1 Ocak 2024 yılında yapılan değişiklikle, *Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit* ifadesi, *rechtsfähigen Personengesellschaft* (hukuki ehliyeteye sahip ortaklık) ifadesiyle değiştirilmiştir.

¹⁶⁸ Madde hükmünün tüm versiyonları için bkz.: <https://lexetius.com/InsO/19,5>.

1 Ocak 2021 yılında md. 19/2'nin birinci cümlesi “*takip eden on iki ay içinde*” ibaresinin eklenmesiyle şöyle değiştirilmiştir: “*Borca batıklık, şartlara göre şirketin devamının takip eden on iki ay içinde devam etmesi çok kuvvetli bir şekilde muhtemel olmadığı durumlar dışında, borçlunun varlıklarının mevcut yükümlülükleri karşılamaması durumunda ortaya çıkmaktadır.*” Yeni düzenlemeyle, değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık kavramı genel olarak korunmuş, ek olarak netleştirmek amacıyla, devam öngörüsünün tahmin süresi 12 ay olarak yasa hükmü şeklinde belirlenmiştir. Hüküm, halen bu şekliyle yürürlüktedir.

Borca batıklık halinde, temsil organının üyeleri veya tasfiye memurlarının kusurlu gecikme olmaksızın, ancak borca batıklığın meydana gelmesinden itibaren en geç üç hafta içinde iflas başvurusunda bulunması yükümlülüğüne, 2008 yılında bildirim yükümlülüğü başlıklı InsO md. 15a/1'de yer verilmiştir. 2021 yılında, netleştirme amacıyla hükme ekleme yapılmıştır. Buna göre, “*Bir tüzel kişiliğin ödemeden aciz veya borca batık hale gelmesi durumunda, temsil organın üyeleri veya tasfiye memurları, gecikmeden iflas başvurusunda bulunmalıdır. [2] Başvuru, ödemeden aciz halinin ortaya çıkmasından itibaren en geç üç hafta ve borca batıklığın ortaya çıkmasından itibaren altı hafta içinde yapılmalıdır.*”¹⁶⁹

Daha önce, ticaret kanunlarında düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin borca batıklık halinde uyması gereken ödemelere ilişkin kurallar ve ödeme yasakları, 2021 yılında yapılan ekleme ile “*Ödemeden aciz ve borca batıklık durumunda ödemeler*” başlıklı InsO md. 15b hükmünde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

C- Borca Batıklık Kavramının Değişiminde Olgusal Nedenler

Tarihsel sürecin aktarıldığı (A) başlığında borca batıklık kavramının içeriğindeki değişimlerin teorik altyapısı incelenmişti. Kavramın kanun maddelerinde düzenlenişine yer verilen (B) başlığında, Alman hukukunda özellikle 1999, 2008, 2021 yıllarındaki değişimler öne çıkmaktadır. Bu başlıkta, kavramın

¹⁶⁹ Madde hükmünün tüm versiyonları için bkz.: <https://lexetius.com/InsO/15a,5>

hesaplama ve sonuçlarını yeniden ele almaya yönelten ekonomik olgulara değinilmektedir.

19. yüzyılın sonlarında borca batıklık hesaplaması tek aşamalı bir testle, tamamen bilançooya ve tasfiye değerlerine dayalı varlık ve yükümlülük karşılaştırması üzerinden yapılmaktaydı. Bu uygulamanın sorunu, şirketin gelecekteki gelişimin dinamik bileşeninin dikkate alınmaması ve hukuki açıdan tasfiye değerlerin esas alınması durumunda Alman şirketlerinin büyük bir kısmının borca batık hale gelecek olmasıdır. Böylelikle, 20. Yüzyılın başlarında, borca batıklık kavramının bilançooya dair (statik) ve öngörüselle (dinamik) özellikler içermesi konusunda yaygın bir görüş birliği oluşmuştur.

1999 öncesinde, çoğunlukla klasik iki aşamalı borca batıklık kavramı uygulanmakta iken, değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık¹⁷⁰ kavramı, 1985'ten 1994'e, iflas kanununun¹⁷¹ değiştirilmesine kadar içtihat hukuku ve literatürde kullanılmıştır¹⁷².

Günümüzde gerek Türk hukukunda gerekse AB, Alman ve İsviçre hukukları gibi mukayeseli hukukta iflas işlemlerinin etkinsizliği sorunu, daha açık ifadeyle, özellikle iflas masasının alacakları karşılamada ciddi yetersizliği ve borçlunun varlıklarının iflas sürecinde değer kaybı sorunları hala dile getirilmektedir. Benzer şekilde, 1970'lerin ikinci yarısında, neredeyse iflas işlemlerinin anlamsız hale geldiği gerekçe gösterilerek “iflasın iflas ettiği” öne sürülmüş ve Alman İflas Kanunu'nda kapsamlı bir reform aciliyeti ortaya konmuştur¹⁷³. Bu doğrultuda çalışmalar yapılarak 1999 yılında yeni İflas Kanunu yürürlüğe girmiştir. Daha önce ticaret kanunlarında düzenlenen borca batıklık kavramı, klasik iki aşamalı borca batıklık şeklinde artık İflas Kanunu kapsamında hüküm altına alınmıştır.

¹⁷⁰ İfadenin Almanca karşılığı: *“modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff”*

¹⁷¹ Konkursordnung adı altında yürürlükte olan iflas kanunu'nda reform yapılmış ve 1994'te Insolvenzordnung adı ile yasalaşmıştır.

¹⁷² SCHIWEIGERT Kristina, Unternehmensbewertung im Rahmen des Überschuldungstatbestandes. Auswirkungen auf den Geschäfts- oder Firmenwert sowie auf die Beteiligungen, GRIN Verlag, 2013, s. 3.

¹⁷³ KILGER Joachim, “Die Reform bedürftigkeit des Konkurs und Vergleichsrech”, ZRP 1976, Heft 8, s. 190.

Kanunun hazırlanma sürecindeki Komisyon'un raporu, 1992 tarihli kanun taslağının gerekçesi, özetle, borca batıklık iflas sebebi düzenlenmesi ile alacaklılara daha fazla iflas masası varlığı sağlamanın amaçlandığı, fakat aynı zamanda çok sayıda sağlıklı şirketin tasfiyeye zorlanmaması ve yeni şirketlerin ya da start-upların kurulmasının fiilen imkânsız hale getirilmemeye çalışıldığı açıklanmıştır.¹⁷⁴

1992 tarihli kanun taslağında borca batıklığa ilişkin açıklamalar, klasik iki aşamalı borca batıklık kavramının benimsendiği ve hesaplamanın nasıl yapılmasının öngörüldüğü açık ifadelerle göstermektedir:

*“Önemli olan, iflas işlemlerinin başlatılması durumunda iflas masası varlıkları olarak mevcut olacak varlıklar ile, işlemlerin başlatılması durumunda iflas alacaklılarına karşı mevcut olacak yükümlülükler arasında bir karşılaştırmadır. İflasın zamanında açılması hedefinin tehlikeye atılmaması için mevcut varlıkların gerçekçi bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. ... İşletmenin sürekliliği değerleri, yalnızca şirketin devamının amaçlanması ve şirketin ekonomik açıdan ayakta kalabilir görünmesi durumunda kullanılabilir; aksi takdirde şirketin tasfiyesi halinde elde edilecek değerlerin kullanılması gerekmektedir. Şirketin yaşayabilirliğine (die Lebensfähigkeit des Unternehmens) ilişkin olumlu bir öngörü - ki bu kolayca çok aceleyle varsayılabilir – borca batıklık varsayımını dışlamamalıdır; yalnızca koşullar gerekçe gösterdiği takdirde varlıklara farklı bir değerlendirme yöntemi sağlar. Borca batıklık olup olmadığının tespiti ancak varlık ve borçların karşılaştırılması yoluyla yapılabilir.”*¹⁷⁵

Sonuç olarak, Yasada tanımlanan klasik iki aşamalı basit borca batıklık kavramında, devam öngörüsü yalnızca, varlıkların değerlendirilmesinde devam değerlerinin mi yoksa tasfiye değerlerinin mi kullanılması gerektiğine karar verilmesinde rol oynamaktadır. Yoksa değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık kavramında olduğu gibi olumlu sonuç çıkması halinde matematiksel borca batıklık görmezden gelinemeyecektir. Çünkü, Schmidt/Ulmer'in borca batıklık anlayışındaki

¹⁷⁴ Rieger, s. 63-66.

¹⁷⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf einer Insolvenzordnung (InsG), 15. 04. 92, Drucksache 12/2443, § 23, s. 115.

matematiksel borca batıklık olsa bile olumlu devam öngörüsünün iflası inkâr etmek için yeterli olmasını bir tehlike olarak görülmüştür. Zira, öngörünün yanlış olması veya hukuken belirsizlik taşıması durumunda şirketin alacaklıları olumsuz etkilenecektir¹⁷⁶. Bir bakıma böylece, sınırlı sorumlu tüzel kişiler için borç karşılama (*debt coverage*) anlayışının daha sıkı uygulaması seçilmiş ve bu devam öngörüsünden doğacak riskin alacaklılara devredilmesinden kaçınılmıştır.¹⁷⁷

2007-2008 yılında ise yaşanan küresel finansal krize¹⁷⁸ yanıt olarak Alman iflas hukukunda değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık kavramına önce iki yıl için geçici bir geçiş yaşanmıştır.

ABD'nin 1971'de Bretton Woods sistemini ve altın standardını terk etmesiyle birlikte küresel olarak finansallaşma ivme kazanmıştır. Finansal piyasaların genişlemesi, şirketlerin üretime dayalı olmayan faaliyet dışı kâr elde etme olanakları artmıştır. Ancak, şirketler, artan kârlarını yatırıma dönüştürmek ya da üretimi artırmak yerine yeniden finansal piyasalarda değerlendirmeyi tercih etmişlerdir. 2007 ortalarında başlayan ve ABD merkezli subprime kredi krizi olarak adlandırılan krizin nedeni de bu tercihlerle ilişkilendirilmektedir.

Piyasalarda para arzının artması ve yatırımcıların varlıklarını üretim yerine finansal piyasalarda değerlendirme eğilimi, ABD hazine bonoları güvenli bir yatırım aracı haline getirmiştir. Ancak 2000'lerin başındaki krizlere yanıt olarak ABD Merkez Bankası, ekonomiyi güçlü tutmak amacıyla faiz oranlarını %1'e indirmiştir. Bu durum, yatırımcılara düşük getiri sağlarken bankalara düşük maliyetle borçlanma

¹⁷⁶ Schiweigert, s. 3.

¹⁷⁷ Rieger, s. 66.

¹⁷⁸ 2007-2008 Küresel Finans Krizine ilişkin olarak bkz. ÖZATAY Fatih, Finansal Krizler ve Türkiye, Doğan Kitap, 2020, s. 101 vd.; Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı- Küresel Kriz Çalışma Grubu , “2007-08 Küresel Finans Krizi ve Türkiye: Etkiler ve Öneriler”, https://tepav.s3.eu-west-1.amazonaws.com/upload/files/1271312239r2127.2007_08_Kuresel_Finans_Krizi_ve_Turkiye_Etkiler_ve_Oneriler.pdf, (s.e.t. 30/07/2024); KUTLU Hüseyin Ali N./ DEMİRCİ Savaş, “Küresel Finansal Krizi (2007-?) Ortaya Çıkaran Nedenler, Krizin Etkileri, Krizden Kısmi Çıkış Ve Mevcut Durum”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Ekim 2011, ss. 121-136; BABALI Tuncay, “ABD Ekonomisi ve “Mortgage” Krizi Nereye Gidiyor?”, <https://www.mfa.gov.tr/abd-ekonomisi-ve-mortgage-krizi-nereye-gidiyor.tr.mfa>, (s.e.t. 30/7/2024); POYRAZ Gülden, “2007-2008 Küresel Finansal Krizin Öngörülebilirliği Üzerine Tartışmalar”, İktisat Politikası Araştırmaları Dergisi, C. 6, S. 2, 2019, ss. 75-89; ERARSLAN Cemil, “Küresel Krizi Anlamak”, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S., 2016, ss. 79-99.

fırsatı sunmuştur. Böylece, yatırımcılar yeni yatırım aracı aramaya yönelmiş, bankalar ise ucuz kredilerden kaldıraç etkisiyle kâr elde etmeye çalışmıştır. Bu süreç, finans sektörünü (Wall Street, banka ve yatırımcılar) ile hane halklarını (Main Street) buluşturan krizin başlangıcına zemin hazırlamıştır. Özetle, ABD Merkez Bankası'ndan alınan ucuz kredilerle zenginleşen bankalar, mortgage acenteleri aracılığıyla tüketicilere ipoteğe dayalı konut kredisi (mortgage) sunmaya başlamıştır. Acenteler, bu kredilerden komisyon kazanmaktaydı. Başlangıçta ev fiyatları zaten yükselmekteydi ve krediler, yalnızca geri ödeme gücü olan, kredibilitesi yüksek kişilere verilmekteydi (prime mortgage). Ancak daha sonra yatırım bankaları, bankalardan mortgage alacaklarını (kredi taksitleri) satın alarak yeni türev ürünler geliştirmiştir. Bu alacaklar, risk seviyelerine göre dilimlenerek CDO (teminatlandırılmış borç yükümlülüğü) adı verilen türev ürünler haline getirilmiştir. Yüksek riskli dilimler, yüksek getiri sunarken, en üst dilimler, CDS (credit default swap) denilen araçla sigortalanmıştır. Sonrasında, yatırım bankası bu dilimleri yatırımcılara risk tercihinine göre satarak bankalara borçlarını geri ödemiştir. Borçlular düzenli ödeme yaptıkları sürece işleyen bu sistem, üretime dayanmamakla birlikte CDO'lara olan yatırımcı ilgisini artırmıştır. Bu ilgi sonucunda yatırım bankaları, bankalardan daha fazla mortgage alacağı satın almak istemiş, bankalar ise mortgage acenteleri aracılığıyla artık düşük ödeme gücüne sahip kişilere de mortgage kredisi vermeye yönelmiştir. İpotekli evlerin kredilere teminat olarak gösterilmesi, “subprime” olarak bilinen yüksek riskli kredilerin peşinatsız ve gelir gücünün kanıtlanması zorunlu tutulmadan verilmesini kolaylaştırmıştır. Ancak, kredi taksitlerinin ödenmemesiyle sistemin çöküşü başlamıştır. İpotekli evler bankalara geçmiş ve bankalar tarafından satışa çıkarılmıştır. Bu sürecin yaygınlaşması, ev arzını artırarak fiyatların önemli ölçüde düşmesine yol açmıştır. Ev fiyatlarının düşmesiyle, düzenli ödeme yapan ev sahipleri de taksitlerinin yükünü ağır bulup ödemelerini durdurmuştur. Bu durum, finans sistemindeki aşağıdan yukarıya doğru nakit akışını kesmiş ve sonunda 15 Eylül 2008'de ABD bankası Lehmann Brothers'ın iflasıyla sistemin çöküşü gerçekleşmiştir.

Finansal küreselleşme ile birlikte sermaye akışları uluslararası boyutta gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, ABD'deki gayrimenkul krizi doğrudan ve dolaylı olarak küresel etkilere neden olmuştur. Piyasalara güven kaybı yaşanmış, hisse

senedi ve gayrimenkul değerlerinde ciddi kayıplar meydana gelmiş ve likidite daralması ortaya çıkmıştır.

Kriz, sağlıklı bir ekonomik işleyiş için yalnızca fiyat istikrarını sağlamanın yeterli olmadığını, finansal istikrarın da korunmasının gerektiğini göstermiştir. Bu durum, bankalar arası ilişkilerin, bankalar ile özellikle büyük şirketler arası ilişkilerin ve kredi genişleme hızının yakından izlenmesini zorunlu kılmıştır. Gelişmiş ekonomilere ve fiyat istikrarına sahip ülkelerde finansal piyasalarda büyük sarsıntılara yol açan kriz, hukuk alanında da çeşitli düzenlemeleri tetiklemiştir.

Hem Alman hukukunda hem de mukayeseli hukukun genelinde öne çıkan düzenlemeler iki noktaya odaklanmıştır. Şirketlerin sermaye yapılarının güçlendirilmesi ve finansal güçlük içindeki bir şirketin faaliyetlerine hukuki olarak hangi koşullarda devam edebileceğinin belirlenmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

Türev araçlarla elde edilen ve genellikle üretime dayanmayan yüksek kârlar, sermaye yapılarını güçlendirmek için kullanılmamıştır. Bunun yerine, kaldıraç etkisiyle kârlılık, istikrarın önüne konulmuştur. Artan kârlılık arayışı, türev araçların giderek daha riskli ve kredi geri ödeme gücü düşük taraflara verilen krediler üzerinden türetilmesine yol açmıştır. Bunun sonucunda, geri ödeme zamanları geldiğinde temerrütlerin artması, sistemin zincirleme olarak çökmesine neden olmuştur. Şirket bilançolarındaki gayrimenkul değerleri ve hisse fiyatları önemli ölçüde düşmüş ve bilançolar borca batık duruma gelmiştir.

Alman ekonomisi bu uluslararası gelişmelerden etkilenmiş ve 28 Ekim 2008 yılında, mevcut likidite darboğazlarının hızla üstesinden gelmek ve Alman finansal piyasasını istikrara kavuşturmak için bir önlemler paketini içeren Finansal Piyasalar

İstikrar Kanunu (*Finanzmarktstabilisierungsgesetzes- FMStG*)¹⁷⁹¹⁸⁰ yürürlüğe girmiştir. Yasanın 5.maddesi ile borca batıklık kavramı, bir sistem değişikliğine daha uğramış ve değiştirilmiş iki aşamalı borca batık testine geçilmiştir. Bu dönemde, alacaklı koruması perspektifinden ziyade, şirketlerin çıkarları öne çıkmıştır¹⁸¹. Yasa koyucu, bu değişikliği, gayrimenkul ve menkul kıymetlerin değerindeki kayda değer ölçüdeki kayıpların¹⁸² bir sonucu olarak, ilgili şirketlerin matematiksel borca batıklık duruma düşeceği, ancak esasen, şirketin olumlu bir devam tahminine dayanılarak büyük olasılıkla piyasada var olmaya devam edebileceği gerekçesiyle açıklamıştır¹⁸³. Gerçekten de ticari faaliyetleri üzerinden kâr üretme potansiyeline sahip şirketler, dış faktörlerden etkilenebilmekte ve bilançolarındaki varlıklar değer kaybedebilmektedir. Ticari kâr üretme kabiliyetinden bağımsız nedenlerle bilançolar matematiksel olarak borca batık hale geldiğinde, şirketin faaliyetten çıkarılması, şirket açısından haksız bir uygulamadır. Genel ekonomi açısından ise ciddi değer kaybına yol açan, kaynakların kullanımı yönünden verimsiz bir tercihtir.

Değiştirilmiş iki aşamalı borca batık kavramı başlangıçta iki yıl için getirilmişti. Süre sınırı ile alacaklıların korunması amaçlanmıştı ancak, Şirketlerin Yeniden Yapılandırılmasını Kolaylaştıran Kanun¹⁸⁴ ile bu tanım, önce 31 Aralık

¹⁷⁹ Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) – BGBl. I. Tarih:7.10.2008, s. 1982, https://dejure.org/BGBl/2008/BGBl_I_S_1982.

¹⁸⁰ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD - Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG)- Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Tarih: 14. 10. 2008, <https://dserver.bundestag.de/btd/16/106/1610600.pdf>.

¹⁸¹ Burada, makro ekonomik etkilerin gözetildiği düşünülebilir.

¹⁸² Jaeger'in 1902'deki itibaren özellikle de duran/gayrimenkul varlıkların tasfiye değerlerindeki konjonktürel döngüsel dalgalanmalara ilişkin aşağıdaki açıklamaları, 2008 krizinin değerlendirmesinde de anlamlıdır: “Ancak bu tür bir değerlendirme, ekonomik durumun sürekli olarak elverişsiz olması durumunda varlıkların (örneğin fabrika binaları) satın alma fiyatının çok altında, zorluklar aşıldıktan sonra beklenecek değerler çok altında olabilecek bir oranda değerlendirilmesi anlamına geliyor. Bu tek başına, yalnızca bugüne odaklanan katı borca batıklık kavramından kaynaklanmaktadır. Ancak kanunun tam da iflas sebebi olarak borca batıklığı yeterli kabul etmesi, şirketin mal varlığına bağımlı olan alacaklılar için vazgeçilmez bir güvenceyi de beraberinde getirmektedir.” Aktaran: Rieger, s. 68.

¹⁸³ Schiweigert, s.3.

¹⁸⁴ Alm.: das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen.

2013 tarihine kadar uzatılmıştır.¹⁸⁵ Uzatma nedeni olarak, tanımın değişime neden olan belirsiz piyasa durumunun tam olarak aşılmadığı ve iflas bildirimi zamanında yapmaktan dolayı yaptırıma uğraması en muhtemel olan küçük ölçekli şirketlerin borca batıklık uygulamasına dair farkındalıklarının olmadığı gösterilmiştir¹⁸⁶. Ayrıca, eski terimin (klasik iki aşamalı borca batıklık) yeniden uygulamaya konması sonucunda iflas başvurularında artış bekleneceği ve büyük şirketlerin yeniden yapılandırma çabalarının önemli ölçüde sektöre uğrayacağı gerekçesiyle mevcut terimin bu şekilde kullanılması kararlaştırılmıştır. Uygulama, finansal krize verilen basit bir tepkinin ötesine geçerek literatürdeki birçok tartışmaya rağmen, 2024 yılında halen devam etmektedir. Öne çıkan eleştiri, devam öngörüsünün belirleyici kılınmasının, öngörünün tabiatındaki taşıdığı belirsizlikler ile kasıtlı yanlış öngörülerin zararlı sonuçlarının şirketin özellikle teminatsız alacaklıları ve bazı pay sahiplerinin üzerine kalacağı ve aslında finansal krizin bir nedeninin de olan güven kaybına yol açan özgürlüklerin yeniden tanındığı yönündedir¹⁸⁷.

2021 yılında, AB'nin 2019 yılında yayımladığı kısaca Önleyici Yeniden Yapılandırma Çerçevesine Dair Yönergesi'ne¹⁸⁸ uyum çalışmaları kapsamında,

¹⁸⁵ Ayrıca, küresel finansal piyasalarda yaşanan istikrarsızlık, yeni önlemler alınması ve mevcut geçici önlemlerin sürdürülmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Finansal piyasaların daha fazla istikrara kavuşturulmasına ilişkin yasa (Finansal Piyasa İstikrarı Ek Yasası – FMStErgG) tasarısında, piyasalardaki kötüleşme nedeniyle, bankacılık krizinin Avrupa genelinde kısa vadeli kriz yönetimi için hükümet müdahalesini gerektirecek düzeyde finansal sistemde ciddi bir krize dönüştüğü açıklanmıştır. Dolayısıyla, Finansal Piyasa İstikrar Fonu Kanunu'nda ve aynı zamanda yeniden sermayelendirme tedbirlerine ilişkin tedbirlere eşlik eden şirketler hukukunda bazı noktaların da desteklenmesi gerekmiştir. Finansal piyasa istikrarı adına medeni hukuk, şirketler hukuku ve devralma hukuku alanındaki eylem seçeneklerin yalnızca istikrar fonunun hizmetlerini kullanan veya kullanmak isteyen şirketler için geçerli olmak kaydıyla genişletilmesi hedeflenmiştir. Özel durumlarda, genişletilmiş medeni hukuk ve şirketler hukuku seçeneklerinin kullanılmasının bile, finansal piyasa istikrarını sağlamak için gereken süre içerisinde hukuki açıdan güvenli ve ekonomik açıdan makul bir çözüme ulaşmak için yeterli olmayabileceği öngörüsüyle, kanunda, son çare olarak Büyük Britanya ve İsveç gibi devletlerden örnekle geçici kamulaştırma seçeneği yalnızca mali krizin aşılması için tanınmıştır.

Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz – FMStErgG), Tarih: 07.04.2009.

<https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP16/F/fmstergg.html;jsessionid=B41230E9EC2C23A4D80D7ECF8A59C5F4.internet011?nn=10731926>.

¹⁸⁶ Schiweigert, s.4.

¹⁸⁷ Rieger, s. 70.

¹⁸⁸ Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency)

İyileştirme ve İflas Hukukunun Daha da Geliştirilmesine İlişkin Yasa¹⁸⁹ ile InsO 19/2 hükmüne “*in den nächsten zwölf Monaten*” ibaresi eklenerek devam öngörüsü (*Fortbestehensprognose*) için tahmin süresi belirlenmiş ve on iki ay ile sınırlandırılmıştır.

Ancak 2020 yılında başlayan pandemi nedeniyle, 27 Mart 2020 tarihli, COVID-19 Salgınının Neden Olduğu İflas Durumunda İflas Başvurusunda Bulunma Yükümlülüğünün Geçici Olarak Askıya Alınması ve Yönetim Kurulu Sorumluluğunun Sınırlandırılmasına İlişkin Kanun¹⁹⁰ ile eğer şirketin borca batıklık nedeni pandemi ise¹⁹¹ tahmin dönemini (*Prognosezeitraum*) 1 Ocak 2021'den 31 Aralık 2021'e kadar dört aya geçici olarak kısaltılmıştır. Öngörü süresinin kısaltılmasının amacı, iflas başvurularının yalnızca pandemi zamanlarındaki öngörü belirsizlikleri nedeniyle yapılması zorunluluğunun önlenmesidir.

2022 yılında, Rusya-Ukrayna savaşının Alman ekonomisi üzerindeki yansımalarına, özellikle de enerji ve tedarik zincirine etkilerine yanıt olarak, 20 Ekim 2022'de İyileştirme ve İflas Yasası Kriz Sonuçlarını Azaltma Yasası (SanInsKG)¹⁹², yürürlüğe girmiştir. SanInsKG, öngörü süresini geçici olarak 9 Kasım 2022'den 31 Aralık 2023'e kadar dört aya kısaltmıştır. Bu Kanunla ayrıca, borca batıklık nedeniyle iflas başvurusunda bulunmak için azami süre, 31 Aralık 2023'e kadar altı haftadan sekiz haftaya çıkarılmıştır. 1 Ocak 2024 itibarıyla, öngörü süresi tekrar 12 ay olarak hesaplanmakta ve iflas başvurusunda bulunmak için azami süre eskisi gibi altı hafta ile sınırlanmaktadır.

¹⁸⁹ Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz - SanInsFoG).

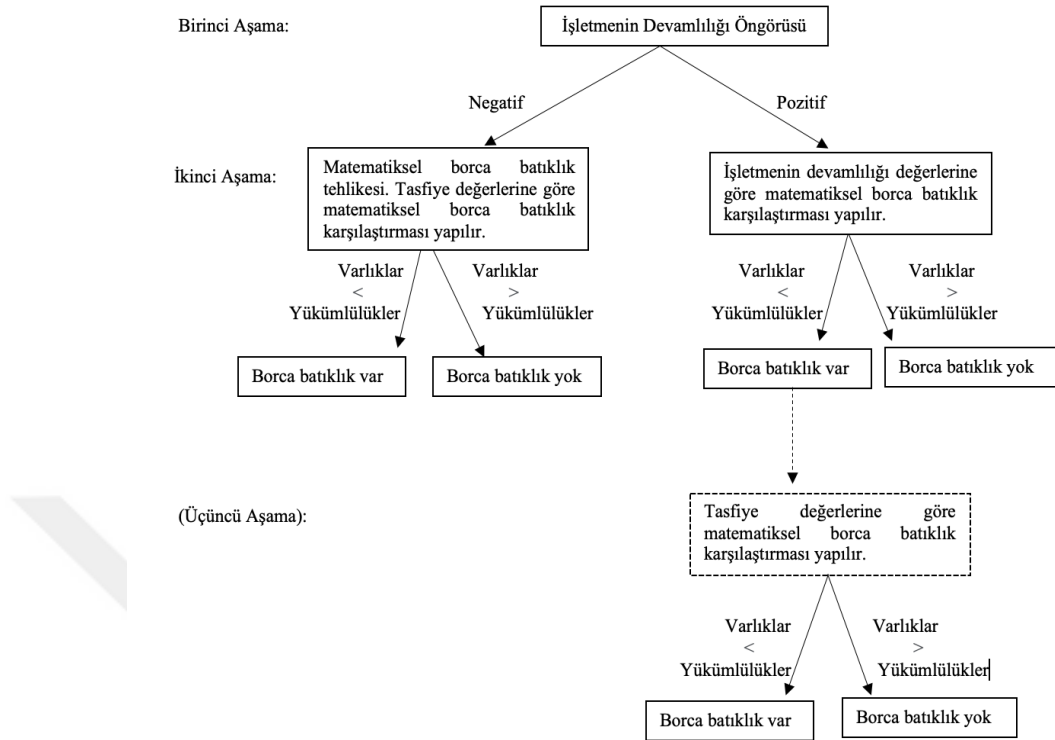
¹⁹⁰ Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz - COVInsAG) vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 569).

¹⁹¹ COVInsAG md. 4 cümle 1'e göre, şirketin borca batıklığının pandemiye atfedilebilmesi durumunda, bu yıl borca batıklığın belirlenmesine yönelik tahmin süresi dört ay ile sınırlıdır. Bu, cümle 2'ye göre varsayılır: c. 2: Borçlunun 31 Aralık 2019 tarihi itibarıyla ödemedi aciz hali içinde olmaması, 1 Ocak 2020'den önce sona eren son finansal yılda olağan ticari faaliyetlerden olumlu bir sonuç elde etmiş olması ve olağan ticari faaliyetlerden satışların 2020 takvim yılında bir önceki yıla göre yüzde 30'dan fazla düşmüş olması şartları sağlanmalıdır.

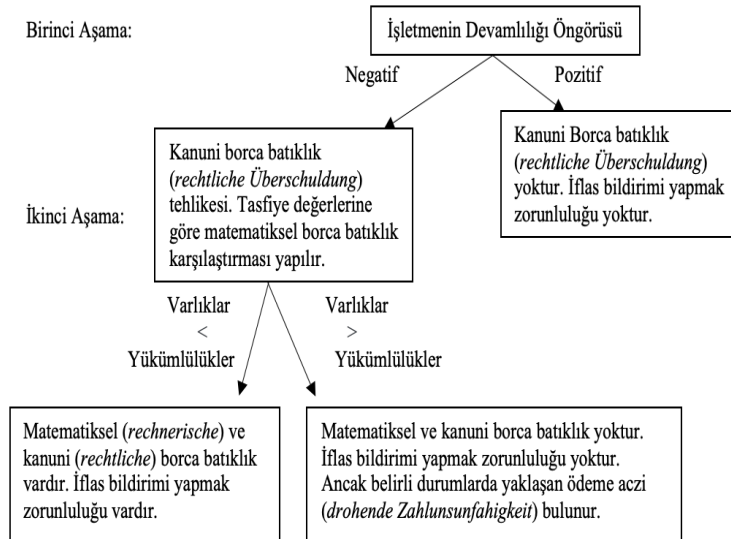
¹⁹² Gesetz zur vorübergehenden Anpassung sanierungs- und insolvenzrechtlicher Vorschriften zur Abmilderung von Krisenfolgen“ (kısaca: Sanierungs- und insolvenzrechtliches Krisenfolgenabmilderungsgesetz – SanInsKG).

Ayrıca, SanInsFoG aracılığıyla 20 Haziran 2019 tarihli AB Yeniden Yapılandırma Yönergesi (2019/1023) Alman hukukuna dahil edilmiştir. SanInsFoG, Almanya'da iflas öncesi, mahkeme dışı yeniden yapılandırmalar için kapsamlı bir yasal çerçeve getirmiştir. SanInsFoG'un merkezinde, önleyici bir yeniden yapılandırma çerçevesi içeren Şirketler için İstikrar ve Yeniden Yapılandırma Çerçevesi Kanunu (*Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen - "StaRUG"*) yer almaktadır. Bu çerçeve, iflas süreci dışında (mahkemenin katılımı olmaksızın), bireysel tarafların iradesine aykırı olsa dahi yeniden yapılandırmaların gerçekleştirilmesini mümkün kılmakta ve bir şirketin iflas öncesinde yeniden yapılandırmasını gerçekleştirebileceği yeniden yapılandırma planının içeriğini düzenlemektedir.

Şekil 1: Alman Hukukunda Klasik İki Aşamalı Borca Batıklık Testi¹⁹³



Şekil 2: Alman Hukukunda Değiştirilmiş İki Aşamalı Borca Batıklık Testi¹⁹⁴



¹⁹³ SCHÄFER Thiemo, Der Eröffnungsgrund Der Überschuldung. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2012. <https://doi.org/10.5771/9783845241852>, s.88.

¹⁹⁴ Tabloda, Schiweigert, s.10 ve Schäfer, s. 87'den yararlanılmıştır.

D- Alman Hukukunda Borca Batıklığa Benzer Kavramlar

1. Ödemededen Aciz Hali (Zahlungsunfähigkeit)

Ödemededen aciz hali, genel iflas sebebi olarak (InsO §17/1) Alman İflas Kanun’da düzenlenmiştir. InsO § 17/2'ye göre borçlu, vadesi gelen ödeme yükümlülüklerini yerine getiremiyorsa ödemededen aciz hali içinde demektir. Ödemededen aciz hali, genel olarak, borçlunun likiditesi üzerinden ölçülmekle birlikte borca batıklığı da kapsayabilir. Ancak borçlunun her likidite sıkıntısı, iflas teşkil etmemektedir. Bu nedenle, ödemededen aciz hali, ödemelerin durması (*Zahlungsstockung*), ödemelerin askıya alınması (*Zahlungseinstellung*)) şeklindeki birbirine yakın ancak birbirinden farklı kavramlar ayırt edilmiştir.

Ödemelerin durması, vadesi gelen borçların geçici olarak tamamen ödenememesidir. Buna karşılık, ödemededen aciz hali, sadece ödemelerde gecikme değil, genellikle borçlunun vadesi gelen ödeme yükümlülüklerini öngörülebilir bir süre içerisinde yerine getirememesi durumunda ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁵ Ödemededen aciz, borçlunun ödeme araçlarının bulunmaması nedeniyle vadesi gelen ödeme yükümlülüklerini ödeyememesidir.¹⁹⁶ Ödemelerin durması halinde, borçlunun hala ödeme/finansman araçlarına ulaşma ihtimali vardır.

Almanya Federal Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof, BGH*) bir kararına göre¹⁹⁷, üç haftalık bir süre, kredi itibarına sahip bir borçluya likidite açığını kapatacak gerekli finansmanı sağlamak için makul bir süredir. Dolayısıyla, bu dönemde likidite açığının, vadesi gelen borçların yüzde onundan az olması ve öngörülebilir gelecekte yüzde onu aşmasının beklenmemesi durumunda borçlunun ödemededen aciz hali içinde olduğu kabul edilmemektedir. Borçlu, likidite açığını (*Liquiditätslücke*) üç hafta içinde tamamen kapatabilirse ödemededen aciz hali söz konusu değildir. Öte yandan, üç haftalık dönem sonunda likidite açığının %10'un

¹⁹⁵ Bkz. Alman Denetçiler Enstitüsü (IDW) Standardı: İflas nedenlerinin varlığının değerlendirilmesi (*Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen*) (IDW ES 11 n.F.) (IDW) 27.09.2022, para. 14.

¹⁹⁶ IDW, para. 13.

¹⁹⁷ Bkz. AFM 24 Mayıs 2005 tarihli kararı, IX ZR 123/04, <https://openjur.de/u/173392.html>.

altında olması halinde, genellikle ödemelerin başlangıçta duracağı varsayılabilir.¹⁹⁸

BGH içtihadına göre, üç haftalık süre içinde açığın kapatılmaması ve söz konusu likidite açığının borçlunun vadesi gelen yükümlülüklerinin yüzde onuna eşit veya bu rakamı aşması durumunda borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğu varsayılmaktadır. İstisnai olarak, münferit durumun özel koşullarına bağlı olarak borçlunun açığı kapatması makul olarak beklenebiliyorsa ve bu durum alacaklılar açısından kabul edilebilirse, ödememe süresi üç haftayı aşsa dahi ödeme güçsüzlüğü varsayılmamaktadır.

Hazırlanacak finansal planda, üç haftalık dönemin sonunda, açığın %10' dan az olduğunu gösterirse ancak çok küçük bir likidite açığının bile üç ay içinde veya istisnai durumlarda en fazla altı ay içinde tamamen kapatılamaması halinde, BGH içtihadına göre, ödemelerde durgunluk değil ödemeden aciz söz konusu olmaktadır. Bu kararlar, ödemelerde haftalarca, aylarca süren gecikmelerin önüne geçmek istenmiştir.¹⁹⁹

Ödemelerin askıya alınması, ödemeden aciz halinin işaretidir. InsO § 17/2-cümle 2'ye cümlesine göre, borçlunun ödeme yapmayı bırakması durumunda genellikle ödemeden aciz hali varsayılmaktadır. Ödemenin askıya alınması (*Zahlungseinstellung*), borçlunun ödeme aracının bulunmaması nedeniyle vadesi gelen borcunu yerine getirmeyi durdurması ve bunun ilgililer tarafından yeterince anlaşılmış olması halinde ortaya çıkmaktadır. Borçlunun, vadesi gelen ödeme yükümlülüklerini yerine getiremediğine ilişkin kendi beyanları, erteleme talebiyle (*Stundungsbitte*) birlikte gelse bile, ödemelerin askıya alındığını göstermektedir.²⁰⁰ Ödemelerin askıya alındığına ilişkin başka kanıtlar içtihatlarda ortaya konmuştur²⁰¹.

Ödemelerin askıya alınması genellikle yalnızca borçlunun bireysel ödemeler yapmasıyla kalmayıp aynı zamanda ödemelerin askıya alınmasından sonra talepleri

¹⁹⁸ IDW, para. 17.

¹⁹⁹ IDW, para. 17.

²⁰⁰ IDW, para. 19.

²⁰¹ IDW, para. 20.

muaccel hale gelen alacaklılar da dahil olmak üzere tüm alacaklılara ödemeleri yeniden başlatması durumunda kaldırılmaktadır²⁰².

Ödemeden aciz ödemelerin durmasında ayırabilmek için raporlama tarihine dayalı bir finansal tablo²⁰³ ve ardından işletme konseptine ve döneme dayalı bir finansal plan hazırlanması gerekmektedir.²⁰⁴

Raporlama tarihi likiditesini belirlemek için oluşturulan finansal tablo (*Liquiditätsbilanz*)²⁰⁵ borçlunun vadesi gelen ödeme yükümlülüklerini yerine getirebileceğini gösteriyorsa, ödemeden aciz hali söz konusu değildir. Bu durumda bir finansal planın oluşturulmasına gerek yoktur²⁰⁶. Finansal tablo, borçlunun vadesi gelen ödeme yükümlülüklerini yerine getiremediğini gösteriyorsa, raporlama tarihindeki finansal tabloya göre hazırlanacak bir finansal planda öngörü döneminde beklenen gelen ve yapılan ödemeleri de dikkate alınmalıdır²⁰⁷.

İflas için ödemeden aciz haline dayalı başvurma hakkı, alacaklı ve borçlulara tanınmıştır (InsO §13). Tüzel kişilerin ve hukuki ehliyeteye sahip ortaklıkların (*rechtsfähigen Personengesellschaften*) ödemeden aciz halinde bildirim yükümlülükleri InsO § 15a hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre, ödemeden aciz halinde, temsil organının üyeleri veya tasfiye memurları kusurlu bir gecikme olmaksızın iflas başvurusunda bulunmalıdır. Başvuru, ödemeden aciz halinin başlangıcından itibaren en geç üç hafta içinde yapılmalıdır. Bu süre borca batıklık için borca batıklığın başlamasından itibaren altı hafta olarak belirlenmiştir. InsO §

²⁰² IDW, para. 21.

²⁰³ İşletme literatürünün aksine BGH, "likidite tablosu (*Liquiditätsstatus*)" terimini kullanmaktadır (bkz. 28 Haziran 2022 tarihli BGH, II ZR 112/21, Rn. 14), ancak bunun finansal tablo (*Finanzstatus*) ile aynı içeriğe sahip olduğu ifade edilmektedir.

²⁰⁴ IDW, para. 23.

²⁰⁵ 24 Mayıs 2005 tarihli IX ZR 123/04 sayılı kararında BGH, likidite bilançosundan söz etmektedir: Kısa vadeli mevcut finansal kaynaklara (*Finanzmitteln*) (literatürde bazen varlıklar I olarak anılmaktadır) ve vadesi gelen yükümlülüklerle (yükümlülükler I) ek olarak, öngörü döneminde (*Prognosezeitraum*) likit hale getirilecek-tasfiye edilecek finansal kaynaklar (Varlıklar II) ve – tahmin döneminde vadesi gelen yükümlülükler (Yükümlülükler II) de dikkate alınmalıdır. Bu nedenle raporlama tarihi likiditesine ek olarak planlama unsurlarını da içeren bir tür “dinamik bilanço (*dynamischer Bilanz*)”dur. Bkz.: IDW, para. 25.

²⁰⁶ IDW, para. 24.

²⁰⁷ IDW, para. 25. Finansal tablo, finansal kaynaklar/araçlar (*Finanzmittel*) ve finansal plana dair ayrıntılı açıklamak için bkz.: IDW, para. 24-49.

15a hükmüne göre, maddede belirtilen sorumlular, başvuru yükümlülüğünü yerine getirmezlerse hapis ve para cezası yaptırımları ile karşı karşıya kalmaktadır.

Ödemeden aciz hali, hâkim görüşe göre, borca batıklıktan bile sonra çok geç bir aşamada devreye girdiğinden alacaklılar için yeterli koruma sağlamamaktadır.²⁰⁸

2. Yaklaşan Ödemeden Aciz Hali (Drohende Zahlungsunfähigkeit)

Ödemeden aciz ve borca batıklığın yanı sıra, InsO § 18'e göre yaklaşan ödemeden aciz de iflas işlemlerinin başlatılması için bir nedendir. Bu iflas açma nedeni, bir iflas bildirimi zorunluluğu yaratmamakta, aksine borçluya, iflas davasının açılması için başvuruda bulunma hakkı vermektedir.

Yaklaşan ödemeden aciz hali, AB Önleyici Yeniden Yapılandırma Çerçevesine İlişkin Yönerge'ye uyum çalışmaları kapsamında yeniden ele alınmıştır. Yoğun tartışmalar sonunda, kavramın, Yönergede geçen “*likelihood of insolvency*” terimini karşılamak için kullanılmasına karar verilmiştir. Bu terimin tanımı, Yönerge'de yapılmamıştır. Terim, sadece, finansal güçlük içindeki şirketlerin mahkeme içi yeniden yapılandırma tedbirlerine erken başvurmasına olanak sağlamak için üye devletlere bir ölçüt olarak sunulmuştur. Amacı, iflasları önleme ve yeniden yapılandırma araçlarına zamanında erişerek şirketlerin iyileşmesini sağlamaktır. Sonuçta, Yaklaşan ödemeden aciz, iflas başvurusunda bulunma hakkı tanımak yanında, StaRUG'a göre istikrar ve yeniden yapılanma çerçevesine (*Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen*) erişim için de bir ön koşuldur.²⁰⁹

Borçlu, mevcut ödeme yükümlülüklerini vadesi geldiğinde yerine getirememesi durumunda iflas etme riskiyle karşı karşıyadır (InsO § 18/2). Değerleme tarihi itibarıyla likidite açığı yoksa ancak finansal plana göre, InsO § 18/2 uyarınca devam öngörüsünün (*Fortbestehensprognose*) öngörü süresindeki nakit kaynakların/ödeme araçlarının artık vadesi gelmiş ödeme yükümlülüklerini karşılamak için yeterli olmadığı ve likidite eksikliğinin artık finansal düzenlemelerle

²⁰⁸ SCHMIDT Karsten, “Grounds for Insolvency and Liability for Delays in Filing for Insolvency Proceedings – Necessary Supplement to Capital Protection”, Editör: Marcus Lutter, Legal Capital in Europe, Berlin, Boston: DE GRUYTER, 2006, s. 153.

²⁰⁹ IDW, para. 96.

ve sermaye tedarik tedbirleri ile telafi edilemeyeceği öngörülebilirse yaklaşan ödemeden aciz tehlikesi söz konusudur.²¹⁰

InsO § 18/2'ye göre devam öngörüsü (*Fortbestehensprognose*), InsO § 19/2'ye göre yapılan borca batıklık testi için hazırlanan devam öngörüsüyle (*Fortbestehensprognose*) ilk on iki ay için aynı planlamadır. Ancak, kural olarak, 24 aylık bir öngörü dönemi (*Prognosezeitraum*) kullanılmalıdır (InsO § 18/2-c.2). Yaklaşan ödemeden aciz ile bağlantılı olarak, InsO § 18/2'ye göre devam öngörüsü, borca batıklık iflas sebebiyle aynı içerik şartlarını taşımalıdır. Bireysel durumlarda, InsO § 18/2'ye göre devam öngörüsü, daha kısa veya daha uzun bir tahmin dönemine de dayanabilmektedir. Bu, borçlunun kendine özgü özelliklerinin veya iş modelinin dikkate alınmasına olanak sağlamaktadır.²¹¹

İflas sebeplerinin değerlendirilmesinde kullanılan işletmenin devamlılığı öngörüsü (*Fortbestehensprognose*), HGB § 252/1 No. 2'ye göre yıllık bilançoların denetimi için hazırlanan işletmenin sürekliliği öngörüsünden (*Fortführungsprognose*) farklıdır.²¹²

İflas başvurusunda bulunma hakkı yalnızca olumsuz bir devam öngörüsü ve pozitif net varlıklar olması durumunda mevcuttur; ancak bu yalnızca nadir durumlarda gerçekleşmektedir. Bununla birlikte, bu durumda hem devam öngörüsü hem de net varlıklar negatifse, şirket yönetimi borca batıklık nedeniyle iflas başvurusunda bulunulması gerekmektedir.²¹³

İçinde bulunulan yılı ve gelecek yılı kapsayan tahmine göre, borçlunun mevcut yükümlülüklerini vadesi geldiğinde ödeyememe ihtimali yüzde 50'den fazla ise yakın ödeme güçsüzlüğünün olduğu varsayılmaktadır.²¹⁴

²¹⁰ IDW, para. 97.

²¹¹ IDW, para. 98.

²¹² IDW, para. 2.

²¹³ IDW, para. 99.

²¹⁴ NEUBERGER Jürgen, "Überschuldung abschaffen? Überschuldung stärken!" Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, no. 33, 2019, ss. 1549-1556, s. 1551.

Borca batıklık ve ödemeden aciz hallerinin aksine, yaklaşan ödemeden aciz hali söz konusu iken alacaklıların iflas bildiriminde bulunma yetkileri bulunmamaktadır. Ayrıca, borçluya, yakın ödeme güçlüğüne dayanarak iflas prosedürüne erken başvurmadığı gerekçesiyle hukuki veya cezai sorumluluk yüklenmemektedir.

E- Devam Öngörüsü (*Fortführungsprognose-Fortbestehensprognose*)

Borca batıklık hesaplamasında ilk sırada olan devam öngörüsünün karşılığı, “*Fortführungsprognose*” terimidir. Öğretideki kaynaklarda, ticaret hukuku anlamında işletmenin devamlılığı ile iflas hukuku anlamında işletmenin devamlılığı öngörüsü arasında bir fark oluşturacak şekilde, her kaynaktaki olmamakla birlikte, borca batıklık bağlamında devam öngörüsü, “*Fortbestehensprognose*” olarak anılmaktadır²¹⁵.

Devam öngörüsü, şirketin öngörülebilir gelecekte yaşayabilirliğine ilişkin genel değerlendirmedir. Tamamen bir ödeme gücü öngörüsüdür (*Zahlungsfähigkeitsprognose*). İşletme konsepti ve entegre planlamadan elde edilen finansal plan temel alınarak yapılmaktadır.²¹⁶ Şirketin faaliyetlerini sürdürmesini engelleyecek gelecekteki bir likidite açığını belirlemek için, şirketin öngörü dönemi içindeki tüm finansal gelişiminin, denetim sırasındaki raporlama tarihindeki likiditesine dayalı olarak devam öngörüsünde (*Fortbestehensprognose*) sunulması gerekmektedir.²¹⁷

Borca batıklığın değerlendirilmesi için belirleyici olan öngörü süresi, değerlendirme tarihinden itibaren on iki ayı kapsamaktadır²¹⁸. Bu dönemden sonra ortaya çıkan likidite açığı borca batıklığa sebep vermez. Ancak bu dönemden sonra ortaya çıkan açık, yaklaşan ödemeden aciz haline neden olabilecektir. Çünkü, yaklaşan ödemeden aciz için öngörü süresi 24 ayı kapsamaktadır.

²¹⁵ Örneğin, IDW 11 Standardı.

²¹⁶ IDW, para. 62.

²¹⁷ IDW, para. 61.

²¹⁸ IDW, para. 64.

Şirketin devamının yüksek olasılığının ölçüsü, öngörü süresi içinde borç ödeme gücünün sürdürülmesinin ödemedi aciz halinin ortaya çıkmasından daha muhtemel olmasıdır.²¹⁹

Borç ödeme gücünü sağlamak için likidite sağlanacaksa, pay sahibi kredileri, öz sermayeye ek ödemeler, sermaye artışları, iyileştirme kredilerinin (*SanierungsKredit*) alınması vb. gibi başlatılan veya amaçlanan önlemler de bu önlemlerin yeterince belirtilmesi halinde, beklenen etkileriyle birlikte finansal plana dahil edilebilir. Aynı durum, likidite oluşturmak amacıyla varlıkların planlı kullanımı için de geçerlidir.²²⁰

Öngörünün sonucu ve geçerliliğine etki edecek yeni olayların meydana gelmesi veya belirgin hale gelmesi durumunda, devam öngörüsü güncellenmelidir. Yasal temsilcilerin iflas kanununun devam öngörüsünü değerlendirme yükümlülüğü ancak iflas riski nihayet ortadan kaldırıldığında geçerliliğini kaybedecektir.

²¹⁹ IDW, para. 68.

²²⁰ IDW, para. 70.

II- İsviçre Hukuku

A- Genel Olarak

İsviçre şirketler hukukunda günümüzün ekonomik koşullarına ve ihtiyaçlarına göre uyarlamalar yapılarak (*Aktienrechtsrevision*) anonim şirketler, limited şirketler ve diğer şirket türleri için pek çok yenilik getirilmiştir. Bu kapsamda, şirket yönetiminin mali sorumluluklarını artıran ve yaklaşan ödemeden aciz, sermaye kaybı veya borca batıklık durumlarında harekete geçme yükümlülükleri getiren İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) md.725 ve devamı ile bağlantılı yasal hükümler yenilenmiştir. İsviçre hukukunda yapılan bu kapsamlı değişiklikler 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İsviçre hukukunda, şirket yönetimi için gerekli, muhasebe, finansal planlama ve finansal kontrol sistemlerinin oluşturulması, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevleri arasındadır (İsvBK md. 716a/1-1,33). Özen borcuyla bağlantılı olarak yönetim kurulu genel olarak şirketin finansal yükümlülüklerini zamanında yerine getirebilmesinden sorumludur (İsvBK md. 717 ve 958a).

Bir şirketin finansal durumundaki olumsuz seyrin çeşitleri aşamalarını işaret eden, yaklaşan ödemeden aciz ve sermaye kaybı kavramları ve bu kavramlara dair İsviçre hukukundaki hükümler içerik bakımından birbiriyle ve borca batıklık kavramıyla ilişkili olmakla birlikte, temelde birbirinden bağımsız olarak var olan yükümlülükler getirmektedir.

B- İsviçre Hukukunda Borca Batıklığa Benzer Kavramlar

1. Yaklaşan Ödemeden Aciz Hali (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*)

İsvBK 725. madde hükmü, yaklaşmakta olan ödemeden aciz haliyle ilgilidir ve sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin hükümlerin önünde yer alır. Hükümde, yönetim kuruluna şirketin ödemeden aciz haline girmesini önlemek amacıyla hareket etmesi konusunda açık görevler öngörülmektedir.

Yaklaşan ödemeden aciz hali, likidite sıkıntısı ve yaklaşan borca batıklıkla ilgili bir uyarı göstergesidir. Ödemeden aciz, şirketin vadesi gelen yükümlülüklerini

artık karşılayamaması ve dolayısıyla vadesi gelen yükümlülükleri yerine getirme imkânına veya gerekirse ihtiyaç duyulan fonları elde etmek için gerekli krediye sahip olmaması durumunda ortaya çıkmaktadır.²²¹ Yaklaşan ödemeden aciz hali, bir şirketin uzun vadede ödeme yükümlülüklerini (zamanında) muhtemelen karşılayamayacağı varsayıldığında görülmektedir. Dolayısıyla ödemeden aciz, ödemenin zamanında yapılmasının tek seferlik imkânsız olduğu durumlarda ortaya çıkmaz. Daha ziyade, özellikle münferit olayların bir sonucu olarak veya iş ortamındaki yapısal değişiklikler nedeniyle ödeme yükümlülüklerinin takip eden altı ay içinde yerine getirilemeyeceğine dair artan kanıtların olması durumunda meydana gelmektedir. Şirketin yasal olarak olağan denetim (*ordentlichen Revision*)²²² yapma

²²¹ İsvBK revizyon gerekçesi, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) 16.077, BBI 2017 vom 23. November 2016, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160077>, s. 573, Erişim tarihi: 06.2024.

²²² İsviçre şirketler hukukunda, şirketler üç zorunlu organdan oluşmaktadır. Bunlar, genel kurul (*Die Generalversammlung*), yönetim kurulu (*Der Verwaltungsrat*) ve denetim kuruludur (*Die Revisionsstelle*).

2007 yılında temelden reform yapılan ve 1 Ocak 2008'de yürürlüğe giren hükümleriyle İsviçre denetim ve muhasebe hukuku, artık bir şirketin yasal şekline değil, ekonomik önemine dayanmaktadır. Buna göre, şirketler belirli bir ekonomik öneme ulaştıklarında yasal şekillerine bakılmaksızın olağan denetime (*ordentlichen Revision*) tabi tutulmaktadırlar. Şahıs şirketlerinin (kolektif ve komandit ortaklıklar) dış denetçi (*externe Revisionsstelle*) tarafından denetlenmesi zorunlu değildir. Bkz.: “Wer ist zur ordentlichen Revision verpflichtet?”, <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/finanzielles/buchhaltung-und-revision/buchhaltungspflicht-fuer-handelsgesellschaften/wer-ist-zur-ordentlichen-revision-verpflichtet.html>. Erişim tarihi: 06/2024.

İsvBK md. 727 vd. hükümlerinde ve “Revisionsstelle” başlığı altında, denetim ve denetçilere dair düzenlemeler yer almaktadır. İsvBK md. 727 hükmüne göre, yıllık finansal tablolarını ve varsa konsolide finansal tablolarını olağan denetimden (*Ordentliche Revision*) geçirme yükümlülüğüne tabi şirketler şunlardır:

I- 1. Halka açık şirketler;

2. Art arda iki mali yılda şu büyüklüklerden ikisini aşan şirketler: a. Toplam varlıklar: 20 milyon frank, b. Satışlar: 40 milyon frank, c. Tam zamanlı pozisyonlar: Yılda ortalama 250 pozisyon;

3. Konsolide mali tablo hazırlamakla yükümlü olan şirketler.

II- Birlikte sermayenin en az yüzde 10'unu temsil eden pay sahiplerinin talep etmesi halinde olağan denetimin de yapılması gerekmektedir.

III- Yasa, yıllık mali tabloların düzenli olarak denetlenmesini gerektirmiyorsa, esas sözleşme bunu öngörebilir veya genel kurul, yıllık mali tabloların olağan şekilde denetlenmesine karar verebilir.

İsvBK md. 727a hükmü, sınırlı denetimi (*Eingeschränkte Revision*) düzenlemektedir. Hüküm uyarınca, 1. olağan denetimin gereklilikleri karşılanmıyorsa, şirketin yıllık finansal tablolarının bir denetçi tarafından sınırlı şekilde denetlenmesi gerekmektedir. 2. Şirketin yılda ortalama 10'dan fazla tam zamanlı pozisyonu bulunmuyorsa, tüm pay sahiplerinin onayıyla sınırlı denetimden feragat edilebilmektedir.

Denetçileri genel kurul (İsvBK md. 730), 3 yıl için (İsvBK md. 730a) seçmektedir. İsvBK md. 729a hükmüne göre, denetçilerin görev kapsamı şöyledir: 1. Denetçiler, a. Yıllık mali tabloların yasal düzenlemelere ve mevzuata uygun olup olmadığını; b. Yönetim kurulunun genel kurula bilanço kârının dağıtılmasına ilişkin teklifinin yasal düzenlemelere ve esas sözleşmeye aykırı olup olmadığını

zorunluluğu bulunuyorsa (İsvBK md. 727), ilgili süre altı değil on iki aydır. Bu on iki ay, muhasebe hukuku (İsvBK md. 958a) uyarınca ticari faaliyetin devam ettiği varsayımı (*Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit*) için belirleyici olan süreye karşılık gelmektedir. Süre açısından öngörülen bu fark, özellikle KOBİ'ler için yönetilebilir olmayacağı ve bu nedenle daha farklı bir yaklaşımın uygun olacağı gerekçesiyle getirilmiştir.²²³

İsvBK md. 725 hükmünün birinci fıkrasına göre, yönetim kurulu, şirketin ekonomik durumuna ilişkin değerlendirme yapmalı ve şirketin borç ödeme gücünü (*die Zahlungsfähigkeit*) izlemelidir. İsvBK md. 958a hükmündeki yıllık finansal tabloların hazırlanması sırasında işletmenin sürekliliği varsayımının incelenmesi, her zaman bilanço tarihinden itibaren on iki aylık muhtemel bir dönem için yapılırken 725. madde uyarınca gelecekteki borç ödeme gücünün izlenmesi yönetim kurulunun sürekli bir görevidir. Bu hükmün somutlaştırılması amacıyla, yönetim kuruluna, ilgili dönemdeki gelecekteki likit varlık girişlerine ilişkin ileriye dönük bir tahmin olan likiditeyi planlama yükümlülüğünün (*Liquiditätsplanung*) getirilmesi düşünülse de bu fıkirden vazgeçilmiştir. Likidite planlaması, yıllık zorunlu finansal tablolar arasında da bulunmamaktadır.²²⁴

Hükmün ikinci fıkrasında, yaklaşan ödemeden aciz durumunda yönetim kurulunun nasıl hareket etmesi gerektiğini açıklanmaktadır. Buna göre, şirketin ödemeden aciz tehlikesiyle karşı karşıya olması durumunda, yönetim kurulu şirketin borç ödeme kabiliyetini sağlayıcı, örneğin, likit fon temini gibi, tedbirler almalıdır. Yönetim kurulu, söz konusu tedbirlerin ödemeden aciz haline girme tehlikesini bertaraf etmede etkisiz kalması halinde, şirketin iyileştirilmesine (*Sanierung*) yönelik

inceler. 2. İnceleme, araştırmalar, analitik inceleme prosedürleri ve uygun ayrıntılı incelemelerle sınırlıdır. 3. Yönetim kurulu yönetimi denetçilerin denetimine tabi değildir.

Ayrıca, esas sözleşme ve genel kurul, denetçilerin organizasyonunu daha ayrıntılı düzenleyebilir ve görevlerini genişletebilir. Ancak, denetçilere yönetim kurulu görevleri veya bağımsızlıklarını zedeleyici görevler verilemez (İsvBK md. 731a).

²²³ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 574. İsvBK md. 961b uyarınca, olağan denetime tabi şirketlerin, yıllık finansal tablo hazırlama yükümlülüğü kapsamında, geriye dönük de olsa, nakit akış tablosu hazırlama zorunluluğu bulunmaktadır.

²²⁴ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 574.

ilave tedbirler de alabilmektedir²²⁵. Bu tedbirleri, örneğin sermaye artırımı veya azaltımı gibi, kendi yetkisi dışında kalıyorsa ve genel kurulun yetkileri arasındaysa, genel kuruldan talep edebilir. İyileştirme önlemleri için, bunun haricinde, genel kurulun toplantıya çağırılması zorunlu tutulmamış, pay sahiplerinin nasıl dahil edileceği yönetim kurulunun takdirine bırakılmıştır. Alınan önlemler hala sonuç vermemişse, İsviçre İcra İflas Kanunu (İsvİİK) md. 293 anlamında, borcun yeniden yapılandırılması için erteleme (*Nachlassstundung- Nachlassverfahren*) başvurusunda bulunabileceği (İsvBK md. 716b/1-7) düzenlenmektedir.

Hükümün üçüncü fıkrası, yönetim kurulunun “gerekli ivedilikle” hareket etmesini öngörmektedir. Her halükârda bunun, İsvBK md. 717/1’de genel özen yükümlülüğünün mantıksal sonucu olmakla birlikte, özel olarak belirtilmesi nedeniyle eylemin zamanında yapılmasına verilen önemin arttığına işaret edilmektedir.²²⁶ Yönetim kurulunun bu yükümlülükler uymaması, İsvBK md. 754 hükmü ve takip eden bir iflas durumunda md.756 hükmü kapsamındaki sorumluluğuna yol açabilmektedir.²²⁷

Gerekli ivedilikle hareket etme yükümlülüğünün parçası olarak, öte taraftan, İsviçre Federal Mahkeme'nin iflasın ertelenmesine (*Konkursaufschub*) yönelik geliştirdiği uygulamaya göre, iyileştirme önlemlerini geliştirmesi ve gerekirse bunları genel kurula sunması için yönetim kuruluna gerekli sürenin verilmesi gerekmektedirken, etkili ve yeterli önlemlerin alınabileceğine dair makul bir ihtimal olmaması halinde gecikmeye yer yoktur ve yönetim kurulunun hemen harekete geçmesi gerekmektedir.²²⁸

2. Sermaye Kaybı (*Kapitalverlust*)

²²⁵ Örneğin; harcama önceliklerinin belirlenmesi, harcamaların durdurulması, gelen ödemelerin kontrol edilmesi, temel olmayan varlıkların satılması, satış ve geri kiralama, gereksiz odaların veya az kullanılan makine ve sistemlerin kiralanması, planlanan yatırımların kontrol edilmesi, stokların kontrol edilmesi veya azaltılması vb. bkz: Walther, Jörg, Magnin, Josianne, Bossicard, Cornelia Ritz, “Impuls für KMU-Verwaltungsräte: Pflichten des VR bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust oder Überschuldung”, https://2bridge.partners/publications/swissVR_Impuls3_KMU_VR_Pflichten%20Kapitalverlust%20etc%20072021.pdf.

²²⁶ <https://www.swiss-law-solutions.com/post/aktienrechtsrevision-2023#28-neue-regeln-bezuglich-zahlungsunfahigkeit>.

²²⁷ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 575.

²²⁸ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 576.

Yönetim kurulunun şirketin ekonomik durumunu değerlendirme görevi kapsamındaki sermaye kaybı, yaklaşan ödemeden acizden farklı olarak, sermayeye ilişkin bir uyarı göstergesidir. İsvBK md. 725a hükmü uyarınca, en son yıllık finansal tablolarda, varlıkların yükümlülükler düşüldükten sonra artık sermayenin (*Aktienkapital*), pay sahiplerine geri ödenmeyen kanuni sermaye yedeklerinin ve kanuni kâr yedeklerinin (serbest kâr yedekleri hariç) (İsvBK md. 671 vd.) toplamının yarısını karşılamadığını tespit edilirse, sermaye kaybı meydana gelmiş demektir. Sermaye kaybı, uygun şekilde hazırlanmış (İsvBK md. 958a vd. doğrultusunda, uygun muhasebe ilkeleri, asgari yapı ve değerlendirme gerekliliklerine uygun olarak yıllık bilanço esas alınarak belirlenecektir. Sermaye kaybı hesaplamasındaki en büyük değişiklik, “korunan kanuni yedek akçeler (*geschützten gesetzlichen Reserven*)” ile pay sahiplerine ödenebilecek kanuni yedek akçeler arasındaki ayrımdır.

Yönetim kurulu, sermaye kaybını ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri almalıdır. Gerektiğinde şirketin iyileştirilmesine yönelik ilave tedbirler alır veya kendi sorumluluğuna düştüğü ölçüde bu tedbirleri genel kuruldan talep eder. Değişiklik öncesinde, (İsvBK md. 725/1) uyarınca, sermaye kaybının tespiti halinde, yönetim kurulunun yasal olarak derhal genel kurul toplantısına çağırarak (genellikle olağanüstü) ve iyileştirme tedbirleri talep etmekle yükümlü olduğu görülmektedir. Hükmün yeni halinde, iyileştirme için genel kurul toplantısının derhal yapılması artık zorunlu veya gerekli değildir. Değiştirilen yasaya göre, sermaye kaybı durumunda genel kurul toplantısının derhal yapılması gerekmediği için, yönetim kurulunun hareket alanı artırılmış ve şirket krizi (hemen) kamuya açıklanmadan iyileştirme tedbirlerinin alınması mümkün kılınmıştır.²²⁹

Gerekçede, yönetim kurulunun, mevcut bilgilere dayanarak, sermaye kaybını ortadan kaldırmak için hangi tedbirlerin uygun ve mevcut olduğunu ve sermaye kaybına ek olarak yaklaşan ödemeden aciz konusunda da haklı bir kaygının bulunup bulunmadığını (İsvBK md. 725) veya borca batıklık tehdidi (İsvBK md. 725b) olup

²²⁹ <https://www.swiss-law-solutions.com/post/aktienrechtsrevision-2023#28-neue-regeln-bezuglich-zahlungsunfahigkeit>.

olmadığını değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bunun için resmi bir yönetim raporunun oluşturulması şartı aranmamaktadır.²³⁰

İyileştirme tedbirleri arasında, İsviçre öğretisinde, sermaye azaltımı (veya “Harmonika”); diğer bir ifadeyle, açıklayıcı sermaye azaltımı, eş zamanlı sermaye artırımını ile gerçekleştirilir (İsvBK md. 732/1,5), (saf) sermaye artırımını, alacaklıların alacaklarından (kısmî) feragati, iyileştirici birleşme (*Sanierungsfusion*), pay sahiplerinin gönüllü olarak ek ödemeler yapması veya şirketin borçlarını üstlenmesi anlamına gelen, sessiz iyileştirme gibi çeşitli önlemler gösterilmektedir. Başkaca, hatta ilk olarak, yönetim kurulunun, finansal tablolarındaki gizli yedeklerin serbest bırakılması gibi tamamen yüzeysel önlemler (bilanço makyajlama) almasına izin verilmektedir. Sermaye kaybını gidermek için, gerçek değeri, iktisap veya üretim maliyetinin üzerinde artan gayrimenkul ve yatırımlar, denetlenmek şartıyla, bu yeni değer üzerinden yeniden değerlendirilebilirler. Zarar, isteğe bağlı veya kanuni kâr veya sermaye yedeklerinden (İsvBK md. 674/1) mahsup edilebileceği gibi, sermayenin azaltılması (İsvBK md. 653p) yoluyla da telafi edilebilir. Genel olarak, yönetim kurulu, gider azaltma, gelir artırma operasyonel önlemler almalı ve özsermayenin güçlendirilmesine yönelik tedbirler uygulamalıdır.²³¹

Maddenin ikinci fıkra hükmüne göre, şirketin denetçisi (*Revisionsstelle*) yoksa, en güncel yıllık finansal tablolar da genel kurul tarafından onaylanmadan önce onaylı bir denetçi (*zugelassenen Revisor*) tarafından sınırlı denetime (*eingeschränkten Revision*) tabi tutulmalıdır. Bu aynı zamanda bir şirketin denetimden geçmemeye karar vermesi durumunda da geçerlidir (*Opting-out*). Onaylanan denetçiyi yönetim kurulu atamaktadır.

İsvBK md. 725a/3 hükmü çerçevesinde, yönetim kurulunun borcun ertelenmesi talebinde (*Nachlassstundung*) bulunması halinde, 2. fıkra uyarınca denetim yükümlülüğü artık geçerli olmayacaktır.

Sonuç olarak, yine, yönetim kurulu ve denetçiler (*die Revisionsstelle*) veya onaylı denetçi (*der zugelassene Revisor*) gerekli ivedilikle hareket etmesi

²³⁰ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 577.

²³¹ <https://www.swiss-law-solutions.com/post/aktienrechtsrevision-2023#28-neue-regeln-bezuglich-zahlungsunfahigkeit>.

beklenmektedir. Sınırlı denetim (*eingeschränkte Prüfung*) yapılmadığı takdirde genel kurulun onay kararı geçersizdir (İsvBK md. 731/3). Denetimin yapılmaması açık bir görev ihlali anlamına geldiğinden, yönetim kurulunun sorumluluk riski de artmaktadır.

Ön taslakta, sermaye kaybının hukuki sonucu olarak likidite planı hazırlama zorunluluğu getirilmekteydi. Bu zorunluluk istişareler sırasında eleştirilmiştir. Zira, bilanço sorunları likidite sorunlarıyla aynı kefeye konulmamalıdır. Mevcut hükme göre, likidite planı yalnızca yönetim kurulunun ekonomik duruma ilişkin değerlendirmesinin, sermaye kaybına, ödemedi aciz halinin yaklaştığı yönünde haklı bir endişenin eşlik ettiğini göstermesi halinde gerekli olacaktır.²³²

İkinci fıkra hükmüne göre, ön taslakta olduğu gibi, sermaye kaybının getirdiği yeni hukuki sonuç, denetçisi olmayan şirketlerin en son yıllık finansal tablolarını, en azından sınırlı ölçüde, onaylı bir denetçiye denetletme zorunluluğudur. Bu, ekonomik durumun Yönetim Kurulu tarafından tasvir edilenden daha kötü olmamasını sağlamayı amaçlamaktadır ki bu da uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.²³³

Pay sahipleri, gerektiğinde yeniden yapılandırma tedbirlerinin alınmasına veya yasal gerekliliklerin sıkılaştırılmasına yönelik olarak esas sözleşmede ek göstergeler koymakta serbesttir (örneğin sermayenin dörtte birinin ve kanuni yedek akçelerin artık karşılanmaması). Ancak 725. madde ile 725a maddedeki göstergelerin gevşetilmesi kabul edilmemektedir.²³⁴

3. Borca Batıklık (*Überschuldung*)

İsviçre Şirketler Hukuku Reformu kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu'nun borca batıklığı düzenleyen hükümlerinde de değişiklik ve eklemeler yapılmıştır. İsvBK md. 725b hükmünde yer verilen borca batıklık, büyük ölçüde önceki İsvBK md. 725 ve 725a'nın devamı kabul edilmektedir. Çoğunlukla, İsvBK md. 725b maddesi kapsamındaki seçeneklerden önce, 725 veya 725a maddesi kapsamındaki prosedürler uygulanacaktır. İsvBK md. 725b hükmünün uygulandığı durumlarda, bunun hukuki sonuçları ve harekete geçme yükümlülükleri sıklıkla hem İsvBK md.

²³² İsvBK revizyon gerekçesi, s. 577.

²³³ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 577.

²³⁴ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 578.

725 hem de İsvBK md. 725a hükümlerinin kapsamındakilerin yerine geçer. Ancak bu, her zaman böyle değildir. Yaklaşan ödemeden aciz ve sermaye kaybı maddelerindeki yükümlülükler devreye girmeden önce borca batıklığın varlığının kontrol edilmesi gerekliliği ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla, her üç hüküm de içerik bakımından birbiriyle ilişkili olmakla birlikte, temelde birbirinden bağımsız olarak var olan yükümlülükler getirmektedir.²³⁵

İsvBK md. 725b/1'e göre, şirketin yükümlülüklerinin artık varlıklar tarafından karşılanmadığına dair makul şüphelerin oluşması durumunda, yönetim kurulu, derhal işletmenin sürekliliği değerleri ve gerçekleştirilebilir değerlere²³⁶/satış değerlerine (*der Zwischenabschluss zu Veräußerungswerten*) ilişkin ara finansal tablolar hazırlayacaktır. Satış değerlerindeki ara finansal tablolardan, işletmenin sürekliliği varsayımının mevcut olması ve işletmenin sürekliliği değerlerindeki ara finansal tabloların (*der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten*) borca batıklık göstermemesi durumunda vazgeçilebilir. İşletmenin sürekliliği varsayımı (*die Annahme der Fortführung*) sağlanmadığı takdirde satış değerleri üzerinden hazırlanan ara dönem finansal tablo yeterlidir.

Birinci fıkranın ikinci cümlesi, işletmenin sürekliliği varsayımının sağlanması ve işletmenin sürekliliği değerlerindeki ara finansal tabloların herhangi bir borca batıklık göstermemesi durumunda, satış değerlerindeki ara finansal tablolardan vazgeçilebileceğini açıkça ortaya koyması bakımından önemlidir. Aynı fıkranın üçüncü cümlesi ise yalnızca satış değerlerindeki ara finansal tabloların ilgili olduğu özel durumu içermesi amacıyla düzenlenmiştir (İsvBK md. 958a/2²³⁷).²³⁸

Bu fıkra daha önce eski İsvBK md. 725/2'de şu şekilde düzenlenmişti. Borca batıklık konusunda haklı bir endişe varsa, bir ara bilanço hazırlanmalı ve incelenmek

²³⁵ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 578.

²³⁶ Hükümün Almanca metninde "Veräußerungswerten" ifadesi kullanılır. Resmi İngilizce metninde ise "sale values" ifade karşılık olarak gösterilmiştir. Bununla birlikte, İsvBK md. 958a'da Almanca metninde kullanılan "Veräußerungswerte" ifadesi karşılığında, resmi İngilizce çevirisinde "realisable values" ifadesine yer verilmiştir.

²³⁷ Hükümle, yıllık finansal tabloların işletmenin sürekliliği varsayımına göre hazırlanması genel kuralının istisnası getirilmiştir. Buna göre, Bilanço tarihinden itibaren takip eden on iki ay içinde faaliyetlerin tamamının veya bir kısmının sona ermesi amaçlanıyorsa veya muhtemelen kaçınılmazsa, işletmenin ilgili bölümlerine ilişkin mali raporların gerçekleştirilebilir değerlere (resmi İngilizce çeviride kullanılan ifade "realisable values") dayanması gerekir. Faaliyetlerin durdurulması ile ilgili harcamalar için karşılık ayrılmalıdır.

²³⁸ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 578.

üzere onaylı bir denetçiye sunulmalıdır. Ara bilanço, şirket alacaklılarının alacaklarının ne işletmenin sürekliliği ne de satış değeri açısından karşılanmadığını gösterirse, yönetim kurulu bu durumu, bu açığı kapatacak kadar şirket alacaklılarının diğer tüm şirket alacaklılarının gerisinde geçmedikçe, hâkime bildirmek zorundadır.

Yeni düzenlemenin getirdiği bir fark, sadece ara bilanço çıkarmanın yeterli olmaması, ayrıca şirketin mali durumunu ortaya koymak için gerekli gelir tablosu vb. diğer finansal tablo ve kayıtların da incelenmesidir. Bir diğer önemli değişiklik ise, borca batıklık hesaplamasında şirketin devamlılığına ilişkin değerlendirmenin bilanço harici verilere, örneğin, şirketin likidite durumunda da dayandırılabilmesi ve buna şirketin kaderini tayin etmede önemli bir hukuki sonuç bağlanmasıdır. Düzenleme son haliyle, Alman hukukundaki daha önce uygulanan geleneksel iki aşamalı borca batıklık hesaplamasına benzemiştir.

İkinci fıkra hükmüne göre, yaklaşan ödemeden aciz ve sermaye kaybı durumlarında olduğu gibi, yönetim kurulu, ara dönem finansal tablolarını denetçiye, denetçinin bulunmaması halinde onaylı denetçiye denettirtmelidir; onaylı denetçiye genel kurul değil, yönetim kurulu atamaktadır. Bu fıkra, eski İsvBK md. 725a/1'de yer almaktaydı. Maddede, Mahkemenin bildirim üzerine iflası açacağı ve yeniden yapılanma ihtimali varsa, yönetim kurulunun veya bir alacaklının talebi üzerine iflası erteleyebileceği, bu durumda şirket varlıklarının korunmasına yönelik tedbirleri alacağı belirtilmekteydi.

Mahkemeye hangi durumda bildirim yapılacağı üçüncü fıkra (İsvBK md. 725b/3) hükmüyle ortaya konulmuştur. Hüküm uyarınca, iki ara dönem finansal tabloya göre şirketin borca batık olması durumunda yönetim kurulu durumu mahkemeye bildirir. Mahkemeye yapılan bildirim, geçici moratoryum/borç ertleme talebinden veya iflasın açılması talebinden (*provisorische Nachlassstundung oder die Eröffnung des Konkurses*) oluşabilir.²³⁹ Mahkeme, 11 Nisan 1889 tarihli Borç tahsilatı ve iflasa ilişkin Federal Kanunun 173a madde hükmü uyarınca iflası açar ve borç erteleme talebini karara bağlar. Eski İsvBK md. 725a/2'de, Mahkemenin kayyım atayabileceği ve yönetim kurulunun tasarruf yetkisini kaldırabileceğini veya

²³⁹ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 578.

yönetim kurulu kararlarının kayyımın onayına bağlı hale getirebileceği düzenlenmekteydi.

Yeni düzenleme, iflas bildirimin ertelenmesinin şartları ve süresine (denetlenen ara dönem mali tabloların elde edilmesinden en fazla 90 gün sonra) ilişkin netlik getirmektedir.

Dördüncü fıkarda, mahkemeye bildirimde bulunulmayabilecek durumlar düzenlenmiştir. İlk olarak, şirket alacaklılarının, borca batıklık ölçüsünde, diğer tüm alacaklılardan sırasının gerisine çekilmesi ve alacaklarını ertelemesi halinde, bu sırada geri çekilmenin borçlu olunan tutarı ve faiz taleplerini içermesi ve borca batıklığın süresince devam etmesi koşuluyla mahkemeye bildirimde bulunmaktan kaçınılabilir. Bu tür sırada geri çekilen yükümlülükleri (*nachrangigen Verpflichtungen*), İsvBK md. 959a/3 ve 959c/1-2'nin uygulamaları olarak bilançoda veya notlarda ayrı olarak listelenmelidir.

Dördüncü fıkrayla ilgili iki husus dikkate değerdir. Daha önceki düzenlemede, sırada geri çekilme anlaşmasına yer verilmekle birlikte, yeni düzenlemede borca batıklığı ortadan kaldıracak tutardaki alacaklar yanında bu alacak bakımından işleyen faizler için de alacaklılar sırada geri çekilmeyi kabul etmiş olmalıdırlar. Bu husus daha önce İsviçre hukukunda tartışmalı olup, bir görüşe göre ilgili alacakların faizlerinin anlaşmaya dahil edilmesine gerek bulunmamaktaydı.

İsvBK düzenlemesinde yönetim kurulunun sorumluluklarına ilişkin yapılan bir ekleme, sıradan geri çekilme anlaşmasının uygulanması teşvik edildiği yorumuna neden olmaktadır. Daha önce, İsviçre Federal Mahkemesinin bir içtihadına²⁴⁰ göre, yeniden yapılandırmanın başarılı sonuçlanması ve şirketin iflas etmesi durumunda yönetim kuruluna karşı açılan sorumluluk davalarında, sırada geri çekilen alacaklıların alacakları da yönetim kurulunun yüklenen sorumluluk kapsamındaki zarara dahil edilmekteydi. Bu sorumluluk tehdidi, sırada geri çekilme anlaşmalarını kullanışsız hale getirebilmekteydi. Yeni İsvBK md. 757/4'e göre, artık, sırada geri çekilme anlaşmasından kaynaklanan talepler sorumluluk davalarında ileri

²⁴⁰ 2 Eylül 2010 Tarihli Bger 4a_277/2010, E. 2.3.

sürülemez ve yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olacağı zararın hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

Teminatlar veya patronaj açıklamaları, sırada geri çekilmenin yerine geçmemektedir. Bu nedenle yönetim kurulunu hâkime bildirimde bulunmaktan muaf tutmamaktadır.²⁴¹

Sırada geri çekilme borca batıklığı ortadan kaldırmamaktadır. Her şeyden önce sıkıntıda olan şirketin likiditesini güçlendirmemektedir. Bu nedenle yalnızca diğer tedbirlerle bağlantılı olarak destekleyici bir araçtır. Sırada geri çekilme, kendi başına, yalnızca şirketin borca batık olması ve aynı zamanda gelir ve likidite açısından (*ertrags- und liquiditätsmässig*) hayatta kalma kapasitesine sahip olması durumunda bir seçenektir.²⁴²

Denetçilerin, sırada geri çekilme anlaşmasının nitelik ve nicelik açısından yeterli olduğu konusunda kanaat getirmiş olmaları gerekmektedir. Niteliksel gereklilikler arasında, sırada geri çekilme anlaşması şu özellikleri taşımalıdır:²⁴³

- Yazılı olarak yapılması;
- Alacağın ve faizin de ertelenmesine yol açacak şekilde tasarlanmış olması;
- Borca batıklık kalıcı olarak ortadan kaldırılıncaya kadar iptal edilememesi;
- Alacaklı için finansal açıdan açıkça katlanılmaz olmamasıdır.

Örneğin, sırada geri çekilme anlaşmasından etkilenen alacağın güvence altına alınması veya alacağın yabancı hukuka tabi olması veya sırada geri çekilen şirket alacaklısının yurt dışında yerleşik olması gibi durumlarda özel açıklama yapılması gerekli olabilir.

Sırada geri çekilmede, asgari tutarın ne kadar yüksek olması gerektiği sorusu tartışmalıdır. İşletmenin sürekliliği değerlerinde hazırlanan ara bilançoda borca batıklık varsa ve satış değerlerinde daha da büyük bir borca batıklık olacağı varsayılabilirse, açığı (*Deckungslücke*) karşılamak için (borç-sermaye fazlası) sırada

²⁴¹ Sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda yasal denetçinin yükümlülüklerini düzenleyen İsviçre Denetim Standardı (İDS) (*Schweizer Prüfungsstandard 290-Pflichten der gesetzlichen Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung*), (İsviçre Denetim Standardı 290), s. 261, para. BB.

²⁴² İsviçre Denetim Standardı 290, s. 261, para. CC.

²⁴³ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 261, para. DD.

geri çekilme anlaşmasında belirlenen tutarı işletmenin sürekliliği değerlerinde göre belirlenmenin yeterli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Eğer İsvBK md.725/2 hükmünün gerekleri yerine getirilmişse, satış değerleri üzerinden ara bilanço hazırlanmasına gerek yok mudur? Yoksa, borca batıklık, sırada geri çekilme ile ortadan kaldırılmadığından, satış değerlerine ilişkin bir ara bilançonun yine de hazırlanması ve sırada geri çekilme miktarının daha büyük açığa göre ayarlanması mı gerekmektedir? Sırada geri çekilme, alacaklıların korunmasının bir aracı olduğundan, uygulamada bu sorunun öncelikli olarak sıkıntıda olan şirketin hayatta kalma kabiliyeti perspektifinden ele alınması gerekmektedir.²⁴⁴

Şirketin devamı konusunda bir sorun yoksa ve uygun ve yerinde bir değerlendirmeye dayanarak şirketin borca batıklığın üstesinden gelebilmesi için iyi koşullar mevcutsa, "sadece" işletmenin sürekliliği değerleri kapsamındaki açığı kapatmayı amaçlayan bir sırada geri çekilme yeterli olabilecektir. Sırada geri çekilmenin tutarı, sadece borç-sermaye fazlasına karşılık gelmemeli, aynı zamanda sırada geri çekilmenin imzalanmasından sonraki 12 ay içinde, en azından bir sonraki denetim tarihine kadar beklenen zararları karşılayacak uygun bir teminat tamponu da içermelidir. Bu tamponun ne kadar yüksek olması gerektiği öncelikle işin beklenen gidişatına bağlıdır ve somut olaya göre değerlendirilmelidir.²⁴⁵

Denetçiler, denetimleri sırasında, borca batıklığın devam etmesine rağmen (örneğin mahsup yoluyla) sırada geri çekilme konusu alacakların tamamen veya kısmen geri ödendiğini tespit etmeleri halinde, İsvBK md.728c/2 uyarınca bir rapor sunmak zorundadırlar.²⁴⁶

Mahkemeye bildirimde bulunma zorunluluğu kaldıran ikinci imkân, borca batıklığın makul bir süre içinde, ancak denetlenen ara dönem finansal tabloların hazır olmasından itibaren en geç 90 gün içinde giderilebileceğine ve alacaklıların taleplerinin daha fazla tehlikeye girmediğine dair makul ve somut bir ihtimal olduğu sürece söz konusudur. Bu imkân iki şartla bağlanmıştır. En fazla süre şartı, ilk kez değişiklikle birlikte getirilmiş ve daha önceki uygulamadaki belirsizlikleri giderme

²⁴⁴ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 261-262, para, EE.

²⁴⁵ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 262, para, FF.

²⁴⁶ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 262, para, FF.

amacı taşımaktadır²⁴⁷. Buna göre, daha fazla hukuki belirlilik sağlayarak, borca batık durumundaki şirketin süresiz olarak hukuki işlemlere katılmasına izin verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Sürenin başlangıcı da denetlenen ara finansal tabloların hazır olduğu zaman olarak açıklığa kavuşturulmuştur. Denetim raporunu geciktirerek son tarihi geciktirme yönündeki olası eğilim, altıncı fıkra kapsamındaki gerekli aciliyetle hareket etme yükümlülüğü ile dengelenir; bu yükümlülük aynı zamanda onaylı denetçi veya denetçi için de geçerlidir.²⁴⁸

90 günün yeterli olmadığı anlaşılırsa veya borca batıklık önemli ölçüde artarsa, artık borca batıklık raporundan vazgeçilemez. Gerektiğinde planlanan iyileştirmenin devam ettirilmesi ve tamamlanması için (geçici) moratoryum başvurusunda ((*provisorische*) *Nachlassstundung*) bulunulabilir.²⁴⁹

“İyileştirme” terimi, bir şirketin mali sağlığını korumaya yönelik tüm önlemleri içerir. İyileştirme süreçleri organizasyonel nitelikte (örneğin üretim tesislerinin kapatılması veya taşınması, ürün yelpazesindeki veya satış pazarlarındaki önlemler) veya mali nitelikte (örneğin hak iddialarından/alacaklardan feragat, yeni sermaye getirilmesi) olabilir. İyileştirmenin iki türü öncelikle zaman faktörü açısından farklılık gösterir: Mali önlemler kısa vadede iyileştirme etkisi yaratabilirken, organizasyonel iyileştirme adımları genellikle yalnızca orta ve hatta uzun vadede mali durumda bir iyileşmeye yol açar.²⁵⁰

Borca batıklık halinde, yönetim kurulu, şirketin derhal iyileştirilmesi mümkünse (borca batıklığının kısa sürede uygulanabilecek ve bilançoju anında etkileyecek iyileştirme tedbirleriyle ortadan kaldırılması) hâkime bildirimde bulunmaktan kaçınabilmektedir. Finansal iyileştirmenin derhal gerçekleştirilememesi halinde yönetim kurulunun İsvBK md.725z uyarınca durumu hâkime bildirmesi ve şirketin devamı konusundaki kararı kendisine bırakması gerekmektedir. Uygulamada, kısa vadeli mali önlemlerle değil, daha uzun vadeli bir önlem paketiyle iyileştirme arayışında olan borca batık şirketler durumunda, yasa koyucunun anonim şirketler kanunu kapsamında bu gibi durumlar için önerdiği

²⁴⁷ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 578.

²⁴⁸ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 579.

²⁴⁹ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 579.

²⁵⁰ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 257, para. H.

moratoryum çözümüne (borca batıklığın bildirilmesiyle eş zamanlı olarak iflasın ertelenmesi başvurusu) karşı sıklıkla dirençle karşılaşıldığı ifade edilmektedir.²⁵¹ Bunun nedenleri arasında, kayyım gözetimine verilme tehdidi, yetkilere ilişkin olası kısıtlamalara ilişkin korkular veya borca batıklık raporunun gizli tutulmasının etkinliğine ilişkin şüpheler yer almaktadır (İsvBK md. 725a/3). Bu nedenle, mahkeme dışı iyileştirme vakaları pratikte oldukça yaygındır. Çünkü, eğer bu iyileştirme çabaları başarısız olursa, ilgili herkes artan sorumluluk risklerine maruz kalacaktır.²⁵²

Şirketin denetçisinin bulunmaması durumunda, sınırlı denetçinin raporlama yükümlülüklerini onaylı denetçi yerine getirmelidir (İsvBK md. 725b/5). Bu doğrultuda, yönetim kurulu ve denetçiler veya onaylı denetçi (*Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor*) gerekli ivedilikle hareket etmelidir (İsvBK md. 725b/6).

İsvBK md. 725b'nin GmbH hukuku (İsvBK md. 820/1)²⁵³ ve kooperatif hukuku (İsvBK md. 903) açısından da geçerlidir.

Yönetim kurulunun yasal şartlar oluşmasına rağmen iflas hakimine bildirimde bulunmaması durumunda denetçiler, yönetim kurulunu makul bir süre içinde ve kendi yardımcı yetkilerine göre değerlendirmeli ve bariz borca batıklığın olduğunun tespit edilmesinden itibaren 4 ila 6 haftalık bir süreyi aşmamalıdır. Uygulamada, özellikle karmaşık durumlarda, borca batıklığı ortadan kaldırmak için çoğu zaman birden fazla mali tedbirin uygulanması gerekli olmakla birlikte, bunların hepsi aynı anda uygulanamamaktadır. Bu gibi durumlarda, orijinal sürenin sonuna kadar borca batıklığın önemli bir kısmı zaten ortadan kaldırılmış veya koşulsuz sırada geri çekilme anlaşması ile karşılanmışsa ve kalan borca batıklığın kısa vadede ortadan kaldırılması veya karşılanması yönünde makul bir ihtimal varsa, son tarihin uzatılması haklı görülebilir.²⁵⁴

²⁵¹ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 262, para. GG.

²⁵² İsviçre Denetim Standardı 290, s. 262, para. GG.

²⁵³ İsvBK md. 820/1 ve İsvBK md. 903 hükümlerinde, GmbH'lara ve kooperatiflere, kanunun yaklaşan ödemeden aciz, sermaye kaybı, borca batıklık ile taşınmaz malların ve iştiraklerin yeniden değerlendirilmesine ilişkin hükümlerinin gerekli değişiklikler (*mutatis mutandis*) yapılarak uygulanacağı düzenlenmiştir.

²⁵⁴ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 262-263, para. HH.

C- Borca Batıklık Hesaplamasına İlişkin Denetim Standardı

1. Ara bilançolar

“İşletmenin devamlılığı değerindeki ara bilanço (*Zwischenbilanz zu Fortführungswerten*)” ve “Gerçekleşebilir/Satış değerlerindeki ara bilanço (*Zwischenbilanz zu Veräußerungswerten*)”, kalan özsermayeyi belirlemek için yapılan ek hesaplamalardır (İsvBK md. 725/2). Devam değerlerinde ara bilanço hazırlanması, Anonim Şirketler Kanunu'nun özel değerleme düzenlemeleri (İsvBK md. 960 vd.), iktisap değeri ilkesine ve dönemsellik ilkesine uygun olarak gerçekleştirilir. Ancak satış değerlerindeki ara bilanço diğer değerleme ilkelerine dayanmaktadır: İktisap veya üretim maliyeti üzerinden değerleme yerine cari veya satış değerleri kullanılmakta olup tasfiye maliyetlerinin de dikkate alınması gerekebilmektedir.²⁵⁵

İsvBK'nın 2020 yılındaki revizyonu, ara finansal tabloların ara bilanço, ara gelir tablosu ve dipnotlarla hazırlanması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. Temel amaç, işletmenin sürekliliği açısından, uygun değerlendirilmiş varlıkların hâlâ borçları karşılayıp karşılamadığını, hâlâ özsermayenin olup olmadığını belirlemektir. Kanun, ara dönem finansal tabloların (*Zwischenabschlüsse*) içeriğine ilişkin nispeten sıkı gereklilikler getirmektedir. Bu durum, önceki “ara bilanço (*Zwischenbilanz*)”ya kıyasla uygulamanın sıkılaşmasına neden olmakta ve gereken iş miktarını ve zamanı artırmaktadır. Ancak önemli basitleştirmelere izin verilmelidir. Zira 725b maddesi uyarınca özel amaçlı ve “gerekli aceleyle” hazırlanması gereken bu tabloların amacı, yıllık finansal tablo veya ara finansal tablodan tamamen farklıdır.²⁵⁶ Borca batıklık konusunda makul endişelerin olması durumunda hazırlanacak bir ara dönem finansal

²⁵⁵ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 257, para. E. İsviçre Denetim Standardı 290, Sermaye kaybı ve Borca batıklık durumunda yasal denetçinin yükümlülüklerini düzenlemektedir. Önceki İsviçre denetim standardı (PS), 4 Aralık 2009'da TREUHAND-KAMMER yönetim kurulu tarafından onaylanmıştır. Uluslararası Denetim ve Güvence Standartları Kurulu'nun (IAASB) herhangi bir standardını uygulamamaktadır. İsviçre Denetim Standartları, 1 Ocak 2010 veya sonrasında başlayan mali yıllar için yasal denetçilerin (*gesetzliche Revisionsstelle*) yetkileri açısından geçerlidir. Uygulama kapsamını ve PS'nin bağlayıcı niteliğini açıklayan TREUHAND-KAMMER'in teknik duyurularıyla bağlantılı olarak anlaşılmalıdır.

²⁵⁶ BÖCKLI Peter, Schweizer Aktienrecht, 2022, ss. 1750-1787, para. 186; Glanzmann, s. 102.

tablonun, ara dönem temettüye temel teşkil etmesi amaçlanan bir ara finansal tablodan tamamen farklı bir amaca sahip olması nedeniyle basitleştirme uygundur.²⁵⁷

Yönetim kurulunun, borca batıklık endişesi nedeniyle ve işletmenin sürekliliğinin devam edebilirliğine ilişkin netleştirme yapıldıktan sonra işletmenin sürekliliği değerlerine ilişkin bir ara bilanço hazırlamak zorunda kalması halinde, bunun muhasebe ilkelerine uygun olarak yapılması gerekir. Bu durumda da ihtiyatlılık ilkesinin gözetilmesi gerekir.²⁵⁸ Satış değerlerine ilişkin bir ara bilanço gerekiyorsa, ilgili tüm maliyetlerin (elden çıkarma, değiştirme, geri çekme, fesih vb.) muhasebede hesaba katıldığına dikkat edilmelidir.²⁵⁹

Tasfiye değerlerinde bir ara finansal tablo genel olarak kanunen zorunlu kılınsa da, işletmenin sürekliliği değerlerinde pozitif özsermayeyi açıkça göstermesi ve öngörülebilir gelecekte devam edeceği varsayımının doğrulanması durumunda bu tablo hazırlanamayabilir. Devam varsayımı doğrulanamıyorsa, tasfiye değerlerindeki ara finansal tablolar ilgili tek belgedir.²⁶⁰

Satış değerlerinin belirlenmesi ve doğrulanması zor olabilmektedir. Pek çok varlık kalemi için, özellikle de yeni durumda olmayanlar için, piyasa şeffaflığının olmayışı nedeniyle gerçekleştirilebilir değerlerin belirlenmesi neredeyse imkansızdır veya ancak büyük çabalarla belirlenebilmektedir.²⁶¹ Şirketin açıkça borca batık olması durumunda değerlerin belirlenmesinde basitleştirmelere de izin verilmelidir. Bu durumda ara dönem finansal tablolarının hızlı ve maliyet etkin bir şekilde hazırlanıp kontrol edilmesi mümkün olan en doğru değerlerin belirlenmesinden daha önemlidir.²⁶²

Yukarıdaki durumun aksine, şirketin iyileştirilmesinin ve devamının mümkün olması ve ciddi olarak düşünülmesi ve devam değerlerindeki borca batıklığın satış değerlerindeki tartışımsız daha küçük olması koşuluyla, burada da basitleştirilmiş bir yaklaşım haklı görülebilir. Bu gibi durumlarda, işletmenin

²⁵⁷ Glanzmann, s. 102.

²⁵⁸ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 260, para. V.

²⁵⁹ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 260, para. W.

²⁶⁰ Böckli, ss. 1750-1787, para. 188.

²⁶¹ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 260, para. Y.

²⁶² Glanzmann, s. 102.

sürekliliği değerlerindeki borca batıklığın karşılanması (özsermayenin uygun şekilde yeniden tesis edilmesi dahil) yeterli olacağından, tasfiye değerlerindeki borca batıklık hesaplaması ikincil bir rol oynamaktadır.²⁶³

Kanunun lafzından ve İsvBK md. 725/2 amacından, denetçi raporunda şirketin borca batık olup olmadığı konusunda net bir açıklama yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle, değerlendirme belirsizlikleri durumunda, denetçilerin yetkileri kapsamında gerçekleştirdikleri değerlendirme takdirlerini açıklamaları gerekmektedir.²⁶⁴

2. Esas Alınacak Ara Bilanço

Yönetim kurulu, İsvBK 725b/1 uyarınca hangi ara bilançoları çıkaracağını netleştirmelidir. Buna göre, (i) hem işletmenin sürekliliği değerlerine hem de tasfiye değerlerine göre mi (iki sütun halinde) yoksa (ii) yalnızca bir tanesini mi hazırlayacağını, şirketin sürekliliğini devam ettirme kabiliyetini açıklığa kavuşturarak belirleyebilecektir.²⁶⁵

Finansal Olağanüstü Hal Kanunu (*Finanznotlagerecht*) çerçevesinde İsvBK, md. 958a/1 kapsamında şirketin öngörülebilir gelecekte faaliyetlerini sürdürebileceği varsayımı sorununun belirleyici bir rol oynadığını belirtmiştir. Buna göre yönetim kurulu, şirketin sürekliliğinin devamının kabul edilip edilemeyeceğini açıklamalıdır.²⁶⁶ Ödeme gücünün “öngörülebilir gelecek”in tamamı için fiilen “güvence altına alınması” talep edilemez.²⁶⁷

Devam varsayımı olumlu çıkarsa ve işletmenin sürekliliği değerlerindeki ara dönem finansal tablolar “borca batıklık” göstermiyorsa –pozitif özsermaye – gösteriyorsa, ayrıca tasfiye değerlerinde ara bilanço hazırlanması zorunlu değildir.²⁶⁸

Duruma bağlı olarak, yönetim kurulu, iyileştirme konseptine göre, İsvBK md. 958a'nın öngörülebilir gelecekte yeterli likidite beklentisinin haklı ve somut bir başarı

²⁶³ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 260, para. Y.

²⁶⁴ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 261, para. AA.

²⁶⁵ Böckli, ss. 1756, para. 190.

²⁶⁶ Böckli, ss. 1756, para. 190.

²⁶⁷ Böckli, ss. 1756, para. 190.

²⁶⁸ Böckli, ss. 1756, para. 190.

beklentisiyle karşılanması durumunda devam edebilirlik durumunu onaylayabilmektedir. Ancak işletmenin sürekliliğinin devam edebilmesi ancak yapılacak iyileştirmenin başarısından kaynaklanıyorsa, yönetim kurulunun İsvBK md. 725b/1 maddesinin birinci cümlesi uyarınca tasfiye değerleri üzerinden ikinci bir ara finansal tablo hazırlaması gerekmektedir. Çünkü işletmenin sürekliliğini sürdürebilme yeteneği objektif olarak gelecekteki olaylara bağlıdır.²⁶⁹

3. Raporlama ve İzleme/Gözetme Yükümlülükleri

Sermaye kaybı ve dolayısıyla yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma zorunluluğu olsa dahi, uygulamada, yönetim kurulu, ya yaklaşan yıllık genel kurul toplantısını bu amaç için kullanmak istediği için ya da örneğin tüm pay sahiplerinin şirketin durumu hakkında bilgi sahibi olması ya da şirketin zaten uygun iyileştirme önlemlerini başlatmış olması nedeniyle, bu iyileştirme genel kurulunu (*Sanierungsgeneralversammlung*) toplamaktan sıklıkla kaçınmaktadır. Bu durumlarda denetçilerin İsvBK md.699/1²⁷⁰ anlamında vekil olarak genel kurulu toplantıya çağırımlarına gerek olmadığı, çünkü bu anlamda toplantıya çağırma yükümlülüğü yalnızca olağanüstü ve acil durumlarla sınırlı olduğu belirtilmektedir.²⁷¹

Yönetim kurulunun herhangi bir iyileştirme önlemi almaması, iyileştirme önlemlerinin açıkça yetersiz olması, iyileştirme için genel kurul toplantısına (*Sanierungsgeneralversammlung*) çağrıda bulunmak istememesi veya pay sahiplerinin bilgilendirilmemesi halinde ve bu durumlarda, denetçilerin pay sahiplerini bilgilendirilmesinin pay sahiplerinin iyileştirme iradesini etkileyeceği varsayılabilirse denetçiler tarafından alternatif bir çağrı yapılması uygun kabul edilmektedir.²⁷²

İsvBK md.725i anlamında denetçiler tarafından ikincil olarak yapılan genel kurul toplantısı, sermayenin yarısının kaybının bildirilmesi ve yönetim kurulunun

²⁶⁹ Böckli, ss. 1757, para. 190.

²⁷⁰ Madde hükmü şu şekildedir: “Genel kurul, yönetim kurulu ve gerektiğinde denetçiler tarafından toplantıya çağrılır. Tasfiye memurları ve tahvil sahiplerinin temsilcileri de toplantı yapma hakkına sahiptir.”

²⁷¹ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 259, para. Q.

²⁷² İsviçre Denetim Standardı 290, s. 259, para. Q.

kusurlarının/ihtimalinin duyurulması ile sınırlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Genel kurula somut iyileştirme önlemleri sunmak denetçilerin değil, yönetim kurulunun görevidir.²⁷³

Borca batıklık her an meydana gelebilecek olsa bile denetçilerin şirketin finansal durumunu sürekli olarak takip etme zorunluluğu yoktur. Bu yönetim kurulunun kendi sorumluluğundadır. Denetçilerin ise, normal denetim işi dışında izleme mekanizmaları sağlama zorunluluğu bulunmamaktadır. İsvBK md.725/2'ye göre kanunun "borca batıklık endişesi" durumunda harekete geçme yükümlülüğü denetçiler için değil, yalnızca yönetim kurulu için geçerlidir. İsvBK md.728c/3'e göre, ancak borca batıklığın açıkça ortaya çıkması halinde harekete geçilir.²⁷⁴

Denetçinin, kamuya açık kaynaklardan, üçüncü kişilerden (bankalar veya tedarikçiler gibi), pay sahiplerinden veya şirket çalışanlarından şirketin mali durumunu olumsuz yönde etkileyebilecek bilgiler alması durumunda herhangi bir önlem alma zorunluluğu yoktur. Ancak denetçiler, şirketin yetkili organlarından şirketin bariz şekilde borca batık olduğuna dair açık ve geçerli bilgi aldığı anda, yönetim kuruluna İsvBK md. 725/2'ye göre görevini hatırlatmak ve gerekirse yönetim kurulunun bildirmemesi halinde konuyu iflas hakimine bildirmek zorundadır.²⁷⁵

4. Taşınmazların ve İştiraklerin Yeniden Değerlemesi

Sermaye kaybını veya borca batıklığı telafi etmek amacıyla, belirli koşullar altında gayrimenkullerin veya yatırımların/iştiraklerin yeniden değerlemesine devam edilebilmektedir. Şöyle ki, İsvBK 725a maddesi uyarınca sermaye kaybının veya İsvBK 725b maddesi uyarınca borca batıklığın giderilmesi amacıyla, fiili değeri (*wirklicher Wert*) iktisap veya üretim maliyetinin (*Anschaffungs- oder Herstellungskosten*) üzerinde artan arsa ve iştirakler, en fazla bu değere kadar artırılabilir. Yeniden değerlendirme tutarının, yeniden değerlendirme yedeği olarak yasal kâr yedekleri altında ayrı olarak gösterilmesi gerekmektedir (İsvBK md. 725c).

²⁷³ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 259, para. R.

²⁷⁴ İsviçre Denetim Standardı 290, s. 259, para. U.

²⁷⁵ İsviçre Denetim Standardı 290.

İsvBK md. 725c, kaldırılan İsvBK md. 670 ve 671b hükümlerinin düzenleyici içeriğini korumaktadır. Bu bilanço iyileştirme tedbirinin yürürlükten kaldırılması düşünülmüş ancak, iptale karşı meşru nedenler ileri sürüldüğü için kaldırmaktan vazgeçilmiştir.²⁷⁶

Yeniden değerlemeye yalnızca denetçinin veya böyle bir denetçinin bulunmaması durumunda onaylı denetçinin yasal hükümlere uyulduğunu yazılı olarak teyit etmesi durumunda izin verilmektedir (İsvBK md. 725c/2). Yönetim Kurulu, yeniden değerlemeyi ve denetim sonucunu en geç yıllık finansal tablolar onaylandığında Genel Kurul'a açıklamalıdır (İsvBK md. 959c/1-2).

Üçüncü fıkraya göre, yeniden değerlendirme yedeği, ancak pay veya katılma sermayesine (*Aktien- oder Partizipationskapital*) dönüştürülmesi ve değerinin düzeltilmesi veya yeniden değerlendirilen varlıkların satılması suretiyle çözülebilir. Yeniden değerlendirme tutarının ayrıca yasal kâr yedekleri altında yeniden değerlendirme fonu olarak gösterilmesi gerekmektedir (İsvBK md. 959a/2-3-c).²⁷⁷

5. İsvBK md. 728c Uyarınca Denetçinin Borca Batıklığı Bildirim Yükümlülüğü

İsvBK md. 728c/3²⁷⁸,teki özel düzenlemeye göre, şirketin açıkça borca batık olması ve yönetim kurulunun bunu mahkemeye bildirmemesi halinde, dış denetçi (*Revisionsstelle*) mahkemeye bildirimde bulunmalıdır. Sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda yasal denetçinin yükümlülüklerini düzenleyen İsviçre Denetim Standardı'na (İDS) göre, “açık borca batıklık (*offensichtliche Überschuldung*)” (İsvBK md. 728c/3), borca batıklık “iyimser bir bakış açısıyla bile inkâr edilemediğinde”, her makul kişi, daha fazla açıklamaya gerek olmaksızın, varlıkların borçları ve gerekli karşılıkları karşılayamayacağını hemen görebildiğinde ve bir sırada geri çekilme anlaşması yoksa veya anlaşılan tutar yetersiz ise ortaya çıkmaktadır²⁷⁹. Borca batıklığın açık olması, borca batıklığın miktarına değil,

²⁷⁶ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 580.

²⁷⁷ İsvBK revizyon gerekçesi, s. 580.

²⁷⁸ İsvBK md. 728c/3 hükmünün almanca ifadesi şöyledir: “*Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung: Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht.*”

²⁷⁹ Hänni / Ljubicic, para. 10a, s. 939; Dekker, para. 19, s. 454.

tanınabilirliğine işaret etmektedir; dolayısıyla özellikle büyük ölçüde olmasını gerektirmemektedir²⁸⁰.

İDS'ye göre, açık bir borca batık durumu olup olmadığını değerlendirirken denetçiler münferit durumlarda “iyimser” bir yaklaşım uygulayabilirler. Yönetim kurulu ile denetçilerin borca batıklık olup olmadığı konusunda anlaşamamaları halinde, muhasebe ve değerlendirme konularındaki görüş farklılıkları makul takdir yetkisi dahilinde olduğu sürece denetçilerin borca batıklık konusunda ayrıca rapor düzenleme yetkisi yoktur.²⁸¹

Öte taraftan, satış değerlerine ilişkin ara bilanço incelerken denetçinin borca batıklığın açık olduğu ve yönetim kurulunun kanaatinden ayrıştığı sonucuna varması halinde, başka bir anlatımla, yönetim kurulu ile denetçilerin görüş ayrılığının değerlendirme konularında haklı takdir yetkisi kapsamının ötesine geçmesi durumunda, denetçilerin ara bilanço denetimine ilişkin raporlarında bunu açıkça belirtmeleri gerekecektir. Dolayısıyla yönetim kurulunun farklı görüşlerine rağmen harekete geçmemesi durumunda İsvBK md.728c/3 uyarınca borca batıklığı bildirim yükümlülüğünden kaçınamayacaklardır.²⁸² Bu yöndeki bir görüşe göre de yönetim kurulu ve denetçiler, açık bir borca batıklık olup olmadığı konusunda anlaşamazlarsa son sözü denetçilerin söyleyeceği savunulmaktadır²⁸³.

Denetçinin borca batıklığın açık olup olmadığı konusunda şüphesi varsa, kendilerini sorumluluk ihtimalinden korumak için yine de konuyu iflas hakimine bildirmeleri önerilmektedir. Bu durumda, yönetim kurulunun iflas hakimine kendi bakış açısını sunma imkânı olduğundan bu durumun şirkete herhangi bir zararı bulunmayacağı savunulmaktadır. Bu aynı zamanda şirketin iflasın ertelenmesi için başvuru yapma olanağını da etkilemez.²⁸⁴

Uygulamada, şirketin açık ve ciddi borca batıklık içinde olduğu ve yeniden yapılandırmanın neredeyse imkânsız olduğu durumlarda değerlendirme ve sunumda özellikle geniş kapsamlı basitleştirmeler mümkündür. Böyle acil bir durumda,

²⁸⁰ İDS 290, para. D, s. 259. Ayrıca, Hänni / Ljubicic, para. 10a, s. 939.

²⁸¹ İDS 290, para. II, s. 263.

²⁸² İDS 290, para. KK, s. 263.

²⁸³ Dekker, para. 19, s. 454.

²⁸⁴ İDS 290, para. LL, s. 263.

alacaklıların menfaati açısından borca batıklığın mümkün olan en kısa sürede mahkemeye bildirilmesi, gecikmenin ve dolayısıyla değerin daha fazla yok olmasının önlenmesi ve halen var olan değerlerin korunması açısından önemlidir.²⁸⁵

İsvBK md. 728c/3'nin, İsvBK md. 725/2 bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Borca batıklığın tespiti ve raporlama yükümlülükleri açısından iki hüküm farklılık göstermektedir: İsvBK md. 725/2 için yönetim kurulunun bakış açısından ve İsvBK md. 728c/3 için denetçilerin perspektifinden.²⁸⁶ Borca batıklığın hem işletmenin sürekliliği değerlerinde (*Fortführungsarten*) hem de satış değerlerinde (*Veräusserungswerten*) mevcut olması gerektiğini öngören İsvBK md. 725/2'nin aksine, İsvBK md. 728c/3'e göre borca batıklığın açık olması yeterlidir.²⁸⁷

Denetçi, kanuni denetim faaliyetleri kapsamında (olağan denetim (İsvBK md. 728a)), sermaye artırımı ve sermaye azaltımı denetimleri (İsvBK md. 652d/2; 652f/1; 653f; İsvBK md. 732/2), ara bilanço denetimi (İsvBK md. 652d/2) ya da diğer denetim veya danışmanlık faaliyetleri sırasında ya da İsvBK md. 725b/I uyarınca ara finansal tabloları denetlerken şirketin açıkça borca batık olduğunu tespit ederse, öncelikle yönetim kurulunu bilgilendirmeli ve ara finansal tabloların hazırlanması gerekliliğine dikkat çekmelidir. Tedbirleri, İsvBK 725b III veya IV'e uygun olarak yönetim kurulu almalıdır.²⁸⁸

Yönetim kurulunun yasal şartlar oluşmasına rağmen iflas hakimine bildirimde bulunmaması durumunda denetçiler, iyileştirme önlemlerini başlatması veya bilançoğu mahkemeye sunması için yönetim kuruluna makul bir süre verebilmektedir. Denetçiler yönetim kurulunu bu makul süre içinde ve kendi yardımcı yetkilerine göre değerlendirmeli ve bu süre açık borca batıklığın olduğunun tespit edilmesinden itibaren 4 ila 6 haftayı aşmamalıdır.²⁸⁹ Kısa vadede ve somut olarak uygulanabilecek iyileştirici tedbirler (örneğin, geri alınamaz ve koşulsuz

²⁸⁵ Böckli, ss. 1756, para. 190.

²⁸⁶ Dekker, para. 18, s. 454.

²⁸⁷ Dekker, para. 19, s. 454.

²⁸⁸ Hänni / Ljubicic, para. 10, s. 939. Yazarlar, ayrıca, borca batıklığın rapor edilmesi yükümlülüğünden, denetçinin tarafından bilanço durumunun kalıcı veya periyodik olarak izlenmesine ilişkin hiçbir yükümlülük türetilmeyeceği savunmaktadır.

²⁸⁹ İDS 290, para. HH, s. 263.

sırada geri çekilme, alacak taleplerinden feragat), abartılı beklentiler veya belirsiz umutlar olmaması koşuluyla hâkime bildirimde bulunulmasını beklemeyi haklı gösterebilmektedir²⁹⁰. Ancak yönetim kurulunun hareketsiz kalması durumunda denetçiler derhal hâkime bilgi vermelidir²⁹¹.

Denetçinin hâkimi bilgilendirme görevi yönetim kurulunun görevine ikincildir. Tali bildirim yükümlülüğü, yönetim kurulu yerine denetçilerin yerine getirdiği bir işlemdir. Buna göre, denetçinin mahkemeye yaptığı bildirim, denetçi ve yönetim kurulu arasında iki taraflı bir işlem değildir; daha ziyade, yönetim kurulu borca batıklığın varlığını reddetse bile, denetçinin yönetim kurulu yerine ikame ettiği bir işlemdir²⁹². Zira, bu, denetçinin mahkeme sürecinde taraf statüsünde olmadığı ve yargılamanın sonuçlarıyla ilgili hukuki bir menfaatinin olmadığı anlamına gelmektedir.²⁹³²⁹⁴

Açık borca batıklığın tespit edilmesi halinde denetçinin İsvBK md. 728c/3 uyarınca, hâkime bildirimde bulunmak zorunda kalması durumunda görev süresinin sona ermesiyle bu görevden kaçınılamaz. İflas mahkemesine gitmekten çekinen denetçi, görevinden istifa ederek de bu yükümlülüğünden kurtulamaz. Ayrıca, denetçinin iflas mahkemesine bildirimde bulunmasını istemeyen yönetim kurulu, denetçinin raporu mahkemeye göndermesinden önce, genel kurulu denetçinin görevden alınması yönünde oy kullanmaya çağırarak bunu engelleyemez. Denetçilerin bu kadar hassas bir anda istifa etmesinin hukuki açıdan geçerli olabileceği, ancak olayların gidişatına göre tazminat talepleriyle sonuçlanabileceği de belirtilmektedir.²⁹⁵ Başka bir açıdan, iflas hakimine gitmeye haklı olarak hazırlanan bir denetçinin görevden alınması, bu denetçiyi organ işlevlerinden yoksun bırakmakta, ancak İsvBK md.728c/3 uyarınca raporlama yükümlülüğü açısından bu

²⁹⁰ Dekker, para. 22, s. 454.

²⁹¹ Dekker, para. 23, s. 454.

²⁹² Buna göre,, İsvBK 728c III ile birlikte İsvBK 725b ile bağlantılı olarak SchKG (İcra ve İflas Kanunu) md. 192 anlamında önceden icra olmaksızın iflasın açılmasıdır.

²⁹³ Hänni / Ljubicic, para. 11, s. 939. Denetçinin gerekçeli bir başvuruyla mahkemeye şirketin borca batık olduğu sonucuna varmasının nedenlerini açıklaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak mahkemenin vereceği tedbirlere (İflas ilanı, geçici veya kesin borç moratoryumu- (Konkursöffnung, provisorische oder definitive Nachlassstundung)) ilişkin başvuruda bulunmak onların görevlerinden biri değildir; bunun yasal yetkisi müşterek borçluya veya alacaklıya aittir (SchKG 173a I). Bkz.: Hänni / Ljubicic, para. 11, s. 940.

²⁹⁴ Dekker, para. 24, s. 454.

²⁹⁵ İDS 290, para. MM, s. 263.

görevden alma, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, bildirimin kısa sürede yapılması gerektiği durumlarda, yönetim kurulu için belirlenen süre henüz dolmamış olsa bile, bildirimin meşruiyeti korunmaktadır.²⁹⁶

Derhal farklı bir denetçinin seçilmesi bile eski denetçinin konuyu hâkime bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Yeni denetçinin finansal durumu ne zaman fark edebileceği ve bunu bildirmek için kendisine ne kadar süre tanıyacağı genellikle belirsizdir. Eski denetçi ancak zamanında bildirimde bulunarak görev ihlalini önleyebilmektedir.²⁹⁷

İsviçre öğretisinde temsil edilen görüşe göre İsviçre Federal Mahkemesi'nin (İFM/BGer) kararları uyarınca, denetçinin raporlama yükümlülüğü, tasfiye memurlarının (yönetim kurulu veya özel tasfiye memuru) borca batıklığı hâkime bildirmemesi durumunda feshedilen şirket için de geçerlidir²⁹⁸.

Öte yandan, yönetim kuruluna ve hâkime bildirim zorunluluğu, denetçilerin cari mali yılda bilanço durumuna ilişkin sürekli veya periyodik incelemeler yapmak zorunda olduğu anlamına gelmez²⁹⁹.

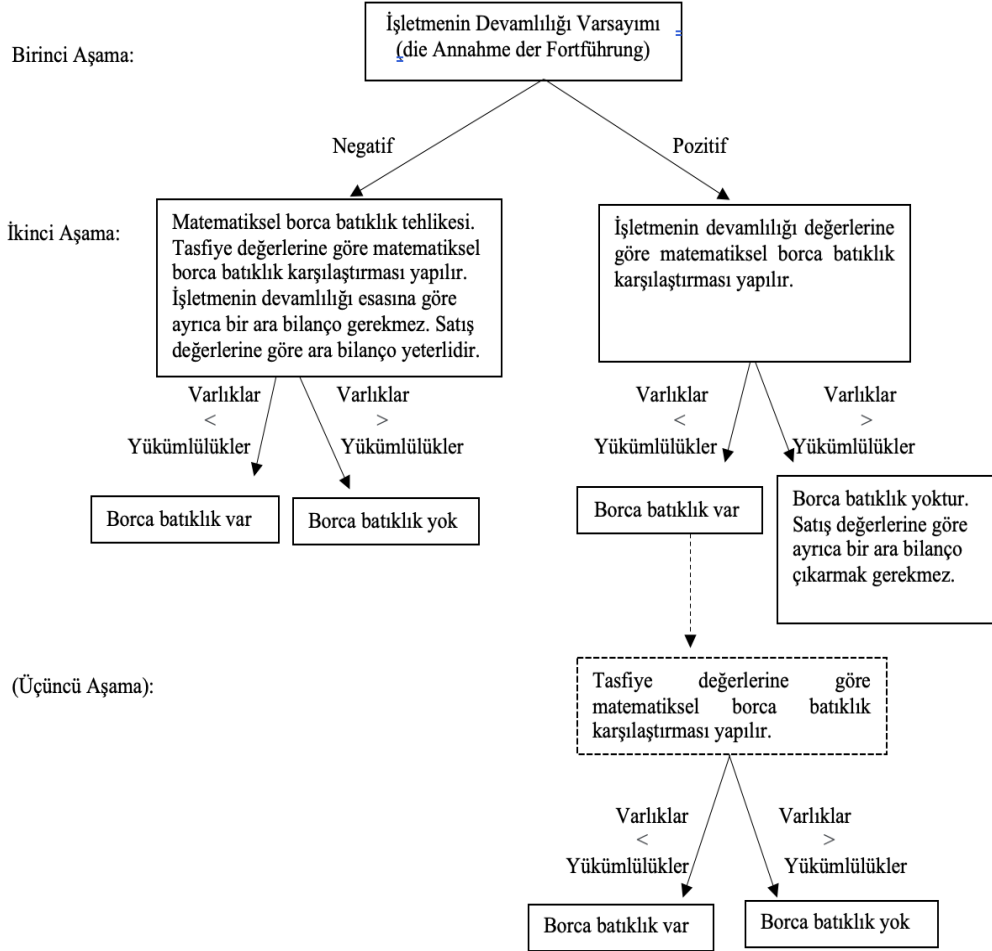
²⁹⁶ İDS 290, para. NN, s. 263-264.

²⁹⁷ İDS 290, para. NN, s. 264.

²⁹⁸ Dekker, para. 26, s. 455.

²⁹⁹ Dekker, para. 27, s. 455.

Şekil 3: İsviçre Hukukunda Borca Batıklık Testi (İsvBK 725b)



III- AB Hukuku

A- Genel Olarak

Haziran 2019’da 2019/1023 sayılı önleyici yeniden yapılandırma çerçeveleri hakkındaki AB Yönergesi’nin³⁰⁰ kabulü ile tezin konusu olan borca batıklık kurumunun mevcudiyeti, bu kurumu benimsemiş olan üye devletlerde, özellikle Alman hukukunda tartışmaya açılmıştır. 2019/1023 sayılı AB Yönergesi, borçlu şirketlerin iflaslarının önlenmesini ve faaliyetlerinin daha etkin şekilde sürdürülmesini hedeflemekte ve borçluların önleyici bir yeniden yapılandırma çerçevesine erişimlerini öngörmektedir. Önleyicilik unsuru, şirketler borca batık duruma gelmeden çok önce müdahale edilmesini gerektirir. Bu doğrultuda Yönerge md. 4’de, tanımı üye devletlerin iç hukuklarına bırakılan “*likelihood of insolvency*” (iflas olasılığı) ölçütüne işaret edilir. Üye devletlere, yeniden yapılandırma kurumlarını Yönerge ilkelerine göre elden geçirirken ne ölçüde bir “*Finansal güçlük*” (Yönerge md. 1) seviyesinin iflas olasılığı anlamına geleceğini belirleme görevi yüklenmiştir. İç hukuka aktarım için Temmuz 2021’e kadar süre öngörülmüş, süreyi bir (1) yıl uzatma imkânı da tanınmıştır. İçinde bulunulan iç hukuka uyarlama sürecinde, Alman hukukunda, borca batıklık kurumunun tamamen kaldırılması, borca batıklığı tespit yöntemlerinin değiştirilmesi veya borca batıklığa farklı hukuki sonuçlar bağlanması gibi seçenekler değerlendirilmektedir. Borca batıklık kurumunu koruyup, önleyici yeniden yapılandırma için ayrı bir ölçüt belirleme fikri de savunulan seçenekler arasındadır.

AB üyesi devletlerin ticaret hukukçuları ve iflas hukukçuları borca batıklık kurumunun akıbetinin nasıl olması gerektiğine ilişkin çalışmalar üretmekte, kimi hukukçular kurumun kaldırılmasını savunmaktadır. Ayrıca, borca batıklık kurumu çeşitli eleştirilere maruz kalmaktadır.

³⁰⁰ Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency). Yönergenin tam metni için bkz.: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1023/oj>.

B- 2019/1023 Sayılı Önleyici Yeniden Yapılandırma Çerçevesi Hakkındaki AB Yönergesi Bağlamında Kavramlar

1. Genel Olarak

Yeniden Yapılandırma Yönergesinin temel amacı, Üye Devletlerin ulusal önleyici yeniden yapılandırma ve iflas yasa ve prosedürlerindeki farklılıklardan kaynaklanan, sermayenin serbest dolaşımı önündeki engelleri kaldırmaktır.³⁰¹

Yeniden yapılandırmaya ilişkin prosedürlerin kullanılabilirliğini ve etkinliğini artırmayı amaçlayan önleyici yeniden yapılandırma çerçevesinin temel özellikleri şunlardır: (1) İflas ihtimalinde (*likelihood of insolvency*) önleyici yeniden yapılandırma çerçevelerinin kullanılabilirliği, (2) Borçlunun süreçte şirketinin yönetiminde olması (*Debtor in possession*), (3) Bireysel icra takiplerinin durması (*Stay of individual enforcement actions*), (4) Cross class cram-down³⁰², (5) Yeni finansman ve geçici finansman için koruma, (6) Adli makamların asgari düzeyde katılımıdır.³⁰³

Avrupa Komisyonu, yeniden yapılandırma için etkili bir yasal çerçevenin özelliklerini açıklarken, borçluların ödemeden aciz haline düşmeden önce daha erken bir aşamada yeniden yapılandırılmalarına olanak sağlanması gerekliliğini vurgulamaktadır.³⁰⁴ Yönerge'deki bu hususu tamamlayıcı bir diğer temel noktası, borçlu hala resmi bir yeniden yapılandırma sürecindeyken iflas başvurusunda bulunma yükümlülüğünün kaldırılmasıdır; zira sonuçta iflas tehdidinin bulunması yeniden yapılandırmadan beklenen sonuçların elde edilmesini güçleştirebilecektir.³⁰⁵

Yönergenin uygulamaya girmesiyle birlikte, iflas hukukunun geleneksel tasfiye amacından, merkezinde yeniden yapılanma bulunan kurtarma kültürüne geçiş AB çapında resmi olarak gerçekleşmektedir. Yeniden yapılandırma işlemlerinin erken başlatılması halinde yeniden yapılandırmanın başarılı sonuçlanma olasılığı artar. Bu amaçla Yeniden Yapılandırma Yönergesi, önleyici yeniden yapılandırma sürecine

³⁰¹ Yönerge gerekçe para. 1.

³⁰² Alacaklı sınıflarından bazıları kabul etmemesine rağmen yeniden yapılandırma planının bu alacaklılara da uygulanması yöntemlerinden biridir.

³⁰³ Yeniden Yapılandırma Yönergesi'nin sırasıyla 4, 5, 6, 11, 17. maddeleri.

³⁰⁴ *European Commission, Commission Staff Working Document: Impact Assessment Accompanying The Document Commission Recommendation On A New Approach To Business Failure And Insolvency*, 2014, s. 11.

³⁰⁵ Yeniden Yapılandırma Yönergesi Madde 7/1.

girebilmek için borca batıklıktan çok daha önce karşılaşılabilecek olan iflas ihtimali kriterini sunmaktadır.

2. Finansal Güçlük ve İflas Olasılığı

Yeniden Yapılandırma Yönergesi'nde, Yönergenin kötüye kullanılmasının önüne geçilirken, şirketleri sağlıklı işleyişine kavuşturma oranının yüksek olması için etkin bir yeniden yapılandırmanın erken başlatılması amaçlanmaktadır.³⁰⁶ Ancak buradaki en karmaşık konulardan biri, finansal güçlüğü işletmeyi iflasın eşiğine getirebileceği anın belirlenmesidir.³⁰⁷

Yeniden Yapılandırma Yönergesi'nde finansal güçlük³⁰⁸ (*financial difficulties*) terimi tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, bunun ne anlama geldiğine dair birtakım işaretler bulunmaktadır. İlki, yeniden yapılandırma çerçevesinin kötüye kullanılmasını önlemek için, borçlunun içinde bulunduğu finansal güçlüğü iflas olasılığına işaret etmesi şartıdır.³⁰⁹ İkincisi, finansal güçlüğü, borçlunun borçlarını vadesi geldiğinde mevcut veya gelecekteki ödeme kabiliyetine yönelik gerçek ve ciddi bir tehdide yol açması şartıdır.³¹⁰

Benzer şekilde, Yeniden Yapılandırma Yönergesi, iflas olasılığı (*likelihood of insolvency*) terimi ile tam olarak hangi duruma atıfta bulunduğunu detaylandırmamaktadır. Erken yeniden yapılandırma çerçevesi, yalnızca borçlunun içinde bulunduğu finansal güçlüğü zamanında çözmesini teşvik etmek ve kolaylaştırmak için değil, aynı zamanda alacaklıların borçlunun mali durumundan daha erken haberdar olmalarını sağlamak için de uygulamaya konmaktadır.³¹¹

³⁰⁶ Yeniden Yapılandırma Yönergesi Açıklama 24.

³⁰⁷ TODARO Laura/ MAUCORPS Ambre/ DRAGULIN Marius/ PLASILOVA Iva/ FISHER Robbert/ HAUSEMER Pierre/ VILLADSEN Jesper, "Impact Assessment Study on Policy Options for a New Initiative on Minimum Standards in Insolvency and Restructuring Law, 2017, s. 78.

³⁰⁸ Türk hukukunda "*financial distress*" teriminin karşılığı olarak finansal güçlük kavramını inceleyen ve bu sırada "*financial difficulties*" ile anlamında finansal güçlük ifadesine de değinen bir çalışma içi bkz.: ÖZKORKUT Korkut, Sermaye Piyasası Mevzuatı Açısından Finansal Güçlük Kavramı, Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2024, ss. 336-342, (**Finansal Güçlük**).

³⁰⁹ Yeniden Yapılandırma Yönergesi Açıklama 24.

³¹⁰ Yeniden Yapılandırma Yönergesi Açıklama 28.

³¹¹ Coimbra Henriques, s. 382.

3. Yaşayabilirlik (Viability)

Yeniden Yapılanma Yönergesi, Üye Devletlerin, hayatta kalma ihtimali öngörülme-yen işletmeleri, bu işletmelerin yeniden yapılandırma çerçevesine erişimine sınır koymak için ulusal yasalarına göre bir sürdürülebilirlik testine (*viability test*) tabi tutmasına izin vermektedir.³¹² Sürdürülebilir olmayan (*Non-viable*) işletmeler mümkün olan en kısa sürede tasfiye edilmelidir. Yaşayabilirlik kavramı, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki devam öngörüsü ile ilişkilendirilebilir.

4. İflas Kültürü – Şirket Kurtarma Kültürü

İflas rejimleri, dünya çapında, borçlu veya alacaklı dostu (*debtor or creditor friendly*) olmalarına bağlı olarak önemli ölçüde farklılık göstermektedir.

Almanya gibi, iflas kültürünün hâkim olduğu alacaklı yanlısı (*pro-creditor system*) bir sistemde, odak noktası borçluyu borçlunun çıkarları doğrultusunda yeniden yapılandırmaktan ziyade, şirketin tasfiyesi ile kalan şirket varlıklarının alacaklılar yararına olabilecek en yüksek değerde paraya çevrilmesidir.³¹³ Buna karşılık, ABD ve İngiltere gibi yasal altyapıda kurtarma kültürünün hakim olduğu borçlu yanlısı bir sistem (*pro-debtor system*), borçlunun finansal sıkıntıya düşmesi durumunda kurtarılması hedefine öncelik vermektedir.³¹⁴ Bu sistemde, hukuk rejimi şirketin varlıklarının işletmenin sürekliliği esasına göre tasfiyeden daha değerli olduğu durumlarda şirketin tasfiye edilmesi yerine yeniden yapılandırılmasına olanak tanımaktadır.³¹⁵ Yeniden yapılandırmanın amaçlarından biri, işletmenin devam (*going-concern*) değerini; diğer bir ifadeyle, işletmenin gerçek değerini koruyarak alacaklılara bu değere göre pay dağıtılmasını sağlamaktır. Klasik iflas sürecinde aktiflerin parça parça satışı, düşük karşılıklarla sonuçlanır. Oysa işletmenin bütünsel değeri yalnızca mallardan değil, firmanın çevresi, pazarı, müşterileri, yönetim kadrosu

³¹² Yeniden Yapılandırma Yönergesi Madde 4/2.

³¹³ WOLF Annika, “Promoting an Effective Rescue Culture with Debt-Equity-Swaps? A Comparative Study of Restructuring Public Companies in Germany and England. Promoting an Effective Rescue Culture with Debt-Equity-Swaps?” *Schriften Zur Restrukturierung*, Band 7. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2015. <https://doi.org/10.5771/9783845255743-106>, s. 36.

³¹⁴ Wolf, s. 77.

³¹⁵ Wolf, s. 51.

ve diğer çeşitli unsurlardan oluşarak malların toplam değerinin çok üzerine çıkmaktadır.³¹⁶

İflasların hızla artmasına yol açan krizlerin ve ekonomik durgunluğun etkisiyle alacaklı ya da borçlu yanlısı olması fark etmeksizin, dünyada olduğu gibi AB'de de kurtarma kültürü büyük önem kazanmıştır.

5. İflas Prosedürleri ve İflas Öncesi Prosedürler

Yeniden Yapılandırma Yönergesi, finansal güçlük içinde olan ancak gelecek vaad eden borçluların yeniden yapılandırma yoluyla iflastan kaçınmasını sağlamak amacı taşıyan iflas öncesi prosedürünü uygulamaya koymak üzere kabul edilmiştir.

İflas öncesi prosedür, Avrupa Komisyonu tarafından, “bir mahkeme veya idari makamın denetimi altında, finansal güçlük içinde olan bir borçluya, iflas öncesi aşamada yeniden yapılandırma ve iflasın başlamasını önleme fırsatı veren yarı-kollektif prosedür” olarak tanımlanmaktadır.³¹⁷

6. Yeniden Yapılandırma

Bir şirket finansal güçlüklerle karşı karşıya kaldığında iki seçeneği vardır: ya kurtarılmaya çalışılabilir ya da zorunlu tasfiye sürecine girer. Hukuk sistemleri finansal güçlüklerin çözümüne yönelik geniş bir seçenek yelpazesine sahiptirler. Temelde ise yeniden yapılandırma sürecine yönelik iki yaklaşımın olduğu ortaya çıkmaktadır: mahkeme içi veya mahkeme dışı yeniden yapılandırma.³¹⁸ Ayrıca, mahkeme içi veya mahkeme dışı prosedürlerin bazı avantajlı unsurlarını birleştiren hibrit prosedürler de bulunmaktadır.³¹⁹

Yeniden Yapılandırma Yönergesi, yeniden yapılandırmayı “borçlunun varlıklarının ve yükümlülüklerinin veya borçlunun sermaye yapısının herhangi bir kısmının (varlıkların veya işin bir kısmının satışı gibi) bileşimini veya yapısını

³¹⁶ ALTAY Sümer (Altay S.), Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C.2, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 1307-1308.

³¹⁷ Report From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee On The Application Of Council Regulation (Ec) No 1346/2000 Of 29 May 2000 On Insolvency Proceedings /* Com/2012/0743 Final*/. s. 4.

³¹⁸ Moyer, s. 55.

³¹⁹ European Commission, Commission Staff Working Document: Impact Assessment Accompanying The Document Commission Recommendation On A New Approach To Business Failure And Insolvency, 2014, s. 7.

değiştirmeyi içeren, ulusal mevzuatta öngörüldüğü takdirde borçlunun işini işletmenin devam eden bir işletme olarak satışının yanı sıra gerekli operasyonel değişikliklerin yapılmasını veya bu unsurların bir kombinasyonu öngören önlemler”³²⁰ olarak tanımlamaktadır.

§ 6 BORCA BATIKLIĞIN KALDIRILMASI TARTIŞMALARI

I- Borca Batıklığının Kaldırılması Yönündeki Görüşler

A- Genel Olarak

AB’nin Yeniden Yapılandırma Çerçevesine Dair Yönergesiyle birlikte, borca batıklık olgusunun bir iflas nedeni ve hukuki bir sonuç bağlanan finansal güçlük hali olarak akıbeti, şirketler hukuku ve iflas hukuku öğretisinde tartışılmıştır. Tartışmaların özünde, borca batıklık olgusunun Kanundan tamamen kaldırılması veya Kanunda aynı haliyle ya da uyarlanarak uygulamasının devam etmesi değerlendirilmektedir.

Borca batıklık olgusunun kaldırılmasını savunan görüş, şirketin likidite gücünün daha önemli bir gösterge olduğu gerekçesiyle, yerine yaklaşan ödemeden aciz halinin (*imminent illiquidity*) geçmesini önermektedir³²¹. Borca batıklığının zorunlu bir iflas nedeni olarak uygulanması gerektiği görüşünü savunanlar iki gruba ayrılmaktadır. Bunlar, Alman hukukundaki klasik veya değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık testinin uygulanması gerektiğine dair görüşlerdir. Bu görüşlerin alt ayrımlarında, borca batıklığının iki aşamalı testlerinin farklı değerlendirme yöntemleri kullanılarak yürütülmesi önerilmektedir.

B- Borca Batıklık Testindeki Öngörü Unsurunun Yol Açacağı Sorumluluk Meselesi

Değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık testinin öngörü unsuru, güvenilirmez sonuçlar doğurması nedeniyle eleştirilmiş ve bu nedenle hukuk politikası açısından savunulabilir olmadığı öne sürülmüştür. Bir şirketin devamlılığının tespitindeki

³²⁰ Yeniden Yapılandırma Yönergesi Madde 2/1 (1).

³²¹ BORK Reinhard, “Zum Stand der Diskussion um den Überschuldungstatbestand und zum Vorschlag einer Rückkehr zum Überschuldungstatbestand von 1999”, ZIP 2019, 43/2019, ss. 1-19, s.6-7.

belirsizliğin, devam öngörüsünün subjektif olmasının, şirket organlarına haksız bir sorumluluk yüklediği ileri sürülmektedir.³²²

Karşı argüman olarak yaklaşan ödemeden aciz kavramının da öngörü unsuru taşıdığı görüşü getirilmiştir. Buna karşılık, hukuki sonuçlar açısından yaklaşan ödemeden aciz hali ile borca batıklık arasında büyük bir farka işaret edilmiştir. Yaklaşan ödemeden aciz halinde mahkemeye iflas başvurusu yapma hakkı tanınmakla birlikte iflas bildiriminde bulunma zorunluluğu getirilmemiştir. Oysa, borca batıklık halinde, ihlali cezai sorumluluğa yol açan bir iflas istemi içeren bir bildirim zorunluluğu bulunmaktadır.³²³

Yönetim kurulunun borca batıklık durumunda iflas başvurusunda bulunma görevi, sorumlu bir yönetim kurulunun şirketin finansal durumu ex-ante sürekli gözetmesi sorumluluğu ile “*ihmal veya kasıt nedeniyle öz değerlendirmenin yapılmaması veya yetersiz olması durumunda*” ex-post yaptırım tehdidini içermektedir³²⁴. Bu, mahkemeye bildirim ile iflas sürecinin başlatma gerekçelerinin yönetim kurulu tarafından ex ante, ancak sorumluluk davalarında mahkemeler tarafından ex post olarak analiz edilmesi gerektiği anlamına gelir; bu da yöneticilerin görev ve sorumlulukları arasında geriye dönük önyargıdan (*hindsight bias*) kaynaklanan dengesizliğe yol açabilir.³²⁵

C- Uygulamada Etkili Olmadığı Görüşü

Borca batıklık düzenlemesinin yerine getirmesi beklenen işlevi, gelecekte yaşama ümidi olmayan şirketlerin iflas işlemlerini vakitli başlatması, böylece alacaklılara dağıtılacak yeterli değer kalmasını sağlamaktır. Ancak uygulamada, borçlular borca batıklık durumu meydana gelir gelmez derhal iflas başvurusunda bulunmamaktadır. Bunun nedeni, ya kanuni anlamda borca batıklık için gereken şartların oluştuğunu ve iflas bildiri yükümlülüklerinin doğduğunu fark etmemeleri

³²² Bork, s.6.

³²³ ANDERSCH Tammo/ SEBASTIAN Philipp, “Ein Betrag Aus Sicht Der Sanierungsberater.” In *Überschuldung: Quo Vadis?*, 37–38. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020, s. 37.

³²⁴ Schmidt, s. 158.

³²⁵ Schmidt, s. 150.

veya matematiksel borca batıklığı belirleneler bile, devam öngörüsü kapsamında başvuru yükümlülüğünü göz ardı edecek kadar iyimser tahminlerde bulunmalarıdır.³²⁶

Bir diğer eleştiri ise alacaklıların başvuru haklarının fiilen işlevsiz olduğu yönündedir. Çünkü kamuya açıklanan veriler borçlunun durumunu belirlemeye yetmemekte, alacaklılar borca batıklığı tespit etmek için gerekli bilgilere erişim sağlayamamakta, dolayısıyla başvuru haklarını kullanamamaktadır.³²⁷

Alacaklıların korunması amacı bakımından, sadece bilanço üzerinden yapılan borca batıklık hesaplamasına eleştiri getirilmiştir. Buna göre, borçlunun vadesi gelen borçlarını cari ve gelecek yükümlülüklerini yerine getirebilmesi halinde, alacaklı koruması açısından borçlunun borca batık olup olmamasının bir önemi olmamalıdır.³²⁸

D- Start-up'ların Hususi Durumu

Varlıkları kısıtlı ve işletme faaliyetlerinden pozitif nakit akışı sağlamanın zaman alabileceği küçük ölçekli şirketler ve start-up'lar için gerek matematiksel gerekse öngörü üzerinden yapılacak borca batıklık hesaplamalarında iflas riskini yüksektir. Devam öngörüsü açısından bu eleştiriye getirilen yanıt ise, devam öngörüsünün mantığının *“istatistiksel olarak tespit edilebilir, matematiksel bir olasılık meselesi değil, daha ziyade tümevarımsal veya sübjektif olasılık olarak adlandırılan bir olasılık meselesi olduğudur. Bu nedenle, finansörlerin start-up'ı finanse etmeye devam etmemesi özellikle muhtemel olmadığı sürece, olumlu bir devam tahmini varsayılabilir”*³²⁹.

Alman hukukunda, start-up'larla ilgili soruna, Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 16 Ağustos 2023 tarihli kararı³³⁰ bir yanıt olarak gelmiştir. Mahkeme, bir start-up söz konusu olduğunda, InsO § 19/2-1 anlamında olumlu bir devam öngörüsü için kabul edilen ilkelerin tam olarak uygulanabilir olmadığı hükmüne varmıştır. Kararda, start-up'ların genellikle başlangıçta kârlı olmadığı ve üçüncü

³²⁶ GIROTTO Frank, “Ein Beitrag Aus Sicht Der Wirtschaftsprüfer.” In Überschuldung: Quo Vadis?, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020, s. 46-47.

³²⁷ Bork, s. 6.

³²⁸ Girotto, s. 46.

³²⁹ BRINKMANN Moritz, “Die Antragspflicht Bei Überschuldung – Ein Notwendiges Korrelat Der Beschränkten Haftung!” In Überschuldung: Quo Vadis?, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020, <https://doi.org/10.5771/9783748906964-67>, ss. 67–78, s. 68,74, (Überschuldung).

³³⁰ 12 U 59/22 sayılı karar için bkz.: <https://openjur.de/u/2475554.html>.

tarafların (dış) finansmanına bağımlı olduğu kabul edilerek start-up'ların özel bir durumda olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, olumlu bir devam öngörüsü için, devam öngörüsünün süresi içinde kârlılık şartı aranmayıp dış finansmana dayalı da olsa vadesi gelen borçların ödenmesi olasılığını %50'den fazla olması kabul edilmektedir. Dış finansmanın gerçekçi bir finansal plana dayalı sağlanması gerekmektedir. Ancak start-up'ların uzun vadedeki faaliyetlerinden oluşacak kârlılık ihtimallerinin de göz ardı edilmemesi gerektiği açıklanmıştır.

Somut olaya konu start-up, ikinci el ve ticari araçların online alım-satımı ve buna yönelik yıllar içinde geliştirilen yazılımın faaliyete geçirilmesi amacıyla 2014 yılında kurulmuştur. Şirketin finansmanı, mezzanine finansman³³¹ şeklinde bir yatırımcı tarafından 31.12.2017 tarihine kadar taahhüt edilmiştir. 31.12.2015 tarihinde, şirket bilançosunda açık tespit edilmiştir. Ancak, 01.2016 ilâ 03.2016 tarihleri arasında, o dönemki şirket yönetimi tarafından şirket hesaplarından üçüncü kişilere ödemeler yapılmaya devam edilmiştir. Sonraki yönetim, Ekim 2016'da şirketin iflası istemiyle mahkemeye başvurmuştur. Daha sonra, iflas komiseri, şirketin 2015 yılı sonunda borca batık duruma geldiği gerekçesiyle, o tarihten sonra yapılan işlemlerle ilgili olarak dönemin yönetimine sorumluluk davası (eski GmbHG md. 64, yeni InsO md. 15b)³³² açmıştır. Bölge mahkemesi, 2016 yılının başında şirket için devam öngörüsünün olumlu olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, uyuşmazlık konusu ödemelerin yapıldığı tarihte şirketin devamına ilişkin yeterli şartların varlığına dolayısıyla borca batıklık olmadığına kanaat getirmiştir. Devam öngörüsünün olumlu bulunmasının gerekçesi, şirketin start-up olmasından kaynaklı özellikli durumunun göz önünde bulundurulması gereğiyle açıklanmıştır. Buna göre, start-uplar, genellikle dış finansmana bağımlıdır. Eğer dış finansmanın hükümlerine göre şirketin vadesi gelen yükümlülükleri yüksek ihtimalle karşılanabilecek ise bu, şirketin devamının varsayılması için yeterli kabul edilmiştir. Zira, yatırımcı, şirketin iş modeline olan güveninin devam ettiğini ve şirket zararları daha fazla finanse edemeyeceği düzeye gelmediği sürece yatırımını sürdüreceğini açıkça beyan etmiştir. 2016 yılı başında da aksi bir beyanda bulunmamıştır. Yatırımcı, davalının, şirketin durumuna ilişkin

³³¹ Ara finansman, köprü finansman.

³³² Karar metnine göre, eski GmbHG md. 64/1 hükmü, iflas işlemlerine kadar olan süreçte varlıklarda azalmaları önleme veya yönetimin varlıkları (terekeyi) güvence altına alma yükümlülüğüne uymaması durumunda, şirketin varlıklarının, iflas sıralamasına uygun olarak tüm şirket alacaklılarının eşit memnuniyeti için iflas işlemlerinde mevcut olacak şekilde yenilenmesini-tazminini sağlama amacına sahiptir.

finansal raporları kendisine sunduğunu ve davalının şirketin geleceğine ilişkin olumlu değerlendirmesine güven duyduğunu, buna dayanarak kredi vermeye devam ettiğini açıklamıştır.

Davacı, Bölge Mahkemesinin kararını temyiz etmiştir. Temyiz sebeplerinden biri, yatırımcının bağlayıcı bir taahhütte bulunmadığı iddiasıdır. Bölge Mahkemesi, finansmanın, devam öngörüsüyle bağlantısını ve devam öngörüsünün süresini kapsar şekilde güvence altına alınıp alınmadığını araştırmamıştır. Bir diğer sebep, yatırımcının iş modeline olan güveninin gerçekte neye dayandığı ve bu güvenin hangi koşullar altında kaybedileceği hakkında somut bir verinin olmadığı iddiasıdır. Çünkü, davalının bir işletme planlaması veya finansal planlaması bulunmamaktadır. Yatırımcı, bir finansal plan yerine davacının bilgilendirme ve değerlendirmelerine güvenmiştir. Davacı ise yatırımcının finansman beyanının geciktirici şarta bağlı bir kredi taahhüdü (*Darlehensversprechen*) olduğunu savunmuştur. Şart, finansman ihtiyacının varlığı ve buna karşılık gelen bir kazanç planlaması sunulmasını gerektirmektedir.

Yüksek Bölge Mahkemesi, yatırımcının ifadelerinden katı patronaj açıklamasında/himaye beyanında³³³ (*harte Patronatserklärung*) bulunduğu çıkarımı yapılamayacağı kanaatine varmıştır. Çünkü katı patronaj açıklamaları, Alman Medeni Kanunu (BGB) md. 280/1'e uygun olarak alacaklıların hamiye karşı tazminat talebinde bulunmasını sağlar. Himaye beyanı, tüm alacaklılar lehine düzenlenmişse, hamiye karşı talep tamamen geçerliyse ve bu sadece harici bir himaye beyanı değilse, korunan kişinin borca batıklık bilançosunda aktifleştirilmelidir. Ancak somut olayda, yatırımcının, yalnızca davalının kendisine taahhütte bulunduğu anlaşılmakta, ancak, davalının alacaklılarına, davalıdan olan taleplerinin karşılanması için yeterli fon sağlanması konusunda hukuken bağlayıcı bir taahhütte bulunmak istediğine dair bir ifade bulunmamaktadır.

Bölge Mahkemesinin kararı ve davalının iddiasının aksine, Mahkeme, özellikle Bölge Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen delillerin toplanmasının sonucunu

³³³ KIRCA İsmail, “Kredi Teminat Aracı olarak Himaye Beyanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 44, S. 1-4.

dikkate alarak, davalının olumlu bir devam öngörüsü varsayma hakkına sahip olmadığına ikna olmuştur.

Mahkeme, önceki kararlarında (20.07.2021, I-12 W 7/21 ve 17.01.2022, I-12 W 17/21), start-up şirketler söz konusu olduğunda pozitif devam öngörüsü için kolaylaştırılmış gerekliliklere ilişkin olarak açıklamada bulunmuş ve borçlu gibi bir start-up şirketi söz konusu olduğunda, Federal Mahkeme tarafından şirketin devamına ilişkin olumlu bir öngörü (*eine positive Fortbestehensprognose*) için belirlenen ilkelerin tam olarak uygulanabilir olmadığını belirtmiştir.

Borçlu gibi bir start-up şirket söz konusu olduğunda, işletmenin devamlılığı öngörüsünün gereklilikleri bu tür şirketlerin özel özellikleri ışığında değerlendirilmelidir. Start-up şirketler genellikle başlangıç aşamasında kârlı değildir. Ancak, baştaki bir kârlılık eksikliğine rağmen, faaliyetlere dayalı iş fırsatları uzun vadede göz ardı edilmemelidir. En azından start-up'lar söz konusu olduğunda, Federal Mahkeme, gelir kapasitesini (*die Ertragsfähigkeit*)/ kendi kendini finanse etme gücünü (*Selbstfinanzierungskraft*) olumlu bir devam öngörüsü için bir ön koşul olarak görmemektedir (BGH, 14.05.2007 tarihli karar- [II ZR 48/06](#), para. 18; 13.07.1992 tarihli karar (Dornier Kararı), para. 15). Böyle bir şirket doğası gereği, başlangıçta sadece borç altına girer ve kredilere bağımlıdır. Bu durumlarda, gerekli fonların kısa, orta veya uzun vadede üçüncü kişiler (kredi verenler veya pay sahipleri) tarafından da kullanılabileceği şekilde, öngörü dönemindeki ödeme gücü dikkate alınmalıdır.

Kârlılığa başvurmak ise bu şirketlerin yaşayabilirliğini (*Überlebensfähigkeit*) yok sayacak ve onları piyasadan çıkmaya zorlayacaktır. InsO md. 19 kapsamında, işletmenin devamlılığını sağlama yeteneği, %50'den fazla olasılıkla muhtemel olmalıdır. Bu nedenle belirleyici faktör, şirketin ödeme döneminde vadesi gelen ödeme yükümlülüklerini büyük olasılıkla karşılayabilmesidir.

Öte yandan, bu değerlendirmenin özünde, bir start-up şirketinin kurulmasına temel olan iş fikrini umut verici kılan, faaliyetlere dayalı bir konseptte sahip, anlaşılır, gerçekçi (finansal) bir planın olması gerekmektedir. Bunun nedeni, orta vadeli likiditenin, genellikle, yalnızca işletme faaliyeti yoluyla uzun vadede yeterli öz gelir (*eigene Erträge*) elde edilebilmesi durumunda güvence altına alınabilmesidir. Çünkü devam eden dış finansmanın gelecekte sınırlarına ulaşması ve durması beklenmektedir.

Anlaşılır, gerçekçi finansal planlamaya ilişkin sunum, yalnızca ilgili rakamların sunulmasıyla sınırlı kalmamalı; bunların türetilmesi ve rakamların gerçek faaliyet gelişimiyle ne ölçüde bağlantısının olduğu açıklanmalıdır.

Dış finansman, start-uplara ilişkin devam öngörüsünün için kullanılabilir. Ancak dış finansman, iflasın önlenmesi amacıyla planlanmışsa, bu durumda, yatırımcıya ilgili finansal planların sunulduğunun ve yatırımcının finansman taahhüdünü buna bağlı tuttuğunun kanıtlanmasını gerekmektedir. Tek seferlik bir finansal plan sunulması da temelde borçlunun yönetimi tarafından sürekli finansal planlama yapılması olarak varsayılmamaktadır. Yatırımcının, borçluyu finanse etmeye devam etme kararının temeli, hazırlanan finansal planlara dayanmalıdır. Start-up'lara ilişkin olumlu bir devam öngörüsü, yatırımcının finansman kararlarını yönetimle yakın koordinasyon içinde vermiş olmasından kaynaklanmalıdır.

II- Borca Batıklık Kavramını Gerekli Gören Görüşler

A- Sınırlı Sorumluluk Kuralına Karşılık Gerekli Olduğu

Bir şirketin finansal sağlığının kabaca üç aşaması vardır; ödeme gücü (finansal istikrar), fiili iflas durumu ve iflasın yakınlığı hali. Finansal durumun her aşamasında, pay sahipleri ve alacaklılar gibi temel paydaşlar, şirket üzerindeki çıkar çatışmalarından kaynaklanan zıt davranış eğilimlerine sahiptir. Çatışma, ilk kredinin alındığı andan itibaren mevcut olmasına rağmen³³⁴, şirketin finansal açıdan iyi durumda iken tüm tarafların çıkarları karşılandığı için yalnızca kendi çıkarlarının peşinde koşmaya motive olmazlar. Ancak şirket finansal açıdan kötüleştiğinde ve iflas noktasına yaklaştığında çıkar çatışmaları yoğunlaşır ve şirketin hızla azalan kaynaklarına yönelik rekabetin artmasına yol açacaktır.³³⁵

İflasın yaklaşması durumunda, pay sahipleri ve alacaklılar arasındaki çıkar çatışmaları çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, pay sahipleri ve alacaklıların risk tercihleri şirket kaynaklarının değerlendirilmesi ve yatırımı

³³⁴ SUNDARESH Gautam, "In Whose Interests Should a Company Be Run? Fiduciary Duties of Directors During Corporate Failure in India: Looking to the West for Answers" 8 (n.d.): 63, s. 292-293.

³³⁵ COIMBRA HENRIQUES Sérgio, "Fiduciary Duties of Company Directors Where There Is a Likelihood of Insolvency" 21st Century Commercial Law Forum: 19th International Symposium "The Up-to-date Development of the Fiduciary Duty," Tsinghua Commercial Law Research Center, Beijing, 2019, 1/10/2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3516656. (s.e.t. 30/7/2024), s. 371.

konusunda farklılık göstermektedir. Şirketin tasfiyesi halinde kendilerine hiç ya da yok denecek kadar pay kalan pay sahipleri, kendilerine daha fazla fayda sağlayacak şirketi kurtarma umuduyla yöneticileri, yüksek riskli, yüksek getirili yatırımlar yapmaya teşvik edeceklerdir. Bu tür riskli kararların olumsuz sonuçları şirketi ve dolaylı olarak alacaklıları etkileyecek olsa da sorumlulukları şirkete getirdikleri sermaye payı ile sınırlı olduğundan, pay sahipleri başarısız yatırımların tüm yükünü üstlenmemiş olacaklardır. Buna karşılık, alacaklarından dolayı yalnızca şirket malvarlığına başvurabilen şirket alacaklıları, tasfiye durumunda mevcut varlıkları korumak için düşük riskli yatırımları tercih edeceklerdir.³³⁶ Bu nedenlerden dolayı, şirketin geleceği ile ilgili olarak, pay sahipleri şirketin devamını sağlamak yönünde teşviklere sahip olurken, risk ve belirsizliklerden kaçınan alacaklılar, alacaklarını mümkün olduğu kadar geri almak için şirketi tasfiye etmeyi tercih edeceklerdir.³³⁷

Sınırlı sorumluluk ilkesi ile daha önce pay sahiplerinin üstlendiği bazı riskler alacaklılara geçmektedir. Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukuk gelenekleri, özellikle sınırlı sorumluluk kuralından doğan çıkar çatışmalarının yol açacağı zarar ve risklere karşı alacaklıları koruyucu ex-ante ve ex-post yasal ve sözleşmesel araçlar öngörmektedir. Kıta Avrupası hukuk kültüründe³³⁸, alacaklıların korunması kanuni zorunlu asgari sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi ile sağlanmaktadır.

B- Şirket Organlarının Kendi Kendini Denetleme Davranışının Yerleştirilmesi

Borca batıklık kavramı, iflas işlemlerinin başlatılmasına da zemin teşkil eden bir ölçüt olmasının yanı sıra şirket organlarının kurumsal finansal planlama açısından kendilerini değerlendirmelerini teşvik eden bir kontrol mekanizması olarak da benimsenmektedir. Zira borca batıklık düzenlemesi, bir bakıma sorumluluk ve cezai yaptırımların da yardımıyla, yöneticilerin şirketi alacaklılar açısından yeterli finansal güvenceyle işletmesini ve şirketin gelecekteki finansal yeterliliğinin sürekli olarak incelenmesini gerektirmektedir.³³⁹

³³⁶ WOOD Justin, "Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan" 26 (n.d.): 31, s. 141.

³³⁷ Sundaresh, s. 293.

³³⁸ The Second Company Law Directive 2012/30/EU.

³³⁹ Schmidt, s. 153-154.

III- Ara Sonuç

Birinci bölümde ulaştığımız sonuçlar aşağıda maddeler halinde özetlenmiştir:

(i) Türk Ticaret Kanunu ile İcra İflas Kanunu’nda yer alan düzenlemelerin birbiriyle uyumlu hale getirilmesi için değişiklikler yapılması gereklidir.

Türk hukukunda sermaye şirketlerinin borca batıklığı konusundaki temel düzenleme, TTK İkinci Kitap’taki “Anonim Şirket” başlıklı Dördüncü Kısım’da yer alan “Yönetim Kurulu” başlıklı İkinci Bölüm içindeki TTK md. 376/3 hükmüdür. İlgili hüküm, TTK md. 633 ve 634 atfı ile limited şirketlere uygulanacaktır. Kooperatifler için KoopK’da, TTK md. 376/3 karşısında özel hüküm niteliğinde olan “Kooperatifin aczi halinde yapılacak işler” başlıklı md. 63 düzenlemesi öngörülmüştür. Halka açık anonim şirketler için SerPK’da ayrıca özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak SPK, halka açık anonim şirketler açısından TTK md. 376’nın uygulama usul ve esaslarını 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı ilke kararı ile belirlemiştir. Bankaların mali bünyelerinde bozulma yaratacak hâller, 5411 sayılı BankK “Denetim ve Alınacak Önlemler” başlıklı Altıncı Kısım’da md. 67’de belirlenmiş ve düzeltici, iyileştirici, kısıtlayıcı önlemlerin yanı sıra faaliyet izninin kaldırılması veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devrini öngören düzenlemeler BankK md. 68 ve devamında hüküm altına alınmıştır. Ancak, genel hukuk kuralı olarak ve BankK md. 2/3 uyarınca, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler tatbik olunabileceğinden, söz konusu durumlarda TTK md. 376/3’e başvurmak mümkün olacaktır.

TTK md. 376/3 ile çelişen ancak genel olarak sermaye şirketlerinin borca batıklığını düzenleyen bir diğer hüküm ise iflas yoluyla takibe ilişkin İİK Altıncı Bap’taki “Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflâsı” başlıklı İİK md. 179’de düzenleme altına alınmıştır. İİK md. 179 ile bağlantılı olarak, İİK On Altıncı Bap’taki Cezai hükümler başlığı altında yer verilen İİK md. 345a düzenlemesinde, sermaye şirketlerinin iflasını istemek mecburiyetinde olanlara yönelik cezai yaptırım öngörülmüştür.

Kanaatimizce, İİK md. 179 düzenlemesindeki borca batıklığın tespitine ilişkin “*aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu*” cümlesi madde hükmünden çıkarılmalıdır. Tıpkı İİK md. 179’un son

cümlesinde TTK md. 377 ve 634 ile KoopK m. 63 hükümlerinin saklı tutulması gibi, bu hususta sadece TTK md. 376/3 ve KoopK md. 63 hükümlerine atıf ile yetinilmelidir. Ayrıca, TTK md. 376/3'te öngörülen görevin yerine getirilmemesinden doğan cezai sorumluluk, TTK'nın "Cezai Sorumluluk" başlıklı On İkinci Bölümü'nde düzenlenmelidir. İİK md. 345a düzenlemesindeki ilgili ifadeler çıkarılmalı, TTK'daki cezai sorumluluk düzenlemelerine atıfla yetinilmelidir.

Önerimize ilişkin ilk neden, TTK'nın kendi sistematığının bulunduğu gerçeği ve bu bütünlüğün ve TTK sistemi içindeki dengenin korunması gerekliliğidir. Borca batıklığın tespiti, borca batıklık halinde iflas bildiriminde bulunma görevi, iflas bildiriminden kaçınmak için başvurulabilen yöntemler veya iflas talebi yanında konkordato isteme imkânı TTK md. 376 ve 377'da düzenlenmiştir. İflas bildirimi görevinin ihlâli halinde cezai sorumluluk da TTK bünyesinde hüküm altına alınmalıdır. Ancak TTK düzenlemesinden sapan şekilde İİK md. 179 hükmünde, farklı bir borca batıklık tanımı getirilmiştir. Üstelik, bu hüküm, tıpkı 6728 sayılı Kanunla 2016 yılında yapıldığı gibi değiştirebilmektedir. Bunun sonucu olarak, borca batıklık kavramının ne ifade ettiği ve ne zaman borca batıklık nedeniyle iflas bildiriminde bulunulması gerektiği konusunda karmaşaya neden olunmaktadır. Bu karmaşa, zaman içinde İİK'da yapılacak değişiklikler nedeniyle artma riskini de taşımaktadır. Bunun ötesinde, İİK md. 354a hükmü sebebiyle, borca batıklıktan doğan iflas bildirimini yerine getirmemenin cezai sorumluluğu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Açıklanan durum, hukuk güvenliğini açıkça tehlikeye atmaktadır.

İkinci neden, İİK düzenlemesinin ticaret hukukuna ve TTK'ya hâkim olan şirketlerin ayakta tutulması ilkesi ile örtüşmemesidir. eTTK md. 324 düzenlemesinde, borca batıklık yalnızca aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço ile belirleniyorken, TTK md. 376/3 hükmünde işletmenin devamlılığını esas alan ikinci bir ara bilanço öngörülmesi buna örnektir. Çünkü, ikinci bilançonun, çoğu zaman, ilkinden daha yüksek bir değer göstermesi beklenmektedir. TTK md. 376/3 gerekçesinde de ifade edildiği gibi borca batıklık düzenlemesinde öncelikle, "*şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını*" ortaya koymak amaçlanmaktadır. 1969 tarihli KoopK'nın konkordatoya ilişkin ekleme yapılan son fıkrası hariç günümüze kadar değişikliğe uğramayan md. 63 hükmü, her ne kadar karmaşık bir düzenleme olsa da, şirketin ayakta tutulması ilkesiyle uyusmaktadır. Zira, eTTK md. 324'te borca batıklık, aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetip yetmediği, sadece

aktiflerin satış fiyatlarını esas alan bir bilançodan tespit edilmektedir. Ancak aynı dönemde yürürlükte olan KoopK md. 63'te, kooperatif mevcudunun, borçlarını karşılayıp karşılamıyacağı, son yılın bilançosundan, cari fiyatlar üzerinden hazırlanan bir ara bilançodan veya tasfiye bilançosundan belirlenmekteydi. Buna göre, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da keyfiyeti bildirme ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırma yükümlülüğü doğmaktadır. Dolayısıyla, İİK md. 179'da olduğu gibi, aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre düzenlenmiş bir ara bilançoda borca batıklık çıktı ise derhal iflas bildirimin yapılması ve şirketin iflasına karar verilmesi, ticaret hukukunun ilkeleriyle uyumlu bir anlayış değildir.

Üçüncü neden, yine şirketin ayakta tutulması ilkesinin bir görünümü olan ve eTTK md. 324 hükmünde yer almayan ancak TTK md. 376/3 hükmünden öngörülen sırada geri çekilme beyan veya anlaşmasının iflas bildirimi yapılmasını veya iflas bildirimi yapılmışsa iflas kararı verilmesini önlemesidir³⁴⁰. Oysa, İİK md. 179 hükmü, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilanço'ya göre borca batık olduğu beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın şirketin doğrudan iflâsına karar verileceğini düzenlemektedir. Bu durumda, TTK md. 376/3 ile İİK md. 179 arasında kanuni borca batıklık tanımı hakkında ve ne zaman borca batıklık nedeniyle iflas bildiriminde bulunacağı konusunda çelişki olmasının yanında, borca batıklık söz konusu iken iflas kararının önüne geçilmesi için alınacak önlemler konusunda da önemli bir fark bulunmamaktadır. Sonuç olarak, İİK hükümleri, TTK md. 376/3 ile uyumlu olacak şekilde değiştirilmeli ve TTK md. 376/3 uyarınca doğacak cezai sorumluluk TTK On İkinci Bölüm'de düzenlenmelidir.

(ii) TTK md. 376/3 hükmü anlamında borca batıklık tespitine, devam öngörüsü dahil edilmesinin faydalı olduğu görüşündeyiz.

Türk hukukunda borca batıklık tespiti, esas olarak ara bilançolar üzerinden yapılmaktadır. Borca batıklık düzenlemesinin amaçlarından biri, şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını, şirketin yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olup olmadığını belirlemektir. Bir diğer temel amaç ise şirket alacaklılarının korunmasıdır. Bu iki amaç birbirinden bağımsız değildir. Yaşayabilir

³⁴⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz.: Üçüncü bölüm, §10-IV-B başlığı.

şirketin iflas etmesi yerine faaliyetine devam etmesini sağlamak, alacaklı korumasına aykırı olmayıp alacaklı korumasına hizmet edebilmektedir. Bu doğrultuda, borca batıklık, gerçekçi bir şekilde şirket aktiflerinin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetip yetmediği, aktiflerin muhtemel satış fiyatları ve işletmenin devamlılığı esaslı ara bilançoların sonuçlarına göre belirlenmektedir. Sonuçta, şirketin hukuken devam edebilirliği, yalnızca bilançolar üzerinden ölçülmektedir. Mukayeseli hukukta ise şirketin finansal gücü, şirketin malvarlığının bilanço tarihindeki fotoğrafını çeken ara bilançoların yanı sıra devam öngörüsü adı verilen bir yöntemle anlaşılmaktadır. Kanuni borca batıklık tespiti, bu yöntemi kapsamaktadır.

Alman hukukunda borca batıklık incelemesinde, devam öngörüsü ve tasfiye değerleri üzerinden çıkarılan bir ara bilanço dikkate alınmaktadır. Daha önceki düzenlemede, devam öngörüsü, yalnızca ara bilançoların hazırlanmasında işletmenin devamlılığı değerleri veya satış değerlerinden hangi değer ölçütünün kullanılacağını belirleme adımı olarak borca batıklık tespitinin ilk aşamasında yer almaktaydı. Mevcut düzenlemede ise doğrudan doğruya kanuni borca batıklık tespitinde belirleyici bağımsız bir adımdır. Bir şirket, ancak her iki ölçüt (devam öngörüsü ve tasfiye değerleri üzerinden çıkarılan ara bilanço) olumsuz sonuç verirse kanuni olarak borca batık kabul edilmekte ve iflas bildirimi yükümlülüğü doğmaktadır. Devam öngörüsü ile şirketin finansal gücünün orta vadede işletmenin varlığını sürdürmek için yeterli olup olmadığı ölçülmektedir. Bu kapsamda, gelecek 12 ay içinde, borçlunun mevcut yükümlülüklerini vadesi geldiğinde ödeyememe ihtimali yüzde 50'den fazla ise olumlu devam öngörüsünden söz edilmektedir. Olumlu devam öngörüsü, tasfiye değerleri üzerinden bir ara bilanço çıkarma gerekliliği ortadan kaldırmakta ve iflas bildirimi yükümlülüğü de doğmamaktadır. Ancak olumsuz bir devam öngörüsü halinde, tasfiye değerleri üzerinden bir ara bilanço hazırlanma şartı yerine getirilmelidir. Bu bilançodan aktiflerin mevcut yükümlülükleri karşılayabileceği anlaşılırsa artık borca batıklık sebepli iflas bildirimi yapılması gerekli değildir. Tersine sonuçta ise iflas isteminde bulunulması zorunludur.

İsviçre hukukunda da kanuni borca batıklık, devam öngörüsü, işletmenin sürekliliği değerlerine göre ara bilanço ve satış fiyatlarına göre ara bilanço çıkarılmasını ile anlaşılmaktadır. İsvBK revizyonu öncesi, İsviçre hukukunda da devam öngörüsü yer almamaktaydı. Revizyon sonrası mevcut İsviçre uygulamasında, devam öngörüsü, tek başına borca batıklığın bertaraf edilmesi için yeterli kabul

edilmemektedir. Devam öngörüsü, hangi ara bilançonun çıkarılması gerektiği konusunda bir ölçüt oluşturmaktadır. Devam öngörüsünün olumsuz sonuç vermesi halinde, borca batıklık tespiti için satış değerleri üzerinden çıkarılacak bir ara bilanço yeterli kabul edilmekte, bunun dışında işletmenin sürekliliği değerlerini gösteren bir ara bilanço hazırlanması zorunlu olmamaktadır. Devam öngörüsü olumlu sonuç verirse, işletmenin sürekliliği değerleri esaslı bir ara bilanço yeterlidir; ayrıca satış değerlerine dayalı bir ara bilanço düzenlemek kanunen zorunlu değildir. Eğer işletmenin sürekliliği değerlerindeki ara bilanço olumsuz sonuç verirse, satış değerlerine göre bir ara bilanço çıkarılabilir.

Bilanço, şirketin bilanço tarihindeki durumunun fotoğrafını çekmektedir. Oysa, TTK md. 376/3 gerekçesinde de ifade edildiği gibi borca batıklık düzenlemesinde, şirketin mevcut yatırımlarının sonuçları, ileriki yıllardaki kâr edebilme olasılığı dikkate alınmalıdır. Bu, alacaklıların korunması amacına da katkı sağlamaktadır. Çünkü, şirketi borca batıklık durumunda iflas ettirmenin amacı şudur; gerçekçi olarak yaşayabilir ve kâr elde edebilir olmayan bir şirket faaliyetine devam ederse daha fazla zarar edecek ve alacaklıların tasarrufu için kullanılacak malvarlığı giderek azalacaktır. Böyle bir şirketin iflas etmesi, rasyoneldir. Ancak, borca batık bir şirket iflas etmiş olsa dahi alacaklıların bütün alacaklarının karşılanması zaten mümkün değildir. Bu bakımdan, borca batık bir şirketin vakitli iflası, gecikmiş iflasına göre alacaklıların daha fazla alacağının ödenmesini sağlayacaktır. Yaşamayı ekonomik olarak rasyonel bir şirketin faaliyetlerine devam etmesi halinde ise alacaklılar, bu şirketin iflas etmesine nazaran, çoğunlukla, alacaklarının daha fazla bir kısmını geri alabileceklerdir. Bu açıdan, bir şirketin yaşama yeteneği ve borç ödeme yeteneği birbiriyle bağlantılıdır. Ayrıca, şirketin yaşayabilirliğini doğru şekilde tespit etmek, alacaklılar, şirket, şirket pay sahipleri ve diğer ilgililer için önemlidir.

Devam öngörüsü, şirketin mevcut ve gelecekteki durumuna projeksiyon tutan bir değerlendirmedir ve şirketin borç karşılama gücünü ölçmektedir. Finansal güçlük içinde olan şirketlerin bireysel ekonomik koşullarını dikkate almak ve kendine özgü faaliyetlerine devam edebilme yeteneğini ölçmek bakımından önemlidir. Kanaatimizce, kanuni borca batıklık ölçümü için, şirketin hukuken devam edebilirliğini anlamak için devam öngörüsü önemli bir işleve sahiptir ve TTK md. 376/3 düzenlemesinde yer verilmelidir.

Devam öngörüsü, şirketin öngörülebilir gelecekteki yaşayabilirliğine ilişkin genel değerlendirme olup, şirketin ödeme gücü öngörüsü niteliğindedir. Şirketin finansal gelişimi dikkate alınmakta, bu kapsamda, şirketin faaliyetlerini sürdürmesini engelleyecek gelecekteki bir likidite açığı da belirlenmektedir. Devam öngörüsünün olumlu çıkması, öngörü süresi içinde borç ödeme gücünün sürdürülmesinin ödemedi aciz halinin ortaya çıkmasından daha muhtemel olmasıdır. Öngörülen süre, mukayeseli hukukta 12 ay olarak belirlenmiştir.

Devam öngörüsü için şirketin mevcut ve gelecek verilerini hesaba katan bir finansal plan hazırlanmaktadır. Bu planda, borçlunun kendine özgü özelliklerinin veya işletme konsepti/iş modelinin dikkate alınmasına olanak sağlanmaktadır. Öngörü dönemi içinde, şirketin ödeme araçlarının vadesi gelmiş ödeme yükümlülüklerini karşılamak için yeterli olup olmadığı ölçülmektedir. Alman hukukunda, finansal plana, borç ödeme gücünü sağlamak için likidite sağlanacaksa, pay sahibi kredileri, pay sahipleri tarafında yapılacak öz sermayeye ek ödemeler, sermaye artışları, iyileştirme kredilerinin alınması vb. gibi önlemler, beklenen etkileriyle birlikte dahil edilebilmektedir.

Devam öngörüsü ile genel ekonomik ve finansal krizler veya şirket yönetimine ilişkin nedenlerden dolayı finansal güçlük içinde olan şirketlerin ticari faaliyetlerini sürdürmek için normal piyasa koşullarında faaliyetleriyle bağlantılı bağlı olarak kâr üretme becerisi, iç finansman sağlama yeteneği ölçülür. Buna göre, geleceğine dair olumlu beklentileri olan şirketlerin yaşama ihtimali artmaktadır. Böylece, ancak krediye bağımlı şekilde devam edebilen şirketler ile kendi ticari faaliyetlerinin kârlılığı ve otofinansmanıyla devam edebilen şirketler birbirinden ayırt edilebilecektir.

Sonuç olarak, start-up şirketleri gibi şirketin kendine özgü özelliklerini ve iş modelini dikkate alan, şirketin finansal gücünün orta vadede şirketi devam ettirmek için yeterli olup olmadığını ölçen devam öngörüsü, şirketin ekonomik açıdan rasyonel olarak yaşayabilirliğini ölçmek ve alacaklı koruması için borç ödeme yeteneğini gerçekçi şekilde değerlendirmek için önemli bir işleve sahiptir ve kanımızca Türk hukukundaki borca batıklık düzenlemesinde bu kavrama yer verilmelidir.

(iii) Borca batıklık nedeniyle mahkemeye iflas bildiriminin yapılacağı süre ile ilgili olarak TTK md. 376/3 düzenlemesine açıklık getirilmesi özellikle hukuki ve cezai sorumluluk hükümleri dikkate alındığında önem taşımaktadır.

TTK md. 376/3 hükmüne göre, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler söz konusu ise iki ara bilanço çıkarılması gerekmektedir. Ara bilançolardan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, borca batıklık gerekçesiyle şirketin iflası istenmelidir. Ancak kanuni düzenlemede, borca batıklık tespit edildikten sonra hangi süre içinde mahkemeye bildirimde bulunulması gerektiğine dair bir süre belirtilmemiştir.

eTTK md. 324'te, şirketin aktifleri şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisinin bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecbur olduğu düzenlenmişti. Ancak derhal ifadesi, mevcut TTK md. 376/3 hükmüne alınmamıştır.

Halka açık anonim şirketlerle ilgili olarak, SPK'nın 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı İlke Kararı'nda borca batıklık tespit edildikten sonra hangi süre içinde iflas bildirmesi yapılacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Kararda sadece, ara bilançoların borca batıklık şüphesinin çıkmasını takiben en çok 30 gün içerisinde tanzim edilmesine dair bir maddeye yer verilmiştir. KoopK md. 63, İİK md. 179 veya İİK md. 345a hükümleri de iflas bildiriminin süresin hakkında bir düzenleme içermemektedir.

Alman hukukunda, InsO § 15a hükmüne göre, borca batıklığın başlamasından itibaren en geç altı hafta içinde mahkemeye iflas başvurusunda bulunmak gerekmektedir.

İsviçre hukukunda ise İsvBK md. 725b/4-2, borca batıklığın makul bir süre içinde, ancak denetlenen ara finansal tabloların sunulmasından itibaren en geç 90 gün içinde giderilebileceğine dair makul bir ihtimalin olması ve alacaklıların alacaklarının ilave olarak tehlikeye atılmaması koşuluyla mahkemeye bildirilmesine gerek bulunmadığını düzenlemektedir. Buna göre, İsviçre hukukunda azami süre 90 gündür.

Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler doğrultusunda, yönetim kurulunun, TTK md. 369 hükmü uyarınca özen yükümlülüğü çerçevesinde, iki ara bilanço hazırlayıp borca batıklığı tespit ettikten sonra makul süre içinde mahkemeye

bildirimde bulunması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız³⁴¹. Öte yandan, kanaatimizce, borca batıklık bildirimini yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı için genel hukuki sorumluluğun yanı sıra özel olarak cezai sorumluluk öngörülmesi göz önüne alınırsa, bir süre sınırının getirilmesi ilgili yükümlülüğü taşıyan kişiler açısından netlik sağlayacaktır.

(iv) TTK md. 376/3 hükmü kanuni borca batıklığın tespitini açıklığa kavuşturacak şekilde düzenlenmelidir.

TTK md. 376/3 hükmü borca batıklığın tespitinde hangi bilançonun esas alınacağı konusunda açık değildir. Buna bağlı olarak, iflas bildirimini ve TTK md. 377 kapsamında iflâs talebiyle birlikte konkordato talebinin hangi bilanço esas alınarak yapılması gerektiği de netlik taşımamaktadır. Öğretideki farklı görüşler de madde hükümdeki çelişkinin bir sonucudur. Buna göre, ara bilançolardan herhangi birinin borca batıklık kaynaklı iflas bildirimini için yeter ve gerek şart olduğu görüşü, muhtemel satış fiyatlarına göre ara bilançonun esas alınması gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır. Biz, iflas bildirimini yükümlülüğünün doğması ve konkordato talep edilebilmesi için her iki bilançoda borca batıklık tespit edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktayız³⁴².

İİK md. 179 ve 354a durumu daha da karıştırmakta ve işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançonun kadük kalmasına yol açar şekilde iflas bildirimini yalnızca aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançooya bağlamaktadır. Bu hükmün, TTK md. 376/3 karşısında uygulanamayacağı görüşümüz, daha önceki incelemelerde ortaya koyulmuştur³⁴³.

Alman hukukuna bakıldığında, kanuni borca batıklık tespitinin, iki aşamalı bir ölçümle yapıldığı görülmektedir. İlk aşamada, devam öngörüsü hazırlanmaktadır. Öngörü olumlu sonuç verirse bir ara bilanço çıkarmak gerekmemektedir. Ancak olumsuz sonuç çıkması halinde, aktiflerin şirketin mevcut yükümlülüklerini karşılayıp karşılamadığı tespit edilmelidir. Alman hukukundaki önceden yer alan işletmenin

³⁴¹ Bu hususla ilgili olarak bkz.: Üçüncü bölüm, § 8-I başlığı.

³⁴² Bu konuda, iflas bildirimini yükümlülüğünün doğması ve konkordato talep edilebilmesi için her iki bilançoda borca batıklık tespit edilmesi gerektiğini savunmaktayız. Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz.: İkinci bölüm, § 7-II-E başlığı.

³⁴³ Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz.: Birinci bölüm, § 4-II başlığı.

devamlılığı esaslı ikinci bir ara bilanço çıkarılması uygulaması, mevcut uygulamada devam ettirilmemektedir.

Revizyon öncesi İsviçre hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi hangi ara bilançonun kanuni borca batıklık belirlemesi için esas alınacağına dair tartışmalar bulunmaktaydı. Ancak revizyon sonrası mevcut düzenlemede, bu husus çözüme ulaştırılmıştır. İsvBK md. 725b hükmüne göre, iki ara bilanço çıkarılması gerektiği belirtilse bile bu bilançoları birlikte çıkarmak şart değildir. Çünkü, şirketin faaliyete devam edeceği varsayılıyorsa, devam öngörüsü olumlu ise işletmenin sürekliliği değerlerindeki ara bilanço da borca batıklık göstermezse, satış değerlerinde bir ara bilanço gerekli değildir. Şirketin faaliyete devam etmeyeceği varsayılırsa, devam öngörüsü olumsuz ise satış değerlerinde bir ara bilanço yeterli kabul edilmektedir. Böylece, hem ara bilançolardan hangisinin dayanak alınacağına dair karışıklık çözülmüş hem de uygulamadaki borca batıklık hesaplamalarının maliyetli olduğuna dair kaygılara yanıt verilmiştir.

Türk hukukundaki mevcut düzenlemelere göre, borca batıklık şüphesinin ortaya çıkmasıyla birlikte, işletmenin devamlılığı esaslı ve muhtemel satış fiyatlarına göre ara bilançoların ikisinin birden hazırlanması gerekmektedir. Kanaatimizce, TTK md. 376/3 hükmünde değişikliğe gidilerek iflas bildirimi zorunluluğu doğuran ve konkordatoya başvurma şartını oluşturan kanuni borca batıklık tespitinin nasıl yapılacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

(v) Mukayeseli hukuktaki borca batıklığın kaldırılması tartışmaları kapsamındaki görüşümüz borca batıklık kurumunun kaldırılmaması yönündedir.

Mukayeseli hukukta, özellikle Alman hukukunda borca batıklık kurumunun kaldırılması yönünde tartışmalar yapılmaktadır. Bu tartışmalar, son olarak Alman İflas Kanunu'ndaki borca batıklık düzenlemesinin 2019 tarihli AB Yönergesi doğrultusunda revizyona uğradığı dönemde tekrar ortaya çıkmıştır. Ancak Türk hukukunda, mukayeseli hukuktan farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Dolayısıyla, borca batıklığın kaldırılmasına dair sunulan birtakım sebepler Türk hukuku için geçerli olmamaktadır.

Borca batıklığın kaldırılmaması yönündeki görüşümüzün ilk nedeni, Türk hukukunda, Alman hukukunda zorunlu iki iflas sebebinden biri olan ödemeden aciz halinin İİK md.178/1 doğrultusunda ihtiyari bir iflas sebebi olmasıdır. Türk hukukunda sermaye şirketlerinin zorunlu iflas sebebi yalnızca borca batıklıktır. Borca batıklığın kaldırılması halinde, sermaye şirketleri için zorunlu bir iflas sebebi kalmayacaktır. Alacaklı koruması açısından ise bu kurumun devam ettirilmesi önemlidir. Çünkü, alacaklıların borçlunun iflasını isteme hakları İİK’da düzenlenmişse de borçlunun finansal durumunu en iyi yine kendisi takip ve tespit edecektir. Alacaklılar, özellikle TTK’da 6335 sayılı Kanun’la yapılan ve internet sitesi kurma, finansal tabloların sürekli kamuya açıklanması gibi hükümlerin Kanun’dan çıkarıldığı değişikliklerden sonra borçlunun finansal durumu hakkında kısıtlı bilgiye çoğunlukla gecikmeli şekilde ulaşabilecektir. Bu, halka kapalı şirketlerin alacaklıları için daha da muhtemeldir. Borçlu ise sadece ihtiyari olarak iflas isteminde bulunursa, alacaklıların zararına dahi olsa kendi lehine gördüğü takdirde iflas bildiriminde bulunmaktan kaçınabilecektir. Halbuki, zorunlu bir iflas nedeni olarak borca batıklık, cezai sorumluluk hükmü ile birlikte, şirket yönetimini alacaklıları da koruyan şekilde hareket etmeye ve şirketin finansal durumunu gözetlemeye sevk etmektedir.

İkinci neden ise ilkiyle bağlantılıdır. Sermaye şirketleri, pay sahiplerinin sadece sermaye koyma taahhütlerini yerine getirmekle yükümlü oldukları, ayrı tüzel kişilik-ayrı malvarlığı ilkesi gereğince alacaklıların şirketten olan alacakları için pay sahiplerinin malvarlığına başvuramadığı sınırlı sorumluluk esasına dayalı şirketlerdir. Bir alacaklı için alacaklarının zamanında ve doğru şekilde ifa edilmesi önemli ve yeterlidir. Dolayısıyla, alacaklılar için ödemeden aciz halinin iflas sebebi olarak yeterli olduğu savunabilir. Bununla birlikte, şirketin finansal sağlığı ve borç ödeme gücü/yeterliliğini belirlemede, likiditesi ve bilanço verileri özel önem taşımaktadır. Bu bakımdan, alacaklı koruması açısından sınırlı sorumluluk kuralı karşısında borca batıklık düzenlemesi dengeleyici ve uyarıcı bir araç işlevi görmektedir.

Borca batıklığın kaldırılmaması yönündeki görüşümüzün üçüncü gerekçesi, TTK sistemi içinde borca batıklığın ayrıca işlevinin bulunmasıdır. Halka açık anonim şirketler için zorunlu olan (örn; “Kurumsal Yönetim İlkeleri” başlıklı SerPK md. 17) kurumsal yönetim anlayışı, zorunlu tutulmamakla birlikte, 6102 sayılı TTK ile halka kapalı şirketlere de yayılmak istenmektedir. TTK madde gerekçelerinde çok defa kurumsal yönetim ilkelerine atıf yapıldığı görülmektedir. Borca batıklık kurumu,

şirketin iç kontrol mekanizmasının kurulması, finans denetimi, finansal planlaması, risklerin erken saptanması anlayışlarıyla bağlantılıdır. Borca batıklık, şirket yönetiminin şirketin durumu, finansal sağlığı konusunda sürekli öz değerlendirme yapmasının sağlanması açısından işlev gösterebilecektir.

Son sebep ise, borca batıklığın konkordato gibi mahkeme içi yeniden yapılandırma sürecine giriş için bir ölçüt olmasıdır. Türk hukukunda, konkordato, TTK md. 377 hükmü uyarınca borca batıklık nedeniyle iflas isteminde bulunurken ve İİK md. 285 hükmüne göre, borçlar, vadesi geldiği hâlde ödenemiyorsa veya vadesinde ödenememe tehlikesi mevcutsa mahkemeden talep edilebilir. 2019 yılında yürürlüğe giren AB Yönergesi'nde yer verilen "*Likelihood of Insolvency*" kavramından hareketle, mahkeme içi yeniden yapılandırma araçlarına borca batıklık veya ödemeden aciz gibi ileri düzeydeki finansal güçlük hallerinden önce başvurulması için "yaklaşan ödemeden aciz" şeklinde bir kurum oluşturulmuştur. Bu kurum, esasen daha önce var olmakla birlikte, AB Yönergesi hükümlerine göre uyarlanmıştır. Alman (InsO md. 18) ve İsviçre Hukukları'nda (İsvBK md. 725), yaklaşan ödemeden aciz hali içinde bulunan şirketler, mahkeme içi yeniden yapılandırma süreçlerine başvurabilmektedir. Yaklaşan ödemeden aciz hali, 24 aylık bir öngörü dönemi içinde borçlu şirketin alacaklılarının alacaklarını ödeme gücünü ölçmektedir. Türk hukukunda mahkeme içi yeniden yapılandırmaya başvurma hakkı tanıyan erken dönem finansal güçlüğü ifade eden bir kurum yer almamaktadır. Dolayısıyla, ödemeden aciz dışında yalnızca borca batıklık kurumu kapsamında bu imkân tanınmaktadır.

Erken dönem finansal güçlük içindeki bir şirketin mahkeme içi yeniden yapılandırmaya başvurma hakkının tartışılması bu tezin kapsamı dışında kalmaktadır. Öte taraftan, böyle bir kurum mevcut olsa dahi şirketin ayakta tutulması ilkesi çerçevesinde, ileri düzeydeki bir finansal güçlük durumunu ifade eden borca batıklık halinde konkordato kapsamında şirketin yeniden sağlığına kavuşturulması imkânı sağlanması önemlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

TTK Md. 376/3 HÜKMÜ ANLAMINDA BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ

§ 7 BORCA BATIKLIK HALİNİN TESPİTİ

I- Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğü

Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrasına göre şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kuruluna aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartma görevi yüklenmiştir. Kanunda, ara bilanço düzenlenmesi için belli bir süre belirlenmemiştir.

Borca batıklık hükmünün amacıyla ilişkili olarak, ara bilanço düzenleme yükümlülüğü, şirketin finansal durumuna ilişkin sürekli bir gözetim, takip ve değerlendirme yapılmasını sağlamak hedefi ile ilgilidir³⁴⁴.

Madde gerekçesine göre, borca batık durumda bulunduğu şüphesi uyandıran işaretleri, yıllık bilânçodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin, erken teşhis komitesinin raporlarından ve/veya yönetim ile yönetim kurulunun belirlemelerinden ortaya çıkabilir.³⁴⁵

eTTK md. 324’e (ayrıca KoopK md. 63/I’e) göre borca batıklığın bir bilançodan tespit edilmesi gerekmektedir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, bir kararında, borca batıklığın tespitine ilişkin şu açıklamayı yapmıştır [32]: “...Şirketin borca batık durumda olup olmadığının tespiti için TTK.nun 324/2. maddesi uyarınca aktiflerin satış değerleri üzerinden düzenlenecek olan ve şirketin gerçek mal varlığı hakkında bilgi vermeyi amaçlayan bir mal varlığının tespit bilançosu gerekir...”.

³⁴⁴ Borca batıklık hükmünün bir amacının şirketin ilgili organının şirketin finansal durumuna ilişkin sürekli öz değerlendirme içinde bulunmasını sağlamak olduğuna ilişkin değerlendirmemiz için bkz. Birinci bölüm, §6-III- Ara sonuç ve sonuç başlıkları.

³⁴⁵ Borca batıklık belirtilerine ilişkin olarak bkz.: Türk, **Borca Batıklık**, s. 240-243.

II- Ara Bilançolar

A- Borca Batıklık Hesaplamasına Esas Olan Ara Bilançolar

1. Genel Olarak

Borca batıklığın tespiti için hazırlanan ara bilançolarda ticaret hukukundaki yıllık bilanço veya vergi hukuku muhasebeleştirme ve değerlendirme kurallarının uygulanamaması, özellikle “işletmenin devamlılığı esasına” dayalı bir bilanço hazırlamak için bağımsız muhasebeleştirme ve değerlendirme ilkelerinin geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Borca batıklık olup olmadığına ilişkin değerlendirme, raporlama tarihi itibarıyla hazırlanan bir bilançoda, varlık ve borçların karşılaştırılması esasına göre yapılmaktadır. TTK md. 376/3 hükmü, bu karşılaştırmanın, “*aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço*” düzenlenmesini şart koşmaktadır. Ancak bu ifade gerek dilbilgisel açıdan gerekse bilanço hukuku ve değerlendirme uzmanlık alanları açısından belirsizlikler taşımaktadır.

İlk olarak, hükmün gerekçesinde³⁴⁶ de ifade edildiği gibi bir değil iki bilanço düzenlenmesinin öngörüldüğü açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca, muhasebe veya bilanço hukuku alanlarında, işletmenin devamlılığı esas ve muhtemel satış fiyatları esasının tek bir bilançoda gösterilmesini sağlayan bir bilanço türü bu çalışma kapsamında tespit edilmemiştir. Bu durumda, tek bir bilançonun işaret edildiği ihtimali ortadan kalkmaktadır. “Hem ... hem de ...” bağlılığıyla oluşturulabilen farklı cümle yapıları dikkate alındığında, kanun lafzının kaleme alınışından iki farklı ve ayrı bilançonun kastedildiği şüphe bırakmadan anlaşılmamaktadır. Bu noktaya işaret edilmesindeki sebep, uygulamada ve Yargıtay kararlarında, işletmenin devamlılığı esasına göre bilançonun genel olarak göz ardı edilmesi ve borca batıklık tespitinin sadece rayiç değer bilançosuna bağlanmasıdır.

Borca batıklık tespitinin, sadece satış fiyatlarına göre çıkarılan bir bilançodan varsayılmasının çeşitli sebepleri olabilir. 6762 sayılı eTTK m. 324’te borca batıklık tespiti

³⁴⁶ “... Böyle işaretler varsa, yönetim kurulu hem işletmenin devamı esasına göre hem de aktiflerin olası satış değerleri üzerinden bir ara bilanço düzenletip denetçiye verir. İki bilanço çıkarılmasının çeşitli yararları vardır. ...” Ayrıca, ilk işaret edilen bilançonun YMM/SMMM’lerce dikkate alınmadığı eleştirisi için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 275-276.

için yalnızca bir bilanço çıkarılmaktaydı ve bu bilanço satış değerleri esas alınarak hazırlanmaktaydı. Ayrıca, 6102 sayılı TTK m. 376/3'te iki ara bilançodan “işletmenin devamlılığı esasına” göre çıkarılacak bilançonun, TTK m. 78'de³⁴⁷ yıllık bilançoyla eşdeğer görülmesi de söz konusu olabilir. Ancak, yukarda da açıklandığı üzere, aktif ve pasifler değerlendirirken işletme ömrünün sınırsız olduğu kabulüne dayanan işletme faaliyetinin sürekliliğinden hareket edilen yıllık bilanço ile TTK 376/3'teki işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilanço iki farklı bilançodur. Borca batıklığının varlığı ya da yokluğuna ilişkin olarak devamlılık esaslı ara bilanço hazırlanmadan verilecek bir karar, kural olarak eksiktir.

Bir diğer husus ise “aktiflerin”³⁴⁸ kelimesiyle ne ifade edilmediği konusudur. eTTK md. 324 hükmünde “aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilanço”yu öngörürken 6102 sayılı TTK md. 376/3 hükmünün, “aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço” düzenlenmesini hükme bağlamıştır.

Bir bilançoda, düzenlenme sebebine bağlı olarak, bazı kalemlere yer verilmezken farklı amaçla hazırlanan başka bir bilançoya dahil edilmeyen diğer bazı kalemlerin bu bilançoya eklenmesi gerekebilmektedir. Amaca göre, değerlendirme varsayımı veya ilkeleri (TTK md. 78 vd.), değer esasları (Pazar değeri, tasfiye değeri, gerçeğe uygun değer vb.)³⁴⁹, değerlendirme yaklaşımı (Pazar, gelir, maliyet yaklaşımları) ve yöntemleri (Karşılaştırılabilir işlemler, indirgenmiş nakit akışı vb.)³⁵⁰ değişebilmektedir. Madde hükmündeki, işletmenin devamlılığı ve muhtemel satış fiyatları birer değerlendirme

³⁴⁷ TTK madde 78: 1-b) Fiili veya hukuki duruma aykırı olmadıkça, değerlemelerde işletme faaliyetinin sürekliliğinden hareket edilir.

³⁴⁸ TTK hükmünde aktiflerin ibaresi geçmekteyken mehaz İsvBK md. 725/2 hükmünde, “aktif” kelimesi geçmemekte, yalnızca işletmenin devamlılığı ve satış değerlerine göre ara bilançolardan* (*der Zwischenbilanz, ... weder zu Fortführungs- noch zu Veräußerungswerten ...*) bahsedilmektedir.

*Mehaz hüküm daha sonra değiştirilmiş ve md. 725b'de yeniden kaleme alınmıştır. Buna göre, artık ara bilançolardan daha fazlası, ara finansal tabloların hazırlanması hükme bağlanmıştır. İlgili olarak bkz. I-3. İsviçre Hukuku.

³⁴⁹ UDS 104 Değer Esasları

³⁵⁰ UDS 105 Değerleme Yaklaşımları ve Yöntemleri

ilkesidir³⁵¹. Değerleme faaliyeti, bilançonun bütününe etki etmekte ve hem aktifleri hem de pasifleri içermektedir³⁵².

Hükmün amacının borçlu şirketin borç ödeme kabiliyetinin ortaya konması olduğu kabulünden hareketle, ara bilançolara dahil varlıkların değeri veya muhtemel satış fiyatı bilanço tarihine göre belirlenirken pasiflerin tutarları da aynı şekilde bilanço tarihi itibarıyla hesaplanmalıdır. Değerlemenin bilançonun iki tarafını etkileyecek olması ile aktiflerin ve pasiflerin ölçülmesi aynı anlama gelmemektedir. Örneğin, bir ara bilançoda aktifler muhtemel satış fiyatları üzerinden gösterilirken, borçlar için bu mümkün değildir; çünkü, borçların satış fiyatı bulunmamaktadır.³⁵³

Yargıtay kararları incelendiğinde, borca batıklık bilançosu olarak satış fiyatlarından hazırlanan bilançosunun anlaşıldığı ve borca batıklığın tespiti açısından bu bilançonun gerekli ve yeterli kabul edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin, bir kararında, TTK'nın 376. maddesinde gösterilen şekilde varlıkların muhtemel satış değerlerine göre çıkartılması gereken ara bilançonun, kaydı değerlere göre düzenlemesi halinde bu ara bilanço borca batıklık açısından denetlenmeye ve hukuken sonuç bağlamaya ve hükme esas alınmaya elverişli olmadığından bahisle Yargıtay³⁵⁴, mahkemece görevlendirilen teknik bilirkişilerin borca batıklık hesabı yapılan raporunda, kaydı değerlere göre değerlendirme yapması üzerine, raporu hükme esas alarak borca batıklığa kanaat getirip iflasa karar veren Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.

Öte yandan, Kanun hükmünde açıkça iki ara bilanço öngörülmiştir. Bunlardan birinin eksik olması hükmün şartlarının sağlanmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, iki ara bilanço hazırlamadan verilecek bir borca batık olma veya olmama kararı Kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Sonuç olarak, TTK md. 376/3'e göre, borca

³⁵¹ Tekinalp, TTK md. 78/1-b'ye göre yıllık bilançolara hâkim olan işletmenin sürekliliği ilkesi genel bilanço ilkesi olarak, md. 376/3'teki ara bilançolardan birine esas olacak işletmenin devamlılığı esasını ise değerlendirme ilkesi olarak nitelendirmektedir. Her iki ilkenin de işletmenin sürekliliği varsayımına dayandığını ifade eden Yazar, değerlendirme ilkelerinin temelde bilanço ilkeleri olduğunu, ancak sadece değerlemede işlev sahibi olduklarını belirtmiştir. İlgili kısım için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 292, para. 1478d.

³⁵² Bkz. TTK md. 78/1: "*Finansal tablolarında yer alan varlıklar ile borçlarla ilgili olarak, ... şu değerlendirme ilkeleri geçerlidir...*"

³⁵³ ALTAY Adem (Altay A.), Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Muhasebe Uygulamaları, Ankara 2017, s. 69.

³⁵⁴ T.C. Yargıtay 6. HD., E. 2021/2959 K. 2022/2876 T. 26.5.2022.

batıklık tespiti için borçlunun borçlarını karşılama yeteneğini belirlemeye yönelik de lege lata iki ara bilanço hazırlanmalıdır³⁵⁵.³⁵⁶

2. İşletmenin Devamlılığı Esasına Göre Bilanço

TTK md. 376/3 hükmü kapsamında işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilanço, eTTK md. 324'te yer almıyordu³⁵⁷. TTK md. 376'nın madde gerekçesine göre, işletmenin devamlılığı esasına dayalı bilançoda aktifler ve pasifler, şirketin faaliyetlerini sürdüreceği varsayımıyla değerlendirilir. Bu tür bir değerlendirme, işletmenin borca batık görünmesine³⁵⁸ rağmen bazı olgular, beklentiler veya etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılır. Bu kapsamda, şirketin kuruluş döneminde gerçekleştirdiği yatırım sonuçları hesaba katılır. Zira, örneğin, şirketin borca batık görünmesi, yapılan büyük yatırımların henüz sonuç vermemiş olmasından kaynaklanabilir. Öğretide de TTK md. 376 hükmüyle getirilen en önemli yeniliklerden bir olan bu ara bilançonun temel amacı,

³⁵⁵ İki ara bilanço hazırlanması gerektiği yönünde bkz. Kendigelen, s. 268; KAYAR İsmail, “Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Bildirimi Yöneticilerin Bundan Doğan Sorumluluğu”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunun 10. Yılında Ticaret Kanununu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, 2023, ss. 229-250, (**Sorumluluk**), s. 236; MANAVGAT Çağlar (KIRCA İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 586; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 275-276. TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, (**Sermaye Ortaklıkları**), s. 287; Pulaşlı, **Şerh 2015**, s. 1180, para. 764. Çoşğun Yıldırım da hükme göre iki ara bilanço düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, hükümde geçen “bir bilanço” ifadesindeki “bir” sözcüğü sayı sıfatı değil, belgisiz sıfat olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca, hükmün ikinci cümlesindeki “bu bilanço” ifadesinin de “bu bilançolar” olarak düzeltilmesi gerekir. Bkz. Çoşğun Yıldırım, **Borca Batıklık**, s. 262.

³⁵⁶ Öte yandan, Aydın'a göre, hükmün lafzında iki bilanço düzenlenmesinin zorunlu olduğu gözükmesine rağmen, yönetim kurulu, iki ara bilanço eş zamanlı olarak hazırlamak zorunda değildir. Hükmün korumak istediği menfaat ile İsviçre BK m. 725/II dikkate alındığında, yönetim kurulunun her iki yöntemle bilanço çıkarması zorunlu olmadığını; öncelikle, aktiflerin işletmenin devamlılığı esasına göre bir bilanço hazırlanması gerektiğini, eğer bu bilanço borca batıklık gösteriyorsa, bu kez muhtemel satış fiyatlarına dayalı ikinci bir bilanço düzenleneceğini belirtmektedir. Kısaca, ikinci yöntemle bilanço hazırlamak için ilk yöntemin borca batıklık göstermesi şarttır; yönetim kurulu iki bilanço eş zamanlı olarak çıkarmak zorunda değildir. Bkz. AYDIN Alihan, “Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK M. 376) Eleştirel Bir Bakış”, İÜHFİM 2012, C. LXX, S. 2, ss. 101-114, s. 110-111

³⁵⁷ İşletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilanço, kaynak İsvBK md. 725 hükmüyle (revizyon sonrası İsvBK md. 725b) uyumlu şekilde hukukumuzda dahil edilmiştir.

³⁵⁸ TTK md. 376/3 hükmünün gerekçesinde, “*borca batık olma durumuna rağmen*” ifadesi kullanılmaktadır. Ancak bu ifadenin madde kapsamında hukuki-teknik anlamda bir “borca batıklık” durumu ifade etmediğini düşünüyoruz. Burada, borca batıklığı ölçmeye elverişli olmayan yıllık bilançoda şirketin borca batık görüldüğü şeklinde anlaşılması daha doğru olacaktır. Ayrıca, bu ifadeden, çıkarılabilecek bir diğer anlam, muhtemel satış fiyatlarına göre bilançonun borca batıklık sonucu göstermesi durumunda, borca batıklığın yalnızca bu bilançoya dayanarak tespit edilmesinin yeterli olmadığı ve TTK md. 376/3 hükmü kapsamında borca batıklığın kabulü için iki ara bilançonun düzenlenmesi gerektiridir. Konuya ilişkin ayrıntılı görüşümüz için bkz. §7-II- E başlığı.

şirketin gelecekte varlığını sürdürebilme ihtimaline dair bir ön kanaat edinmek olarak açıklanmıştır³⁵⁹.

Öğretide, işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançonun, Anglo-Amerikan muhasebe sistemindeki "going concern" kavramı ile ilişki olduğu ve bu bilançoda "going concern" değerlerinin dikkate alındığı belirtilmektedir. Bu bağlamda, tasfiye esasına göre düzenlenen bilançoda tasfiye halindeki bir şirketin her bir aktifinin ayrı ayrı değerlendirilmesinden farklı olarak, işletmenin devamlılığı esasında, faaliyet halindeki işletmenin toplam değerine odaklanılmaktadır³⁶⁰.³⁶¹ Bu görüşe göre, devamlılık esasına dayanan bilançoda yapılan değerlemede, bilanço tarihindeki ve belirli bir gelecekte gerçekleşecek işlemlerin kapsama alınması³⁶² ve sonuçlarının hesaba katılması gerekir. Bu bilançoda, satış fiyatlarına göre ara bilançoda olduğu gibi, aktifler, borç ve yükümlülükler, gelirler, giderler ve işletmenin elde edeceği şanslar ve fırsatlar tahmin ve varsayımlara dayanmakta olup bilançoya kayıt, genel kabul gören muhasebe ilkelerine uygun şekilde yapılmalıdır.³⁶³ Bu yaklaşımdan hareketle, bir görüş, devamlılık esaslı bilanço, işletmenin faaliyetlerine devam edeceği varsayımıyla, muhasebe standartlarına uygun olmak kaydıyla, gelecekte elde edilmesi muhtemel varlıkların da hesaba katıldığı ve varlıkların tasfiye durumundaki 'objektif satış değeri' yerine, faaliyete devam eden işletme için geçerli olan 'sübjektif değer' esas alınarak değerlendirildiği bilanço olarak tanımlamıştır³⁶⁴.

Öğretideki başka bir görüşe göre, TTK md. 376/3 hükmünde öngörülen iki bilançonun amacı, şirketin gerçek malvarlığı durumunu ortaya koymaktır. Bu nedenle, bilançoların değerlendirme ilkeleri de bu amaca uygun şekilde belirlenmelidir. Nitekim,

³⁵⁹ Kendigelen, s. 268, dp. 98.

³⁶⁰ Bütüncül değerlemenin sadece devamlılık esasına dayalı ara bilançoda değil muhtemel satış fiyatlarına göre ara bilançoda da uygulanmasının gerektiği yönündeki görüşümüz için bkz. §7-II- C-2-d-aa başlığı.

³⁶¹ Türk'e göre de bir aktifin işletme bütünlüğü içindeki değeri, kâr ve verimlilik öngörülerine göre belirlenir ve bu değer, işletmenin iflas ve tasfiye durumunda münferiden satıldığında oluşacak piyasa fiyatından daha yüksek olabilir. Bkz. Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 17.

³⁶² Manavgat'a göre de işletmenin devamlılığı esası, yalnızca değerlendirme anının değil, aynı zamanda makul bir öngörüye dayalı olarak gelecekte ulaşılabilecek değeri de göz önünde bulundurmaya gerektirir. Ancak, bu bilanço gerçekçi öngörülere dayanmalıdır. Bkz. Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586.

³⁶³ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 287-288.

³⁶⁴ CEBE Memet Sinan, Türk Ticaret Kanunu Madde 376 Kapsamında Anonim Şirketlerde Mali Durum Bozulması ve İyileştirme Önlemleri, On İki Levha Yayıncılık, 2024, s. 358.

anonim şirket bilançosunda kullanılan değerlendirme ilkeleri, bilançonun düzenlenme amacına göre farklılık gösterir.³⁶⁵

İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilanço, İİK md. 286/b’de borçlunun konkordato talebine ekleyeceği belgeler arasında yer almaktadır. Konkordato belgeleri arasında borçlunun malvarlığı durumunu gösteren belgelerden biri olarak, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançonun yanı sıra bu ara bilanço da yer verilmiştir. Aynı şekilde, Konkordato Talebine Eklenerek Belgeler Hakkında Yönetmelik’in³⁶⁶ md. 7/1-a hükmü de bu bilanço atıfta bulunmaktadır.

3. Aktiflerin Muhtemel Satış Fiyatlarına Göre Bilanço

TTK md. 376/3 hükmüne göre, borca batıklık şüphesi oluşturan işaretler bulunuyorsa hazırlanması gereken bir diğer bilanço, muhtemel satış fiyatları esasına dayanan bilançodur. Bu bilanço, eTTK md 324/2’de geçen “aktiflerin satış fiyatları” ara bilançosudur ve TTK md. 376/3’te bu bilanço atıf yapılırken “aktiflerin muhtemel satış fiyatları” ifadesi tercih edilmiştir. Satış fiyatlarına dayalı ara bilanço, eTTK döneminde borca batıklığı tespitinde gerekli tek bilanço olduğundan, öğretide ve yargı kararlarında, “borca batıklık bilançosu” ifadesiyle bu bilanço atıfta bulunulmaktaydı³⁶⁷.

Öğretiye göre, satış fiyatlarına göre hazırlanan bilanço bir malvarlığı bilançosudur³⁶⁸. Bu ara bilanço, malvarlığı ile borçların karşı karşıya geldiği istisnai bir nitelik taşımaktadır. Düzenleme esasları, ilgili hükmün ve bildirim yükümlülüğünün amacına uygun şekilde tespit edilmelidir. Alacaklıların menfaatlerinin korunması hedeflendiğinden, malvarlığının belirli bir tarihteki gerçek durumu ve ortaklığın tasfiyesi halinde borçları karşılama düzeyi tam olarak ve açıkça ortaya konmalıdır.³⁶⁹ Diğer bir ifadeyle, bu bilanço, şirketin gerçek aktifini ve

³⁶⁵ Aydın, s. 104.

³⁶⁶ 30/1/2019 tarih ve 30671 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

³⁶⁷ Örneğin bkz. Atalay, **Borca Batıklık**, s. 27. Bu bilanço ayrıca, “tasfiye değerleri üzerinden bilanço”, “satış bilançosu”, “paraya çevirme bilançosu”, “malvarlığını tespit bilançosu” terimleriyle de ifade edilmiştir. Bkz. Atalay, **Borca Batıklık**, s. 27-28, 29. eTTK döneminde, “borca bataklık olma durumunun bilançosu” olarak da adlandırılmıştır. Bkz. Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 298. Bu ara bilanço, “rayiç değer bilançosu” şeklinde de anılmaktadır. Bkz. Cebe, s. 365 vd.

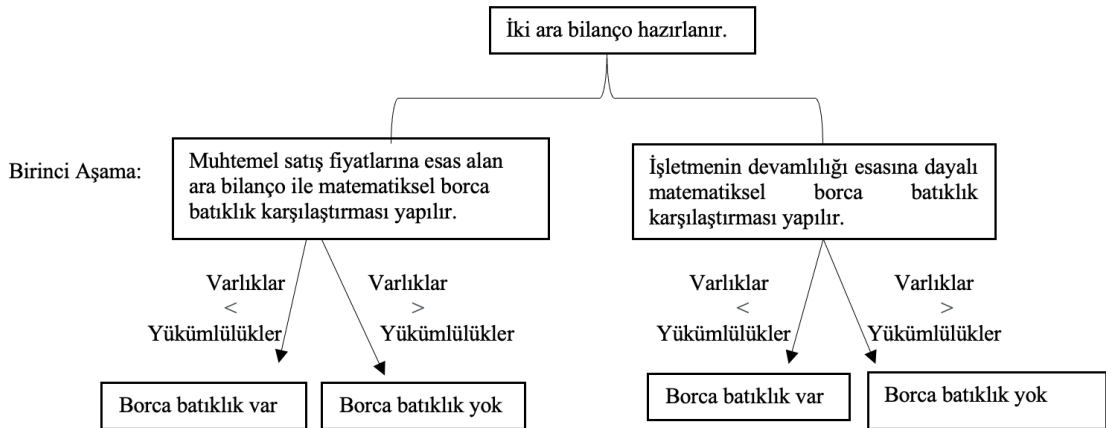
³⁶⁸ Karayalçın, **Muhasebe Hukuku**, s. 42. Yazarın ifadesiyle, Mali durumun bozulması halinde çıkarılan bilanço *tam malvarlığı bilançosudur*. Ayrıca bkz. Kayar, **Mali Durumun Bozulması**, s. 39.

³⁶⁹ Türk, **Borca Batıklık**, s. 244-245; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 29.

borçlarını tespit eden bir malvarlığı durumu bilançosudur³⁷⁰. Bu sayede, şirketin gerçek değeri ile borca batıklık durumu ortaya konulmaktadır.³⁷¹ Diğer bir ifadeyle, şirketin güncel borç ödeyebilirlik gücünün belirlenmesi amaçlanmaktadır³⁷².

Şirket borçlarından tüm malvarlığı ile sorumlu olduğundan, bu malvarlığına dâhil haklar, şirketin borçlarına karşı sorumluluğunun konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, şirketin hukuksal nitelikteki bütün malvarlığı unsurları, bilanço oluşturulurken dikkate alınmalıdır³⁷³. Değerlemede, bilançonun düzenlendiği tarihteki güncel satış fiyatları (gerçek değer, rayiç değer) esas alınmalıdır³⁷⁴. Değerlemede, hükmün borç ödeme gücünü belirleme amacı doğrultusunda varlıkların değerinden ziyade satış fiyatları esas alınmalıdır. Çünkü farklı koşullara bağlı olarak fiyat-değer aralığı genişleyebilir ve fiyat değer in altında veya üzerinde belirlenebilir³⁷⁵.

Şekil 4: Türk Hukukunda Borca Batıklık Testi (TTK md. 376/3)



³⁷⁰ Satış fiyatları bilançosu, şirketin belirli bir andaki malvarlığı durumunu yansıttığı için statik bilanço tanımlanırken, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilanço dinamik bilanço olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 18 ve s. 18, dp.46.

³⁷¹ Kaya, **İflasın Ertelenmesi**, s. 290.

³⁷² Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586.

³⁷³ Cebe, s. 370 vd; Karayalçın, **Muhasebe Hukuku**, s. 41-41.

³⁷⁴ Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 43-44; Cebe, s. 370 vd.

³⁷⁵ Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586. Bu yönde bkz. Arzova/ Yavaş/ Küçük, s. 59.

B- Borca Batıklığı Tespit Ara Bilançolarının Diğer Bilançolardan Farkı

1. Ara bilançoların Yıllık ve Ara Dönem Bilançosundan Farkı

TTK md. 376/3 hükmü uyarınca borca batıklık bilançosunun hazırlanmasında, özellikle işletmenin devamlılığı esasına göre ara bilanço için, yılsonu bilançosuna ilişkin TTK md. 68 ve devamı hükümlerindeki muhasebeleştirme ve TTK md. 78 vd.'deki değerlendirme düzenlemelerine (veya TFRS'nin) uyulması gerekip gerekmediği konusunda literatürde ve yargı kararlarında belirsizlikler bulunmaktadır. Muhtemel satış fiyatları ara bilançosu bakımından, özellikle değerlendirme söz konusu olduğunda, genel kabul görmüş muhasebe ilkelerinin geçerli olmayacağı konusunda uygulama birliği görülebilmektedir. Ancak, TTK md. 376 Tebliği md. 13 hükmünde, borca batık olma durumunu belirlemede esas alınacak finansal tablo olarak TTK md. 88 hükmüne ve TMS'ye atıf yapılması konunun henüz tam anlamıyla netleştirilmediğinin önemli bir örneğidir.

Yıllık finansal tablolarda ve borca batıklık bilançolarında izlenen hedefler farklıdır. Borca batıklık bilançoları, ticari ve vergi bilançolarından bağımsız ve bu ikisine dayanmayan bir muhasebe aracıdır. Dolayısıyla, borca batıklık bilançosunun bağımsız olarak hazırlanması gerekmektedir.³⁷⁶ Ticari bilançonun hesaplama kolaylığı sağlaması bu durumu değiştirmemelidir.

TTK md. 376/3 hükmünün amacı, şirketin malvarlığının gerçek değerinin ortaya koymak ve borca batıklık durumunun tespit etmektir. Bu kapsamda hazırlanan bilançolar ile yıllık bilanço farklı hedeflere yöneliktir. Bilançoların tanıma ve değerlendirme esasları, düzenlenme amaçlarına bağlı olduğundan, yıllık bilançolara hakim olan esaslar ile borca batıklık bilançolarına uygulanan esaslar birbirinden ayrılır³⁷⁷. TMS kapsamında, finansal durum tablosu olarak adlandırılan ticari bilanço, şirketlerin finansal durumu, faaliyetlerinin sonuçları ve kâr ve zarar durumuna ilişkin doğru ve adil bir resim sunmayı, ayrıca dağıtılabılır kârın belirlenmesini amaçlar. Şirketler hukukunda yıllık bilanço, sonuç açıklamayı merkez kavram olarak kabul edilmektedir. Çünkü, kârlılık, özellikle halka açık bir şirkete yatırım yapmayı teşvik eden ana

³⁷⁶ Hözle, Gerrit, Handbuch Insolvenzrecht, Kapitel 3: Insolvenzantragsgründe, Editör: Reinhard Bork/Gerrit Hözle, 2. Baskı, 2019, s. 73, para. 167.

³⁷⁷ HÜTTEMANN Rainer, "Überschuldung, Überschuldungsstatus und Unternehmensbewertung", Editör: Georg Bitter vd., Festschrift für Karsten Schmidt, Köln 2009, ss. 761 - 778, s. 768.

etmemidir. Kârın dağıtılabilmesi için bu kârın tespit edilmesi gereklidir. Bunun gibi, yıllık ticari bilanço, şirketin bir yıllık faaliyetin sonucunu, kâr ve zararını, gelir ve giderlerini vb. gösterecek şekilde hazırlanmaktadır.³⁷⁸

Borca batıklığın tespitine yönelik çıkarılan ara bilançolar, özel nitelikte iç bilançolardır. Yani, sınırlı sayıda kullanıcı içindir. Konu özelinde, mahkemeye bildirim aşamasına kadar aksi kanunen zorunlu tutulmadıkça yönetim kurulunun kullanımına açıktır. Yıllık bilanço, genel nitelikte bir dış bilançodur. Buna göre, şirketin ilgililer çevresinin bilgisine sunulur. Kamuya açıklanır. Oysa, borca batıklık bilançoları, bir iç bilanço niteliği taşır ve yönetim kurulunun, TTK md. 375'te sayılan ilgili görevlerini getirirken yararlandığı bir bilançodur. Kamuya açıklama yükümlülüğü yoktur.

Borca batıklık bilançolarının amacı bir şirketin hukuki anlamda borca batık olup olmadığını tespit etmek için borç karşılama kontrol (*Schuldendeckungskontrolle*) yapmaya, alacaklıların alacaklarını karşılamak amacıyla borçlunun varlıklarının “gerçekçi” değerini belirlemeye yöneliktir. Yıllık bilanço, maliyet esası³⁷⁹ ve ihtiyatlılık ilkesi³⁸⁰ nedeniyle, gizli yedekleri³⁸¹ ve borç karşılama potansiyeli

³⁷⁸ Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 80.

³⁷⁹ “*Para mevcudu, alacaklar ve maliyetinin belirlenmesi mümkün veya uygun olmayan diğer kalemler hariç, işletme tarafından edinilen varlık ve hizmetlerin muhasebeleştirilmesinde, bunların elde edilme maliyetlerinin esas alınması gereğini*” ifade eden maliyet esası kavramı, 26 Aralık 1992 tarihinde 21447 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 1 Seri No’lu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği’nde, muhasebenin usul ve esasları kapsamında “Muhasebenin Temel Kavramları” içerisinde tanımlanmaktadır.

³⁸⁰ “*Muhasebe olaylarında temkinli davranılması ve işletmenin karşılaşılabileceği risklerin gözönüne alınması gereğini*” ifade eden ihtiyatlılık kavramı, yukarıda dp. 6’daki düzenleme kapsamında tanımlanmaktadır. Kavram, 27.10.2018 tarihli, 30578 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve”de 2.16’da, “*Belirsizlik koşullarında yargıda bulunurken temkinli davranmak*” olarak açıklanmıştır. BOBİ FRS 2021 sürümünde madde 1.17’de tanımlanmaktadır. TTK md. 78/1-d’de Değerleme ihtiyatla yapılması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

³⁸¹ Gizli yedek akçelere ilişkin eTTK md. 458 hükmü, TTK’ya alınmamıştır. Bir görüşe göre bu tercihi, yeni TTK sisteminde gizli yedek akçelerin oluşmayacağı şeklinde yorumlamak isabetli olmaz. Gizli yedek akçeler hem bilinçli hem de kendiliğinden (bilinçsiz) ortaya çıkabilir. eTTK md. 458, bilinçli olarak gizli yedek akçe düzenleyen hükümdür. Buna karşılık, kendiliğinden oluşan gizli yedek akçelerin meydana gelmesi için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. Aydın, s. 104, dp. 8.

İsviçre ve Alman hukuklarında, gizli yedek akçe ayrılabilirliğine dair hüküm bulunmaktadır. Gizli yedek akçeler, bilanço dışında, genel kurula haber vermeden yönetim kurulunca ayrılan ve - denetçilerin organ olduğu dönemde- sadece denetçilerin haberdar olduğu yedek akçeler olarak tanımlanmaktaydı. Bkz. KARAYALÇIN Yaşar, Muhasebe Hukuku, 1988, (**Muhasebe Hukuku**), s. 113, Aktiflerin bilanço günündeki değerlerinden daha düşük değerle bilanço koyulması veya daha başka bir yol seçilerek gizli yedek akçe mümkün olduğu kabul edilmekteydi. Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu** s. 82, 85.

eTTK md. 458 hükmü şu şekildeydi: “*Gizli yedek akçe: Madde 458 – Şirket işlerinin devamlı inkişafını veyahut mümkün mertebe istikrarlı kar payları dağıtılmasını temin bakımından münasip ve faydalı*

gösterilmediğinden, alacaklıların alacaklarının karşılanması değerlendirmesi için genellikle uygun değildir.³⁸² Örneğin şirketin kendi içinde oluşan maddi olmayan varlıklar ticari bilançoda muhasebeleştirilmemekte veya seçici olarak muhasebeleştirilebilmektedir. Oysa, bu varlıkların borca batıklık bilançosunda aktifleştirilmesi gerekmektedir³⁸³.

Ticari bilanço ile borca batıklık bilançoları arasındaki bu tür sapmaların, rayiç/gerçek değere (*fair value*) daha fazla odaklanması nedeniyle, TMS'ye göre hazırlanan finansal tabloların VUK'a göre düzenlenen bilançolara göre daha küçük olma eğiliminde olduğu doğru olabilir. Ancak, TMS'ye göre hazırlanan finansal tablolar da bireysel değerlendirme yoluyla dönem kârının belirlenmesine odaklandığından borca batıklık bilançoları ile arasındaki temel farklılıklar varlığını sürdürmektedir. Örneğin, TFRS'ye göre, orijinal şerefiye, tasfiye sürecinde ekonomik değer taşısa bile yıllık bilançoda muhasebeleştirilmeyebilmektedir.

Sonuç olarak, TTK md. 376/3 hükmü anlamında borca batıklık, yıllık bilançolara dayanarak ölçülmemektedir³⁸⁴.

2. TTK md. 376 Tebliği'nin Ara Bilançolara İlişkin Düzenlemesi

TTK md. 376 Tebliği'nin 13. maddesinde borca batıklık durumunun belirlenmesinde TTK md. 88'e göre hazırlanacak finansal tabloların esas alınacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, finansal tabloların düzenlenmesinde ihtiyari olarak

olduğu takdirde, aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması şeklinde veya başka suretle gizli yedek akçe ayrılması caizdir. İdare meclisi, gizli yedek akçe ve sarf yerleri hakkında murakıplara malûmat vermekle mükelleftir."

eTTK dönemine ilişkin gizli yedek akçelerle ilgili bir inceleme için bkz. TÜRK Ahmet, "Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2002, ss. 173-233, (**Gizli Yedek Akçe**).

³⁸² Hüttemann, s. 768.

³⁸³ Hözle, s. 73, para. 169.

³⁸⁴ Bu yönde bkz. Kayar, **Sorumluluk**, s. 238; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 287, para. 12.134. Tekinalp, aktiflerinin muhtemel satış fiyatı üzerinden hazırlanan ara bilançoda, yıllık bilanço için geçerli değerlendirme esasları olan tarihi değerin (defter değeri veya iktisap değeri) değil bilanço günündeki cari satış değerlerinin dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Ayrıca bkz. Pulaşlı, **Şerh 2015**, s. 1176, para. 757; Karaman Coşgun, **Sermaye Kaybı-Borca Batıklık**, s. 219. Karaman Coşgun'a göre, Ara bilançonun şirketin gerçek durumunu yansıtabilmesi için, yıllık bilançodan farklı esaslara göre hazırlanması gerekir. Ara bilançoların yıllık bilanço esaslarına tabi bilanço olmadığına ilişkin ek olarak bkz. Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 16; Türk, **Borca Batıklık**, s. 245; Kaya, **İflasın Ertelenmesi**, s. 290; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 29; Arzova/ Yavaş/ Küçük, s. 58.

Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanmasının tercih edilmesi halinde, bahsi geçen durum bu şekilde hazırlanan finansal tablolar üzerinden değerlendirilecektir.

TTK md. 88'e göre, hükmün kapsamındaki kişiler, münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, KGK tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara uymak ve bunları uygulamak zorundadır.

KGK'nın yayınladığı finansal raporlama çerçevesi şöyledir:

Türkiye Finansal Raporlama Çerçevesi	Bağımsız denetime tabi işletmeler	KAYİK'ler (SPK, BDDK ve Hazine ve Maliye Bakanlığı (Sigortacılık Sektörü) düzenlemelerine tabi işletmeler)	TFRS
		KAYİK dışında kalan işletmeler Büyük işletmeler Orta boy işletmeler (Farklı toplam varlık, hasılat, çalışan sayısı ölçütleri)	BOBİ FRS
	Bağımsız denetime tabi olmayan işletmeler		KÜMİ FRS

TFRS, BOBİ FRS ve KÜMİ FRS, genel nitelikteki ticari bilançoların hazırlanmasını merkeze almaktadır³⁸⁵. Dolayısıyla, ara bilançolardan amaç olarak farklıdır. Ara bilançoların hazırlanmasında, yalnızca ilgili olduğu ölçüde bu standartlara başvurulmalıdır.

Ara bilançolar için esas alınacak bilançolar, TTK md. 376/3'ün amacına uygun olmalıdır. Normlar hiyerarşisi doğrultusunda, TTK md. 376 Tebliği'nde esas alınan

³⁸⁵ Standart setleri arası karşılaştırmalar için bkz.: KIYMETLİ ŞEN, İlker / ÖZBİRECİKLİ Mehmet; "BOBİ FRS'nin Muhasebe Uygulamalarına Getirdiği Değişiklikler: BOBİ FRS, TMS/TFRS ve Mevcut Muhasebe Sistemi Çerçevesinde Bir İnceleme", Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, Özel Sayı 2018, s. 462 – 484; Başak/ CAVLAK Hakan, "Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı (BOBİ FRS) ile Tam Set Türkiye Finansal Raporlama Standartlarının (TMS/TFRS) Karşılaştırılması", Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.2, S.3 2017, s. 153 – 168; DOĞAN Aziz, "Büyük ve Orta Boy İşletmeler için Finansal Raporlama Standardı ile TMS/TFRS Karşılaştırılması", İşletme Araştırmaları Dergisi, C. 9 S. 4 2017, ss. 770 – 786; GÖKÇEN Gürbüz/ ÖZTÜRK Erkan/ GÜLEÇ Ömer Faruk, "BOBİ FRS ve TFRS'nin Finansal Raporlara Etkileri Açısından Karşılaştırılması", Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi (FESA), C.3, S.2, 2018, ss. 437-457.

finansal tablolar Kanun hükmünün amacına uygun olmadığı için uygulanması da zorunlu olmayacaktır. Nitekim, 22.03. 1996 tarihli Yargıtay İBK'ya³⁸⁶ göre, öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak kanunla yönetmeliğin çatışması halinde üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, TTK md. 210/1 hükmünde Gümrük ve Ticaret Bakanlığına yetki verildiği için, burada, TTK md. 376 Tebliği'nin tümüyle uygulanamaz olduğundan söz edilmemektedir. Ancak, Tebliğ hükümleri, normlar hiyerarşisi gereği, dayandığı kanun hükmüne aykırıysa uygulanamaz. Kanuna uygun Tebliğ hükümleri uygulanır.

3. Ara Bilançoların Vergi Usul Kanunu Hükümlerine Göre Düzenlenen Bilançodan Farkı

Ara bilançolar, Vergi Usul Kanunu (VUK) hükümlerine göre çıkarılan bilançolardan farklıdır. VUK uyarınca çıkarılan bilançonun amacı, vergi matrahının belirlenmesidir. Zaten, VUK kapsamında, çok defa (Örn; VUK 171) "*Vergi ile ilgili*" ifadesi kullanılarak bu amaç doğrudan ortaya konmuştur.

VUK hükümlerine göre hazırlanan bilanço, TTK hükümlerine göre şirketlerin yıllık faaliyetlerinin sonucunu göstermek için düzenlenen ticari bilançodan dahi farklıdır. Zira, bazı bilanço kalemleri, vergi matrahını belirlemek için ticari amaçtan farklı şekilde hesaplanmakta, ticari bilançoda olması gereken birtakım kalemlere vergi bilançosunda yer verilmezken, benzer şekilde, ticari bilançoda bulunmaması gereken başka kalemler vergi bilançosunda eklenmektedir. Bu bakımdan, TTK uyarınca şirketlerin dönem faaliyet sonuçlarını gerçekçi şekilde ortaya koymak için elverişli değildir. Örneğin, ticari kâr hesaplanırken şirket aracının trafik cezası gider olarak kaydedilip düşülmekte iken vergi mevzuatında gider olarak kabul edilmemekte ve bu gider öncesi kâr üzerinden vergi matrahı hesaplanmaktadır. Vergi matrahını belirlemek için hazırlanan bilanço, amaç ve bu amaç doğrultusunda ilkelerin farklı olması nedeniyle, bir şirketin borca batıklığını hesaplamaya da elverişli değildir. Borca batıklık bilançolarında, şirketin borca batık olup olmadığını tespit etmek için toplam varlıkların toplam borçları karşılama kapasitesi ölçülmektedir.

³⁸⁶ YİBBGK., E. 1993/5 K. 1996/1 T. 22.3.1996.

6335 sayılı Kanunla, TTK m. 64/5³⁸⁷'e yapılan ekleme de borca batıklığın tespiti için VUK hükümleri doğrultusunda bilanço çıkarılmasını zorunlu kılmamaktadır. Çünkü, borca batıklık tespiti bilançosu, yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmayan ancak 376/3 hükmünün özgün amacına uygun düzenlenmesi gereken özel bir ara bilançodur.

4. Ara Bilançoların İflas Bilançosundan Farkı

Alacaklıları tarafından tahsilat yapılamadığı gerekçesi ile iflas davası açılmış ve iflas süreci başlamış olan şirkette; konkordato talebi yoksa zorunlu tasfiye başlayacaktır. İflas durumunda zorunlu tasfiye, iradi tasfiyeden farklıdır. İradi tasfiyede şirket genel kurulu kararı ile sona ererken, tasfiye süreci daha uzun sürer ve varlıklar piyasa değerlerine ulaştığında satılabilir. Oysa, iflas sürecinde, varlıklar cebri icra yolu ile satılacağı için zaman çok kısıtlıdır ve dolayısıyla varlıkların piyasa değerinin daha altında paraya çevrilmesi, dolayısıyla oldukça düşük bir malvarlığı değeri ortaya çıkması söz konusu olacaktır.³⁸⁸

TTK md. 534 hükmüne göre, iflas halinde tasfiye işlemleri, iflas idaresi tarafından İİK hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilir. Şirketin organları, yalnızca iflas idaresinin temsil etmediği hususlar için temsil yetkilerini sürdürmektedirler. Bu bağlamda, cebri icra, varlıkların daha hızlı bir şekilde, genellikle, daha düşük değerlerle satılması anlamına gelmektedir.

İflas bilançosu ve borca batıklık ara bilançoları amaçları yönünden birbirinden farklıdır. İflas bilançosu ile muhtemel satış fiyatlarına göre hazırlanan ara bilanço arasında malvarlığını belirleme işlevleri bakımından bir benzerlik bulunsa da, aralarındaki en belirgin fark; iflas bilançosunda varlıkların paraya dönüşme riskleri ve zaman kısıtlılarının dikkate alınmasıyla piyasa değerlerinin çok altında fiyatların ortaya çıkmasıdır.³⁸⁹ Borca batıklık bilançosunda ise yalnızca borca batıklık şüphesi ile

³⁸⁷ TTK md. 64/5: “Bu Kanuna tabi gerçek ve tüzel kişiler, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun defter tutma ve kayıt zamanıyla ilgili hükümleri ile aynı Kanunun 175 inci ve mükerrer 257 nci maddelerinde yer alan yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. Bu Kanunun defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri 213 sayılı Kanun ile diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez.”

³⁸⁸ Altay A., s. 72.

³⁸⁹ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 15-16.

düzenlendiği ve şirketin borca batık olup olmadığı araştırıldığı için henüz iflas söz konusu değildir. Bu nedenle, varlıklar bu bilanço kapsamında tam gerçek değerleri ile kayıt altına alınabilirler.³⁹⁰

5. Ara Bilançoların Tasfiye Başlangıç Bilançosundan Farkı

TTK'nın Anonim Şirketler Kısımının Onuncu Bölümü “sona erme ve tasfiye”dir. Bu bölümde, tasfiye işleri başlığının ilk konusu ilk envanter ve bilançodur. TTK md. 540/1'e göre, tasfiye memurları, öncelikle tasfiye haline girmiş olan şirketin malvarlığını ve finansal durumunu gösteren bir envanter ve bilanço düzenlenir. Bu bilanço, “tasfiye açılış bilançosu” olarak anılmaktadır³⁹¹.

Tasfiye bilançosu ve borca batıklık ara bilançoları amaç yönünden farklıdır. Tasfiye bilançosunda amaç, tasfiye sürecinin tamamlanması ile ilgili iken, borca batıklık bilançosu şirketin borca batık olup olmadığını tespit etmeye yöneliktir. Bilançoların amaçlarındaki farklılık, bilançoya eklenecek unsurları ve bu unsurların değerlemesini etkilemektedir. Hatta, tasfiye açılış bilançosu ile muhtemel satış fiyatlarına göre ara bilançoda bir benzerlik kurulabilecek olsa da amaçtaki farklılığın etkisi bu iki bilanço arasında da bulunmaktadır. Örneğin, tasfiye memurlarının ücretleri, tasfiye sırasında ödenecek vergiler ve tasfiye masrafları tasfiye bilançosunda yer alsa da borca batıklık bilançosuna eklenmeyecektir³⁹².

Tasfiye sürecinde, tasfiye memurları, şirket varlıklarını genel kurul aksini kararlaştırmamışsa pazarlık yoluyla satma yetkisine ve önemli miktarda aktif genel kurul izin vermişse toplan satma yetkisine sahiptirler (TTK md. 538). Açılış bilançosunda şirketin mallarına değer biçmek için bilirkişi ve uzmanlardan da yardım alınabileceğine göre, burada da piyasa değerleri esas alınmak zorundadır. Ancak tasfiye bilançosu yasal mevzuatımıza uygun olarak düzenlenecektir. Sonuçta, tasfiye başlangıç bilançosu ile (*muhtemel satış fiyatlarına göre*) borca batıklık bilançosuyla şekil şartlarındaki hafif farklılıklar dışında birbirine benzemektedir.³⁹³

³⁹⁰ Altay A., s. 72.

³⁹¹ Atalay, **İflas**, s. 55.

³⁹² Atalay, **İflas**, s. 55.

³⁹³ Türk, **Borca Batıklık**, s. 250.

C- Ara Bilançoların Hazırlanması

1. Finansal Tablolara Alma (*Tanım-Reognition*), Ölçme (*Measurement*) ve Değerleme (*Valuation*)

Bir standart niteliğinde olmayan Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçevenin (FRKÇ) 2018 sürümünün beşinci bölümünde bir kalemin finansal tablolara alınması süreci ve kriterleri açıklanmaktadır. “Finansal tablolara alma” ifadesinin IFRS’deki karşılığı olan “*recognition*” teriminin Türkçe’ye doğrudan çevirisi “tanım”dır. Finansal tablolara alma, finansal tablo unsurlarından -varlık, yükümlülük, özkaynak, gelir veya giderler- birinin tanımına giren bir kalemin, finansal durum tablosu ya da finansal performans tablosuna (tablolarına) dâhil edilmek üzere belirlenmesi sürecidir (FRKÇ para. 5.1).

Kalemler, finansal tablolardan birinde tek başına gerek başka kalemlerle birlikte toplu³⁹⁴ olarak yazıyla veya parasal tutar olarak ilgili tablodaki bir veya birkaç toplama dâhil edilerek gösterilebilmektedir. Bir varlık, yükümlülük ya da özkaynağın finansal durum tablosuna yansıtılan tutarı ‘defter değeri’ olarak ifade edilmektedir (FRKÇ para. 5.1).

Finansal durum tablosuna (bilanço), sadece varlık, yükümlülük veya özkaynak tanımını karşılayan kalemler alınırken; finansal performans tablosuna (tablolarına) sadece gelir veya gider tanımını karşılayan kalemler alınabilir. Bir kalem bu unsurlardan birinin tanımını karşılasa bile faydalı bilgi sağlamıyorsa finansal tablolara alınmayabilir (FRKÇ para. 5.6, 5.7). Faydalı bilgi, bir yanda, bir varlık veya yükümlülüğün belirliliği ve ekonomik fayda giriş veya çıkış olasılığı, diğer yanda, gerçeğe uygun sunum ölçütlerine göre değerlendirilmektedir (FRKÇ para. 5.6-5.25).

Finansal tablo dışı bırakma, finansal tablolara alınmış bir varlık veya yükümlülüğün tamamının ya da bir kısmının, genelde o kalemin artık varlık veya

³⁹⁴ Toplulaştırma (*aggregation*), ortak özelliklere sahip olan ve aynı sınıflandırmaya dâhil edilen varlık, yükümlülük, özkaynak, gelir veya giderlerin birbirine eklenmesidir. Toplulaştırma, büyük hacimli veya önemsiz ayrıntıları özetleyerek bilgiyi daha faydalı hale getirir. Bununla birlikte toplulaştırma, söz konusu ayrıntının bir kısmını saklaması sonucuna da yol açabilmektedir (7.14 vd.).

yükümlülük tanımını karşılamadığı zaman, gerçeğe uygun sunum sağlamak amacıyla işletmenin finansal durum tablosundan çıkarılmasıdır (FRKÇ para. 5.26 vd.).

Ölçüm, finansal tablolara alınan unsurların bir ölçüm esasına göre parasal tutar olarak ölçülmesidir. Ölçüm esası, tarihi maliyet ya da cari değer (gerçeğe uygun değer, kullanım değeri ve ifa değeri, cari maliyet) gibi bir kalemin ölçülen tanımlanmış bir özelliğidir. Bir ölçüm esasının bir varlık veya yükümlülüğe uygulanması, söz konusu varlık veya yükümlülüğe ve ilgili gelir ve giderlere ilişkin bir ölçüm ortaya çıkarmaktadır. Farklı varlıklar, yükümlülükler, gelir ve giderler için farklı ölçüm esasları seçilebilmektedir. Seçimde, faydalı finansal bilginin niteliksel özellikleri ve maliyet kısıtı dikkate alınmaktadır (FRKÇ para. 6.1 vd.). Ölçüm, ilk kez finansal tablolara alırken ve sonraki olaylarda (satış, devir, ifa vb.) tekrarlanmaktadır.

Değerleme, VUK md. 258’de, vergi matrahlarının hesaplanmasıyla ilgili iktisadi kıymetlerin takdir ve tesbiti olarak tanımlanmıştır. TTK’da değerlemenin tanımı olmamakla birlikte, TTK md. 78’in başlığında “Genel Değerleme İlkeleri” kullanılmıştır. TFRS/IFRS’ler ise finansal tablo unsurlarını niceleme sürecini tanımlamak için 'değerleme' yerine 'ölçüm' terimini kullanmaktadır.

2. Ara Bilanço Hazırlama İlkeleri

a. Genel Olarak

Özel bilanço niteliği taşıyan ve borca batıklık hesaplaması için düzenlenen ara bilançolara hâkim olan ilkeler kanunda gösterilmemiştir. Kanun koyucu, bu bilançoların yapısına ilişkin de herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Yalnızca, şirketin aktiflerinin alacaklılarının alacaklarını karşılama kapasitesinin gerçekçi olarak belirlenmesini, bilançolar üzerinden yapılacak bir değerlemeye bağlı kılmıştır. Bu açıdan, borca batıklık bilançosunun hazırlanmasında, amacı ve işlevi açısından ticari bilançodan ayrı ve bağımsız bir bilanço olduğu her adımda göz önünde tutulmak şartıyla, ticari bilanço için de geçerli olan bazı genel kabul görmüş kural ve ilkeler uygulanabilir³⁹⁵. Zira, örneğin, TTK md. 78 hükmü gerekçesinde de ifade edildiği üzere, değerleme ilkeleri, değerleme ölçülerinden farklı olarak, değerlemede dikkate

³⁹⁵ Hözle, s. 73, para. 167.

alınacak taşıyıcı nitelikte evrensel kurallardır. Bu ilkeler -hükümde açıkça belirtildiği gibi – sınırlı sayı ilkesi kapsamında değildir.

Sınırlar belirsiz olmasına rağmen, muhasebe ilkeleri (varlıkların ve yükümlülüklerin tanınması), değerlendirme ilkeleri (varlıkların ve yükümlülüklerin niceliğinin belirlenmesi) ve usul ilkeleri arasında ayırım yapmak mantıklı görünmektedir.³⁹⁶

b. Bilançonun İçeriği

TTK md. 73/1 hükmüne göre, Türkiye Muhasebe Standartlarında aksi öngörülmemişse bilançoda, duran ve dönen varlıklar, özkaynaklar, borçlar ve dönem ayırıcı hesaplar ayrı kalemler olarak gösterilir ve yeterli ayrıntıya inilerek şemalandırılır.

Ara bilançolarda da bilanço içeriğinin, genel olarak ve en azından satış fiyatları ara bilançosunun, Tekdüzen Hesap Planı'ndaki hesap gruplarındaki 1 ilâ 5'i arasındaki hesapları kapsayacağı kabul edilebilir. Ancak, yıllık bilançonun aktifinde veya pasifinde bulunan bazı hesaplara ara bilançolarda hiç yer verilmemesi veya tam aksi mümkündür³⁹⁷.

c. Muhasebe Açısından

aa. Bilanço/Raporlama Tarihi İlkesi

Bilanço, şirketin belirli bir tarihteki fotoğrafını çekmektedir. Dolayısıyla, muhasebeleştirme ve değerlemede raporlama tarih ilkesinin borca batıklık bilançolarında da gözetilmesi³⁹⁸ gerekecektir. Bilanço tarihi, her iki ara bilanço için aynı olmalıdır.

Bilanço günü ilkesinin TTK'da görünümü mevcuttur. TTK md. 78/1-c'ye göre, bilanço kapanış gününde değerlendirilmelidir. Bilançoya dahil edilecek ve edilmeyecek kalemler bu ilkeye göre belirlenmektedir. Yıllık bilançoda hâkim olan ihtiyat ilkesi

³⁹⁶ Hözle, s. 73, para. 167.

³⁹⁷ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 68 vd.

³⁹⁸ STAHLSCHEMIDT Michael, Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, JR Heft 3/2002, s. 92.

nedeniyle, bilanço günü ilkesi birbirini tamamlamaktadır. TTK md. 78/1-d'ye göre, Değerleme ihtiyatlı bir şekilde yapılmalıdır. Bu doğrultuda, bilanço gününe kadar meydana gelen tüm olası riskler ve zararlar, bunlar bilanço günü ile yılsonu finansal tablolarının hazırlanma tarihi arasında tespit edilmiş olsalar bile, dikkate alınmalıdır. Kazançlar ise bilanço tarihi itibarıyla gerçekleşmişse kayıtlara yansıtılır.

Borca batıklık bilançoları açısından bilanço tarihi, değer artırıcı olguların dikkate alınması, değer etkileyen olguların ise dikkate alınmamasını gerektirdiği şeklinde bir ayrıma neden olmaktadır. Raporlama tarihinde mevcut olan ancak raporlama tarihinden sonra öğrenilen hususlar değer artırıcı olarak nitelendirilmektedir. Değeri etkileyen hususlar, bilançonun hazırlandığı bilanço tarihinde henüz mevcut olmayan, ancak bilanço hazırlanmadan önce belli olacak hususlar olarak açıklanmaktadır.³⁹⁹

Borca batıklık bilançolarını hazırlarken, bilanço tarihi ilkesi ayrıca ve özellikle muhasebeleştirilecek varlık kalemlerinin ve borçların açıkça tanımlanmasına hizmet eder. Ancak bu ilkenin uygulanması, raporlama tarihinin özellikle seçilmesiyle borca batıklığın tespitinin önlenmesiyle sonuçlanabilir. Bu nedenle bilanço dürüst ve hesap verebilir şekilde hazırlanmalıdır.⁴⁰⁰

Bilanço tarihi ilkesinin tutarlı bir şekilde uygulanması, diğer hususların yanı sıra, iflas işlemlerinin masraflarının ve yalnızca iflas işlemlerinin başlatılmasıyla tetiklenen diğer iflasa özgü maliyetlerin borç olarak dikkate alınmayacağı anlamına gelmektedir. Şirketin tazminata maruz kalma ihtimalinin bulunması halinde, raporlama tarihinden önce meydana gelen olaylar için karşılık ayrılması gerektiği de ayrıca belirtilmektedir.⁴⁰¹

bb. Tamlık İlkesi

TTK md. 72/1 hükmüne göre, finansal tabloların, ticari işletmenin tüm varlıklarını, borçlarını, peşin ödenen giderler ile peşin tahsil edilen gelirleri, teknik terimle dönem ayırıcı hesapları, bütün gelir ve giderleri doğru şekilde değerlendirilmiş olarak göstermesi zorunludur.

³⁹⁹ Hözle, para. 172.

⁴⁰⁰ Hözle, para. 172-174.

⁴⁰¹ Hözle, para. 174.

Hükümün gerekçesine göre, uluslararası muhasebe standartları doğrultusunda “tamlik” anlayışı, aktif ve pasiflerin eksiksiz bir listesini çıkarmanın yanı sıra bunların değerlemelerinin standartlara uygun ve doğru yapılmış olmasını ve gerçeği ona sadık bir tarzda yansıtan sunumu da gerekli görmektedir.

Tamlık ilkesinin bir uzantısı aktifleştirme yasağıdır. TTK md. 74’e göre, Türkiye Muhasebe Standartlarında aksi öngörülmemişse, işletmenin kuruluşu ve özkaynak sağlanması amacıyla yapılan harcamalar için, bedelsiz olarak elde edilmiş, maddi olmayan duran varlıklar için ve sigorta sözleşmelerinin yapılması için gerekli olan giderler bilançonun aktifine kalem konulamaz.

Borca batıklık bilançolarında, aktifleştirme yasağı, yıllık bilanço amaç ve esasına göre uygulanmamaktadır. Özellikle, TTK md. 74 ikinci fıkra gerekçesinde belirtildiği gibi, yıllık bilançoda, bir işletmenin kendi yarattığı, kendisine ait ticaret unvanı, marka, patent, faydalı model, tasarım gibi fikrî mülkiyet hakları ve peştemaliye (good will) benzeri işletme değerleri de aktifleştirilemez. Bu değerler bedel ödenerek başkalarından devralınmışsa, yasak söz konusu değildir. Öte yandan, şerefiyenin borca batıklık bilançosuna dahil edilmesi lehine aşağıda açıklanan çok sayıda görüş bulunmaktadır.

Tamlık ilkesine ek olarak, fıkra gerekçesinde ifade edildiği gibi, açıklık ilkesinin gereği mahsup yasağı yer almaktadır. TTK md. 72/2’ye göre, aktif kalemler pasif kalemlerle, giderler gelirlerle, taşınmazlara ilişkin haklar, bunlarla ilgili yüklerle mahsup edilemez. Mahsup yasağı, TMS 1 - Finansal Tabloların Sunuluşu Standardında netleştirme olarak ifade edilmektedir. Paragraf 32 ve 33’te, işletmenin varlıklar ile yükümlülükleri ve gelirler ile giderlerinin ayrı olarak raporlanacağı ve bir TFRS’de zorunlu kılınmadıkça veya izin verilmedikçe, varlıklar ile yükümlülükleri veya gelirler ile giderleri netleştirilemeyeceği açıklanmıştır. Finansal tablolarda, işlem ve olayların özünü yansıtmaları için zorunlu olan veya izin verilen netleştirmeler haricinde yapılan netleştirmeler, finansal tablo kullanıcılarının doğru değerlendirme yapmalarını zorlaştıracaktır.

Borca batıklık bilançosunda da tasfiye sürecinde kullanılabilecek tüm varlık ve borçların eksiksiz kaydı yapılmalı⁴⁰², ayrıca ister satın alınmış ister bizzat yaratılmış olsun, hem maddi hem de maddi olmayan varlıklar satılabiliyorsa ve gerçekleştirilebilecek bir değeri temsil ediyorsa muhasebeleştirilmelidir⁴⁰³.

d. Usul Açısından

aa. Bireysel Değerleme İlkesi

Borca batıklık bilançoları açısından tartışmalı noktalardan biridir.

TK md. 78/1-c hükmüne göre, bilanço kapanış gününde, varlıklar ve borçlar teker teker değerlendirilmelidir. Fıkra gerekçesine göre, bu ilke, iki alt ilkeyi içerir: bilânço günü ve teker teker değerlendirme ilkeleri.

Değerlemeler bilânço günü itibarıyla yapılmalı, bu tarihe kadar değerlemeyi etkileyen bütün etkenler dikkate alınmalı, anılan tarihten sonrakiler de hesaba katılmamalıdır.

Teker teker değerlendirme amacı şeffaflığın sağlanmasıdır. Aksi halde kalemler toplanır ve mahsuplarla bir değer elde edilirse, finansal durum anlaşılamaz. Bu ilke mahsup yasağıyla da bağlantılıdır. Öte yandan muhtemel satış fiyatları ara bilançosunda, şirketin veya bazı şirket bölümlerinin bir bütün olarak satılması durumunda⁴⁰⁴ veya işletmenin devamlılığı esası ara bilançosunda tekil devam değerlerinin bulunmaması nedeniyle, teker teker değerlendirme borca batıklık açısından tam anlamıyla her durumda mümkün olmayacaktır. Öte yandan, mümkün olan durumlarda, özellikle alacaklı korumasının öne çıktığı böylesi finansal bozulma durumlarına mahsup yasağına ve tekil değerlemeye uyulması hukuki güvenlik anlayışıyla da uyumaktadır.

Aslında sorun, bilanço varlıklarının bireysel süreklilik değerini tespit etmenin mümkün olup olmadığıdır. Örneğin, bir petrol boru hattı yapımına özel kurulmuş şirketin tanımlanabilir varlıkları arasındaki boruların süreklilik değerini belirlemek

⁴⁰² Stahlschmidt, s. 92.

⁴⁰³ Hözle, para. 175.

⁴⁰⁴ Türk, **Borca Batıklık**, s. 254-255.

güçtür. Boruların bireysel piyasa değeri, yapımlarında kullanılan demir, çelik, çimento veya varsa özel malzemelerin satışından elde edilecek değerdir ve bu bütün projeden beklenen kârlılık ölçüsüyle karşılaştırılamayacak kadar küçüktür.

Bir başka örnek bilişim sektörüdür. Bu sektördeki şirketlerin bilançoları kıyasen daha fazla tanımlanabilir ve tanımlanamayan maddi olmayan varlık taşımaktadır. Mesela, bir binanın bir katını işyeri olarak kullanan ve elindeki birkaç bilgisayarla oyun geliştiren ve gelecek beklentisi olumlu olan şirketin varlıklarının bireysel değerlerinin toplamı ile bütün değeri arasında çok büyük fark oluşabilmektedir. Bu farkın bilgisayarlarına atanacak kısmı nasıl hesaplanacaktır? Bilgisayarların bireysel süreklilik değeri var mıdır? Aslında, işletmenin devamlılığı esaslı bir bilançoda tanımlanabilir varlıklar ile şerefiye genel kavramı içinde yer alan ve gösterilen tanımlanamayan varlıklar bulunur. Bu tanımlanamayan varlık, aslında faaliyetler için kullanılan tanımlanabilir varlıkların sinerjisinden doğduğu için herbirinden bir parça değer taşımaktadır. Ancak o değerleri her bir varlığa gerçekçi şekilde dağıtmak mümkün değildir. Çünkü, tanımından da anlaşılacağı üzere, tanımlanamamaktadırlar. Dolayısıyla, tanımlanabilir varlıkların gerçek süreklilik değerlerini hesaplamak tam anlamıyla mümkün değildir. Şerefiye de bir açıdan, bilançoda diğer varlıkların değerini düzeltici bir işlev görmektedir⁴⁰⁵.

Sonuç olarak, gerek muhtemel satış fiyatlarına göre değerlemede gerekse işletmenin devamlılığı esasına dayalı değerlemede, borç ödeme gücünü sadece bilanço üzerinden ve bireysel değerlendirme yoluyla ölçmenin ne kadar gerçekçi bir sonuç vereceği tartışmalıdır. Bireysel değerlemenin, TTK md. 376/3 hükmünün amacını karşılamada yetersiz kaldığı ve bütüncül değerlemenin daha gerçekçi sonuçlar sunduğu durumlarda, örneğin, şirket varlıklarının tamamının veya bir kısmının toplu satışına ilişkin kanıtlanabilir olasılıkların mevcut olması ve bu tür bir satıştan elde edilecek meblağın, tekil satışlardan sağlanacak olandan belirgin şekilde yüksek olması ihtimalinde bütüncül değerlemeye başvurulması mümkün olmalıdır.

⁴⁰⁵ Schäfer, s. 234 vd.

bb. Değerleme Yaklaşımlarının İzlenebilirliği

Borca batıklığın tespiti önemli hukuki sonuçlar doğuracağından borca batıklık bilançosunda kullanılan değerlerin objektif olarak anlaşılır olması gerekmektedir. Değerlemenin dayandığı temeller belgelenmelidir. Muhasebe ve değerlemenin dayandığı ve bunları kanıtlayan tüm kayıt ve belgeler, uzman bir üçüncü kişinin anlayabileceği şekilde hazırlanmalı ve saklanmalıdır.⁴⁰⁶

e. Değerleme Açısından

aa. Değerleme Amacının Uygunluğu

Borca batıklık değerlendirmesinin amacı, borçları karşılama kapasitesi ölçülerek şirketin varlığını sürdürme hakkının olup olmadığını veya piyasadan çekilmesinin ve iflas yoluyla zorunlu tasfiyenin gerekip gerekmediğini araştırmaktır. Zira borca batıklık, sınırlı sorumlu şirketlerin piyasaya katılımından kaynaklanan özel riskleri hesaba katmak maksadıyla oluşturulmuştur.⁴⁰⁷ Dolayısıyla, TTK md. 376/3 doğrultusunda, varlık ve borçların muhasebeleştirilmesini ve değerlemesini belirleyen amaç, şirketin borç ödeme yeteneğinin gerçekçi şekilde ortaya konmasıdır.

Bilançonun amacıyla uyumlu şeffaflık ve netlik sağlanmalıdır. Örneğin, kârın tespiti ve sermayenin korunması ilkeleri doğrultusunda hazırlanan yıllık bilançoda ihtiyatlılık ilkesi, borca batıklık bilançosunda aynı şekilde uygulanmamaktadır⁴⁰⁸. Ancak, borca batıklık bilançosunun hazırlanmasında alacaklıların korunması ilkesi öncelikle gözetilmektedir. Bu nedenle, varlıkların ve borçların aşırı değerlemesinin yasaklanması ile alacaklı korunması ilkesi doğrultusunda, borçları karşılama gücünün doğru ölçülmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle, varlıkların gerçek değerleri ile değerlendirilmesi gerekmektedir ki bu da alacakların borca batıklık bilançosuna nominal

⁴⁰⁶ Hözle, para. 185.

⁴⁰⁷ Hözle, para. 177.

⁴⁰⁸ Yargıtay'ın bir kararına göre, borca batıklığın tespitinde yapılacak değerlemede ihtiyatlılık ilkesi gözetilmelidir. Karara göre, “borca batıklığın tespitinde dikkate alınacak rayiç değerlemesi, alacaklıların hukuki durumunu da etkileyeceği ve iflas ertelemezinin uzatılması noktasında yasal bir unsur ifade etmesi noktasında, ihtiyatlılık prensibinin uygulanması bakımından özenle uygulanmalıdır. Borca batık olmayan bir şirket için kabul edilebilecek ihtiyat sınırları ile varlıkları borçlarını karşılamadığı iddiasıyla iflasın ertelenmesine karar verilmesini isteyen bir şirket bakımından kabul edilebilecek ihtiyat sınırları aynı olmamalı, toleranslar ve ihtimaller ayrıca değerlendirilmelidir. Zira varlıkların tutarının gerçekçi biçimde belirlenmesi, iflas halinde alacaklıların, ne durumda olacaklarını tahmin etmeleri bakımından gereklidir.” T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/167 2014/4183 T. 30.05.2014.

değerleri üzerinden değil, tahsilat riskinin söz konusu olması halinde sadece düzeltilmiş bir değerle dahil edilmesini gerektirmektedir⁴⁰⁹.

bb. Gerçekçi Değerleme İlkesi

Borca batıklık bilançosu bir ticari bilanço olmadığından, ticari muhasebe ilkesi uygulanmamalıdır. Örneğin, muhtemel satış fiyatları, mümkün görünen temel paraya çevirme stratejisine göre belirlenmelidir. Mümkün görünen temel paraya çevirme stratejisi, tasfiye yoğunluğunu ve tasfiye hızını belirlemektedir. Şirketin bölümlere veya bireysel varlıklara bölünme derecesi tasfiyenin yoğunluğunu, tasfiye süresi ise tasfiyenin hızını ifade etmektedir. Yüksek tasfiye yoğunluğu (bireysel varlıkların paraya çevrilmesine kadar) ve yüksek tasfiye hızı (kısa süreli tasfiye süresi), tasfiye gelirlerinin düşmesine yol açma eğilimindedir ve bunun tersi de geçerli olmaktadır.⁴¹⁰

3. Ara Bilançolarda Varlıkların Tanınması

a. Genel Olarak

Varlık, “geçmişteki olayların bir sonucu olarak işletme tarafından kontrol edilen mevcut bir ekonomik kaynaktır”. Ekonomik kaynak, ise “ekonomik fayda üretme potansiyeline sahip bir haktır”. Tanıma göre, bir şey, varlık niteliğini haiz olmak için hak, ekonomik fayda üretme potansiyeli ve kontrol unsurlarını bir arada taşımalıdır.⁴¹¹

İşletmenin sahip olduğu varlıkların mutlaka kaynakları vardır. Diğer bir ifadeyle, işletmede varlıklar kaynaklarla oluşmaktadır. Bunun neticesinde, varlıklar toplamı kaynaklar toplamına eşittir. Buna, temel muhasebe eşitliği, bilanço eşitliği veya finansal durum temel eşitliği denilmektedir.⁴¹² Bilançonun veya finansal durum tablosunun sol tarafı aktif, sağ tarafı ise pasif olarak adlandırılmaktadır. Aktif tarafta varlıklar, pasif tarafta varlıkların kaynakları yer almaktadır. Dolayısıyla, bilanço eşitliği, aktifler=pasifler, varlıklar=kaynaklar, varlıklar=yabancı kaynaklar + öz kaynaklar olarak gösterilebilmektedir.

⁴⁰⁹ Hözle, para. 178.

⁴¹⁰ Hözle, para. 183.

⁴¹¹ FRKÇ para. 4.3 vd.

⁴¹² Elmas, s. 17, 34.

TTK md. 376/3'teki aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarma işlemi, madde gerekçesinde, şirket aktiflerinin defter değerleriyle değerlemesi değil de gerçek değerleriyle değerlemeye tabi tutma olarak açıklanmıştır. Hükümdeki değerleme ilkesi⁴¹³, tanıma (finansal tabloya alma) meselesini etkilemektedir. Bu nedenle, ara bilançolara ilişkin çalışmalar, değerleme ile birlikte ve değerleme öncesinde tanıma meselesini kapsamalıdır.

Her bir ara bilanço için tanıma işleminin yürütülmesinin çeşitli sonuçları olmaktadır. Bir bilanço kalemine borca batıklık ara bilançolarında yer verilmiyorsa, değerinin sıfıra karşılık geldiği anlaşılmalıdır. Belirli varlıkların yalnızca şirketin faaliyetlerine devam edeceği veya şirketin tasfiye edileceği varsayımı altında aktifleştirilmesi mümkündür.⁴¹⁴ Bilançoda hangi kalemlere yer verileceği, kullanılabilirlik ilkesi etrafında belirlenebilir.

b. Kullanılabilirlik/Paraya Çevrilebilirlik İlkesi

Kullanılabilirlik ilkesi (*Das Prinzip der Verwertbarkeit*), varlıkların bir yandan borçluya ait olması, diğer yandan açılan tasfiye işlemlerinde kullanılabilir olması gerektiği anlamına gelmektedir. Buna göre, tasfiye memurunun kullanımına/tasarrufuna tabi olmayan her kalem göz ardı edilmelidir. Ayrıca ticari bilanço kapsamında tanınmayan varlıklar, tasfiye satışından gelir getirmeleri durumunda borca batıklık bilançolarında aktifleştirilmelidir.⁴¹⁵

Kullanılabilirlik, paraya çevrilebilirlik veya gerçekleştirilebilirlik olarak da ifade edilebilir. Nitekim, borca batıklık bilançosunda paraya çevrilerek borçların ödenmesine tahsis edilebilir aktiflerin yer alması gerekeceği belirtilmiştir⁴¹⁶. Sayhan, aktif değerlerin tespitinde yılsonu bilançosunun içeriğinin esas alınması; daha sonra borca batıklık bilançosu amacı çerçevesinde değişiklik yapılması gerektiği görüşündedir. Buna göre, yılsonu bilançosunda olup da şirket aktifi olarak kabul edilemeyecek kayıtlara, geçici ve düzeltici kalemlere ara bilançoda yer verilmemeli veya tam tersi, yılsonu bilançosuna girmemiş ancak mevcut olan varlıklar borca batıklık bilançosunda gösterilmelidir. Buna ek olarak, amortisman ayrılması veya geçmişte ayrılmış

⁴¹³ Ayrıca bkz. dp. 361.

⁴¹⁴ SCHÄFER, Thimo, *Der Eröffnungsgrund der Überschuldung*, Nomos, 2012, s.152.

⁴¹⁵ Uhlenbruck, (Schmidt/Uhlenbruck), *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 2009, 484-485, para. 5.136 vd.

⁴¹⁶ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 83.

amortismanların borca batıklık hesabında ya da varlıkların değerlemesinde göz önünde bulundurulması uygun değildir⁴¹⁷.

Yıllık bilançodan hareket etmek elverişli olmakla birlikte, TTK md. 376/3'ün borçlunun alacaklılarının alacaklarını karşılama yeteneğini gerçekçi şekilde belirleme olduğu amacı esas alınmalıdır. Özellikle zaman kısıtı engel oluşturmuyorsa, kayıtlara girmemiş kalemlerin veya bilanço hesapları içinde gizlenmiş, gözden kaçmış işlemlerin tespiti için tasfiye sırasında olduğu gibi bir ilk envanter ve bilanço düzenlenebilir (TTK md. 540, 643).

Envanter olarak, yıllık envanter kayıtları değil, fiili envanter araştırılmalıdır. Muhasebe kayıtları alt hesaplara kadar incelenmeli, azaltılmış, gizlenmiş veya hayali işlemlerden arındırılmalıdır. Mükerrer hesaplama dan kaçınılmalıdır.⁴¹⁸

Hesapların genel işlevlerine değil içindeki işlemlere bakılmalıdır. Zira, örneğin, peşin ödenmiş giderler hesabı gibi hesapların, ilerde açıklandığı üzere, ticari bilançoda dönem ayırıcı hesap olarak yer almakta ve yıllık bilançodaki amacı doğrultusunda gerçek bir varlık temsil etmedikleri kabul edilmektedir. Ancak, borca batıklık hesaplamasında incelendiğinde, bu hesaplardan, bir alacak veya borç ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple, borca batıklık incelenmesinde hesapların ticari bilançodaki işlevleri üzerinden genel bir değerlendirmeden öteye geçilmelidir. Hesabın genel çalışma şekli ve işlevine değil, hesaba kaydedilen işlemlerin borca batıklık incelenmesinde borç ve alacak kalemine dönüşüp dönüşmeyeceği araştırılmalıdır.

c. Duran ve Dönen Varlıklar

Borca batıklık bilançosunda duran ve dönen varlıklar kalemlerinin genellikle aktifleştirilmesi gerekir. Ancak özellikle şerefiye ve (diğer) maddi olmayan duran ve dönen varlıklar sorun yaratmaktadır. Şerefiye veya özel hususlar içeren diğer varlıklar ayrı başlıklarda incelenmektedir.

⁴¹⁷ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 83-84.

⁴¹⁸ Yılmaz, s. 141-142; Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 68.

d. Şerefiye

aa. Şerefiyenin Yıllık Bilançoda Muhasebeleştirilmesi

Bir şirketin bir bütün olarak değeri ile şirketi oluşturan belirlenebilir varlıkların bireysel değerlerinin toplamı çoğu zaman birbirine eşit olmamaktadır. Şirketin belirlenebilir varlıkları⁴¹⁹, maddi ve gayri maddi varlıklardan oluşmaktadır. Şirketi meydana getiren bu unsurlar, şirket defter ve finansal tablolarına kaydedilmekte ve değerlendirilmektedir. Bir de şirkete fayda sağlayan, şirketin kârlılığına ve devamlılığına etki eden ancak tanımlanamayan, dolayısıyla ayrıca değerlendirilemeyen ve bilançoda gösterilmeyen unsurlar vardır.⁴²⁰ Bu unsurlar, şirketin bütün değerinin, tanımlanabilir varlıkların toplam değerini aşan kısmı olan fazla değeri sağlamaktadır. Şerefiye olarak adlandırılan söz konusu fazla değer, finansal tablolara dahil olan faktörler (örn; sinerji etkisi, kârlılık, sermaye maliyeti) ve olmayan faktörlerden (örn; müşteri ilişkileri, müşteri çevresi, yönetim stratejisi, insan gücü, ürün kalitesi, marka, teknoloji gibi iç faktörler ile kuruluş yeri, yasalar gibi dış faktörler) kaynaklanabilmektedir.⁴²¹ Kavram, “işletme değeri”, “peştemaliye” veya “goodwill (Alm. *Firmenwert*, *Geschäftswert*)” olarak anılabilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nda şerefiyenin tanımı yapılmamış olmakla birlikte, TTK m. 11/3’te, ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği düzenlenmiştir. Ticari işletmenin bir bütün olarak, hukuki işlemlere konu olabilmesi, kendisini meydana getiren unsurların değerleri toplamından fazla bir değere sahip olması demektir. Bu fazla değer de şerefiyeye karşılık gelmektedir.⁴²²

⁴¹⁹ TMS 38 Maddi Olmayan Duran Varlıklar Standartına göre, bir varlık, belirlenebilirlik kriterini şu durumlarda sağlar: (a) *Ayrılabilir olması, diğer bir deyişle işletmeden ayrılabilme ya da bölünebilme özelliğine sahip ve bireysel olarak ya da işletmenin bu yönde bir niyetinin olup olmadığına bakılmaksızın ilgili sözleşme, tanımlanabilir varlık veya borç ile beraber satılabilir, devredilebilir, lisans altına alınabilir, kiralanabilir ya da takas edilebilir olması veya (b) İlgili hakların işletmeden ya da diğer haklar ve yükümlülüklerden ayrılabilmesi veya devredilebilmesine bakılmaksızın, sözleşmede yer alan haklardan ya da diğer yasal haklardan kaynaklanması.*

⁴²⁰ ELDEN ÜRGÜP Seval/ SELÇUK Deniz, “Şerefiye’nin Vergi Usul Kanunu (VUK) Ve Türkiye Muhasebe Standartları (TMS) ve Türkiye Finansal Raporlama Standartları (TFRS) Açısından Muhasebeleştirilmesi”, MUFİDER, 6, 2(2023), ss. 232-247, s. 236.

⁴²¹ Elden Ürgüp/ Selçuk, s. 237.

⁴²² Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu*, s. 102.

TFRS-3 İşletme Birleşmeleri Standardında şerefiye, tek olarak tanımlanamayan ve ayrı olarak kaydedilemeyen bir işletme birleşmesinde edinilmiş diğer varlıklardan kaynaklanan gelecekteki ekonomik fayda olarak tanımlanmıştır. Standart kapsamında şerefiye, satın alma bedeli ile edinilen işletmenin azınlık paylarının tutarı arasındaki fark olarak hesaplanmaktadır⁴²³.

Şerefiye, Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) peştemal olarak adlandırılmaktadır. Peştemallere ilişkin değerlendirme ile ilgili düzenlemeler VUK 282. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, şerefiyeye ilişkin değerlendirme hükümlerine kurumlar ve gelir vergisi mükellefleri dâhil edilmiştir. Aynı kanun hükmü gereğince 2022 yılı için 2.000 TL'yi aşan işletme değerinin aktifleştirilmesi zorunlu kılınmış, bu tutarın altında kalan şerefiyenin ise gider olarak kaydedilmesi mükellefin isteğine bırakılmıştır⁴²⁴. VUK ayrıca, ödenen peştemalın nasıl amortismanına tabi tutulacağını ve giderleştirileceğini de düzenler. 326. maddeye göre; peştemal, beş yıllık bir süre için kayıtlı değerine eşit itfa edilecektir.⁴²⁵

Anonim ortaklıklar hukukunda, ticari bilançoda, şerefiyenin, bir aktif olarak yer alıp almayacağı tartışılmıştır. Genel görüş, işletmenin kendisi tarafından oluşturulan, işletme içinde meydana gelen (*özgün-original*) işletme değerinin bir aktif olarak bilançoya geçirilemeyeceği yönündedir⁴²⁶. Çünkü, aksi durumda, gerçekleşmemiş kârların gösterilmesi veya değerlemede kötüye kullanma yollarının açılabilir. Özgün işletme değerinin oluşması için yapılan olağanüstü masraflar ise şerefiyenin oluşmasında doğrudan ve başarılı bir etkisi varsa aktifleştirilebilecektir.⁴²⁷

Diğer taraftan, şerefiyenin ticari bilançoda aktif olarak gösterilmesi, devren iktisap edilen bir şerefiye (*Türev şerefiye*) olması durumunda mümkündür. Bunun sebebi, devren iktisap edilmiş işletme değeri için fazla bir bedel ödenmiş olup, yapılan masrafın ileriki yıllara da faydalı bir masraf niteliği göstermesi ve bu nedenle,

⁴²³ Elden Ürgüp/, Selçuk, s. 245.

⁴²⁴ Söz konusu tutar her yıl yeniden belirlenmektedir. Şerefiye olarak ödenen veya borç kaydedilen tutarlar 261 Nolu Hesaba alacak kaydedilir. Vergi Usul Kanunu'nun 313(3) maddesinde, değeri 2.000 TL'yi (1 Ocak 2022 itibarıyla) aşmayan peştemalların doğrudan silinebileceği belirtilmektedir. Bu nedenle ödenen peştemal 2.000 liradan fazla ise, tutar doğrudan gider olarak alınmaz, amortismanına tabi tutulur.

⁴²⁵ Elden Ürgüp/, Selçuk, s. 239.

⁴²⁶ Karayalçın, **Muhasebe Hukuku**, s. 49.

⁴²⁷ Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 105.

masrafların dağıtılması ilkesi göre aktifleştirilmesi gereğidir.⁴²⁸ Aktifleştirilecek bedel, bilançoda farklı bir kalemden gösterilmeli ve yıllara bölünerek amorti edilmelidir.⁴²⁹

TMS 38 Maddi Olmayan Duran Varlıklar Standardına göre, işletme içi yaratılan şerefiye muhasebeleştirilemez. TMS 38'e göre, *bir işletme birleşmesinde muhasebeleştirilen şerefiye, bir işletme birleşmesinde elde edilen, bireysel olarak tespit edilmeyen veya ayrı olarak muhasebeleştirilmeyen diğer varlıklardan kaynaklanan gelecekteki ekonomik yararları ifade eden bir varlıktır.* Uluslararası Değerleme Standartlarının UDS 200 İşletmeler ve İşletmedeki Paylar Varlık standardında, şerefiye, *işletmenin değerinin işletmede kayıtlı veya kayıtlı olmayan net maddi varlıklar ve tanımlanabilir maddi olmayan varlıkların toplamından büyük olması halinde, fazla değer genellikle işletmenin sürekliliği değeri olarak* nitelendirilmektedir.

Ticari bilanço bağlamında türev ve orijinal şerefiyenin farklı şekilde ele alınması, sonuçta ihtiyat ilkesine dayanmaktadır (TTK md. 78/1-d). Türev şerefiye, bir şirketin devralınması için ödenen bedel ile devralma sırasındaki bireysel varlıklarından borçlarının çıkarılması sonucu bulunan değeri arasındaki farktır. Bu bakımdan, kesin olarak ölçülebilir ve piyasada varlığı kanıtlanmıştır. Diğer taraftan, türev şerefiyeyi oluşturan faktörlerin çok belirsiz ve geçici olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, piyasada test edilmediği sürece şerefiyeye ihtiyatla yaklaşmaktadır.⁴³⁰

Mukayeseli Hukukta da türev (edinilmiş) (*derivativen - erworbenen*) ve orijinal (kendi kendine yaratılan) (*originären - selbst geschaffenen*) şerefiye arasında bir ayırım yapılmaktadır. İlki, şirket içinde bağımsız olarak oluşturulmaktadır. Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) § 246/1-4'e maddesine göre türev şerefiye, bedel karşılığında edinilen şerefiye, şirketin satın alma fiyatı ile tekil varlıkların değerlerinin toplamından devralma sırasındaki yükümlülüklerin toplamının çıkarılmasıyla belirlenen bir varlıktır.

Yıllık finansal tablolara ilişkin kurallara göre (HGB §§ 248/2, 255/4), şerefiye yalnızca bedel karşılığında edinildiği takdirde, maddi olmayan bir duran varlıktır. Karşılık karşılığında edinilen şerefiye, HGB § 255/4 cümle 1 uyarınca aktifleştirilebilir,

⁴²⁸ Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 107, 109.

⁴²⁹ Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 103.

⁴³⁰ Schäfer, s. 154.

türev şerefiyeyi aktifleştirme seçeneği mevcuttur.⁴³¹ Türetilen şerefiye ticari bilançoda muhasebeleştirilse de, orijinal şerefiyenin muhasebeleştirilmesine ilişkin bir yasak bulunmaktadır.

bb. Şerefiyenin Borca Batıklık Bilançolarında Muhasebeleştirilmesi

Borca batıklık bilançolarında aktiflerin tanınmasının genel ölçütü, yıllık bilançodan farklı olarak şirketin borçlarını karşılama potansiyeline sahip olup olmadıklarıdır. Aynı ölçüt, şerefiyenin tanınması konusunda da geçerlidir. Borca batıklık bilançosunda şerefiye, alacaklıların alacaklarının karşılama potansiyelinin varsayılması durumunda yer alabilecektir. Hatta, aynı sebeple, borca batıklık bilançolarının bir parçası olarak türev ve orijinal şerefiye arasındaki ayrıma bakılmaksızın aktifleştirilebilecektir⁴³².

Şerefiyenin belirlenebilir ayrı bir varlık teşkil etmediği açıklanmışken borca batıklık bilançosunda nasıl gösterileceği sorusu yanıtlanmalıdır.

Borca batıklık bilançoları hazırlanırken, bu tez kapsamında incelenen çalışmalarda Kanun'da açık bir ifade olmamakla birlikte yıllık bilanço ya hâkim olan bireysel değerlendirme ilkesi (TTK md. 72/2) doğrultusunda varlıkların tek tek gösterildiği ve değerlendirildiği anlaşılmıştır. Ancak varlıkların bireysel olarak değerlemesinin zorunlu ya da gerekli olup olmadığı veya şirketin bütün olarak değerlemesine izin verilip verilmediğinin tartışmaya açılması gereklidir. Zira, borca batıklık bilançolarının hazırlanmasıyla, esas olarak, şirketin borç karşılama potansiyelinin en gerçekçi şekilde gösterilmesi amacı gözetilmektedir. Çünkü, şirketin borç karşılama potansiyelinin sadece olduğundan fazla değil olduğundan az gösterilmesi de alacaklıların korunması lehinde olmayacaktır.

Şerefiyenin aktifleştirilmesi kaçınılmaz olarak, bireysel değerlendirme ilkesinden sapma anlamına gelmektedir. Çünkü orijinal şerefiye, ayrı bir varlık olarak aktifleştirilemediği için tek başına değil ancak şirketin bütünüyle birlikte hesaplanabilir. Şirketi bütünüyle hesaplama gereği, ticari bilançoda gösterilmesine rağmen türev şerefiye için de ortaya çıkmaktadır. Çünkü, türev şerefiye, ticari bilançoda yalnızca sınırlı bir süre için kullanılabilecek bir varlık olarak amortismanla

⁴³¹ Crezelius, s. 799.

⁴³² Schäfer, s. 154, ayrıca, Crezelius, s. 800.

tabi tutulmaktadır. Bu halde de borçlunun varlıklarının alacaklıların yararına kullanılabilirliği gerçekçi olarak temsil edilmeyecektir.⁴³³

Gerçekten de bireysel değerlemede, borca batıklık bilançosunun aktif tarafı, gizli yedek akçeleri ortaya çıkaran yıllık bir bilançoya benzeyecektir. Kaldı ki hukukumuzda, bilinçli şekilde gizli yedek akçe ayrılmasına ilişkin hüküm, TTK'ya alınmamıştır. Orijinal şerefiyenin ara bilançoda aktifleştirilememesi, şirketin devamlılığı esasının etkisinin de sorgulanmasında neden olmaktadır. O nedenle, işletmenin devamlılığı esas alındığında, şirketin süreklilik değerleri üzerinden bir bütün olarak değerlemesinin yapılabilmesi savunulmaktadır. Şirketi bütün olarak değerlendirme sonucu, şerefiyenin dahil olması nedeniyle, borca batıklık olasılığının ortadan kalkma ihtimalini yükselmektedir.⁴³⁴ Zira, şerefiye değerinin, bazı şirketlerde, şirketin belirlenebilir varlıklarından daha fazla olması⁴³⁵ nedeniyle, şerefiyenin aktifleştirilmesi halinde, borca batıklık ihtimali zayıflamaktadır. Örneğin, Amazon, Haziran 2017'de Whole Foods'u 13.7 milyar dolara aldığı, bu satın alma, Amazon'un 7 ay sonraki yıllık bilançolarında raporlanmıştır. Tablolara göre, Amazon'un ödediği tutarın %70'ini şerefiye oluşturmaktaydı. Çünkü, Amazon'un market sektörüne girme hedefi çerçevesinde, önemli olan, Whole Foods'un cari faaliyet durumu değil, gayri maddi varlığının değeri idi.⁴³⁶

Şerefiye, şirket değerinden, şirket borçlarının çıkarıldığı şirketin tanımlanabilir varlıklarında sonra kalan kısım olarak tanımlandığında şu şekilde formüle edilebilir⁴³⁷:

Şerefiye= Satın alma fiyatı/Şirket değeri (ŞD) – Şirket varlıklarının gerçeğe uygun değeri (net aktif değeri-NAD)

ŞD>NAD ise (pozitif) şerefiye vardır.

ŞD<NAD ise (negatif) şerefiye (birleşme kârı) vardır.

⁴³³ Schäfer, s. 155.

⁴³⁴ SCHMIDT Karsten (/UHLENBRUCK Wilhelm), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2016, s. 472, para. 5.102.

⁴³⁵ GÖZEN Mustafa, “Şirket Değerlemesine Kuramsal Açından Bir Bakış”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AEÜSBED) 2019, C. 5, S. 2, s. 203.

⁴³⁶ KEYES Daniel, “Here’s where Amazon and Whole Foods stand seven months in”, 08.02.2018, Business Insider, <https://www.businessinsider.com/amazon-whole-foods-seven-months-2018-2>.

⁴³⁷ Formül, bu çalışmada orijinal şerefiyeyi de içerecek şekilde uyarlanmıştır. Formülün kaynağı için bkz.: ERGÜDEN Engin, “İşletmelerde Şerefiye ve Muhasebeleştirilmesi”, Vergi Algı, 14.10.2020, <https://vergialgi.com/isletmelerde-serefiye-ve-muhasebelestirilmesi>.

Formüle göre, şerefiyenin belirlenmesi için şirketin bütün değerinin hesaplanması veya piyasada bir rasyonel bir alıcının teklif edeceği fiyatın bilinmesi gerekmektedir. Değer ile fiyat farklı kavramlardır. Değer, öz'e ilişkin iken fiyat cari piyasa koşullarında potansiyel alıcının varlığa atfettiği subjektif önemdir⁴³⁸.

Şirketin değerinin objektif olarak belirlenmesi, makul ve gerçekçi güncel borç ödeyebilirlik gücünün tespiti açısından gereklidir. Uygulama en çok kullanılan⁴³⁹ ve her tür şirketin değerlemesinde kullanılabilecek bir yöntem, gelir yaklaşımı yöntemlerinden biri olan indirgenmiş nakit akışları (İNA) yöntemidir. İNA yönteminde, şirketin kendi verilerinden hareket edilmekte ve paranın zaman değeri hesaba katılmaktadır. Yönteme göre, şirketin geçmiş verilerinden yararlanılarak gelecekte beklenen tahmini nakit akış tutarları bir iskonto oranı üzerinden bugünkü değere indirgenmektedir.⁴⁴⁰

Şirketin gelir değerini (*Kazanç değeri, Ertragswert*) ortaya koyan gelir yaklaşımı (*Ertragswertmethode*), rasyonel bir potansiyel alıcı ve satıcı arasındaki fiyatın belirlenmesinde ölçüt olacaktır. Çünkü, rasyonel bir satıcı normalde şirketinin gelir değerinden önemli ölçüde daha düşük bir fiyat teklifini kabul etmeye istekli olmayacakken, potansiyel bir alıcı normalde gelir değerinden daha fazlasını ödemeye istekli olmayacaktır. Kaldı ki, potansiyel alıcının hesaplaması ve fiyat teklifi, şirketi kendi hedef ve stratejisine göre yeniden yapılandırma maliyetleri gibi devralma nedeniyle ortaya çıkacak maliyetlerini de içerebilecektir. Bu durum bir şirketin değeri ile satın alma fiyatı arasında bir fark olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Değerin belirlenmesi şirket değerlemesi meselesidir, fiyatlandırma ise bir iş kararı (*business decision*) meselesidir.⁴⁴¹

Öyleyse, şerefiye belirlenirken tarafların subjektif değerlerinden büyük ölçüde bağımsız bir değeri temsil ettiğinden “objektif” değeri esas alınmalıdır⁴⁴².

Şerefiyenin hesaplanmasındaki ikinci adım, şirketin net aktif değerinin (*Substanzwert - Net asset value*) ölçülmesidir. Net aktif değer, defter değeri ve tasfiye değerinin araştırılmasında olduğu gibi varlık esaslı değerlendirme yaklaşımı çerçevesinde

⁴³⁸ Manavgat (Kırca/ Şehirli Çelik), s. 586.

⁴³⁹ Elmas, s. 340.

⁴⁴⁰ Elmas, s. 340. Ayrıca bkz.: UDS 105 Değerleme Yaklaşımları ve Yöntemleri.

⁴⁴¹ Schäfer, s. 155.

⁴⁴² Schäfer, s. 156.

incelenmektedir. Net aktif değer yönteminde, şirketin sahip olduğu tanımlanabilir maddi ve gayrimaddi varlıkların piyasa koşullarındaki toplam değerleri tespit edilmekte, ardından, şirketin tüm borçları tespit edilen tutardan düşülmektedir⁴⁴³. Statik bir değerlendirme yöntemi olan net aktif değer yöntemi, şirketin gelecekteki nakit akışlarını, sektörün durumunu ve şerefiye gibi finansal tablolara yansımaya faktörleri dikkate almamaktadır⁴⁴⁴. Diğer bir anlatımla, varlıkların tarihi maliyetlerinin cari değerlere dönüştürülmesiyle bulunmaktadır.

Net aktif değer = Şirket aktiflerinin piyasa değer

Sonuçta şerefiye, saf bir hesaplama miktarıdır; buna göre, teknik bir fark olarak hesaplanmaktadır.⁴⁴⁵

- a) Şerefiye = Gelir değeri – Net aktif değeri
- b) Gelir değeri > Net aktif değeri => şerefiye > 0
- c) Gelir değeri < Net aktif değeri => şerefiye < 0

Şerefiye formülünün türetilmesinden elde edilen b)'deki denklem pozitif şerefiye, c)'deki denklem ise negatif şerefiye olarak adlandırılabilir. Birleşme sonucu ortaya çıkan şerefiye ile ilgili olarak, eğer, işletme birleşmeleri sonucunda, iktisap edilen net varlıkların gerçeğe uygun değeri, birleşme maliyetinin altında kalıyorsa pozitif şerefiye'den, birleşme maliyetini aşıyorsa⁴⁴⁶ negatif şerefiye⁴⁴⁷'den söz

⁴⁴³ Elmas, s. 349.

⁴⁴⁴ MASUN Altan, "Firma Değerlemesi Yöntemleri ve Otelcilik İşletmesi Örneği", Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi • Cilt: 39 • Sayı: 1 • Haziran 2017, s. 217.

⁴⁴⁵ Crezelius, s. 799.

⁴⁴⁶ Örneğin, bazen pazarlıklı satın almalarda bu durum ortaya çıkabilmektedir. Bkz.: TFRS 3, para. 33.

⁴⁴⁷ "Negatif şerefiye" ifadesi, TFRS 3 İşletme Birleşmeleri Standadında ve Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Hakkında Tebliğ (Seri : XI, No:25), "İşletme birleşmeleri yoluyla edinilen maddi olmayan varlıklar" başlıklı md. 185'te ve md. 308'de geçmektedir. Negatif şerefiye, TDHP'da, 267 Diğer Maddi Olmayan Duran Varlıklar hesabı altında muhasebeleştirilebilir. Ancak, TFRS 3'de negatif şerefiye kaldırılmıştır. "Standarda göre, sadece satın alma yolu ile bedeli ödenerek edinilen pozitif şerefiye bilançoda varlık kalemi olarak aktifleştirilip, sonraki dönemlerde değerlemeye tabi tutulabilirken, edinen işletmenin, edinilen işletmenin net gerçeğe uygun değerindeki payı birleşme maliyetini aşarsa (UFRS-22'ye göre negatif şerefiye sözkonusu ise), edinen işletme; elde edilen işletmenin varlıkları, yükümlülükleri ve koşullu yükümlülüklerinin belirlenmesini, ölçümünü ve birleşmenin maliyetinin ölçümünü yeniden gözden geçirmeli ve gözden geçirme sonrasında fazla kalan kısmı negatif şerefiye olarak değil, kâr veya zarar olarak muhasebeleştirmelidir (UFRS 3, paragraf 56). Kısaca yevmiye kaydında Negatif Şerefiye Hesabı yerine ilgili bir varlık hesabı kullanılmalıdır". Bkz.: ZOR İsrail/ DİNÇ Yusuf/ CENGİZ Selim, "İşletme Birleşmelerinin Mevzuat Boyutu ve Muhasebe Uygulamaları: UFRS/UMS ve VUK Kapsamında İncelenmesi", Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 18, S. 1, Haziran 2014, s. 30.

edilmektedir⁴⁴⁸. Pozitif şerefiye, varlık olarak yıllık bilanço'ya geçirilirken, negatif şerefiye, bilanço'ya alınmaz ve gelir tablosunda raporlanır⁴⁴⁹.

Borca batıklık hesaplaması açısından şerefiyenin pozitif olması aslında borca batıklığın dışlanması ile eşdeğerdir. Çünkü, bir şirketin gelir yaklaşımlarına göre gerçek değeri, gelir değeri (Kazanç değeri) yönteminde gelecekteki kârlılığı, nakit akışları (İNA) yönteminde, pozitif nakit akışları hesaplanarak belirlenir. Buna göre, örneğin gelir değeri, mevcut yükümlülüklerin de dikkate alındığı gelecekteki kârın temsil etmektedir. Bir şirketin güncel olarak sıfırdan büyük veya sıfıra eşit bir gelir değeri varsa, bu gelecekteki kârların yükümlülükleri kapsadığını göstermektedir⁴⁵⁰. Bu durumda, şirketin tanımlanabilir maddi ve gayri maddi varlıklarının toplam değeri borçları karşılamaya yetmese de sonuçta, borca batıklık söz konusu olmayacaktır.

$$\text{Şerefiye} = \text{Gelir değeri} - \text{Net aktif değeri}$$

$$\text{Gelir değeri} = \text{Şerefiye} + \text{Net aktif değeri} \geq 0 \text{ ise}$$

$$\text{Gelir değeri} = \text{Şerefiye} + (\text{Varlıklar} - \text{Borçlar}) \geq 0$$

$$\text{Şerefiye} + (\text{Varlıklar} - \text{Borçlar}) \geq 0$$

$$\text{Şerefiye} + \text{Varlıklar} \geq \text{Borçlar}$$

Öte taraftan, gelir değeri, net aktif değerinden küçükse, gelir değeri sıfıra eşit veya sıfırdan küçükse, şerefiye de sıfırdan küçük olacaktır. Bu durumda, bireysel değerlemenin yapıldığı net aktif değeri yöntemine göre borca batıklık çıkmasa, diğer bir deyişle, varlıklar yükümlülükleri karşılayabilse dahi negatif şerefiye nedeniyle borca batıklık söz konusu olabilir. Bu halde, negatif şerefiyenin, ekonomik anlamda tasfiyenin şirketin devamından daha mantıklı olduğunu gösterdiği yorumu yapılabilir⁴⁵¹. Ancak, öğretide, negatif şerefiyenin de dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna pek rastlanılmamıştır.

⁴⁴⁸ ATMACA Metin/ TERZİ Serkan, “Şerefiyeye Dayalı Performans Ölçümünün Değerlendirilmesi”, Muhasebe ve Denetime Bakış, Nisan 2011, s. 53-54.

⁴⁴⁹ Atmaca/ Terzi, s. 51.

⁴⁵⁰ Schäfer, s. 157-158.

⁴⁵¹ Schäfer, s. 158.

cc. Şerefiyenin Muhtemel Satış Fiyatlarına Göre Çıkarılan Ara Bilançoda Muhasebeleştirilmesi

Şerefiyenin aktifleştirilmesinin ön koşulu, satış durumunda net aktif değer üzerinde ek gelir elde etme ihtimalinin bulunmasıdır. Sorun, bir şirketin şerefiyesinin, başarıyı belirleyen çeşitli faktörlerin etkileşiminden kaynaklanması ve dolayısıyla şirketin kârlılığından önemli ölçüde etkilenmesidir. Bu aynı zamanda şerefiyenin aktifleştirilmesi durumunda bireysel değerlendirme ilkesine bir istisna getirileceğini de açıkça ortaya koymaktadır.⁴⁵² Çünkü, şerefiye, bireysel kullanılabilirlik veya bireysel pazarlanabilirlik özelliğinden yoksundur⁴⁵³.

Şerefiyenin aktifleştirilmesi, bağımsız pazarlanabilirlik eksikliğine karşın ve bu eksiklik nedeniyle, yalnızca, alacaklılar için, şerefiyenin gelecekteki gelirin doğasında bulunan borç karşılama potansiyeline dahil edilebileceği şekilde somut bir değeri belli bir kesinlik derecesinde temsil ediyorsa haklı gösterilebilir. Diğer bir ifadeyle, şirketin tamamının satışından veya münferit parçalar halinde satışından ek gelir beklenebilmesi gereklidir. Sonuçta bu, somut bir satış fırsatı ve potansiyel bir alıcının net aktif değer ötesine geçen ek bir miktar ödemeye hazır olması bir anlamına gelmektedir.⁴⁵⁴ Burada şüpheye yer bırakmayacak tek durum, sözleşmelerin halihazırda imzalandığı veya başlangıç aşamasında olduğu durum olarak gösterilmiştir⁴⁵⁵.

Tasfiye varsayımı altında, bu nedenle, yalnızca bir alıcının şirketin tamamını (veya şirketin bağımsız bir gelir/gelir değerinin atanabileceği ilgili kısımlarını) bir varlık anlaşması (*asset deal*) yoluyla satın almaya ve şerefiyeyi buna göre tazmin etmeye hazır olması durumunda paraya çevrilebilir. Bu bakımdan şerefiyenin nakde

⁴⁵² Crezelius, s. 800.

⁴⁵³ Schäfer, s. 160. Bitlisli/Yılmaz, maddi olmayan duran varlıklar grubu altındaki şerefiyenin tek başına satılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle ve gerçek gider niteliği taşımadıklarından dolayı borca batıklık bilançosunda yer almaması gerektiği görüşündedir. Bkz. BİTLİSLİ Ferhat/ YILMAZ Tayfun, “İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosunun Oluşturulması: Bir Uygulama”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2016, C: 8, S: 15, ss. 207-223, s. 214. Sayhan da şerefiyenin işletme bütününde bir değer olduğu, işletmeden ayrı olarak parasal bir değer ifade etmeyeceği ve paraya çevrilebilme kabiliyeti olmadığı gerekçesiyle borca batıklık bilançosunda yer almayacağı görüşündedir. Sayhan ayrıca, şerefiyenin ancak işletme devrinde parasal bir değer olduğunun düşünülebileceğini dolayısıyla borca batıklık bilançosuna dahil edilmeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, şerefiyenin bütün bir satış kapsamında borca batıklık bilançosuna alınabileceği ihtimaline değinmemiştir. Bkz.: SAYHAN İsmet, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara, 2016, (TTK md. 376/3), s. 109.

⁴⁵⁴ UHLENBRUCK Wilhelm /(SCHMIDT Karsten), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2009, para. 5.145, s. 494

⁴⁵⁵ Crezelius, s. 801.

çevrilebilirliğinin kanıtlanabilmesi için şirketin tamamının satın alınmasına ilişkin somut bir teklif yapılması gerekecektir.⁴⁵⁶ Bununla birlikte, uzman görüşüne göre piyasanın, şirketi satarken belirlenen miktarda şerefiye ödemeye hazır olması durumunda, sözleşmelerin halihazırda imzalanması şart değildir⁴⁵⁷.

Muhtemel satış fiyatları esasında, bir kurgusal tasfiye göz önüne alınmaktadır. Türk hukukunda, ara bilançoların hazırlanmasından önce şirketin durumunu likidite veya kârlılık yönünden ortaya koyan, mukayeseli hukuktaki devam öngörüsü bulunmamaktadır. Bu nedenle, şirketin likidite yönüyle gelecekteki faaliyetlerine devam edebilme kapasitesine sahip olduğunu veya olmadığını önceden varsaymak mümkün değildir. Bu durumda, tasfiye kurgusunda, bir şirketin gelecekte yaşayabilirliğine dair teoride geniş bir aralık vardır. Ancak, mukayeseli hukukta, bu aralık devam öngörüsüyle daraltılmıştır. Eğer devam öngörüsü olumsuz sonuç verirse, şirketin yaşayabilirlik ihtimali zayıftır. O nedenle, şerefiyenin varlığının düşük olması ihtimali daha yüksektir.⁴⁵⁸ Buna rağmen, şirketin finansal veya kazanç gücünün öngörü dönemi boyunca işletmenin faaliyetlerini sürdürmeye yeterli olmaması durumunda dahi şirketin uzun vadede kârlı olabileceği gerekçesiyle şerefiyenin aktifleştirilmesine imkân tanımaktadır⁴⁵⁹.

Alman hukukunda, tasfiye değerleri, devam öngörüsünün olumsuz olduğu durumlarda kullanıldığı için, şirketin (veya şirketin ilgili bölümlerinin) satılacağına dair somut teklif şartı aranmaktadır. Şerefiyenin aktifleştirilmesi için şirket yönetim kurulunun bizzat bir değerlendirme yapmasından ziyade gerçek satın alma tekliflerinde önerilen fiyatların net aktif değeri geçmesi ve aktifleştirmede teklif edilen bu fiyatın kullanılması gerekmektedir. Satma niyeti olmamasına rağmen borca batık olmadığını kanıtlamak için şirketin satış tekliflerine açılması çelişkili ancak olumsuz devam öngörüsünün varlığı nedeniyle gerekli bulunmaktadır.⁴⁶⁰

Türk hukuku açısından, muhtemel satış fiyatları değerlemesi zorunlu olarak olumsuz bir gelecek öngörüsüne dayanmamaktadır. Kanımca, yine de şerefiye

⁴⁵⁶ Schäfer, s. 160.

⁴⁵⁷ Uhlenbruck (/Schmidt), para. 5.145, s. 494

⁴⁵⁸ Schäfer, s. 161.

⁴⁵⁹ Schäfer, s. 161.

⁴⁶⁰ Schäfer, s. 161.

aktifleştirilmek isteniyorsa, piyasanın, şirketi satarken belirlenen miktarda şerefiye ödemeye hazır olduğunun kuvvetli delillerle kanıtlanması gerekmektedir.

dd. Şerefiyenin İşletmenin Devamlılığı Esasına Dayalı Ara Bilançoda Muhasebeleştirilmesi

Şirketin varlığının devamı varsayımıyla şerefiyenin muhasebeleştirilip muhasebeleştirilmeyeceği ve hangi koşullar altında dikkate alınması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, daha önce açıklandığı üzere, şerefiyenin henüz elde edilmemiş bir geliri temsil ettiği, zaten borca batıklık kontrolü aşamasına gelmiş olmasının şirketin kârlılığının zayıflığına işaret ettiği ve ihtiyat ilkesi nedeniyle muhasebeleştirilmemesi yönündedir⁴⁶¹. Finansal sıkıntıda olan bir şirketin şerefiyesinin olmadığı şeklindeki daha genel ifade de mutlaka doğru değildir. Ayrıca, işletmenin devamlılığı esasına göre borca batıklık testi, şirketin gelecekteki yaşayabilirliğini ve borç ödeme kapasitesini tespit etme amacı taşımaktadır.⁴⁶²

İhtiyat ilkesi öne sürülerek şerefiyenin aktifleştirilmeyeceğine dair ön kabul fazlasıyla katıdır. Çünkü, özellikle Türk hukukunda borca batıklık testleri şirketin kârlılığını veya likiditesine ölçmek üzerine yapılmamakta, aktif-pasif değerler karşılaştırması temeline dayanmaktadır. Öyleyken, şirketin borca batıklık şüphesi taşıdığı gerekçesiyle gelecek başarısına dair olumsuz ön kabul gerçekçi olmayacaktır. Kaldı ki, borca batıklık şüphesi taşıyan her şirket, her zaman iç faktörler değil ekonomik ve finansal krizler gibi dış faktörler nedeniyle de finansal güçlüğü düşebilmektedir. Örneğin, döviz dalgalanmaları nedeniyle finansal sıkıntıya düşen şirketlerin satışlarına bakıldığında artışların devam ettiği görülebilmektedir. Bir başka örnek, Alman şirketlerin özellikle 2008 finansal krizindeki borca batıklık risklerinin şirket faaliyetlerinden ziyade hisse senetleri ve gayrimenkullerde yaşanan önemli değer kayıpları nedeniyle ortaya çıktığı Alman hukukunda borca batıklığın incelenmesi sırasında belirtilmişti.

⁴⁶¹ Gökgöz de “İflas ertelemesine başvurmuş bir şirketin ticari olarak başarısız olduğu ve aktifleri arasında yer alan şerefiyenin de bir anlamının olmadığı” gerekçesiyle şerefiyenin borca batıklık bilançosunda yer almaması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. Bkz. GÖKGÖZ Ahmet, “İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosunun Çıkarılması”, Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies, 3/3 2017, ss. 108-131, s. 125-126.

⁴⁶² Schäfer, s. 161-163.

Açıklanan nedenlerle, TTK md. 376/3'ün gerekçesinde de açıklandığı gibi, işletmenin devamlılığı değerlemesi, işletmenin borca batık olma durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koymaktadır. Şirketin geçmiş performansından çok gelecek durumunu ölçmek esastır. Ayrıca, yine madde gerekçesinde ifade edildiği gibi, yatırımların ilk aşamalarında kârlılık görülmemesi hatta şirketin borca batık görünmesi mümkün olabilmektedir. İşletmenin devamlılığı esası, yatırımlar sonucunda ileriki yıllarda kâr elde etme olasılığı yüksek ise bunu da hesaba katmaktadır. Bunun hesaplanması, aslında, gelir değerinin ve şerefiyenin hesaplanmasıyla özdeş kabul edilebilir.

Bir başka görüş, şerefiyenin, muhtemel satış fiyatları ara bilançosunda olduğu gibi ancak somut satış fırsatına bağlı olarak aktifleştirilmesidir. Bu görüş, özellikle ara bilançoların düzenlenmesinden önce devam öngörüsünün hazırlandığı borca batıklık kontrolleriyle çelişmektedir. Çünkü, devam öngörüsünün olumlu sonuç vermesi, zaten şirketin yaşayabilirliğine önemli bir işarettir. Dolayısıyla, şirketin gelecekte kârlılık göstermesi ihtimali yüksektir. Öyleyken, şirketin kârlılığına etki eden şerefiyenin aktifleştirilmesinin ancak somut satın alma teklifi varlığına bağlı kılınması, yaşama ihtimali olan şirketlerin erkenden tasfiyesine yola açabilecektir. Bu, ekonomik olarak etkin bir karar olmayıp, alacaklı koruması lehinde bir yaklaşımda değildir.⁴⁶³

Son görüş ise, şerefiyenin, şirketin veya bazı parçalarının satış ihtimaline bakılmaksızın muhasebeleştirilmesi yönündedir. Buna göre, şerefiyenin tespiti birtakım zorluklar içerse de şirketin borç ödeme kapasitesinin gerçek şekilde ortaya konması şerefiye ve net varlıklar birlikte hesaba katılmasına bağlıdır. Sadece net varlıklar üzerinden yapılacak bir değerlendirme, şirketin durumu hakkında, borca batıklık bilançolarının amacı doğrultusunda doğru veya yeterli bilgi sağlamayacaktır. Ancak şerefiye, şirketin gelir değeri içinde, şirketin gelecekteki durumunun ortaya konulması için gereklidir. Bu nedenle, şirketin satılmasının somut veya soyut olasılığına bakılmaksızın, borca batıklık bilançosunda şerefiyenin muhasebeleştirilmesine izin verilmelidir.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Schäfer, s. 163-166.

⁴⁶⁴ Schäfer, s. 166-168.

Şerefiyeye atfedilen değerin, gerçekleşmemiş gelirleri içerdiği gerekçesiyle şerefiyenin gerçekçi bir tablo sunmadığı, o nedenle, bireysel değerlendirme ilkesine bağlı değerlendirme yapılması gerektiği görüşüne karşı aynı gerekçe öne sürülebilir. Çünkü, günümüzde ticari hayatta şirket değerinin ölçülmesinde kullanılan yöntemler çoğunlukla, net aktif değerin tespit edilmesini yeterli bulmamaktadır. Çünkü şirketlerin toplam değeri, çoklukla, bireysel parçaların toplamında çıkan değerden yüksektir. Her ne kadar, borca batıklık bilançolarındada borç ödeme kapasitesi araştırılsa da işletmenin devamlılığı söz konusu olduğunda borç ödeme kapasitesi şirketin gelecek durumunu da kapsamaktadır. Bunun hesaplanması da şirket değerlemesi yöntemleriyle örtüşme sağlayabilmektedir.

Öte yandan, devam öngörüsünün gerekli olduğu ve olumlu bir öngörü varsa yapılacak işletmenin devamlılığı değerlemesinde şerefiyenin pozitif çıkma ihtimali yüksektir. Ancak, Türk hukukunda, ara bilançoların hazırlanmasından önce şirketin diğer finansal verileri değerlendirilmediği için işletmenin devamlılığı esasına göre yapılacak değerlemede pozitif şerefiyenin oluşacağını önceden varsaymak yerinde olmayacaktır. Bununla birlikte, devamlılık incelemesinde, şerefiyenin aktifleştirilmesi, soyut veya somut satın alma teklifine dayandırılmamalıdır.

ee. Şerefiyenin Türk Hukukunda Borca Batıklık Hesaplamasına Dahil Edilmesine ilişkin Değerlendirme

Şirketin gerçek değerinin, tanımlanabilir maddi ve maddi olmayan varlıkların bireysel değerlerinin toplamından borçlarının çıkarılmasıyla elde edilecek değerden (net aktif değer) fazla olduğu finans literatüründe genel olarak kabul görmektedir. Şirketin bir bütün olarak değeri ile net aktif değeri arasındaki fark, şerefiye olarak kavramsallaştırılmıştır. Şerefiye, tanımlanabilir bir varlık olmayıp, şirketin bünyesinde oluşturduğu ve gelecek kârlılığına etki eden bütün tanımlamayan öğeleri kapsamaktadır. Gayri maddi niteliktedir ancak tanımlanabilir maddi olmayan varlıklar dışındaki tanımlanamayan bütün gayri maddi varlıkları kapsamaktadır.

Şerefiyeyle ilgili en önemli tespit, tanımlanabilir olmadığı için diğer varlıklardan ayrı ve bağımsız değerlendirilebilen bir varlık gibi değerlendirilememesidir. Şerefiyenin dahil edildiği gerek şirket değeri gerekse borca batıklık tespiti özelinde şirketin borç ödeme kabiliyetinin hesaplamasında, önce şirketin bütün değeri hesaplanıp bundan net aktif değeri çıkarılarak şerefiye bulunmaktadır. Bütün değere gelir değeri yöntemleriyle

ulaşılmaktadır. Gelir değeri, bilanço üzerinden hesaplanmamaktadır. Ardından, net aktif değer ile bulunan şerefiye toplanarak son değere ulaşılmaktadır. Sonuç olarak, şerefiyeye özel bir hesaplama yapılmamakta, yalnızca şerefiyenin yer aldığı denklemin eşitliği, her iki tarafından iki kere tekrarlanmaktadır. İşlemin, denklemin iki tarafından tekrarlanmasının ilk hesaplamanın sağlamasını almada herhangi bir faydası olup olmadığı anlaşılmamaktadır.

Şerefiyenin borca batıklık hesaplamasına katılması, borçlu şirketin gerçekçi borç ödeme yeteneğini ölçmede önemli ve gereklidir. Şirketin içinde üretilmiş veya bir birleşme, devralma yoluyla edinilmiş olmasının borca batıklık hesaplamasında bir farkı yoktur. Ancak, kendi başına hesaplanmadığı için bütün değerden yola çıkılarak bulunan şerefiyenin özel olarak borca batıklık bilançolarında diğer varlıkların yanında ayrı bir kalem olarak gösterilmesi sonra tekrar toplam değere ulaşılmışının gerekli olup olmadığı şüphelidir. Zira, zaten başlangıçta şerefiyeyi tespit etmeye yarayan değere tekrar ulaşılmaktadır. Bilançoda şerefiyenin ayrı gösterilerek hazırlanması, bireysel değerlendirme ilkesi ile ilgilidir. İlkeye göre, şirketin bütün aktif ve pasif kalemleri tek tek gösterilmekte ve değerlemeleri yapılmaktadır. Fakat işletmenin devamlılığı esasına göre borca batıklık hesaplamasının bu şekilde yapılmasına gerek olduğu şüphelidir. Borca batıklık tespitinde önemli olan şirketin varlıklarının yükümlülüklerini karşılayıp karşılamadığının ölçülmesidir. Bu ölçümün gerçekçi ve geçerli olması için, bilanço üzerinden yapılmasının zorunlu tutulması ve bireysel değerlendirme ilkesine bağlı kalınması sorgulanabilir niteliktedir.

TTK md. 376/3 hükmünde “*aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço*”dan söz edilmesi devamlılık esasına göre değerlemenin de bilanço üzerinden yapılacağı yorumuna neden olmaktadır. Fakat, böylesi bir kısıtın, bir işlevi veya alacaklılar açısından bir önemi olduğu ya da koruma sağladığı şüphelidir. Çünkü, alacaklılar açısından alacaklarının ödenmesi önemlidir. Borçlu şirketin borç ödeme gücünün nasıl hesaplandığı değil mevcudiyeti asıl meseledir. Alacaklı koruması açısından işlevinin şüpheli olmasının nedeni ise, bilançoda şerefiye ve diğer varlıklar gösterilmekle birlikte, başlangıçta ve özünde, hesaplamanın, bilançoya dayanmayan gelir yaklaşımı yöntemlerinden birine dayanmasıdır.

e. Maddi Olmayan Duran Varlıklar

aa. Genel Olarak

BOBİ FRS Modül 14'e göre, maddi olmayan duran varlıklar, fiziksel niteliği bulunmayan ancak tanımlanabilir nitelikteki parasal olmayan varlıklardır.

TDHP'ye göre maddi olmayan duran varlıklar, fiziki varlığı bulunmayan ve işletmenin yararlandığı ya da yararlanmayı beklediği ve hukuken himaye gören imtiyaz, marka, patent, lisans, ticari marka ve unvan gibi haklar ile şerefîyeyi kapsamaktadır.

TMS 38 Maddi Olmayan Duran Varlıklar Standardına göre, bilgisayar yazılımı, patentler, telif hakları, sinema filmleri, müşteri listeleri, ipotek hizmeti sunma hakları, balıkçılık lisansları, ithalat kotaları, isim hakları, müşteri ve tedarikçi ilişkileri, müşteri sadakati, pazar payı ve pazarlama hakları gibi varlıklar maddi olmayan varlıklardır⁴⁶⁵. Ancak bu sayılanların yalnızca, belirlenebilirlik, kontrol⁴⁶⁶ ve gelecekteki ekonomik yarar ölçütlerini karşılayanları TMS 38 kapsamında maddi olmayan duran varlık olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁷. Maddi olmayan duran varlıkların ticari bilançoda aktifleştirilebilmesi için varlıkla ilişkilendirilen beklenen gelecekteki ekonomik yararların işletme için gerçekleşmesinin muhtemel olması ve varlığın maliyetinin güvenilir bir şekilde ölçülebilmesi gerekmektedir⁴⁶⁸. Öte yandan, işletme içi yaratılan markalar, ticari başlıklar, yayın hakları, müşteri listeleri ve benzer nitelikteki kalemler, maddi olmayan duran varlık olarak muhasebeleştirilmez⁴⁶⁹.

Maddi olmayan duran varlıklar, tanımı gereği şerefîyeden ayrı olarak belirlenebilmelidir. Paragraf 9'da sayılan kalemlerden TMS 38 kapsamında maddi olmayan duran varlık tanımını karşılamayanlar, bir işletme birleşmesi sırasında elde edilmişlerse, elde etme tarihinde muhasebeleştirilen şerefîyenin bir parçasını oluştururlar.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ TMS 38, para. 9.

⁴⁶⁶ TMS 38, para. 13'e göre, "Bir işletmenin maddi olmayan duran varlığın gelecekteki ekonomik yararlarını kontrol etme kapasitesi, normal olarak, bir hukuk mahkemesinde uygulanması zorlanabilen yasal haklardan kaynaklanır."

⁴⁶⁷ TMS 38, para. 10.

⁴⁶⁸ TMS 38, para. 21.

⁴⁶⁹ TMS 38, para.63.

⁴⁷⁰ TMS 38, para. 11.

Maddi olmayan varlıklar, borca batıklık bilançosunda önemli bir yere sahiptir. Çünkü günümüzde şirketlerin bilançolarında giderek daha fazla yer kaplamaktadırlar. Örneğin, S&P 500'ün 1975'teki değerinin %15'ini maddi olmayan varlıklar oluşturmakta iken bu oran, 2022'de %90'a yükselmiştir⁴⁷¹.

Borca batıklık bilançoları açısından, maddi olmayan duran varlıkların işletme içi oluşturulmuş olmaları veya devren kazanılmaları arasında bir önem taşımamaktadır⁴⁷².

Maddi olmayan duran varlıkların borca batıklık bilançosuna dahil edilebilmeleri için işletme bütünlüğünden ayrı olarak devredilebilir, paraya çevrilebilir olmaları gerektiği belirtilmiştir⁴⁷³. Ayrıca, diğer maddi olmayan duran varlıkların borca batıklık bilançosunda aktifleştirilip aktifleştirilmemesi, bunların kanıtlanmış kullanılabilirliğine bağlıdır⁴⁷⁴. Bu görüşe göre, kullanılabilirlik/paraya çevrilebilirlik, bağımsız kullanılabilirlik meselesi değildir; yalnızca alıcının, şirket bir bütün olarak satılırken gayri maddi hak için daha yüksek (bağımsız olarak belirlenebilir) bir fiyat ödemeye hazır olup olmadığı meselesidir. Dolayısıyla, maddi olmayan varlıkların işletmeye bağlı olması, işletmeden ayrı devredilemez olması ve yalnızca işletmeyle birlikte satılabilmesi aktifleştirme olanağını ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁷⁵

Maddi olmayan duran varlıklardan patent ve marka gibi varlıkların kullanım hakkı 'tescil' ile olabileceğinden borca batıktık bilançosunda ancak bu tür varlıklardan tescil belgeleri bulunanlar yer alabileceği ifade edilmiştir⁴⁷⁶.

Borca batıklık bilançosu hazırlanırken finansal kiralama konusu kalemlerin ne oldukları açıkça ortaya konmalıdır. Finansal kiralama konusu malların hukuki mülkiyeti finansal kiralama şirketlerine ait olduğu için bu unsurların, kira bedellerinin tamamen ödenmeden yasa ve sözleşme uyarınca mülkiyetinin davacıya geçtiğinin kabul edilerek borca batıklık bilançosunun aktifinde gösterilebilmesi kabul

⁴⁷¹ EGAN John, "What are Intangible Assets", 13.06.2023, <https://www.forbes.com/advisor/investing/what-are-intangible-assets/#:~:text=As%20consulting%20firm%20Brand%20Finance,of%20firms%20in%20today's%20economy.>

⁴⁷² Türk, **Borca Batıklık**, s. 260. Aynı yönde bkz.: Uhlenbruck, (/Schmidt) para. 5.147, s. 495.

⁴⁷³ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 107.

⁴⁷⁴ Uhlenbruck (/Schmidt), para. 5.147, s. 495

⁴⁷⁵ Uhlenbruck (/Schmidt), para. 5.147, s. 495

⁴⁷⁶ Bitlisli/Yılmaz, s. 124.

edilmemektedir⁴⁷⁷. Ancak bu varlıklar, kira süresi sona ermişse ve varlığın mülkiyeti kiracıya geçmişse, bu durumda borca batıklık bilançosunda yer alabilir⁴⁷⁸. Sonuç olarak, şirketin kullanımındaki finansal kiralama konusu olan mallar bilançolarda gösterilecek ise bu malların aktife katkısı ve bakiye borçlarının durumu net şekilde ortaya konulmalıdır⁴⁷⁹.

Maddi olmayan varlıklar ayrıca finansal yenilikler, finansal türevler bağlamında opsiyon haklarını da içermektedir. Finansal türevlerin borca batıklık bilançosunda değerlendirilmesi, şirkete bağlı olup olmadığına veya bağımsız olarak kullanılıp kullanılmayacağına bakılmaksızın devredilebilmesine bağlıdır. Borsaya kote opsiyon hakları için borsa değeri dikkate alınmalıdır⁴⁸⁰. Listelenmemiş opsiyonlar, yalnızca, alıcının tek başına bir satış fiyatı veya şirket için daha yüksek bir fiyat ödemeye özellikle hazır olduğu bağımsız bir değere sahip olmaları durumunda, borca batıklık bilançosunda maddi olmayan duran varlıklar olarak aktifleştirilebilir⁴⁸¹.

bb. Maddi Olmayan Duran Varlıkların Muhtemel Satış Fiyatlarına Göre Ara Bilançoda Muhasebeleştirilmesi

Bir görüş, borca batıklık bilançosunun de aktiflerin paraya çevrilmesi suretiyle borçların karşılanması mantığıyla hazırlandığını, işletmenin devamının esas alınmadığını bu nedenle, işletmenin devamı halinde değer ifade eden ancak tasfiye halinde bir parasal değere karşılık gelmeyen maddi olmayan duran varlıkların borca batıklık bilançosunda aktifleştirilmemesi gerektiği şeklindedir⁴⁸². Ancak bu tür varlıkların borca batıklık bilançosunda muhasebeleştirilmesine izin verilmemesi durumunda, mevcut borç karşılama potansiyelinin mümkün olan en gerçekçi temsilini sağlama hedefine ulaşmakta başarısız olunacaktır⁴⁸³.

⁴⁷⁷ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/173 K. 2014/4380 T. 6.6.2014; T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/173 K. 2014/4380 T. 6.6.2014.

⁴⁷⁸ Gökgöz, s. 126.

⁴⁷⁹ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/167 2014/4183 T. 30.05.2014. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: *“Hükme esas alınan bilirkişi raporunda gerek rayiçlerin belirlenmesi ve gerek buna bağlı olarak borca batıklığın tespiti doyurucu biçimde yapılmamıştır. İlk olarak şirketin kullanımındaki bir kısım malların finansal kiralama konusu olduğu bilançolardan görülmektedir. Bu malların aktife katkısı ve bakiye borçlarının durumu raporda netleştirilmemiştir.”*

⁴⁸⁰ Uhlenbruck (/Schmidt), para. 5.147, s. 496

⁴⁸¹ Uhlenbruck (/Schmidt), para. 5.147, s. 496

⁴⁸² Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 107.

⁴⁸³ Schäfer, s. 173.

Aslında, bireysel olarak kullanılamayan veya bireysel olarak pazarlanamayan maddi olmayan varlıkların borca batıklık bilançosunda aktifleştirilmesi, şirketle birlikte satılmasına ilişkin somut bir ihtimal bulunmasına bağlıdır. Aksi halde aktifleştirilmemelidir⁴⁸⁴.

cc. Maddi olmayan duran varlıkların işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançoda muhasebeleştirilmesi

Şirketin faaliyetine devam edeceği varsayımı altında, şirketin kazancına katkıda bulunabilecek tüm maddi olmayan varlıkların teorik olarak aktifleştirilmesi gerekmektedir. Ancak bireysel değerlendirme ilkesinin benimsendiği durumda şirketin gelecekteki kârlarından bireysel maddi olmayan duran varlıklara paylarının nedensellik ilişkisine göre tahsis edilmesinin pratikteki imkansızlığı ile çelişmektedir.⁴⁸⁵

Maddi olmayan duran varlığın örneğin münhasır kullanım hakkının üçüncü kişiye devri gibi bağımsız bir değeri yoksa, borca batıklık bilançosunda net aktif değer in ötesine geçen değeri ifade eden şerefiyeden nasıl ayırt edileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Borca batıklık bilançosunda şerefiye ve maddi olmayan duran varlıkların ayrı ayrı gösterilmeleri gerekirse, bağımsız değeri olan duran varlığın yardımıyla elde edilecek gelirin iki kere hesaplanması riski söz konusu olabilir⁴⁸⁶.

Aslında şirketin faaliyetine devam edeceği varsayımı altında, alacaklılar için önemli olan şirketin gelecek kazancının alacakları karşılamaya yeterli olup olmadığıdır. Bireysel olarak kullanılabilir veya pazarlanabilir olsun ya da olmasın, maddi olmayan duran varlıkların şirketin kazancına katkıda bulunabilmeleri durumunda aktifleştirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.⁴⁸⁷

f. Gelecek Aylara/Yıllara/Döneme Ait Giderler ve Gelir Tahakkukları

Bilanço tarihinden sonraki belirli bir süre içinde giderleşecek olan harcamalar (TTK md. 76, VUK md. 283), dönemsellik kavramı gereği, peşin ödenmiş giderler olarak tahakkuk esasına göre ertelenmekte ve kaydedilmektedir. Peşin ödenen giderler, peşin tahsil edilen gelirlerle birlikte dönem ayırıcı hesap niteliğindedir (TTK md. 72).

⁴⁸⁴ Schäfer, s. 173.

⁴⁸⁵ Schäfer, s. 174.

⁴⁸⁶ Schäfer, s. 175.

⁴⁸⁷ Schäfer, s. 174.

Bunlar, varlık veya yükümlülük olarak gösterilmeyen dönem ayırıcı, geçici, düzenleyici kalemlerdir. Bu şekildeki muhasebeleştirme, dönem içerisindeki kârın doğru belirlenmesini sağlamaktadır.⁴⁸⁸

Peşin ödenen giderlerin, ödeme şeklinde olmayan bir karşılığa yönelik bir talebi veya sözleşmenin ihlali durumunda şirketin kendi ifasının geri ödenmesi talebini içeren bir para çıkışını belgelediği ifade edilmektedir⁴⁸⁹. Yıllık ödenen kiralar, sigorta poliçe ödemeleri, çalışanlara sağlanan faydalar (TMS 19), madencilik faaliyetinin yürütülmesi sırasında bölgede yer alan binaların boşaltılması, yıkımı ve 10 yıl süre ile inşaat yapılmaması karşılığında bina maliklerine ödenen bedeller⁴⁹⁰ gibi harcamalar, somut örneklerde peşin ödenen gider olarak muhasebeleştirilebilmektedir.

Gelecek döneme ait olup peşin ödenmiş giderlere ilişkin bir görüş, bu hesabın gelecekte borç ödeme işleminde kullanılamayacağı gerekçesiyle borca batıklık bilançosunda yer verilmemesi gerektiğini öne sürmektedir⁴⁹¹. Gerçekten de varlık teşkil etmemeleri sebebiyle, gelecek döneme ait giderler kalemi, normalde, iflas masasında satılabilir aktif temsil etmemektedir. Ancak gelecek dönemlere ait giderler hesabına, dolayısıyla bu hesabın borca batıklık bilançosunda muhasebeleştirilmesine yönelik alt ayrımlara gidilmeden genel bir kanaat belirtmek mümkün değildir.

Muhtemel satış fiyatlarını dayanak alan bir ara bilançoda, peşin ödenmiş giderler, bu giderlere esas olan, örneğin bir sözleşmenin, zamanından önce feshedilmesi mümkünse ve feshin geri ödeme talebiyle sonuçlanması beklenebiliyorsa, borca batıklık bilançosu hazırlanırken göz önüne alınmalıdır.

Örneğin, iki yıllık peşin ödenmiş kira bedelleri, dönemsellik kavramı gereği, ait oldukları döneme kadar gelecek aylara/yıllara ait giderler hesabında kaydedilmektedir. Bir diğer ifadeyle, kira giderinin peşin ödenmesiyle şirketten nakit çıkışı gerçekleşmekte dolayısıyla kira bedeli aktifleştirilmektedir. Ancak giderleştirme, ödemenin yapıldığı tarihte bütün olarak yapılmayacaktır. Daha sonraki aylarda ilgili

⁴⁸⁸ Karayalçın, **Muhasebe Hukuku**, s. 101, Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu**, s. 230-231.

⁴⁸⁹ Harz, s. 29.

⁴⁹⁰ Rize Valiliği Defterdarlık Gelir Müdürlüğü, 09/04/2013 Tarih ve 85550353-KVK-35-9 Sayılı Özelge, <https://www.gib.gov.tr/node/91632>.

⁴⁹¹ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 97; Altay A., s. 92; YILMAZ Berna Burcu, İflasın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme, TÜRMOB Yayınları, Ankara 2009. (**Borca Batıklık Bilançosu**), s. 177.

gider ve maliyet hesaplarına borç olarak kaydedilecektir. Buna göre, faaliyet devam ederken, her kira dönemi sonunda, o döneme ait önceden ödenmiş kira bedeli, ilgili gider hesabına aktarılacaktır. Kalan dönemlere ait kira bedelleri ise gelecek aylara/yıllara ait giderler hesabında kayıtlı olmaya devam edecektir. İki yıllık kira dönemi sona ermeden borca batıklık şüphesi nedeniyle bir ara bilanço hazırlamak gerektiğinde, peşin ödenmiş giderlere temel olan sözleşmenin feshedilip kalan kira dönemine ait tutarın geri alınması fiilen gerçekleşebilecekse değerlendirilmelidir. Bu hesabın borca batıklık bilançosunda kayıt ve değerlemesi buna bağlı olarak yapılmalı; doğrudan bilançodan dışlanmamalıdır. Sözleşmenin feshedilmesi halinde sözleşmenin diğer tarafının karşı dava veya tazminat talebinde bulunma hakkına sahip olabileceği hesaba katılmalıdır⁴⁹².

Diğer taraftan, peşin ödenmiş giderlerin raporlama tarihinden sonrasına ait kısımlarının tasfiye varsayımında gelecek yıllara ait giderler hesabında değil de başka bir alacak/aktif hesabı içinde aktifleştirilmesi görüşüne katılmak mümkündür. Çünkü, sonuçta, yapılan harcama, çoğunlukla, bir karşı edim karşılığında peşin gerçekleştirilmiştir. Tasfiye varsayımında, bu çerçevede, karşı edimle ilgili bir alacak talebi doğacaktır.

Sonuç olarak, peşin ödenmiş giderler hesabının varlıklar altında gösterilmesi mümkün olan nakde çevrilebilir bir alacağı gizleyebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak, alacağın tahsil edilemeyeceği kesinleşmiş ise borca batıklık ara bilançolarında muhasebeleştirilmemesi gerekir.⁴⁹³

İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenecek bir ara bilançoda, bu hesap içindeki kalemler muhasebeleştirilebilir. Çünkü, bu varsayımda, peşin ödenmiş giderler, ödeme şeklinde olmayan bir karşı ifa talebini veya sözleşmenin ihlali durumunda şirketin kendi ifasının geri ödenmesi talebini içeren bir nakit çıkışını belgelemekte olup, söz konusu talepler nakde çevrilebilir bir varlık niteliği taşımaktadır⁴⁹⁴.

Gelir tahakkukları, bilanço tarihi itibarıyla doğmuş olmakla birlikte üçüncü kişilerden tahsili ya da bunların hesabına kesin borç kaydı gelecek hesap döneminden

⁴⁹² Uhlenbruck (/Schmidt), para. 5.165, s. 511

⁴⁹³ Gökgöz, s. 124.

⁴⁹⁴ Uhlenbruck, s. 511, para. 5.165.

sonra yapılacak gelirlerin izlendiği dönem ayırıcı nitelikte hesaptır⁴⁹⁵. Örnek olarak, faiz geliri tahakkukları, komisyon geliri tahakkukları, kira geliri tahakkukları gösterilebilir.

Bilanço tarihinde doğmuş ancak talep edilebilir hale gelmemiş gelirler, gelir tahakkukları hesabında izlenirken, sonraki dönemde, alacakların kesinleşmesiyle hesaptaki tutarlar bu hesabın alacağına karşılık ilgili hesapların borcuna geçirilir. Örneğin⁴⁹⁶, şirketin elindeki atıl fonları değerlendirdiği devlet tahvili ve hazine bonolarından elde edilen faiz gelirleri, vade sonunda veya satıldığında hesaplara girer. Ancak henüz kazanılmayan faiz geliri, ay sonunda düzenlenen gelir tablosunda o ana kadar işleyen faiz geliri olarak muhasebe kayıtlarına işlenmektedir.

Gelir tahakkukları, borca batıklık bilançosu tarihi itibarıyla doğmuş alacaklardır ve gelecekte tahsil imkânı bulunmaktadır. Hem işletmenin devamlılığı ara bilançosu hem de muhtemel satış fiyatları bilançosunda kaydedilmelidir⁴⁹⁷.

Özetle, borca batıklık bilançoları bağlamında gelecek döneme ait giderler ve gelir tahakkukları hesapları değil, bu hesapların içinde yer alan ve borç karşılama potansiyeline sahip olacak oluşturacak işlemler incelenmeli ve kaydedilmelidir.

g. Diğer Kalemler

Yargıtay kararlarına göre satışı mümkün olmayan amortisman gibi aktif kalemlerinin varlık kapsamında değerlendirilmesi hatalıdır⁴⁹⁸. Dolayısıyla, borca batıklık değerlendirilirken varlıkların rayiç değerlerinin tespiti gerektiği için amortismanlar gibi varlık unsuru sayılamayacak kalemler, dikkate alınamamalıdır⁴⁹⁹.

Yargıtay bu konudaki bir başka kararında⁵⁰⁰, bilirkişi raporlarında borca batıklık hesaplamasının rayiç (satış) değerlere göre değil, bilanço verilerine göre yapıldığı için varlık/borç dengesinin net biçimde ortaya konulmadığına hükmetmiştir. Kararda, rayiç değerlerin tespitinde dikkate alınmasına olanak bulunmayan

⁴⁹⁵ 1 Seri No'lu MSUGT Tekdüzen Hesap Çerçevesi Hesap Planı Açıklamaları.

⁴⁹⁶ ÇELİK Mahmut Olcay, "Muhasebe Tahakkuk Esası ve Nakit Esası Uygulamaları-Finansal Muhasebeye İlişkin Özel Konular", 23.03.2019, <https://medium.com/@celikmahmutolcay/muhasebede-tahakkuk-esasi-ve-nakit-esasi-uygulamaları-38c012aa79f1>.

⁴⁹⁷ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 98; Gökgöz, s. 124; Altay A., s. 109.

⁴⁹⁸ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/6699 K. 2015/792 T. 12.2.2015; T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2013/7736 K. 2014/1446 T. 28.2.2014.

⁴⁹⁹ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/173 K. 2014/4380 T. 6.6.2014.

⁵⁰⁰ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2013/3262 K. 2013/4492 T. 28.6.2013.

amortismanın hesaba katılmasının, amortismanların varlık kalemi olmamalarından mütevellit muhasebe ilkelerine ve yerleşik Yargıtay uygulamasına aykırı olduğuna işaret edilmiştir.

Parasal bir varlık değeri olarak kabul edilemeyecek "amortisman" gibi hesapların borca batıklık hesaplamasında dikkate alınmasının bilirkişi raporunun borca batıklığın tespiti bakımından denetime elverişsiz hale getirdiği değerlendirilen bir başka Yargıtay kararında⁵⁰¹, bu nedenle rayiç değerlerin tespiti usulüne uyulmadığı sonucuna varmıştır.

Yargıtay bir kararında⁵⁰², ilk madde, malzeme ve ticari malların varlık hesabında yer verilmemesini yasaya aykırı bulmuştur. Borca batıklık bilançosunun hazırlandığı bir bilirkişi raporunda, ilk madde, malzeme ve ticari mallar, satılmaları halinde şirketin faaliyetlerinin devam ettirilemeyeceği gerekçesiyle ara bilançoda dikkate alınmamıştır. Ancak Yargıtay, bu gerekçelendirmeyi iflas hukukuna ve bilanço ilkelerine aykırı bulmuştur.

Yargıtay⁵⁰³, ilk madde, malzeme ve ticari malların rayiç değerlerinin ne şekilde tespit edildiğinin gösterilmesini ve özellikle uzmanlık gerektiren alanlarda faaliyet gösteren şirketlerin envanterindeki unsurların değerlemesinde özellikli hususlara dikkat edilmesini ve bunun raporda açıkça ortaya konmasını gerekli görmüştür. Örneğin, bir avukat ile bir serbest muhasebeci mali müşavir bilirkişi, tıp alanında faaliyet gösteren bir şirketin envanterinde bulunan unsurların değerini belirlerken, değerlemeyi nelere dayanarak gerçekleştirdiklerini açıklamalıdır.

Borca batıklık bilançosuna alınan varlıkların muhtemel satış fiyatlarına göre göre yapılan değerlendirme ile kayıtlı değerler arasında oluşan olumlu veya olumsuz farklar açıklanmalıdır. Yargıtay⁵⁰⁴, bilirkişi raporunda aktif-pasif dengesi ve özkaynak varlığı bakımından borca batık olmayan bir şirketin, stoklarının rayiç değere göre hesaplandığında, stoklarının değer kaybı olduğu ve bu nedenle özkaynakların negatife düştüğü gerekçesiyle borca batık olduğuna hükmedilmesini doğru bulmamıştır. Tekstil sektöründe kullanılan ambalaj malzemelerinin kullanımının azalması nedeniyle

⁵⁰¹ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2013/7736 K. 2014/1446 T. 28.2.2014.

⁵⁰² T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2012/3866 K. 2012/6583 T. 9.11.2012.

⁵⁰³ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2012/3866 K. 2012/6583 T. 9.11.2012.

⁵⁰⁴ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/7129 K. 2015/6864 T. 26.10.2015.

siparişlerin düştüğü ve borca batık duruma geldiği gerekçesiyle başvuru yapan şirketin stoklarının ne tür mallardan oluştuğu ve hangi kriterlere göre değerlendirilip değer kaybının hangi nedene bağlandığının açıklanmadan hüküm tesis edilmesini eksik inceleme olarak kabul etmiş ve bozma nedeni olarak görmüştür. Daha sonra bu karar için karar düzeltme yoluna başvurulsa da talep reddedilmiştir⁵⁰⁵.

Stokların değerlemesi, keşif tarihindeki miktarlarının tespit edilip bu tarihteki rayiç değerlerin belirlenmesini gerektirmektedir. Bir Yargıtay kararında⁵⁰⁶, fabrika stokları ile işletme ve ocak stoklarının keşfe çıkılıp tespit edilmesi ve bunların rayiç değerlerinin borca batıklık hesaplamasında göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

Stokların belirlenmesi ve değerlemesinde, envanter sonuçlarıyla mali tabloların uyumlu olup olmadığı kontrol edilmeli ve sunulan stok listeleri onaylı olmalıdır⁵⁰⁷.

Şüpheli alacaklara ilişkin çeşitli Yargıtay kararları bulunmaktadır. Yargıtay, ülkelerden kısa vadede ve yüksek meblağdaki alacakların tahsil kabiliyetinin bulunduğu öngörüsünü gerçekçi bulmamıştır⁵⁰⁸.

Yargıtay bir başka kararında⁵⁰⁹, şüpheli alacakların Vergi Usul Kanunu'na uygun biçimde denetlenmesi gerektiğini ve bu şekilde denetlenmeksizin bilançoya alınmasını yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Diğer yandan, tahsil kabiliyeti olmadığı kesin olarak tespit edilmeden şüpheli alacakların şirket aktif hesabında gösterilmemesi de doğru görülmemiştir⁵¹⁰.

Borca batıklık değerlemesinde şüpheli alacak olarak kaydedilen alacakların hangi sebeple ifasının şüpheli olduğunun açıklanması gerekmektedir. Somut olayda⁵¹¹, borca batık olduğunu bildirip iflas erteleme için başvuran şirketin kayıtlı değerlerine bakıldığında aktiflerde ortaklarından olan alacakları görülmektedir. Ancak rayiç değer

⁵⁰⁵ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2016/4494 K. 2019/1429 T. 17.4.2019.

⁵⁰⁶ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2015/4950 K. 2017/916 T. 23.3.2017.

⁵⁰⁷ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2013/3262 K. 2013/4492 T. 28.6.2013.

⁵⁰⁸ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/6699 K. 2015/792 T. 12.2.2015.

⁵⁰⁹ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2013/3262 K. 2013/4492 T. 28.6.2013.

⁵¹⁰ T.C. Yargıtay 15. HD., E. 2021/1172 K. 2021/2952 T. 23.6.2021: “... Diğer yandan tahsil kabiliyeti olmadığı kesin olarak tespit edilmeden şüpheli alacakların şirket aktif hesabında gösterilmemesi de doğru görülmemiştir. ...”

⁵¹¹ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2015/7899 K. 2016/5264 T. 5.12.2016.

hesaplamasında ortaklardan alacaklar ortakların ödeme güçleri olmadığından bahisle hesaplama katılmamıştır. Böyle yapılan hesaplama sonucunda da şirketin borca batık olduğunu sonucuna varılmıştır. Ancak, davacı şirket ortaklarına havaleler yapıp çekler verildiğinin tespiti üzerine ortakların borç ödemedi aciz halde oldukları, takip yapıp aciz belgesi alındığı hususları da ispat edilemediğinden şüpheli alacak olup olmadıklarının gözden geçirilerek borca batıklık hesaplamasının yeniden yapılmasına karar verilmiştir.

Bir şirketin borca batık olma durumunun tespitinde özellikle ortaklara verilen avanslar da dikkate alınmalı ve verilen avansların borca batıklığa etkisinin üzerinde durulmalıdır⁵¹².

Bir şirketin borca batık olduğu değerlendirilirken, sahip olduğu arsa ve arazilerin rayiç değerlerinin hesaba katılması gerekmektedir. Ayrıca, taşınmazların değerlemesinde işletme değeri, isim hakkı gibi ekonomik değeri olan veya olabilecek unsurlar da uzman bilirkişilerce hazırlanacak raporlarda gözetilmelidir.⁵¹³

Şirketin bina, arazi, taşıt, makine, teçhizat, demirbaşlar gibi duran varlıklarının rayiç değerleri son durumları itibariyle tespit edilmelidir. Duran varlıkların değerlemesi için görevlendirilecek bilirkişi heyeti, şirketin faaliyet alanı da gözetilerek seçilmelidir. Şirketin faaliyet alanına çerçevesinde gerekiyorsa makine mühendisi, inşaat mühendisi, mülk bilirkişisi gibi bilirkişiler atanmalıdır⁵¹⁴.

Bir şirkete ait araçların değerlemesinin araçların ruhsat bilgileri esas alınarak yapılması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararında⁵¹⁵, muhtemel satış değeri 498.000. TL olarak belirlenen aracın leasingli olduğu gerekçesiyle borca batıklık bilançosunda 242.000. TL'ye düşürülmesini doğru bulmamış, ilk değer daha düşük gösterilmesinin ayrıntılı ve gerekçeli açıklanmasının gerektiği belirtilmiştir.

Binaların rayiç değerinin belirlenmesinde gerçekçi olmayan değerlemeler Yargıtay tarafından reddedilmiştir. Somut olayda, şirkete ait binalar üzerinde 2 milyon

⁵¹² T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/6699 K. 2015/792 T. 12.2.2015.

⁵¹³ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2015/7437 K. 2017/87 T. 19.1.2017.

⁵¹⁴ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2012/3105 K. 2012/5726 T. 4.10.2012.

⁵¹⁵ T.C. Yargıtay 19. HD., E. 2010/7226 K. 2010/11231 T. 13.10.2010.

TL lik ipotek tesis edilmiş ancak rayiç değerinde tespitinde 753.000,00 TL değer biçilmiştir. Bu yüksek fark, bilirkişi raporunu tartışmalı hale getirmiştir⁵¹⁶.

Borca batıklık bilançosu hazırlanırken finansal kiralama konusu kalemlerin ne oldukları açıkça ortaya konmalıdır. Finansal kiralama konusu malların hukuki mülkiyeti finansal kiralama şirketlerine ait olduğu için bu unsurların, kira bedellerinin tamamen ödenmeden yasa ve sözleşme uyarınca mülkiyetinin davacıya geçtiğinin kabul edilerek borca batıklık bilançosunun varlıklarında/aktifinde gösterilebilmesi kabul edilmemektedir⁵¹⁷.

4. Ara Bilançolarda Yükümlülüklerin Tanınması

TTK md. 376/3'te, "yükümlülük" veya "pasif" terimleri geçmemektedir. "Aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmesi" ifadesi kullanılmaktadır. Alman InsO § 19/1, tüm "mevcut yükümlülükler" ve İsvBK md. 725b "şirketin yükümlülükleri" terimlerini tercih etmiştir. Ancak "alacaklıların alacakları" ifadesinden mevcut yükümlülüklerin kastedildiği anlamı çıkarılabilir. Borçlu şirketin borç karşılama gücünün bütünsel olarak incelenmesi için ara bilançolarda hangi yükümlülük kalemlerinin muhasebeleştirileceğinin ortaya konması gerekmektedir.

a. Yükümlülükler

Kavramsal Çerçeve, yükümlülük, *"işletmenin geçmişteki olayların bir sonucu olarak bir ekonomik kaynağı devretme konusundaki mevcut mükellefiyeti"* olarak tanımlanmıştır. Yükümlülüğün mevcudiyeti üç şarta bağlanmıştır: a) bir işletmenin kaçınma imkânının olmadığı bir görev veya sorumluluk şeklinde bir mükellefiyetinin olması, b) Mükellefiyetin bir ekonomik kaynağı devretmek yönünde olması, c) Mükellefiyetin geçmişteki olaylar sonucunda var olan mevcut bir mükellefiyet olması.

Yükümlülükler, ticari bilançolar ilişkin pasifleştirme ilkesi kullanılarak tanımlanabilir. Bu, bunların üçüncü kişilere karşı borç niteliğinde olan ve şirkete ekonomik yük getiren ve ölçülebilir yükümlülükler olması gerektiği anlamına gelmektedir. Yalnızca vadesi gelen borçlar değil, aynı zamanda koşullu, vadesi gelecek

⁵¹⁶ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2011/616 K. 2011/1574 T. 3.11.2011.

⁵¹⁷ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/173 K. 2014/4380 T. 6.6.2014; T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/173 K. 2014/4380 T. 6.6.2014.

veya ertelenmiş yükümlülükler de dahil olmak üzere tüm yükümlülükler de kaydedilmelidir.⁵¹⁸

Yükümlülüklerin değerlemesinde de ticari muhasebe ilkeleri kullanılabilir. Bu, yükümlülüklerin genel olarak ödeme tutarları üzerinden belirtilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu, yükümlülüğün yerine getirilmesi için harcanması gereken tutardır. Bu, vadesi gelecek yükümlülüklerin iskonto edilebileceği, koşullu yükümlülüklerin ise koşulun gerçekleşme olasılığına göre, ihtilaflı yükümlülüklerin ise talep edilme olasılığına göre muhasebeleştirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir.⁵¹⁹

Borca batıklık ara bilançolarında, henüz vadesi gelmemiş veya ertelenmiş olabilecek borçlar da dahil olmak üzere raporlama tarihindeki tüm mevcut borçlar yükümlülük olarak kaydedilmelidir.⁵²⁰

Yükümlülükler tarafında, bir yükümlülüğün nominal tutarı aynı zamanda prensip olarak borca batıklık bilançosundaki muhasebeleştirme tutarını da belirlemektedir; burada belirleyici faktör, iflas işlemlerinin başlatılması durumunda iflas masasına karşı ileri sürülebilecek tutardır.⁵²¹ Uzun vadeli faiz işlemeyen yükümlülükler için bugünkü değer belirleyicidir.⁵²²

Borca batıklık hesaplamasında borç olarak hesaba katılması gereken bir kalem icra dosyalarının kapak hesaplarıdır. Yargıtay'ın bir kararı göre⁵²³, şirket aleyhine yapılan takipler nedeniyle ortaya çıkan icra dosyalarının kapak hesaplarının yapıp yapılmadığı ve ilgili tutarın şirketin defterlerinde borç olarak gösterilip gösterilmediği bilirkişilerce incelenmeli, borca batıklığa ilişkin karar verilirken bu husus dikkate alınmalıdır.

⁵¹⁸ Schäfer, s. 182.

⁵¹⁹ Schäfer, s. 183.

⁵²⁰ GÖTZ Janz, Überschuldung und Handelsbilanz Zur Ableitung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung aus den Rechnungslegungsvorschriften des Handelsgesetzbuches und des International Accounting Standards Board, Betriebswirtschaftliche Schriften Heft 157, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, s. 191.

⁵²¹ Götz, s. 194.

⁵²² Götz, s. 194.

⁵²³ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2011/1769 K. 2012/203 T. 19.1.2012, T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/6695 K. 2015/7590 T. 26.11.2015.

b. Özsermaye

Ticari bilançoda, taahhüt edilen sermaye, sermaye yedekleri, dağıtılmamış kârlar, önceki yıllardan devreden kâr veya zarar ve yıllık fazla veya yıllık açık özsermaye olarak gösterilmektedir. Taahhüt edilen sermaye, borca batıklık bilançosunun bir parçası olarak yükümlülük olarak tanınmayacaktır. Zira, bunlar, üçüncü şahıslara karşı yükümlülükler değildir ve bu nedenle borca batıklık bilançosu anlamında yükümlülük niteliği taşımamaktadır.⁵²⁴

Talep edilsin ya da edilmesin ödenmemiş sermaye taahhütleri, yasal olarak mevcut olmaları ve ekonomik olarak gerçekleşebilir olmaları ve dolayısıyla değere sahip olmaları koşuluyla, borca batıklık bilançosunda aktifleştirilmelidir. Bu koşullar altında, borçların ödenmesi açısından ekonomik olarak uygulanabilir bir potansiyel temsil etmektedirler. Bu, belirtilen koşullar altında borca batıklık bilançosundaki ödenmemiş sermaye taahhütlerinin yükümlülük olarak muhasebeleştirilmemesi, bunun yerine aktifleştirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir.⁵²⁵

Şirketin borca batıklığının tespitinde şirketin ödemeleri, ortaklara borçlar, ödenmemiş sermaye taahhütleri ve vadeleri de dikkate alınmalıdır. Pay sahiplerinin sermaye taahhütlerine karşılık verdikleri bonoların ancak tahsil anında sermayeye katılabileceği de borca batıklık hesaplanmasında göz önünde bulundurulmalıdır.⁵²⁶

c. Karşılıklar

Karşılıkların muhasebeleştirilmesi, bir yükümlülüğün muhtemel olup olmamasına bağlıdır.⁵²⁷ Karşılıklar, beklenen kullanımın bugünkü değeri tutarında kaydedilmelidir.⁵²⁸

Borç ve gider karşılıkları - Dönem Karı Vergi ve Diğer Yasal Yükümlülükler Karşılıkları ve Dönem Karının Peşin Ödenen Vergi ve Diğer Yükümlülükleri hesapları borca batıklık bilançosuna kayıtlı değerleriyle aktarılır.⁵²⁹

⁵²⁴ Schäfer, s. 183.

⁵²⁵ Schäfer, s. 183.

⁵²⁶ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2011/4641 K. 2012/1575 T. 1.3.2012

⁵²⁷ Götz, s. 190.

⁵²⁸ Götz, s. 194.

⁵²⁹ Bitlisli/ Yılmaz, s. 212-215.

Kıdem Tazminatı Karşılığı, Maliyet Giderleri Karşılığı ve Diğer Borç ve Gider Karşılıkları hesapları ise hesaplamaları yapılarak dipnotlarda açıklandıktan sonra belirlenen tutarlarla borca batıklık bilançosuna aktarılır. Ayrıca uzun vadeli yabancı kaynaklar altında yer alan borç ve gider karşılıkları hesap grubu altındaki hesaplar ise borca batıklık bilançosuna kayıtlı değerleriyle aktarılır.⁵³⁰

Borç ve Gider Karşılıkları - İşletmenin ödemekle yükümlü olduğu; vergi karşılıklarının, maliyet ve gider karşılıklarının, kıdem tazminatı karşılıklarının borca batıklık bilançosunun pasifinde raporlanması gerekmektedir.⁵³¹

d. Kefalet Sözleşmeleri

Koşullu yükümlülükler (örneğin avalden, garanti sözleşmelerinden veya devredilen kambiyo senetlerinden kaynaklanan yalnızca talep edilmesi bekleniyorsa pasifleştirilecektir⁵³². Ancak bu durumlarda, aynı anda rücu talebi olan bir varlık kaleminin oluşturulması gerekir⁵³³; ancak, değer düzeltmelerinin düzenli olarak gerekli olması muhtemeldir⁵³⁴.

Yargıtay'ın kefalet borçlarının borca batıklık bilançosunda ne şekilde yer verilebileceğine dair kararları mevcuttur. Grup şirketler arasındaki kefalet borcunu ele alan bir kararda⁵³⁵, kefalet borcunun sadece kefil olunan asıl borçlu şirketin bilançosunun pasifinde yer alması gerektiği, kefil olan şirketin bilançosunun pasifinde borca batıklık hesaplaması kapsamında yer verilmemesi gerektiği açıklanmıştır.

⁵³⁰ Bitlisli/ Yılmaz, s. 212-215.

⁵³¹ Gökgöz, s.122-127.

⁵³² Götz, s. 190.

⁵³³ Yıllık bilanço kalemlerine ilişkin ilkelerden sorumluluk ilkelerinde de rücutan doğan alacaklar ve borçlar bilançoda gösterilmelidir. TTK md. 77'ye göre, "Bono düzenlenmesi ile poliçe ve çek düzenlenmesinden, devrinden, poliçenin kabulünden, kefaletlerden, avalden, garanti sözleşmelerinden, akreditif teyitlerinden, üçüncü kişilerin borçları için verilen teminatlardan, üçüncü kişiler lehine taahhütlerden doğan sorumluluklar ile Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen diğer sorumluluklar pasifte gösterilmemişlerse, bilançonun altında veya ekte Türkiye Muhasebe Standartlarına göre açıklanır. Rücutan doğan alacaklar ve borçlar ile ilgili sorumluluk ilişkileri de ekte belirtilir."

⁵³⁴ Götz, s. 191; Brinkmann, 2023 GmbH, para. 14.146, s. 576.

⁵³⁵ T.C. Yargıtay 15. HD., E. 2021/1172 K. 2021/2952 T. 23.6.2021. Karara göre, "İflas erteleme taleplerinde borca batıklık kamu düzenine ilişkin olup şirket aktif malvarlığına dahil olan değerler belirlenirken güncel – rayiç değerlerinin aktif malvarlığında dikkate alınması grup şirketlerde ise kefalet borçlarının sadece kefil olunan asıl borçlu şirket pasif malvarlığında gösterilmesi yine borçlar belirlenirken güncel değerler esas alınması gerekmektedir. ... mahkemece, iflas talep eden şirketlerin aktif malvarlığının rayiç değerleri ve güncel alacak borç durumları değerlendirilmek suretiyle borca batık durumda olup olmadığının belirlenmesi, kefalet borçlarının grup şirketler bakımından sadece asıl borçlu şirket pasifinde değerlendirileceğinin gözetilmesi, buna göre tüm şirketlerin borca batık durumda olup olmadığının belirlenmesi" gerekmektedir.

Kefaletle konu olan borca ilişkin değerleme yapılırken yine güncel değerler esas alınmalıdır.

Birden fazla kefil şirket söz konusu ise de yukarıdaki durum geçerlidir. Özellikle grup şirketleri açısından ancak bu şirketlerle sınırlı olmayacak şekilde bir borca ilişkin birden fazla kefil olmuş şirket varsa, kefalet borcu kefil olan şirketlerin değil kefil olunan asıl borçlu şirketin bilançosunun pasifinde gösterilmesi gerekir. Aksi şekildeki bir hesaplamayla, kefil olan şirketlerin kefil oldukları borcu da hesaba katarak ulaşıldıkları borca batıklık tespiti geçerli olmayacaktır⁵³⁶. Böylece, grup şirketlerinin konsolide finansal tabloları borca batıklık yönünden incelendiğinde aynı borcun birden fazla kez hesaplanmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Yargıtay, grup şirketleri açısından kefalet ilişkisinin kötüye kullanılabildiğini, kefalet borcunun birden fazla şirketin pasifinde gösterilerek şirketlerin kayden ve şeklen borca batık gösterilebildiğini ve bunun değerlendirme ilkelerine aykırı olduğunu karara bağlamıştır. Bu husus, bir kararda⁵³⁷, şu ifadelerle açıklamıştır:

“Yargıtayın yerleşik uygulamasında grup şirketler açısından kefalet ilişkisi borca batıklığın tespiti açısından kötüye kullanılabilmekte olup, bir borca ilişkin kefaletin birden fazla şirketin pasif hesabında gösterilmesi hâlinde şirketler o miktar borca batık olmasa da şeklen borca batık hale gelebilmektedir. Bu durumda, grup şirketlerde borcun asıl borçlu şirket üzerinde gösterilmesi ve kefalet veren şirketin pasifinde ayrıca yer verilmemesi ilkesine uygun belirleme yapılması gereklidir. Somut olayda alınan bilirkişi raporunda yerleşik uygulama dorultusunda davacı ...'nin borca batık olmayacağı anlaşıldığından, bu davacı yönünden davanın reddine karar

⁵³⁶ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2019/3116 K. 2020/2730 T. 10.9.2020. Karara göre, “Davacı şirketlerin grup şirketler olduğu dikkate alındığında, grup şirketler açısından kefalet ilişkisi borca batıklığın tespiti açısından önem arz etmekte ve bir borca ilişkin kefaletin birden fazla şirketin pasif hesabında gösterilmesi nedeniyle bir borçtan dolayı grup şirketlerin tamamı kayden borca batık hale gelmektedir. Bu durumda, grup şirketlerde borcun asıl borçlu şirket pasifinde gösterilmesi, ayrıca borca kefil olan grup şirketin pasifinde kefil olunan bu borca yer verilmeden borca batıklığın hesaplanması gerekmektedir.

Hükme esas alınan bilirkişi ek raporunda, şirketlerin borca batıklık hesabına, kefaletler dahil edilerek bu şirketlerin borca batık olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kefaletle konu borcun, kefil olan davacı grup şirketlerin pasifine dahil edilmemesi gerekir. Borca batık olduğu tespit edilen davacı grup şirketin kefaletler hesaplamaya dahil edilmez ise incelemenin yapıldığı tarih itibarıyla borca batık olmadıkları anlaşılmaktadır.”

⁵³⁷ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2016/7489 K. 2019/4706 T. 13.11.2019

evrilmesi gerekirken, yanılıgılı gerekçeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.”

Otelcilik sektöründe faaliyet gösteren bir şirket, borca batık batık olduğundan bahisle iflas ertelemesi talebiyle mahkemeye başvurmuştur. Ancak borca batıklık bilançosu olarak sunduğu bilançonun pasif hesabının neredeyse tamamını kefalet borcu oluşturmaktadır. Halbuki, kefalet borcu kefil olan şirket bilançosunda kural olarak gösterilmez. Üstelik, kefalet borçlarının çıkarılması halinde şirket borca batık olmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay, borca batıklık dava şartının gerçekleşmediğine hükmetmiştir⁵³⁸.

Borca batıklık hesaplamasında, kefalet borçlarının, kefil olan şirketin bilançosunda hangi miktarlarda gösterileceği incelenmelidir. Kefalet, adi kefalet (TBK md. 585) veya müteselsil kefalet (TBK md. 586) şeklinde kurulabilir. Adi kefalette, alacaklı borçluya başvurmadıkça, kefil takip edememektedir⁵³⁹. Müteselsil kefalette ise alacaklı, borçluyu takip etmeden veya varsa taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefile başvurabilmektedir.

Kefil şirketin borca batıklık ara bilançolarında, kefil olunan borç, bu borç nedeniyle kendisine başvurulması muhtemelse, bilançoların pasif tarafında karşılık ayırmak suretiyle muhasebeleştirilmelidir. Karşılık ayrılan miktar, kefile başvurulma ihtimali olan miktar kadar olmalıdır. Kefilin kefil olunan borcun tamamı için takip edilmesi muhtemelse, kefil olunan borcun tamamı kadar, kefil olunan borcun bir miktarı için takip edilmesi muhtemelse, bu miktar ölçüsünde karşılık ayrılmalıdır.

⁵³⁸ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2015/4201 K. 2017/78 T. 25.1.2017

⁵³⁹ TBK md. 585’te, adi kefalette maddede sayılı hallerde doğrudan doğruya kefile başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu haller; 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, 2.Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, 3.Borçlunun iflasına karar verilmesi, 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olmasıdır.

Ara bilançolarda kefalet borcu için karşılık ayırmakla birlikte, kefilin, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, asıl borçluya halefiyete dayalı⁵⁴⁰ rücu hakkı⁵⁴¹ bulunduğu (TBK md. 596) dikkate alınmalıdır. Adi kefalet söz konusu ise alacaklı, zaten öncelikle asıl borçluya başvurmalıdır. Ancak Kanunda sayılan hallerde, alacaklının doğrudan kefilin takip etmesi mümkün olacaktır. Bu haller, esas olarak, asıl borçlunun borcunu ödemeyecek durumda olduğuna işaret eden veya asıl borçlunun takibinin önemli ölçüde güçleştiği durumlardır. Dolayısıyla, kefil, kendisine asıl borçludan sonra asıl borçlu yerine başvurulsun, asıl borçluya rücu etmenin sonuç getirmeyeceği durumlarla karşı karşıyadır. Borçlu, kefil olarak asıl borçlu yerine borcu yerine getirdikten sonra, alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya başvurursa dahi asıl borçlunun ödeme yapamaması mümkündür. Bu durumda, rücu hakkına dayanılarak, borca batıklık bilançosunaun aktif tarafında bir kalem ayırma olasılığı düşük olacaktır.

Müteselsil kefalette ise kefile doğrudan başvurma imkânı mümkün olduğu için asıl borçlunun ödeme gücü olmadığını doğrudan varsaymak doğru değildir. Bu nedenle, ara bilançoların hazırlanması esnasında rücu hakkının kullanılması sonucunda bir değer elde edilme ihtimali olup olmadığı araştırılmalıdır. Böyle bir ihtimal mevcutsa, tahsil edilme ihtimali olan miktar, ara bilançonun aktif tarafında şüpheli alacak kalemi olarak muhasebeleştirilmelidir. Aksi halde, borca batıklık hesaplaması eksik olacaktır. Nitekim Yargıtay da tahsil kabiliyeti olmadığı kesin olarak tespit

⁵⁴⁰ Rücu, bir kişinin kendisine veya başkasına ait bir borcu ödeyerek alacaklıyı tatmin etmesi ve bu ödeme karşılığında, yaptığı edanın tamamını veya bir kısmını başka birinden talep etmesidir. Bu talep, borcun ifasıyla doğan bağımsız bir alacak hakkıdır. Rücu, halefiyetten farklı olarak, ifa ile birlikte alacaklıdan borçluya intikal eden bir hak değildir. Rücu talebi, taraflar arasındaki sözleşmeye, haksız fiile, sebepsiz zenginleşmeye veya vekâletsiz iş görmeye dayanabileceği gibi, kanunda belirtilen özel durumlarda da ortaya çıkabilir. Kanun koyucu, rücu hakkını güçlendirmek amacıyla halefiyet esasını da benimsemiştir, böylece ifada bulunan kişi rücu hakkına ek olarak, ifa ettiği borç için verilmiş teminatlardan da faydalanabilir. Bkz. NOMER Haluk Nami, “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, İHFM, C. LV, S. 3, 1997, ss. 243-260, s. 248-249.

⁵⁴¹ Kefilin rücu hakkına ilişkin olarak bkz.; ÖZEN Burak, “Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi”, (Prof Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha, 2010), Makaleler – Tebliğler (2001-2020), On İki Levha, Nisan 2021, ss. 194-208; DAĞDELEN Ahmet Hakan, “Kefilin Rücu Hakkı”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13, Haziran 2021, ss. 11-27; KİRKİT Ecem, “Kefilin Asıl Borçluya Rücu”, AndHD, Cilt: 10 | Sayı: 1 | Ocak 2024 | s. 77-98; KOYUNCU Kenan Berk, Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

edilmeden şüpheli alacakların şirket aktif hesabında gösterilmemesini uygun görmemiştir⁵⁴².

Aynı uygulama birlikte kefalet için de geçerlidir (TBK md. 587). Birden çok şirket, aynı borca birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olabilir. Bu halde, kefil şirketlerden her bir borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, kefil şirket, aksine anlaşma olmadıkça, diğer kefillere toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir. Buna göre, birlikte kefalet söz konusu iken de kefil şirketin borca batıklık ara bilançolarının pasif tarafında, kendisine başvurulmasının muhtemel olduğu ölçüde karşılık kalemi; aktif tarafında, rücu hakkının kullanılması ile tahsil edilmesi muhtemel olduğu ölçüde şüpheli alacak kalemi muhasebeleştirilmelidir. Kefalet borcu söz konusu iken kefalet riskinin ve rücu olasılığının bilanço aktif ve pasif taraflarında ayrı ayrı gösterilmesi, şirketin güncel borç ödeme gücünü ortaya koymak için başvurulacak tamlik ve mahsup yapmama ilkelerinin bir gereğidir.

e. Garanti Sözleşmeleri

Borca batıklık hesaplamasında, garanti verenin garanti sözleşmesinden doğan borcunun şirketin bilançosunda hangi miktarlarda gösterileceği kefalet borcundan ayrı olarak incelenmelidir. Çünkü, garanti sözleşmesi özellikle rücu ve halefiyet hükümleri bakımından kefalet sözleşmesinden farklı nitelikte bir teminat sözleşmesidir⁵⁴³.

⁵⁴² T.C. Yargıtay 15. HD., E. 2021/1172 K. 2021/2952 T. 23.6.2021: “... Diğer yandan tahsil kabiliyeti olmadığı kesin olarak tespit edilmeden şüpheli alacakların şirket aktif hesabında gösterilmemesi de doğru görülmüştür. ...”

⁵⁴³ Yargıtay 3. HD’nin bir kararında, 11.06.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’na atıfla, kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasındaki farklar şu şekilde belirlenmiştir: “Hukuk Genel Kurulu’nun 04.07.2001 gün ve E:2001/19-534, K:2001/583 sayılı kararında da belirtildiği üzere, kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinin alt kavramlarını oluşturan kefalet ve garanti sözleşmelerinin temel amaçları, esas itibarıyla asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce, alacaklıya şahsi teminat (güvence) verilmesidir. Her iki sözleşme de temel amaçları itibarı ile aynı hedefe yönelmekle birlikte, gerek doktrinde, gerekse bu konudaki uygulamanın öncüsü niteliğindeki 11.06.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’ndaki belirlemelere göre, aralarında ana farklar bulunmaktadır:

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 583. maddesi hükmü uyarınca, kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle tabi olup sözleşmede kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın gösterilmesi gerektiği halde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 128. maddesindeki “üçüncü kişinin filini üstlenme” başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite bağlanmış olması da öngörülmüştür. Öte yandan, kefalette 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 591. maddesi hükmü uyarınca kefil, borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti sözleşmesinde teminat veren kişiye bu hak tanınmış değildir. Bunların dışında kefilin kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 596. maddesi hükmü

Garanti verenin borcunun borca batıklık bilançosuna kaydı, iki yönüyle özellik arz etmektedir. İlki, garanti borcunun muhasebeleştirilmesine ilişkindir. İkincisi ise garanti borcunun ifa edilmesi ihtimali göz önünde alınarak, rücu veya halefiyet nedeniyle⁵⁴⁴ ayrı bir alacak kaleminin bilançoya eklenip eklenemeyeceği hususudur.

Garanti sözleşmelerinden doğan borçlar, yıllık bilançoda muhasebeleştirilirken bilançonun pasifinde gösterilmemişse, bilanço altında veya ekte açıklanmalıdır. Ayrıca, rücu sebebiyle bir alacak doğması mümkün ise ilgili sorumluluk ilişkileri de ekte belirtilmelidir (TTK md. 77)⁵⁴⁵.

Kanunda düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesi, öğretide, garanti verenin garanti alana (muhatap, alacaklı), üçüncü bir şahsın (lehtar, asıl borçlu) bir fiilini taahhüt ettiği ve bu üçüncü kişinin borcunu ifa etmemesi durumunda ortaya çıkacak zararı giderme borcu altına girdiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁵⁴⁶.

uyarınca asıl borçluya yasadan ötürü rücu hakkı bulunduğu halde, garanti sözleşmesinde teminat verene bu hak tanınmamıştır. Nihayet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 598. maddesi gereğince kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına bağlı iken, garanti sözleşmesi, bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşula tabi tutulmamıştır.” Bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2017/6543, K. 2019/3083, T. 8/4/2019.

⁵⁴⁴ Garanti sözleşmelerinde garanti verenin rücu hakkını inceleyen çeşitli çalışmalar için bkz. DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (ICC’nin URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber), On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2021, 1. Baskı, s. 288-297, (**Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**); DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, “Borçlar Hukuku İlkeleri Işığında Talep Garantileri İçin Birörnek Kurallar’a Genel Bakış”, Prof. Dr. H. Ercüment Erdem’e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2023, C.1, s. 540-542, (**Talep Garantileri**); DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 410 vd. (**Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**); KURDULU Selim, Garanti Sözleşmesi ve Rücu Hakkı, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek lisans Programı, Eylül 2022, , s. 68 vd.; ASLAN Burcu, Garanti Sözleşmeleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek lisans Programı, 2020, Ankara, s. 85-91; ÖZTÜRK İdil Zeynep, Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu ilişkileri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Yüksek lisans Programı, 2012, s. 147- 162; ATASOY Kemal, “Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2019, ss. 101-134.

⁵⁴⁵ “Sorumluluk ilişkileri” madde başlıklı TTK md. 77 hükmüne göre, “... *garanti sözleşmelerinden, ... üçüncü kişilerin borçları için verilen teminatlardan, üçüncü kişiler lehine taahhütlerden doğan sorumluluklar ile Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen diğer sorumluluklar pasifte gösterilmemişlerse, bilançonun altında veya ekte Türkiye Muhasebe Standartlarına göre açıklanır. Rücadan doğan alacaklar ve borçlar ile ilgili sorumluluk ilişkileri de ekte belirtilir*”.

⁵⁴⁶ Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**, s. 19. Bir başka tanıma göre garanti sözleşmesi, *garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine girdiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhütle üzerine aldığı sözleşmedir.* Bkz. TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 809.

Garanti sözleşmesinin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt/üstlenme ile birebir örtüştüğü veya bu taahhütün bir türünü oluşturduğu şeklinde görüşler bulunmaktadır. Bu hususa dair bir inceleme için bkz. Atasoy, s. 104-106. Yargıtay, garanti sözleşmesini üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak tanımlamıştır.

Garanti sözleşmesinde, garanti veren geciktirici şarta bağlı bir borç ödeme taahhüdünde bulunmaktadır. Buna göre, üçüncü bir kişinin alacaklıya (garanti alan) olan borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, garanti verenin borcunu ifa etme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu borç, garanti veren açısından şarta bağlı bir borç, garanti alan açısından şarta bağlı bir alacaktır.⁵⁴⁷ Öyleyse, borca batıklık bilançosunda muhasebeleştirme açısından değerlendirildiğinde, garanti veren garanti borcunu, borcun doğması nedeniyle kendisine başvurulması muhtemelse borca batıklık ara bilançolarının pasif tarafında karşılık ayırmak suretiyle muhasebeleştirmelidir.

Garanti borcu, ifasının talep edilme olasılığına göre borca batıklık bilançolarına kaydedilirken, eğer söz konusu borç ödendikten asıl borçluya (lehtar) rücu hakkı doğuyorsa, bu alacak tahsil edilebilirlik durumu dikkate alınarak bilançonun aktif tarafında şüpheli alacak olarak muhasebeleştirilmelidir. Garanti verenin rücu hakkı ise tartışmalıdır.

Garanti sözleşmesinde, kefaletten farklı olarak, Kanunda tanınmış bir rücu hakkı bulunmamaktadır. Kefalet sözleşmesinde, kefil ifade bulunduğu ölçüde alacaklının halefi sıfatıyla asıl borçluya karşı rücu hakkına sahiptir (TBK m. 596). Bunun sebebi, kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun fer'i nitelikte bir borç olmasıdır. Garanti sözleşmesinde ise muhatap ve lehtar arasındaki asıl borcun varlığı ve geçerliliğinden bağımsız asli nitelikte bir borç doğmaktadır⁵⁴⁸. Garanti sözleşmesinin bu bağımsız olma özelliği nedeniyle, öğretideki hakim görüşe göre, ne TBK m. 127 uyarınca halefiyet hükümlerinin ne de kefalet sözleşmesindeki halefiyet ile ilgili hükümlerin

“Mülga 818 S. BK’nın 110 ve yürürlükte olan 6098 S. TBK’nın 128. Maddelerinde yer alan “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt/Üstlenme” düzenlemenin “GARANTİ AKTİ/SÖZLEŞMESİ”olarak tanımlandığı gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamalarında tam kabul görmüştür. ... Yargıtay 12.HD’nin 25.12.2007 T. ve 2007/23659 - 24159 sayılı kararında “... Borçlar Kanunu’nun 110.maddesindeki “Başkasının fiilini taahhüt” başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesiherhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi...”, Yargıtay 19.HD’nin 10.11.2014 T. 2013/19331 E.- 2014/15934 K. sayılı kararında “818 sayılı BK.nun 110. maddesindeki (6098 sayılı TBK. 128) Başkasının fiilini taahhüt” başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesi...” şeklindeki ifadelerden de anlaşılacağı şekilde, BK/TBK’da “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” olarak tanımlanan hukuki işlemin, aslında bir garanti sözleşmesi olduğu Yargıtay tarafından da oybirliğiyle kabul edilmektedir.” Bkz. YİBBGK, E. 2017/4, K. 2018/5, T. 20.04.2018.

⁵⁴⁷ Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**), s. 19,22.

⁵⁴⁸ EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara, 2022, s. 781. Yargıtay’ın garanti ve kefalet sözleşmelerindeki bu ayrıma ilişkin kararları bulunmaktadır. Bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: *“Yine doktrin ve anılan İBK’da belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki, asli-feri yükümlülük kriteridir. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur, Kefalette ise, asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen teminat ile o borcun ödenmesinin sağlanmasıdır. ...”* Bkz. Yargıtay HGK, E. 2001/534, K. 2001/583, T. 04/07/2001.

garanti sözleşmelerine doğrudan veya kıyasen uygulanması mümkündür⁵⁴⁹. Özetle, garanti verenin temel borç ilişkisinden bağımsız olarak yeni bir borç ilişkisi içine girerek kendi borcunu ödediği, ayrıca, garanti sözleşmesinin, borçlunun bilgisi veya rızası olmadan alacaklı ve garanti veren arasında kurulabileceği şeklindeki gerekçeler sebebiyle garanti verenin garanti sözleşmesine dayalı rücu hakkı kabul edilmemektedir⁵⁵⁰.

Öte yandan öğretilde, garanti verenin asıl borçluya rücu hakkının, iç ilişki çerçevesinde kontrgarantiye dayalı olarak veya sebepsiz zenginleşme ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine göre mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.

Bankacılık uygulamasında, teminat mektupları⁵⁵¹ aracılığıyla garanti veren banka, temel borç ilişkisinde borçlunun ödememe riskini teminat altına almaktadır.

⁵⁴⁹ Develioğlu, **Talep Garantileri**, s. 540. Ayrıca bkz. Eren, s. 782; Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, s. 418. Ayrıca, haksız fiil hükümlerinden TBK md. 61'in de garanti sözleşmesi çerçevesinde garanti verenin rücu hakkının hukuki dayanağı olamayacağı ifade edilmektedir. Aksi takdirde, sözleşmenin nispiyeti ilkesine aykırı olarak, birbirinden bağımsız olarak borç altına giren kişiler arasında müteselsil sorumluluk yaratılması söz konusu olacaktır. Bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**, s. 293; Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, s. 421; Atasoy, s. 128.

⁵⁵⁰ Nitekim, aşağıda kontrgaranti kapsamındaki açıklamalarda yer verdiğimiz teminat mektubunun niteliğine ve rücu hakkına ilişkin olarak öğretide de çokça atıf yapılan Yargıtay'ın 1969 tarihli kararına konu somut olayda, bankadan asıl borçlu lehine teminat mektubu düzenlenmesini, lehtar/asıl borçlu olan ithalatçı değil, bu ithalatçıdan malları haricen satın alan üçüncü kişi talep etmiştir. Kararda şöyle ifade edilmiştir: "... Banka bu teminat mektubunu verirken borçlu ile herhangi bir kredi anlaşması yapamamıştır. Banka bu teminat mektubunu 3 üncü kişiler ile yaptığı kredi anlaşmasına bu kontrgaranti taahhütnamesine dayanarak gümrük idaresine vermiştir. Bu suretle doğacak zararını akti bir ilişki ile temin etmiş durumdadır." Bkz. YİBHKG E. 1969/4, K. 1969/6 T. 11.06.1969. Yargıtay'ın, kontrgaranti gibi sözleşmesel temel dışında garanti verenin rücu hakkı olmadığı şeklindeki görüşünün, bu çalışma kapsamında tespit edilen kararlar doğrultusunda, günümüzde de devam ettiği anlaşılmaktadır.

⁵⁵¹ Bankacılık uygulamalarında, bankaların müşterilerinin talepleri doğrultusunda düzenledikleri teminat mektupları genellikle gayri nakdi kredi sözleşmelerine dayanmaktadır. Bankalar, bu tür sözleşmeler aracılığıyla üstlendikleri riskleri, temel borç ilişkisindeki asıl borçlu ya da üçüncü kişilerden ek bir güvence talep ederek teminat altına alma yolunu tercih etmektedir. Bkz. Vahit Doğan, **Banka Teminat Mektupları**, 4. Baskı, Ankara, 2011, s. 247. Teminat mektupları, 5411 sayılı BankK md. 48' göre, gayrinakdi kredi niteliği haiz taahhütler olarak belirtilmiştir. Teminat mektupları, daha önce, kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmekteydi. Ancak, 1969 tarihli Yargıtay İBHKG Kararı'nda, teminat mektuplarının hukuki niteliği garanti sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, garanti veren, lehtara karşı, kanuni halefiyet ve ondan doğan rücu hakkını ileri süremeyecektir. Karara göre (YİBHKG E. 1969/4, K. 1969/6 T. 11.06.1969), "teminat mektuplarında borcu temin edilen kişi akit değildir. Bankaya karşı akit durumunda olan mektubun verilmesini bankadan isteyen ve onu kontrgaranti ile temin eden kişilerdir. Bankalar bu suretle mektup vermeye kanunen yetkili olduklarına göre bu işlem Bankalar Kanunundan doğan bankacılıkla ilgili bir kredi muamelesidir. Krediyi kullanan kimsenin, bu yüzden doğan borçtan dolayı bankaya karşı, verdiği kontrgaranti taahhütnamesi sebebiyle sorumlu olması gerekir. Aktin kaçınılmaz sonucu budur. Aktitten doğan hak ve borçlar o akti yapanlara ait olması sebebiyle bankalar alacaklıya verdikleri teminat mektubunun temin ettiği parayı alacaklıya ödedikleri takdirde ödenen bu parayı yalnız akidinden isteyebilirler, banka ile borçlu arasında bu akit dolayısıyla yasalara göre herhangi bir hukuki bağlantı teessüs etmeyeceğinden borçluya rücu edemez. ... bu teminat mektubunun mahiyeti garanti taahhüdü niteliğindedir. Garanti veren müstakil bir borç altına

Riziko neticesinde ödeme yapmak zorunda kalacak olan banka, kendisini güvence altına almak için karşı garanti olarak da ifade edilen kontragaranti almaktadır. Öğretide ve yargı kararlarında, kontragaranti yoluyla, garanti veren bankanın lehtara rücu hakkının doğacağı kabul edilmektedir⁵⁵². Buna göre, garanti veren kontragaranti ilişkisine dayanarak ödediği miktar kadar lehtara rücu edebileceğinden, söz konusu tutar, garanti veren konumunda olan bir şirketin borca batıklık bilançosunda, lehtardan tahsil edilebileceği ölçüde aktif olarak kaydedilmelidir.

Kontragaranti sözleşmesi haricinde, garanti veren, asıl borçlu/lehtar ile aralarında garanti vermeye ilişkin bir vekalet sözleşmesi kurulmuşsa, TBK md. 510 hükmüne dayalı olarak lehtardan talepte bulunabilecektir⁵⁵³. TBK md. 510/1 hükmü kapsamında, lehtar, vekâletin gereği gibi ifası için garanti verenin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlü olacaktır. Borca batıklık bilançosunda da söz konusu başvurma hakkı kapsamındaki alacak, yine tahsil edilebilirlik durumuna göre, dahil edilmelidir.

Garanti veren ile lehtar arasında bir sözleşme bulunmadığı veya sözleşme serbestisi kapsamında rücu hakkı öngörülmediği durumlarda, TBK'da da açık bir düzenleme bulunmadığı için, garanti verenin asıl borçluya rücu hakkının hangi hukuki kuruma dayanacağına dair öğretide ve yargı kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte, öğretide rücu hakkını temellendirmede, ağırlıklı olarak, vekaletsiz iş görme (TBK md. 526 vd.) ve sebepsiz zenginleşme (TBK md. 77 vd.) hükümleri tartışılmıştır.

Garanti verenin vekaletsiz iş görme kapsamında lehtara rücu edebileceğini reddeden görüş, buna gerekçe olarak, bu kurumun başkasının işini görme şartının garanti veren açısından gerçekleşmediğini, garanti verenin kendi borcunu ödediğini

girdiğinden parayı ödemekle akti mükellefiyetini yerine getirmiş olur. Kanunda garanti verenin garanti alana parayı ödemesi halinde ödediği nispette alacaklının halefi olacağına ve bu halefiyet kaidesine dayanarak borçlu 3 üncü şahsa rücu edebileceğine dair bir hüküm yoktur. ... 3 üncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akti olduğuna ve bu sebeple (garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple ödediği parayı fiili taahhüt edilen 3 üncü şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücu istemeyeceğine, 11/6/1969 tarihinde yapılan birinci görüşmede oyçokluğuyla karar verilmiştir". Ayrıca bkz. Öztürk, s.148. Ancak karara konu somut olayda,

⁵⁵² REİSOĞLU Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003, (**Kontrgaranti**), s. 398-399; Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, s. 419; Tandoğan, s. 872 vd.

⁵⁵³ Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**, s. 290; Develioğlu, **Talep Garantileri**, s. 540-541.

öne sürmektedir⁵⁵⁴. Karşı görüşe göre, garanti verenin yaptığı iş, hem iş sahibinin hem vekaletsiz iş görenin hukuki alanını ilgilendirebilir. Dolayısıyla, garanti verenin de o işi yapmakta menfaati olsa dahi, iş sahibinin menfaatini korumak için devreye girmesi nedeniyle, o işin başkasına ait olması veya iş sahibinin hukuki alanını etkilemesi şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir⁵⁵⁵. Çünkü, asıl borçlu, alacaklı/muhatab karşıısındaki borcundan kurtulmakta, onun malvarlığıındaki pasif azalmaktadır. Sonuçta, garanti veren, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre lehtara rücu edebilmelidir⁵⁵⁶.

Garanti verenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre lehtara rücu edebileceğini savunan görüşe⁵⁵⁷ göre, garanti veren, kendi borcunu ifa ederken malvarlığında eksilme olması nedeniyle fakirleşmektedir. Bu sırada lehtar ise muhataba ödeme yapma yükünün azalması ya da ortadan kalkması, diğer bir deyişle, malvarlığının pasifinin azalması nedeniyle zenginleşmektedir. Söz konusu zenginleşme ve fakirleşme arasında geçerli sebebin yokluğu halinde, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aksi görüş⁵⁵⁸ ise, garanti verenin kendi borcunu ifa ettiği gerekçesiyle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin rücu hakkına dayanak olamayacağını kabul etmektedir.

Garanti verenin lehtara rücu hakkının hukuki dayanağı olarak sebepsiz zenginleşme kurumuna başvurabileceği kabul edilse dahi, asıl sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu veya taraflardan biri tarafından sonradan geçersiz kıldığı hallerde lehtarın zenginleşmesinden söz edilemeyeceği için, böyle bir durumda, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması mümkün olmayacaktır⁵⁵⁹.

Sonuç olarak, garanti verenin garanti sözleşmesinden doğan bir borcunun pasifleştirilmesine karşılık, borcu yerine getirmesiyle doğan bir rücu hakkının olup olmadığı her garanti sözleşmesi ve ilişkisine özgü olarak incelenmelidir. Somut vakada, kontragaranti ya da garanti vermeye ilişkin bir vekalet sözleşmesi olup

⁵⁵⁴ REİSOĞLU Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, (**Garanti**), s.165.

⁵⁵⁵ Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**, s. 294; Tandoğan, s. 875.

⁵⁵⁶ Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**, s. 295; Tandoğan, s. 877; Atasoy, s. 131. Hatta, garanti verenin ifasının lehtarın menfaatine olmadığı hallerde veya lehtarın ödeme yapmasını engellediği hallerde dahi, lehtarın, TBK md. 530'a göre, garanti verenin zararını karşılaması veya en azından sebepsiz zenginleştiği oranda ödeme yapması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Develioğlu, **a.g.e.**, s. 295.

⁵⁵⁷ Tandoğan, s. 878-879; Atasoy, s. 131.

⁵⁵⁸ Reisoğlu, **Garanti**, s. 164.

⁵⁵⁹ Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC**, s. 297.

olmadığı; yoksa, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümlerine dayalı talepte bulunma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir. Rücu hakkının kapsamı da ilgili sözleşme veya kuruma göre belirlenmelidir. Sayılan ihtimallerden birinin varlığı halinde, tahsil edilebilirlik durumu göz önüne alınarak, rücu hakkının kullanılmasıyla elde edilmesi muhtemel tutar, borca batıklık ara bilançolarında aktif olarak muhasebeleştirilmelidir.

f. Gelecek Aylara/Yıllara/Döneme Ait Gelirler ve Gider Tahakkukları

(Ertelenmiş) gelecek döneme ait gelirler, gelecek bilanço dönemlerine ait olup içinde bulunulan dönemde peşin tahsil olunan gelirleri kapsayan dönem ayırıcı nitelikte hesaptır (TTK md. 72, md. 76, VUK md. 287). Bu gelirler, gelecek döneme ait gelirler hesabının alacağına kaydedilip, ait olduğu dönemde ilgili gelir hesabına devredilirler.

Gelecek döneme ait peşin tahsil edilmiş gelirlerin gelecekte ödeme gerektirmeyeceğinden bahisle borca batıklık bilançosunda yer verilmeyeceği görüşü ifade edilmiştir⁵⁶⁰. Ancak, burada, gelecek döneme ait giderler konusunda olduğu gibi bir alt ayırım yapılmalıdır.

Tasfiye varsayımında, peşin tahsil edilen gider için borçlu şirketin yükümlü olduğu bir edim, örneğin, peşin alınan kira, bir sonraki dönem ifa edilecek hizmetin avansı veya siparişler için avans ödemelerinin karşı edimleri bulunabilir. Bundan başka, uzun süreli bir yapmama borcu karşılığında peşin ödeme veya çeşitli teşvikler alınabilir. Bu durumlarda, ya bir edimi ifa yükümlülüğü ya da geri ödeme yükümlülüğü doğurabileceği için borca batıklık bilançosunda muhasebeleştirilmelidirler. Örneğin, alınan avans ödemeleri, özellikle büyük projelerde bilanço üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilen, bekleyen işlemlerin bir parçası olan avans ödemeleridir. Yüklenici olarak borçlu şirketin artık siparişi yerine getirememesi durumunda alınan avans ödemelerinin geri ödenmesi gerekebilmektedir. Bu ödemeler, geri ödeme talebine dönüştüğü tutarda ara bilançoda pasif olarak kaydedilmelidir.⁵⁶¹ Öte yandan, peşin tahsil edilmiş gelirler, bilançoda, gelecek döneme ait gelirler hesabında değil de peşin gelirin ait olduğu ilgili hesap altında muhasebeleştirilebilir.

⁵⁶⁰ Altay A., s. 121.

⁵⁶¹ Uhlenbruck, s. 533, para. 5.193.

Peşin alınan ödemeler, şirket için bir ifa yükümlülüğü teşkil ettiğinden, işletmenin devamlılığı esasına göre oluşturulacak bir ara bilançoda yükümlülük olarak kaydedilmesi gerekmektedir⁵⁶².

Gider tahakkukları, cari faaliyet dönemine ait olup ödenmesi gelecek aylarda yapılacak giderlerden oluşmaktadır. Gider tahakkuklarının kesinlikle belgeye dayalı olması gerekmektedir. Yapılan tahakkuklar ilgili gider ve zarar hesaplarına borç, bu hesaba alacak, yapılan ödemeler borç kaydedilir. Bilanço tarihi itibarıyla doğmuş ancak, lehdarı tarafından henüz istenebilir duruma gelmemiş giderlerin, gider hesaplarına alınmasında kullanılan ve ilgililere kesin alacak kaydı yapılamayan borçlar bu hesaba kaydedilir. Ancak tahakkuk eden giderlerin doğrudan ilgili hesabın alacağına kaydedildiği durumlarda (örneğin; banka kredilerine ilişkin faiz tahakkuklarının doğrudan kredilerle ilgili hesaba alacak kaydedildiği durumlarda) bu hesap kullanılmaz⁵⁶³. İşçi ücret ve giderleri tahakkuku, memur ücret ve giderleri tahakkuku, dışardan sağlanan fayda ve hizmet giderleri tahakkuku, vergi, resim ve harç giderleri tahakkuku, finansman giderleri tahakkuku örnek gösterilebilir.

Gider tahakkukları ile sonraki hesap dönemlerinde ödenecek borçlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Bunlar, ücretler gibi hesap döneminde meydana gelen ancak daha sonra ödemeye sonuçlanacak bir gider meydana gelmişse oluşturulmakta ve borca batıklık ara bilançolarında diğer yükümlülükler hesabında kaydedilmektedir.⁵⁶⁴ Yıllık bilançonun pasifinde yer alan gider tahakkukları, gerçek bir borç niteliğinde olduğundan borca batıklık bilançosunda pasifleştirilmelidir⁵⁶⁵.

5. Grup Şirketleri Yönünden Borca Batıklık İncelemesi

Grup şirketlerinin bir grup olarak borca batıklığının tespit edilerek iflasının veya borca batıklığa bağlı diğer talep haklarının kullanıldığı durumlarda sadece grubun bir bütün olarak borca batık durumda olup olmadığı değil, grubun bağlı şirketlerinin her birinin borca batıklık durumunun tespit edilmesi gerekmektedir.

⁵⁶² Uhlenbruck, s. 533, para. 5.193.

⁵⁶³ KGK Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Plan Taslağı, https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/TFRS/EK2_Finansal%20Raporlama%20Standartlarına%20Uygun%20Hesap%20Planı%20Taslağı.pdf.

⁵⁶⁴ Uhlenbruck, s. 533, para. 5.193.

⁵⁶⁵ Gökgöz, s. 124.

Yargıtay'ın bir bozma kararında⁵⁶⁶, bilirkişi raporlarında bütün şirketler açısından kümülatif borca batıklık hesabı yapılması ancak hâkim ve her bir bağlı şirket ile ilgili ayrı ayrı borca batıklık incelemesinin ihmal edilmesi bozma kararına gerekçe olmuştur. Tek başına konsolide tablolara dayanarak verilen borca batıklık kararı yanıltıcıdır. Üstelik, konsolide tablolara dayanarak her bir şirketin ayrı ayrı iflasına karar verilmiş olması da sonucu değiştirmemektedir.

Grup şirketlerinde kefalet ilişkisi de borca batıklık bilançosu hazırlanırken dikkate alınması gereken bir husustur. Yargıtay'ın kefalet borçlarının borca batıklık bilançosunda ne şekilde yer verilebileceğine dair kararları mevcuttur. Grup şirketler arasındaki kefalet borcunu ele alan bir kararda⁵⁶⁷, kefalet borcunun sadece kefil olunan asıl borçlu şirketin bilançosunun pasifinde yer alması gerektiği, kefil olan şirketin bilançosunun pasifinde borca batıklık hesaplaması kapsamında yer verilmemesi gerektiği açıklanmıştır. Kefaletle konu olan borca ilişkin değerlendirme yapılırken yine güncel değerler esas alınmalıdır.

Bir başka kararda, borca batıklık tespitinde, grup şirketlerin birbirlerine olan kefalet borçlarının her iki şirketin pasifinde yer almasının iyiniyet kurallarına aykırı bulunmuştur⁵⁶⁸.

Grup şirketlerde borcun asıl borçlu şirket pasifinde gösterilmesi, ayrıca borca kefil olan grup şirketinin pasifinde kefil olunan bu borca yer verilmeden borca batıklığın hesaplanması gerektiği için bu şirketlerde, borç, asıl borçlu şirket pasifinde gösterilmişken ayrıca borca kefil olan grup şirketinin pasifinde kefil olunan bu borca

⁵⁶⁶ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2016/2642 K. 2016/5307 T. 7.12.2016: "... davacı şirketlerin ayrı ayrı iflaslarına karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve inceleme hüküm vermeye elverişli değildir. Öncelikle birden fazla şirketi ilgilendiren bu tür davalar, yargılamayı çabuklaştıracağından, yargılama giderini azaltacağından ve çelişkili kararların önüne geçeceğinden usul ekonomisine de uygun düşmesi açısından birlikte açılıp, neticelendirilebilir ise de, iflasın ve müessese olarak iflas erteleme amacına uygun olarak her şirketin sermaye miktarı, işgal alanı, borca batıklık miktarı ve sunulan iyileştirme projesine göre iflas hâlinde kurtulma ümidinin bulunup bulunmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir."

⁵⁶⁷ T.C. Yargıtay 15. HD., E. 2021/1172 K. 2021/2952 T. 23.6.2021

⁵⁶⁸ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2015/8778 K. 2017/682 T. 6.3.2017.

yönelik kefalet riskine yer verilmeyebilir. Borca batıklığın bu şekilde hesaplanması hukuka aykırılığa yol açmayacaktır⁵⁶⁹.

6. Kur Farkı Zararlarının Değerlemesi

15.09.2018 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu md. 376 Tebliği geçici 1. maddesinin ilk düzenlemesinde “1/1/2023 tarihine kadar, Kanunun 376 ncı maddesi kapsamında sermaye kaybı veya borca batık olma durumuna ilişkin yapılan hesaplamalarda, henüz ifa edilmemiş yabancı para cinsi yükümlülüklerden doğan kur farkı zararları dikkate alınmayabilir.” ifadesi yer almıştır. Daha sonra, Türk Ticaret Kanunu m. 376 Tebliği’ne, 26 Aralık 2020 tarih ve 31346 sayılı Resmî Gazete’de 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376’ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliği⁵⁷⁰ ile ekleme yapılmıştır. Buna göre, kur farkı zararlarının tamamının yanı sıra, “2020 ve 2021 yıllarında tahakkuk eden kiralamalardan kaynaklanan giderler, amortismanlar ve personel giderlerinin toplamının yarısı”nın da dikkate alınmayabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, söz konusu “tutarların belirlenmesinde mükerrerlik oluşmayacak şekilde hesaplama yapılır”. Kur farkı zararlarının borca batıklık hesaplamalarında yer verilmeyebileceği süre, 8 Kasım 2022 tarihli ve 32007 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan ikinci bir değişiklik Tebliği ile 1/1/2023 tarihinden 1/1/2024 tarihine uzatılmıştır. Son olarak, süre tekrar ertelenerek 31 Ekim 2023 tarihli ve 32355 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan üçüncü değişiklik Tebliği ile 1/1/2025’e

⁵⁶⁹ Bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “İflas erteleme talebinde bulunan şirket hakkında iflas erteleme kararı verilebilmesi için öncelikle o şirketin borca batık durumda olması gerekir. Bilirkişi heyeti raporunda anlaşıldığı üzere davacı şirketin borca batık durumda olmadığı anlaşılmıştır. Davacı vekili istinaf dilekçesinde davacı şirketin kefalet riskinin de borca batıklık durumunda nazara alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Yargıtay içtihatlarında sabit olduğu üzere grup şirketler arasındaki kefalet ilişkisinin borca batıklığın tespiti açısından önem arz etmektedir. Özellikle bir borca ilişkin kefaletin birden fazla şirketin pasif hesabında gösterilmesi nedeniyle bir borçtan dolayı grup şirketlerin tamamı kayden borca batık hale gelebilmektedir. Bu durumda, grup şirketlerde borcun asıl borçlu şirket pasifinde gösterilmesi, ayrıca borca kefil olan grup şirketin pasifinde kefil olunan bu borca yer verilmeden borca batıklığın hesaplanması gerekmektedir. Bu durum Yargıtay’ın 2016/8295 E., 2019/1898 K. sayılı ve 09.05.2019 tarihli kararında; “Davacı şirketlerin grup şirketleri olması durumunda, grup şirketler açısından kefalet ilişkisi borca batıklığın tespiti açısından kötüye kullanabilmekte ve bir borca ilişkin kefaletin birden fazla şirketin pasif hesabında gösterilmesi nedeniyle bir borçtan dolayı grup şirketlerin tamamı kayden borca batık hale gelmektedir. Bu durumda, grup şirketlerde borcun asıl borçlu şirket pasifinde gösterilmesi ayrıca borca kefil olan grup şirketin pasifinde kefil olunan bu borca yer verilmeden borca batıklığın hesaplanması gerekmektedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle davacı şirketin kefalet riskinin de borca batıklık durumunda nazara alınmamasında hukuka aykırılık görülmemiştir.” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 45. HD., E. 2020/1554 K. 2020/212 T. 4.11.2020.

⁵⁷⁰ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376’ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, (Değişik İbare:RG-26/12/2020-31346).

kadar uzatılmıştır. Kiralama giderleri, amortismanlar ve personel giderlerine ilişkin ise herhangi bir ekleme veya değişiklik öngörülmemiştir. Geçici madde 1'in son cümlesine göre, Türk Ticaret Kanunu m.376 Tebliği'nin 13. maddesi uyarınca çıkarılacak finansal tablolarda bu maddenin 1. fıkrasındaki kayıtlar konulmayacak, sadece dipnotlarda bilgi niteliğinde olarak gösterilecektir.

TTK md. 376 Tebliğ geçici md. 1 ile getirilen düzenleme, yüksek enflasyon döneminde ayrıca önem kazanmaktadır. Döviz kurundaki ve kredi faizlerindeki aşırı yükseliş ile süregelen enflasyonist ortam finansal tablolara belirgin şekilde olumsuz yansımaktadır. Örneğin⁵⁷¹, şirket, geliri Türk lirası cinsinde olan bir duran varlık yatırımı için döviz kredisi kullanmıştır. Yatırım konusu varlık, bilançoda iktisap değeriyle aktifleştirilmiştir. Yüksek enflasyon karşısında değişen varlığın bu değeri bilançoğa yansımazken döviz kredisi geri ödemeleri yapılırken kur farkı zararları ortaya çıkmaktadır. Hernekadar enflasyon düzeltmesi müessesesi uygulamaya konulsa⁵⁷² ve borca batıklık hesaplamasında gerçek değer dikkate alınsa da şirketler borca batık duruma geçebilmektedirler.

Yabancı para cinsinden bir işlemin işlem tarihi ile ödeme tarihi veya ilk muhasebeleştirirmeden sonra çevrildikleri tarih arasında döviz kurunda değişim olduğunda, kur farkı oluşmaktadır. TMS 21-Kur Değişiminin Etkileri Standardının "Kur farklarının muhasebeleştirilmesi" başlıklı kısımda, işlemin gerçekleştiği muhasebe döneminde kapanması halinde, tüm kur farkının aynı dönemde finansal tablolara yansıtılacağı açıklanmıştır. Eğer işlem izleyen bir muhasebe döneminde kapanıyorsa, kapanma tarihine kadar her bir dönemde muhasebeleştirilecek kur farkları her dönemde döviz kurlarında meydana gelen değişime göre belirlenmektedir. Buna göre, her dönem sonunda yapılacak değerlemede, olumsuz kur farkı çıkması halinde tekdüzen hesap planındaki "656 Kambiyo Zararları" hesabında muhasebeleştirilecektir. Daha sonra, gelir tablosunun "dönem ne kârı veya zararı" bölümünde raporlanacak, en son 591 dönem net zararı (-) hesabı içine aktararak bilançoğa yansıtılacaktır.

⁵⁷¹ Türkiye'de yabancı kaynak yönetimini doğru yapan şirketlerin dahi döviz kuru ve enflasyon karşısında zorlandıkları ve borca batık duruma düşebildiklerini açıklayan güncel bir örnek için bkz.: 01.11.2023 tarihli "TTK'ya kur ve enflasyon ayarı" haberi, <https://www.ekonomim.com/gundem/ttkya-kur-ve-enflasyon-ayari-haberi-713794>.

⁵⁷² Enflasyon düzeltmesinin usul ve esasları açıklayan VUK Genel Tebliği için bkz.: 30.12.2023 Tarih ve 32415 (2. Mükerrer) Sayılı RG'de yayımlanan Vergi Usul Kanunu Tebliği (Sıra No: 555).

Bir örnekle açıklanırsa⁵⁷³; bir şirket bankadan 1 milyon USD kredi alır. Krediyi 5 yıl sonra faiziyle birlikte 1,2 milyon USD olarak ödemek üzere banka ile anlaşır. Muhasebeleştirme yapılırken dönemsellik ilkesi gereği her hesap yılı sonunda ilgili döneme düşen tutar üzerinde değerlendirilecektir. 5 sene için 5 defa bu değerlendirilecek. Her değerlendirmede, kurun sürekli arttığı durumda, kambiyo zararı ortaya çıkacaktır. O da dönem net zararı altında bilançoya geçirilecektir. 5 yıl sonraki kurdan ödenecek bir borç için önceki dört yıldaki değişken kurlara göre değerlendirilmektedir. 5 yıl sonra kurun daha da yükselmesi mümkün olduğu gibi düşmesi de ihtimal dahilindedir. TTK md. 376 Tebliği ile söz konusu borcun henüz ödemesi yapılmadığı için dönem sonlarındaki değerlendirilme sonucunda ortaya çıkacak kur farkı zararları da borca batıklık hesaplamasına katılmayacaktır.

TTK md. 376 Tebliği ile ifade edilen yabancı para cinsi yükümlülüklerin henüz ifa edilmemiş olması ile kredi yenilemesi farklı durumlar olup, ilki, borca batıklık hesaplamasında dikkate alınmazken ikinci durum hesaplamaya dahil edilmektedir. Örneğin;

*“A şirketinin 3 yıl ödemesiz dönemi olan 10 milyon USD uzun vadeli kredi borcu olduğunu, B şirketinin ise 6 ayda bir yenilenen yine aynı 10 milyon USD tutarında spot kredi veya Eximbank kredi borcu olduğunu varsayalım. A şirketinin şu andaki hükümlere göre kur farkı zararları borca batıklık hesaplamasında dikkate alınmayabilecekken diğer B şirketinin her kredi yenilemesinde doğan kur farkı ödeme kur farkı kabul edilerek borca batıklık hesaplamasında hesap dışında tutulamayacaktır. Halbuki şirket döviz kredi borcunu yine döviz kredisıyla ödemiştir ve kur artışı nedeniyle sermayesindeki eksilmenin diğer A şirketindekinden bir farkı yoktur aslında. Çünkü halen aynı döviz borcu devam etmektedir ve belki de tamamen ödenip ifa edildiğinde kur düşüşü nedeniyle sermayesinde gerçek bir eksilme yaşanmayacaktır...”*⁵⁷⁴

Yukarıdaki örnekte, TBK md. 133 anlamında yenileme olduğu kabul edilirse, yenileme kredisi ile yeni bir borç doğmaktadır. Kredi, her yenilendiği tarihteki kura göre muhasebeleştirilecektir. İkinci durum, TTK md. 376 Tebliği kapsamına girmediği

⁵⁷³ Örnek için bkz.: YAŞAR Nesimi, “Fiilen Gerçekleşmeyen Kur Farkları Üzerinden Vergi Ödemek veya Zarar Etmek”, 02.11.2019, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/nesimiyasar/014/>.

⁵⁷⁴ GENÇOĞLU Tamer, “Şirketler İçin Büyük Sorun Haline Gelen TTK 376 İçin Güncel Çözüm Önerisi”-03.01.2022, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/tamergencoglu/001/>.

için A ve B şirketleri açısından, 3 yıl sonunda kredi borcunu aynı kurdan ödemeye başlayacakları halde borca batıklık hesaplamasında fark oluşacaktır. Öte yandan, A ve B şirketlerinin 3 yıl sonra ödemeye başlayacak olmaları ve nakit çıkışının bu tarihte gerçekleşecek olması borç ödeme gücü açısından denklik ifade etmeyebilir. Çünkü, kredinin yenilenmesi, B şirketinin gerçek borç ödeme gücü dışındaki sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin, banka için icra yoluyla yapılacak tahsilatın uzun zaman alması ve masrafları nedeniyle daha az kayıba yol açan yenileme yöntemini seçmiş olabilir. Burada banka, kendisine olan borcu kendi varlığıyla finanse etmektedir. Sonuçta, borç ödeme gücü açısından iki şirket farklı potansiyel taşıyabilir.

TTK md. 376 Tebliği ile getirilen henüz ifa edilmemiş yabancı para cinsi yükümlülüklerden doğan kur farkı zararlarına ilişkin düzenleme, sadece borca batıklık hesaplaması için geçerli olup gerçekte öz kaynakların altında bulunan dönem net zararından gerçek bir eksiltme teşkil etmemektedir.

7. Şerefiyenin Muhasebeleştirilmesi Bakımından Ulaştığımız Sonuçlar

Borca batıklık tespiti, zorunlu olarak bilançolar üzerinden yapılacaksa, hem muhtemel satış fiyatları (şartları varsa) hem de işletmenin devamlılığı esasına göre şerefiyenin bilançoda tanınması gerekmektedir. Bunun için bilançonun aktif tarafına bir şerefiye kalemi eklenir. Ortaya çıkan bilanço özetle, aşağıdaki gibidir. Koyu şekilde gösterilen varlıklar yalnızca işletmenin devamlılığı altında veya şirketin tamamının ya da belli bölümlerinin satılmasının kanıtlanabilir şekilde beklenmesi durumunda aktifleştirilecektir.

Şekil 6: İşletmenin devamlılığı esası ve muhtemel satış fiyatlarına göre ara bilançoların unsurları⁵⁷⁵

Aktif	Pasif
A. Dönen varlıklar I. Stoklar II. Alacak hesapları ve diğerler varlıklar (Dönem ayırıcı hesaplar gibi hesaplarda yer alan, yıllık bilançonun aktif tarafında yer alsa da varlık niteliği taşımayan ancak içinde borç ödeme gücünün hesaplanması açısından şirketin alacağını oluşturabilecek tüm kalemler) III. Menkul Kıymetler IV. Eldeki nakit, bankalardaki-kredi kuruluşlarındaki bakiyeler ve çekler B. Duran varlıklar I. Maddi olmayan duran varlıklar 1. Somut olarak bireysel olarak pazarlanabilen sınai mülkiyet hakları, imtiyazlar ve benzeri hak ve değerler ile lisanslar bu tür haklar ve değerler 2. Somut olarak pazarlanamayan sınai mülkiyet hakları, imtiyazlar ve benzeri hak ve değerler ile bu hak ve değerlere ilişkin lisanslar 3. Şerefiye II. Maddi duran varlıklar III. Finansal duran varlıklar/yatırımlar C. Ödenmemiş sermaye taahhütleri (Yıllık bilançoda pasif tarafta yer alsa da ve borca batıklık bilançosunun pasif tarafında hiç gösterilmeyecek olan sermaye hesabı altında bulunan ve borç ödeme gücüne etki eden kalem)	A. Yükümlülükler (Dönem ayırıcı hesaplar gibi hesaplarda yer alan, yıllık bilançonun aktif veya pasif tarafında yer alsa da içinde borç ödeme gücünün hesaplanması açısından şirketin borcunu oluşturabilecek tüm kalemler) B. Belirsiz yükümlülüklerle ilişkin karşılıklar

⁵⁷⁵ Schäfer, s. 189'dan uyarlanmıştır.

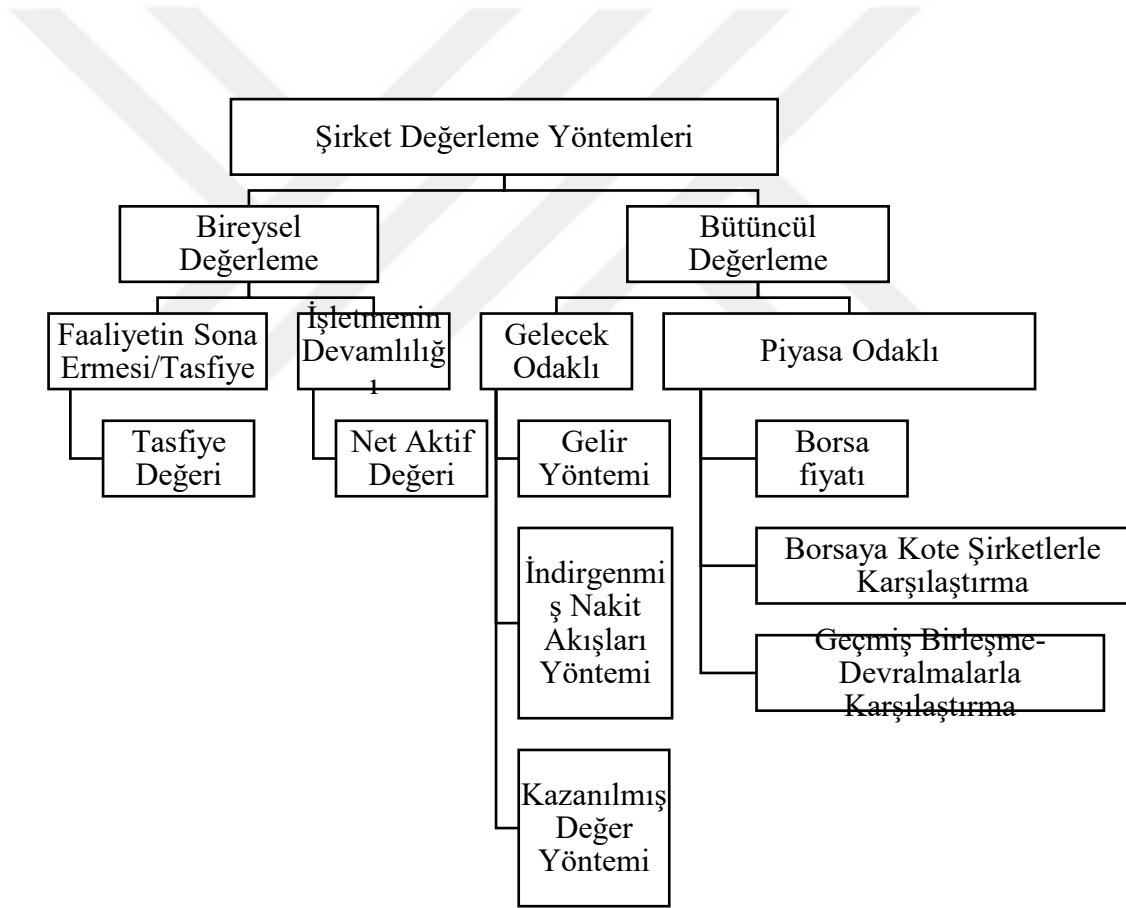
D- Ara Bilançolarda Değerleme

1. Borca Batıklık Bağlamında Hukuk ve Değerleme İlişkisi

Konunun bu aşamasında değerlendirme meselesine ilişkin bazı açıklamalar yapmak sonraki başlıkların incelenmesine yardımcı olacaktır. Çalışmamızda, özellikle bütüncül değerlendirmeyle ilgili yaptığımız açıklamalar, şirketin değil, şirkete ait işletmenin değerlendirilmesine yöneliktir⁵⁷⁶.

Öncelikle, iki şekil, değerlemede genel manzarayı sunmak üzere eklenmiştir.

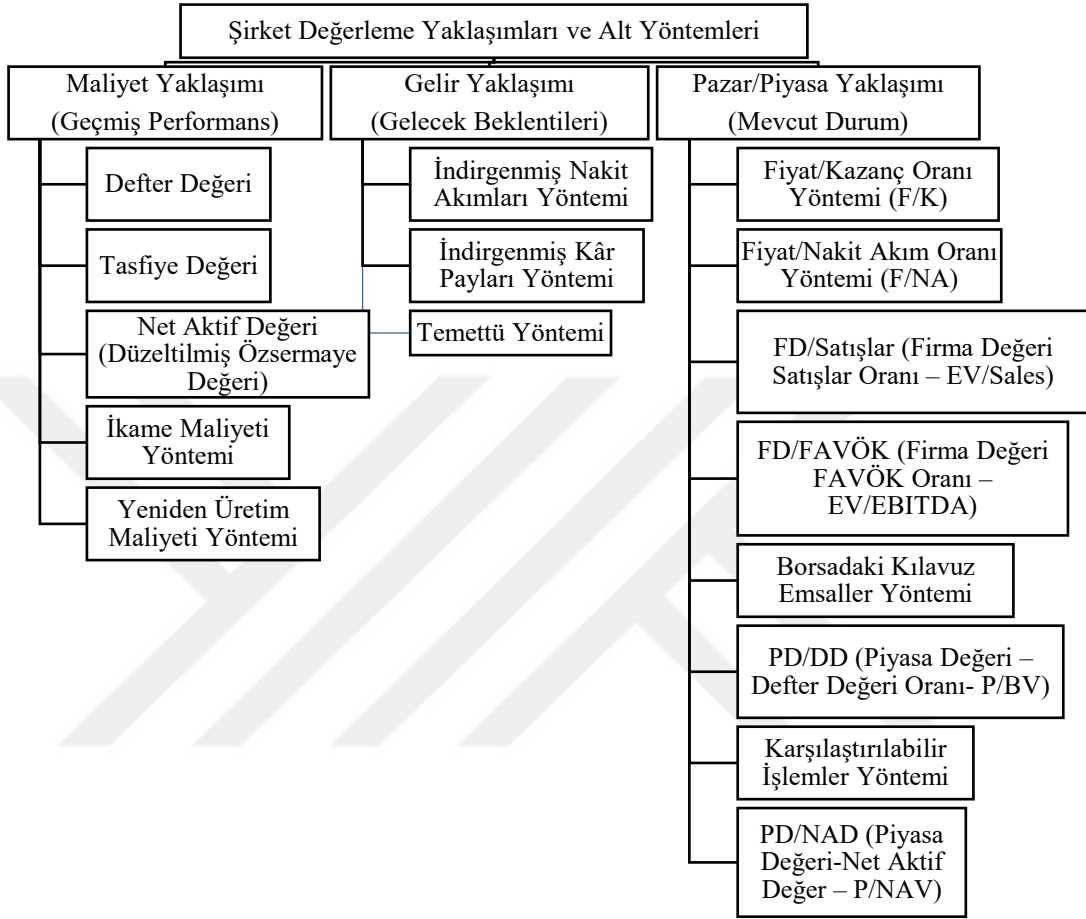
Şekil 7: Değerleme Yöntemleri 1- (Bilanço kalemlerinin bağımsız değerlendirilip toplanması vs Şirketin bir bütün olarak değerlendirilmesi)⁵⁷⁷



⁵⁷⁶ Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, §7, III-Ara Sonuç.

⁵⁷⁷ “Aspekte der Unternehmensnachfolge und Unternehmensbewertung – Teil 3”, <https://www.trex.ch/de/aspekte-der-unternehmensnachfolge-und-unternehmensbewertung-teil-3/#20f32b16-4e1d-40b9-bac9-44b3f8a0c691>.

Şekil 8: Değerleme Yaklaşımları ve Alt Yöntemleri⁵⁷⁸



Yukarıdaki tabloları eklemenin amacı, değerlendirme yaklaşım ve yöntemlerini ayrıntılı incelemek değildir. Daha ziyade, şirket değerlemesi literatürünün bugünkü temel bilgilerine kuşbakışı bir görüş sunmaktır. Şirket değerlemesi ifadesi, işletme-finans alanlarıyla ilgili bir uzmanlık dalı olup hukuk alanından kayda değer bir uzaklıkta olması gerekirmiş gibi görünebilmektedir. Ancak artık kanun hükümlerinde yer almasından dolayı mahkemeler konuyu ele almakta ve içtihatlar ortaya çıkarmaktadır.

⁵⁷⁸ UDS 105 Değerleme Yaklaşımları ve Yöntemleri. Ayrıca bkz: “Şirket Değerleme”, <https://karenstitusu.net/tr/makaleler/sirket-degerleme/110#:~:text=4.2.Gelir%20Yaklaşımı&text=Bu%20yaklaşım%20temel%20düşünce%20bir,girişlerinin%20bugünkü%20değerleri%20toplamından%20ibarettir.>

Şirket değerlemesi konusu, şirketler hukuku bağlamında veya diğer hukuk dalları içinde hukuken bağlayıcı şekilde gündeme gelmektedir. Örneğin, ortaklıktan çıkma çıkarılma halinde değerlendirme⁵⁷⁹, birleşme devralma ayrılma akçesi belirleme durumlarında değerlendirme, edinilmiş mallara katılım rejiminin boşanma sonrası tasfiyesi sırasında, paylaşılan mal varlığı içinde şirket yer alıyorsa buna ilişkin değerlendirme gibi.

Uygun değerlendirme yöntemi meselesi finans veya işletme değerlendirme teorisi ve uygulamasına dayanmaktadır; Öte yandan, değerlemeyi yapan kişi tarafından seçilen bir değerlendirme yaklaşımının veya değerlendirme yaklaşımına göre seçilen bir değerlendirme yönteminin ilgili kanun hükümlerinde öngörülen hukuki değerlendirme hedeflerine uyup uymadığı hukuki bir sorundur⁵⁸⁰ ve uyumsuzluklara konu olmaktadır.

"*Judex non calculat*" ("Yargıç hesaplama yapmaz") önermesi değerlemeyi hukuk kapsamı dışında tutmayı düşündürebilse de kanunun uygulanması şirket değerlerinin belirlenmesini gerektirdiğinde şirket değerlemesi hukuki bir sorun haline gelmektedir⁵⁸¹; çünkü tarafların anlaşmaya varamaması durumunda mahkemenin şirket değeri konusunda karar vermesi gerekecektir. Öyleyse, değerlendirme denkleminin nasıl kurulacağı, matematiğinin nasıl hesaplanacağı işletme-finance matematiği uzmanlığı kapsamına girse de uygulanan yöntemin, ilgili kanun hükmünün değerlendirme hedefi bakımından somut olaya uygunluğu⁵⁸² mahkemelerce tespit edilecektir.

Değerlemede sektör, ülke vb. gibi birçok faktör etkilidir. Bunun dışında, somut olayda bir şirketin değerlemesinde tek bir değerlendirme yönteminin kullanılması şart değildir. Birden fazla değerlendirme yöntemi, münferit şirketlerin veya şirket gruplarının özellikli durumları göz önüne alınarak kullanılabilir. Elbette, piyasa uygulamalarında ve mahkeme kararlarında belli değerlendirme yöntemlerinin diğer yöntemlere nazaran öne çıktığı ve sıklıkla tercih edildiği, şirket değerini tespit etmede daha başarılı kabul edildiği vakidir. Fakat, somut olayda, değerlemeyi yapanların uyguladıkları bir veya birden fazla değerlendirme yöntemini neden seçtiklerini, varsa genel

⁵⁷⁹ Örneğin, bkz: CENKÇİ Esra, "Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)", Ankara Barosu Dergisi 76, S. 4, Ocak 2019, ss. 1-50: "*Ayrılma akçesi, ayrılan ortağın esas sermaye payının gerçek değerine uyan*" miktarı ifade etmektedir (TTK m. 641/1). Bu miktar, ortaklığın malvarlığının ortağın esas sermaye payına düşen kısmıdır. Esas sermaye payının gerçek değeri hesaplanırken, yaşayan işletme içindeki piyasa değeri esas alınmalıdır."

⁵⁸⁰ GROßFELD Bernhard/ EGGER Ulrich/ TÖNNES Wolf-Achim, Recht der Unternehmensbewertung, Köln, 2020, s. 1-2 para. 5.

⁵⁸¹ Großfeld/ Egger/ Tönnies, s. 7, para. 25.

⁵⁸² Großfeld/ Egger/ Tönnies, s. 7, para. 27.

uygulama eğiliminden neden uzaklaştıklarını gerekçelendirmeleri halinde artık değerlemenin kabulü hâkimin takdirinde olacaktır.

Şu noktayı da işaret etmek anlamlı olacaktır: Özellikle borca batıklık konusunda, değerlemenin, defter değerleri ve bilanço kalemleriyle kısıtlanması, belki güvenli bir alan oluşturabilmektedir. Ancak, manipülasyon ve tahminlerin belirsizliği kaygıları haklılık payı taşısa da gelecekteki nakit akışları gibi bilgilerin dikkate alınmaması haksız sonuçların doğması riskini beraberinde getirmektedir. Doğru değere ulaşmak için, birden fazla yöntemi kullanarak karşılaştırılabilir, sağlaması alınabilir değerlere ulaşılabilir. Neticede, değerlendirme konusu, hukuk alanına girmiş ve disiplinler arası bir alan hüviyeti kazanma yolunda görünmektedir⁵⁸³.

Konunun odak noktasına dönersek, yukarıdaki tablodan anlaşılmaktadır ki, bir şirket değerlendirme yöntemi seçilirken öncesinde birtakım adımlardan geçilmektedir:

i) Şirketin devamlılığı ya da tasfiyesi amacına yönelik olması: Tıpkı, TTK md. 376/3 hükmünde Kanun koyucunun şirketin devam ve tasfiye hallerindeki değerlerinin belirlenmesini öngörmesi ve bunlara bağlı olarak şirketin kaderine karar vermesi gibi.

ii) Bireysel veya bütün olarak değerlendirme arasında seçim: Değerleme konusu şirketin bileşeni olan her bir varlığın tek tek değerlemesinin yapılarak çıkan değerlerin toplanması mı yoksa şirketin gelecek gelirleri de dikkate alınarak şirketin bir bütünü olarak değerlemeye tabi tutulması, değerlendirme yapmaktaki amaçla ilişkilidir. Şirketin

⁵⁸³ Mukayeseli Hukuka bakıldığında muhasebeye ve finansal raporlamaya ilişkin terim ve kavramlar, ilkeler, kurallar, ticaret kanunlarında geniş şekilde düzenlenmiştir. Ancak 6102 sayılı TTK'da 6762 sayılı TTK'ya nazaran bahsi geçen hususlarda çok daha az hükme yer verilmiş, birtakım hükümler (varlık tanımı vs) çıkarılmıştır. Yerine, ilgili hususlardaki düzenleme yetkisi KGK'ya verilmiştir. Gerekçe olarak, muhasebe ve finansal raporlama alanının dinamik, sürekli gelişmekte olan bir yapısı olduğu ve alandaki değişikliklere hızlı karşılık verilmesi, uyum sağlanması için Kanun yerine düzenleyici bir kurumun yetkilendirilmesi öngörülmüştür. Aslına bakıldığında, değerlendirme için de benzer bir anlayış mevcuttur. Halka açık şirketler örneğinde, bu şirketlere ilişkin kanuni düzenlemeler olan konular dışındaki hususlarda SPK'ya düzenleme yetkisi sağlanmıştır. SPK da değerlendirme konusunda bir tebliğ (Sermaye Piyasasında Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ (III-62.1)) yayınlamış ve uluslararası değerlendirme standartlarını bu şirketlerin değerlemesinde bağlayıcı kılmıştır. Buradan anlaşılmaktadır ki, Kanun, düzenleyici kurumlar üzerinden değerlendirme konusunu hukuk alanına dahil etmektedir. Kaldı ki bu, doğrudan TTK mi 376/3 hükmünden de tespit edilmektedir. Nitekim, muhtemel satış değerleri üzerinden oluşturulacak bir bilançoda, aynı zamanda, -aşağıda açıklanacak istisnai durumlar haricinde- tekil varlık değerlerinin toplamından işletmenin değerine ulaşılmaktadır. Esasında, yapılan şirket değerlendirme türlerinden birinin, defter değerinin veya piyasa değerinin uygulanmasıdır. İşletmenin devamlılığı esası ile de şirket değeri belirleme yöntemlerinden bir başkasına işaret edilmektedir. Şirketi hem faaliyetlerine devam edecekmiş gibi hem de faaliyete devam etmeyecek ve mahkeme dışı satışı olacak şekilde değerlendirip ikisinden çıkan sonuçlara göre şirketin devamına veya iflasına karar vermektedir. Ancak, Kanun, bu bakış açısından yola çıkarak somut olaylarda hangi değerlendirme yaklaşım ve türlerinin uygulanacağını zorunlu olarak doğrudan belirlememektedir.

devamlılığında, şirket, alacaklıların alacakları sadece varlıklarıyla değil gelecek beklenen ancak henüz aktifleştirilerek bilançoya katılamayacak değerleriyle de karşılayabilecektir. Öyleyse, TTK md. 376/3 hükmü, bilançoda varlıkların tek tek tanınıp değerlemelerinin yapılması şeklinde bir kısıtlama koyarak şirketin devamlılığı esasını gerçek anlamda ölçmeye imkân tanımakta mıdır? Zira, işletmenin varlıklarının ayrı süreklilik değerinin olduğu veya tespit edilmesinin imkânı şüphelidir.

iii) Şirketin değeri neye işaret etmektedir, geçmiş performans mı, gelecek beklentileri mi, bugünkü durumu mu?⁵⁸⁴ TTK md. 376/3 hükmünde, Kanun koyucu alacaklı koruma gayesi ile şirketin borca batık olup olmadığını, diğer bir ifadeyle, borç ödeme kabiliyetini ve yaşayabilirliğini ölçmektedir. Bunun için de doğrudan aktif-pasif karşılaştırması öngördüğü kabul edilmektedir. Acaba, borç ödeme kabiliyetinin ölçülmesi için en güvenli ve kesin hesaplanabilir yöntem, bilanço kalemlerinin karşılaştırması mıdır? Yoksa gelecek gelirleri hesaba katarak şirket değerini ölçen indirgenmiş nakit akışı yöntemi gibi pozitif bir sonuç çıkmasının anlamının esasen şirketin borç ödeme kabiliyetini ortaya koyduğu açıklamasının kabul edilebilir olup olmadığı da tartışılmalıdır.

iv) Şirketin değeri bilanço üzerinden mi hesaplanmalı yoksa bilanço harici finansal tablolar da geçerli olabilir mi? Mesela, TTK md. 376/3 hükmü esasen bu noktada yoğunlaşmayı gerektirmektedir. Bir önceki açıklamada, Kanun koyucunun Türk hukukunda şirketin borç ödeme kabiliyetine ilişkin yüksek olasılıkla kesinlik gösteren bir tablo çıkarılması istenmektedir ve burada bilançoya, nakit akış tablosundan yola çıkılarak hazırlanan tahminlerden daha çok güvenmektedir. Oysa, Yargıtay, borca batıklık hesaplamasında, sadece tasfiye değerlerini dikkate almışken, edinilmiş mallara katılım rejiminin tasfiyesinde şirket değerlemesi için oldukça

⁵⁸⁴ Örneğin, gelir bazlı yöntemler şirketin faaliyetlerine ilişkin gelecek beklentilerini, aktif bazlı yöntemler şirketin geçmiş performansını, piyasa bazlı yöntemler ise şirketin mevcut durumu ortaya koymaya yönelik değerlendirme yöntemleridir. GORBON Mete, “Şirket Değerleme Yöntemleri”, TUYİD, 13/04/2012, https://www.tuyid.org/files/egitimler/TUYID_Degerleme_Yontemler_Nisan2012.pdf, s.7. Aktif bazlı yöntemler, ağırlıklı olarak, gayrimenkul şirketleri, gayri-faal şirketler, tasfiye halindeki şirketler, yatırım veya holding şirketlerin değerlendirilmesinde kullanılır. Gorbun, s.9. Piyasa bazlı yöntemler, halka arzlar, borsada satışlar, girişim sermayesi yatırımları değerlemelerinde kullanılır. Gorbun, s. 15. Gelir bazlı yöntemler, her tür şirketin değerlendirilmesinde kullanılabilir. Çıkacak sonucun nihai kararda ağırlığı gerçekleştirilecek işleme bağlıdır. Şirket yönetim hakkını içerecek alımlarda daha ağırlık verilir. Gorbun, s. 27.

kapsamlı bir değerlemenin gerekliliğini örnekleyerek açıklamış⁵⁸⁵, hatta mukayeseli hukuka⁵⁸⁶ benzer şekilde adeta gelecek beklentilerini kapsayan indirgenmiş nakit akışı

⁵⁸⁵ Yargıtay 8. HD., 2015/6299 E. , 2016/15819 K.: “Şirketin mal rejiminin sona erdiği andaki durumu; o tarihteki ekonominin genel gidişatı, şirketin faaliyet gösterdiği sektörün konumu, büyüklüğü ve büyüme hızı, tasfiyeye konu şirketin bilanço değerleri, şirketin kullandığı teknoloji, makina ve tesisatın durumu ile araştırma geliştirme faaliyetleri (ARGE), ürettiği hizmet ve ürünleri pazarlama ile rekabet gücü, müşteri portföyü, organizasyonu ile yönetim kadrosu büyüme potansiyeli, şirketin değerlendirme anındaki satışlarına, gelirlerine, siparişlerine, nakit akışlarına ve finansal durumuna göre geleceğe ilişkin tahminler, kar dağıtım politikası, gelecekte planlanan sabit kıymet yatırımları, stratejisi, ekonominin genel arz ve talep kuralları göz önünde bulundurularak belirlenir.”

⁵⁸⁶ İFM, 136 III 209,

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/it/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-III-209%3Ade&lang=it&zoom=&type=show_document.. Kararın gayet açıklayıcı olması nedeniyle ilgili kısım eklenmektedir:

“6.2.2 Bir ticari faaliyet veya işletme, tanınmış işletme yönetimi ilkelerine göre değerlendirilmelidir. Başlangıç noktası şirketin faaliyetlerine devam edip etmeyeceği sorusudur. Cevaba göre devam değeri veya tasfiye değeri belirlenmelidir (bkz. BGE 121 III 152 E. 3c s. 155). Sonuçta, normalde işletmenin sürekliliği değerlerine ve dolayısıyla tedarik pazarındaki fiyatlara (gerekli amortisman çıkartılarak) dayanan yıllık finansal tablolar, tasfiye değerlerine, yani satış pazarındaki fiyatlara dönüştürülmelidir (...).

(Yazarın notu: Burada kesin mizan çıkarılması aşamasına kadar defter tutma ve finansal raporlama sürecinin aynı adımları geçilmekte, farklılaşma kesin mizandan itibaren başlamaktadır. Tıpkı, vergi esaslarına göre hazırlanan tabloların TMS'ye dönüştürülmesinde olduğu gibi.)

Devam değeri genellikle mevcut net varlık değerlendirmesiyle (aktuellen Substanzbewertung) birlikte geleceğe ilişkin gelir değerlendirmesine dayalı olarak belirlenir (...).

6.2.3 İşletme yönetiminde varlık, kâr/gelir ve pazar odaklı değerlendirme yöntemleri arasında bir ayırım yapılır. Tüm değerlendirme faktörlerinin geleceğe yönelik olduğu ilkesi kabul edilmektedir. Geçmiş yalnızca ampirik değerler sağlar. Önemli olan ama aynı zamanda zor olan da geleceğin değerlendirilmesidir, yani sayılar serisinin aynı mı kalacağı, artacağı mı yoksa azalacağı mı tahminidir (...).

Evlilik mülkiyeti (mal rejimi?) hukukunda Federal Mahkeme, bir şirketin devamlılık değerinin beklenen gelecekteki kârlara göre belirlendiğini ve sahibinin mülkiyet veya mirastan kaynaklanması durumunda ağırlıklı olarak veya tamamen kazanç/gelir değerine (Ertragswert) dayalı bir değerlemenin anlamlı olabileceğini göz ardı etmemiştir. Miras uyuşmazlıklarında mülkün daha uzun süre satılmaması muhtemeldir (BGE 125 III 1 E. 5c s. 6 f.).

Spesifik münferit durumun tüm koşulları dikkate alındığında, piyasa değeri (Verkehrswert) aynı zamanda gelir değerine de karşılık gelebilir ve gelir değeri ile piyasa değeri arasında kanunda belirtilen katı ayırım artık geçerli değildir.

Şirketler hukukundaki şirket değerlemesi farklı bir şey göstermez. Kural olarak işletmenin sürekliliği değeri, gelirler ve net aktif değeri (Ertrags- und Substanzwert) dikkate alınarak, ağırlıklandırma ise özel koşullara bağlı olarak belirlenecektir. Bununla birlikte, özellikle küçük ve orta ölçekli şirketler söz konusu olduğunda, gelir değeri ile net aktif değeri arasındaki fark, şirketin duran varlıklara bağlanan varlıklardan uygun bir getiri elde edemeyeceği kadar büyükse ancak yine de şirketin devamı söz konusu değilse, bu durumdan sapabilir ve yalnızca Gelir değerine dayanabilir. Bu, Gelir değerinin önceliğine doğru bir eğilime yol açar (bkz. ANDREAS FLÜCKIGER, Federal Mahkeme Hisse Değerleme Esasları, ST 77/2003 s. 263 ve devamı, 265 paragraf 2.3).

yöntemine yakınsamıştır. Kanun koyucunun veya içtihtadın şirket değerlemesi ile ortaklıktan çıkma, birleşme-devralmalarda şirket değerini belirlemeyi gerektiren farklı tercihleri bulunabilmektedir.

v) Aynı amaç (tasfiye ya da işletmenin devamı), aynı hesaplama (bireysel toplama veya bütüncül) ve aynı yaklaşım (gelecek-geçmiş-bugün/aktif-gelir-piyasa) belirlense dahi alt basamakta birden fazla yöntem bulunmaktadır. Bunun nedeni, ayrıca da ifade edildiği gibi, nihai olarak kullanılacak yöntemi belirleyecek faktör, kanun hükmünün amacıdır. Çünkü, üretim faaliyetlerinin yoğun olduğu bir şirketin değerlemesi ile finansal faaliyetlerin yürütüldüğü bir şirketin değerlemesinde birçok ön adım ortak olsa da ayrı hesaplama yöntemleri daha doğru değerler ortaya koyabilmektedir⁵⁸⁷. Örneğin, borca batıklık hesaplamasında, inovasyon odaklı faaliyet yürüten, bu nedenle üst üste birkaç yıl bilançoda borca batık görünebilecek ancak nihai olarak yüksek katma değer üretme potansiyeli olan start-upların nasıl değerlendirileceği ayrı bir konu olarak tartışılmak zorunda kalmıştır⁵⁸⁸.

2. Muhtemel Satış Fiyatları

Muhtemel satış fiyatlarının esas alındığı ara bilanço hazırlamaya ilişkin gerek hukuk gerek işletme literatüründe, makale, tez veya kitap olarak çalışmalar yapılmıştır. Çalışmalarda, eTTK md. 324'ün yürürlükte olduğu dönemde bu madde, 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğü girmesi sonrasında md. 376/3 esas alınmıştır. "Borca batıklık

Federal Konsey, BGE 136 III 209 s. 217 ile ilgili 1 Nisan 2009 tarihli "Miras hukukunda şirket değerlemesi" raporunda daha da ileri giderek şu sonuca varmıştır: Piyasa değeri Gelir değeridir, çünkü değer, şirketin gelecekte ne getireceğine bağlıdır.

6.2.4 Örneğin, malvarlığı (atölye, showroom vb.) bulunan küçük şirketlerde, tamamen kâr/gelir odaklı bir değerlendirme, gelir değerinin (Ertragswert) tasfiye değerinden daha düşük olmasına yol açabilir. Evlilik mülkiyeti hukukunda tasfiye değerinin alt sınır olduğu kabul edilir; Kâr sağlamayan ve hukuki veya benzeri nedenlerle devam etmesi gereken bir şirketin değeri saklı kalır (...).

Şirketler hukukundaki farklı uygulama (bkz. BGE 120 II 259 E. 2c s. 262 ff.), evlilikteki mülkiyet uyumsuzluklarına aktarılamaz, zira devralma miktarının ve dolayısıyla diğer eşe teklif edilen payın belirlenmesine sadece girişimci eşin subjektif olarak arzu ettiği iş politikasına göre karar verilemez".

⁵⁸⁷ Yöntemlerin, şirket faaliyet türlerine göre isabetli olup olmadığı, borsaya kote şirketlerde hisse fiyatları ile farklı yöntemler sonu çıkan değerlerin karşılaştırılması ile yapılabilmektedir.

⁵⁸⁸ Ayrıca, örneğin, net aktif değer ve şerefiye toplamından oluşan işleyen teşebbüs değeri her firma için her sektör için gerçek değeri göstermeyebilir. Borsa şirketleri üzerinden yapılan değerlendirme örneklerinde farklı sektörlerde, bu değer çeşidinin gerçek değeri göstermede başarılı olduğu kimi sektörlerde de yetersiz kaldı anlaşılmaktadır. Örneğin finans kuruluşlarında, piyasa değeri defter değerine yakın olan sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerde başarılı bir sonuç elde edilebilmektedir. Öte taraftan, tek başına işleyen teşebbüs değeri, enerji sektörü gibi otomotiv sektörü gibi sektörlerde gerçek değeri göstermeye yeterli olmayabilir.

bilançosu” başlıklı bilanço örneklerinin bir kısmında, yıllık bilançonun kalemlerinin her biri, özellikle ara bilançoya dahil edilip edilmeyecekleri ve değerinin nasıl hesaplanacağı açısından incelenmiştir. Diğer kaynaklarda, metodoloji olarak, borca batıklık bilançosunu düzenlerken tartışmalı olabilecek bilanço kalemlerinin ele alınması yöntemi seçilmiştir.⁵⁸⁹

Muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılacak borca batıklık bilançosuna ilişkin Kanun’da özel bir muhasebeleştirme ve değerlendirme kuralı bulunmamaktadır. TTK md. 376/3’te yalnızca, bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetip yetmediğinin tespit edileceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, muhtemel satış fiyatları ile değerlendirme, aktiflerin gerçek değerleri ile değerlemeye tabi tutulması olarak ifade edilmektedir. Bu şekilde oluşturulacak bilançoda, varlıkların fiili durumunda şirketin borç ve taahhütlerini karşılayıp karşılayamayacağı ölçülmek istenmektedir. Öyleyse, temel amaç, şirketin borç karşılama yeterliliğinin tespitidir.

⁵⁸⁹ Bu tez kapsamında ara bilanço örneklerine yer verdiği tespit edilen çeşitli çalışmalar için bkz.: Türk, Borca Batıklık, s. 233 vd.; SAYHAN İsmet, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (TTK md. 376/3); Yılmaz, Borca Batıklık Bilançosu, s. 1 vd. 9; YILMAZ Burcu Berna, “Muhasebe Tekniği Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ile Yıllık Bilanço’nun Karşılaştırılması”, Öneri Dergisi 8(32), 2009, ss. 147-158, (Borca Batıklık Bilançosu ve Yıllık Bilanço); Arzova/Yavaş/Küçük, s. 186 vd.; BOZDOĞAN Abdülkadir, Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021; Altay A., s. 61 vd.; SUMER Haluk, “Borca batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesinin Teknik Yapısı”, Kriz Yönetimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, (İyileştirme); SUMER Haluk, “Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu”, İstanbul Barosu Dergisi, 2013, C. 87, S. 2, s. 39-53, (Borca Batıklık Bilançosu); SUMER Haluk, “Küçük/Orta Ölçekli İşletmelerde Konkordato Başvurusu Öncesi ve Sonrası Muhasebe Organizasyonu, Borca Batıklık Tutarının Belirlenmesinde Önemli Hesaplar-Ayrıntılar”, Selçuk Öztek’e Armağan, Filiz Kitabevi, C.3, İstanbul 2022, ss. 2075-2098.(KOBİ); Bitlisli/Yılmaz, s. 207-223; Gökgöz, ss. 108-131; ÖKTEM Seda, İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80 S. 6, 2006, ss. 2477-2490; ERMENEK İbrahim/ ÖZDEMİR Ufuk/ ÖZALP Ali Rıza, Bir Konkordato Nedeni Olarak Borca Batıklığın Tespiti ve Borca Batıklık Halinin Konkordato Sürecindeki Etkileri, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, Nisan 2020, ss.1351-1381; BİTLİSLİ Ferhat/ KIYMIK Hakkı, “Konkordato Sürecinde Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları Üzerine Bir Vaka Çalışması”, Muhasebe ve Finansman Dergisi – Nisan 2021 (90), ss. 39-56; ASLANOĞLU Suphi / BOZGEYİK, HAYRİ / Özalp Ayşe Duygu, “İflas Erteleme Kapsamında Hazırlanan Borca Batıklık Bilançosunda Yer Alan Alacakların Mali ve Hukuki Durumu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2016, ss. 17-25.

Yargıtay kararlarında, borca batıklık incelemesinde, varlık/borç dengesinin net biçimde ortaya konması⁵⁹⁰, bir başka ifadeyle güncel alacak borç durumlarının⁵⁹¹ değerlendirilmesi gerektiği açıklanmaktadır.

Bir varlığın değer ve fiyatının her zaman eşit olmadığından hareketle ve hükümde güncel borç ödeyebilirlik gücünün tespitinin amaçlandığı ve muhtemel satış fiyatlarına atıf yapıldığından bahisle bunu esas alan ara bilançoda, aktifler değerleri üzerinden değil, muhtemel güncel piyasa koşullarına bağlı olarak belirlenen fiyatlar üzerinden gösterilmelidir⁵⁹². Önemli olan, potansiyel bir alıcının maddi veya gayrimaddi varlık için ne kadar harcamaya istekli olduğudur.⁵⁹³

Muhtemel satış fiyatlarının, finansal raporlama standartlarında gerçeğe uygun değere karşılık geldiği belirtilmektedir. Standartlarda gerçeğe uygun değer, *piyasa* katılımcıları arasında ölçüm tarihinde gerçekleşen olağan bir işlemde, bir varlığın satışından elde edilecek veya bir yükümlülüğün devrinde ödenecek olan tutar/fiyat olarak tanımlanmaktadır⁵⁹⁴.

eTTK md. 324/2’de “aktiflerin satış fiyatları” ifadesi kullanılmıştır. Ancak ilgili madde yürürlükte olduğu dönemde öğretide⁵⁹⁵, bu ifade, varsayımsal satış fiyatlarının kastedildiği şeklinde yorumlanmıştır. Buna göre, hükümde, satış fiyatlarından söz edildiği için tedatık piyasasındaki değil, satış piyasasındaki fiyatlar esas alınmalıdır.

Yargıtay⁵⁹⁶, bir şirketin borca batıklığının, eTTK md. 324’te belirlenen şekilde, reel değer nazara alınarak belirlenmesi ve bununla ilgili ayrıntılı ve denetime açık bir raporun sunulması gerektiğini açıklamıştır.

Muhtemel satış fiyatlarının esas alındığı ara bilançoda, bilanço tarihi itibarıyla, şirketin kurgusal/varsayımsal tasfiyesi halinde elde edilecek gelir ölçülmektedir⁵⁹⁷. Bu

⁵⁹⁰ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2013/3262 K. 2013/4492 T. 28.6.2013: “... tarihli raporlarda hesaplamaların rayiç değerlere göre değil, bilanço verilerine göre yapıldığı, varlık/borç dengesinin net biçimde ortaya konulmadığı, ...”

⁵⁹¹ T.C. Yargıtay 15. HD., E. 2021/1172 K. 2021/2952 T. 23.6.2021: “... iflas talep eden şirketlerin aktif malvarlığının rayiç değerleri ve güncel alacak borç durumları değerlendirilmek suretiyle borca batık durumda olup olmadığının belirlenmesi, ...”

⁵⁹² Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586.

⁵⁹³ IDW, para. 80.

⁵⁹⁴ TMS 2, para. 6; TMS 16, para. 6.

⁵⁹⁵ Türk, **Borca Batıklık**, s. 253.

⁵⁹⁶ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2011/616 K. 2011/1574 T. 3.11.2011

⁵⁹⁷ Türk, **Borca Batıklık**, s. 253.

sırada, aktiflerin gerçek değerleri bilanço tarihine göre belirleneceği için pasiflerin de bu tarihteki durumu ortaya konmalıdır. Bu bakımdan, bilançoya dahil edilecek aktif ve pasif kalemlerin belirlenmesi ve değerlemesi, somut olayın özgün şartlarının dikkate alınacağı uygun bir tasfiye önermesine dayalı yapılmalıdır.

Tasfiye perspektifinden yapılacak değerlendirmenin objektif olarak yapılması ve aşırı değerlendirme yapılmaması önemlidir. Aşırı değerlendirme yapılmaması gereği ile yıllık bilançoya esas olan kapsamı daha geniş olan ihtiyat ilkesi karıştırılmamalıdır⁵⁹⁸. Ayrıca, dikkatli olmak en kötü senaryonun varsayılması anlamına gelmemektedir. Daha ziyade, nesnel temelli iki değerlemeden daha az iyimser olanın kullanılması gerektiği anlamına gelmektedir.⁵⁹⁹

Aktiflerin değerlemesinde hangi varsayımsal satış türünün uygulanacağı değerlemenin sonucunu belirleyecektir⁶⁰⁰. Borca batıklık için hazırlanan bilançolarda aktif-pasif kalemlerinin karşılaştırmasının net olarak ortaya konulabilmesi için bilanço kalemlerinin münferiden kaydedilerek değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bireysel değerlendirme ilkesi olarak adlandırılan bu yöntem katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Aktiflerin tek tek, kısımlar halinde ya da ikinin karması şeklinde veya bir bütün olarak satılması seçenekleri değerlendirilebilir. Hernekadar TTK md. 376/3'te satışın türüne dair açık bir ifade olmasa da somut olayın koşulları altında sayılan seçeneklerden mümkün ve uygun olan satış türü tercih edilmelidir. Zira, amaç, şirket varlıklarının alacaklıların alacakların karşılanıp karşılanmadığının gerçekçi bir şekilde anlaşılmasıdır.

Hangi usulün gerçekçi sonuç vereceği somut olaya göre kurgulanan tasfiye projeksiyonuna bağlıdır. Gerek iflas tasfiyesinde gerekse iflas dışı gönüllü tasfiyede varlıkların toplu satışına hak tanınmaktadır.

⁵⁹⁸ Yargıtay'ın bir kararına göre, borca batıklığın tespitinde yapılacak değerlemede ihtiyatlılık ilkesi gözetilmelidir. Karara göre, “borca batıklığın tespitinde dikkate alınacak rayiç değerlendirme, alacaklıların hukuki durumunu da etkileyeceği ve iflas ertelemesinin uzatılması noktasında yasal bir unsur ifade etmesi noktasında, ihtiyatlılık prensibinin uygulanması bakımından özenle uygulanmalıdır. Borca batık olmayan bir şirket için kabul edilebilecek ihtiyat sınırları ile varlıkları borçlarını karşılamadığı iddiasıyla iflasın ertelenmesine karar verilmesini isteyen bir şirket bakımından kabul edilebilecek ihtiyat sınırları aynı olmamalı, toleranslar ve ihtimaller ayrıca değerlendirilmelidir. Zira varlıkların tutarının gerçekçi biçimde belirlenmesi, iflas halinde alacaklıların, ne durumda olacaklarını tahmin etmeleri bakımından gereklidir.” T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/167 2014/4183 T. 30.05.2014.

⁵⁹⁹ Böckli, s. 625-626.

⁶⁰⁰ Türk, **Borca Batıklık**, s. 254-256.

bilanço tarihindeki muhtemel gerçek değeri, sayılan değişkenlere bağlı olarak azalacak veya artacaktır.⁶⁰²

Kurgusal tasfiye planında veya kullanma stratejisinde, kullanım/paraya çevirme seçenekleri (*Verwertungsmöglichkeiten*) yeterince spesifik olmalı ve şüphe durumunda varlıkların değeri dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir.⁶⁰³

Uluslararası Değerleme Standartları, tasfiye değerini, bir varlığın veya bir grup varlığın birer birer satılması sonucunda elde edilen tutar olarak tanımlamakta ve tasfiye değerinin, normal bir pazarlama dönemine sahip düzenli bir işlem (düzenli tasfiye) veya kısaltılmış bir pazarlama dönemine sahip zorlama bir işlem (zorunlu satış) olmak üzere iki farklı kullanım varsayımı dahilinde belirleneceğini açıklamaktadır. Ayrıca, değerlemeyi gerçekleştiren, varsaydığı kullanma varsayımını açıklamalıdır.⁶⁰⁴

Varsayılan kullanım⁶⁰⁵, bir varlığın veya yükümlülüğün kullanılma koşullarını tarif etmektedir. Tasfiye değerinin ölçülmesinde olduğu gibi, farklı değer esasları belirli bir varsayımının kullanılmasını gerektirebilir veya birden fazla değer varsayımının dikkate alınmasına müsaade edebilir. Tasfiye değerine temel oluşturan düzenli tasfiye ve zorunlu satış haricinde en verimli ve en iyi kullanım ve cari kullanım/mevcut kullanım varsayımları da değerlendirme standartları arasında yer almaktadır.

Düzenli tasfiye, satıcının, bir varlık grubunun satışını yaparken alıcı (veya alıcıların) bulunması için makul bir süresinin olmasını ve tasfiye satışından elde edilebilecek değerini ifade etmektedir. Makul süre, varlık türüne ve pazar koşullarına göre değişebilmektedir.⁶⁰⁶

Varsayılan kullanım olarak zorunlu satış söz konusu ise, bir satıcıyı satışa zorlayan koşullar içinde bulunduğu; o nedenle uygun pazarlama süresinin mümkün olmadığı ve alıcıların yeterli değerlendirme yapma imkânı bulamayabildiği durumlar anlaşılmaktadır.⁶⁰⁷

⁶⁰² IDW, para. 79.

⁶⁰³ IDW, para. 80.

⁶⁰⁴ UDS 104 Değer Esasları-80. UDS Tanımlı Değer Esası – Tasfiye Değeri.

⁶⁰⁵ UDS 104 Değer Esasları-130. Varsayılan Kullanım.

⁶⁰⁶ UDS 104 Değer Esasları-160. Varsayılan Kullanım-Düzenli Tasfiye.

⁶⁰⁷ UDS 104 Değer Esasları-170. Varsayılan Kullanım- Zorunlu satış.

Özetle, borca batıklığın tespitinde aktiflerin muhtemel fiyatlarına göre çıkarılacak ara bilançoda, aktiflerin satışının ne şekilde yapılacağı, güncel borç ödeme kabiliyetini göstererek şekilde somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Aksi halde, örneğin, iflas işlemleri dışında düzenli bir tasfiye yoluyla alacaklılarını hâlâ karşılayabilecek şirketlerin iflasa zorlanmasına yol açılabilir.

UDS'ye göre, tasfiye değerinin belirlenmesinde, varlıkların satılabilir duruma getirilmesi için gerekli maliyetler ve elden çıkarma işlemine ilişkin maliyetler dikkate alınmalıdır. Bir varlığın pazarlanabilirliği ne kadar düşük olursa, fizibilite gereksinimleri de o kadar yüksek olur.⁶⁰⁸ Bu nedenle, varsayımsal satışta bu maliyetler satış gelirinden düşülmelidir.

Borca batıklık bilançosu aynı zamanda ticari bilançoda kaydedilmeyen ve borca batıklık testinin raporlama tarihinde sözleşmeye dayalı veya fiili bir temeli bulunan varlıkları ve borçları da içerebilir. Özellikle şirketin tasfiyesiyle ilgili maliyetler ve vergi yükleri dikkate alınmalıdır (örneğin; sözleşmeden doğan cezalar, geri ödeme yükümlülükleri vb).⁶⁰⁹

3. İşletmenin Devamlılığı Esası

a. Genel Olarak

TTK md. 376/3'te öngörülen ara bilançolardan biri işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanmalıdır. Madde gerekçesinde, işletmenin devamlılığı esası, aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi ve dolayısıyla bu değerlemede, faaliyetine devam edecek bir işletmenin esas alınması olarak açıklanmıştır. Böyle bir değerlendirilmede amaç, şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koymaktır. Gerekçede, hükümdeki “işletmenin devamlılığı” ifadesi yerine “işletmenin sürekliliği” terimi kullanılmaktadır. Aslında, borca batıklık bilançosunun yıllık bilançodan farklı olduğu kabulünden hareketle, “işletmenin devamlılığı” bir terim vasfı kazanabilir ve “işletmenin sürekliliği” ilkesi ile ayırt ediciliği kolaylaşabilir.

Gerekçede ayrıca, işletmenin borca batık olma durumuna rağmen çeşitli sebeplerle şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını tespit etmek için devamlılık

⁶⁰⁸ IDW, para. 80.

⁶⁰⁹ IDW, para. 77.

bilançosunun çıkarıldığı ifade edilmiştir. Ancak gerekçedeki bu ifade, eğer yıllık bilançodan anlaşılabilen pasiflerin aktiflerden fazla olması halini kastetmiyorsa, çelişkilidir. Çünkü, TTK md. 376/3 anlamında borca batıklık ara bilançolardan anlaşılmaktadır. Ara bilançolar, borca batıklığın tespit edilmesinden sonra değil borca batıklık şüphesi üzerine düzenlenmektedir. İki ara bilanço arasında bir sıralama olmadığı için bu bilançolar aynı tarihli hazırlanmalıdır. Fakat bu ara bilançolardan biri, borca batıklık gösterirken diğeri göstermeyebilir.

Süreklilik kavramı⁶¹⁰, ticaret hukuku, denetim ve finansal raporlama alanlarıyla ilişkilidir. TTK md. 78/1-b’de yıllık bilançolarda değerlemede işletme faaliyetinden hareket edileceği düzenlenmiştir. Kavramsal Çerçeveye (FRKÇ) göre, finansal tablolar genellikle işletmenin sürekliliği ve öngörülebilir gelecekte de faaliyetlerini sürdüreceği varsayımına dayanılarak hazırlanacaktır. Türkiye Denetim Standartları kapsamında, BDS 570 İşletmenin Sürekliliği Standardı hazırlanmıştır. Son olarak, konumuz olan TTK md. 376/3’te aktiflerin borçları karşılama potansiyeli işletmenin devamlılığı esasına göre çıkarılan ara bilançoda da incelenecektir.

TTK’daki “işletmenin devamlılığı esasının” karşılığı olarak kaynak İsvBK md. 725 hükmünde, işletmenin sürekliliği değerleri (*Fortführunswerten*) ifadesi kullanılmaktadır.

İşletmenin sürekliliği değerleri, varlıkların gelecekte şirketin kazancına katkıda bulunabileceği beklentisinden kaynaklanan değerler olarak tanımlanmaktadır⁶¹¹. İşletmenin sürekliliği değerlerinin nasıl tespit edileceği veya işletmenin devamlılığı esasına dayalı değerlemenin nasıl yapılacağının incelenmesi gerekmektedir. Çünkü, işletmenin sürekliliğinin varsayıldığı her değerlendirme aynı amaçla yapılmamaktadır. Örneğin, statik bilanço teorisinde, işletmenin sürekliliğinden hareket edilmekte ancak şirketin öz varlığının değeri, aktif değerlerinin tutarından borç kalemleri toplamının çıkarılması olarak belirlemektedir. Diğer bir deyişle, işletmenin kendi iç sistemindeki oluşan sinerjiden doğan değer dikkate alınmamaktadır.⁶¹²

⁶¹⁰ Borca batıklık bağlamında süreklilik denetimine ilişkin bir çalışma için; Yıldız, s. 1 vd.

⁶¹¹ Schäfer, s. 193.

⁶¹² FERMAN Cumhur, “Yeniden Değerlemenin Teorik Esasları”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları, 29. Seri, 1983-1984, s. 55.

Aynı şekilde işletmenin sürekliliği varsayan 1919 yılında sunulan dinamik bilanço teorisinde ise bir şirketin değeri, tek tek parçalarının değerlerinin toplamından ibaret değildir, onun yararlı şeyler üretmeye veya yararlı şeyler yapmaya uygunluğuyla belirlenmektedir⁶¹³. Dinamik bilanço teorisinin kurucusu Eugen Schmalenbach, devam eden bir şirketin değerini ve dolayısıyla bir tacirin varlıklarını bilançoya yansıtmanın mümkün olmadığını düşünmektedir. Bu görüş borca batıklık testi bağlamında değerlendirildiğinde, işletmenin devamlılığı şeklinde varlıkların tek tek gösterildiği bir şirket değerlemesinin mümkün olmadığı anlamına gelmektedir. Farklı bir ifadeyle, işletmenin devamlılığı değeri, ancak bütüncül bir değerlendirme prosedürüyle belirlenebilecektir.⁶¹⁴

b. İşletmenin Devamlılığı Değeri: Bireysel Değerleme

İşletmenin sürekliliği değerlerini belirlemek için, şirketin varlıkları öncelikle faaliyetler açısından gerekli ve faaliyetler açısından gerekli olmayan varlıklara bölünmelidir. Faaliyetler için gerekli olmayan varlıklar, bir başka ifadeyle, şirketin devamı için artık ihtiyaç duyulmayan varlıklar tasfiye değerleri ile değerlendirirken, faaliyetler için gerekli olan varlıklar, şirketin devamı esas alınarak değerlendirilecektir.⁶¹⁵

Bireysel değerlemenin hem Türk hukukunda hem de mukayeseli hukukta borca batıklık hesaplamasında yaygın olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bireysel değerlendirme ilkesinden yola çıkılarak, süreklilik varsayımı altında bilanço varlıkları, kullanım (*Nutzungswert*), ikame değeri/yeniden oluşturma değeri (*Wiederbeschaffungswerten*), Alman vergi hukuku anlamında kısmi değerler (*Teilwert*) değer ölçütleri ile değerlendirilebilmektedir.

Bireysel değer odaklı yaklaşımlar, daha kolay yönetilebilmeleri nedeniyle iflas uygulamasında belli bir öneme sahip olmaktadır⁶¹⁶. Ancak metodolojik olarak meşruiyetinin zayıf olduğu eleştirisine maruz kalmaktadır.⁶¹⁷

⁶¹³ Schäfer, s. 193. Ayrıca, Ferman, s. 56 vd.

⁶¹⁴ Schäfer, s. 197.

⁶¹⁵ Schäfer, s. 197.

⁶¹⁶ RESSMANN Thomas, Die insolvenzstrafrechtlichen Krisenbegriffe und bestrittene Verbindlichkeiten, Schriften zum Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, C. 272, 2015, s. 202.

⁶¹⁷ RITTER Wolfgang, Unternehmenssanierung im neuen Insolvenzrecht Eine Analyse aus Sicht der Kreditinstitute 1999, Editör: Reinhold Hölscher, Schriftenreihe Finanzmanagement, C. 3, s. 150.

aa. İkame/Yeniden Üretim Değeri

Özellikle, ikame değeri, borca batıklık bilançosu hesabında tercih edilebilmektedir. Bu değer, şirketin faaliyetleri için gerekli varlıkların yeniden oluşturulması için gerekli ikame maliyetlerinin toplam değeridir⁶¹⁸. İkame değerleri de varlıkların kullanımından kaynaklanan ekonomik faaliyetlerin kazancını hesaba katmamaktadır. Bunun yerine yalnızca varlıkların yeniden yerine konması veya şirketin yeniden inşası için harcanacak tutar belirlenmektedir. Dolayısıyla değerlemenin amacı, gelecekteki başarı veya gelirin kaynağı olarak varlıkların toplam değeri değil, benzer bir iş kurma/geliştirme için ayrı ayrı sağlanması gereken tüm malların toplamıdır.⁶¹⁹

İkame maliyetleri, gelecekteki kârlılığı dolayısıyla borçları karşılama yeteneğini ölçmemektedir. İkame değeri, bireysel değerlendirme yaklaşımına göre belirlendiği için şerefîye dikkate alınmaz. Ayrıca, varlıkların bireysel ikame değerlerini bulmak mümkün değildir çünkü genellikle böyle bir cari değer/piyasa değeri bulunmamaktadır.⁶²⁰

İkame değeri, gelecekteki kârlılık potansiyeli ve bunun sonucunda ortaya çıkan borçları kapatma yeteneği hakkında doğru bilgi verememektedir. Örneğin, bir şirket bir teknolojiyi araştırmak veya bir lisans almak için çok büyük meblağlar yatırırsa ve sonradan beklendiği kadar kârlı olmadığı ortaya çıktıysa, bu durum alacaklılara hiçbir şekilde hizmet etmemektedir. Ancak söz konusu şirketin kötü ama yüksek meblağlı yatırım nedeniyle artan yeniden üretim değeri yükümlülüklerini karşıladığı sürece borca batık olduğu düşünülmemektedir.⁶²¹

Literatürde hâkim olan görüş muhtemel yenileme maliyeti yaklaşımı (*der Ansatz von Wiederbeschaffungskosten*) olarak görülebilir.⁶²²

İkame maliyetlerinin (*Wiederbeschaffungskosten*) veya - tedarik piyasası (*Beschaffungsmarkt*) yoksa - yeniden üretim değerlerinin (*Reproduktionswerten*) arkasında, borca batıklık bilançosundaki ilgili varlığa, şirketin operasyonel üretim

⁶¹⁸ Adeta şirketin klonlanması denebilir.

⁶¹⁹ Schäfer, s. 199.

⁶²⁰ Ritter, s. 151

⁶²¹ Schäfer, s. 200.

⁶²² Götz, s. 193.

sürecinde ve dolayısıyla hayali (yeniden) tedarik (*fiktiven (Wieder-)Beschaffung*) bağlamında kullanmak için harcaması gereken değerin atanması gerektiği fikri yatmaktadır.⁶²³

Dolayısıyla işletmenin sürekliliği değeri, değerlendirme tarihinde şirketin tamamını yeniden üretmenin (*die Reproduktion des gesamten Unternehmens*) maliyeti olan tutardan belirlenir⁶²⁴.

Yalnızca operasyonlar için gerekli olmayan varlıklar (*das nichtbetriebsnotwendige Vermögen*) gerçekleştirilir/satış değerleriyle (*Veräußerungswerten*) değerlendirilmelidir, bu nedenle burada yalnızca tasfiye bilançosundaki (*Liquidationsbilanz*) değerlemeye benzer bir yaklaşım mantıklı görünmektedir.⁶²⁵

Faaliyetler için gerekli olmayan varlıklar (*nichtbetriebsnotwendigen Vermögen*) söz konusu olduğunda, her bir satış maliyeti (*Veräußerungskosten*) dikkate alınarak bireysel kalemler için elde edilmesi muhtemel tutar veya faaliyetler için gerekli olmayan (örneğin şirketin tamamlanmış parçalarının (*abgeschlossene Unternehmensteile*) birden fazla kalemin satılması durumunda muhtemelen elde edilebilecek bu tutarı aşan değer, dikkate alınır.⁶²⁶

bb. Kısmi Vergi Değeri

Şirketin toplam değerinin hesaplanıp fiktif olarak varlık ve yükümlülüklerle dağıtılması şeklindeki değerlendirme için Alman hukukunda kullanılan değerdir. Bu değer, devam öngörüsünün olumlu çıkması halinde üzerine, işletmenin devamlılığı değerlerine göre ara bilanço çıkarılması gerektiğinde, bireysel varlık ve yükümlülüklerin muhasebeleştirilmesi gereken tutarlar sorununa çözüm olarak öne sürülmektedir. Genel görüşe ve Alman Denetçiler Enstitüsü'ne (IDW) göre⁶²⁷, şirketin planlandığı gibi devam etmesi durumunda varlık ve yükümlülükler, şirketin toplam

⁶²³ Götz, s. 193.

⁶²⁴ Götz, s. 193.

⁶²⁵ Götz, s. 193.

⁶²⁶ Götz, s. 194.

⁶²⁷ Alman Denetçiler Enstitüsü (IDW) Hukuk Komitesinin 1996 tarihli “Borca Batıklığın Kontrol Edilmesine Yönelik Öneriler” açıklaması (“*Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen*”-FAR 1/1996). Alman hukukunda ayrıca, devam öngörüsünün sonucunun, borca batıklık durumunun altında yatan muhasebeleştirme ve değerlendirme ilkelerini şekillendirdiği ilk bölümde açıklanmıştı.

satın alma fiyatının parçası olarak kendilerine atanan tutarda muhasebeleştirilecektir. Vergi Kanunu anlamında kısmi vergi değeri, alıcının işi sürdüreceği varsayımı altında, şirketin tamamını satın alan bir alıcının bireysel varlık için toplam satın alma fiyatının bir parçası olarak belirleyeceği tutar anlamına gelmektedir⁶²⁸.

Bu yöntemde şerefiyenin değerlemesi sorunu tartışılmaktadır. Değerlemelerin ikame maliyetleriyle sınırlı olması, bireysel devam değerlerinin (veya kısmi değerlerin) türetileceği şirketin tahmini toplam satın alma fiyatının, ikame maliyetlerinin toplamından (*net aktif değer*) yüksek olması durumunda, şerefiyenin bireysel varlık ve yükümlülükler ek olarak muhasebeleştirilip muhasebeleştirilemeyeceği sorusunu da beraberinde getirmektedir⁶²⁹.

Bu bağlamda mevcut olan belirsizlikler, IDW'nin FAR 1/1996 beyanında gösterilmektedir; bu beyanda (4.2.):

“Yukarıda belirtilen, kendi yarattığı maddi olmayan varlıkların muhasebeleştirilmesinden sonra şirkete şerefiye atfedilecekse, bağımsız olarak kullanılabilen bir varlık olmadığından, bunun muhasebeleştirilmesi ve değerlemesi konusunda katı standartlar uygulanır. Bu nedenle, şirketin tamamının veya şirketin bir kısmının satılması konusunda somut bir ihtimalin bulunduğunu kanıtlamak gerekir. Ancak bu durumlarda şerefiye, gerekirse orantılı olarak, nesnel standartlar temelinde belirlenebilir ve muhasebeleştirilmesi, alacaklıların korunması açısından da gerekçelendirilebilir.” Bazı yazarlar, bu görüşe katılırken ve hatta bazıları aktifleştirmeyi tamamen reddederken, diğerleri "uzman görüşüne göre piyasada bunu yapmaya hazır bir alıcı bulunabilirse" şerefiyenin tanınmasına izin vermeyi kabul etmektedirler.⁶³⁰

Bu yöntemde, bir varlığın şirketin gelecekteki kârlılığına katkısını gerçek anlamda ölçülmemekte, şirketin toplam değeri bir yönüyle farazi olarak varlıklara dağıtılmaktadır.

⁶²⁸ Ressmann, s. 204.

⁶²⁹ Hüttemann, s. 769-770.

⁶³⁰ Hüttemann, s. 770.

cc. TFRS Değerleri

TFRS, gerçeğe uygun değere dayanmaktadır. Şirket varlıklarına ilişkin daha gerçekçi veri sunabilse de özünde dönem kârını ölçmeyi merkeze almaktadır. Bu nedenle, varlıkların devam eden ticari faaliyetler sırasında elde edilmesi muhtemel geliri ve dolayısıyla borçların geri ödenme yeteneğini gerçekçi ölçmede ölçüt alınmamalıdır.

Sonuç olarak, işletmenin sürekliliği açısından şirket değeri, ikame maliyetlerine veya diğer bireysel değerlendirme değerlerine göre belirlenemez. Çünkü, bireysel değerlemede, bireysel varlıkların toplam değere etkisi dikkate alınmamakta, kârlılığın ölçülmesinde ölçüt olamamaktadır.

c. İşletmenin Devamlılığı Değeri: Toplam Değer İlkesi

Şirketin gerçek değerinin ve gerçek borç ödeme kapasitesinin ne olduğuna ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. İşletmenin sürekliliği değerlerindeki borca batıklık bilançosunun nasıl oluşturulacağına dair prosedür konusunda büyük bir belirsizlik bulunmaktadır. Bunun nedeni borçlunun malvarlığının net aktif değeri ile malvarlığının kârlılık beklentileri arasındaki ikiliktir.⁶³¹

Özellikle, Almanya'da daha önce geçerli olan gelir değeri yöntemi (*Ertragswertverfahren*) ve Anglo-Sakson bölgesinden gelen ve önemi giderek artan indirgenmiş nakit akışı yöntemi (İNA yöntemi) olmak üzere iki yöntem dikkate alınmaktadır.⁶³²

Bir görüşe göre, mevcut değerlendirme teorisinde, bir şirketin devamlılığı değeri, faaliyetine devam etmesi halinde değeri, kazanç/gelir değeridir (*Ertragswert*). Bir şirketin değeri -eğer alt sınır olarak tasfiye değeri dikkate alınmazsa- “*Temel olarak şirketin devamından ve faaliyetler için gerekli olmayan varlıkların satışından elde edilen fazlalara (gelecekteki performans değeri)*” dayanmaktadır.⁶³³ Bu nedenle

⁶³¹ Ritter, s. 145.

⁶³² Schäfer, s. 205.

⁶³³ Hüttemann, s. 770.

değerleme, şirketin organizasyonel bir bütün olarak dinamik bir değerlemesini gerektirir⁶³⁴.

Alacaklıların alacak taleplerini devamlılık varsayımı altında karşılayabilme yeteneği, yalnızca şirketin faaliyetlerinin gelecekteki karlılığıyla, başka ifadeyle, gelecekteki başarının/gelirin ne ölçüde elde edilebileceği anlamındaki kârlılığın değerlendirilmesinden ortaya çıkmaktadır. Buna göre, bir şirketin, kârlılığı uzun vadede üzerinde anlaşılan faiz ve geri ödeme oranlarını karşılamaya yeterliyse borca batık değildir.⁶³⁵ Gelecekteki kârlılığı belirlemek için geçerli olan yöntem gelir yöntemidir. Bu nedenle varlık değerlemesi, şirket değerlemeleri için geliştirilen ilkelere yakından dayanmaktadır. Gerektiğinde faaliyetler için gerekli olmayan varlıklar gerçekleştirilir (satış) değerleri üzerinden muhasebeleştirilebilir.⁶³⁶

Gelir değeri, şirketin varlıklarının gelecekte kazanç olarak ne yaratması beklendiğiyle, gelecekte pay sahiplerine ne dağıtılabileceği ile ölçülür. Temel olarak bu, şirketin beklenen kârlarının bilanço tarihine iskonto edilmiş toplamıdır.⁶³⁷

Diğer bir görüş ise indirgenmiş nakit akışları (İNA) yöntemini tercih etmektedir. İNA yöntemi, gelir yöntemine çok benzemektedir çünkü bu yöntem de şirketin gelecekte pay sahiplerine yapacağı dağıtımları değerlemenin temeli olarak kullanmaktadır. Gelir değeri yöntemi gibi bütüncül bir değerlendirme yöntemidir⁶³⁸. İki yöntem de net aktif değer yönteminden farklı olarak geleceğe yöneliktir.

İndirgenmiş nakit akımları yönteminde, bir varlığın değeri, o varlıktan beklenen nakit akımlarının gelecekteki riski yansıtacak bir iskonto oranı ile bugüne indirgenmesi sonucu ulaşılan değerdir⁶³⁹. Şirkete borç verenler, verdikleri borçların zamanında ödenmesi için, şirketin hisse senetlerine sahip yatırımcılar ise kendilerine dağıtılacak kâr payı ödemeleri için nakit akımlarıyla ilgilenirler. Bu nedenle, işletmenin serbest

⁶³⁴ Ritter, s. 146.

⁶³⁵ Ritter, s. 146.

⁶³⁶ Ritter, s. 146.

⁶³⁷ Rössmann, s. 203.

⁶³⁸ Rössmann, s. 203.

⁶³⁹ HATİPOĞLU Mercan / YENER Erol, "Firma Değerlemesinde İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemi: BIST Elektrik Endeksinde Bir Uygulama", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Aralık 2013, 8(3), s.9.

nakit akımı üretebilmesi, finansal performansın değerlendirilmesinde kârdan daha iyi bir ölçüt olarak kabul edilmektedir.⁶⁴⁰

Gelir yöntemi ile İNA yöntemi arasındaki temel fark, bu yöntemlere adını veren referans değişkenlerinde yatmaktadır. Gelir yönteminde başlangıç noktası olarak şirketin gelecekteki gelirleri/kârları kullanılır. Daha sonra değer buna göre hesaplanır. İNA yönteminde ise gelecekteki nakit akışları başlangıç noktası olarak seçilir. Bir diğer fark ise gelir yönteminin her zaman net yaklaşıma sahip olması, İNA yönteminin ise değişkene bağlı olarak brüt yaklaşıma sahip olabilmesidir. Bir diğer belirleyici kriter ise şirketin büyüklüğü olabilir. Büyük şirketler için İNA yöntemi daha mantıklı olabilmekte iken küçük şirketler için gelir yöntemi daha pratiktir.⁶⁴¹

Yatırım teorisinde İNA yöntemi öne çıkabilmektedir; çünkü sonuçta yatırımcılar için önemli olan gelir değil, yatırımlardan elde edilen nakit akışıdır. Nakit akışı da bilanço kârı kadar muhasebe politikalarının manipülasyonuna duyarlı değildir. Bu bakımdan daha fazla objektifliğe sahiptir.⁶⁴²

İNA yönteminin dayandığı prensiplerden biri, her varlığın, nakit akışı, büyüme ve riskin bilinmesi ile elde edilen bir gerçek değere sahip olduğudur⁶⁴³. İNA yönteminde, şirketin değeri üç aşamada tespit edilir. Aşamalar, gelecekteki nakit akışlarının tahmini, iskonto oranının belirlenmesi ve nakit akışlarının bugünkü değerinin hesaplanmasıdır.⁶⁴⁴ Bu yöntemle göre hesaplamada, öz sermaye oranı, borçların oranı, öz sermaye maliyeti, borçlama maliyeti, ağırlıklı ortalama sermaye maliyeti, şirketin betası, risksiz piyasa getirisi ve beklenen serbest nakit akışları gibi birçok değişken hesaba katılmaktadır⁶⁴⁵.

Net aktif değer yönteminde “işlevsizlik” sorunu söz konusu iken gelir yaklaşımı yöntemlerindeki sorun “öznellik” olarak ifade edilmiştir. Sorun, gelir değeri

⁶⁴⁰ Hatipoğlu/Yener, s.10.

⁶⁴¹ <https://www.gevestor.de/finanzwissen/oekonomie/betriebswirtschaft/ertragswertverfahren-und-dcf-verfahren-unterschiede-und-gemeinsamkeiten-671293.html>.

⁶⁴² <https://nachfolge.de/bewertung/unternehmensbewertung-das-discounted-cash-flow-verfahren-dcf#:~:text=Während%20beim%20Ertragswertverfahren%20die%20künftigen,auch%20periodisch%20nicht%20notwendigerweise%20überein.>

⁶⁴³ BİLİR Hakan/ KULALI İhsan, “İndirgenmiş Nakit Akış ve Göreceli Değerleme Yöntemlerinin Karşılaştırılması”, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, 2014, Yıl:2, Cilt:2, Sayı:2, s. 41.

⁶⁴⁴ Elmas, s. 340-342.

⁶⁴⁵ İNA yöntemine göre bir hesaplama örneği için bkz.: ÇETİNER Müge/ ÖZÖĞÜT Altuğ/ KENDİR Hasan Ali, “İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemi ile Şirket Değerleme ve Bir Uygulama Örneği”, Journal IKSAD, 2018, Vol. 4, I: 9, ss. 346-356.

yönteminin başlangıçta şirket değerlemesi için geliştirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır, bu nedenle borca batıklık testi için bu yöntemde en azından değişiklikler yapılması gerekmektedir.⁶⁴⁶ Buradaki sorunlar ayrıca, manipülasyona yatkınlık, pratiklik eksikliği ve gelir değerinin bireysel varlıklar arasında dağıtılmasının zor olmasından kaynaklanmaktadır.⁶⁴⁷

Şerefiye, şirket varlıklarının kârlılık ve nakit akışı üretimine etki etmektedir. Gelir yaklaşımı yöntemleri, şirketin içsel değerine karşılık gelen şerefiyenin etkisini hesaba katmaktadır. Değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık kavramının ortaya koyan K. Schmidt, borca batıklık testinde en önemli noktanın, şerefiyenin muhasebeleştirilip muhasebeleştirilmediği olduğu görüşündedir. Eğer -gelir yönteminde- olduğu gibi-şerefiye bir varlık olarak muhasebeleştirilirse, iki aşamalı modeller arasında fiilen hiçbir fark olmayacaktır. Çünkü şerefiye, şirket değeri ile net varlıklar arasındaki farktır. Bu, devam öngörüsü pozitifse şirket değerinin de genel olarak pozitif olduğu anlamına gelir, bu da şerefiye dikkate alındığında genellikle devam değerlerine dayalı matematiksel borca batıklığın olmadığı anlamına gelir.⁶⁴⁸ Bu nedenle, Schmidt'in değiştirilmiş iki aşamalı borca batıklık testinde işletmenin devamlılığı değerlerine göre ara bilanço çıkarılmamaktadır. Devam öngörüsü olumluysa şirket borca batık değildir. Devam öngörüsü negatif çıkmışsa, tasfiye değerleri üzerinden bir ara bilanço çıkarılarak varlıklar ile yükümlülükler karşılaştırılmakta ve borca batıklık olup olmadığı tespit edilmektedir.

Gelir değeri yönteminde gelir durumu, yalnızca borçların faizini sağlanabilecek, ancak öz sermaye faizi kazanılamayacak kadar kötü hale gelse bile, bu, yetersiz sermaye tahsisine rağmen borca batıklığın ortaya çıkmasına yol açmayacaktır.⁶⁴⁹ Borca batıklık hesaplamasında, şirketin toplam gelir değeri ile borçlar karşılaştırılmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir hesaplamadan sonra, sırf bireysel değerlerle göstermek için, toplam değer bireysel varlıklar arasında "doğru" olarak dağıtıp daha sonra bunların toplamını yükümlülükler ile karşılaştırmanın hiçbir fark yaratmayacağı eleştirisi yapılmaktadır.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ Ressmann, s. 207.

⁶⁴⁷ Götz, s. 193.

⁶⁴⁸ Scholz/K. Schmidt/Bitter, GmbHG (2010), Vor § 64 Rn. 21, 34, aktaran: Ressmann, s. 204.

⁶⁴⁹ Ritter, s. 146.

⁶⁵⁰ Schäfer, s. 204.

Gelir yaklaşımı, dinamik yapıda, gerçek değere yaklaşan bir yöntemdir. Borca batıklık hesaplamasında, bilanço üzerinden varlıkların yükümlülükleri karşılayabilme gücünü ifade eden borç karşılama kapasitesinin ölçülebilmesi en temel noktalardandır. Çoğunlukla bilanço kalemlerinin bireysel değerlemesi sonucu çıkan değerlerin toplanarak varlık-yükümlülük karşılaştırması yapılmaktadır. Gerekçe olarak, bu yöntemin daha somut ve matematiksel olarak daha kesin dolayısıyla daha güvenilir olduğu gösterilmektedir. Sorun ise, bireysel devam değerlerinin olmamasıdır. Bu nedenle, mukayeseli hukukta, mevcut olmayan bir yöntemde ısrar edilmesi ve bütün değerlerin bilanço bileşenlerine varsayımsal olarak dağıtılması eleştirilmiştir.⁶⁵¹

Eleştiride iki nokta öne çıkmaktadır. Bütün değerlerin belirlenip tekil bileşenlere dağıtılmasında şerefiye de dikkate alınmaktadır. Ancak şerefiye bağımsız olarak değerlendirilememektedir. Bu durumda, şerefiyenin muhasebeleştirilmesi kabul ediliyorsa, gelir yaklaşımı yöntemleri yeterli olmalıdır. Toplam varlıkların borçları karşılama gücü zaten kalandan anlaşıldığına göre toplam şirket değerinin bireysel kalemlere dağıtılması zahmetli ve işlevsiz görülmektedir. Üstelik, gelecek gelirler dikkate alınmakta ancak borçlar bugünkü değerinden hesaplanmaktadır. Zaten, gelir yaklaşımıyla yapılacak bir değerlemede, şirketin toplam değeri sıfıra eşit veya büyükse borca batıklığın olmadığı, beklenen gelirlerin gelecekteki yükümlükleri karşılayabildiği, şirketin borç karşılama için yeterli gücünün olduğu tespit edilmiş olacaktır.⁶⁵²

TTK md. 376/3'ün gerekçesinde, aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi, faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak değerlendirilmesi olarak açıklanmıştır. Yukarıda incelendiği üzere varlıkların bireysel devam değerlerinin belirlenebilirliği oldukça tartışmalıdır. Gerekçede, değerlemenin amacının işletmenin borca batık olma durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koymak olduğu ifade edilmiştir. Sonrasında örnek verilerek, bir şirketin kuruluşunun ilk yıllarında yaptığı yatırım dolayısıyla borca batık olmasına karşılık ileriki yıllarda kâr edilebileceği olasılığının yüksek olması dolayısıyla uzman bir işletmeci tarafından farklı değerlendirilebileceğine, yatırım sonuçlarının da hesaba katılacağına işaret

⁶⁵¹ Alman hukukundaki bir eleştiri için bkz: Hüttemann, s. 771.

⁶⁵² Hüttemann, s. 772-773.

edilmiştir. Ancak, bu, aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesinden ziyade şirketin gelir yaklaşımı veya İNA gibi tamamen bilançoya dayanmak zorunda olmayan bir yöntemle yapılması ile mümkün olabilir. Zira, hesaba katılacak yatırım sonuçları, beklentiler, ticari bilançonun aktifleştirme yasağına takılacak ve bilançoya alınmayacak hesaplardır. Kanun ise, belli ki, henüz aktifleştirilemeyen ancak aktifleştirilmesi yüksek olasılıklı görünen gelirleri de hesaba katarak bir değerlendirme öngörmektedir.

d. Kârlılık ve Nakit Akışları Kavramları

Bir şirketin bütün değerini hesaplama için çeşitli yöntemler bulunduğu ifade edilmiştir. Toplam değer değerlemesine ilişkin açıklamalarda gelir yaklaşımı yöntemlerinden gelir yöntemi ve indirgenmiş nakit akışları yöntemi üzerinden bir anlatım izlenmiştir. Bu çalışmada, iki yöntemden birini tercih edecek bir inceleme yapılmamaktadır. Ancak bu yöntemlerin merkezindeki kârlılık ve nakit akışları kavramlarını ayırt etmek bir perspektif sunmak açısından kayda değer görülmektedir.

Kârlılık ve nakit akışları farklı kavramlardır⁶⁵³ ve muhasebenin temel kavramlarından dönemsellik kavramı ve tahakkuk esası ile ilgilidir.⁶⁵⁴

Dönemsellik kavramı; işletmenin sürekliliği kavramı uyarınca sınırsız kabul edilen ömrünün, belli dönemlere bölünmesi ve her dönemin faaliyet sonuçlarının diğer dönemlerden bağımsız olarak saptanmasıdır⁶⁵⁵. Böylelikle, faaliyet dönemi sonuçları ve kârı veya zararının sağlıklı şekilde sunulması sağlanmaktadır. Faaliyet dönemi veya hesap yılı en fazla oniki ay olarak belirlenebilir (TTK md. 66/2).

Bir gelir-giderin hangi dönemin tablosuna yazılacağı dönemsellik kavramına göre tahakkuk ve tahsil (nakit) esası olmak üzere iki esasa göre belirlenmektedir. Tahakkuk, Arapça kökenli bir sözcük olup, “gerçekleşme” veya “yerine gelme” anlamını taşımaktadır⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Elmas, s. 86.

⁶⁵⁴ Kârlılık, likidite kavramlarına ilişkin geniş açıklamalar ile finansal tablolar analizine ilişkin olarak bkz.: ŞAMİLOĞLU Famil/ AKGÜN Ali İhsan, Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Finansal Tablolar Analizi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015, s. 426-443; Gökçen/ Ataman, s. 142 vd., 241 vd.

⁶⁵⁵ 1 seri No’lu MSUGT-Muhasebenin Temel Kavramları.

⁶⁵⁶ Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr>.

Gelir ve giderlerin tahakkuk esasına göre muhasebeleştirilmesi, hasılat, gelir ve kârların aynı döneme ait maliyet, gider ve zararlarla karşılaştırılması bu kavramın gereğidir. TMS-1 Finansal Tabloların Sunuluşu Standardı çerçevesinde, tahakkuk esasına göre; finansal tablo unsurları, örneğin, varlıklar, yükümlülükler, özkaynak, gelir ve giderler, Kavramsal Çerçeve’de yer alan tanımları ve finansal tablolara alma kıstaslarını karşıladığında finansal tablolara yansıtılır. Bu kavramın, işletmeler açısından geçerliliğinin bulunmadığı veya ortadan kalktığı durumlarda ise, bu husus mali tabloların dipnotlarında açıklanır.

Tahsil esasına göre, ödeme veya tahsilat, yapıldığı dönemde -nakit el değiştirdiğinde- tabloya yansıtılmaktadır. Tahakkuk esasına göre, kısmen veya tamamen ödemeye veya tahsilata bakılmamakta, tablolara kayıt ekonomik faaliyet gerçekleştirdiği zaman gerçekleşmektedir. Buna göre, işlem olay hangi dönemi ilgilendiriyorsa, hangi dönemde ortaya çıkmışsa o dönemin finansal tablolarında raporlanmaktadır.⁶⁵⁷ Nakit akış bilgileri hariç finansal tablolar, dolayısıyla, bilanço (finansal durum tablosu) ve gelir tablosu tahakkuk esasına göre, nakit akış tablosu ise tahsil esasına göre hazırlanır⁶⁵⁸. Tek düzen hesap planında ve finansal raporlamaya uygun hesap planı taslağında, dönem ayrıcı hesaplar olarak isimlendirilen “gelir-gider tahakkukları”, “gelecek dönemlere ait gelir ve gider hesapları” dönemsellik ilkesi gereği kullanılmaktadır⁶⁵⁹.

Tahakkuk esası gereği, örneğin, bir şirket ister vadeli-kredili veya ister peşin satış yapsın, satış bedeli için fatura kesildiğinde ticari alacaklar gibi ilgili hesaplarda muhasebeleştirme gerçekleştirilir, kârlılık hesaplamasında da dikkate alınır. Ödemenin yapılmış olması, nakit girişinin gerçekleşmesi beklenmez. Ödeme yapılırken, bankalar veya kasa hesabına kayıtlı nakit girişi olur, ticari alacaklar azalır. Nakit girişi, kârlılığı mükerrer olarak etkilemez. Benzer şekilde, vadeli mal alımında gider, fatura kesildiği

⁶⁵⁷ YILDIRIM Adem, Uygulamadan Örnekler ile Finansal Tablolar Analizi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2023, s. 22.

⁶⁵⁸ TMS 1-Finansal Tabloların Sunuluşu Standardı, para. 27-28.

⁶⁵⁹ MSUGT mali tablo ilkeleri içinde bilanço varlıklarına dair ilkelerden biri, gelecek dönemlere ait olarak önceden ödenen giderler ile cari dönemde tahakkuk eden ancak, gelecek dönemlerde tahsil edilecek olan gelirlerin kayıt ve tespit edilerek bilançoda ayrıca gösterilmesi gerektiği şeklindedir. Aynı şekilde, yabancı kaynaklara ilişkin ilkeler kapsamında da gelecek dönemlere ait olarak önceden tahsil edilen hasılat ile cari dönemde tahakkuk eden ancak, gelecek dönemlerde ödenecek olan giderlerin kayıt ve tespit edilerek bilançoda ayrıca gösterilmesi gerekmektedir.

anda muhasebeleştirilirken ödeme, nakit çıkışı ileri bir tarihte yapılacaktır.⁶⁶⁰ Dönemsellik esası gereği de tahakkuk eden varlıklar, belli dönemlere bölünerek ve hesaplarına aktararak kaydedilmektedir.

Kârlılık ve nakit akışı da tahakkuk ve tahsil esasları temelinde hesaplanmaktadır. O nedenle, satışların ve kârlılık seviyesinin yüksek olduğu şirketlerde, ticari alacaklara konu şirket alacaklarının tahsil edilememesi, başarısız finansal yönetim, nakit hareketlerinde dış etkenlere dayalı dönemsel dalgalanma gibi nedenlerle likidite sıkıntısı yaşanması mümkün olabilmektedir.

E- Ara Bilançoların Zıt Sonuçlar Göstermesi Halinde Borca Batıklığın Belirlenmesi ile Şirketin Bütün Olarak Değerlemesi Arasında Olası İlişki

1. TTK md. 376/3'te İki Ara Bilançodan Bahsedildiğinin Kabulü

TTK md. 376/3 hükmüne göre, borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, *“aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır”*.

Hükümde, her iki ara bilanço çıkarıldıktan sonraki aşama şöyle ifade edilmiştir: *“Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister”*. Cümlede, “bilançolar” değil de “bu bilanço” ifadesinin kullanılması, hukuki bir sonuç öngören bilinçli bir tercih midir? Bir diğer deyişle, hüküm, tek bir ara bilanço çıkarılmasını mı ifade etmektedir? Yoksa, bilançolardan herhangi birinde alacakların karşılanmadığının tespiti halinde mahkemeye borca batıklık bildirilmesi mi gerekmektedir? Öyleyse, TTK md. 376/3 anlamında borca batıklık için, kanuni borca batıklığın teşekkül etmesi için bir ara bilançodan olumsuz sonuç elde edilmesi yeterli midir?

⁶⁶⁰ Çelik, “Muhasebe Tahakkuk Esası ve Nakit Esası Uygulamaları-Finansal Muhasebeye İlişkin Özel Konular”.

Hükümün gerekçesinden⁶⁶¹, ara bilanço olarak bir değil iki bilanço düzenlenmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca, işletmenin devamlılığı esası ve muhtemel satış fiyatları esasının tek bir bilançoda gösterilebilip gösterilemeyeceği sorusu ortaya çıkacaktır. Bu durumda, ilk ihtimal olarak, tek bir bilanço değil iki ara bilanço kabulünden hareket edilecektir.

İki bilanço hazırlanacağı kabulünde, ilk ihtimal, ara bilançoda net varlıklar negatifse, muhtemel satış fiyatları ara bilançosu bakımından bir borca batıklık söz konusudur. Ancak, TTK md. 376/3 anlamında, mahkemeye bildirim gerektirecek bir borca batıklıktan hemen söz etmek mümkün değildir. Zira hüküm, her iki ara bilançonun sonuçlarını değerlendirmektedir. Kanaatimizce, TTK md. 376/3 anlamında borca batıklık için her iki ara bilançodan da borca batıklık sonucu tespit edilmelidir.

İkinci ihtimal olarak, Kanun koyucu, ara bilançolardan birinde matematiksel borca batıklık sonucu çıkmışsa, kanuni borca batıklığı varsaymakta ve madde yaptırımına tabi tutmaktadır. Bu durumda, mesela,

- 1- Muhtemel satış fiyatlarına dayalı ara bilanço pozitif sonuç vermiş fakat işletmenin devamlılığını esas alan ara bilançoda aktiflerin alacakları karşılayamayacağı görülmüşse,

veya

- 2- İşletmenin devamlılığını esas alan ara bilanço pozitif sonuç vermiş fakat muhtemel satış fiyatlarına dayalı ara bilançoda aktiflerin alacakları karşılayamayacağı görülmüşse, bildirim yükümlülüğü doğacaktır.

İkinci ihtimal doğru kabul edilebilirdi. Çünkü Kanun koyucunun, şirket borca batıklık ölçüsünde bir finansal güçlüğü düşüğünde, o noktadan sonra mahkeme gözetiminde bir sonuca hükmetmek istediği yorumu yapılabilir. Fakat, Kanun koyucunun ikinci ihtimaldeki sonucu amaçlamadığı hükmün devamındaki düzenlemeden anlaşılmaktadır.

⁶⁶¹ “... Böyle işaretler varsa, yönetim kurulu hem işletmenin devamı esasına göre hem de aktiflerin olası satış değerleri üzerinden bir ara bilanço düzenletip denetçiye verir. İki bilanço çıkarılmasının çeşitli yararları vardır. ...” Ayrıca, ilk işaret edilen bilançonun YMM/SMMM’lerce dikkate alınmadığı eleştirisi için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) , s. 275-276.

Öncelikle olasılıklar incelenirse: Borca batıklık halinde, yönetim kurulu,

- 1- Mahkemeye durumu bildirir ve şirketin iflasını ister. Mahkeme, iflas kararı verir.
- 2- Mahkemeye durum bildirilir ancak alacaklılarla yapılan sırada geri çekilme anlaşması sunulur. Mahkeme, anlaşmanın madde kıstaslarını taşıdığına hükmeder ve şirket iflas ettirilmez.
- 3- Mahkemeye borca batıklık bildirimi yapmadan sırada geri çekilme anlaşmasını mahkemenin incelemesine sunar. Bildirim yapmadan sırada geri çekilme anlaşmasının mahkemeye sunulabileceği 376. maddenin son cümlesinden anlaşılmaktadır. Mahkeme, anlaşmayı doğrularsa, şirketin iflasına karar vermez. Anlaşmayı doğrulamazsa, şirket borca batıklık sebepli bir iflas isteminde bulunmamış olsa bile, anlaşmanın bilirkişilerce incelenmesi için yapılan başvuru iflas bildirimi sayılır.

Sırada geri çekilme anlaşması⁶⁶² ile, basitçe ifade edilirse, alacaklılar borca batıklık ortadan kalkana kadar alacakları talep etmeyeceklerini taahhüt ederler ve talepleri diğer alacaklıların alacak taleplerinin arkasına geçirilir. Borca batıklık hesaplanırken, sırada geriye çekilmiş alacaklar hesaplama katılmazlar. Böylece, sırada geri çekilmeyi kabul eden alacaklılar, şirkete, finansal durumunu mahkeme dışında düzeltmesi için geçici olarak alan ve zaman tanımaktadır. Çünkü, sırada geri çekilme anlaşma veya beyanı alacaktan feragat içermemektedir. Borca batıklığın ortadan kalkmayacağı⁶⁶³ anlaşılırsa veya şirketin başka sebeple iflası gerçekleşirse ya da borca batıklık ortadan kalkarsa söz konusu alacaklar tekrar talep edilebilir hale gelmektedir.

Üçüncü şıkka göre, borca batıklığı fiili olarak ortadan kaldırmayan ve geçici bir etkisi olan sırada geri çekilme sözleşmesine borca batıklık bildirimi yapmaktan kaçınmayı sağlama veya iflası önleme işlevi verilmiştir. Borçluyu, alacaklının geçici ve bilanço hesaplamasından ibaret yardımı ile bildirim yükümlülüğünden veya bu bildirim (borca batıklığa dayalı iflas istemi) halihazırda yapılmışsa iflastan muaf tutup

⁶⁶² Sırada geri çekilme sözleşmesine ilişkin daha geniş açıklamalar için bkz.: Bölüm 10/IV.

⁶⁶³ KAYA Arslan, “Sermaye Kaybı/Borca Batıklık Durumunda YK'nın Görev ve Yetkileri”, <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=376-tablo-.pdf>, 07.05.2019. (**Borca Batıklık**).

aslında süre tanınması ama halihazırda bir bilançosu pozitif sonuç vermişken yaptırımı tabi tutması orantılı değildir. Öyleyken, kanaatimizce, ara bilançolardan birinin değerlemesi zaten fiili olarak borca batıklık olmadığı sonucu gösteriyorken, diğerinde borca batıklık bulunduğu bahisle mahkemeden iflas isteminde bulunulması, hükmün bütünsel yorumuna aykırıdır. Sonuçta, TTK md. 376/3 anlamında kanuni borca batıklık, her iki bilançoda da matematiksel borca batıklık olmasını gerektirmektedir. Ara bilançoların sonuçlarına göre muhtemel dört senaryodan sadece birinde kanuni borca batıklık meydana gelmektedir:

(+), borç ve taahhütlerin karşılandığının tespiti, (-), alacakların karşılanamadığının tespiti (matematiksel borca batıklık) olmak üzere;

- a- Her iki ara bilanço (+) → Kanuni borca batıklık yoktur.
- b- İşletmenin devamlılığı esaslı ara bilanço (+), muhtemel satış fiyatlarına göre bilanço (-) → Kanuni borca batıklık yoktur.
- c- İşletmenin devamlılığı esaslı ara bilanço (-), muhtemel satış fiyatlarına göre bilanço (+) → Kanuni borca batıklık yoktur.
- d- Her iki ara bilanço (-) → Kanuni borca batıklık vardır.

Sonuç olarak, kanaatimizce, TTK md. 376/3 hükmü kapsamında borca batıklık hali ve iflas bildirimi gerektiren durum, ancak her iki ara bilançoda da borca batıklık sonucunun ortaya çıkması halinde kabul edilmelidir. Dolayısıyla, yalnızca bir ara bilançonun borca batıklık göstermesi, bu madde anlamında borca batıklık olarak değerlendirilemez.^{664, 665}.

⁶⁶⁴ Aynı yönde bkz. GÜVENİR Duru Derya, Anonim Şirketler Hukukunda sıradan çekilme, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı, 2023, s. 107; Karaman Coşgun, (**Sermaye Kaybı-Borca Batıklık**) s. 220. Ayrıca bkz. Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 569, 587. Yazar, işletmenin devamlılığı veya muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilançodan birisi borca batıklığı göstermiyorsa, diğer bir deyişle, aktifler borçları karşılıyorsa, yönetim kurulunun iflas başvurusu yapmasına gerek olmadığı görüşündedir. Ek olarak bkz. Aydın, s. 110-111; Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s.22.

⁶⁶⁵ Farklı yönde bkz. Kayar, **Borca Batıklık**, s. 649; Kayar, (**Sorumluluk**), s. 238. Kayar’a göre, yönetim kurulu her iki ara bilançoğu hazırladıktan sonra, aktiflerin satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilanço borca batıklık gösteriyorsa, mahkemeye bildirimde bulunması gerekmektedir. Yazar, ayrıca, TTK.m.376/3 hükmünün ikinci cümlesinde yer alan “*Bu bilançodan*” ifadesi yerine, “*Aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilançodan*” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağını belirtmiştir. Bkz. Kayar, (**Sorumluluk**), s. 236.

Şekil 9: Türk Hukukunda Ara Bilançoların Sonuçlarına Göre İhtimaller:

Kanuni borca batıklık: TTK md. 376/3 anlamında borca batıklık		İşletmenin devamlılığı esası	
		Matematiksel borca batıklık var	Matematiksel borca batıklık yok
Muhtemel satış fiyatları	Matematiksel borca batıklık var	Kanuni borca batıklık var	1.ihtimal: Kanuni borca batıklık yok 2.ihtimal: Kanuni borca batıklık var
	Matematiksel borca batıklık yok	1.ihtimal: Kanuni borca batıklık yok 2.ihtimal: Kanuni borca batıklık var	Kanuni borca batıklık yok

2. TTK md. 376/3'teki İki Değerleme İlkesinin Yalnızca Biri İçin Bilançonun Zorunlu Tutulduğunun Kabulü

TTK md. 376/3'ün madde gerekçesinde ve ticaret hukuku öğretisinde, bu tez hazırlığında aksini tespit edemediğimiz kabul, iki ara bilançonun hazırlanacağı şeklindedir. Bununla birlikte, gerekçenin bağlayıcı olmadığından da hareketle hükme farklı bir yorum getirilip getirilemeyeceği tartışılabilir. Hükmü tekrar incelersek, lafzı şöyledir:

“... aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır”.

“Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister.”

Dikkat çeken ifadeler, “hem ... hem de ...” bağlacı, “bir ara bilanço” ile “bu bilançodan” ifadeleridir.

“Hem ... hem de ...” bağlacı ve sonrasında ile oluşturulabilen farklı cümle yapıları dikkate alındığında, bu ifadelerden, iki ayrı değerlendirme ilkesine dayalı iki ayrı bilanço ya da iki değerlendirme esasını kapsayan tek bir bilanço da anlaşılabilir. İki esasın birden gösterilebileceği tek bir bilançonun varlığı şüphelidir.

“*Bir ara bilanço*” ile “*bu bilançodan*” ifadeleri, Kanun koyucunun açık bir tercihinin sonucu ise buradan da iki ihtimal doğmaktadır. İlki, borca batıklığın tespiti için iki değerlendirme ilkesine göre hesaplama yapılması gerektiği ama sadece biri için bir bilanço hazırlanacağı; ikincisi ise, iki değerlendirme ilkesine göre iki ara bilanço düzenleneceği ama aralarında bir hiyerarşi kurularak bir tanesinin sonucun nihai borca batıklık kararında belirleyici olacağıdır.

Mehaz İsvBK md. 725’in 2020 revizyonu öncesinde “ara bilançolardan” bahsediliyordu. Revizyon sonrasında ara bilançoları da kapsayan “ara finansal tablolar” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla, mehaz hükümde de bilançolar üzerinden bir borca batıklık hesaplamasının yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. İsvBK’daki değişiklik ile ilgili olarak revizyon öncesinde borca batıklığın tespitinde hangi ara bilançonun esas alınacağı konusunun netliğe kavuşturulduğu yorumu yapılmaktadır. Çünkü, İsvBK’da yeni borca batıklık düzenlemesinde, borca batıklık bilançolarında hangi değerlendirme ilkesinin kullanılacağı şirketin devamı varsayımının tekrar test edilmesinin sonucuna göre belirlenmektedir.⁶⁶⁶ Alman hukukunda ise, “bilanço” terimi kullanılmamaktadır. Devam öngörüsü haricinde, farklı borca batıklık testlerinde, ya sadece varlık ve mevcut yükümlülüklerin karşılaştırılmasından ya da devam değerleri ve satış değerleri üzerinden değerlendirme yapılmasından söz edilmektedir. Ancak, devam değerlerine göre değerlemenin yukarıda da açıklandığı gibi çoğunlukla bilanço üzerinden yapılacağı kabul edilmektedir. Bazı görüşler, varlıkların bu değerlerinin hesaplanmasında gelir yöntemini benimsemektedir.

TTK md.376/3’te iki ara bilanço arandığı kabul edilirse, her iki esasa göre iki bilanço hazırlanacak ve “*bu bilançodan*” ifadesi nedeniyle bilançolardan birinin sonucu nihai olarak borca batıklık kararını vermede esas teşkil edecektir.

“*Bir ara bilanço*” ifadesinden ve aktiflerin süreklilik değerlerinin hesaplanamayacağından hareketle, yalnızca muhtemel satış fiyatlarına göre değerlendirme bilanço üzerinden yapılacak, işletmenin devamlılığı esasına dayalı değerlendirme için ise bilanço dışı bir yöntemle başvurulabilecektir. Daha sonra, iki değerlendirme sonucundan, bilanço üzerinden olan belirleyici olacaktır. Bu ihtimalin kabul edilmesinde doğan boşluk, devamlılık esasına göre yapılacak değerlemenin sonucuna, İsviçre ve Almanya

⁶⁶⁶ Bkz. Birinci bölümdeki, İsviçre Hukukuna ilişkin açıklamalar.

hukuklarında olduğu gibi herhangi bir olumlu veya olumsuz hukuki sonuç bağlanmamasıdır. Kanaatimizce, hükmün bu cümleleri, borca batıklık hesaplamasında kanuni şartlarının ne olduğunu daha açık olarak gösterecek şekilde yeniden yazılmalıdır.

III- Ara Sonuç

İkinci bölümde ulaştığımız sonuçlar aşağıda maddeler halinde özetlenmiştir:

(i) TTK md. 376/3 düzenlemesine göre, borca batıklık tespiti, biri işletmenin devamlılığı esasına dayalı diğeri aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre hazırlanan iki ara bilanço üzerinden yapılmaktadır.

Kanun lafzına bakıldığında, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden “*bir ara bilanço*” çıkartılacağı, “*bu bilançodan*” aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yeterli olup olmadığının değerlendirileceği, 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesinde denetçinin “*bu ara bilanço*yu” inceleyeceği ifadelerinin kullanıldığı görülmekle birlikte, kanımızca hükümden bir ara bilanço değil iki ara bilanço çıkarılacağı anlaşılmalıdır. İki ayrı ara bilanço gerektiği görüşünün ilk gerekçesi, teknik olarak, işletmenin devamlılığı ve aktiflerin muhtemel satış fiyatları esaslarının tek bir bilançoda genel kabul görmüş bir gösteriminin mevcut olmamasıdır. İkinci gerekçe, eTTK md. 324’te yer almayan işletmenin devamlılığı esasının 6102 sayılı TTK’da md. 376/3 ile getirilmesidir. Böylece, işletmenin devamlılığına dayanan ikinci bir ara bilanço getirildiği görüşü öğretide kabul görmekte ve gerekçede ifade edilmektedir. Gerekçedeki, “*bu iki bilançonun farklı sonuçlar vermesi*”, “*özellikle işletmenin sürekliliği esasına göre çıkarılan bilançonun olumlu, diğerinin olumsuz olması halinde*”, “*ara bilânçoların denetçi tarafından değerlendirilmesini şart koştuğundan*”, “*ara bilânçoların incelenmesi ve değerlendirilmesi*”, “*bu yönden ikinci bilânçonun yararlı sonuçlar verebileceği düşünülmüştür*” ifadeleri bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda, olası karışıklığı ortadan kaldıracak ve iki ara bilanço arandığını netleştirecek şekilde Kanun metninin yeniden kaleme alınmasını gerektiğini düşünmekteyiz.

(ii) Borca batıklık incelemesi için hazırlanan bilançolar, düzenlenme tarihi ve amacı bakımından ara bilanço niteliğinde özel bilançolardandır. Yıllık (ticari) bilanço, tasfiye bilançoları, iflas bilançosu ve vergi bilançosundan farklıdır.

Düzenlenme amacı, TTK md. 376/3'ün ifadesiyle, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yeterli olup olmadığının anlaşılmasıdır. Gerekçeye göre, işletmenin durumunu ortaya koyulmakta, şirket aktiflerinin şirketin alacaklıların alacaklarını, diğer bir ifadeyle, şirketin borç ve taahhütlerini karşılayıp karşılamadığı belirlenmektedir. Yargıtay'a göre, şirketin güncel alacak ve borç durumu tespit edilmektedir. Sonuç olarak, borca batıklık ara bilançoları ile, şirketin güncel borç ödeme gücü, diğer bir ifadeyle, şirket varlıklarının alacaklıların alacaklarını karşılanıp karşılamadığının gerçekçi bir şekilde ölçülmesi amaçlanmaktadır. Bu bilançolar sonucu ulaşılan sonuç, alacaklıların korunması ilkesi çerçevesinde şirketin iflas etmesi veya etmemesi kararı ile şirketin ayakta tutulması ilkesi doğrultusunda şirketin konkordato sürecine girebilme kararının zeminini oluşturmaktadır.

Yıllık bilanço ister VUK esaslarına ister TFRS esaslarına göre hazırlansın, borca batıklık ara bilançolarından farklıdır. Çünkü bu bilançoların amaçları farklıdır. Bu nedenle, farklı değer ölçütlerine göre değerlendirme yapılmaktadır. Yıllık bilanço, sonuç açıklama bilançosu olup, şirketin son tamamlanan faaliyet döneminin sonucunu ortaya koymaktadır. İhtiyatlılık ilkesi ve maliyet esası hakimdir.

İflas idaresi tarafından düzenlenen iflas bilançosu, malvarlığını tespit bilançosu olup iflasın açılması ile tetiklenen yükümlülükler ve iflas sürecinde ortaya çıkan masraf ve borç kalemleri bu bilançoya dahil edilmekte, iflas tasfiyesinin cebri niteliği gereği paraya çevrilme değerleri nispeten düşük olmaktadır. Borca batıklık ara bilançoları ise şirketin iflasa girmesine gerek olup olmadığını ölçmekte; bilanço tarihi ilkesi gereğince bu tarihten önce tamamlanmış veya başlamış olayların sonuçları bilançoya dahil edilmektedir. İflasın başlatılması ile tetiklenecek yükümlülükler ve iflas tasfiyesi masrafları bilançoda gösterilmemektedir. Bilanço kalemlerinin değerleri, bilanço tarihi itibarıyla güncel değerler olmalı ve piyasa değerlerinin çok altında gösterilmemelidir.

Tasfiye bilançosu, tasfiye memurları tarafından çıkarılan ve şirketin malvarlığını ortaya koyan, bu sırada tasfiye sürecinin masraflarının ve vergilerin dahil edildiği tasfiye sürecinin gerçekleştirmeye yönelik bir bilançodur. İflas tasfiyesinin aksine cebri nitelik ağır basmadığı için aktiflerin satış fiyatlarından değerlendirilmesi nedeniyle

aktiflerin muhtemel satış fiyatları bakımından borca batıklık ara bilançosuna benzeyebilir. Ancak, borca batıklık bilançosunda, tasfiye sürecinin masrafları yer almaz ve değerlemede borç ödeme gücünü ölçme amacı doğrultusunda hareket edilir.

Vergi Usul Kanuna göre çıkarılan bilanço ise vergi matrahını belirlemek amacıyla düzenlenmesi bakımından borca batıklık ara bilançolarından oldukça farklıdır.

Hesaplama kolaylığı, bilanço hazırlama alışkanlıkları veya ek maliyetler ayrı bir borca batıklık bilançosu hazırlamak yerine yeni tarihli bir yıllık bilançonun tercih edilmesi için yeterli gerekçe oluşturmamaktadır. Çünkü, Kanunun öngördüğü hedefe uygun bilanço hazırlanmaması, Kanun hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu da yaşayabilir şirketlerin iflasına veya tersi şekilde, ticari olarak gelecek potansiyeli taşımayan şirketlerin varlığını sürdürmesi, sonuçta kaynakların verimsiz kullanılması anlamına gelebilecektir. Bunun gibi doğru çalışmayan bir sistemde, alacaklıların korunmasını sağlama amacı zedeleneyecektir. Aynı zamanda, şirketin finansallarının sürekli izlenmesi ile öz değerlendirme davranışının yerleşmesinden beklenen sürdürülebilir kârlılık ve güçlü otofinansman gibi amaçların gerçekleşmesi güçleşecektir.

(iii) TTK md. 376/3 Tebliği md. 13'te işaret edilen bilançolar borca batıklık tespitine esas alınmaya elverişli değildir.

TTK md. 376 Tebliği'nin 13. maddesinde borca batıklık durumunun belirlenmesinde TTK md. 88'e göre hazırlanacak finansal tabloların esas alınacağı, finansal tabloların düzenlenmesinde ihtiyari olarak TMS'nin uygulanmasının tercih edilmesi halinde, bahsi geçen durumun bu şekilde hazırlanan finansal tablolar üzerinden değerlendirileceği belirtilmiştir. TTK md. 64/5'e göre, TTK'ya tabi kişiler için finansal tabloların düzenlenmesine ilişkin TTK hükümlerinin, 213 sayılı VUK ile diğer vergi kanunlarına göre mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmediği düzenlenmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı için TTK md. 376/3 hükmü amacı doğrultusunda, borca batıklık incelemesi için ne VUK'a göre ne de TMS'ye göre çıkarılan bilançolar uygundur. Kanun amacına uygun olmadığı için TTK md. 376 Tebliği md. 13 hükmünün uygulanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü, normlar

hiyerarşisi doğrultusundaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına⁶⁶⁷ göre, uygulama esaslarının belirlediği üstün norm (burada Kanun-TTK) hükmüne aykırı olan alt norm hükümlerinin (burada TTK md. 376 Tebliği) uygulanması zorunlu değildir.

(iv) TTK md. 376/3 anlamında mahkemeye iflas bildirimi yükümlülüğünü doğuran ve md. 377 uyarınca Konkordato'ya başvurma hakkı tanıyan borca batıklık, ancak her iki ara bilanço sonucunda şirket varlıklarının borçlarını karşılayamadığı ortaya çıkmışsa mevcut kabul edilmelidir.

Borca batıklık incelemesi için hazırlanan ara bilançolar, dört farklı sonuca yol açabilir. Bunlar her iki bilançonun da matematiksel borca batıklık göstermemesi, işletmenin devamlılığı esasına dayanan ara bilanço matematiksel borca batıklık göstermezken, muhtemel satış fiyatlarına göre hazırlanan bilançonun matematiksel borca batıklık göstermesi veya nadiren de olsa tersi ya da her iki ara bilançoda matematiksel borca batıklık tespit edilmesidir. Kanaatimizce, bu dört olasılıktan yalnızca sonuncusu söz konusu ise, her iki ara bilançoda da matematiksel borca batıklık tespit edilmişse, TTK md. 376/3 anlamında kanuni borca batıklık mevcut kabul edilmelidir. Buna sebep, şirketlerin ayakta tutulması ilkesidir. İşletmenin devamlılığı esasına göre ara bilanço ilk kez 6102 TTK ile yasal sisteme dahil edilmiştir. Önceden beri borca batıklık hesaplamasına tek başına dayanak olan aktiflerin satış fiyatlarının esas alındığı ara bilançonun genellikle işletmenin devamlılığı esasına göre ara bilançodan daha düşük değerde bir sonuç verdiği kabul edilmektedir. Gerekçeye göre de aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi, faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak değerlendirme yapılması demektir. Böyle bir değerlendirme, mevcut finansal durumu zayıf olsa da şirketin, yatırımlarının sonuçlarını ve ileriki yıllarda kâr edilebileceği olasılığını dikkate alarak şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koymaktadır. Kanaatimizce, Kanun koyucu, maddeye bu özellikteki ikinci bir ara bilanço ekleyerek, yaşama ümidi olan şirketin iflas etmesi yerine ticari faaliyetlerine devam etmesini tercih ettiğini ortaya koymaktadır. Maddede öngörülen sırada geri çekilme beyanı/anlaşması da buna delildir. Zira, borca batıklığı fiili olarak ortadan kaldırmayan ve geçici bir etkisi olan bu beyan/anlaşma ile iflas kararının önüne geçilebilmektedir. Öyleyken, halihazırda şirketin aktiflerinin borçlarını karşılayabildiğini gösteren bir bilanço sonucu ortaya konmuşken diğer

⁶⁶⁷ YİBBGK., E. 1993/5 K. 1996/1 T. 22.3.1996.

bilançoda matematiksel borca batıklık olduğundan bahisle kanuni borca batıklık olduğunun kabul edilmesi ve iflas kararı verilmesi, maddenin bütüncül değerlendirilmesi karşısında çelişkilidir. Sonuç olarak, madde metninin yeniden kaleme alınması gerektiği görüşümüzü tekrarlamakta, bu sırada, nihai borca batıklık tespitinin nasıl yapılacağının maddede sarıh şekilde açıklanması gerektiğini savunmaktayız.

(v) İşletmenin devamlılığı esasına dayalı borca batıklık incelemesi ile yeniden yapılandırma sürecinde yapılan şirketin yaşayabilirliğine ilişkin incelemeler arasında bazı örtüşen ve ayrışan noktalar içermektedir. Yeniden yapılandırma sürecinde yapılan şirketin yaşama ümidine dair incelemeler, hukukumuza dahil edilmesi halinde devam öngörüsünün oluşturulmasında dikkate alınabilir.

Yargıtay kararlarına göre, borca batık şirketlerin başvurabildiği iflas erteleme ve kanun değişikliği sonrası getirilen konkordato süreci, içinde bulundukları finansal güçlük durumundan kurtulmaları kuvvetle muhtemel olan sermaye şirketleri ve kooperatifler için öngörülmüş bir hukuki korunma yoludur. İyileştirme önlemi olarak mahkeme içi yeniden yapılandırmada aslolan, şirketin üretim faaliyetlerine devam ederek yaşaması ve borçlarını ödemesi, istihdam sağlaması, milli ekonomiye katkıda bulunmasıdır⁶⁶⁸. Süreç sonunda varılmak istenen hedef, şirketin bilanço sağlığının iyileştirilmesi, tüm borçların ödenmesi gerekmemekle birlikte şirketin borç ödeme konusunda güçlenmesi ve sürdürülebilir bir finansal yapıya kavuşmasıdır⁶⁶⁹. Bu çerçevede, şirketin sermaye ve kârlılığını arttırıcı önlemlere⁶⁷⁰, kısa vadeli borçları uzun vadeye yayılması için borç yapılandırmasına, mali ve ticari borçları azaltıcı yöntemlere başvurulabilmektedir. Kararlarda yapılan incelemelere göre, bu süreçte, şirketin çeşitli verileri bilimsel değerlendirmeye tabi tutulmakta⁶⁷¹; geçmiş yıl kârlılık tutarları ile halihazırdaki kârlılık tutarlarına⁶⁷², finansal analiz tablo ve rasyo oranlarına bakılmaktadır. Değerlendirmede kullanılan ölçütler, likidite oranları, finansal yapı oranları, faaliyet oranları ve kârlılık oranlarıdır. Kararlarda adı geçen ölçütler, varlık borç oranı, cari oran, likidite oranı, nakit oranı, nakış akış durumu, özkaynakların

⁶⁶⁸ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2012/427 K. 2012/1115 T. 16.2.2012.

⁶⁶⁹ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2012/3333 K. 2012/6353 T. 2.11.2012.

⁶⁷⁰ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/7335 K. 2014/8260 T. 18.12.2014.

⁶⁷¹ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2011/5082 K. 2012/2367 T. 27.3.2012.

⁶⁷² T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2015/8804 K. 2016/3700 T. 16.6.2016.

yabancı kaynaklara oranı, yabancı kaynakların varlıklara oranı, sermaye ve kârlılık durumu gibi verilerdir⁶⁷³. Cari oran, bir ticari işletmenin dönen varlıklarının kısa vadeli borçları karşılama gücünü göstermektedir ve 2 ve üzeri değerlere ulaşması tercih edilmektedir. Likitide oranı (asit-test oranı), stoklar dışında dönen varlıkların kısa vadeli borçları karşılama gücünü göstermektedir. Nakit oranı, işletmenin hazır değerlerinin (ve menkul kıymetlerinin) kısa vadeli borçlarını karşılama yeterliliğini ortaya koymaktadır.⁶⁷⁴ Şirketin varlık borç oranı yükseltmek istenmektedir⁶⁷⁵. Bunun için şirketin yabancı kaynaklarının aktif toplamına oranına, diğer bir ifadeyle, kaldıraç oranına bakılmaktadır. Şirketin yeterli öz kaynaklara sahip olması da aranmakta, burada borç öz sermaye oranı önem kazanmaktadır. İşletme sermayesinin durumu gözetilmektedir⁶⁷⁶. Şirketin kârlılığı, önemli bir gösterge niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, iyileştirmede faaliyet dışı gelirlerin ötesinde faaliyetlere dayalı kârlılık oranları değerlendirilmektedir. Şirket bünyesindeki taşınmazların şirkete faydasına bakılmakta, bu açıdan taşınmazın değerinin yanında taşınmazın üzerinde takyidat olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

Yargıtay kararlarına dair yukarıdaki özet inceleme, Yargıtay'ın şirketin yaşayabilirliğini belirlerken göz önüne aldığı amaç, araç ve ölçütleri ortaya koymaktadır. Ancak görüşümüze göre, bunlar, işletmenin devamlılığı bilançosunun yerine geçemeyecektir. İlk neden, çok sayıda oran analizine işaret edilse de yaşayabilirliğin ölçüsü olarak, bu oranları kapsayan standart bir testin oluşturulmamış olmasıdır. Henüz dağınık şekilde, sağlıklı bir finansal durum için gerekli noktalar dikkate alınmaktadır. Şirketlerin kendine özgü özelliklerini de hesaba katmaya imkân tanıyan bütüncül bir test, yaşayabilirlik incelemesi için yol gösterici olması ve hukuk güvenliği, belirlilik bakımından önemlidir. İkinci olarak, yapılan analizlerde gayet yerinde şekilde, bilanço verileri dışında kâr-zarar tablosu gibi diğer finansal tablo verilerinin kullanılmasıdır. Ancak işletmenin devamlılığı esasına dayalı inceleme, mevcut düzenlemeye göre, bilanço üzerinden yapılmaktadır. Son neden ise, yeniden yapılandırma sürecindeki analizlerde mahkeme gözetimi altında yapılan ve alacaklıların bazı haklarının geçici olarak tehir edilmesini içeren önlemler sonrasında şirketin ulaşacağı durumun ölçülmesidir. Bu nedenle, burada, mahkemeye iflas

⁶⁷³ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2013/8782 K. 2014/2288 T. 25.3.2014.

⁶⁷⁴ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2015/3487 K. 2015/5238 T. 3.7.2015.

⁶⁷⁵ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2014/420, K. 2014/4562 T. 13.06.2014.

⁶⁷⁶ T.C. Yargıtay 23. HD., E. 2012/3866 K. 2012/6583 T. 9.11.2012.

bildirimin gerekip gerekmediğini anlamak için gerçekleştirilen ve mahkeme gözetimine girmenin önüne geçen borca batıklık değerlendirmesine nispeten daha katı bir yaşayabilirlik incelemesi olduğunu düşünmekteyiz.

Diğer taraftan, kanımızca, Yargıtay'ın şirketin yaşayabilirliğini belirlerken göz önüne aldığı amaç, araç ve ölçütler, eğer ilk bölümde önerildiği gibi devam öngörüsü kavramı Türk hukukunda kabul edilirse, bu kavramın inşa edilmesi için yol gösterici olabilir.

(vi) Kanunda düzenleme esasları ayrıca gösterilmeyen borca batıklık ara bilançolarının hazırlanma ilkeleri, TTK md. 376/3 hükmünün amacı doğrultusunda tespit edilmelidir.

Ara bilançoların ilkeleri, aralarına kesin sınırlar konulamasa da muhasebe ilkeleri, bilanço tarihi ilkesi, tamlık ilkesi; usul ilkeleri, bireysel değerlendirme, değerlendirme ve yaklaşımlarının izlenebilirliği; değerlendirme ilkeleri, değerlendirme amacının uygunluğu ve gerçekçi değerlendirme olarak belirlenebilir. Bu ilkeler, yıllık bilanço hazırlanmasına temel teşkil etmekte ancak borca batıklık hükmünün özel amacına, şirketin aktiflerinin alacaklılarının alacaklarını karşılama kapasitesinin gerçekçi olarak belirlenmesi amacına göre uyarlanmaktadır.

(a) Bilanço tarihi, her iki ara bilanço için aynı olmalıdır. Bilanço tarihi, muhasebeleştirilecek varlık ve borçlar kalemlerinin belirlenmesinin bir ölçütüdür.

(b) Ara bilançoların içeriğini belirlemede, tamlık ve kullanılabilirlik ilkelerinin rolü büyüktür. Tamlık ilkesi, ticari işletmenin tüm varlıklarının, borçlarının, peşin ödenen giderler ile peşin tahsil edilen gelirlerin, teknik terimle dönem ayırıcı hesapların, bütün gelir ve giderlerin doğru şekilde değerlendirilmiş, ve gösterilmiş olmasını gerektirmektedir. Borca batıklık bilançolarında, ticari bilanço kapsamında tanınmasa dahi bir borç veya alacak niteliği taşıyan bütün aktif ve pasif kalemlere yer verilmelidir. Kullanılabilirlik ilkesi ise borçluya ait olan satışından gelir getirmesi mümkün olan bütün varlıkların aktifleştirilmesini gerektirir.

Tamlık ilkesinin bir uzantısı alan aktifleştirme yasağı, borca batıklık bilançolarında, yıllık bilanço amaç ve esasına göre uygulanmamalıdır. **Buna göre, yıllık bilanço amacı nedeniyle aktifleştirilmeyen veya aktifleştirilemeyen kalemler, borca batıklık hesaplamasının amacı doğrultusunda ve tamlık,**

kullanılabilirlik ve aktifleştirme ilkeleri çerçevesinde, varlık ve yükümlülük niteliği taşıyorsa aktifleştirilmelidir. Hesapların sadece yıllık bilançodaki genel çalışma şekline/işlevlerine değil hesaba kaydedilen işlemlerin borca batıklık incelenmesinde borç ve alacak kalemine dönüşüp dönüşmeyeceğine önem verilmelidir. Üçüncü kişilere karşı borç niteliğinde olan ve şirkete ekonomik yük getiren ve ölçülebilir yükümlülükler bilançoya kaydedilmeli, vadesi gelen borçların yanında koşullu, vadesi gelecek veya ertelenmiş yükümlülükler dahil edilmelidir.

(c) Yıllık bilançoya hâkim olan bireysel değerlendirme ilkesinin borca batıklık bilançolarına ne ölçüde uygulanabilir olduğu tartışmalıdır. Bu ilke, varlıklar ve borçların teker teker kaydedilmesi ve değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Teker teker değerlendirme, şeffaflığın sağlanması amacı taşısa dahi borca batıklık hesaplamasının amacı ile her zaman uyuşmamaktadır. Çünkü, amaç, şirketin borç ödeme gücünü en doğru şekilde tespit etmektir. Bunun için varlıkların değeri olduğundan ne düşük ne de yüksek gösterilmelidir. Ancak sinerji etkisi nedeniyle, varlıkların toplu şekilde değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan değer, varlıkların bireysel değerlerinin toplamından yüksek olabilmektedir. Bu açıdan, toplu paraya çevrilmesi ihtimali bulunan varlıkların ayrı ayrı değerlemesinin yapılması borç ödeme yeteneğinin olduğundan zayıf kabul edilmesine yol açabilecektir. Bu, alacaklı korumasına hizmet etmediği gibi yaşayabilir şirketin iflası etmesi riskini de doğurabilecektir. Bireysel değerlendirme ilkesinin borca batıklık bilançosunda uygulanabilirliğini şüpheye düşüren bir diğer husus ise, bilanço varlıklarının bireysel süreklilik değerini tespit etmenin mümkün olup olmadığıdır.

Kanaatimizce, gerek aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre gerekse işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançolar hazırlanırken, borca batıklık hesaplamasının amacına uygun olarak varlıkların bütüncül değerlemesi yapılabilir. Nitekim, toplu değerlemenin örneklerini hem TTK'da hem İİK'daki gönüllü tasfiyede ve iflas tasfiyesinde görmek mümkündür. İİK md. 241'de iflas tasfiyesi sırasında yapılan bu satışta işletmenin devamlılığının ve ekonomiye olan katkısının gözetilmesi gereğine işaret edilmiş ve maddenin 3. fıkrasında, ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar ile bu mal ve hakları bünyesinde bulunduran işletmelerin bir bütün olarak satılabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, İİK md. 111/a hükmüne göre, borçlu, haczedilen malının rızaen satışı için yetkilendirilebilecektir. Böylece, cebri satış işlemleri nedeniyle oluşabilecek değer kaybı azaltılabilecektir. TTK md. 538'e göre,

tasfiye sürecinde, genel kurul kararı alınması gibi kanuni şartlar yerine getirilerek önemli miktarda aktiflerin toptan satılması mümkündür.

Sonuçta, yasal sistemde toplu ve bütün satışlara izin verilebiliyorken, borca batıklığın hesaplanmasında da şirket varlıklarının alacaklıların alacaklarını karşılayıp karşılanmadığının ölçülmesindeki gerçekçi olan yöntem bu ise, bütüncül değerlemeye izin verilmelidir. Bununla birlikte, şirketin devamı için artık ihtiyaç duyulmayan varlıklar, toplu değerlemede açısından yükseltici etkiye sahip değillerse bireysel olarak gösterilebilirler. Borç ödeme gücünün nasıl hesaplandığı doğru değerlendirme yapmak için önemlidir. Doğru bir değerlendirmeyi sağladıktan sonra hangi yöntemin kullanıldığı ise önemli değildir. Ancak nihayetinde, alacaklılar açısından önemli olan alacaklarının ödenmesidir. Alacaklı koruması için de asıl mesele, bireysel değerlendirme yöntemine bağlı kalınması değil, borçlu şirketin borç ödeme gücünün gerçekçi şekilde belirlenmesidir.

(ç) Borca batıklığın belirlenmesi amacıyla yapılan değerlendirme, belgelere dayalı, ilgili uzman kişilerce objektif olarak anlaşılabilecek nitelikte olmalıdır. Bireysel veya bütüncül değerlendirme ile bağlantılı olarak mümkün olduğu ölçüde, tamlık ilkesinin de bir uzantısı olan mahsup yasağı gereğince bütün aktif ve pasif kalemler açıkça ortaya konmalıdır.

(d) Borca batıklık değerlendirmesinin amacı, borçları karşılama kapasitesi ölçülerek şirketin varlığını sürdürme şansının olup olmadığını veya piyasadan çekilmesinin ve iflas yoluyla zorunlu tasfiyenin gerekip gerekmediğinin gerçekçi şekilde ortaya konmasıdır. Bu yönde, alacaklıların korunması ilkesi gözetilmeli, yaşayabilir şirketlerin ayakta tutulması amacı ihmal edilmemelidir.

(e) Borca batıklık hesaplamasının amacıyla uyumlu gerçekçi değerlendirme yapılmalıdır. Bilanço kalemleri, yıllık bilançodaki gibi maliyet esasına göre değerlendirilmediği gibi bilanço tarihindeki değerleri belirlenirken tahsilat riskleri de dikkate alınmalıdır. Bu amaç doğrultusunda, örneğin şirketin tazminata maruz kalma ihtimalinin bulunması halinde, raporlama tarihinden önce meydana gelen olaylar için karşılık ayrılması gerekmektedir.

(vii) Finans literatüründe çoğunlukla şirket değerlemesi başlığı altında incelenen değerlendirme konusuna, bu tezde, borca batıklık incelemesi amacı

doğrultusunda ve bütüncül değerlendirme bağlamında değinilmektedir. Dolayısıyla, kastettiğimiz şirketin değerlendirilmesi değil, şirkete ait işletmenin değerlendirilmesidir.

Değerleme konusu, hukuk ve finans alanının bir kesişme noktasıdır. Özellikle borca batıklık bilançoları bağlamında bütüncül değerlemeye yer verilmesi bu tezde savunulan bir yaklaşımdır. Esasen bütüncül değerlendirme, Türk hukukunun yabancı olduğu bir uygulama değildir. Özellikle, ortaklıktan çıkma halinde, boşanma durumunda mal paylaşımı sırasında eşlerin varsa ortağı oldukları şirketlerdeki paylarının değerinin belirlenmesinde, Yargıtay kararlarına da konu olan şirket değerlemesi yapılmaktadır. Ancak borca batıklık hesaplamasının amacıyla bağlantılı dikkat edilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Şirket değerlemesi, değerlendirme sonucunda paraya çevrildiğinde pay sahiplerine aktarılacak bir değeri tespit etmektedir. Ancak sınırlı sorumluluk kuralına göre, pay sahipleri, şirketin alacaklılarına karşı şirketin borçlarından dolayı sorumlu değildir. Dolayısıyla, şirket değerlendirme sonucunda elde edilecek tutar, borca batıklık hükmünün amacına aykırı şekilde alacaklı koruması için kullanması mümkün olmayan bir tutardır. Oysa, tezimizde önerdiğimiz bütüncül değerlendirme, aslında şirketin değil şirkete ait işletmenin değerlemesine işaret etmektedir. Zira, işletmenin değerlendirilmesi, değerlendirme sonucunda paraya çevrildiğinde şirkete aktarılacak olan bir değeri tespit etmektedir. Şirketin elde ettiği gelir ise alacaklıların alacaklarını karşılamak için kullanılabilir. Çünkü, alacaklılar, alacaklarının tahsili için şirket malvarlığına başvurabilmektedirler.

(viii) Borca batıklık hükmünün amacı çerçevesinde gerçekçi bir şekilde şerefiyenin de aktifleştirilmesi kabul edilebilir. Bu bakımından yıllık bilançodaki şerefiyeye yönelik aktifleştirme yasağı, borca batıklık bilançoları açısından bağlayıcı olmayabilir.

Şerefiye, TFRS-3 İşletme Birleşmeleri Standardında, tek olarak tanımlanamayan ve ayrı olarak kaydedilemeyen bir işletme birleşmesinde edinilmiş diğer varlıklardan kaynaklanan gelecekteki ekonomik fayda olarak; TMS 38'e göre, bir işletme birleşmesinde elde edilen, bireysel olarak tespit edilmeyen veya ayrı olarak muhasebeleştirilmeyen diğer varlıklardan kaynaklanan gelecekteki ekonomik yararları ifade eden bir varlık olarak ve UDS 200 İşletmeler ve İşletmedeki Paylar Varlık standardında, işletmenin değerinin işletmede kayıtlı veya kayıtlı olmayan net maddi varlıklar ve tanımlanabilir maddi olmayan varlıkların toplamından büyük olması halinde, fazla değer, genellikle işletmenin sürekliliği değeri şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu tanımlara göre şerefiyenin temel özellikleri, işletmenin gelecekteki ekonomik faydasına işaret etmesi ve tek başına tanımlanabilir olmamasıdır. Şerefiye, şirketin bütün değerinin, tanımlanabilir varlıkların toplam değerini aşan kısmı olan fazla değere karşılık gelmektedir. Şirketin belirlenebilir varlıklarının etkileşiminden doğan ve şirketin kârlılığına ve devamlılığına etki eden ancak tanımlanamayan, dolayısıyla ayrı olarak değerlendirilemeyen ve bilançoda gösterilmeyen unsurlar şerefiyeyi oluşturmaktadır.

Gerek işletmenin içinde oluşturulan orijinal şerefiye gerekse satın almalar yoluyla elde edilen türev şerefiye, yıllık bilançodaki aktifleştirme yasağı kısıtına takılmadan borca batıklık bilançolarında muhasebeleştirilebilir. Yıllık bilançodaki aktifleştirme yasağı, bu bilançonun amacına uygundur; zira bu yasakla, gerçekleşmemiş kârların gösterilmesi veya değerlemede kötüye kullanma yollarının önlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak, borca batıklık tespitinde önemli olan şirketin varlıklarının yükümlülüklerini karşılayıp karşılamadığının ölçülmesidir. Bu bakımdan, borca batıklık bilançolarında aktiflerin tanınmasının genel ölçütü, yıllık bilançodan farklı olarak şirketin borçlarını karşılama potansiyeline sahip olup olmadıklarıdır. Aynı ölçüt, şerefiyenin tanınması konusunda da geçerlidir. Çünkü, şirketin borç karşılama potansiyelinin sadece olduğundan fazla değil olduğundan az gösterilmesi de alacaklıların korunması lehinde olmayacaktır. Böylesi bir hesaplama, yaşama ihtimali taşıyan bir şirketin iflası sonucuna götürebilecektir. Sonuç olarak, kanaatimizce, şerefiye, makul ve gerçekçi güncel borç ödeyebilirlik gücünün tespiti açısından, alacaklıların alacaklarını karşılamada potansiyelinin olduğunun varsayılması durumunda borca batıklık bilançosunda yer alabilmelidir.

Şerefiye aktiflerin muhtemel satış fiyatları bilançosunda, somut bir satış fırsatının varlığı şartına bağlı olarak muhasebeleştirilmelidir. Çünkü, şerefiye, bağımsız olarak pazarlanabilirliğe sahip değildir. Buna karşın şerefiyenin aktifleştirilmesi, şerefiyenin alacaklılar için borç karşılama potansiyeline katkısının somut olarak kanıtlanması halinde haklı gösterilebilir. Bu da işletmenin tamamının satışından veya münferit kısımlarının toplu halde satışından net aktif değer in ötesine geçen bir ek gelir beklenebilmesi halinde mümkündür. Söz konusu ek gelirin gerçekten mümkün olacağının, şerefiyenin nakde çevrilebilirliğinin kanıtlanabilmesi için somut bir satış fırsatının mevcut olması ve potansiyel bir alıcının açıklandığı üzere bunun için ek bir miktar ödemeye hazır olması gerekmektedir.

Şerefiyenin, işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançoda ise, işletme veya veya bazı kısımları için somut bir satın alma teklifine gerek olmadan aktifleştirilebileceği görüşüne katılmaktayız. Buna göre, işletmenin bütüncül değerlemesi neticesinde çıkan değerde, işletmenin net aktif değerini aşan fazla bir değer tespit edilmişse, bu fazla değer, borca batıklık ara bilançosunda şerefiye kalemi altında aktifleştirilmelidir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCA BATIKLIĞI TESPİT BİLANÇOSUNUN DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR

§ 8 BORCA BATIKLIĞI MAHKEMEYE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I- Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu madde 376/3'e göre, mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmak için şirket varlıklarının muhtemel satış değerlerine ve işletmenin sürekliliği esasına göre çıkarılan ara bilançodan şirketin borca batık olduğu tespit edilmelidir.

Ara bilançolar, borca batıklık şüphesini uyandıran işaretler varsa çıkarılır. Bununla birlikte, bilançoların düzenlenmesi için belli bir süre öngörülmemiştir. Halka açık şirketler bakımından ise Sermaye Piyasası Kurulunun 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı Kararına göre borca batıklık şüphesinin çıkmasını takiben 30 gün içinde ara bilançolar hazırlanmalıdır.

Kanun koyucu, ara bilançolardan borca batıklığın tespit edilmesi halinde, mahkemeye iflas bildirimini zorunlu kılmaktadır. İflas bildiriminin gerekçesi, şirketin borca batıklık içinde olmasıdır. Kanaatimizce, iflas bildiriminden bağımsız borca batıklık bildirimi şeklinde ayrı bir bildirim bulunmamaktadır⁶⁷⁷.

Borca batıklık bildiriminin ne zaman yapılacağına dair, eTTK md. 324'te, bildirimin derhal yapılacağı düzenlenmişti. TTK md. 376/3'te bu konuda, açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde, İİK'da da bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde, yönetim kurulu, özen yükümlülüğü çerçevesinde görevini tedbirli bir yöneticinin özeniyle ve şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun gözeterek yerine getirmelidir (TTK md. 369). Buna göre, yönetim kurulu, iki ara

⁶⁷⁷ Bir görüşe göre, borca batıklık bildirimi tasavvur açıklamasıdır. Borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi yeterlidir. İrade açıklamaları belli bir sonuca yönelirken tasavvur açıklamalarında buna gerek bulunmaz. Bildirimde bulunanın iradesinin belirli bir hukuki sonuca yönelmesine gerek yoktur. Borca batıklık bildiriminin sonuçları doğrudan doğruya yasa tarafından öngörülmüştür. Bkz. Türk, **Borca Batıklık**, s. 275, GÖNCÜ DÖNER Munise Seray, Anonim Ortaklığın Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Konkordato Yoluyla Önlenmesi, Ankara 2022, Seçkin Yayıncılık, s. 40-41. Konuyla ilgili görüşümüz için bkz. Üçüncü bölüm, § 9-V-G.

bilanço hazırlayıp borca batıklığı tespit ettikten sonra makul süre içinde bildirimde bulunmalıdır.⁶⁷⁸

Mukayeseli hukukta borca batıklık bildirimine ilişkin açık süreler belirlenmiştir. Alman hukukunda borca batıklığın başlamasından itibaren altı hafta içinde mahkemeye iflas başvurusunda bulunmak gerekmektedir. Bu azami süre, daha önce, geçici olarak, 31 Aralık 2023'e kadar altı haftadan sekiz haftaya çıkarılmıştır. 1 Ocak 2024 itibariyle, iflas başvurusunda bulunmak için azami süre eskisi gibi altı hafta ile sınırlanmaktadır.

İsviçre hukukunda borca batıklığın makul bir süre içinde, ancak denetlenen ara dönem finansal tablolarının hazır olmasından itibaren en geç 90 gün içinde giderilebileceğine dair somut ve makul bir ihtimal varsa bildirimden kaçınılabilmektedir. Ancak, yönetim kurulunun yasal şartlar oluşmasına rağmen iflas hakimine bildirimde bulunmaması durumunda denetçiler, iyileştirme önlemlerini başlatması veya bilançoyu mahkemeye sunması için yönetim kuruluna makul bir süre verebilmektedir. Denetçiler yönetim kurulunu bu makul süre içinde ve kendi yardımcı yetkilerine göre değerlendirmeli ve bu süre açık borca batıklığın olduğunun tespit edilmesinden itibaren 4 ila 6 haftayı aşmamalıdır.⁶⁷⁹

II- Bildirimde Bulunacak Kişi ve Organlar

A- Yönetim Kurulu

Türk Ticaret Kanunu m. 376/3 uyarınca şirketin borca batık olması nedeniyle durumun mahkemeye bildirimini ve iflas istenmesi, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerindedir (Türk Ticaret Kanunu m. 375/1-g). Yönetim kurulu, kendisine atanan görev ve yetkileri, ayrıca belirtilmesine gerek olmaksızın kurul halinde aldığı bir karara dayanarak şirket adına kullanır. Öyleyse, şirketin borca batık olduğuna ilişkin olarak mahkemeye yapılacak bildiriminin geçerliliği için bir yönetim kurulu kararına dayanmasının zorunlu olup olmadığı ve eğer bir yönetim kurulu kararı alınmaksızın mahkemeye bildirim yapılmışsa mahkemenin nasıl karar vermesi gerektiği meselesi ortaya çıkmaktadır.

⁶⁷⁸ Göncü Döner, s. 40.

⁶⁷⁹ İsviçre hukukunda borca batıklık tespit edilmesi halinde mahkemeye bildirim sürelerine ilişkin bkz. Güvenir, s. 25-27, dp. 58.

Öğretide, borca batıklığı mahkemeye bildirme görevi ve yetkisi organ olarak yönetim kuruluna verildiğinden, bu yetkinin ancak organ olarak kullanılabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin iflas bildirimini yetkisini münferiden kullanamazlar.⁶⁸⁰

6762 sayılı Kanun döneminde, Yargıtay'ın incelediği bir davada⁶⁸¹, limited şirket adına davacı vekili, şirketin pasifinin aktifinden fazla olduğu gerekçesiyle, İİK'nın 179/1 ve Türk Ticaret Kanunu'nun 546. madde yollamasıyla 324. maddesi uyarınca davacı şirketin iflasına karar verilmesini talep etmiştir. Davacı şirketin ortakları ise davaya müdahil olarak, iflas kararı alınmasına karşı çıkmış, davanın reddi taleplerini, iflas davasının açılması kararını içeren bir yönetim kurulu kararının olmadığı, şirket borçlarının bilançosunda gerçeğe aykırı olarak fazla gösterildiği ve daha önce davacı şirkete ilişkin verilmiş iflas kararının Yargıtay tarafından bozulduğu sebeplerine dayandırmışlardır. Yerel mahkeme, davacı şirket ortaklar kurulunun iflas istemi yönünde bir karar almadığını belirtmiş, Türk Ticaret Kanunu'nun 546. maddeyle atıf yapılan 324. madde hükmünce şirketin iflasının istenmesi için bir yönetim kurulu kararı olması gerektiği gerekçesiyle ortakların talebini kabul ederek davanın reddine karar vermiştir. Davacı şirket tarafından temyiz edilen karar Yargıtay tarafından onanmış⁶⁸², karar düzeltme talebi de reddedilmiştir.

Yargıtay'ın başka bir kararına göre, iflas bildiriminde bulunulması için şirketin yönetim organının karar alması ve vekaletnamede buna ilişkin yetkinin bulunması gerekmektedir⁶⁸³. Yargıtay bir kararında ise bir yönetim kurulu üyesinin şirketi tek başına temsil ve ilzama yetkisinin olmadığı gerekçesiyle, şirketin iflasını talep yetkisine sahip olmasına hükmetmiştir⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 159; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 46; Kayar, **Mali Durumun Bozulması**, s. 170

⁶⁸¹ T.C. Yargıtay 23. HD., 2015/9302 E., 2017/1243 K.

⁶⁸² 23. HD., 18.09.2015 Tarihli 2014/6349 E., 2015/5990 K.

⁶⁸³ T. C. 23. HD., E. 2014/420, K. 2014/4562 T. 13/6/2014.

⁶⁸⁴ T.C. Yargıtay 23. HD E. 2015/9331 K. 2017/878 T. 21.3.2017. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: *“Davacılar vekili, vekil edenlerinden ...'nin %42 oranla davalı şirketin azınlık pay sahibi olduğunu, diğer davacının ise yönetim kurulu üyesi olduğunu, davalı şirketin, bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanan mali durumunun tespit edildiği raporda, mali durumun kötüye yöneltildiği, şirketin içinin boşaltıldığı ve şirketin özvarlığının sonraki yıl bir önceki yıla göre yaklaşık yarısını kaybedeceğini, davalı şirketin borca batık olduğunu ileri sürerek iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Öte yandan, şirketi temsil edebilecek sayıda yönetim kurulu üyesinin iflas bildirimi yetkisini kullanabilecekleri ve eğer temsil yetkisi tek bir yönetim kurulu üyesine bırakılmışsa, bu durumda o üyenin tek başına bildirimde bulunabileceği ileri sürülmüştür⁶⁸⁵. Diğer bir görüş, yönetim kurulu üyelerinden birinin borca batıklık durumunu yönetim kurulu kararı olmaksızın mahkemeye bildirmesi için istisnai olarak aktif dava ehliyetinin olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, yönetim kurulunun toplanamaması ya da toplandığı halde herhangi bir karar alamaması ihtimalleriyle sınırlı olarak, İİK md. 354/a'daki cezai yaptırım ve menfaatler dengesi dikkate alınarak bu yetkinin tanınması gerektiği öne sürülmektedir.⁶⁸⁶

Kanaatimizce, borca batıklık nedenine dayalı iflas bildiriminde bulunmak yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden olduğu için yönetim kurulu bu konuda tam anlamıyla bir kurul organ vasfıyla⁶⁸⁷ hareket etmelidir (TTK md. 375/1-g). Bu bağlamda, yönetim kurulu üyesinin tek başına iflas bildiriminde bulunma yetkisi bulunmamalıdır. Şirketin varlığına yönelik kritik bir konuda kurulun ortak hareket etmesi önemli taşımaktadır. Yönetim kurulu üyeleri karşılaşılabilecekleri sorumluluk risklerini kanundan kaynaklanan hak ve yetkilerini kullanmaları halinde bertaraf edilebilir. Örneğin, TTK md. 392/7'ye göre, her üyenin başkandan kurulun toplantıya çağrılmasını talep etme hakkı vardır. Ayrıca, TTK md. 390/4 uyarınca, yönetim kurulu toplanmadığı veya üyelerden hiçbiri toplantı talep etmediği takdirde, üyelerden biri iflas bildirimiyle ilgili önerisini tüm üyelere ileterek ve hükümde öngörülen nisapta yazılı onay alarak yönetim kurulu kararı çıkarabilir. Yönetim kurulu üyeleri, TTK md.553/1 uyarınca kusur sorumluluğuna tabidir. Bu çerçevede, üyelerin gerekli adımları atmaları halinde sorumlu tutulmamaları mümkündür.

Davalı vekili, davacıların TTK'nın 376. Maddesi uyarınca iflas talebinde bulunmaya yetkilerinin bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemeye iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacı ...'ın şirketi tek başına temsil ve ilzama yetkisinin olmadığı, davacıların açtığı bu davada aktif husumet ehliyetine haiz bulunmadıkları gerekçesiyle, aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle davacı ...'nin gerek 6102 sayılı TTK'nın 376. maddesine ve gerekse İİK'nın 179. maddesine göre şirketin iflasını talep edebilecek kişilerden olmamasına göre, davacılar vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde görülmemiştir."

⁶⁸⁵ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 159.

⁶⁸⁶ Coşgun Yıldırım, s. 282-283; Karaman Coşgun, **Sermaye Kaybı-Borca Batıklık**, s. 221, dp. 83.

⁶⁸⁷ ALTAY Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2011, (**Sorumluluk**), s. 261.

İİK md. 345/a hükmünde, “idare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler”in cezai yaptırıma tabi tutulması hususuna gelindiğinde, daha evvel TTK md. 376/3, İİK md. 179/1 ve İİK md. 345/a hükümleri bağlamında iflas bildirimi ile ilgili yaptığımız açıklamalar⁶⁸⁸ doğrultusunda, TTK hükümlerinin bu konuda İİK hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşıdığı kanaatindeyiz. İflas bildirimiyle ilgili yetki ve sorumluluğun, TTK iç sistemine uygun olarak belirlenmesi gerektiğinden, yönetim kurulu üyelerine, tek başına temsil yetkisine dayanarak münferiden bildirim görevi verilmesinin TTK’ya uygun olmadığını düşünüyoruz.

B- Tasfiye Memurları

TTK md. 542/1-c’ye göre, tasfiye memurları, şirket borçları şirket varlığından fazla olduğu takdirde durumu derhâl şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine bildirmekle yükümlüdürler.

İİK md. 179’a göre, şirket tasfiye hâlinde ise tasfiye memurlarının şirketin borca batıklığını bildirebileceği düzenlenmiştir.

C- Alacaklılar

Alacaklıların, borca batıklık sebebiyle şirketin doğrudan doğruya iflasını mahkemeden talep etme yetkisi İİK md. 179’da tanınmıştır. Bir şirket alacaklısının borca batıklık nedeniyle iflasını isteyebilmesi için alacağın muaccel hale gelmesi gerekmez, mevcut bir alacak bulunması yeterlidir⁶⁸⁹. TTK md. 377’de de herhangi bir alacaklının TTK md. 376/3 uyarınca borçlunun iflasını ve iflasla birlikte konkordato talep edebileceği düzenlenmiştir. Alacaklıların borca batıklığı mahkemeye bildirerek iflas talep etmeleri, sadece bir yetki niteliğindedir.

D- Pay Sahipleri

Pay sahiplerine, şirketin borca batık halde olduğunu mahkemeye bildirmeleri ve şirketin iflasını istemeleri için TTK veya İİK’da açık bir yetki verilmemiş, hak

⁶⁸⁸ Bkz. Birinci Bölüm, 4-IV-A başlığı.

⁶⁸⁹ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 48-49. Atalay, **İflas**, s. 69.

tanınmamıştır. Bununla birlikte pay sahipleri/ortaklar, davaya müdahil olabilmektedirler⁶⁹⁰.

Yargıtay'ın bir kararında, TTK'nın md. 376/3 ve İİK'nın md. 179 hükümlerine uyarınca, pay sahiplerinin şirketin iflasını talep edebilecek kişilerden olmadığına hükmetmiştir. Kararda, davalı şirketin iflası isteminde bulunan davacılar, şirketin %42 oranla payına sahip olan azınlık pay sahibi ile bir yönetim kurulu üyesidir. Uyuşmazlık nedeni, bağımsız denetim kuruluştan tarafından hazırlanan mali durumunun tespit edildiği rapora göre şirketin borca batık olması, şirketin durumunun daha kötüye yönetilmesi, şirketin özvarlığının sonraki yıl bir önceki yıla göre yaklaşık yarısını kaybedecek olması ve şirketinin içinin boşaltılmasıdır. Bu gerekçeyle, davacılar, TTK md. 376/3 uyarınca iflas isteminde bulunmuşlardır. Ancak Yargıtay, davacı yönetim kurulu üyesinin şirketi tek başına temsil ve ilzama yetkisinin olmadığı, davacıların iflas talebinde bulunmak için aktif husumet ehliyetine haiz bulunmadıkları gerekçesiyle, aktif husumet yokluğu nedeniyle talebi reddetmiştir.⁶⁹¹

Yargıtay'ın 1967 tarihli bir kararında, pay sahiplerinin münferit olarak borca batıklık sebebine dayalı iflas bildiriminde bulunamayacakları ancak ittifak halinde bu bildirimde bulunabilecekleri belirtilmiştir⁶⁹². Öğretide, pay sahiplerinin tek başına veya ittifak halinde bu durum nedeniyle mahkemeye başvurma yetkisine sahip olmadıklarını belirtmektedir⁶⁹³.

E- Denetçiler

Türk hukukunda, genel olarak, bütün şirketler zorunlu kanuni denetime tabi olmayıp, yalnızca Cumhurbaşkanlığı Kararıyla belirlenen şirketler bağımsız denetime tabidir⁶⁹⁴. Şirketlerin TTK m. 376/3 hükmü veya diğer bir kanun maddesinde borca

⁶⁹⁰ 23. HD., 2015/9302 E., 2017/1243 K.

⁶⁹¹ T.C. Yargıtay 23. HD E. 2015/9331 K. 2017/878 T. 21.3.2017.

⁶⁹² Y. İİD. 7.12.1967, E. 11276, K. 11265 (OLGAÇ Senai, İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, II, İstanbul 1974, s. 1297)'den aktaran: SAYHAN İsmet, Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, S. 1, Haziran 2005, ss. 77-121. (eTTK md. 324/2), s. 88.

⁶⁹³ Sayhan, TTK md. 376/3, s. 159.

⁶⁹⁴ 06/04/2024 tarihli ve 32512 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararıyla, 2022 tarihli 6434 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda yapılan temel değişikliklerle birlikte genel denetim ölçütleri yeniden belirlenmiştir. Söz konusu değişiklik uyarınca, herhangi bir özellikli durumu olmayıp genel denetim ölçütlerine tabi olan

batıklık özelinde denetimi ve denetçilerin görevlerini ele alan özel bir düzenleme çalışmanın tamamlandığı tarih itibarıyla bulunmamaktadır. Oysa denetim, borca batıklık sürecinin TTK md. 376/3 hükmünün amacı doğrultusunda yürütülmesi için önemlidir. Bu açıdan, bilhassa şu üç meselenin incelenmesi gerekir: İlki, borca batıklık şüphesi varsa yönetim kurulunun hazırlayacağı ara bilançoların ayrıca bir denetçi tarafından incelenmesinin gerekip gerekmediği; ikincisi, denetçi ara bilançolardan şirketin borca batık halde olduğu kanaatine varmışsa ancak yönetim kurulu tersi düşüncede olup borca batıklığı mahkemeye bildirmezse, denetçinin bildirim yükümlülüğünün olup olmadığı; denetçinin bir bildirim yükümlülüğü varsa veya olmalıysa, bu yükümlülüğün yönetim kurulunun bildirim yükümlülüğü ile ilişkisi ne olduğu; son olarak üçüncüsü, denetçilerin borca batıklığı tespit etmeleri halinde mahkemeye bildirim halinde genel kurulu toplantıya çağırarak veya benzeri görevleri olup olmadığı hususudur.

İlk olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 27846 sayılı 14 Şubat 2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlandığı ilk halinde⁶⁹⁵, 376'ncı maddenin üçüncü fıkra hükmü, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretlerin varlığı halinde yönetim kurulunun zorunlu olarak çıkaracağı ara bilançoları daha sonra denetçiye vermesini ve denetçinin de yedi iş günü içinde bilançoları inceleyerek yönetim kuruluna değerlendirme ile önerilerini rapor olarak sunması şartını düzenlemekteydi. Fakat, 28339 sayılı 30 Haziran 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair

şirketlerden, aşağıda belirtilen yeni ölçütlerden en az ikisinin eşik değerini tek başına veya bağlı ortaklık ve iştirakleriyle birlikte art arda 2022 ve 2023 hesap dönemlerinde aşanlar 2024 hesap dönemi için bağımsız denetime tabi olacaktır.

Aktif Toplamı: 150 milyon TL ve üzeri, Yıllık Net Satış Hasılatı: 300 milyon TL ve üzeri, Çalışan Sayısı: 150 kişi ve üzeri., KGK Duyurusu- Tarih: 16/4/2024 Sayı: 2024-26, <https://www.kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/4986/Bağımsız-Denetime-Tabi-Şirketlerin-Belirlenmesine-Dair-Cumhurbaşkanı-Kararında-Değişiklik-Yapılmasına-İlişkin-Karar-Resmi-Gazetede-Yayımlanmıştır->

⁶⁹⁵ 27846 sayılı 14/02/2011 tarihli RG'de yayımlanan TTK m. 376/3 hükmünün ilgili cümleleri şu şekildeydi: "(3) Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilanço, en çok yedi iş günü içinde inceler ve değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunar. ..."

Kanun’la getirilen geniş çaplı değişiklik kapsamında, bu Kanunun 16’ncı maddesi⁶⁹⁶ ile TTK m. 376’nın üçüncü fıkrasında değişiklik yapılarak ara bilançoların denetçi incelemesine sunulması şartı kaldırılmıştır. Maddenin gerekçesinde, düzenlemenin bağımsız denetçinin göreviyle uyuşmaması nedeniyle kaldırıldığı açıklanmıştır⁶⁹⁷. Böylece, ara bilançoların denetimine ilişkin bir düzenleme kalmamıştır.⁶⁹⁸

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde de denetçiler kural olarak ortaklığı dış ilişkide temsile yetkili olmadıkları gibi (eTTK m. 341), borca batıklık bakımından buna istisna getiren bir yasa hükmü de bulunmamaktaydı.⁶⁹⁹ Ancak, denetçiler sadece şirket hesaplarını değil, yönetim kurulunun kanun ve esas sözleşmeye uygun davranıp davranmadığını denetleme ile zorunlu ve ivedi hallerde genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma yetkilerini haiz idiler (eTTK m. 353b/10, 354). Bu nedenle öğretide, denetçilerin borca batıklık şüphesi bulunması durumunda, yönetim kurulunun borca batıklık bilançosu düzenleyip düzenlemediğini denetlemek zorunda oldukları, tespit edilen borca batıklığa rağmen harekete geçmeyen yönetim kurulunu uyarmaları⁷⁰⁰ ve yönetim kurulu uyarıya rağmen borca batıklık bildiriminden kaçınırsa, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırarak⁷⁰¹, yönetim kurulunun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçındığını belirtmeleri gerektiği ifade edilmekteydi. 6102 sayılı TTK’da ise sadece bağımsız dış denetim öngörülmüş olup denetçilerin başlıca görevi şirket yılsonu finansal tabloları incelemekten ibarettir (TTK m. 399). Bu durumda bağımsız denetçilerin borca batıklık şüphesi üzerine m. 376/3’re

⁶⁹⁶ 28339 sayılı 30/06/2012 tarihli RG’de yayımlanan 6335 sayılı Kanunun 16 madde hükmü şöyledir: “MADDE 16 – 6102 sayılı Kanunun 376 ncı maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “(3) Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, ...”

⁶⁹⁷ 6336 sayılı Kanun 16. madde gerekçesi tek bir cümleyle ifade edilmiştir: “Madde 16- Madde ile, bağımsız denetçinin göreviyle de uyuşmayan düzenleme kaldırılmıştır.”

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-c53b-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6335#step-2>.

⁶⁹⁸ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ maddelerinde de ara bilançoların denetçi tarafın incelenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁶⁹⁹ Nitekim borca batıklık düzenlemesinin yer aldığı eTTK m. 324’te bu yönde bir ifade bulunmamaktadır. “III - İdare vazifeleri: 1. Şirketin mali durumunun bozulması halinde: (...) Şirketin aktifleri şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkeme bu takdirde şirketin iflasına hükmeder. (...)”

⁷⁰⁰ Türk, **Borca Batıklık**, s. 282.

⁷⁰¹ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 160.

öngörülen ara bilançoyu düzenlemeleri, bu hususta yönetim kurulunu uyarmaları ve genel kurulu toplantıya çağırımları mümkün olmayacaktır.⁷⁰²

TTK'da kapsamında denetçi organ olmaktan çıkarılmıştır. Bağımsız denetçiler de organ olarak kabul edilmemektedir. Denetçinin şirketle arasındaki hukuki ilişki sözleşmesel ilişkisi niteliğindedir⁷⁰³.

Ara bilançoların şirket dışı denetçilerin incelemesine sunulması, hem şirketin hem de alacaklıların korunması için gerekli bir araçtır. Zira, yönetim kurulu, ara bilançolara dayanarak borca batıklık bildiriminde bulunup bulunmama kararı alacaktır. Bu karar, bir yandan ara bilançoların borca batıklık hükmünün amacına uygun muhasebe ilkelerine göre hazırlanıp hazırlanmadığına, diğer yandan işletmenin devamlılığı esasına göre ve tahmini satış fiyatları üzerinden çıkarılan bilançoların değerlendirilmesine bağlıdır. Nitekim, TTK m. 376/3'ün denetçi incelemesine ilişkin değişiklik yapılmadan öncesine yönelik gerekçesinde de ara bilançoların denetçi tarafından değerlendirilmesinin gerçekçi olmayan beklentiler tehlikesine önlem olduğu, denetçinin bilançoları tarafsızca yorumlama, somut olaya göre ara bilançolardan hangisinin üstün tutulması gerektiğini belirleme gibi işlevleri olduğundan söz edilmiştir. Ayrıca, denetçinin incelemesini ve önerilerini yedi gün içinde vermesi şartının hükme özellikle konulduğu, çünkü, yönetim kurulunun bu rapora göre durumu mahkemeye bildireceği veya buna gerek görmeyeceği ifade edilerek, denetçi değerlendirmesine belirleyici bir nitelik atfedilmiştir.

Mehaz İsvBK düzenlemesine bakıldığında borca batıklık konusunda haklı bir endişe varsa, yönetim kurulu derhal işletmenin sürekliliği değerleri (*Fortführungswerten*) ve satış değerlerine (*Veräußerungswerten*) göre ara finansal tabloları (*Zwischenabschluss*)⁷⁰⁴ hazırlatıp denetletmelidir. Ancak, borca batıklık endişesi nedeniyle ara bilançonun hazırlanmasına başlanmadan önce, yönetim kurulu ve denetim çalışmalarına başlamadan önce denetçiler, işletmenin sürekliliği koşullarının gerçekten karşılanıp karşılanmadığına ilişkin soruyu açıklığa

⁷⁰² Göncü Döner, s. 49.

⁷⁰³ Kırca (ŞehiraliÇelik/Manavgat), s. 394; AKSOY Mehmet Ali/ AKSOY Emine Ebru, "Ticaret Kanunu Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetim", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:8 Sayı:2 Yıl 2017, s. 22-23.

⁷⁰⁴ Ara finansal tablo (*Zwischenabschluss*) vs. ara bilanço (*Zwischenbilanz*)

kavuşturmalıdır.⁷⁰⁵ Devam varsayımının (gelecek on iki ay için) olumlu olması ve ilgili ara dönem finansal tablolarının borca batıklık göstermemesi durumunda satış değerlerindeki ara dönem finansal tablolardan vazgeçilebilmektedir. Devam öngörüsü sağlanmadığı takdirde satış değerleri üzerinden hazırlanan ara dönem mali tablo yeterli kabul edilmektedir. Sermaye kaybına benzer şekilde bu mali tabloların da denetçi (*Revisionsstelle*) veya onaylı denetçi (*zugelassenen Revisor*) tarafından denetlenmesi gerekmektedir (İsvBK m. 725b/1). Buna göre, İsvBK m. 725a/2, yıllık mali tabloların olağan veya sınırlı olarak denetlenip denetlenmediğine ya da denetimin devre dışı bırakılmasına (*Opting-out*) bakılmaksızın, başka bir anlatımla, denetçisi olmayan şirketlerin de sermaye kaybı durumunda son yıllık mali tablolarını onaylı bir denetçi tarafından sınırlı denetime tabi tutmaları gerektiğini şart koşturmaktadır. Dolayısıyla kanunun sıralamasına göre, borca batıklık konusunda haklı bir endişe varsa, öncelikle yönetim kurulu ara finansal tabloları (*Zwischenabschluss*⁷⁰⁶) hazırlamalı, daha sonra denetçi tarafından denetlenmesini sağlamalıdır. Ardından da denetçinin borca batıklık durumunda incelenmek üzere kendisine finansal tablolar sunulduktan sonra harekete geçmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁰⁷

İsvBK, borca batıklık durumunun denetlenmiş ara bilançolar esas alınarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu aynı zamanda açık borca batıklık durumunda bildirim yükümlülüğü için de geçerlidir.⁷⁰⁸ Denetçi yönetim kurulu tarafından atanır.

İsvBK gerekçesinde⁷⁰⁹, denetim yükümlülüğünün sebebi olarak, şirketin finansal güçlük durumunu zamanında tespit etme amacı gösterilmiştir. Sınırlı inceleme (*eingeschränkte Prüfung*) yapılmadığı takdirde genel kurulun finansal tablolara ilişkin onay kararı geçersizdir (İsvBK m. 731/3). Denetimin yapılmaması açık bir görev ihlali

⁷⁰⁵ İDS 290, para. K, s. 257.

⁷⁰⁶ 1 Ocak 2023'te yapılan borca batıklığa ilişkin değişikliklerden önce Zwischenbilanz-ara bilanço terimi kullanılmaktaydı.

⁷⁰⁷ HÄNNI Rolf/ LJUBICIC Samuel, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, 4. Baskı, 2024, İsvBK m. 728c şerhi, para. 10a, s. 939.

⁷⁰⁸ İsviçre Sınırlı Denetim Standardı- EK-8-Borca Batıklık Halinde Görev (*Standard zur Eingeschränkten Revision - Anhang H - Verhalten bei Überschuldung*), s. 84. İsviçre hukukunda, 1 Ocak 2008'den bu yana, bir tüzel kişinin denetçisinin olması gerekip gerekmediğini belirleyen artık yasal biçim değil, şirketin büyüklüğü ve önemidir. Şahıs ortaklıkları bu düzenlemelerden etkilenmeyecek ve gelecekte denetim yükümlülüğüne tabi olmayacaktır. Denetim faaliyetleriyle bağlantılı olarak “olağan denetim (*Ordentlicher Revision*)” ve “sınırlı denetim (*Eingeschränkter Revision*)” arasında yeni bir ayrım yapılmaktadır.

⁷⁰⁹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, s. 577-578, <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/112/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2017-112-de-pdf-a.pdf>,

anlamına geldiğinden, yönetim kurulunun sorumluluk riski de artmaktadır. Bununla birlikte, İsvBK 725a/3'e göre, yönetim kurulunun borç yapılandırma amacıyla erteleme (*Nachlassstundung*) talebinde bulunması durumunda denetim yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu çalışmada, Türk hukukunda, 6102 sayılı Kanunun baştaki düzenlemesinde olduğu gibi borca batıklık şüphesi nedeniyle yönetim kurulu tarafından hazırlanan ara bilançoların şirket kanunen zorunlu denetim kapsamında olmasa dahi dışardan bir denetçi tarafından denetlenmesi gerekliliği kanaatine ulaşılmaktadır. Kaldı ki, TTK m. 376/3 düzenlemesinin, hem yönetim kurulunun şirketin muhasebe ve finansal denetimini (TTK m. 375c) kanuna uygun yaparak gerektiğinde vakitli bir yeniden yapılandırma sürecine girebilmesi için hem de alacaklıların daha fazla zarara uğramamaları için önleyici bir koruma tedbiri niteliği ancak bu şekilde daha etkili olarak temin edilebilir. Aksi halde, yanlış değerlendirme, gecikmiş iflas veya yeniden yapılandırma başvuruları ile sonradan açılacak sorumluluk davaları riskinin daha yüksek olacağı tahmin edilmektedir.

İkinci maddeye gelindiğinde, yönetim kurulu borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü yerine getirmezse denetçinin bildirim yükümlülüğü bahsine bakıldığında yukarıda sunulan ilgili kanun hükümlerinden Türk hukukunda denetçinin mahkemeye bildirim yükümlülüğü olmadığı görülmektedir. Bunun nedeni, 6102 sayılı TTK ile denetçinin anonim şirket organı olmaktan çıkarılmasıdır. TTK genel gerekçesinde⁷¹⁰ anonim ortaklığın bir organı olmaktan çıkarıldığı belirtilmekle birlikte, madde gerekçelerinde⁷¹¹ bu husus tartışmalı olarak ifade edilmiştir. Bununla

⁷¹⁰ TTK Genel Gerekçesi, “j) Denetleme” başlıklı 129 no’lu paragraf: “Tasarıda denetçiler anonim şirketin organı olmaktan çıkarılmış; her ölçekteki şirketlerin denetimi, bağımsız denetim kuruluşlarına veya küçük anonim şirketlerde en az iki serbest yeminli müşavire veya yeminli serbest muhasebeciye bırakılmıştır. ...”

⁷¹¹ TTK md. 399 gerekçesinde, denetçinin bir tür şirket organı olup olmadığı alt sorun olarak görülmüştür. TTK md. 437 gerekçesinde de “Denetçinin bağımsızlığı, yani şirketin dışında bulunması, bir görüş uyarınca şirketin organı olmaması (tartışmalı) onun bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez.” ifadesi kullanılmıştı. Yine TTK md. 530 gerekçesinde de ““Kanunen gerekli olan organlar” teriminin anlamı öğretiyle mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Bu hükmün anlamı, denetçinin organ olup olmadığı sorununun cevabı ile açıklık kazanacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

birlikte, öğretide⁷¹² ve yargı kararlarında⁷¹³, denetçinin anonim ortaklığın organı olmadığı görüşü hâkimdir.

İsviçre hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi, ilke olarak, finansal planlama ve finansal kontrol, yönetim kurulunun genel (devredilemez ve vazgeçilemez) görevleri arasındadır (İsvBK m. 716a/1-1,3). Özen borcuyla bağlantılı olarak yönetim kurulu genel olarak şirketin finansal yükümlülüklerini (zamanında) yerine getirebilmesinden sorumludur (İsvBK m. 717 ve m. 958a). Yine, İsvBK m. 725 ve devamında, sermaye kaybı ve borca batıklık hallerinde, öncelikle yönetim kuruluna aktif görevler verilmiştir. Öte yandan, açık borca batıklık halinde denetçinin, mahkemeye bildirimde bulunmanın amacı, iflasın açılmasının geciktirilmesini

⁷¹² Öğretideki 6102 sayılı TTK düzenlemesinde denetçinin organ niteliğini haiz olup olmadığına dair tartışmalar için bkz.: KÖKSAL Aytaç, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ilâ 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir organı Olup Olmadığı Sorunu”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, ss. 1387-1408; AYOĞLU Tolga/ DURAL Halil Ali, “Anonim Şirketler Hukukunda Organsızlık Nedeniyle Fesih Davalarında “Uzun Süre” Koşulu (TTK m. 530)”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Aralık 2015, ss. 435-458, s. 438-440; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 390-394; SOYKAN İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2012, s. 312-319 (**Organ Yokluğu**); MANAVGAT Çağlar, “Bağımsız Denetçinin Hukuki Sorumluluğunun Sınırlanması ve Bağımsız Denetim Düzenleme Politikasına Etkileri”, BATİDER, Aralık 2023, C. 39, S. 4, ss. 871-905, s. 879-880; ÖZKORKUT Korkut, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Şirketlerin Denetimine İlişkin Hükümleri Yargıtay Kararlarında Neleri Değiştirecek?”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XXV, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Kasım 2012, (**Yargıtay Kararları**), s. 169; ÖZKORKUT Korkut, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, (**Bağımsız Denetim**), s. 264-267; CAN Musa, Anonim Şirketlerde Zorunlu Organ Eksikliğinin Sonucu Olarak Fesih Davası (TTK. m. 530), On İki Levha Yayıncılık, 2020, 1. Baskı, s. 15-19; PALTA Nihan, Türk ve İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Organ Kavramı”, AkdHFD, Haziran 2022, C. 12, S. 1, ss. 357-391, s. 364-365; KARAMAN COŞGUN Özlem, “Anonim Şirketlerde Denetçi Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının İptali, Hükümsüzlüğü, Görevden Alınma Davası ve Yeni Denetçinin Seçimi”, Terazi Hukuk Dergisi, 2023, S. 198, ss. 56-66, (**Denetçi**).

⁷¹³ Yargıtay’ın bir kararında, denetçinin 6102 sayılı TTK ile anonim şirket organı niteliğinin kaldırıldığı kabul edilmiştir: “6102 sayılı TTK denetçiyi organ olmaktan çıkarmış olsa dahi, TTK’nın 399. maddesi gereğince denetçi, şirket genel kurulunca seçilecek ve yönetim kurulu gecikmeksizin seçilen denetçiyi ticaret siciline tescil ettirecektir.”, Yargıtay 11. HD., E. 2015/7680 K. 2016/1781 T. 22.2.2016.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2017 tarihli bir kararında denetçinin anonim şirket organı olmaktan çıkarıldığı açıklanmıştır. Buna göre, “6762 sayılı TTK’nın 341. maddesinde kooperatif eski yöneticilerinin neden olduğu zararların tazmini istemine ilişkin davanın denetçiler tarafından açılması gerektiğine dair düzenleme bulunmaktadır fakat 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, 6762 sayılı TTK’daki bu düzenlemeden farklı olarak anonim şirketin zorunlu organlarının genel kurul ve yönetim kurulu olduğunu belirtmesine rağmen, denetimin şirket organı olup olmadığı konusunda açık bir hükme yer verilmeyerek, dolaylı olarak denetimin organ niteliğine son verilmiştir. Diğer taraftan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 397 ve devamı maddelerinde denetleme işlemlerinin bağımsız denetçiler tarafından yürütülmesi hususunda düzenleme yapılmış ve sorumluluk davalarının da artık yönetim kurulunca açılacağı hükme bağlanmıştır.”, Yargıtay HGK., E. 2017/2039 K. 2017/1555 T. 6.12.2017.

Yargıtay’ın aynı yönde 2020 tarihli bir başka kararı için bkz.: “6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte anonim şirketlerde denetim organı kaldırılmış olup, anonim şirketlerin kural olarak bağımsız denetime tabi olmaları esası kabul edilmiştir. ...”, Yargıtay 11. HD., E. 2019/1802 K. 2020/3601 T. 28.9.2020.

önlemek ve mevcut veya gelecekteki alacaklıların zararlarının artmasını engellemek olarak açıklanmaktadır. Ayrıca şirketin yeni yükümlülükler altına girmesi veya hukuka aykırı olarak belirli alacaklıları kayırmasının engellenmesidir.⁷¹⁴

İsvBK m. 728c/3⁷¹⁵’teki özel düzenlemeye göre, şirketin açıkça borca batık olması ve yönetim kurulunun bunu mahkemeye bildirmemesi halinde, dış denetçi (*Revisionsstelle*) mahkemeye bildirimde bulunmalıdır. Sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda yasal denetçinin yükümlülüklerini düzenleyen İsviçre Denetim Standardı’na göre (İDS), “açık borca batıklık (*offensichtliche Überschuldung*)” (İsvBK m. 728c/3), borca batıklık “iyimser (*optimistische*) bir bakış açısıyla bile inkâr edilemediğinde”, her makul kişi, daha fazla açıklamaya gerek olmaksızın, varlıkların borçları ve gerekli karşılıkları (*notwendigen Rückstellungen*) karşılayamayacağını hemen görebildiğinde ve bir sırada geri çekilme anlaşması yoksa veya anlaşılan tutar yetersiz ise ortaya çıkmaktadır⁷¹⁶. Borca batıklığın açık olması, borca batıklığın miktarına değil, tespit edilebilirliğine işaret etmektedir; dolayısıyla özellikle büyük ölçüde olmasını gerektirmemektedir⁷¹⁷.

İDS’ye göre, açık bir borca batıklık durumu olup olmadığını değerlendirirken denetçiler münferit durumlarda “iyimser” bir yaklaşım uygulayabilirler. Yönetim kurulu ile denetçilerin borca batıklık olup olmadığı konusunda anlaşamamaları halinde, muhasebe ve değerlendirme konularındaki görüş farklılıkları makul takdir yetkisi dahilinde olduğu sürece denetçilerin borca batıklık konusunda ayrıca rapor düzenleme yetkisi yoktur.⁷¹⁸

Öte taraftan, İsvBK’ya göre, satış değerlerine ilişkin ara bilanço incelerken denetçinin borca batıklığın açık olduğu ve yönetim kurulunun aksi görüşte olduğu sonucuna varması halinde, yönetim kurulu ile denetçilerin görüş ayrılığının değerlendirme konularında haklı takdir yetkisi kapsamının ötesine geçmesi durumunda, denetçilerin ara bilanço denetimine ilişkin raporlarında bunu açıkça belirtmeleri gerekecektir.

⁷¹⁴ DEKKER Stephen, OFK- Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Art. 728c c. Anzeigepflichten, 2016, para. 17, s. 453-454.

⁷¹⁵ İsvBK m. 728c/3 hükmünün almanca ifadesi şöyledir: “*Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung: Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht.*”

⁷¹⁶ Hänni / Ljubicic, para. 10a, s. 939; Dekker, para. 19, s. 454.

⁷¹⁷ İDS 290, para. D, s. 259. Ayrıca, Hänni / Ljubicic, para. 10a, s. 939.

⁷¹⁸ İDS 290, para. II, s. 263.

Dolayısıyla yönetim kurulunun farklı görüşleri nedeniyle harekete geçmemesi durumunda, denetçiler, İsvBK m.728c/3 uyarınca borca batıklığı bildirim yükümlülüğünden kaçınamayacaklardır.⁷¹⁹ Bu yöndeki bir görüşe göre de yönetim kurulu ve denetçiler, açık bir borca batıklık olup olmadığı konusunda anlaşamazlarsa son sözü denetçilerin söyleyeceği savunulmaktadır⁷²⁰.

Denetçinin borca batıklığın açık olup olmadığı konusunda şüphesi varsa, kendilerini sorumluluk ihtimalinden korumak için yine de konuyu iflas hakimine bildirmeleri önerilmektedir. Bu durumda, yönetim kurulunun iflas hakimine kendi bakış açısını sunma imkânı olduğundan bu durumun şirkete herhangi bir zararı bulunmayacağı savunulmaktadır. Bu aynı zamanda şirketin iflasın ertelenmesi için başvuru yapma olanağını da etkilemez.⁷²¹

İsvBK m. 728c/3 hükmünün, İsvBK m. 725/2 bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Borca batıklığın tespiti ve raporlama yükümlülükleri, İsvBK m. 725/2’de yönetim kuruluna ve İsvBK m. 728c/3’te denetçilere yönelik düzenlenmiştir. İsvBK m. 725/2 için yönetim kurulunun bakış açısından ve İsvBK m. 728c/3 için denetçilerin perspektifinden.⁷²² Borca batıklığın hem işletmenin devamlılığı değerlerinde (*Fortführungswerten*) hem de satış değerlerinde (*Veräußerungswerten*) mevcut olması gerektiğini öngören İsvBK m. 725/2’nin aksine, İsvBK m. 728c/3’e göre borca batıklığın açık olması yeterlidir.⁷²³

Denetçi, kanuni denetim faaliyetleri kapsamında (olağan denetim (İsvBK m. 728a)), sermaye artırımı ve sermaye azaltımı denetimleri (İsvBK m. 652d/2; 652f/1; 653f; İsvBK m. 732/2), ara bilanço denetimi (İsvBK m. 652d/2) ya da diğer denetim veya danışmanlık faaliyetleri sırasında ya da İsvBK m. 725b/I uyarınca ara finansal tabloları denetlerken şirketin açıkça borca batık olduğunu tespit ederse, öncelikle yönetim kurulunu bilgilendirmeli ve ara finansal tabloların hazırlanması gerekliliğine

⁷¹⁹ İDS 290, para. KK, s. 263.

⁷²⁰ Dekker, para. 19, s. 454.

⁷²¹ İDS 290, para. LL, s. 263.

⁷²² Dekker, para. 18, s. 454.

⁷²³ Dekker, para. 19, s. 454.

dikkat çekmelidir. Tedbirleri, İsvBK 725b III veya IV'e uygun olarak yönetim kurulu almalıdır.⁷²⁴

Yönetim kurulunun yasal şartlar oluşmasına rağmen iflas hakimine bildirimde bulunmaması durumunda denetçiler, iyileştirme önlemlerini başlatması veya bilançoğu mahkemeye sunması için yönetim kuruluna makul bir süre verebilmektedir. Denetçiler yönetim kurulunu bu makul süre içinde ve kendi yardımcı yetkilerine göre değerlendirmeli ve bu süre açık borca batıklığın olduğunun tespit edilmesinden itibaren 4 ila 6 haftayı aşmamalıdır.⁷²⁵ Kısa vadede ve somut olarak uygulanabilecek iyileştirici tedbirler (örneğin, geri alınamaz ve koşulsuz sırada geri çekilme, alacak taleplerinden feragat), abartılı beklentiler veya belirsiz umutlar olmaması koşuluyla hâkime bildirimde bulunulmasını beklemeyi haklı gösterebilmektedir⁷²⁶. Ancak yönetim kurulunun hareketsiz kalması durumunda denetçiler derhal hâkime bilgi vermelidir⁷²⁷.

Denetçinin mahkemeyi bilgilendirme görevi yönetim kurulunun görevine göre ikincildir. Tali bildirim yükümlülüğü, yönetim kurulu yerine denetçilerin yerine getirdiği bir işlemdir. Buna göre, denetçinin mahkemeye yaptığı bildirim, denetçi ve yönetim kurulu arasında iki taraflı bir işlem değildir; daha ziyade, yönetim kurulu borca batıklığın varlığını reddetse bile, denetçinin yönetim kurulu yerine ikame ettiği bir işlemdir. Zira, bu, denetçinin mahkeme sürecinde taraf statüsünde olmadığı ve yargılamanın sonuçlarıyla ilgili hukuki bir menfaatinin olmadığı anlamına gelmektedir.⁷²⁸⁷²⁹

Açık borca batıklığın tespit edilmesi halinde denetçinin İsvBK m. 728c/3 uyarınca, hâkime bildirimde bulunmak zorunda kalması durumunda görev süresinin sona ermesiyle bu görevden kaçınılamaz: İflas hakimine gitmekten çekinen denetçi,

⁷²⁴ Hänni / Ljubicic, para. 10, s. 939. Yazarlar, ayrıca, borca batıklığın rapor edilmesi yükümlülüğünden, denetçinin tarafından bilanço durumunun kalıcı veya periyodik olarak izlenmesine ilişkin hiçbir yükümlülük türetilmeyeceği savunmaktadır.

⁷²⁵ İDS 290, para. HH, s. 263.

⁷²⁶ Dekker, para. 22, s. 454.

⁷²⁷ Dekker, para. 23, s. 454.

⁷²⁸ Hänni / Ljubicic, para. 11, s. 939. Denetçinin gerekçeli bir başvuruyla mahkemeye şirketin borca batık olduğu sonucuna varmasının nedenlerini açıklaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak mahkemenin vereceği tedbirlere (İflas ilanı, geçici veya kesin borç moratoryumu- (Konkurseröffnung, provisorische oder definitive Nachlassstundung)) ilişkin başvuruda bulunmak onların görevlerinden biri değildir; bunun yasal yetkisi müşterek borçluya veya alacaklıya aittir (SchKG 173a I). Bkz.: Hänni / Ljubicic, para. 11, s. 940.

⁷²⁹ Dekker, para. 24, s. 454.

görevinden istifa ederek bu yükümlülükten kurtulamaz. Denetçinin iflas hakimine bildirimde bulunmasını istemeyen yönetim kurulu, genel kurulu, raporun mahkemeye gönderilmesinden önce, denetçilerin görevden alınması yönünde oy kullanmaya çağırarak bunu engelleyememektedir. Denetçilerin bu kadar hassas bir anda istifa etmesinin hukuki açıdan geçerli olabileceği, ancak olayların gidişatına göre tazminat talepleriyle sonuçlanabileceği de belirtilmektedir.⁷³⁰ Başka bir açıdan, iflas hakimine gitmeye haklı olarak hazırlanan bir denetçinin görevden alınması, bu denetçiyi organ işlevlerinden yoksun bırakmakta, ancak İsvBK m.728c/3 uyarınca raporlama yükümlülüğü açısından bu görevden alma, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, bildirimin kısa sürede yapılması gerektiği durumlarda, yönetim kurulu için belirlenen süre henüz dolmamış olsa bile, bildirimin geçerliliği korunmaktadır.⁷³¹

Derhal farklı bir denetçinin seçilmesi bile eski denetçinin konuyu hâkime bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Yeni denetçinin finansal durumu ne zaman fark edebileceği ve bunu bildirmek için ne kadar süre kullanacağı genellikle belirsizdir. Eski denetçi ancak zamanında bildirimde bulunarak görev ihlalini önleyebilmektedir.⁷³²

Öte yandan, yönetim kuruluna ve hâkime bildirim zorunluluğu, denetçilerin cari finansal yılda bilanço durumuna ilişkin sürekli veya periyodik incelemeler yapmak zorunda olduğu anlamına gelmez.⁷³³

Şirketlerin yıllık, olağan denetimlerinin yanı sıra Kanunun öngördüğü hallerde ayrıca denetim gerektiren özel durumları da olabilmektedir. Örneğin, tür değiştirme için de denetçi incelemesi aranabilmektedir. Tür değiştirme kapsamında görevini icra eden denetim uzmanının (*Revisionsexpertin*), İsvBK m. 728c/3 uyarınca borca batıklığı bildirme zorunluluğu yoktur. İsvBK m. 725 ve devamında yer alan bildirim yükümlülükleri, ara bilançonun denetimi için düzenli denetçi (*ordentliche Revisionsstelle*) veya özel denetçiye (*Ad-hoc-Revisor*) göre düzenlenmiştir.⁷³⁴

⁷³⁰ İDS 290, para. MM, s. 263.

⁷³¹ İDS 290, para. NN, s. 263-264.

⁷³² İDS 290, para. NN, s. 264.

⁷³³ Dekker, para. 27, s. 455.

⁷³⁴ STEHLE Bernhard/ REICHLE Sebastian, Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Baskı, 2021, para. 3, 1467.

İsviçre Birleşme Kanunu (FusG)⁷³⁵ m. 62/4'e göre yapılan inceleme, öncelikle FusG m.56'da öngörülen pay ve pay sahipliği haklarının korunması ile FusG m. 57'de yer alan kuruluşa ilişkin hükümlerle ilgilidir.⁷³⁶ Tür değiştirme yalnızca yasal şeklin değişmesiyle sonuçlanır ve yeni bir şirketin kurulmasına yol açmamaktadır. Bununla birlikte, yeni yasal form için geçerli olan özel kuruluş gerekliliklerine uyulmalıdır. Bu amaç doğrultusunda tür değiştirme denetimi, yıllık mali tabloların kanuni ve sözleşmesel hükümlere (İsvBK m. 728a ve m. 729a) uygunluğunu kontrol etmeye yarayan ve açık borca batıklığı raporlama (ikincil/tâli) yükümlülüğü bulunan olağan ve sınırlı denetimlerden farklılık göstermektedir (İsvBK m. 728c/3 ve m. 729c). Buna göre tür değiştirme denetçisinin borca batıklığı mahkemeye bildirmesi gerekmemektedir.⁷³⁷

Yukarıdaki açıklanmalar doğrultusunda, Mehaz İsvBK düzenlemesinde denetçilere, ortaklık dışı bir çıkarı (alacaklıların çıkarını) korumak için bir yükümlülük yüklendiği, Türk hukukunda ise bu yönde bir yükümlülük tesis edilmediği anlaşılmaktadır. İsvBK'daki denetçilere verilen görev, asli değil destekleyicidir. Böyle bir yükümlülük getirilmesinin sebebi, az ortaklı ve kapalı ananım şirketlerde mahkemeye bildirim yükümlülüğünün sadece yönetim kuruluna bırakılmasının sorun yaratacağı düşüncesi olarak gerekçelendirilmiştir.⁷³⁸

Türk hukukundaki bir görüş İsviçre uygulaması ve gerekçesini kabul ederek, denetçilere ikincil bir bildirim yükümlülüğü getirilmesi için Türk hukukunda değişiklik yapılmasını savunmaktadır⁷³⁹. Diğer bir görüş ise, denetçilere bildirim yetkisinin tanınması halinde, denetçilere icrai yetkiler verilmiş olacağı ve bütün anonim şirketler bakımından şirketin yönetim ve temsilinde bir çift başlılık oluşacağı nedeniyle Türk hukukundaki mevcut düzenlemenin yerinde olduğunu savunmuş, yönetim kurulunun bildirim yükümlülüğünün Kanuna uygun şekilde yerine getirmemesini önlemek için alacaklılara tanınan bildirim hakkının yeterli bir kontra garanti olduğunu öne sürmüştür⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Fusionsgesetz: İsviçre Birleşme Kanunu.

⁷³⁶ Stehle/ Reichle, para. 3, 1467.

⁷³⁷ Stehle/ Reichle, para. 3, 1467-1468.

⁷³⁸ Türk, **Borca Batıklık**, s.283.

⁷³⁹ Türk, **Borca Batıklık**, s. 283.

⁷⁴⁰ Sayhan, **TTK md. 376/3**, s. 160.

Çalışma kapsamında, ikinci görüş yönünde kanaate varılmaktadır. Çünkü, ilke olarak, anonim şirket yönetim ve temsili, finansal durumunun gözetilmesi asli olarak yönetim kurulunun yetkisindedir. Ayrıca, şirketler hukukundaki genel eğilim, finansal güçlüğü girilmesi halinde şirketlerin kendi yönetimlerinin korunarak iyileştirmeye gitmeleri yönüne kaymaktadır. Bundan başka, bazı durumlarda borca batıklık fazlasıyla açık ve kaçınılmaz olsa da şirketin genel ekonomik ve finansal durumunun en iyi değerlendiricisi teorik olarak yönetim kuruludur. Denetçi şirketin bir organı değildir. Denetçi, şirketi denetleme görevi kapsamında tanınmaktadır. Buradan hareketle, düzenlemeler, yönetim kurulunun en esaslı yetkilerinden birinin paylaştırılması şeklinde değil, yönetim kurulunu zamanında ve yerinde bildirim yükümlülüğünü ifa edecek şekilde tetikte tutacak ölçüde olmalıdır. Bu bakımdan, ilk madde doğrultusunda, ara bilançoların denetçi incelemesine sunulması düzenlemesine geri dönülürse ve denetçi raporu ilgililerin incelemesine sunulursa, yeterli ivmenin sağlanabileceğini düşünmekteyiz. Bu noktada, alacaklıların şirket hakkında kısıtlı bilgi sahibi olmalarına rağmen bildirim hakkına sahip olmaları sorgulanabilecek olsa da alacaklıların doğrudan menfaatleri olduğu öne çıkmaktadır.

Üçüncü noktaya ilişkin olarak, Türk hukukunda denetçilerin, borca batıklıktan şüphelenmeleri halinde bağımsız olarak ara bilanço çıkarmaları, yönetim kurulunu ara bilanço çıkarma yönünde bağlayıcı şekilde harekete geçirmeleri veya genel kurulu toplamaları, yönetim kurulunun aldığı iyileştirme tedbirlerini değerlendirme ya da sırada geriye çekilme anlaşmasını denetleme gibi yükümlülükleri bulunmamaktadır.

İsviçre uygulaması ele alındığında, borca batıklık her an meydana gelebilecek olsa bile denetçilerin şirketin finansal durumunu sürekli olarak takip etme zorunluluğu yoktur. Bu yönetim kurulunun kendi sorumluluğundadır. Denetçilerin ise, normal denetim işi dışında izleme mekanizmaları oluşturma zorunluluğu yoktur. İsvBK m.725/2'ye göre kanunun "borca batıklık endişesi" durumunda harekete geçme yükümlülüğü denetçiler için değil, yalnızca yönetim kurulu için geçerlidir.⁷⁴¹

Denetçinin, kamuya açık kaynaklardan, üçüncü kişilerden (bankalar veya tedarikçiler gibi), pay sahiplerinden veya şirket çalışanlarından şirketin finansal durumu hakkında olumsuz bilgiler alması durumunda dahi herhangi bir önlem alma

⁷⁴¹ İDS 290, para. U, s. 259.

zorunluluğu yoktur. Ancak denetçiler, şirketin yetkili organlarından şirketin açık şekilde borca batık olduğuna dair açık ve geçerli bilgi aldığı anda, yönetim kuruluna İsvBK m. 725/2'ye göre görevini hatırlatmak ve gerekirse yönetim kurulunun bildirmemesi halinde konuyu iflas hakimine bildirmek zorundadır.⁷⁴² Denetçinin gerekçeli bir başvuruya mahkemeye şirketin borca batık olduğu sonucuna varmasının nedenlerini açıklaması gerekmektedir.

Borca batıklığa rağmen yönetim kurulu, iyileştirme tedbirleri ya da sırada geri çekilme anlaşması bulunması nedeniyle iflas hakimine gitmeyi gerekli görmediği takdirde, denetçiler (kendi bildirim yükümlülükleri nedeniyle) bu iyileştirme önlemlerinin veya sırada geri çekilme anlaşmasının etkinliğini değerlendirmelidir.⁷⁴³

F- Diğer Kişiler

SerPK ve BankK'da, farklı olarak, borca batıklık bildirimini yapmakla yükümlü olmayan kişilerin açıkça hüküm altına alınma gereği duyulduğu anlaşılmaktadır. BankK md. 127/7'de, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon tarafından atanan ve/veya görev yapan altıncı fıkrada sayılan yöneticilerin, şirketlerin sermayesini kaybetmesinden ve/veya borca batık olmasından dolayı mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülükleri olmadığı, bildirimde bulunmamaktan dolayı bu şahıslar hakkında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179, 277 ve devamı maddeleri ile 345/a maddeleri hükümleri uygulanamayacağı; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 341 inci maddesi uyarınca şahsi sorumluluk davası açılmayacağı belirtilmiştir.

SerPK md. 86/9'da, Yatırım Tazmin Merkezi personelinin tedricî tasfiyesine karar verilen sermaye piyasası kurumlarının sermayesini kaybetmesinden ve/veya borca batık olmasından dolayı mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülükleri olmadığı, bildirimde bulunmamaktan dolayı bu şahıslar hakkında 2004 sayılı Kanunun 179 uncu, 277 nci ve devamı maddeleri ile 345/a maddesi hükümleri

⁷⁴² İDS 290, para. U, s. 259-260.

⁷⁴³ İDS 290, para. M, s. 258.

uygulanmayacağı; haklarında 6102 sayılı Kanunun 341 inci maddesi⁷⁴⁴ uyarınca şahsi sorumluluk davası açılmayacağı düzenlenmiştir.

III- Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

Borca batık bir şirketin bu durumunu yetkili mahkemeye bildirmeyen yönetim kurulu üyeleri hakkında Türk Ticaret Kanunu'nda cezai sorumluluğun düzenlendiği on ikinci bölümdeki “Suçlar ve Cezalar” kenar başlıklı md. 562 dahil herhangi bir cezai yaptırım öngörülmemiştir.

İİK'nın “Sermaye şirketlerinin iflasını istemek mecburiyetinde olanların cezası” başlıklı 345/a maddesinde ise *“İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179 uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* denilmek suretiyle cezai yaptırım öngörülmektedir.

Şikayet dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılabilmekte olup (İİK md. 349), şikâyet hakkı süresi, İİK md. 347'ye göre, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer.

İİK md. 345a'da atıf yapılan İİK md. 179 hükmünde, borçlu şirketin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançosuna göre borca batık olduğu tespit edilirse iflas kararı verileceği düzenlenmektedir. Bu konuda görüşümüz yukarıda açıklanmıştır⁷⁴⁵. Yargıtay, bir kararında, İİK md. 345a maddesinde düzenlenen “sermaye şirketlerinin iflasını istememek” suçunun oluşabilmesi için İİK md. 179 ve TTK md. 376'da öngörülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumunun belirtilerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği hükmüne varmıştır⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Hükümde 6102 sayılı TTK'nın 341. maddesine hatalı bir atıf yapılmıştır. “Taahhüdün onaylanması” başlıklı madde, şirket namına idare meclisi azaları aleyhine dava açılmasıyla ilgili bir hüküm olan 6762 sayılı eTTK md. 341'e karşılık gelmemesinin yanısıra 6335 sayılı Kanunla 2012 yılında ilga edilmiştir.

⁷⁴⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz.: Birinci bölüm, §4-II başlığı.

⁷⁴⁶ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2016/15852 K. 2018/6244 T. 24.5.2018. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “İİK'nın 345/a maddesinde düzenlenen “sermaye şirketinin iflasını istememek” suçunun

Şikayet süresinin zamanaşımına ilişkin olarak Yargıtay bir kararında⁷⁴⁷, TTK hükümlerine göre üçüncü şahsın şirketin mali durumunu haricen bilmesi mümkün olmadığından, İİK'nın 347. maddesindeki üç aylık şikayet süresinin alacaklının fiili öğrendiği tarihten itibaren başlatılması gerektiğini ve eğer alacaklının borçlunun durumunu öğrendiğine dair bir bilgi bulunmuyorsa şikayetin bir yıllık süre içinde yapıldığını kabul etmiştir. Alacaklının borçlunun durumunu öğrendiği uygun delillerle ortaya konmalıdır. Örneğin, bir tebligat parçası, borçlunun ödeme gücünün tespit edildiğinin kabulü için yeterli sayılmamaktadır.

İİK md. 179, Sermaye şirketleri ile kooperatifler açısından borca batıklığın belirlenişini aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya bağlamaktadır. Madde, şirketin borca batık olduğunun idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflâsına karar verileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanununun 377 nci ve 634 üncü maddeleri ile 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 63 üncü maddesi hükmü saklı tutulmuştur.

oluşabilmesi için, aynı Kanun'un 179 ve 6102 sayılı TTK'nın 376. maddesinde öngörülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumunun belirlenerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği cihetle, borçlu şirket hakkındaki kesinleşmiş icra takip dosyalarında bunlarla belirlenecek mevcut borçlar da getirtilerek, ticari defterler, bilançolar ve banka hesapları esas alınarak karşılaştırılmalı bilirkişi incelemesi yaptırılıp, şikayet tarihi olan 25.07.2014 tarihi itibarıyla şirketin iflasının istenmesi şartlarının oluşup oluşmadığı saptanıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdiri gerekirken, sadece 2014 yılı kurumlar vergisi beyannamesi esas alınarak düzenlenen bilirkişi raporuna göre yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, ...” Yargıtay, aynı yöndeki diğer bazı kararları için bkz.: 19. CD., E. 2016/8504 K. 2018/4230 T. 10.4.2018; 19. CD., E. 2016/14558 K. 2018/4498 T. 12.4.2018; 11. CD., E. 2012/30467 K. 2014/8016 T. 24.4.2014.

⁷⁴⁷ Yargıtay 16. HD., 09.02.2012 Tarihli 2011/8656 E. – 2012/992 K. Sayılı Kararı: “Şikayetin İİK'nın 347. maddesinde öngörülen üç aylık süreden sonra yapıldığı gerekçesiyle müştekinin şikayet hakkının düşürülmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır. Şöyle ki müşteki vekilinin ... tarihinde icra dosyasında işlem yapmak suretiyle sadece ödeme emrinin borçluya tebliğini öğrenmiş olup, tebligat parçasına göre borçlu şirketin borcu ödeme gücüne sahip olup olmadığını öğrendiğinin kabulü doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre üçüncü şahsın şirketin mali durumunu haricen bilmesi mümkün olmadığına göre, İİK'nın 347. maddesindeki üç aylık şikayet süresini, alacaklının borçlu şirketin borcu ödeme gücünün bulunduğu öğrendiği tarihten itibaren üç aylık, takibin kesinleştiği tarihten itibaren de her halde bir yıllık şikayet süresinin yürütülmesi gerektiği kabul edilmelidir. Dosya kapsamına göre alacaklı vekilinin borçlu şirketin borcu ödeme gücünün olduğunu öğrendiğine dair bir bilginin bulunmaması karşısında, 21.11.2007 tarihinde yapılan şikayetin, bir yıllık süre içerisinde yapılması nedeniyle süresinde olduğunun kabulü gerektiğinden ...”

§ 9 İYİLEŞTİRME YÖNTEMLERİ

I- Genel Olarak

Hukuk ve işletme öğretilerinde, borca batık bir şirketin iyileştirilmesine yönelik çeşitli yöntemler önerilmektedir. Öneriler, Yasa koyucu tarafından doğrudan borca batıklığın giderilmesi amacıyla kanunda düzenlenenlerin (Sırada geri çekilme anlaşması (TTK md. 376/3), TTK md. 377) yanı sıra uygulamada geliştirilmiş olan çözümleri kapsamaktadır. Konkordato kurumuna erişim ancak mahkeme aracılığıyla mümkün olurken, sırada geri çekilme anlaşması, bütünüyle mahkeme gözetiminde ilerlemeyen ancak mahkeme denetime tabi olan bir araçtır. Başkaca, mahkeme içi bir süreç olmayan, mahkeme veya mahkemece atanan bir yönetici tarafından takip edilmeyen, onaya tabi olmayan ve itiraz olmadıkça mahkeme denetimine girmeyen, bununla birlikte Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş sermaye artırımı, sermaye azaltımı gibi kurumlara başvurulabilmektedir. Son olarak, Kanun'da düzenlenmemesine rağmen öğretilerde kabul gören veya uygulamada elverişli olması nedeniyle başvuru alan seçenekler ortaya çıkmıştır.

Mahkeme dışı yöntemler, mukayeseli hukukta iyileştirme katkıları (*Sanierungsbeiträge*) adı verilen katkılar yapılarak, karşılıklı mutabakat yoluyla ve gönüllülük temelinde iyileştirmenin gerçekleştirilmesinin tamamen borçlunun, alacaklılarının ve diğer paydaşların (pay sahipleri, yatırımcılar vb.) sorumluluğunda olduğu süreçlerdir⁷⁴⁸. İyileştirme yöntemlerine genel olarak, sermaye azaltımı, yeniden eş zamanlı artışla sermaye azaltımı, sermaye artırımı, borcun öz sermayeye dönüştürülmesi (*Debt-equity swap*), patronaj beyanları (özellikle grup şirketlerinde), sırada geri çekilme anlaşması, ek ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi (limited şirketlerde), alacaklıların alacaklarından feragat etmesi, birleşme, operasyonel iyileştirmeler, köprü kredileri, likidite enjeksiyonları vb. örnek gösterilebilir.

Mahkeme dışı iyileştirmelerde öncelikli amaç, iflasın önlenmesi ve şirketin sürdürülebilir, operasyonel yeniden yapılandırılmasının temelini oluşturmak amacıyla şirketin kısa vadeli finansal veya bilanço bazlı iyileştirmesinin sağlanmasıdır. Mahkeme dışı iyileştirme, alacaklılar ve menfaat sahipleri açısından gönüllülük

⁷⁴⁸ WOHL, Georg J., "Sanierung an der Schnittstelle zwischen neuem Aktienrecht und SchKG", SJZ 119/2023, ss. 905-918, s. 905.

esasına dayalı olarak gerçekleştirildiğinden, alacaklılar iyileştirme katkısında bulunmaya zorlanamaz. Ancak iflas senaryosuna kıyasla alacaklılarının değerini artırma beklentisiyle katılabilirler.⁷⁴⁹ Ayrıca, özellikle azınlık pay sahipleri, rüçhan hakkı gibi çeşitli yasal koruma ve imkânlar olmasına rağmen sermaye artırımı veya sermaye azaltımı hallerinde eskisinden zayıf duruma düşebilmektedirler.

Tüm alacaklıları kapsayan bir iyileştirme/yeniden yapılandırma, zaman baskısı ve zorlayıcı etkinin bulunmaması gibi pratik nedenlerden dolayı mahkeme dışı pek mümkün olmadığı için mahkeme içi bir yeniden yapılandırma yöntemi olarak konkordato önem kazanmıştır. Konkordatoda (İİK md. 285 vd.), mahkeme borçlu şirketin yeniden yapılandırma sürecinin tamamlanmasına katkıda bulunmak ve faaliyetlerine nezaret etmek üzere bir konkordato komiseri atayabilir (İİK md. 290). Alacaklılar, örneğin rehinli malların muhafaza ve satışı ile finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesi (İİK md. 307) nedeniyle yeniden yapılandırmaya katkıda bulunma zorunda kalabilirler.

Borca batık şirketlerin iyileştirmesi yapılırken, şirket alacaklıları (örneğin; köprü kredileri, sırada geri çekilme anlaşması, borcun öz sermayeye dönüştürülmesi) ve pay sahipleri (örneğin; sermaye azaltımı, sermaye artırımı, pay sahibi kredileri, vb.) tarafından alınan tedbirler arasında bir ayırım yapılabilir.⁷⁵⁰

TTK md. 376/3'te, ara bilançolardan borca batıklık tespit edilmesine rağmen sırada geri çekilme anlaşması yoluyla iflas bildiriminden kaçınma düzenlenmişken, md. 377 hükmünde borca batıklık sebebiyle yapılacak iflâs talebiyle birlikte veya bu kapsamda yapılan iflâs yargılaması sırasında İİK uyarınca konkordato da talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak Kanun koyucu, TTK md. 376/2'deki nitelikli olarak ifade edilen sermaye kaybı durumunda sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanması araçlarına başvurulmasını açıkça düzenlemişken borca batıklık durumuna yönelik böyle bir açık kanun hükmüne yer vermemiştir. Öte yandan, TTK md. 376 Tebliği, borca batıklık durumuna ilişkin Kanun'da öngörülme-yen iyileştirme tedbirlerini işaret ederek, bu tedbirleri yerine getirmenin

⁷⁴⁹ Wohl, s. 905.

⁷⁵⁰ Kunz, s.29

iflas bildirimi zorunluluğunu kaldıracağı anlamına gelen şekilde düzenlenmiştir. Başlık kapsamında seçilen yöntemlere değinilmektedir.

II- TTK md. 376 Tebliği

TTK md. 376 Tebliği⁷⁵¹,’nde, borca batıklığın giderilmesine yönelik iyileştirme yöntemleri düzenlenmiştir. Tebliğ’e göre, yöntemlerin olumlu sonuç vermesi halinde, borca batıklık bildirimi yükümlülüğünün kalkabilecektir.

TTK md. 376/3’te, maddenin uygulamasına yönelik esaslara ilişkin bir tebliğ çıkarması için Bakanlığa özel olarak bir yetki verilmemiştir. TTK md. 376 Tebliği, “Gümrük ve Ticaret Bakanlığının düzenleme ve denetleme yetkisi” başlıklı TTK md. 210/1 hükmünde Gümrük ve Ticaret Bakanlığına verilen yetkiye dayanılarak yayımlanmıştır. TTK md. 210/1 gerekçesinde, bu maddeyle Bakanlığa şirketlere ilişkin düzenleme yetkisinin açık ve net bir şekilde verildiği açıklanmıştır. Bu nedenle, burada, TTK md. 376 Tebliği’nin tümüyle uygulanamaz olduğundan bahsedilmemektedir. Ancak, uygulama esaslarını belirlediği kanun hükmüne aykırı olan Tebliğ hükümlerinin normlar hiyerarşisi bağlamında uygulanamazlığı ifade edilmektedir. Tebliğ hükümleri, Kanun’a uygun olduğu sürece geçerlidir ve uygulanır⁷⁵². Normlar hiyerarşisi doğrultusunda, TTK md. 376 Tebliği’nde esas alınan finansal tablolar, Kanun hükmünün amacına uygun olmadığı için uygulanması da zorunlu olmayacaktır. Nitekim, 22.03. 1996 tarihli Yargıtay İBK’ya⁷⁵³ göre, öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

⁷⁵¹ Tebliğ’in eleştirel şekilde incelendiği çalışmalar için bkz.: ÇONKAR M. Halil, “TK 376 Tebliğinde 2020 Yılında Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri”, Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin’in Anısına Armağan- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2021, ss. 191-222; ÖZKORKUT Korkut, ““6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2019, ss. 975-993, (TTK md. 376 Tebliğ); Borca batıklık ve sermaye artırımı yönünden inceleme için bkz.: SOYKAN İsmail Cem, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2019, (Sermaye Artırımı), s. 315 vd; TURAN Gökçen, "Ticaret Bakanlığı'nın TTK 376 Hükmünün Uygulama Esaslarına İlişkin Tebliğinin Üçte İki Sermaye Kaybı Halinde Doğrudan Sermaye Artırımı Yapılabilmesine İmkân Tanıyan Hükümleri Üzerine Düşünceler", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 6/1 (2020), ss. 143-153.

⁷⁵² TTK md. 376 Tebliği’nin uygulanmasının normlar hiyerarşisi yönünden bir incelemesi için bkz.: Cebe, s. 140-149.

⁷⁵³ YİBBGK., E. 1993/5 K. 1996/1 T. 22.3.1996.

TTK md. 376 Tebliği md. 12/1’de borca batıklık, şirketin aktiflerinin borçlarını karşılayamaması hali olarak tanımlanırken, “Borca batık olma durumu” başlıklı maddenin yer aldığı üçüncü bölümün “Sermaye ile Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Tamamının Karşılıksız Kalması” başlığı ile farklı yönden bir tanım daha getirilmiştir.

Ara bilançolardan aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediği anlaşılırsa, sırada geri çekilme sözleşmesi veya beyanı haricinde iflas bildiriminde bulunma görevini bertaraf eden TTK md. 376/3 veya başka bir özel hüküm Kanun’da yer almamaktadır. TTK md. 376 Tebliği md. 12/4’e göre ise Tebliğ’in 7 nci maddesinde belirtilen tedbirler alınarak mahkemeye bildirimden kaçınılabilecektir.

TTK md. 376 Tebliği md. 7’de, esasen, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde genel kurulun yapabileceği işlemler düzenlenmiştir. Genel kurul, sermaye azaltımı (md. 7/1-a, md. 8), sermayenin tamamlanması (md. 7/1-b, md. 9) veya sermaye artırımı (md. 7/1-c, md. 10) seçeneklerinden şirketin durumuna uygun olanını uygulamaya karar verebilecektir. Sermaye artırımı ile ilgili olarak iki yöntem öngörülmüştür. İlki, sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda artırım yapılması (md. 10/1-a), ikinci ise sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımı (md. 10/1-b) yapılmasıdır.

III- Sermaye Azaltımı

A- Genel Olarak

Sermayenin azaltılması, TTK md. 473 ilâ 475 arasında düzenlenmiş, azaltımın ticaret siciline tesciline ilişkin adımlar, TSY⁷⁵⁴ md. 79 ilâ 82 arasında açıklanmıştır.

Sermayenin azaltılması, esas sözleşmede yazılı ve pay sahipleri tarafından taahhüt edilmiş olan sabit bir miktar olan itibari değer (esas sermayeyi oluşturan) düşürülmesidir⁷⁵⁵. Kural olarak esas sözleşmenin değiştirilmesi yoluyla yapılan

⁷⁵⁴ 27.01.2013 tarihli ve 28541 sayılı RG’de yayımlanan Ticaret Sicili Yönetmeliği.

⁷⁵⁵ DEMİR Koray, Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması, on İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 97.

sermaye azaltımı, tüm payların nominal değerlerinin azaltılması veya pay sayısının azaltılması (itfa) olarak iki biçimde gerçekleştirilebilir.

Sermayenin azaltılmasının nedenleri olarak, sermaye kaybı ve borca batıklıktan kurtulma amacı, şirketin kendi payını iktisap etmesi (TTK md. 386), haklı nedenle fesih davasında duruma uygun düşen başka bir çözüm olarak kabul edilmesi (TTK md. 531), tür değiştirmede dönüşülmek istenen şirket türünün kanuni şartlarını yerine getirmek (AŞ'den LTD'ye ortak sınırlaması TTK md. 574), vergi kazancı sağlama amacı veya âtil sermaye tespit edilmişse sermaye verimliliğini artırma amacı gösterilmektedir⁷⁵⁶.

Sermaye azaltımının kurucu/olağan ve açıklayıcı sermaye azaltımı olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Kurucu sermaye artırımını, TTK md. 473 ilâ 475 maddelerinde ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Bu azaltım türünde, pay bedelleri azaltım sonunda kısmen veya tamamen pay sahiplerine iade edilmektedir.

Kurucu sermaye azaltımının borca batıklık halinde iyileştirme etkisi olmayacaktır. Çünkü zaten, bu azaltımın yapılabilmesi için sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığının belirlenmiş olması gerekmekte, aksi halde azaltım gerçekleştirilememektedir (TTK md. 473/2). Şirketin aktiflerinin alacaklılarının alacaklarını karşılayamadığı bir hal olan borca batıklık durumunda bu şart sağlanmamaktadır. Ayrıca, sermayenin iadesi yasağının (TTK md. 489/3) istisnası olarak pay sahiplerine azaltılan sermaye paylarının bedelleri iade edilmektedir. Buna göre, şirket bilançosunda nakit varlıklar, aktifler azalmakta veya henüz ödenmediyse pasifler artmaktadır⁷⁵⁷. Oysa borca batıklık, tam tersi, aktiflerin artırılması ve/ya pasiflerin azaltılması ile giderilebilmektedir.

Öte yandan, kurucu sermaye azaltımında, alacaklıların çıkarları tehlikeye girmektedir. Çünkü pay sahiplerine “sermayenin iadesi”, ile sermaye şirketlerinde sınırlı sorumluluk imtiyazı karşısında alacaklılar için bir koruma mekanizması olarak kurgulanan şirketin alacaklılara karşı sorumluluk alt yapısının bir parçası ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, bu tür sermaye azaltımında, sermayenin kanuni asgari

⁷⁵⁶ Demir, s. 98-104.

⁷⁵⁷ Demir, s. 103-104.

tutarın altına indirilmesinin yasaklanması, genel kurulun sermaye azaltım kararı alması halinde alacaklıların alacaklarını bildirebilmeleri için üç kere ilan yapılması, alacaklılara şartları oluştuysa iptal davası açma hakkı öngörülmesi gibi bazı alacaklı koruma mekanizmaları sağlanmaktadır.

Açıklayıcı sermaye azaltımı, sermayenin zararlar sonucunda bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında azaltılmasıdır (TTK md. 474/2). Bu tür sermaye azaltımında, sermayenin iadesi söz konusu değildir. Bu nedenle, kurucu azaltıma göre, alacaklı korumasının bazı araçlarından vazgeçilebilmektedir. TTK md. 474/2'ye göre, yönetim kurulu TTSG'de ilan vererek alacaklılara çağrıda bulunmaktan ve alacaklıların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçilebilmektedir.

Limited şirketlerde, TTK md. 592'ye göre, sermaye azaltımı hususunda, anonim şirketlerin esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır. Maddenin son cümlesinde, anonim şirketlerden farklı bir ek bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, limited şirket esas sermayesinin borca batık bilançonun iyileştirilmesi amacıyla azaltılabilmesi için öncelikle şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme yükümlülüklerinin (TTK md. 603-605) tamamen ödenmesi şartı yerine getirilmelidir.

B- Borca Batıklığın İyileştirilmesi Amacıyla Sermaye Azaltımı

Öğretide, Kanunda açık bir hüküm olmamakla beraber, bilanço açığının kapatılması amacıyla esas sermaye azaltımı ile eş zamanlı sermaye artırımı yapılması halinde TTK m. 473/5'in uygulanmayacağı, dolayısıyla bu maddede atıf yapılan TTK m. 332'de öngörülen asgari sermayenin tutarının altına da inilebileceği, hatta bu kapsamda esas sermayenin sıfır seviyesine kadar indirilebileceği kabul edilmektedir.⁷⁵⁸

Yargıtay⁷⁵⁹ 2018 tarihli bir kararında, sermayenin azaltılmadan doğrudan artırılmayacağına hükmetmiştir. Karara göre; “*Sermayenin tamamlanması ibaresiyle esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda artırılması veya bilanço zararlarının*

⁷⁵⁸ Çonkar, s. 217-218.

⁷⁵⁹ Yargıtay 11. HD.'nin 22.11.2018 tarih ve E.2016/14027, K.2018/7315 sayılı kararı, bkz.: Turan, s. 147.

kapatılması kastedilmekte olup şirket genel kurulu doğrudan sermayenin arttırılmasına dair bir karar itiraz edemez. Önce esas sermayeyi 1/3'e indirmeli sonra 3/3'e tamamlayıcı arttırmayı yapmalıdır. Yani tamamlama işleminin sona ermesi halinde esas sermaye gene eski düzeyini bulacaktır. (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s.734) Dolayısıyla, 2013 yıl sonu bilançosu baz alındığında, zararının sermaye ve yasal yedek akçesinin 2/3'ünden fazla olduğu anlaşılan davalı şirkette genel kurulca ...'nın 376. maddesi uyarınca açıklanan kararlar alınabilecek olup sermaye arttırım kararı alınamayacaktır. Bu suretle de, dava konusu davalı anonim şirket genel kurul toplantısında alınan 9. maddeye yönelik davanın kabulü gerekirken, yazılı gerekçelerle bu maddenin iptali isteminin reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir”.

C- İsviçre Hukukunda “Harmonika”: Sermayenin Azaltımı ile Eş Zamanlı Yeniden Artırımı

1. Genel Olarak

İsviçre hukukunda İsvBK md. 732'de düzenlenen eş zamanlı sermaye azaltımı ve artırımı, 2020 revizyonu sonrası, büyük ölçüde önceki uygulamaları takip ederek İsvBK md. 653q (Genel olarak eş zamanlı yöntem) ve 653r'de (Özel olarak Harmonika yöntemi) hüküm altına alınmıştır. İsvBK md. 653r/1'e göre, “İyileştirme amacıyla sermayenin sıfıra indirilmesi ve aynı zamanda yeniden artırılması halinde, azaltımla birlikte pay sahiplerinin önceki ortaklık hakları da kaybolur. İhraç edilen payların imha edilmesi gerekmektedir.”

2008'den beri uygulanan Harmonika yöntemi, sermayenin tamamen kaybedilmesi nedeniyle, asgari sermaye kuralının istisnai olarak esas sermayenin bir anlığına sıfıra indirilmesi suretiyle, azaltılan miktara denk gelen tutar kadar zararın bilançodan atıldığı ve eşzamanlı olarak mevcut pay sahipleri veya yeni yatırımcılardan yeni sermayenin sağlandığı (olağan sermaye artırımı) bir iyileştirme aracıdır⁷⁶⁰. Sermaye azaltıldıktan sonra en az indirilen tutar kadar artırılıyorsa, alacakların teminat altına alınmasına ilişkin sermaye azaltımına ilişkin hükümler, ara dönem finansal tabloların hazırlanması, denetim onayı şartları uygulanmaz (İsvBK md. 653q/1). Ayrıca, payların sayısı, itibari değeri ve bunlara yapılan sermaye taahhüt tutarı, cinsi

⁷⁶⁰ Böckli, s. 267, para. 214.

değişmediği sürece yönetim kurulunun esas sözleşmede değişiklik yapmasına gerek yoktur (İsvBK md. 653q/3).

Harmonika ile bir bilanço açığını (*Unterbilanz*) ortadan kaldırmak için sermaye azaltıldıktan sonra hemen en az aynı miktarda yeni sermaye ile fon girişi olmaktadır. Sermaye taahhütleri, nakdi, aynî veya mahsup yoluyla yapılabilmektedir. Eğer sermaye taahhüdü olarak ortakların şirketten olan alacakları ile sermaye taahhüdünden doğan borçlarının takas edilmesi söz konusu ise bu durumda şirketten fon çıkışı olmamakta, böylece faiz ve geri ödeme yükünün kalkması ile şirkete finansal destek sağlanmaktadır⁷⁶¹.

Çifte önlem (*Doppelmassnahme*) olarak da nitelenen sermaye azaltım ve artırımının eş zamanlı olarak yapılması yönteminin çeşitli avantajları bulunmaktadır. İlk aşamada esas sermayenin varlıklar tarafından karşılanmayan kısmının (bilanço açığı-*Unterbilanz*) ortadan kaldırılması ise bilanço zararının (*Bilanzverlust*) aynı tutarı bilançonun pasifinde silinmektedir. Aksi halde, artan sermaye, yapılan ödeme nedeniyle eskisine göre daha iyi bir yüzdeyle de olsa yalnızca kısmen karşılanacaktır. Bu, mevcut pay sahiplerine fayda sağlarken yeni pay sahiplerine zarar verecektir⁷⁶².

Diğer taraftan, sermaye artırımı için rüçhan hakları olsa da azaltım neticesinde sermaye paylarını kaybetmiş olan mevcut pay sahiplerinin bu durumu nedeniyle Harmonika yönteminin uygulanması İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararı⁷⁶³ ile sıkı şartlara bağlanmıştır.

2. Harmonika'nın Şartları

İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili kararına göre, Harmonika'nın uygulanma koşulları şöyledir⁷⁶⁴:

(i) Özsermaye tabanı tamamen kaybedilmiş olmalıdır. Hazırlık kapsamında yönetim kurulu tarafından hazırlanan ve denetlenmesi gerekmeyen ara finansal tablolar bunu açıkça göstermelidir. Aktif ve pasiflerin mevcut durumuna ve en son

⁷⁶¹ Böckli, s. 267, para. 215.

⁷⁶² Böckli, s. 268, para. 216.

⁷⁶³ BGE 138 III 204 E. 3.1 ff.

⁷⁶⁴ Böckli, s. 270-272, para.222-227.

gelir ve likidite gelişimine ilişkin dahili hesap verebilirlik çerçevesinde bir iyileştirme planı pay sahiplerine sunulur.

Önemsiz ölçüde bir borç karşılama tutarı varsa ancak daha sonraki ticari faaliyetlerde devam eden zararlar açıkça mümkün olan en kısa sürede borca batıklığa yol açacaksa yine tam bir zarardan söz edilebilmektedir.

(ii) Zorunlu rüçhan hakkı:

Kanun, mevcut pay sahiplerinin yeni finansmana münhasıran veya en azından kısmen katılmaları halinde pay sahipliği haklarını koruyabilmeleri bakımından mutlak rüçhan hakkına sahip olduklarını düzenlemiştir (İsvBK md. 653r/2). Rüçhan hakkının kaldırılması veya kısıtlanması mümkün değildir. Rüçhan hakları, nihai olarak geri alınmadan önce mülkiyet hakkı koruması nedeniyle kendilerine “ayrılma veya iyileştirmeye katılma” alternatifleri sunulmalıdır. Ancak mevcut pay sahipleri şirketinin finansal açıdan kurtarılmasına katılmamaları durumunda, pay sahipliği hakları sona erecek ve dolayısıyla kontrol, iyileştirmeye gerekli sermaye taahhüdü ile katılan yeni pay sahiplerine geçecektir.

(iii) İyileştirme plan kavramına dahil etme: Federal Mahkeme, yasanın “iyileştirme amacıyla (“*zum Zweck der Sanierung*”)” ifadesine dikkat çekmiştir. Buna göre, şirketin iyileştirmeye ihtiyaç duyması gerekmektedir.

Özsermayenin tamamen kaybedilmesi durumunda zaten borca batıklık söz konusudur ve finansal çöküş genellikle kısa bir süre içinde ödemedi aciz riskini gösterir şekilde ileri bir aşamadır. Bu nedenle, yönetim kurulu, daha fazla iyileştirme önlemi sağlayan ve sermaye azaltımıyla birlikte şirketin sürdürülebilir şekilde iyileştirilmesi için makul bir iyileştirme konsepti sunmalıdır. Plan, daha sonra ne gibi tedbirlerin alınacağını göstermeli ve yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya uygun olmalıdır.

Diğer taraftan, değiştirilen Kanunun gerektirdiği iyileştirme konularındaki “acele (*Eile*)” nedeniyle, ya rüçhan hakkı prosedürünün genel kurul öncesine getirilmesi ya da sürenin kısa olması; ödemenin de kısa sürede tamamlanması gerekebilir.

(iv) Pay sahiplerine bilgi verilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesine göre, sermaye azaltımı, iyileştirme konseptindeki diğer önlemler arasında yer almaktadır. Yönetim kurulunun, sermayenin sıfıra düşürülmesi konusunda karar vermeye yetkili olan genel kurula bilgi verme konusunda özel bir yükümlülüğü vardır. Bu, pay sahiplerinin, her şeyden önce, rüçhan haklarını kullanarak sermaye artışına katılıp katılmayacaklarını değerlendirebilmelerinin tek yoludur. İFM kararında, yönetim kurulunun bilgi vermek için toplantıya kadar bekleyip bekleyemeyeceği daha ayrıntılı olarak belirtilmemektedir. Ancak, revize edilen Anonim Şirketler Kanunu'na “bilgilendirilmiş karar” kavramının eklenmesinden sonra, toplantı çağrısı yapılırken esaslı hususlara ilişkin bilgilerin verilmesi gerektiği varsayılabilmektedir.

(v) Daha hafif bir alternatif önlem bulunmaması gerekmektedir. Gereklik ve orantılılık ilkeleri sermayenin sıfıra indirilmesinde belirleyici bir rol oynamaktadır.

Yönetim kurulu, zarar durumuna rağmen özsermayenin hala mevcut olması durumunda, mevcut pay sahiplerini ortadan kaldırmadan kısmi sermaye azaltılmasının mümkün olup olmadığını her zaman kontrol etmelidir. Daha iyi bir alternatif gerçekçi bir şekilde ortaya çıkarsa, yönetim kurulu bu sert önlemi önermemelidir. Benzer şekilde, çoğunluk pay sahiplerinin kararı almaları halinde şirket bir iptal davası ile karşılaşabilecektir. Öte yandan, uygulama, ileri düzey finansal çöküş durumlarının çoğunda, sermayeyi sıfıra indirmeden geniş tabanlı ve sürdürülebilir bir iyileştirmenin pratikte mümkün olmadığını göstermektedir.

IV- Sermaye Avansı

A- Genel Olarak

Sermaye avansı kurumunun borca batık bir şirketin, finansal sağlığına kavuşması veya hiç değilse, borca batıklık bildirimini yapmayı öngören yasal yükümlülük kapsamından çıkması için elverişli bir araç olup olmadığı değerlendirilebilir. Zira, sermaye avansı kurumu ile pay sahipleri tarafından şirkete nakit girişi sağlanarak şirketin likidite sorunlarının giderilmesi için finansal destek sağlandığı, takiben yapılacak bir sermaye artırımını ile sermayenin güçlendirileceği ve borca batıklık durumuna karşı bir önlem niteliği taşıyabileceği savunulabilir. Fakat sermaye avansı, işlevi ve hukuki niteliği itibarıyla borca batıklık durumunda çözüm niteliği taşımamaktadır. Sermaye avansına ilişkin yapılacak incelemede, sermayenin

tamamlanması, ek ödeme yükümlülüğü, sermaye artırımını gibi müesseselerle olan ilişkisine değinmek ve farklarını ortaya koymak önemlidir.

B- Sermaye Avansının İşlevi ve Hukuki Niteliği

Sermaye avansı, pay sahiplerinin şirkete kaynak sağlama yöntemlerinden biridir. Şirketin kuruluş aşamasında gerekli sermayenin tespit edilemediği durumlarda gelecekteki olası sermaye artırımını veya şirket faaliyetlerine devam ederken ortaya çıkan ek işletme sermayesi ihtiyacını karşılamak için şirkete getirilebilmektedir. Stratejik ortaklıklarda, **pay sahipleri sözleşmelerinde yer verilen ve ortaklara şirketi fonlama yükümlülüğü getiren** fonlama yükümlülüğü klozu ile bağdaştırılmaktadır.⁷⁶⁵ Bu bakımdan sermaye avansı, sağlıklı şirketlerin pay sahipleri tarafından finansman gereklilikleri kapsamında, örneğin, yurt dışında yerleşik ortaklar tarafından Türkiye'deki şirketlerinin sermaye artırımında kullanılmak üzere şirket bünyesine katılabilmektedir. Ayrıca, finansal güçlük içinde olan şirketlerin sağlığına kavuşması ve faaliyetlerini sürdürebilmesi için, aynı zamanda finansal planlama çerçevesinde vergi yükünü azaltmak amacı güdülerek, grup şirketleri arasında veya az ortaklı kapalı aile şirketlerinin pay sahipleri tarafından kullanılabilmektedir⁷⁶⁶.

Kavram, sermaye artırım avansı şekilde anılabilmektedir⁷⁶⁷. Sermaye avansı kavramının kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Kavram öğretide, *“pay sahibi ile şirket arasındaki bir ödünç akdinden kaynaklanan, nakden ya da ileride yapılacak bir sermaye artırımını esnasında yaratılacak yeni payların pay sahibine verilmesi suretiyle ifa edilebilmesi için şirkete seçim yetkisi tanınan, muhasebesel açıdan sermayeye dahil*

⁷⁶⁵ AYOĞLU Tolga, “Sermaye Avansı Kavramı Üzerinde Düşünceler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, Ocak 2017, ss. 29-58, s. 32, 35-36. (**Sermaye Avansı**)

⁷⁶⁶ BİLGE Begüm, Sermaye Avansı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi Özel Hukuk Programı, 2023, s. 19-27; COŞKUN Osman, “Sermaye Avansı Olarak Yurtdışından Getirilen Tutarlar”, 25/5/2013, https://www.dunya.com/gundem/sermaye-avansi-olarak-yurtdisindan-getirilen-tutarlar-haberi-212404#google_vignette.

⁷⁶⁷ Vergi ve muhasebe alanındaki bazı çalışmalarda, sermaye avansı ve sermaye tamamlama fonu ifadelerinin birbiri yerine kullanılabildiği ifade edilmektedir. Örneğin, bkz. AKBAYRAK İbrahim, “Sermaye Tamamlama Fonu Kurum Kazancı Olmaktan Çıkarılıyor”, www.muhasabeTR.com, 4/4/2022; AKGÜN Nalan, “Şirketlerde Zarar Telafi Fonu (Sermaye Tamamlama Fonu) Uygulaması ve Değerlendirmesi”, <https://www.verginet.net/dtt/5/sirketlerde-zarar-telafi-fonu.aspx>. Ancak bu iki kavram, birbirinden farklıdır. İleride açıklanacağı üzere, sermaye tamamlama ve sermaye artırımını ayrı hukuki sonuçlara sahiptir. Bu yönde bkz. ASLAN Memduh/ TURANLI Hüsnü, “Anonim ve Limitet Şirkette Vergisel Boyutuyla Sermayenin Tamamlanması”, İzmir Barosu Dergisi, Aralık 2022, Yıl: 87, S. 3, ss. 63-97, s. 73. Bu nedenle, sermayenin tamamlanması için getirilen tutar ile ileride yapılacak sermaye artırımını için şirkete konulan avans, aynı hukuki niteliği taşımamaktadır.

*edilebilecek bir kaynak olarak özel bir hesapta izlenen pay sahibine ait alacağa verilen” isim olarak tanımlanmaktadır*⁷⁶⁸.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde, ileride gerçekleştirilecek sermaye artırımından kaynaklanan sermaye taahhüdünün yerine getirilmesinde kullanılmak amacıyla, sermaye artırımına ilişkin karardan önce ortaklar tarafından sermaye avansı olarak şirketin banka hesabına yatırılan tutarlardan bahisle sermaye avansı müessesine işaret edilmiştir⁷⁶⁹.

Sermaye avansı, sermaye artırımı işlemi gerçekleştirilmeden önce şirkete getirilmektedir⁷⁷⁰. Sermaye artırımı kararından sonra, sermaye taahhüdü ödemeleri bu kapsama girmemektedir⁷⁷¹. İlk aşamada pay sahibi, belirli bir meblağı şirkete ödünç olarak getirmektedir. Bu sırada, kavramın karakteristik özelliği olarak, pay sahibi, şirkete seçimlik bir yetki tanımaktadır. Bu yetkiye göre, şirket, pay sahibinin şirkete karşı sahip olduğu bir para alacağını pay sahibine nakden geri ödemek veya sermaye artırımına giderek pay sahibinin rüçhan hakkı çerçevesindeki sermaye borcu ile takas etmek arasında seçim yapabilmektedir.⁷⁷² Borçluya tanınan seçimlik yetkiden hareketle, borçlu şirketin sermaye artırımına gitmeyi tercih edebileceği ve pay sahibinin şirketten olan alacağının bu şarta bağlı olarak sermayeye ekleneceği ancak

⁷⁶⁸ Ayoğlu, **Sermaye Avansı**, s. 33.

⁷⁶⁹ 3/4/2007 tarih ve 26482 sayılı RG’de yayımlanan 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’ne 29792 Sayı ve 5/8/2016 Tarihli RG’de yayımlanan 10 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 1. maddesiyle eklenen “10.6.3.1.1. Sermaye avanslarının durumu” bölümü.

⁷⁷⁰ Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde, sermaye avanslarının, banka hesabına yatırıldığı tarihten itibaren şirketin bilançosunda öz sermaye kalemleri arasında yer alan 529 no’lu “Diğer Sermaye Yedekleri” hesabında izlenmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Ancak bu hesaba kayıt, sermaye avanslarıyla ilgili Kurumlar Vergisi indiriminden yararlanma şartları bakımından önem arz etmektedir. Kurumlar Vergisi Tebliği’ne göre, sermaye avansı olarak getirilen tutarlar, şirketin banka hesabına yatırıldığı tarihten itibaren bilançoda öz sermaye kalemleri arasında yer alan “Diğer Sermaye Yedekleri” hesabında izlenmezse, ilgili hesap döneminde bu tutarlara ilişkin sermaye artırımı gerçekleştirilse dahi indirim uygulamasından faydalanılması mümkün bulunmamaktadır. Ancak Tebliğ’deki bu hüküm, şirkete getirilen bir kaynağın hukuki niteliğini belirlemede nihai kıtas olmayacaktır. Aynı şekilde, muhasebe hukuku bakımından da özün önceliği kavramı doğrultusunda inceleme yapılması gerekecektir. Ayrıca, uygulamada, 331 no’lu Ortaklara Olan Borçlar Hesabı (kısa vadeli) veya 431 no’lu Ortaklara Olan Borçlar Hesabı (uzun vadeli) hesaplarında izlenebilmektedir. Bkz. Ayoğlu, **Sermaye Avansı**, s. 33, 37. Ayrıca bkz. PULAŞLI Hasan, “Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımında Paysahibinin Şirketteki Muaccel Alacağını Sermaye Borcuyla Takas Sorunu”, BATİDER, C. 39, S. 4, Aralık 2023, ss. 725-756, s. 745, (**Takas**); YÜCE Aydın Alber, Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi- “Şirket Borçlarının Şirket Sermayesine Dönüştürülmesi”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2021, s. 165-167. Sermaye avansının bilançodaki yeri hakkında bir inceleme ve sermaye avansının ilk aşamada şirket bilançosunda borç olarak kaydedilmesine ilişkin bir görüş için bkz. Bilge, s. 27-32.

⁷⁷¹ Taahhüdü edilen ancak henüz ödenmemiş sermaye borcu, bilançoda, 5 no’lu Öz Kaynaklar hesapları arasında 501 Ödenmemiş Sermaye hesabı altında kaydedilmektedir.

⁷⁷² Ayoğlu, **Sermaye Avansı**, s. 34-35.

bunu tercih etmez ise, şirketin sermaye artırımını yapmak zorunda olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁷³. Borca batıklığa çözüm olmak bağlamında değerlendirildiğinde, sermaye avansının en kritik özelliği bu husustur. Zira, şirketin hangi seçimde bulunacağına bağlı olarak, bilançosunda borçları veya esas sermayesi artacaktır. Pay sahiplerinin sermaye olarak şirkete verdikleri iade edilemezken (TTK md. 480/3), sermaye avansı olarak getirilen meblağın geri ödenmesi ihtimali bulunmaktadır.

Öğretiye göre sermaye avansı ile pay sahibi ve şirket arasında, borçluya yedek edim ile ifa yetkisi tanınan atipik bir tüketim ödünçü sözleşmesi (TBK md. 386 vd.) kurulmaktadır⁷⁷⁴. Sermaye avansının hukuki niteliğini tüketim ödünçü sözleşmesi olarak kabul etmenin bir sonucu, pay sahibinin alacağının şirket tarafından nakden ifa edilmesine veya sermaye artırımında sermaye borcu ile takas edilmesine kadar sermaye avansı tutarına faiz işletilmesinin mümkün olmasıdır⁷⁷⁵. Ticari olmayan tüketim ödünçü sözleşmesi söz konusu ise faiz işlemesi için sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekmektedir (TBK md. 387). Ticari tüketim ödünçü sözleşmesi söz konusu iken taraflar sözleşmede kararlaştırmasa dahi faiz talep edilebilmekte, üstelik şartlar mevcutsa bileşik faiz işletilmesi ihtimali doğmaktadır⁷⁷⁶. İlke olarak, sermaye için faiz ödenemez (TTK md. 509/1). Ancak sermaye avansına faiz işletilebilmesi, hatta bu faizin bileşik faiz olabilmesi, yine şirketin seçimine göre, borcunun daha da artmasına yol açabilecektir.

⁷⁷³ Yine alacaklı pay sahibinin, şirketi borcun sermayeye dönüştürülmesi suretiyle ifaya zorlamasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Bilge, s. 130.

⁷⁷⁴ Kavramın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Ayoğlu, **Sermaye Avansı**, s. 37 vd. Sermaye avansının hukuki niteliği ile ilgili olarak ayrıca bkz. Pulaşlı, **Takas**, s. 743 vd.

⁷⁷⁵ Ayoğlu, **Sermaye Avansı**, s. 43-44. Ancak, sermaye avansına faiz ödenmemesi gerektiği yönünde görüş de bulunmaktadır. Bkz. SAĞLAM Erdoğan, “Sermaye Artırım Avansı”, Vergi Dünyası, S. 255, Kasım 2022, <https://www.denet.com.tr/tr/erdogansaglammakaleleri.php?yil=2002>, (**Sermaye Artırım Avansı**). Vergi Hukuku öğretisinde, sermayeye faiz ödenmesini yasaklayan hükümlerden (TTK md. 509/1, KVK md. 11/1-a) hareketle, sermaye avansı niteliğindeki alacaklara da faiz işletilemeyeceği anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayıştan hareketle, sermaye avansına üç ay ve bir yıl arasında değişebilen makul süreler içinde faiz ödenmeyeceği vergi mevzuatı genelgeleri ve Danıştay kararlarında ileri sürülmüştür. Bkz. Pulaşlı, **Takas**, s. 739-740. Ancak, özellikle halka açık şirketin topluluk şirketlerine sağladığı sermaye avansı tutarlarına faiz işletilmemesi ya da düşük oranlarda işletilmesi durumlarında işlemin emsallerine aykırı olacağı ve yoksun kalınan faiz bakımından halka açık şirketin malvarlığında azalmaya yol açılacağı ve bunun da örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali anlamına geleceğine ilişkin bkz. ÜZELER DEMİRAG Sanem, Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından Şirketler Topluluğunda Ortak Nakit ve Hizmet Kullanımının Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2022, s. 343-344. Sermaye avansı, sermaye artırımını ile borç-sermaye dönüşümünün yapılmadığı sürece sermaye niteliği taşımadığı için TTK m.509'daki sermayeye faiz işletilmesine ilişkin yasağın konusu olmayacağı yönünde bkz. Bilge, s. 131.

⁷⁷⁶ Ayoğlu, **Sermaye Avansı**, s.44.

Pay sahiplerinin, sermaye avansı niteliğinde ödünç vermek suretiyle şirkete fon kullandırma yükümlülüğü altına girebildikleri ifade edilmiştir. Buna göre, özellikle stratejik ortaklıklarda, pay sahipleri sözleşmeleri ile fonlama yükümlülüğü klozları öngörülmektedir. Söz konusu hükümler, pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan tüm düzenlemeler gibi, pay sahiplerinin birbirlerine karşı borçlar hukuku temelinde sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla, fonlama taahhütleri, şirketler hukuku anlamında hüküm ve sonuç doğurmaya elverişli değildir. Fonlama taahhütlerinin korporatif etkiye sahip olmaması, bir açıdan, şirketin pay sahibini sermaye avansı borcunu yerine getirmeye zorlayamaması anlamında gelmektedir.⁷⁷⁷ Diğer bir açıdan ise, pay sahibinin, sermaye avansı borcunu yerine getirirse ve şirket sermaye artırımını kararı almak üzere toplansa dahi, sermaye artırımına olumlu oy vermeye zorlanamayacağı, olumlu oy verse dahi rüçhan hakkını kullanmamayı tercih edebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

C- Sermaye Avansı ile Borca Batıklık Arasındaki İlişki

Şirketin borca batıklık olması, toplam malvarlığı ve borçları ile ilgilidir. Borca batıklık, şirketin borçlarının alacaklıların alacaklarını karşılayamaması halidir. Likidite sorunu ise, şirketin vadesi gelen borçlarını ödeyememesi halinde karşılaştığı bir finansal güçlük durumudur. Borca batıklık ile likidite aynı anda ortaya çıkabilse de her zaman eş zamanlı olarak gerçekleşmezler. Yine de uygulamada, ikisinin birlikte ortaya çıkması olağandır. Neticede, borca batık bir şirket likidite sorunu yaşamasa da kanunen iflas tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Şirkete sermaye avansı getirilirse, bir yandan likidite sağlanırken; diğer yandan sermaye artırımının gerçekleşmesi halinde takas yapılarak, sermaye avansı sermayeye dönüştürülür ve bu tutar artık pay sahibinin şirkete karşı alacağı olmaktan çıkar. Böylece, borçlanma oranı yükseltilmeden şirkete finansal destek sağlanmış ve özkaynak yapısı güçlendirilmiş olur.

Borca batık bir şirketin yönetim kurulu, TTK md. 376/3 uyarınca durumu tespit edip mahkemeye bildirmek ve gerekli adımları atmak zorundadır. Yönetim kurulu, borca batıklık durumunun tespitinden önce ve sonra, TTK md. 366/2 gereğince, şirketin gidişatını izlemek ve iç denetim sağlamakla; TTK md. 369/1 gereğince, tedbirli bir yöneticinin özeniyle şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmekle yükümlüdür. Bu çerçevede, uygulamada, sermaye avansının sermaye

⁷⁷⁷ Ayoğlu, *Sermaye Avansı*, s.36.

borcu ile takas edilebilme ve böylece özkaynak yapısını güçlendirme özelliğinden dolayı, borca batıklık durumunu yönetmek için sermaye avansı kurumuna başvurma seçeneği değerlendirilmektedir⁷⁷⁸. Ancak sermaye avansı kurumu ile sermayenin tamamlanması birbiri ile karıştırılabilmektedir. Ayrıca, sermaye avansı, borca batıklığın giderilmesi bağlamında sermaye artırımını ile birlikte değerlendirilebilmektedir.

D- Sermaye Avansı ile Sermaye Tamamlama Arasındaki İlişki

1. Sermayenin Tamamlanmasının Özellikleri

Sermaye avansı ile sermayenin tamamlanması kavramlarının özdeş kullanımıyla karşılaşılabilir. Ancak, bu kurumlar, birbirinden farklı hukuki nitelik ve hukuki sonuçlara sahiptirler. Bununla birlikte, kullanım amaçları yönünden bir benzerlik tespit etmek mümkündür. Çünkü, sermaye avansı söz konusu iken sermaye artırımının tamamlanmış olması şartıyla, her iki yöntem, şirketin özkaynaklarını güçlendirmeye yaramaktadır. Genellikle, şirketin finansal darboğazlarını aşmada gündeme gelmektedirler.

Sermayenin tamamlanmasına⁷⁷⁹, TTK md. 376/2 ve TTK md. 376 Tebliğ md. 9 hükümlerinde yer verilmiştir⁷⁸⁰. TTK md. 376/2'ye göre, Son yıllık bilanço'ya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız

⁷⁷⁸ TTK md. 376/2 durumunda da sermaye avansı ödenmesi yöntemiyle şirketin sağlığa kavuşabilme ihtimali değerlendirilmiştir. Bkz. TORAMAN ÇOLGAR, Emek, TTK m. 376/2 Hükmü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No: 10 Ticaret Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 34-38. Yazar, TTK md. 376/2 hükmünün emredici niteliği ve Kanun'un korumaya çalıştığı menfaati göz önünde bulundurarak sermaye avansının hukuki niteliğinin ödünç sözleşmesi olduğundan kabul etmektedir. Buna göre, pay sahibinin geri ödemeye ilişkin talebi bulundukça sermaye avansı ödenmesi yoluyla şirketin sağlığa kavuşma imkânı bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Toraman Çolgar, s. 37.

⁷⁷⁹ Bu kurum, vergi uygulamasında, zarar telafi fonu olarak isimlendirilebilmektedir. Kavramın farklı adlandırmalarına ilişkin ifadeler ve vergisel boyuttaki incelemeler için bkz. KAYNAR Ufuk, "Sermaye Tamamlama Fonu ve Şirketlerin Söz Konusu Uygulamalarına Getirilen Vergisel Eleştiriler", Vergi Dünyası, Eylül 2014, s. 128-134; YILDIZ Ferah/ SOLMAZ Halil İbrahim/ YANIK Ahmet, "Sermaye Şirketlerinin İştiraklerine Yaptığı Sermaye Tamamlama Ödemelerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergisel Açidan Değerlendirme", Al-Farabi International Journal on Social Sciences, C.7, S. 4, 2022, 122-134; SAĞLAM Erdoğan, "Sermaye Tamamlama Fonunun Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi", Vergi Pusulası Dergisi, Ocak 2024, S. 7, (Sermaye Tamamlama).

⁷⁸⁰ TTK md. 376/2'te zikredilen sermayenin tamamlanması uygulamasının vergisel yönüyle ilgili olarak, 8/4/2022 tarihinde, 7394 sayılı Kanun'la, 13/6/2006 tarih ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 6. maddesine 3. fıkrâ eklenmiştir. Fıkra'ya göre, "13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı maddesi uyarınca sermayenin tamamlanmasına karar verilen şirketin ortakları tarafından zarar sebebiyle karşılıksız kalan kısmı kapatacak miktarda aktarılan tutarlar kurum kazancının tespitinde dikkate alınmaz."

kaldığı anlaşıldığı takdirde genel kurulun sermayenin tamamlanmasına karar vermesi mümkündür.

Kanun'da, yalnızca sermaye kaybının düzeltilmesi ve böylece şirketin infisahını önlemek için öngörülmüş olan sermaye tamamlama yöntemi, TTK md. 376 Tebliği'nde borca batıklık halinde de başvurulabilecek bir tedbir olarak düzenlenmiştir (Tebliğ md. 12/4, 7/1-c, 9). Sermayenin tamamlanması, Tebliğ'de, bilânço açıklarının ortakların tamamı veya bazı ortaklar tarafından kapatılması olarak tanımlanmıştır. TTK md. 376/2 hükmü gerekçesinde ise tamamlama ile, azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması veya bilânço açıklarının pay sahiplerinin tümünce veya bazı pay sahipleri tarafından kapatılması ya da bazı alacaklıların alacaklarını silmesinin kastedildiği şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Tebliğ düzenlemesi, borca batık şirketin sermayesinin tamamlanması ile iflasa başvurmak zorunluluğunun kalkacağı şeklinde yorumlanabilmektedir⁷⁸¹.

2. Sermayenin Tamamlanması ve Ek Ödeme Yükümlülüğünün Karşılaştırılması

a. Ek Ödeme Yükümlülüğünün Genel Özellikleri

Sermaye avansı, sermayenin tamamlanması olmadığı gibi, sermayenin tamamlanması da ek ödeme yükümlülüğünden farklıdır. Sermaye avansı da ek ödeme yükümlülüğü niteliğinde değildir.

TTK'da hem sermaye tamamlamaya hem de ek ödeme yükümüne dair düzenleme yer almaktadır. Limited şirketlerde, sınırlı sorumlu şirketlere hakim olan tek borç ilkesinin (TTK md. 480/1)⁷⁸² istisnası olarak ortaklar, şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme ile de yükümlü tutulabilirler (TTK md.

⁷⁸¹ Bu sonuca, Tebliğ md. 12/4 hükmünün mefhum-u muhalifinden ulaşılmaktadır. İlgili fıkra göre, “Yönetim organı, hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre çıkarılan ara bilânço üzerinden aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediğine karar vermesi ve 7 nci maddede belirtilen tedbirleri almaması halinde şirketin iflası için mahkemeye başvurur”. Ayrıca, öğretide, sermayenin tamamlanması yolunun, sadece sermayenin belli bir oranda kaybında değil borca batıklıkta da açık olduğu belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 290.

⁷⁸² Ancak sınırsız sorumluluk kuralının geçerli olduğu kolektif şirketlerde de sermayenin zarar nedeniyle eksilen kısmının ancak oybirliği ile karar alınması şartıyla ortaklarca tamamlanmasının istenebileceği düzenlenmiştir (TTK md. 229). Komandit şirketlerde, sınırlı sorumlu ortak olan komanditer ortaklara ilişkin olarak bu ortakların, önce aldıkları ve usulüne göre tahakkuk ettirilmiş (şirket sözleşmesinde kararlaştırılmış olan faizi) ve kâr paylarını, şirketin sonradan meydana gelen zararını kapatmak için geri vermeye zorunlu tutulamayacakları düzenlenmiştir (TTK md. 313).

603). Ek ödeme yükümlülüğü, şirketin zararının, esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamını aşındırması ile ilişkilendirilmiş, bu yükümlülüğün tutarı ve ifasının talep edilme şartları Kanun’da belirlenmiştir. Kooperatiflerde de ortakların ek ödemelerle yükümlendirilebileceği kabul edilmiştir. Ancak, ek ödemelerin yalnızca bilanço açıklarını kapatmada kullanılmasına izin verilmiştir (KoopK md. 31).

Anonim şirketlere, anonim şirket temel yapısının tamamlayıcı öğelerinden biri olan tek borç ilkesi hakimdir⁷⁸³. Bu ilkenin ihlaline yönelik yönetim kurulu kararları, butlanla malul kabul edilir (TTK md. 391). TTK md. 421/2-a hükmü ise bilanço zararlarının kapatılması için genel kurul tarafından yükümlülük koyan kararın alınmasına imkân tanındığını göstermektedir⁷⁸⁴. Madde gerekçesinde, bu yüküm ile, KoopK md. 31’deki ek ödeme yükümü ve TTK md. 376/2’deki sermaye tamamlamanın kastedildiği ifade edilmiştir. Gerekçede ayrıca, tamamlama yükümünün tek borç ilkesine aykırı olduğuna işaret edilmiştir. Bu nedenle hükümde, bilanço zararını kapatmak için alınacak genel kurul kararı bakımından toplantı ve karar yetersayısı olarak tüm pay sahiplerinin oybirliği aranmaktadır.

b. Sermayenin Tamamlanması ve Ek Ödeme Yükümlülüğünün Arasındaki Farklar

Şirketlerin finansal ihtiyaçları için ek fon sağlayan bu iki müessese birbirinden farklı özellikler taşımaktadır. Sermayenin tamamlanması, TTK md. 376/2’de sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı durumla sınırlı iken⁷⁸⁵; limited şirketler açısından ortaklara esas sermaye taahhütlerinin dışında getirilecek ek yükümlülük, bilanço açıklarını kapatmaktan daha geniş amaçlarla talep edilebilmektedir⁷⁸⁶. Örneğin, şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması (TTK md. 603/1-b), ödeme dar

⁷⁸³ Bkz. TTK md. 391 hükmü gerekçesi.

⁷⁸⁴ TTK md. 421/2-a hükmünün, TTK md. 376 Tebliği ile bağlantılı olarak ayrıntılı incelemesi için bkz. ZENGİN İbrahim Çağrı, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulu’nda Yeter Sayılar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2020, s. 140-153. Hükmün genel bir incelemesi için bkz. KAYIŞ Ferhat, “Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi Çerçevesinde TTK md. 421/2-a Bendinin Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 3, 2022, ss. 1211-1252.

⁷⁸⁵ Sermaye tamamlamanın, TTK md. 376/2’ye nispeten daha hafif bir finansal güçlük hali olan TTK md. 376/1’de düzenlenen sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı durumda evleviyetle uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Kanunkoyucu, bu hükümde, doğrudan sermaye tamamlamayı saymasa da yönetim kurulunun uygun gördüğü iyileştirici önlemlerinin genel kurulda değerlendirilmesine izin vermiştir.

⁷⁸⁶ Bkz. TTK md. 603 hükmü gerekçesi.

boğazından çıkabilmesi ya da şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir hâlin gerçekleşmiş bulunması (TTK md. 603/1-c) durumlarında ek ödeme yükümlülüğü doğabilmektedir. Dolayısıyla, sermayenin tamamlanması, daha sınırlı bir amaca özgülenmiştir.

Ek ödeme yükümlülüğü⁷⁸⁷ esas sözleşme ile düzenlenmelidir (TTK md. 603). Sermayenin tamamlanması, esas sözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi TTK md. 376/2 şartları oluşmuşsa, genel kurul kararı ile kararlaştırılabilmektedir. Ek ödeme zorunlu bir katkı niteliğinde olup ortaklar yükümlülüğü yerine getirmezse icra yoluna başvurulabilmektedir. Sermayenin tamamlanması için ise pay sahiplerinin olumlu oyu aranmakta veya kendi istekleriyle tamamlama yapmaklarına izin verilmektedir⁷⁸⁸.

Ek ödeme, esas sermayenin bir parçası olmadığı gibi sermaye artırımını olarak da değerlendirilmemektedir. Sermayenin tamamlanması da sermaye konulması niteliğinde kabul edilmemektedir (TTK md. 376 Tebliğ md. 9/1). Pay oranlarının değişmesi, yeni payların çıkarılması gibi sermaye artırımının hukuki sonuçlarını doğurmaz⁷⁸⁹. Bilanço zararlarının kapatılması için getirilen yükümlülükler uyarınca yapılan ödemeler, öz kaynaklar içerisinde sermaye tamamlama fonu adlı ayrı bir hesapta toplanmakta ve takip edilmektedir (TTK md. 376 Tebliğ md. 9/3).

Ek ödemelerin geri alınması esas sözleşmede şart koşulmuşsa, belirli koşullar altında bu mümkündür⁷⁹⁰. Oysa, sermayenin tamamlanmasına katılan pay sahiplerinin ödemeleri, sermaye veya bir borç niteliğinde sayılmamakta, iadeleri mümkün olmamaktadır (TTK md. 376 Tebliğ md. 9/1). Tebliğ’de, sermayenin tamamlanmasının sermaye avansı olmadığı da açıkça düzenlenmiştir. Tebliğ md. 9/1’in son cümlesine göre, sermaye tamamlama için yapılan ödemeler, gelecekte yapılacak sermaye artırımına mahsuben bir avans olarak nitelendirilmeyecektir.

⁷⁸⁷ Ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin bazı çalışmalar için bkz. KARAKILIÇ Hasan, “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2014, ss. 107-144; CAN Mustafa Erdem (Can M. E.), “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 2011, ss. 1-23.

⁷⁸⁸ Bkz. TTK md. 376 Tebliğ md. 9/2.

⁷⁸⁹ Yargıtay, bir kararında, sermayenin tamamlanmasını, esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda arttırılması veya bilanço zararlarının kapatılması olarak yorumlamıştır. Bkz. 22.11.2018 Tarihli Yargıtay 11. HD., E. 2016/14027 K. 2018/7315 Kararı. İlgili kısım şu şekildedir: “*Sermayenin tamamlanması ibaresiyle esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda arttırılması veya bilanço zararlarının kapatılması kastedilmekte olup ...*”.

⁷⁹⁰ Karakılıç, s. 109-110.

Her iki mekanizma da şirketin finansal sağlığını korumak için düzenlenmiştir; ancak ek ödeme, şirketin finansal güçlüğü ile ilgili yükümlülükler öngörülen kanuni eşiklere gelinmeden ve bunlardan korunmak için önleyici bir finansman aracı iken; sermaye tamamlama, zararların telafisine yönelik bir tedbir olarak devreye girmektedir.

3. Sermaye Avansı ve Sermayenin Tamamlanmasının Karşılaştırılması

Sermaye avansı, bilanço açıklarının kapatılmasına yönelik bir müessese değildir. İleride yapılacak bir sermaye artırımını öncesi geçici finansman sağlamak için kullanılmakta, örneğin yabancı ortakların planlanan bir sermaye artırımını için yurtdışı kaynaklarını önceden ülkeye getirmesine yaramaktadır. Aynı zamanda, ek işletme sermayesi ihtiyacı veya nakit akışı sorunlarını çözmeye elverişli bir araç olabilmektedir. Varsa likidite sorununun çözümüne geçici katkı sağlayabilmektedir. Ancak, borca batıklık açısından değerlendirildiğinde, sermaye artırımını yapılmazsa, pay sahibinin avans olarak getirdiği meblağ şirket borcu niteliği arz edeceğinden sermayenin yapısı açısından kalıcı bir etkisi olmayacaktır. Üstelik bu durumda, şirketin borcu artmış olacaktır.

Sermaye tamamlama fonu ise zararlar sebebiyle sermayenin erimesi durumunda sermayenin yasal sınırlar içinde kalmasını desteklemek amacıyla oluşturulmuş bir kurumdur. Borca batıklık açısından incelendiğinde, doğrudan sermaye zararlarını karşılamak için kullanıldığı ve iade edilmediği için özkaynaklar üzerinde kalıcı bir etkiye sahiptir.

Sermaye avansı, sermaye artırımının tamamlanması şartıyla, sermayeye dönüşmekte ve pay sahibine iadesi mümkün olmamaktadır. Ancak, sermaye artırımını kararlaştırılan dönemde veya hiç gerçekleşmezse, pay sahibinin şirketten alacağı niteliğinde olduğu için pay sahibine işleyen faiz ile geri ödenmesi gerekecektir. Sermayenin tamamlanması için getirilen tutarların ise karşılıksız ve geri ödenemez oldukları düzenlenmiştir. Şirketin geliri⁷⁹¹ veya şirketin ortağa karşı borcu niteliğini taşımamaktadır; sermaye tamamlama amacıyla getirilen tutara faiz işletilememektedir.

⁷⁹¹ Bkz. Kurumlar Vergisi Kanunu md. 6.

Sermayenin tamamlanması için getirilen meblağ, sermaye tamamlama fonu adlı ayrı bir hesapta doğrudan özkaynaklar altında izlenmektedir. Sermaye avansı ise sonradan sermayeye dönüştürülebilse bile sermaye artırımını öncesi, şirkete ilk getirildiğinde borç niteliğinde olup, sermayenin bir parçası değildir.

Sermayenin tamamlanması, mevcut sermayenin fiilen tamamlanması içindir; bu işlem kapsamında esas sözleşme değişikliği yapılması ve yeni paylar çıkarılması söz konusu değildir. Sermaye avansı ise sermaye artırımının gerçekleşmesi halinde, sermaye borcu ile takas edilmekte ve pay sahibine yeni paylar sağlamaktadır.

4. Sermaye Avansı ve Sermaye Artırımı Arasındaki İlişki

Sermaye avansı, şirkete ileride yapılacak bir sermaye artırımına yönelik tahsis edilmektedir. Kurumun borca batıklığın çözümünde kullanılıp kullanılmayacağını değerlendirmeden önce, sermaye artırımının borca batıklık durumunda bir iyileştirme aracı olup olmayacağını ortaya koymak önemlidir. Borca batıklık, basitçe, şirketin borçlarının varlıklarından fazla olduğu durumdur. Buna göre borca batıklık, borçların azaltılması veya varlıkların artırılması ile giderilebilir. Varlıkların kaynakları, pay sahiplerinden veya üçüncü kişilerden sağlanacak borçlar ya da pay sahiplerinin getireceği sermayeden oluşmaktadır. Varlıkların, yabancı kaynaklar aracılığıyla artırılması, borca batıklık bakımından bir çözüm getirmemektedir. Bu açıdan, sermaye avansı ve sermaye artırımını, borca batıklık tedbiri olmak yönünden eşdeğer değil, iki farklı mekanizma olarak incelemekteyiz.

Sermaye avansı ve sermaye artırımının hukuki nitelikleri farklıdır. Sermaye avansı, gelecekteki bir sermaye artırımını için avans finansmandır. Ancak, şirket seçimlik yetkisini kullanıp da sermaye artırımını ile sermaye avansını sermayeye dönüştürmezse, bu avans tutarı, şirketin pay sahibine karşı borcu niteliğini muhafaza edecektir. Sermaye artırımının sonuçlanmadığı durumda, sermaye avansı olarak getirilen miktar ile şirket sermayesi güçlendirilip borca batıklık azaltılamadığı gibi şirket borçlarının artması, borca batıklığın derinleşmesi sonucu ortaya çıkabilecektir.

Sermaye artırımında ise sermaye artırımını kararı alınmış, esas sözleşme değişikliği yapılmış, ticaret siciline tescil gerçekleşmiş ve pay sahibinin sermaye taahhüdüne bağlı sermaye getirme borcu doğmuştur. Pay sahibinin getireceği tutar, sermayeye eklenecek olup; şirketin borcu niteliği taşımamaktadır.

Sermaye artırımının gerçekleşmemesi ihtimalinde sermaye avansı, geçici bir finansman desteği ve likidite kaynağı olarak sınırlı etkiye sahiptir. Sermaye artırımı ise kalıcı olarak sermayenin yükseltilmesidir. Kanunkoyucu, şirketin finansal durumu sağlıklı iken çeşitli şekillerde kaynak sağlanmasına imkân tanımaktadır. Çünkü şirket faaliyetlerine olağan şekilde devam ederken alacaklıların menfaatlerini tehlikeye atan bir durum söz konusu değildir. Şirketin nasıl yönetildiği, kaynakların ne şekilde temin edildiğine dair kararlar şirketin ve şirket pay sahiplerinin menfaatlerini etkilemektedir. Fakat şirketin finansal durumu kötüleşip de kanunda öngörülen eşiklere ulaşıldığında, şirket alacaklılarının menfaatini gözetmek için Kanun şirketi yakın izlemeye almaktadır. Zira bu aşamada, şirketin, şirket pay sahiplerinin ve alacaklılarının menfaatlerinin çatışması olağandır. İşte bu nedenle, Kanunun, borca batıklık ile alacaklıların korunması amacı arasındaki ilişki göz önüne alındığında, borca batıklık düzeyinde finansal güçlüğü girmiş bir şirketi, durum alacaklılar zararına daha fazla kötüleşmeden, mahkeme gözetime almak istediği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, sermaye avansının desteği ile geçici olarak finansal rahatlatma sağlanırken, sermaye artırımı yapılmadığı sürece aslında şirketin finansal yapısında bir iyileşme meydana gelmemektedir. Bu sebeple, sermaye avansı mahkeme gözetiminin ötelenmesi için yeterli görülmemelidir.

5. Sermaye Artırımı ve Borca Batıklık İlişkisi

TTK md. 376/3'te, borca batık bir şirketin iflas bildiriminden kaçınması için açıkça öngörülen tek yöntem, sırada sona geçilmesi beyanı/anlaşmasıdır. Öğretide, kısaca basit ve nitelikli sermaye kaybı denilen TTK md. 376'nın birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen finansal güçlük eşiklerinde ise Kanunun açıkça işaret ettiği iyileştirme yöntemleri sermayenin üçte biri ile yetinme, bir diğer ifadeyle sermayenin azaltılması veya sermayenin tamamlanmasıdır. Ancak Kanunda, söz konusu durumlarda infisah veya iflas şeklindeki hukuki sonuçlarının doğmasını engelleyecek bir iyileştirme tedbiri olarak sermayenin artırılmasına açık bir şekilde cevaz verilmemiştir. TTK md. 376 Tebliği ise sermaye azaltımı, sermayenin tamamlanması ve sermayenin artırılmasını gerek sermaye kaybı gerekse borca batıklıktan çıkış için birer araç olarak öngörmüştür. Yargıtay ise sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3'ünün karşılıksız kaldığı durumda şirket genel kurulunun doğrudan sermayenin arttırılmasına dair bir karar alamayacağını, sermayenin önce azaltılıp

sonra artırılması gerektiği yönünde görüş ortaya koymuştur⁷⁹². Borca batıklığın sermaye kaybına nispeten daha ağır bir finansal güçlük durumu olduğundan hareketle, Yargıtay'ın, borca batık bir şirketin iflas bildiriminden kaçınmak için sermaye artırımına başvurmasını da olumlu yaklaşmayacağı sonucuna ulaşılabilir⁷⁹³. Öte yandan, biz, sermaye artırımının, şirketin borca batıklık durumundan çıkması için etkili bir çözüm olabileceğini düşünmekteyiz.

⁷⁹² Bkz. Yargıtay 11. HD. 2016/14027 E., 2018/7315 K., 22.11.2018 tarihli kararı: “Somut olayda, bilirkişi raporuyla davalı şirketin 31/12/2013 tarihli bilançosuna göre aktiflerinin borçlarını karşılayabildiği, dolayısıyla borca batık olmadığı, ancak 2013 yıl sonu bilançosu baz alındığında, zararın sermaye ve yasal yedek akçenin yarısından ve ayrıca 2/3'ünden fazla olduğu bildirilmiştir. ...'nın 376. maddesi uyarınca bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3'ünün karşılıksız kaldığı anlaşılırsa genel kurul sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Sermayenin tamamlanması ibaresiyle esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda artırılması veya bilanço zararlarının kapatılması kastedilmekte olup şirket genel kurulu doğrudan sermayenin artırılmasına dair bir karar ittihaz edemez. Önce esas sermayeyi 1/3'e indirmeli sonra 3/3'e tamamlayıcı artırmayı yapmalıdır. Yani tamamlama işleminin sona ermesi halinde esas sermaye gene eski düzeyini bulacaktır. (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s.734) Dolayısıyla, 2013 yıl sonu bilançosu baz alındığında, zararının sermaye ve yasal yedek akçesinin 2/3'ünden fazla olduğu anlaşılan davalı şirkette genel kurulca ...'nın 376. maddesi uyarınca açıklanan kararlar alınabilecek olup sermaye artırım kararı alınamayacaktır. Bu suretle de, dava konusu davalı anonim şirket genel kurul toplantısında alınan 9. maddeye yönelik davanın kabulü gerekirken, yazılı gerekçelerle bu maddenin iptali isteminin reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir.”

Yargıtay'ın eTTK md. 324 yürürlükte iken de aynı yönde kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2005/13236 K. 2007/204 T. 15.01.2007. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Somut olayda yönetim kurulu tarafından T.T.K.nun 324 ncü maddesine uygun olarak hazırlanmış bir ara bilanço bulunmadığı gibi, şirket denetçisinin raporu ile sermayenin 2/3 oranında kaybedilmiş olduğuna dair emareler bulunmasına rağmen sermaye artırımına karar verilmesi de doğru görülmemiştir.”

Yargıtay, 2020 yılındaki bir kararında doğrudan sermaye artırımına onay vermiştir. Yargıtay 11. HD 21/1/2020 tarih ve E. 2018/3542, K. 2020/600 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “...bu duruma düşmüş sermaye şirketinin 6102 sayılı TTK'nın 376. maddesi uyarınca sermayesini tamamlamak zorunda olduğu, aksi halde şirketin faaliyetlerinin sona ereceği, bu durumdaki davalı şirketin sermaye artırımına gitmesinde yasaya aykırılık olmadığı, ...”.

Öğretide, sermaye kaybı durumunda doğrudan sermaye artırımı yapılabilmesi yönünde görüşler için bkz. Karaman Coşgun, (Sermaye Kaybı-Borca Batıklık), s. 206; MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 62, (Sermaye Artırımı); BAYDAK, Ecrin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in Sermaye Kaybına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C. 21, S. 2, 2024, ss. 1-39, s. 29. Öğretide, şirket, TTK md. 376/2'de öngörülen durumda iken alacağı doğrudan sermaye artırım kararının de lege lata kesin hükümsüz olacağı yönünde bkz. Soykan, Sermaye Artırımı, s. 282 vd. Benzer şekilde, sermayesini 2/3 oranında kaybeden bir şirketin, bilançosunda oluşan açığı kapamadan sermayesini artırabilmesine izin vermenin, dürüst resim ilkesine (TTK 515) uygun düşmediği; artırımla eş anlı yapılacak, bu anlamda ilave bir merasim oluşturmeyen azaltma işleminden kaçınmanın, kaybı gizlemek dışında bir amacının olmadığı, hükmün zararın bünye dışına atılması amacını da taşıdığı yönünde bkz. Turan, s. 147 vd.

⁷⁹³ Nitekim, Yargıtay'ın bu yönde kararları mevcuttur. Örneğin, bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2014/10023 K. 2015/6770 T. 12.5.2015. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “... davalı şirketin 31.12.2010 tarihli bilançosuna göre borca batık olduğu, bu halde iken davaya konu sermaye artış kararının alınmış olmasının yasaya aykırılık teşkil ettiği, ...”. Sermayenin kaybı ve borca batıklık hallerinde sermaye artırımının Yargıtay Kararları çerçevesinde bir incelemesi için bkz. PASLI Ali, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, ss.49-82, 2018, s. 75-77.

Sermaye artırımı, pay sahiplerinin aktif katılımı ile gerçekleştirilen bir yöntem olup alacaklıların alacaklarından feragat etmesini veya ertelemesini gerektirmemektedir. Artırım ile şirketin borç ödeme kaynakları ve kapasitesi artmaktadır. Sermaye artırımına borca batıklık durumunda başvurulabileceği yönündeki görüşümüzün bir nedeni, iflası önleyici diğer yöntemlerde olduğu gibi, alacaklıların haklarının tehlikeye atılmaması koşulu ile, şirketin ayakta tutulması anlayışına dayanmaktadır. Bu doğrultuda, sermaye artırımının borca batıklığın giderilmesini ve bilançonun Kanun'da öngörülen eşiklerden daha sağlıklı bir noktaya gelmesini sağlayacak tutarda yapılması gibi veya gerekirse borca batıklığa özgü başka birtakım şartların getirilebilir⁷⁹⁴. Böylece, şirketin eksiye düşen özkaynak yapısının iyileşmesi, şirkete nakit temin edilmesi ve şirketin iflastan kurtulması mümkün olabilir.

Kanunkoyucu, TTK md. 376/1-2'de sayılan hallerde sermaye azaltımına izin vermektedir. Sermaye azaltımında, alacaklıların menfaatlerinin zedelenmesi ihtimali söz konusu iken; sermaye artırımında, pay sahiplerinin haklarının zayıflatılması tehlikesi doğabilmektedir. Ancak, sermaye kaybında, gerçek anlamda bir fon çıkışına sebep olmayan ve bilançoju gerçek durumla denklezen açıklayıcı sermaye azaltımına söz konusu olmaktadır. Borca batıklık durumunda ise Kanun'da iki yöneme de işaret edilmemiştir. Bu durumda, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevlerinden biri olan borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulmasının (TTK md. 375/1-g) mutlak emredici bir hüküm olduğu ve Kanun'da öngörülmemiş iyileştirme tedbirlerine başvurulmasının bu sebeple geçersizlik yaptırımına neden olacağı kabul edilebilir. Öte yandan, bahsi geçen yöntemler, teknik olarak borca batıklığın giderilmesinde etkili olabilmektedir. Teknik olarak elverişli bir yöntemden Kanun'da bahsedilmemesi, Kanunkoyucunun, belli eşiğin ötesinde finansal güçlük içinde olan şirketlerin artık mahkeme gözetimine girmesi anlayışını benimsediği; iyileştirmenin, konkordatoda (TTK md. 377) olduğu gibi ancak mahkeme denetiminde yürütülmesi iradesinde olduğu şeklinde yorumlanabilir. Nitekim, Kanun'da açıkça cevaz verilen sırada geri çekilme beyanı/anlaşması, bir

⁷⁹⁴ Örneğin, TTK md. 376 Tebliğ md. 10/1-b'de, sermaye artırımında sermayenin en az yarısını karşılayacak tutarın tescilden önce ödenmesi zorunlu tutulmuştur. Oysa, TTK md. 344'e göre, nakden taahhüt edilen payların itibarı değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenmelidir. Tebliğ, tescilden önce ödenecek sermaye miktarı koşulunu, sermaye kaybı ve borca batıklık durumuna özgü olarak ağırlaştırmıştır.

mahkeme denetimi gerektirmekte ve borca batıklık sebepli iflas bildirimini önleyebilmektedir. Üstelik bu yöntemde, sermaye artırımının aksine şirkete gerçek bir fon girişi sağlanmadığı gibi, borçlar, geçici olarak ertelenmekte, kalıcı olarak silinmeleri ve gerçek bir iyileştirme söz konusu olmamaktadır. Bu yöntem, şirketin özkaynaklarını güçlendirmemekte, kârlılık veya nakit akışına doğrudan katkı sağlamamaktadır. Dolayısıyla, şirkete adeta, mahkeme gözetimi dışında iyileştirme yapması için geçici bir süre tanınmaktadır. Ancak bu sırada borca batıklık devam etmekte, şirketin finansal durumunun daha da kötüleşmesi ihtimaline yönelik şirket alacaklıları için ayrı bir koruma sağlanmamaktadır. Bununla birlikte sırada geri çekilme, konkordatoya göre daha esnek bir mahkeme incelemesi öngörmektedir. Çünkü, konkordatodan farklı olarak gidişatın mahkeme tarafından sürekli takip edilmesi de söz konusu değildir.

Sermaye artırımını, mahkeme gözetimi olmadan yapılabilmekle birlikte, sırada geri çekilme beyanı/anlaşmasına kıyasen borca batıklığın doğrudan ve gerçek anlamda azaltılması potansiyeline sahiptir. Bununla beraber, sermaye artırımına mahkeme gözetimi olmaksızın borca batıklığı gidermede başvurulmasının bazı sakıncaları olabilir. Aslında, genel olarak, borca batıklık nedeniyle doğan iflas bildiriminde bulunma yükümlülüğünden kaçınmaya yönelik yöntemlere ilişkin iki temel kaygı tespit etmekteyiz. İlki, şirketin halihazırda kötü sonuç elde ettiği aşıkâr olan faaliyetlerine devam ederek iflası geciktirmesi, diğer bir anlatımla, faaliyetlerine devam eden şirketin daha da kötü duruma gelmesiyle alacaklıların haklarının ihlal edilmesi, daha fazla alacaklının ortaya çıkması, alacakların tahsilinin gecikmesi, buna yönelik yasal süreçlerin ertelenmesidir. İkincisi ise mahkeme gözetimi olmaması, daha açık anlatımla, borca batık bir şirketin başvuracağı yönteme ilişkin mahkemece bir inceleme yapılmaması ve bu nedenle ilgili yöntemin amaca elverişli olmaması veya başarısız olması halinde derhal müdahale imkânının bulunmamasıdır.

Gerçekten de şirketin sermaye artırımını kararı vermesi ve kararın ticaret siciline tescili tek başına yeterli değildir. Borca batıklığın ara bilançolardan tespiti sonrası yönetim kurulu özen borcu kapsamında makul sürede iflas bildiriminde bulunmak zorundadır. Bunun yerine sermaye artırımını tercih edilirse, alacaklı koruması açısından bakıldığında uzun bir süreç başlayacaktır. Süreç, genel kurulun toplantıya çağırılması için en az iki haftalık sürenin kullanılması (TTK md. 414), ticaret siciline tescil için sermaye artırımını kararının alınmasından itibaren üç aylık süre tanınması (TTK md.

456/3), bu süre içinde rüçhan haklarının kullanılması için onbeş günlük süre tanınması (TTK md. 461/3), sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının alınmasında tüm pay sahiplerinin oybirliği gerekmediği için (TTK md. 421/1) olumlu oy vermeyen pay sahiplerinin iptal davası açma ihtimali (TTK md.445), iptal davası açılmasa dahi sermaye taahhütlerinin büyük kısmının ödenmesi için tescilden itibaren yirmi dört ay süre tanınması (TTK md. 344/, 456/4), şeklinde gelişmektedir. Dolayısıyla sermaye artırımı süreci, borca batıklık durumundaki aciliyet karşısında oldukça uzun olabilmektedir. Üstelik, bu süreç sonunda pay sahiplerinin sermaye taahhütlerini ödememesi, bu nedenle hedeflenen kaynakların temin edilememesi ihtimalinin bulunması, tereddütleri haklı gösterebilir.

Öte yandan, borca batıklığın giderilmesi için yapılacak sermaye artırımına özgü, TTK md. 376 Tebliği md. 10/1-b’de olduğu gibi özel düzenlemeler yapılması mümkündür. Bu şekilde, sadece kaçınılmaz olan bir iflasın ertelenmesine yarayan ve böylece alacaklıların alacaklarının karşılanma ihtimali ve miktarını azaltan riskler yönetilebilir. Örneğin, borca batıklığın giderilmesi için yapılacak sermaye artırımında, artırımın kanuni şartlarından biri olan ve bilgiyi açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bir şekilde verme ilkesine göre hazırlanması gereken yönetim kurulu beyanının (TTK md. 457/1) içeriğinin, alacaklı korumasını kapsar şekilde geliştirilmesi, olağan sermaye artırımına nazaran daha sınırlı süreler belirlenmesi ve sermaye taahhütlerinin daha yüksek tutarlarının tescilden önce ödenmesi, iyileştirme amaçlı olan sermaye artırım oranına dair belirlemeler yapılması ya da sırada geri çekilme beyanı/anlaşmasında olduğu gibi artırıma ilişkin beyanın mahkeme incelemesinden geçmesi gibi şartlar düşünülebilir⁷⁹⁵.

Sonuç olarak, açıklanan nedenlerle, ara bilançolarından borca batıklık tespit edilen bir şirketin konkordato gibi kapsamlı bir sürece girmesine gerek kalmadan sermaye artırımı ile iyileştirilmesi mümkünse, bu yöntemin, doğru ve şeffaf yönetilerek, alacaklıların korunması ilkesi ile ilgili tereddütlere yanıt veren şartlar getirilerek kullanılabilmesi gerektiği görüşündeyiz.

⁷⁹⁵ Diğer bir yöntem ise İsviçre hukukunda benimsenmiştir. Burada, borca batıklığın giderilmesi ve mahkemeye iflas bildirim yükümlülüğünün kalkması için kullanılabilecek araçlara bir sınırlama getirilmemiştir. Bunun yerine, İsvBK md. 725b/4-2’de genel bir kıstas belirlenmiştir. Hükme göre, borca batıklığın makul bir süre içinde, ancak denetlenmiş ara tabloların sunulmasından sonra en geç 90 gün içinde giderilebileceğine dair makul bir olasılık olması ve alacaklıların taleplerinin ayrıca tehlikeye atılmaması koşuluyla mahkemeye bildirimde bulunulması gerekli değildir.

E- Sermaye Avansının Borca Batıklık Durumunda Kullanılmasına İlişkin Görüşümüz

Sermaye artırımına yönelik açıklamalarda, bu yöntemin borca batıklık durumunda kullanılabilirliği yönünde genel kanaat ortaya konmuştur. Ancak, aynı kanaat, muhtemel bir sermaye artırımı için avans niteliğindeki sermaye avansı kurumu açısından geçerli değildir. Borca batıklık durumunda sermaye avansı kullanımının doğuracağı riskler ve olumsuz sonuçlar, bu müesseseyi özellikle alacaklı koruması açısından elverişsiz kılmaktadır. Bunun nedenlerini, yukarıda anlatılanların ışığında özetlemek mümkündür.

TTK'ya göre borca batıklık, şirketin varlıklarının alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinde ortaya çıkmaktadır. Sermaye avansı ise nakit akışı ve likidite sorunlarına karşı bir finansal destek arz edebilse de sermayeye dönüştürülene kadar koruduğu borç vasfı nedeniyle, borca batıklığı gidermemekte veya azaltmamaktadır. Sermaye avansı sermayeye eklenmediği müddetçe, borca batıklık formülü, sermaye avansının getirilmesinden önce ve sonra aynı sonucu vermektedir. Çünkü, bilanço eşitliği uyarınca, şirketin varlıkları ve borçları aynı miktarda artmaktadır. Sermaye avansı, daha ziyade, kısa vadeli borçların ödenmesinde yaşanan güçlüklerde destek sağlayabilir.

Sermaye avansı ile borca batıklık durumunun bildirimi ve iflas ötelenirken, sermaye artırımının yapılmaması halinde, şirketin özkaynak yapısı daha sağlıklı hale gelmemektedir. Ancak şirkete nakit girişi, şirketin borçlanma kapasitesini yanıltıcı şekilde artırabilecektir. Borç yükü de hem sermaye avansı miktarınca hem de şirket faaliyetlerine devam ederken doğacak yeni borçlar nedeniyle artabilecektir. Sermaye avansı için sermayeye dönüşmediği sürece faiz hatta bileşik faiz işletilebilme ihtimali de unutulmamalıdır. Böylece, şirket alacaklılarının alacaklarının daha az kısmına kavuşmaları tehlikesi artmaktadır. Dolayısıyla, sermaye avansına başvurmak, borca batıklığın derinleşmesi riskini beraberinde getirmektedir.

Sermaye avansının ilk verildiği anda, diğer bir ifadeyle, sermaye artırımını şeklinde geciktirici şart gerçekleşmeden ve sermaye borcu ile takas edilmeden önce, bilançoda özkaynak kalemleri arasında veya borç kalemi olarak kaydedilmesi, borca batıklık perspektifinden bakıldığında bir fark oluşturmamaktadır. Çünkü, borca batıklık bilançoları oluşturulurken her bir bilanço kalemi, şirket açısından borç

niteliğinde olup olmadığı ve şirket borçlarını ödemek için kullanmaya elverişli olup olmadığı değerlendirilerek kayda geçirilmelidir. Aslında bu özellik, genel olarak muhasebeye hakim olan özün önceliği ilkesi ile de uyumludur. Dolayısıyla, vergi indiriminden yararlanmak gibi çeşitli sebeplerle sermaye avansı, 529-Diğer Sermaye Yedekleri hesabında izlense de borç olma niteliğini taşıdığı sürece, borca batıklık bilançolarında da borç olarak muhasebeleştirilmesi gerekecektir.

Sermaye avansının pay sahibine nakden geri ödenmesi ya da sermayeye eklemesi borçlu şirketin seçimlik yetkisidir. Şirketin sermaye artırımı yapmaya zorlanması mümkün değildir. Ancak, sermaye avansı olarak getirilen tutarın nihai kaderinin belirlenmesi ve sermaye artırımı yapıp avansın sermayeye eklenip eklenmeyeceğinin ortaya çıkması için bir süre sınırı konulursa⁷⁹⁶, bu da sermaye artırımı için yukarıda özetlenen uzun sürece eklenecek bir süre olacaktır. Ayrıca, şirket sermaye artırımı kararı alsa dahi, sermaye avansı getiren pay sahibinin sermaye artırımına aleyhine oy kullanması veya rüçhan hakkını kullanmaması mümkündür. Çünkü, pay sahibi, bir anlaşmayla, sermaye avansı niteliğinde ödünç vererek ilerideki bir sermaye artırımına katılacağını taahhüt etse bile bu taahhüt korporatif etkiye sahip değildir⁷⁹⁷. Bu durumda, sermaye avansı olarak verilen ödünç sermaye borcu ile takas edilemeyecektir. Sonuç olarak, kanımızca, sermaye avansı, borca batıklığın giderilmesinde hukuki ve teknik olarak elverişli bir araç niteliğini taşımamaktadır.

V- Sırada Sona Geçme

A- Genel Olarak

TTK md. 376/3 hükmü, ara bilançolarında borca batıklık tespit edilen şirketin iflasını önlemek üzere, mülga eTTK md. 324'te yer almayan yeni bir araç

⁷⁹⁶ Örneğin, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı'nda; "*Sermaye artırım avanslarının, döviz hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sermaye olarak tescil edilmesi zorunludur*" hükmü bulunmaktaydı. Ancak bu hüküm, 21.02.2008 tarih ve 2008/YB-5 sayılı TCMB Genelgesi ile daha önceki Genelge'de ifade edilen bir yıllık zorunlu süre kaldırılmıştır. Bkz. AKÖZ Meltem, "Sermaye Avansı Hakkında Merak Edilenler", <https://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/meltemakoz/003/>, 15/02/2019. (s.e.t. 30/7/2024). Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın 04/11/2019 tarih ve 468620 sayılı yazısı ile TCMB'nin 2/5/2018 tarihli Sermaye Hareketleri Genelgesi md. 6'ya 5. fıkra eklenmiştir. Fıkraya göre, yabancı ortaklardan ileride gerçekleştirilecek sermaye artışı için şirket hesabına yatırılan tutarların (*sermaye avansı*) sermayeye ilave edilmesi için sermaye artırımının, maddenin ikinci fıkrasındaki işlem sürecine göre en geç üç ay içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, Genelge md. 6/6'ya göre, şirket sermayesine ilave edilmeyen tutarlar, şirket yönünden yurt dışındaki ortaklardan alınan kredi olarak işlenecektir.

⁷⁹⁷ Ayoğlu, **Sermaye Avansı**, s. 36.

öngörmektedir⁷⁹⁸. Borca batık şirketin bir veya birden fazla alacaklısı, şirketten olan alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını beyan veya sözleşme ile kabul edebilir. Faaliyetlerine devam etmek isteyen şirket, sırada sona konulan alacak miktarının şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutara denk olması koşuluyla iflastan kaçınabilir. Ancak alacaklıların bu yöndeki kabulü, iflas sonucunu bertaraf etmek için tek başına yeterli değildir. Kanun koyucu, alacaklıların kabulünü içeren beyan veya anlaşmanın, yazılı olması, mahkemeye sunulması ve mahkemece atanan bilirkişilerce yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği yönünden incelenip doğrulanması şartlarını getirmiştir. Bilirkişi incelemesinde, söz konusu beyan/anlaşmanın kanuni şartlarını taşımadığı anlaşılırsa, şirket borca batıklık nedeniyle bir bildirimde bulunmamışsa dahi, mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimi olarak kabul olunmaktadır.

Madde gerekçesinde, hükmün mahkemeye başvuru zorunluğunu ortadan kaldıracak bir yeniliği de içerdiği ifade edilmiştir. Madde hükmü ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, sırada sona geçme anlaşmasının iflası önlemenin yanı sıra iflas bildiriminde bulunma yükümlülüğünü de ortadan kaldırdığı anlaşılmaktadır. Nitekim gerekçede, alacaklıların bu taahhütlerinin tutarı ara bilânço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflâs bildirimi zorunluğu olmadığı açıklanmıştır. TTK md. 376 Tebliği'nde ise sırada sona yerleşme beyanı/anlaşmasına değinilmemiştir.

Hükümde alacaklıların sırada sona geçme taahhütlerine ilişkin öngörülen özellikler şunlardır:

- Yazılı olma şartı,
- Beyan veya anlaşma şeklinde olabilmesi,
- Mahkemeye bilirkişi incelemesi için sunulma şartı,
- Bilirkişi incelemesinin yerindelik, gerçeklik ve geçerlilik yönünden yapılması,
- Hükmün koşulları mevcutsa, şirketin iflasını önlemesi,
- Taahhütlerin içeriğinin toplamda,

⁷⁹⁸ TTK md. 376/3'te 6335 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış olsa da hükmün şirket borçlarının alacaklılarının, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını düzenleyen son iki cümlesi aynı şekliyle korunmuştur.

- şirketin açığına karşılayacak ve
- borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutarda olması gerekliliğidir.

TTK md. 376/3 hükmünün madde gerekçesindeki açıklamalara göre, alacaklıların sırada sona geçme taahhütlerinin özellikleri şunlardır:

- Hükümün amacı, şirketi iflâstan kurtarma ve şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılmasıdır.
- Mahkemeye borca batıklık bildirimi ve iflas başvurusu⁷⁹⁹ zorunluğu ortadan kalkmaktadır.
- Şirket alacaklılarından sadece bazılarının kabulü yeterlidir. Alacaklılar, aynı zamanda şirketin pay sahibi de olabilmektedir.
- Yazılı olmalıdır.
- Taahhüdün hukuki sonucu, iflas halinde sırada sona gitme taahhüdünde bulunan alacaklıların alacaklarının, önceki alacaklar ödenmeden garameye katılamamasıdır.
- Taahhüt, erteleme olarak ifade edilmiştir. Erteleme, belli bir takvim gününe bağlı değildir. Erteleme tarihi, en erken, böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya teminat altına alınmış olduğu tarihtir. Erteleme, alacaktan feragat anlamını taşımamaktadır. Erteleme tarihine kadar takas, mahsup ve takip yapılması mümkün değildir. Ertelemenin zamanaşımına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.
- Taahhütlerin toplam tutarı, ara bilânço ile ortaya çıkan açığa eşit olmalıdır. Bu ifade şu şekilde açıklanmıştır:
 - Taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak düzeyde olmalıdır.
 - Kısa vadeli olmamalı, süreklilik arzeder nitelikte olmalıdır.
 - Taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara bağlanmamış olmalıdır.

⁷⁹⁹ Borca batıklık bildirimi ve iflas isteminin birbirinden ayrı iki bildirim olmadığına dair incelememiz için bkz. § 9-VI-G.

TTK genel gerekçe⁸⁰⁰ de sırada sona gitme kurumuna ilişkin açıklamalar bulunmaktadır:

- Yöntemin, yönetim kurulunun borca batıklık halinde şirketin iflâsına karar verebilmesi için, mahkemeye başvuru zorunluğundan kurtaran bir çare olduğu tekrarlanmıştır.
- Borca batık durumdan çıkmaya yetecek miktara denk gelen tutarda alacak söz konusu olmalıdır.
- Alacakların diğer bütün alacakların kanûnen tabi oldukları sıraların altına gitmektedir.
- En arka sıraya giden alacaklar, silinmemektedir. Dolayısıyla, alacaklıların bu beyanı şirketin bilançosunu değiştirmez.
- Şirket iflas ederse, diğer alacaklılar iflâs paylaşımında alacaklarını tam olarak almadan, sırada arkaya giden alacaklıya bir ödeme yapılmaz, buna göre, bu alacaklı garameye katılmaz.

B- Tanımı

Sırada sona geçme kavramı, öğretide, “sırada sona yerleştirme”, “sıradan vazgeçme”, “garameye iştirakten feragat sözleşmesi”, “sıradan geri çekilme anlaşması”, “sırada sona gitme beyanı veya sözleşmesi”⁸⁰¹, “sırada sona kalma”⁸⁰² olarak farklı şekillerde adlandırılmış⁸⁰³; çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma

⁸⁰⁰ TTK genel gerekçe, para. 126.

⁸⁰¹ Bu kullanım, TTK yasalaşma sürecinde Adalet Komisyonu değişikliğine ilişkin açıklamalarda tespit edilmiştir: “*Alt Komisyonca, Tasarının 376 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna, Yargıtay 19 uncu HD.,nin önerisine uyularak, sırada sona gitme beyanı veya sözleşmesinin mahkeme tarafından denetimini sağlayan ve mahkemenin olumsuz sonuca varması halinde bilirkişi incelemesi için yapılmış başvurunun iflâs bildirimi olarak kabul edilmesi sonucunu doğuran bir cümle eklenmiştir.*”

⁸⁰² Cebe, s. 423 vd.

⁸⁰³ Sırada geri çekilme beyanı veya sözleşmesi hakkında bu tez kapsamında tespit edilen tez, kitap ve makale çalışmaları için bkz.: ÖZTEK Selçuk, “Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme)”, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014, s. 2319-2343; Güvenir, s. 1 vd.; AKKAŞOĞLU Nevfel, Sermaye Şirketlerinin Mali Durumunun İyileştirilmesine Yönelik Bir Çözüm Olarak: Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi (TTK m. 376), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, 2018, (**Garameye İştirakten Feragat**); AKKAŞOĞLU Nevfel, “Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2015, ss. 279-297, (**Hukuki Nitelik**); Boran-Güneysu/ Çapa, ss. 77-118; DÖNMEZ ASLAN Şükriye, “Anonim Şirketlerde Borca Batıklık ve Sıradan Geri Çekilme Sözleşmeleri”, YBHD, Yıl 5, Sayı 2020/1, s.365–402.

göre⁸⁰⁴, “sıradan vazgeçme sözleşmesi”, “alacaklının iflas masasından tatmini konusundaki talep hakkını diğer alacaklılar lehine, bu alacaklılar tatmin edildikten sonra kullanmak üzere paraların paylaştırılmasındaki sırasından (İİK md. 206) vazgeçtiği sözleşme”dir. Diğer bir tanıma göre⁸⁰⁵, “sıradan çekilme sözleşmesi”, “borca batık haldeki şirketle sözleşme yaparak bu sözleşmeye taraf olan alacaklı veya alacaklılar bakımından, alacaklarını şirketin borca batıklığı devam ettiği sürece talep etmemeyi, şirketin iflası halinde de alacağını şirketin tüm diğer alacaklılarından sonra almayı yükümlendikleri bir sözleşmedir”.Öğretideki bir başka tanıma göre, TTK m.376/3 anlamında sıradan çekilme sözleşmesi, “borca batık durumdaki bir anonim şirket ile bir (veya daha fazla) alacaklısının borca batıklığa dayalı iflâsa engel olmak ve yargı-dışı bir iyileştirmeye imkân sağlamak amacıyla aralarında anlaşarak mevcut bir alacağın (şirket borcunun) kural olarak tüm fer’ileri ile birlikte talep ve ifa edilebilirliğini borca batıklık durumu ortadan kalkıncaya kadar sınırlandırdığı ve şirketin iflâsı ihtimalinde ise diğer şirket alacaklıları tam olarak tatmin edilmediği sürece alacaklının alacağı için iflâs paylaştırmasında ilgili mevzuatın öngördüğü sırada paylaştırmaya katılmayacağını kabul ettiği, sözleşmenin sonuçlarından etkilenebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerinin mahkemece yürütülecek bir içerik denetimi ile gözetildiği sui generis bir tasarruf sözleşmesidir”⁸⁰⁶.

C- Amacı ve İşlevi

Sırada⁸⁰⁷ sona geçmenin temel amacı, şirketin toparlanacağına inanan ve şirketin devamında menfaati olan şirketten alacaklı olan pay sahipleri ve üçüncü kişi alacaklıların desteğiyle, şirketin borca batıklık sebebiyle iflasına karar verilmesini önlemek ve zaman kazandırmak suretiyle mahkeme gözetimi dışında tasarruf yetkisi kısıtlanmadan iyileştirme çabalarını sürdürmesini sağlamaktır⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Atalay, **İflas**, s. 75.

⁸⁰⁵ Dönmez Aslan, s. 385.

⁸⁰⁶ Güvenir, s. 191.

⁸⁰⁷ Genel olarak, “sıra”nın, İİK md. 206 anlamında iflas tasfiyesinde sıra cetveli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Atalay, **İflas**, s. 75; Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s. 282; Boran Güneysu/Çapa, s. 101. Ancak, TTK md. 376/3’de ifade bulan “sıra”nın bundan daha geniş olduğu ve iki farklı anlamdaki “sıra”yı kapsadığından söz edilmiştir. Buna göre, sıranın ilk anlamı, iflâs tasfiyesinde düzenlenecek olan sıra cetvelinde kanunun ilgili alacaklı için öngördüğü sıradır. İkincisi ve TTK m.376/3’ün ilkinde ek olarak kapsadığı sıra, iflâs öncesi dönemde sıradan çekilen alacaklı ile diğer alacaklılar arasında borçların ifası noktasında bir öncelik-sonralık ilişkisi tesis edilmesi ile ortaya çıkan sıradır. Bkz. Güvenir, s. 47-48.

⁸⁰⁸ Bkz. Güvenir, s. 53, 58; Dönmez Aslan, s. 388; Cebe, 428-429; ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 386-387.

TTK md. 376/3 hükmüne göre, sırada sona geçme, borca batık şirketin alacaklılarının, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı⁸⁰⁹ olarak taahhüt etmesi ile bu taahhüdün mahkemece doğrulanması⁸¹⁰ ile gerçekleşmektedir. TTK genel gerekçesi ve TTK md. 376/3 hükmünün maddde gerekçesine göre, alacaklıların bu taahhüdü, borca batık şirketin iflas etmesi ihtimalinde, iflâs paylaşımında böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacakları tam olarak ödenmeden, iflasta kanûnen tabi oldukları sıradan bağımsız iflas garamesine katılmama sonucunu doğurmaktadır⁸¹¹. Öte yandan, bu taahhüt, alacakların silinmesi sonucunu doğuran bir alacaktan feragat anlamı taşımamaktadır. Daha ziyade, alacaklılar, iflas paylaşımı halinde, diğer alacaklıların kanûnen tabi oldukları sıranın en arkasına gitmektedirler. Bu da sadece bir ertelemedir.

Sırada sona geçmenin alacaktan feragat anlamına gelmemesinin bir sonucu, şirketin iflas etmesi halinde, diğer alacaklardan ödendikten sonra, düşük ihtimal de olsa kalan bir miktar varsa, bunun, pay sahiplerine dağıtılmasından önce taahhütte bulunan alacaklılara ödenebilmesi; şirketin borca batıklıktan çıkması halinde ise alacağın tanındığı talep ve ifa haklarının tekrar kullanılabilmesidir⁸¹².

TTK md. 376/3 anlamında borca batıklık sebebiyle iflas kararı verilmesini önleyen bir sırada sona geçme taahhüdünden söz etmek için, alacaklıların, şirket borca batıklıktan çıkıncaya kadar alacaklarını talep etmemeyi kabul etmeleri şarttır⁸¹³. Bu

⁸⁰⁹ Yazılı şekil şartı, geçerlilik şartıdır (TBK md 12/2). Buna göre, hüküm ve sonuç doğurması için sırada sona geçme yazılı olarak yapılmalıdır. Hâkim görüş, adi yazılı şekilde düzenlemenin yeterli olduğu yönündedir. Bkz. Öztekin, s. 2330; Kayar, **Borca Batıklık**, s. 654; Boran Güneysu/Çapa, s. 98.; Çoşğun Yıldırım, **Borca Batıklık**, s. 319. Öte yandan, yüksek tutarlar söz konusu ise sözleşmenin noter önünde resmi yazılı şekilde yapılmasının tercih edilmesinin basiretli tacir ilkesi gereği daha isabetli olduğu yönünde bkz. Akkaşoğlu, **Garameye İştirakten Feragat**, s. 60.

⁸¹⁰ Mahkemenin atadığı bilirkişinin yapacağı sırada sona geçme beyanı/sözleşmesinin yerindeliği, geçerliliği, gerçekliği incelemesinin kapsamına ilişkin değerlendirme için bkz. Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 588.

⁸¹¹ Bu yönde bkz. Kayar, **Borca Batıklık**, s. 654. Öğretideki bir görüşe göre, TTK md. 376/3 anlamında, sırada sona geçmenin ön şartı, şirketin borca batıklık sebebiyle iflasıdır. Buna göre, şirketin iflası borca batıklığa dayanmıyorsa, sırada sona geçme sözleşmesinin tarafı alacaklı sırada sona gitmeyecektir. Bkz. Boran-Güneysu/Çapa, s. 101.

⁸¹² Aynı yönde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 299; Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 27.

⁸¹³ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 298; Cebe, s. 429 vd. Ayrıca bkz. Öztekin, s. 2324. Yazara göre, bu yöntem, şirketin borca batıklığının geçici olduğunu düşünen alacaklılar tarafından, alacağın kesin olarak kaybedilmesi sonucunu doğuran ve ayrıca bazı vergisel sakıncaları bulunan, alacaktan vazgeçmeye tercih edilmektedir.

nedenle, taahhüdün zaman sınırlaması içermemesi gerekmektedir⁸¹⁴. Yargıtay'ın iflas ertelemesi yargılaması sırasında sırada sona geçmeye ilişkin bazı kararlarında, iyileştirme sürecinde şirkete borç verip bu borcu iflas erteleme süreci içinde⁸¹⁵ veya bu süreç içinde belli süre için (söz konusu kararda 3 yıl)^{816,817} şirketten talep etmeyeceğini beyan eden şirket ortaklarının bu taahhüdünün TTK md. 376/3'te öngörülen sırada sona geçme niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmemesi eksik inceleme olarak kabul edilmiştir.

Alacağın talep edilmemesi, doğrudan ifayı talep, takas, mahsup ve takip yapma hakkının kullanılmamasını anlamındadır⁸¹⁸. Taahhüdün, tüm alacaklılar yarına kayıtsız şartsız yapılması koşulu aranmaktadır⁸¹⁹. Ayrıca, alacaklıların taahhütte bulunduktan sonra artık taahhütlerini geri almalarının veya ertelemenin sözleşme taraflarının mutabakatı ile sona erdirilmesinin diğer alacaklılara karşı hüküm ifade etmediği belirtilmiştir⁸²⁰.

⁸¹⁴ Öztek, s. 2333; Dönmez Aslan, s. 387; Cebe, s. 431 vd. Hükmün gerekçesine göre de en erken, böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihe erteleme yapılmalıdır. Diğer taraftan, sınırlı süreli bir sıradan çekilmeyi en baştan reddetmek yerine somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş ve sırada sona geçmede zamansal kapsamına ilişkin bir inceleme için bkz. Güvenir, s. 164-166.

⁸¹⁵ Bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2014/7824, K. 2014/6375, T. 17/10/2014: “Diğer taraftan borca batıklığın (-) 7.280.589,00 TL olduğu dikkate alındığında, şirket ortağı K17'in şirketten olan 9.178.132,22 TL'lik alacağının tahsili konusunda üç yıllık süreçte talepte bulunmayacağı yolunda taahhütte bulunduğu göz önünde tutularak, Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinde öngörülen sırada sona geçme niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmemesi olmasında da eksik inceleme dayalıdır.”

⁸¹⁶ Burada belirtmek gerekir ki, kararların verildiği dönemde, iflas ertelemesi kurumunda erteleme süresi toplamda 4 yıla kadar uzatılabilmekteydi. Böylece süreç toplamda 5 yıla çıkabilmekteydi. Ancak 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla, iflas erteleme süreci toplamda 2 yıla sınırlandırılmış; daha sonra 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla iflas erteleme müessesesi yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸¹⁷ Bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2016/2903, K. 2016/4638, T. 20/10/2016: “... davacı yanca sunulan yeni ve düzeltilmiş projede, ... üç yıllık süreçte iştiraklerin toplamda 2.760.000,00 TL tutarında borç vereceklerine ve iflasın ertelenmesi süreci içinde borcun ödenmesini istemeyeceklerine ... ilişkin taahhütlerin belgelendiği, ... 6102 sayılı 376. maddesinde gösterilen sırada sona geçme anlaşmasına ilişkin hükümler başta olmak üzere, ... taahhütleri dikkate alınarak yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması yerine yazılı nedenlerle iflasa karar verilmesi doğru görülmediği belirtilerek bozulmuştur.”

⁸¹⁸ TTK md. 376/3 gerekçesi.

⁸¹⁹ Pulaşlı, *Şerh* 2015, s. 1183, para. 774.

⁸²⁰ Öztek, s. 2333. Aynı yönde bkz. Güvenir, s. 162-163. Yazar ayrıca hem İsviçre hem de Alman hukukunda, sıradan çekilme sözleşmesinin taraflarca açıkça kararlaştırılarak veya borçlu şirketin – henüz borca batıklığı devam ederken- yaptığı ödemenin alacaklı tarafından kabul edilmesi suretiyle zımnen sona erdirilemeyeceğinin kabul edildiğine işaret etmektedir. Bu öğretilerde, eğer sırada sona geçme, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilirse, diğer alacaklıların rızası ile taahhütten geri dönmenin olabileceği değerlendirilmiştir. Bkz. Güvenir, s. 163.

Sırada sona geçme ile doğrudan iyileştirici etki oluşmamaktadır. Çünkü iyileştirme, işletme krizinin kalıcı bir şekilde çözülmesidir. İyileştirme, şirketin likidite durumunun düzeltilerek şirket faaliyetlerinin sürekliliğinin sağlanması ve orta ve uzun vadede kârlılığın yeniden tesis edilmesi ile gerçekleşir⁸²¹. Buna karşılık, sıradan çekilme taahhüdü neticesinde, alacaklı, alacağından vazgeçmemekte, dolayısıyla, şirketin borçları azalmamakta, pasifi aynı düzeyde kalmakta⁸²², şirkete yeni bir fon sağlanmamaktadır. Dolayısıyla, alacaklıların taahhüdü sonucu, borca batıklık, temelli ve nihai olarak ortadan kalkmamakta; şirketin bilançosu, borç-alacak dengesi ve borca batıklık hali değişmemektedir⁸²³. Sırada sona çekilmenin özkaynakları artırıcı bir etkisi olmadığı gibi, şirketin likidite durumuna ve gelir elde etme kapasitesine de bir katkısı bulunmamakta ancak mevcut likiditenin başka kaynaklara aktarılması imkânını sağlamaktadır⁸²⁴. Sonuçta, sırada sona geçme, doğrudan iyileştirme etkisi sağlamaktan ziyade, şirkete ek süre vererek, şirketin bu sürede, bir iyileştirme stratejisi oluşturmaya, bu çerçevede diğer alacaklarını ödemesine ve faaliyetlerini sürdürerek borçlarını karşılayan yeni aktifler elde etmesine yardımcı olarak iyileştirmeyi

⁸²¹ Öztekin, s. 2323. Ancak sırada sona geçmenin, istisnai haller dışında tek başına ve gerçek anlamda iyileştirme sağlamadığı ifade edilmektedir. Bkz. Güvenir, s. 57-58, 61.

⁸²² Sırada sona yerleştirilen alacak hala mevcuttur. Ancak bir görüşe göre, bu alacak sadece borca batıklığın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. Ama, borçlu şirketin kayıt ve hesaplarında ve pay sahipleri ve üçüncü kişilerin ayırt edebileceği şekilde, bilançoda, özel bir bölümde veya ek olarak yer almalıdır. Bkz. Öztekin, s. 2327.

⁸²³ Bkz. TTK md. 376/3 gerekçesi, Pulaşlı, **Şerh 2015**, s. 1183, para. 774; Öztekin, s. 2325-2327; Kaya, **Borca Batıklık**, s.3; Cebe, s. 431 vd; TÜRK Ahmet, “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu ile Getirilen Yenilik ve Değişiklikler”, **BATİDER 2016**, C. XXXII, S. 1, s. 5-60, (**Borca Batıklık- Yenilikler**), s. 25-26; Dönmez Aslan, s. 391. Yargıtay’ın iflas erteleme istemine ilişkin bir yargılamada verdiği bir kararına göre de alacaklıların istemekten vazgeçmeleri şirkete zaman kazandırsa dahi borca batıklığın önüne geçmemektedir. Bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2013/8782, K. 2014/2288, T. 25/3/2014: “Davacı şirket ortaklarından T. U., A. B. V., J. O. U.’in bila tarihli taahhütnameler ile alacaklarını bir süreliğine istemekten vazgeçmeleri şirkete zaman kazandırsa da, borca batıklığın önüne geçemez.”

⁸²⁴ Güvenir, s. 58. Sırada sona geçmeye, borca batıklığın gerçek anlamda giderilmesini sağlamadığı halde iflası önleme sonucu bağlanması, sırada sona taşınan şirket alacaklılarının alacaklarına ekonomik anlamda “özkaynak benzeri” bir vasıf yüklenmesi olarak da açıklanmıştır. Bkz. Güvenir, s. 52. Öte yandan, sırada sona taşınan alacaklar, hukuki anlamda özkaynağa dönüştürülmemektedir. Diğer bir anlatımla, şirketin sırada sona geçen borçları vasıf değiştirerek sermaye payına dönüşmemekte; sona geçen alacaklılar da pay sahibi sıfatını kazanmamaktadır. Finansal güçlük içinde bulunan şirket alacaklılarının bazıları, haklarının özkaynaklar arasına katılmasına ve böylece pay sahibi veya katılma intifa senedi sahibi sıfatını kazanmalarına razı olabilseler de sırada sona geçilme söz konusu işleminden farklıdır; borçların (yabancı kaynakların) sermayeye (özkaynaklara) dönüşmesi söz konusu değildir. Bkz. Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s.293-294.

kolaylaştırıcı etkiye sahiptir. Bu bağlamda, hem şirket hem de alacaklılar yararına bir araçtır⁸²⁵.

D- Hukuki Niteliği

TTK md. 376/3 hükmü, şirket alacaklılarının, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasının yazılı şekilde yapılacağını öngörmüştür. Hükümde, alacaklıların bu yazılı taahhütlerine yönelik, “*beyanından veya sözleşmeden*” ifadeleri kullanılmaktadır. Öğretide, TTK md. 376/3 anlamında şirketin borca batıklık nedeniyle iflasının engellenmesi şeklinde hukuki sonuç doğuracak sırada geri çekilmenin, salt alacaklıların tek taraflı irade beyanıyla oluşup oluşamayacağı ile şirket ve alacaklıların her ikisinin de irade beyanını gerektiren bir sözleşme kurulmasının şart olup olmadığı meselesi gündeme getirilmiştir⁸²⁶. Bu bağlamda sırada sona geçmenin hukuki niteliği tartışılmıştır. Hükümün gerekçesinde ise bu hususa değinilmemiştir.

TTK md. 376/3 anlamında sırada sona geçmenin bir sözleşme niteliğinde olduğu görüşüne göre, yöntem, zorunlu bir erteleme içermekte, daha açık anlatımla, alacaklının alacağını ileri sürmeyeceğini taahhüt etmesi ve borçlu şirket ile şirket alacaklısının erteleme süresi boyunca alacağın sona erdirilmemesi hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Bu nedenle, sırada sona geçme tek taraflı irade beyanıyla oluşamaz. Dolayısıyla, bu işlem, iki taraflı bir hukuki işlem ve sözleşmedir.⁸²⁷

⁸²⁵ Öztek, s. 2325. Ancak öğretide, sırada sona geçmenin, alacaklıların müflis şirketle diğer alacaklılar aleyhine pazarlığa oturmalarına yol açacak tehlikeli bir hüküm olduğu belirtilerek TTK Tasarısı’ndan çıkarılması önerilmiştir. Bkz. MOROĞLU Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, 2016. (**Değerlendirmeler**), s. 182-183.

⁸²⁶ Karşılaştırmalı hukuk incelemesi bakımından, Alman hukukunda sıradan çekilmenin borçlu şirket ile alacaklının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurduğu bir sözleşme olduğu konusunda tereddüt bulunmadığına ve İsviçre hukukunda da baskın görüşün, borçlu şirketin de açıkça veya zımni bir ödememe şeklinde bir taahhütte bulunması nedeniyle sıradan çekilmenin ancak borçlu şirket ile alacaklı arasında akdedilecek olan ve her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme ile kurulabileceği yönünde olduğuna ilişkin bkz. Güvenir, s. 49-50. Mehaz İsvBK md. 725 hükmünde ise ne yazılı şekilde şartından bahsedilmekte ne de “beyan”, “sözleşme” ifadelerine yer verilmektedir. Aynı açıklama, revizyon sonrası İsvBK md. 725b açısından da geçerlidir. Ancak, İsvBK md. 725b hükmü, elsvBK 725 hükmüne bazı ek ifadeler içermektedir. Buna göre, her iki hükümde de yer alan şirket alacaklılarının diğer alacaklıların bulunduğu sıranın sonuna geçmesinden ifadesine ek olarak yeni hükümde, alacaklıların “alacaklarını ertelemesi” ifadesi kullanılmaktadır.

⁸²⁷ Bu görüşteki yazarlara göre, tek taraflı irade beyanı yeterli olmayıp mutlaka borçlu şirket ile şirket alacaklısı arasında sözleşme kurulması gerekmektedir. Bkz. Öztek, s. 2325-2326; Aydın, s. 111, dp. 19; Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s. 285; Ayrıca bkz. Güvenir, s. 51-52. Yazar, açıklamalarında, İsviçre

Diğer bir görüş ise, TTK md. 376/3 anlamında sırada sona geçmenin, hem alacaklının tek taraflı irade beyanıyla hem de borçlu şirket ve şirket alacaklısının akdedeceği bir sözleşmeyle hukuki sonuçlarını doğuracağı yönündedir⁸²⁸.

Sırada sona geçme taahhüdünün bir sözleşme ile ortaya çıktığı hallerde bu sözleşmenin niteliğinin ne olduğu da tartışılmıştır. Sırada sona geçme taahhüdünün hukuki niteliğine ilişkin ilk değerlendirilen kurumlardan biri üçüncü kişi yararına sözleşme müessesidir. Öğretide bir görüş⁸²⁹, TTK md. 376/3'te belirtilen taahhüdün üçüncü kişi lehine olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, borca batık şirketin bazı alacaklıları sırada sona geçme ile kendi alacaklarını şirketten talep etmeyi erteleyerek aslında sıralarını şirketin bu taahhütte bulunmayan alacaklılarına devretmekte; böylece diğer alacaklıların tahsil kabiliyeti artmakta⁸³⁰; neticede bu alacaklılar lehine etki oluşturan taahhütte bulunmaktadır⁸³¹.

hukukunda dar anlamda ve geniş anlamda sırada sona geçme ayrımı yapıldığına dikkat çekmiş ve TTK md. 376/3'te düzenlenen kurumun ikinci kategoride olduğuna işaret etmiştir. Dar anlamda sıradan çekilme, iflas tasfiyesi sırasında, alacaklının alacağının kanunen belirlenmiş sırasından feragatine dair irade açıklaması içeren tek taraflı bir hukukî işlem olup, karşı tarafa yöneltilmekle hukuki sonuçları doğmaktadır. Buna karşılık, geniş anlamda sırada sona geçme, iflâs öncesi döneme ilişkindir. Alacaklının talep hakkının sınırlandırılabilmesi için alacaklı ile borçlu şirket arasında bir sözleşme akdedilmesi zorunludur. Bkz. Güvenir, s. 50, 186. Yazar ayrıca, İsviçre hukukundaki, sırada sona geçmenin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduğu görüşünden hareketle, alacaklının iflas öncesi döneme ilişkin erteleme taahhüdünü içeren beyanının en azından sözleşme kurulmasına yönelik “öneri” (TBK md. 3) niteliğini haiz olabileceğini değerlendirmektedir. Bu durumda, şirket, öneriyi kabul ederse veya makul süre içinde açıkça reddetmezse, sözleşme kurulur. Şirketin kabul beyanının yazılı olması şart değildir. Bkz. Güvenir, s. 50-51; ayrıca, bkz. Özbek, s. 2326. Özbek, TTK md. 376/3'ün yazılı olma şekli şartı nedeniyle, söz konusu görüşün Türk Hukuku açısından geçerliliğini şüpheli bulmaktadır. Bkz. Özbek, s. 2326, dp. 23.

Sırada sona geçmenin sözleşme olduğuna dair diğer yazarlar için bkz. Atalay, **iflas**, 75-76. Yazar, kurumun, iki taraflı bir hukukî işlem olup, üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği gösterdiğini ve alacağın alt sıraya çekilmesi kararlaştırılan kısım için, bir borç erteleme anlaşması anlamı taşıdığını ifade etmiştir. Ancak, yazarın söz konusu görüşünü ifade ettiği dönemde Türk hukukunda sırada sona geçmeye ilişkin bir hüküm bulunmadığına, dolayısıyla açıklamalarının TTK m. 376/3 hükmünün lafzındaki “beyan veya sözleşme” ifadelerine ilişkin olmadığına dikkat çekmek gerekir.

⁸²⁸ Bkz. Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 588; Kayar, **Borca Batıklık**, s. 654; Boran Güneysu/Çapa, s. 92- 93, dp. 51; Karaman Coşgun, **Sermaye Kaybı-Borca Batıklık**, s. 222, dp.88; Karaman Coşgun'a göre, sözleşme şart olmamakla birlikte tarafların mutabakatı gereklidir. Ancak, erteleme konusundaki alacaklının beyanı tek taraflı yazılı irade açıklaması ile, şirket iradesi ise bu hususta mahkemeye yapılan müracaat ile ortaya konulabilecektir. Ayrıca bkz. Coşgun Yıldırım, **Borca Batıklık**, s. 318. Coşgun Yıldırım'a göre, sırada sona geçme, TTK md. 376/3'te aranan şartların varlığı halinde, tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşebilir; mutlaka sözleşme ilişkisinin kurulması şart değildir. Ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 290. Yazar, sırada sona geçmeyi, sözleşme ile alacaklılardan bazılarının “sırada en sona gitmeyi” taahhüt etmeleri veya bu konuda bir sözleşme imzalamaları olarak açıklamıştır.

⁸²⁹ Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 24-25; Pulaşlı, **Şerh 2015**, s. 1183, para. 774; Kayar, **Borca Batıklık**, s. 654.

⁸³⁰ Kaya, **Borca Batıklık**, s. 3.

⁸³¹ Öğretide hatta, sırada sona yerleştirme sözleşmesinin, borçlu şirketin sadece mevcut değil müstakbel alacaklılarının da ve alacaklılarının tamamının lehine akdedilmiş tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak (TBK m. 129) kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Özbek, s. 2326-2327.

Karşı bir görüş⁸³² ise, sırada sona geçmenin diğer alacaklılar lehine sonuç doğurmasının, hatta TTK md. 376/3 hükmünün alacaklıları koruma amacının, bu taahhüdü üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK md. 129) olarak nitelemek için yeterli olmadığını ileri sürmektedir. Sırada sona geçmenin temel amacı, borca batık şirketi iflastan kurtarmak ve finansal durumunu düzeltmesi ile borca batıklıktan çıkmasını sağlamaktır. Ayrıca, üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçlü bir ilişki olması ve lehdara edimde bulunulması gerekmektedir⁸³³. Fakat sırada sona geçme taahhüdünde lehtar konumunda olan üçüncü bir kişi yer almadığı, üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü konulmadığı ve lehtar olarak diğer alacaklılara ifada bulunulmadığı ifade edilmektedir⁸³⁴.

Sırada sona geçmenin niteliğinin ibra sözleşmesi olup olmadığı da değerlendirilmiş, ancak öğretilde, bu ihtimal, genel olarak kabul görmemiştir⁸³⁵. İbra (TBK md. 132), alacaklı ile borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile borç ifa edilmeden borcu sona erdiren, borçluyu borçtan kurtaran iki taraflı bir hukuki işlem, tasarruf işlemi, bir sözleşmedir⁸³⁶. İbra sözleşmesi neticesinde, alacaklının malvarlığının aktif azalmakta, buna bağlı olarak, borçlunun da malvarlığının pasifi azalmaktadır⁸³⁷. Öte yandan, TTK md. 376/3'te, alacağın sırada sona konulmasından bahsetmektedir. Bir alacağın sırada sona konulması için mevcut olması gerekir. Çünkü, sıradan tamamen çıkılmamakta, garamenin paylaştırılmasında arka sıralara geçilmektedir. Ayrıca sırada sona konulan alacak, varlığını devam ettirmektedir. Borca batık şirketin durumu iyileşirse, alaktan doğan talep hakları yeniden ileri sürülebilecektir. Şirket iflas ederse, ön sıradaki alacaklıların alacakları tamamen ödendikten sonra, çok düşük de olsa kalan olursa, sırada sona geçen alacağın, pay

⁸³² Bkz. Boran-Güneysu/Çapa, s. 94-96; Dönmez Aslan, s. 389. Ayrıca bkz. Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s. 290. Yazar, "tüm yönleriyle" üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak nitelendirilmesini mümkün görmemektedir. Bununla birlikte, sözleşmeye, üçüncü kişiler lehine bir edim olduğuna dair kayıt düşerek sözleşme özgürlüğü çerçevesinde üçüncü kişi yararına sözleşme olarak akdedilebileceğini kabul etmektedir. Ayrıca bkz. Güvenir, s. 224. Yazara göre, sıradan çekilme sözleşmesi ne amacı ne taraf menfaatleri ne de hükümleri itibarıyla üçüncü kişi yararına sözleşmenin yasal kalıbına tam olarak oturmaktadır. Çünkü, tam üçüncü kişi yararına sözleşme anlamında bir üçüncü kişi bulunmamaktadır. Sıradan çekilme sözleşmesinin amacı ise şirketin borca batıklık sebebiyle iflâsına engel olmak ve şirket bakımından yargı-dışı bir iyileştirmeyi mümkün kılmaktır. Diğer şirket alacaklılarının korunması, sözleşmenin amacı değil, sonucudur. Ayrıntılı inceleme için bkz. Güvenir, s. 224-227.

⁸³³ Eren/ Dönmez, s. 2480.

⁸³⁴ Boran-Güneysu/Çapa, s. 95; Dönmez Aslan, s. 389.

⁸³⁵ Güvenir, s. 186-187; Dönmez Aslan, s. 390; Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s. 291-291.

⁸³⁶ OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C, 1, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 554; Eren/ Dönmez, s. 2531 vd.

⁸³⁷ Oğuzman/ Öz, s. 557.

sahiplerinin sermaye paylarının iadesinden önce ödenmesi gerekecektir.⁸³⁸ Bu yönüyle, TTK md. 376/3'ün borçlu şirketin borcunun ibrasını öngördüğü sonucuna ulaşamaz.

TTK md. 376/3 hükmünün gerekçesinde, sırada sona geçme taahhüdünün bir erteleme olduğundan söz edilmiştir. Öğretide de sırada sona geçmenin, erteleme sözleşmesi ile ilişkisi değerlendirilmiştir. Bir görüş, alacağın alt sıraya geçmesi kararlaştırılan kısmı için bir borç erteleme sözleşmesinin kurulduğu şeklindedir⁸³⁹. Diğer bir görüş ise bu sözleşmenin sonuçlarını taşımadığı gerekçesiyle, erteleme sözleşmesi niteliğini haiz olmadığını ifade etmiştir⁸⁴⁰.

Erteleme, borç muaccel olmadan önce ya da sonra alacaklı ile borçlu arasında akdedilen, borcun muacceliyetini ileri bir tarihe öteleyen iki taraflı hukuki işlem, bir sözleşmedir⁸⁴¹. Erteleme sözleşmesinin muacceliyetle olan ilişkisi nedeniyle borçlu temerrüdü ve zamanaşımı bakımından sonuçları öne çıkmaktadır. Buna göre, borcun muacceliyetinin yeni bir tarihe uzatılması ile alacaklı, söz konusu tarihe kadar ifayı talep edememekte, borçlu temerrüde düşmemekte, dolayısıyla temerrüt faizi işlememekte, zamanaşımı kesilmektedir⁸⁴². Sırada sona geçme taahhüdü ise söz konusu sonuçları taşımamaktadır. TTK md. 376/3 gerekçesinde, kurumun erteleme olduğundan, ertelemenin belli bir takvim gününe bağlı olmadığından ve erteleme tarihine kadar takas, mahsup ve takip yapılamayacağından bahsedilmiş, ancak devam eden ifadelerde, TTK md. 376/3 anlamındaki bu ertelemenin zamanaşımına herhangi bir etkisinin bulunmadığı açıklanmıştır.

Bir görüş, erteleme sözleşmesinde borcun muacceliyetinin öte bir tarihe ertelenmesi ile alacağın sırada sona geçmesini bağdaştırmaktadır. Buna göre, Kanun koyucu, alacağın talep edilebilirlik koşullarını ve özellikle muacceliyetini hedef almakta, ve bunu ötelenmesini öngörmektedir. Bu sırada, alacak hakkı devam etmektedir, ancak, alacağı talep hakkı belirli bir süre boyunca veya belirli şartlar gerçekleşmedikçe bulunmamaktadır. Hükmün gerekçesinde ifade edilen ertelemenin belli bir takvim gününe bağlı olmaması da bununla ilgilidir. Sırada sona geçen alacağın

⁸³⁸ Aynı şekilde bkz. Güvenir, s. 186. Hükmün gerekçesinde de açıkça, sırada sona geçmenin alacaktan feragat anlamı taşımadığı ifade edilmiştir.

⁸³⁹ Bkz. Atalay, **İflas**, s. 76.

⁸⁴⁰ Bkz. Boran Güneysu/Çapa, s. 96-97; Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s. 292-293; Dönmez Aslan, s. 390.

⁸⁴¹ Eren/ Dönmez, s. 2073 vd. Sözleşme, ifa zamanını uzatma sözleşmesi olarak da anılmaktadır.

⁸⁴² Eren/ Dönmez, s. 2074.

ifa zamanı, bir vadeye değil de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir şarta bağlanmıştır. Bu şart da şirketin iyileşmesi ve borca batıklıktan çıkarak sıradan çekilen de dâhil bütün alacakları ödeyebilir hale gelmesi olarak açıklanmaktadır.⁸⁴³ Ancak diğer bir görüş ise sırada sona geçme sözleşmesinde, erteleme unsuru bulunsa da, borçlu şirket ile şirket alacaklısının alacağın vadesinin uzatılmasını kararlaştırmadığı yönündedir⁸⁴⁴. Buna göre, alacağın muacceliyet zamanı ertelenmemekte, alacağı talep etme hakkı bazı şartlara bağlanarak ertelenmektedir. Dolayısıyla hükmün gerekçesinde atıf yapılan erteleme, alacağın muacceliyet tarihinin teciline değil; alacak muaccel olsa bile ifayı talep etmemeye işaret etmektedir⁸⁴⁵.

Sırada sona geçme sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin öğretide⁸⁴⁶ kabul gören bir diğer görüş, bu sözleşmenin, sui generis nitelikte bir tasarruf sözleşmesi olduğudur. Buna göre, TTK md. 376/3 anlamında sıradan çekilme, özellikleri ve kendisine bağlanan hukuki sonuçları itibarıyla, kanunda öngörülen sözleşme tiplerine tam olarak uymamaktadır. Bu sözleşmede, borçlu şirket ve şirket alacaklısı veya alacaklıları arasında akdedilmekte; alacaklıların, sözleşme konusu alacak ya da alacaklarını zamanaşımı süresinde talep etmeme taahhüdünde bulunmasıyla şirketin borca batıklık sebebiyle iflasının önlenmesi amaçlanmaktadır⁸⁴⁷. Sözleşme ile ayrıca, sözleşme konusu alacağın ileri sürülebilirliği ve ifa edilebilirliği sınırlanarak yargı dışı bir iyileştirmeye alan açılmakta, aynı zamanda, sözleşmenin sonuçlarından etkilenebilecek üçüncü kişilerin menfaatleri mahkemece yürütülecek bir içerik denetimi ile gözetilmektedir. Ancak, alacağın/alacakların muacceliyeti şirketin borca batıklığının ortadan kalkması geciktirici şartına bağlı olarak ertelenmekle birlikte, borca batıklığın giderilememesi ve iflasın gerçekleşmesi halinde, aktin tarafı alacaklılar, şirketin bu taahhütte bulunmayan diğer alacaklılarının alacakları tam olarak ödenene kadar kanunda öngörülen iflas paylaşımına katılmamaktadır.⁸⁴⁸

⁸⁴³ Güvenir, s. 189.

⁸⁴⁴ Akkaşoğlu, **Garameye İştirakten Feragat**, s. 56.

⁸⁴⁵ Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s. 293.

⁸⁴⁶ Bkz. Akkaşoğlu, **Hukuki Nitelik**, s. 294-295; Boran Güneysu/Çapa, s. 97; Dönmez Aslan, s. 390; Güvenir, s. 190-191.

⁸⁴⁷ Boran Güneysu/Çapa, s. 97.

⁸⁴⁸ Güvenir, s. 190-191. Güvenir'e göre, ilgili bir alacak/lar, kural olarak tüm fer'ileri ile birlikte sözleşmeye konu olmaktadır. İsviçre hukukunda, revizyon öncesi dönemde, sırada sona geçme taahhüdüne, sırada sona geçen alacağa ilişkin faiz taleplerinin de dahil edilip edilmeyeceği tartışılmış; İsvBK md. 725b/4-1'e eklenen hükümle, bu taahhüde, alacak ve bu alacak için işleyen faiz taleplerinin dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

E- Sırada Sona Geçmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirmemiz

Sırada sona geçme taahhüdünün niteliğinin tam olarak tespiti ayrı bir çalışma konusudur. Ancak, buraya kadar anlatılanlar ışığında, borca batık bir şirketin alacaklısının borca batık şirketin bilgisi, onayı veya kabulü olmaksızın mahkemeye sırada sona geçme taahhüdü sunması ve bu taahhüdün Kanun'da öngörülen diğer şartları karşılaması durumunda, şirketin borca batıklık nedeniyle iflas bildirim yükümlülüğünün ortadan kalkıp kalkmayacağı ve şirketin iflasının önlenip önlenemeyeceği konusu ele alınabilir. Bizce, sırada sona geçme taahhüdünün, TTK md. 376/3 hükmünde öngörülen sonuçları doğurabilmesi için, şirketin onay veya kabulünün olması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu taahhüdü mahkemeye bilirkişi incelemesi için sunma yetkisi yönetim kuruluna aittir. Alacaklıların, şirketin kabulü olduğu hallerde dahi, şirket adına mahkemeye başvuru yapma yetkileri bulunmamaktadır.

Şirketi yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna tanınmıştır (TTK md. 365). Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması, şirketin üst düzeyde yönetimi ve finansal planlama için gerekli düzenin kurulması, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerindendir (TTK md. 375). Sırada sona geçme aracına başvurarak şirketin devamı konusunda irade göstermek yönetim kurulunun görevidir. TTK md. 376/3'te, alacaklılara, borca batık bir şirket için konkordato talep edebilmelerine hak veren TTK md. 377'deki gibi açık yetki verilmemiştir. Zaten iki durum birbirinden farklılık arz etmektedir. Konkordato borca batık şirketin iyileştirilmesi için mahkeme gözetimi altında ve şirketin tasarruf yetkisi kısıtlanmış şekilde yürütülen bir süreçtir. Alacaklının sırada sona geçmesi ise alacağı ortadan kaldırmaz, şirketin pasifini azaltmaz ve bilançosunu değiştirmez. Kendi başına şirketin borca batıklığını gidermeyen, azaltmayan bu aracın işlevi, iflası önlerken şirketin yargı-dışı iyileştirme yapmasına imkân tanımaktır. Aksi halde, iflasın açılmasını sebepsizce ertelemek haricinde bir sonuç olmaz. Bu da hükmün alacaklıların korunması amacına uymayacaktır. Nitekim gerekçede, şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılmasının amaçlandığı açıklanmıştır. Şirketin yargı-dışı iyileştirme yapması, yönetim kurulunun ve genel kurulun yetkisindedir. Oysa, alacaklının tek başına mahkemeye yapacağı diğer alacaklıların sırasının sonuna geçtiğine dair beyanı ile şirketin iflasının önlemesi halinde, devam etme veya iyileştirme yapma iradesi olmayan borca batıklığı gerçek anlamda iyileştirilmemiş bir şirketin yaşatılması söz konusu olabilecektir. Mahkemece alacaklının beyanı kabul

edilmekle birlikte, mahkeme süreçten çekilmekte, şirketin tasarruf yetkisi kısıtlanmamakta ve mahkemenin bir denetimi bulunmamaktadır. Bu ihtimalde, şirket sırada sona geçme aracını kullanma konusunda bir iradesi yokken ve borca batıklık sebebine dayalı iflas bildiriminde de bulunmamış iken, şirket borca batık halde faaliyetlerine devam edecektir. Üstelik, TTK md. 376/3'e göre, geçerli bir sırada sona geçme taahhüdü, iflas bildirimini yükümlülüğünü kaldıracağı için yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da alacaklılar aleyhine tartışmalı hale gelecektir. TTK md. 376/3'ün şirketi ayakta tutma amacının da bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bunun gerçekçi şekilde ortaya konması ve alacaklıların korunması amacına aykırı sonuçlara yol açmaması gerektiği görüşündeyiz.

F- Sırada Sona Geçmeye Konu Alacak Tutarı

Sırada sona geçme taahhütlerinin tutarına ilişkin öğretilerde çeşitli değerlendirmeler yapılmaktadır. İlki, hükümde geçen “*şirketin açığına karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutar*” ifadesinde iki ayrı tutara mı yoksa tek bir tutara mı işaret edildiği ve tutarın ne kadar olması gerektiği hususudur. İkincisi ise, söz konusu tutar/ların hangi ara bilançoya göre belirleneceğidir.

Hükümün lafzında, “*şirket açığı*”ndan söz edilirken, gerekçe, “*ara bilânço ile ortaya çıkan açığa*” işaret etmiştir. Devamla gerekçeye göre, taahhütlerin tutarı, ara bilânço ile ortaya çıkan açığa *eşit* olmalıdır. Gerekçenin sonraki ifadelerinden ve kaleme alınışından, söz konusu eşitlikle, “*borca batıklığı ortadan kaldıracak düzey*” arasında bir denklik kurulduğu anlamı çıkmaktadır.

Mehaz eİsvBK md. 725 düzenlemesi, şirket alacaklılarının, “*bu açık ölçüsünde*” sırada diğer alacaklıların sonuna geçmesi şeklindeydi⁸⁴⁹. Revizyon sonrası İsvBK md. 725b/4-1 hükmü ise, şirket alacaklılarının “*borca batıklık ölçüsünde*” diğer alacaklıların sırasının gerisine çekilmesi şeklinde kaleme alınmıştır⁸⁵⁰⁸⁵¹ İsviçre

⁸⁴⁹ eİsvBK md. 725 hükmünde geçen ifade şu şekildedir: “... sofern nicht **Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.**”

⁸⁵⁰ Revizyon sonrası İsvBK md. 725b/4-1 hükmünde geçen ifade şu şekildedir: “*Die Benachrichtigung des Gerichts kann unterbleiben: wenn Gesellschaftsgläubiger **im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden,...***”

⁸⁵¹ İki hükümde “*im Ausmass dieser Unterdeckung*” ve “*im Ausmass der Überschuldung*” şeklinde iki farklı tabir kullanılması, hükmün düzenleniş şeklinin değişmesi ile bağlantılı olabilir. Çünkü eski düzenlemede, önce, borca batıklık şüphesiyle çıkarılacak ara bilanço, şirketin alacaklılarının

hukukunda, ayrıca, sırada sona yerleşmeye yeter tutarın içinde asıl alacak miktarının yanısıra söz konusu alacaklara işleyen faizin de dahil edilmesi gerektiği şeklinde İsvBK md. 725b/4-1 hükmüne ekleme yapılmıştır⁸⁵².

Öğretimizde, bir görüşe göre, alacak tutarının borca batıklığı ortadan kaldıracak tutarda olması yeterli görülmektedir⁸⁵³. Daha doğru ifadeyle, bu görüşteki yazarların çalışmalarındaki ifadelerinden hareketler, “*şirket açığı*” ile “*ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutar*” arasında ayırım yapmadıkları anlaşılmaktadır. Benzer bir görüşe aynı sonuca ulaşmış olmakla birlikte, önce, hükümde kullanılan iki ifadenin ayrı anlamlar içerip içermediğini tartışmış ve şirketin açığını karşılayacak tutar ile borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak tutar arasında anlamsal bir farklılık olmadığını belirtmiştir. Ancak, bu görüşe göre, bilanço tarihinden sonra ortaya çıkabilecek zarar ve masrafların önemine binaen amaçsal yorum yapılarak, borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak tutarın bilançoda ortaya çıkan tutara karşılık geldiği, şirketin açığını karşılayacak tutarın ise daha geniş bir anlam ihtiva ettiği, borca batıklığın tespit edildiği tarihten sonraki zarar ve masrafları da kapsamı içine aldığı şeklinde bir değerlendirme de yapılabilir⁸⁵⁴. Bir diğer görüşe göre ise sözleşme konusu tutar belirlenirken, her halükârda sözleşmeyi izleyen dönemdeki girişilecek taahhütler sebebiyle oluşabilecek zararları ve diğer işletmesel harcamaları karşılamak üzere “tampon” işlevi görecektir ilave bir meblağın da ilgili tutar üzerine eklenmesi ve sözleşmeye konu edilmesi gerekmektedir. Buna göre, ayrıca, TTK m.376/2 karşısında

alacaklarının ne işletmenin sürekliliği ne de satış değerlerine göre karşılanmadığını gösteriyorsa, mahkemeye iflas bildirimini yapılması gerektiğinden söz edilmekte; ardından, iflas bildirimini kaldıran bu yöntemden bahsedilmektedir.

Dolayısıyla, “*im Ausmass dieser Unterdeckung*” (bu açık ölçüsünde) ifadesi, daha önceki cümlelerde kullanılan borca batıklık ve şirketin alacaklılarının alacaklarının karşılanmaması ifadelerine karşılık kullanılmıştır.

Yeni düzenlemede ise, ilk fıkrada, şirketin aktiflerinin yükümlülüklerini artık karşılamadığına dair bir şüphe varsa ara bilanço çıkarma yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Sırada geri çekilme ise, hükmün dördüncü fıkrasında yer bulmuştur. Dolayısıyla, “*im Ausmass der Überschuldung*” (borca batıklık ölçüsünde) ifadesi, ilk fıkrada kullanılan, aktiflerin yükümlülükleri karşılamaması ifadesine karşılık kullanılmaktadır.

⁸⁵² Hükümde geçen ifade şu şekildedir: “... sofern der Rangrücktritt den geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfasst;”

⁸⁵³ Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 27-28; Kayar, **Borca Batıklık**, s. 654.

⁸⁵⁴ Çoşgun Yıldırım, **Borca Batıklık**, s. 326.

sıradan çekilme tutarının tespitinde bu sermaye kaybını da karşılayacak bir tutar dikkate alınabilir⁸⁵⁵.

Sırada sona geçmeye konu olacak alacak tutarı ile ilgili bir diğer husus, tutarın hangi ara bilançoya göre belirleneceği konusudur⁸⁵⁶. Bir görüş, alacak tutarının işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan borca batıklık tespit bilançosunda ortaya çıkan sonuca göre belirlenmesi yönündedir⁸⁵⁷. Buna göre, alacaklıların sırada sona geçtiği yönündeki müracaat mahkemece kabul edildiğinde şirketin iflasına karar verilmeyeceğinden ve şirket faaliyetine devam edeceğinden değerlemede işletmenin sürekliliği ilkesinden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Diğer bir görüş ise TTK md. 376/3 ve İİK md. 179/1 hükümlerini birlikte ele alarak, ilgili alacak tutarının *de lege lata en az* tasfiye esasına göre tespit edilen açık kadar olması gerektiği ifade etmiştir⁸⁵⁸.

Kanaatimizce, md. 376/3 hükmü uyarınca, borca batıklık nedenine dayalı iflas bildirimini yapma yükümlülüğü, her iki ara bilançodan borca batıklık tespit edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Ara bilançolardan birinde dahi borca batıklık belirlenmemişse bu yükümlülük doğmaz. Bu nedenle, kanımızca, bilançolardan birindeki borca batıklığı kaldıracak tutar için sırada sona geçme yeterlidir. Bununla birlikte, sırada sona geçmeye konu olan ve “*şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutar*”a karşılık gelen alacak miktarı, bir güvenlik marjını içermelidir.

G- Sırada Sona Geçmenin Mahkemeye Bildirimde Bulunma Yükümlülüğünü Kaldırıp Kaldırmayacağı Meselesi

TTK md. 376/3 hükmünün gerekçesine göre, sırada sona geçme sözleşmesi, borca batıklığın tespiti halinde doğan mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğünü

⁸⁵⁵ Güvenir, s. 112. Yazara göre, TTK m.376/2 karşısında sıradan çekilme tutarının bu sermaye kaybını da karşılayacak miktarda olması, söz konusu genel kurul kararlarından birinin mutlaka alınması gerekliliğini ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca Bkz. Öztekin, s. 2333. Öztekin de borca batıklık miktarının borçlu şirketin faaliyeti sırasında zaman içinde değişebileceğinden ve özellikle artabileceğinden, alacağını sıra itibarıyla sona yerleştiren alacaklının ileride borçlu şirkete karşı doğacak başka alacaklarının da, bu alacaklar doğdukça sırada sona yerleştirme sözleşmesine konu olacağını kararlaştırılmasının mümkün olması gerektiği görüşündedir.

⁸⁵⁶ Konuyla ilgili İsviçre hukukundaki yaklaşımlara dair incelemeler için bkz. Öztekin, s. 2331-2332; Güvenir, s. 106-110; Çoşğun Yıldırım, **Borca Batıklık**, s. 280-281. Aynı söz konusu tartışmalar, İsvBK Revizyonu öncesi hükme ilişkindir.

⁸⁵⁷ Çoşğun Yıldırım, **Borca Batıklık**, s. 324.

⁸⁵⁸ Güvenir, s. 110.

kaldıran bir yeniliktir. Ancak, öğretide bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, gerekçedeki ifadenin hatalı olduğunu, borca batıklık halinde, sırada sona geçme söz konusu olsa da şirketin mahkemeye bildirme zorunluluğunun ortadan kalkmayacağını kabul etmektedir⁸⁵⁹. Bu görüşe göre, sırada sona geçme taahhüdünün sonucu, sadece şirketin iflasına karar verilmemesidir. Diğer görüş ise, şirket alacaklıları, şirket açığını karşılayacak ve borca batıklığı ortadan kaldıracak tutardaki şirketten olan alacaklarının diğer alacaklıların sırasının arkasına geçmesini kabul ederse, yönetim kurulunun bildirim yükümlülüğünün kalkacağını ifade etmektedir⁸⁶⁰.

TTK md. 376/3 hükmünde, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulunun, bu durumu mahkemeye bildirmesi ve şirketin iflasını istemesinden söz edilmektedir. Bu nedenle, öğretide, borca batıklık bildirimi ve iflas istemi gibi iki ayrı fiilin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Hükmün kaynağı eİsvBK md. 725/2’de ise, sadece, ara bilançolar, şirketin alacaklılarının alacaklarının karşılanmadığını gösteriyorsa yönetim kurulunun bunu hakime bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, ayrıca bir iflas istenmesi şeklinde bir ifade yer almıyordu. Revizyon sonrası İsvBK’da bildirim yükümlülüğü ayrı bir fıkra ile hüküm altına alınmış ve İsvBK’da md. 725b/4-1’de sırada sona geçme taahhüdünün varlığı halinde borca batık şirketin yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunmak zorunda olmadığı açıkça ortaya konmuştur.

İsvBK ile TTK düzenlemesi birbirinden çeşitli açılardan farklıdır. İsviçre hukukunda, sırada sona geçme anlaşması, kanuni şartları taşıyorsa, yönetim kurulunu mahkemeye şirketin borca batıklığını bildirme yükümlülüğünden kurtarmaktadır. İsvBK m. 725b/4-1’e göre, şirketin alacaklıları, borca batıklık ölçüsünde kendi alacaklarını, vadesi gelen tutarın ve faiz taleplerinin borca batıklık süresince geçerli olması şartıyla, diğer tüm şirket alacaklılarının alacaklarının gerisine çekiyorsa, mahkemeye bildirim şart değildir. Ayrıca, sırada sona geçme anlaşmasının İsviçre

⁸⁵⁹ Kayar, **Borca Batıklık**, s. 655; KIRCA İsmail/ GÜREL Murat, “Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Birleşmeye Katılma”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Ankara 2017, s. 470; Öztekin, s. 2338-2339; Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 28; Dönmez Aslan, s. 387.

⁸⁶⁰ Kendigelen, s. 269; Boran Güneysu / Çapa, s. 102; Pulaşlı, **Şerh** 2015, s. 1182, para. 772; Çoşğun Yıldırım, **Borca Batıklık**, s. 320. Çoşğun Yıldırım’a göre, alacaklıların sırada sona geçtiği yönündeki müracaat, borca batıklığın mahkemeye bildirimidir. Bu halde, yönetim kurulunun ayrıca borca batıklığı mahkemeye bildirmesi gerekmemektedir.

hukukunda denetçi tarafından denetlenmesi gerekmekte⁸⁶¹ iken Türk hukukunda mahkemenin atadığı bilirkişinin incelemesine sunulması öngörülmüştür.

Türk hukukunda TTK md. 376/3 düzenlemesi, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin öncesinde ve sonrasında farklıdır. 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde TTK m. 376/3 hükmünde de denetçinin ara bilançolara ilişkin raporunda aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin, şirketin borca batık olduğunun anlaşılması halinde, yönetim kuruluna durumu mahkemeye bildirme ve şirketin iflasını isteme görevi verilmişti. 6335 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde dikkat çeken husus, Kanun koyucunun ara bilançoların denetçi incelemesine sunulmasını düzenlediği ancak sırada sona geçme sözleşmesine gelindiğinde mehzaz hükümden farklı olarak denetçiler tarafından değil mahkeme tarafından denetlenmesini tercih ettiğidir. 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında, öncesinde olduğu gibi, sıradan sona geçme sözleşmesinin mahkemeye incelenmek üzere sunulması zorunluluğu devam etmektedir.

TTK md. 376/3’ün “... mahkemesine bildirir ve iflasını ister. ...” şeklindeki lafzı, iki meseleye yol açmıştır. Birincisi, bu ifadeden hareketle, “borca batıklık bildirimi” ve “iflas istemi”nin ayrı ayrı iki bildirim yükümlülüğü olduğu düşüncesi doğmuştur. İkincisi ise, borca batık bir şirketin, sırada sona geçme taahhüdünü mahkemenin incelemesine sunması halinde, iflas isteminde bulunulmasa dahi borca batıklık bildiriminde bulunma zorunluluğunun devam edip etmediği sorununun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bizce, ne “borca batıklık bildirimi” ve “iflas istemi” şeklinde iki ayrı bildirim yükümlülüğü vardır, ne de sırada sona geçme taahhüdünün mahkeme incelemesine sunulması durumunda ek olarak bir borca batıklık veya iflas bildirimi yapma bulunma zorunluluğu bulunmaktadır.

⁸⁶¹ İsviçre’de finansal tabloların denetimine ilişkin olarak uluslararası muhasebe ve denetim standartları ile uyumlu standartlar yayımlama yetkisini haiz *EXPERTSuisse (Treuhand-Kammer)* tarafından yayımlanmış -İsviçre hukukuna özgü- bir denetim standardı olan ve şirket denetçisinin sermaye kaybı ve borca batıklık hallerine ilişkin yürüteceği inceleme faaliyetini konu edinen PS 290’da yer verilmiştir. Bu standarda göre şirket alacaklıları bir sıradan çekilme beyanında bulunmuşlarsa bu işlemin, *geçerlilik, sıradan çekilme beyanında bulunan alacaklının güvenilirliği ve olası menfaat çatışmaları* açısından denetçi tarafından incelenmesi gerekmektedir. PS 290 düzenlemesinin yanı sıra, yine aynı kurum tarafından uygulamada şirket denetçilerine yol göstermesi amacıyla hazırlanmış denetim el kitabında da (*HWP-Handbuch der Wirtschaftsprüfung*) sıradan çekilme ile ilgili uygulamaya yol gösterici açıklamalar ve örnek sözleşme metinleri yer almaktadır. Bkz. Güvenir, s. 35-36.

İki ayrı bildirim yükümlülüğü olmadığı görüşümüzün gerekçesi şu şekildedir: Kanun koyucu, ara bilançolardan borca batıklığın tespit edilmesi halinde, mahkemeye iflas bildirimini yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İflas bildiriminin gerekçesi, şirketin borca batıklık içinde olmasıdır. TTK md. 376/3'ün ifadesi “... *mahkemesine bildirir ve iflasını ister. ...*” şeklindedir. Buna göre, bildirim ve iflas istemi, eş zamanlı ve birlikte yapılmalıdır. Ancak birbirinden ayrı değildir. İflas bildiriminden bağımsız bir borca batıklık bildirimini şeklinde ayrı bir bildirim yoktur. Çünkü ayrı bir borca batıklık bildiriminde bulunulmasının bir hukuki yararının olması gerekmektedir (HMK md. 114). Oysa, salt borca batıklık bildirimini, bir talep veya sonuç içermemektedir.

Sırada sona geçme taahhüdünün incelenmesi için mahkemeye başvurulması, tabii olarak, borca batıklığın mahkemenin bilgisine sunulması sonucunu doğursa da bu, müstakil bir borca batıklık bildirimini yükümlülüğünün varlığı ve ifası anlamı taşımamaktadır.

İki ayrı bildirim yükümlülüğü olmadığı ve sadece borca batıklık sebebine dayalı zorunlu iflas isteminin bulunduğu kabulüyle, ikinci mesele de açıklığa kavuşmaktadır. Şöyle ki: Sırada sona geçme taahhüdünün mahkeme denetimine sunulması ile iflas istemi iki ayrı işlemdir. Bu, “... *Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini olarak kabul olunur*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca, kanuni şartları haiz bir sırada sona geçme taahhüdü şirketin iflasını önlemektedir. Öyleyse, iflas kararı verilmeden önce mahkemeye sunulması koşuluyla, iflas bildiriminin ardından alacaklıların sırada sona geçme taahhüdünde bulunmaları iflası engelleyebilir. Buna göre, sırada sona geçme için inceleme başvurusu, iflas isteminden önce ya da sonra yapılabilen bir işlemdir. Bununla birlikte, eğer mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru varsa artık iflas bildiriminde bulunmaya gerek yoktur. Çünkü, hükümde, açıkça, sırada sona geçme taahhüdü bilirkişilerce doğrulanmazsa, inceleme için yapılmış başvurunun iflas bildirimini olarak kabul olunacağı belirtilmiştir. Bu durumda, bilirkişi incelemesi için yapılan başvuruda, alternatifli bir talep sunmanın da hukuki yararı bulunmamaktadır.

Öte yandan, sırada sona geçme taahhüdü mahkemeye bilirkişi incelemesi için sunulmasının, iflas bildirimini yükümlülüğünü kaldıracağı düşüncemiz, şirketin finansal güçlük içinde bulunduğu aleniyet kazanacağı kaygılarına dayanmamaktadır. Başta, zaten, mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılan başvuru, şirketin durumunun aleniyetine yol açmaktadır. Ek olarak, Kanun koyucu, aleniyeti bir sorun olarak

görmemenin ötesinde, şirketin finansal durumunun ortaya konmasını TTK sisteminin bir politikası olarak benimsemiş ve özellikle kamuyu aydınlatma ilkesi bağlamında yerleştirmeye çalışmıştır. Bu doğrultuda, Kanun koyucunun, borca batık bir şirketin iflasını önlemek için sırada sona geçme kurumunu bir araç olarak benimsemesindeki amaç, şirketin tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı bir yargı dışı iyileştirilme sürecine imkân tanımak iradesiyle açıklanabilir. Nitekim, sırada sona geçme yönteminin, borca batık bir şirketin iyileştirilmesi için önemli bir kurum olarak konkordato kurumundan en açık farkları, iflas istemi zorunluluğunun kalkması ve konkordato gibi bütün iyileştirme sürecinin mahkeme gözetimi altında yürütülmesinin gerekmemesidir.

Aleniyet meselesi, özellikle İsviçre hukuku bağlamında, sırada sona geçme yönteminden beklenen fayda ve mahkeme denetiminin bu faydayı azaltıcı etkisi çerçevesinde ele alınmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, bilirkişi incelemesi için mahkemeye başvuru zorunluluğunun öngörülmesi yerinde olmamıştır. Çünkü, mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılacak başvuru şirketin finansal durumunun alenileşmesi sonucunu doğurur ve bu da şirket hakkında olumsuz algılara neden olur⁸⁶². Diğer bir görüş ise sıradan çekilme yönteminde herhangi bir aleniyet sorunu görmemektedir. Hatta yöntemin iflas erteleme yoluna göre daha avantajlı olduğunu öne sürmekte, bu savını, sıradan çekilme sözleşmesi yapılması halinde şirketin içinde bulunduğu finansal güçlük üçüncü kişilere duyurulmadan şirketin faaliyetlerine devam edebildiği gerekçesine dayandırmaktadır. İflas erteleme yoluna başvurulduğunda ise şirketin içinde bulunduğu finansal güçlük üçüncü kişilere karşı alenileşmektedir⁸⁶³. Buna karşın, gerek bilirkişi incelemesi gerekse de iflas talebiyle mahkemeye yapılan başvuru ile şirketin finansal durumunun tamamıyla alenileştiği ileri sürülmektedir⁸⁶⁴.

İsviçre hukukunda, borca batıklığı tespit edilen şirkete, sırada sona geçme sözleşmesi sayesinde iyileştirme önlemleri için mahkeme bağlantısı olmadan süre tanınması ve aslında borca batıklığı gidermeyen sırada sona geçme anlaşması ile yine mahkemeye başvurmadan iyileştirme önlemleri için süre tanınmasının amacı, borca batık şirkete finansal olarak içinde bulunduğu kötü durumu kamuoyuna bildirmeden kendi içinde çözebilmesi için alan tanımaktır. Bununla, borçlunun bir iflas

⁸⁶² Türk, **Borca Batıklık-Yenilikler**, s. 28.

⁸⁶³ Öztekin, s. 2324-2325.

⁸⁶⁴ Aydın, s. 113; ERDEM Ercüment, “İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, Aralık 2015, s.185.

damgasından (stigmasından) korunması, örneğin, borçlunun zor durumda olduğunu öğrenen bazı alacaklılarının iyileştirme önlemlerini sekteye uğratacak icra işlemlerine girişmesini önlemek amaçlanmaktadır.⁸⁶⁵

Türk hukukunda sırada sona geçme sebebiyle mahkemeye yapılacak bir başvurunun yol açacağı aleniyetin kayda değer bir sorun teşkil etmediği, bu sebeple iyileştirme çabalarının sekteye uğramayacağı yönünde de görüş belirtilmiştir. Çünkü şirketin finansal durumunun bozulması bir süreçtir ve bu süreçte şirketin sürekli iş ilişkisinde bulunduğu üçüncü kişiler, şirketin ne durumda olduğu konusunda belli ölçüde bilgi sahibi olmaktadır. Ayrıca, mahkeme denetimi olmasa dahi, finansal tabloların sunulmasına ilişkin ilkeler doğrultusunda, sırada sona geçmenin varlığı ve şirketin borca batıklık hesaplamasında Kanun'da öngörülen tutarı karşıladığı gibi bilgilerin finansal durum tablosu dipnotlarında açıklanması gerekecektir. Sonuç olarak, şirketin durumunun alenileşmesinin, yargı-dışı iyileştirme sürecini mutlaka olumsuz etkileyeceği şeklinde bir kabul yerinde bulunmamaktadır.⁸⁶⁶ Bu görüşün gerekçelerine katılmanın yanı sıra aleniyetin bir sorun olmamasını, genel olarak Kanun koyucunun TTK'ya hakim olan hukuk politikası ile de açıklamaktayız.

6335 sayılı Kanun öncesindeki TTK sistematüğinde, kamunun aydınlatılması ilkesinin oldukça yaygın bir şekilde uygulanması öngörülmekteydi. 6335 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesi ile değıştirilmeden önce TTK md. 1524'te her sermaye şirketine bir internet sitesi açma zorunluluğı getirilmişti. Maddede, yayımlanması gerekli başlıca içerikler de sayılmıştı. Listeye bakıldığında, şirketlerden beklenen şeffaflığın ölçüsü çok yüksek derecededir. Hükme göre; değerleme raporları, finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, pay ve menfaat sahipleri bakımından bilinmesi gerekli finansal raporlamalar, bunların dipnotları ve ekleri, yönetim kurulunun yıllık raporu, kurumsal yönetim ilkelerine ne ölçüde uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklaması; yönetim kurulu başkan ve üyeleriyle yöneticilere ödenen her türlü paralar, temsil ve seyahat giderleri, tazminatlar, sigortalar ve benzeri ödemeler, denetçi, özel denetçi, işlem denetçisi raporlarının her birinin internet sitesinde yayımlanması gerekiyordu. Ek olarak, hükmün üçüncü fıkrasına göre, internet sitesinin bilgi toplumu

⁸⁶⁵ İDS 290.

⁸⁶⁶ bkz. Güvenir, s. 199-203.

hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açık olacaktı. Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılmamaktaydı. Ayrıca, erişim hakkının herhangi bir şarta bağlanamayacağı şeklinde de bir koruma getirilmişti. Aksi durumda bu ilkenin ihlali hâlinde herkes engelin kaldırılması davasını açabilmesine olanak tanınmaktaydı. Dolayısıyla, Kanun koyucu, şirketleri iflas stigmatından koruma düşüncesini öncelikli menfaat olarak belirlememiştir. Bu çerçevede, sırada sona geçme taahhüdünün mahkeme incelemesine sunulmasından çok önce şirketin finansal durumu kamuoyunun bilgisine açılmış olacaktı.

Özetle, sırada sona geçme taahhüdünün mahkemece denetlenmesi bir hukuk politikası tercihidir. Mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılacak başvuru, iflas bildiriminden bağımsız bir başvurudur; iflas bildirimi yapma zorunluluğunu kaldırmakta, ancak borca batıklık bildirimi anlamı taşımamaktadır. TTK md. 376/3'te iflas bildirimden ayrı, müstakil bir borca batıklık bildirimi öngörülmemektedir. Hükmün düzenlediği bildirim, borca batıklık sebebine dayalı zorunlu (İİK md. 179) bir iflas bildirimidir. Mahkemenin iflas isteminden ayrıştırılmış bir borca batıklık bildirimi adı altında şirketin durumu hakkında bilgilendirilmesi, bir talep içermemekte ve bir hukuki sonuca yönelmemektedir. Böyle bir sonuç, Kanunda da öngörülmemektedir. Bu açıdan, tekil bir borca batıklık bildirimi mevcut olmadığı gibi, böyle bir bildirim herhangi bir hukuki yarar da taşımamaktadır. Sırada sona geçme taahhüdünün mahkeme incelemesine sunulması iflas bildirimi yapılması zorunluluğunu kaldırmaktadır. Bunun gerekçesini aleniyet kaygıları oluşturmamaktadır. Kamuyu aydınlatma ilkesini benimsemiş olması nedeniyle Kanun Koyucunun, aleniyeti kaçınılması gereken bir sorun olarak değerlendirmekten ziyade, şirket paydaşlarının bilgilendirilmesinin gerekli bir parçası olarak teşvik ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, sırada sona geçme yöntemine yer verilmesinin amacı, şirketin tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı yargı dışı iyileştirme sürecini desteklemek olarak açıklanabilir.

SONUÇ

1- Borca batıklık kavramı, TTK md. 376/3 hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm, eTTK md. 324'ün devamıdır ancak oldukça önemli yenilikler içermektedir. Borca batıklık, limited şirketlerde TTK md. 633'te, kooperatiflerde Kooperatifler Kanunu md. 63'te ve İİK md. 179/1'de düzenleme altına alınmıştır. Sermaye Piyasası mevzuatında ve bankacılık düzenlemelerinde, borca batıklık kavramına, genellikle mali durumun bozulması üst kavramı altında ve bu mevzuatlara tabi şirketlerin özellikleri gözetilerek yer verilmiştir. TTK md. 376/3 hükmü, TTK md. 376'da üç fıkra halinde öngörülen ve kanuni yükümlülükler yüklenen finansal güçlük eşiklerinden sonuncusu ve en ileri düzeyde olanıdır. TTK md. 376/3 fıkra hükmü, bir bütün olarak bünyesinde birden fazla amacı barındırmaktadır. Çalışmamızdaki değerlendirmeler, borca batıklık hükmünün tespit ettiğimiz amaçları göz önünde bulundurularak yapılmıştır.

TTK md. 376/3 düzenlemesinin temel amaçlarından biri, içinde bulunduğu işletme krizi nedeniyle, borçlarının karşılığı olan varlıkları giderek tükenmekte olan bir şirketin alacaklılarının korunmasıdır. Alacaklıların menfaatleri, iki şekilde gözetilmektedir. Birincisi, şirketin varlıklarının şirket alacaklılarının alacaklarını karşılayamayacak durumda olduğu, terimsel ifadeyle, borca batıklık içinde bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler ortaya çıkmışsa, yönetim kurulunun artık şirketin ve şirket alacaklılarının menfaatini birlikte göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu, şirketin finansal durumu sağlıklı iken, şirket faaliyetlerini dürüstlük kuralı çerçevesinde şirketin menfaatlerini gözeterek yürütmelidir. Şirket menfaatinin korunması, TTK md. 369/1'de görünüm kazanan yönetim kurulu üyelerinin (ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin) özen ve bağlılık yükümlülüğünün merkezinde yer almaktadır (ayrıca md. 626). Şirketin finansal durumu istikrar içindeyken, şirket menfaati ile pay sahiplerinin, alacaklıların, sermaye piyasası aktörlerinin ve genel ekonomik menfaatlerinin aynı yönde seyrettiği genel olarak kabul edilir. Çünkü bu durumda, tüm tarafların çıkarları karşılanmaktadır. Buna karşın, finansal durumun bozulmaya başlamasıyla birlikte şirketin menfaati ile şirketin kaynak sağlayıcıları olan pay sahipleri ve alacaklılarının menfaatlerinin birbirleriyle çatıştığı ve şirket paydaşlarının farklı riskleri doğrultusunda zıt davranış eğilimlerine girdiği gözlenir. Zira artık şirket kaynakları artan ivmede azalırken, arta kalan kaynaklar, tüm tarafların çıkarlarını karşılayabilecek düzeyin çok altına düşmüştür. Bu

çerçevede, temel görevi şirket menfaatinin gözetmek olan yönetim kuruluna, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerinin de korunması görevi özel hükümle (konumuz özelinde TTK md. 376) ayrıca yüklenmiştir. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin, kanundan doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu oldukları (TTK md. 553) düzenlenmek suretiyle, bu görev perçinlenmiştir. Zira, şirketin yönetim ve temsil yetkisini haiz (TTK md. 365) yönetim kurulu, şirketin durumu hakkında en kapsamlı, ayrıntılı ve doğru bilgiye sahiptir ve şirketin faaliyetleri yürütme yetkisini kullanmaktadır. İşte, borca batıklık şüphesinin ortaya çıkması ile yönetim kurulunun tasarruf yetkisi bir anlamda kısıtlanmaktadır. Bundan sonra, ara bilançolar hazırlanmalı ve ara bilançolardan şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa, şirketin iflası istenmelidir. Dolayısıyla, borca batıklığı tespit etmesinin ardından yönetim kurulu, şirket yönetimi için kendisine tanınan bütün yetkilerini kullanamayacaktır. Özellikle, çıkar çatışmalarında tamamen tarafsız konumda olmadığı için şirket malvarlığının daha fazla tükenmesini önlemek için şirketin faaliyetlerini olağan seyrinde sürdüremeyecektir. Şirket, tarafsız konumda olan mahkeme gözetimine girecektir.

Alacaklıların menfaatinin korunmasının ikinci aracı, borca batık şirketin iflas ettirilmesidir. İflas, şirket faaliyetlerinin sona ermesi, şirketin tasfiye edilmesi, malvarlığının dağıtılması ve nihayet, tüzel kişiliğinin ortadan kalkmasıdır. İflas sürecine girmekle birlikte, şirket, tasfiye sürecini tamamlama görevi doğrultusunda yönetilir; şirketin olağan faaliyetleri kural olarak sona erer, ancak tasfiyenin gerektirdiği ölçüde devam ettirilir. Dolayısıyla, tasfiye sürecinde, tasfiyeden bağımsız olarak malvarlığını azaltıcı ve çoğaltıcı faaliyetlere girilmez. TTK md. 376/3 hükmü ise, iflas hukukunda yer alan tek zorunlu iflas sebebidir. Bu düzenlemenin, anonim şirketlere hâkim olan sınırlı sorumluluk ilkesi ile ilişkili olduğu kabul edilir.

Şirkete kaynak sağlayan iki grup, pay sahipleri ve alacaklılardır. Şirket alacaklıları, şirkete sağladıkları borç şeklindeki kaynak karşılığında, anapara ve faizinin geri ödenmesi talep edebilmektedirler. Alacaklıların şirkete verdiği borç, kural olarak, sermaye payı ve sermaye payının getirisi olan kâr payını sağlamaz. Alacaklar ödenmezse, iflas tasfiyesinde, alacaklıların alacakları, pay sahiplerinden önce ödenir. Dolayısıyla, alacaklılar şirketten, kullandıkları tutarla orantılı bir getiri elde etmektedir. Alacaklılar, alacakları için yalnızca, şirkete başvurabilmekte, alacakları,

şirketin malvarlığından karşılanmaktadır. Alacakları ödendiği sürece, şirketin faaliyetine devam etmesinde kendileri açısından bir sakınca olmamakla birlikte, alacaklılar açısından, gerektiğinde şirketin iflas ile tasfiyesi, öncelikli sıraları nedeniyle, tercih edilebilir bir seçenektir. Hatta, şirketin malvarlığının sürekli aşındırılacak şekilde kötü yönetilmesi halinde, kalan malvarlığının korunması için, iflas zorunlu bir seçenek olabilmektedir. Pay sahipleri ise şirkete taahhüt ettikleri sermaye borcunu yerine getirmekle yükümlüdür. Şirket alacaklılarına karşı bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Sermaye paylarının karşılığını, kâr payı veya tasfiye payı olarak alabilmektedirler. Fakat pay sahipleri tasfiye payını, ancak şirketin bütün alacakları ödenirse elde edebilmektedir. Dolayısıyla, şirketin iflas ve tasfiyesinin pay sahipleri açısından getirisi yok denecek ölçüdedir. Oysa, pay sahiplerinin, şirket faaliyette olduğu sürece, orantı olarak, şirkete getirdikleri tutarın çok daha üzerinden getiri kazanmaları mümkündür. Sınırlı sorumluluk ve ayrı tüzel kişilik ilkeleri bağlamında kurulan bu sistemde, pay sahiplerine önemli bir imtiyaz tanınmakta ve pay sahiplerinin kendi malvarlıkları ile şirket borçlarından sorumlu olsalardı üstlenmeleri gereken bazı riskler, alacaklılara geçmektedir. Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukuk gelenekleri, özellikle sınırlı sorumluluk kuralından doğan çıkar çatışmalarının yol açacağı bu zarar ve risklere karşı alacaklıları koruyucu ex-ante ve ex-post yasal ve sözleşmesel araçlar öngörmektedir. Kıta Avrupası hukuk kültüründe, alacaklıların korunması kanuni zorunlu asgari sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi ile sağlanmaktadır. İflas ve iflas sırasında öncelik kuralları, alacaklıları koruyucu araçlardandır.

TTK md. 376/3 düzenlemesinin temel amaçlarından bir diğeri, şirketin tüzel kişiliği ile birlikte bir bütün olarak korunması ve faaliyetlerine devam etmeye elverişli şekilde iyileştirilerek ayakta tutulmasıdır. Bir şirket, malvarlığının ayrılığı ve bu malvarlığının ayrı bir kişilik olarak şirket adı altında yönetilmesine olanak sağlayan tüzel kişilik özelliği sayesinde, feshedilmediği sürece yüzyıllarca faaliyet gösterme potansiyeline sahiptir. Şirketler, ayrı malvarlıklarını işletme faaliyeti doğrultusunda yönetirken yıllar süren faaliyetleri ve paydaşlarla etkileşimi sayesinde hem maddi hem de tecrübe, teknik bilgi, know-how, örtük bilgi, iş gücünün eğitilmesi, girişimciliğin ortaya çıkarılması ve geliştirilmesi gibi maddi olmayan değerleri biriktirmekte, katma değer sağlamaktadırlar. Bu nedenle, şirketlerin finansal sıkıntılar yaşadıkları zamanlarda, yalnızca şirket tüzel kişiliğinin yönettiği malvarlığı değil, aynı zamanda bu birikimin olduğu tüzel kişinin kendisi de korunmaya değerdir. Şirketin ayakta

tutulması, özel hukuka hâkim olan işlemin ve sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinin görünümlerindendir. Ekonomik ve rasyonel açıdan yaşama ümidi var olan şirket, iflas ettirilmemelidir. TTK md. 376/3 düzenlemesi, bir şirketin yaşayabilirliğine iki şekilde etki etmektedir. Birincisi, doğrudan hükümde öngörülen sırada sona geçme taahhüdünün kanuni şartları taşıması halinde, borca batık şirketin iflas etmemesidir. Şirket, bu araç sayesinde, mahkeme gözetimine girmeden ve tasarruf yetkisi kısıtlanmadan iyileştirme önlemleri alabilmektedir. Borca batık şirket, iflas bildirimi yapılsa da konkordato kurumuna başvurması halinde (TTK md. 377) yine iflastan korunabilmekte ve bu defa, mahkeme denetiminde yürütülecek bir iyileştirme sürecinin başarılı sonuçlanması halinde faaliyetlerine devam edebilmektedir. İkincisi ise, TTK md. 376/3 hükmü, yönetim kurulu için şirketin faaliyetleri istikrarlı şekilde devam ederken de göz önünde tutması gereken bir uyarı niteliğindedir. Kanun, nispeten açık ve ölçülebilir finansal zafiyet eşikleri öngörerek yönetim kuruluna yol gösterici bir uyarı sistemi kurmaktadır. Yönetim kurulunun bu çerçevede geliştireceği sürekli öz değerlendirme davranışı ile şirketin kötüleşen finansal durumunun erken tespit etmesi ve finansal güçlüğü daha kolay ve elverişli araçlarla çözülmesi mümkün olabilecektir. Borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi (TTK md. 376/3, 375/1-g), aslında, TTK'nın halka açık ve zorunlu olmasa da halka kapalı bütün anonim şirketlere yayılmasını önemseydiği kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde benimsenen sistemin, iç denetimin sağlanması (TTK md. 366), muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması (TTK md. 375/1), şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi (TTK md. 378/1) şeklindeki araçlarından biridir. Yönetim kurulunun şirket faaliyetlerini, bunları dikkate alarak hazırlayacağı iyi yönetim kurgusuna göre yürütmesi, şirketin orta ve uzun vadede yaşama şansını yükseltecektir.

2- TTK md. 376/3 hükmü anlamında borca batıklık, şirket aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılayamamasını ifade etmektedir. Kanunda açıkça “borca batıklık” tabirinin kullanılması ile kavramı ifade eden terimin kullanımında yeknesaklığa ulaşılmıştır. Bununla birlikte, öğretide, borca batıklık denkleminin bileşenleri olarak farklı terimler kullanılabilmektedir. Denklemin bir tarafında, “mevcut”, “aktif”, “varlık”, “alacak” terimlerinin; diğer tarafında, “pasif”, “borç”, “yükümlülük”, “kaynak”, “alacak” terimlerinin kullanıldığı tespit edilmiştir. Sayılan terimlerin muhasebe alanında, bilanço hukukunda, İcra İflas Kanunu ve öğretisinde ve

ticaret hukuku çerçevesinde farklı kullanımları olabilmekte, yer yer aynı veya benzer kavramı ifade etmek için kullanılabilir. Örneğin, “*pasif*”, bilançonun biçimsel yapısında, bilançonun sağ tarafına verilen genel isimdir. Pasif taraf altında yabancı ve özkaynaklar yer almaktadır. Ayrıca, yabancı veya özkaynak niteliğinde olmayan ancak bilanço eşitliği ve çıkarılan bilançonun amacı nedeniyle bilanço kalemi niteliğinde olan diğer birtakım unsurları da kapsamaktadır. İcra ve iflas hukukunda ise “*pasif masa*” tabiri bulunmaktadır. Bu tabir, iflas tasfiyesinde, borçlu şirketin tasfiyeye tabi tutulacak olan mal varlığına aktif masa; aktif masadan tatmin edilecek olan alacaklıların taleplerinin tümüne de pasif masa denilmesinden ileri gelmektedir. Terimsel karmaşa, aslında sadece çeşitli öğretilerdeki kullanım farklılıklarının kaynaklanmamaktadır. Aynı zamanda, bu durum, borca batıklık hesaplamasının temeli olan ara bilançoların yıllık bilanço gibi diğer bilançolardan ayrı ve özel bir bilanço olmasıyla ilgilidir. Kısaca, TTK md. 376/3 hükmü uyarınca borca batıklık hesaplamasında, karşılaştırılan değerler, şirketin borçlarını karşılamada kullanılabilecek değerler ile şirketin borcu niteliğini haiz değerlerdir.

3- Şirketin borca batıklık sebebiyle iflasını isteme yükümlülüğü, hem TTK md. 376/3'te hem de İİK md. 179/1 ve İİK md. 345/a hükümlerinde düzenleme altına alınmıştır. Öte yandan, İİK hükümleri, TTK hükmüyle çelişmektedir. TTK 376/3'e göre, hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançolardan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu mahkemeye bildirir ve şirketin iflasını ister. İİK md. 179'a göre ise sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu tespit edilir, bu durum beyan edilir ve mahkemece de tespit edilirse önceden takibe hacet kalmaksızın bu şirketlerin iflasına karar verilir. Hükümlerin örtüşmediği nokta, birinde borca batıklığın hesaplamasında (TTK md. 376/3) iki ara bilançonun dayanak alınması ve iflas isteminin buna göre yapılması, diğerinde (İİK md. 179/1) ise sadece satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilançodan borca batıklığın tespit edilmesi halinde iflas sonucunun doğmasıdır. Üstelik, İİK md. 345/a, İİK md. 179 uyarınca, satış değerlerine dayanan bilançoya göre, şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını isteme yükümlülüğü öngörmekte, bu yükümlülüğün ihlali halinde, ilgili kişilerin, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla, iki kanun hükmü arasındaki çelişki, bir şirketin erken

iflası ve yetkili kişilerin hürriyeti kısıtlayıcı ceza ile karşılaşmasına neden olabilecek ölçüdedir.

Kanaatimizce, İİK md. 179/1 ve 345/a, TTK md. 376/3 karşısında iflas bildirimi ve bu bildirimin ihlalinden doğacak yaptırım yönünden uygulanabilir değildir. İlk olarak, TTK md. 376/3 hükmü, İİK md. 179/1 hükmü karşısında özel ve önceki hüküm niteliğindedir. Çünkü, borca batıklık, öncelikli olarak sermaye şirketlerine özgü bir olgu olup, TTK sistematigi içinde bir konuma sahiptir; şirketin finansal planlama ve kontrolü ile iç kontrolü ve denetimi ile ilgilidir. Bu kapsamdaki yükümlülük, yetkili organın sürekli öz denetimini teşvik etmektedir. Bu durumda, İİK md. 179/1 hükmü, TTK md. 376/3 hükmü karşısında genel ve sonraki hüküm konumundadır. Aynı konuyu düzenleyen, önceki özel ve sonraki genel hükümlerin çatışması halinde, öğretide genel kabul gören görüşün belirttiği gibi önceki tarihli özel hüküm sonraki tarihli genel hüküm ile yürürlükten kaldırılamayacaktır. 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 1'in gerekçesinde, İİK md. 179'a sadece *“aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilanço”* ifadesinin eklenip, işletmenin devamlılığı esasına göre bilançonun dahil edilmemesinin bilinçli bir tercih olduğuna işaret edilmiş olsa da sonuç değişmeyecektir. Çünkü, sonraki genel hüküm önceki özel hükümle varılmak istenen amaç ve sonucu akamete uğratmaktadır. Bu da TTK md. 376/3'ün uygulama önceliği olduğu görüşümüzün ikinci sebebine götürmektedir. TTK md. 376/3'ün bir bütün olarak iki amacı bulunur. Bunlar, alacaklıların korunması ve yaşama ümidi bulunan şirketlerin ayakta tutulmasıdır. Borca batık olsa bile yaşayabilirlik ölçütlerini karşılayan şirketlerin iflas ettirilmemesi, özel hukuka hakim olan işlemin ayakta tutulması ilkesinin bir görünümüdür. Bu ilkenin, TTK'nın tümüne yayıldığı, çeşitli hükümler ve gerekçelerinden anlaşılmaktadır. Özel olarak ise eTTK md. 324'te sadece aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre bilançodan borca batıklık ölçünü yapılırken, 6102 sayılı TTK ile borca batıklık tespiti için md. 376/3'e ilkinde göre daha yüksek değer göstermesi muhtemel olan işletmenin devamlılığı esasına dayalı ikinci bir bilançonun eklenmesi, Kanun koyucunun şirketlerin devamı konusunda iradesini açık etmektedir. Son olarak, Yargıtay Ceza Dairesi kararları da İİK md. 345a maddesinde düzenlenen *“sermaye şirketlerinin iflasını istememek”* suçunun oluşabilmesi için, *“İİK md. 179 ve TTK md. 376'da öngörülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumunun belirtilerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi”* gerektiğini kabul etmektedir. Sonuç olarak, İİK

hükümleri, TTK md. 376/3 ile uyumlu olacak şekilde değiştirilmeli ve TTK md. 376/3 uyarınca doğacak cezai sorumluluk, TTK kendi sistematığı içinde On İkinci Bölüm’de düzenlenmelidir.

4- TTK md. 376/3 hükmü anlamında kanuni borca batıklığın tespitine, devam öngörüsünün dahil edilmesinde fayda görmekteyiz.

Bir şirketin kâr veya zarar etmesi, faaliyetlerinin doğal sonucudur. Şirket, bir dönem finansal sıkıntı içine düşebilirken, daha sonra bu durumunu düzelterek faaliyetlerinden başarılı sonuçlar elde edebilir. Şirketin finansal başarı ve başarısızlıkları özünde, finans-ekonomi-işletme alanlarının meseleleridir. Kanun koyucu hukuk kurallarıyla korunmaya değer bir menfaat öngörmedikçe, şirketin operasyonel performansı ve işletme krizleri hukuk alanının konusu değildir. Borca batıklık da özünde işletmenin içinde bulunduğu finansal sıkıntı durumuna işaret eden ekonomik-finansal bir kavramdır. Kanun koyucu, borca batıklık olgusunu, şirketi yasal olarak önlemler almaya zorunlu kılacak derecede ciddi bir finansal sıkıntı olarak değerlendirmiştir. Böylece, bu olgu, kanun koyucu tarafından tanımlanmaya çalışılmış, düzenlenmiş ve hukuki sonuçlar bağlanan hukuki bir kavram haline getirilmiştir. Hukuki bir kavram olarak borca batıklığın işaret ettiği finansal durum, malvarlığı üzerinden yapılan sabit bir ölçümdür. Bu nedenle, işletme/finans alanlarında, şirketi düzeltici önlemler almaya zorlayan durumlar olarak tanımlanan ve dinamik karakterde olan finansal sıkıntı kavramıyla, bazen örtüşse de her zaman kesişmez.

Bir şirketin finansal istikrarı veya sağlıklı bir finansman yapısına ve yönetimine sahip olup olmadığı işletme-finans alanındaki bilimsel çalışmalarla belirlenen çok çeşitli kıstaslarla ölçülmektedir. Sağlıklı finansman yapısı ve yönetiminin bir ölçütü, borç ödeme kapasitesidir. Borç ödeme kapasitesi, bir üst kavram olarak ele alınabilir. Bir şirketin borç ödeme kapasitesi, her biri farklı öneme sahip üç kaynaktan oluşmaktadır. Bunlar, pay sahipleri tarafından işletmeye konulan yüksek sermaye; dış kaynaklardan borçlanma yeteneği, diğer bir anlatımla, mevcut borçlarını ödeyebilme gücü ve yeni borç edinme yeteneği, yüksek kredi itibarı ve asıl kaynak olarak, şirketin kendi faaliyetleri sayesinde ulaştığı kârlılıktır. Şirket, üçüne birden sahip olmayabilir. Bu, tek başına, şirketin borç ödeme kapasitesinin yetersiz olduğu kanaatine ulaşmak için belirleyici değildir. Önemli olan, işletmenin faaliyet döngüsünü önlem almadan

devam ettirip ettiremeyeceğinin anlaşılmasıdır. Finansal sıkıntı halinde borç ödeme kapasitesi, iki şekilde ölçülmektedir. Biri, ilk unsur ile bağlantılı olarak şirketin borç karşılama yeterliliği, diğeri, ikinci ve üçüncü unsurlarla bağlantılı olarak şirketin mevcut borçlarını ödeyebilirliği, diğeri bir ifadeyle, işletme faaliyetlerini aksatmadan sürdürülebilir borçluluk içinde olmasıdır. Borç karşılama yeterliliği, henüz vadesi gelmemiş borçları da hesaba katmakta, şirketin toplam borç tutarı ile toplam varlıklarını karşılaştırmaktadır. Bu ölçümde, borçların ödenip ödenmediği değil, borçların karşılanıp karşılanmadığı ile ilgilenilmektedir. İşte TTK md. 376/3 anlamında kanuni borca batıklık, mevcut düzenlemedeki halinde, borç ödeme kapasitesini bütüncül olarak ölçmemekte, tek bir açıdan, borç karşılama yeterliliği üzerinden değerlendirmektedir. Ancak, bir şirketin, kanunen öngörülen borç karşılama yeterliliğine sahip olmasa da işletme konusu, nakit yönetimi, borç yönetimi, varlıklarının nakde dönüşme hızı, yeni kaynaklara ulaşma kabiliyeti sayesinde mevcut borçlarını istikrarlı şekilde ödemesi mümkün olabilmektedir. Çünkü, borca batıklık ve nakit veya likidite sorunu birlikte ortaya çıkabilse de bazen borca batıklık mevcutken nakit akımlarına ve muaccel borçların ödenmesine ilişkin bir sorun bulunmayabilir. Bu durumda, üçüncü kişilerin aleyhine bir durumun varlığı ve hukuken korunması gereken bir menfaat ve müdahale edilmesi gereken bir finansal sıkıntı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir başka durum ise, 2008 finansal krizinde gayrimenkul değerlerinin aniden büyük düşüş göstermesi gibi, ekonomik ve finansal krizler nedeniyle, şirketin kârlılığı veya nakit akışında bir sorun yokken ve bilançosundaki varlıkların sayısı değişmezken, varlıkların değerinin aşırı değer kaybetmesi sonucu, şirketin toplam varlıklarının toplam borçlarını karşılayamaz hale gelmesidir. Şirketin böyle bir durumda iflası ve tasfiyesinin alacaklıların menfaatine olduğu kabul etmek güçtür. Çünkü, kriz döneminde şirket varlıklarının, kriz olmayan dönemlerdeki piyasa değerinin çok altında paraya çevrilmesi, oldukça düşük bir malvarlığı değeri ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

Devam öngörüsü, İsviçre ve Alman hukuklarında borca batıklık hesaplamasında kullanılan ve şirketin finansal gücünün orta vadede işletmenin varlığını sürdürmek için yeterli olup olmadığını ölçen bir hukuki araçtır. Ara bilanço üzerinden yapılan borca batıklık tespitinden farklıdır. Buna göre, gelecek 12 ay içinde, borçlunun mevcut yükümlülüklerini vadesi geldiğinde ödeyebilme ihtimali yüzde 50'den fazla ise olumlu devam öngörüsünden söz edilmektedir. Devam öngörüsü, borçlunun kendine özgü özelliklerinin veya işletme konsepti/iş modelini dikkate alan ve mevcut ve gelecek

verilerini hesaba katan bir finansal plana dayalı olarak hazırlanmaktadır. Öngörü dönemi içinde, şirketin ödeme araçlarının vadesi gelmiş ödeme yükümlülüklerini karşılamak için yeterli olup olmadığı ölçülmektedir.

Alman hukukunda borca batıklık incelemesinde, devam öngörüsü ve tasfiye değerleri üzerinden çıkarılan bir ara bilanço dikkate alınmaktadır. Devam öngörüsü, doğrudan doğruya kanuni borca batıklık tespitinde belirleyici bağımsız bir adımdır. Buna göre, bir şirket, ancak her iki ölçüt olumsuz sonuç verirse kanuni olarak borca batık kabul edilmekte ve iflas bildirimi yükümlülüğü doğmaktadır. Ancak şirketin devam öngörüsü olumlu sonuç verirse, tasfiye değerleri üzerinden bir ara bilanço çıkarma gerekliliği ortadan kaldırmakta ve iflas bildirimi yükümlülüğü de doğmamaktadır. İsviçre hukukunda da kanuni borca batıklık hesaplaması, devam öngörüsünü içermekte, ayrıca işletmenin sürekliliği değerlerine ve satış fiyatlarına göre ara bilanço çıkarılmasını gerektirmektedir. Revizyon sonrası mevcut İsvBK md. 725b’de, devam öngörüsü, hangi ara bilançonun çıkarılması gerektiği konusunda bir ölçüt oluşturmaktadır. Devam öngörüsünün olumsuz sonuç vermesi halinde, borca batıklık tespiti için satış değerleri üzerinden çıkarılacak bir ara bilanço yeterli kabul edilmekte, bunun dışında işletmenin sürekliliği değerlerini gösteren bir ara bilanço hazırlanması zorunlu olmamaktadır. Devam öngörüsü olumlu sonuç verirse, işletmenin sürekliliği değerleri esaslı bir ara bilanço yeterlidir; ayrıca satış değerlerine dayalı bir ara bilanço düzenlemek kanunen zorunlu değildir.

Devam öngörüsünün hukukumuza dahil edilmesi önerimizin gerekçesi, TTK md. 376/3’ün hükmün amaçlarıyla uyushmaktadır. Bunlar, yaşaması ekonomik olarak rasyonel şirketlerin ayakta tutulması ve alacaklıların korunmasıdır. Gerçekten de TTK md. 376/3 hükmünün gerekçesine göre, hükmün bir amacı şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını belirlemektir. Bunun için şirketin mevcut yatırımlarının sonuçları, ileriki yıllardaki kâr edebilme olasılığı dikkate alınmalıdır. Bilanço şirketin malvarlığının bilanço tarihindeki durumunun fotoğrafını çekmektedir. Devam öngörüsü ise şirketin mevcut ve gelecekteki durumuna projeksiyon tutan bir değerlendirmedir. Finansal güçlük içinde olan şirketlerin bireysel ekonomik koşullarını dikkate almak ve kendine özgü faaliyetlerine devam edebilme yeteneğini ölçmek bakımından önemlidir. Ayrıca, devam öngörüsü, start-up şirketleri gibi şirketin kendine özgü özelliklerini ve iş modelini dikkate almaktadır. Alacaklılar için önemli olan borçların gereği gibi ifa edilmesidir. Bu açıdan devam öngörüsü, TTK md.

376/3'te alacaklıların korunması amacıyla da uyumludur. Çünkü, toplam varlıkları toplam borçları karşılayamayan bir şirketin yaşama ümidi olup olmadığını ayırt etmede elverişli olacaktır. Böyle bir şirketin varlıklarının iflas tasfiyesi ile paraya çevrilmesi sonucunda, bütün alacaklılarının alacaklarının karşılanması mümkün değildir. Elbette, toplam varlıkları toplam borçlarını karşılamayan ve yaşama ümidi olmayan bir şirketin vakitli iflası, gecikmiş iflasına göre alacaklıların daha fazla alacağının ödenmesini sağlayacaktır. Ancak tasfiyesi halinde elde edilecek borçları karşılamaya yetmeyecek meblağ gelir dikkate alındığında, yaşaması ekonomik olarak rasyonel bir şirketin faaliyetlerine devam etmesi ve borçlarını vadesi geldiğinde ödemesi, alacaklılar lehine bir sonuçtur.

Devam öngörüsü, şirketin durumunun daha somut şekilde ortaya konulmasını sağlayarak, borca batıklık ara bilançolarında değerlemenin nasıl yapılacağı konusunda yol gösterici olabilecektir. Örneğin, aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre hazırlanan ara bilançoda, muhtemel satış fiyatlarının belirlenmesinde, şirketin içinde bulunduğu durumu ve eğer bir işletme krizi varsa bu krizin derinliği etki etmektedir. Şöyle ki: Kural olarak, işletmenin değerlemesinde, bütüncül değerlendirme ilkesine ve varlıkların paraya çevrilme değerlerinin, piyasa değerlerinden oldukça düşük sonuç veren cebri icrada olduğundan farklı şekilde, düzenli tasfiye esasına göre yapılması görüşünü benimsemekteyiz. Bütüncül değerlendirme ve düzenli tasfiye şartlarında değerlendirme, paraya dönüştürme seçeneklerini etkileyen tasfiye hızı ve tasfiye yoğunluğuna bağlıdır. Tasfiye hızı ve yoğunluğu, işletmenin kurgusal tasfiye planına göre belirlenir. Kurgusal tasfiye planı ise şirketin içinde bulunduğu şartları dikkate almaktadır. Çünkü, şirketin finansal durumu, finansal sıkıntısının seviyesi varlıkların değerini etkilemektedir. Devam öngörüsü de şirketin durumunu netleştirmeye yardımcı olacaktır. Böylece, varlıkların bir bütün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, düzenli veya zorunlu tasfiye ayrımında hangi tasfiye durumundaki değerlerinin esas alınacağını belirlemek daha kolay olabilecektir.

Devam öngörüsü, borçlunun belli dönemde muaccel olan ve olacak borçlarını ödeme kapasitesinin ölçülmesini ifade etmektedir. Bu kapsamda, şirkete sağlanacak nakit akışları büyük role sahiptir. Bununla birlikte, devam öngörüsünün finansal plana dayanması, şirketin gelecekteki kârlılık potansiyelinin de dikkate alındığını göstermektedir. Bu şekilde, nakit akışları, şirketin faaliyetlerine yönelik pazarın durumu, satış imkânları ve kârlılık beklentilerine duyulan güvene göre şekillenecektir.

Böylelikle, şirketin kendi faaliyetlerinden kaynaklanan yaşama ümidiyle başka nedenlere dayalı iflasın engellenmesi arasında bir ayrım yapılmakta ve alacaklıların korunmasını hedefleyen bir denge oluşturulmaktadır. Devam öngörüsünün doğrudan kârlılık ölçümüne dayanmamasının nedeni, tahakkuk esasına göre muhasebeleştirilmenin sonucu, kârlılık ve nakit girişinin her zaman eş zamanlı gerçekleşmemesidir. Sonuç olarak, devam öngörüsü çerçevesinde, işletmenin otofinansman kapasitesini dikkate alarak nakit akışları üzerinden belirli bir dönemdeki borçlarını ödeyebilme kapasitesi, şirketin yaşayabilirliğini belirleyen faktördür.

5- TTK md. 376/3 hükmüne göre, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler söz konusu ise iki ara bilanço çıkarılması gerekmektedir. Ara bilançolardan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, borca batıklık gerekçesiyle şirketin iflası istenmelidir. Düzenlemede, borca batıklık nedenine dayalı iflas bildirimin ne kadar süre içinde yapılması gerektiğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Mevcut düzenlemeye göre, yönetim kurulunun, TTK md. 369 hükmü uyarınca özen yükümlülüğü çerçevesinde, iki ara bilanço hazırlayıp borca batıklığı tespit ettikten sonra makul süre içinde bildirimde bulunması gerekmektedir. Ancak yönetim kurulunun ve iflas bildirimi yapmakla yükümlü kişilerin karşılaşacağı hukuki ve cezai sorumluluk dikkate alındığında, Kanun'da bu konuya bir açıklık getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu süre, Alman hukukunda, InsO § 15a hükmüne göre, borca batıklığın başlamasından itibaren en geç altı haftadır. İsviçre hukukunda ise İsvBK md. 725b/4-2, borca batıklığın makul bir süre içinde, ancak denetlenen ara finansal tabloların sunulmasından itibaren en geç 90 gün içinde giderilebileceğine dair makul bir ihtimalin olması ve alacaklıların alacaklarının ilave olarak tehlikeye atılmaması koşuluyla mahkemeye bildirilmesine gerek bulunmadığını düzenlemektedir.

6- Mukayeseli hukuktaki borca batıklığın kaldırılması tartışmaları kapsamındaki görüşümüz, borca batıklık kurumunun gerekli değişikliklerin yapılarak korunması yönündedir. Bunun bir nedeni, hukukumuzda, tek zorunlu iflas sebebinin borca batıklık olması ve alacaklı koruması açısından sınırlı sorumluluk kuralı karşısında borca batıklık düzenlemesinin dengeleyici ve uyarıcı bir araç işlevi görmesidir. İkinci sebep, zorunlu bir iflas nedeni olarak borca batıklığın, cezai sorumluluk hükmü ile birlikte, şirket yönetimini alacaklıları da koruyan şekilde hareket etmeye ve finansal durumunu sürekli gözetlemeye sevk etmesidir. Aynı

zamanda borca batıklık kurumu, şirketin iç kontrol mekanizmasının kurulması, finans denetimi, finansal planlaması, riskin erken saptanması anlayışlarıyla bağlantılıdır. Böylece, yönetim kurulunun sürekli öz değerlendirme davranışının geliştirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

7- TTK md. 376/3 düzenlemesine göre, borca batıklık tespiti, biri işletmenin devamlılığı esasına dayalı, diğeri aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre hazırlanan iki özel ara bilanço üzerinden yapılmaktadır. TTK md. 376/3 anlamında mahkemeye iflas bildirimini yükümlülüğünü doğuran ve md. 377 uyarınca konkordatoya başvurma hakkı tanıyan borca batıklık, ancak her iki ara bilanço sonucunda aktiflerin borçları karşılayamadığı ortaya çıkmışsa mevcut kabul edilmelidir. eTTK md. 324 hükmü yürürlükte iken sadece aktiflerin satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarılmaktaydı. Mevcut düzenlemede ise işletmenin devamlılığı esasına göre ikinci bir ara bilanço hazırlanması öngörülmektedir. Kanun koyucunun bu açık tercihi, borca batıklığın iki ara bilanço sonucunun birlikte dikkate alınması yönündeki iradesini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, iki ara bilanço hazırlanmadan veya bu bilançolardan sadece birinde borca batıklık tespit edildiği gerekçesiyle şirketin iflasına karar verilmesi hükme aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, hükmün lafzının yeniden kaleme alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Hükümde kullanılan “*bir ara bilanço*”, “*bu bilançodan*” ifadeleri, gerek iki ara bilanço çıkarılması şartı konusunda, gerekse borca batıklığın ara bilançolardan herhangi birinin borca batıklık göstermesine göre mi yoksa her ikisinin aynı yönde sonuç vermesine göre mi belirleneceği konusunda tereddütlere yol açabilmektedir. Üzerine, İİK md. 179 ve 345/a hükümleri ile işletmenin devamlılığı esaslarına dayalı ara bilançonun kadük kalmasına yol açar şekilde iflas bildiriminin yalnızca aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya bağlanması öğretideki tartışmaları artırmaktadır. Yönetim kurulu ve diğer yetkili kişilerin karşılaşılabileceği hukuki ve cezai sorumluluk riski, maddenin Kanun koyucunun iradesini daha net yansıtacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşünü güçlendirmektedir.

TTK md. 376/3’te borca batıklığın tespiti için düzenlenmesi öngörülen bilançolar, düzenlenme tarihi ve amacı bakımından özel ara bilançolardır. Bu ara bilançolar, TTK md. 376 Tebliği md. 13’te işaret edilen bilançolar, yıllık (ticari)

bilanço, tasfiye bilançoları, iflas bilançosu ve vergi bilançosundan farklıdır. Söz konusu diğer bilançolar, borca batıklık tespitine esas alınmaya elverişli değildir. Borca batıklık bilançosu, şirketin borç karşılama yeterliliğini ölçmektedir. Düzenleme esas ve ilkeleri bu amaç doğrultusunda belirlenmelidir. Yıllık bilanço, şirketin son tamamlanan faaliyet döneminin sonucunu açıklama bilançosudur. İhtiyatlılık ilkesi ve maliyet esası hakimdir. Bu çerçevede, yıllık bilançada, amortisman ve değer düşüklüğü karşılığı ayırmak gibi varsayımsal düzeltmeler yapılmakta, belli bir dönemin sonucunu göstermek için dönem ayrıcı hesaplara yer verilmektedir. Ayrıca, yıllık bilançada şirketin bütün varlık ve borçlarının güncel değerlerini karşılaştırmak mümkün olmamaktadır. Vergi Usul Kanuna göre çıkarılan bilanço ise vergi matrahını belirlemek amacıyla düzenlenmesi bakımından borca batıklık ara bilançolarından oldukça farklıdır. İflas bilançosu ise, malvarlığını tespit bilançosu olup iflasın açılması ile tetiklenen yükümlülükler ve iflas sürecinde ortaya çıkan masraf ve borç kalemlerini içermekte, ayrıca, varlıkların iflas tasfiyesinin cebri niteliği gereği paraya çevrilme değerleri nispeten düşük olmaktadır. Söz konusu masraflar ve bazı yükümlülükler borca batıklık ara bilançolarına dahil edilmemektedir. Ek olarak, borca batıklık tespitinde değerlendirme, zorunlu tasfiye değerlerine dayanmak zorunda değildir. Tasfiye bilançosu ve borca batıklık ara bilançoları amaç yönünden farklıdır. Tasfiye bilançosu, tasfiye sürecinin tamamlanmasına odaklanırken, borca batıklık bilançosu şirketin borca batık olup olmadığını tespit etmeyi amaçlar. Bu amaç farkı, bilançooya dahil edilecek unsurları ve bunların değerlemesini etkiler. Tasfiye açılış bilançosu ile muhtemel satış fiyatlarına göre hazırlanan ara bilançolar arasında bazı benzerlikler bulunsa da, amaçtaki farklılıklar bu bilançolar arasında da kendini gösterir. Örneğin, tasfiye memurlarının ücretleri, tasfiye sürecindeki vergiler ve diğer masraflar tasfiye bilançosuna eklenirken, borca batıklık bilançosunda yer almaz.

8- Kanunda düzenleme esasları ayrıca gösterilmeyen borca batıklık ara bilançolarının hazırlanma ilkeleri, TTK md. 376/3 hükmünün amacı doğrultusunda tespit edilmelidir. Ara bilançoların ilkeleri, aralarına kesin sınırlar konulmаса da muhasebe ilkeleri, bilanço tarihi ilkesi, tamlik ilkesi; usul ilkeleri, bireysel değerlendirme, değerlendirme ve yaklaşımlarının izlenebilirliği; değerlendirme ilkeleri, değerlendirme amacının uygunluğu ve gerçekçi değerlendirme olarak belirlenebilir. Bu ilkeler, yıllık bilanço hazırlanmasına temel teşkil etmekte ancak borca batıklık hükmünün özel amacına, şirketin varlıklarının alacaklılarının alacaklarını karşılama kapasitesinin gerçekçi olarak belirlenmesi amacına göre uyarlanmaktadır.

- Bilanço tarihi, her iki ara bilanço için aynı olmalıdır.
- Tamlık ilkesi gereği, borca batıklık bilançolarında, ticari bilanço kapsamında tanınmasa dahi bir borç veya alacak niteliği taşıyan bütün aktif ve pasif kalemlere yer verilmelidir.
- Tamlık ilkesinin bir uzantısı olan aktifleştirme yasağı, borca batıklık bilançolarında, yıllık bilanço amaç ve esasına göre uygulanmamalıdır. Kullanılabilirlik ilkesi, borçluya ait olan satışından gelir getirmesi mümkün olan bütün varlıkların aktifleştirilmesini gerektirir. Aktifleştirme yasağı, kullanılabilirlik ilkesi ile birlikte düşünülmelidir.
- Yıllık bilanço ya hâkim olan bireysel değerlendirme ilkesi borca batıklık bilançoları için zorunlu kabul edilmemeli; şirketin somut şartlarına göre bütüncül değerlendirme mümkün olmalıdır. Buna göre, şirketin borç karşılama yeterliliğini en doğru şekilde ortaya koyan değerlendirme yöntemi tercih edilmelidir. Nitekim, iflas tasfiyesi sırasında yapılan bir satışta dahi, işletmenin devamlılığının ve ekonomiye olan katkısının gözetilmesi gereğine işaret edilmiş ve ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar ile bu mal ve hakları bünyesinde bulunduran işletmelerin bir bütün olarak satılabileceği hükme bağlanmıştır (İİK md. 241). TTK md. 538'e göre, tasfiye sürecinde, genel kurul kararı alınması gibi kanuni şartlar yerine getirilerek önemli miktarda aktiflerin toptan satılması mümkündür.
- Borca batıklığın belirlenmesi amacıyla yapılan değerlendirme, belgelere dayalı, ilgili uzman kişilerce objektif olarak anlaşılabilecek nitelikte olmalıdır.
- İşletmenin değerlemesinde esas alınacak değerleri belirlemek için hazırlanacak kurgusal tasfiye planı şirketin somut durumunu ortaya koymalıdır. Bütüncül değerlemenin mümkün olup olmadığı, varlıkların düzenli tasfiye değerlerine göre mi yoksa zorunlu tasfiye değerlerine göre mi değerlendirileceği, diğer bir anlatımla, tasfiye hızı ve yoğunluğu şirketin bireysel şartlarına göre belirlenmelidir. Daha önce açıkladığımız üzere, devam öngörüsü şirketin içinde bulunduğu şartları daha somut şekilde ortaya koyarak, değerlemede esas alınacak değerleri belirlemede yardımcı olabilecektir.
- Değerleme, tahsilat riskleri gibi durumları dikkate alarak gerçekçi şekilde yapılmalıdır.

- Çalışmamızda özellikle bütüncül değerlemeyle ilgili yaptığımız açıklamalar, şirketin değil, şirkete ait işletmenin değerlendirilmesine yöneliktir.

9- Borca batıklık bilançosunda gerek orijinal gerekse türev şerefiye dikkate alınabilir ve yıllık bilançolardaki aktifleştirme yasağından farklı bir şekilde muhasebeleştirilebilir. Şerefiye, şirketin belirlenebilir varlıklarının etkileşiminden doğan, tanımlanamayan, şirketin kârlılığına ve devamlılığına etki eden ekonomik fayda sağlayan unsurlarının toplamını ifade etmektedir. Yıllık bilançolarda aktifleştirme yasağı, gerçekleşmemiş kârların gösterilmesini önlemek içindir; ancak borca batıklık tespitinde amaç, şirketin varlıklarının borçlarını karşılama potansiyelini en gerçekçi şekilde ölçmektir. Gerçekçi, güncel ve makul ölçüm, varlıkların olduğundan hem yüksek hem de düşük gösterilmemesini gerektirir. Şerefiye aktiflerin muhtemel satış fiyatları bilançosunda, somut bir satış fırsatının varlığı şartına bağlı olarak muhasebeleştirilmelidir. Çünkü, şerefiye, bağımsız olarak pazarlanabilirliğe sahip değildir. Buna karşın şerefiyenin aktifleştirilmesi, şerefiyenin alacaklılar için borç karşılama potansiyeline katkısının somut olarak kanıtlanması halinde haklı gösterilebilir. Şerefiyenin, işletmenin devamlılığı esasına dayalı ara bilançoda ise, işletme veya veya bazı kısımları için somut bir satın alma teklifine gerek olmadan aktifleştirilebileceği görüşüne katılmaktayız. Buna göre, işletmenin bütüncül değerlemesi neticesinde çıkan değerde, işletmenin net aktif değerini aşan fazla bir değer tespit edilmişse, bu fazla değer, borca batıklık ara bilançosunda şerefiye kalemi altında aktifleştirilmelidir.

10- TTK md. 376/3'ün "... mahkemesine bildirir ve iflasını ister. ..." şeklindeki lafzından hareketle, "borca batıklık bildirimi" ve "iflas istemi"nin ayrı ayrı iki bildirim yükümlülüğü olduğu düşüncesine katılmamaktayız. Bizce, "borca batıklık bildirimi" ve "iflas istemi" şeklinde iki ayrı bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanun koyucu, ara bilançolardan borca batıklığın tespit edilmesi halinde tek bir bildirim yükümlülüğü öngörmektedir. O da borca batıklık nedenine dayalı iflas bildirimidir. İflas bildiriminden ayrı müstakil bir borca batıklık bildirimi bulunmamaktadır. Çünkü tek başına bir borca batıklık bildiriminde bulunulmasında, böyle bir bildirimin herhangi bir talep veya sonuç içermemesi, Kanunen de böyle bir bildirim herhangi bir sonuç bağlanmaması nedeniyle, hukuki yarar söz konusu değildir (HMK md. 114).

11- Sıra sona geçme taahhüdünün mahkeme incelemesine sunulması durumunda ek olarak bir borca batıklık veya iflas bildirimi yapma bulunma

zorunluluğu bulunmadığı görüşündeyiz. Çünkü, hükümde, açıkça, sırada sona geçme taahhüdü bilirkişilerce doğrulanmazsa, inceleme için yapılmış, başvurunun iflas bildirimi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bu durumda, bilirkişi incelemesi için yapılan başvuruda, alternatifli bir talep sunmanın da hukuki yararı bulunmamaktadır.

12- Sırada sona geçme taahhüdünün, TTK md. 376/3 hükmünün sonuçlarını doğurabilmesi için, şirketin onay veya kabulünün olması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu taahhüdü mahkemeye bilirkişi incelemesi için sunma yetkisi yönetim kuruluna aittir. Alacaklıların, şirketin kabulü olduğu hallerde dahi, şirket adına mahkemeye başvuru yapma ehliyetleri bulunmamaktadır.

13- Pay sahiplerinin şirkete kaynak sağlama yöntemlerinden biri olan sermaye avansı, nakit akışı ve likidite sorunlarına karşı bir finansal destek arz edebilse de sermayeye dönüştürülene kadar koruduğu borç vasfı nedeniyle, borca batıklığı gidermemekte veya azaltmamaktadır. Sermaye avansının pay sahibine nakden geri ödenmesi ya da sermayeye eklemesi borçlu şirketin seçimlik yetkisidir. Şirketin sermaye artırımını yapmaya zorlanması mümkün değildir. Ayrıca, şirket sermaye artırımını kararı alsa dahi, sermaye avansı getiren pay sahibinin sermaye artırımına aleyhine oy kullanması veya rüçhan hakkını kullanmaması mümkündür. Çünkü, pay sahibi, bir anlaşmayla, sermaye avansı niteliğinde ödünç vererek ilerideki bir sermaye artırımına katılacağını taahhüt etse bile, bu taahhüt korporatif etkiye sahip değildir. Bu durumda, sermaye avansı olarak verilen ödünç sermaye borcu ile takas edilemeyecektir. Sermaye avansının bilançoda özkaynak kalemleri arasında veya borç kalemi olarak kaydedilmesi, borca batıklık perspektifinden bakıldığında bir fark oluşturmamaktadır. Çünkü, borca batıklık bilançoları oluşturulurken her bir bilanço kalemi, şirket açısından borç niteliğinde olup olmadığı ve şirket borçlarını ödemek için kullanılmaya elverişli olup olmadığı değerlendirilerek kayda geçirilmelidir. Sonuç olarak, sermaye avansı, borca batıklığın çözümünde hukuki ve teknik olarak elverişli bir araç niteliğini taşımamaktadır.

KAYNAKÇA

AKBAYRAK İbrahim, “Sermaye Tamamlama Fonu Kurum Kazancı Olmaktan Çıkarılıyor”, www.muhassebeTR.com, 4/4/2022. (s.e.t. 30/7/2024).

AKGÜN Nalan, “Şirketlerde Zarar Telafi Fonu (Sermaye Tamamlama Fonu) Uygulaması ve Değerlendirmesi”, <https://www.verginet.net/dtt/5/sirketlerde-zarar-telafi-fonu.aspx>. (s.e.t. 30/7/2024).

AKKAŞOĞLU Nevfel, Sermaye Şirketlerinin Mali Durumunun İyileştirilmesine Yönelik Bir Çözüm Olarak: Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi (TTK m. 376), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, 2018, (**Garameye İştirakten Feragat**).

AKKAŞOĞLU Nevfel, “Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2015, ss. 279-297, (**Hukuki Nitelik**).

AKÖZ Meltem, “Sermaye Avansı Hakkında Merak Edilenler”, <https://www.muhassebetr.com/yazarlarimiz/meltemakoz/003/>, 15/02/2019. (s.e.t. 30/7/2024).

AKSOY Mehmet Ali / AKSOY, Emine Ebru, “Ticaret Kanunu Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetim”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:8 Sayı:2 Yıl 2017, s. 22-23.

ALTAY Adem (Altay A.), Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Muhasebe Uygulamaları, Ankara 2017.

ALTAY Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2011, (**Sorumluluk**).

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumunun Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Hukuk Yüksek Lisans Tezi 2001, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı. (**Mali Durum**).

ALTAY Sıtkı Anlam, "Sorumluluk Perspektifinden Anonim Ortaklıkta Finansal Durumun Bozulmasını Önlemeye Yönelik Tedbirler: Basit Özkaynak Kaybı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14/180-181 (2019). (**Özkaynak Kaybı**).

ALTAY Sümer (Altay S.), Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C.2, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 1307-1308.

ANDERSCH Tammo / SEBASTIAN Philipp, “Ein Betrag Aus Sicht Der Sanierungsberater.” In Überschuldung: Quo Vadis?, 37–38. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020. <https://doi.org/10.5771/9783748906964-37>. (s.e.t. 24/7/2020).

ANTALYA O. Gökhan / ÇAVDAR Pelin, “İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, Haziran 2020, ss. 219-237.

ARGUN Doğan / PAMUKÇU Fatma / EROĞLU Zeynep, Envanter ve Finansal Tablolar, Beta, 2. Baskı, 2023.

ARZOVA Burak / YAVAŞ Murat / KÜÇÜK Barış, Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, 3. Baskı, Ankara 2016.

ASLAN Burcu, Garanti Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek lisans Programı, 2020, Ankara.

ASLAN Memduh/ TURANLI Hüsnü, “Anonim ve Limitet Şirkette Vergisel Boyutuyla Sermayenin Tamamlanması”, İzmir Barosu Dergisi, Aralık 2022, Yıl: 87, S. 3, ss. 63-97.

ASLANOĞLU Suphi / BOZGEYİK, HAYRİ / Özalp Ayşe Duygu, “İflas Erteleme Kapsamında Hazırlanan Borca Batıklık Bilançosunda Yer Alan Alacakların Mali ve Hukuki Durumu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2016.

ATALAY Oğuz, Anonim Şirketlerin İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1996. (**İflas**).

ATALAY Oğuz, Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, İzmir, 2007. (**Borca Batıklık**).

ATAMAN Başak / CAVLAK Hakan, “Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı (BOBİ FRS) ile Tam Set Türkiye Finansal Raporlama Standartlarının (TMS/TFRS) Karşılaştırılması”, Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.2, S.3 2017, s. 153 – 168.

ATASOY Kemal, “Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2019.

ATMACA Metin/ TERZİ Serkan, “Şerefiyeye Dayalı Performans Ölçümünün Değerlendirilmesi”, Muhasebe ve Denetime Bakış, Nisan 2011.

AYDIN Alihan, “Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK M. 376) Eleştirel Bir Bakış”, İÜHFM 2012, C. LXX, S. 2, ss. 101-114.

AYOĞLU Tolga, “Bankalar Hukukunda Mali Yapının Bozulması Kavramı ve Mali Yapısı Bozulan Bankaların Temettü Avansı Müessesesinden Yararlanma İmkânı”, Ömer Teoman’a 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 69-98. (**Mali Yapının Bozulması**).

AYOĞLU Tolga, “Sermaye Avansı Kavramı Üzerinde Düşünceler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, Ocak 2017, ss. 29-58. (**Sermaye Avansı**).

AYOĞLU Tolga, "TTK m. 376 f. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi 15/172 (2017), ss. 1581-160. (**TTK md. 376/1-2**).

AYOĞLU Tolga / DURAL Halil Ali, “Anonim Şirketler Hukukunda Organsızlık Nedeniyle Fesih Davalarında “Uzun Süre” Koşulu (TTK m. 530)”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Aralık 2015, ss. 435-458.

BABALI Tuncay, “ABD Ekonomisi ve “Mortgage” Krizi Nereye Gidiyor?”, <https://www.mfa.gov.tr/abd-ekonomisi-ve-mortgage-krizi-nereye-gidiyor.tr.mfa>, (s.e.t. 30/7/2024).

BAYDAK, Ecrin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’in Sermaye Kaybına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C. 21, S. 2, 2024, ss. 1-39.

BİLGE Begüm, Sermaye Avansı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi Özel Hukuk Programı, 2023.

BİLİR Hakan/ KULALI İhsan, “İndirgenmiş Nakit Akış ve Göreceli Değerleme Yöntemlerinin Karşılaştırılması”, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, 2014, Yıl:2, Cilt:2, Sayı:2, s. 41.

BİTLİSLİ Ferhat/ YILMAZ Tayfun, “İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosunun Oluşturulması: Bir Uygulama”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt.8 Sayı.15, Haziran 2016, s. 207-223.

BİTLİSLİ Ferhat/ KIYMIK Hakkı, “Konkordato Sürecinde Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları Üzerine Bir Vaka Çalışması”, Muhasebe ve Finansman Dergisi – Nisan 2021 (90), ss. 39-56.

BORAN-GÜNEYSU Nilüfer/ ÇAPA M. Sadık, “Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak ‘Sıradan Çekilme Anlaşması’”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 S.1, 2014, ss. 77-118.

BORK Reinhard, “Zum Stand der Diskussion um den Überschuldungstatbestand und zum Vorschlag einer Rückkehr zum Überschuldungstatbestand von 1999”, ZIP 2019, 43/2019, ss. 1-19.

BÖCKLI Peter, Schweizer Aktienrecht, 2022.

BRINKMANN Moritz, “Die Antragspflicht Bei Überschuldung – Ein Notwendiges Korrelat Der Beschränkten Haftung!” In Überschuldung: Quo Vadis?, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020, <https://doi.org/10.5771/9783748906964-67>, ss. 67–78. (Überschuldung).

BRINKMANN Moritz, “Die rechtliche und wirtschaftliche Relevanz der Insolvenztatbestände”, Editör: Karsten Schmidt / Wilhelm Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, 6. Baskı, 2023, para. 14.105, s. 562, (GmbH).

BUZ Vedat, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması – İsviçre Federal Mahkemesinin 26.06.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd.) üzerine düşünceler”, BATİDER, C. 19, S. 4, 1998, ss. 53-82.

CAN Musa, Anonim Şirketlerde Zorunlu Organ Eksikliğinin Sonucu Olarak Fesih Davası (TTK. m. 530), On İki Levha Yayıncılık, 2020, 1. Baskı.

CAN Mustafa Erdem (Can M. E.), “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 2011, ss. 1-23.

CEBE Memet Sinan, Anonim Şirketlerde Mali Durum Bozulması ve İyileştirme Önlemleri, On İki Levha Yayınları, 2024.

CENKÇİ Esra, “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)”, Ankara Barosu Dergisi 76, S. 4, Ocak 2019, ss. 1-50.

COIMBRA HENRIQUES Sérgio, “Fiduciary Duties of Company Directors Where There Is a Likelihood of Insolvency” 21st Century Commercial Law Forum: 19th International Symposium “The Up-to-date Development of the Fiduciary Duty,” Tsinghua Commercial Law Research Center, Beijing, 2019, 1/10/2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3516656. (s.e.t. 30/7/2024).

COŞKUN Osman, “Sermaye Avansı Olarak Yurtdışından Getirilen Tutarlar”, 25/5/2013, https://www.dunya.com/gundem/sermaye-avansi-olarak-yurtdisindan-getirilen-tutarlar-haberi-212404#google_vignette. (s.e.t. 30/7/2024).

ÇAĞA Tahir, “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 366-375, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19913-1003>. (s.e.t. 30/7/2024).

ÇELİK Mahmut Olcay, “Muhasebe Tahakkuk Esası ve Nakit Esası Uygulamaları-Finansal Muhasebeye İlişkin Özel Konular”, 23.03.2019, <https://medium.com/@celikmahmutolcay/muhasebede-tahakkuk-esasi-ve-nakit-esasi-uygulamaları-38c012aa79f1>. (s.e.t. 30/7/2024).

ÇETİNER Müge/ ÖZÖĞÜT Altuğ/ KENDİR Hasan Ali, “İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemi ile Şirket Değerleme ve Bir Uygulama Örneği”, Journal IKSAD, 2018, Vol. 4, I. 9, ss. 346-356.

ÇOŞĞUN YILDIRIM Gizem, Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No: 10. (Borca Batıklık)

ÇOŞĞUN YILDIRIM Gizem, Kooperatiflerde Mali Durumun Bozulması, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2023, C. 11, S. 1, ss. 285-300. (Kooperatif).

DAĞDELEN Ahmet Hakan; “Kefilin Rücu Hakkı”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13, Haziran 2021, ss. 11-27.

DEKKER Stephen, OFK- Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Art. 728c c. Anzeigepflichten, 2016.

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (ICC’nin URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber), On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2021, 1. Baskı, (Bağımsız Garanti Sözleşmeleri-ICC).

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, “Borçlar Hukuku İlkeleri Işığında Talep Garantileri İçin Birörnek Kurallar’a Genel Bakış”, Prof. Dr. H. Ercüment Erdem’e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2023, C.1, (Talep Garantileri).

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, (Bağımsız Garanti Sözleşmeleri).

DOĞAN Aziz, “Büyük ve Orta Boy İşletmeler için Finansal Raporlama Standardı ile TMS/TFRS Karşılaştırması”, İşletme Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 4 2017, ss. 770 – 786.

DOĞAN Vahit, Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Ankara, 2011.

DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması- TTK Şerhi II, Temel-Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1988.

DÖNMEZ ASLAN Şükriye, “Anonim Şirketlerde Borca Batıklık ve Sıradan Geri Çekilme Sözleşmeleri”, YBHD, Yıl 5, Sayı 2020/1, s.365–402.

EGAN John, “What are Intangible Assets”, 13.06.2023, <https://www.forbes.com/advisor/investing/what-are-intangible-assets/#:~:text=As%20consulting%20firm%20Brand%20Finance,of%20firms%20in%20today's%20economy>. (s.e.t. 30/7/2024).

ELDEN ÜRGÜP Seval / SELÇUK Deniz, “Şerefiye’nin Vergi Usul Kanunu (VUK) ve Türkiye Muhasebe Standartları (TMS) ve Türkiye Finansal Raporlama Standartları(TFRS) Açısından Muhasebeleştirilmesi”, MUFİDER, 6, 2(2023), ss. 232-247.

ELMAS Bekir, Finansal Tablolar Analizi, Nobel Yayıncılık, 7. Basım, 2023.

ERARSLAN Cemil, “Küresel Krizi Anlamak”, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S., 2016, ss. 79-99.

ERBEN YAVUZ Asuman (Ed.), TDHP Uygulaması Kapsamında Kredilendirmede Finansal Tablolar Analizi Sektörel Örnek Uygulamalar, Nobel, 2. Basım, 2023.

ERDEM Ercüment, “İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, Aralık 2015.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara, 2022.

EREN Fikret/ DÖNMEZ Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3 – m. 83-206, Yetkin Yayınları, 2022.

ERGÜDEN Engin, “İşletmelerde Şerefiye ve Muhasebeleştirilmesi”, Vergi Algı, 14.10.2020, <https://vergialgi.com/isletmelerde-serefiye-ve-muhasebelestirilmesi>. (s.e.t. 30/7/2024).

ERMENEK İbrahim/ ÖZDEMİR Ufuk/ ÖZALP Ali Rıza, Bir Konkordato Nedeni Olarak Borca Batıklığın Tespiti ve Borca Batıklık Halinin Konkordato Sürecindeki Etkileri, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, Nisan 2020, ss.1351-1381.

ERSOY, Mehmet, Hesapsal Kişilik Kavramı, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, 2012, C. 32, S. 1, s. 277-296.

FERMAN Cumhuri, “Yeniden Değerlemenin Teorik Esasları”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları, 29. Seri, 1983-1984, s. 55.

GENÇOĞLU Tamer, “Şirketler İçin Büyük Sorun Haline Gelen TTK 376 İçin Güncel Çözüm Önerisi”-03.01.2022, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/tamergencoglu/001/>. (s.e.t. 30/7/2024).

GLANZMANN Lukas, Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss neuem Aktienrecht, 2022.

GORBON Mete, “Şirket Değerleme Yöntemleri”, TUYİD, 13/04/2012. https://www.tuyid.org/files/egitimler/TUYID_Degerleme_Yontemler_Nisan2012.pdf

GÖKÇEN Gürbüz/ ATAMAN Başak, Finansal Tablolar Analizi Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği ve Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına Göre Düzenlenen Finansal Tabloların Analizi Uygulamaları, Beta, İstanbul 2022.

GÖKÇEN Gürbüz / ÖZTÜRK Erkan / GÜLEÇ Ömer Faruk, “BOBİ FRS ve TFRS’nin Finansal Raporlara Etkileri Açısından Karşılaştırılması”, Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi (FESA), C.3, S.2, 2018, ss. 437-457.

GÖKGÖZ Ahmet, “İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosunun Çıkarılması”, Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies, 3/3 2017, ss. 108-131.

GÖNCÜ DÖNER Munise Seray, Anonim Ortaklığın Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Konkordato Yoluyla Önlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

GÖTZ Janz, Überschuldung und Handelsbilanz Zur Ableitung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung aus den Rechnungslegungsvorschriften des Handelsgesetzbuches und des International Accounting Standards Board, Betriebswirtschaftliche Schriften Heft 157, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

GÖZEN Mustafa, “Şirket Değerlemesine Kuramsal Açından Bir Bakış”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AEÜSBED) 2019, C. 5, S. 2.

GÖZLER Kemal, Yorum İlkeleri, <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>.

GROßFELD Bernhard / EGGER Ulrich / TÖNNES Wolf-Achim, Recht der Unternehmensbewertung, Köln, 2020.

GÜVENİR Duru Derya, Anonim Şirketler Hukukunda sıradan çekilme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı, 2023.

HÄNNI Rolf/ LJUBICIC Samuel, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, 4. Baskı, 2024.

HATİPOĞLU Mercan / YENER Erol, “Firma Değerlemesinde İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemi: BIST Elektrik Endeksinde Bir Uygulama”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Aralık 2013, 8(3).

HOFFMANN Florian, SAUPE Carolin, SCHMİDTKE Feliz, SPILKER Matthias, EGLER Philipp, “„Pain sharing“ – Erleichterung der gesetzlichen Vertragsanpassung für Zulieferer bei Kostensteigerungen?”, 11/04/2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/erleichterung-der-gesetzlichen-vertragsanpassung-fuer-automobilzulieferer-bei-kostensteigerungen>. (s.e.t. 30/07/2024).

HÖZLE, Gerrit, Handbuch Insolvenzrecht, Kapitel 3: Insolvenzantragsgründe, Editör: Reinhard Bork/ Gerrit Hözle, 2. Baskı, 2019.

HÜTTEMANN Rainer, “Überschuldung, Überschuldungsstatus und Unternehmensbewertung”, Editör: Georg Bitter vd., Festschrift für Karsten Schmidt, Köln 2009, ss. 761 - 778.

KARAKILIÇ Hasan, “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2014, ss. 107-144.

KARAMAN COŞGUN Özlem, “Anonim Şirketlerde Denetçi Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının İptali, Hükümsüzlüğü, Görevden Alınma Davası ve Yeni Denetçinin Seçimi”, Terazi Hukuk Dergisi, 2023, S. 198, ss. 56-66, (**Denetçi**).

KARAMAN COŞGUN Özlem, “Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması

Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri”, Marmara Üniversitesi Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Haziran 2019. (**Sermaye Kaybı-Borca Batıklık**).

KARAYALÇIN Yaşar, Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod (Problem Çözme), 2021, 8. Baskı. (**Hukukta Metod**)

KARAYALÇIN Yaşar, Muhasebe Hukuku, 1988. (**Muhasebe Hukuku**).

KAYA Arslan, “Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertelenmesi”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta, 2001. (**İflasın Ertelenmesi**).

KAYA Arslan, “Sermaye Kaybı/Borca Batıklık Durumunda YK’nın Görev ve Yetkileri”,<https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=376-tablo-.pdf>, 07.05.2019. (**Borca Batıklık**). (s.e.t. 30/7/2024).

KAYA, Mustafa İsmail (Kaya, M. İ.), Ticaret Kanunu ve TTK Tasarısı’nın Yönetim Kuruluna Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması Halinde Yüklediği Yükümlülükler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 37-38.

KAYA Ümmühan (Kaya, Ü.), “Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülmezlik İlkesi” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, ss.1569-1593,.

KAYAR İsmail, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997. (**Mali Durumun Bozulması**).

KAYAR İsmail, İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesi ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, ErciyesÜİİBFD 2009/33, s. 19-45. (**İyileştirme Projesi**).

KAYAR İsmail, “Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Bildirimi Yöneticilerin Bundan Doğan Sorumluluğu”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunun 10. Yılında Ticaret Kanununu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, 2023, ss. 229-250, (**Sorumluluk**).

KAYAR İsmail, “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Tespiti ve Sonuçları”, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken

10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, MarmaraÜHFHAD 2012, C. 18, S. 2, Özel Sayı, s. 643-658. (**Borca Batıklık**).

KAYGUSUZ Sait Yüksel / USMAN Özlem, “Kurumsal Risk Yönetimi İç Kontrol ve İç Denetim İlişkisi”, XX. Türkiye Muhasebe Kongresi, 5-6 Ekim 2018.

KAYIŞ Ferhat, “Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi Çerçevesinde TTK md. 421/2-a Bendinin Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 3, 2022.

KAYNAR Ufuk, “Sermaye Tamamlama Fonu ve Şirketlerin Söz Konusu Uygulamalarına Getirilen Vergisel Eleştiriler”, Vergi Dünyası, Eylül 2014.

KENDİGELEN Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016.

KEYES Daniel, “Here’s where Amazon and Whole Foods stand seven months in”, 08.02.2018, Business Insider, <https://www.businessinsider.com/amazon-whole-foods-seven-months-2018-2>. (s.e.t. 30/7/2024).

KILGER Joachim, “Die Reform bedürftigkeit des Konkurs und Vergleichsrech”, ZRP 1976, Heft 8.

KIRCA İsmail, “Kredi Teminat Aracı olarak Himaye Beyanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 44, S. 1-4.

KIRCA İsmail / GÜREL Murat, “Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Hâlinde Birleşmeye Katılma”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Ankara 2017, ss. 463-496.

KIRCA İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.

KIYMETLİ ŞEN İlker / ÖZBİRECİKLİ, Mehmet, “BOBİ FRS’nin Muhasebe Uygulamalarına Getirdiği Değişiklikler: BOBİ FRS, TMS/TFRS ve Mevcut Muhasebe Sistemi Çerçevesinde Bir İnceleme”, Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, Özel Sayı 2018, s. 462 – 484.

KİRKİT Ecem, “Kefilin Asıl Borçluya Rücu”, AndHD • Cilt: 10 | Sayı: 1 | Ocak 2024 | s. 77-98.

KOYUNCU Kenan Berk, Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

KÖKSAL Aytaç, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ilâ 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir organı Olup Olmadığı Sorunu”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, ss. 1387-1408.

KURDULU Selim, Garanti Sözleşmesi ve Rücu Hakkı, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek lisans Programı, Eylül 2022.

KUTLU Hüseyin Ali N./ DEMİRCİ Savaş, “Küresel Finansal Krizi (2007-?) Ortaya Çıkaran Nedenler, Krizin Etkileri, Krizden Kısmi Çıkış Ve Mevcut Durum”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Ekim 2011, ss. 121-136.

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1983. (**İflas Hukuku 1983**).

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Eylül 2017. (**İflas Hukuku 2017**).

KUNZ Peter, V., “Unternehmenssanierungen durch Kapitalveränderungen”, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X – Die aktienrechtliche Sanierung, Zürich 2020, ss. 27 – 44.

MANAVGAT Çağlar, “Bağımsız Denetçinin Hukuki Sorumluluğunun Sınırlanması ve Bağımsız Denetim Düzenleme Politikasına Etkileri”, BATİDER, Aralık 2023, C. 39, S. 4, ss. 871-905.

MASUN Altan, “Firma Değerlemesi Yöntemleri ve Otelcilik İşletmesi Örneği”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi • Cilt: 39 • Sayı: 1 • Haziran 2017, s. 217.

MOROĞLU Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, 2016. (**Değerlendirmeler**).

MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2018. (**Sermaye Artırımı**).

MUŞUL, Timuçin, İflâsın Ertelenmesi, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2010.

NEUBERGER Jürgen, “Überschuldung abschaffen? Überschuldung stärken!”
Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, no. 33, 2019, ss. 1549-1556.

NOMER Haluk Nami, “Halefîyet ile Rücû Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar İle Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefîyetin Rolü”, İHFM, C. LV, S. 3, 1997, ss. 243-260.

OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C, 1, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

OLGAÇ, Senai, İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflâs Kanunu, C. 2, Yörük Matbaası, İstanbul, 1974.

ÖZATAY Fatih, Finansal Krizler ve Türkiye, Doğan Kitap, 2020.

ÖZCAN AKSU Raziye, “Anonim Şirkette Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021) 70 (3), ss. 721-759. (**Sermaye Kaybı**).

ÖZCAN AKSU Raziye, "Anonim Şirkette Sermaye ile Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Yarısının Kaybının Hukuki Sonuçları", Legal Hukuk Dergisi 19/220 (2021), ss. 1573-1606. (**Hukuki Sonuçlar**)

ÖZDAMAR Mehmet, “Türk Ekonomisindeki Gelişmeler Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu, Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğünün Yedinci Yılında Anonim Şirketler Hukuku, Kayseri, Nisan 2019.

ÖKTEM Seda, İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80 S. 6, 2006, s. 2477-2490.

ÖZEN Burak, “Kefilin Özel Rücü Telebi ve Bu Talebin Halefîyete Dayanan (Genel) Rücü Talebiyle İlişkisi”, (Prof Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha, 2010), Makaleler – Tebliğler (2001-2020), On İki Levha, Nisan 2021, ss. 194-208.

ÖZKORKUT Korkut, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirketlerin Denetimine İlişkin Hükümleri Yargıtay Kararlarında Neleri Değiştirecek?”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XXV, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Kasım 2012. (**Yargıtay Kararları**).

ÖZKORKUT Korkut, ““6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2019, ss. 975-993, (**TTK md. 376 Tebliğ**).

ÖZKORKUT Korkut, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013. (**Bağımsız Denetim**).

ÖZKORKUT Korkut, Sermaye Piyasası Mevzuatı Açısından Finansal Güçlük Kavramı, Prof. Dr. Zühtü Aytaç’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2024, ss. 336-342. (**Finansal Güçlük**)

ÖZTEK Selçuk, “Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme)”, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014, ss. 2319- 2343.

ÖZTÜRK İdil Zeynep, Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu ilişkileri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Yüksek lisans Programı, 2012.

PALTA Nihan, “Türk ve İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Organ Kavramı”, AkdHFD, Haziran 2022, C. 12, S. 1, ss. 357-391.

PASLI Ali, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, ss.49-82, 2018, s. 75-77.

POYRAZ Gülden, “2007-2008 Küresel Finansal Krizin Öngörülebilirliği Üzerine Tartışmalar”, İktisat Politikası Araştırmaları Dergisi, C. 6, S. 2, 2019, ss. 75-89.

PULAŞLI Hasan, “Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımında Paysahibinin Şirketteki Muaccel Alacağını Sermaye Borcuyla Takas Sorunu”, BATİDER, C. 39, S. 4, Aralık 2023, ss. 725-756, s. 745, (**Takas**).

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Tıpkı 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 1183, para. 774, (**Şerh 2015**).

REİSOĞLU Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003, s. 398-399, (**Kontrgaranti**).

REİSOĞLU Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s.163 vd., (**Garanti**).

RESSMAN Thomas, Die insolvenzstrafrechtlichen Krisenbegriffe und bestrittene Verbindlichkeiten, Schriften zum Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, C. 272, 2015,

RIEGER Thomas, Die Fortbestehensprognose im Rahmen des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs, FernUniversität in Hagen MV-Wissenschaft, 1. Baskı, 2018.

RITTER Wolfgang, Unternehmenssanierung im neuen Insolvenzrecht Eine Analyse aus Sicht der Kreditinstitute 1999, Editör:Reinhold Hölscher, Schriftenreihe Finanzmanagement, C. 3, s. 150.

SAĞLAM Erdoğan, “Sermaye Artırım Avansı”, Vergi Dünyası, S. 255, Kasım 2022, <https://www.denet.com.tr/tr/erdogansaglammakaleleri.php?yil=2002>. (**Sermaye Artırım Avansı**)

SAĞLAM Erdoğan, “Sermaye Tamamlama Fonunun Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi”, Vergi Pusulası Dergisi, Ocak 2024. (**Sermaye Tamamlama**).

SAYHAN İsmet, Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, S. 1, Haziran 2005, ss. 77-121. (**eTTK md. 324/2**).

SAYHAN İsmet, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara, 2016. (**TTK md. 376/3**)

SCHÄFER Thimo, Der Eröffnungsgrund Der Überschuldung. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2012. <https://doi.org/10.5771/9783845241852>.

SCHIWEIGERT Kristina, Unternehmensbewertung im Rahmen des Überschuldungstatbestandes. Auswirkungen auf den Geschäfts- oder Firmenwert sowie auf die Beteiligungen, GRIN Verlag, 2013.

SEICHT Gerhard, “Gläubigerschutz, Bilanz und insolvenzrechtliche Überschuldung”, Editor: Wagner, Udo, Zum Erkenntnisstand der Betriebswirtschaftslehre am Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Erich Loitlsberger, Berlin 2001, Verlag Duncker & Humboldt, ss. 293-325, 2001.

SCHMIDT Karsten, “Grounds for Insolvency and Liability for Delays in Filing for Insolvency Proceedings – Necessary Supplement to Capital Protection”, Editor: Marcus Lutter, Legal Capital in Europe, Berlin, Boston: DE GRUYTER, 2006, <https://doi.org/10.1515/9783110926583.144>.

SOYKAN İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2012. (**Organ Yokluğu**).

SOYKAN İsmail Cem, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayıncılık, 2019. (**Sermaye Artırımı**).

STAHLSCHMIDT Michael, Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung JR Heft 3/2002,

STEHLE Bernhard / REICHLE Sebastian, Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Baskı, 2021.

SUADIYE Gülhan, “Sorunlu Kredilerin Yeniden Yapılandırılmasında İstanbul Yaklaşımı”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2006, C.3, S. 6.

SUMER Haluk, “Borca batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesinin Teknik Yapısı”, Kriz Yönetimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009. (**İyileştirme**).

SUMER Haluk, “Küçük/Orta Ölçekli İşletmelerde Konkordato Başvurusu Öncesi ve Sonrası Muhasebe Organizasyonu, Borca Batıklık Tutarının Belirlenmesinde Önemli Hesaplar-Ayrıntılar”, Selçuk Öztek’e Armağan, Filiz Kitabevi, C.3, İstanbul 2022, ss. 2075-2098. (**KOBİ**)

SUMER Haluk, “Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu”, İstanbul Barosu Dergisi, 2013, C. 87, S. 2. (**Borca Batıklık Bilançosu**)

SUNDARESH Gautam, “In Whose Interests Should a Company Be Run? Fiduciary Duties of Directors During Corporate Failure in India: Looking to the West for Answers”, Michigan Business & Entrepreneurial Law Review, V. 8, I.1, 2019.

ŞAMILOĞLU Famil / AKGÜN Ali İhsan, Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Finansal Tablolar Analizi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.

ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017.

TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

TEKİNALP Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, İstanbul 1979. (**Anonim Ortaklığın Bilançosu**).

TEKİNALP Ünal/ POROY Reha/ ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015. (**Sermaye Ortaklıkları**).

TODARO Laura/ MAUCORPS Ambre/ DRAGULIN Marius/ PLASILOVA Iva/ FISHER Robbert/ HAUSEMER Pierre/ VILLADSEN Jesper, “Impact Assessment Study on Policy Options for a New Initiative on Minimum Standards in Insolvency and Restructuring Law, 2017.

TORAMAN ÇOLGAR, Emek, TTK m. 376/2 Hükmü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması, Koç Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No: 10 Ticaret Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

TURAN Gökçen, “Ticaret Bakanlığı’nın TTK 376 Hükümünün Uygulama Esaslarına İlişkin Tebliğinin Üçte İki Sermaye Kaybı Halinde Doğrudan Sermaye Artırımı Yapılabilmesine İmkan Tanıyan Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, 2020; C. 6, S. 1, ss. 142-153.

TÜRK Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (Türk Ticaret Kanunu m. 324), Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, (**Borca Batıklık**).

TÜRK Ahmet, “Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı, İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler”, DEÜHFD (2004), C. 6 S. 1, s. 295-334. (**İflas Erteleme**).

TÜRK Ahmet, “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu ile Getirilen Yenilik ve Değişiklikler”, BATİDER 2016, C. XXXII, S. 1, s. 5-60. (**Borca Batıklık-Yenilikler**).

TÜRK Ahmet, “Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2002, ss. 173-233, (**Gizli Yedek Akçe**).

TÜRK Ahmet, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17/2 (2015), ss. 63-112. (**Sermaye Kaybı**)

UHLENBRUCK Wilhelm /SCHMIDT Karsten, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2009.

UHLENBRUCK Wilhelm /SCHMIDT Karsten, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2016.

UMAR Bilge, “Aciz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık (MK m. 605 f. II, 618)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 S. 1, 2004, s. 317-324.

UYAR Talih/ UYAR Alper/ UYAR Cüneyt, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (İİK. 170/a-370), C. 3, Bilge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2014.

ÜSTÜNDAĞ Saim, İflas Hukuku (İflas, Konkordato, İptal Davaları), Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2009.

ÜZELER DEMİRAĞ Sanem, Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından Şirketler Topluluğunda Ortak Nakit ve Hizmet Kullanımının Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2022.

YAŞAR Nesimi, “Fiilen Gerçekleşmeyen Kur Farkları Üzerinden Vergi Ödemek veya Zarar Etmek”, 02.11.2019,

<http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/nesimiyasar/014/>. (s.e.t. 30/7/2024).

YILDIRIM Adem, Uygulamadan Örnekler ile Finansal Tablolar Analizi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2023.

YILDIZ Faruk Onur, İşletmelerde Borca Batıklık ve Süreklilik Denetimi, İstanbul 2017.

YILDIZ Ferah/ SOLMAZ Halil İbrahim/ YANIK Ahmet, “Sermaye Şirketlerinin İştiraklerine Yaptığı Sermaye Tamamlama Ödemelerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergisel Açından Değerlendirme”, Al-Farabi International Journal on Social Sciences, C.7, S. 4.

YILMAZ Berna Burcu, İflasın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme, TÜRMOB Yayınları, Ankara 2009. (Borca Batıklık Bilançosu).

YILMAZ Berna Burcu, “Muhasebe Tekniği Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ile Yıllık Bilanço’nun Karşılaştırılması”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hakemli Dergisi, Cilt. 16, 2009, s.147-158. (Borca Batıklık Bilançosu ve Yıllık Bilanço).

YÜCE Aydın Alber, Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi- “Şirket Borçlarının Şirket Sermayesine Dönüştürülmesi”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2021, s. 165-167.

ZENGİN İbrahim Çağrı, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulu’nda Yeter Sayılar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2020.

ZOR İsrail, DİNÇ, Yusuf, CENGİZ, Selim, “İşletme Birleşmelerinin Mevzuat Boyutu ve Muhasebe Uygulamaları: UFRS/UMS ve VUK Kapsamında İncelenmesi”, Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 18, S. 1, Haziran 2014,

WOHL Georg J., “Sanierung an der Schnittstelle zwischen neuem Aktienrecht und SchKG”, SJZ 119/2023, ss. 905-918, s. 905.

WOLF Annika, “Promoting an Effective Rescue Culture with Debt-Equity-Swaps? A Comparative Study of Restructuring Public Companies in Germany and England. Promoting an Effective Rescue Culture with Debt-Equity-Swaps?” Schriften Zur Restrukturierung, Band 7. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2015. <https://doi.org/10.5771/9783845255743-106>.

WOOD Justin, “Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan” 26 (n.d.): 31.

KAYA Arslan / PASLI Ali / SOYKAN İsmail Cem, Notlu Türk Ticaret Kanunu, Beta, Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul, 2023.

01.11.2023 tarihli “TTK’ya kur ve enflasyon ayarı” haberi, <https://www.ekonomim.com/gundem/ttkya-kur-ve-enflasyon-ayari-haberi-713794>. (s.e.t. 30/7/2024).

European Commission Staff Working Document – Impact Assessment, Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, SWD 2014, 61 final, 24.

İsvBK 2017 Tasarısı, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/683.pdf>, (s.e.t. 30/7/2024).

İsvBK 2008 Tasarısı (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts 21/12/2007), <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2008/1589.pdf>, Erişim tarihi: (s.e.t. 30/7/2024).

İsvBK 2008 Tasarısı, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2008/1751.pdf>, (s.e.t. 30/7/2024).

European Commission - Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practice, University of Leeds, 2014.

Company Law | Fact Sheets on the European Union | European Parliament. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/35/company-law>. (s.e.t. 24/7/2020).

DIRECTIVE (EU) 2019/ 1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL - of 20 June 2019 - on Preventive Restructuring Frameworks, on Discharge of Debt and Disqualifications, and on Measures to Increase the Efficiency of Procedures Concerning Restructuring, Insolvency and Discharge of Debt, and Amending Directive (EU) 2017/ 1132 (Directive on Restructuring and Insolvency)”.

European Commission’s Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU (2016).

European Commission, Commission Staff Working Document: Impact Assessment Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, 2014.

European Law Institute. Rescue of Business in Insolvency Law: Instrument of the European Law Institute, 2017.

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf.

IDW S 11: Neuer Standard Zur Beurteilung Der Insolvenzreife. <https://www.idw.de/idw/idw-aktuell/idw-s-11--neuer-standard-zur-beurteilung-der-insolvenzreife/27012>.

REGULATION (EU) 2015/848 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings.” Accessed July 18, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0848&rid=7>.

REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings /* COM/2012/0743 final */.

Türkiye Bankalar Birliği'nin Finansal Yeniden Yapılandırma Koordinasyon Sekreteryası'nın raporu için: "İstanbul Yaklaşımı Bir Yeniden Yapılandırma Deneyimi", Ağustos 2005.

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dosyalar/2istanbulyaklasimideneyimi5.doc&ved=2ahUKEwi9jt3C1tOHAXWtA9sEHfzFAOwQFnoECCEQAQ&usg=AOvVaw3hHY7EAdHTpRK0dv2viRLE>. (s.e.t. 30/7/2024).

Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı- Küresel Kriz Çalışma Grubu , "2007-08 Küresel Finans Krizi ve Türkiye: Etkiler ve Öneriler", https://tepav.s3.eu-west-1.amazonaws.com/upload/files/1271312239r2127.2007_08_Kuresel_Finans_Krizi_ve_Turkiye_Etkiler_ve_Oneriler.pdf. (s.e.t. 30/07/2024).

www.kazanci.com.tr

lexpera.com.tr

karararama.yargitay.gov.tr

<https://lexetius.com>

https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_269-91. (s.e.t. 30/7/2024).

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160077>. (s.e.t. 30/7/2024).

<https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/finanzielles/buchhaltung-und-revision/buchhaltungspflicht-fuer-handelsgesellschaften/wer-ist-zur-ordentlichen-revision-verpflichtet.html>. (s.e.t. 30/7/2024).

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F02-09-2010-4A_277-2010&lang=de&type=show_document&zoom=YES&. (s.e.t. 30/7/2024).

<https://openjur.de/u/2475554.html>. (s.e.t. 30/7/2024).

<https://www.gib.gov.tr/>

<https://www.kgk.gov.tr>



[REDACTED]

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Sena Nur Günay
Tez Başlığı : TTK md. 376/3 Kapsamında Borca Batıklık
Savunma Tarihi : 02/09/2024
Danışmanı : Prof. Dr. Tolga Ayoğlu

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

Prof. Dr. Arslan Kaya

Prof. Dr. Tolga Ayoğlu

Prof. Dr. S. Anlam Altay

Dr. Öğr. Üyesi H. Ali Dural

Dr. Öğr. Üyesi Cem Veziroğlu

Prof. Dr. Ulun Akturan

Enstitü Müdürü