

Duyuru Tarihi : 28.09.2009
Duyuru No : DUYURU/2009-087
Yaymlandığı Yer : YAKLAŞIM DERGİSİ / EKİM 2009 / SAYI : 202 / Sayfa : 60 - 65

Mehmet MAÇ
Yeminli Mali Müşavir

Cüneyt BÜYÜKYAKA
Avukat

MALİ DURUMU BOZULARAK SERMAYESİNİN KARŞILIĞINI KAYBEDEN SERMAYE ŞİRKETLERİ (TTK'nın 324. MADDESİ)

1. GENEL AÇIKLAMA VE TTK'nın 324. MADDESİ'NİN MAHİYETİ:

Türk Ticaret Hukukunda, anonim ve limited şirketlere ilişkin en önemli ilke, hiç şüphesiz **şirket malvarlığının korunması** ilkesidir (sermayenin karşılığının korunması ilkesi).

Bu hususun önemi nedeniyle Türk Ticaret Kanunu'muzda (TTK), şirket malvarlığının korunabilmesi için tedbirler alınmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

Örnelemek gerekirse;

- Kuruluş esnasında (ve sermaye artırımlarında) aynı olarak konulan varlıkların değerinin mahkemece atanmış bilirkişi marifetiyle belirlenmesi (TTK Md. 289), hisse senetlerinin itibari değerinden daha düşük bir bedelle çıkartılamaması (TTK Md. 286)

gibi düzenlemeler şirkete konulmuş malvarlığının gerçekliği için öngörölmüş düzenlemelerdir.

- Kurulştan sonra ise, öngörölen çeşitli düzenlemeler ile mal varlığının korunması amaçlanmıştır. Pay sahiplerine kendi hisseleri karşılığında faiz verilememesi (TTK Md. 470), şirketin kendi hisselerini kural olarak satın alamaması (TTK Md. 329) ve mali durumun bozulması halinde TTK'nın 324. maddesinin devreye girmesi

bu amaca yönelik hüküm ve uygulamalardır.

Şirketin kâr elde edip, ortaklarına dağıtması için; şirketle ilişkide olan üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ve ülke ekonomisine katkı bakımından, şirketin mali gücünü koruması ve malvarlığını kaybetmemiş olması gerekmektedir. Ayrıca bilindiği üzere sermaye şirketleri (anonim ve limited şirketler), alacaklılarına karşı yalnızca malvarlıkları ile sorumludurlar. Bu nedenle de malvarlığının korunması ve sabit esas sermaye sistemi¹, alacaklıların alacaklarını tahsil edemez duruma düşmemeleri açısından çok önemlidir.

¹ Kayıtlı sermaye sistemi, yazımızın konusu dışındadır.

Sermaye şirketlerinde ortakların riski, şirkete koydukları sermaye ile sınırlıdır. Bu nedenle şirket, sermayesini kaybettikten başka borca batarak, ödeme yükümlülüklerini yerine getiremezse, alacaklılar normal şartlarda bu şirketin ortaklarının şahsi malvarlığına giderek alacaklarını tahsil edemezler. Bu düzenleme, müteşebbislerin şahsi malvarlıklarını koruyarak ticari teşebbüsleri özendirmek suretiyle ekonomik canlılığa katkıda bulunmakta ise de, alacaklılar açısından risk oluşturmaktadır. Kanun koyucu, bu riske karşı önlem olarak yönetim kurulunu ve genel kurulu (limited şirketlerde ise müdürler ve ortaklar kurulunu), şirketin mali yapısını izlemeye ve sermayenin karşılığının belli oranlarda kaybedilmesi halinde önlemler almaya mecbur tutmuştur.

En basit anlatımıyla, **TTK'nın 324. maddesi, anonim şirketin mali durumunun bozulması halinde, yönetim kurulu ve genel kurulca neler yapılması gerektiğini düzenleyen bir maddedir.**

Yazımızın konusu, uygulamada sıkça karşılaşılan bir sorun olan sermayenin karşılığının kısmen veya tamamen kaybedilmesi durumunun belirlenmesi, buna dair alınması gereken tedbirler ve sonuçların mali ve hukuki yönden açıklanması ve değerlendirilmesidir.

TTK'nın 324. maddesi anonim şirketler için düzenlenmiş olmakla birlikte, TTK'nın 546. maddesi hükmünün atfı ile limited şirketler için de uygulanmaktadır. TTK'nın 546. maddesi hükmüne göre limited şirketlerde, *“esas sermayenin yarısı kaybedilmiş veya şirketin borçları mevcudundan fazla tutmuşsa, yahut şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcut ise anonim şirket hakkındaki 324. madde hükmü tatbik olunur.”*

Herhangi bir limited veya anonim şirketin alacaklılarının, bu şirketten olan alacaklarının tehlikeye düşmesini önlemek amacı ile konulmuş yukarıdaki önlemlere ilaveten, özel nitelikleri nedeniyle bankalara ve halka açık olan ve halka açık sayılan kuruluşlara yönelik özel takip sistemleri bulunmaktadır:

Bankalar, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu (BDDK) tarafından denetlenmekte olup, bu denetimdeki ana amaç, bankanın mali durumunu izleyerek mudilerin ve diğer alacaklıların alacaklarını tahsil açısından tehlikeye düşmemelerini sağlamaktır.

Halka açık olan veya halka açık sayılan şirketler ise, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından denetlenmekte olup, bu denetimdeki ana konu, denetime tabi kuruluşun, alacaklılarının yanı sıra hissedarlarının da tehlikeye düşmesini önlemektir.

BDDK ve SPK ile ilgili özel mevzuat ve uygulamalar yazımızın konusu dışındadır.

2. ANONİM ŞİRKETLERDE MALİ DURUM KAVRAMI VE MALİ DURUMUN BOZULMASI HALİ:

Mali durum kavramını açıklamadan önce, malvarlığı kavramını tanımlamakta fayda vardır. Malvarlığı kavramı, bir gerçek veya tüzel kişiye ait para, ekonomik değeri olan mal, alacak ve haklarla; borçlar ve diğer yükümlülüklerin tamamını ifade eder². Mali durum ise, bir gerçek ya da tüzel kişiye ait malvarlığının para, mal, alacak ve diğer ekonomik değeri olan haklardan oluşan aktif tarafıyla, borç ve yükümlülüklerden oluşan pasif tarafın belirli bir tarih itibarıyla karşılıklı durumudur³.

² Kayar İsmail, Anonim Ortaklıklarda Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, syf. 5

³ Kayar İsmail, a.g.e., syf. 6

Mali durum kural olarak bilanço ile tespit edilir. Bilanço, *envanterde gösterilen kıymetlerin karşılıklı olarak değerleri itibariyle tertipler hülasasıdır* (TTK Md. 74).

Anonim şirketlerde kural olarak, malvarlığının bir parçası olan esas sermayenin kısmen ya da tamamen kaybolması, mali durumun bozulması anlamına gelmektedir. Sermayenin korunduğu veya kısmen yahut tamamen kaybedildiği hususu bilanço üzerinden izlenebilmektedir. Bilindiği üzere bilanço, aktifte şirketin malvarlıklarını pasifte ise borçlarını ve özvarlıklarını gösteren bir tablodur. Özvarlık ise, tescilli sermaye, sermaye yedekleri, kâr yedekleri, yasal yedekler, cari dönem veya geçmiş dönemin kârları ve zararlarından oluşur. Özvarlık kalemleri içindeki negatif unsurların (geçmiş dönem ve cari dönem zararının) büyüklüğü nedeniyle özvarlık tescilli sermayeden daha küçük olabilir. İşte özvarlığın tescilli sermayenin altında bir rakam olarak karşımıza çıkması, sermayenin kısmen kaybedildiğini gösterir. Özvarlık, negatif ise sermaye tamamen kaybedilmiş demektir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi hükmüne göre, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olduğu, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye halinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, **önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir**. Şu kadar ki, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair inandırıcı bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir. Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 177. maddesi gereği, şirket borçlarını ödemeleri ertelerse de, şirketin alacaklısı evvelce takibe hacet kalmaksızın iflâsa tabi borçlunun iflâsını isteyebilir.

Mali durumun bozulması çeşitli şekillerde ve derecelerde olabilir. TTK'nın 324. maddesinde **aciz halinde kalma** kavramına da yer verilmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, şirketin borçlarını ödemesinde geçici sıkıntılar olabilir. Belli sürelerde ödeme yapamayıp, alacaklarını tahsil edemediği sonraki süreçlerde ödemelerini yapabilir. Böyle bir durumda hemen pasifler aktiflerden fazla olduğu yani borca batık olduğu söylenemez. Borca batıklıktan bahsedebilmek için bu durumun tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim şirketin mevcutları borçlarını karşılamaya yetmekle birlikte, şirketin alacaklarını tahsil edememesi, ürettiği mallarını satamaması, grev lokavt gibi nedenlere çalışamaması, şirket mallarının haksız yere haczedilmesi gibi arızı ve malvarlığı yetersizliği dışındaki sebeplerden kaynaklanan borç ödeyememe hallerinde borca batıklıktan söz edilmez⁴.

3. MALİ DURUMUN BOZULMASI HALİNDE YAPILMASI GEREKENLER:

TTK'nın 324. maddesi hükmü aynen şöyledir:

“ Son yıllık bilançodan esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, idare meclisi derhal toplanarak durumu umumî heyete bildirir.

Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilançosu tanzim eder. Esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kaldığı takdirde, umumî heyet bu sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılır. Şirketin aktifleri şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkeme bu takdirde şirketin iflasına

⁴ Domaniç Hayri, Anonim Şirketler, syf. 539

hükmeder. Şu kadar ki; şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflas kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır.”

3.1. Esas Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Hali:

Yönetim Kurulu, **hesap dönemi** sonunda düzenlenen yıllık bilançoda esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığını anlarsa (yani şirket mevcudundan borçlar çıkarıldıktan sonra kalan tutar, esas sermayenin yarısından az ise) durumu derhal genel kurula bildirmek zorundadır.

Başka bir anlatımla, esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması demek, şirketin aktif değerinin borçların toplamından fazla olması, ancak bu fazlalığın, esas sermayenin yarısından az (ve 1/3'ünden fazla) olmasıdır. Bu sırada şirket tasfiye edilse, (borçların tamamı ödenebilecek), pay sahipleri paylarının nominal değerlerinin yarısını ya da daha azını geri alabileceklerdir⁵.

Yıllık hesap döneminin başlangıcı ve sonu, Vergi Usul Kanunu hükümleri saklı olmak üzere, şirket ana sözleşmesinde serbestçe tayin edilebilmektedir. Yani 324. maddenin “*Son Yıllık Bilanço*” olarak öngördüğü bilanço, şirketin uygulamakta olduğu hesap dönemi sonunda çıkarılması gereken bilançodur.

Sermayenin yarısının kaybedilmesinde ölçü, tamamının ödenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, durumun tespit edildiği tarihte ana sözleşmede yazılı olan ve ticaret siciline tescil edilmiş olan sermaye miktarıdır⁶.

Dönen Varlıklar	2.514.000	Borçlar	5.682.000
Duran Varlıklar	3.718.000	ÖZVARLIK	550.000
		- KAYITLI SERMAYE	1.500.000
		- Zarar	(-) 950.000
Aktif Toplamı	6.232.000	Pasif Toplamı	6.232.000

Yukarıdaki örneğe konu şirket sermayesini kısmen kaybetmiş durumdadır. Sermaye kayıp oranı %50'nin ($1.500.000 \times 0.50 = 750.000$ TL'nin) üzerindedir. Ancak henüz sermaye kayıp oranı 2/3'ü geçmemiştir.

Söz konusu örnekte gösterildiği gibi, şirket faaliyet dönemi sonunda zarar etmiş olabilir. Bu zarar cari yıl kârı veya yedek akçelerle hatta gelecekte elde edilecek kârlarla veya sermaye azaltımı ile kapatılabilir. Ancak geçmiş yıl ve cari yıl zararlarının miktarı (birikmiş zarar) özkaynakları ciddi ölçüde azaltır ve esas sermayenin 1/2'sinin altına düşürürse, sermayenin yarısı karşılıksız kalmış demektir⁷. Uygulamada birikmiş zararın esas sermayenin yarısından fazla olması değil, birikmiş zararın özkaynak miktarını esas sermayenin yarısından daha düşük bir seviyeye indirmesi, sermayenin yarısının kaybedilmesi olarak kabul edilmektedir. Mesela şirketin ödenmiş sermayesi 100 milyon lira ve birikmiş zararı 210 milyon lira olmakla birlikte yedek akçeleri ve diğer fonlarının

⁵ Kayar İsmail, a.g.e., syf. 110

⁶ Çevik Orhan Nuri, Anonim Şirketler

⁷ Sağlam Erdoğan, Sermayesini Kısmen veya Tamamen Kaybetmiş Anonim Şirketlerin Bu Durumdan Kurtulmak İçin Alabileceği Tedbirler,

www.bdodenet.com.tr, Yaklaşım Dergisi, Eylül 2001 sayısı.

tutarı 230 milyon lira ise, bu şirketin özvarlığı $(100 + 230) - 210 = 120$ milyon liradır ve sermayesi kayba uğramamıştır⁸.

Esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması durumunda yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunda bu durumu belirtmeli ve faaliyet raporu ile birlikte ve genel kurulun yıllık toplantısına ilişkin olarak yaptığı yönetim kurulu toplantısında (ki yönetim kurulu mümkün olan en kısa sürede toplanmalıdır) gündemi oluştururken söz konusu hususu belirtmelidir. Böylece yönetim kurulu faaliyet yılı sonunda yapılacak olan olağan genel kurul gündemine özel bir madde ekleterek keyfiyeti bildirmiş ve genel kurulda bunun görüşülmesini sağlamış olacaktır.

Bu aşamada yönetim kurulunun zorunlu olarak yapması gerekenler bunlardır. Böylelikle ortaklar durumdan haberdar olur ve şirketin mali sıkıntısının giderilmesi için yapılması gerekenler, buna ilişkin teklifler, tedbirler tartışılıp karara bağlanabilir. Genel kurulun nasıl bir karar alması gerektiği Kanunda yazılı değildir. Genel kurul, yönetim kurulunun açıklamaları, önerileri, ortaklardan gelen teklifler ve durumunun niteliğine göre uygun gördüğü şekilde karar almakta serbesttir. Genel kurul sermayeyi artırmak, yönetim kurulunu değiştirmek veya kurul ve diğer yöneticilere talimat vermek, bazı nevi işleri durdurmak, azaltmak yahut artırmak yönlerinde talimat vermek gibi tedbirler alabilir, ancak Genel Kurul herhangi bir tedbir almaya mecbur değildir⁹. Genel kurulun bu konuda aldığı kararlarının iptali için, TTK Md. 381'e göre dava açılabilir.

Şirket tasfiye halinde ise, durumun Genel Kurula bildirimine ilişkin bir yükümlülük söz konusu değildir. Nitekim TTK Md.324 madde mali tedbir alınmasına yönelik olup, tasfiye halinde bir şirketin böyle bir amacının bulunması mümkün değildir.

Elbette Kanun son yıllık bilançodan bahsettiyse de, basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorunda olan şirketin ve dolayısıyla şirketin icrai organı olan yönetim kurulunun, mali durumun bozulmasına ilişkin bir durumu herhangi bir şekilde fark etmesi halinde gereğini yapması gerekir. Yönetim kurulunun, mali durumun bozukluğunu daha önce aylık, üç aylık mizanlarla tespit etmesi halinde de genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırıp, duruma ilişkin bilgi vermesi TTK'nın 320. maddesine dayalı özen borcunun bir gereğidir.

Yönetim kurulu, 1/2 'lik sermaye kaybına rağmen kasten veya ihmal sonucu durumu genel kurula bildirmezse, bu yüzden doğacak zararlardan şirkete, şirket ortaklarına ve alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu olur (TTK Md. 336/1, b.5). Yönetim kurulu bunu ihmal ederse, denetçiler genel kurul davetine ilişkin olarak harekete geçmelidir, aksi takdirde denetçiler de doğacak zararlardan kusursuz olduklarını ispat etmedikleri müddetçe müteselsilen sorumlu olur (TTK Md. 359). Sorumluluk halleri dışında, esas sermayenin en az 1/10'u değerinde paya sahip olan azınlık da, genel kurulun yönetim kurulu ya da denetçiler tarafından toplantıya çağırılmasını sağlayarak (TTK Md. 366, 356) veya yönetim kurulu ve denetçinin ihmali halinde mahkeme izni ile (TTK Md. 366) genel kurulu toplantıya çağırarak sermaye kaybını genel kurula duyurabilir veya genel kurul zaten toplanacaksa istediği iyileştirme tedbirlerini ve diğer hususları toplantı gündemine koydurabilir (TTK Md. 366)¹⁰.

Görüldüğü üzere bu aşamada henüz olaya alacaklıların ya da mahkemenin müdahil olması söz konusu değildir. Ama Kanun, meselenin yönetim kurulunu aştığını, genel kurulun devrede olması gerektiğini düşünmüş ve genel kurulun tedbir alması gerektiğini düzenlemiştir.

⁸ Sağlam Erdoğan, a.g.m.

⁹ Domanıç Hayri, Yaklaşım Dergisi / Ocak 2005 / Sayı: 145

¹⁰ Türk Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, syf.130.

Bu şekildeki sermaye kaybının en önemli hukuksal sonucu, pay sahiplerine kâr payı dağıtılmasının riskli hale gelmesidir. Nitekim bu durumdaki şirketin kâr dağıtılmasını engelleyecek açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, kârın dağıtılması, şirketin mali durumunun daha da bozulmasına yol açabilir. Şirket, TTK Md. 324'ün zorunlulukları içerisinde değilken, kâr dağıtarak bu duruma girebilir. Bu halde, gerekli tedbirleri almayıp, özenli davranmayan genel kurula kâr dağıtımını öneren yönetim kurulu üyeleri, TTK Md. 320 gereği sorumlu olurlar.

3.2. Şirketin Aciz Halinde Bulunduğuna Dair Emareler Görülmesi Hali :

Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler varsa, yönetim kurulunun yapması gerekli görevleri vardır. Aciz hali ya faaliyet dönemi sonunda çıkartılan yıllık bilançodan anlaşılır ya da faaliyet dönemi içinde, şirketin aciz halinde olduğunu gösteren emareler üzerine çıkarttığı veya ihtiyari olarak çıkarttığı ara bilançodan anlaşılır.

Şirketin aciz halinde olduğunu gösteren emareler¹¹ yönetim kurulunun takdirinde ve sorumluluğunda olup, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu emarelere örnek olarak, personel ücretlerinin ödenmemesi, borçlarını ödemekte sürekli sorun yaşaması, vergi ve sigorta borçlarının ödenmemesi, şirket mal varlığına hacizler gelmesi, banka kredilerinin kesilmesi gibi haller gösterilebilir. Yönetim kurulu bu hususları değerlendirirken özenli olmak durumundadır.

Geçici ödeme sıkıntıları şirketin aciz haline düşmesine anlamına gelmez.

Yönetim kurulu, şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emarelerin görülmesi halinde satış fiyatlarını esas alarak bir ara bilanço, tanzim etmek zorundadır (TTK Md. 324/2) Bu ara bilançoda, aktif değerlerin rayiç değerleri gösterilir. Ara bilançonun satış fiyatları esas alınarak düzenlenmesinin sebebi, şirketin gerçek mal varlığının tespit edilmesidir.

Mali durumun bozulduğu emaresinin görülmesi üzerine yönetim kurulu tarafından rayiç değerlere göre çıkarılmış ara bilanço örneği:

Dönen Varlıklar	2.514.000	Borçlar	8.480.000
Duran Varlıklar	5.718.000	ÖZVARLIK	(-) 248.000
		- KAYITLI SERMAYE	1.500.000
		- Ödenmemiş Sermaye	(-)500.000
		- Zarar	(-)1.248.000
Aktif Toplamı	8.232.000	Pasif Toplamı	8.232.000

Bilançonun rayiç değerlere göre düzenlenmiş bu hali, aktiflerin borçları karşılamaya yetmediği görünümü vermekte ise de ödenmemiş sermaye faktörü dikkate alındığında bu şirketin borçlarını ödedikten başka (-) 248.000 + 500.000 = 252.000 TL değer taşıdığı, batık (iflası gereken) şirket konumunda olmadığı görülmektedir.

Ödenmemiş sermayenin özvarlık hesabındaki rolü konusundaki bu görüşümüzün ana dayanağı TTK Md. 463. maddesi olup, bu maddeye göre ödenmemiş sermaye pasifte negatif olarak değil, aktifte gerçek bir alacak olarak gösterilmelidir. Nitekim, ödenmemiş

¹¹ "Borca Batıklık Şüphesi" Türk Ahmet, a.g.e.

sermaye şirketin ortaklarından olan özel nitelikli ve gerçek bir alacağıdır. Ödenmemiş sermayenin tek düzen hesap planı kapsamında özsermaye grubunda negatif olarak gösterilmekte oluşu bu gerçeği değiştirmez. Bu görüş, tanınmış ticaret hukuku yazarları tarafından da benimsenmekte olup, makalemizin çeşitli bölümlerinde ve dipnotlarında bu yazarlar ve yazarların söz konusu görüşlerinin yer aldığı eserleri belirtilmiştir.

Bu ara bilançonun çıkartılması ile birlikte iki sonuca ulaşılabilir :

- Esas sermayenin 2/3'ünü aşan bir kısmın karşılıksız kaldığı anlaşılabılır (yukarıdaki bilanço örneği bu duruma uygun bir örnektir),
 - Şirket aktiflerinin alacaklıların alacaklarını karşılamaya yetmediği anlaşılabılır.

Anonim şirketin satış fiyatları üzerinden değerlendirilmiş aktifleri toplamından, borçları çıkarılınca kalan miktar, esas sermayenin üçte birinden azına tekabül ediyorsa esas sermayenin 2/3'ü karşılıksız kalmış demektir¹². Burada bir hususu tekrar belirtmek gerekir ki, şirket zaten tasfiye halinde ise, sermaye kaybına bağlanan yasal tedbirlerin uygulanması mümkün değildir, çünkü zaten şirket sona ermiş sayılmaktadır.

Esas sermayenin 2/3'ünün karşılıksız kaldığının anlaşılması halinde, yönetim kurulu¹³ genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırarak zorundadır. Yönetim kurulu bu durumda Kanunda öngörülenler dışında herhangi bir tedbir alamaz¹⁴.

Böylece toplanan genel kurul, şirketin feshine karar verebilmek dışında, şu iki alternatiften birisini seçerek karar vermek durumundadır.

- Sermayenin kaybedilen 2/3'lük kısmının (ya da kaybedilen kısmının) tamamlanması,
- Sermayenin kalan 1/3'ü ile devam edilmesi.

3.2.1. Sermayenin Kaybedilen Kısmının Tamamlanması:

Sermayenin kaybedilen kısmının tamamlanması, mali durumun bozulması ile kaybedilen kısmın tamamlanarak, ana sözleşmedeki miktara uygun hale getirilmesidir. Tamamlama, kayıplar 2/3'ü buluncaya kadar ihtiyari, bundan sonra ise zorunludur¹⁵. Bunun amacı, esas sermayesinin 2/3'ü eksilen şirketin esas sermaye miktarını şirketin sahip olduğu gerçek malvarlığı seviyesine indirerek ya da malvarlığını esas sermaye miktarına çıkartarak pay sahibi, alacaklı ve şirketle ilişkiye girecek üçüncü kişileri korumaktır¹⁶.

Sermayenin (kanuni ifade ile) kaybedilen 2/3'ünün tamamlanması, kaybedilen kısım için pay sahiplerince kendi pay oranları nispetinde ödenmesi anlamına gelmektedir. Söz konusu ödeme, taahhüt artırımı anlamına geldiği için, Türk Ticaret Kanunu 388/1. maddesi gereği oybirliği ile alınan bir karar sonucu mümkün olabilir¹⁷. Bu yöntem ise, esasında pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılması yöntemidir. Buna göre ortaklar sermaye paylarını ödemiş olsalar da, taahhütlerini artırarak şirkete yeni öz kaynak getirmeyi borçlanmış olurlar. Elbette bu karar, TTK Md. 405 gereği ancak oybirliği ile alınabilir. **Uygulamada söz konusu husus, tescile tabi bir husus olmayıp, sadece genel kurul kararının alınması ile sınırlı bir prosedür olarak kabul edilmektedir. Bizim fikrimizde bu yöndedir. Nitekim teknik olarak bir sermaye artırımı söz konusu değildir ve ana sözleşme tadili de yapılmayacaktır. Bu nedenle genel kurulun bu yönde bir karar alması yeterli olacaktır. Ancak şirketin ticaret sicili dosyasına,**

¹² Domaniç Hayri, a.g.e., syf. 539

¹³ Genel kurul daveti ve sorumluluk konusunda, yukarıda denetçiler ve azınlık ile ilgili yaptığımız açıklamalar, burada da aynen geçerlidir.

¹⁴ Kayar İsmail, a.g.e., syf.157

¹⁵ Kayar İsmail, a.g.e syf.185.

¹⁶ Kayar İsmail, a.g.e. syf. 185

¹⁷ Bu, TTK'nın 405. maddesindeki "taahhüt artırılmaz" hükmünün istisnasıdır. Bu tamamlama işlemi neticesinde ortaklara yeni pay senedi verilmez. Ortakların eski hisse miktarları ve oranı aynen devam eder.

genel kurul tutanağının noter onaylı bir örneğinin konulması için ticaret siciline başvurulması uygun olacaktır.

Sermayenin tamamlanmasına ilişkin diğer bir yöntem ise, sermayenin aynı anda azaltılıp artırılmasıdır. Sermaye önce halihazırdaki duruma uygun olarak indirilir, sonra tekrar eski seviyesine çıkartılır. Bu durum ana sözleşme tadili olacağı için tescil ve ilana tabidir. Böyle bir azaltım ve artırım, basit usul sermaye azaltımı ile, yani daha kolay bir prosedürle yapılabilir. Nitekim TTK Md. 397/2 gereği, “esas sermaye zararlar neticesinde bilançoda husule gelen bir açığı kapatmak maksadıyla ve bu açıklar nispetinde azaltılacak olursa idare meclisince alacaklıları davetten ve bunların haklarının ödenmesinden veya temininden vazgeçilebilir.” Tamamlama amacıyla yapılan bu sermaye artırımında, önceki sermayenin ödenmesi şartı aranmaz.

Tamamlama amacını aşan bir sermaye artışı öngörülürse, tamamlanması gereken kısım genel kurul kararı ile tamamlanır, aynı anda tescili sermayenin artırılması istenilirse, ana sözleşme tadili ile birlikte normal sermaye artışına ilişkin prosedür devreye girer.

Bunun dışında, doğrudan zarar hesaplarından mahsup da yapılabilir. Yani karşılanan zarar kadar kayıtlardaki zarar azaltılabilir. Şirketin zararı karşılayan ortaklarına borcu varsa yukarıdaki kayıt yerine borç hesaplarına kayıt düşülür, yani karşılanan zarar tutarında borç kapatılır. Karşılanan zarar (yaratılan fon veya zarar hesaplarından tenzil edilen tutar) şirket açısından vergilendirilebilir bir gelir değildir. Bu işlem, şirketin infisahını önlemek maksadıyla ortaklık hukuku açısından yapılan bir işlemdir, bir anlamda şirkete sermaye konulmasıdır. Bu şekilde ortaklarca karşılanan zarar, mali açıdan indirilmeye devam edilir. Çünkü zararın karşılanması ortaklık hukuku açısından yapılan bir işlemdir. Zararın karşılanması Sermaye koyma niteliğinde bir işlem olduğundan, vergisel açıdan zarar mahsup hakkını ortadan kaldırmaz.

Zararı karşılayan ortak karşıladığı zararı gider yazamaz, iştirakin maliyetine ekler. Maliye Bakanlığı'nın bu konu ile ilgili bir muktezasında¹⁸; “**...Sermayenin tamamlanması amacıyla yapılacak ödemenin ise, ortaklık payının korunmasına yönelik bir sermaye tahsisi olarak hisse senetlerinin alış bedeline ekleneceği tabiidir.**” denilmektedir.

Zarara dokunulmayıp, pasifte fon şeklinde sermaye yedeği oluşturmak suretiyle de sermaye kaybını telafi etmek mümkündür. Pasife kaydedilen fonun akibetinin ne olacağı konusunda da herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bizim anlayışımıza göre, fon tutarı, zararlara mahsup suretiyle kapatılabileceği gibi, iç kaynakların sermayeye ilavesi prosedürü uygulanarak sermayeye de ilave edilebilir. Ortaklarca bu şekilde şirkete, geri alınmamak üzere verilen bu paralar ivazsız bir intikal değildir, yukarıda belirttiğimiz üzere, bir anlamda sermaye tahsisidir. Bu nedenle sonradan mali durumun düzeldiği gerekçesiyle geri istenemez. Artık bu paralar şirketin varlığı haline gelmiştir¹⁹.

3.2.2. Kalan Sermaye ile Devam Edilmesi (Yetinilmesi):

Sermaye kaybının 2/3 oranında olması halinde öz kaynaklar esas sermayenin en az 2/3'ü oranında azalmıştır. Kalan öz kaynakların mutlaka esas sermayenin 1/3'ü olması gerekmez, hatta uygulamada çoğu kez öz kaynak tutarı bu oranında altına düşer²⁰.

¹⁸ 16.11.1982 tarih ve 2213-925 sayılı Özelge; (M. Erdoğan ÖCAL, “Sermayenin Tamamlanması İşlemlerinin Vergi Mevzuatı Karşısındaki Durumu”, **Yaklaşım**, Mayıs 1993, Sayı: 5, s. 75)

¹⁹ Sağlam Erdoğan, a.g.m.

²⁰ Türk Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, syf. 157

Sermayenin kalan kısmı ile iktifa edilmesine karar verilmesi, sermayenin azaltılması anlamına gelmektedir. Elbette bu bir sermaye azaltımı olsa da, azaltım ile birlikte tasarruf edilebilecek bir miktar ortaya çıkmayacağı için ortaklara herhangi bir ödemenin yapılması söz konusu değildir. Genel kurulun böyle bir karar almasının ardından, TTK'nın 396. maddesinde düzenlemiş bulunan prosedürün harekete geçirilmesi gerekmektedir. Ancak alınan karar, yukarıda da belirtildiği üzere TTK'nın 397/2. maddesi gereği zararlar neticesinde bilançoda meydana gelen bir açığı kapatmak maksadını taşıdığından, açıkları kapatacak nispette olması halinde yönetim kurulu alacaklıları davetten ve bunların haklarının ödenmesinden veya temininden vazgeçebilir. Ancak bilirkişi aşaması ve azaltıma ilişkin bilirkişi raporunun alınması zorunludur. Elbette azaltım sonucu anonim şirketin sermayesi hiçbir şekilde 50.000 TL²¹'nin altına inemez.

Burada tartışılan bir hususu belirtmekte fayda görüyoruz. **Kanun, sermayenin 2/3'ünü kaybederek, "kalan 1/3 sermaye ile iktifa"dan söz ediyorsa da, bundan maksat kalan sermaye ile yetinmektir²². Bu fikre biz de katılıyoruz. İflas eden şirket için bile iflasın ertelenmesi mümkünken; bir şirket, ağır prosedüre uymak şartı ile sermayesi ne olursa olsun sermayesini asgari sınıra kadar azaltabiliyorken; sermayesi 50.000'in altına düşmedikçe, sermayesinin 2/3'ünden fazlası kaybetmiş olan şirket de, kalan sermaye ile yetinmeye karar verebilmelidir. Bir başka anlatımla, sermaye kaybı 1/3'ten az olsa bile, şirket borca batık olmadığı sürece sermaye azaltımı yaparak, kalan sermaye ile yoluna devam edebilmelidir. Nitekim TTK'nın da özündeki amacı, şirketlerin ayakta kalmaları, gerekli tedbirleri alarak yaşamaya devam etmelerini sağlamaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de şirketlerin ayakta kalması hususunun önemine binaen, iflasın ertelenmesi müessesesine ilişkin yasal düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmayarak, iptal talebini reddetmiştir²³.**

Esas sermayesinin 2/3'ünü kaybeden bir şirket, sermaye artırımı kararı veremez. Ya sermayenin tamamlanmasına karar vermelidir ya da kalan 1/3'le devam kararı vermelidir²⁴. Ancak bu kararlardan birisini verdikten sonra sermaye artırımına karar verebilir.

Genel kurul, sermaye kaybı üzerine toplanıp, sermayenin tamamlanması ya da yetinme kararı vermezse, şirket infisah eder (TTK Md. 324/2, 434/b.3). Elbette genel kurul doğrudan şirketin feshine de karar verebilir ve böylece şirket tasfiye haline girer.

Sermayenin 2/3'ünün kaybedildiğinin belirlenmiş olmasına rağmen yönetim kurulu genel kurulu olağanüstü toplamaz ise, denetçiler (TTK Md. 353/1, 8. bend) veya ortaklar (TTK Md. 366) genel kurulun toplanmasını talep edebileceği gibi, alacaklılar da doğrudan doğruya şirketin feshi için mahkemeye başvurabilir (TTK Md. 436, 434/1 5. bend).

3.3. Aktiflerin Şirket Alacaklılarının Alacaklarını Karşılamaya Yetmemesi Hali (Sermayenin Tamamının Karşılıksız Kalması):

Aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin (borca batıklık hali) anlaşılması durumunda yönetim kurulu, durumu doğrudan doğruya ve mümkün olan en kısa sürede şirket merkezinin bulunduğu yerdeki yetkili ticaret mahkemesine bildirmek zorundadır. Böyle bir durumda genel kurulun toplanma imkanı bulunmamaktadır.

Aşağıdaki rayiç değerlere göre çıkartılmış ara bilanço böyle bir durumu örneklemektedir:

²¹ Limited şirketlerde 5.000 TL'nin altına inilemez.

²² Kayar İsmail, a.g.e. syf. 194

²³ Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.2009 tarih ve 27243 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı.

²⁴ Genel kurul, elbette şirketin feshine de karar verebilir.

Dönen Varlıklar	2.514.000	Borçlar	9.484.000
Duran Varlıklar	5.718.000	ÖZVARLIK	(-) 1. 252.000
		- KAYITLI SERMAYE	1.500.000
		- Zarar	(-)2.752.000
Aktif Toplamı	8.232.000	Pasif Toplamı	8.232.000

Bu örnekte görüldüğü gibi, şirketin 9.484.000 TL'lik borcuna karşılık, gerçek değeri 8.232.000 TL olan mal varlığı bulunmaktadır. Şirket, borçlarının 9.484.000 - 8.232.000 = 1.252.000 TL'lik kısmını ödeyemez durumdadır. Bu bilançoya göre, mahkeme şirketin iflasına karar verir.

Bu durum uygulamacılar tarafından teknik iflas olarak da adlandırılmaktadır.

Başka bir anlatımla Kanun koyucu, olumsuzluğun daha da büyümesini önlemek ve alacaklıların alacaklarını tahsil imkanlarının adil dağılımı sağlamak amacıyla şirket yönetimine el koymayı öngörmektedir.

Yönetim Kurulunun ve genel kurulun, şirketin iflasını isteyip istememe konusunda seçim hakkı yoktur. Elbette gerekli başvuruların yapılması ve inandırıcı belgelerin (iyileştirme projesi) sunulması halinde iflasın ertelenmesini talep edilmesi mümkündür. Ancak bunun için bile, öncelikle şirketin iflası talep edilmeli bu taleple birlikte iflasın ertelenmesi istenmelidir.

Alacaklılar da mahkemeden şirketin iflasını isteyebilirler.

Yetkili ticaret mahkemesi yaptığı inceleme ve değerlendirmeler sonucunda şirketin iflasına karar verilirse, iflas idaresince şirketin tüm aktifleri **iflas masasında** toplanır, bu aktifler paraya çevrilerek alacaklılara dağıtılır ve iflas prosedürlerinin tamamlanması ile birlikte şirket ticaret sicilinden terkin edilir.

TTK'nın 324/2. maddesi aktiflerin, "**Şirket alacaklılarının alacaklarını**" karşılamaya yetmemesinden söz etmiş ve sadece şirketin para borçlarını nazara alır görünmüşse de, şirketin para ile değerlendirilebilecek ve şirkete parasal yükler getirecek iş, hizmet ve mal borçları da, "**alacaklıların alacakları**" kavramına dahildir. Buna karşı şirketin sermaye borçları, alacaklıların genel teminatı olup, pasifte bir kalem olmasına rağmen, şirketin hakiki borcu niteliğinde bulunmadığından, şirketin iflasını mucip borçlara dahil değildir ²⁵.

Şirketin borca batık olduğunu mahkemeye bildirmek zorunda olan yönetim kurulu üyeleri (ve tasfiye memurları) bu görevlerini kasten veya ihmalen gereği gibi yerine getirmezlerse hukuki (TTK Md. 336, 224, 450) ve cezai (hapis cezası da olmak üzere, İcra ve İflâs Kanunu md. 345/a) sorumlulukları vardır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 345/a maddesi hükmüne göre: "İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179 uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikayeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 310/b.4 gereği, borcunun, mevcudu ile alacağından çok olduğunu bildiği halde bu vaziyetinden haberleri olmayan kimselerden ehemmiyetli miktarda veresiye mal satın yahut borç para almış ise taksiratlı iflas hali ve İİK. Md. 311/b.6 gereği: "**borcu mevcudu ile alacağından ziyade olduğunu bildiği halde ehemmiyetli kıymeti haiz ticari mallarını yahut fabrikasının mahsullerini hem satış gününün piyasasından, hem de**

²⁵ Domaniç Hayri, a.g.m.

*malolduğu veya satın alındığı kıymetten pek aşağı bir fiyatla satmak suretiyle mevcudunu israf ederse” hileli iflas hali söz konusudur. Bu durumda İİK. Md. 345 gereği yönetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurları sorumlu olup, Türk Ceza Kanunu’nun 162. maddesi hükmüne göre, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, **iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.***

Ayrıca Yargıtay’a göre, bu görevi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerinin genel kurulca ibrası mümkün olmayıp, ibraz edilseler bile ibraya ilişkin genel kurul kararı iptal edilerek, sorumluluk yolu açılabilir²⁶.

TTK’nın 474. maddesinde, Anonim şirketin iflas etmesi durumunda yönetim kurulu üyelerinin mali sorumluluğuna ilişkin diğer bir düzenleme yer almaktadır. Maddeye göre: **“Şirketin iflâsı halinde idare meclisi âzaları şirket alacaklılarına karşı iflâsın açılmasından önceki son üç yıl içinde kazanç payı veya başka bir nam altında hizmetlerine karşılık aldıkları ve fakat münasip ücreti aşan ve bilânço münasip bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda tanzim edilmiş olduğu takdirde, ödenmemeleri gereken paraları geri vermekle mükellefler.”**

Ayrıca, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyeleri ve limited şirketlerin ortakları, kamu borçlarından şahsen mesuldürler (Vergi Usul Kanunu md. 10/2., Amme Alacakları Tahsili Usulü Kanunu Md. 35).

3.4. Sermayesini Artırmak İsteyen Ancak Sermayesini Kısmen Veya Tamamen Kaybettiği İçin Bunu Gerçekleştiremeyen Şirketlerin, Ortaklarından Sermaye Artırımına Mahsuben Avans Almaları Hali :

Bilindiği gibi, sermayesinin 2/3’ünden fazlasını kaybetmiş şirketlerin sermaye artırımı talepleri bu durum ortadan kaldırılmadan kabul edilmemektedir. Uygulamada TTK’nın 324. maddesi bu şekilde yorumlanmaktadır. Bu nedenle SMMM veya YMM’lerden **“sermayenin ödendiğinin ve korunduğunun tespitine ilişkin rapor”** talep edilmektedir (1994/1 sayılı İç Ticaret Tebliği)²⁷.

Bu durumdaki şirketlerin yönetim kurulu, mali durumu düzeltmek amacıyla ileride yapılacak sermaye artırımına mahsup edilmek üzere ortaklarından sermaye artırımı avansı talep edebilir. Mevzuatımızda bunu engelleyen herhangi bir hüküm yoktur. Ortaklar bu talebi uygun görüp yerine getirebilirler. Bu takdirde ortaklarca şirkete borçlanılan veya ödenen paralar, ortaklara sonradan geri verilmemek üzere **“sermaye yedekleri”**ne kaydolunur²⁸.

TTK’nın 324. maddesi uyarınca iflas etmesi veya yasal prosedürüne uyararak, 1/3’ten az olmamak üzere yetinme yahut sermayenin kaybedilen kısmının tamamlanması işlemlerini yapması gereken şirketlerde PRATİK ÇÖZÜM YOLU OLARAK SERMAYE AVANSI UYGULAMASI bize göre de mümkündür ve sermaye avansı tatbikatının yasal dayanağı mevcuttur.

Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkındaki 2 No.lu Tebliğin 6. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır:

“Mevcut yabancı sermayeli kuruluşların, ileri bir tarihte yapacakları sermaye artışı için, yabancı ortaklardan sermaye avansı kabul etmeleri serbesttir. Yabancı ortak

²⁶ Kayar İsmail, a.g.e. syf. 184, Y. 11. HD., 17.11.1977 T., E:4901, K:5096

²⁷ Sağlam Erdoğan, a.g.m.

²⁸ Sağlam Erdoğan. a.g.m.

tarafından yurt dışından gönderilen sermaye avansı, izne tabi olmaksızın, şirket adına açılmış ya da açılacak döviz tevdiat hesabında tutulabilir ve şirket tarafından kullanılabilir. İleride bu paraların sermayeye kalbedilmesinde, döviz tevdiat hesabına alacak kaydedildiği tarihteki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuru uygulanır.

Sermaye avanslarının, döviz hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde sermaye olarak tescil edilmesi zorunludur. Sermaye artışından vazgeçilmesi ya da başka bir nedenle yabancı ortağa iade edilen veya bir yıllık süre içerisinde sermaye olarak tescil ettirilmeyen avanslar, döviz tevdiat hesabına alacak kaydedildiği tarihten geçerli olmak üzere, yurt dışından sağlanan kredi olarak addolunur ve ilgili mevzuatın genel hükümleri çerçevesinde işlem görür.”

Her ne kadar bu madde sermaye avansı uygulamasının sadece yabancı sermayeli şirketlerde mümkün olabileceği izlenimini vermekte ise de, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3/a-2 maddesindeki;

“Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleyle tabidirler. “ hükmü gereğince sermaye avansı uygulamasının yerli-yabancı sermayeli ayırımı yapılmaksızın tüm şirketlerde uygulanabilmesi yasa gereğidir. Ancak sermaye avansı olarak konulan özvarlık kalemine faiz yürütülmemesi, bu kalemin döviz cinsinden muhasebeleştirilmemesi, geri alınmaması ve ihtiyaten makul bir süre içerisinde (Yukarıdaki Tebliğe göre makul süre 1 yıldır) sermayeye eklenmesi gerekmektedir. Ortaklar sermaye avansı olarak şirkete para veya mal verebilecekleri gibi, sermaye avansı koyma işlemini şirketten olan alacaklarından vazgeçmek suretiyle de yapabilirler.

Bu görüşlerimiz Danıştay tarafından da benimsenmiştir.

Danıştay 4. Dairesi'nin 04.11.1998 tarih E. 1998/2191; K. 1998/3909 sayılı kararında, SERMAYE ARTIRIM AVANSI olarak paraların verilmesi ve alınması işlemlerinin veren ve alan şirketlerin yönetim kurullarında karara bağlanmış olması ve verilen avansların hesap dönemi sona ermeden önce sermaye artırımları ile kapatılması halinde, bu işlemlerin borç verme değil sermaye artırım avansı verme işlemi olduğunu ve bu nedenle söz konusu avansa faiz yürütülmemiş olmasının örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmeyeceği belirtilmiştir.

Aynı Danıştay Dairesi 17.06.2009 tarihinde verdiği E: 2008/9064; K: 2009/3348 sayılı kararında yine sermaye avansı olarak verilmiş ve yaklaşık üç ay sonra sermayeye dönüştürülmüş olan paraların borç niteliği taşımadığını, parayı alan şirket açısından bu avansın bir özvarlık kalemi olduğunu, faiz yürütülmesini gerektirmediğini hükme bağlamak suretiyle sermaye avansı uygulamasını benimseme yönündeki tutumunu sürdürmüştür.

4. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ DURUM:

Söz konusu müessese ve ilgili hükümler uzun süredir Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bulunan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 376 ve 377 ve 378. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Tasarıdaki ilgili maddeler aşağıdadır:

3. Sermayenin kaybı, borca batık olma durumu

a) Çağrı ve bildirim yükümü

Madde 376 - (1) Son yıllık bilânçodan, sermaye ile kanunî yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar.

(2) Son yıllık bilânçoya göre, sermaye ile kanunî yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhal toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer.

(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 bilânço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilânço, 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 iflâsını ister; meğerki, iflâs 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 iflâs isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflâs bildirimi olarak kabul olunur.

b) İflâsın ertelenmesi

Madde 377 - (1) Yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflâsın ertelenmesini isteyebilir. Bu hâlde İcra ve İflas Kanununun 179 ilâ 179/b maddeleri uygulanır.

4. Riskin erken saptanması ve yönetimi

Madde 378 - (1) 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. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhal kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir.

(2) Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollanır.

Görüldüğü üzere, Tasarının 376. maddesi 324. maddenin yerine almaktadır. Mevcut maddenin hükümleri bir ölçüde korunmuştur. Ancak bazı yeniliklerde bulunmaktadır. Tasarıda düzenlenen yeni müesseseler başka bir yazımıza konu olacaktır.

5. SONUÇ:

Sermaye şirketlerinde, hissedarların koydukları sermaye ile sınırlı şekilde sorumlu tutulmaları, bu şirketlerin borç ödemedeki kaynak olarak sadece sermayelerini ve yedeklerini kullanabilmeleri, bu kaynaklarda yetersizlik olduğunda borçlarını ödeyemez duruma düşmelerine sebebiyet verebilmektedir.

Ortakların sermaye taahhütleri ile sınırlı olarak sorumlu tutulmaları, kurumsallaşma açısından vazgeçilemez bir unsur olmakla beraber, sermaye şirketlerinin borçlarını ödeyememeleri, alacaklıların mağduriyeti açısından tedbir alınmasını gerektiren önemli bir durumdur.

TTK'da böyle bir alacaklı mağduriyeti oluşmaması için alınmış tedbirleri içeren muhtelif maddeler mevcut olup, bu maddelerin en etkili ve önemli olanı 324. maddedir.

TTK'nın 324. maddesine göre, şirket sermayesinin yarısına kadarki kısmının kaybedilmesi herhangi bir yasal tedbir gerektirmemektedir. Sermaye yarısından fazla (fakat 2/3'den az) kaybedildiği yıllık bilanço üzerinde görüldüğünde yönetim kurulu genel kurula haber vermek mecburiyetindedir. Genel kurul durumu değerlendirerek kalan sermaye ile devam veya tamamlama tedbirlerinden birisini seçmek zorundadır. Sermaye kayıp oranı 2/3'ü geçmişse, yönetim kurulu asliye ticaret mahkemesine başvurarak, şirketin iflasını talep etmek zorundadır. Şirketin borç ödemede aciz halini gösteren emarelerin varlığı halinde yönetim kurulu, yıllık bilançonun çıkmasını beklemeksizin, gerçek değerlere göre revize edilmiş ara bilanço çıkarmak ve bu bilançoda sermaye kaybedilme durumuna göre genel kurulu bilgilendirmek veya şirketin iflasını istemek mecburiyetindedir.

Bu sorumluluklarını yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri, şirketin ödenmeyen borçlarından müteselsilen sorumludurlar (TTK Md. 336/1, b.5). Denetçilerin de şirketin ödeme gücünü takip görevi vardır bu görevin ihmal halinde müteselsil sorumluluğu vardır (TTK Md. 359)

TTK'nın 324. maddesi, gerekli tedbirleri içermekle beraber, şirketin iflasının gerektiği durumda, iflasın önlenmesi için hiçbir şans tanımaması açısından düzeltilmesi gereken bir maddedir. Yasa değişikliği ile yönetim kuruluna ve ortaklara belli süreler tanınarak bu süre içinde, yönetim kurulunun ortakları uyarması ve ortakların para koyarak (zarar kapatarak) veya sermaye artırımına giderek iflası engelleyebilmesine imkan tanınmalıdır. İflas ertelemesi imkanı bu önerimizi karşılamamaktadır. Çünkü, önerimiz, şirketi iflas noktasına hiç getirmeden (iflasın ertelenmesine gerek bırakılmadan) çözüm fırsatı tanınmasıdır.

Öte yandan, genel kurulun azalmış sermaye ile iktifa (sermaye azaltma) hakkı mevcut sermayenin 1/3'i ile sınırlanmamalıdır. Genel kurul, TTK'daki prosedüre uyarak sermayesini yasal sınıra kadar azaltabilmelidir.

Öte yandan, şirketlerin TTK'nın yukarıda açıkladığımız hükümlerini uygulayarak mali durumlarını düzeltmek yerine, aktiflerinin tamamını veya yeteri kadar kısmını satarak zararlarını bu yolla kapatmaları, başka bir anlatımla bu satış sonucu oluşan kâr ile sermayesini kısmen veya tamamen kaybetmiş durumdan kurtulmaları da mümkündür²⁹. Mali durumunu bu suretle düzelteren şirketlerin, daha sonra kârını sermayeye eklemek suretiyle veya nakden sermaye artırımını yapabilecekleri tabiidir³⁰.

Bu ve benzeri şekildeki esneklikler, hem kamusal niteliği olan 324. maddenin uygulanması kolaylaştıracak hem de şirketlerin kurtarılması imkanı varken doğrudan iflasa gönderilerek ekonomimizin zarar görmesi önlenmiş olacaktır.

²⁹ Sağlam Erdoğan, a.g.m.

³⁰ Sağlam Erdoğan, a.g.m.