

TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ORTAKLIKTA SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMESİNE (TK M. 376) ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Yard. Doç. Dr. Alihan Aydın*

-I-

1. Anonim ortaklığın mali durumunun bozulması halinde yönetim kuruluna yüklenen görevlerin belirlendiği 6102 sayılı Ticaret Kanunu (TK) m. 376 ve 377 hükümleri 6762 sayılı TK'nın (ETK) 324. maddesine karşılık gelmektedir. Bununla birlikte ETK m. 324'ün İsviçre'de yaşadığı değişime kısmen paralel olarak kanun koyucu, TK'da da ortaklığın mali durumunun bozulmasına yönelik birtakım yeni düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Getirilen bu yeniliklerin isabetli olup olmadığını değerlendirmek için öncelikle ETK m. 324 hükmünü ana hatlarıyla gözden geçirmek yerinde olacaktır.

2. ETK m. 324'te, iki fıkra halinde, şirketin mali durumuna yönelik üç farklı olasılık ve bu olasılıkların sonuçlarına ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen birinci olasılık, son yıllık bilançoya göre ortaklığın "esas sermayesinin yarısının karşılıksız kalması"dır. Bu halde yönetim kurulu derhal toplanmak ve durumu genel kurula bildirmek yükümlülüğü altındadır.

Şirketin mali durumunun bozulmasına ilişkin diğer iki olasılığın yer aldığı ETK m. 324'ün ikinci fıkrasında, önce "şirketin aktiflerinin satış fiyatı esas alınmak üzere" hazırlanacak bir ara bilançodan şirket sermayesinin üçte ikisinin karşılıksız kaldığının anlaşılması hali değerlendirilmiş ve genel kurul tarafından sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar verilmesi gerektiği, aksi halde şirketin feshedilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Nitekim anılan düzenlemeyle bağlantılı olarak ETK m. 434/I, b. (3)'te sermayenin üçte ikisinin kaybı bir sona erme sebebi sayıldığı gibi ETK m. 436'da alacaklıların bu mali vaziyetteki şirketin feshini dava edebilmelerine de imkân tanınmıştır.

Şirketin mali durumuna yönelik kanunda öngörülen üçüncü olasılık ise şirketin uğradığı zarar sonucunda artık aktiflerin pasifleri karşılamaya yetmemesi, diğer bir deyişle, sermayenin tamamen kaybedilerek şirketin borca batık hale gelmesidir. Yine ETK m. 324/f. II'de düzenlenen bu olasılığın gerçekleşmesi halinde yönetim kurulu, vaziyeti derhal mahkemeye bildirmek zorundadır ve bu bildirim üzerine mahkemece şirketin iflâsına karar verilmek gerekir. Bununla birlikte şayet şirketin mali durumunun ıslahı mümkün ise yönetim ku-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

rule veya bir alacaklının talebi üzerine mahkemenin iflâsın ertelenmesine karar verebileceği de aynı maddede düzenleme altına alınmıştır. Öte yandan İcra ve İflâs Kanunu m. 179 vd. hükümlerinde iflâsın ertelenmesi kurumu çok daha ayrıntılı şekilde çözüme kavuşturulmuştur.

-II-

1. TK'daki yeni düzenleme ile ETK m. 324 karşılaştırıldığında şirketin mali durumuna yönelik üç olasılığın korunduğu, ancak bu üç olasılığın uygulanma şartları ve sonuçları bakımından birtakım farklılıklara gidildiği görülmektedir.

2. Buna göre, birinci olasılık bakımından TK m. 376/1 ile ETK m. 324/1 karşılaştırıldığında yeni hükmün iki yönden değişiklik içerdiği söylenmek gerekir.

a. İlk değişiklik, yönetim kuruluna genel kurulu toplantıya çağırma görevinin “son yıllık bilançodan” şirketin “sermayesinin yarısının” karşılıksız kalmasında değil, “sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısının” karşılıksız kalmasının anlaşılması halinde yüklenmesidir.

Hükmün mehzarı OR Art. 725/I'de 1991 yılında yapılan revizyon sırasında gerçekleştirilen ve oradan TK'ya ithal olunan bu değişikliğin gerekçesi, şirketin mali yapısının daha güçlü tutulmasının sağlanmak istenmesidir. Esasen TK m. 376/1 de, tıpkı ETK m. 324/1 düzenlemesinde olduğu gibi, doğrudan ve öncelikle pay sahiplerini korumak amacına hizmet eden bir hükümdür¹. Gerçekten, pay sahiplerinin yalnızca ortaklığa karşı ve getirmeyi taahhüt ettikleri pay bedeli ile sorumlu olmaları (TK m. 329/ETK m. 269) sistemi üzerine kurulmuş bulunan anonim ortaklık hukukunda alacaklıların temel güvencesi olarak öngörülen, ortaklığın esas sermayesidir. Sermayenin ortaklığın zarara uğraması nedeniyle azalmasına rağmen bir kısmının varlığını muhafaza ediyor olmasının anlamı, halen ortaklık alacaklılarının alacaklarını karşılayacak malvarlığı değerlerinin ortaklıkta bulunduğu, dolayısıyla alacaklıların menfaatlerini haleldar eden bir sorunun ortaya çıkmadığıdır. O nedenle ETK m. 324/I'de öngörülen esas sermayenin yarısının karşılıksız kalması olasılığında dahi kanunkoyucu pek yerinde olarak çıkarlarının zedelenmediği gerçeğinden hareketle alacaklılara ortaklığa yönelik herhangi bir müdahale imkânı tanımamış ve aynı anlayışı TK'da da sürdürmüştür.

b. TK m. 376/I'deki ikinci değişiklikse sermayenin ve kanuni yedek akçelerin yarısının karşılıksız kaldığının anlaşılması halinde genel kurulu toplantıya çağırma ile yükümlü tutulan yönetim kurulunun mali durumun düzeltilmesi için öngördüğü iyileştirici önlemleri genel kurula sunmakla açıkça görevlendirilmiş olmasıdır. ETK m. 324/I'de, son yıllık bilançodan esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığının anlaşılması olasılığında yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması gerektiği hükme bağlanmakla birlikte yönetim kuruluna şirketin mali durumunu düzeltmek için neler yapılmasının uygun olacağı konusundaki önerilerini beraberinde genel kurula sunması görevinin de

¹ Ayrıntılı inceleme için bkz. Ahmet Türk, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 107 vd. (Sermaye Kaybı); İsviçre hukuku bakımından bu yönde Hanspeter Wüstiner, in Bassler Kommentar-Obligationenrecht II, Zürich 2008, Art. 725, N. 3.

yüklenmesine işaret eden bir ifade maddede yer almamaktadır. Nitekim hükmün bu konudaki suskunluğu öğretide farklı görüşlerin savunulmasına neden olmuştur. Bir görüş², yönetim kurulunun gündeme mali durumun düzeltilmesi için gerekli önlemlere yönelik herhangi bir madde eklemesinin zorunlu olmadığına ilişkin diğer bir düşünce³, hükmün amacını göz önünde tutarak yönetim kurulunca genel kurula alınabilecek önlemlerin de sunulmasının zorunlu olduğu sonucuna varılması yönündedir. Üçüncü bir görüşe göre ise⁴ bu konuda bir sonuca ulaşılrken yönetim kurulu için kanunda öngörülen diğer hükümler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç vardır. Buna göre ETK m. 317 uyarınca ortaklığı yönetmek yönetim kurulunun görevidir ve yönetim kurulu bu vazifeyi yerine getirirken özen borcu altındadır (ETK m. 320). Anılan hükümler ışığında, şayet objektif özen ölçüsü kapsamında bir iyileştirme tedbirinin alınması genel kurul kararına ihtiyaç gösteriyorsa yönetim kurulu bu konuya gündeme almak zorundadır. Buna karşılık objektif özen ölçüsü ışığında genel kurulun kararına ihtiyaç duyulmayan bir iyileştirme tedbirinin varlığından söz edilebilecekse artık yönetim kurulunca genel kurul gündemine bir madde konulması gerekmez; yalnızca genel kurula sunulacak raporda mali durumun düzeltilmesi için öngörülen iyileştirme tedbirlerinin açıklanması yeterli olacaktır.

İşte TK m. 376/I, yönetim kuruluna aynı genel kurul toplantısında mali durumun düzeltilmesi için gerekli olduğunu düşündüğü iyileştirici önlemleri de sunmak görevini açıkça yükleyerek öğretide oluşan bu fikir ayrılığına da bir son vermiştir⁵. Bu bakımdan ETK m. 324/I'in TK m. 376/I'deki karşılığının en azından bu yönüyle yerinde bir değişikliğe uğradığı söylenmek gerekir.

3. TK m. 376'ün anlamlandırması güç hükümlerinden biri ikinci fıkradaki düzenlemedir. Gerçi hüküm büyük oranda ETK m. 324/II'nin izlerini taşımaktadır; ancak maddede gerçekleştirilen değişiklikler, hükmü hem kanunun sistemi ile uyumsuz hale getirmiş, hem de düzenlemeye sağlıklı bir anlam yüklemeyi olanaksızlaştırmıştır.

Bu noktada öncelikle hükmün kaynağına yönelik olarak şu hatırlatmada bulunmakta fayda vardır: TK m. 376/II'deki düzenlemenin İsviçre hukukunda bir karşılığı yoktur. Hükmün kaynağı ETK m. 324/II, onun da kaynağı 1926 tarihli TK'dır. O nedenle, aşağıda zikredilecek aksaklıkların İsviçre hukukunda gündeme gelmesi söz konusu değildir.

a. TK m. 376/II'ye yönelik ilk eleştiri konusu edilmesi gereken husus, şirketçe üçte iki oranında sermaye kaybına uğranılıp uğranılmadığı değerlendirmesinin şirketin "son yıllık bilançosuna" göre yapılacağı kabul edilmesidir. Şöyle ki anonim ortaklığın bilançosunun tâbi olduğu değerlendirme ilkeleri bilançonun düzenlenme amacına göre değişir. Buna göre amaç, işletmenin

² Bkz. Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler -I. Umumi Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 96.

³ Ünal Tekinalp, "Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi", *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXXI, S. 7, s. 282.

⁴ *Türk, Sermaye Kaybı*, s. 137-138.

⁵ Aslında ETK m. 324/I hükmünün de lege ferenda İsviçre hukukundaki düzenlemeye benzer şekilde yeniden kaleme alınmasının uygun olacağı daha önce öğretide haklı olarak dile getirilmiştir. Bkz. *Türk, Sermaye Kaybı*, s. 138.

ekonomik faaliyetini sürdürdüğü sırada belirli bir iş yılı içindeki başarıyı ortaya koymaksa bu durumda düzenlenecek bilanço bir “sonuç açıklama bilançosu”dur⁶. Bu bilanço şirketin gerçek malvarlığı durumunun yansıtılması değil, yalnızca iş yılı sonunda elde edilen kâr ve zararın gösterilmesi amacını güder. ETK m. 324/I ve TK m. 376/I’de sözü edilen “son yıllık bilanço”, bu amaçla düzenlenen bilançodur.

Buna karşılık ikinci grup bilanço değerlendirme ilkeleri ile güdülen amaç ise şirketin gerçek malvarlığı durumunu ortaya koymaktır (“Gerçek malvarlığı bilançosu”)7. Örneğin ETK m. 324/II’de ifade edilen “aktiflerin satış değeri”ni esas alan bilanço; aynı şekilde tasfiye halinde düzenlenecek tasfiye bilançosu (ETK m. 444) şirketin gerçek malvarlığı durumunu ortaya koymak amacıyla hazırlanır. Nitekim TK m. 376/III’te borca batıklık haline yönelik olarak belirtilen “aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden” ara bilanço çıkartılması da gene bu ilkeye dayanır. Bu değerlendirme ilkesine göre düzenlenecek bir bilanço sonucunda şirketin gerçek malvarlığı durumu ortaya çıkacak, sözgelimi şirketin gizli yedek akçeleri de artık malvarlığının tespitinde dikkate alınabilecektir⁸.

İşte ETK m. 324/II’de düzenlenen infisah sonucunun doğması için öncelikle gerçekte şirket sermayesinin üçte ikisinin karşılıksız kalıp kalmadığının tespiti gerekir. Bu ise biraz önce belirtildiği üzere ancak malvarlığının gerçek durumunu ortaya koyan bilanço ilkelerine göre yapılabilir. Yoksa, sonuç açıklama bilançosu niteliğindeki “son yıllık bilanço”ya göre sermayenin yitirilmiş görünmesi gerçekte sermayenin kaybedildiğini sağlıklı şekilde göstermez; yıllık bilançoda sermayenin üçte ikisinin kaybedildiği görünse bile bir malvarlığı tespit bilançosu düzenlendiğinde gerçekte sermayenin hiçbir kısmının yitirmediği sonucu dahi ortaya çıkabilir⁹. O nedenle, bu husus dikkate alınması-

⁶ Kavrama yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 40-41.

⁷ Bkz. Karayalçın, s. 41-42.

⁸ Bir an için “Gizli Yedek Akçe” başlıklı ETK m. 458 hükmünün TK’ya alınmaması suretiyle artık TK sisteminde gizli yedek akçenin oluşmayacağı yönünde bir düşünce akla gelebilirse de böyle bir yaklaşım doğru olmaz. Gizli yedek akçeler bilinçli olarak oluşabileceği gibi bilinçli olmayan şekilde (kendiliğinden) de oluşabilirler. Bu bağlamda ETK m. 458, bilinçli gizli yedek akçe ayrılmasını hükme bağlayan bir düzenlemedir. Oysa bilinçli olmayan (kendiliğinden oluşan) gizli yedek akçelerin meydana gelmesi için herhangi bir kanuni dayanağa ihtiyaç yoktur. Örneğin şirket tarafından gerçek değeri ile bilançoya kaydedilen bir taşınmazın ederi, o yöredeki imar uygulamasıyla birlikte birden yükseldiğinde bilançoya yansıtılmayan bir malvarlığı değeri ile, bir gizli yedek akçe ile karşı karşıya kalınacağı kuşkusuzdur.

Kaldı ki esasen TK m. 376/I ve II’de “son yıllık bilanço”dan söz eden, buna karşılık TK m. 376/III’te “aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden” bilanço düzenlenmesini öngören kanun koyucu, her iki tür değerlemeye yönelik bilançonun (“sonuç açıklama bilançosu” ve “malvarlığı tespit bilançosu”) TK sisteminde de varlığını devam ettireceğinin bilincinde olduğunu açıkça göstermiştir.

⁹ Bkz. Türk, Sermaye Kaybı, s. 151. Bununla birlikte yazar, TK’nın tasarı haline yönelik değerlendirmesinde bu kez tam aksine bir düşünceyle “Yürürlükteki düzenlemede aktiflerin tahmini satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançoda 2/3 oranında açık çı-

zın TK m. 376/II'de "son yıllık bilanço'ya göre sermaye ile kanuni yedek akçe-lerin üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması"ndan söz edilmesi kanu- mızca isabetsiz olmuştur.

Gerçi ETK m. 324/II gereğince sermayenin üçte ikisinin yitirilip yitiril- mediğinin tespitinin son yıllık bilanço'ya göre yapılmaması bir başka yönden soruna neden olur niteliktedir. Gerçekten, sermayenin üçte ikisinin kaybedilip kaybedilmediği aktiflerin satış değeri üzerinden hazırlanan, diğer bir söyleyişle, malvarlığı tespit bilançosundan saptanmış olsa bile genel kurulca sermayenin tamamlanması veya indirilmesine karar verildiğinde bu işlemler için gene yıllık bilanço esas alınacaktır¹⁰. Ne var ki ETK sisteminde üçte iki oranında sermaye- nin yitirilmesine yönelik olarak ortaya çıkan bu uyumsuzluğu gidermenin yolu bu kez gerçekte belki de sermayeyi hiçbir şekilde kaybetmeyen şirketi fesih yaptırımıyla karşı karşıya bırakmak değil, aşağıda değinileceği üzere, üçte iki oranında sermaye kaybına ilişkin yersiz düzenlemeyi kanundan çıkartmaktır.

b. Hükmün yeni halinin sağlıklı bir hukuksal düşünceyle açıklanması olanaksız diğer bir yönü, ETK m. 324/II'den farklı olarak yalnızca "sermaye"nin değil, "sermaye ve kanuni yedek akçe toplamının" üçte ikisinin yitirilmesine bir sonuç bağlanması ve bu halde genel kurulun ya "sermayenin üçte biri ile ye- tinmeye" veya "sermayenin tamamlanmasına" karar verebileceğinin düzenlen- mesidir¹¹.

Sorunu daha yakından görebilmek için öncelikle "kanuni yedek akçe"nin kanunda düzenleniş şekline bir göz atmak isabetli olacaktır. Kanuni yedek akçeyi düzenleyen ve ETK m. 469 hükmünün TK'daki tekrarı olan m. 519'da "kanuni yedek akçe"ye yönelik bir üst sınır bulunmamaktadır. Hükmün üçüncü fıkrasında kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmının (tıpkı ETK m. 469/III'te düzenlendiği şekliyle) ancak "*zararların kapa- tılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsiz- liğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması*" için kullanılabilceği gösterilerek sadece bu kısma yönelik kullanım amacı tespit edilmiştir. Dolayısıyla, miktara yönelik bir üst sınır bulunmadığı için kanuni yedek akçenin esas sermayeyi yakalaması ve hatta ondan daha yüksek bir meblâğa ulaşması mümkündür¹². Bu durumda sözgelimi esas sermaye ve ka- nuni yedek akçe toplamının üçte ikisinin kaybı halinde halen esas sermayenin

karken, yıllık bilançoda hiç açığın ortaya çıkmaması olasılığı bile vardır." sonucuna varmakta ve üçte iki oranında sermaye kaybının yıllık bilanço'ya göre tespitinin isabetli olduğunu ileri sürmektedir (bkz. Türk, "Türk Ticaret Kanununun Tasarısının Genel, Ti- caret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, C. II, s. 2180 [Öztan Armağanı]). Kanımızca her iki bilanço'ya ilişkin değerlendirme ilkeleri dik- kate alındığında yazarın bu sonraki yargısını yerinde görmek mümkün değildir.

¹⁰ Ayrıntılı inceleme için bkz. Türk, Sermaye Kaybı, s. 169 vd., özellikle 176.

¹¹ Bu konuya yönelik haklı eleştiri için bkz. Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler–, İstanbul 2011, s. 229.

¹² Kanuni yedek akçe bakımından hükümde öngörülen ikinci ayırımın herhangi bir sınırı- nın olmadığı konusunda bkz. Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010, N. 1510; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, 2. Bası, İstanbul 2003, s. 212.

tamamı ortaklık bünyesinde varlığını koruyacağı için tamamlanması gereken bir esas sermaye kısmından söz edilemeyecektir. Bir başka olasılık, esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin karşılıksız kalmasına rağmen (örneğin 200.000 TL esas sermaye ve 100.000 TL kanuni yedek akçenin bulunduğu bir durumda, 2/3 oranında kayıp halinde şirketin esas sermayesinin 100.000 TL'si halen mevcuttur) yitirilmiş sermayenin üçte bir oranına ulaşmamasıdır. Böyle bir olasılıkta diyelim genel kurul kalan sermaye ile iktifaya karar vermek isterse bu kez gene TK m. 376/II'nin öngördüğü üçte bir¹³ sermaye ile yetinme kararı almak mümkün olamayacaktır. Zira TK m. 376/II'de düşünülen sermaye azaltımı zararın bünyeden atılması amacıyla yapılan basitleştirilmiş sermaye azaltımıdır. Oysa verilen son örnekte üçte bir oranında sermaye ile yetinme kararı almak için (sermaye yitirimi sonunda 100.000 TL kalan kısım 200.000 TL tutarındaki esas sermayenin yarısına denk gelmektedir; dolayısıyla sermayenin üçte biri ile yetinilmesi bu kısmın da indirilmesi zorunluluğunu beraberinde getirir) basitleştirilmiş sermaye azaltımı (TK m. 474/II) yeterli değildir; ayrıca olağan sermaye azaltımı (TK m. 473, 474/I ve 475) işlemlerinin de tamamlanmasına ihtiyaç vardır.

Kanımızca kanunda ortaya çıkan bu açıklanamaz garipliğin nedeni, TK m. 376/I'de İsviçre hukukunu takiben yapılan değişikliğin (1/2 esas sermaye kaybı yerine esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının 1/2'sinin kaybına sonuç bağlanması) bu kez İsviçre hukukunda bulunmayan ikinci fıkrada düzenlenen üçte iki oranındaki kayıp haline yönelik olarak da kanuna eklenmesi, ancak bu eklemenin anılan fıkrada hükme bağlanan olasılıkla uyumlu olup olmadığının sağlanmasının yapılmamasıdır.

c. TK m. 376/II'de (ETK m. 324/II'den ayrılarak) yapılan değişikliğin ve aslında bundan daha önemlisi başlıbaşına üçte iki oranında sermaye kaybının özel olarak düzenlenmesinin gerekliliğinin değerlendirilmesi bakımından soruna bir başka açıdan daha bakılması yerinde olacaktır: Hüküm bu haliyle hangi menfaati korumaya hizmet etmektedir? Bu noktada iki menfaat grubu bakımından sorunu ayrı ayrı değerlendirmeliyiz: Ortaklık alacaklıları ve pay sahipleri.

c1. Öncelikle hemen bir hatırlatmada bulunarak kanun koyucunun ETK sisteminde üçte iki oranında sermaye kaybının alacaklıların menfaatini ilgilendiren bir yönü olduğunu kabul ettiğini, öyle ki ETK m. 436'da alacaklılara şirketin feshini talep etme imkânının dahi tanındığını belirtmeliyiz. Aslında her ne kadar sermayenin hangi miktarda olursa olsun bir kısmı mevcut olduğunda alacaklıların alacağını karşılayan miktardaki malvarlığı ortaklık bünyesinde var olmaya devam ettiği halde kanun koyucu ETK sisteminde bunu yeterli görmemiş, sermayenin üçte ikisinin kaybı durumunda şirketin feshini dava etmek yoluyla şirketi alacağı teminat altına almaya zorlama olanağını alacaklılara tanımıştır. ETK m. 436'nın ikinci cümlesinde yer alan *"Ancak, alacağına karşı muteber teminat gösterilmesi halinde fesih kararı verilmez."* hükmünün sonucu budur.

¹³ Aslında TK m. 376/II'nin eleştiri konusu olacak bir diğer yönü, hükümde üçte bir sermaye ile yetinme kararı alınabileceğinden söz edilmesidir. Oysa burada amaç "kalan sermaye" ile yetinmeyi düzenlemek olduğu için hiç olmazsa hükmü bu şekilde düzeltmek gerekirdi. Bkz. Türk, Öztan Armağanı, s. 2181.

Oysa 6102 sayılı TK'da bu çözümden vazgeçildiğini görüyoruz. Gerçekten TK'da, ETK m. 436 hükmüne muadil bir düzenlemeye kanunda yer verilmeyecek sermayenin üçte ikisinin kaybı halinde alacaklıların dava açması olanağı ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla sermayenin üçte ikisinden daha fazla bir kısmının kaybı halinde dahi artık alacaklıların şirketin feshini talep edebilmelelerine, böylece alacaklılarının şirketçe güvence altına alınması için şirketi zorlamalarına olanak yoktur. Gerçi bir an için TK m. 376/II'de sermayenin üçte ikisinin yitirilmesi olasılığında derhal toplantıya çağrılacak olan genel kurul tarafından alınması mümkün iki karardan herhangi birinin (sermayenin üçte biri [kalanı] ile yetinmeye veya sermayenin tamamlanmasına) alınmaması halinde şirketin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı hükmünden yola çıkılarak menfaatini ispat eden herkesin, dolayısıyla alacaklıların da şirketin sona erdiğinin tespitini dava edebilecekleri akla gelebilirse de¹⁴ şirketin sermayesinin bir kısmının mevcut olduğu hiçbir durumda alacaklıların haklarının haleldar olduğundan söz edilemeyeceği için bu tür bir düşünceye hak verilemez. O kadar ki TK m. 376/III'te kanun koyucu, aktiflerin pasifleri karşılamaz hale geldiği, diğer bir deyişle sermayenin tamamının kaybedildiği ve artık şirketin iflâsının talep edilmesinin zorunlu görüldüğü olasılıkta bile açığı karşılayacak miktardaki alacağın sahibiyle şirket arasında yapılacak bir "iflâstaki sıradan çekilme sözleşmesi" sonucunda artık şirketin iflâsına hükmolunamayacağını açıkça kabul etmekle sermayenin sıfır düzeyine inmesi halinde bile şirketin yaşatılmasını salık vermiştir. Kısa söyleyişle, sermayenin tamamının kaybı halinde bile ortaklık alacaklılarının menfaatlerinin haleldar olmayacağını kabulü karşısında TK m. 376/II'deki düzenlemenin ortaklık alacaklılarının haklarının korunması amacıyla muhafaza edildiğinden söz etmek mümkün değildir.

c2. Bu durumda yanıtı aranmak gereken, hükmün pay sahiplerini korumak amacıyla mı korunduğu sorusudur.

Sermayenin bir kısmının karşılıksız kalması halinde bu kısmın tamamlanmaması veya sermayenin kalan kısma indirilmemesi kâr dağıtım bakımından pay sahiplerinin menfaatleriyle örtüşmeyebilir. Gerçekten TK m. 509/II-ETK m. 470/II gereğince pay sahiplerine ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtım yapılabilmesinin anlamı kâr dağıtım için öncelikle şirket sermayesinin tamamının muhafaza edilmesi ve bunun üzerinde bir artışın ortaklık malvarlığında yer alması gerektiğidir. Başka bir deyişle esas sermayenin zarar sebebiyle yitirilmiş herhangi bir kısmı tamamlanmadan pay sahiplerine kâr dağıtım yapılamaz. Bu bakımdan TK m. 376/II'de düzenlenen sermaye kaybı olasılığında sermayenin üçte biri ile yetinmeye karar verilmesi halinde takip eden yıllarda öncelikle zarar kapatılmaksızın kâr dağıtım yapılamayacağı, bu bakımdan şirketin sona ermiş sayılmasının pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında yerinde olduğu bir an için akla gelebilirse de özellikle sermaye azaltımı bakımından alınacak karara ilişkin yetersayılarda TK sisteminde yapılan değişiklikler göz önünde tutulduğunda bu düşüncenin de hiçbir şekilde savunulabilir yanının olamayacağı görülür.

¹⁴ ETK m. 324 düzenlemesi bakımından konuya ilişkin tartışmalar ve bu yöndeki görüş için bkz. İsmail Kayar, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 230 vd., özellikle s. 236.

Şöyle ki: ETK m. 324/II'de sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması durumunda genel kurulca sermayenin tamamlanmasına veya üçte bir ile yetinmeye karar verilmemesi halinde şirketin infisah etmiş sayılacağı kabul eden kanun koyucu, sermayenin azaltımı kararının alınması için ETK m. 388/III ve IV. fıkralarına uygun yetersayıların varlığını aramaktadır (ETK m. 396/II). Daha açık bir anlatımla ETK sisteminde anonim ortaklık genel kurulca sermaye azaltım kararının alınabilmesi için birinci toplantıda sermayenin yarısına, bunun mevcut olmaması halinde yapılacak ikinci toplantıda sermayenin üçte birine malik olan pay sahiplerinin toplantıda hazır bulunması ve katılanların yarısının azaltım yönünde oy kullanması gerekli ve yeterlidir. Kanunda öngörülen bu yetersayılar doğal olarak sermayenin çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahibi tarafından sermayenin azaltımı kararının alınmasının engellenebilmesine imkân tanıyabilir; böylelikle azınlıkta kalan pay sahipleri (ki burada sözü edilen sermaye azaltımında kullanılabilir toplam oyların % 50+1'ini elinde bulunduran pay sahipleri dışındaki tüm pay sahipleridir) sermaye azaltım kararı alınmaması nedeniyle ve zarar giderilmeksizin kâr dağıtım imkânı bulunmaması dolayısıyla belki de yıllarca şirketin bu olumsuz mali durumdan kurtulabilmesi için beklemek zorunluluğuyla karşı karşıya bırakılabilir. Soruna bu açıdan bakınca genel kurulun sermayenin üçte biri ile yetinme kararı almaması durumunda şirketin infisah etmiş sayılacağı düzenlemesi bir ölçüde kendi içerisinde tutarlı görülebilir.

Ne var ki bu gerekçe TK bakımından savunulabilir değildir. TK m. 473/III'ün yollaması gereğince anonim ortaklık esas sermayesinin azaltılması için TK m. 421/III'ün birinci cümlesi uygulama alanı bulur; kararın alınması, kanunun ifadesiyle, "*sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan paylarının sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları*"na¹⁵ ihtiyaç duymaktadır. Bu durumda sermayenin yüzde yirmi altısını elinde bulunduran (tam olarak ifade etmek gerekirse sermaye azaltımında kullanılabilir toplam oyun % 25+1'ini) pay sahibinin muhalefet etmesi olasılığında, TK m. 376/II gereğince genel kurul tarafından verilmesi gereken kararlardan biri olarak öngörülen üçte bir sermaye ile yetinme kararının alınmasına imkân yoktur. Başka bir söyleyişle TK m. 473'te öngörülen yetersayılar sayesinde sermaye azaltımı çoğunluğun değil, azınlığın elinde bir silâh olarak bulunmaktadır; çoğunluk, sermaye kaybı ardından sermayenin azaltılması ve böylelikle bundan sonra pay sahiplerinin kâr payı elde etmelerine olanak sağlamak istese bile azınlık bunu engelleyebilecek ve şirketin sona ermesine neden olabilecek donanıma sahip hale getirilmiştir.

Demek ki TK m. 376/II'de öngörülen sona erme imkânı hiçbir şekilde azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatine hizmet etmemektedir. Hükmün

¹⁵ TK m. 473/III'te yapılan değişiklikle sermaye azaltımı kararı alınabilmesi için ETK m. 396/II'de belirlenen yetersaydan neden farklı bir yetersayı getirildiğini kanunun gerekçesinde bulmak mümkün değildir. Öyle görünüyor ki söz konusu değişiklik uygulamada ortaya çıkan bir hastalığa çare oluşturmak için değil de yalnızca Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'nda (Aktiengesetz) sermaye azaltımında yetersayıları düzenleyen § 222/I hükmünün iktibas edilmesi nedeniyle gerçekleşmiştir (Alman hukukunda TK m. 473/III'e muadil bir düzenleme bulunmadığını hatırlatalım). Bu bakımdan kanun koyucunun bu tutumunun kanunun kendi içerisinde, yukarıda işaret edilen türden başkaca tutarsızlıkların ortaya çıkmasına neden olması şaşırtıcı görülmemek gerekir.

çoğunlukta olan pay sahiplerinin menfaatine hizmet etmediği de açıktır; zira yukarıda belirtilen, sermayenin % 75'ini elinde bulunduran pay sahibinin zaten TK m. 529/I bent (d) uyarınca şirketin feshini sağlaması her zaman olanak dahilindedir.

Görüldüğü üzere TK m. 473/III'te yapılan yetersayı ağırlaştırması karşısında TK m. 376/II'de öngörülen infisah (şirketin kendiliğinden sona ermesi) imkânı ne çoğunlukta, ne de azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatindedir. Dolayısıyla TK m. 376/II'de öngörülen sermayenin tamamlanmaması veya kalan sermaye ile iktifa edilmesi kararlarından birinin genel kurulca alınmaması halinde pay sahiplerinden herhangi birinin açacağı bir sona ermenin tespiti davası menfaat yokluğu nedeniyle redde mahkûm sayılmak gerekir.

Şu hale göre TK m. 376/II düzenlemesi yeni kanunun sistemi içerisinde hiçbir haklı menfaati korumaya da hizmet etmediği için bir an önce kanundan çıkartılmalıdır.

4. Üzerinde durmak istediğimiz son düzenleme TK m. 376/III'tür. İsviçre hukukunu takiben getirilen bu hükümde borca batıklığa rağmen mahkemece şirketin iflâsına karar verilemeyecek bir olasılık kaleme alınmıştır. Daha açık bir anlatımla sermayenin tamamen kaybedilmesi ve böylece şirketin borca batık hale gelmesi durumunda TK m. 377 ve İİK m. 179 vd.nda mahkemece şirketin iflâsının ertelenmesine karar verilebileceği düzenlemesi yer alırken TK m. 376/III'te, artık iflâsa karar verilme olasılığının bulunmadığı, dolayısıyla mahkemenin herhangi bir takdir yetkisinin olmadığı bir hal düzenlenmektedir.

Hükme göre, şirketin borca batık olduğuna ilişkin emareler varsa yönetim kurulu (ETK m. 324/II düzenlemesinden farklı olarak, yani sadece şirketin aktiflerinin satış değerine göre değil), iki ayrı yönetime göre, kanunun ifadesiyle *“aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden”* bir ara bilanço hazırlayacaktır¹⁶. Düzenlenen bilançodan şirket-

¹⁶ TK m. 376/III'ün 6335 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki metninde ayrıca yönetim kurulunun hazırladığı ara bilançoyu denetçiye vereceği, denetçinin bu ara bilançoju inceleyerek en çok yedi gün içinde “değerlendirmeleri ve önerilerini bir rapor halinde yönetim kuruluna sunacağı”, önerilerde 378. maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınmasının şart olduğu hükme bağlanmıştı. Ancak kanun koyucu bu düzenlemeyi, TK sistemiyle getirilen bağımsız denetçinin göreviyle uyuşmadığı gerekçesiyle (bkz.; Adalet Komisyonu Raporu, s. 16 [çevrimiçi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf>]) kaldırmıştır.

Doğrusu TK m. 376/III'in önceki hali bir başka yönden daha anlamlı değildi ve bu nedenle yapılan değişiklik isabetli olmuştur. Gerçekten, her ne kadar hükmün ilk halinde denetçinin ve erken teşhis komitesinin önerilerinin dikkate alınması zorunluluğundan söz edilmekteydiyse de gerek denetçinin, gerek erken teşhis komitesinin görevi göz önünde bulundurulduğunda aslında burada bir “öneri” yapılmasına olanak olmadığı kendiliğinden anlaşılır. Denetçi, kendisine sunulan bilançonun ancak gerçekliğini ve kanunun aradığı şartlara uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini denetleyebilir; riskin erken teşhisi komitesi de, TK m. 378'in ifadesiyle, “şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi ve bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması” için vardır. Şirket borca batık hale geldiğinde riskin erken teşhisi komitesinin bir öneride bulunabilme aşaması çoktan geçmiş demektir. Dolayısıyla gerek denetçinin, gerek erken teşhis komitesinin yönetim kurulu tarafından düzenlenen ara bilançoja yönelik herhangi bir öneride bulunabilmesine olanak yoktu.

tin aktiflerinin alacaklılarının haklarını karşılamaya yetmediği anlaşılırsa, diğer bir deyişle şirketin borca batık olduğu görülürse yönetim kurulu bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirerek şirketin iflâsını istemek zorundadır. Bununla birlikte şayet iflâs kararı verilmeden önce şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak turtardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın gerçekliği yönetim kurulunun başvurduğu mahkemece atanan bir bilirkişi tarafından doğrulanmışsa şirketin iflâsına karar verilemez.

TK m. 376/III, İsviçre Borçlar Kanunu m. 725/II'nin iktibası niteliğinde olmakla birlikte hükmün çevirisi ve hükme yapılan birtakım eklemeler düzenlemeyi karmaşık ve kendi içerisinde tutarsız hale getirmiştir.

a. İlk olarak fıkranın ifadesine göre şirketin borca batık olduğu işaretini gören yönetim kurulu iki yonteme; yani aktiflerin hem “işletmenin devamlılığına” hem de “muhtemel satış fiyatlarına” göre ara bilanço çıkartmak zorundadır. Daha berrak şekilde söylersek hükmün lâfzı, yönetim kuruluna mutlaka her iki yonteme göre düzenlenecek bilanço hazırlamasını zorunlu kılıyor götürmektedir¹⁷.

Oysa hükmün korumak istediği menfaat ve mehaz İsv. BK m. 725/II göz önünde tutulduğunda yönetim kurulunun her iki yonteme göre bilanço çıkartmasının zorunlu olmadığı; yönetim kurulunun önce “aktiflerin işletmenin devamlılığı” esasına göre bir bilanço çıkartması gerektiği, şayet bu bilançoda şirketin borca batık olduğu görülürse bu kez ikinci yonteme göre, yani “aktiflerin muhtemel satış fiyatları” esasına dayalı bir bilanço hazırlayacağı, bu ikinci yonteme göre hazırlanan bilançodan da şirketin borca batıklığı sonucuna varıldığında artık iflâs başvurusunda bulunma mecburiyetinin doğacağı söylenmelidir¹⁸. Dolayısıyla ikinci yonteme göre (aktiflerin muhtemel satış fiyatları

Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu m. 725/II'de yalnızca düzenlenen ara bilançonun denetçinin denetimine sunulması gereğinden söz edilmektedir ki hükmün konulma gerekçesi, yönetim kurulunun mali durumu “güzel göstermesi” tehlikesinin önlenmesidir (Bkz. Wüstiner, Art. 725, N. 39b).

¹⁷ Nitekim bu yönde bkz. Kendigelen, s. 229. Ayrıca gerekçede de şirketin borca batıklığına ilişkin işaretlerin varlığında iki bilanço çıkartmanın çeşitli yararlarından söz edilmekle (ancak bunların ne olduğu konusunda herhangi bir açıklamada bulunulmamaktadır) hükmün lâfzı desteklenmektedir (Gerekçe için bkz. Adalet Komisyonu Raporu, s. 175 [çevrimiçi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>]).

¹⁸ Bkz. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, N. 206; Wüstiner, Art. 725 N. 38; karş. Türk, Sermaye Kaybı, s. 89.

Biraz önce de söylediğimiz üzere maddenin temel sorunu İsv. BK m. 725/II'den yapılan çevirinin pek yerinde olmamasıdır. İsv. BK m. 725/II'de iki cümle halinde yer alan düzenlemede birinci cümlede şirketin borca batık olduğuna yönelik işaretlerin bulunması halinde yönetim kurulunun bir ara bilanço düzenlemesi gereğinden söz edilmekte (“Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt...”), ikinci cümlede ise bu ara bilançodan “aktiflerin ne işletmenin devamlılığına ne de muhtemel satış fiyatlarına göre ortaklık borçlarını karşılamadığı görülüyorsa” (“Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt

üzerinden) bilanço düzenleme zorunluluğunun ön şartı, ilk yönetime göre (aktiflerin işletmenin devamlılığı esasına göre) hazırlanan bilançonun borca batıklık göstermesidir; yoksa yönetim kurulu her halde iki yönetime göre bilanço hazırlamakla yükümlü değildir.

b. TK m. 376/III ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir konu şirketin borca batık halde olmasına karşın şirketle alacaklıların bazıları (şirketin borca batıklığını ortadan kaldıracak miktardaki alacağın sahibiyyle) arasında yapılması durumunda iflâs talebinde bulunulmasının artık gerekmemesi sonucunun bağlandığı *"iflâstaki sıradan çekilme sözleşmesi"* nin ne şekilde tespit olunacağıdır.

b1. Bu çerçevede öncelikle *"iflâstaki sıradan çekilme sözleşmesi"* nin ne olduğu üzerinde kısaca durmak yerinde olacaktır¹⁹. Türk hukukunda özel olarak düzenlenmemiş bu sözleşme, alacaklının, ortaklığın iflâsı durumunda sıra cetvelinde en alt sıraya inmeyi kabul ettiği ve ortaklıkla akdettiği bir sözleşmedir. Sıradan çekilme sözleşmesi ortaklıkla bir veya daha çok alacaklısı arasında yapılır. Buna göre alacaklı, diğer tüm alacaklıların haklarının karşılanmasından sonra kendi alacağına sıra gelmesini kabul etmektedir; dolayısıyla ortaklıkla sıradan çekilme sözleşmesi akdeden alacaklı arasında, bu alacaklının alacağını alması için öngörülen şart, ortaklığın iflâsı halinde diğer alacaklıların alacaklarını tam olarak almaları ve tatmin edilmeleridir. Başka bir söyleyişle sözleşmeyi yapan alacaklının hakkı, ortaklık borca batıklık halinden çıkana kadar veya iflâsta diğer alacaklıların hakları ödenene kadar ertelenmiş olmaktadır. İsv.BK m. 725/II'de sözleşmenin şekline yönelik özel bir hüküm öngörülmediği halde TK m. 376/III'te ayrıca sözleşmenin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak aranmıştır.

b2. İsviçre hukukundan ayrılmak suretiyle hükme yapılan eklemelerle karmaşık hale getirilen husus ise yeterli alacaklıyla iflâsta sıradan çekilme sözleşmesinin yapıldığının nasıl tespit edileceğidir. İsviçre hukukundaki düzenleme son derece sadedir: Yönetim kurulu, hazırladığı ara bilançoyu denetçi-

sind...) iflâs için mahkemeye başvurma zorunluluğu olduğu hükme bağlanmaktadır. Görüldüğü üzere İsv. BK m. 725/II'nin lafzı, yönetim kurulunun her halde iki yönetime göre bilanço düzenlemekle yükümlü olmadığını göstermesi bakımından son derece açıktır. Bununla birlikte bkz. ve karşı. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011, N. 621-622. Yazar önce TK m. 376/III'ün İsv. BK m. 725/II'ye paralel bir düzenleme getirerek iki bilançonun düzenlenmesini öngördüğünü ileri sürmekte (N. 621), ardından bir sonraki paragrafta TK m. 376/III'ün aynı cümlesini zikrederek kaynak İsv. BK m. 725/II'den farklı bir hükme yer verildiğini söylemektedir.

¹⁹ Ayrıntılı inceleme için bkz. Türk, Sermaye Kaybı, 293-294.

Her ne kadar TK m. 376/III'te geçen "bu beyanın veya sözleşmenin" ifadesinden sanki alacaklının tek taraflı beyanına da maddede öngörülen sonucun bağlanacağı izlenimi doğmaktaysa da esasen burada alacaklının tek taraflı bir işlemi yoktur; erteleme ancak şirketin de bu hususu kabul etmesi, dolayısıyla taraflar arasında sırada sona gitmeyi konu edinen bir sözleşmenin kurulması ile gerçekleşir. Bu bakımdan maddeki "beyan" ifadesine rağmen hükümde öngörülen iflâstan kurtulma sonucunun doğması için taraflar arasında bir "sözleşme" kurulması gerektiğinden kuşku duyulmamalıdır. Nitekim iflâsta sıradan çekilmenin iki taraflı hukuki işlem olduğu yönünde bkz. Marcus Duss, Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften, Zürich 1971, s. 32-33.

nin denetlemesine sunacak, ara bilançodan şirketin borca batık olduğu sonucu çıkarsa şirketin iflâsı istemiyle mahkemeye başvuracaktır; meğer ki borca batıklığı engelleyecek ölçüde alacaklı iflâstaki sıradan çekilmeyi kabul etmiş olsun. Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda iflâstaki sıradan çekilme sözleşmesinin mahkemece atanacak bir bilirkişi tarafından teyit edilmesi gerekmediği gibi önce iflâs başvurusunda bulunup bu prosedürün iflâs davası aşamasında tamamlanması zorunluluğu da yoktur.

Ne var ki TK m. 376/III'e eklenerek kaynak kanundan farklılaşmasına neden olan bu cümleler, maddeyi anlamlandırmayı güçleştirmiştir. Hükmün ifadesinden, sanki her durumda yönetim kurulunun iflâs talebiyle mahkemeye başvurması gerektiği, bununla birlikte iflâs davasının görüldüğü sırada, fakat henüz iflâs kararı verilmeden önce bazı alacaklılarla iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi imzalanarak şirketin iflâsı sonucunun ortadan kalkmasının sağlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim hükümde geçen *“yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflâsını ister; meğer ki iflâs kararının verilmesinden önce.... iflâs isteminin bildirileceği mahkemece atanacak bilirkişilerce doğrulanmış olsun.”* ifadeleri bu yorumu haklı kılar.

Ancak bu durumda bir sonraki cümleyi bu ilk cümle ile birlikte okuyarak anlamlandırmak güçleşmektedir: *“Aksi halde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflâs bildirimini olarak kabul olunur.”* Oysa hükümde bilirkişi incelemesi için mahkemeye yapılacak bir başvurudan söz edilmemektedir.

b3. Şu durumda, her iki cümle sağlıklı bir sonuca ulaşılmak bakımından ancak şu şekilde yorumlanabilir:

Hükmün uygulanmasında bir olasılık yönetim kurulunun, henüz iflâs için mahkemeye başvurmadan önce, bazı (veya tüm) alacaklılarla iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi imzalaması, böylece sıradan çekilme sözleşmesi akdetmeyen kalan alacaklıların alacaklarını karşılayacak miktarda aktifin varlığının bulunmasını sağlamasıdır. Ne var ki bu husus başlıbaşına iflâsın engellenmesine yeterli değildir; söz konusu hukuki vaziyetin mahkemece atanacak bir bilirkişi aracılığıyla da tespit edilmesi gerekir²⁰. Dolayısıyla bu halde iflâs talebiyle mahkemeye başvurulması söz konusu değildir. Bununla birlikte mahkemece atanacak bilirkişi tarafından yapılan incelemede *“şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları”* ile iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi akdedilmediği anlaşılırsa,

²⁰ Hükümde yapılan bu değişiklik Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin önerisi sonucunda adalet alt komisyonunda gerçekleştirilmiş (Bkz. Adalet Komisyonu Raporu, s. 490 [çevrimiçi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>]) ancak yapılan eklemenin maddede ifade zaafiyeti oluşturup oluşturmadığı gözden kaçırılmıştır.

Kanun koyucunun İsviçre hukukundan farklı olarak iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi akdedilen alacaklılar dışında kalanların alacağının varlığının tespiti için mutlaka mahkemece atanacak bir bilirkişi tarafından yapılacak tespiti ihtiyaç duymasının nedenini olsa olsa bu yolun ülkemiz uygulamasında kötüye kullanılacağı, diğer bir söyleyişle, bilirkişi tespiti yapılmadığı olasılıkta yönetim kurulu üyelerinin gerçekte var olmayan sözleşmeleri akdedilmiş gibi gösterebilecekleri yönündeki peşin kabulünde aramak gerekir.

“*bilirkişi incelemesi talebi*” bu aşamadan sonra iflâs bildirimini kabul edilecektir; TK m. 376/III’ün son cümlesini başka türlü anlamlandırmak mümkün değildir.

İkinci olasılık ise yönetim kurulunun alacaklılarla iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi akdetmeyerek doğrudan iflâs talebiyle mahkemeye başvurmasıdır. Ancak bu olasılıkta da henüz iflâs kararı verilmeden önce yönetim kurulu ile alacaklılar arasında iflâsta sıradan sonraya gitme sözleşmesi akdedilebilir ve mahkemece bu tespit olunarak şirket iflâs etmekten kurtulabilir.

Şu var ki TK m. 376/III’e yapılan ekleme gereğince iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi ardından diğer alacaklıların alacaklarının karşılanıp karşılanmadığının mahkemece atanacak bilirkişi tarafından yapılacak inceleme ile tespit edilmesinin aranmasının, anılan kurumdan sağlanacak faydayı büyük ölçüde ortadan kaldırayabileceği de söylenmek gerekir. Gerçekten, mahkemece verilecek iflâsın ertelenmesi kararı ile kıyaslandığında iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi akdederek mali durumun düzeltilmesi yolunun sağlayacağı en önemli kazanımlardan biri işlemin aleniyet kazanmasının önüne geçilebilmesi mümkündür²¹. Halbuki ister bilirkişi atanması, ister iflâsın ertelenmesi talebi olsun, bir kez mahkemeye başvuruda bulunulduktan sonra artık şirketin mali durumu tamamıyla aleni hale dönüşür; dolayısıyla bu aşamadan sonra alacaklılar arasında oluşacak algı, şirkete karşı takınılacak tavır, mali durumun düzeltilmesi önünde yeni bir engel teşkil eder. Bu bakımdan hükümde yapılan değişiklik, iflâsta sıradan çekilme kurumunun şirketin mali durumunun daha kolaylıkla düzeltilmesine imkân sağlayabileceği yönündeki kurumun ortaya çıkış sebebiyle de örtüşmemektedir.

²¹ Bkz. Duss, s. 26.