

Anonim şirketlerde borca batıklığın tespiti ve hukuki sonuçları **Av. Zekeriya Başar Özbilen**

1. Giriş

Dergimizin Ağustos sayısında yayınlanan yazımızda, sermaye şirketlerinde ortakların mali sorumluluğunun, şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olduğunu, bu durumun sermaye şirketlerinin alacaklılarının alacaklarını, şirketin malvarlığının yetersizliği nedeniyle tahsil edememeleri halinde dahi ortakların kişisel mal varlıkları ile sorumlu olmalarını engellemediğini ifade etmiş ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 376. maddesi çerçevesinde anonim şirketlerde sermaye kaybının tespiti ve mali durumun iyileştirilmesi sonuç ve koşullarını irdelemiştik.

Mezkur madde hükmü ve devamında sermaye kaybının yanı sıra borca batıklık durumunun tespiti ve bu durumun hukuki sonuçlarına da yer verilmektedir. Söz konusu madde gerekçesine göre, hükmün amacı, pay sahiplerini, alacaklıları, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumaktır.

Sermaye kaybında yönetim kurulunun görevi, kaybın ne ölçekte olduğunu tespiti ile söz konusu durumu ve öngörülen iyileştirme tedbirlerini derhal genel kurulun dikkatine sunmak, sermayenin tamamlanmasına veya kaybolan sermaye ile yetinilmesine karar verilmesini sağlayarak sermaye kaybıyla oluşan durumu ortadan kaldırmak iken, borca batıklık halinde tüm alacaklıların eşit işleme tabi tutulabilmesi bakımından iflas tasfiyesini sağlamak olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu yazımızda, anonim şirketlerde borca batıklık halinin tespiti ile hukuki sonuçları irdelenecektir.

2. Borca batıklığın tespiti

2.1. Genel olarak borca batıklık kavramı

Borca batıklık, Türk Ticaret Kanunu uyarınca şirket aktiflerinin kayıtlı değerleri ile değil, rayiç değerleriyle değerlemeye tabi tutulsalar bile şirket alacaklılarının, alacaklarını karşılayamaması olarak tanımlanmaktadır.

Anonim şirketlerde borca batıklık ve buna bağlanan hukuki sonuçlar, TTK'nın "Yönetim Kurulunun Görev ve Yetkileri" bölümü ve 376. maddesinin üçüncü fıkrası ile 377. maddesinde düzenlenme alanı bulmaktadır. 376. maddenin üçüncü fıkrasına göre şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, şirket yönetim kurulunun, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatlarına yani rayiç değerlerine göre bir ara bilanço çıkarması gerekmektedir. Yönetim kurulu, hazırlanan ara bilanço vasıtasıyla borca batıklığı tespit etmiş ise genel kurulu toplantıya çağırmadan derhal borca batıklığın bildirim ve iflas istemiyle şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret merkezine bildirimde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde yönetim kurulunun alacakların haklarına halel gelmesi sebebiyle hukuki ve cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

Peki, yönetim kurulu hangi hallerde borca batıklık şüphesi ile harekete geçmektedir?

2.2. Borca batıklık şüphesinin oluşması

Her ne kadar borca batıklığa ilişkin emareler her somut olaya göre değişkenlik gösterse de, bazı belirtilerin varlığı halinde bu tespitin yapılabilmesinin genel olarak mümkün olduğu söylenebilecektir. Örneğin, yıllık bilanço esasına göre hazırlanmış bir yılsonu bilançosu veya ara bilançoda borca batıklığın tespit edilmesi söz konusu olabilir. Bunun yanında, öz kaynaklarda bir azalma varken yabancı kaynaklarda meydana gelen artış borca batıklığa ilişkin emare olarak adlandırılabilir. Bunlardan farklı olarak operasyonel anlamda şirketin işletme faaliyetlerini sürdürebilmesi için gerekli addedilen unsurların kaybolması borca batıklık şüphesi uyandırması açısından önemli bir emare olarak kabul edilebilir. Öte yandan, şirketin büyük bir alacağının borçlusunun iflası veya ilgili borcun icra takibinin neticesiz kalması, yatırım amacıyla elde bulundurulmuş sermaye piyasası araçlarının değerinin aşırı derecede düşmesi, döviz kurlarındaki aşırı değişimler dolayısıyla döviz rezervlerinin değer yitmesi veya borcun aşırı artması borca batıklık şüphesini doğurduğu söylenebilecektir.

İşte bu şekilde beliren borca batıklık şüphesi halinde yönetim kurulu derhal işletmenin devamlılığı ve aktiflerin rayiç değerleri uyarınca ara bilançolar hazırlayacak, borca batıklığı tespit edecek ve gerekirse mahkemeye bildirimde bulunacaktır.

2.3. Borca batıklığın tespiti için ara bilançonun düzenlenmesi

Borca batıklığa ait emarelerin belirmesi durumunda yönetim kurulu aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de gerçek değerlerine göre iki ayrı bilanço düzenlemekle yükümlüdür. Şirketin borca batık durumda olduğuna yönelik işaretler olmasına rağmen yönetim kurulu yukarıda belirtilen iki ara bilanço düzenlemeze, Türk Ticaret Kanunu gereğince sorumluluğu doğacaktır. Zira, yönetim kurulunun ara bilanço hazırlamasındaki maksat, bilanço tarihinde aktiflerin nakde çevrilmesi durumunda şirketin borçlarının ödenebilecek olup olmadığının tespitidir. Bir nevi tasfiye bilançosunun hazırlanmasıdır. Yönetim kurulunun bu yükümlülüğü, şirketin finansal ve ekonomik durumunu sürekli olarak takip etmesi zorunluluğuna ilişkindir.

Bunun için yapılacak değerlemede bilanço tarihi esas alınacaktır. Aktiflerin rayiç değerlerinin tespiti için Kanun koyucu herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Doktrinde şirket faaliyetleri için esaslı olan aktiflerin bir bütün halinde satılması durumunda şirketin faaliyetlerine devam edip edemeyeceği hususunun değerlemeye bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir. Nihai amacın alacaklıların haklarının korunması olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu anlayışın doğru olduğu söylenebilecektir.

2.3.1 İşletmenin devamlılığı esasına göre ara bilanço düzenlenmesi

İşletmenin devamlılığı esası, işletme canlıyken, yani hem bilanço tarihinde hem de gelecekteki bir süre zarfında işletme faaliyetlerinin sonuçları dikkate alınarak yapılan değerlendirmedir. İşletmenin sürekliliği için yapılan değerlendirmede, olay veya şartların doğası gereği belirsiz olan gelecekteki sonuçlar hakkında belirli bir tarihte varsayımında bulunulur. İşletmenin büyüklüğü ve karmaşıklığı, faaliyetlerinin niteliği ve durumu, dış faktörlerden etkilenme derecesi, olay veya şartların sonucuna ilişkin yapılacak varsayımı etkiler.

İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilançoda, faaliyetlerine devam eden bir işletmenin bütünüünün değeri esas alınmaktadır. İşletmenin devamlılığı esası, sadece değerlendirme anının değil, gerçekçi varsayımlara dayalı olarak ileride oluşabilecek değerlerin de göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Bunun için aktifler, borçlar, gelir-gider ile işletmenin elde edeceği fırsatlar, ihtimallere göre hesaba katılarak değerlendirilir.

Aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi, yukarıda da belirtildiği gibi, faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak değerlendirme yapılması anlamına gelmektedir. Böyle bir değerlendirme işletmenin borca batık durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koyar. Örneğin bir şirketin kuruluşunun ilk yıllarında yaptığı yatırım dolayısıyla borca batık olmasına karşın, ilerleyen yıllarda kâr elde edilebileceği ihtimalinin yüksek olması uzman bir işletmeci tarafından farklı değerlendirilebilir.

Halka açık ortaklıkların ara dönem finansal rapor hazırlama yükümlülüğü bulunmuyorsa, borca batıklık şüphesinin ortaya çıkmasını takiben 30 (otuz) gün içerisinde mevzuata uygun olarak hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre ara bilanço düzenlenmesi gerekmektedir.

2.3.2 Aktiflerin rayiç değerlerine göre ara bilanço düzenlenmesi

Ara bilançonun aktiflerin gerçek değerleri esasına göre düzenlenmesi, aktiflerin kayıtlı değerlere göre değil, rayiç değerlerine göre değerlendirilmesidir. Bu sebeple ara bilanço çıkarılırken yıllık bilançoda olduğu gibi kayıtlı değerler esas alınmaz. Aktiflerin rayiç değerleri esasına göre düzenlenen ara bilançonun temel amacı, yıllık bilançodan farklı olarak, ortaklık malvarlığının rayiç değerini gerçekçi bir biçimde ortaya koyarak şirket aktiflerinin borçları karşılama yeti yetmediğinin tespitini sağlamaktır.

Halka açık ortaklıklar bakımından, aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanacak ara bilançonun borca batıklık şüphesinin ortaya çıkmasını takiben en çok 30 (otuz) gün içerisinde düzenlenmesi gerekmektedir.

Değerlendirme esnasında işletmeye ait bazı malvarlığının (mesela bir tesis müteammim cüzü veya bir makinenin aparatları) parçalarından ayrılması durumunda daha düşük bir değer ile alıcı bulabileceğinden bu husus değerlemede dikkate alınmalıdır.

Şirketin sahip olduğu ödeme araçları (nakit, çek vb.), nominal değerleri üzerinden, döviz ise bilanço günündeki kur üzerinden aktifleştirilecektir. Şirketin sahip olduğu menkul kıymetler ise borsada rayicinin bulunup bulunmamasına göre bir ayrıma tabi tutulmalı ve borsada rayici bulunanlar bilanço günündeki rayiç değer üzerinden, diğerleri ise tahmini satış değerleri üzerinden değerlemeye konu edilmelidir.

Öte yandan şirket alacakları, kayıtlı değerler üzerinden değil, tahsili mümkün olan tutarlar olarak bilançoya kaydedilecektir. Paraya çevrilmesi mümkün olan lisans, patent, marka gibi değerler aktif kalemleri arasında yazılacaktır.

2.4. Borca batıklığın mahkemeye bildirim ve iflas istemi

Yukarıda bahsettiğimiz üzere şirket yönetim kurulu, borca batıklık emarelerinin tespiti üzerine hem aktiflerin rayiç değerlerine göre hem de işletmenin devamlılığı esasına göre ara bilanço çıkarır. Yönetim kurulu, her iki ara bilançodan da şirket aktiflerinin borçları karşılamadığını tespit eder ise şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine borca batıklık bildiriminde bulunarak şirketin iflasını istemek ile yükümlüdür. Aksi takdirde yönetim kurulunun hukuki ve cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu noktada uygulamayı tereddüde sürükleyebilecek olan, iki bilançonun birbiriyle çelişmesi halinde yönetim kurulunun nasıl hareket etmesi gerektiği sorunsalıdır. Zira her iki bilançonun borca batıklık halini göstermesi durumunda veya borca batıklık halini göstermemesi herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu bilançoların çelişmesi durumunda, yönetim kurulunun işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilançoya göre mi yoksa aktiflerin rayiç değerleri esasına göre düzenlenen ara bilançoya göre mi mahkemeye başvurması gerektiği kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır.

Ancak Sermaye Piyasası Kurulu, TTK'nın 376. maddesinin halka açık ortaklıklar bakımından uygulamasıyla ilgili olarak yayımladığı 10.4.2014 tarih ve 11/352 sayılı İlke Kararı ile işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan ara bilançonun sermayenin tamamının kaybını gösteriyorken, aktiflerin rayiç değerlerine göre düzenlenen ara bilanço aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılaması durumunda mezkur maddede öngörülen tedbirlerin alınmasına gerek olmadığını belirterek duruma bir dayanak yaratmış bulunmaktadır.

Kanaatimizce de, aktiflerin rayiç değerine göre düzenlenen bilançonun borca batıklık halini göstermemesi durumunda mahkemeye bildirimde bulunmak gerekmeyecektir; zira böyle bir bilançonun maddi gerçeğe daha yakın bir sonuç ortaya koyduğu düşünülebilir.

Kaldı ki; Yargıtay çeşitli kararlarında borca batıklığın tespiti sırasında, rayiç değerlerin esas alınmasının gerekli olduğunu açıkça ifade etmiş bulunmaktadır.

Tam tersi bir durumda ise işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilançonun olumlu, aktiflerin rayiç değerlerine göre düzenlenen ara bilançonun ise olumsuz olması durumunda, bu bilançolardan birinin borca batıklığı göstermemesi nedeniyle yönetim kurulunun mahkemeye bildirim yaparak iflas başvurusunda bulunmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.¹

Değerlemenin bu bakımdan bağımsız bir denetim kuruluşuna yaptırılması önem arz etmektedir. Zira alacaklılar borca batıklığın tespitinin doğru yapılmadığını, şirketin aslında borca batık olduğunu, dolayısıyla zarara uğradıklarını iddia edebileceklerdir. Bu durumda, yönetim kurulunun en azından sorumluluk açısından bu yöntemle hareket etmesi yerinde olacaktır.

3. İflas kararının verilmesinin engellenmesi

3.1. Alacaklının alacak sırasında sona yazılması

Yönetim kurulu tarafından mahkemeye yapılan borca batıklık bildirim ile şirketin iflasının istenilmesi durumunda, şirketin iflasına karar verilmesini engelleyici yöntem, şirket alacaklılarından bazılarının, kendi alacaklarını, diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya gitmesini yazıyla kabul etmeleridir.

Borca batıklığı ortadan kaldıracak kadar alacaklı, henüz mahkemeye başvurulmadan önce ön sıradan son sıraya yazılma hususunda taahhütte bulunur ise yönetim kurulu yine de mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunacak ve söz konusu sırada sona geçme beyanı veya sözleşmelerini mahkemeye sunarak bunların değerlendirilmesini isteyecektir. Bu durumda yönetim kurulu borca batıklık bildiriminde bulunacak fakat sırada sona geçme sebebiyle iflas istemeyecektir. Şayet mahkemeye ibraz edilen evrak gerçeği yansıtır ve borca batıklık şartı bulunmuyorsa, mahkeme şirketin borca batık olmadığını tespitine ve talebin reddine karar verecektir.

Öte yandan söz konusu beyan veya sözleşmeler, yönetim kurulunun mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunarak iflas (veya iflasın ertelenmesi) isteminde bulunmasından sonra ancak mahkeme kararından önce

¹ Kırca, İ./Şehirali Çelik, F. H./Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, sf:587, Cilt 1, Ankara 2013

sunulursa, mahkeme şirketin borca batık olduğunun tespitine ve iflas kararı verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm tesis edecektir.

Görüldüğü üzere alacak sırasında borca batıklığı bertaraf edecek kadar alacak tutarına sahip alacaklıların sona yazılmaları, yönetim kurulunun mahkemeye başvurmasını değil, mahkemenin şirkete ilişkin iflas kararı vermesini engelleyen bir nitelik barındırmaktadır.

3.2. İflasın ertelenmesi

Mahkeme tarafından iflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için öncelikle şirketin borca batıklığının tespitinin yapılmış olması gerekmektedir.

Bunun yanında TTK'nın 377. maddesi uyarınca, yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dahil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilmektedir.

Mahkeme, borca batık şirketin ancak sunulan iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması sebebiyle iflasının ertelenmesine karar verebilir. Yüksek mahkemenin; iflasın ertelenmesi veya erteleme süresinin uzatılması taleplerinde sunulacak olan iyileştirme projesinin nasıl olması gerektiği, şirketlerin iyileştirme projesinde hangi tedbirlere yer verebileceği, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcılığının nasıl temin edileceği konularında birçok kararı bulunmaktadır. Buna göre mahkemenin iflas ertelenmesi kararını verebilmesi için;

- İyileştirme projesindeki tedbirlerin somut, kesin ve ölçülebilir tedbirler niteliğinde olması,
- İyileştirme projesinde belirtilen hususların belgelendirilebilmesi,
- İyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunun bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi,

gerekli görülmektedir.

4. Yönetim kurulunun sorumluluğu

Şirketin borca batık olduğu ara bilançolardan anlaşılması durumunda şirket yönetim kurulu, borca batıklık durumunun şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine derhal bildirmesi ve şirketin iflasını talep etmesi gerektiğini yazımızın başında belirtmiştik. Yönetim kurulunun bu görevi, vazgeçilemez ve devredilemez niteliktedir. Yönetim kurulu TTK'nın 376. maddesinin ihlalden dolayı sorumlu bulunmaktadır. Şayet yönetim kurulu üyeleri borca batıklık durumunda mahkemeye derhal bildirimde bulunmazlar ise şirkete, alacaklılara ve pay sahiplerine karşı sorumlu bulunmaktadır. Ancak burada önemli nokta, böyle bir sorumluluğun doğması için söz konusu bildirim zamanında yapılmaması dolayısıyla şirketin zarara uğramış olması gerekliliğidir.

TTK'da yönetim kurulu açısından öngörülen borca batıklığı bildirim yükümlülüğü, İcra ve İflâs Kanunu'nun ("İKK") 179. maddesiyle de hükme bağlanmıştır. Ayrıca aynı Kanun'un 345/a maddesine göre, yönetim kurulu şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını derhal istemezse, alacaklılardan birinin şikayeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası yaptırımı ile karşılaşılabilir.

Öte yandan, borca batıklık durumunda bulunan şirketin mali yapısı kısa sürede iyileştirilebilecek durumda olabilir. Doktrinde, yönetim kurulunun mahkemeye bildirim yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi hususunda bazı tereddütler bulunmaktadır. Bir görüşe göre bildirim yapılmasına lüzum yok iken bir görüşe göre borca batıklığın tespiti halinde mahkemeye bildirimde bulunmak bir zorunluluktur. İyileştirme tedbirleri ancak mahkemeye yapılan başvuru ile uygulanılabileceği düşünülmekteyse de, borca batıklığın varlığında mahkemeye bildirim yapılmaması herhangi bir zarara sebebiyet vermemiş ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak bildirimde bulunulmaması İKK'nın 345/a maddesi uyarınca bir suç olarak kapsama alınmıştır. Ancak bu suçtan dolayı yargılama yapılması alacaklıların şikayetine bağlı olacaktır.

Bu makalede yer alan açıklamalar, yazarının konu hakkındaki kişisel görüşünü yansıtmaktadır. Makaledeki bilgi ve açıklamalardan dolayı EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş. 'ye sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Mevzuatın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz.