

**TURGUT ÖZAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**SERMAYE ŞİRKETLERİNİN MALİ DURUMUNUN
İYİLEŞTİRİLMESİNE YÖNELİK BİR ÇÖZÜM OLARAK:
GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Nevfel AKKAŞOĞLU**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet BATTAL**

Ankara-2015

**TURGUT ÖZAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**SERMAYE ŞİRKETLERİNİN MALİ DURUMUNUN
İYİLEŞTİRİLMESİNE YÖNELİK BİR ÇÖZÜM OLARAK:
GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Nevfel AKKAŞOĞLU**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet BATTAL**

Ankara-2015

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİM SAYFASI

Turgut Özal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içindeki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda ilgili eserlere bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, atıfta bulunduğum eserlerin tümünü kaynak olarak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı ve bu tezin herhangi bir bölümünü bu üniversite veya başka bir üniversitede başka bir tez çalışması olarak sunmadığımı beyan ederim.

Nevfel AKKAŞOĞLU

ONAY

[Nevfel AKKAŞOĞLU] tarafından hazırlanan [Sermaye Şirketlerinin Mali Durumunun İyileştirilmesine Yönelik Bir Çözüm Olarak: Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi] başlıklı bu çalışma, [15.05.2015] tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından [Özel Hukuk Anabilim] dalında [Yüksek Lisans] tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Ahmet BATTAL

Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN

Doç. Dr. Suphi ASLANOĞLU

ÖNSÖZ

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin anlatıldığı bu tez, Turgut Özal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Bu tezin hazırlanmasındaki amaç, mali durumu bozularak iflas aşamasına gelmiş bulunan sermaye şirketlerinin kurtarılmasına yönelik bir çözüm olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376. maddesinde öngörölmüş olan garameye iştirakten feragat sözleşmesini Türk hukuk uygulamasının hizmetine sunmaktır.

Bu çalışmanın konusunun belirlenmesinde ve hazırlanma aşamasında her türlü fikrî ve manevi desteğini esirgemeyerek ufkumu açan kıymetli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Ahmet Battal'a en içten teşekkürlerimi bu vesileyle arz ederim.

Ayrıca tezin muhasebe bilgisi gerektiren yönlerinde bilgi ve tecrübesiyle destek olan Yeminli Mali Müşavir Rüknettin Kumkale'ye, iflas hukukuyla ilgili sorularımı sabırla cevaplandıran hocam Doç. Dr. Cumhuri Rüzgaresen'e ve tez konumla ilgili uygulamadaki tecrübelerini paylaşan Doç. Dr. Suphi Aslanoğlu'na teşekkürü borç bilirim.

Yine tezin yazım aşamasında maddi-manevi desteğini her zaman hissettiğim kıymetli dostum Ömer Sır'a ve üniversitede oda arkadaşım Ar. Gör. Mehmet Said Coşkun'a da teşekkür ederim.

ÖZET

[Nevfel, AKKAŞOĞLU]. [Sermaye Şirketlerinin Mali Durumunun İyileştirilmesine Yönelik Bir Çözüm Olarak: Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi], [Yüksek Lisans Tezi] , Ankara, [2015].

Bu çalışmanın amacı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 376/3 ile hukukumuzda tanınan “garameye iştirakten feragat sözleşmesi” müessesesini tüm yönleriyle incelemektir. Bu bağlamda sermaye şirketlerinde borca batıklık kavramı ve borca batıklık bilançosu ele alınmıştır. Sözleşmenin, borca batıklığı gidermek amacıyla kurulabilmesinin yanında iflasın ertelenmesi sürecinde iyileştirmeye katkı yapması amacıyla kurulabilmesi hali de incelenmiştir. Öte yandan sözleşmenin mali durumu bozulan şirkete sermaye benzeri kaynak temin edebilmek üzere, şirketin mevcut alacaklıları dışındaki diğer kişilerle de kurulabilmesinin mümkün olduğu da belirtilmiş ve bu ihtimal de ele alınmıştır. TTK m. 376/3 hükmü gereği kurulacak sözleşmenin bilançoda nasıl gösterileceği konusu da örnek bilanço ve verilerle desteklenerek açıklanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Sırada Sona Gitme, Garameye İştirak, Borca Batıklık, İflasın Ertelenmesi, Sermaye Şirketi

ABSTRACT

[Akkaşoğlu, Nevfel]. [A Possible Solution for Improving the Financial Situation of Incorporated Companies: Agreement on Waiver of Pro Rata Collection of Debt], [Master's Thesis], Ankara, [2015].

The purpose of this study is to examine in detail (“agreements on waiver of pro rata collection of debts”) prescribed by Article 376/3 of the Turkish Commercial Code No. 6102. In this connection, the concept of “over-indebtedness” is explored, and the relevant “balance sheet” is explained. The agreement on waiver of collection of debt to the effect that the indebted company’s creditors will be ranked after all other creditors can both eliminate the company’s over-indebtedness and improve its financial situation in the process for the postponement of bankruptcy. In addition, it is also stipulated that this agreement can be entered into with persons other than the financially weak companies’ creditors, so as to provide these with secondary subordinated credit. This dissertation, therefore, examines the terms and consequences of all these alternatives, and clarifies how the waiver agreement to be entered into as per Article 376/3 of the Turkish Commercial Code must be presented in the company’s balance sheet through sample balance sheets and relevant data.

Key Words: Subordination, Pro Rata Sharing, Over-Indebtedness, Postponement of Bankruptcy, Incorporated Company

İÇİNDEKİLER

ONAY.....	i
ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
TABLolar	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I- SERMAYE ŞİRKETLERİNDE BORCA BATIKLIK VE BORCA BATIKLIK BİLANÇOSU

A. Sermaye Şirketlerinde Borca Batıklık	1
1- Genel Olarak.....	1
2- Borca Batıklık Kavramı.....	3
3- Borca Batıklığın Belirtileri ve Tespiti	6
4- İki Farklı Ara Bilanço Çıkarılması (Borca Batıklık Bilançosu).....	9
5- Borca Batık Şirket Bilançosu Örneği	14
B. ARA BİLANÇODAN BORCA BATIKLIK SONUCUNUN ORTAYA ÇIKMASI HALİNDE SERMAYE ŞİRKETİNİN SEÇENEKLERİ (TTK m. 376, 377) 17	
1- Şirketin Kendi İflasını İstemesi	17
2- Şirketin İflasın Ertelenmesini İstemesi.....	19
3- Şirketin Diğer Seçenekleri.....	20
4- Garameye İştiraktan Feragat Sözleşmesi Yapmak Suretiyle Borca Batıklığın Giderilmesi.....	21

İKİNCİ BÖLÜM

II- SERMAYE ŞİRKETLERİNDE İFLASIN ÖNLENMESİNİN BİR YOLU OLARAK GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak.....	22
B. Düzenlemenin Gerekçesi ve Kanunlaşma Süreci	23

C. Mehaz İsviçre Hukukunda Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi	27
D. Düzenlemenin Biçimine ve İçeriğine Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme....	30
E. Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Muhtevası	34
1- Sözleşmenin Tarafları.....	34
2- Sözleşmenin Niteliği	35
3- Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri.....	44
4-Sözleşmenin Geçerlilik Koşulları.....	46
a. Sözleşmenin Yazılı Olarak Yapılması	46
b. Bilirkişi Tayini	47
c. Bilirkişi İncelemesi.....	48
(1) Şirketin Borca Batık Durumda Olması	48
(2) Alacaklının Garameye İştirak Etmeme Taahhüdü (Gerçeklik İncelemesi)	48
(3) Garameye İştirakten Feragat Eden Alacaklıların Alacakları Toplamının Şirketi Borca Batıklıktan Kurtarabilecek Miktarda Olması (Yerindelik) ...	49
(4) Sözleşmenin Geçerliliği.....	50
d. Mahkemenin Kararı	50
5- Sözleşmenin Hüküm Ve Sonuçları (İflasa Etkisi).....	52
a. Genel Olarak.....	52
b. Sözleşmeye Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları.....	54
(1) Alacaklının Sözleşmeyi İhlali	54
(2) Şirketin Sözleşmeyi İhlal Eden Davranışları.....	55
c. Sözleşmenin Bilançoya Yansıtılması	55
F. Sözleşmede Süre	59
G. Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Asıl Alacağın Zamanaşımına Etkisi 60	
H. Sözleşmenin Sona Ermesi	61

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III- GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN UYGULANABİLECEĞİ HALLER

A. SÖZLEŞMENİN BORCA BATIKLIĞI GİDERMEK İÇİN KURULMASI ...	63
1- Sözleşmenin Mahkemeye Başvurmadan Kurulması	63
2- Mahkemeye İflas Talebiyle Başvurdudan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması.....	63
3- Mahkemenin İflas Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması.....	64

4- İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması.....	65
5- Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması.....	66
B. Sözleşmenin İyileştirmeye Katkı Yapması Amacıyla İyileştirme Projesi Kapsamında Kurulması	67
1- Genel Olarak.....	67
2- Sözleşmenin Kurulma Anına Göre Çeşitli İhtimaller	68
a. Mahkemeye Başvurmadan Önce Sözleşmenin Kurulması	68
b. İflas Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması	69
c. Mahkemenin İflası Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması ...	69
d. İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması	70
e. Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması	70
3- Sözleşmeyle İlgili Diğer Hususlar	72

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

IV- GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN SERMAYE BENZERİ KAYNAK TEMİNİ İÇİN YAPILMASI

A. Genel Olarak.....	74
1- Sözleşmenin Tarafları ve Niteliği.....	76
2- Geçerlilik Koşulları	81
3- Sermaye Benzeri Kaynak Temini İçin Yapılan Sözleşmenin Bilançoda Gösterilmesi	81
B. Sözleşmenin Borca Batıklığın Giderilmesi Amacıyla Kurulması	83
1- Genel Olarak.....	83
2- Sözleşmenin Kurulma Anına Göre Çeşitli İhtimaller	84
a. Sözleşmenin Mahkemeye Başvurmadan Kurulması.....	84
b. Mahkemeye İflas Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin kurulması	84
c. Mahkemenin İflas Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması	84
d. İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması	84
e. Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması	85

C. Sözleşmenin İflas Erteleme Sürecinde İyileştirmeye Katkı Yapması Amacıyla Kurulması	85
1- Genel Olarak.....	85
2- Sözleşmenin Kurulması Anına Göre Çeşitli İhtimaller.....	85
a. Mahkemeye Başvurmadan Önce Sözleşmenin Kurulması	85
b. İflas Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması	86
c. Mahkemenin İflas Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması	86
d. İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması	86
e. Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması.....	86
SONUÇ.....	87
KAYNAKÇA	89

KISALTMALAR

APOK	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
aşa.	: Aşağıda
BDS	: Bağımsız Denetim Standardı
bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
dip.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ETK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kanun	: Türk Ticaret Kanunu
Karş.	: Karşılaştırınız
KGK	: Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
KoopK	: Kooperatifler Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kurumu
T.	: Tarih
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: Yukarıda

TABLULAR

Tablo 1: Sözleşmenin Mevcut Alacaklılarla Kurulması	1
Tablo 2: Sözleşmenin Sermaye Benzeri Kaynak Temini İçin Kurulması.....	3
Tablo 3: Aktiflerin Muhtemel Satış Fiyatları Esasına Göre Hazırlanan Borca Batıklık Bilançosu.....	15
Tablo 4: Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Mevcut Alacaklılarla Kurulması Üzerine Hazırlanan Yeni Bilanço	57

GİRİŞ

Bu çalışmanın inceleme konusu “Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi”dir. Sermaye şirketlerinde iflasın önlenmesine yönelik çözümlerden biri olarak 1991 yılında İsviçre Kanun koyucusu tarafından kabul edilen bu sözleşme, Türk hukukunda 2012’de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 376/3 ile kabul edilmiştir. Buna göre borca batık durumdaki şirketin açığını ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını kabul ederlerse şirketin borca batık halinin ortadan kalkmış olacağı kabul edilecek ve şirketin iflasına karar verilemeyecektir.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi; şirket tarafından şirketin mevcut alacaklılarıyla veya şirkete sermaye benzeri kaynak getirecek kişilerle kurulabilir. Ayrıca sözleşme her iki tarafla ayrı ayrı borca batıklığın giderilmesi amacıyla kurulabileceği gibi iflas erteleme sürecinde iyileştirmeye katkı yapması amacıyla da kurulabilir.

Sözleşmenin ayrıntılarını incelemeye geçmeden önce konunun genel bir çerçevesini göstermesi açısından aşağıdaki tabloya yer vermek uygun olacaktır. Bu tablo aynı zamanda tezimizin içeriğinin bir şeması niteliğindedir.

Tablo 1: Sözleşmenin Mevcut Alacaklılarla Kurulması

A) SÖZLEŞMENİN BORCA BATIKLIĞI GİDERMEK İÇİN KURULMASI <i>(Mali durumun düzelmesi-Sözleşmenin TTK m. 376/3’te düzenlenen yalın hali)</i>	B) SÖZLEŞMENİN İYİLEŞTİRMEYE KATKI YAPMASI AMACIYLA İYİLEŞTİRME PROJESİ KAPSAMINDA KURULMASI <i>(Kısmî iyileşme hali-Borca batıklık giderilmiyor, iflas erteleme prosedürü aynen sürdürülüyor.)</i>
A.1) MAHKEMEYE BAŞVURMADAN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI Sözleşme akdedilerek mahkemeye başvuru yapılır ve mahkeme sözleşmeyi incelemesi için bilirkişi tayin eder. Bilirkişinin olumlu (sözleşmeyi doğrulayan) raporuyla mahkeme, borca batıklığın giderildiğini tespit ederek iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar vererek dosyayı kapatır. Çünkü iflas ya da iflasın ertelenmesi kararının verilmesine gerekçe olacak olan borca batıklık hali ortadan kalkmıştır. Bilirkişinin olumsuz raporu halinde ise, mahkemeye yapılan başvuru, iflas bildiri olarak kabul edilir ve iflasa (veya talep varsa iflasın ertelenmesine) karar verilir. (Bkz. Bölüm II)	B.1) MAHKEMEYE BAŞVURMADAN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI Sözleşme, iflasın ertelenmesi talebiyle mahkemeye başvurulurken iyileştirme projesine dâhil edilerek mahkemeye sunulur. Bu aşamada sözleşme tamamen iyileştirme projesinin bir parçası olarak yer alır. Yani iflasın ertelenmesine ilişkin prosedür uygulanır. Ancak bilirkişi tarafından sözleşmenin genel iyileştirme projesi içerisindeki iyileştirmeye etkisi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir. (Bkz. Bölüm III-B-2-a)

<p>A.2) MAHKEMEYE İFLAS TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ BİR KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Mahkeme sözleşmeye ilişkin başvuruyu öncelikle ele alır. Zira borca batıklığın giderilmesi sonucu doğuran bir sözleşme söz konusu ise iflas kararı verilemeyecektir.</p> <p>Mahkeme, bilirkişi olumlu rapor verirse iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar vererek dosyayı kapatır. Bilirkişi olumsuz raporu verirse iflas yargılamasına devam edilir. (Bkz. Bölüm III-A-2)</p>	<p>B.2) İFLAS TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ BİR KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Mahkemeye sadece iflas talebiyle başvurulmuş ise bu aşamada sözleşmenin kurulması ve mahkemeye sunulması ancak iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte olabilir. Dolayısıyla iflasın ertelenmesi talebinde bulunulacaksa üst kutudaki kurallar aynen geçerli olur. (Bkz. Bölüm III-B-2-b)</p>
<p>A.3) MAHKEMENİN İFLAS KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Bu aşamada sözleşmenin borca batıklığı giderme ve iflası önleme bakımından bir etkisi kalmamıştır. Çünkü iflas veya iflasın ertelenmesi kararları aşamasında bu imkân kullanılmamıştır. İflas kararının gereği uygulanır.</p> <p>Ancak; İİK m. 182 gereği iflasın kaldırılması hükümleri saklıdır. (Bkz. Bölüm III-A-3)</p>	<p>B.3) MAHKEMENİN İFLAS KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Bu aşamada sözleşmenin iflas kararının sonuçlarını değiştirmeye bir etkisi yoktur. Çünkü iflas veya iflasın ertelenmesi kararları aşamasında bu imkân kullanılmamıştır. İflas kararının gereği uygulanır. (Bkz. Bölüm III-B-2-c)</p>
<p>A.4) İFLASIN ERTELENMESİ TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ BİR KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Mahkeme yapılan başvuruyu öncelikle ele alır. Zira borca batıklığın giderilmesi sonucu doğuran bir sözleşme söz konusu ise iflas kararı ve dolayısıyla iflas erteleme kararı verilemeyecektir.</p> <p>Mahkeme, bilirkişi olumlu rapor verirse, iflasın ertelenmesi kararı verilmesine yer olmadığına karar vererek dosyayı kapatır. Bilirkişinin olumsuz raporu üzerine ise iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesine devam edilir. (Bkz. Bölüm III-A-4)</p>	<p>B.4) İFLASIN ERTELENMESİ TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ BİR KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Sözleşme mahkemeye iyileştirme projesinin bir parçası-eki olarak sunulur. Mahkeme sözleşmeyi, ciddi ve inandırıcı olup olmaması yönleriyle inceler. Bu aşamada sözleşme tamamen iyileştirme projesinin bir parçası olarak yer alır ve iflasın ertelenmesine ilişkin prosedür uygulanır. (Bkz. Bölüm III-B-2-d)</p>
<p>A.5) MAHKEMENİN İFLASIN ERTELENMESİ KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Mahkeme sözleşmeyi bilirkişiye incelettirir ve olumlu bilirkişi raporuyla iflasın ertelenmesi tedbirlerini kaldırarak iflas erteleme sürecini sonlandırır. Zira iflas ertelemenin ön şartı olan borca batıklık giderilmiştir.</p> <p>Bilirkişinin olumsuz raporu ise iflas erteleme süreci üzerinde herhangi bir etki doğurmaz ve iflas erteleme tedbirleri uygulanmaya devam eder. (Bkz. Bölüm III-A-5)</p>	<p>B.5) MAHKEMENİN İFLASIN ERTELENMESİ KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI</p> <p>Sözleşmenin baştaki iyileştirme projesinde yer almadığı durumlarda şirket, mahkemeden iflas erteleme kararı aldıktan sonra sözleşmeyi kurabilir. (Bkz. Bölüm III-B-2-e)</p>

Tablo 2: Sözleşmenin Sermaye Benzeri Kaynak Temini İçin Kurulması

<p>A) SÖZLEŞMENİN BORCA BATIKLIĞI GİDERMEK İÇİN KURULMASI (Mali durumun düzelmesi-TTK m. 376/3 kıyasen uygulanarak şirkete dışarıdan kaynak-para getiren kişi ya da kişilerle sözleşme akdedilir. Nitekim bankalar “katkı sermaye” adıyla sermaye benzeri kaynak kullanmaktadırlar.)</p>	<p>B) SÖZLEŞMENİN İYİLEŞTİRMEYE KATKI YAPMASI AMACIYLA İYİLEŞTİRME PROJESİ KAPSAMINDA KURULMASI (Kısmî iyileşme hali-Borca batıklık giderilmiyor, iflas erteleme prosedürü aynen sürdürülüyor.)</p>
<p>A.1) MAHKEMEYE BAŞVURMADAN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI Sözleşme akdedilerek mahkemeye başvuru yapılır ve mahkeme sözleşmeyi incelemesi için bilirkişi tayin eder. Bilirkişinin olumlu (sözleşmeyi doğrulayan) raporuyla mahkeme, borca batıklığın giderildiğini tespit ederek iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar vererek dosyayı kapatır. Çünkü iflas ya da iflasın ertelenmesi kararının verilmesine gerekçe olacak olan borca batıklık hali ortadan kalkmıştır. Bilirkişinin olumsuz raporu halinde ise, mahkemeye yapılan başvuru iflas bildirimi olarak kabul edilir ve iflasa (veya talep varsa iflasın ertelenmesine) karar verilir. (Bkz. Bölüm IV)</p>	<p>B.1) MAHKEMEYE BAŞVURMADAN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI Sözleşme, iflasın ertelenmesi talebiyle mahkemeye başvurulurken iyileştirme projesine dâhil edilerek mahkemeye sunulur. Bu aşamada sözleşme tamamen iyileştirme projesinin bir parçası olarak yer alır. Yani iflasın ertelenmesine ilişkin prosedür uygulanır. Ancak bilirkişi tarafından sözleşmenin genel iyileştirme projesi içerisindeki iyileştirmeye etkisi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir. (Bkz. Bölüm IV-C-2-a)</p>
<p>A.2) MAHKEMEYE İFLAS TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ BİR KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI Şirket yönetim kurulu, iflas istemiyle mahkemeye başvurduktan sonra şirketin borca batıklığını giderecek miktarda sermaye benzeri kaynak bulursa, bu kaynak için sözleşmeyi akdederek mahkemeye başvuracaktır. (Bkz. Bölüm IV-B-2-b)</p>	<p>B.2) İFLAS TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI (Bkz. Bölüm IV-C-2-b)</p>
<p>A.3) MAHKEMENİN İFLAS KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI Bu aşamada sözleşmenin borca batıklığı giderme ve iflası önleme bakımından bir etkisi kalmamıştır. Çünkü iflas veya iflasın ertelenmesi kararları aşamasında bu imkân kullanılmamıştır. İflas kararının gereği uygulanır. (Bkz. Bölüm IV-B-2-c)</p>	<p>B.3) MAHKEMENİN İFLAS KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI (Bkz. Bölüm IV-C-2-c)</p>
<p>A.4) İFLASIN ERTELENMESİ TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ BİR KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI (Bkz. Bölüm IV-B-2-d)</p>	<p>B.4) İFLASIN ERTELENMESİ TALEBİYLE BAŞVURDUKTAN SONRA ANCAK MAHKEME HENÜZ BİR KARAR VERMEDEN ÖNCE SÖZLEŞMENİN KURULMASI (Bkz. Bölüm IV-C-2-d)</p>
<p>A.5) MAHKEMENİN İFLASIN ERTELENMESİ KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI (Bkz. Bölüm IV-B-2-e)</p>	<p>B.5) MAHKEMENİN İFLASIN ERTELENMESİ KARARI VERMESİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN KURULMASI (Bkz. Bölüm IV-C-2-e)</p>

A. İNCELEME PLANI

İncelememizin ilk bölümünde, sermaye şirketlerinde borca batıklık konusu ele alınarak borca batıklığın belirtileri ve tespiti ile borca batıklık bilançosu örnek bir bilanço yardımıyla açıklanacaktır. Ayrıca şirketin borca batıklıktan kurtulmak için sahip olduğu seçenekler belirtilecektir.

İkinci bölümde, sermaye şirketlerinde iflasın önlenmesinin bir yolu olarak TTK m. 376/3'te öngörülen garameye iştirakten feragat sözleşmesi tüm yönleriyle ele alınacaktır. Bu kapsamda sözleşmenin hukukumuzda tanınması süreci, niteliği ve tarafları, taraflara yüklemiş olduğu haklar ve yükümlülükler, geçerlilik koşulları, iflasa etkisi ve sözleşmeyle ilgili diğer hususlar ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Üçüncü bölümde, sözleşmenin iki farklı amaç doğrultusunda kurulması ihtimali ve bu durumun hüküm ve sonuçlarına yer verilecektir. Bu bağlamda sözleşmenin borca batıklığı gidermek amacıyla veya iflasın ertelenmesi projesi kapsamında iyileştirmeye katkı yapması amacıyla kurulması halleri ele alınacaktır.

Dördüncü ve son bölümde ise sözleşmenin şirkete sermaye benzeri kaynak sağlayabilmek amacıyla kurulması ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle sermaye benzeri kaynak temini kavramı ve bu amaca matuf kurulacak sözleşmenin niteliği, geçerlilik koşulları ve bilançoda gösterilmesi hususları incelenecek; daha sonra sözleşmenin borca batıklığı gidermek amacıyla veya iflasın ertelenmesi projesi kapsamında iyileştirmeye katkı yapması amacıyla kurulması hallerinin farklı süreçlerdeki görünümüne değinilecektir.

Çalışmamız, garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle ilgili genel bir değerlendirmenin yer aldığı sonuç kısmı ile sona erecektir.

B. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, sermaye şirketlerinin borca batık hale geldiği durumlarda iflastan kurtulmasına hizmet eden bir müessese olduğu için borca batıklık konusuna çalışmamızda yer verilecek ancak doktrinde pek çok çalışmaya konu olduğu için bu konunun ayrıntılarına girilmeyecektir. Öte yandan 6102 sayılı TTK ile hukukumuzda giren bu sözleşmeyle ilgili doktrinde ayrıntılı bir çalışma

bulunmamaktadır. Dolayısıyla çalışmamız, sözleşmenin iflas ve iflasın ertelenmesi kurumlarıyla olan ilgisi de göz önünde bulundurularak TTK m. 376/3'n ayrıntılı bir Şekilde incelenmesinden ibaret olacaktır.

Tezde anlatılacak konular, Kanun sistematigine de uygun olarak anonim Şirket merkeze alınarak tasarlanmıştır. Dolayısıyla uygun dştg lde tezde belirtilen hususlar limited Şirketlere de uygulanabilecektir. Sermaye Şirketi ifadesi dar anlamda anonim Şirket, geniş anlamda ise hem anonim hem de limited Şirketi kapsayacak Şekilde kullanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I- SERMAYE ŞİRKETLERİNDE BORCA BATIKLIK VE BORCA BATIKLIK BİLANÇOSU

A. Sermaye Şirketlerinde Borca Batıklık

1- Genel Olarak

Sermaye şirketlerinde ortaklar, şirket borçlarından dolayı şirkete getirmeyi taahhüt etmiş oldukları sermaye miktarıyla sorumludurlar. Söz konusu “sınırlı sorumluluk” esas gereğince şirketten alacaklı olan 3. kişiler pay sahiplerine (ortaklara) doğrudan başvuramazlar¹. Şirketin esas sözleşmesinde belirtilen sermaye miktarı, şirkete borç veren kişilerin teminatıdır* ve esas sermayede meydana gelecek değişiklikler alacaklılar için özel bir öneme sahiptir.²

Bu nedenle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 376. maddesinde, anonim şirketlerde ortaya çıkabilecek sermaye kaybı ve borca batıklık hallerinde şirket yönetim kurulunun görevlerinin neler olduğunu açıkça belirtilmiştir. 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanununda (ETK) 324. maddeye tekabül eden 376.

¹ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu: **Ortaklıklar Hukuku-I**; Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 278.

* *Battal*, sınırlı sorumluluk prensibinin istenen sonucunu “sermaye şirketi” olarak belirtmekte ve şunları kaydetmektedir: “Halka açık anonim şirketlerde ve halka açık olmasalar da kurumsallaşma sürecini tamamlamış anonim şirketlerle iş yapmış olan alacaklılar, şirketin kurumsal yapısına ve mali gücüne, yani sermayesine güvenmişlerdir. Diğer deyişle, sermaye ortakların mamelekenden ayrılıp bir tüzel kişilik kalıbına dökülmüş, bir şirket olmuştur. Bu sebeple bu şirkete ‘sermaye şirketi’ denir. Bu şirketlerde ‘şirkete güven’, ‘sadece şirkete güven’ anlamına gelir ve alacaklıların ortakları ya da yöneticileri sorumlu tutamayacak olması bir güven suiistimali sonucunu doğurmaz.” (Ahmet Battal: “Hukuki Yolun Yolsuzluğa Alet Edilmesine Örnek: Sorumluluktan Kaçmak İçin Sermaye Şirketi Kurmayı Tercih Etmek”; **İş Ahlakı Dergisi**, C: 4, Sayı: 7, Yıl: 2011, s. 10, 11.)

² “Sermaye şirketlerinde şirketin borcundan şirket sorumludur. Borç ödemekte kullanacağı kaynakların başında, ortaklardan tahsil ettiği sermaye ve bu sermayenin işletilmesi ile ortaya çıkan kârlardan oluşan mevcut malvarlığı gelir. Borçları ödemek için alacaklar da bir kaynaktır ve alacakların başında da hiç şüphesiz şirketin ortaklardan henüz tahsil etmediği sermaye payı alacağı gelir.” (Battal, s. 10.)

maddenin içeriği yeni kanunla birlikte kapsamlı bir değişiklik geçirmiştir.³ Maddenin 1. ve 2. fıkrası, farklı oranlardaki sermaye kaybı hallerinin tespitini ve sonuçlarını düzenlemiştir:

1. fıkra; “*Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni 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.*” denilmiştir. Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının veya üçte ikisine kadarki kısmının kaybedilmiş olduğunun tespit edildiği bu birinci ihtimalde yönetim kurulu, genel kurulu gerekirse olağanüstü toplantıya çağırmalı ve uygun gördüğü önlemleri kurula sunmalıdır.⁴

2. fıkra; “*Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer.*” denilmiştir. Yani şirkette sermaye ile yedek akçeler toplamının üçte ikisi veya daha fazlası karşılıksız kalmışsa genel kurul, maddenin öngördüğü iki yoldan birini seçerek yoluna devam etmelidir. Bu seçimlik yükümlülüğün yerine getirilmemesinin müeyyidesi ise şirketin kendiliğinden sona ermesidir.⁵ Gerekçeye göre Kanun koyucunun genel kurulu bu seçenekler arasında tercih yapmaya zorlamasının sebebi, şirketin mali durumunu bir an önce açıklığa kavuşturmak düşüncesidir.

Son fıkra ise şirketin borca batık olması halini düzenlemektedir: “*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları*

³ Söz konusu maddede meydana gelen değişikliklerle ilgili karşılaştırmalı ve ayrıntılı bilgi için bkz. Alihan Aydın: “Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış”; **İÜHFİM**, C: LXX, S: 2, Yıl: 2012, s.101-114.

⁴ “Bununla birlikte sermaye ve kanuni yedekler toplamının yarısına ulaşmayan sermaye kayıpları da şirkette bazı şeylerin ters gittiğini gösteren önemli göstergedir. Çünkü bu durum kuruluş veya sermaye artırımında pay sahipleri tarafından şirkete getirilen unsurların zarar sebebiyle kısmen kaybedildiği anlamına gelir. (...) Şirketin durumuna göre, yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarında tedbir almamak TTK m. 369 gereğince tedbirli bir yöneticiden beklenen özeni göstermemek olarak nitelendirilerek yönetim kurulunun sorumluluğuna gerektirebilir.” (İsmail Kayar: “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken; 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, C: 18, S: 2, s. 649.)

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayar, 650-652; madde düzenlemesine ilişkin eleştiriler için bkz. Aydın, 103-109.

üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini kabul olunur.”

Borca batıklık hali, şirketin esas sermayesi ve yedek akçeleri toplamının borçlar karşısında tamamen karşılıksız kaldığı ve bilançonun eksi bakiye gösterdiği haldir. Şimdi bu durumu inceleyelim:

2- Borca Batıklık Kavramı

Borca batıklık (Überschuldung, Over-Indebtedness), madde gerekçesinde ifade edildiği üzere; şirket aktiflerinin yıllık bilânçoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil; fakat gerçek değerleriyle (muhtemel satış değerleri) değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması demektir.⁶

Mehaz İsviçre ve Alman Hukuklarında kavramı ifade etmek için malvarlığı-borçlar ilişkisi temel alınarak bir tanımlama yapıldığı görülmektedir. İBK m. 725, 725/a ve APOK § 92’de “Aşırı derecede borç altına girme” anlamında kullanılan “Überschuldung” kelimesi “malvarlığı-borçlar ölçütü” esas alınarak yorumlandığında “malvarlığını aşan ölçüde borç altına girme” olarak açıklanabilecektir. Malvarlığının borçları karşılayamaması olarak tanımlanan borca

⁶ Bkz. Türk Ticaret Kanunu madde 376/3’ün gerekçesi.

batıklık; oransal olarak da “malvarlığı/borçlar” oranının 1’den küçük olması olarak ifade edilebilir.⁷

Borca batıklık kavramını açıklamak için doktrinde pek çok ifade kullanılmıştır: “Pasiflerin aktifleri aşması”⁸, “şirketin mevcut ve alacaklarının, şirket borçlarını karşılamaya yetmemesi”⁹, “sermaye şirketinin borçlarının, aktifinden fazla olması veya şirket mevcudunun borçlarını karşılamaya yetmemesi”¹⁰, “borçlarının mevcut ve alacaklarından fazla olması”¹¹, “şirketin aktiflerinin borçlarını karşılamaya yetmemesi”¹², “sermaye şirketinin borçlarının, aktifinden fazla olması”¹³ bunlardan bazılarıdır.

Borca batıklık, mevzuatta çeşitli şekillerde ifade edilmiştir: TTK m. 376/3’e göre borca batıklık; “*aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi*”dir. Madde gerekçesinde ise borca batıklık; “*şirket aktifleri yıllık bilançoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil - fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması*” olarak ifade edilmiştir. Bunun yanında; İİK m. 179/1’de “borçların aktifinden fazla olması”, İİK m. 345/a’da “şirketin mevcudunun borçlarını karşılamaması”, KoopK m. 63/1’de “mevcudun borçları karşılamaması” ve nihayet ETK m. 324/2’de “şirketin aktiflerinin şirket alacaklarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi” gibi ifadeler borca batıklığı ifade etmektedir.

Yargıtay kararlarında borca batıklık kavramının tanımı yapılmamış, ancak borca batıklık halinin nasıl tespit edileceğine ilişkin maddî ve şeklî kıstaslar belirtmiştir. Örneğin bir kararda; “Borca batıklığın belirlenebilmesinde düzenlenecek

⁷ Ahmet Türk: **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları**; Nobel Yayınları, Ankara 1999, s. 33-34.

⁸ Baki Kuru: “Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası”; **Makaleler**, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 829.

⁹ Oğuz Atalay: **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**; Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2006, s. 6; Oğuz Atalay: **Anonim Şirketlerin İflası**; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1996, s. 47.

¹⁰ Timuçin Muşul: **İflasın Ertelenmesi**; 12 Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 41.

¹¹ İsmail Kayar: **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler**; Mimoza Yayınları, Konya 1997, s. 126.

¹² Çağlar Manavgat (İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat): **Anonim Şirketler Hukuku**; Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 585.

¹³ Sabri Burak Arzova/Murat Yavaş/Barış Küçük: **Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu**; Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 52.

borca batıklık bilançosunun şirketin gerçek mal varlığı değerini yansıtması gereği ve bu bilanço hazırlanırken şirketin tüm aktiflerin paraya çevirme değerlerinden yani piyasadaki satış sırasında gerçekleştirilecek fiyattan bilançoya geçirilmesi gereği” belirtilmiştir.¹⁴ Yine iflasın ertelenmesi kararı verilirken yapılacak borca batıklık incelemesinde “... üretim ekipmanlarının ve dolayısıyla şirket aktifinin nakde çevrilmesi işlemleri üzerinde durulmadan etkileri tartışılıp değerlendirilmeden ve özellikle alacaklıların menfaatlerini ihlal eden bir yönü olup olmadığı araştırılmadan hüküm kurulamayacağı” belirtilerek borca batıklık bilançosunun hazırlanmasında dikkat edilecek hususlara temas edilmiştir.¹⁵ Bir diğer kararda ise; “Borca batıklık halinin tesbiti için tüm aktiflerin paraya çevirme değerlerinden yani piyasadaki satış sırasında gerçekleştirilecek fiyattan bilançoya geçirilmesi gereklidir.” denilmiştir.¹⁶

TTK m. 376’nın ilk iki fıkrasında belirtilen sermaye kaybı halleriyle üçüncü fıkrada belirtilen borca batıklık hali, şirketin içinde bulunduğu farklı seviyedeki mali güçlük durumlarını göstermektedir. İlk iki fıkrada şirketin sermayesinin yarısını ya da üçte ikisini kaybetmesi hali düzenlenmişken, üçüncü fıkrada şirketin sermayesini tamamen kaybettiği hal düzenlenmiştir. Dolayısıyla borca batıklık durumunda da bir sermaye kaybı vardır. Zira borca batıklık aşamasına gelinirken öncelikle bütün öz kaynaklar zararlar sonucu yitirilmiş, yani öz kaynaklar “0” noktasına inmiştir. Diğer bir ifadeyle bilançodaki aktif-pasif dengesini sağlamak, öz kaynaklar kaleminin ancak negatif rakamlarla ifade edilmesiyle mümkün hale gelmiştir.¹⁷ Ancak Kanun koyucu borca batıklığı sermaye kaybı hallerinden farklı ve daha ağır bir durum olarak değerlendirmiş, bir iflas sebebi olarak öngörmüştür.

Borca batıklığın bir iflas sebebi olarak öngörülmesi özellikle alacaklıların haklarını korumaya yöneliktir. Bu süreçte, şirketin malvarlığının alacaklılar arasında eşitliğe aykırı ve usulsüz dağıtımın önlenmesi ve alacaklıların haklarının korunması amaçlanmıştır. Buna göre borca batıklık halinde sermaye şirketi yönetimine, başkaca bir şarta bağlanmaksızın doğrudan şirketin iflasını isteme yükümlülüğü getirilmiştir.

¹⁴ Yarg. 19. HD, E. 2005/1324, K. 2005/4049, T. 14.4.2005.

¹⁵ Yarg. 19. HD, E. 2010/4449, K. 2010/7168, T. 9.6.2010.

¹⁶ Yarg. 23. HD, E. 2012/5391, K. 2012/7129, T. 4.12.2012.

¹⁷ “Varlıkların kaynağı ya öz ya da yabancı kaynaklardır. Borca batıklık aşamasında yabancı kaynaklar varlıklardan büyüktür. O halde “varlıklar-kaynaklar” denklemini sağlamak için öz kaynakların negatif bir sayı ile ifade edilmesi gerekir. Sonuçta borca batıklık iş yıllarının zararlar kapatılmasının yol açtığı son aşamadır.” (Türk, s. 35)

Böylece alacaklıların bizzat hak arama yoluna sahip olmalarının yanında, yönetim kuruluna da bir yükümlülük yüklenmiştir.¹⁸

Öte yandan borca batıklık kavramı ile ödemeden aciz hali ve ödemelerin tatili kavramları farklı mali güçlük durumlarına işaret etmektedir: Ödemeden aciz hali, borçlunun ödeme araçlarındaki geçici olmayan yoksunluk nedeni ile muaccel borçlarını ödemek konusundaki sürekli iktidarsızlığıdır. Bunun başlıca nedeni ise, süreklilik gösteren ve muaccel borçların önemli bir bölümünün ifasına engel teşkil eden likidite yetersizliğidir. Ödemelerin tatili ise borçlunun muaccel ve çekişmesiz borçlarının büyük bir bölümünü veya tamamını artık ödeyemez hale gelmesi ve süreklilik gösteren bu durumun, borçlunun iş çevresinde bilinir hale gelmesidir. Ödemelerin tatil edilmiş olması aciz halinin de somutlaşmış şeklidir. Her iki durumda da likit varlıklar-muaccel borçlar ilişkisi temel ölçüt iken, borca batıklığın tespitinde tüm malvarlığı-borçlar ilişkisi temel alınır. Ödemeden aciz hali ve ödemelerin tatili çoğu zaman birlikte ortaya çıkar; ancak borca batıklıkta olduğu gibi kendilerine iflas sonucu bağlanmayan mali kriz durumlarıdır.¹⁹

3- Borca Batıklığın Belirtileri ve Tespiti

Bir önceki başlıkta anlatılan sermaye kaybı halleri ile ödemeden aciz ve ödemelerini tatili halleri bir anlamda borca batıklığın ya da buna gidişin bir göstergesidir denilebilir. Ancak borca batıklığın teknik anlamda tespit edilmesi, hem şirketin ekonomik geleceği için hem de ilgili kanuni zorunlulukların uygulanabilmesi için gereklidir. Zira borca batıklık özellikle şirket alacaklılarının alacaklarına kavuşamamaları tehlikesinin yüksek olması sebebiyle, şirketin, borçlarını kendi takdirine göre ödemesinin engellenmesini ve iflas tasfiyesine tabi tutulmasını gerektirir. Ancak böyle olağanüstü bir kararı verebilmek için şirketin borca batık

¹⁸ Manavgat (Kırca, Ş. Çelik), s. 585; Türk, s. 230.

¹⁹ Borca batıklık ile ödemeden aciz hali ve ödemelerin tatili kavramları arasındaki ilişki için bkz. Atalay, **Borca Batıklık**, s. 7-9; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes: **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**; Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 423-424; Türk, s. 36-41; Atalay, **İflas**, s. 47-51; Muşul, s. 49; Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 116-125; İbrahim Ermenek: **İflasın Ertelenmesi**; Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 209-213; Arzova/Yavaş/Küçük, s. 56-58.

olduğunun kesin bir şekilde belirlenmesi gerekir.²⁰ Nitekim TTK 376/3'te “*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa...*” denildikten sonra şirket yönetim kuruluna aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartma zorunluluğu getirmiştir. Ara bilanço çıkartma, durumun bu bilançodan tespit edilmesi ve mali durumun iyileştirilmesine yönelik alınacak tedbirlerin belirlenmesinde kesinliğin sağlanması Türk-İsviçre Hukuk sisteminde, bilanço temelli bir yaklaşımın olduğunu göstermektedir.²¹

Borca batıklık belirtileri, bir işletme krizinin göstergesidir.²² Bu mali krizin işaretleri, yıllık bilânçodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin, erken teşhis komitesinin raporlarından ve/veya yönetim kurulunun belirlemelerinden ortaya çıkabilir. Genel olarak borca batıklık belirtileri; yıllık bilanço esaslarına tabi bilançolardan ve bunun dışında meydana gelen ve “şirketin aleyhine ortaya çıkan, malvarlığı durumundaki değişiklikler”den anlaşılabilir.²³ Maddede geçen “şüphe” ifadesinden anlaşılacağı gibi, burada sübjektif kriterlere göre mali durumun takdiri söz konusudur. Ancak her ne kadar Kanun koyucu burada kesin ölçütler getirmemiş olsa da yönetim kurulu, şirketin mali durumuyla ilgili her olguyu dikkate almalıdır.²⁴

²⁰ Ünal Tekinalp: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**; Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 287.

²¹ Türk, s. 42.

²² Bir işletme krizinin kendine özgü pek çok “neden”i bulunabilir. Bu nedenlere “borca batıklık nedenleri” diyecek olursak karşımıza içiçe geçmiş birden fazla kriz nedeni ortaya çıkar. İşletmede ortaya çıkan krizin nedenleriyle bu krizin belirtileri arasında sıkı bir olduğu söylenebilir. Borca batıklık nedenleri işletme içi ve işletme dışı nedenler olarak karşımıza çıkabilir: “Elverişli olmayan işletme yeri, gereksiz işletme büyüklüğü, işletmenin rizikosuna göre öz kaynakların yetersiz kalması, öz kaynaklarla yabancı kaynaklar arasında oransızlık, rasyonel olmayan işletme organizasyonu işletme içi nedenlere; Devletin ticaret (özellikle ihracat ve ithalat) politikası tedbirleri, inakroekonomik kriz ve dalgalanmalar, kredi sınırlamaları, işletmeye önemli derecede borcu olanların aciz haline düşmesi, işletmenin kullanmadığı yeni teknolojilerin ortaya çıkması” gibi nedenler de işletme dışı kriz nedenlerine örnek gösterilebilir. (İşletme krizi nedenleri/borca batıklık nedenleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, s. 235-240.)

Ayrıca işletme krizi kavramıyla ilgili Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, 2009/544 No’lu dosyada yer alan iyileştirme projesinden uyarlanan ayrıntılı somut olay örneği için bkz. Sezayi Dumanoglu: **İflasın Ertelenmesi, Borca Batıklık ve İyileştirme Projeleri**; Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 159 vd.

²³ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 12.

²⁴ Türk, s. 235.

Yıllık bilanço esaslarına tabi bir yılsonu bilançosunun veya bir ara bilançonun²⁵ borca batıklık göstermesi borca batıklık şüphesi uyandırmalıdır. Burada borca batıklık, öz kaynaklarda açık bir azalma görülmesine karşın yabancı kaynaklarda meydana gelen büyük bir artış ile fark edilebilir. Ayrıca önceki bilançoya kıyasla ortaya çıkan ciddi orandaki bilanço zararı da borca batıklık belirtisidir. Özellikle söz konusu bilanço zararında “yabancı kaynaklar-net aktifler” ve “yabancı kaynaklar-öz kaynaklar” oranlarının yüksekliği ne kadar fazla ise borca batıklık şüphesi o kadar fazladır.²⁶

Öte yandan şirketin işletme konusuna uygun olarak işletme faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olan esaslı unsurlardan yoksun kalması ciddi bir borca batıklık belirtisi sayılabilir. Örneğin üretim lisanslarının yitirilmesi, hammadde kaynaklarının tükenmesi ve bunlarla birlikte likidite darlığı borca batıklığa götüren etkenlerden olabilir. Ayrıca kâr-zarar hesaplarında ortaya çıkan sürekli ve büyük zararlar, menkul kıymet ve döviz fiyatlarındaki önemli düşüşler, önemli miktardaki alacakların tahsilinin imkansız hale gelmesi, TTK m. 75’te belirtilen bilançodaki şüpheli alacaklar kaleminin gittikçe artması, tazminat borçlarının ortaya çıkması ve önemli alacak davalarının kaybedilmesi, şirketin çıkarmış olduğu hisse senetlerinin nominal değeri ile fiili değeri arasındaki negatif farklılık gibi olgu ve olaylar borca batıklık şüphesini uyandıran belirtilerdir.²⁷

²⁵ Borca batıklığı göstermesi açısından bilançonun mutlaka son yıllık bilanço olması gerekmez. Herhangi bir nedenle yıl içinde düzenlenen bir ara bilançonun borca batıklığa işaret etmesi de borca batıklıktan şüphelenmek için yeterlidir. Ara bilançodaki bu tür bir borca batıklık “şekli anlamda borca batıklık” bilançosudur ve iflasın açılmasını gerektirmemektedir. Zira “Yıllık bilançoda aktiflerin önemli bir kısmı maliyet değerleriyle gösterildiğinden (Bkz., TTK. m. 460-461-ETK’da), şeklen borca batık görünen bir ortaklık satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bir bilançoya göre bütün borçlarını rahatlıkla karşılayabilecek bir malvarlığına sahip olabilir. Bu durumda alacaklılar için bir tehlike yok demektir. Alacaklılar için önemli olan aktiflerin bilanço günündeki tahmini satış fiyatlarına göre bulunacak toplam değerinin alacaklarının tamamını karşılayabilecek düzeyde olmasıdır. Ortaklık borçları, aktiflerin bu şekilde belirlenen toplam değerini aşıyorsa “maddi anlamda (gerçek) borca batıklık” söz konusu olur ki, eğer ortaklık bu durumdayken normal işletme faaliyetine devam ederse - özellikle alacaklarının vadesi daha sonra gelecek olan veya diğerlerinden daha sonra icra takibinde bulunan alacaklılar haklarını tamamen veya kısmen alamama tehlikesiyle karşılaşır. Bu nedenle, durumun mahkemeye bildirilmesi yükümlülüğü açısından 324. maddede (ETK’da) ‘maddi anlamda borca batıklık’ esas alınmıştır.” (Ahmet Türk: “Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler”; **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 6, S: 1, Yıl 2004, s. 304-305; Ahmet Türk: “Anonim Ortaklıkta Mali Durumun İyileştirilmesi”; **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C: 1, S:1, Yıl: 1999, s. 107.)

²⁶ Türk, s. 241, 242.

²⁷ Kayar, **Mali Durumun Bozulması**, s. 38-41; Türk, s. 240-243; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 11-13.

Özetle, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran; yıllık bilançoda birikmiş zararların sermaye ile kanuni yedek akçeler tamamına ulaşması ve hatta bunu en az bir katıyla geçmesi, senetlerinin protesto edilmesi, cironun düşmesi gibi işaretlerin bulunması halinde Kanun koyucu TTK m. 376/3'te, şirket yönetim kuruluna, bir ara bilanço hazırlayarak borca batıklık olup olmadığını tespit etme yükümlülüğünü yüklemiştir²⁸:

4- İki Farklı Ara Bilanço Çıkartılması (Borca Batıklık Bilançosu)

Borca batıklık şüphesini uyandıran işaretlerin varlığı halinde yönetim kurulu üyeleri için, ek yükümlülükler ve sorumluluklara (TTK m. 376, TTK m. 369) tabi oldukları yeni bir dönem başlar. Bu dönemde her şeyden önce ortaklığın yaşama yeteneğine sahip olup olmadığı konusunda bir inceleme yapılması gerekir. Zira inceleme sonucuna göre yönetim kurulu ya şirketin iflasını ya da iflasının ertelenmesini isteyecektir.²⁹ Anonim şirket yönetim kurulu, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, iki farklı ara bilanço çıkaracaktır. (TTK m. 376/3) Söz konusu ara bilançolardan biri işletmenin devamlılığı esasına göre, diğeri de aktiflerin muhtemel satış fiyatları esasına göre olmalıdır. Bu ara bilançoların amacı, şirketin güncel ve yakın gelecekteki koşullar çerçevesinde borç ödeme yeteneğini tespit etmektir. Özellikle aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkartılacak bilanço, şirketin gerçek borç ödeme gücünü ortaya koyacaktır.³⁰

Anonim şirket yönetim kurulunun çıkartacağı iki ara bilançodan biri *işletmenin devamlılığı esasına* göre hazırlanacak bilançodur (Kaydi Bilanço). Devamlılık esası, bir işletmenin faaliyet halinde iken yani hem bilanço tarihindeki hem de gelecekteki bir zaman dilimi içinde, işletme konusunu elde etmek için yapacağı işlemlerin (operasyonlar) sonuçları dikkate alınarak değerlendirilmesidir.³¹

²⁸ Tekinalp: **Sermaye Ortaklıkları**, s. 287.

²⁹ Türk, s. 244.

³⁰ Manavgat (Kırca, Ş. Çelik), s. 586.

³¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 288. Diğer bir ifadeyle; "İşletmenin devamlılığı esası, sadece değerleme anının değil, makul bir öngörüye dayalı olarak gelecekte ulaşılacak değerlerin de dikkate alınmasını gerektirir." (Manavgat (Kırca, Ş. Çelik), s. 586.) Öte yandan işletmenin devamlılığı (going

TTK m. 376/3 gereği çıkartılacak bu ara bilanço³², TTK m. 88'in işaret ettiği üzere KGK tarafından yayınlanan Finansal Tabloların Sunuluşu Tebliği'nde (TMS-1) ve 25 Nolu Bağımsız Denetim Standardında belirtilen ölçüler dâhilinde hazırlanmalıdır. İşletmenin sürekliliği³³ varsayımının esas alındığı bu bilançoda, işletmenin öngörülebilir gelecekte (bilanço düzenlenme tarihinden itibaren en az 12 ay içinde) faaliyetlerini sürdüreceği kabul edilir.^{34,35}

Yönetim kurulu ayrıca *aktiflerin muhtemel satış fiyatları* üzerinden bir ara bilanço daha çıkaracaktır (Rayiç Değer Bilançosu).^{*} Bu bilanço; işletmenin gerçek malvarlığına dâhil bütün kalemler, özellikle aktifteki kalemler bilanço günündeki muhtemel satış fiyatı/rayiç değer³⁶ üzerinden hesap edilerek/değerlendirilerek

concern) kavramında, faaliyetlerine devam eden bir işletmenin 'bütününün değeri' esas alınmaktadır. (Nilüfer Boran Güneysu/M. Sadık Çapa: "Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak 'Sıradan Çekilme Anlaşması'"; **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 5, S: 1, Yıl: 2014, s. 84.)

³² "Kural olarak aciz halinde olup, ödemelerini tatil etmiş bulunan bir anonim ortaklıkta 'işletmenin devamlılığı esasına' göre bilanço çıkartılamaz. IAS 1-28'in koyduğu kural budur. Ancak, Ticaret Kanunu, aciz halinde bulunduğu şüphesi altındaki bir anonim ortaklıkta bu bilançonun çıkartılmasını da emretmiştir. Ticaret Kanunu m. 376/3 işletmenin devamlılığı esasına göre de bilanço çıkarılmasını öngördüğü için anonim ortaklığın yönetim kurulunun bu esasa başvurmanın gerekliliğini ispatlamasına ihtiyaç yoktur. Kanun maddesi yeterli gerekçedir." (Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 288.)

³³ İşletmenin sürekliliği kavramı hem "Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve"de hem de "TMS 1 – Finansal Tabloların Sunuluşu" Standartlarında yer alan bir ilkedir. (Standartlara ulaşmak için bkz. KGK Web Sitesi.)

³⁴ TTK m. 376/3'ün gerekçesinde söz konusu bilançoya ilişkin şu ifadeler yer almaktadır: "Aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi, faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak değerlendirme yapılması demektir. Böyle bir değerlendirme işletmenin borca batık olma durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama umudunun var olup olmadığını ortaya koyar. Meselâ, bir şirketin kuruluşunun ilk yıllarında yaptığı yatırım dolayısıyla borca batık olmasına karşılık ileriki yıllarda kâr edebileceği olasılığının yüksek olması dolayısıyla uzman bir işletmeci tarafından farklı değerlendirilebilir. Bu tür bir değerlendirme yatırımların sonuçlarını da hesaba katar."

Ayrıca işletmenin sürekliliği/devamlılığı esasına göre çıkarılacak bilançolara ilişkin ayrıntılı bilgi ve yönetim kurulunun, özellikle işletmenin sürekliliğinin devamına ilişkin yaptığı muhakemede dikkat etmesi gereken hususlar için bkz. İşletmenin Sürekliliği-Bağımsız Denetim Standardı (BDS 570), No: 25, KGK Web Sitesi, (Erişim Tarihi: 17.02.2015).

³⁵ İşletmenin devamlılığı esasına göre çıkartılan ara bilanço esasen, şirketin TTK m. 68 gereği hazırlaması gereken açılış bilançosu ve yıllık bilanço gibi bilançolarla aynı değerlendirme ilkelerine tabi bir bilançodur. Yani TMS'nin belirlediği standartlara tabi bir bilançodur. Diğer bir ifadeyle, şirket herhangi bir amaçla çıkarmış olduğu (doğal olarak yıllık bilanço esaslarına tabi) pek çok türdeki bilançodan da borca batıklık şüphesini uyandıracak bir halin mevcudiyetini fark edebilir. Bu ara bilanço diğer ara bilançolardan ayıran husus borca batıklık şüphesini uyandıracak işaretler varsa, çıkarılmak zorunda olmasından ileri gelir.

^{*} Bu bilanço ETK 324/2'de yer alan ve doktrin ile uygulamada borca batıklık bilançosu olarak anılan bilançodur. Dolayısıyla tezimizde aktiflerin muhtemel satış fiyatlarının esas alındığı bu bilanço için "borca batıklık bilançosu" ifadesini kullanacağız.

³⁶ Nitekim Yargıtay kararlarında da "rayiç değer" esasının kabul edildiği görülmektedir: Yarg. 19. HD, E. 2005/6312, K. 2005/11314, T. 17.11.2005; Yarg. 19. HD, E. 2010/4437, K. 2010/7170, T.

çıkarılır.³⁷ “Malvarlığını tespit bilançosu/Tam malvarlığı bilançosu” olarak adlandırılan bu bilançoda aktifler; yıllık bilanço esasları gereği aktiflerin defter/iktisap değeri ya da kayıtlı değer şeklinde adlandırılan değerlere göre değil, aktifler bilanço günü satılırsa fiyatları ne ise o değere, yani cari (günün) değerine göre değerlendirilirler.³⁸ Dolayısıyla aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılan bilanço, bir sonuç açıklama bilançosu niteliğinde olan ve amacı şirketin bir hesap yılı içerisindeki başarısını³⁹ ortaya koymak olup değerlendirme ilkeleri borca batıklığı tespiti elverişli olmayan “yıllık bilanço”^{*} dan farklıdır.⁴⁰ Borca batıklık bilançosu, envanter sonuçlarının piyasa fiyatları ile değerini gösterir; mevcut olmayan, fiktif değerler bu bilançoda dikkate alınmaz.⁴¹

Borca Batıklık Bilançosunda Aktifler⁴²: Borca batıklık bilançosunda aktifler kısmına yazılarak “aktifleştirilebilecek” (bilançoya geçirilecek) değerler, alacaklıların haklarını tatmin etmeye elverişli yani “nakde dönüşebilir” varlıklardan

9.6.2010; Yarg. 19. HD, E. 2010/5119, K. 2010/8590, T. 07.07.2010; Yarg. 23. HD, E. 2013/8782, K. 2014/2288, T. 25.3.2014; Yarg. 19. HD, E. 2010/7226, K. 2010/11231, T. 13.10.2010; Yarg. 23. HD, E. 2013/6724, K. 2013/8067, T. 16.12.2013; Yarg. 19. HD, E. 2010/4484, K. 2010/7166, T. 9.6.2010. (Kazancı Hukuk Web Sitesi, ET: 19.02.2015)

³⁷ Yaşar Karayalçın: **Muhasebe Hukuku**; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1988, s. 41; Ünal Tekinalp: **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**; İstanbul Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 67-68, 83; Ünal Tekinalp (Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu): **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**; Arıkan Yayınları, 10. Bası, İstanbul 2005, s. 775; Türk, s. 114-117.

³⁸ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 287; Tekinalp aynı sayfada devamla şunları kaydetmektedir: “Konunun hassasiyeti gereği yönetim kurulunun bu bilançoymu emlak, fikrî mülkiyet, döner varlık değerlendirme uzmanlarından görüş alarak düzenlemesi doğru olur.”

³⁹ “Hesap dönemi sonuçlarını tesbit eden bilançoymu sonuç (başarı) açıklama bilançosu (Erfolgermittlungsbilanz) denir. Bu bilançodan işletmenin gerçek (tam) malvarlığı durumu anlaşılır, işletmenin malvarlığında yer alan aktif ve pasif kalemler hakkında genel bir bilgi edinilir. Bu bilançoda önemli olan dönem sonucunun kâr veya zarar olarak belirlenmesidir. Başka bir deyimle dönem sonu bilançosunun a) dönem sonucunu, b) envanter ve bilanço günündeki işletmenin genel mali durumunu bildirmek gibi iki fonksiyonu vardır.” (Karayalçın, s. 41.)

* Borca batıklık hali dışındaki mali bozulmalar, (TTK m. 376/1-2) yıllık bilanço esasına göre hazırlanmış tüm ara ve yıllık bilanço türlerinden tespit edilebilir.

⁴⁰ “Yıllık bilançoymu ilişkin değerlendirme ilkeleri borca batıklığının tespiti bakımından elverişli değildir. Çünkü borca batıklık halinde öngörülen bildirim yükümlülüğünün amacı alacaklıların çıkarlarının korunması olduğuna göre, malvarlığının belli bir tarihteki gerçek durumu ve ortaklığın tasfiyesi halinde malvarlığının borçları ne ölçüde karşıladığı tam olarak belirlenmelidir. Bu da ancak aktiflerin bilançonun düzenlendiği tarihteki gerçek değerlerinin esas alınması ile mümkün olabilir.” (Türk, s. 245.) Aktiflerin muhtemel satış değerleri üzerinden çıkarılacak bilançonun diğer bilançolardan farkı ve karşılaştırması için bkz. Karayalçın, s. 40-42; Türk, s. 245-250; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 13-16; Berna Burcu Yılmaz: **İflasın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirilmesi**; TÜRMOB Yayınları, Ankara 2009, s. 124-131.

⁴¹ Haluk Sumer: “Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu”; **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 87, S: 2, Yıl: 2013, s. 42.

⁴² Aşağıda 5 numaralı başlıkta yer alan örnek borca batıklık bilançosunu inceleyiniz.

oluşmalıdır. Malvarlığının parça parça mı yoksa bir bütün olarak mı satışa konu edileceği ve satılacağı zaman dilimi, paraya çevrilme değerlerini etkileyeceği için bu hususlar dikkatle incelenmelidir.⁴³

Şirketin sahip olduğu para, çek gibi ödeme araçları nominal değerleri üzerinden dövizler ise bilanço günündeki kur üzerinden bilançoya geçirilirler. Bunun yanında kıymetli evrak, borsada rayici varsa, bilanço günündeki borsa rayici üzerinden, rayici olmayanlar ise tahmini satış değerleri üzerinden değerlendirilirler. Alacaklar muaccel olup olmadıklarına bakılmaksızın aktif tarafa geçirilirler. Alacaklar, değerlemelerinde her bir borçlunun ödeme kabiliyeti hakkında yapılacak bir analiz sonrası bilançoya geçirilir. Şüpheli alacaklar tahsili muhtemel olan miktar üzerinden aktife geçirilmelidir.⁴⁴ Pay sahiplerinin yan edim yükümlülükleri aktifleştirilebildikleri oranda alacaklara dâhil edilir. Esas sermayenin ödenmemiş kısmı tahsil kabiliyeti göz önünde bulundurularak aktifleştirilmelidir. Tazminat alacakları ve şarta bağlı alacaklar belli şartlarda bilançoya dâhil edilir. Stok ve sair mallar, yeniden yapılacak kapsamlı bir envanter çalışmasının ardından, mamul ve yarı mamul mal ayırımı yapılarak satılabilme kabiliyetlerine bağlı olarak aktiflere dahil edilmelidir. Maddi yatırım malvarlığı (maddi duran varlıklar) (taşınmaz, makine, alet edevat, demirbaş) unsurları gerçek satış değerleri üzerinden aktifleştirilir. Bunun için değerlendirme uzmanlarından istifade edilmesi yararlı olacaktır. Tek başına satışı mümkün olan gayri maddi malvarlığı (maddi olmayan duran varlıklar) (lisans, patent, marka) unsurları da aktiflere dâhil edilmelidir. Şirketin mali yatırım malvarlığı (mali duran varlıklar) unsurları ise süre ve faiz yönünden değerlendirilip aktifleştirilmelidir. İlk kuruluş ve işletme masrafları, nakde dönüşebilir unsurlar olmadığı için borca batıklık bilançosunda yer almazlar.⁴⁵

Borca Batıklık Bilançosunda Pasifler: Borca batıklık bilançosunun pasif tarafında muaccel olup olmadığına bakılmaksızın, şirketin sadece gerçek borçları yer almalıdır. Yıllık bilançonun pasifinde yer alan diğer kalemler, borca batıklık bilançosu için önem taşımazlar. Yıllık bilançoda karşılık olarak gösterilen değerler, ayrılma amacı göz önünde bulundurularak (örneğin yedek akçe niteliği gösterip

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Borca Batıklık**, s. 17, 18.

⁴⁴ Şüpheli alacaklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sumer, s. 43, 44.

⁴⁵ Borca batıklık bilançosunda yer alacak aktiflerin, değerlendirme esaslarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **İflas**, s. 55-60; Türk, s. 257-260; Dumanoglu, s. 84-120; Yılmaz, s. 132-189.

göstermediğine dikkat edilerek), gerçek şirket borcu niteliği taşıdıkları ölçüde pasifte gösterilirler. Şirket tarafından çıkarılan tahviller itfa değerleri üzerinden pasiflere dâhil edilirler. Çekişmeli alacaklardan, henüz sonuçlanmamış tazminat davalarından doğabilecek borçlar ve kesinlik kazanmamış vergi borçları için de uygun bir miktarda karşılık ayrılmalı ve pasiflere dâhil edilmelidir.⁴⁶ Yıllık bilanço esaslarına tabi bilançolarda pasifler kısmında yer alan özkaynaklar kalemi, özkaynakların yitirilmiş olması nedeniyle borca batıklık bilançosunda yer almaz.^{47,48}

Ara bilanço hazırlama yükümlülüğünün başlangıcı ara bilançonun hazırlandığı tarihte değil, borca batıklık şüphesini ortaya çıkaran işaretlerin fark edildiği anda başlar.⁴⁹ (TTK m. 376/3) Diğer bir ifadeyle “ara bilanço düzenleme süresi”⁵⁰, borca batıklık şüphesinin mevcut olduğunun kabulü gereken tarih ile durumun mahkemeye bildirilmesinin zorunlu hale geldiği tarih arasındaki dönemi

⁴⁶ Borca batıklık bilançosunda yer alacak pasiflerin, değerlendirme esaslarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **İflas**, s. 60-62; Türk, s. 260-263; Dumanoglu, s. 121-128; Yılmaz, s. 189-233.

⁴⁷ “Pasifte yer alan öz kaynaklar da sermaye gibi şirkete dışarıdan getirilen veya dağıtılmamış kar ve yedekler gibi esasen pay sahiplerinden temin edilen ve onlara dağıtılması gereken bir nevi şirketin borçlarıdır. Ancak öz kaynaklar en geç tasfiyede tamamen ortaklara dağıtılacak olmakla birlikte yabancı kaynaklardan farklı olarak kısa veya uzun vadede şirketin mutlaka ödemek zorunda olduğu borçlardan değildir. Bu bakımdan sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde yapılan hesaplama işlemi, şirketin tüm aktiflerinin değeri, tüm yabancı kaynakları (kısa ve uzun vadeli borçlar) hangi oranda karşıladığının tespit edilmesidir.” (Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 646.)

⁴⁸ Yarg. 19. HD, E. 1995/3261, K. 1995/3988, T. 02.05.1995. (Mahmut Bilgen: **İflas, İflasın Ertelenmesi, Konkordato Yargılama Usulü**; Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 731.)

⁴⁹ Aslında, TTK m. 376'nın tüm fıkralarında öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmesi, durumun bir bilançodan anlaşılması şartına bağlıdır. Ancak gerek sermaye kaybının (yarısının ve üçte ikisinin) gerek borca batıklığın varlığına işaret eden ciddi şüphe nedenlerinin bulunması halinde, yönetim kuruluna, genel kurula bildirim ve önlem alma ile ilgili diğer yükümlülüklerden önce bilanço hazırlama yükümlülüğü düşer. Yani bildirim yükümlülüğünün ihlali durumunda sorumluluk, bilançonun düzenlendiği tarihten itibaren değil, bilançonun düzenlenmesi gereken andan itibaren başlamaktadır. “Doğaldır ki, bu durum yönetim kurulu üyeleri için ciddi bir riziko oluşturur. Özellikle şartların belirsizliği halinde bir yargıya varmak güçlük gösterebilir. Ancak haklı olarak belirtildiği gibi, yönetim kurulu, sermaye kaybı ve borca batıklık şüphesi bakımından şartların belirsizliği gerekçesine sığınamaz. Çünkü normal olarak bu durumu en iyi takdir edecek organ yönetim kuruludur. Aksi yorum, gerekli tedbirlerin zamanında alınmamasından etkilenen pay sahipleri ve alacaklılara ait çıkarların sorumlu organ lehine bir yana bırakılması anlamına gelir. Sermaye kaybı ve borca batıklığın mümkün olan en erken tarihte tespiti sadece sorumluluk yönünden değil, mali durumunu iyileştirilmesi imkânlarının genişlemesi bakımından da büyük öneme sahiptir. Gerçekten durum ne kadar erken teşhis edilirse ‘tedavi’ o kadar kolay olacaktır.” (Türk, s. 42.)

⁵⁰ Ara bilanço düzenleme süresi içinde, şirketin mali durumunu netleştirmek için yapılan incelemelerin yanında, mali durumu iyileştirmeye yönelik girişimlerde de bulunulabilir. Özellikle borca batıklık ihtimalinin yüksek olduğu konusunda şirketin mevcut durumu sinyal veriyorsa, borca batıklık şüphesini boşa çıkarmak ve mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunma yükümlülüğünden kurtulmak için, kısa vadede sonuç almaya yönelik iyileştirme çalışmaları yapılabilir. Örneğin az ortaklı aile şirketlerinde pay sahipleri ortaklığa kendi varlıklarından kaynak aktarabilir. (Türk, s. 244.)

kapsar.”⁵¹ Madde metninden bu sürenin başlangıç ve bitiş tarihi için kesin bir sınır öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bu durum biraz da, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılacak bilançonun değerlendirme ilkelerinin, yıllık bilanço değerlendirme ilkelerinden tamamen farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak yine de ara bilanço düzenlenmesi kusurlu olarak geciktirilmemelidir. Aksi takdirde yönetim kurulu TTK m. 369’da belirtilen özen yükümünün ihlali gereği sorumlu olur.⁵²

Şirket yönetim kurulu bu iki bilançoğu çıkarmak zorundadır. Sadece biriyle yetinemez. Bu sonuç Kanunun 376/3’teki emredici hüküm içeren ifadesinden çıkarılmaktadır. Yönetim kurulu her iki bilançoğu da inceleyecek ve çıkan sonuca göre şirketin aktiflerinin borçları ve zararları karşılayıp karşılamadığına karar verecektir.⁵³

5- Borca Batık Şirket Bilançosu Örneği

Aşağıda yer alan Tablo 3’te örnek bir borca batıklık bilançosu görülmektedir. Borca batıklık bilançosunda, malvarlığı/borçlar oranı tespit edilmeye çalışıldığı ve özkaynaklar yitirildiği için özkaynaklar kalemi yer almaz. Zira özkaynaklar kalemini oluşturan esas sermaye ve yedekler tamamen kaybedilmiştir. Fakat bilançonun kolay anlaşılması için özkaynaklar kalemi bu bilançoda gösterilmiştir. Bunun yanında şirket borca batık olduğu; yani esas sermaye tamamen kaybedilmiş ve şirketin halen de ödeyemediği borçlarının var olması sebebiyle özkaynaklar kalemi bilançoda eksi (-) olarak gösterilmiştir. Bu durum, diğer bir ifadeyle bilançonun eksi bakiye vermiş olması olarak da adlandırılabilir. Bilançoda, şirketin aktiflerinden borçları çıkarıldığı zaman şirketi öz varlığı-öz sermayesi bulunur.⁵⁴

⁵¹ Türk, s. 243.

⁵² Ara bilanço düzenleme süresiyle ilgili, “bütün anonim ortaklıklar için geçerli bir ölçü bulmak kolay değildir. Gerçekten, yıllık bilançonun tabii olduğu değerlendirme esaslarından tamamen farklı olan, malvarlığı unsurlarının sil baştan değerlendirilmesini gerektiren ara bilançonun düzenlenme süresi her ortaklığın büyüklüğüne ve malvarlığı yapısının karmaşıklığına göre değişir. Malvarlığı konularının yeniden envanterinin çıkarılması gerekir. Bu da belli bir zaman alır.” (Türk, s. 243.)

⁵³ Tartışma ve ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. Bölüm II, B.

⁵⁴ TTK m. 376/1-2’de yer alan ½ ve 2/3 sermaye kaybı hallerini tespiti için bkz. Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 647.

Bunun yanında bilançoda yer alan varlıkların rayiç piyasa değerleriyle kayıtlı defter değerlerinin karşılaştırılabilmesi için örnekte her iki değer birlikte gösterilmiştir. Borca batıklık bilançosu, şirketin malvarlığının tam bir resminin tespit edilmesi amacıyla hazırlandığı için varlıkların rayiç değerleriyle defter değerleri arasında, defter değerleri aleyhine bir farklılık oluşması normaldir. Rayiç değer, malvarlığının piyasada bilançonun düzenlendiği zaman dilimindeki muhtemel satış fiyatına göre hesaplandığı için, özellikle bazı kalemler defter değerine göre daha düşük miktarda çıkabileceği gibi bazı kalemler de daha yüksek çıkabilecektir.

Tablo 3: Aktiflerin Muhtemel Satış Fiyatları Esasına Göre Hazırlanan Borca Batıklık Bilançosu⁵⁵

	Kayıtlı Değerler	Rayiç Değerler
1. Dönen Varlıklar	200.000	70.000
A- Hazır Değerler	15.000	15.000
B- Menkul Kıymetler	0	0
C- Ticari Alacaklar	10.000	10.000
D- Diğer Alacaklar	20.000	20.000
E- Stoklar	40.000	10.000
F- Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Maliyetleri	100.000	0
G- Gelecek Aylara Ait Giderler ve Gelir Tahakkukları	10.000	10.000
H- Diğer Dönen Varlıklar	5.000	5.000
2. Duran Varlıklar	50.000	35.000
A- Ticari Alacaklar	0	0
B- Diğer Alacaklar	0	0
C- Mali Duran Varlıklar	10.000	10.000
D- Maddi Duran Varlıklar	20.000	25.000
E- Maddi Olmayan Duran Varlıklar	15.000	0
F- Özel Tükemeye Tabi Varlıklar	0	0
G- Gelecek Yıllara Ait Giderler	5.000	0
H- Diğer Duran Varlıklar	0	0
VARLIKLAR TOPLAMI	250.000	105.000
1. Kısa Vadeli Yabancı Kaynaklar	180.000	100.000
A- Mali Borçlar	10.000	10.000
B- Ticari Borçlar	40.000	40.000
C- Diğer Borçlar	30.000	30.000

⁵⁵ Örnek bilanço hazırlanırken yararlanılan kaynaklar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Karayalçın**, s. 97 vd; Tekinalp, **Bilanço**, s. 153 vd; Dumanoğlu, s. 136 vd; Arzova, s. 264 vd; Rüknettin Kumkale: **Tekdüzen Hesap Planı**; Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2014; Rüknettin Kumkale: **Hukukçular İçin Muhasebe Bilgileri**; Seçkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 2014; Sumer, s. 42-43; Sait Y. Kaygusuz/Ümmühan Aslan/Nazlı Kepçe: **Genel Muhasebe-I**; Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Yayınları, 3. Bası, Eskişehir 2014, s. 30 vd; Efrail Aydemir/Türkan Çağlar: **İflasın Erteleme ve Konkordato**; Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 78-103.

D- Alınan Avanslar	0	0
E- Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Hakedişleri	80.000	0
F- Ödenecek Vergi ve Diğer Yükümlülükler	10.000	10.000
G- Borç ve Gider Karşılıkları	0	0
H- Gelecek Aylara Ait Gelirler ve Tahakkukları	5.000	5.000
I- Diğer Kısa Vadeli Yabancı Kaynaklar	5.000	5.000
2. Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar	20.000	20.000
A- Mali Borçlar	15.000	15.000
B- Ticari Borçlar	0	0
C- Diğer Borçlar	0	0
D- Alınan Avanslar	5.000	5.000
G- Diğer Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar	0	0
3- Özkaynaklar	50.000	-15.000
A- Ödenmiş Sermaye	50.000	
B- Sermaye Yedekleri	0	
C- Kar Yedekleri	15.000	
D- Geçmiş Yıllar Karları	10.000	
E- Geçmiş Yıllar Zararları (-)	0	
F- Dönem Net Karı (Zararı)	-25.000	
KAYNAKLAR TOPLAMI	250.000	105.000

Buna göre bilanço tarihi itibarıyla;

Şirketin mevcut, alacakları ve yedek akçeleri toplamı : 105.000 TL

Şirketin borçları toplamı : 120.000 TL

Öz Varlık (-) : 15.000 TL

olmuştur. Yani bilanço tarihi itibarıyla şirketin borçları, toplam aktiflerini 15.000 TL tutarında aşmıştır. Şirketin, mevcut varlıklarıyla borçlarının tümünü ödemesi mümkün değildir. Şirketin iflas etmesi ve tasfiyeye girmesi zorunludur ve varlıkların borçlar için kullanılması (garameten dağıtım - alacaklıların her birinin alacağının eşit oranda bir kısmından vazgeçmek zorunda kalması) kaçınılmazdır. Dolayısıyla şirket borca batıktır.

B. ARA BİLANÇODAN BORCA BATIKLIK SONUCUNUN ORTAYA ÇIKMASI HALİNDE SERMAYE ŞİRKETİNİN SEÇENEKLERİ (TTK m. 376, 377)

1- Şirketin Kendi İflasını İstemesi

Şirket yönetim kurulu çıkarmış olduğu iki farklı esasa dayanan bilançoları değerlendirecek ve bir sonuca varacaktır. Buna göre bilançodan şirketin aktiflerinin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmeyeceği anlaşılıyorsa, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirecek (borca batıklık bildirim) ve şirketin iflasını isteyecektir. (TTK m. 376/3) Bu husus, “Devredilemez görev ve yetkiler” başlıklı TTK m. 375/1-g’de, yönetim kurulunun bir yükümlülüğü ve İİK m. 179’da bir iflas sebebi olarak düzenlenmiştir.

Mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmak, borca batık hale gelmiş şirketin, bu durumdan kurtulmak için başvuracağı diğer tüm çareler dâhil olmak üzere, hepsi için ortak bir yükümlülüktür.⁵⁶ Borca batık hale gelmiş bir şirket, genellikle olağan ticari hayatın akışına bağlı olarak, borca batıklık bildirim yükümlülüğünü iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte yerine getirmektedir. Ancak şirket, faaliyetlerine devam etmek istemiyor ve iflasının da ertelenmesini istemiyorsa yine de mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunacak ve iflas ve tasfiye prosedürünün işletilmesini talep edecektir. Diğer bir ifadeyle, şirket yönetim kurulu, içinde bulunulan mali krizi ve borca batıklığı bahane ederek şirketi kendi imkânlarıyla (sanki borca batıklık hiç yokmuş gibi) tasfiye edip ticaret hayatından çekilmeye karar veremez.⁵⁷ Borca batıklığın mahkemeye bildirilmesinin zorunlu

⁵⁶ “Yönetim kurulu borca batıklığı tespit ettikten sonra; ya sadece durumu bildirmekle yetinir, ya iflasın açılması istemiyle başvurur, ya da iflasın ertelenmesini ister. Her üç seçenekte de tasavvur açıklaması niteliğinde, hukuki sonucu yasanın belirlediği bir borca batıklık bildirimidir. İflasın açılması yönünde bir istemin pratik bir önemi yoktur. Çünkü iflasın açılması yasanın bizzat öngördüğü bir hukuki sonuçtur. [TTK m. 324/II, c.4 (Yeni TTK m. 376/3)] Buna karşılık yönetim kurulu iflasın ertelenmesini arzuluyorsa bu konuda bir istemde bulunması gerekir.” (Türk, s. 275.)

⁵⁷ Ayrıca; bir sermaye şirketi veya kooperatif borca batık hale gelmişse, borçlu artık başka bir sebebe dayanarak iflas talebinde bulunamaz. Örneğin, borca batık bir şirketin aciz halinde bulunduğu gerekçesiyle yapacağı iflas talebinin reddi icap eder. (Cumhur Rüzgaresen: **İflas Sebepleri**; Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 586.)

olmasının⁵⁸ sebebi⁵⁹, “borca batık şirketin ticari faaliyetlerine devam etmesi önlenerek; gerek alacaklıların, gerekse şirketle ticari ilişki içine girmeyi düşünen üçüncü kişilerin korunmak istemesidir.”⁶⁰

Şirket yönetim kurulunun, borca batıklık bildirimini en geç ne zamana kadar yapması gerektiği TTK m. 376/3’te belirtilmemiştir. Ancak madde İİK m. 179 birlikte ele alındığında, şirket yönetim kurulunun, borca batıklığı çıkarmış olduğu özel ara bilançodan tespit ettikten sonra, vakit kaybetmeksizin gerekli başvuru belgelerini hazırlayıp mahkemeye sunması gerektiği söylenebilir.⁶¹ Aksi takdirde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, limited şirketlerde ise müdür veya müdürler kurulunun hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir. Şirket, borca batıklığın bildirilmemesi sebebiyle bir zarara uğrayacak olursa, yönetim kurulu üyeleri⁶² TTK m. 369 ve m. 553 gereği hukuken sorumlu olacaklardır.⁶³ Ayrıca İİK m. 345/a’da, iflas bildiriminde bulunmayan yöneticiler hakkında hapis cezası öngörülmüştür. Bunun yanında yine İİK m. 310/4 ve m. 311/6’da taksiratlı iflas ve hileli iflas halleri düzenlenerek, bu hallere sebebiyet verenler hakkında Türk Ceza Kanununun tatbik edileceği belirtilmiştir.⁶⁴

Borca batıklık bildiri üzerine, mahkeme borca batıklığı bilirkişi vasıtasıyla tespit ederse, şirketin iflasına karar verecektir. Zira mahkeme, şirketin sunmuş olduğu bilançoyla bağlı değildir. Bilirkişinin borca batıklık olmadığını tespit etmesi durumunda, mahkeme iflas talebini reddederek davayı sonuçlandırır.

⁵⁸ Borçlunun iflasını istemesinin zorunlu olmasıyla ilgili bkz. S. Özkan, **İflas Ders Kitabı**, s. 430; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz: **İcra ve İflas Hukuku**; Yetkin Yayınları, 28. Bası, Ankara 2014, s. 501-502; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 25-34; Kayar, **Mali Durum**, s. 176-178; Türk, s. 270.

⁵⁹ “Sadece sermaye şirketleri için özel bir iflas sebebi olarak borca batıklık halinin düzenlenmiş olmasının altında yatan neden, bu şirketlerde malvarlığıyla sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olmasıdır.” (Atalay, **İflas Ders Kitabı**, s. 433.)

⁶⁰ Rüzgaresen, s. 582.

⁶¹ Süre konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Rüzgaresen, s. 583-585.

⁶² Mahkemeye başvurma yükümlülüğüne tabi kişilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, s. 279 vd; Rüzgaresen, s. 587 vd.

⁶³ Yönetim kurulunun sorumluluğuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Battal: “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi”; **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 31-40.

⁶⁴ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 416, 417; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 387 vd; Hasan Pulaşlı: **Şirketler Hukuku Şerhi**; Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 2023 vd; Necmeddin M. Berkin: **İflas Hukuku**; İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul 1970, s. 181; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 46-49.

2- Şirketin İflasın Ertelenmesini İstemesi

Borca batıklığı tespit eden yönetim kurulu, mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunurken, isterse TTK m. 377’de düzenlenmiş bulunan iflasın ertelenmesi yolunu seçebilir. Buna göre, “*yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir.*” İflasın ertelenmesi prosedürü ise İİK m. 179’da düzenlenmiştir. Bu imkânın kullanılabilmesi bazı şeklî ve maddî koşullara bağlıdır:

Şeklî Koşullar: İflas ertelenmesi talebinde bulunulabilmesi ve bu yönde bir karar verilebilmesi için şirketi idare ve temsille görevli kişiler veya bir alacaklı, mahkemeye başvurmalıdır. Yapılan bu başvuruda, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulduğu açık bir şekilde belirtilmelidir; zira mahkeme kendiliğinden iflasın ertelenmesine karar veremez. İflasın ertelenmesi talebini inceleyecek olan mahkemeye, borca batıklık bilançosu ve iyileştirme projesi (iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğuna dair bilgi ve belgelerle birlikte) sunulmalıdır. Erteleme talebinde bulunurken ileride ortaya çıkacak olan masrafları ve kayyım ücretinin bir kısmı da peşin olarak ödenecektir. Ayrıca İİK m. 329/a gereği şirket fevkalade mühletten yararlanmamış olmalıdır.

Maddî Koşullar: İflasın ertelenmesi kararı verilebilmesi için, şirketin “gerçekten” borca batık durumda bulunması gereklidir. Bu da aktiflerin muhtemel satış değerleri esas alınarak hazırlanmış bir bilanço ile tespit edilebilir. Bunun yanında şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidi, iflasın ertelenmesinin zorunlu koşuludur. Erteleme talebinde bulunan şirket, bu ümidi somut ve objektif gerekçelerle ispat etmelidir. Bunun için ise, mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri olarak neleri uygulayacağını belirtmelidir. Bu tedbirler, yeni nakit sermaye konulması dahil olmak üzere, konkordato teklifi, uzlaşma ve garameye iştirakten feragat sözleşmesi gibi pek çok çeşitli şekilde olabilir. Son olarak, iflasın ertelenmesi kararı alacaklıların haklarının korunması koşuluna bağlı olduğu için bu husus da erteleme şartlarından biridir.

İflasın ertelenmesi talebini inceleyen mahkeme, şirketin borca batıklığını tespit ettirip iyileştirme projesini ciddi ve inandırıcı bulursa, iflasın ertelenmesine

karar verir ve kararda belirtilen görevleri yerine getirmesi için şirkete bir kayyım (veya kayyım heyeti) atayarak şirketin malvarlığının korunması için bazı muhafaza tedbirlerinin alınmasına karar verir. İflasın ertelenmesi kararı, şirketi iflasının önlenmesine hizmet eden geçici bir hukuki korumadır. Şirket borca batıklıktan kurtulursa iflasın ertelenmesi kararı kaldırılır; şirket eski haline döner. Eğer borca batıklık erteleme süresinde giderilememiş ve giderilemeyecek olduğu da kayyım ve bilirkişi raporlarından anlaşılıyorsa, erteleme süresi sonunda, hatta erteleme süresi içinde de iflasın ertelenmesi kararı kaldırılır ve şirketin iflasına karar verilir.^{65,66}

3- Şirketin Diğer Seçenekleri

Bilançodaki aktif/pasif dengesinin bozulması durumunda yönetim kurulu, borca batıklık bildirimini için mahkemeye başvurmadan önce, şirketi kurtarabilecek bir yol olan “bir sermaye şirketiyle birleşme” alternatifini seçebilir. (TTK m. 139) Buna göre; *“Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe, tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir.”*⁶⁷

Diğer bir borca batıklıktan kurtulma çaresi de “sermayenin tamamlanması”dır. TTK m. 376/2’de sermayenin üçte ikisinin kaybı halinde, genel kurulun tercih etmesi gereken iki seçenekten biri olan tamamlama yolu, sadece sermayenin belli bir oranda kaybında değil borca batıklıkta da açıktır. Bu seçenek, TTK m. 480 ve m. 421 de göz önünde bulundurularak şirketi kurtarma adına değerlendirilebilir.⁶⁸

⁶⁵ İflasın ertelenmesi ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Borca Batıklık**, s. 51 vd; Atalay, **İflas**, s. 105 vd; Türk, s. 317 vd; Kayar, **Mali Durum**, s. 241 vd; Muşul, s. 1 vd; Ermenek, s. 1 vd.

⁶⁶ Borca batıklık ve iflasın ertelenmesiyle ilgili Yargıtay kararları için bkz. Şakir Balcı: **İflâsın Ertelenmesi-Usul ve Esaslar**; Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2010, s. 433-450; Bilgen, s. 717-761.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 691.

⁶⁸ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 286, 290.

4- Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi Yapmak Suretiyle Borca Batıklığın Giderilmesi

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapmak suretiyle şirketin borca batıklıktan kurtarılması seçeneği tezimizin ana konusu olup Bölüm II’de ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

II- GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, 6102 sayılı yeni TTK m. 376/3 ile birlikte hukuk hayatımıza giren ve borca batıklığın giderilmesini sağlayan yeni bir hukuki kurumdur. TTK m. 376/3'te borca batıklığı tespit eden yönetim kuruluna, mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunup iflasını isteme görevi yüklendikten sonra şu seçenek sunulmaktadır: *“Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığına karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun.”*

Bu sözleşmede, şirketin borca batıklığını giderecek ölçüde alacağa sahip olan alacaklı ya da alacaklılar, şirketin olası iflası durumunda, sıra cetvelinde en alt sıraya gitmeyi kabul etmektedirler. Böyle bir taahhüt, etkilerini iflâs halinde gösterecek ve sona giden alacakların alacaklıları, garameye katılmayacaklardır. Böylece, şirketin pasiflerindeki borca batıklığı giderebilecek orandaki azalma, şirketin borca batıklığını giderecek ve mahkemeye iflas bildiriminde bulunma zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

Doktrinde, bu sözleşme için; “sıradan vazgeçme sözleşmesi”⁶⁹, “iflâstaki sıradan çekilme sözleşmesi”⁷⁰, “sırada sona geçme”⁷¹, “sırada en sona gitme beyanı/taahhüdü”⁷², “alacağın sona bırakılması”⁷³, “sıradan çekilme anlaşması”⁷⁴ gibi adlar kullanıldığı görülmektedir. Bu çalışmada sözleşme için, adlandırmaya

⁶⁹ Atalay, **İflas**, s. 75.

⁷⁰ Türk, s. 293; Aydın, s. 111.

⁷¹ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 653.

⁷² Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 290.

⁷³ Manavgat (Kırca/Ş. Çelik), s. 587.

⁷⁴ B. Güneysu/Çapa, s. 92.

ilişkin gerekçe ve diğer tartışmalar aşağıda belirtilmek⁷⁵ üzere, “garameye iştirakten feragat sözleşmesi” kullanılacaktır.

B. Türk Hukukunda Sözleşmeye İlişkin Düzenlemenin Gerekçesi ve Kanunlaşma Süreci

Sermaye kaybı ve borca batıklık hallerinde anonim şirket yönetim kurulunun görevlerini düzenleyen TTK m. 376 hükümleri, ETK m. 324’ün yerine geçmiş olmasına rağmen, yeni Kanunda, uygulamada sıkça rastlanılan sorunlar dikkate alınarak yeni kuralların öngörüldüğü bir mahiyet kazanmıştır. Madde gerekçesinde yapılan değişiklik ve yeniliklerde, İcra ve İflâs Kanununda 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, Avrupa Ekonomik Topluluğu’nun İkinci Yönergesi ve İBK m. 725’e 1991’de yapılan eklerin dikkate alındığı belirtilmiştir. Ayrıca madde hükümlerinin bir bütün olarak pay sahiplerini, alacaklıları, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumayı amaçladığı ifade edilmiştir.⁷⁶

Sözleşmenin genel çerçevesinin kavranması ve kanun koyucunun bu müessese ile neyi amaçladığının belirginleştirilmesi için, ayrıntıları aşağıda belirtilmek üzere, ilgili fıkra metninin gerekçesini buraya aynen almakta fayda görüyoruz:

“Hüküm, mahkemeye başvuru zorunluğunu* ortadan kaldıracak bir yeniliği de içermektedir. Bu da, şirket alacaklılarından bazılarının, kendi alacaklarını, diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya gitmesini yazıyla kabul etmeleridir. Böyle bir taahhüt etkilerini iflâs halinde gösterir ve önceki alacaklar ödenmeden sona giden alacak garameye katılamaz. Bu taahhütlerin tutarı ara bilânço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflâs bildirim zorunluğu yoktur. Başka bir deyişle, bu taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak düzeydeyse, kısa vadeli olmayıp süreklilik arz eder nitelikteyse ve taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara

⁷⁵ Bkz. Bölüm II, D.

⁷⁶ Bkz. TTK m. 376’nın madde gerekçesi.

* Burada mahkemeye başvurma zorunluğunun kalkmış olması, iflas talebiyle mahkemeye başvurma mecburiyetinin, söz konusu sözleşme vesilesiyle gerek kalmaması anlamındadır. (Ancak alt komisyonda yapılan değişikliklerle, mahkemeye başvurmak zorunlu hale getirilmiştir.)

bağlanmamış ise mahkemeye bildirimde bulunulmaz. İBK 725 (2)'ye 1991 reformunda giren bu hükümlerle şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılması amaçlanmıştır. Şirket alacaklılarının aynı zamanda şirketin pay sahibi olmaları halinde, bunlar iflâs ile erteleme seçeneğini değerlendireceklerdir. Erteleme belli bir takvim gününe bağlı değildir. En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir. Erteleme bir anlamda istekle sırada en sona giderek şirketi iflâstan kurtarma, erteleme son bulduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşır; yoksa alacaktan feragat edilmiş değildir. Bu beyan, zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmaz.”

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, borca batıklığı giderip iflası önleyen bir yöntem olarak öngörülen garameye iştirakten feragat sözleşmesi, tamamen yeni bir yöntem olarak ihdas edilmişti. Ancak maddenin özgün metni, ilk olarak Adalet Alt Komisyonunda Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin önerisine uyularak değiştirilmiştir. Daha sonra ise 6335 sayılı Kanunla bilançoların denetçi tarafından incelenmesine ilişkin hükümlerin kaldırılmasıyla ikinci bir değişiklik yapılmış; neticede hükmün kendi içindeki ve gerekçesiyle arasındaki ahenk bir anlamda kaybolmuştur.

Hükmün, Tasarıdaki ilk hali şöyleydi: “*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de olası satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilanço, en çok yedi iş günü içinde inceler ve değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunar. 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 sırasını diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş olsun”.*⁷⁷

Görüldüğü üzere fıkranın ilk halinde, şirketin iki değerlendirme temeline göre çıkardığı bilanço denetçiye veriliyor, denetçi ara bilançoğu en çok yedi iş günü içinde inceleyip değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor halinde yönetim kuruluna sunuyordu. Denetçi, önerilerinde TTK m. 378’deki riskin erken teşhisi komitesinin de görüşleri alıyordu.⁷⁸ İşte bu aşamada şirketin borca batıklıktan kurtulmak için yapmış olduğu garameye iştirakten feragat sözleşmesi denetçinin teyidiyle, mahkemeye başvurmaya gerek kalmadan uygulanabilir hale geliyordu. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de “mahkemeye iflas talebiyle başvuru zorunluluğunu ortadan kaldıracak bir yenilik” olarak temellendirilmişti. Ancak bu düzenleme alt komisyonda Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin önerisine uyularak değiştirilerek üçüncü fıkranın sonuna sırada sona gitme beyanı veya sözleşmesinin mahkeme tarafından denetimini sağlayan ve mahkemenin olumsuz sonuca varması halinde bilirkişi incelemesi için yapılmış başvurunun iflâs bildirimini olarak kabul edilmesi sonucunu doğuran bir cümle eklendi.⁷⁹

Maddenin, Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikten sonraki hali şöyle oldu: “*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de olası satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilançoğu, 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 sırasını diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu*

⁷⁷ Bkz. TBMM Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 490, TBMM Web Sitesi, (Erişim Tarihi: 13.02.2015).

⁷⁸ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 289.

⁷⁹ Bkz. TBMM Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 490.

*beyanın veya sözleşmenin yerindeligi, gerçekligi ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflâs isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflâs bildirimini olarak kabul olunur.*⁸⁰

Yapılan bu değişiklikle birlikte İsviçre Hukukundakinin zıddına olarak, sadece denetçinin teyidiyle uygulanabilen bir sırada sona gitme tasarımıdan vazgeçilmiştir. Buna göre garameye iştirakten feragat sözleşmesinin geçerliliği, iflâsın bildirileceği mahkemenin atayacağı bilirkişinin yapacağı yerindelik, gerçeklik ve geçerlilik onayına bağlı hale getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, mahkemeye başvurmadan, içinde bulunulan mali güçlüğü, denetçinin kontrolünde ve daha hızlı bir şekilde aşmanın bir yöntemi olarak formüle edilen sözleşme, mahkemenin de denetimine tabi kılınmıştır.⁸¹ Ancak fıkra yapılan ekleme neticesinde fıkra içindeki zamanlama konusunda ifade zaafiyeti ortaya çıkmıştır.⁸²

İkinci değişiklik ise 6635 sayılı Kanunla gerçekleşmiştir. Buna göre, borca batıklık şüphesi üzerine çıkarılan ara bilançonun ve dolayısıyla sırada sona gitme beyanlarının/sözleşmelerinin denetçi ve riskin erken teşhisi komitesi tarafından kontrol edilmesi hükmü kaldırılmış; bilançoğu değerlendirme, varsa garameye iştirakten feragat sözleşmesini denetleme ve mahkemeye başvurmayla ilgili yükümlülükler sadece yönetim kurulunun üzerine bırakılmıştır. 6335 sayılı Kanunun

⁸⁰ TBMM Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 1054.

⁸¹ “Kanun koyucunun İsviçre hukukundan farklı olarak iflâsta sıradan çekilme sözleşmesi akdedilen alacaklılar dışında kalanların alacağına 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.” (Aydın, s. 112.)

⁸² Fıkra metninin düzensizliğine ilişkin Aydın’ın yaptığı eleştiriyi burada aynen alıyoruz: “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 hükümden 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 atanan 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 hükümden bilirkişi incelemesi için mahkemeye yapılacak bir başvurudan söz edilmemektedir.” (Aydın, s. 112.) Aynı yöndeki eleştiri için bkz. Manavgat (Kırca, Ş. Çelik), s. 588, 589.

gerekçesinde bu değişikliğin sebebi olarak, görevlerin “bağımsız denetçinin göreviyle uyuşmayan” bir nitelik taşıdığı ifade edilmiştir. Bu son halde, yönetim kurulunun olası iflas halinde garameye iştirakten feragat etmeye ikna ettiği alacaklılarıyla yapacağı sözleşme, sadece mahkemenin atayacağı bilirkişinin denetimi ve mahkemenin uygun görmesiyle geçerli hale gelecektir.*

Fıkranın yürürlükteki hali şu şekildedir: “*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini olarak kabul olunur.*”

C. Mehaz İsviçre Hukukunda Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesi

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, İsviçre hukuk uygulamasında geliştirilmiş ve 1991 yılındaki yapılan kanun değişikliğinde İBK 725/2 (OR Art. 725, II) de yer almıştır. Sözleşmeye İsviçre ve Alman Hukukunda “Rangrücktrittsvereinbarung” (Alt Sıraya Çekilme Sözleşmesi) adı verilmektedir. İsviçre Hukukunda yapılan değişikle meşruiyeti kabul edilen söz konusu sözleşme, borç fazlası (aktif açığı) ölçüsünde alacak miktarını kapsamak koşuluyla, borca

* Bu değişiklik sonrası madde gerekçesinde “mahkemeye başvuru zorunluğunu ortadan kaldıracak bir yenilik” olarak ifade edilen durum sözleşmenin son haliyle çelişir hale gelmiştir. Zira denetçi şartının kaldırılıp mahkemenin atayacağı bilirkişi şartının getirilmesiyle, her halükarda mahkemeye başvurmak zorunlu hale gelmiştir.

batıklık bildiriminden bağışıklık sonucunu doğuran bir işlem olarak kabul edilmiştir.⁸³

İsviçre Hukukunda, bu sözleşmenin yapılması, şirketin öz kaynak darlığı içinde olduğunu gösteren bir belirti olarak kabul edilmektedir. Özellikle bu tip öz kaynak darlığı içinde bulunan şirketlere kredi veren bankaların, şirkete yakın alacaklılardan şirketle böyle bir sözleşme yapmalarını istedikleri görülmektedir. Sözleşmenin İsviçre uygulaması şu şekilde gerçekleşmektedir: “Sıradan çekilme sözleşmesi, borca batık durumdaki bir ortaklıkla bir veya birkaç alacaklısı arasında yapılır. Sözleşmeyi yapan alacaklının hakkı ortaklık borca batıklık halinden çıkana kadar veya iflasta tasfiye sırasında borçlar ödeninceye kadar ertelenmiş olmaktadır. Alacağın tamamı ancak borca batıklık hali aşıldıktan sonra istenebilmektedir. Ortaklığın iflas yoluyla tasfiyesi durumunda ise söze konu alacak diğer bütün alacaklar karşılandıktan sonra geriye bir şey kalmışsa bunun pay sahiplerine dağıtılmasından önce ödenmektedir. Görüldüğü gibi sözleşmeye katılan alacaklılar pay sahipleri ile eşit düzeye inmemektedirler. Teorik olarak onlardan öncelikli durumdadırlar. Çünkü hakları yabancı kaynaklar arasında yer almaktadır.”⁸⁴

İsviçre Hukukunda garameye iştirakten feragat sözleşmesi kurulduktan sonra süreç şöyle ilerlemektedir: “Yönetim kurulu, hazırladığı ara bilânçoyu denetçinin denetlemesine sunacak, ara bilânçodan şirketin borca batık olduğu sonucu çıkarsa, şirketin iflâsı istemiyle mahkemeye başvuracaktır; meğerki borca batıklığı engelleyecek ölçüde alacaklı iflâstaki sıradan çekilmeyi kabul etmiş olsun.”⁸⁵

Görüldüğü üzere, İBK düzenlemesi, TTK düzenlemesinden iki noktada farklılık arz etmektedir: Birincisi; İBK’da sözleşmenin şekline yönelik özel bir hüküm öngörülmemiş iken, TTK m. 376/3’te sözleşmenin geçerliliği, yazılı şekilde yapılması şartına bağlanmıştır. İkinci olarak İBK düzenlemesi, sözleşmenin denetçi tarafından incelenmesi ve teyit edilmesini, borca batıklığın giderildiğini ispat için yeterli görmüş ve bunu mahkemeye iflas başvurusunda bulunulmasına ihtiyaç bırakmayan bir yeterlilik olarak öngörmüştür. Ancak TTK düzenlemesinde, denetçi

⁸³ Türk, s. 293-296.

⁸⁴ Türk, s. 294.

⁸⁵ Aydın, s. 111.

şartı 6335 sayılı Kanunla kaldırılmış ve sözleşmenin mahkemece atanacak bir bilirkişi tarafından teyit edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

İsviçre Kanun koyucusunun 1991’de bu sözleşmeyi tanimasından önce doktrin ve mahkeme içtihatlarında sözleşmenin hüküm ve sonuçları tartışmalıydı. Özellikle, sözleşmenin kurulmasıyla, yönetim kurulunun borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünden kurtulup kurtulmayacağına yönelik farklı görüşler vardı. Bazı yazarlar, sözleşme ve şirketin mali durumunun iyileşmesi yönünde alınan diğer tedbirlerle şirketin kurtarılma şansının artmasına yönelik kuvvetli ihtimaller varsa, iflası talep zorunluluğunun kalkacağını savunmuştur. Diğer bir görüş ise, borca batık durumdaki bir şirketin sözleşmeyle borca batıklıktan kurtulmadığı ve alacaklıların korunması amacını güden iflası talep zorunluluğu (İBK 725/3) nedeniyle, sözleşmenin bu zorunluluğu ortadan kaldırmayacağı yönündeydi. Öte yandan İsviçre mahkeme içtihatlarında da iki farklı yaklaşım vardı: Bern İstinaf Mahkemesi, sözleşmenin yönetim kuruluna iflasın bildirilmesini ertelenmesine karar verme yetkisi tanıdığına; Vaud kanton mahkemesi ise böyle bir sözleşmenin borca batıklığı gidermediğini savunarak geçersizliğine hükmetmişti.⁸⁶

Görüldüğü gibi doktrin ve mahkeme içtihatlarındaki farklılık esasen, sözleşmenin hukuki meşruiyeti noktasında toplanmaktadır. Zira bu sözleşmenin kurulması, şirketin mali durumunu gözle görülür şekilde değiştirmemektedir: Sözleşme, borca batıklık bilançosundaki pasif hesaplarda yapılan bir yer değiştirme veya varsayım sonucu sonuç doğurmaktadır. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin hukuken tanınmadığı ihtimalde, sözleşme sonrası şirketin mali durumu “sözleşme, maddi anlamda borca batıklığın giderildiği ve diğer şirket alacaklılarının iflas tehlikesine karşı daha iyi bir duruma getirildiği anlamına gelmeyebilir” şeklinde yorumlanmaya müsait hale gelmektedir. Ancak 1991 yılında İsviçre Kanun koyucusunun sözleşmeyi tanınmasıyla bu tartışmalar da sonlanmıştır.

⁸⁶ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 44-45.

D. Sözleşmenin Türk Hukukundaki Biçimine ve Muhtevasına Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme

6762 sayılı ETK’da yer alan sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin yönetim kurulunun görevlerini düzenleyen 324. maddedeki hükümler yeni Kanunda 376. maddede değişmiş ve yenilenmiş olarak yer almıştır. Ancak yeni Kanunda tamamen yeni bir hukuki müessese olarak İsviçre Hukukundan alınan TTK m. 376/3, Kanun daha tasarı aşamasındayken Adalet Komisyonunda ve yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. Dolayısıyla fıkra metnine daha sonradan yapılan ekleme ve çıkarmalarla fıkra içindeki mantıksal örgü ve biçimsel ahenk bozulmuştur.*

Kayar’a göre, madde başlığında yer alan “borca batıklık” ifadesi varken, fıkranın ikinci cümlesinde yer alan borca batıklığın tarif edildiği “aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması” ifadesinin kullanılması uygun olmamıştır. Zira “artık iyi bilinen ve yaygın şekilde kullanılan ‘borca batıklık’ı tekrar tarif etmeye çalışmak dolaylı bir anlatımdır ve gereksizdir.” Öte yandan maddede, bilanço hukuku ve muhasebe terminolojisi ile hiç uyumlu olmayan terim ve ifadelerin yer alması da eleştiriyi hak etmektedir. *Kayar*, ayrıca fıkranın son cümlesinde yer alan “iflas bildirim” ifadesi yerine “borca batıklık bildirim” ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Zira “borca batıklık halinde durum mahkemeye ‘bildirilir’ ve şirketin iflası ‘istenir’.”⁸⁷

Diğer yandan 6335 sayılı Kanunla fıkra metninden çıkarılan denetçinin süreçteki rolüne dair hükümler doktrinde görüş ayrılığına sebep olmuştur. *Kayar*’a göre, “kanunda, sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ile gerekli tedbirleri alma görevi yönetim kuruluna verilmiş olduğu halde borca batıklık tespitinin bir de denetçiye doğrulatilmasının gerekli olmaması sebebiyle değişiklik isabetli

* Fıkra metninde yapılan değişikliklerin biçimsel eleştirilerine B. başlığında yer verildiği için, burada, önce doktrinde fıkranın maddi anlamda içeriğine yönelik eleştirilere yer vereceğiz; daha sonra metnin daha anlaşılabilir olması için biz de bir metin teklif edeceğiz.

⁸⁷ “Gerekçede “324. maddenin bilanço hukukuna uymayan hükümleri düzeltilmiş” dense de TTK. m. 376’da bilanço ve muhasebe terminolojisi ile hiç uyumlu olmayan terim ve ifadeler yer verilmiştir. Mesela, eski metinde de yer alan ve kaynak metinden tercüme koku “şirket alacaklılarının alacakları” ve “şirket borçlarının alacaklıları” ifadelerinin yerine ilki için “şirketin borçları”, ikincisi için “şirketin alacaklıları” kavramlarının kullanılması yerinde olurdu. Diğer yandan “şirketin açığı karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutar” şeklindeki birbirinin tekrarı ifadeler yerine “borca batıklığı izale edecek kadar” ifadesi kullanılmalıydı.” (*Kayar*, **Sermaye Kaybı**, s. 653, 655 ve dip. 14, 18.)

olmuştur.”⁸⁸ *Aydın*, aynı yöndeki yaklaşımını, riskin erken teşhisi komitesini de içine alarak ifade etmektedir. Ona göre yönetim kurulunun borca batıklık bilançosunun hazırlanmasındaki göreviyle denetçi ve riskin erken teşhisi komitesinin görevleri göz önünde bulundurulduğunda, şirketin borca batık hale geldiği durumda, artık denetçi ve riskin erken teşhisi komitesinin bilançonun hazırlanmasında öneride bulunabilme aşaması çoktan geçmiştir. Dolayısıyla borca batıklık bilançosunun hazırlanması aşamasına gelindiğine göre denetçi ve riskin erken teşhisi komitesinin öneride bulunmasının işe yarar bir fonksiyonu kalmayacaktır ve bu şartların 6335 sayılı Kanunla kaldırılması isabetli olmuştur.⁸⁹

Buna karşın *Tekinalp*, yönetim kurulunun borca batıklık sürecindeki sorumluluğunun denetçi ve erken teşhis komitesiyle paylaşılmasıyla “sorumlulukta denge” sağlandığını savunmuş, bu şartların kaldırılmasını “yöneticileri güç durumda bırakan bir tahribat” olarak değerlendirmiştir.⁹⁰

Diğer bir eleştiri, fıkranın ilk cümlesine yöneliktir: TTK m. 376/3’ün ilk cümlesinde şöyle denmektedir: “Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarır.” *Aydın*’a göre hükmün korumak istediği menfaat ve mehz İBK 725/2 birlikte düşünüldüğünde her iki yöneme göre bilanço çıkarılması zorunluluğu yoktur. Ona göre, yönetim kurulu önce “işletmenin devamlılığı” esasına göre bir bilanço çıkarmalı, şayet bu bilançoda şirketin borca batık olduğu görürse bu kez ikinci yöneme göre, yani “aktiflerin muhtemel satış fiyatları” esasına dayalı bir bilanço çıkarmalı, bu ikinci yöneme göre hazırlanan bilançodan da şirketin borca batıklığı sonucuna varırsa, artık iflas başvurusunda bulunma mecburiyeti doğacağı için

⁸⁸ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 648; ayrıca bkz. aynı sayfada dip. 6.

⁸⁹ Aydın, s. 109.

⁹⁰ “Ara bilançonun denetçi ve risk komitesi tarafından incelenmesi sistemi, TOBB başta olmak üzere çeşitli çevrelerin baskısı sonucu kanundan çıkarılmış ve bu kadar nazik bir konuda tüm sorumluluğun yönetim kurulunun omuzlarına yüklenmesi tercih edilmiştir. İsaetli bir kararla 2013’te çıkarılan 6455 sayılı kanunla, 102.000 anonim ortaklığın bulunduğu Türkiye’de sadece 2.000 anonim ortaklığın denetlenmesini yeterli sayan sakat görüşün terk edilmesi yoluna gidilerek sistem sekiz ay sonra düzeltilmiştir. Ancak TTK m. 376/3’te 6335 sayılı kanunun –bilançoların denetçiye verilmesine ilişkin hükmünde yaptığı- yöneticileri güç durumda bırakan tahribat düzeltilemediği için sorumluluk gene yönetim kurulunda kalmıştır. (Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 289.)

mahkemeye başvurulmalıdır.⁹¹ Öte yandan, *B. Güneysu/Çapa* da “aktiflerin muhtemel satış değerleri” esasına göre çıkarılan ara bilançoya üstünlük tanınması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁹² *Manavgat* ise, “her iki esasa göre hazırlanan bilanço da borca batıklığı gösteriyorsa, yönetim kurulu iflas talebiyle mahkemeye başvurulmalıdır.” demektedir.⁹³

Her ne kadar doktrinde madde metnindeki düzenleme biçimi; çeviri hatası olarak değerlendirilip eleştirilmişse de, madde metninin 6335 sayılı Kanunla değişmemiş haline ait gerekçesine bakıldığında, mehzaz İBK 725/2’den farklılığın bir çeviri hatasına değil, bilinçli bir tercihe dayandığı anlaşılacaktır.⁹⁴ Madde metninin 6335 sayılı Kanunla değişmeden önceki özgün halinde “işletmenin devamlılığı esasına” göre hazırlanacak bilanço, “bağımsız denetçi”nin inceleyeceği finansal tablolardan sadece ‘birisi’ olacaktır. Bunun yanında denetçinin aktiflerin muhtemel satış fiyatları esas alınarak hazırlanan bilançoğu da inceleyerek ‘somut olaya göre üstün tutulması gereken bilançoğu belirleyeceği düşünülerek böyle bir düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir. Ancak 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu

⁹¹ *Aydın*, bu eleştirisini şöyle açıklamaktadır: “...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 Gesellschaftergläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräußerungswerten gedeckt sind...”) iflâs için mahkemeye başvurma zorunluluğu olduğu hükme bağlanmaktadır. Görüldüğü üzere İsv. BK m. 725/II’nin lâfzı, yönetim kurulunun her halde iki yöntemle göre bilanço düzenlemekle yükümlü olmadığını göstermesi bakımından son derece açıktır.” (*Aydın*, s. 110, dip. 18.)

⁹² Yazarlar bu yaklaşımlarını *Aydın* gibi, bir çeviri hatasının mevcudiyetine dayandırarak açıklamaktadırlar. Diğer gerekçeleri ise şöyledir: “ (...) Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu, Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin halka açık ortaklıklar bakımından uygulamasıyla ilgili olarak 10.4.2014 tarih ve 11/352 sayılı İlke Kararı’nda, belirttiğimiz çözüm önerisine benzer bir durumu haklı olarak kabul etmiştir. Bu İlke Karar gereğince, ‘işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan ara bilanço’ sermayenin tamamının kaybını gösteriyorken, ‘aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre hazırlanan ara bilanço aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılaması durumunda, aksini açıkça ortaya koyan durumların ortaya konamaması halinde, Kanun’da (TTK m. 376/3) öngörülen tedbirlerin alınmasına gerek yoktur.

“Bunun dışında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 24.5.1944 yılında vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararı’nın da soruna ışık tutabileceği düşünülebilir. Söz konusu kararda özetle, yabancı bir ülkeden alınmış kanunda yapılan çeviri hatalarının, mehzaza uygun olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. (Yarg. İBGK, 24.5.1944, E. 1942/38 K. 1944/20 (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz. Karayalçın, Y./Yongalık, A.: **Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod – Problem Çözme**, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 141.)” (*B. Güneysu/Çapa*, s. 88-90.)

⁹³ *Manavgat* (Kırca, Ş. Çelik), s. 587.

⁹⁴ Gerçekten de İsviçre hukuk doktrininin etkisiyle bu yönde bir eleştirinin geleceği tahmin edilmiş ve bu, gerekçede ifade edilmiştir.

hazırlanan bilançoların denetçi tarafından denetlenmesi kuralı kaldırılmış ve bu yükümlülük yönetim kuruluna devredilmiştir. İşte bu noktada yapılan bu değişiklik Kanun koyucunun fıkra metnini ilk hazırlarken sahip olduğu düşüncesi ve amacıyla uyumsuz hale gelmiştir.⁹⁵ Zira yönetim kurulu, yıllık bilanço esaslarına tabi (yıllık bilançolar işletmenin sürekliliği/devamlılığı esasına tabidir) bu tür bilançoları dönem dönem değişik amaç ve vesilelerle (kredi talebi, tahvil çıkarma vb.) çıkarmakta ve zaten bu bilançolardan şirketin mali durumunu gözlemlemektedir. Yani işletmenin devamlılığı bilançosunun kanunen zorunlu hale getirilmesi, denetçi şartının olmadığı mevcut durumda zait görünmektedir. Eğer denetçinin incelemesi şartı kanundan çıkarılmamış olsaydı, bu bilançonun kanunen hazırlanması zorunlu bir bilanço olması bir anlam ifade edebilirdi. Zira böylece denetçinin şirketin halihazırdaki mali durumunu tespit edebilmesi için elinde birden çok enstrüman bulunmuş olacaktı. Ancak denetçi şartının kaldırılmış olmasıyla sadece aktiflerin satış fiyatları esas alınarak çıkarılacak bilançonun zorunlu hale getirilmesi, yönetim kurulu üyeleri için bir anlam ifade edecektir. Diğer bir ifadeyle denetçi şartının kaldırılmış olması ETK m. 324/2’de yer alan ve batıklık bilançosu olarak adlandırılan tek bilanço hazırlama yükümlülüğüne tekrar dönmeye sebep olmuştur. Şu son halde, aktiflerin satış fiyatları esas alınarak hazırlanan bilançoya borca batıklık bilançosu denmesinde bir mahzur kalmamıştır. Zira diğer bilanço sıradan, yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmaktadır. Bu anlamda asıl borca batıklık bilançosu, şirketin gerçek durumunu göstermesi ve denetçi şartının artık olmadığı mevcut durumda, aktiflerin muhtemel satış fiyatları esasına göre hazırlanan bilançodur diyebiliriz. Ancak bu durum yine de TTK m. 376/3’ün emredici hükmü gereği, her iki bilançonun da çıkarılması gerekliliği ortadan kalkmamaktadır. O halde son tahlilde, yönetim kurulu her iki esasa göre bilançoları çıkaracak ve bunlar üzerinden borca batıklık hakkında

⁹⁵ Nitekim TTK hazırlama komisyonu başkanı ve ilgili bölümün gerekçesinin yazarı *Tekinalp* bu hususu şöyle değerlendirmektedir: “Ticaret Kanununun 6335 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki özgün metninde iki değerlendirme temeline göre çıkarılan bilanço denetçiye veriliyordu. Denetçi ara bilançoğu en çok yedi iş günü içinde inceleyip değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor halinde yönetim kuruluna sunuyordu. Önerilerde TTK m. 378’deki risk komitesinin de görüşleri alınıyordu. Böylece yönetim kurulu sorumluluğu tek başına yüklenmiyor, denetçi ve komiteyle paylaşıyordu, bu da ağır bir sorumlulukta denge sağlıyordu. Ara bilançonun denetçi ve risk komitesi tarafından incelenmesi sistemi TOBB başta olmak üzere çeşitli çevrelerin baskısı sonucunda çıkarılmış ve bu kadar nazik bir konuda tüm sorumluluğun yönetim kurulunun omuzlarına yüklenmesi tercih edilmiştir.” (Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 289.)

bir değerlendirmede bulunacaktır. Her ne kadar aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre çıkarılan bilanço, şirketin asıl mali durumunun bir resmi olacaksa da kanunun açık hükmü karşısında, işletmenin devamlılığı esasına dayanan bilanço da çıkarılması gereken zorunlu bir bilançodur.

Tüm bu değerlendirme ve eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce TTK m. 376/3 üzerinde yapılan değişikliklerden sonra madde şu Şekilde kaleme alınıp değiştirilirse daha anlaşılır hale gelecektir:

şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. *Bilançolardan şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa, yönetim kurulu ya şirketin borca batıklığını giderecek tutarda alacağa sahip şirket alacaklılarıyla garameye iştirakten feragat sözleşmesi imzalayıp bilirkişi incelemesi için şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurmalı ya da şirketin iflasını istemelidir. Sözleşmede kendisiyle sözleşme yapılan şirket alacaklıları olası iflas durumunda, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraya bırakılmasını yazılı olarak kabul etmeli ve bu sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmiş olmalıdır. Aksi halde mahkemeye yapılan bilirkişi başvurusu, iflas talebi olarak kabul olunur.*

E. Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Muhtevası

1- Sözleşmenin Tarafları

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, borca batık şirket ile şirketin borca batıklığını giderecek miktarda alacağa sahip şirket alacaklıları arasında yapılır. Sözleşme tek bir alacaklıyla yapılabileceği gibi birden fazla alacaklıyla da yapılabilir. nemli olan, kendisiyle sözleşme yapılan alacaklı ya da alacaklıların alacaklarının toplam tutarının, şirketin açığını karşılayıp borca batıklıktan kurtaracak miktarda olmasıdır. şirketin açığının karşılanması, borca batıklık bilançosunda varlık/borçlar oranının en azından bir (1) olması anlamına gelmektedir. Elbette ki bu

oranın artması sonucunu verecek daha fazla miktardaki şirket borcunun alacaklılarıyla da sözleşme kurulabilir.⁹⁶

Anonim şirketlerde sözleşme şirket adına yönetim kurulu tarafından yapılır. (TTK m. 376/3)⁹⁷ Bu sözleşme, TTK m. 633 gereği⁹⁸ limited şirketlerde de kurulabilir. Limited şirketlerde sözleşme, şirket adına müdür ya da müdürler kurulu tarafından yapılacaktır.

Sözleşme, İİK m. 206'da sayılan iflas masasında ilk üç sıradaki imtiyazlı alacaklılarla da yapılabilir. Örneğin, birinci sıradaki işçi alacakları için işçiler, şirketin iflasının önlenmesindeki menfaatleri sebebiyle şirketle böyle bir sözleşme imzalayabilirler. Zira İİK m. 206'da verilen imtiyaz; “kanun koyucu tarafından belli alacaklılara tanınmış bir haktır ve bu haktan vazgeçme mümkün olmalıdır.”⁹⁹

Sözleşme niteliği gereği alacaklılar için büyük risk taşıdığı için, genellikle şirketten alacaklı olan şirket ortaklarıyla ya da bunların yakınlarıyla kurulacağı tahmin edilmektedir.

2- Sözleşmenin Niteliği

Bu bölümde, öncelikle sözleşmenin niteliğine ilişkin doktrindeki görüşlere yer verilecek, daha sonra niteliğe ilişkin çeşitli ihtimaller göz önünde bulundurularak konu tartışılacaktır:

Atalay'a göre sözleşme; iki taraflı bir hukuki işlem olup, üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği gösterir ve alacağın alt sıraya çekilmesi kararlaştırılan kısmı için, bir borç erteleme anlamını taşır.¹⁰⁰

Türk; sözleşmenin amacının diğer şirket alacaklılarının çıkarlarının korunması ve iflasta paylaşım sırasında alacak kaybına uğramalarının önlenmesi olduğundan bahisle, sözleşmenin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği gösterdiğini

⁹⁶ Türk, s. 294; Atalay, **Borca Batıklık**, s. 43.

⁹⁷ Nitekim TTK m. 375/1-g'de borca batıklık durumunda bunu mahkemeye bildirmek yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden biri olarak sayılmıştır.

⁹⁸ “Esas sermayenin kaybı ya da borca batık olma hâllerinde anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır.” (TTK m. 633)

⁹⁹ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 44. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, borca batıklık içinde bulunan bir şirketin borca batıklıktan kurtulması için yapılacak sözleşmenin, diğer borçlara nispeten daha az olan işçi alacakları için kurulması çoğu zaman yeterli olmayacaktır.

¹⁰⁰ Atalay, **İflas**, s. 76.

savunmaktadır. Öte yandan bu sözleşmenin, “yapılır yapılmaz ortaklığın borcuna son veren bir ibra sözleşmesi” olmadığını belirtmektedir. Zira sözleşmeyle şirket borcunun kısmen veya tamamen ibrası, erteleyici (taliki) şarta bağlanmaktadır.¹⁰¹

Kayar, sözleşmenin üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olduğunu belirtmektedir.¹⁰²

Pulaşlı, alacaklıların taahhüdünü üçüncü kişi yararına sözleşme saymakta ve bu taahhüdün sadece kayıtsız, şartsız tüm alacaklıların yararına olması halinde iyileştirici bir etkiye sahip olacağını savunmaktadır.¹⁰³

B. Güneysu/Çapa ise sözleşmenin, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdedilmiş ve şirketin iflasının önlenmesi amacıyla, alacaklının veya alacaklıların alacağını zamanaşımı süresince talep etmeyeceğini taahhüt ettiği “sui generis” bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁴

Şimdi sözleşmeyi incelemeye başlayalım:

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi *iki taraflı bir hukuki işlemdir*, bir sözleşmedir. “Her ne kadar TTK m. 376/3’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.”¹⁰⁵

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi, *yapmama edimi* içeren bir sözleşmedir.¹⁰⁶ Sözleşmeye göre alacaklı, alacağını bir şarta bağlı olarak talep etmeyeceğini taahhüt etmektedir. Buna göre alacaklı, şirket borca batıklığını giderinceye kadar alacağını talep etmeyeceğini, hatta şirket iflas etse bile iflas

¹⁰¹ Türk, s. 293.

¹⁰² Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 654.

¹⁰³ Pulaşlı, s. 1183.

¹⁰⁴ B. Güneysu/Çapa, s. 97.

¹⁰⁵ Aydın, s. 111, dip. 19. *Manavgat*, alacaklıların bu taahhüdünün tek taraflı bir beyan ile de geçerli sayılabileceğini ifade etmektedir. [Manavgat (Kırca/Ş.Çelik)] s. 587.

¹⁰⁶ Yapmama edimi, bir olumsuz edim türüdür. Sözleşmeden doğan olumsuz edimde –bu sözleşmede olduğu gibi yapmama ediminde– borçlu, hukuken yapabileceği bir eylemi veya işlemi yapmamayı taahhüt eder. (Fikret Eren: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**; Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara 2013, s. 103.)

masasında¹⁰⁷ garameye iştirak etmeyeceğini taahhüt etmektedir. Diğer bir ifadeyle, alacaklı, alacağı muaccel olsa bile, bunu talep etme hakkını ertelediğini beyan etmektedir. Dolayısıyla sözleşmede alacaklının edimi, bir olumsuz edim-yapmama edimi niteliği taşımaktadır.

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi *ani edimli* bir sözleşmedir.¹⁰⁸ Sözleşme, içeriği gereği hüküm ve sonuçlarını şirketin iflas etmesi durumunda gösterecektir. Garameye iştirak etmekten feragat eden alacaklı, şirket iflas ederse (istenmeyen durum gerçekleşirse), diğer alacaklılar tatmin edilinceye kadar iflas masasına adını yazdırmayacağını taahhüt etmektedir. Dolayısıyla şirket iflas edip iflas masası açıldığında, sözleşmeyi yapan alacaklı, sıra cetveline dâhil olmayarak (dahil olmak istemediğini iflas idaresine bildirerek) sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirecektir.¹⁰⁹

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi *belirsiz vadeli bir sözleşme* midir yoksa *şarta bağlı bir sözleşme* midir? Bir sözleşmede vade, ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen, ancak mutlaka gerçekleşecek bir olaya göre belirlenmişse “belirsiz vade”den söz edilir. Ancak gerçekleşeceği belli olmayan (zamanı belli olabilir ya da olmayabilir) bir olaya bağlı olarak bir sözleşme kurulursa, burada vadeden değil “şart”tan söz edilmelidir.¹¹⁰ Bir sözleşmede şart ile vade arasındaki fark sözleşmenin doğumu ile muaccel olduğu anın belirlenmesinde ortaya çıkar. Sözleşmede “şart (koşul) söz konusu ise, buna borcun muacceliyeti değil; doğumu bağlanmış olur.”¹¹¹

O halde bunu belirlemek için garameye iştiraktan feragat eden alacaklının borcunun ne zaman doğduğunu tespit etmek gerekir: Sözleşmeye göre garameye

¹⁰⁷ İflas masası, müflisin hacedilebilen malvarlığı unsurları ile borçlarının oluşturduğu “mass/yığın” anlamına gelmektedir. İflas masası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hülya Taş Korkmaz: **İflas Masası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 24 vd.

¹⁰⁸ Anî edim, borçlanılan edimin zaman içinde bir defada, bir tek davranışla yerine getirilmesidir. (Eren, s. 108.)

¹⁰⁹ Bunun yanında TTK m. 367/3’ün madde gerekçesinde alacaklının sözleşmedeki taahhüdüne ilişkin, taahhüdün “*ertelemenin son bulunduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşıdığı*”na ilişkin ifadeden alacaklının ediminin sürekli bir edim niteliği taşıdığı da kabul edilebilir. Ancak bu edim sözleşmenin asli nitelikteki bir edimi değil, “iflas halinde garameye iştirak etmeme edimi”ne hizmet eden bir yan edimdir. Öte yandan “konusu bir yapmama’dan ibaret olan borçlarda çok defa sürekli edimler söz konusudur.” (Selâhattin S. Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop: **Borçlar Hukuku**; 5. Bası, İstanbul 1985, s. 15.)

¹¹⁰ Lale Sirmen: **Türk Özel Hukukunda Şart**; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992, s. 87, 88; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, C:1, s. 326.

¹¹¹ Oğuzman/Öz, C:1, s. 326.

iştirakten feragat eden alacaklının asıl edim yükümlülüğü, olası iflas durumunda garameye iştirak etmemek olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani, sözleşmedeki alacaklının edim yükümlülüğünün doğumu, şirketin iflas edip iflas masasının açılmasıyla sıra cetveline dâhil olmak için tüm alacaklıların davet edildiği andır.* Dolayısıyla sözleşmenin, geciktirici şarta bağlı bir sözleşme niteliği taşıdığı söylenebilir. Zira “geciktirici şartla yapılmış olan, işlem şartın gerçekleşmesiyle beraber taraflarca istenmiş olan bütün sonuçlarını doğurur.”¹¹²

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi *ivazlı ya da ivazsız* olarak yapılabilir.¹¹³ Kendisiyle sözleşme yapılan alacaklılara bu anlaşma sebebiyle bazı menfaatler vaadedilebilir. Sözleşmeye konulacak ivaz kaydının önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan sözleşmenin ivazsız olarak yapılması da mümkündür. Nitekim alacaklıların şirket ortakları ya da bu ortakların yakınları olduğu durumlarda sözleşmede garameye iştirak etmekten feragat eden alacaklı, şirket için alacağına kavuşamama riskini almış ve fedakârlık yapmış olacaktır. Sözleşmenin ivazlı ya da ivazsız olması kendisini sözleşme sorumluluğunda gösterecektir. TBK m. 114’te “iş, özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.” denmektedir. Dolayısıyla, şirketle bu sözleşmeyi ivazsız olarak imzalayan alacaklının sorumluluğunun takdirinde hâkim, daha yumuşak davranacaktır.¹¹⁴

Sözleşmenin *üçüncü kişi (şahıs) yararına sözleşme* olup olmadığına gelince;

3. kişi yararına sözleşme TBK m. 111 ve m. 112’de düzenlenmiştir. Üçüncü kişi

* Alacaklının, şirketin iflas etmesine kadar alacağını talep etmemesini alacaklının sözleşmedeki asıl edimlerinden biri olarak değil, belki yan bir edim olarak değerlendirmek gerekir. Zira şirketin iflastan kurtulmasını isteyen ve bu amaçla garameye iştirakten feragat sözleşmesi imzalayan alacaklının, dürüstlük kuralı gereği, sözleşmenin kurulmasından itibaren başlamak üzere, olası iflas durumunda diğer alacaklılar tatmin edilmeye kadar alacağını talep etmeyeceğini kabul ettiğini varsaymak gereklidir. Nitekim madde gerekçesinde alacaklının taahhüdünün “*takas, mahsup ve takip yapmama*” olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.

¹¹² “Bu hukuki sonuçların tarafların şartın gerçekleştiği andaki iradelerine uygun olması gerekmez. Taraflar daha önce bu yoldaki iradelerini beyan etmiş, hukuki işlem yapıldığı anda varlık kazanmıştır. Şartın gerçekleşmesiyle de, beyan edilmiş bulunan iradelere uygun hukuki sonuçlar kendiliğinden (ipso iure) meydana gelir.” (Sirmen, s. 171.)

¹¹³ “Kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı malvarlığı menfaati karşılığı bir edim elde ediyorsa kazandırma ivazlıdır. (...) Buna karşı, kazandırma bir karşı edim mukabili yapılmıyor, karşı taraf kazandırmanın karşılığını teşkil etmek üzere mukabil bir fedakârlık altına girmiyorsa, kazandırma ivazsızdır.” (Necip Kocayusufpaşaoğlu (Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı): **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**; Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 115, 116.)

¹¹⁴ Eren, s. 226.

yararına sözleşme, ifanın taraflarca sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye yapılmasının kararlaştırılmasıdır. Sözleşmenin taraflarından biri (borçlu=vaadeden), diğerine karşı (alacaklıya=vaadettirene), kararlaştırılan edimi bir üçüncü kişiye (yararlanana) ifa edeceğini taahhüt etmektedir.^{115,116} Görüldüğü gibi bir sözleşmeye üçüncü şahıs yararına sözleşme diyebilmek için öncelikle sözleşmenin kimin menfaatine olacağını belirlenmesi gerekir.

TTK m. 376'nın gerekçesinde sermaye kaybı ve borca batıklık halinde yönetim kurulu üyelerinin alması gereken önlem ve tedbirleri düzenleyen bu maddenin amacının en başta alacaklılar olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının menfaatlerini korumak olduğu belirtilmiştir. Öte yandan borca batıklığa ilişkin yasal düzenlemelerin öncelikli amacının alacaklıların menfaatlerini korumak olduğu hususunda doktrinde görüş birliği vardır. Bu açıdan sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme bağlamında “üçüncü şahıs” olarak nitelendirilebilecek “garameye iştiraktan feragat etmeyen alacaklılar”ın menfaatine bir sonuç doğurduğu görülmektedir. Ancak bu durum sözleşmenin doğrudan üçüncü şahıs yararına bir sözleşme niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir. Zira borca batıklık halinde alınacak tedbirlerden sadece biri olan sözleşmede asıl amaç, şirketin mali durumunun düzeltilmesi, borca batıklıktan kurtarılması ve nihayet iflasının önlenmesidir. Sözleşmede garameye iştirak etmekten diğer alacaklılar lehine feragat eden alacaklıların bu davranışı öncelikle şirketi iflastan kurtarmaya yöneliktir.¹¹⁷ Elbette bu durumda üçüncü kişi konumunda bulunan diğer alacaklılar, bu edimden menfaat elde edeceklerdir. (Alacaklılarının tamamına veya garameye iştirak etmeyen alacaklıların katılmadığı oranda daha fazla bir kısmına kavuşacaklardır.) Ancak bu

¹¹⁵ Şener Akyol: **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 9, 10; Tekinay, 289-303; Kocayusufoğlu, s. 17, 18; Eren, s. 1141.

¹¹⁶ 3. kişi yararına sözleşme, üçüncü kişinin borçluya karşı alacak hakkının bulunup bulunmamasına göre; tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik (basit) üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayrılır: Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi, sözleşmenin kendisine ifa edilmesini talep etme hakkına sahiptir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişi, sadece vaad eden tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisine sahip olup, buna karşılık ondan borcun ifasını isteme hakkına sahip değildir. (Akyol, s. 10; Eren, s. 1144.)

¹¹⁷ “Sıradan çekilme anlaşması ilk bakışta sadece şirket lehineymiş gibi görünse de, şirket borca batıklıktan kurtulduktan sonra alacaklıların gereği gibi ifa etmek ve son olarak sıradan çekilme anlaşmasının tarafı olan alacaklıya ödemedede bulunmak suretiyle alacaklı lehine de bir durum oluşturur.” (B. Güneysu/Çapa, s. 95, dip. 64.)

menfaat, sözleşmedeki şirketin iflastan kurtarılmasına yönelik doğrudan menfaatin yanında dolaylı bir menfaat niteliği taşımaktadır.¹¹⁸

Sözleşmenin tam üçüncü şahıs yararına olup olmadığı ele alındığında karşımıza şu ihtimal çıkmaktadır: Acaba, iflas durumunda sözleşmeye katılmayan alacaklılar, sözleşmeyi yapan alacaklının sözleşmeye rağmen garameye iştirak etmeye çalışması karşısında, bu sözleşmeye dayanarak onu garameye iştiraktan feragat etme taahhüdünü yerine getirmesini isteyebilirler mi? Bu anlamda garameye iştirak etmeme taahhüdüne uygun davranma (garameye iştirak etmeme), lehdar konumunda bulunan diğer alacaklıların ifasını talep edebilecekleri bir edim ise, sözleşme tam üçüncü şahıs yararına niteliği taşır denilebilir. Ancak, sözleşmeye katılmayan diğer alacaklılar sözleşmenin ifasını; yani garameye iştiraktan feragat eden alacaklının bu taahhüdünü yerin getirmesini talep edemeyecekleri kabul edilirse, sözleşmenin eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliği taşıdığı söylenebilecektir.

Öte yandan üçüncü şahıs yararına sözleşmede üçlü bir ilişki mevcuttur ve lehdara (üçüncü kişiye) bir edimde bulunulması gerekmektedir. Ancak garameye iştiraktan feragat sözleşmesi, şirket ve bazı alacaklılar arasında kurulur ve bu sözleşmeyle lehdar olarak diğer alacaklılara bir ifada bulunulması veya lehdar olarak onların gösterilmesi söz konusu değildir.¹¹⁹ Ancak TBK’da ve doktrinde belirtilen üçüncü kişi yararına sözleşmenin niteliği ve teknik şartları¹²⁰ ve garameye iştiraktan feragat sözleşmesinin kanunda ve doktrinde belirtilen içeriği göz önünde bulundurulduğunda, üçüncü şahıs yararına sonuçlar doğursa da sözleşmeyi, “tüm yönleriyle” üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak nitelendirilmek mümkün görünmemektedir.¹²¹

¹¹⁸ *Türk*, sözleşmenin amacının diğer şirket alacaklılarının çıkarlarının korunması ve iflasta paylaşım sırasında bir alacak kaybına uğramalarının önlenmesi olduğunu belirterek, sözleşmenin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği taşıdığını savunmaktadır. (Türk, s. 293.)

¹¹⁹ B. Güneysu/Çapa, s. 95.

¹²⁰ Akyol, s. 11-15; Oğuzman/ Öz, Cilt: 2, s. 430.

¹²¹ Bununla birlikte üçüncü kişi yararına sözleşme kavramı satım, kira veya bağış sözleşmeleri gibi bağımsız bir sözleşme tipini ifade etmemektedir. Yapılan her hangi bir sözleşmede, belirlenen edimin sözleşmenin tarafları dışında bir kişiye ifası kararlaştırılabildiği durumların tümünü içeren genel bir kavramı ifade etmesi yönüyle üçüncü şahıs yararına sözleşme, zaten TBK’nın özel sözleşme türlerini düzenleyen kısmında değil, borçların genel hükümlerini düzenleyen kısmında yer almaktadır. (Oğuzman/Öz, C:2, s. 436.)

Bununla birlikte, garameye iştirakten feragat sözleşmesi de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde üçüncü kişi yararına sözleşme olarak akdedilebilir. Yani sözleşmede, alacaklının ediminin (garameye iştirak etmeme ediminin) diğer alacaklılar (üçüncü kişiler) lehine bir edim olduğuna dair kayıtlara sözleşmede yer verilebilir. Hatta üçüncü kişinin bu edimi talep edip edemeyeceğine ilişkin de tam ya da eksik üçüncü kişi yararına olarak sözleşmenin içeriği belirlenebilir. Diğer bir ifadeyle, diğer alacaklıların sözleşmenin kurulmasından dolayı olarak elde edecekleri menfaat, sözleşme özellikle tam üçüncü kişi yararına düzenlendiği durumda, sözleşmeye bağlı doğrudan bir menfaat niteliğine dönüştürülmüş olacaktır.

Sözleşmenin niteliğiyle ilgili akla gelebilecek diğer bir ihtimal *ibra sözleşmesi* olup olmadığıdır. İbra sözleşmesi, TBK m. 132’de borcu sona erdiren hallerden biri olarak düzenlenmiştir. İbra sözleşmesi, alacaklı ve borçlu arasında yapılan; alacaklının borçluyu borçtan kurtarması sonucu borcun son bulmasını içeren bir sözleşmedir.¹²² İki taraflı bir tasarruf işlemi olan ibra sözleşmesinde alacaklı sözleşmeye göre alacağını almayacağını beyan ederek borçluyu borçtan kurtarmakta ve asıl borç son bulmaktadır.¹²³ İbra sözleşmesi geciktirici şarta¹²⁴ bağlı olarak yapılabilir. Buna göre “ibra sözleşmesi geciktirici şarta bağlandığında, geciktirici şartın gerçekleşmesi ile ibra sözleşmesi sonuçlarını doğurur. Yani borçlu borcundan şartın gerçekleşmesi ile kurtulur. Bununla beraber, borçlu geciktirici şart gerçekleşinceye kadar bir bekleme hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya geciktirici şartın gerçekleşmesinin mümkün olabileceği ana kadar ödemeyi erteleme yetkisi verir.”¹²⁵

Garameye iştirakten feragat sözleşmesini, yalnız haliyle bir ibra sözleşmesi olarak nitelenmek mümkün değildir. Zira sözleşmeyi yapan alacaklılar alacaklarından vazgeçmemekte, sadece bir olgunun (iflas) gerçekleşmesi şartına bağlı olarak bu

¹²² K. Nuri Turanboy: **İbra Sözleşmesi**; Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 26-30; Ahmet M. Kılıçoğlu: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Yayınları, 17. Bası, Ankara 2013, s. 836; Eren, s. 1270; Oğuzman/Öz, s. 557; Tekinay, 1319.

¹²³ İbra, feragatten farklı olarak bir sözleşmedir ve iki taraflıdır. İbra ile alacağı talep etmeme taahhüdü, ikale sözleşmesi, sulh sözleşmesi, konkordato sözleşmesi, menfi borç ikrarı arasındaki farklılıklar ve karşılaştırma için bkz. Turanboy, s. 30-54.

¹²⁴ “Taraflar koymuş oldukları kayıtla hukuki işlemin sonuç doğurmasını, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlamışlarsa bu durumda bir geciktirici şart söz konusu olur.” (Sirmen, s. 53.)

¹²⁵ Turanboy, s. 94.

alacaklarını diğer alacaklılar alacaklarına tam olarak kavuşuncaya kadar talep etmemeyi taahhüt etmektedirler.

O halde sözleşmeyi *geciktirici şarta bağlı ibra sözleşmesi* olarak nitelemek mümkün müdür? Garameye iştirakten feragat sözleşmesinde, garameye iştirak etmekten feragat eden alacaklı, alacağından feragat etmemektedir. Sadece alacağını bir şarta bağlı olarak talep etmemeyi taahhüt etmektedir. Diğer bir ifadeyle alacağını talep edeceği zamanı bir şarta bağlı olarak “ertelemektedir”. Sözleşme, eğer geciktirici şarta bağlı bir ibra sözleşmesi olsaydı, şirket iflas ettiğinde sözleşmenin sonucu, alacaklının garameye katılmamasından önce alacağının sonlanması olacaktır. Zira geciktirici şarta bağlı ibra sözleşmesinde, şartın gerçekleşmesiyle ibra sözleşmesi sonuçlarını doğurmaktadır ve alacaklı sözleşmedeki taahhüdü nedeniyle borçluyu borçtan kurtarmış olmaktadır. Hâlbuki garameye iştirakten feragat sözleşmesine göre, sözleşmeyi yapan alacaklılar alacaklarının sıra cetvelindeki sırasının diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya konulmasını kabul etmektedirler. Yani diğer alacaklılar çekildikten sonra iflas masasında bir şey kalırsa, sözleşmeyi imzalayan alacaklılar da masaya dâhil olabileceklerdir. Diğer bir ifadeyle garameye iştirakten feragat eden alacaklılar iflas masasına asla dâhil olmayacaklarını taahhüt etmemekte¹²⁶ –yani şirketi ibra etmemekte-; diğer alacaklılardan en sonuncusunun da tatmin edilmesinden sonra masaya dâhil olacaklarını taahhüt etmektedirler.¹²⁷ Dolayısıyla sözleşmeyi geciktirici şarta bağlı ibra sözleşmesi olarak nitelemek mümkün görünmemektedir. Bu anlamda sözleşmenin sadece *şarta bağlı sözleşme* olarak nitelendirilmesinde bir engel görünmemektedir.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi bir yönüyle de *ifa zamanını uzatma/erteleme/tecil sözleşmesine* benzemektedir. Erteleme sözleşmesinde alacaklı, borçluya borçlanmış olduğu edimin ifasını erteleme, uzatma yetkisi vermektedir. Alacaklı da uzatma süresinde ifayı talep edememektedir. Uzatma sözleşmesi borcun vadesinde bir değişiklik meydana getirir ve muacceliyet zamanını erteler. Uzatma sözleşmesi ile borcun muacceliyet zamanı ertelendiği için, erteleme esnasında borç

¹²⁶ “Sıradan vazgeçme sözleşmesi ile taahhütte bulunan şirket alacaklısı, bununla alacak hakkından feragat etmemektedir; iflas masasından tatmin edilmesi yolundaki talep hakkından da peşinen ve tamamen vazgeçmemektedir. Alacaklı, talebini ancak diğer alacaklılar aleyhine bir zararın söz konusu olmayacağı bir zamanda ileri sürmeyi kabul etmektedir.” (Atalay, **Borca Batıklık**, s. 43.)

¹²⁷ Karş. Türk, s. 293.

muaccel olmaz, borçlu da temerrüde düşmez, temerrüt faizi ödemez. Ayrıca uzatma, borcun zamanaşımı süresinin işlenmesini de durdurur.¹²⁸ Garameye iştirakten feragat sözleşmesinde, şirket ile alacaklı alacağın vadesinin uzatılmasını kararlaştırmamaktadır. Alacaklı, iflas durumunda iflas masasındaki son alacaklı tatmin edilinceye kadar garameye iştirak etmeyeceğini taahhüt etmektedir. Yani belli başlı olaylar ve şartlar gerçekleşinceye kadar alacaklı alacağını talep etmeyi ertelediğini beyan etmektedir. Dolayısıyla sözleşme; alacağın muacceliyet zamanını ertelememekte, “alacağı talep etme hakkını bazı şartlara¹²⁹ bağlayarak erteleme” niteliği taşımaktadır.¹³⁰ Madde gerekçesinde ifade edilen “erteleme” ifadesi de bu bağlamda ifa zamanını uzatım sözleşmesi/tecil olarak değil; alacak muaccel olsa bile ifayı talep etmemeyi içeren bir taahhüt olarak anlaşılmalıdır. Öte yandan madde gerekçesinin son cümlesinde yer alan zamanaşımının sözleşmeden etkilenmeyeceğine dair ifade, bu savı destekler mahiyettedir. Zira borç erteleme sözleşmesinde alacağın muacceliyetinin ertelenmesiyle, borcun zamanaşımı süresinin işlemesi durmaktadır.¹³¹ O halde, garameye iştirakten feragat sözleşmesi içerisinde “erteleme” unsuru da barındırmasına rağmen, yukarıda anlatılanlar çerçevesinde ifa zamanını uzatma/erteleme/tecil sözleşmesi niteliği taşımamaktadır.

Öte yandan şirketin bazı borçlarının vasıf değiştirilerek sermaye payı sayılması meselesini de tartışmak gerekir. Mali güçlük içinde bulunan şirket alacaklılarının bazıları, haklarının özkaynaklar arasına katılmasına ve böylece pay sahibi veya katılma intifa senedi sahibi sıfatını kazanmalarına razı olabilirler. Bazen de hisse senediyle değiştirilebilir tahvil¹³² ihracında olduğu gibi, alacağın doğduğu sözleşmede bu husus açıkça belirtilir ve belli şartlara bağlanır. “Finansman dönüşümü” veya “vasıf değişikliği” olarak adlandırılan bu işlemle, şirketin bir kısım yabancı kaynakları yani borçları özkaynaklara dönüşmekte ve şirketin sermaye yapısı güçlenmektedir. Eğer özkaynaklara dönüşen borç miktarı, sermaye kaybı veya borca batıklığı giderecek ölçüde ise TTK m. 376’nın öngördüğü tedbirlerin uygulanmasına

¹²⁸ Eren, s. 951.

¹²⁹ Şart konusuna ilişkin olarak yukarıda ayrıntılı bilgi verilmiştir. Bkz. yuk. Bölüm II, E, 2.

¹³⁰ Sözleşmeye konu alacakların muacceliyetiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. Bölüm II, F.

¹³¹ Zamanaşımıyla ilgili aynı yöndeki değerlendirme için bkz. B. Güneysu/Çapa, s. 97.

¹³² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif**, s. 701.

gerek kalmayacaktır.¹³³ Garameye iştirakten feragat sözleşmesinde ise şirketin alacaklıları alacaklarının sermaye payı sayılmasına razı olmamakta, sadece iflas halinde diğer alacaklılar lehine iflastaki sıra cetvelinde sona gitmeyi taahhüt etmektedirler. Dolayısıyla garameye iştirakten feragat sözleşmesinin bu sözleşmeye konu şirket borçlarının niteliğini değiştirerek bu borçları öz kaynağa-sermayeye dönüştürdüğünü kabul etmek mümkün değildir.

3- Sözleşmenin Taraflarının Hakları ve Yükümlülükleri

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, şirket ile borca batıklığı giderebilecek miktarda alacağa sahip şirket alacaklıları arasında kurulur. Sözleşmeyi yapan alacaklılar, şirketin iflası durumunda, sıra cetvelinde¹³⁴ en alt sıraya, bütün alacaklıların altına inmeyi kabul etmektedirler. Böylece alacaklı, diğer bütün alacaklıların hakları tam olarak karşılandıktan sonra, kendi hakkının tatminine sıra gelmesine önceden rıza göstermektedir.¹³⁵

Sözleşmenin kurulmasıyla iflas masasının etrafında farklı alacaklı gruplarının oluşturduğu üç farklı halka karşımıza çıkmaktadır: 1. halkayı, İİK m. 206 gereği imtiyazlı alacaklılar, 2. halkayı alelade alacaklılar yani masada bulunanı paylaşan alacaklılar, 3. halkayı ise sözleşmeyi kuran ve “masada bir şey kalırsa alacak” olan alacaklılar oluşturur.

Sözleşmeye göre alacaklının asli edim yükümlülüğünü¹³⁶ söz konusu yapmama edimi oluşturmaktadır. Alacaklının bu yükümlülüğüne bağlı olarak bazı

¹³³ Bazı şirket borçlarının sermaye sayılması ve bunun borca batıklığı tespit bilançosuna etkisiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, s. 262-269.

¹³⁴ Sıra cetveli iflas tasfiyesinin müflisin pasifini tespit etmeye yönelik olan kısmı olup; alacaklıların aktifin tasfiyesinden elde edilebilecek paranın paylaşılmasına katılma sıralarını yansıtır. Sıra cetveli ile ilgili ayrıntılı bilgi ve ilgili Yargıtay kararları için bkz. Mahmut Bilgen: **İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli**; Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 395 vd.

¹³⁵ Türk, s. 293.

¹³⁶ Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin tür ve tipini, özellik ve niteliklerini belirleyen borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borçtur. Yan edim yükümlülüğü ise asli edimlere (asıl borca) bağlı yan borç anlamına gelmektedir. Yan edimler, asli edime oranla ikinci derecede bir nitelik taşıyabilir, asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için, borçlu yönünden bir borcu, alacaklı açısından da bir hakkı ifade ederler. Bu nedenle de alacaklı, yan edim yükümlülüklerini gerektiğinde asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edip, bunun ifasını isteyebilir. Yan edim yükümlülüğü tâbi nitelikte olsa da, ayrı bir edim yükümlülüğüdür ve bunun yerine getirilmesinde alacaklının bağımsız bir ifa menfaati vardır. (Eren, s. 32, 33.)

yan edim yükümlülükleri doğar. TTK m. 376/3'ün gerekçesinde söz konusu yan edim yükümlülükleri; takas, mahsup ve takip yapmama olarak sayılmıştır. Görüldüğü gibi yan edim yükümlülükleri de birer yapmama edimi niteliğindedir. Bu yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde ise, örneğin alacaklılardan birinin takip başlatması durumunda, sözleşme ihlal edilmiş olacak ve şirket yönetim kurulunun, borca batıklığın tekrar nüksetmesine dayalı mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğü doğacaktır.¹³⁷ Öte yandan sözleşmenin alacaklılar tarafından ihlal edilmesi halinde, ihlal eden alacaklının yaptığı işlemler geçerlidir. Ancak şirket bu ihlalden ortaya çıkan zararlarını TBK m. 113/2 hükmü gereği talep edebilecektir.

Garameye iştiraktan feragat eden alacaklının sözleşmeyi yapmasındaki saik, şirketin iflastan kurtulmasına yönelik ümididir. Sözleşmeden elde edeceği en büyük menfaat ise şirketin mali açıdan belini doğrultup borca batıklık halini gidermesidir. Zira böylece alacağının tamamını elde edebilme fırsatı elde edecektir. Öte yandan madde gerekçesinde şirket alacaklılarının aynı zamanda şirketin pay sahibi olmaları halinde, bunların iflâs seçeneği ve sözleşmeyle alacaklarını erteleme seçeneğini değerlendirecekleri ifade edilmiştir. Sözleşmenin tarafı olan alacaklıların şirketin ortakları ya da ortaklarının yakınları olmaları durumunda şirketin iflas etmemesi, onlar için yeterli bir menfaat sayılabilir. Ancak hem bu kişiler hem de şirket dışından üçüncü kişi alacaklıların bu sözleşmeyi tercih etmeleri için teşvik edici bazı menfaatler sözleşmeyle kararlaştırılabilmelidir.

Her ne kadar Kanun hükmü, sözleşmenin ivazsız bir nitelik taşıdığı izlenimi veriyorsa da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar alacaklılarının bu fedakârlığına karşılık olarak bazı menfaatler kararlaştırabilirler. Söz konusu alacaklılara bazı ek ödemeler yapılacağı veya erteledikleri alacakları için belli oranda faiz elde edecekleri yönünde hususlar sözleşmede belirlenebilir. Ancak bu menfaatler kararlaştırılırken şirketin borca batık durumda olduğu göz ardı edilmemelidir.¹³⁸ Zira borca batık durumdaki şirkete yüklenecek olan ağır mali yükümlülükler, sözleşmenin işlevsiz kalmasına yol açabilecektir. Öte yandan bu durum, mahkemenin atayacağı

Yükümlülüklerle ilgili ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 7-14.

¹³⁷ Kayar, söz konusu alacaklılar tarafından başlatılan takipler hakkında şikayet yoluna başvurulabileceğinin ifade etmektedir. (Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 654, dip. 17.) Aksi görüş için bkz. B. Güneysu/Çapa, s. 109.

¹³⁸ B. Güneysu/Çapa, s. 101.

bilirkişilerin sözleşmede yapacakları denetimde dikkat etmeleri gereken bir husustur. Şirketin sözleşme “vesilesiyle” borca batıklıktan kurtulduktan sonra, yine sözleşme “sebebiyle” ağır mali yükümlülükler altında ezilmesi ve hatta tekrar borca batık hale gelmesi; hem sözleşmenin amacı ve mantığıyla hem de dürüstlük ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.

Sözleşmenin kurulmasıyla, şirket mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunup iflasını isteme yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır. Ancak şirket, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hemen mali durumunu iyileştirici tedbirleri almalı ve bir an önce “hakiki”^{*} borca batıklıktan kurtulmaya çalışmalıdır. Şirket bu süre zarfında iflasın ertelenmesi müessesinde olduğu gibi tüm iyileştirme tedbirlerini almak ve bu yönde “ciddi ve inandırıcı” bir şekilde faaliyetlerini sürdürmekle yükümlüdür.

4-Sözleşmenin Geçerlilik Koşulları

a. Sözleşmenin Yazılı Olarak Yapılması

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biri sözleşmenin yazılı olarak yapılmasıdır. TTK m. 376/3'te sözleşmenin mahkemeye sunulabilmesi için “yazıyla” yapılmış olması öngörülmüştür. Kanuna göre sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Ancak şirket yönetim kurulunun, sözleşmede yer alabilecek yüksek miktar kaydı nedeniyle, sözleşmeyi noter önünde resmi şekilde yapması basiretli tacir ilkesi gereği isabetli olacaktır. Özellikle yüksek miktarda alacakların söz konusu olduğu durumlarda ispat ve sözleşmenin tarihini belirleme gibi hususlarda hukuki belirlilik olması açısından sözleşmenin noter önünde yapılması daha uygun olacaktır.

Sözleşmenin noter önünde yapılması durumunda noter ücretinin maktu ya da nisbî olması hususu karşımıza çıkar. Garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu

* Sözleşme yapılmış olmasına rağmen şirket borçları hâlâ mevcuttur. Dolayısıyla bir anlamda gerçek borca batıklık devam etmektedir. Ancak Kanunun tanıdığı söz konusu imkân ile borca batıklık “yokmuş” gibi davranılmakta ve şirketin ömrü uzatılmaya çalışılmaktadır. Yani şirket sözleşmeye güvenerek borca batıklığını tamamen ortadan kaldırmış gibi rahat davranmamalıdır.

alacağın sebebi olan asıl sözleşme noterde yapılmamış ise noterin sözleşmeden nisbî ücret alması uygun olabilir. Ancak asıl sözleşme noterde yapılmış ise, şirketin borca batık durumda olduğu da düşünülerek noter ücretinin maktu ücret olarak takdir edilmesi daha uygun olacaktır. Böylece şirketin sözleşmeyi yapmasına ve mali durumunu düzeltmesine teşvik sağlanmış olacaktır. Zira yüksek noter harç ve ücretleri şirketin sözleşmeyi yapmaktan kaçınmasına sebep olabilir.

b. Bilirkişi Tayini

Şirketin bazı alacaklılarla yapacağı garameye iştiraktan feragat sözleşmesi yapıldığı anda tek başına hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Sözleşmenin diğer bir geçerlilik şartı, mahkemenin atayacağı bilirkişinin incelemesi ve olumlu rapor vermesidir. Sözleşme yapıldıktan sonra TTK m. 376/3'e göre, şirket yönetim kurulu -sözleşme yapılmış olmasaydı- iflas bildirimini yapacak olduğu asliye ticaret mahkemesine, sözleşmeyle ve bilirkişi tayin talebini içeren bir dilekçeyle başvuracaktır. TTK m. 376/3'e göre mahkeme sözleşmeyi yerindelik, gerçeklik ve geçerlilik kıstaslarıyla incelemesi için bir bilirkişi tayin edecektir.¹³⁹

Anonim şirketlerde şirket yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür ya da müdürler kurulu ilgili ticaret mahkemesine başvuru yapacaktır. (TTK m. 376/3, TTK m. 625/1-h) Şirketi yönetim ve temsil organının başvuracağı mahkeme, İİK m. 154/3 gereği şirketin muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi olacaktır.

Ticaret mahkemesine yapılacak başvuru doğrudan bilirkişi tayini için olabileceği gibi iflas veya iflas erteleme talebiyle birlikte de olabilir. Mahkeme her durumda re'sen bir bilirkişi tayin ederek borca batıklığı ve sözleşmenin geçerliliğini tespit ettirecektir.¹⁴⁰ Mahkemenin atadığı bilirkişinin sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olumlu raporuyla mahkeme sözleşmenin geçerli olduğuna karar verecek; böylece sözleşme geçerli bir sözleşmenin doğurduğu tüm hüküm ve sonuçları doğurur hale gelecektir. Bilirkişinin sözleşmeyle ilgili olumsuz rapor vermesi halinde

¹³⁹ Bilirkişinin incelemesinde dikkat edeceği hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi bir sonraki c. başlığında verilecektir.

¹⁴⁰ Sözleşmenin farklı hukuki süreçlerde uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi Bölüm III'te verilecektir.

ise, mahkeme kendisine bilirkişi tayin talebi için yapılan başvuruyu iflas bildirimini olarak kabul edecektir. (TTK m. 376/3)

c. Bilirkişi İncelemesi

TTK m. 376/3'e göre mahkeme tarafından atanan bilirkişi, şirketin mali durumunu ve sözleşmeyi çeşitli açılardan inceleyecektir:

(1) Şirketin Borca Batık Durumda Olması

Mahkemenin atadığı bilirkişi(ler), garameye iştirakten feragat sözleşmesini incelemeye geçmeden önce şirketin borca batık durumda olup olmadığını inceleyecektir. Zira borca batıklık yoksa sözleşmenin de bir işlevi kalmayacak ve mahkeme borca batıklığın olmadığını tespitine ve talebin reddine karar verecektir.¹⁴¹ Bilirkişi aynen iflas veya iflasın ertelenmesi talebinde olduğu gibi borca batıklığın gerçekten var olup olmadığını tespit edecektir.¹⁴²

(2) Alacaklının Garameye İştirak Etmeme Taahhüdü (Gerçeklik İncelemesi)

Bilirkişi, sözleşmede tarafların irade beyanlarını ve taahhütlerini inceleyecek ve özellikle alacaklıların beyanlarında garameye iştirak etmeme iradesinin varlığını arayacaktır. Sözleşme metninde açıkça, alacaklıların şirketin iflası durumunda kendileri dışındaki alacaklılar alacaklarını tam olarak alıncaya kadar iflas masasında sıra cetveline dâhil olmayacaklarını taahhüt edip etmedikleri *gerçeklik* incelemesi kapsamındadır. Sözleşme metninde bu yöndeki bir iradenin varlığının zımni olarak belirtilmesi yeterli olmamalıdır. Zira sözleşmenin kurulma amacı garameye iştirak etmeme taahhüdüdür ve bu asli edimin zımnen belirtilmiş olması, Kanunun bu sözleşmeye hüküm ve sonuç bağlaması mantığıyla telif edilemez.

¹⁴¹ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 654.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, s. 308-310; Muşul, s. 88-90.

Öte yandan bilirkişi, kendisiyle sözleşme yapılan alacaklıların gerçekten şirketten alacaklı olup olmadıklarını yani sözleşmeye konu şirket borcunun gerçek bir borç olup olmadığını incelemelidir. Örneğin söz konusu borçlar şirketin gerçek bir faaliyeti sonucu değil de muvazaayla son anda sözleşmeyi düzenleyebilmek için yapılmış gibi gösterilen işler neticesinde oluşmuşsa, bilirkişi bu borçların sözleşmeye konu olamayacağını belirtmelidir.¹⁴³

Sözleşmede şirket söz konusu alacaklıların aldıkları riski göz önünde bulundurarak onlara bazı menfaatler sağlayacağını vaadedebilir. Ancak madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi, şirketin borca batık durumda olduğu göz önünde bulundurulmalı ve sözleşmenin uygulanması “*güç şartlar*”a bağlanmamış olmalıdır.*

(3) Garameye İştirakten Feragat Eden Alacaklıların Alacakları Toplamının Şirketi Borca Batıklıktan Kurtarabilecek Miktarda Olması (Yerindelik İncelemesi)

TTK m. 376/3’te garameye iştirak etmekten feragat eden alacaklıların alacakları toplamının “*şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutarda*” olması gerektiği belirtilmiştir. Bilirkişi sözleşmeden garameye iştirakten feragat iradelerinin varlığını tespit ettikten sonra sözleşmeye konu alacakların miktarını inceleyecektir. Sözleşmeye konu alacakların toplamı, borca batıklığı en azından izale etmelidir. Diğer bir ifadeyle varlık/borçlar oranı, (garameye iştirakten feragat eden alacaklıların alacakları pasif hesaplardan çıkarıldığında) “1” veya 1’den fazla olmalıdır.¹⁴⁴ Bundan daha fazla miktardaki alacağın da sözleşmeyle sona bırakılması mümkündür. Ama asgari şart borca batıklığı giderecek tutardır.

¹⁴³ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 654.

* Garameye iştirakten feragat sözleşmesi Kanunda düzenlendiği şekliyle esasen alacaklılardan bazılarının fedakârlık yapmasını istiyor görünmektedir. Nitekim gerekçede bu yaklaşım; “Şirket alacaklılarının aynı zamanda şirketin pay sahibi olmaları halinde, bunlar iflâs ile erteleme seçeneğini değerlendireceklerdir.” şeklinde belirtilmekte, özellikle alacaklıların aynı zamanda şirket ortağı olduğu durumlarda sözleşmeyi, şirketin kurtulmasında bir alternatif olarak sunmaktadır. Dolayısıyla şirketin alacaklıya olan taahhütleri bu bağlamda değerlendirilerek belirlenmelidir.

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I, A, 4 ve 5.

(4) Sözleşmenin Geçerliliği

Bilirkişinin sözleşmeyi incelerken dikkat edeceği diğer bir husus, tarafların irade beyanlarının geçerli olup olmadığıdır. Bilhassa irade beyanlarının uygunluğu, imza yetkisi, ehliyet ve temsile ilişkin hususlarda herhangi bir şüphenin olup olmadığını kontrol edecektir. Diğer bir ifadeyle sözleşmede borçlar hukukunda sözleşmenin kurulmasına ilişkin belirlenmiş olan ilkelere uygunluğu araştırılacaktır. Örneğin anonim şirketlerde bu sözleşmeyi şirket adına sadece yönetim kurulu yapabilecektir.

Bilirkişi incelemesinde dikkat edilecek diğer bir husus da şudur: Sona giden alacaklının alacağı kıymetli evraka bağlı bir alacaksa, senede ciro yasağının getirilmesi gerekir. Böylece sözleşmeye rağmen senet ciro edilirse senedi devralanın iyi niyeti bir hüküm ifade etmeyecektir. Senedi devralan hamilin, senedi, senetteki alacağın sözleşmeye konu olduğunu bilerek devralmış olduğu var sayılacaktır.

d. Mahkemenin Kararı

TTK m. 376/3 garameye iştiraktan feragat sözleşmesinin geçerliliğini mahkemenin atayacağı bilirkişinin sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olumlu raporuna bağlamıştır. Esasen bilirkişinin raporu hâkimi bağlamaz. HMK m. 282’de “*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*” denilmektedir.¹⁴⁵ Ancak TTK m. 376/3 hükmü; bilirkişi raporunun hâkimi kararında bağlayacağı şeklinde anlaşılmaktadır. Uygulamada iflas ve iflasın ertelenmesi davalarında mahkemelerin büyük oranda teknik bilgi ve özel bilgi gerektiren bir iş olduğundan bilirkişiden yararlandığı görülmektedir.¹⁴⁶ Dolayısıyla kanun koyucun bilirkişiye ilişkin bu hükmü, uygulamada yaygın bir şekilde oturmuş bulunan bir durumu kanun metnine alarak onayladığı şeklinde yorumlanabilir.

Mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde, şirketin borca batık olduğu, ancak garameye iştiraktan feragat sözleşmesinin yapıldığı ve bu

¹⁴⁵ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker: **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara 2011, s. 529.

¹⁴⁶ Atalay, **İflas Ders Kitabı**, s. 443.

sözleşmenin de yerinde, gerçek ve geçerli olduğu saptanırsa; mahkeme şirketin borca batık olduğunun tespitine, ancak garameye iştirakten feragat sözleşmesi vesilesiyle iflas ve iflasın ertelenmesi kararı verilmesine yer olmadığına karar verecek ve işten el çekecektir.¹⁴⁷

Mahkeme bu kararı ticaret siciline ayrıca bildirmekle kanunen yükümlü değildir. Ancak üçüncü kişilerin şirketin mali durumunun gerçek resmini görmeleri açısından sözleşme ticaret siciline bildirilmelidir. Zira sözleşme olmasaydı borca batık şirket en iyi ihtimalle mahkemeden iflas erteleme alabilecek ve bu durum da ticaret sicilinde görülebilecekti. (İİK m. 179/a) Öte yandan garameye iştirakten feragat sözleşmesinde şirketin borçları silinerek borca batıklığı giderilmemekte, Kanunun tanıdığı bir borca batıklıktan kurtulma formülü uygulanmaktadır. Dolayısıyla iflas ertelemedeki, İİK m. 166 gereği işleyecek süreç kıyasen garameye iştirakten feragat sözleşmesinin yapıldığı hallere de uygulanmalıdır. O halde mahkeme ticaret siciline, şirketin borca batık olduğunu ancak garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle iflasına veya iflasın ertelenmesine karar verilmesine yer olmadığına karar verdiğini bildirmelidir. (İİK m. 179/a)

Bilirkişinin sözleşmeye ilişkin olumsuz rapor vermesi halinde ise, mahkemeye yapılmış bilirkişi talebi başvurusu, borca batıklık bildirimini (iflas talebi) niteliğine bürünecektir.* (TTK m. 376/3)

Öte yandan garameye iştirakten feragat sözleşmesi, mahkeme iflas kararı vermeden önce yapılarak mahkemeye sunulmalıdır. (TTK m. 376/3) İflas kararı verildikten sonra sözleşmenin mahkemeye sunulması bir hüküm ifade etmeyecektir. Yani mahkemenin iflas kararını vereceği ana kadar geçen süre, bir hak düşürücü süredir. Mahkeme iflas kararı verdikten sonra sunulan sözleşmeyi kabul etmeyecektir.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 654.

* Elbette şirket iflasın ertelenmesi talebiyle de başvurmuş olabilir. Bu halde mahkeme iflasın ertelenmesi talebine ilişkin şartların yerine getirilip getirilmediğini inceleyecektir. Ancak iflasın ertelenmesi talebi yoksa mahkeme, şirketin borca batık durumda olduğu gerekçesiyle iflasına karar verecektir.

¹⁴⁸ Ayrıntılı bilgi ve istisna için bkz. aşağı. Bölüm III, A, 3.

5- Sözleşmenin Hüküm Ve Sonuçları (İflasa Etkisi)

a. Genel Olarak

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, etkisini ilk olarak şirket iflas ederse gösterecektir. Sözleşmeyle, olası bir iflas halinde garameye iştirak etmeyeceğini taahhüt eden alacaklı/lar taahhütleri gereği garameye iştirak etmeyecektir. Sözleşmeyi yapan alacaklı/lar sıra cetvelinde diğer alacaklılardan sonra; ancak şirket ortaklarından hemen önce tatmin edilebilecekleri bir konumda bulunacaklardır. Yani şirketle garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapmayan diğer alacaklılar iflas masasından alacaklarını alıp çekildikten sonra, masada hâlâ para kalırsa, bu para sözleşme yapan alacaklılar arasında yine garameten paylaşılacaktır.

Sözleşmenin varlığına rağmen, şirket ileride borca batıklıktan kurtulamayarak iflas ederse, yönetim kurulunun TTK m. 553 gereği sorumluluğu ortadan kalkmaz.¹⁴⁹ Yönetim kurulunun buradaki sorumluluğu, garameye iştirakten feragat sözleşmesinin yapılmasıyla borca batıklık bildirimini geciktirilerek şirketin “doğrudan zarar”a¹⁵⁰ uğratılması ve bu nedenle şirket, pay sahipleri ve alacaklıların “dolayısıyla zarar”a¹⁵¹ maruz kalmış olmalarıdır. TTK m. 555/1 gereği, iflas halinde iflas idaresi, yönetim kuruluna dolayısıyla zarar sebebiyle sorumluluk davası açabilir. İflas idaresinin davayı açması durumunda alacaklı, bu dava hakkının kanunen İİK m. 245 gereği kendisine temlik edilmesini isteyebilir.¹⁵² (TTK m. 556/3) İflas idaresinin bu davayı açmaması halinde ise her pay sahibi ve şirket alacaklısı sorumluluk davasını açma hakkına sahiptir. (TTK m. 556/2)

¹⁴⁹ Yönetim kurulunun sorumluluğuyla ilgili olarak bkz. Battal, **Sorumluluk**, s. 35 vd.

¹⁵⁰ Kurucuların, yönetim kurulunun, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının kanundan yahut esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri dolayısıyla şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının uğradığı zarar doğrudan zarardır. Doğrudan zararın tazmini davası TTK m. 553/1’de öngörülmüştür. (Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 444.)

¹⁵¹ “Dolayısıyla zarar bir kişiye yöneltilen bir fiil dolayısıyla, bu kişinin malvarlığında meydana gelen bir zararın başka kişi veya kişilerin malvarlığına yansması ile oluşan zarardır. Doğrudan zarara uğrayanın malvarlığının zararı giderilirse diğer kişinin malvarlığında meydana gelmiş bulunan yansıma zarar da ortadan kalkar. (...) Pay sahibinin dolayısıyla zararını talep edebilmesinin sebebi anonim şirket zarar edince pay sahibinin de sermaye payının değerinin düşmesidir. (...) Pay sahibi yansıma, yani dolayısıyla zararının tazmini için “şirketin zararı”nın tazminini isterse, bu pay sahibinin dolayısıyla zararını tazmin etmesi anlamına gelir. Mahkemenin hükmedeceği tazminatın anonim şirkete ödenmesiyle anonim şirketin zararı giderilir; böylece pay sahibinin dolayısıyla zararı da ortadan kalkar.” (Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 452, 454.)

¹⁵² Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 456.

Ancak şirketin iflası halinde garameye iştirakten feragat sözleşmesinin yapan alacaklının bu davayı açması ya da iflas idaresinin açtığı davanın kendisine devredilmesini isteme hakkı mümkün olmamalıdır. Zira bu alacaklı, borca batıklığa rağmen şirketin faaliyetlerine devam etmesini kendisi isteyerek garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapmış ve davanın temelini oluşturan vakiya kendisi sebebiyet vermiştir.¹⁵³

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin yapılmasıyla mahkemeye iflas başvurusunda bulunmaya gerek kalmaması, şirketin mali durumuna somut olarak doğrudan olumlu bir katkıda bulunmaz. Sadece bir kısım alacak hakkının sona bırakılması nedeniyle, borca batıklık durumu ortadan kalkmıştır. Bu nedenle yönetim kurulunun, şirketin finansal durumunu yakından izlemeye devam etmesi ve borca batıklık işaretleri tekrar ortaya çıkarsa TTK m. 376/3 hükmündeki süreci izlemesi gerekecektir.¹⁵⁴

Öte yandan garameye iştirakten feragat sözleşmesi başarıyla sonuçlanır ve şirket iflastan kurtulursa, sözleşmeye konu şirket borçları yine de diğer borçlardan sonra ödenmelidir.¹⁵⁵ Bu durum madde gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: “En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir.” Yani diğer alacaklılar ister şirketin iflasıyla alacaklarına kavuşmuş olsun, isterse de şirket mali durumunu düzelterek bu alacaklılara olan borçlarını ödemiş olsun; her iki durumda da garameye iştirakten feragat sözleşmesini imzalayan alacaklılar alacaklarının tatmini konusunda diğer alacaklılardan sonra geleceklerdir. Gerekçe metnindeki “sona ermiş veya temin edilmiş” ifadesi bu yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Sözleşmenin iflas veya iflasın ertelenmesi süreçlerinde kurulduğu zamana bağlı olarak doğabilecek farklı hüküm ve sonuçlar ayrıntılı olarak aşağıda Bölüm III’te incelenecektir.

¹⁵³ Atalay, **Borca Batıklık**, s. 46.

¹⁵⁴ Manavgat (Kırca/Ş. Çelik), s. 590.

¹⁵⁵ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 654.

b. Sözleşmeyi İhlalin Hüküm ve Sonuçları

(1) Alacaklının Sözleşmeyi İhlali

Garameye iştiraktan feragat eden alacaklı, sözleşmeye aykırı davranarak alacağını talep ederse¹⁵⁶ bunun sonucu ne olacaktır? Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi “yapmama edimli” bir sözleşmedir. Sözleşmeyle alacaklı, bazı şartların gerçekleşmesine kadar alacağının ifasını talep etmemeyi taahhüt etmektedir. Madde gerekçesinde ifade edildiği gibi, alacaklının bu taahhüdü “*ertelemenin son bulunduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşır.*” Yani alacaklı; takas, mahsup ve takip yapmama gibi taahhütlerini ihlal etmesiyle (yani örneğin alacağı için bir icra takibi başlatmasıyla) bu sözleşmeye aykırı davranmış olacaktır. Yapmama edimine-borcuna aykırılığın yaptırımını TBK m. 113/2’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür.*” Dolayısıyla şirket, sözleşmeyi, alacağını sözleşmedeki şartlar gerçekleşmeden önce talep ederek ihlal eden alacaklının bu fiili nedeniyle ortaya çıkan zararını talep edebilecektir.

Şirketin, alacaklının sözleşmeye aykırı davranış(lar)ıyla doğan zararı müspet zarardır.¹⁵⁷ Zira şirket, sözleşmeye güvenerek, borca batıklığını gidermek için bazı mali iyileştirme tedbirleri belirlemiş, geleceğe dair planlar yapmıştır. Alacaklının bu davranışı, şirketi sözleşmeye konu borçlarını erken ifaya zorlayacak ve böylece yapmış olduğu plana sadık kalamayarak belki de iflasa sürüklenecektir. Bilhassa alacaklılardan bankaların başlatacağı icra takipleri, diğer alacaklılar nezdinde sözleşmeye rağmen şirketin tehlikede olduğu algısını doğurarak şirket aleyhine birbirini ardına icra takipleri başlatılmasını tetikleyebilir. Bu durum da şirketin sözleşmeye güvenerek içine girmiş olduğu iyileşme sürecini likidite darlığı ve benzeri sebeplerle sonlandırabilir. Buradaki zarar belirlenirken şirketin, garameye iştiraktan feragat eden alacaklının varlığını hesap ederek yaptığı işlemler ve

¹⁵⁶ Sözleşmeyi yapan alacaklının sözleşme gereği, şirketten borca batıklığı ne zamana kadar gidermesini bekleyeceğine dair açıklamalar için bkz. aşağı. Bölüm II, F.

¹⁵⁷ Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır. Müspet zarar; edim, borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırda gösterdiği durum arasındaki farktır. (Eren, s. 1056.)

iyileştirme eylemlerinin, alacaklının sözleşmeye aykırı davranması sonucu geçersiz olması ya da etkisiz kalmasıyla ortaya çıkan zarar araştırılacaktır.

(2) Şirketin Sözleşmeyi İhlal Eden Davranışları

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin yapısı ve içeriği nedeniyle şirketin doğrudan sözleşmeyi ihlal etmesinden söz edilemeyebilir. Ancak borca batık halde bulunan bir şirketin bu sözleşmeyi yaptıktan sonra, mali durumunu iyileştirmek için samimi ve somut adımlar atması beklenecektir. Örneğin lüks harcamalardan kaçınması, ağır borçlar altına girmemesi ve verimi artırmaya yönelik çabalar içinde bulunması gerekir. Şirketin bu anlamdaki yükümlülüklerine aykırı davranmasından doğan zararların tazminini alacaklılar talep edebileceklerdir. Bir üst başlıkta şirketin sorumluluğuna ilişkin alacaklıların da sahip olduğu haklar belirtilirken yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Öte yandan, sözleşmenin ivazlı yapıldığı hallerde ivazı yerine getirmeyen şirket, sözleşmeye aykırılıktan doğan zararları gidermekle yükümlü olacaktır.

c. Sözleşmenin Bilançoya Yansıtılması

Garameye iştirakten feragat sözleşmesindeki alacaklının sıradan çekilme taahhüdü ile şirketin borca batık halinde bir değişiklik olmamakta ve dolayısıyla borçlarında hiçbir eksilme olmamakta ve pasifi aynı düzeyde kalmakta, sadece tasfiye halinde alacaklıların sırası değişmektedir.¹⁵⁸ Dolayısıyla garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu alacaklar şirketin defterlerinde ve bilançoda tam olarak gösterilirler. Ancak bilançoda açıklık ilkesi gereği hem yıllık bilançoda hem de borca batıklık bilançosunda¹⁵⁹, bu borçların diğer borçlardan ayırt edilmesi gerekir.¹⁶⁰ Zira borca batıklık bilançosunda bu şirket borçları pasif toplamında hesaba katılmayacaklardır. Bilançoda açıklık ilkesinin ölçüsü, şirketin iktisadi ve mali

¹⁵⁸ Pulaşlı, s. 1183.

¹⁵⁹ Borca bilançosuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Bölüm I, A, 4.

¹⁶⁰ Türk, s. 294.

durumu hakkında ilgililere, mümkün olduğu kadar doğru fikir verebilmektir.¹⁶¹ Ancak mevcut bilanço sisteminde garameye iştirakten feragat sözleşmesinin gösterileceği herhangi bir kalem bulunmamaktadır. Bununla ilgili olarak aşağıdaki görüşe yer vermekte fayda görüyoruz:

Garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu olan şirket borçları, sözleşme vesilesiyle uzun vadeli borç niteliğini kazanmışlardır. Söz konusu borç, bir gayrimenkul alımına, mal alımına veya borç alımına tabi olarak meydana gelmiş olabilir. Bu durumda borç doğduğu anda *yıllık bilançoda* ilgili gayrimenkuller veya mal hesabı karşılığında pasif tarafta satıcılar hesabına ya da yabancı kaynaklardaki ilgili hesabına alınacaktır. Ancak bu durum *borca batıklık bilançosunda* farklıdır. Çünkü bu borcun alacaklılarının bir taahhüdü bulunmaktadır. Söz konusu borcun tamamının ya da bir kısmının ödenmeme ihtimali bulunmaktadır ve en önemlisi bu borç borca batıklık hesabına girmemektedir. Bu sebeple söz konusu borç ilk oluştuğu andaki niteliğini kaybetmiştir. Öte yandan bu borç, “4. Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesap grubundaki hiçbir hesabın açıklamalarına uymamakta ve dolayısıyla hiçbir hesaba alınmasına olanak bulunmamaktadır. Sözleşmeye konu borçların niteliği ve “4. Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesap grubu içinde bulunan bütün hesaplar incelendiğinde yukarıdaki değerlendirmelere uyan tek bir hesap bulunmaktadır: “499. Diğer Çeşitli Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesabı.¹⁶² Hesabın adından da anlaşılacağı üzere bu hesapta uzun vadeli olan ancak uzun vadeli yabancı kaynakların içinde bulunan hesapların hiçbirine nitelik olarak uymayacak tutarların alınacağı anlaşılmaktadır.

O halde garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu şirket borçları, hazırlanacak borca batıklık bilançosunda yer aldıkları pasif hesaptan çıkarılmalı ve


¹⁶¹ Tekinalp, **Bilanço**, s. 49. “Açıklık ve kolay anlaşılabilirlikten maksat bilançoju herkesin, her ilgilinin anlayabileceği şekilde hazırlamak değildir. Muhasebe ve bilanço konularında uzman olan bir kişi için bilanço kolay ve anlaşılabilir olmalıdır. (Karayalçın, s. 82)

¹⁶² “499. Diğer Çeşitli Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesabı “4. Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesap grubu içindeki “49. Diğer Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar”ın içinde bulunmaktadır. Bu hesap; Muhasebe Sistemi Uygulama Tebliğinde “Bu hesap grubu içinde sayılanların dışında kalan diğer çeşitli yabancı kaynakların izlendiği hesaptır” şeklinde tanımlanmaktadır. Hesabın işleyişi ve özelliği Muhasebe Sistemi Uygulama Tebliğinde; “Tahakkuk eden tutarlar bu hesaba alacak, vadesi bir yılın altına düşenler “499. Diğer Çeşitli Yabancı Kaynaklar Hesabı”na aktarılarak borç kaydedilir.” şeklinde açıklanmaktadır. (Kumkale, **Tek Düzen Hesap Planı**, s. 754.)

“4. Diğer Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesap gurubu içindeki “499. Diğer Çeşitli Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesabında takip edilmelidir.¹⁶³

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesine konu olan şirket borçları, aşağıda görüldüğü üzere “499-Diğer Çeşitli Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesabında gösterilecektir. Bu hesaba eklenen 20.000 TL’lik borç, Ticari Borçlar hesabından çıkarılmış ve 499 nolu hesaba aktarılmıştır.

	Kayıtlı Değerler	Rayiç Değerler
42 Ticari Borçlar	40.000 20.000	40.000 20.000
4 UZUN VADELİ YABANCI KAYNAKLAR		
49 Diğer Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar		
499- Diğer Çeşitli Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar	20.000	20.000



Sözleşmenin yapılması neticesinde şirketin yeni bilançosu aşağıdaki gibi olacaktır:

Tablo 4: Garameye İştiraktan Feragat Sözleşmesinin Mevcut Alacaklılarla Kurulması Üzerine Hazırlanan Yeni Bilanço

	Kayıtlı Değerler	Rayiç Değerler
1. Dönen Varlıklar	200.000	70.000
A- Hazır Değerler	15.000	15.000
B- Menkul Kıymetler	0	0
C- Ticari Alacaklar	10.000	10.000
D- Diğer Alacaklar	20.000	20.000
E- Stoklar	40.000	10.000
F- Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Maliyetleri	100.000	0
G- Gelecek Aylara Ait Giderler ve Gelir Tahakkukları	10.000	10.000
H- Diğer Dönen Varlıklar	5.000	5.000
2. Duran Varlıklar	50.000	35.000
A- Ticari Alacaklar	0	0
B- Diğer Alacaklar	0	0
C- Mali Duran Varlıklar	10.000	10.000
D- Maddi Duran Varlıklar	20.000	25.000
E- Maddi Olmayan Duran Varlıklar	15.000	0
F- Özel Tükenmeye Tabi Varlıklar	0	0
G- Gelecek Yıllara Ait Giderler	5.000	0
H- Diğer Duran Varlıklar	0	0
VARLIKLAR TOPLAMI	250.000	105.000

¹⁶³ Rüknettin Kumkale (Yeminli Mali Müşavir, Ankara 2014.)

1. Kısa Vadeli Yabancı Kaynaklar	180.000	100.000
A- Mali Borçlar	10.000	10.000
B- Ticari Borçlar	40.000	40.000
	20.000	20.000
C- Diğer Borçlar	30.000	30.000
D- Alınan Avanslar	0	0
E- Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Hakedişleri	80.000	0
F- Ödenecek Vergi ve Diğer Yükümlülükler	10.000	10.000
G- Borç ve Gider Karşılıkları	0	0
H- Gelecek Aylara Ait Gelirler ve Tahakkukları	5.000	5.000
I- Diğer Kısa Vadeli Yabancı Kaynaklar	5.000	5.000
2. Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar	20.000	20.000
A- Mali Borçlar	15.000	15.000
B- Ticari Borçlar	0	0
C- Diğer Borçlar	0	0
D- Alınan Avanslar	5.000	5.000
G- Diğer Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar*	0-20.000*	0-20.000*
3- Özkaynaklar	50.000	-15.000
A- Ödenmiş Sermaye	50.000	
B- Sermaye Yedekleri	0	
C- Kar Yedekleri	15.000	
D- Geçmiş Yıllar Karları	10.000	
E- Geçmiş Yıllar Zararları (-)	0	
F- Dönem Net Karı (Zararı)	-25.000	
KAYNAKLAR TOPLAMI	250.000	105.000

*Buradaki 20.000 TL'lik borç için TTK m. 376/3 kapsamında garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapılmıştır. Bu sebeple pasif toplamına dâhil edilmemiştir.

Sözleşmenin 20.000 TL'lik borç için kurulması neticesinde bilanço tarihi itibarıyla;

Şirketin mevcut ve alacakları toplamı	: 105.000 TL
<u>Şirketin borçları toplamı</u>	<u>: 120.000 100.000 TL</u>
Öz Varlık	: (-)15.000 5.000 TL

olmuştur. Dolayısıyla -15.000 TL'lik açık kapatılmış, hatta şirketin aktifleri borçlarını biraz da aşarak 5.000 TL olmuş, böylece bilançodaki borca batıklık giderilmiştir. Görüldüğü üzere garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu olan borçlar pasif toplamına dâhil edilmemiş ve bu durum bilanço dipnotunda gösterilmiştir. Şirketin bu aşamadan sonra yapması gereken bir an önce “gerçek” borca batıklığını gidermektir.

F. Sözleşmede Süre*

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi şarta bağlı bir sözleşme niteliği taşıdığı için, sözleşmede vade tayininden söz etmeye gerek yoktur. Sözleşme asıl hüküm ve sonuçlarını şartın gerçekleşmesiyle (şirketin iflas etmesi) doğuracaktır.¹⁶⁴ Diğer bir ifadeyle sözleşme belli bir vadeye bağlanarak kurulamayacaktır.** Nitekim bu husus madde gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: “*Erteleme belli bir takvim gününe bağlı değildir. En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir.*” Yani alacaklılar şirketin borca batıklığını belli bir sürede gidermesini şart koşarak sözleşmeye bu anlamda ilave bir şart koyamazlar. Kanunun öngördüğü sözleşme tasarımı biraz da alacaklıların şirket için fedakârlıkta bulunma ve risk alma hususiyeti taşımaktadır. Dolayısıyla sözleşme gereği bu alacaklılar, şirketin borca batıklığını giderip diğer alacaklılara borçlarını ödemesine kadar alacaklarını talep etmekten feragat etmektedirler.

Öte yandan garameye iştirakten feragat eden alacaklının sözleşme sebebiyle alacağına kavuşması, şirketin, borca batıklığı gidermesine veya borca batıklığı gidermese bile diğer alacaklılara olan borçlarını sona erdirmesi şartına bağlıyken, şirket ne zamana kadar bilançosundaki gerçek borca batıklık halini gidermelidir? Garameye iştirakten feragat sözleşmesi bir nevi iflasın ertelenmesi kurumu gibi kanuni bir öngörüdür ve belli sınırlarının olması gerekir. Yani Kanun şirkete, iflas etmemesi için bir “hukuki imkân” tanımıştır. Ancak bu imkân dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun bir şekilde kullanılmalıdır. Özellikle şirketin sözleşme yaptığı alacaklıların da korunması açısından, şirketin borca batıklığı hangi maksimum süreye kadar gidermesi gerektiği hakkaniyete uygun bir şekilde belirlenmelidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Şirket üzerinde iflasın ertelenmesi kurumunda olduğu gibi mahkemenin vesayeti-gözetimi yoktur. Yani

* Buradaki süre kavramı “Garameye iştirakten feragat eden alacaklının sıra cetvelinde sona kalmaya razı olduğu ve şirketin borca batıklığı gidermesi gerektiği sürenin sınırı” anlamında kullanılmıştır.

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II, E, 5, a. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, C: 1, s. 324-327.

** Örneğin; alacaklıların sözleşmeyi “İki yıla kadar borca batıklığı giderip şirketin belini doğrultamazsanız alacağımızı isteriz; alamazsak da mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunup şirketin iflasını talep eder, garameden az ya da çok ne düşerse alırız.” şeklinde bir şartla kurmak istemeleri, Kanun koyucunun sözleşmeyi tanımakla kabul ettiği bazı alacaklıların kısmen fedakârlıkta bulunmaları eksikli yaklaşımına aykırı olacaktır.

şirket kayıma devredilmiş ve düzenli olarak izleniyor ve denetleniyor değildir. Mahkeme, sözleşmenin kurulmasıyla borca batıklığın izale edildiğini tespit etmiş ve dosyayı kapatmıştır. Dolayısıyla kanundaki bir imkân vesilesiyle şirket faaliyetlerine gerçekte sanki borca batık değilmiş gibi devam edecektir. Kanunda şirketin borca batıklığı gidermiş olması gerektiği son hadde ilişkin her hangi bir düzenleme olmadığına göre bir boşluk var demektir.

O halde şirketin iflasını önlemeye yönelik tedbirlerden biri olan iflasın ertelenmesi kurumuyla benzerliği sebebiyle iflasın ertelenmesinde uygulanan sürelerin, kıyasen sözleşmenin birincil aktör olduğu söz konusu iyileşme sürecinde de uygulanabileceğini söylemek mümkün olacaktır. İflasın ertelenmesindeki sürelerle ilgili İİK m. 179/b-4'te *“Erteleme süresi azami bir yıldır. Bu süre kayımanın verdiği raporlar dikkate alınarak mahkemece uygun görülecek süreler ile uzatılabilir; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez.”* denilmektedir. Dolayısıyla garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle iflastan kurtulan şirket, maksimum 5 (beş) yıl içinde mali durumunu düzelterek borca batıklığını gidermelidir. Bu son sınıra kadar borca batıklığını gideremeyen şirketin, iflasın ertelenmesinde olduğu gibi artık mali durumunun düzeltemeyeceğine yönelik bir gerçeklik ortaya çıkmış sayılmalı ve tüm alacaklıların korunması için borca batıklık sebep gösterilerek mahkemeye başvurulup iflası istenmelidir.

Öte yandan mahkemenin sözleşmeyi incelemesi için atamış olduğu bilirkişiler, şirketin borca batıklığını sözleşme vesilesiyle giderebilmesinin bu maksimum süre içinde mümkün olup olmadığına da dikkat etmelidirler.

G. Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Asıl Alacağın Zamanaşımına Etkisi

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin kurulması, sözleşmeye konu alacakların zamanaşımı üzerinde her hangi bir etkide bulunmaz, söz konusu alacaklara ilişkin zamanaşımı işlemeye devam eder.¹⁶⁵ Burada sözleşmeye konu edilen alacakların muaccel olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir:

¹⁶⁵ “Bu beyan, zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmaz.” (TTK m. 376/3'ün madde gerekçesi.)

Sözleşmeye konu alacaklar muaccel ise, madde gerekçesindeki düzenlemeye göre zamanaşımı işlemeye devam eder. Bu noktada alacaklının sözleşmeyi kurarken alacağın zamanaşımının dolmasından önce sonuçlanacak bir erteleme öngörüsünde bulunması menfaatine olacaktır; zira sözleşme zamanaşımını durdurmamakta ya da kesmemektedir.

Eğer alacak/alacaklar muaccel değil ise ve muaccel olunca da ödenmeyeceği apaçık belliyse (kaldı ki sözleşme zaten ödenmeme ihtimali varsa yapılmaktadır), alacak muaccel olduktan sonra da alacaklılar alacaklarını talep etmemelidirler. Sözleşmenin asıl hüküm ve sonuç doğurduğu an iflas hali olsa da, sözleşmenin kurulmasıyla diğer alacaklılara olan borçlar ödeninceye kadar beklemek de sözleşmenin yan edimlerinden ve iflas olmasa da buna katlanmak sözleşmenin gereğidir. Diğer bir ifadeyle şirketin iflası halinde alacaklarını garameye iştirak ettirmeyecek olan bu alacaklılar, şirket iflas etmese de alacaklarına kavuşmak için şirketin diğer alacaklılara olan borçlarını sonlandırmasını veya teminatlandırmasını bekleyeceklerdir.

H. Sözleşmenin Sona Ermesi

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi, şirket iflas ettiğinde, sözleşmeyi imzalayan alacaklıların garameye iştirak etmeme iradelerinin mevcudiyetiyle sonuç doğuracaktır. Sözleşme, şirketin diğer alacaklılara olan borçlarının sona erdiği ana kadar etkisini devam ettirecektir. Sözleşmeyle sıra cetvelinde sona gitmeye razı olan alacaklılar, diğer alacaklılara olan borçlar ödendikten sonra iflas masasında hâlâ para kalırsa bunu aralarında paylaşacaklardır. Ve böylece sözleşme sona erecektir.

İflas tasfiyesinin garameten dağıtım ile tamamlanması halinde garameye iştirak eden alacaklılar alacaklarına kısmen kavuşacaklar, garameye iştirak etmemeyi kabul eden alacaklılar ise hiçbir şey alamayacaklar ve böylece şirketin tüzel kişiliği bitecek, sözleşme de hükümlerini doğurarak sona ermiş olacaktır.

Şirketin borca batıklıktan kurtularak diğer alacaklılara olan borçlarını ödemesiyle de sözleşme sona erecektir.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Bölüm II, E, 5, a.

Öte yandan, sözleşme yapıldıktan sonra şirketin borca batıklıktan kurtulduğunun tespiti ve denetiminin nasıl yapılacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin, iflasın ertelenmesinde bir iyileştirme tedbiri olarak uygulandığı durumlarda¹⁶⁷ kayyım denetimiyle bunun sağlanacağı söylenebilir. Ancak mahkemenin sözleşmenin kurulmasıyla borca batıklığın giderildiğini tespit ederek dosyayı kapatmasıyla şirketin sözleşmeden sonraki süreçte, sözleşmeye uygun davranıp davranmadığının denetimi açısından Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Zira sözleşme kötüye kullanılarak diğer alacaklılar aleyhine bir durum ortaya çıkarılmış olabilir ve üstelik bu durum bilirkişi ve mahkemenin gözünden de kaçmış olabilir. Özellikle pay sahibi alacaklılarla sözleşme muvazaalı olarak yapılmış olabilir. Ya da şirket sırf iflastan kurtulmak için sözleşmeyi akdederek sözleşme sonrası şirketin için boşaltma gibi hileli iflas vb. yollara başvurabilir. Bunun için şirket yönetim kurulu yıllık bilançoları düzenlerken sözleşmenin yapılmasıyla borca batıklığın giderildiğini belirtmeli ve bu durumu yıllık bilançoda göstermelidir. Öte yandan denetim aşamasında denetçinin yıllık bilançolar yanında, şirketten borca batıklık bilançosunu da talep edip önceki hali ve mevcut hali karşılaştırması isabetli olacaktır.

¹⁶⁷ Bkz. Bölüm III, B.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III- GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN KURULABİLECEĞİ DİĞER HALLER

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi TTK m. 376/3'te şirketin borca batıklıktan kurtarılması ve yaşama şansının artırılması için kabul edilmiş bir sözleşmedir. Ancak sözleşmenin, iflas erteleme sürecinde iyileştirme projesinin bir parçası olarak uygulanmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır. Zira borca batıklığın giderilmesi için kurulacak bir sözleşme evleviyetle şirketin mali durumunun iyileştirilmesi amacıyla da kurulabilir. Bu bölümde öncelikle sözleşmenin Kanunda öngörüldüğü şekliyle borca batıklığın giderilmesi amacıyla kurulması ve bunun farklı süreçlerdeki hüküm ve sonuçları incelenecek; daha sonra sözleşmenin iflasın ertelenmesi sürecinde iyileştirmeye katkı yapması amacıyla iyileştirme projesinin bir parçası olarak uygulanması halinde ne gibi hüküm ve sonuçlar doğuracağı incelenecektir.

A. SÖZLEŞMENİN BORCA BATIKLIĞI GİDERMEK İÇİN KURULMASI

1- Sözleşmenin Mahkemeye Başvurmadan Kurulması

Sözleşmenin mahkemeye başvurmadan önce kurularak mahkemeye sunulması hali Bölüm II'de tafsilatıyla anlatılmıştır.

2- Mahkemeye İflas Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması

Şirket yönetim kurulu, çıkardığı ara bilançolardan şirketin borca batık durumda olduğunu tespit ederek iflas istemiyle mahkemeye başvurduktan sonra alacaklılardan biriyle garameye iştirakten feragat sözleşmesini akdederse,

mahkemece atanan bilirkişiler borca batıklık tespitini yaptıktan sonra, sözleşmeyi inceleyeceklerdir. Çünkü mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunulmuş ve iflas istenmiş olsa da, iflas kararı verilmeden önce garameye iştirakten feragat sözleşmesi mahkemeye sunulur ve bunların bilirkişi denetimiyle “yerinde, gerçek ve geçerli” olduğu saptanırsa artık iflas kararı verilemeyecektir.¹⁶⁸

Mahkemenin atamış olduğu bilirkişiler sözleşme hakkında olumlu, yani sözleşmenin yerinde, gerçek ve geçerli olduğunu doğrulayan bir raporu mahkemeye sunarlarsa, mahkeme şirketin iflasına karar verilmesine yer olmadığına hükmedecektir. Öte yandan bilirkişinin olumsuz raporu neticesinde ise iflas yargılaması devam edecek, şirket ayrıca iflasın ertelenmesi talebinde bulunmamış ise, borca batıklık nedeniyle iflas kararı verilecektir.¹⁶⁹

3- Mahkemenin İflas Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Mahkemenin iflas kararı vermesinden, sonra garameye iştirakten feragat sözleşmesinin kurulması iflası önleme bakımından herhangi bir etkiye bulunmayacaktır. Çünkü borca batıklığın tespiti ve buna bağlı olarak verilecek iflas veya iflasın ertelenmesi kararları aşamasında bu imkân kullanılmamıştır.¹⁷⁰ İflas kararının gereği uygulanacaktır.

Ancak, İİK m. 182’de yer alan iflasın kaldırılması¹⁷¹ hükümlerinin burada geçerli olup olmayacağı tartışılmalıdır. İİK m. 182’de; “*Borçlu bütün alacaklılarının taleplerinin geri aldıklarına dair bir beyanname veya tekmil alacakların iffa olunduğu hakkında bir vesika gösterir veya akdolunan konkordato tasdik edilirse mahkeme, iflasın kalkmasına ve borçlunun serbestçe tasarrufu için mallarının kendisine iadesine karar verir.*” denilmektedir. Acaba iflas kararı verildikten sonra şirketle garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapan alacaklılar, bu sözleşmeyle diğer alacaklıların haklarına halel gelmediğini ileri sürerek iflasın kaldırılmasını talep

¹⁶⁸ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 655.

¹⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Bölüm II, E, 4, d.

¹⁷⁰ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 655.

¹⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Albayrak: **İflasın Kaldırılması**; Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

edebilirler mi? Ya da diğer alacaklıların menfaatlerinin zedelenmediği ileri sürülerek iflasın kaldırılmasında onların muvafakatının alınmasına gerek yoktur denilebilir mi?

Böyle bir ihtimalde, kendisiyle sözleşme yapılmamış olan diğer alacaklılarla vade uzatma sözleşmesi yapılması şartıyla iflasın kaldırılması mümkün olmalıdır. İİK m. 195'e göre "*iflasın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar.*" O halde diğer alacaklılarla bir ifa zamanını/vadeyi uzatma sözleşmesi yapılması ve bu süre içinde de "borca batıklığın giderilerek alacaklarına tam olarak kavuşacakları; hatta borca batıklık giderilemeyerek iflas edilmesi halinde bile garameye iştirakten feragat eden alacaklılarının varlığı sayesinde alacaklarının tamamına ya da iflas tasfiyesinin hemen gerçekleşmesi halinde elde edebilecekleri miktardan daha fazlasına kavuşacaklarının taahhüt edilmesi halinde" iflasın kaldırılması şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira iflasın kaldırılmasında bütün alacaklıların alacaklarının ödenmiş olması yerine bir kısım alacaklıların alacaklarının ödenmiş olması, bir kısım alacaklıların ise iflas taleplerini geri almış olması halinde de, müflis iflasın kaldırılmasını isteyebilir.¹⁷² Bu açıdan garameye iştirakten feragat sözleşmesi, İİK m. 182'nin bir istisnası olarak kabul edilebilir.¹⁷³

4- İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması

Şirket yönetim kurulu mahkemeye iflasın ertelenmesi talebiyle başvurduktan sonra bazı alacaklılarla anlaşıp onları garameye iştirakten feragat etmeye ikna ederek sözleşmeyi akdeder ve bu sözleşmeyi mahkemeye henüz bir karar vermeden önce sunarsa mahkeme sözleşmeyi öncelikle ele alacaktır. Zira borca batıklığın giderilmesi sonucu doğuran bir sözleşme söz konusu ise iflas kararı ve dolayısıyla iflas erteleme kararı verilemeyecektir. Mahkeme sözleşmeyi, borca batıklığı ve iyileştirme projelerini inceleyen bilirkişiye göndererek sözleşmeyi TTK m. 376/3'e göre incelemelerini isteyecektir. Eğer bilirkişi henüz seçilmemiş ise, bilirkişi

¹⁷² S. Özkan, **İflas Ders Kitabı**, s. 505.

¹⁷³ Öte yandan iflas tasfiyesi aşamasında iflasın kaldırılması veya sözleşmenin sürece etkisiyle ilgili alınacak kararlar alacaklılar toplantısında alınmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seyithan Deliduman: **İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması**; Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 94-117.

atanırken görevlendirme yazısında sözleşmenin de incelemesi gerektiği belirtilmelidir.

Mahkeme, bilirkişinin sözleşmeyle ilgili olumlu rapor vermesiyle borca batıklığın giderildiğini tespit edip iflas veya iflasın ertelenmesi kararı verilmesine yer olmadığına karar vererek dosyayı kapatacaktır. Bilirkişin olumsuz raporu üzerine ise iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesine devam edilecektir.

5- Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Şirket yönetim kurulu, mahkemenin iflasın ertelenmesi kararı vermesinden sonra sözleşmeyi kurar ve mahkemeye sunarsa mahkeme sözleşmeyi TTK m. 376/3 gereği bilirkişiye incelettirecektir. Bilirkişi bu incelemesinde sadece sözleşmenin “yerinde, gerçek ve geçerli” olup olmadığını inceleyecek, şirketin borca batık durumda olup olmadığını ayrıca incelemeyecektir. Zira borca batıklık, iflasın ertelenmesi kararı verilmeden önce tespit edilmiştir.

Bilirkişinin sözleşmeyle ilgili olumlu bir rapor (doğrulama nitelikli raporu) sunmasıyla mahkeme, iflasın ertelenmesi tedbirlerini kaldırıp iflasın ertelenmesine yer olmadığına karar verecektir. Zira iflasın ertelenmesinin ön şartı olan borca batıklık giderilmiş ve iflas kararı verilmesine gerek kalmamıştır. O halde verilmiş olan iflasın ertelenmesi kararı da kaldırılmalıdır. Bu aşamada garameye iştirakten feragat sözleşmesi, iyileştirme projesinin bir parçası değil; bilakis şirketin iflasına engel olan bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷⁴

Bilirkişinin olumsuz rapor vermesi halinde ise, sözleşme yürürlüğe girmeyerek, iflas erteleme süreci üzerinde herhangi bir etki doğurmayacak ve iflas erteleme tedbirleri uygulanmaya devam edecektir.

¹⁷⁴ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 655.

B. Sözleşmenin İyileştirme Projesi Kapsamında İyileştirmeye Katkı Yapması Amacıyla Kurulması

1- Genel Olarak

Şirketin bir ya da birkaç alacaklı ile akdettiği garameye iştirakten feragat sözleşmesi toplam rakam itibariyle şirketi borca batıklıktan kurtarıyorsa yukarıda “A” başlığında anlatılan ihtimaller söz konusu olacaktır. Sözleşme rakamı şirketi borca batıklıktan kurtarmaya yeterli değil ise, sözleşme nasıl bir fonksiyon icra edecektir?

Bu kısımda inceleyeceğimiz husus, garameye iştirakten feragat sözleşmesinin iflasın ertelenmesi sürecinde ancak; borca batıklığı gidermeye yönelik değil de fakat TTK m. 377 ve İİK m. 179 gereği hazırlanacak iyileştirme projesinin bir parçası olarak uygulanmasıdır. Şirket, mali durumunu düzeltmek için iyileştirme projesi kapsamında sermaye artırımında bulunma, şüpheli alacakları takibe başlama, gider maliyetlerinin azaltılması gibi çalışmalar yapmakta; bunun yanında bazı alacaklılarla da garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapmaktadır. Böylece bazı alacaklıları olası bir iflas durumunda garameye iştirak etmemeye ikna ederek bir nevi borçlarının vadesini uzatmış olmakta ve böylece diğer alacaklıların lehine de bir durum oluşturmaktadır. Ancak sözleşmeye konu alacakların miktarı borca batıklığı giderecek tutara ulaşmamaktadır. Dolayısıyla sözleşme bu aşamada borca batıklığı giderici değil, ancak iflasın ertelenmesi kararının alınmasına vesile olabilecek önlemlerden biri olarak bir fonksiyon icra etmektedir.

Sözleşme, TTK m. 376/3’te borca batıklığı giderici bir önlem olarak düzenlenmiştir. TTK m. 377’de iyileştirme projesinin içeriğiyle ilgili “*yeni nakit sermaye konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri göstermesi*” şartı öngörülmüştür. Bu bağlamda şirketin mali durumunu iyileştirmek için bazı alacaklılarla yapacak olduğu garameye iştirakten feragat sözleşmesinin de “nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesi” olarak kabul edilmesi mümkündür. Zira bu sözleşme, sadece taraflar arasında yapılan ve diğer alacaklıların

aleyhine* sonuçlar doğurabilecek “denetimsiz” bir sözleşme değildir. Geçerliliği, bilirkişinin doğrulamasına ve mahkemenin kararına bağlanmış “yerinde, gerçek ve geçerli” bir sözleşmedir. O halde bilirkişi doğrulamasından geçmiş geçerli bir garameye iştirakten feragat sözleşmesi, Kanun açıkça öngörmemiş olsa bile, iflas ertelemede iyileştirme projesinde yer alan iyileştirme tedbirlerinden biri olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki TTK m. 377’de öngörülen tedbirler tadadi değildir; bilakis belirtilen şartta uygun olması şartıyla yönetim kurulu tarafından çeşitlendirilebilir.

2- Sözleşmenin Kurulma Anına Göre Çeşitli İhtimaller

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin, iflasın ertelenmesi kapsamında iyileştirmeye katkı yapması amacıyla kurulması halinde, sözleşmenin kurulduğu ana göre çeşitli ihtimaller gündeme gelecektir:

a. Mahkemeye Başvurmadan Önce Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalde garameye iştirakten feragat sözleşmesi iflasın ertelenmesinin talep edileceği mahkemeye sunulan iyileştirme projesinde dâhil edilmektedir. Sözleşme bu aşamada sadece iyileştirme projesindeki diğer iyileştirme planları gibi bir iyileştirme enstrümanıdır; dolayısıyla yargılama ve karar süreci iflas erteleme hükümleri çerçevesinde yürüyecektir. Şirket yönetim kurulu sözleşmeyi hazırlarken genel olarak iyileştirme projesinin hazırlanması gereken şartlara uymak zorunda olduğu gibi, özel olarak TTK m. 376/3’teki sözleşme şartlarını da dikkate alarak sözleşmeyi akdetmelidir. Öte yandan bu aşamada sözleşme henüz kurulmamış da olabilir. Bu durumda iyileştirme projesinde sözleşmenin borca batıklığı gidermek için değil, diğer alacaklılar lehine de bir sonuç ortaya çıkarmak için yapıldığı

* Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin mahkeme denetiminde olması, özellikle kendisiyle sözleşme yapılmamış olan alacaklılar için önemlidir. Örneğin şirket yöneticileri sözleşmeye güvenerek rehavete kapılabilir ve iyileştirme projesine sadık kalmayabilirler veya sözleşmeyi diğer alacaklıların taleplerine kalkan yaparak şirketin içini boşaltabilirler. Dolayısıyla bunlar gibi diğer alacaklılar aleyhine dolaylı olarak ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların engellenmesi, sözleşmenin mahkeme denetiminde kurulmasıyla mümkün olacaktır.

anlatılmalı, hangi alacaklılarla hangi şartlarda yapılması planlandığı ayrıntılı bir şekilde belirtilmelidir.

Esasen sözleşmenin iyileştirme projesinde yer alıp almayacağı, mahkemenin iflasın ertelenmesi talebinde yer alan iyileştirme projesi için atamış olduğu bilirkişinin iyileştirme projesini incelemesinden sonra belli olacaktır. Mahkeme iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte mahkemeye sunulan iyileştirme projesini incelemek üzere atadığı bilirkişiden aynı zamanda sözleşmeyi de incelemesini isteyecektir. Bilirkişi, sözleşmenin hem TTK m. 376/3'teki şartlara uyup uymadığını hem de genel olarak iyileştirme projesinde yer alan bir iyileştirme tedbiri için taşınması gereken hususların varlığını (TTK m. 377 ve İİK m. 179 hükümleri çerçevesinde ciddi ve inandırıcı olup olmadıkları bağlamında) araştıracaktır. Bilirkişi, sözleşmenin genel iyileştirme projesi içerisindeki iyileştirmeye etkisini dikkate alarak ve sözleşmenin borca batıklığı gidermek için değil, iyileştirmeye katkı yapması için kurulduğunu göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmalıdır. Bu özel durumlar haricinde iflas erteleme sürecine ilişkin prosedür aynen devam edecektir.

b. İflas Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması

Mahkemeye sadece iflas talebiyle başvurulmuş; fakat daha sonra ortaya çıkan gelişmelerle şirketin kurtulabileceği ümidi doğmuş ise; bu aşamada sözleşmenin kurulması ve mahkemeye sunulması ancak iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte olabilir. Dolayısıyla iflas yargılaması devam ederken iflasın ertelenmesi talebinde bulunulacaksa, hazırlanan iyileştirme projesine bu sözleşme de dâhil edilebilir. Bu noktadan sonra işleyecek süreç bir üst başlıkta anlatıldığı gibi aynen işleyecektir.

c. Mahkemenin İflası Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Bu aşamada sözleşmenin iflas kararının sonuçlarını değiştirmeye bir etkisi yoktur. Çünkü iflas veya iflasın ertelenmesi aşamalarında bu imkân kullanılmamıştır.

Öte yandan iflas kararı verildikten sonra iflasın ertelenmesi kararı verilemeyeceği için¹⁷⁵ sözleşmenin etkisinden söz etmek de mümkün değildir. Ayrıca iflasın kaldırılması söz konusu olsa bile, iflas kaldırıldıktan sonra şirketin iflasın ertelenmesi şartları taşıması halinde de süreç a. başlığında ifade edildiği gibi işleyecektir.

d. İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalde mahkemeye iflasın ertelenmesi talebiyle başvurulurken iyileştirme projesine dâhil edilmemiş olan sözleşmenin, mahkemenin iflasın ertelenmesi talebini incelediği ve henüz bir karar vermediği aşamada mahkemeye sunulması söz konusudur. Bu noktada iyileştirme projesi mahkemeye sunulduktan sonra projeye eklemeler yapılmasının mümkün olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. Şirketin iyileştirilmesine hizmet edecek ilave tedbirlerin mahkeme henüz bir karar vermeden iyileştirme projesine dâhil edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. O halde garameye iştiraktan feragat sözleşmesi de iyileştirme projesinin bir eki olarak mahkemeye sunulacak; bilirkişi incelemesi ve devam eden süreç a. başlığında ifade edildiği gibi işleyecektir.

e. Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Mahkemenin iflasın ertelenmesi kararı vermesinden sonra sözleşmenin kurulması ihtimalinde karşımıza daha farklı bir durum çıkmaktadır: İİK m. 179/a'da *“Mahkeme, iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylanması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır.”* denilmektedir. Dolayısıyla mahkemeye iyileştirme projesi sunulduktan sonra şirketin mali durumunu etkileyen bu sözleşmenin kayyım denetiminden geçmesi veya bizzat

¹⁷⁵ İflas kararı sonradan sadece iflasın kaldırılması ile ortadan kaldırılabilir. İflasın kaldırılması nedenleri arasında da iflasın ertelenmesi bulunmamaktadır. (İİK m. 182) (Ermenek, s. 179.)

kayyum tarafından şirket adına kurulması¹⁷⁶ gündeme gelecektir. Dolayısıyla TTK m. 376/3'te yer alan sözleşmenin geçerliliği için mahkemenin atadığı bilirkişilerce yaptıracağı doğrulama işleminin bu aşamada gerekli olup olmadığı tartışılmalıdır.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin iflasın ertelenmesi sürecinde şirketin mali durumunu iyileştirme tedbirleri kapsamında sadece bir “tedbir” olarak değerlendirildiği bu aşamada sözleşmenin, şirkete atanmış kayyum heyetinin onayıyla geçerli olmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zira sözleşme bu aşamada şirketin borca batıklığını giderici bir etkiyle mahkemenin almış olduğu muhafaza tedbirlerinin kaldırılmasını gerektirmemekte, ancak şirketin mali durumunun iyileştirilmesi için alınan diğer önlemler gibi bir önlem mahiyeti taşımaktadır. Kayyum heyeti zaten sözleşmeyi değerlendirirken, sözleşmenin iyileştirme projesine uygunluğunu ve iyileştirmeye hizmet edip etmediğini denetleyecektir. Dolayısıyla sözleşme için kayyum heyetinin onayı veyahut kayyum heyetinin bizzat sözleşmeyi akdetmesi; TTK m. 376/3'te yer alan *yerindelik, gerçeklik ve geçerlilik* kıstasları çerçevesinde yeterli görülmelidir. Diğer bir ifadeyle mahkemenin, en düşük ihtimalle kayyum denetiminden ve onayından geçmiş sözleşmenin geçerliliği hususunda ayrıca bilirkişi denetimine başvurmasına gerek yoktur.¹⁷⁷

O halde kayyum kontrolünde kurulmuş bir garameye iştirakten feragat sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren geçerli olarak yürürlüğe girmesinin önünde

¹⁷⁶ “Mahkeme, iflasın ertelenmesi kararında şirket yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alarak, şirketin atanan kayyum (ya da kayyımlar) tarafından yönetilmesine karar verebileceği gibi, kayyımı sadece bazı işlemler bakımından tek başına yetkilendirebilir ve bu işlemler dışında şirket yönetim organının yetkilerini aynen muhafaza edebilir. Zira mahkemeye, atanan kayyımı tamamen yetkilendirme imkânı tanıyan düzenlemenin, zımnen kısmi yetkilendirme imkânını da tanıdığı kabul edilmelidir. İkinci bir ihtimal olarak da Kanun koyucu, mahkemenin, şirket yönetim organının iş başında kalması, ancak bu organın karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyum onayına bağlı kılınması yolunda da karar verebileceğini kabul etmiştir. (İİK m. 179/a, II)” (Atalay, **Borca Batıklık**, s. 123, 124) Uygulamada, atanan kayyımlar, yetkisinin niteliğine göre “yönetim kayyımı” ya da “denetim kayyımı” olarak adlandırılmaktadır.

Yönetim ve denetim/danışma kayyımı atanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek, s. 310-321.
¹⁷⁷ “Mahkeme kayyımın işlemlerini denetlerken, açıkça hukuka aykırı olanlar dışındaki işlemlerini kendiliğinden iptal etmemelidir. Bu konuda özellikle ilgililerden birisinin şikâyetini beklemesi ve ona göre bir işlem yapması, hem yargılama hukuku ilkelerine uygunluk bakımından ve hem de kayyımın işlevlerini yerine getirebilmesi bakımından önemlidir. Zira, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda, hâkimin re’sen araştırma ilkesinin gereği olarak ve sahip olduğu genel gözetim ve denetim yükümlülüğünden hareket ederek, görevin ifası sırasında kayyuma sürekli müdahale etmesi, iflasın ertelenmesinin hakim müdahaleleri nedeni ile başarısız olması sonucunu doğurabilir.” (Ermenek, s. 311.)

herhangi bir engel yoktur. Ancak kayyım heyeti sözleşmeyi ve sözleşmenin sonuçlarını mahkemeye sunmuş olduğu raporlarda belirtmelidir. Bu anlamda, mahkemeye sunulan bilanço ve gelir tablolarında sözleşmeye yer verilerek bir rapor hazırlanması, sözleşmenin şirketin mali durumuna nasıl bir etkide bulunduğunu göstermesi bakımından gerekli ve önemlidir.

3- Sözleşmeyle İlgili Diğer Hususlar

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin niteliği, hüküm ve sonuçları, süreye ilişkin hususlar, sözleşmenin ilgili alacaklara ve bilançoya etkisi ve nihayet sözleşmenin sona ermesi gibi hususlar Bölüm II’de ayrıntılı bir şekilde anlatılmıştı. Sözleşmenin iyileştirmeye katkı yapması amacıyla iyileştirme projesi kapsamında yer alması halinde de genel olarak Bölüm II’de bahsedilen esaslar geçerli olacaktır. Burada farklılık arz eden bazı noktalara temas edilecektir:

Sözleşmenin kurulmasıyla sözleşmeye konu borçların miktarında bir değişiklik olmamaktadır. Dolayısıyla bu borçlar bilançonun pasif kısmında aynen gösterileceklerdir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi¹⁷⁸ bilançoda açıklık ve kamuyu aydınlatma ilkesi¹⁷⁹ gereği bu borçlar için bir sözleşme yapıldığı bilanço dipnotlarında belirtilmelidir.

Esasen sözleşmenin iyileştirme projesinin sıradan bir parçası olarak yer aldığı bu durumda iflasın ertelenmesi hükümleri tam anlamıyla uygulanacaktır. Ancak sözleşmenin özellikle iyileştirme projesinin “önemli” bir parçasını oluşturduğu durumlarda (özellikle iyileştirme projesinin temel unsurunun sözleşme olduğu durumlar) bilirkişi incelemesi, sözleşmenin genel olarak iyileştirme projesinin ciddilik ve inandırıcılığına yaptığı katkı dikkate alınarak yapılmalıdır.

Sözleşme bu aşamada iflasın ertelenmesi sürecine ait kurallara tabi olduğu için, sözleşmeye katılan alacaklıların garameye iştirakten feragat taahhütlerinin süre konusundaki sınırı da iflas erteleme sürecinin işleyişine bağlı olarak değişkenlik arz edebilecektir. İİK m. 179/b’ye göre iflas erteleme kararı azami bir yıl için verilir ve mahkeme uygun bulursa bu süreyi ilk yıl dâhil toplam beş yıla kadar uzatabilir. Bu

¹⁷⁸ Bkz. Bölüm II, E, 5, c.

¹⁷⁹ Tekinalp, **Bilanço**, s. 37 vd.

noktada sözleşmenin mahkemenin belirleyeceği erteleme ve ertelemeyi uzatma kararlarının neticesinde belirlenen süreye bağlı olarak (şartlı) akdedilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır.

Şirketle iflas erteleme sürecinde iyileştirmeye katkı yapması için sözleşme akdeden alacaklılar, zaten erteleme süresi bittiğinde mahkeme ertelemeyi uzatma kararı vermezse sözleşmede yer alan taahhütleri gereği garameye iştirak etmeyeceklerini bildikleri ve iflasın ertelenmesine ilişkin mahkemenin şirkete tanımış olduğu süre dolmadan da şirket iflas etmeyeceği için, sözleşmenin böyle bir şarta bağlı olarak kurulmasının maddi olarak bir etkisi yoktur. Öte yandan iflasın ertelendiği süre içinde şirketin iyileştirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılır ve iflasına karar verilirse yine söz konusu alacaklılar, taahhütleri gereği garameye iştiraktan diğer alacaklılar lehine imtina edeceklerdir. Dolayısıyla mahkeme iflas erteleme süresinin uzatılmasına karar verirse sözleşmenin bu uzatılmış ek süre için de geçerli ve yürürlükte olduğu kabul edilmelidir. Nitekim sözleşmenin Kanundaki düzenlenme biçimi ve madde gerekçesindeki ilgili açıklamalar dikkate alındığında, şirketle sözleşmeyi kuran alacaklıların fedakârlıklarının neticesinin, maddi bir karşılıktan çok şirketin mali durumunun düzelmesi olarak ortaya çıktığını görüyoruz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

IV- GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN SERMAYE BENZERİ KAYNAK TEMİNİ AMACIYLA KURULMASI

A. Genel Olarak

Buraya kadar, garameye iştiraktan feragat sözleşmesinin şirketin mevcut alacaklıları ile akdedilmesini inceledik. Bu başlık altında ise borca batık durumdaki bir şirketin garameye iştiraktan feragat kaydıyla ödünç kaynak temin etmesini ele alacağız. Mali durumu bozuk bir şirkete bunu bilerek borç veren kişinin amacı şirkete destek olmaktır. Bu destek ancak garameye iştiraktan feragat sözleşmesi ile bir anlam ifade eder. Bu yolla şirkete gelen ek kaynağa sermaye benzeri kaynak denir.

Sermaye benzeri kaynak-kredi ya da katkı sermaye kavramı daha çok bankacılık uygulamasında görülmektedir. Sermaye benzeri kredi; *“Vadesine en az beş yıl kalan, şirketin iflası ya da tasfiyesi halinde hisse senetlerinden bir önce diğer tüm borçlardan sonra ödenmesi kredi verenlerce kabul edilen, defaten kullanılan ve herhangi bir şekil ve surette doğrudan ya da dolaylı olarak teminata bağlanmamış, hiç bir türev işlem ve sözleşmeyle ilişkilendirilmemiş, başka işlere temlik edilemeyeceği yazılı olarak belirlenmiş, şirketin doğrudan ve dolaylı iştirakleri dışında kalan kişilerden sağlanan kredilerdir.”* olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁰ Bu tanımdaki “şirketin iflası ya da tasfiyesi halinde hisse senetlerinden bir önce diğer tüm borçlardan sonra ödenmesi kredi verenlerce kabul edilen” ifadesi dikkat çekicidir.

5 Eylül 2013 tarihli ve 28756 sayılı Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmeliğin 8. maddesinde özkaynağın unsurlarından biri olarak yer alan “katkı sermaye” niteliğindeki borçlanmaların taşınması gereken şartlar şu şekilde ifade

¹⁸⁰ Raf Temizliği-Çözümlemede Türkiye Deneyimi TMSF Web Sitesi, e-Sözlük, (Erişim Tarihi: 09.03.2015).

edilmiştir: “*Katkı sermaye hesaplamasına dahil edilecek borçlanma araçlarının aşağıdaki şartları taşıması gerekmektedir.*

a) Banka tarafından ihraç edilmiş, Sermaye Piyasası Kurulunca kayda alınmış ve bedeli nakit olarak tamamen tahsil edilmiş olmalıdır.

b) Bankanın tasfiyesi halinde; sahibine alacak hakkını ilave ana sermaye hesaplamasına dahil edilecek borçlanma araçlarından önce, mevduat sahipleri ve diğer tüm alacaklılardan sonra tahsil etme yetkisi vermelidir.

c) (b) bendindeki şartın ihlalini doğuracak nitelikte hiç bir türev işlem ve sözleşmeyle ilişkilendirilmemiş ya da herhangi bir şekil ve surette doğrudan ya da dolaylı olarak teminata bağlanmamış olmalıdır.

ç) Başlangıç vadesi en az beş yıl olmalı, temettü veya faiz artırımını gibi geri ödemeyi teşvik edecek herhangi bir unsur içermemelidir.

d) Erken itfa opsiyonunun bulunması halinde, bu opsiyon Kurumdan onay alınmak kaydıyla en erken ihraçtan beş yıl sonra kullanılabilir.”

Maddeden anlaşılacağı üzere, sermaye benzeri kaynağın şirkete getirilmesinde tabi olduğu esaslar garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir. Özellikle *b* bendinde bankanın tasfiyesi halinde kredinin geri ödenmesinde izlenecek yol ve yönteme dair hüküm bu açıdan değerlendirilebilir. Aynen garameye iştirakten feragat sözleşmesinde olduğu gibi bu borçlar da (krediler), bankanın diğer borçlarından farklı olarak olası bir tasfiye halinde diğer alacaklılara olan borçlardan sonra ödenecektir. O halde denilebilir ki, bankaya getirilecek sermaye benzeri krediler için kurulan sözleşmeler, garameye iştirakten feragat sözleşmesinin unsurlarıyla benzerlik göstermektedir.¹⁸¹ Diğer bir ifadeyle şirketin borca batıklığının giderilmesi için temin edilecek sermaye benzeri kaynak, garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle sağlandığında tam anlamıyla hukuki bir zemine oturmaktadır.

Borca batık bir şirketin mali durumunun iyileştirilmesi için sermaye artırımını dâhil her türlü iyileştirme tedbirinin mümkün olduğu TTK m. 377’de belirtilmiştir.

¹⁸¹ Bankaların çeşitli dönemlerde özkaynak yapısını güçlendirmek amacıyla kullandıkları sermaye benzeri kredi temin etme yoluyla ilgili basında çıkan haberlerle ilgili bkz. Denizbank Sermaye Benzeri Kredi Sağladı, www.finansgundem.com, (Erişim Tarihi: 09.03.2015); Bank Asya’ya ‘sermaye benzeri’ Kredi, www.hurriyet.com, (Erişim Tarihi: 09.03.2015); Şekerbank’a 10 Yıl Vadeli Sermaye Benzeri Kredi; www.dha.com.tr, (Erişim Tarihi: 09.03.2015).

Bu bağlamda garameye iştirakten feragat sözleşmesinin de bu iyileştirme tedbirlerinden biri olabileceği yukarıda ifade edilmişti.¹⁸² Bu açıdan şirketi iflastan kurtarmak için sermaye benzeri kaynak kullanımının mümkün olabileceği söylenebilir.¹⁸³ Hatta mahkemeye iflasın ertelenmesi istemiyle başvurmadan borca batıklığı gidermek amacıyla sermaye benzeri kaynak kullanılabilir. Zira sermaye benzeri kaynak, adı üzerinde bir ‘kaynak’tır, şirketin faaliyetlerine devam edebilmek için ihtiyaç duyduğu likit varlıktır, paradır. Ancak alelade diğer borçlar gibi bir kaynak değil, alacaklıların da olası bir iflasta alacaklarına tam kavuşamama rizikosunu kabullendiği, hukuki sebebi özel bir sözleşmeye dayanan ve geçerliliği özel şartlara tabi bir kaynaktır. Dolayısıyla sermaye benzeri kaynak temini yoluyla elde edilen kaynak, şirketin esas sermayesini artırmamakta, fakat geri ödenmesi bazı şartlara tabi kılınan özel bir kaynak yani şirket borcu mahiyeti kazanmaktadır. Öte yandan Kanunda garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu alacağın sermaye benzeri bir kaynak niteliğinde olması açıkça yasaklanmadığı için, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin bu tür bir işlem için kurulmasının önünde bir engel yoktur. Yani şirket garameye iştirakten feragat sözleşmesini, hem mevcut borçları için hem de sermaye benzeri kaynak sağlamak için akdedebilecektir.

Sermaye benzeri kaynak olarak şirkete getirilen paranın önceden doğmuş alacakları ödemede mi kullanılacağı yoksa yeni yatırım ve işlemler için mi kullanılacağı ise dikkatli bir şekilde belirlenmelidir. Bu noktada kurulacak makul bir dengenin işletmeci bakış açısıyla mümkün olacağı söylenebilir.

1- Sermaye Benzeri Kaynak Teminine Yönelik Ödünç Sözleşmesinin Tarafları ve Niteliği

Yukarıda Bölüm II’de anlatılan garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle bu bölümde bahsedilecek sözleşme arasında nitelik açısından esasen büyük bir fark

¹⁸² Bkz. Bölüm III, B.

¹⁸³ “Şirketin maddi ve gayri maddi mallarının ve diğer hakları ile alacaklarının mevcut borçları ödemeye yeterli olmaması halinde iki ihtimal vardır. Birincisi ortaklar ilave sermaye getirmek suretiyle zararı kapatarak borcu ödeyip yola devam edebilirler. Ancak *tek borç* ilkesi sebebiyle hiçbir ortak ilave sermaye getirmeye ya da şirketin borcunun üstlenmeye zorlanamaz. İkinci ihtimal ise ilave sermaye ya da sermaye benzeri kaynak bulunamaması durumudur. Bu halde şirketin borç ödeme kabiliyeti yok demektir. Yine bu halde şirket ya alelade tasfiye ya da iflas yoluyla tasfiye edilecek ve alacaklıların bir kısmı da çaresiz kalacaklardır.” (Battal, **Sermaye Şirketi**, s. 10.)

yoktur. Farklılık sözleşmenin şirket karşısındaki tarafı ve sözleşmeye konu şirket borcunun doğum anı ile ilgilidir. Eğer sözleşme borca batıklık hali oluşmadan önce mevcut alacaklılardan biriyle yapılmışsa garameye iştirakten feragat sözleşmesinin TTK m. 376/3'te açıkça düzenlenmiş hali söz konusu olacaktır. Ancak bu sözleşmenin konusunu oluşturan şirket borcu bu sözleşmeyle birlikte doğacak ise, yani şirketle şirkete borç veren kişi arasında yapılacak sözleşmeyle, bu kişi şirkete bir ödemede bulunma yükümlülüğü altına giriyorsa, sermaye benzeri kaynak temini için garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapılmış olduğundan söz edilecektir. Bu anlamda sözleşme, şirkete sermaye benzeri kaynak temini için bir hukuki zemin oluşturmakta, şirkete gelen kaynağın hukuki sebebini ise “ödünç” oluşturmaktadır. Bu açıdan bu kısımda sözleşmenin niteliğiyle ilgili yukarıda¹⁸⁴ yer alan tartışmalara yeniden değinilmeyecek, ancak farklılık arz eden hususlara temas edilecektir.

Sermaye benzeri kaynak temini için yapılan sözleşme, şirketin bir ortağıyla veya ortaklardan birinin yakınlarıyla kurulabileceği gibi herhangi bir üçüncü kişi/kişilerle de kurulabilir. Ancak sözleşmenin yapısı ve mantığı incelendiğinde ivazsız yapılması ön plana çıktığı için özellikle şirket dışındaki üçüncü kişilerden ziyade şirket ortaklarından veya bunların yakınlarından biriyle yapılma ihtimali daha yüksek görünmektedir.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle şirkete kaynak temin etmeyi taahhüt eden kişinin bu taahhüdüyle şirkete sağlamış olduğu kaynak, sermaye payı niteliğinde değildir. Diğer bir ifadeyle, bu kişi şirkete ortak olmamakta, şirketin kasasına giren ilave para da “sermaye artırımı” anlamına gelmemektedir. Sözleşmeyle şirket üçüncü bir kişiye borçlanmakta ancak bu borcun niteliği ve özellikle geri ödenme (ödenememe ihtimali de göz önünde bulundurularak) şartları sözleşme hükümleriyle değiştirilmekte, alelade bir şirket borcu niteliğinden çıkarılmaktadır. Diğer bir ifadeyle şirkete sermaye benzeri kaynak temin eden kişi veya kişiler şirkete sermaye payı getirerek ortak olmamakta, şirkete borç vermektedirler. Nitekim bu durumun bir sonucu olarak şirketin kasasına giren para, bilançoda özkaynaklar kaleminde değil, -pasif toplamına dâhil edilmese bile- kaynaklar (borçlar) hesabında takip edilecektir.

¹⁸⁴ Bkz. Bölüm II, E, 2 ve 3.

Bu sözleşmeyle şirkete kaynak temin eden kişi, olası bir iflas durumunda garameye iştirakten feragat etmektedir. Yani şirket iflas ederse, bu alacaklı alacağını diğer tüm alacaklılar masadan tatmin edildikten sonra geriye bir varlık kalırsa bu varlıktan talep edeceğini taahhüt etmektedir. Dolayısıyla bu alacaklı şirkete borç vermekle, açık bir ifadeyle parasını kaybetme riskine göze almaktadır. Alacaklının bu rizikoyu kabul etmesinin karşılığında sözleşmeyle şirketin yerine getirmekle yükümlü olacağı ortaklık payı verme, ortak ise kârda imtiyaz sağlama, faiz ödemesi gibi bazı edimlerin kararlaştırılması mümkün olabilecektir. Ancak şirketin mali durumunun borca batıklık seviyesinde bir bozulma içerisinde olduğu da hesaba katılırsa şirketin ağır bir edim yükümlülüğü altına girmesine sebep olacak sözleşme hükümleri, sözleşmeden beklenen menfaati zedeleyebilir.¹⁸⁵

Öte yandan şirkete sermaye benzeri kaynak temin etmek için kurulan sözleşme bağışlama niteliği taşımamaktadır. Zira şirkete kaynak sağlayan kişi, TBK m. 285'te düzenlenen bağışlama sözleşmesindeki gibi “*karşılıksız bir kazandırma*” yapmayı üstlenmemektedir.¹⁸⁶ Her ne kadar sözleşme ivazsız yapılabilir ise de, şirkete kaynak sağlayan kişi neticede şirkete borç vermektedir. Bu borcun geri ödenmesi sözleşmeyle bazı şartlara tabi olsa bile, bu borç para bilançoda şirketin Kaynaklar hesabında gösterilecek bir mahiyet taşımaya devam etmektedir. Dolayısıyla şirkete sağladığı kaynak için olası iflasta garameye iştirakten feragat eden kişinin bu taahhüdü şirkete “kaynak bağışladığı” anlamına gelmemektedir.

Sermaye benzeri kaynak temini için kurulacak sözleşmenin amaç ve içerik yönünden “sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler”den olup olmadığı tartışılabilir. Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerde borcun konusu olan edimin ödenmesinin gerekip gerekmeyeceği ve bunun kapsamı önceden belli ve kesin değildir; büyük ölçüde rastlantıya veya talihe bağlıdır. Sigorta, ömür boyu gelir, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri ile kumar ve bahis borçları bu bağlamda

¹⁸⁵ Ayrıntılı açıklama için bkz. Bölüm II, E, 3.

¹⁸⁶ “Bağışlama, bağışlayanın bir karşılık (ivaz) almaksızın bağışlananın malvarlığında bir artış sağlamak amacıyla, malvarlığından belirli değerleri ona vermeyi üstlenmesi (taahhüt) ya da vermesi yoluyla bu iki kişi arasında yapılan sözleşmedir.” (Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**; Turhan Kitabevi Yayınları, 13. Bası, Ankara 2013, s. 165.)

değerlendirilirler.¹⁸⁷ Garameye iştirakten feragat sözleşmesinde şirkete borç veren kişi, alacağının geri ödenmesiyle ilgili normal bir alacak-borç ilişkisine nazaran daha fazla bir risk almaktadır. Nitekim şirket iflas ederse diğer alacaklara öncelik tanınacağı için büyük ihtimalle masada bir şey kalmayacak ve alacaklarına kavuşamayacaktır. Dolayısıyla şirkete verdiği borcun geri ödenmesi hususunda bir çeşit rastlantıya veya talihe bağlılıktan söz edilebilir. Ancak bu bağlılık, sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelere nazaran daha yüksek bir öngörülebilirlik içermektedir. Zira, şirket mali durumunun iyileştirmek için sağladığı bu kaynağı en verimli (ranta) kullanabileceği bir plan hazırlayacak ve değil iflastan kurtulmak, bütün borçlarını ödemek gibi bir hedef için gayret gösterecektir. Özellikle sözleşmenin iflas erteleme sürecinde iyileştirme projesinin bir parçası olarak kurulduğu hallerde bu öngörülebilirlik ve plan; bilirkişi, kayyım ve mahkeme denetiminde olacağı için tam anlamıyla bir talihe veya tesadüfe bağlılıktan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Diğer bir husus sözleşmeyle şirkete sermaye benzeri kaynak olarak sağlanan kaynağın nitelik değiştirerek sermaye sayılıp sayılmayacağıyla ilgilidir. Gerekçesi yukarıda da belirtildiği üzere¹⁸⁸, şirkete sermaye benzeri kaynak olarak gelen para adı üzerinde “kaynak”tır, yani şirketin bir borcudur. Dolayısıyla sözleşmede açıkça öngörülmedikçe şirkete kaynak sağlayan kişinin salt garameye iştirakten feragat sözleşmesiyle, alacağının sermaye payına dönüşmesini kabul ettiğini varsaymak mümkün olmayacaktır.

Son olarak borca batık (iflas etmek üzere) olan bir şirkete, olası iflasta garameye iştirak etmeme taahhüdüyle borç veren kişinin şirkete sağlamış olduğu bu kaynağın niteliğiyle ilgili “risk sermayesi” (venture capital) kavramına değinmek gerekir.

Risk sermayesi; temelinde iyi bir iş kurma fikrine, girişimcilik yeteneğine ve bilgisine sahip olmakla birlikte, bu fikirlerini ticari mal ve hizmete dönüştüremeyen

¹⁸⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 27. Bunun yanında “tarafkların iradeleri dışındaki bir olayın vuku bulması şartına bağlı olarak kurulan her türlü sözleşmeyi” de talih (baht) ve tesadüfe bağlı sözleşmeler grubuna dâhil etmenin mümkün olacağı ifade edilmektedir. (Tekinay, s. 75.)

¹⁸⁸ Bkz. yuk. Bölüm II, E, 2.

girişimcilere bu fikirlerini gerçekleştirme imkânı sağlayan finansman kaynağıdır.¹⁸⁹ Risk sermayesi¹⁹⁰ aslında bir ortaklık türüdür. Ortaklardan biri bilimdeki gelişmeleri izleyen ve bu gelişmelerden para kazanacak malların üretilebileceğine inanan girişimcidir. Diğerleri de, girişimcinin fikirlerini ciddiye alıp onu sermaye ile destekleyen risk sermayedarıdır.¹⁹¹ Görüldüğü üzere risk sermayesi ile finanse edilen şirketler özellikle bilim ve teknolojiye en son gelişmeler bağlamındaki iyi bir fikre sahip çıkarak bu fikirden başarılı bir şirket meydana getirme amacı taşımaktadır. Bu anlamda herhangi bir sebeple borca batık hale gelmiş bir şirkete kaynak sağlayarak bir nevi “yatırım yapan” kişiler de risk sermayedarı olarak değerlendirilebilirler. Bu, özellikle işletme konusu ve kurumsal zihniyeti itibarıyla gelecek vadeden şirketler için söz konusu olabilir. Ayrıca, yeni kurulmuş ve çeşitli sebeplerle mali durumu bozulmuş şirketler için de risk sermayesi uygulaması gündeme gelebilecektir.¹⁹²

¹⁸⁹ Fehmi Karasioğlu/Haluk Duman: “Gelişmekte Olan Ülkelerde Girişimcilik Kültürü ve Risk Sermayesi Üzerine Bir İnceleme”; **Uluslararası Girişimcilik Kongresi**, Kırgızistan-Türkiye Manas Üniversitesi Yayınları, Bişkek 2006, s. 152.

¹⁹⁰ Teknoloji ağırlıklı sanayileşme stratejisinin benimsendiği başta ABD, İngiltere, Fransa, Japonya, Hollanda ve Almanya gibi ülkelerde özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan risk sermayesi genel olarak; dinamik, yaratıcı ancak finansal gücü yeterli olmayan girişimcilerin yatırım fikirlerini gerçekleştirmeye olanak tanıyan bir yatırım finansmanı biçimi olarak tanımlanabilir. (Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları-6, SPK Web Sitesi, (Erişim Tarihi: 10.03.2015).)

¹⁹¹ Tansu Çiller/Murat Çizakça: **Türk Finans Kesiminde Sorunlar ve Reform Önerileri**; İstanbul Sanayi Odası Yayını, No: 1989/7, İstanbul 1989, s. 122.

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Çiller/Çizakça, s. 121 vd; Murat Çizakça: **Risk Sermayesi Özel Finans Kurumları ve Para Vakıfları**; İSAV Yayınları, 1993 İstanbul; Müge İşeri: **Risk Sermayesi ve Türkiye'deki Geleceği**; Türkmen Kitabevi, İstanbul 2001; O. Berna İpekten: “Risk Sermayesi Finansman Modeli”; **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**; C. 7, S. 1, Yıl: 2006; Oğuzhan Aydemir: **Teknoparklar ve Risk Sermayesi Finansmanı: ODTÜ-Teknokent ve Ankara Cyberpark İşletmelerinde Bir Uygulama**, Doktora Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyon Kocatepe Üniversitesi Açık Erişim Sistemi Web Sitesi, (Erişim Tarihi: 04.05.2015); Selim Soydemir: “Risk Sermayesi”; **Ekonomik Yaklaşım Dergisi**, C. 4, S. 11, Yıl: 1994; Halil Beşkardeşler: **Türkiye ve Dünyada Risk Sermayesi**, Yüksek Lisans Tezi ve tezde yer alan İndeks, Kadir Has Üniversitesi Web Sitesi, (Erişim Tarihi: 10.03.2015); Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, SPK Web Sitesi, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları-6, (Erişim Tarihi: 10.03.2015).

2- Sermaye Benzeri Kaynak Teminine Yönelik Ödünç Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin geçerliliğiyle ilgili olarak Bölüm II’de yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir.¹⁹³ Sözleşmenin, sermaye benzeri kaynak temin edebilmek için yapılmasının ortaya çıkardığı farklılıklara şöyle temas edebiliriz:

Öncelikle sözleşmenin geçerliliği için TTK m. 376/3’te yer alan koşullar aynen burada da aranacaktır. Dolayısıyla sözleşme neticesinde şirkete borca batıklığı izale edecek ölçüde bir kaynak-para girişi olmalıdır. Diğer bir ifadeyle şirketin borca batık durumunu ortadan kaldıracak miktardaki kaynağı şirkete borç olarak veren alacaklılarla şirket arasında hem asıl borç ilişkisini gösteren bir sözleşme, hem de garameye iştirakten feragat sözleşmesi kurulmuş olmalıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşme mevcut alacak için yapılmamaktadır; dolayısıyla bilirkişi garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu yeni doğmuş şirket alacağının gerçekten var olup olmadığını ve geçerli bir ilişkiye dayanıp dayanmadığını da araştıracaktır. Bu nokta sözleşmeyle borca batıklık halinin üzerinin örtülerek iflasın muvazaalı olarak geciktirilmesinin önlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira şirket aslında şirkete her hangi bir kaynak girişi olmamasına rağmen olmuş gibi göstererek, garameye iştirakten feragat sözleşmesinin iflası önleyici etkisinden muvazaalı bir şekilde yararlanmak isteyebilir. O halde bilirkişi yerindelik, gerçeklik ve geçerlilik denetimi kapsamında, sözleşmeye konu alacakları doğuran işlemleri de dikkatle incelemelidir.

3- Sermaye Benzeri Kaynak Temini İçin Yapılan Ödünç Sözleşmesinin Bilançoda Gösterilmesi

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin şirketin mevcut alacaklılarıyla yapılması halinde, sözleşmeye konu borçların bilançoda “499. Diğer Çeşitli Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar” hesabında gösterilebileceği belirtilmişti. Yani bu borçlar,

¹⁹³ Bkz. Bölüm II, E, 4.

hem borca batıklık hesabında pasif toplamına dâhil edilmeyecek hem de mevcut durumda buldukları kalemden alınarak niteliklerine en uygun düştüğü tespit edilen 499 nolu hesapta takip edilecektir.¹⁹⁴

Sözleşmenin sermaye benzeri kaynak temini için yapıldığı hallerde ise şirkete dışarıdan bir kaynak girişi olduğu için bu kaynağın sözleşme vesilesiyle gelmesinin de etkisiyle yine 499 nolu hesapta takip edilmesinde bir engel yoktur.

O halde 499 nolu hesapta takip edilecek sermaye benzeri kaynak, bilançoda aşağıdaki gibi gösterilecektir:

	Kayıtlı Değerler	Rayiç Değerler
4 UZUN VADELİ YABANCI KAYNAKLAR		
49 Diğer Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar		
499- Diğer Çeşitli Uzun Vadeli Yabancı Kaynaklar		20.000*

* Dipnot: Buradaki 20.000 TL, X şahsından TTK m. 376/3 kapsamında sermaye benzeri kaynak olarak şirkete getirilmiş olup mal alımı ile borç yapılandırılmalarında kullanılmıştır. Bu sebeple pasif toplamında nazara alınmamıştır.

Görüldüğü gibi, şirket ortaklarından veya şirket dışındaki birinden şirkete borç olarak verilen 20.000 TL, sermaye benzeri kaynak niteliğinde olduğu için 499 nolu hesaba kaydedilmiş ve garameye iştirakten feragat sözleşmesi vesilesiyle pasif toplamına dâhil edilmeyerek şirketin borca batıklığı giderilmiştir. Ayrıca meydana gelen bu değişiklik bilanço dipnotunda gösterilmiştir. Sonuç olarak şirketin -15.000 TL'lik açığı kapatılarak eksi bakiye hali ortadan kalkmıştır.*

Ancak muhasebe hukuku bakımından sözleşmenin borca batıklık bilançosunun hangi kaleminde nasıl gösterileceğine ilişkin sorun “499. Diğer Uzun Vadeli Kaynaklar Hesabı” ile çözülmüş gibi görünse de esasen tam anlamıyla ihtiyacı karşılar nitelikte değildir. Bu açıdan sözleşmenin bilanço hukuku bakımından sağlam bir hukuki alt yapı kazanması amacıyla Türkiye Muhasebe Standartlarında yapılacak bir standart değişikliğiyle, yeni bir bilanço kalemi ihdas

¹⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II, E, 5, c.

* Örnek bilançodaki rakamlar aynı olduğu için bilançonun tümü için Bölüm II, E, 5, c’de yer alan bilançoju tekrar buraya almıyoruz.

edilmesini teklif ediyoruz.** Yeni bilanço kalemi; garameye iştirakten feragat sözleşmesine konu şirket borçlarını gösterecektir. Ancak garameye iştirakten feragat sözleşmesinin içeriği ve yapısı nedeniyle bu kalemden yer alan borç tutarı, diğer şirket borçları gibi Pasifler toplamına dâhil edilmeyecektir. Ayrıca bu kalem sözleşmenin mevcut alacaklılarla mı yoksa sermaye benzeri kaynak temini için mi yapıldığını göstermesi amacıyla iki alt hesapta takip edilecektir. Eğer sözleşme sermaye benzeri kaynak temini için yapılmış ise, sözleşmeye konu şirket borcunun kaynağı olan sözleşme veya işlem bilanço dipnotu olarak gösterilmelidir. Sözleşme eğer mevcut alacaklılardan biriyle yapılmış ise -bu alacak hâlihazırda yer aldığı pasif hesabından çıkartılacağı için- bu alacaklıya olan borcun, sözleşme öncesinde hangi pasif hesapta yer aldığı da dipnotta belirtilmelidir.

İhvas edilecek yeni bilanço kalemiyle, geçici bir çözüm olarak önerilen 499 nolu hesaptaki “Diğer” ibaresinden kaynaklanabilecek muğlaklık giderilecek, sözleşme yeknesak bir muhasebe yöntemiyle daha bilinir-tanır ve uygulanabilir hale gelecektir.

B. Sözleşmenin Borca Batıklığın Giderilmesi Amacıyla Kurulması

1- Genel Olarak

Sermaye benzeri kaynak temini için kurulan garameye iştirakten feragat sözleşmesi şirketin içinde bulunduğu mali duruma göre iki farklı amaçla akdedilebilir: Borca batıklığın giderilmesi amacıyla ve iflas erteleme sürecinde iyileştirmeye katkı yapması amacıyla. Bu kısımda sözleşmenin borca batıklığı gidermek amacıyla kurulması halinde bunun farklı süreçlerdeki görünümüne değinilecektir.¹⁹⁵

** Nitekim bankacılık uygulamasında gördüğümüz yıllık bilançonun pasifinde yer alan “Sermaye Benzeri Krediler” hesabı, garameye iştirakten feragat sözleşmesinin kurulmasıyla ortaya çıkacak olan sözleşmenin bilançoda nasıl gösterileceği sorununu çözmektedir.

¹⁹⁵ Sözleşmenin iyileştirmeye katkı yapması amacıyla iflas erteleme sürecinde kurulması hali ve sözleşmenin kurulduğu ana göre ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimaller bir sonraki başlık olan C. başlığında incelenecektir.

2- Sözleşmenin Kurulma Anına Göre Çeşitli İhtimaller

a. Sözleşmenin Mahkemeye Başvurmadan Kurulması

Bu ihtimal hem Bölüm II’de hem de bu bölümün başında ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

b. Mahkemeye İflas Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin kurulması

Şirket yönetim kurulu, iflas istemiyle mahkemeye başvurduktan sonra şirketin borca batıklığını giderecek miktarda sermaye benzeri kaynak bulursa, bu kaynak için sözleşmeyi akdederek mahkemeye başvuracaktır. Bundan sonraki süreç Bölüm III-A-2’deki gibi devam edecektir.

c. Mahkemenin İflas Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Mahkemenin iflas kararı vermesinden sonra garameye iştirakten feragat sözleşmesinin kurulması iflası önleme bakımından herhangi bir etkide bulunmayacaktır. Çünkü borca batıklığın tespiti ve buna bağlı olarak verilecek iflas veya iflasın ertelenmesi kararları aşamasında bu imkân kullanılmamıştır.¹⁹⁶ İflas kararının gereği uygulanacaktır.¹⁹⁷

d. İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalle ilgili ayrıntılı bilgi için Bölüm III’teki A-5’e bakınız.

¹⁹⁶ Kayar, **Sermaye Kaybı**, s. 655.

¹⁹⁷ İflasın kaldırılmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Bölüm III, A, 3.

e. Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalle ilgili ayrıntılı bilgi için Bölüm III'teki A-5'e bakınız.

C. Sözleşmenin İflas Erteleme Sürecinde İyileştirmeye Katkı Yapması Amacıyla Kurulması

1- Genel Olarak

İflas erteleme sürecindeki bir şirketin iyileştirme projesi kapsamında sermaye benzeri kaynak temin etme yoluna da başvurmasına TTK m. 377 bakımından bir engel yoktur.¹⁹⁸ Şirket, temin edeceği sermaye benzeri kaynak için garameye iştirakten feragat sözleşmesi akdederek bunu iyileştirme projesine dâhil edebilir. Bu aşamada sözleşme sadece iyileştirme projesinin bir parçasıdır. Dolayısıyla iflasın ertelenmesine ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecektir. Şirkete sermaye benzeri olarak getirilen kaynak, bilançoda pasif toplamına dâhil edilmeyecektir.

Mahkeme kararıyla iflas erteleme sürecine girmiş bir şirketin kurduğu sözleşmenin geçerliliğinin onayı için mahkeme tarafından yeniden bilirkişi atanmasına ihtiyaç yoktur.¹⁹⁹

2- Sözleşmenin Kurulması Anına Göre Çeşitli İhtimaller

a. Mahkemeye Başvurmadan Önce Sözleşmenin Kurulması

Şirket yönetim kurulu iflasın ertelenmesi istemiyle mahkemeye başvurmadan önce şirkete sermaye benzeri kaynak temin edebilir ve bu kaynak için garameye iştirakten feragat sözleşmesi kurarak sözleşmeyi iyileştirme projesine dâhil edebilir. Şirkete dışarıdan nakit girişi anlamına gelecek bu sözleşme iyileştirme projesi kapsamında sadece bir iyileştirme tedbiri olarak mahkemece dikkate alınacaktır.²⁰⁰

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, B, 1.

¹⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, A, 5.

²⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Bölüm III, B, 2, a.

b. İflas Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalle ilgili Bölüm III'teki B-2-b'yi inceleyiniz.

c. Mahkemenin İflas Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalle ilgili Bölüm III'teki B-2-c'yi inceleyiniz.

d. İflasın Ertelenmesi Talebiyle Başvurduktan Sonra Ancak Mahkeme Henüz Bir Karar Vermeden Önce Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalle ilgili Bölüm III'teki B-2-d'yi inceleyiniz.

e. Mahkemenin İflasın Ertelenmesi Kararı Vermesinden Sonra Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalle ilgili Bölüm III'teki B-2-e'yi inceleyini

SONUÇ

Ülkemizde 102 bin anonim ve yaklaşık 700 bin limited şirket bulunmaktadır. TOBB verilerine göre 2013 yılında 17.400, 2014 yılında 15.300 şirket iflas etmiştir. Öte yandan iflasın ertelenmesi imkânının kanunen tanındığı 2003 yılından bu yana iflas ertelemeye binlerce şirket başvurmuş bulunmaktadır.

Bu rakamlar göz önünde bulundurulduğunda, sermaye şirketlerinde borca batıklığı ve iflası önlemenin yanında şirket alacaklılarını ve piyasayı da koruyan bir fonksiyona sahip olan garameye iştirakten feragat sözleşmesinin hukuki mahiyetinin bilinmesi önem taşımaktadır. Bu sözleşme hem mevcut alacaklılarla ve iflas ertelenmenin bir alternatifi olarak hem de iflas erteleme sürecinde şirkete sermaye benzeri kaynak getirecek olanlarla ve iyileştirme projesinin bir parçası olarak uygulanabilir.

Borca batıklık, mali açıdan sermaye şirketlerinin başına gelebilecek en olumsuz haldir. Bunun için Kanun koyucu TTK m. 376/3 ile borca batıklık halinin giderilebileceği bir yöntem olarak “garameye iştirakten feragat sözleşmesi”ni öngörmüştür. Sözleşme, şirket ile şirketin borca batıklığını giderecek miktarda alacağa sahip şirket alacaklısı arasında kurulur. Bu yöntem, iflasın ertelenmesi, konkordato ve uzlaşma yöntemleri gibi şirketi iflastan kurtarma adına başvurabilecek hukuki imkanlardan biridir. Bu sözleşmeyle şirket, iflas veya iflasın ertelenmesi talebiyle mahkemeye başvurmak zorunda kalmamakta; mahkemeye sadece sözleşmenin kanuni geçerlilik şartlarının taşıdığı için bilirkişi atanması talebiyle başvurmaktadır. Sözleşmenin geçerli olarak kabul edilmesiyle de şirket borca batıklıktan çıkarak iflasını isteme yükümlülüğünden kurtulmaktadır.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesinin TTK m. 376/3 gereği borca batıklığı gidermek için kurulabilmesinin yanında iflas erteleme sürecinde bir iyileştirme projesi kalemi olarak uygulanabilmesi de mümkün olmalıdır. Bu aşamada sözleşme, iyileştirme projesinin bir parçası olma niteliğiyle yer alacak ve iflasın ertelenmesi sürecinin tabi olduğu kurallara bağlı olarak bir fonksiyon icra edecektir.

Bilanço hukuku açısından incelendiğinde sözleşmenin özellikle borca batıklık bilançosundan nasıl gösterileceğine dair Kanunda ve ilgili Muhasebe Standartlarında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu açıdan bilanço kalemlerine sözleşmenin de gösterilebileceği bir hesap kalemi eklenmediği takdirde sözleşme, “499. Diğer Uzun Vadeli Kaynaklar Hesabı”nda gösterilir. Ancak KGK’nın yapacağı bir düzenleme ile sözleşmenin yer alacağı bir hesap kaleminin ihdas edilmesi, sözleşmenin bilinirliğini ve uygulanabilirliğini artıracaktır.

Sermaye darlığı içinde bulunan ve bunun sonucunda borca batık hale gelmiş olan bir şirketin mali durumunu düzeltmesinin bir diğer yolu da sermaye benzeri kaynak temin ederek sermaye yapısını güçlendirmesidir. Özellikle bankacılık uygulamasında görülen sermaye benzeri kaynak temini için ise garameye iştirakten feragat sözleşmesinin kurulması mümkündür. Bu yöntemde şirkete sermaye benzeri kaynak getiren kişi ile şirket arasında iflas halinde sırada sona gitmeye yani garameye iştirak etmemeye yönelik bir sözleşme kurulmakta ve böylece şirket borca batıklıktan kurtulmaktadır. Şirkete getirilecek sermaye benzeri kaynak için kurulacak sözleşme, ayrıca iflas erteleme sürecinde bir iyileştirme projesi olarak uygulanabilecektir.

KAYNAKÇA

BASILI KAYNAKLAR

- AKYOL, Şener, (2008) *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*; Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ALBAYRAK, Hakan, (2007) *İflasın Kaldırılması*; Yetkin Yayınları, Ankara.
- ARZOVA, Sabri Burak/YAVAŞ, Murat/KÜÇÜK, Barış, (2014) *Hukuki ve Mali Yönden İflasın Erteleme ve Borca Batıklık Bilançosu*; Seçkin Yayınları, Ankara.
- ATALAY, Oğuz, (2006) *Borca Batıklık ve İflasın Erteleme*; Güncel Hukuk Yayınları, İzmir. (Atalay, **Borca Batıklık**)
- ATALAY, Oğuz, (1996) *Anonim Şirketlerin İflası*; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir. (Atalay, **İflas**)
- AYDEMİR, Efrail/ÇAĞLAR, Türkan, (2010) *İflasın Erteleme ve Konkordato*; Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYDIN, Alihan, (2012) “*Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış*”; *İÜHFİM*, C: LXX, S: 2, s.101-114, İstanbul (Aydın, **Sermaye Kaybı**)
- BALCI, Şakir, (2010) *İflâsın Erteleme-Usul ve Esaslar*; Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara.
- BATTAL, Ahmet, (2011) “*Hukuki Yolun Yolsuzluğa Alet Edilmesine Örnek: Sorumluluktan Kaçmak İçin Sermaye Şirketi Kurmayı Tercih Etmek*”; *İş Ahlakı Dergisi*, C: 4, Sayı: 7, , s. 7-18. (Battal, Sermaye Şirketi)
- BATTAL, Ahmet, (2012) “*Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi*” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2. (Battal, **Sorumluluk**)
- BERKİN, Necmeddin M., (1970) *İflas Hukuku*; İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul.
- BİLGİN, Mahmut, (2012) *İflâs, İflâsın Erteleme, Konkordato Yargılama Usulü*; Adalet Yayınevi, Ankara.

- BİLGİN, Mahmut, (2011) *İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli*; Adalet Yayınevi, Ankara.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer/ÇAPA/M. Sadık, (2014) “Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak ‘Sıradan Çekilme Anlaşması’”; *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 1, s. 77-118.
- ÇİLLER, Tansu/ÇİZAKÇA, Murat, (1989) *Türk Finans Kesiminde Sorunlar ve Reform Önerileri*; İstanbul Sanayi Odası Yayını, No: 1989/7, İstanbul.
- ÇİZAKÇA, Murat, (1993) *Risk Sermayesi Özel Finans Kurumları ve Para Vakıfları*; İSAV Yayınları, İstanbul.
- DELİDUMAN, Seyithan, (2002) *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması*; Seçkin Yayınları, Ankara.
- DUMANOĞLU, Sezayi, (2011) *İflasın Ertelenmesi, Borca Batıklık ve İyileştirme Projeleri*; Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul.
- EREN, Fikret (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*; Yetkin Yayınlar, 15. Bası, Ankara.
- ERMENEK, İbrahim, (2010) *İflasın Ertelenmesi*; Adalet Yayınları, 2. Bası, Ankara.
- İPEKTEN, O. Berna, (2006) “Risk Sermayesi Finansman Modeli”; *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 7, S. 1.
- İŞERİ, Müge, (2001) *Risk Sermayesi ve Türkiye’deki Geleceği*; Türkmen Kitabevi, İstanbul.
- KARASIOĞLU, Fehmi/DUMAN, Haluk (2006) “Gelişmekte Olan Ülkelerde Girişimcilik Kültürü ve Risk Sermayesi Üzerine Bir İnceleme”; Uluslararası Girişimcilik Kongresi, *Kırgızistan-Türkiye Manas Üniversitesi Yayınları*, Bişkek.
- KARAYALÇIN, Yaşar, (1988) *Muhasebe Hukuku*; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- KAYAR, İsmail, (2012) “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2 Özel Sayı, s.643-658. (Kayar, **Sermaye Kaybı**).

- KAYAR, İsmail, (1997) *Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*; Mimoza Yayınları, Konya. (Kayar, **Mali Durumun Bozulması**)
- KAYGUSUZ, Sait Y./ASLAN, Ümmühan/KEPÇE, Nazlı, (2004) *Genel Muhasebe-I*; Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Yayınları, 3. Bası, Eskişehir.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*; Turhan Yayınları, 17. Bası, Ankara.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, (2013) *Anonim Şirketler Hukuku*; Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI, Abdülkadir), (2010) *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*; Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul. (Kocayusufpaşaoğlu)
- KUMKALE, Rüknettin, (2014) *Tekdüzen Hesap Planı*; Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara.
- KUMKALE, Rüknettin, (2014) *Hukukçular İçin Muhasebe Bilgileri*; Seçkin Yayınları, 4. Bası, Ankara.
- KURU, Baki, (2006) “Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası”; *Makaleler*, Arıkan Yayınları, İstanbul, s. 825-839. (Kuru, **Sermaye Şirketlerinin İflası**)
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, (2014) *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, 28. Bası, Ankara.
- MUŞUL, Timuçin, (2010) *İflasın Ertelenmesi*; 12 Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*; Vedat Kitapçılık, 10. Bası, Cilt: 2, İstanbul.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, (2014) *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*; Yetkin Yayınları, Ankara. (Yazar, **İflas Ders Kitabı**)
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, (2011) *Medeni Usul Hukuku*; Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, (2005) *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*; Arıkan Yayınları, 10. Bası, İstanbul. (Yazar, **Ortaklıklar ve Kooperatif**, Tekinalp/Çamoğlu).

- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, (2014) *Ortaklıklar Hukuku-I*; Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul. (Yazar, Tekinalp/Çamoğlu)
- PULAŞLI, Hasan, (2014) *Şirketler Hukuku Şerhi*; Adalet Yayınevi, 2. Bası, 1. ve 2. Cilt, Ankara.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet, (2011) *İflas Sebepleri*; Adalet Yayınevi, Ankara.
- SİRMEN, Lale, (1992) *Türk Özel Hukukunda Şart*; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- SOYDEMİR, Selim, (1994) “Risk Sermayesi”; *Ekonomik Yaklaşım Dergisi*, C. 4, S. 11.
- SUMER, Haluk, (2013) “Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu”; *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 87, S: 2.
- TAŞ KORKMAZ, Hülya, (2010) *İflas Masası*; Yetkin Yayınları, Ankara.
- TEKİNALP, Ünal, (1970) *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*; İstanbul Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2. Bası, İstanbul. (Tekinalp, **Bilanço**)
- TEKİNALP, Ünal, (2015) *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*; Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul. (Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**)
- TEKİNAY, Selâhattin S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ, (1985) *Borçlar Hukuku*; 5. Bası, İstanbul. (Tekinay)
- TURANBOY, K. Nuri, (1988) *İbra Sözleşmesi*; Yetkin Yayınları, Ankara.
- TÜRK, Ahmet, (1999) “Anonim Ortaklıkta Mali Durumun İyileştirilmesi”; *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 1, S:1.
- TÜRK, Ahmet, (1999) *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları*; Nobel Yayınları, Ankara. (Türk)
- TÜRK, Ahmet, (2004) “Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler”; *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 6, S: 1. (Türk, **Öneriler**)
- YILMAZ, Berna Burcu, (2009) *İflâsın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirilmesi*; TÜRMOB Yayınları, Ankara.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, (2013) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*; Turhan Kitabevi Yayınları, 13. Bası, Ankara.

İNTERNET KAYNAKLARI

- AYDEMİR, Oğuzhan, (2005) *Teknoparklar ve Risk Sermayesi Finansmanı: ODTÜ-Teknokent ve Ankara Cyberpark İşletmelerinde Bir Uygulama*; Doktora Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyon Kocatepe Üniversitesi Açık Erişim Sistemi Web Sitesi, (Erişim Tarihi: 04.05.2015).
- BEŞKARDEŞLER, Halil, (2010) *Türkiye ve Dünyada Risk Sermayesi*; Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Web Sitesi, http://sites.khas.edu.tr/tez/halilbeskardesler_izinli.pdf, (Erişim Tarihi: 10.03.2015).
- Bağımsız Denetim Standardı (BDS 570), No: 25, KGK Web Sitesi, (Erişim Tarihi: 17.02.2014).
- TBMM Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, TBMM Web Sitesi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (TBMM Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu), (Erişim Tarihi: 12.11.2014).
- Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, SPK Web Sitesi, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları-6, <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=71&fn=71.pdf&submenuheader=null>, (Erişim Tarihi: 10.03.2015).
- Raf Temizliği-Çözümlemede Türkiye Deneyimi TMSF Web Sitesi, e-Sözlük, <http://www.raftemizligi.com/E-Sozluk/?Sayfa=Oku&sayfa=10>, (Erişim Tarihi: 09.03.2014).
- Finans Gündem Web Sitesi, Denizbank Sermaye Benzeri Kredi Sağladı, <http://www.finansgundem.com/bankacilik/denizbank-sermaye-benzeri-kredi-sagladi-589622.htm>, (Erişim Tarihi: 09.03.2015).
- Hürriyet Gazetesi Web Sitesi, Bank Asya'ya 'sermaye benzeri' Kredi, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/22894399.asp>, (Erişim Tarihi: 09.03.2015).

Doğan Haber Ajansı Web Sitesi, Şekerbank'a 10 Yıl Vadeli Sermaye Benzeri Kredi,
[http://www.dha.com.tr/sekerbanka-10-yil-vadeli-sermaye-benzeri
kredi_565991.html](http://www.dha.com.tr/sekerbanka-10-yil-vadeli-sermaye-benzeri-kredi_565991.html), (Erişim Tarihi: 09.03.2015).

Türk Dil Kurumu Web Sitesi: Güncel Türkçe Sözlük, Yazım Kılavuzu ve Kurallar,
www.tdk.gov.tr, (Erişim Tarihi: 10.10.2014).