

RECENT DEVELOPMENTS IN CAPITAL LOSS AND OVER-INDEBTEDNESS

SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK KONULARINDA GÜNCEL GELİŞMELER

--

KEREMCAN ZAİM
YİĞİT AKSOY
İBRAHİM BERAT AYYILDIZ

ABSTRACT

The Communiqué on Procedures and Principles on Enforcement of Article 376 of the Turkish Commercial Code numbered 6102 , published on September 15, 2018 , regulates the procedures and principles applicable to capital loss or over-indebtedness under the subject law article, and the Communiqué Amending the Communiqué on Procedures and Principles on Enforcement of Article 376 of the Turkish Commercial Code numbered 6102 makes some amendments in the aforesaid procedures and principles particularly as to which conditions may be applied in the case of technical bankruptcy of companies in law practice and to which extent. This paper aims to explain and scrutinize said amendments.

ÖZET

15 Eylül 2018 tarihinde yayınlanan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ ile ilgili madde kapsamında sermayenin kaybı veya borca batık olma durumlarında uyulacak usul ve esasları düzenlenmiş olup 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile bu usul ve esaslarda özellikle uygulama şirketlerin teknik iflas durumu karşısında hangi koşullara ne ölçüde başvurabileceğine ilişkin birtakım değişikliklere gidilmiştir. Bu çalışmada söz konusu değişikliklerin açıklanması amaçlanmıştır.



KEYWORDS

TURKISH COMMERCIAL
CODE NUMBERED 6102,
OVER-INDEBTEDNESS, LEGAL
RESERVE FUNDS, CAPITAL
DECREASE AND INCREASE,
CAPITAL LOSS, TECHNICAL
BANKRUPTCY, COMMUNIQUE ON
TCC ARTICLE 376.



ANAHTAR KELİMELER

6102 SAYILI TÜRK TİCARET
KANUNU, BORCA BATIKLIK, KANUNİ
YEDEK AKÇE, SERMAYE AZALTIMI
VE ARTIRIMI, SERMAYE KAYBI,
TEKNİK İFLAS, TTK 376 HAKKINDA
TEBLİĞ.

PART 13

The Communiqué on Procedures and Principles on Enforcement of Article 376 of the Turkish Commercial Code numbered 6102 (“Governing Communiqué” or “GC”), published in the Official Gazette on September 15, 2018, effective immediately, aims to regulate procedures and principles applicable on capital loss and over-indebtedness of stock corporations.

Sermaye şirketlerinin sermaye kaybı ve borca batıklıkları durumlarında uygulanacak usul ve esasların düzenlenmesi amacıyla 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376’ncı maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (“Uygulama Tebliğ” ya da “UT”) 15.09.2018 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

I. INTRODUCTION

The Communiqué on Procedures and Principles on Enforcement of Article 376 of the Turkish Commercial Code numbered 6102¹ (“Governing Communiqué” or “GC”), published in the Official Gazette on September 15, 2018,² effective immediately, aims to regulate procedures and principles applicable on capital loss and over-indebtedness of stock corporations. Later, the Communiqué Amending the Communiqué on Procedures and Principles on Enforcement of Article 376 of the Turkish Commercial Code numbered 6102³ (“Amending Communiqué” or “AC”), published in the Official Gazette on December 26, 2020, effective immediately, has brought some amendments in GC. Mandatory measures required to be taken by companies in case of over-indebtedness are set down in third paragraph of Article 376 of the Turkish Commercial Code (“TCC”), also known and termed as technical bankruptcy in practice. First two paragraphs of Article 376 of TCC regulate the measures required to be taken in the cases of capital loss not so dire as over-indebtedness. Relevant provision has received affirmative reactions from legal doctrine as it increases the protected value of a company and this in turn forces companies to seek more early solutions in case of financial troubles⁴. First, it is required to explain the concept of “protected value”. Protected value covers all of such assets the

I. GİRİŞ

Sermaye şirketlerinin sermaye kaybı ve borca batıklıkları durumlarında uygulanacak usul ve esasların düzenlenmesi amacıyla 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun¹ 376’ncı maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ² (“Uygulama Tebliğ” ya da “UT”) 15.09.2018 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir. UT’de birtakım değişiklikler öngören 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376’ncı maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde³ (“Değişiklik Tebliğ” ya da “DT”) ise 26 Aralık 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Uygulamada teknik iflas olarak da bilinen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (“TTK”) 376. maddesinin üçüncü fıkrası, borca batık olma hallerinde şirketlerin alması gereken zorunlu önlemleri düzenlemektedir. TTK 376’nın ilk iki fıkrası sermaye kaybının borca batıklık düzeyine erişmediği hallerle ilişkin düzenlemeler öngörmüştür. İlgili düzenlemeyle korunan değer artırılması ve bunun da mali durumun bozulduğu hallerde şirketlerin daha erken önlem almalarını sağlaması sebebiyle doktrinde olumlu eleştiriler almıştır⁴. Öncelikle korunan



loss of which has some certain repercussions as specified in TCC Article 376. In fact, both the general assembly (“GA”) and the board of directors (“BoD”) are forced to take some legal actions upon loss of these assets. TCC Article 519 holds the companies liable to set aside legal reserve fund. Moreover, it is dictated by paragraph 3 of Article 519 of TCC that unless and until it exceeds half of capital or issued capital, the legal reserve fund can be used only to cover and offset losses, or in cases of bottleneck, to take measures fit for survival of company or prevention of unemployment or alleviation of its consequences. This means to say that legal reserve funds, in principle, cannot be employed for distribution of profit or for any motives other than the purposes clearly inscribed in law, and are legally blocked. That is why due to the ban on their distribution, legal reserve funds have the same value for a company with its share capital. As a natural result of this reasoning, aside from its capital, its legally protected, retained and non-distributable assets must also be taken into consideration in deciding and determining the extent of capital loss or over-indebtedness of a company. While the Commercial Code numbered 6762 (“oCC”) was in force, only capital loss was considered and had some consequences. The inexactness of said provision of oCC may be seen obviously when it is taken into consideration that the ratio legis underlying the protected value concept is basi-

değerin ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Korunan değerden maksat TTK 376’nın kaybına sonuç bağladığı unsurların tümüdür. Öyle ki bu unsurların yitimiyle gerek YK gerekse de GK birtakım aksiyonlara zorlanmaktadır. TTK 519’da kanuni yedek akçelerin ayrılmasının zorunluluğu öngörülmüştür. Ayrıca, TTK 519/3’e göre, kanuni yedek akçe; sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir. Buna göre kanuni yedek akçeler kural olarak kar dağıtımında ya da kanunda sayılı amaçlar dışında kullanılamaz, kanunen blokedir. Dağıtım yasaklı kanuni yedek akçeler de, bir şirket için sermayeyle aynı kıymettedir. Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak da bir şirketin borca batıklığını ya da sermaye kaybının ölçüsünü belirlemek için sermayenin yanında kanunen korunmuş, dağıtılamayan kalemler de dikkate alınmalıdır. 6762 sayılı Ticaret Kanunu (“eTK”) döneminde sadece sermaye kaybına sonuç bağlanmıştır. Korunan değer altında yatan ratio legis’in şirketin barındırması gereken maddi unsurların yasaca korunması gerektiği ve sadece sermayenin değil ayrıca yedek akçelerin

FOOTNOTE

¹ 14.02.2011 dated, 27846 numbered Resmi Gazete (RG).

² 15.09.2018 dated, 30536 numbered Resmi Gazete (RG).

³ 26.12.2020 dated, 31346 numbered Resmi Gazete (RG).

⁴ Ahmet Türk, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları”, D.E.Ü. Faculty of Law Journal 2015, V. 17, E. 2, p. 63-112, p. 65; 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 Symposium, Marmara University Faculty of Law Legal Studies Journal Special Edition, p. 643-658, p. 643, 646. For a general critique of this mindset: Tolga Ayoğlu “TTK M. 376 F. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, Legal Law Journal, V. 15, E. 172, 2017, p. 1581-1604, p. 1583 ff., especially p. 1595-1601; qtd. in Emek Toraman Çolgar, TTK m. 376/2 Hükümü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması, İstanbul 2021 p.7.

DİPNOT

¹ 14.02.2011 tarih, 27846 sayılı Resmi Gazete (RG).

² 15.09.2018 tarih, 30536 sayılı Resmi Gazete (RG).

³ 26.12.2020 tarih, 31346 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁴ Emek Toraman Çolgar, TTK m. 376/2 Hükümü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması, İstanbul 2021 s. 7’den naklen, Ahmet Türk, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 17, S. 2, s. 63-112, s. 65; 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, s. 643-658, s. 643, 646. Bu tercihin genel bir eleştirisi için bkz. Tolga Ayoğlu “TTK M. 376 F. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 172, 2017, s. 1581-1604, s. 1583 vd., özellikle s. 1595-1601.

PART 13

cally that all of the pecuniary assets required to be kept by the company must also be protected legally, and not only the capital, but also the legal reserve funds are legally mandatory. At this point, it is also argued that capital loss ratios may be calculated more than actual ratios by also including therein the legal reserve funds which are already set aside for covering and offsetting the losses of companies⁵. And as a result of this argument, it is stated that companies are put in a disadvantageous position in terms of calculation of financial situation. However, in our opinion, to force the companies for early measures bears significant importance especially in regards to fragile economies. In this context, TCC's addition of legal reserve funds to the calculation is apt. But discussions continue on. While some think that if a company acquires its own treasury stock under Article 520 of TCC, the reserve funds required to be set aside in the amount of cost of acquisition must also be included in the calculations under Article 376 of TCC, others believe that the reserve funds of Article 520 of TCC are excluded⁶. We believe that the spirit of law here is to increase protected value and to force companies to take early measures. Moreover, given that title lines of articles are also included in the text of law as per Article 1534 of TCC, it should be taken into consideration that the main heading of Article 520 of TCC is "legal reserve funds". Considering that the text of Article 376 of TCC mentions about "legal reserve funds", it will be inappropriate to confine this to "general legal reserve funds" regulated by Article 519 of TCC. The limitation of the definition of legal reserve fund given in GC may be eliminated by the hierarchy of norms argument. For these reasons, our opinion is that Article 520 of TCC must also be included in the calculations under TCC 376. AC,

de yasaca zorunlu tutulduğu göz önüne alındığında eTK'nın düzenlemesindeki isabetsizlik görülebilecektir. Burada şirketlerin zaten zarar gidermeye yönelik ayrılmış kanuni yedek akçenin de hesaba katılarak sermaye kayıp oranlarının aktüelinden daha fazla hesaplanabileceğine yönelik itirazlar gelmektedir⁵. Bu itirazın sonucu olarak da şirketlerin mali durum hesabı bakımından dezavantajlı duruma düşürüldüğü savunulmaktadır. Ancak, bizce şirketlerin erkenden önlem almaya zorlanması özellikle kırılğan ekonomiler bakımından önem taşımaktadır. Bu bağlamda TTK'nın kanuni yedek akçe ilavesi yerindedir. Ancak tartışmalar burada bitmemektedir. Bir görüşe göre TTK 520 kapsamında şirketin kendi payını iktisap etmesi hâlinde; iktisap bedeli tutarında ayırması gereken yedek akçeleri de TTK 376 hesaplarında dikkate almak gerekirken, bir görüş ise TTK 520 yedek akçesini dışlamaktadır⁶. Kanunun ruhunun, korunan değeri artırmak ve şirketleri erkenden önlem almaya itmek olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca TTK 1534 gereği madde kenar başlıkları da kanun metnine dahil olduğundan TTK 520'nin üst başlığının kanuni yedek akçe olduğuna da önem verilmelidir. TTK 376. metninde "kanuni yedek akçe" yazdığına göre bunu TTK 519'da düzenlenen "genel kanuni yedek akçe"ye hasretmek isabetli olmayacaktır. UT'de verilen kanuni yedek akçe tanımının TTK 519'la sınırlanması ise normlar hiyerarşisi argümanı ile bertaraf edilebilecektir. Bu sebeplerle TTK 520'nin de TTK 376 hesabına katılması gerektiğini düşünüyoruz. DT; sermaye

on the other hand, brings significant changes regarding the economic hardships that a stock corporation might encounter, and some of these changes aim just to explain and clarify GC, but some are expected to create material novelty in practice.

In this paper, capital loss and over-indebtedness concepts will be briefly explained, and then, the novelties brought by AC in regard to the actions required to be taken by stock corporations in such situations will be discussed.

II. CONCEPTS OF CAPITAL LOSS AND OVER-INDEBTEDNESS

A. Concept of Capital Loss

Concept of capital means share capital in share capital system, while it means issued capital in authorised (registered) capital system⁷.

TCC 376 makes a dichotomy based on the extent of the company's capital being unrequited or unreciprocated. Accordingly, 1st paragraph of TCC 376 is enforceable if and when at least half of capital plus reserve funds is unrequited due to losses incurred by the company, while 2nd paragraph of TCC 376 becomes functional only if and when the portion of capital unrequited due to losses is equal to or more than two-thirds of the sum of capital and reserve funds⁸.

B. Concept of Over-indebtedness

Over-indebtedness occurs only if and when total assets of a company are less than its total liabilities. In the preamble of TCC 376, the concept of over-indebtedness is described as the inability of a debtor to pay back its loans owed to its creditors, or in other words, as the company's asset deficiency wherein its liabilities exceeds its assets⁹.

III. AMENDMENTS MADE IN REGARDS TO CAPITAL LOSS AND OVER-INDEBTEDNESS

A. On Capital Loss

The capital's being unrequited or unreciprocated, means that all of the accumulated

şirketlerinin karşılaşılabileceği ekonomik zorluklara ilişkin önemli değişiklikler getirmekte olup, getirdiği değişikliklerin bir kısmı UT'yi açıklama vasfı taşıırken diğer kısmı ise uygulamada önemli yenilikler meydana getirecek niteliktedir.

İşbu çalışmada, sermaye kaybı ve borca batıklık kavramlarına kısaca değinilerek DT ile bu sermaye şirketlerinin bu durumlarda yapması gerekenlere ilişkin getirilen yenilikler üzerinde durulacaktır.

II. BORCA BATIKLIK VE SERMAYE KAYBI KAVRAMLARI

A. Sermaye Kaybı Kavramı

Sermaye kavramı; esas sermaye sisteminde esas sermayeyi, kayıtlı sermaye sisteminde ise çıkarılmış sermayeyi ifade etmektedir⁷.

TTK madde 376 karşılıksız kalma anlamında ikili ayrıma gitmiştir. TTK 376/1 sermaye ile yedek akçe toplamının en az yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı durumda işlerlik kazanacakken TTK 376/2 zarar sebebiyle karşılıksız kalmanın üçte iki veya daha fazla olduğu durumlarda gündeme gelecektir⁸.

B. Borca Batıklık Kavramı

Borca batıklık durumu; şirketin aktiflerinin, toplam değerinin pasiflerinin toplam değerinin altında olmasıdır. TTK 376 gerekçesinde borca batıklık kavramının, alacaklıların, alacaklarını alamamalarını, diğer bir ifade ile şirketin aktiflerinin pasiflerini karşılayamamasını belirttiği ifade edilmektedir⁹.

III. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK KONULARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. Sermaye Kaybı Bakımından

Karşılıksız kalma, geçmiş tüm zararların korunan değeri tüketmesi anlamına

FOOTNOTE

5 Ayoğlu, p. 1597.

6 Toraman Çolgar, p. 6,7.

7 Toraman Çolgar, p. 5.

8 Ezgi Öztürk, Sermaye Şirketlerinde Sermaye Kaybı, Borca Batıklık ve Teknik İflasın Sonuçları ile Alınabilecek İyileştirici Önlemler Kapsamında Mali Tablo Analizi, İstanbul 2019.

9 Toraman Çolgar p. 3.



DİPNOT

5 Ayoğlu, s. 1597.

6 Toraman Çolgar, s. 6,7.

7 Toraman Çolgar, s. 5.

8 Ezgi Öztürk, Sermaye Şirketlerinde Sermaye Kaybı, Borca Batıklık ve Teknik İflasın Sonuçları ile Alınabilecek İyileştirici Önlemler Kapsamında Mali Tablo Analizi, İstanbul 2019.

9 Toraman Çolgar s. 3.

PART 13

losses of past years have already finished the protected value¹⁰. Capital loss, on the other hand, is to be calculated in line with accounting principles. In the light of the equation of “assets = liabilities + capital”, the real capital of a company will be calculated by subtracting liabilities from assets. If this sum is less than the amount of capital plus legal reserve funds of the company, then, there is unrequited capital and capital loss. The various discussions on calculation, albeit there were already plenty, were further boosted by the definition in given in AC: “Loss being equal or more than two thirds of the sum of capital and legal reserve funds.” The first capital loss scenario regulated by GC, i.e. “at least half of the sum of capital and legal reserve funds being unrequited”, was changed by AC by addition of the term “due to loss” under the heading of GC. Accordingly, the second capital loss scenario, being originally as “at least two thirds of the sum of capital and legal reserve funds being unrequited due to loss”, was changed by AC to “the portion of capital unrequited due to losses is equal to or more than two-thirds of the sum of capital and reserve funds”. Considering that what is important is whether the loss is remedied and recovered or not, rather than its amount, the basis here should have been whether the accumulated loss had already spent the capital or not, rather than taking the sheer amount of loss into consideration¹¹. Anyhow, based on the definition given in the law, it will be plausible to overcome the definition made in AC. TCC 376 sets down the consequences of the unrequited capital to the extent and level thereof. By AC, the scope of exceptions on calculations which were originally regulated only as foreign exchange losses has been expanded, and it is stipulated that half of the total sum of leasing expenses, depreciations and personnel expenses accrued in the years 2020 and 2021 may be disregarded in loss calculation. Through amendments made in Temporary Article 1 of GC pertaining to foreign exchange losses, until 01/01/2023, in calculations made in respect of capital loss or unrequited capital under Article 376 of the Turkish Commercial Code, in addition to the provision allowing the exclusion of the full amount of foreign exchange losses arising out of debts and liabilities in foreign currency not repaid yet from the aforesaid calculations, it is also stated that half of the total sum of leasing expenses, depreciations and personnel expenses accrued in the years 2020 and 2021 may be disregarded in loss calculation, and that these amounts are required to be calculated in such manner to avoid any duplication, and that no reference will be made to these

gelir¹⁰. Sermaye kaybı ise muhasebe ilkelerine göre tespit edilecektir. “assets=liabilities + capital” olduğuna göre şirketin reel sermayesi pasiflerin aktiflerden çıkarılması ile tespit edilecektir. Bu tutarın, şirketin yazılı sermaye ve kanuni yedek akçe toplamından az olması durumunda karşılıksız kalma ve sermaye kaybı gündeme gelecektir. Burada gündeme gelebilecek çeşitli hesaplama tartışmaları DT’de karşılıksız kalma için getirilen şu tanımla daha da harlanmıştır: “Zararın, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisine eşit veya bu tutardan çok olması”. UT kapsamında düzenlenen sermaye kaybı hallerinden biri olan “sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının karşılıksız kalması” ile DT’de yer alan başlık altında UT’ye ek olarak “zarar sebebiyle” ibaresi eklenmiştir. Bu doğrultuda, UT kapsamında düzenlenen bir diğer sermaye kaybı hali olan “sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az 2/3’üne zarar sebebiyle karşılıksız kalması” durumu, DT ile birlikte zararın sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3’üne eşit veya bu tutardan çok olması hali olarak değiştirilmiştir. Burada zararın çokluğundan çok giderilip giderilmemesi önem taşıdığı için sırf zarar miktarı yerine zararın sermayeyi tüketmesi esas alınmalıydı¹¹. Herhalde kanuni tanımdan yola çıkılarak DT’de getirilen tanımın bertaraf edilmesi mümkün olabilecektir. Bu karşılıksız kalmaya TTK 376 karşılıksız kalmanın oranı ölçüsünde sonuç bağlamıştır. DT ile birlikte, sadece kur farkından doğan zararlar olarak düzenlenen hesaplamalara getirilen istisnalar genişletilerek 2020 ve 2021 yıllarında tahakkuk eden kiralamalardan kaynaklanan giderler, amortismanlar ve personel giderlerinin toplamının 1/2’sinin dikkate alınmayabileceğini düzenlenmektedir. UT’nin kur farklarından doğan zararlara ilişkin Geçici 1’inci Maddesinde değişiklik yapılarak 01.01.2023 tarihine kadar, TTK’nın 376’ncı Maddesi tahtında sermaye kaybı veya borca batık olma durumuna ilişkin yapılan hesaplamalarda, henüz gereği ifa edilmemiş yabancı para cinsi yükümlülüklerinden doğan kur farkı zararlarının tamamının dikkate alınmayabileceği düzenlemesine ek olarak 2020 ve 2021 yıllarına denk gelen kiralamalardan doğan giderler, amortismanlar ve personel giderlerinin toplamının

calculations in the financial statements issued pursuant to Article 13, but the calculations will only be shown in footnotes of financial statements for information purposes.

The common conclusion derived from here is that BoD should immediately convoke GA. If the unrequited capital is less than two thirds but more than half, BoD is required to present to GA the solutions and remedies deemed fit therein for. Examples of these solutions and remedies listed in Article 6 of GC optionally include, but are not limited to, making up the capital, increasing the capital, entirely shutting down some production units or downsizing the company in terms of business units, selling out the subsidiaries, or changing the marketing system. However, GA has full and ultimate discretion at this point, and may accept or reject the proposed solutions or remedies, or may totally adopt different solutions or remedies for the problem. It may therefore be easily said that the lawmaker has granted such a wide discretion to GA and has not stipulated any consequences for probable inaction of GA because this capital loss situation is seen by the lawmaker as a less serious problem in comparison to the capital’s being unrequited by more than two-thirds.

On the other hand, under TCC 376/2, the Rubicon will have been crossed if unrequited protected values reach or exceed the two thirds’ threshold. Again, BoD will immediately alarm and convoke GA. However, in this GA meeting some resolutions and actions are required to be taken or else the company will dissolve by operation of law. These actions are either to content itself with the remaining capital or to make up the capital. If neither of these decisions is taken, then the company will be automatically dissolved by operation of law. That is why TCC 376/2 is also termed and nicknamed as “technical bankruptcy” in practice. However, according to one mindset, this is erroneous¹². Under said mindset, it is argued that a company is adjudged bankrupt only if and when it becomes insolvent, i.e. enters into an asset deficiency, but under TCC 376/2, given that the company still protects and keeps in its possession at least one-third of its shareholders’ equity, this means that it is still solvent, and therefore, it cannot be adjudged bankrupt. However, in fact, bankruptcy is a legal proceeding which is targeted at all assets of the debtor in full. Neither the assets and liabilities balance nor the solvency of debtor is examined or taken into consideration in order to start bankruptcy proceedings or to adjudge the debtor bankrupt. Therefore,

yarısının hesaba katılmayabileceği ve bu tutarların belirlenmesinde mükerreklik oluşmayacak şekilde hesaplama yapılacağı ve yapılacak hesaplamalara ilişkin olarak 13’üncü Madde hükmü gereğince hazırlanan finansal tablolar da herhangi bir kayda yer verilmeyerek, bilgilendirme maksadıyla dipnotlarda gösterileceği belirtilmiştir.

Burada ortak sonuç ise GK’nın YK’ca hemen toplantıya çağırılmasıdır. Karşılıksız kalma yarısı aşkın ve fakat üçte ikiden az ise, YK uygun gördüğü iyileştirici önlemleri GK’ya sunar. Bu tür önlemler örnekleyici olarak UT’nin 6. Maddesinde; sermayenin tamamlanması, sermaye artırımına gidilmesi, bazı üretim birimlerinin tamamen kapatılması ya da şirketin birimleri bakımından küçülmeye gidilmesi, iştiraklerin satışı veya pazarlama sisteminde yapılacak değişiklik şeklinde opsiyonel olarak sıralanmıştır. Ancak GK burada tam ihtiyari yetkiye sahiptir, sunulan önlemleri kabul edebilir, reddedebilir ya da hepten başka önlemler benimseyebilir. Kanunun bu azalma durumunu üçte ikiyi aşkına oranla daha az ciddi görmesi sebebiyle böyle bir ihtiyarilik tanıdığı ve önlem alınmamasına sonuç bağlamadığı söylenebilecektir.

TTK 376/2 kapsamında, karşılıksız kalma üçte ikiyi veya daha fazlasını bulduğunda ise dönülmez aşkının ufkuna girilecektir. Yine YK bu durumu bildirerek derhal GK toplantı çağrısında bulunacaktır. Ancak bu GK toplantısında bazı kararlar alınmalıdır, aksi takdirde şirket infisah eder. Bu kararlar ise ya kalanla yetinme ya da sermaye tamamlanmasına gitmedir. Bu kararlardan ikisi de alınmazsa şirket kendiliğinden sona erecektir. Bu sebeple, TTK 376/2 hükmü teknik iflas maddesi olarak da anılmaktadır. Ancak bu kullanımın galat olduğunu ileri sürerler vardır¹². Bu görüş kapsamında, iflasın ödeme gücünün yitirildiği yani şirketin aktifinin pasifine yetmediği durumlarda gündeme geldiği, TTK 376/2 kapsamında ise özkaynağın üçte birinin halen mevcut olduğuna göre şirketin ödeme gücünün var olduğu ve bu varlık karşısında iflasın gündeme gelmeyeceği savunulmaktadır. Oysa iflas tüm malvarlığına yönelik, külli bir takip yoludur. İflas takibi açmak için ya da iflas kararı vermek için; aktif pasif durumu

FOOTNOTE

10 Toraman Çolgar p. 11.

11 Toraman Çolgar, p. 14.

12 Ayoğlu, p. 1585.

DİPNOT

10 Toraman Çolgar s. 11.

11 Toraman Çolgar, s. 14.

12 Ayoğlu, s. 1585.

PART 13

we believe that it is wrong to base the incorrectness of nicknaming of TCC 376/2 as “technical bankruptcy” upon the debtor’s solvency. But nevertheless, it is still faulty to term the provision of TCC 376/2 as “technical bankruptcy”, because bankruptcy is a legal concept describing a remedy and a way of liquidation. On the other hand, the bankruptcy proceedings do not come into play if and when the company is dissolved under TCC 376/2, whereupon some other specific liquidation proceedings detailed in TCC become enforceable. As it is unjustified to use a legally defined term irrelevantly, we find the definition of TCC 376/2 as technical bankruptcy wrong.

With AC, in terms of capital decrease that may be done if and when at least two thirds of the sum of legal reserve funds and capital is unrequited due to loss of the company, the fact that the remaining capital may even be less than one-third of capital before the loss has been clarified by replacement of the words “to content itself with one-third of capital” contained in the wording of said law article by the words “to content itself with the remaining capital”, as already understood and interpreted so by scholars in theory. In the same sense and likewise, it is clarified by AC that it is possible to content itself with the remaining capital and that its lower limit is the proviso of TCC 332.

B. On Over-indebtedness

According to Article 376/3 of the Turkish Commercial Code numbered 6102, if a company faces over-indebtedness, an interim balance sheet is required to be prepared and issued by its managerial body. This balance sheet will be issued on the continuity of company operations basis and on the basis of probable sale prices. If assets of the company are not adequate to pay back the outstanding claims of its creditors, then, the board of directors is required to file a petition for bankruptcy of the company to the Commercial Court of First Instance having jurisdiction in venue in the city of headquarters of the company. However, this process which is explained so in the relevant article of the law has been amended by the AC published and put into force as cited above.

AC has created a new opportunity that may be used by the board of directors in the case of over-indebtedness of the company before filing a petition for bankruptcy. Accord-

ya da borçlunun ödeme gücü dikkate alınmaz, incelenmez. Bu sebeple TTK 376/2 hükmüne teknik iflas denmesinin yanlışlığını ödeme gücüne dayandıran görüşü isabetsiz buluyoruz. Ancak yine de TTK 376/2’ye teknik iflas denmemelidir. Çünkü iflas terimi kanuni bir terimdir ve bir takip ve tasfiye yolunu ifade eder. TTK 376/2 kapsamında infisahta ise iflas yolu gündeme gelmez, TTK’da yer alan özgü tasfiye hükümleri gündeme gelir. Kanuni terimin yersiz kullanılması yanlış olduğundan TTK 376/2’ye yönelik teknik iflas tanımlamasını yanlış buluyoruz.

DT ile, sermaye ve kanuni yedek akçelerin toplamının en az 2/3’üne zarardan dolayı karşılığının olmaması durumu yapılabilecek sermaye azaltımı bakımından, kalan sermayenin meydana gelen kayıptan önce sermayenin 1/3’ünden daha az olabileceği hususu maddenin lafzında yer alan “sermayenin 1/3’ü ile yetinme” ifadesinin yerine “kalan sermayeyle yetinme” ibaresi kullanılmak suretiyle doktrinde daha önce de o şekilde anlaşılan durum yasal zemine kavuşmuştur. Yine aynı şekilde, kalan sermayeyle yetinmenin mümkün olduğu ve bunun alt limitinin TTK 332 olduğu DT ile birlikte açıklık kazanmıştır.

B. Borca Batıklık Bakımından

TTK 376/3’e göre şirketin borca batıklık koşullarının oluşmasına ilişkin bir durumun söz konusu olması halinde, şirketin yönetim organı tarafından ara bilanço çıkartılacaktır. Bu bilanço şirket devamlılığı esasına göre ve muhtemel satış fiyatları esas alınarak çıkartılacaktır. Şirketin aktifleri, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaz ise yönetim kurulu, ilgili şirket merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi’ne şirketin iflasını istemek üzere bildirimde bulunacaktır. Kanunun ilgili maddesinde açıklanan bu durum DT’nin yayımlanıp yürürlüğe girmesiyle birlikte değişikliğe uğramıştır.

DT ile birlikte borca batıklık halinde şirketin yönetim kurulu tarafından, öncelikle şirketin iflasının istenmesinden önce kullanılabilecek bir imkân meydana getirilmiştir. Bu doğrultuda, şirketin borca batıklığına karar verilmesi ve sermaye azaltımı, sermayenin tamamlanması veya sermayenin

ingly, it is possible to file an application to competent court for bankruptcy of the company only if and when it is duly determined that the company is really in over-indebtedness, and any one of the remedial measures, namely capital decrease, making up the capital or capital increase, is not taken. This means to say that only if the board of directors does not opt for any of the remedial measures envisaged in Article 7 of the AC, an application may be filed to the court. For this reason, a direct application to the court for bankruptcy of the company is not permitted.

It is understood that if it is opted to increase capital without decreasing capital first in proportion to losses sustained by the company, it is mandatory to pay, prior to registration of capital increase, an amount enough to ensure the maintenance in the shareholders’ equity of the company of at least half of total sum of legal reserve funds and to-be-registered capital. Moreover, AC allows the companies covered by TCC 376 to decide in the same general assembly meeting to freely and unconditionally increase the capital through full payment of capital subscriptions and later, to decrease the same as they wish. Additionally, together with the condition of the maintenance in the shareholders’ equity of the company of at least half of total sum of legal reserve funds and to-be-registered capital, it is stated that it may first be decided to increase capital by the required amount through full payment of capital subscriptions and to decrease the capital later on. Prior to AC and GC, it was generally accepted in legal theory¹³ that in the light of Article 376/2 of TCC, a company which has lost its capital cannot directly increase its capital without decreasing it first, and capital increase should be considered and treated as a prerequisite, because in Article 376/2 of TCC, the remedial measures which can be decided by the general assembly of shareholders in such a case were limitedly enumerated only as “making up capital” or “capital decrease”. However, this is changed to the detriment of the doctrine by GC. Accordingly, now it is possible to directly increase capital without first decreasing it in such manner to reduce the capital loss below the two-thirds’ threshold. As these new regulations set forth the opposite of the non-equitable prevalent mindset, which may create non-equitable outcomes, considering the capital decrease as a precondition before capital increase, more equitable outcomes are to be observed in practice due to GC and AC.

artırılması şeklinde yer alan iyileştirici önlemlerden birinin alınmaması varsayımında, şirketin iflası için mahkeme yolu açık olacaktır. Fakat yönetim kurulu tarafından DT’nin 7. maddesinde tanınan imkânların kullanılmaması halinde mahkemeye başvurulabilecektir. Bu sebeple doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak şirketin iflası istenemeyecektir.

Sermayenin uğradığı zarardan dolayı meydana gelen kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeksizin sermaye artırımına karar verilmesi halinde, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az 1/2’sinin şirketin öz sermayesinde korunmasını sağlayacak tutarın sermaye artırımı tescili öncesinde ödemesi zorunluluğunun düzenlendiği anlaşılmaktadır. DT ayrıca TTK 376 kapsamında bulunan şirketlerin aynı genel kurul toplantısında bedelleri tamamen ödemek üzere koşullar aranmaksızın sermayesini şirketin istediği gibi artırımına ve daha sonra azaltmasına imkân vermektedir. Ek olarak, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının öz sermaye içinde korunması zorunluluğu bulunması koşulu ile birlikte tamamen ödemesi suretiyle sermayenin gerekli miktarda artırılmasına ve daha sonra sermayenin azaltılmasına karar verilebileceği belirtilmiştir. UT ve DT’nin bu konudaki düzenlemelerinden önce ise TTK m. 376/2 hükmünde, genel kurulun karara bağlayabileceği iyileştirici önlemlerin sermayenin; “tamamlanması” veya “azaltılması” olmak üzere sınırlı sayıda gösterilmiş olması nedeniyle, TTK m. 376/2 bağlamında sermaye kaybı olan şirketlerin azaltım yapmadan doğrudan sermayelerini artıramayacakları, sermaye artırımının bir ön şart olarak değerlendirilmesi gerektiği öğretide genel olarak kabul edilmekteydi¹³. Ancak, UT ile bu durum öğreti aleyhine değiştirilmiştir. Buna göre sermaye kaybını üçte ikiden daha aşağıya indirecek nitelikte, doğrudan, azaltım yapmaksızın artırım yapmak mümkündür. Bu yeni düzenlemeler ile daha önceden sermaye azaltımını zorunlu gören ve hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratabilecek baskın görüşün aksi yönünde bir düzenleme getirmesi sebebiyle UT ve DT ile uygulamada daha adil sonuçlar gözlenebilecektir.

FOOTNOTE

¹³ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Edition, İstanbul 2020 N. 12-143. For a comprehensive analysis; İsmail Cem Soykan, Türk Ticaret Kanunu’na Gore Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019 p. 257-271; qtd. in Toraman Çolgar p. 3.

DİPNOT

¹³ Toraman Çolgar s. 3’ten naklen, Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2020 N. 12-143. Öğretideki görüşlerin kapsamlı analizi için bkz. İsmail Cem Soykan, Türk Ticaret Kanunu’na Gore Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019 s. 257-271.

PART 13

PANDEMIC, WHICH STARTED TO RAGE IN 2019 AND STILL IS RAGING, HAS SO FAR NEGATIVELY AFFECTED MANY ENTERPRISES' FINANCIAL STRUCTURES THROUGHOUT THE WORLD.

IV. CONCLUSION

Pandemic, which started to rage in 2019 and still is raging, has so far negatively affected many enterprises' financial structures throughout the world. With the pandemic, even if foreign exchange losses are disregarded, companies fail to get out of over-indebtedness. It is observed that companies are directly at the brink of bankruptcy, let alone insolvency and technical bankruptcy. In this sense, it is thought that new legislative instruments addressing these situations are required as well¹⁴.

Considering capital loss, over-indebtedness, and volatile exchange rates, and given that in our country, companies are rather frequently facing capital loss and over-indebtedness problems in the course of economic developments, significant revisions have been made by AC, and the phrase "half of the total sum of leasing expenses, depreciations and personnel expenses accrued in the years 2020 and 2021" has been added to the provision saying that exchange rate differences were not taken into consideration beforehand.

IV. SONUÇ

2019 yılı ile global etkileri olan ve ülkemizde de hala sürmekte olan pandemi sebebiyle birçok işletmenin finansal yapıları olumsuz yönde etkilendi. Pandemi ile birlikte kur farkı kaynaklı zararlar hesaba katılmasa bile borca batıklıktan kurtulamama durumu söz konusudur. Söz konusu olayda şirketlerin teknik iflas ve borç ödeyememe durumlarının meydana geldiği ve hatta doğrudan iflas aşamasına geldiği gözlenmektedir. Dolayısıyla bu konuların da dikkate alınacağı yeni hukuki düzenlemelere gereksinim duyulduğu düşünülmektedir¹⁴.

Sermaye kaybı ve borca batıklık, ekonomik olarak kurun sabit olmayışı ve ekonomik açıdan ülkemizde bulunan şirketlerimizin sermaye kaybı ve borca batıklık durumuyla oldukça sık karşılaştığından dolayı DT ile önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerden önce kur farklarının hesaba katılmadığına dair düzenlemeye, "2020 ve 2021 yıllarında tahakkuk eden kiralamalardan kaynaklanan giderler, amortismanlar ve personel giderlerinin toplamının yarısı" ifadesi de eklenmiştir.

These amendments and additions made by AC are important in the context of volatile exchange rates, and pandemic which has gravely deteriorated our national economy and has also made very negative effects on the financially distressing companies.

In conclusion, published AC brought new and developed suggestions and solutions to the table for companies experiencing capital loss or over-indebtedness problems, and various measures are envisaged for them to survive the economic hardships they experience and overcome the crisis with less damage.

DT ile yapılan bu değişiklikler ve eklenen hükümler hem kurun stabil olmaması hem de ülkemiz ekonomisini oldukça kötü etkileyen pandeminin şirketlere finansal açıdan fazlasıyla olumsuz etkilerinin olması bakımından önem teşkil etmektedir.

Sonuç olarak yayınlanan DT ile birlikte sermaye kaybı yaşayan veya borca batık olan şirketler nezdinde yeni ve gelişmiş öneriler getirilmiş olup, şirketlerin ekonomik açıdan yaşadıkları bu zor koşullardan çıkmaları veya durumu daha az hasarla atlattıkları için çeşitli tedbirler getirilmiştir.

2019 YILI İLE GLOBAL ETKİLERİ OLAN VE ÜLKEMİZDE DE HALA SÜRMEKTE OLAN PANDEMİ SEBEBİYLE BİRÇOK İŞLETMENİN FİNANSAL YAPILARI OLUMSUZ YÖNDE ETKİLENDİ.

BIBLIOGRAPHY

AHMET TÜRK, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 17, S. 2, p. 63-112.

EMEK TORAMAN ÇOLGAR, TTK m. 376/2 Hükümü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması, İstanbul.

EZGİ ÖZTÜRK, Sermaye Şirketlerinde Sermaye Kaybı, Borca Batıklık Ve Teknik İflasın Sonuçları İle Alınabilecek İyileştirici Önlemler Kapsamında Mali Tablo Analizi, İstanbul 2019.

İSMAIL CEM SOYKAN, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, p. 257-271.

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, p. 643-658.

TOLGA AYOĞLU "TTK M. 376 F. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 172, 2017, p. 1581-1604.

ÜNAL TEKİNALP, Sermaye Ortaklığının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2020.

YAVUZ AKBULAK, Anonim Şirketler Yönünden Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Hadiseleri, (Accessed on: 07.02.2022) <https://blog.lexpera.com.tr/anonim-sirketler-yonunden-sermaye-kaybi-ve-borca-batik-olma-hadiseleri/>.

KAYNAKÇA

AHMET TÜRK, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 17, S. 2, s. 63-112.

EMEK TORAMAN ÇOLGAR, TTK m. 376/2 Hükümü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması, İstanbul.

EZGİ ÖZTÜRK, Sermaye Şirketlerinde Sermaye Kaybı, Borca Batıklık Ve Teknik İflasın Sonuçları İle Alınabilecek İyileştirici Önlemler Kapsamında Mali Tablo Analizi, İstanbul 2019.

İSMAIL CEM SOYKAN, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 257-271.

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, s. 643-658.

TOLGA AYOĞLU "TTK M. 376 F. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 172, 2017, s. 1581-1604.

ÜNAL TEKİNALP, Sermaye Ortaklığının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2020.

YAVUZ AKBULAK, Anonim Şirketler Yönünden Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Hadiseleri, (Erişim: 07.02.2022) <https://blog.lexpera.com.tr/anonim-sirketler-yonunden-sermaye-kaybi-ve-borca-batik-olma-hadiseleri/>.

FOOTNOTE

¹⁴ Yavuz Akbulak, Anonim Şirketler Yönünden Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Hadiseleri <https://blog.lexpera.com.tr/anonim-sirketler-yonunden-sermaye-kaybi-ve-borca-batik-olma-hadiseleri/> (Access: 07.02.2022).

DİPNOT

¹⁴ Yavuz Akbulak, Anonim Şirketler Yönünden Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Hadiseleri.