

**SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA
YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI**

**Hülya YARICI
102615016**

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)**

Prof.Dr. Oğuz ATALAY

2006

**SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA
YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI**

**RESTRUCTURING OF CAPITAL COMPANIES AND COOPERATIVES
BY CONCILIATION**

**Hülya YARICI
102615016**

Prof. Dr. Oğuz ATALAY :

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ :

Yrd. Doç. Dr. Leyla KESER BERBER :

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı : 213

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

1) Yeniden Yapılandırma

1) Restructuring

2) Uzlaşma

2) Conciliation

3) İflasın Ertelenmesi

3) Postponement of Bankruptcy

4) Konkordato

4) Concordat

5) ABD Yeniden Yapılandırma Usulü 5) US Reorganization Method

ÖZET

Mali güçlük yaşayan, fakat yaşama kabiliyeti olan işletmelerin, iflas ile alacaklılarına devri gerçekleşmeyen işleyen teşebbüs değerinin muhafaza edilmesi ve bu işletmenin yaşatılmasının iflas etmesine kıyasla toplumsal menfaat açısından daha faydalı olacağı felsefesine dayanan yeniden yapılandırma kurumları, modern iflas hukuku sistemlerine dahil edilmiştir.

Bu felsefeden hareketle, 5092 sayılı Kanun ile Türk İcra ve İflas Kanunu'na alınan "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması" kurumunun, yeniden yapılandırmanın felsefesine ve yeniden yapılandırma kurumları ile öngörülen amaçları gerçekleştirmeye ne derece uygun olduğunu tespit etmek amacıyla, hukukumuzdaki konkordato ve iflasın ertelenmesi kurumları ile ve esin kaynağı olan Amerika Yeniden Yapılandırma Usulü ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Sonuçta, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun, özellikle uzlaşma sürecinin mahkeme denetimi dışında cereyan etmesi, uzlaşmayı kolaylaştıracak imkanları içerisinde barındırmaması ve son derece teknik ve kapsamlı finansal analizleri gerektirecek olması nedeniyle, uygulamada kendisinden beklenen amacı gerçekleştiremeyeceği kanısına varılmıştır. Buna karşılık, mevcut konkordato kurumunun, ABD yeniden yapılandırma usulüne bir çok yönden daha fazla benzerlik gösterdiği ve konkordatonun sadece borçların yapılandırılması değil, işletmenin de yapılandırılmasına imkan tanıyacak tedbirleri içermesi, alacaklıların sınıflandırılmasına müsaade etmesi gibi bazı iyileştirmelerle bu amaca daha fazla hizmet edeceği ve bu nedenle de uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumuna ihtiyaç olmayacağı anlaşılmıştır. Ayrıca, bir sistem içerisinde birden fazla iyileştirme amaçlı kuruma yer verilmesinin de, gerek teori gerekse uygulama açısından karmaşıklıktan öte bir anlamı olmayacağı sonucuna varılmıştır.

ABSTRACT

Reorganization methods are incorporated into the modern systems of bankruptcy laws. These methods are building upon the philosophy, that the preservation of the going concern value of the companies not having been transferred to the creditors with liquidation, and that the survival of financially troubled companies nevertheless with a potential for revival is much more in coherence with public benefit in contrast to bankruptcy.

Initiated by this philosophy the institution “Restructuring Of Capital Companies And Cooperatives By Conciliation” enacted by the law 5092 which is embedded in the “Turkish Execution and Bankruptcy Code” is examined in comparison with the American Code of Reorganization, is the model of this institution and with the concordat and postponement of bankruptcy, whether it is in line with the above mentioned philosophy and whether it serves the aims envisaged.

Eventually the perception outweighed, that in the implementation phase the “reconstruction by conciliation” method will not serve the aims set by this new regulation, due to a high requirement of technical and complex financial analyses and lack of instruments to facilitate the conciliation, and due especially to the fact that the process of conciliation has to be proceeded out of jurisdiction. Indeed it could be realized, that the existent instrument of concordat, resembling to a much higher degree than the “reconstruction” method to the American way of reorganization in many regards, could be amended to the better by measures enabling the companies being reconstructed and to categorize the creditors, not only being restricted to the reconstruction of the debts. Furthermore it is argued, that the incorporation of more than one rehabilitation instrument into the same system, could pave the way for a mismatch in theory and as well as in practice.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	5
GİRİŞ.....	6
1. YENİDEN YAPILANDIRMANIN FELSEFESİ.....	8
2. YENİDEN YAPILANDIRMANIN TARİHİ GELİŞİMİ.....	12
BİRİNCİ BÖLÜM İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRMA VE KARŞILAŞTIRILMASI	21
1. SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLU İLE YENİDEN YAPILANDIRILMASI.....	21
1.1. GENEL OLARAK.....	21
1.2. YENİDEN YAPILANDIRMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	23
1.2.1. Maddi Hukuk Bakımından Hukuki Niteliği	23
1.2.1.a) Sözleşme görüşü.....	24
1.2.1.b) Mahkeme Hükmü Görüşü	25
1.2.1.c) Kanuni İşlem Görüşü.....	26
1.2.1.d) Konkordatonun Bir Türü Olduğu Görüşü.....	26
1.2.1.e) Görüşümüz.....	27
1.2.2. Usul Hukuku Bakımından Hukuki Niteliği.....	28
1.3. YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN HAZIRLANMASI VE İÇERİĞİ	31
1.3.1. Yeniden Yapılandırmaya Başvurmaya Yetkili Olanlar.....	31
1.3.2. Başvurma Koşulları	32
1.3.2.a) Ödeme Aczi (Ödeme Güçlüğü, Aciz Hali):.....	33
1.3.2.b) Borca Batıklık	33
1.3.2.c) Ödeme Aczi veya Borca Batıklığa Düşme Tehlikesinin Kuvvetle muhtemel Olması.....	34
1.3.3. Yetkili Ve Görevli Mahkeme.....	35
1.3.4. Yeniden Yapılandırma Projesinin Hazırlanması ve İçeriği.....	35
1.3.4.a) Projenin Alacaklılarla İlgili İçeriği	37
1.3.4.a.i) Projeden Etkilenen Alacaklıların Belirlenmesi.....	38
1.3.4.a.ii) Alacaklıların Sınıflandırılması	40
1.3.4.a.iii) Sınıflandırmaya Hakim Olan İlkeler	41
1.3.4.b) Projenin Borçlu İle İlgili Asgari İçeriği	43
1.3.4.c) Projenin Yeniden Yapılandırma Amacına Yönelik Olarak Öngördüğü Yöntemlere Ve Projenin Denetimine İlişkin İçeriği	47
1.3.5. Alacaklıların Bilgilendirilmesi	48
1.3.5.a) Bilgilendirme Usulü.....	48
1.3.5.b) Borçlunun Alacaklılarına Göndereceği Belgeler	49
1.3.5.b.i) Yeniden Yapılandırma Projesi.....	49
1.3.5.b.ii) Mali Durumu Gösterir Belgeler	50
1.3.5.b.iii) İflas Analiz Raporu.....	52
1.3.5.b.iv) Alacaklı Listesi ve Alacaklıların Ellerine Geçmesi Olası Miktar	53
1.3.5.b.v) İşletmeyi Finansal Zorluğa Düşüren Faktör ve Nedenleri Gösteren Açıklama	54
1.3.5.b.vi) Finansal Dar Boğazı Atlatmaya Yönelik Stratejiyi Gösteren Plan	54
1.3.5.b.vii) Projenin Uygulanmasına Yönelik Şartlar	54
1.3.5.b.viii) Gerekli Finansmanın Temin Edilebileceğine İlişkin Beklenti ve Öngörüler ile Şartları.....	55
1.3.5.b.ix) Borçlu Şirketin Vergisel Yükümlülükleri	55
1.3.5.b.x) Projenin Başarıya Ulaşmasını Engellemesi Muhtemel Ekonomik, Siyasi, Hukuki, Ticari Risk ve Engeller ile Vergisel Riskler ve Engeller.....	55
1.3.5.b.xi) Oylama Davetiyesi.....	56
1.4. PROJENİN ALACAKLILARLA MÜZAKERESİ VE OYLAMA	56
1.4.1. Projenin Müzakeresi ve Bilgilendirme	56
1.4.2. Oylama	57
1.4.2.a) Davet.....	58

1.4.2.b)	Oylama Davetiyesi.....	59
1.4.2.c)	Oylama Biçimi	61
1.4.2.c.i)	Oylama Toplantısı	61
1.4.2.c.ii)	Vekaleten Oy Kullanma	62
1.4.2.c.iii)	Posta Yoluyla Oy Kullanma	62
1.4.2.d)	Oylama Raporunun Hazırlanması.....	64
1.5.	TASDİK BAŞVURUSU, TASDİK İNCELEMESİ, KARAR VE SONUÇLARI	64
1.5.1.	Mahkemeye Yapılan Tasdik Başvurusu	64
1.5.1.a.i)	Yeniden Yapılandırma Projesi.....	65
1.5.1.a.ii)	Borçlunun Mali Durumunu Gösteren Belgeler.....	65
1.5.1.a.iii)	Projenin, Borçluyu Yeniden Ödeme Kabiliyetine Kavuşturacağını Gösteren Belgeler ve Finansal Analiz Raporu.....	65
1.5.1.a.iv)	Projeden Etkilenen ve Etkilenmeyen Tüm Alacaklılar ile Bunların Alacaklarını Gösteren Liste	67
1.5.1.a.v)	Müzakere Sürecini Tanımlayan Bilgilendirmenin İspatı.....	67
1.5.1.a.vi)	Projeden Etkilenip de Onay Veren Alacaklıların, Bu Beyanlarını İçeren, İmzası ve Tarihi Noterlikçe Onaylı Tutanaklar.....	67
1.5.1.a.vii)	Sayı Ve Meblağ İtibariyle Çoğunluk Koşulunun Gerçekleştiğini Gösteren Cetvel	68
1.5.1.a.viii)	Yargılama Giderlerinin Depo Edilmesi.....	69
1.5.2.	Tasdik İncelemesi Ve Karar	69
1.5.2.a)	Duruşma (Tasdik Duruşması) Günü Tayini.....	69
1.5.2.b)	Başvurunun İlanı ve Tebliği	70
1.5.2.c)	Ara Dönem Ve Ara Dönem Tedbirleri.....	71
1.5.2.c.i)	Ara Dönem Denetçisi Atanması.....	73
1.5.2.c.ii)	Diğer Tedbirler	76
1.5.2.c.iii)	Takiplerin Ve Bunlarla İlgili Davaların Durdurulması	79
1.5.2.d)	Mahkemece Başvurunun İncelenmesi ve Karar	90
1.5.2.d.i)	Tasdik Duruşması ve İtirazların İleri Sürülmesi.....	90
1.5.2.d.ii)	İtirazların İncelenmesi.....	92
1.5.2.d.iii)	Tasdik Kararı Verilebilmesinin Koşulları	96
1.5.2.d.iv)	Kararın Oluşturulması	98
1.5.3.	Tasdik Kararının Sonuç Ve Etkileri	99
1.5.3.a)	Tasdik Kararının Etkisinin Başlangıcı ve Ara Dönem Tedbirlerine Etkisi.....	99
1.5.3.b)	Tasdik Kararının Kesinleşmesinin Duran Takiplere, Davalara, Hacizlere ve ihtiyati Tedbir ile İhtiyati Haciz kararlarına Etkisi	101
1.5.3.c)	Proje Denetçisi Atanması.....	102
1.5.3.d)	Kararın İlanı.....	104
1.5.3.e)	Tasdik Kararının Borçlunun Taraf Olduğu Sözleşmelere Etkisi	104
1.5.3.f)	Tasdik Kararının Müşterek Borçlu ve Kefillere Etkisi	106
1.5.3.g)	Tasdik Kararının Bozulması Halinde Sonuç Ve Etkiler	108
1.5.4.	Tasdik Talebinin Reddi Kararının Sonuç ve Etkileri	109
1.5.5.	Karara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları	109
1.5.5.a)	Tasdik Talebinin Kabulü Halinde.....	110
1.5.5.b)	Mahkemenin Tasdik Talebini Reddi Halinde	111
1.6.	YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN FESHİ, TADİLİ VE İHLALİ	112
1.6.1.	Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırmanın Feshi	112
1.6.1.a)	Yeniden Yapılandırma Projesinin Bir Alacaklı İçin Feshi(İptali).....	113
1.6.1.b)	Yeniden Yapılandırmanın Tamamen (Tüm Alacaklılar İçin) Feshi	115
1.6.2.	Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Projesinin Tadili	120
1.6.3.	Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Projesinin İhlali ve Sonuçları	123
1.7.	DİĞER HÜKÜMLER	127
1.7.1.	Taraflara Tanınan Muafiyet ve İstisnalar	127
1.7.2.	Cezai Hükümler	128
1.8.	YENİDEN YAPILANDIRMANIN İFLASIN ERTELENMESİ VE KONKORDATO KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ	129

1.8.1.	İflasın Ertenilmesi ile İlişkisi	129
1.8.2.	Konkordato İle İlişkisi	131
2.	UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRMANIN KONKORDATO VE İFLASIN ERTELENMESİ KURUMLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI	132
2.1.	AMACI AÇISINDAN	132
2.1.1.	Konkordato İle Karşılaştırılması	132
2.1.2.	İflasın Ertenilmesi Kurumu İle Karşılaştırılması	133
2.2.	HUKUKİ NİTELİĞİ AÇISINDAN	135
2.2.1.	Konkordato İle Karşılaştırılması	135
2.2.2.	İflasın Ertenilmesi Kurumu İle Karşılaştırılması	137
2.3.	ETKİLERİ VE SONUÇLARI AÇISINDAN	140
2.3.1.	Konkordato ile Karşılaştırılması	140
2.3.1.a)	Tasdik Kararının Verilmesi, İlanı ve Kararın Etkilerinin Başlangıcı Bakımından	140
2.3.1.b)	Alacaklara Etkisi Bakımından	141
2.3.1.c)	Konkordato Kapsamı Dışı Kalan Borçlar İçin Borç Ödemeden Aciz Belgesi Düzenlenmemesi(İbra Etkisi) Açısından	144
2.3.1.d)	Hacizlere ve Takiplere Etkisi Bakımından	145
2.3.1.e)	Konkordato Dışı Vaatlere Etkisi Bakımından	147
2.3.1.f)	Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi Bakımından	148
2.3.1.g)	Denetçi Atanması Bakımından	149
2.3.1.h)	İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelere Etkisi Bakımından	149
2.3.2.	İflasın Ertenilmesi İle Karşılaştırılması	150
2.3.2.a)	İflasın Ertenilmesi Kararı, Kararın İlanı ve Etkilerinin Başlangıcı Bakımından	150
2.3.2.b)	Takiplerin Durması ve Takip Yasağı Bakımından	152
2.3.2.c)	Ertelemenin Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi Bakımından	154
2.3.2.d)	Diğer Etkileri Bakımından	155
2.3.2.e)	Muhafaza Tedbirleri Bakımından	156
2.3.2.f)	Kayım Atanması Bakımından	157
2.3.2.g)	Şirket veya Kooperatifin Yönetim Organlarının Tasarruf Yetkilerinin Kısıtlanması Bakımından	159
2.4.	MALİ GÜÇLÜK YAŞAYAN BORÇLU BAKIMINDAN, BU KURUMLARIN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARININ KARŞILAŞTIRILMASI	160
2.4.1.	Konkordato İle Karşılaştırılması	160
2.4.2.	İflasın Ertenilmesi ile Karşılaştırılması	163
	İKİNCİ BÖLÜM AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YENİDEN YAPILANDIRMA USULÜ VE TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI	165
1.	ABD İFLAS KANUNU(USA BANKRUPTCY CODE)	165
1.1.	AMERİKA FEDERAL İFLAS KANUNU'NUN 11.BÖLÜMÜ (CHAPTER 11) (1978 Reform Kanunu) 168	
1.1.1.	Genel Olarak	168
1.1.2.	11.Bölüm Usulüne Başvuru Koşulları	171
1.1.2.a)	Yeniden Yapılandırma/Örgütlenme Talebi	171
1.1.2.b)	Bölüm 11 prosedüründen Yararlanacak Borçlunun Niteliği	172
1.1.2.c)	Mevcut Durum Raporu(Beyanı) The Disclosure Statement	173
1.1.3.	11.Bölüm Usulüne Başvurunun Sonuçları ve Etkileri	173
1.1.3.a)	Debtor in Possession (Yedi Emin Borçlu Statüsü)	173
1.1.3.b)	Takip Yasağı (The Automatic Stay):	177
1.1.3.c)	Takip Yasağının İstisnaları	179
1.1.3.d)	Teminatlı Alacaklıların Durumu	181
1.1.3.e)	Alacak İddiaları	182
1.1.3.f)	Şirket Ortakları	183
1.1.3.g)	Alacaklılar Komitesi	183

1.1.3.h)	Kayım Atanması veya Seçilmesi.....	184
1.1.3.i)	Müfettişin Rolü	184
1.1.3.j)	Mahkeme Kayyımı- Komiseri veya İflas İdaresi Memuru (United States Trustee).....	185
1.1.3.k)	Nakit Teminatların (Cash Collateral) Kullanımı.....	186
1.1.3.l)	Rakip Prosedürler - Davalar	187
1.1.3.m)	İleri Sürülebilecek Talepler	187
1.1.3.n)	Executory Contracts And Leases(Vadesi Gelmemiş Veya Sürekli Edimler İçeren Sözleşmeler Ve Kira İlişkileri).....	188
1.1.3.o)	Talep Sonrası Finansmanı	190
1.1.4.	Yeniden Yapılandırma Planının Hazırlanması	191
1.1.4.a)	Planın Hazırlanma Süresi ve İçeriği	191
1.1.4.b)	Alacaklıların Sınıflandırılması	193
1.1.5.	Yeniden Yapılandırma Planının Oylanması Ve Kabulü.....	195
1.1.5.a)	Susturma Kuralı(Cram Down).....	198
1.1.5.b)	Planın Tasdiki İçin Alacaklıları Korumak Üzere Tesis Edilen Kriterler	199
1.1.6.	Planın Mahkemece Tasdikinin Etkileri ve Sonuçları.....	200
1.1.6.a)	Planın Tasdikinin İbra Etkisi (Discharge).....	202
1.1.6.b)	Planın Tasdiki Sonrası Yönetim.....	203
1.1.6.c)	Dönülebilen -Vazgeçilebilen Ödemeler Ve Devirler(Avoidable Transfers)	204
1.1.6.d)	Dönüştürme Veya Vazgeçme	204
1.1.6.e)	Tasdik Sonrası Plan Değişikliği.....	205
1.1.6.f)	Planın Tasdikinin Feshi-İptali.....	205
1.1.6.g)	Son Karar(Final Decree).....	205
1.2.	11.BÖLÜM USULÜNÜN BELİRGİN ÖZELLİKLERİ NEDENİYLE KARŞILAŞACAĞI TEMEL SORUNLAR VE BU SORUNLARI ÇÖZMEYE YÖNELİK İMKANLAR	206
2.	ABD YENİDEN YAPILANDIRMA USULÜ İLE UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRMA KURUMUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRILMASI.....	208
2.1.	YENİDEN YAPILANDIRMA BAŞVURUSU AÇISINDAN.....	209
2.2.	OTOMATİK TAKİP VE DAVA YASAĞI (MORATORYUM) AÇISINDAN	210
2.3.	TALEP SONRASI FİNANSMANININ TEMİNİ AÇISINDAN	212
2.4.	YENİDEN YAPILANDIRMA PLANININ ALACAKLILARCA KABULÜNÜ TEMİN EDECEK SUSTURMA KURALI AÇISINDAN	214
	SONUÇ.....	215
	KAYNAKÇA	220

KISALTMALAR

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
b	:Bent
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
dn.	:Dipnot
DIP	:Deptor In Possesion (Yediemin Borçlu)
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IMF	:International Monetary Found (Uluslararası Para Fonu)
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
İSO	:İstanbul Sanayi Odası
İTO	:İstanbul Ticaret Odası
KOBİ	:Küçük ve Orta Boy İşletmeler
m.	:Madde(Sadece m. var ise İcra İflas Kanunu'nun maddesi)
MK.	:Medeni Kanun
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SPK	:Sermaye Piyasası Kurumu
TBB	:Türkiye Bankalar Birliği
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
UST	:United States Trustee (İflas İdare Memuru)
USD	:United States Dolar(Amerikan Doları)
USC	:United States Code(Amerikan Kanunu)
yyy	:Yeniden Yapılandırma Yönetmeliği

GİRİŞ

Klasik iflas hukuku anlayışı, her ne kadar borçlu ile alacaklıların menfaatleri arasında bir denge kurmayı hedeflemiş ise de, bu dengenin çoğu zaman alacaklı lehine (borçlu aleyhine) kurulduğu bilinen bir gerçektir. Bunun temelinde, borçlunun ödeme güçlüğü içine düşmesinin çoğunlukla kendi yeteneksizliğinin bir sonucu olduğu düşüncesi yatmaktadır. Bu nedenle de ülkeler, hukuk sistemleri içinde düzenledikleri iflas kurumu ile borçluyu adeta cezalandırmaktadırlar.

Oysa ki, günümüzde borçlular, kendi yeteneksizliklerinden ziyade, modern ekonominin yarattığı mali krizler ve dalgalanmalar sonucunda ödeme güçlüğü içine düşmektedirler. Dolayısıyla bu gün kabul gören anlayış, borçlunun ödeme güçlüğü içine düşmesinin her zaman kendi yeteneksizliğinin bir sonucu olmadığıdır. Bu değişen anlayış kapsamında, iflas hukuku sistemlerinin borçluya bakışında da değişiklikler gerçekleşmiş olup, iflas ile borçluyu cezalandırmak düşüncesi yavaş yavaş ortadan kalkmıştır.

Ayrıca, son yıllarda, iflas kurumu ile sadece borçlunun değil, tüm toplumun da cezalandırılmış olduğu fikri yerleşmiştir. Zira, borçlu işletmenin iflası yoluyla tasfiyesi sonucunda, işletmenin işleyen teşebbüs değeri, yani aktif malvarlığı haricindeki gözle görülmeyen değerler alacaklılara devredilmediği gibi, tamamen yok olmakta ve bu kayıptan da en çok toplum zarar görmektedir. Sadece malvarlığından ibaret bir yapı olmayan işletmenin iflası neticesinde, o işletmenin çalışanları, müşteri çevresi ve tedarikçileri de zarar görmektedir. Bu zarar, sonuçta ülke ekonomisinde bir kayıp olarak ortaya çıkmakta ve toplumca paylaşılmaktadır.

Bu nedenle modern iflas hukuku sistemleri, ödeme güçlüğü yaşayan işletmelerin hemen iflası yerine, yaşama kabiliyeti olduğu takdirde, iflastan kurtarılarak ekonomik yaşamının devamına imkan sağlayacak bir takım kurumlar ihdas etmektedirler.

Ülkemizde de bu amaçla, özellikle en son yaşanan 2001 mali krizinin ardından, ödeme güçlüğü yaşayan işletmelerin, yaşama ümidi olduğu takdirde yaşatılmasına imkan sağlayacak bir takım kurumlar İcra ve İflas Kanunumuza dahil edildiği gibi, mevcut bir takım kurumlarda da bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle İstanbul Yaklaşımı adı ile anılan 4743 sayılı “Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun” ile geçici bir çözüm geliştirilmiş ve fakat bu çözüm sürekliliği olan bir yeniden yapılandırma kurumuna olan ihtiyacı giderememiştir. Ardından, hukukumuzda uzun yıllardır mevcut olan ve yeniden yapılandırmaya en fazla hizmet edebileceği belirtilen kurumlardan “konkordato”da bir takım değişiklikler yapılması gündeme gelmiştir. Zira, konkordato kurumu, uzun süredir iflas hukukumuzda yer almasın rağmen, uygulamada işlerliğini yitirmiştir. Bu nedenle 4949 sayılı Kanun ile konkordato kurumunda bazı değişiklikler yapılmış ve Türk Ticaret Kanunumuzun 324.maddesinde

yetersiz bir şekilde düzenlenmiş olan “iflasın ertelenmesi” kurumu ayrıca ve detaylı olarak İcra ve İflas Kanunumuz içerisine dahil edilmiştir. Son olarak da Amerikan İflas Kanununun 11.bölümünden esinlenerek 5092 sayılı Kanun ile “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” adı ile yeni bir kurum getirilmiştir.

Bu genel çerçevede içerisinde tezimizin amacı, iyileştirme amaçlı konkordato ve iflasın ertelenmesi kurumları ile karşılaştırmalı olarak uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunu inceleyerek bu kurumların her birinin ödeme güçlüğü yaşayan fakat iyileştirilme ümidi taşıyan borçluların rehabilite edilerek yeniden yapılandırılmasına ne derece imkan sağladıklarının tespiti ile uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumuna ihtiyaç olup olmadığını belirlemektir. Ayrıca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun, kaynağını teşkil eden ABD yeniden yapılandırma kurumu ile karşılaştırılması yoluyla eksiklikleri belirlenerek istenilen amacı gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceğinin tespiti ile varılan sonuçlar ve bu konudaki önerilerimiz belirtilmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle yeniden yapılandırmanın felsefesi ve tarihi gelişimi üzerinde durulmuştur. Birinci bölümde 5092 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunumuza dahil edilen “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” kurumu incelenmiş, daha sonra da bir çok özellikleri açısından adi konkordato ve iflasın ertelenmesi kurumu ile karşılaştırılmıştır.

İkinci bölümde ise, “Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma” kurumunun esin kaynağı olan Amerika Birleşik Devletleri İflas Kanunu’nun 11.Bölümünde yer alan “Yeniden Yapılandırma Usulü” incelenmekte, devamında da ABD “Yeniden Yapılandırma Usulü” ile Türk Hukukundaki “Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumu” arasındaki temel farklılıklar karşılaştırmalı olarak ele alınarak, bu farklılıkların yaratacağı sonuçlar ortaya konmaktadır.

Sonuç bölümünde ise, tezimiz kapsamında yer verilen bu kurumlar, yeniden yapılandırma kavramı çerçevesinde bir bütün olarak değerlendirilerek, ülkemizdeki yeniden yapılandırma sisteminin işlevselliği konusundaki tespitler ortaya konulmakta, ardından sistemin etkinliğine yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılmaktadır.

1. YENİDEN YAPILANDIRMANIN FELSEFESİ

Ekonomik teşebbüsler kimi zaman yanlış işletme yönetimi, kimi zaman da ekonominin kendi dengeleri içinde yaşanan bir takım mali krizler nedeniyle ödeme güçlüklerine düşmektedirler. İşletmelerin yaşamış oldukları bu mali güçlükler, yaşanan mali güçlüğü nedeniyle bağlı olarak bir takım iyileştirme tedbirleri ile giderilebilmektedir. Ancak, bazen işletmenin içinde bulunduğu mali sıkıntı o kadar büyük olabilir ki, alınan tedbirler işletmenin ekonomik yaşamda varlığını sürdürmesine yeterli gelmeyebilir. Bu nedenle, öncelikle işletmenin içinde bulunduğu mali güçlüğü kaynağı ve büyüklüğü tespit edilmeli ve alınacak tedbirlerle bu sıkıntının giderilip giderilemeyeceği araştırılmalıdır.

Bir işletmenin yeniden yapılandırması denilince, işletmenin içinde bulunduğu mali güçlüğü giderilerek, iflas etmesinin önlenmesi ve rehabilite edilerek ekonomik yaşam içindeki varlığının ve ekonomik bütünlüğünün devam ettirmesi anlaşılmaktadır.

Ancak, yukarıda da değinildiği gibi, bu iyileştirme yöntemleri çok çeşitlilik gösterebilecektir. Bunlar bir takım küçülme veya büyüme stratejileri (ek kaynaklar sağlayarak) olabileceği gibi, şirketin borçlarının yeniden yapılandırılmasına yönelik mali stratejiler de olabilir. Bu tür yeniden yapılandırma yöntemleri, ekonomi veya işletme biliminin yardımıyla şirket bünyesinde alınacak tedbirlere ilişkindir.

Ödeme güçlüğü yaşayan işletmelerin yeniden yapılandırılması için, her zaman şirket bünyesinde alınacak bir takım finansal tedbirler yeterli olmayabilir. Bu yöntemlerin bir takım hukuksal kurumlar yoluyla desteklenmesi gerekir. Bu tür kurumlara genellikle iflas hukuku bünyesi içinde yer verilir.

Ödeme güçlüğü yaşayan işletmenin borçlarının yapılandırılması, çoğu zaman işletmenin de yapılandırılmasına yol açacaktır. Borçlu, mevcut hukuki kurumları ve kamusal otoriteleri dahil etmeksizin de alacaklıları ile varacağı anlaşmalar yoluyla borçlarını yeniden yapılandırarak içine düştüğü mali güçlüğü aşabilir. Alacaklı ve borçlu tarafların kendi aralarında varacakları bir anlaşma ile herhangi bir kamusal otoriteyi kullanmaksızın gerçekleştirdikleri sulhlar veya uzlaşmalar hakkında söylenecek fazla bir şey yoktur. Zira, bunlar sözleşme serbestisi içinde tarafların kendi belirledikleri koşullar uyarınca gerçekleştirilir.

Ancak işletmelerin içine düştükleri mali güçlükleri aşmasında bir takım kamusal menfaatlerin söz konusu olması nedeniyle, hukuk düzenleri yeniden yapılandırmaya ilişkin bir takım kurumları düzenlemek gereğini duymuşlardır. Zira, aksi takdirde, devlet, ülke ekonomisi için son derece önem taşıyan işletmelerin yeniden yapılandırılmasını, alacaklıların insiyatifine bırakmış olurdu.

Klasik İflas Hukuku, şirketlerin tasfiyesi ile, borca batık malvarlığının en elverişli şekilde paraya

çevrilmesi ve tasfiye sonucu ortaya çıkan malvarlığının adil bir şekilde paylaşımını sağlayarak alacaklıların korunmasını amaçlamıştır. Ancak zamanla bu anlayış değişmiştir. Yeni anlayış, mümkün ve faydalı olan hallerde şirketlerin tasfiyesine engel olarak, şirketlerin ticari faaliyetlerinin ve varlıklarının sürdürmelerinin sağlanmasının alacaklılar ve toplum için daha yararlı olacağını kabul etmekte ve bunu iflas hukukunun amaçlarından birisi olarak görmektedir.¹

Konumuz açısından yeniden yapılandırma (reorganizasyon), ödeme gücü içinde bulunan şirketlerin (borçluların) alacaklıları ile yasal bir prosedür uyarınca uzlaşmaları yoluyla finansal güçlüklerinin üstesinden gelerek ekonomik yaşamdaki varlıklarını sürdürmelerine olanak tanıyan bir sistemi ifade etmektedir. Bu sistem ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Bazı ülkeler sadece bu sorunu düzenleyen temel bir kanuna sahip iken, bazıları yaşanan dönemsel ekonomik krizlere bağlı olarak geçici yasal düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir.

Yukarıda, şirketlerin yaşadıkları mali sıkıntıların çok çeşitli nedenleri olabileceğini belirtmiştik. Bir şirketin veya teşebbüsün yaşamış olduğu mali sıkıntı sadece o şirketin yöneticilerini ve pay sahiplerini ilgilendirmemektedir. Çünkü bir şirketin ödeme gücü yaşamaması, onun çalışanlarını, tedarikçilerini, müşterilerini, o şirket ile hukuki veya ekonomik anlamda bağlantı halinde olan hemen herkesi yakından ilgilendirmektedir. Kaldı ki, mali güçlük içinde bulunan teşebbüsün faaliyet konusu itibarıyla yaşamaması, belli bir bölge veya tüm ülke halkı için çok önemli olabilecektir.

Bir şirketin yeniden yapılandırılarak ekonomiye kazandırılması sadece şirketin değil, tüm toplumun menfaatine olabilecek ve toplumsal menfaatin bir teşebbüsün yaşamaya devam etmesinden yana olduğu hallerde, bu teşebbüslerin kurtarılması için bazı mekanizmalar geliştirilmesi gerekecektir.²

Ödeme gücü içindeki bir şirketin ekonomik olarak yaşama ümidi var ise yeniden yapılandırılması yoluyla yaşatılmasının çoğu zaman toplumun da menfaatine olacağı anlayışı yeni bir anlayıştır. Klasik anlayış, bu durumda sadece mali güçlük yaşayan şirketin alacaklılarının menfaatini gözeterek, şirketin biran evvel tasfiye edilmesi ve tasfiye sonucu ortaya çıkan malvarlığının alacaklılar arasında paylaşılmasını öngörmektedir. Bir şirketin tasfiyesi halinde alacaklılarına devrolunacak değer, sadece şirketin aktiflerinden ibarettir. Ancak, bir şirket sadece malvarlığından ibaret değildir. Faaliyet halindeki bir şirket, “going concern value” denilen ve malvarlığı değerinden daha fazla bir değere sahiptir. Türkçe “işleyen teşebbüs değeri” olarak ifade edilen bu değer, ekonomistlerce aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır:

¹ **Ali Cem Budak**, “ Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şirket Kurtarma”, İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü tarafından düzenlenen “Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Gücü Sorunları ve Banka İlişkileri” konulu 25-26 Şubat 1993 tarihli Sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul, İSO Yayını,1993, ss.344-345.(Şirket Kurtarma).

² **Alison Clarke**, “İngiliz Hukukunda 1986 Aciz Hukuku Kanunundan Sonra Şirket Kurtarma ve Yeniden Örgütlenme”(Çev.Ali Cem Budak), İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü tarafından düzenlenen “Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Gücü Sorunları ve Banka İlişkileri” konulu 25-26 Şubat 1993 tarihli Sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul, İSO Yayını, 1993, s.41.

“İşleyen teşebbüs değeri, işletmenin bir bütün olarak devredilmesi halinde hesaplanan değerdir. Yaşayan bir şirketin değeri, sinerji etkisi ile parçaların değerinin toplamından daha fazla olacaktır. İşleyen teşebbüs değerinin hesaplanmasında işletmenin potansiyel kazançları dikkate alınacaktır. Defter değerinde, organizasyon sermayesi (firm’s organization capital) dikkate alınmamaktadır. Organizasyon sermayesi; işçi, müşteri, satıcılar ve yöneticilerin toplam olarak birbirini tanımaları ve ahenkli çalışmaları sonucu oluşan değerdir. İşleyen teşebbüs değeri, organizasyon sermayesi nedeniyle defter değerinden yüksek olmaktadır. Aradaki fark şerefiye/peştemallık olarak adlandırılmaktadır. Şerefiye, işletmeyle ilgili sosyal, psikolojik ve ekonomik faktörlerin para cinsinden ifadesi, gelecekte elde edilmesi beklenen fazla karların bugünkü değeri ve işletmenin bir bütün olarak değerinin tek tek varlıkların değerinden yüksek olmasını ifade eder.

Şerefiye dikkate alınarak firma değeri şöyle yazılabilir;

$$FD= AD+G$$

FD: İşleyen firmanın değeri,

AD: Net aktif toplamı,

G: Şerefiye.³

Tasfiye değeri, işletmenin piyasa değerini belirlemede alt sınırı oluştururken, işletmenin işleyen teşebbüs değeri de üst sınırı oluşturmaktadır⁴.

Yani, “going concern value”, şirketin sadece aktif malvarlığını değil, aktif malvarlığına ilaveten şirketin yaratmış olduğu iş ilişkileri, müşteri çevresi, eğitilmiş iş gücü gibi unsurların birleşmesinden oluşan değerler bütününe ifade etmektedir. İşte, bir şirketin iflas ile tasfiye edilmesi halinde, alacaklılarının şirketin mevcut malvarlığı değerlerinin satılmasından tatmin edilmesinde, yukarıda belirtilen ve “going concern value” denilen işleyen teşebbüs değerinin kaybı söz konusudur. Çünkü bu değer, normal bir tasfiye ile alacaklılara devri mümkün değildir. Bu kayıp, aynı zamanda milli servetin bir kaybı olacağından, asıl hedef, mali güçlük yaşayan şirketlerin hemen “haraç-mezat satılması”⁵ yerine, -yaşama ümidi olduğu takdirde- yaşatılması olmalıdır. Bunu sağlamanın yollarından birisi, iflas hukuku kurallarının, borçların ve sonuçta da teşebbüslerin yeniden yapılandırılmasına imkan tanıyan bir felsefeyi esas alacak hükümler içermesi, tasfiyeyi ise gerçekten kurtarılmaya ümidi olmayan teşebbüsler için ve son çare olarak öngörmesidir.

Kaldı ki, işletmelerin ödeme aczi içine düşmesi her zaman bir yeteneksizliğin sonucu değildir.

³<http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/yazicik/ozelles2.doc>, (20.11.2005).

⁴<http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/yazicik/ozelles2.doc>, (20.11.2005)’den **Mehmet Bolak**, Sermaye Piyasası, Menkul Kıymetler ve Portföy Analizi, İstanbul, 1991, s.80.

⁵ **Budak**, Şirket Kurtarma, s.345.

Ekonomik dengelerin, öngörülemeyen bir takım faktörlere bağlı olarak değişmesi de, işletmelerin ödeme güçlüğü (aczi) yaşamalarını olağan kılmaktadır. Ekonomik yaşamda meydana gelen bu ani değişimler nedeniyle mali sıkıntıya düşen işletmelerin ekonomik yaşamdan bir an önce silinmeleri gerektiğini düşünen ve bunu da işletmenin iflas ettirilerek tasfiye edilmesi gerektiğinde gören klasik iflas hukuku anlayışı bu bağlamda değişikliğe uğramıştır. ⁶

Değişen bu anlayış ile birlikte, yazılı iflas hukuku normları içerisine dahil edilen bir takım yeniden yapılandırma yöntemleri ile yaşama kabiliyeti olan ve yaşaması ekonomik yaşamdan silinmesine oranla daha yararlı olacak işletmelerin iflasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Ancak, şu hususun altının çizilmesinde fayda olduğu düşünülmektedir. Bir ekonomide, ödeme güçlüğü yaşayan tüm işletmelerin yeniden yapılandırılması gerekmemektedir. Gerçekten yaşama kabiliyeti kalmamış olan ve tasfiye edilmesi halinde elde edilecek toplumsal menfaat, bu şirketin yeniden yapılandırmaya tabi kılınmasında elde edilecek menfaatten daha fazla ise, bu işletmeler tasfiye edilmelidir. Yaşama kabiliyeti olmayan bir şirketi, gereksiz yere masraflı ve uzun zaman alabilecek bir prosedüre tabi tutmak, “yeniden yapılandırma”nın felsefesine aykırı olacağı gibi, alacaklıların ve toplumun da zararına olacaktır. Bu nedenle de, bir ülkenin iflas hukuku sistemi, verimli olmayan firmaların tasfiye olmasına, rehabilite olabilecek firmaların ise yaşamaya devam etmesine imkan sağlamalıdır. ⁷

Burada aslında, bir hukuk politikası ve gözetilmesi gereken menfaatler dengesi söz konusudur. Yarışan, karşı karşıya bulunan menfaatler arasında mümkün oldukça bir denge sağlamak, esas hedef olmalıdır. Buna karşın menfaatler arasında her zaman bir eşitlik olacağını söylemeye imkan yoktur. Bu nedenle, birbirine zıt (alacaklı-borçlu) menfaatler arasında birisinin diğerine nazaran daha öncelikli olması kaçınılmazdır. Bu menfaatlerden hangisine daha üstünlük veya öncelik tanınacağı, o ülkenin ekonomik geçmişi ve kültürel yapısı ile alakalıdır ve hangisinin tercih edileceği bir hukuk politikası sorunudur. Ancak, bu konuda bir tercih yapmak zorunludur.

Nitekim Amerikan sistemi, kurtarılabilir şirketlerin kurtarılmasına imkan vermek için, tasfiyenin gecikmesini göze almıştır. Zira ABD’de, kültürel olarak teşebbüs fikrine ve müteşebbise duyulan saygı hakimdir. ⁸ Nitekim, çeşitli ülkelerdeki iflas hukuku sistemlerine bakıldığında, “hakimiyetin”, ya alacaklılarda ya borçlularda ya da mahkemelerde olduğu görülmekte ve bu konudaki seçim bir hukuk politikası tercihidir. ⁹

⁶ **Jay L. Westbrook**, “Amerika Birleşik Devletleri’nde 11’nci Bölüm Yeniden Örgütlenme Usulü”(Çev.Ali Cem Budak) İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü tarafından düzenlenen “Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri” konulu 25-26 Şubat 1993 tarihli Sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul, İSO Yayını, 1993, s.294.(11.Bölüm).

⁷ **Ali Cem Budak**, İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü tarafından düzenlenen “Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri” konulu 25-26 Şubat 1993 tarihli Sempozyuma ilişkin Özet Değerlendirme, İstanbul, İSO Yayını, 1993, s.XVI.(Özet Değerlendirme).

⁸ **Budak**, Özet Değerlendirme, s.XVII.

⁹ **Budak**, Özet Değerlendirme,s.XVI.

İlerleyen bölümlerde ayrıntısıyla incelenecek olan Türk Hukukunda ise, 4949 sayılı Kanun ve 5092 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar, alacaklıların menfaatlerinin tercih edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. 5092 sayılı Kanuna kadar, mevcut iflas kanunu içerisinde etkili ve sistemli bir yeniden yapılandırma mekanizmasına yer verilmemiş olması bunun en önemli kanıtıdır. Mevcut İcra İflas Kanunumuza -özellikle son değişikliklere kadar- hakim olan geleneksel felsefe, “borçlu iflasa tabi olsun olmasın, bir şekilde borçlarının ödenmesi için, mevcudun paraya çevrilip daha sonra bu parayla karşılanabildiği ölçüde alacakların karşılanmasıdır.”¹⁰ Bu felsefeye sahip İflas Kanunu’nun güttüğü tek amaç, alacaklıların bir an evvel alacaklarına kavuşmasıdır. Borçlunun malvarlığının paylaşılmasından sonrası ile ilgili herhangi bir öngörüsü veya düşüncesi söz konusu değildir. Kara Avrupası İflas Hukukuna da uzun yıllar bu geleneksel yaklaşım hakim olduğundan İsviçre’den alınan İcra ve İflas Kanunumuza da bu anlayış hakim olmuştur.

Bir ticari işletme, kendi malvarlığı haricinde, bağımsız olarak ekonomik bir değer ifade etmektedir. Bu nedenle de, klasik iflas hukuku anlayışının temelini oluşturan “tasfiye” ile alacaklılara devredilemeyen işletme değerinin korunmasına, yani alacaklılara ve sonuçta da ulusal ekonomiye dönmesine hizmet edecek bir sisteme ihtiyaç vardır.¹¹ Bu sistem, “şirket kurtarma” usulü¹² veya günümüz terminolojisiyle “yeniden yapılandırma/yeniden örgütlenme” usulüdür.

Sonuç olarak, iflas hukuku sistemleri, yalnız alacaklılarla borçluların hukuki ve ekonomik durumlarını etkilemekte kalmamakta, toplumun tamamını da yakından ilgilendiren sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedendir ki, değişen iflas anlayışı alacaklılarla borçluların menfaatlerini uzlaştırmanın yanı sıra, sosyal refahı koruma amaçlarını da içinde barındırmaktadırlar.¹³

2. YENİDEN YAPILANDIRMANIN TARİHİ GELİŞİMİ

Şirketlerin iflası yerine, yeniden yapılandırılmasının tercih edilmesi anlayışı, ilk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde ortaya çıkmıştır. Bunun nedeni, Amerikan ekonomisinin, modern kapitalizmin ve ekonomik gelişmelerin merkezi olması itibarıyla, mali krizleri ve iflasları çok daha erken yaşamasıdır. Bu nedenle, Amerikan kültüründe var olan girişimciliği özendirme yaklaşımı, iflasın eşliğine gelmiş işletmelerin hayatta kalması için toplumsal bir mücadele etme gerekliliğini de beraberinde getirmiştir. Nitekim, ABD gibi İngiltere’de de aynı anlayışın uzun yıllar önce ortaya çıktığını görmek mümkündür.

¹⁰ Haluk Konuralp, “Uzlaşma Suretiyle Sermaye Şirketlerinin Yeniden Yapılandırılmasının Tarihi Gelişimi ve Amacı”, İTO tarafından düzenlenen “İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması” Konulu ve 11.05.2004 Tarihli Semine Sunulan Tebliğ, İstanbul, İTO Yayını, 2004, s.12.

¹¹ Budak, Şirket Kurtarma, s.345.

¹² Budak, Şirket Kurtarma, s.345.

¹³ Mustafa Özbek, “Amerika Birleşik Devletleri İflas Hukuku Sisteminde Alacaklılara ve Borçlulara Ait Haklar”, Barolar Birliği Dergisi, Ankara, Aralık 2002’den Waren Elizabeth :Business Bankruptcy,Federal JUDİCİAL Center 1993, s.32.

20.yüzyıl öncesinde iflas ile ilgili yasal düzenlemeler çoğunlukla alacaklıların menfaatini üstün tutmuş, borçluya karşı ise son derece katı bir tutum sergilemiştir. Asıl amaç, alacaklıların alacaklarının ve yatırımlarının kurtarılması olduğundan hemen hemen iflas prosedürleri hep alacaklılar tarafından başlatılmıştır. O dönemlerde iflas etmek suç olarak kabul edildiğinden müflisler hapis cezasından idama kadar varan ağır cezalar ile cezalandırılmışlardır. Örneğin İngiltere’de 1542’de 8.Henri zamanında yürürlüğe konulan iflas ile ilgili ilk yasal düzenleme uyarınca, müflis addedilmek bir suçtur. Amerika’daki ilk iflas kanunları ise dönemin kötü ekonomik koşullarına çare olarak çare bulmak amacı ile çıkarılmışlardır. Amerika’da bu konudaki ilk düzenleme 1800 tarihlidir ve toprak spekülasyonlarına çare bulmak amacıyla yayımlanmıştır. Amerika’da İflas ile ilgili ikinci yasal düzenleme de 1841’de yine, 1837 de yaşanan ekonomik sorunlara çare olabilmek amacıyla yasalaştırılmıştır. Ardından, Amerika’da yaşanan iç savaşın yarattığı ekonomik sorunlara çözüm bulmak amacıyla 1867 de üçüncü bir kanun yürürlüğe konulmuş ve bu da 1878 de yenilenmiştir. Bütün bu kanunlar ödenmemiş borçların bir kısmının ödemesinden vazgeçilmesine yönelik olmasına rağmen, şirketlerin korunmasına hizmet eden asıl kanun üçüncü yani 1867 tarihli kanun olmuştur. Amerika’da 1898 tarihli İflas Kanunu ilk olarak ödeme güçlüğü içindeki şirketlere kredi kuruluşları karşısında korunma seçeneğini getirmiştir. Nitekim, bu kanun 1930’larda Amerika’da son derece geniş uygulanma imkanı bulmuştur. 1930’larda yaşanan ekonomik krizin etkileri 1933 ve 1934 tarihli İflas Kanunlarının yürürlüğe konulmasına yol açmıştır. Aynı şekilde 1938 Chandler Act.’da, işletmelerin yeniden yapılandırılması gerektiğine ilişkindir. Ancak, 2.Dünya Savaşı süresince ve 1970’lere kadar iflas Amerika’nın ekonomik yaşamında esas bir sorun teşkil etmemiştir. Nitekim, demiryollarının iflası haricinde göze çarpan büyük bir iflas vakası da yaşanmamıştır. 1970’lerde sadece iki şirketin iflası söz konusu olmuştur. Bunlar, Penn Central Tarnsportation Corporation (1970’de) ve W.T. Grant Company (1975’te) dir.Yeniden örgütlenmeye ilişkin asıl İflas Reform Kanunu 1978 de kabul edilmiş ve 1 Ekim 1979 da yürürlüğe konulmuştur. Amerika İflas Kanunu 1978 yılında büyük ölçüde değişikliğe uğratılmış ve yeniden yazılmış olduğu için genel olarak Amerika İflas Kanununa 1978 Kanunu da denmektedir. 1978 tarihli bu reform Kanunu, genel itibariyle, gerçek ve tüzel kişiler için, yeniden yapılandırmayı daha da kolaylaştırmıştır. Bu kanun ile, 1898 tarihli kanunda 3 ayrı bölüm halinde düzenlenmiş olan yeniden yapılandırma/örgütlenme prosedürleri birleştirilerek, tek bir bölüm altında 11.bölümde düzenlenmiştir. Nitekim, ABD Federal Hukukunun bir parçası olan İflas Kanunu’nun konumuzla ilgili bölümünü oluşturan “Yeniden Örgütlenme Usulü” (Reorganizasyon) İflas Kanunu’nun 11.Bölümünü oluşturduğundan bu usul, Bölüm(Chapter) 11 usulü diye anılmaktadır. Bu kanunda daha sonra bir takım yasal değişikliklere gidilmişse de, bunlar 11.bölüm usulünün özüne ilişkin değişiklikler değildir.

1980’lerde ve 90’ların başında, Amerika’da, bu yeniden yapılandırma usulüne başvuran bir çok şirket olmuştur. Bu yaygın başvuru, yine sistemde bir takım değişiklikler yapılmasını gerektirmiştir. Özellikle uluslararası bazı şirketlerin yeniden yapılandırmaya başvurması, çeşitli ülkelerde faaliyette bulunan bu şirketlere yeniden yapılandırma kurallarının uygulanabilir olmasını gerektirdiğinden

mahkemelerin işleyişi ile ilgili bir takım değişiklikler yapılmıştır.

1978 tarihli İflas Reform Kanunundan sonraki en kapsamlı İflas Kanunu 22 Ekim 1994 tarihinde Clinton tarafından imzalanarak yürürlüğe konulmuş olup, bu kanun ile, prosedürün çabuklaştırılması, bireylerin bölüm 7 yerine bölüm 13 de yer alan iflas prosedürünü kullanmalarını teşvik edecek bazı değişiklikler yapılmış ve iflas alanında yapılacak kanun reformlarının neler olabileceğini araştırmak üzere National Bankruptcy Commission (Ulusal İflas Komisyonu) kurulmuştur. Nitekim, bu komisyon konuya ilişkin ilk raporunu 1997 de sunmuştur.”¹⁴

İngiltere de ise, Aciz Hukuku(Insolvency Law = İflas ve Konkordato benzeri prosedürlerle ilgili hukuk Dalı) 1986 tarihli Aciz Hukuku Kanunu ile köklü bir değişikliğe tabi tutulmuştur.1986 tarihli Kanun (Insolvency Act.1986), Ticaret Bakanlığı tarafından 1977 yılında Sir Kenneth Cork Başkanlığında “ İngiltere ve Galler Ülkesinin Aciz Hukukunu bütün yönleri ile tamamen ve köklü bir şekilde gözden geçirmek” gayesi ile kurulan bir komitenin 1982 yılında yayımladığı bir rapor üzerine yasalaştırılmıştır. Komite, Aciz Hukukunda, özellikle güç durumdaki işletmelerin kurtarılmasının teşviki yönünde, köklü değişiklikler yapılmasında zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır. Komitenin raporunda (Cork Raporu) yer alan tavsiyelerin büyük çoğunluğu 1986 Aciz Hukuku Kanunu tarafından benimsenmiştir”.¹⁵

Almanya’da da yeniden yapılandırma arayışı, yüksek enflasyonun hakim olduğu Hitler döneminde başlamış ve özellikle 1973 petrol krizi sonrası bu arayış bütün Avrupa’da hızlanmıştır. Almaya’da 1978 yılında bir komisyon kurulmuş ve bu komisyon yaklaşık yirmi yıl çalıştıktan sonra, ABD yeniden yapılandırma usulü (Chapter 11) yasalaştırılmıştır. Aynı şekilde İsviçre, 1994 yılında çıkardığı ve 1997 yılında yürürlüğe koyduğu bir kanun ile ABD yeniden yapılandırma usulüne İcra ve İflas Kanunu içerisinde yer vermiştir.¹⁶

Bilindiği üzere, ülkemizin ekonomik ve hukuk geçmişi “yeniden yapılandırma” kavramına yabancıdır. Hukukumuzda, yeniden yapılandırma kavramı burada belirtilen içeriği ve anlamı ile 4949 ve 5092 sayılı Kanunlara kadar telaffuz edilmemiştir. Buna karşın, mevcut bir takım yazılı hukuk normlarında ve öğretide “iyileştirme” veya “şirket kurtarma” kavramlarından sıkça söz edilmiştir. Gerek “iyileştirme” gerekse “şirket kurtarma” kavramları ile kastedilen mali durumu bozulan işletmelerin bir takım hukuki ve finansal tedbirler ve araçlarla, iflas etmelerinin önüne geçerek ekonomik bütünlüklerinin devamına imkan sağlamaktır.

İyileştirme kavramı ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, ekonomik ve hukuki olmak üzere iki tür iyileştirme kavramı olduğundan bahsederken, başka bir görüş, ekonomik ve hukuki

¹⁴ <http://www.bankruptcydata.com/Ch11History.htm>, (10.01.2005).

¹⁵ Clarke,s.40.

¹⁶ Necati Aksoyoğlu, “Sermaye Şirketlerinin ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”,İcra İflas Kanununda Değişiklikler Seminerine sunulan tebliğ,İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını,İstanbul 2004,s.119.

iyileştirme kavramları arasında fark olmadığını, iyileştirmenin ekonomik bir sorun olup, hukukun sadece bu işlem için belli usul ve kurallar düzenlendiğini belirtmiştir.¹⁷

Kanaatimizce, bu iki kavram, yani ekonomik açıdan iyileşme ile hukuki olarak iyileşme farklı kavramlardır. Zira, hukuki iyileşmede, işletmenin tüzel kişiliğinin de aynen devamı gerekmekte iken, ekonomik iyileşmede, şirketin tüzel kişiliği değişebilmekte, yani şirket başka bir şirkete dönüşebilmektedir.

Yeniden yapılandırma kavramı ise, ekonomik ve hukuki bakımdan iyileşmeyi bünyesinde taşıyan daha geniş bir kavramdır. Nitekim, yeniden yapılandırmanın süjesi, gerçek kişi borçlu veya tüzel kişiliğin bizzat kendisi değil, bir bütün olarak işletmedir.

Yeniden yapılandırmayı amaçlayan “şirket kurtarma” kavramına ise, kamuoyunda sıcak bakılmamaktadır. Çünkü bu kavramın toplumdaki algılanışı, hükümetin subjektif nedenlerle bazı şirket gruplarına yeni finansman kaynakları yaratarak, adeta imtiyaz tanıdığı şeklindedir.

Toplumda bu kavrama karşı negatif bir yaklaşım ve tepkinin doğmasında, 1987 yılında kabul edilen ve şirket kurtarma kanunu olarak anılan 3332 sayılı Kanun’un ve 1980’lerde hükümet tarafından gerçekleştirilen bazı şirket kurtarma girişimlerinin etkisi büyük olmuştur. Özellikle hükümet müdahalesiyle gerçekleştirilen şirket kurtarma girişimleri, şirketlerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin ciddi eksiklikler içermektedir. Müdahaleler, ekonomik verimlilik esas alınarak değil, bir takım sosyo-politik amaçlar üzerine kurulduğundan, objektiflikten yoksun, keyfi kararlarla hareket edilmiş, şirketlerin gerçekten kurtarılması gerekip gerekmediği konusunda herhangi bir fizibilite analizi yapılmamıştır. Bu nedenle de, bu tür girişimler, şirketlerin yeniden yapılandırılması amacına hizmet edememiştir. Nitekim, 3332 sayılı Kanun’dan sadece Man - Manaş Şirketleri yararlanmış olup, fazla rağbet görmemiştir.¹⁸

Buna karşın, konumuzla ilgili olarak yapılan bilimsel çalışmalara bakıldığında şirket kurtarma kavramının sıkça kullanıldığı gözlenmektedir. Bu nedenle çalışmamız içerisinde kullandığımız ve özellikle alıntı yaptığımız bir takım bilimsel kaynaklarda kullanılan “şirket kurtarma” kavramı, kamuoyunda algılanan şekli ile değil, “yeniden yapılandırmayı” ifade etmek amacıyla kullanılacaktır.

Türk İcra ve İflas Hukuku, her ne kadar 5092 sayılı Kanuna kadar, açıkça yeniden yapılandırma kavramına yer vermemişse de, bu amaca hizmet edecek bir takım yasal kurumları bünyesinde barındırmıştır. Ancak bu kurumlar gerek içeriklerinde yer alan bir takım eksiklikler gerekse

¹⁷ Oğuz Atalay, Anonim Şirketlerin İflası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,1996, s.112.(Anonim Şirketler).

¹⁸ İzak Atıyas, “Türkiye’de Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması ve Tasfiyesi Politikaları”(Çev.Fulya Soytürk) İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü tarafından düzenlenen “Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri” konulu 25-26 Şubat 1993 tarihli Sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul, İSO Yayını, 1993, s.302-304.

uygulayıcılardan kaynaklanan eksiklik ve yetersizlikler nedeniyle, çalışmamızın konusunu oluşturan, ödeme güçlüğü içindeki şirketlerin yeniden yapılandırılma ihtiyacına tam olarak cevap verememiştir.

5092 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hukukumuzda getirilen “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” kurumuna kadar, mevcut hukukumuzda -kısmen de olsa- ödeme güçlüğü içinde bulunan ve fakat yaşama kabiliyeti olan ve bu nedenle de, iflas yolu ile tasfiyesine gitmek yerine, ekonomik yaşam içerisindeki hukuki ve ekonomik varlıklarına devam imkanı tanıyan hukuki kurumlardan birisi ve en önemlisi İcra İflas Kanununun 285 ile 309.maddeleri arasında düzenlenmiş olan “Konkordato” kurumudur.

“Konkordato” kurumu, ödeme güçlüğü içerisindeki işletmelerin yeniden yapılandırılmasında kullanılabilir bir usul olmasına rağmen, uygulamada bu kurumun beklenen amaca tam olarak hizmet etmediği, “işlemediği” gerek hukuk teorisyenleri gerekse pratisyenlerince dile getirilmiştir. Buna rağmen, mevcut sistem içerisinde belki de rehabilitasyon ve/veya yeniden yapılandırmaya en fazla imkan sağlayan kurum, konkordatodur.

Yukarıda açıkladığımız gibi, değişen iflas hukuku anlayışı, şirketlerin tasfiyesi yerine, yaşama ümidi taşıdığı durumda şirketlerin yeniden yapılandırılmasının kamusal menfaat açısından daha yararlı olacağını esas amaç edindiğinden, İcra İflas Kanunumuzun mevcut konkordato kurumuna ilişkin hükümlerinde de bu anlayış doğrultusunda birtakım değişiklikler yapılması gerekmiştir. Bu çerçevede, bu çalışmamızın konusunu teşkil eden 5092 sayılı Kanundan çok kısa bir süre önce 17.07.2003 tarihinde kabul edilerek, 30.07.2003 tarih ve 25184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu’muzun bir çok hükmünde ve özellikle konkordatoya ilişkin hükümlerde birtakım yenilik ve değişiklikler söz konusu olmuştur. Konkordatoda yapılan bu değişikliklerin temel gerekçesi de, konkordatoyu mümkün olduğu ölçüde bir yeniden yapılandırma kurumu haline getirmektir. Nitekim, konkordato kurumunda yapılan değişikliklerin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun artık konkordatoyu sadece ve ağırlıklı borçlu menfaatine hizmet eden bir kurum olarak görmediği, aksine, bir yeniden yapılandırma kurumu haline getirmek istediği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu, 4949 sayılı Kanun ile sadece mevcut konkordato hükümlerinde bir takım iyileştirmeler yapmakla yetinmemiş, mevcut konkordato türlerine bir ek ve yenilik olarak “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato” müessesesini de hukukumuzda dahil etmiştir. Ancak, “malvarlığının terki suretiyle konkordato” kurumu, iyileştirme veya yeniden yapılandırma amacı gütmemekte, kendine özgü bir tasfiye kurumu niteliği taşımaktadır.

4949 sayılı Kanun ile, İcra ve İflas Hukuku sistemimize yeni bir kurum daha getirilmiştir ki, o da “iflasın ertelenmesi” kurumudur. Bu düzenlemeden önce bu kurum ile aynı amacı güden bir düzenlemeye Türk Ticaret Kanunumuzun 324.maddesinde yer verilmiştir. Ancak, bu düzenlemenin

fazla ayrıntı içermemesi nedeniyle, “iflasın ertelenmesi” kurumu 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunumuzun 179. maddesinde ayrı bir kurum olarak daha da genelleştirilmiş ve tüm sermaye şirketleri ile kooperatifler için uygulanır hale gelmiştir. Buna karşın söz konusu kurum Türk Ticaret Kanununun 324.maddesinde yer verilen düzenlemeyi yürürlükten kaldırmamıştır.

Ayrıca, 4949 sayılı Kanun ile, İcra İflas Kanununun 77 maddesinde değişiklik yapılmış, 27 yeni madde ilave edilmiş ve 3 geçici madde kabul edilmiştir. Son olarak da, 5092 sayılı Kanun ile, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” kurumuna ilişkin hükümler eklenmiştir.

4949 sayılı Kanun ve 5092 sayılı Kanunların bu gün birden bire yürürlüğe konulmasının nedenleri, ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik durumla alakalıdır. Ülkemizde dönem dönem yaşanan ekonomik krizler işletmelerin ödeme güçlükleri içine düşmesine yol açmış ve aralarında bir çok büyük işletmenin de bulunduğu şirketleri iflas ve tasfiye noktasına getirmiştir. Dünya Bankasının ve IMF’in Türkiye’ye verdiği kredilerin karşılığında gösterdiği baskıları sonucu bir an evvel yürürlüğe konulan 4949 sayılı ve 5092 sayılı Kanunlar ile Ülkemizde yaşanan Şubat 2001 ekonomik krizinin işletmeler nezdinde yarattığı ağır ekonomik sonuçları azaltacak ve bir daha benzeri krizlerin yaşanması halinde, sonuçları daha hafif atlatmaya yarayacak kurumlar getirilmek istenmiştir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve hukuk sistemimiz açısından yeni bir kurum olan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması kurumu, aslında 4949 sayılı Kanun ile birlikte yürürlüğe konulmak istenmiş ve bu husus Adalet Komisyonu Raporunda ve Hükümet Tasarısında yer almasına rağmen, son anda Tasarıdan çıkarılmış olup 5092 sayılı Kanun ile yürürlüğe konulmuştur.¹⁹

“...Tasarıyla ;

Yeniden yapılandırmaya ilişkin hükümler getirilmek suretiyle borçlu işletmelerin mevcut mal varlığının öncelikle korunması, bilahare değerinin artırılması,

Tasfiye ve yeniden yapılandırma arasındaki hassas dengeye ulaşılması,

Bir ayırım yapılmaksızın, benzer durumda bulunan bütün alacaklıları kapsayan adil bir çözümün gerçekleştirilmesi,

Borçlu malvarlığının münferit alacaklılar tarafından zamanından önce tasfiyesinin önlenmesi ve dolayısıyla, alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması,

İflas ve Konkordato prosedürlerinin zamanında, etkili ve tarafsız bir şekilde sonuçlandırılması,

Takip sürecinin alacaklı ve borçlunun hak ve menfaatlerini zedelemeyen, bunlar arasındaki hassas dengeyi

¹⁹Seyithan Deliduman, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”, Yasa Hukuk Dergisi, S.255, Temmuz-Ağustos 2004,s.47.

bozmadan hızlandırılması,

Kanunda yer alan hakların suiistimaline, özellikle kötü niyetli itirazların ve davaların önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması,

Günümüz gereklerine uymayan cüz'i ve külli icra sürecini yavaşlatan yöntemlerin değiştirilmesi,

öngörülmektedir. Böylece Tasarı ile, mali sıkıntı içinde bulunup ta, yeniden yapılandırılmaları halinde yaşaması mümkün olan işletmelere, faaliyetlerini verimli bir şekilde sürdürebilecekleri bir ortamın sağlanması; bu şekilde ticari faaliyetlerin sürdürülmesi ve genişlemesi yoluyla, tedarikçi ve alıcı durumda olan diğer işletme veya kişilere istihdam ortamı yaratılması; böylece, sonuçta, kapasite kullanımının artırılması olanağı sağlanmak istenmiştir.”²⁰

Görüleceği üzere, 5092 sayılı Kanun hükümlerinin de 4949 sayılı Kanun Tasarısı içinde yer almış olması, 4949 sayılı Kanun'unun hükümet gerekçesinin 5092 sayılı Kanun ile getirilen yeniden yapılandırma kurumunu da içerir şekilde tanzim edilmesini gerektirmiştir.

Nitekim, 4949 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra yürürlüğe giren 5092 sayılı Kanun'un hükümet gerekçesinde; “...4949 sayılı Kanun, ekonomideki dalgalanmalar nedeniyle zor duruma düşen borçluları korumak amacıyla yeni bazı imkanlar sağlamış ve mevcut imkanları işler hale getirmişse de, Dünyada son yıllarda bu konuda gerçekleşen gelişmeleri karşılayacak bir kurumsal düzenleme gerçekleştirilememiştir. Alacaklı ve borçlu arasındaki hassas dengeyi gözeten, öngörülebilir ve şeffaf bir İcra ve İflas Hukuku, zor durumda bulunan işletmeler için etkili bir çıkış yolu sağlayarak veya onların yeniden yapılandırılmalarına olanak vererek ticari yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki aksamalardan kaynaklanan sakıncaları en aza indirger ve böylece ticari ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar içinde devam edip gelişmesinde yaşamsal bir rol oynar.

Ekonomik koşullardaki beklenmedik değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik varlıklarını devam ettirmesi mümkün olan sermaye şirketleri muaccel para borçlarını ödeyemedikleri için, faaliyetlerini durdurmak tehlikesi ile karşı karşıya kalabilirler. Bu tehlike borçluları olduğu kadar alacağını tahsil edememe durumu ile karşı karşıya kalan alacaklıları ve işini kaybetme tehlikesine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte, bu tehdit sonuçta bölgesel veya milli ekonomiyi etkilemektedir. Bu gibi durumlarda, ekonomik varlığını devam ettirebilme imkanı olan sermaye şirketlerini yeniden yapılandırarak ekonomik hayatlarına devam etmelerini sağlamak herkesin yararına’dır.”²¹ denilerek, bu husus burada da açıkça ifade edilmiştir.

Her ne kadar, Kanun tasarılarının gerekçelerinde, genel bir ihtiyaca işaret edilerek, bu tasarıların hazırlandığı ifade edilmekte ise de, yıllardır yakınılan ve duyulan ihtiyacın 2004 yılında birden bire gündeme gelmesinin asıl nedeninin, “Ülkemizin 2001 Şubat Ekonomik Krizinin ağır sonuçlarını yaşıyor olması ve bu çerçevede IMF (Uluslararası Para Fonu) ve Dünya Bankasından temin edilen krediler karşılığı görülen baskı” olduğunu ve “değişikliğin temelinde ülkemizde uygulanmakta olan

²⁰ 4949 sayılı Yasa'nın Hükümet Gerekçesi.

²¹ 5092 sayılı Yasa'nın Hükümet Gerekçesi.

IMF programı ve IMF isteklerinin bulunduğunu²² söylemek, kanımızca yanlış olmayacaktır.

19 Şubat 2001 gününe kadar, Uluslararası Para Fonu(IMF) ile 1998 yılının Temmuz ayında imzalanan Yakın İzleme Anlaşmasının uzantısı olarak nitelenebilecek imzalan “stand-by” anlaşması uyarınca sabit kur sistemini uygulayan T.C. Merkez Bankası²³, döviz kur sepetini birer yıllık sürelerle günlük olarak açıklama yoluna gitmiştir.Devletin resmi taahhütlerine güvenen özel ve tüzel kişiler geleceğe yönelik bütün ekonomik faaliyetlerini, yatırım ve borçlanmalarını, taahhüt edilerek açıklanan günlük kur sepetlerinde belirtilen oranları göz önüne alarak yapmışlardır.

Ancak 22.02.2001 Merkez Bankası resmi basın açıklamasında da belirtildiği üzere, 19 Şubat 2001 tarihinde yaşanan siyasi gerginliğin tetiklediği bir güvensizlik nedeniyle piyasa katılımcıları programa olan güvenlerini kaybetmişler ve panik halinde bankadan döviz talep etmişlerdir. Bu gelişme sonucunda da Türk Lirası likiditesinin kısılması kısa dönem faiz oranlarını çok yüksek seviyelere çıkartmıştır. Bunun üzerine hükümet, daha önce vermiş olduğu taahhütlerinin aksine, 21 Şubat 2001 günü para programının mevcut şekliyle sürdürülemeyeceğine karar vermiş ve sabit kur sisteminden vazgeçilerek dalgalı kur sistemine geçmiştir. Bunun sonucunda da Dolar birden bire 1.250.000 TL.sına varan rakamlara ulaşmıştır.

Dalgalı kur sistemine geçilmesinin ardından döviz fiyatlarının Türk Lirası karşısında tahmini imkansız rakamlara ulaşması, başka bir deyişle Türk Lirasının % 30- 40 oranlarında devalüasyona uğratılması, özellikle tüm ekonomik faaliyetlerini hükümetin verdiği taahhütlere dayanarak gerçekleştiren yatırımcı ve sanayicileri milyarlarca Lira zarar uğratmıştır. Zira, krizle birlikte bankalar ve diğer kredi kuruluşları, işletmelere kullandırmış oldukları kredileri kat etmeye, geri çağırma başlamışlardır. Bu defa, işletmeler bankalarca gecelik 1200'lere varan TL.sı faizlerini ve 2.5'e katlanan döviz borçlarını²⁴ (kredi borçlarını) ödeyemez duruma düşmüşlerdir. Bu amaçla başlatılan icra takipleri neticesinde % 30- 40 civarında bir faizle kredi kullanmış olan işletmeler birden bire % 200-300'lere varan faiz oranları ile kat edilmiş kredi borçları ile karşı karşıya kalmış ve bir çok işletme bu takipler neticesinde, ekonomik hayattan silinmişlerdir. Nitekim, uzlaşma ve yeniden yapılandırma kültürü ve yeterli mevzuatı olmayan ülkemizde, bankalar ve kredi kuruluşları uzlaşmaya yanaşmamışlardır. İşte tüm bu yaşananlar ve doğurduğu ağır sonuçlar, kamuoyunda “İstanbul Yaklaşımı” diye bilinen bir çalışmanın (projenin) gündeme gelmesine yol açmıştır. İstanbul Yaklaşımı da, bir yeniden yapılandırma prosedürü olarak uzun tartışma ve görüşmeler neticesinde hayata geçirilmiş olup, “kalıcı ve geniş kapsamlı”²⁵ temel bir düzenlemeye olan ihtiyacı giderememiştir. Bu yöntem de, 30.01.2002 tarihli ve 4743 sayılı “Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” kapsamında BDDK tarafından çıkarılan yönetmelik çerçevesinde TBB

²²Ejder Yılmaz, “4949 ve 5092 Sayılı Kanunlarla İflas Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler”, İcra İflas Kanununda Değişiklikler Seminerine sunulan tebliğ, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını,İstanbul 2004,s.94.

²³www.tcmb.gov.tr, (10.05.2001).

²⁴Necmettin Öztumur,“İstanbul Yaklaşımı Bir Yaşında”, Tekstil İşveren Dergisi,S.277, Ocak 2003,s.10.

²⁵Aksoyoglu,s.122.

tarafından hazırlanacak çerçeve anlaşmaların gerekli imzalar tamamlandıktan sonra BDDK tarafından onaylandığı tarihten itibaren üç yıl içinde finansal yeniden yapılandırma sözleşmesine bağlanması gerekmektedir.²⁶

İstanbul Yaklaşımı, ödeme gücü içinde ve fakat yaşama kabiliyeti olan işletmelerin yaşamasını temin etmek için, bu işletmenin alacaklılarıyla varacağı uzlaşma esasına göre borçlarının yeniden yapılandırılmasını sağlayacak iyimser bir girişim olarak kabul edilmelidir. Ancak sistem, sadece, belirli tarihten önce kullanılmış kredileri yeniden yapılandırmak üzere tesis edilmiş olması nedeniyle geçici bir nitelik taşımaktadır. Ayrıca, sistemin işleyişi alacaklı kurumların insiyatifine bırakılmış olup, gönüllülük esasına dayanmaktadır. Sisteme başvuru prosedürü son derece karmaşık olup, sistem içerisinde birden fazla birime yer verilmiştir. Ayrıca, bu birimler, alacaklı ile borçlu arasındaki uzlaşmaya çok fazla müdahale edebilmektedir. Yine, kanunda ve çerçeve anlaşmada yer alan ifadeler belirsizlikler taşıdığı gibi, hukukilik vasfına da haiz değillerdir. Söz konusu mahsurları nedeniyle, İstanbul Yaklaşımı, kendisinden beklenen amacın gerçekleşmesini de tam olarak sağlayamamıştır. Nitekim, Bankalar Birliğince kamuoyuna açıklanan Aralık 2004 raporu sonuçlarına göre; yürürlüğe girdiği tarihten bu güne kadar, finansal yapılandırma kapsamına alınan toplam firma sayısı 327 olup, bunlardan 217'si Büyük ölçekli ve geri kalan 110 firmada KOBİ(Küçük ve Orta Ölçekli Firma)dır. Bu çerçevede, toplam 5.milyar 709. Milyon dolarlık borç yeniden yapılandırılmıştır.²⁷ Bütün bu nedenlerle, İstanbul Yaklaşımını, ödeme gücü içindeki işletmelerin borçlarının yeniden yapılandırılmasına yönelik geçici süreli bir uzlaşma modeli olarak tanımlamak mümkündür.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ülkemiz ekonomisinin tekrar toparlanmasına duyulan ihtiyacın aciliyeti ve uluslararası kredi kuruluşlarına olan muhtaciyetimiz sonucu, IMF ve Dünya Bankası, hükümet nezdinde baskı yaparak, bir an evvel İcra ve İflas Kanunumuzda bir takım değişikliklere gidilmesinin ve özellikle ABD'de uygulanan Chapter 11 benzeri bir yeniden yapılandırma müessesesine olan ihtiyacın gerekliliğinin vurgulamışlardır. İşte, gerek 4949 sayılı Kanun gerekse çalışmamızın konusunu oluşturan "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması" kurumunu İflas Hukukumuzda dahil eden 5092 sayılı Kanun, yukarıda belirtilen bu toplumsal süreç sonrasında ve son bölümde ayrıntısıyla incelenecek olan Amerikan İflas Kanunun "Reorganization" başlıklı 11. Bölümünde yer verilen ve kamuoyunda "CHAPTER 11" diye adlandırılan yeniden örgütlenmesi sistemi örnek alınarak varlık kazanmıştır.

²⁶ Aksoyoğlu, s.120.

²⁷ www.tbb.org.tr, (12.01.2005).

BİRİNCİ BÖLÜM

İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRMA VE KARŞILAŞTIRILMASI

1. SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLU İLE YENİDEN YAPILANDIRILMASI

1.1. GENEL OLARAK

Çalışmamızın konusunun teşkil eden "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması" 5092 sayılı Kanun ile İcra İflas Kanunumuza dahil edilmiş bir kurumdur. Bu kurum ile ödeme güçlüğü içinde bulunan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin alacaklıları ile uzlaşarak borçlarını ve gerekiyorsa, buna bağlı olarak yapısal organizasyonlarını koşullara adapte etmek suretiyle faaliyetlerine devam etmeleri amaçlanmıştır.¹

Bu Kanun'un İcra ve İflas Kanunu'na eklenen 309/ü maddesi ile yürürlüğe konulması öngörülen "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik" de Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanarak, 17.04.2004 tarih ve 25436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

İşletmelerin alacaklılarıyla uzlaşarak, borçlarını ve hatta yönetim yapılarını yeni koşullara adapte etmeleri suretiyle, iflastan kurtulmasına ve ekonomik faaliyetlerine devam etmelerine imkan sağlayan hukuki kurum, "uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma"² kurumudur.

Öğretide, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın, konkordatonun bir türü olduğunu ileri sürenler³ olmuşsa da, kanımızca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma da konkordato gibi bir iyileştirme yöntemi olmasına rağmen, konkordatonun bir çeşidi değildir. Zira, bir çok yönden konkordatodan ayrılmaktadır. En önemli ayırım ise, konkordatoda borçlunun borçlarının vadesini veya ödeme miktarını değiştirmek gibi tedbirler ile borçlarının yeniden yapılandırılması esas iken, uzlaşma

¹ 5092 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi,

² Hakan Pekcamtez/Oğuz Atalay/Meral Özkan Sungurtekin /Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.431.

³ Sema Taşpınar Ayyavaz, İcra - İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.293.

yoluyla yeniden yapılandırmada da bu yöntemler kullanılabilir, ancak burada asıl hedef, işletmenin yapısal ve finansal olarak yeniden yapılandırılmasıdır, borçlarının değil.⁴ Öyle ki, her ne kadar yeniden yapılandırma kurumuna başvurabilmek için sermaye şirketi veya kooperatif olmak gerekse de, yeniden yapılandırma projesinin, borçlunun işletmesinin kısmen veya tamamen devri, diğer bir şirket veya şirketle birleşmesi gibi yöntemleri içerebilecek olması nedeniyle, aslında tüzel kişiliğin kendisinde de bir değişiklik olacaktır ve birleşme öngörülürse, birleşmeden sonra başka bir ünvanla devam edilebilecektir. Böylece de aslında, başvuruyu yapan tüzel kişilik o ticaret ünvanıyla ortadan kalkabilir. Bu da, yeniden yapılandırmanın sujesinin aslında şirket olmayıp, işletme olabileceğini göstermektedir.⁵

5092 sayılı Kanununun 8.maddesi ile İcra ve İflas Kanunumuza eklenen “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” kurumu, genel olarak, kanunda belirtilen mali durumda bulunan bir sermaye şirketi veya kooperatifin, mahkemeye başvurmadan önce müzakere edilmiş ve projeden etkilenen alacaklılar tarafından gerekli çoğunlukla kabul edilmiş olan bir yeniden yapılandırma projesi ile birlikte şirket (muamele) merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesine başvurması ve başvurudan sonra mahkemenin tasdiki ile mahkemenin denetiminde yürütülen bir kurumdur.

Yani sistem, özellikle uzlaşmayı kabul etmemiş alacaklıların menfaatini koruma açısından mahkeme denetiminde -belli bir aşamadan sonra- işler şekilde düzenlenmiştir.⁶ Mahkemeye bu kurumdan yararlanmak üzere başvuracak borçlu şirketin tüm alacaklıları ile uzlaşmak zorunluluğu yoktur. Borçlu, sadece proje ile yeniden yapılandığı alacaklıların sahipleri olan alacaklılarla uzlaşacaktır.

Burada dikkati çeken bir husus ise, bu yeniden yapılandırma yöntemi, önce mahkeme dışında başlamakta, yani borçlu alacaklıları ile uzlaşmayı sağladıktan sonra, mahkemeye başvurmaktadır. Oysa Amerikan Hukukunda yeniden yapılandırmanın anlatıldığı bölümde inceleneceği üzere, orada sistem mahkemeye başvuru ile başlamakta ve uzlaşma süreçleri de mahkemenin denetiminde gerçekleşmektedir. Zira, rehabilitasyon usullerinin mutlaka olması gereken şartlarından birisi, ilk önce alacaklılar arasında cereyan edecek olan yarışı durdurmak, borçluya bir nefes alma imkanı vermek ve bu sürede de müzakereleri gerçekleştirmektir. Burada ise belirtilenin tam tersi söz konusudur.⁷

Amerika’da süreç, borçlunun mahkemeye başvurması ile başladığından ve o sisteme özgü bir özellik olarak başvurudan itibaren otomatik bir takip ve dava yasağı devreye girdiğinden, alacaklıların borçlu ile uzlaşmaktan başka seçenekleri kalmamaktadır. Bizdeki sistemde, uzlaşma mahkeme dışında başladığı için, borçlu uzlaşma süreci içinde herhangi bir yasal tedbirden (takip yasağı gibi)

⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.431-432.

⁵ Oğuz Atalay, “Yeniden Yapılandırma Projesi”, İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması Semineri, İTO Yayını, İstanbul, 2004 s.24,(Seminer).

⁶ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, 18.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.738.(İcra ve İflas)

⁷ Ali Cem Budak, “Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu’ndaki 5092 sayılı Kanun Değişikliği”, İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri-2, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8 Mayıs 2004’te

yararlanamadığından, alacaklılarının takiplerine maruz kalmaya devam edecek ve bu nedenle, borçlunun tüm bu uzlaşma çabaları, büyük bir olasılıkla mahkemeye başvurmadan yok olacaktır.⁸ Bu sorun daha sonra, iki sistemin karşılaştırılması bölümünde tekrar inceleneceğinden şimdilik bu kadar değinmekle yetiniyoruz.

Ayrıca, uzlaşma esasına dayalı bu kurumun uygulamada ne kadar gündeme geleceği veya borçluların ne kadar bu kuruma başvuracakları tartışılabilir. Zira, uzlaşma bir kültür sorunudur. Uzlaşabilmek için diğer yollara nazaran uzlaşmanın daha akıllıca ve daha emin bir yol olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Ayrıca, uzlaşma niyetinin varlığı ve uzlaşmaya hazır ve istekli olmak da çok önemlidir.⁹ Bizim kültürümüzde ise uzlaşmadan ziyade güvence esastır ve uzlaşmak üzere masaya oturulmasına rağmen, müzakerenin her safhasında bir sonraki safha güvenceye alınmaya çalışılır.¹⁰

Kısaca özetlediğimiz bu sürecin her bir adımında yer alan aktörler ve izlenecek prosedür ile ilgili detaylar ise aşağıda her bir başlık altında ayrıca açıklanacaktır.

1.2. YENİDEN YAPILANDIRMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.2.1. Maddi Hukuk Bakımından Hukuki Niteliği

İcra ve İflas Kanunumuza 5092 sayılı Kanun ile dahil edilen uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun “hukuki niteliği” ile ilgili olarak, kurumunu yeniliği ve hakkında yazılmış eserlerin azlığı nedeniyle henüz tam olarak bir değerlendirmeye rastlamak mümkün değildir. Konuya ilişkin olarak bazı yazarlar, yeniden yapılandırmanın tanımını yaparak, konkordatonun bir türü olmadığı gibi, bir kolektif takip ve tasfiye usulü de olmadığını belirtmişlerdir.¹¹ Bunun yanı sıra, öğretilerde ileri sürülen bir görüş ise, yeniden yapılandırma kurumunun konkordatonun bir türü olduğu yönündedir.¹²

Kanımızca, yeniden yapılandırmanın konkordatonun bir türü olduğunu söylemek uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun hukuki niteliğini belirlemek için yeterli olmayacaktır. Zira, konkordato da ayrı bir kurumdur ve konkordatonun hukuki niteliği konusunda da öğretilerde çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Nitekim, yeniden yapılandırmanın konkordato ile karşılaştırılacağı bölümde, konkordatonun hukuki niteliğine ilişkin bu görüşlere değinilecektir.

Sunulan Tebliğ,s.5.(5092 sayılı Kanun)

⁸Sümer Altay, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, II Cilt,Vedat Kitapçılık, İstanbul,2005,s.1280;“bu durumu, yeniden yapılandırma müessesesinin “doğarken ölmesi” olarak nitelemiştir.

⁹ Hakan Pekantez, “Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki ve Uygulanması”,İTO tarafından düzenlenen “İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması” konulu ve 11.05.2004 tarihli seminere sunulan tebliğ, İTO Yayını,İstanbul,2004,s.34.(Seminer).

¹⁰ Konuralp, s.17.

¹¹ Pekantez/Atalay/Sungurtekin/Özkes,s.431.

¹² Taşpınar Ayvaz,s.293.

Öncelikle, yeniden yapılandırmanın bir çok yönüyle konkordatoya benzediğini vurgulamakta yarar görüyoruz. Ancak, yeniden yapılandırmayı konkordatonun bir türü olarak da algılamıyoruz. Yeniden yapılandırma konkordatoya çok benzeyen, buna karşın bazı esaslı yönleriyle de ondan ayrılan kendine özgü bir cebri icra kurumudur.

Yukarıda amacı ve genel olarak özelliği hakkında açıklama yapılan uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun hukuki niteliğinin belirlenmesi de, hukuk teorisi açısından ayrı bir öneme haizdir. Zira, yeni bir kurum olması nedeniyle, kurumunu hukuki nitelemesinin yapılması, uygulamada doğması muhtemel sorunların çözümünde yol gösterici olması, kanunda bırakılan boşlukların doldurulmasında izlenecek yöntemlerin belirlenmesi ve kıyas yapılacak hükümlerin tayininin tespiti nedeniyle önemlidir.¹³

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, mali durumu bozulmuş olan sermaye şirketi veya kooperatifin , alacaklıları ile bir yeniden yapılandırma projesi çerçevesinde anlaşmaları esasına dayalı olarak, şirketin iflastan kurtulmasına ve faaliyetlerine devam edebilmesine imkan tanıyan bir iyileştirme yöntemidir.¹⁴

Bu nedenle, bu tanımdan ve kurumun konkordato ile olan yakınlığından yola çıkarak yeniden yapılandırma kurumunun hukuki nitelendirmesinin de, konkordatodaki görüşler bağlamında incelenmesinin yararlı olacağı kanısındayız. Hukuki nitelik bakımından yeniden yapılandırmanın konkordato kurumu ile karşılaştırılması sırasında, konkordatonun hukuki niteliğine değinileceğinden, burada bu konuda fazla ayrıntıya girilmeyecektir. Ancak, şu hususu belirtmekte yarar görüyoruz ki, konkordatonun hukuki niteliği ile ilgili olarak, öğretilerde ileri sürülen görüşlerin hemen hepsi, 4949 sayılı Kanun değişikliğinden öncesine aittir. Bu nedenle de, konkordatonun tanımında ve hukuki niteliğinde özellikle 4949 sayılı Kanun'dan sonra bazı değişiklikler olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca, burada konkordatoya yönelik olarak ileri sürülen görüşlerden hareket edilirken, esas alınan mahkeme içi adi konkordatodur. Zira, iflas içi konkordato ile malvarlığının terki suretiyle konkordato bir çok açıdan adi konkordatodan ayrılmaktadırlar.

Öncelikle, kurumunun, İcra ve İflas Kanunu'nun konusu olması ve cebri nitelik taşıması nedeniyle, bir cebri icra kurumu olduğu noktasında tereddüt edilmemelidir.

1.2.1.a) Sözleşme görüşü

Kurumun tanımında yer alan “..alacaklıları ile bir yeniden yapılandırma projesi çerçevesinde anlaşmaları” ifadesi nedeniyle ilk bakışta borçlu ve alacaklı arasında yapılan bir sözleşmeyi yani,

¹³ Şakir Balcı, Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s.31. (Yeniden Yapılandırma).

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkes, s.431.

Borçlar hukuku anlamında bir özel hukuk sözleşmesini çağrıtırsa da, bu sözleşmenin Kanunda öngörülen belli koşullarla yapılacak olması ve mahkeme denetiminde yürütülecek olması, mahkemenin tasdikinden sonra geçerlilik kazanacak olması gibi özellikleri nedeniyle, Borçlar Hukuku anlamında bir özel hukuk sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir. Zira, Borçlar Hukukuna hakim olan prensip, gerek tarafların birbirlerini özgür iradeleri ile seçmeleri, gerekse sözleşme içeriğinin taraflarca serbestçe belirlenmesidir. Borçlar Hukuku uyarınca kural olarak, bir sözleşmenin hukuken geçerli olması için karşılıklı icap ve kabulden oluşan irade uygunluğu gerekli ve yeterlidir. Bu sözleşmenin geçerliliği, bir mahkemenin tasdikine tabi değildir. Bütün bu hususlar, yeniden yapılandırma kurumunun esasını oluşturan “uzlaşma” kavramının, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunu bir özel hukuk sözleşmesi olarak algılamaya imkan vermediğini, dolayısıyla da, yeniden yapılandırma kurumunun bir Borçlar Hukuku kurumu olmayıp, bir cebri icra kurumu olduğunu kanıtlamaktadır.

Yine, yeniden yapılandırma projesinin hazırlanması safhasında her ne kadar borçlunun alacaklıları ile bir müzakeresi söz konusu ise de, bir gruptaki bazı alacaklıların muhalefetine rağmen ve hatta müzakereye hiç katılmayan bazı alacaklıların da sadece borçlunun iradesiyle projeden etkilenen alacaklı statüsünde proje ile bağılı olmaları yeniden yapılandırmanın bir özel hukuk sözleşmesi olmadığını göstermektedir. Ayrıca, borçlunun kanuna uygun olarak ve kanun hükümleri uyarınca hazırladığı projeyi (anlaşmayı) yürürlüğe koyabilmesi için, mahkemenin onayının gerekli olması da, yeniden yapılandırmanın özel hukuka dayalı bir sözleşme olmadığını ortaya koymaktadır.

Her ne kadar, anlaşma ile cebriğin zıt kavramlar olması nedeniyle bir arada bulunmayacağı ileri sürülebilse de, varılan anlaşmanın mahkemece tasdikinin gerekli olması ve tasdikten sonra dahi mahkemenin işten el çekmeyerek, anlaşmanın uygulanmasını denetlemesi ve tasdik için kanunda öngörülen koşulların mutlaka gerçekleştirilmiş olmasının aranması gibi nedenlerle, varılan anlaşmanın gönüllü başladığı ve fakat daha sonra cebriyet kazandığı açıktır.

1.2.1.b) Mahkeme Hükmü Görüşü

Yeniden yapılandırmanın bir “mahkeme hükmü” olduğu da ileri sürülemeyecektir. Zira, bu halde de, borçlunun hazırladığı projeye onay veren alacaklıların iradesi göz ardı edilmiş olacaktır. Çünkü, yeniden yapılandırmanın sonuçlarını doğurması için mahkemenin bir tasdik kararı gerekli ise de, mahkemenin bu tasdik kararını verebilmesinin zorunlu şartlarından birisi, yeniden yapılandırma projesinin belli bir alacak miktarına sahip alacaklı çoğunluğunca kabul edilmiş olmasıdır. Kaldı ki, yeniden yapılandırmanın feshinin konkordatonun feshi hükümlerine atf yapılarak düzenlenmiş olması nedeniyle, yeniden yapılandırma projesinde öngörülen şartlara borçlu tarafından uyulmaması halinde yeniden yapılandırmanın feshi'nin mümkün olabileceği ve “bir mahkeme hükmünün ifa yokluğu

sebebiyle feshinin mümkün olmaması¹⁵ nedeniyle, yeniden yapılandırmanın bir mahkeme hükmü olduğu da ileri sürülemeyecektir.

1.2.1.c) Kanuni İşlem Görüşü

Aynı şekilde uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın hukuki niteliği, “kanuni işlem teorisi”¹⁶ esasından hareket edilerek de açıklanamayacaktır. Her ne kadar, yeniden yapılandırma ile gerek borçlu gerekse projeden etkilenenlerin – ki bunların arasında projeye muhalif olanlar da vardır- proje ile bağlı olmalarının nedeni, kanuni bir zorunluluk ise de, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın oluşması ve sonuçlarını doğurmasını hep kanuna dayandırmak, alacaklıların iradesini ve mahkemenin kararını tümüyle göz ardı etmek demektir. Bu nedenle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın bir kanuni işlem olduğu görüşü de temelsiz kalmaktadır.

Bütün bu açıklamalar, yeniden yapılandırmanın özünde bir cebirlik olduğunun ve bir cebri icra kurumu olduğu konusunda tereddüt edilmemesi gerektiğini ortaya koymaktadır.¹⁷

1.2.1.d) Konkordatonun Bir Türü Olduğu Görüşü

Yukarıda da ifade edildiği üzere, doktrinde bir görüş, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın, konkordatonu bir türü olmadığı gibi, külli bir takip ve tasfiye usulü de olmadığını ileri sürerken, başka bir görüş de, konkordatoyu külli bir takip ve tasfiye usulü olarak görmedikleri gerekçesiyle, yeniden yapılandırmanın bir konkordato türü olduğunu ileri sürmüştür.¹⁸

Yeniden yapılandırmanın konkordatonun bir türü olduğunun ileri sürenler, özellikle iflasa çok yakın olmasına rağmen, “malvarlığının terki suretiyle konkordatonun” da bir konkordato türü olarak anılmasını görüşlerine gerekçe yapmaktadırlar. Zira, bu görüşe göre, malvarlığının terki suretiyle konkordato, adi konkordato ile hiçbir benzerliği olmamasına karşın, bir konkordato türü olarak anılabiliyorsa, yeniden yapılandırma da bir konkordato türü olabilecektir, zira, konkordatonun bir türü olarak nitelenmesi için mutlaka bire bir benzeşmesi gerekmemektedir.

Kanımızca belirtilen gerekçe, yeniden yapılandırmayı, konkordatonun bir türü olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Zira, özellikle mahkeme için adi konkordato her ne kadar borçların yeniden yapılandırılması yoluyla şirketin yeniden yapılandırılmasına yol açacak ise de, kapsamı itibariyle, özellikle yüzde konkordatosu söz konusu olduğunda, tasfiyeyi öngörerek bir tasfiye usulü olarak karşımıza çıkabilmektedir.

¹⁵ Siiha Tanrıver/ Adnan Deyneklı, Konkordatonun Tasdiki, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996,s.33.

¹⁶ Tanrıver/Deyneklı,s.33.

¹⁷ Taşpınar Ayvaz,ss.294- 295.

¹⁸ Taşpınar Ayvaz,s.295.

1.2.1.e) Görüşümüz

Kanımızca, konkordato ile uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunu birbirinden ayıran en önemli ve esaslı farklılık, yeniden yapılandırma da, borçların değil, işletmenin yeniden yapılandırılmasının esas olması, bu nedenle işletmenin tüzel kişiliğinin dahi korunmasının gerekmemesi gibi imkanları içermesi nedeniyle, konkordatoya oranla, çok daha geniş kapsamlı olmasıdır.

Buna karşılık, borçlar hukukuna hakim olan sözleşme kavramından hareketle, bunun bir sözleşme olacağını söylemeye imkan yoktur. Yeniden yapılandırmanın bir özel hukuk sözleşmesi olmadığı açıktır. Bu nedenle de, nitelendirmeyi yaparken, Borçlar Hukuku prensiplerinden hareket etmenin yanlış olacağı kanısındayız. Zira, İcra ve İflas Hukukuna özgü bir cebri anlaşma(sulh) olması nedeniyle, bunun özelliklerinin Borçlar Hukuku kuralları uyarınca irdelenip, anlaşma olamayacağını kabul etmenin yanlışlığı daha baştan ortaya çıkmaktadır. Kanımızca her kurum kendi bulunduğu hukuk disiplini içerisinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Borçlu ile alacaklıların uzlaşması esasına dayandığı için bir mutabakattır. Yani bir uzlaşma metnidir. Zira, tarafların karşılıklı fedakarlıkları söz konusudur. Ancak, konkordato için geçerli olan bu görüş, yeniden yapılandırmayı tanımlamakta yetersizdir. Zira, her ne kadar yeniden yapılandırmanın esasını oluşturan proje için bu belirtilenler geçerli ise de, yeniden yapılandırma projesi tarafların gösterdikleri fedakarlıkların yanı sıra çok daha kapsamlı yeniden yapılandırma önerileri içerebilir. Hatta öyle olabilir ki, alacaklıların borçlarının vadesinde veya miktarında herhangi bir değişiklik öngörmeden sadece şirketin bir başka şirkete devri, birleşmesi gibi yöntemler ile, borçların yine aynı vade de ve aynı miktarda ödenmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, yeniden yapılandırmanın da içinde bir müzakere, mutabakat ve fedakarlık içermesine rağmen ve cebri bir sözleşme niteliği taşımasına rağmen konkordatonun bir türü olduğu ileri sürülemez.

Buna karşılık bir külli takip ve tasfiye usulü de değildir. Zira, bu prosedür ile, alacaklıların borçluyu ne cüzi ne de külli olarak takipleri söz konusudur. Aksine, yeniden yapılandırma ile, borçlunun muhtemel takiplerden kurtulması, yani takipleri önlemek amacı güdülmektedir. Bu yönüyle de iflasın yerine ikame edileceğini söylemek mümkün değildir.¹⁹

Bununla birlikte, yeniden yapılandırma kurumu, özellikle 4949 sayılı Kanun'dan sonra değişen konkordato bağlamında konkordatoya benzeyen, ancak, konkordatodan ayrılan esaslı yönü ile, kendine özgü cebri bir yeniden yapılandırma kurumudur.

Kanımızca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma, “şartların gerçekleşmesi halinde olağan cebri icra usullerinin yerini alan”²⁰, projeden etkilenmeyen alacaklıların alacaklarını mevcut haliyle alabilmeleri

¹⁹ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özkes, ss.381-382.

²⁰ Tanrıver, Deynekli, s.33.

nedeniyle kollektif bir takip ve tasfiyeyi içermeyen, konkordatoya benzeyen ve fakat konkordatoya oranla çok daha kapsamlı yöntemleri bünyesinde barındırabilen kendine özgü bir cebri icra yöntemidir.

Bu kurumun tek amacı, borçlu şirketin veya kooperatifin yeniden yapılandırılmasıdır. Borçlunun yeniden yapılandırılmasına imkan sağlamak veya borçluya geçici bir süre ile şans vermek veya buna zemin hazırlamak değildir. Bu nedenledir ki, borçlunun borçlarının yapılandırılmasından çok daha fazla seçeneğe bu kurum imkan vermektedir. Şirketin yeniden yapılandırılması, tüzel kişiliğini değişmesi ile, yani, başka bir kişilikle birleşerek veya nevi değiştirerek dahi mümkündür. Amacı, borçlunun içinde bulunduğu ödeme güçlüğüne alacaklıları ile varılan anlaşma uyarınca çözülmesini sağlayarak, şirketin yeniden yapılandırılmasıdır. Bu da konkordato gibi borçlunun iflastan kurtularak, ekonomik yaşamına devam etmesine imkan tanıyan bir iyileştirme yöntemidir. Ancak, konkordatodan farklı olarak, kullandığı araçlar daha farklı ve kapsamlıdır.

Bu nedenle, yeniden yapılandırmanın konkordatonun bir türü olduğunu belirterek, yeniden yapılandırmanın hukuki niteliğinin yapılmasının yetersiz olacağı kanısındayız. Yeniden yapılandırma kurumu, birçok yönüyle konkordato ile benzerlik gösterse de, konkordatodan ayrılan esaslı yönleri nedeniyle, ayrıca tanımlanması ve nitelenmesi gereken, bir kurumdur.

1.2.2. Usul Hukuku Bakımından Hukuki Niteliği

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma talebini içeren başvuruyu alacak olan mahkemenin yapacağı yargılamanın, usul hukuku bakımından niteliği üzerinde de durmak gerekir. Yukarıda, yeniden yapılandırmanın maddi hukuk bakımından hukuki niteliği açıklanırken belirttiğimiz üzere, yeniden yapılandırma yargılamasının hukuki niteliğine ilişkin olarak da, bu konuda yazılmış eserlerde değinilmemiştir.

Kanımızca, konkordato talebinin yargısal incelemesine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden yola çıkarak, konkordato ile yeniden yapılandırma arasındaki maddi hukuka ilişkin nitelik farkı da göz önüne alınarak, yeniden yapılandırmanın incelendiği yargısal faaliyetin niteliği belirlenebilir. Zira, kurumların benzerlikleri, benzeri mahiyette görüş ayrılıklarının bu kurum için de gündeme gelebileceğini düşündürmektedir. Bu durumda, konkordato yargılamasına ilişkin olarak ileri sürülen, yargılamanın çekişmeli (nizalı) mi, çekişmesiz (nizasız) mi, bir yargılama faaliyeti olacağına ilişkin temel iki görüş, yeniden yapılandırma talebinin mahkemede incelenmesi süresince yapılan yargısal faaliyetin nitelenmesi için de tartışılacaktır.

Kanımızca yeniden yapılandırma talebini içeren başvurunun yapıldığı mahkemenin yapacağı yargısal faaliyet bir çekişmesiz yargı (nizasız kaza) faaliyetidir.

Öncelikle, gerek nizalı kazanın gerekse nizasız kazanın özel hukuka ilişkin olaylarla meşgul olması nedeniyle, bunları ayırmanın her zaman çok kolay olmadığını ifade etmek gerekir.²¹ Buna rağmen öğretide, her iki yargısal faaliyeti ayırmak için çeşitli kıstaslar öngörülmüştür. Ancak bu kıstasların hiçbirisi tek başına bu konuda kesin bir ölçü vermemektedir. Bu nedenle de, her bir kıstasın gösterilen faaliyete ayrı ayrı uygulanması ile²², yani yeniden yapılandırma yargılamasına uygulanması ile, yargılamanın nizalı kazaya mı yoksa nizasız kazaya mı ilişkin olduğunu tespitte çalışacağız.

Nizasız kazayı, nizalı kazadan ayıran en önemli kriter, “niza yokluğu”, “ihtilaf-çekişme” yokluğudur.²³ Yani, çekişmesiz yargıya tabi işlerde, ilgililer arasında bir ihtilaf-çekişme, uyuşmazlık yoktur. Mahkeme, ilgililer arasında bir ihtilaf hakkında karar vermemektedir.²⁴ Başka bir deyişle buna, “hasım yokluğu” kriteri de denmektedir. Buna karşılık, ihtilaf yokluğu kriteri başlı başına, bir faaliyeti nizasız kaza olarak nitelenmek için yeterli olmayabilir. Zira, medeni yargıya dahil olan bazı işler ihtilaf ihtiva etmelerine rağmen, çekişmesiz yargıya tabidirler ki, bunu bize, nizasız kazayı tespitte kullanılan diğer kriterler göstermektedir.²⁵ Bazen de, ihtilaf yokluğu kriteri nedeniyle nizasız kazadan sayılan bir işi, ilgililerin müdahale ve itirazları ile nizalı kaza haline gelebilmektedir.²⁶

O halde, başlı başına ihtilaf yokluğu kriteri yeterli olmayacağı gibi, bu kriterin gerçekleşmemesine rağmen, hala nizasız kaza olarak nitelenebilecek yargısal iş ve faaliyetler de söz konusu olabilecektir. Bu durumda diğer kıstaslardan hareket edilecektir. Bir işin nizasız kaza olduğunu gösteren diğer bir kriter ise, subjektif hak yokluğudur. Yani, ilgililerin özel hukuk kişilerine karşı ileri sürebilecekleri subjektif haklarının bulunmadığı işler(ihtilafli olsalar bile), subjektif hakkın yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargıya tabidirler.²⁷

Bundan başka, hakimin re’sen harekete geçmesi gereken bütün işler, resen harekete geçme kıstasına göre çekişmesiz yargıya tabidir. Dolayısıyla, bu kıstas ta, bir işin çekişmeli mi yoksa çekişmesiz mi yargıya tabi olduğunu gösterecektir.²⁸

Yine, çekişmeli kaza ile çekişmesiz kaza için hukukumuzda ayrı bir kanun olmadığını ve her iki yargısal faaliyetin de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca yapıldığını belirtmek gerekir.²⁹ Ancak, çekişmesiz yargı da basit yargılama usulü uygulanır. Nizasız kazaya ilişkin kararlara karşı kanun yolları bir birlik arzetmese de, genel olarak temyiz yolu açıktır.³⁰ Ancak, nizasız kazaya ilişkin işlerde verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden,³¹ yargılamanın iadesi

²¹ **Saim Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, 5.Bası, Yaylacık Matbaası,İstanbul,1992,s.32.

²² **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s.32.

²³ **Üstündağ**, Medeni Yargılama,s.32; **Baki Kuru, Ramazan Arslan,Ejder Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995,s.61(Medeni Usul); **Oğuz Atalay**, Borca Batıklık ve İflası Ertenmesi,Güncel Hukuk Yayınları,İzmir,2006, s.56, (Borca Batıklık).

²⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medeni Usul,ss.61-62.

²⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**,Medeni Usul,s.62.

²⁶ **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s.32'den **Baki Kuru**, Nizasız Kaza,s.41.

²⁷ **Kuru/ Arslan/Yılmaz**,Medeni Usul,s.62 ; **Atalay**, Borca Batıklık, s.56.e

²⁸ **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s.33; **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, Medeni Usul,s.62.

²⁹ **Üstündağ**,Medeni Yargılama,s.33;**Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medeni Usul,s.63.

³⁰ **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s.34.

³¹ **Üstündağ**,Medeni Yargılama,s.34 ; **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, Medeni Usul,s.653.

mümkün değildir. Buna karşılık, verilen karar sonradan haksız görüldüğü takdirde veya kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle tadil edilebilecek, değiştirilebilecektir. Yine, çekişmesiz yargıya tabi bir iş hakkında karar verilmiş ve bu karar aleyhine kanun yoluna müracaat edilmiş de olsa, karar, yine de kesin hüküm teşkil etmez ve değiştirilebilir.³² Çekişmesiz yargı işleri, herhangi bir davaya bağlı olmaksızın tek başına mahkemeye başvurulabilecek işlerdir.³³

Bütün bu kriterlerden yol çıkarak yeniden yapılandırma talebine ilişkin yargısal faaliyetin nizasız kazaya tabi olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki, öncelikle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma talebi, borçlu tarafından mahkemeye bir başvuru ile yapılmakta olup, bu davada hasım, yani bir ihtilaf söz konusu değildir. Dolayısıyla da ihtilaf konusu olan bir subjektif hakkın varlığından söz edilemez. Her ne kadar yeniden yapılandırmanın incelenmesi sürecinde, projeden etkilenen alacaklılara itiraz hakkı tanınmışsa da, sadece bu itiraz hakkının tanınması, yeniden yapılandırma yargılamasını çekişmesiz yargıdan çıkarıp çekişmeli yargıya dahil etmeyecektir. Aksi halde, bir işin çekişmeli yargıya girmesi tamamen tesadüfe ve alacaklıların iradesine bırakılmış olur ki, bu sonuç kabul edilmez.³⁴ Nitekim, itiraz ile ihtilaf yaratılmış olsa da, bir iş, “ihtilaf yokluğu kriteri” dışındaki bir kriter nedeniyle nizasız kaza sayılıyorsa, sadece prosedürün devamı sırasında ilgililerin itiraz ve müdahalesi ile nizalı bir iş haline gelmez³⁵ ve işe, yine nizasız kaza prosedürü uygulanır.³⁶

Ayrıca, kanun yolunun tanınmış olması da yeniden yapılandırma incelemesini çekişmeli yargıya tabi kılmayacaktır. Zira, çekişmesiz yargıya tabi, yani maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen işlerde de temyiz yolunun genel olarak kabul edildiği yukarıda belirtilmişti. Ayrıca kanun, hem tasdik, hem de red kararına karşı kanun yolunu açık tutarak, mahkeme kararından hukuki durumu etkilenen ilgililere bu durumu düzeltmeleri için bir imkan tanımaktadır.³⁷ Yine burada, belki, itiraz ile bu ihtilafın çekişmeli hale geldiği ve bu itiraz üzerine verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmiş olacağı ve bu nedenle de yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği ileri sürülebilir.³⁸ Ancak, kanımızca yeniden yapılandırma talebi üzerine verilen karara karşı, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz. Zira, kaldı ki, bu karara karşı tashihi karara dahi gidilemeyecektir. Ayrıca, yeniden yapılandırmanın feshinin, konkordatonun feshine atıf yapılarak düzenlenmiş olması ve feshe ilişkin hükümler nedeniyle, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacaktır. Zira, yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığı halinde, alacaklılar yeniden yapılandırmanın feshini talep edebilecekleri gibi, yeniden yapılandırmanın tadili ve ihlali hükümlerine de başvurabileceklerdir. Nitekim, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilememesi de, yeniden yapılandırmaya ilişkin kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen bir çekişmesiz yargı kararı olduğunu teyit edecektir.³⁹

³² Üstündağ, Medeni Yargılama, ss.34-35.

³³ Atalay, Borca Batıklık,s.56.

³⁴ Ömer Ulukapı, Konkordatonun Feshi, Mimoza Yayınları, Konya,1998 ,s.74’den Kuru, Nizasız Kaza,s.42.

³⁵ Üstündağ, Medeni Yargılama, s..32’den Kuru, Nizasız Kaza, s.42 ; Ulukapı,s.74.

³⁶ Üstündağ, Medeni Yargılama,s.32.

³⁷ Ulukapı,s.75.

³⁸ Tanrıver/Deynekli,ss.160-161.

³⁹ Ulukapı,s.75; Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul,s.653; Baki Kuru, İflas ve Konkordato Hukuku, Tıpkı Basım, İstanbul, 1992,s.482,dn.237, (İflas ve Konkordato).

Yeniden yapılandırma talebi üzerine verilen red kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Zira, bu talebi reddedilen bir borçlu, borca batık değilse, ödeme aczi içinde de değilse, örneğin sadece yakın bir gelecekte bu durumlardan birisinin içine düşme ihtimali var ise, fakat, mahkemenin tasdik için re'sen araştıracağı şartlar gerçekleşmediğinden talebi reddedilmiş olabilir. Bu haldeki bir sermaye şirketi de daha sonra, daha farklı bir yeniden yapılandırma projesini alacaklılarına kabul ettirerek, tekrar yeniden yapılandırma talebinde bulunabilir. Buna bir engel yoktur. İşte bu durum dahi, yeniden yapılandırma yargılamasının sonucunda verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğini göstermektedir.⁴⁰

Ayrıca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma yargılamasının, basit yargılama usulüne tabi olması, tasdik şartlarının oluşup oluşmadığının re'sen araştırma prensibine göre incelenecek olması ve temyizinin dahi ivedilikle yapılacak olması nedeniyle de, çekişmesiz yargıya tabi olduğu açıktır. Nitekim, mahkemenin bu incelemeyi, kurumun amacına uygun olarak, altmış gün gibi kısa bir sürede yapması gerekmesi de, yeniden yapılandırmanın çekişmesiz bir yargısal faaliyet olduğunu göstermektedir.

1.3. YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN HAZIRLANMASI VE İÇERİĞİ

1.3.1. Yeniden Yapılandırmaya Başvurmaya Yetkili Olanlar

İcra ve İflas Kanununun 309.maddesinde belirtildiği üzere uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya ancak sermaye şirketleri veya kooperatifler başvurabileceklerdir. Burada dikkati çeken husus, iflasın ertelenmesi veya konkordatoda olduğu gibi, alacaklıların bu prosedüre başvurmalarına imkan tanınmamış olmasıdır. Ayrıca, konkordatodan farklı olarak bütün borçluların başvurusuna da açık değildir.

Bu kuruma başvurunun sadece borçluya tanınmış olması, yeniden yapılandırmanın borçlu yararına getirilmiş bir düzenleme veya lütuf olarak algılanmasına sebep olabilecektir. Ancak, sistem ile öncelikle borçlu işletmeyi iflastan kurtarıp yeniden yapılandırarak ekonomik yaşamına devam imkanı sağlayarak, sonuçta alacaklıların ve tüm toplumun yarar sağlamanın amaçlandığını göz ardı etmek mümkün değildir.

Buna karşılık, başvurunun sadece borçluya tanınmış olması, sisteme borçlu inisiyatifinin en azından başlangıçta hakim olduğunu göstermektedir.⁴¹

⁴⁰ Kuru, İflas ve Konkordato,s.479.

⁴¹ Taşpınar Ayvaz,s.297.

Her ne kadar kanunda bir açıklık yok ise de, başvuruda bulunacak olan, sermaye şirketi veya kooperatifin yetkili organı olmalıdır. Çünkü bu şirketlerin alacaklıları ile uzlaşmasının hüküm ifade edebilmesi için tüzel kişiliğin uzlaşması gerekir. Tüzel kişiliğin uzlaştığından bahsedebilmek için, yani bu başvurunun tüzel kişiyi bağlayacağını söyleyebilmek için, bunun tüzel kişiliği idare ve temsile yetkili organı tarafından yapılması gerekir. Yoksa, pay sahiplerinin veya genel kurulun bu şekilde bir uzlaşma sağlamaları, şirketi bağlamayacaktır. Nitekim, başvurma yetkisinin, şirket veya kooperatifin temsile yetkili organına ait olduğu öğretide de ileri sürülmüştür.⁴²

Yine, bu kuruma bankalar ve sigorta şirketlerinin başvurması da mümkün olmayacaktır(m.309/t,II). Bu düzenleme isabetli olmuştur. Zira, bankalar ve sigorta şirketleri hakkında kendi özel kanunları uygulanmaktadır.⁴³

1.3.2. Başvurma Koşulları

İİK m.309/m'e göre; bir şirketin (veya kooperatifin) yeniden yapılandırma hükümlerinden yararlanabilmesi için, muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olması veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyecek olması yada bu hallerden birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, yeniden yapılandırmadan yararlanma talebinde bulunacak şirketin veya kooperatifin üç farklı mali durum içerisinde bulunabileceğini öngörmüş ve Yeniden Yapılandırma Yönetmeliği ile de, bu mali durumların tespitinin nasıl yapılacağına ilişkin açıklamalar getirmiştir. Buna göre;

-Borçlunun muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olmasının tespitinde, borçlunun borçlarını ödeyememesi veya borçlarını muaccel olduğunda ödeyemeyeceğinin anlaşılması ve yeniden yapılandırmaya gidilmediği takdirde bu hallerin devamlılık arzedecek olması esastır(yyy.m.3,III).

-Mevcut ve alacakların borçları karşılamaya yetmemesi durumunun tespitinde ise, borçlunun mevcutlarının muhtemel satış değerleri üzerinden müaccel veya şarta bağlı borçları da göz önünde bulundurularak yeminli mali müşavir tarafından hazırlanmış ara bilanço, nakit akış tablosu ve diğer değerlendirme belgeleri esas alınacaktır(yyy.m.3,IV).

-Borçlunun bu hallerden birisi içinde olmamasına rağmen, bu hallerden birine düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasının kuvvetle muhtemel olması ise, yakın zamanda ve kaçınılmaz suretle gerçekleşmesi ihtimaline göre tespit edilecektir(yyy.m.3,VI).

Görüleceği üzere, Kanun koyucu bu hükümlerden yararlanma koşulunu son derece geniş düzenlemiş olup, şirketin mutlaka ödeme aczi içinde olmasını veya borca batık olmasını aramamıştır. Zira,

⁴² Taşpınar Ayvaz, s.297.

⁴³ Deliduman, s.48.

kanunda sözü edilen ilk hal, yani muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olmak, teorik açıdan ödeme aczini ifade ederken, mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmeyecek olması ise, şirketin borca batıklığını göstermektedir. Üçüncü hal ise, şirketin belirtilen bu iki mali durum içerisinde olmamakla beraber, bu hallerden birisi içine yakın bir gelecekte düşme tehlikesinin kuvvetle muhtemel olmasıdır.

Yeniden yapılandırma kurumundan yaralanabilmek için kanunda belirtilen bu üç hali yani, ödeme aczi ve borca batıklık hali ile bu hallere düşme tehlikesi içinde bulunmayı ayrı ayrı incelemek ve aralarındaki farka değinmek, kanunun ifadesinin daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

1.3.2.a) Ödeme Aczi (Ödeme Güçlüğü, Aciz Hali):

Borçlunun muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olması demek borçlunun aciz halinde olması demektir. Zira, aciz halinde bir şirket, muaccel borçlarını, ödeme araçlarındaki geçici olmayan yani sürekli bir yoksunluk sebebiyle karşılayamamaktadır.⁴⁴ Ödeme güçlüğü yani, ödeme aczi içerisindeki şirket, genel ve süreklilik arzeden bir likitide sorunu yaşamaktadır.⁴⁵ Öğretinin yapmış olduğu bu tespitler, kanundaki ifadenin ödeme aczi anlamına geldiğini gösterdiği gibi, yeniden yapılandırma yönetmeliğinde söz konusu mali durumun tespitinin nasıl yapılacağına ilişkin getirilen açıklamaların da yersizliğini göstermektedir. Kaldı ki, yönetmeliğin ilgili maddesinde ödeme aczinin tespiti için sözü edilen, “borçlarını muaccel olduğunda ödeyemeyecek olması” kriteri ödeme aczinin teorik tanımı açısından hem de kanunda yer alan ödeme aczi içine düşme tehlikesinin kuvvetle muhtemel olmasına ilişkin düzenlenen 3.hal nedeniyle manasızdır.

1.3.2.b) Borca Batıklık

Kanunda “mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen” şeklinde ifade edilen durum ise, ödeme aczinin ileri aşaması olup, borca batıklığı ifade etmektedir. Nitekim, bilindiği üzere, aciz hali ile borca batıklık hali aynı durumları anlatmamaktadır. Borca batıklıkta şirketin aktifleri “muaccel olsun olmasın şirketin bütün borçlarını” karşılamaya yetmemektedir.”⁴⁶ Bir şirketin borca batık olması genellikle başlamış ve devam ede gelen ödeme aczinin ileri bir aşamasıdır. Kaldı ki, borca batıklık, İİK m.179.uyarınca zorunlu bir iflas nedeni olarak düzenlenmiştir. Bir şirkette kimi zaman borca batıklık ile aciz hali beraber bulunabilir ancak, birinin diğeri olmadan gerçekleşmesi de, birbirinden olan bağımsızlığının bir göstergesidir.⁴⁷ Nitekim yönetmelikte, borca batıklığın; “borçlunun mevcutlarının muhtemel satış değerleri üzerinden müaccel veya şarta bağlı borçları da göz önünde bulundurularak yeminli mali müşavir tarafından hazırlanmış ara bilanço, nakit akış tablosu ve diğer değerlendirme belgeleri esas alınarak tespit edileceği belirtilmiştir(yyy.m.3,IV). Ancak, burada

⁴⁴ Atalay, Borca Batıklık,s.7.

⁴⁵ Taşpınar Ayvaz,s.298.

⁴⁶ Atalay,Borca Batıklık,s.7.

⁴⁷ Atalay,Borca Batıklık,s.7.

unutulmaması gereken husus, sermaye şirketlerinde borca batıklığı tespit ederken, aslında pasifte görünen bir çok unsurun borca batıklığın tespitinde dikkate alınmayacak olmasıdır. Zira, sermaye, yedek akçeler, yenileme, yardım ve hayır işleri için ayrılmış fonlar şirket pasifinde olmasına rağmen, borca batıklık bakımından şirketin borçları olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle de, borca batıklığını tespitinde, şirketin üçüncü kişilere olan borçlarının pasif olarak değerlendirilmesi ve aktifin pasifi karşılayıp karşılamadığının bu şekilde tespit edilmesi gerektiği öğretide ifade edilmiştir.⁴⁸

1.3.2.c) Ödeme Aczi veya Borca Batıklığa Düşme Tehlikesinin Kuvvetle muhtemel Olması

Yeniden yapılandırma yoluna başvurabilmek için, borçlunun içinde bulunması öngörülen mali durumlardan birisi de, borçlunun ödeme aczi içinde veya borca batık olmamasına rağmen, bu hallerden birine düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasının kuvvetle muhtemel olmasıdır. Bunun tespiti de, yakın zamanda ve kaçınılmaz suretle gerçekleşmesi ihtimaline göre yapılacaktır (yyy.m.3,VI).

Görülebileceği üzere, burada aslında net ve somut bir durumun varlığının tespitinden ziyade, bir olasılık tespiti söz konusudur. Bu olasılık ise, borçlunun mali durumunun incelenmesinde, borçlunun yakın bir zamanda ödeme aczi veya borca batık hale düşmesinin kuvvetle muhtemel olacağına ilişkin bir öngörüdür. Bu husus, muğlaklığı nedeniyle eleştirilmeye müsait olsa da, böylesine bir durumun ortaya çıkması ihtimalinin çanlarının çalıyor olması halinde de yeniden yapılandırmadan yararlandırmaya imkan tanınmış olmasının olumlu olduğu kanısındayız. Zira, borçlunun içinde düştüğü mali durum ağırlaştıkça, borçlunun yeniden yapılandırılması da zorlaşmaktadır. Bu nedenle sistemden yararlanmanın bu derece geniş düzenlenmiş olması kanımızca olumludur. Nitekim, bilindiği üzere Amerikan Hukukunda borçlunun herhangi bir mali güçlük içinde olması dahi aranmamıştır.

Söz konusu olasılığın tespiti de şirket kayıtlarında yapılacak bir mali analizi gerektirecektir. Ancak burada “yaklaşık ispat” veya “gerçeğe yakınlık ispatı”⁴⁹ ile yetinilecektir. Nitekim, iflasın ertelenmesi kurumunda borçlu şirketin iyileşme ümidinin varlığının tespitinde de yaklaşık ispat yeterli kabul edilmektedir.⁵⁰

Öğreti de bu durumun gözlenmesi ve tespiti ile ilgili olarak; borçlunun yakın bir tarihte muaccel olacak yüksek miktarlı bir borcunun varlığı, yine büyük rakamlarda vergi veya prim borçlarının gündeme gelebileceği ihtimali veya yakın bir gelecekte yüksek bir davanın kaybedilmesi olasılığının

⁴⁸ Atalay, Borca Batıklık, s.6.

⁴⁹ Taşpınar Ayvaz, s.300

⁵⁰ Atalay, Borca Batıklık, s.88; Selçuk Öztekin, “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, S.53, 2005, s.43; Muhammet Özkes, “İflasın Ertelenmesi”, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, Eylül 2005, Yıl.3, S.33, s.3272.

varlığı gibi hususlar örnek olarak verilmiştir.⁵¹

Bu yönüyle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, konkordato kurumuna oranla sermaye şirketleri için daha elverişli bir yöntemdir. Zira, konkordato talebinde bulunabilmek için şirketin ödeme aczi içinde olması gerekmektedir, yine, iflasın ertelenmesi kurumundan yaralanabilmek için ise şirketin borca batık durumda olması zorunlu iken, yeniden yapılandırmada ise henüz mevcudu ve alacakları borçlarını karşılamaya yeten, ancak, ileride yetmeme tehlikesi ile karşılaşma ihtimali kuvvetle muhtemel olan bir şirket dahi bu hükümler uyarınca mahkemeye başvurarak yeniden yapılandırma talebinde bulunabilecektir. Ancak, bu kurum ile yeniden yapılandırmadan yararlanacak olanlar tüm borçlular olmayıp, kooperatifler veya sermaye şirketleridir. Dolayısıyla da kapsamı açısından konkordatoya oranla daha dar tutulmuştur. Bu açıdan bakıldığında da, konkordatodan farklı olarak, sadece belli büyüklükteki işletmelerin yeniden yapılandırılması amacına hizmet etmek üzere düzenlendiği ileri sürülebilecektir.⁵²

1.3.3. Yetkili Ve Görevli Mahkeme

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvurma koşullarına haiz sermaye şirketi veya kooperatif, önceden müzakere edilmiş ve kanunda öngörülen çoğunluktaki projeden alacakları etkilenen alacaklılar tarafından kabul edilmiş proje ve kanunda sayılan proje ekinde bulunması gereken belgelerle birlikte, muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvuracaktır.

Burada, asliye ticaret mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin bir yetki olduğundan,⁵³ taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Asliye ticaret mahkemesi bu halde birinci derecede görevli ve yetkili mahkemedir.⁵⁴

1.3.4. Yeniden Yapılandırma Projesinin Hazırlanması ve İçeriği

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma talebinde bulunan şirketin bu talebine, önceden müzakere edilmiş ve projeden etkilenen alacaklılar tarafından kanunda öngörülen gerekli çoğunlukla kabul edilmiş bir yeniden yapılandırma projesini eklemesi kanun gereğidir(m.309/m,I). Bu proje, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma talebinde bulunacak şirket tarafından hazırlanmalıdır.

Finansal durumu bozulmuş ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan yararlanacak olan sermaye şirketi veya kooperatif, bu yeniden yapılandırma projesi ile, işletmesinin bozulan mali durumunu nasıl

⁵¹ Taşpınar Ayyaz,s.300

⁵² Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra ve İflas,s.737.

⁵³ Altay, s.1281.

⁵⁴ Kuru/ Arslan/Yılmaz, İcra ve İflas, s.738.

düzelteceğini, tekrar karlılığa nasıl ulaşacağını, mevcut borçlarını nasıl ödemeyi planladığını, işletmenin yönetiminde veya yapısında herhangi bir değişiklik öngörüp öngörmediğini, hangi finansal kaynakları kullanacağını, küçülmeyi planlayıp planlamadığını, işletmesini yeniden yapılandırılacak olan tüm tedbirleri ve bunları hangi araçlarla sağlayacağını yeniden yapılandırma projesinde belirtecektir.

Bu proje, yeniden yapılandırma kurumunun temeli, merkezidir. Çünkü borçlu ile alacaklıların varacağı uzlaşmanın konusu olması nedeniyle alacaklılarca oylanacak olan ve hakimin tasdik aşamasında incelemesini yoğunlaştıracağı en önemli belge, bu projedir.⁵⁵

Bununla birlikte, borçlunun tüm borçlarını yeniden yapılandırma zorunluluğu yoktur. Borçlu borçlarından bir kısmını proje dışında tutarak, belirlenen vade ve miktarda ödemeyi öngörebilir ki, bunlara “projeden etkilenmeyen alacaklılar” denilmektedir.

Yani, borçlu yeniden yapılandırma projesi ile alacaklıları arasında tamamen serbest olarak bir seçim yapmakta ve iki kategori alacaklı oluşturmaktadır. Bunlardan bir kısmı, borçlunun yeniden yapılandırmayı düşündüğü alacağa haiz olan alacaklılar, diğerleri ise, herhangi bir yapılandırmaya uğratılmadan aynen ve tamamen ödenmesini öngördüğü alacağa haiz alacaklılardır. Burada, dikkati çeken husus, tamamen borçlu insiyatifince belirlenen bu alacaklıların, projeye muhalif kalsalar dahi, projenin gerekli çoğunlukla kabulü ve mahkemece tasdiki sonucunda proje ile bağlı olmalarıdır.

Konkordatoda, borçlu tüm alacaklılar arasında eşit muamele ilkesine göre hareket etmek zorunda iken, yeniden yapılandırma projesinde borçlu alacaklılarını gruplara ayırabilecektir. Bu yönüyle yeniden yapılandırma projesi, konkordato projesinden ayrılmaktadır.⁵⁶ Burada, borçlu sadece her bir sınıf arasında eşit muamele ilkesine uymakla yükümlüdür. Yani, farklı sınıflara borçlunun farklı taahhütlerde bulunması söz konusu olabilecektir. Ancak, kanunumuzda alacaklıların sınıflandırılmaya tabi kılınması bir zorunluluk olarak değil, borçluya bırakılmış bir tercih olarak öngörülmüştür.

Amerikan İflas Kanunu'nun 11.bölümünde de geçerli olan alacaklıların sınıflandırılması imkanı, borçlunun projeyi onay alabilecek şekilde alacaklılarını sınıflandırmasına imkan sağladığından borçlu açısından olumlu bir özellik taşımaktadır.

Ancak, borçlunun her bir sınıf için öngördüğü ödeme planı hakkında diğer sınıfların haberdar olması gerekmektedir. Zira, bir grubun projeyi onaylamadan önce diğer gruba yapılması düşünülen ödemelerden haberdar olması, alacaklıların projenin inandırıcılığa ikna olmalarını ve dolayısıyla da onay vermelerine yardımcı olacaktır.⁵⁷

⁵⁵ Altay, s.1282.

⁵⁶ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özkes, s.433 ; Atalay, seminer,23.

⁵⁷ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özkes, s.433.

Genellikle borçlu, yeniden yapılandırma projesinde, borçlarının vadelerinde ve miktarlarında bazı değişikliklere gidecektir. Bunun yanı sıra, atıl veya verimsiz bir takım birimleri kapatarak şirketi küçültme yoluna gidecek ve hatta bazı işçileri işten çıkaracaktır. Bununla birlikte, bu tedbirlerin tümünü burada saymaya imkan yoktur. Şirketin ve faaliyet konusunun türüne ve şirketin içinde bulunduğu mali darboğazın büyüklüğüne göre öngörülecek yeniden yapılandırma tedbirleri olaydan olaya değişiklik gösterebilecektir.

Henüz mahkemenin devreye girmediği bir süreçte tamamen borçlu tarafından alacaklıları ile yapacağı müzakere neticesinde hazırlanacak yeniden yapılandırma projesi, içermesi zorunlu asgari unsurlar açısından kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Bu asgari unsurların bulunmaması, projenin tasdiki aşamasında, tasdik talebinin reddine yol açabilecektir(m.309/p,I).

Asliye Ticaret Mahkemesine sunularak yeniden yapılandırma talep eden borçlu tarafından hazırlanacak olan proje, İcra ve İflas Kanununun 309/n maddesi uyarınca asgari, aşağıda belirtilecek hususları içermek zorundadır. Ancak, söz konusu asgari proje içeriğini, “projenin alacaklılarla ilgili içeriği”, “borçlu ile ilgili içeriği” ve “projenin uygulanabilirliği ile ilgili içeriği” olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutmanın konunun açıklanmasında daha yararlı olacağı inancıyla, aşağıda üç ayrı alt başlık altında proje içeriğinin asgari unsurları açıklanmaya çalışılacaktır.

1.3.4.a) Projenin Alacaklılarla İlgili İçeriği

-İcra İflas Kanunu m.309/n,I,1’de, projede, projeden etkilenen alacaklıların tabi olacağı koşullar ve benzer alacaklara sahip olan alacaklılar arasında eşitliğin ne şekilde sağlanacağına açıkça belirtilmesi istenmiştir.

Yeniden yapılandırma projesi esas olarak, bütün alacaklıların değil, yalnızca projeden etkilenecek olan, yani borçlunun projeden etkilendirmeyi düşündüğü alacaklıların hukuki durumunu değiştirmeye yönelik bir projedir.⁵⁸ İİK. 309/m maddesinde tanımlandığı üzere; “projeden etkilenen alacaklılar” terimi, yeniden yapılandırma projesi ile alacakları, hakları veya menfaatleri yeniden yapılandırılacak alacaklıları ifade etmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut şekliyle ödenecek olan alacaklar projeden etkilenmeyen alacaklardır.

Borçlunun burada sağlayacağı eşitliğin, sadece aynı sınıftaki alacaklılar arasında tesis edilecek bir eşitlik olduğunu ve bu yönüyle konkordatodan ayrıldığı belirtilmiştir. Zira, konkordatoda alacaklılar arasında mutlak bir eşitlik söz konusu iken, burada, sadece borçlunun alacaklılarını sınıflandırmayı esas aldığı durumda, aynı sınıf içinde sağlanması gereken bir eşitlik söz konusudur. Yani, “borçlu her bir gruba farklı ödeme tekliflerinde bulunabilecektir. Fakat, bu ödemeleri mümkün kılacak finansal ve

⁵⁸ Taşpınar Ayvaz,s.303.

yapısal yeniden yapılandırma yöntem ve tedbirlerine ilişkin kısmı tüm alacaklılar için, grup ayırımı yapmaksızın aynı olmak zorundadır.”⁵⁹

1.3.4.a.i) Projeden Etkilenen Alacaklıların Belirlenmesi

“Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik” in 5.maddesi uyarınca, borçlu, borçlarının yeniden yapılandırılması için kendileri ile müzakere edeceği ve projenin kabulünü oylarına sunacağı alacaklıları ilgili kanun ve yönetmelikte yer alan hükümlere uymak koşulu ile serbestçe belirleyecektir. Borçlunun müzakere etmek üzere davet ettiği ve kendisi tarafından serbestçe belirlediği alacaklılar “projeden etkilenen alacaklılar” dır. Yukarıda, “projeden etkilenen alacaklı” terimi ile, alacağının miktar ve/veya niteliğinde proje ile bir değişiklik öngörülen alacaklıların kastedildiği belirtilmişti.

Yeniden yapılandırma usulünde göze çarpan ve onu konkordatodan ayıran önemli özelliklerden birisi de, borçlunun, yeniden yapılandırmadan yararlandırmayı istediği alacaklılarını tamamiyle kendi arzusuna göre belirleyebilmesidir. Zira, kanun koyucu bu konuda borçluyu serbest bırakmış, herhangi bir kriter öngörmemiştir. Bu halde borçlu, birden fazla alacaklıları arasında kendisi için uzlaşmaya elverişli olanları veya kendisi için yeniden yapılandırılması durumunda yeniden yapılandırmadan başarıyla çıkmasının mümkün olduğunu düşündüğü borçlarını yapılandırmayı tercih edebilecektir. Bu husus, sistemin, borçlu insiyatifine tabi olarak başlatılıp işletildiğinin bir göstergesidir. Kanun koyucunun bu düzenleme tarzından, önceliği borçlu işletmenin mali durumunun düzeltilerek yaşamaya devam etmesine verdiği söylenebilecektir. Bu nedenle, borçlu öncelikle kendi mali durumunun bir analizini yaparak, kimlerle daha kolay uzlaşabileceğini veya kimlerle uzlaşmasının işletmenin geleceği açısından önem taşıdığını inceleyecek ve ona göre projeden etkilendirmeyi düşündüğü alacaklılarını belirleyecektir. Borçlunun müzakerelere davet ettiği alacaklılar, projeden etkilenen alacaklılardır.⁶⁰

Nitekim, “oyun bozanlık eden”, yani sorun çıkarması muhtemel alacaklıların alacaklarını daha baştan ödeyerek, bunları proje dışında tutmayı yeğleyebilecektir.⁶¹ Bu bağlamda borçlunun, 6183 sayılı Kanuna tabi alacaklılarını ve hatta imtiyazlı(m.206) veya rehinli bir alacaklıyı dahi projeden etkilenen alacaklı olarak öngörmesinin mümkün olduğu⁶² ifade edilmiştir ki, kanımızca da kanunda veya ilgili yönetmelikte buna bir engel söz konusu değildir.

Öğretide, borçluya herhangi bir yasal kritere uymak zorunda olmaksızın alacaklılarını projeden etkilendirmek veya etkilendirmemek serbestisinin tanınmış olmasının projeden etkilenen alacaklılar

⁵⁹ Atalay, Seminer, ss.23 - 24.

⁶⁰ Atalay, Seminer,s.25 ; Budak, 5092 sayılı Kanun,s.9.

⁶¹ Budak, 5092 sayılı Kanun, s.8.

⁶² Taşpınar Ayvaz,s.305.

açısından bir eşitsizlik yarattığı ileri sürülmüştür.⁶³ İlk bakışta, kanuni bir temeli olmaksızın borçlunun, karşısında bulunan alacaklıları kendi arzusuna göre projeden etkilendirmesi bir eşitsizlik gibi görünse de, kurumun özü itibarıyla öncelikle borçlu işletmenin kurtarılması amaçlandığından, borçluya tanınan bu serbestinin normal olduğu kansındayız.

Borçlunun, projeden etkilendirmeyi düşündüğü alacaklıları ile benzer alacaklılara sahip olan alacaklıları arasında eşitliği ne şekilde sağladığının belirtilmesi gerekmektedir. Her ne kadar, söz konusu eşitliği sağlamaya yönelik bir yasal kriter öngörülmemişse de, öğretide bu hükmü, “projeden etkilenen alacaklıya, projeden etkilenmeyen alacaklıya yapılan ödemeden daha azını teklif edilemeyeceği”⁶⁴ şeklinde yorumlayanlar olmuştur. Kanımızca ne madde hükmünden ne de madde gerekçesinde belirtilen şekilde bir eşitlikten bahsedilmektedir. Sadece, eşitliğin ne şekilde sağlandığının tespiti istenmiştir. Bu eşitlik, mutlaka ödeme miktarıyla ilgili bir eşitlik olmayabilir. Borçlu projeden etkilenen alacaklısına öyle bir ödeme planı sunabilir ki, projeden etkilenmeyen alacaklısı ile benzeri bir duruma getirebilir. Kaldı ki, mutlak bir eşitliği aramanın gereği de yoktur. Zira, kanun koyucunun amacı mutlak bir eşitlik tesisi olsa idi, o halde borçlunun alacaklılarını projeden etkilenen ve etkilenmeyen diye ayırma yetkisi tanınmasının mantığı olmazdı. Buna karşılık öğretide de, kanunun borçluya, projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılarını belirlemek hususunda bir kriter getirmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür.⁶⁵

Aynı şekilde, kanunun projenin tasdik şartları arasında saydığı m.309/p,1’de “borçlunun yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurmuş olması” kriterinin de borçlunun yaptığı bu ayırımı denetlemeye imkan verebileceği ileri sürülmüştür.⁶⁶ Kanımızca, bu kriter, borçlu eğer gerçekten kötü niyetle bazı alacaklılarına daha fazla çıkar sağlamak amacıyla yeniden yapılandırmaya başvurmuşsa kullanılabilir, ancak, borçlunun yaptığı bu ayırımı her zaman bu kriteri kullanmak yeniden yapılandırmayı imkansız kılabilir. Zira, sistemin alacaklıları sınıflandırmasına müsaade etmesinin gerekçesi de, borçlunun mümkün oldukça planı kabul edilebilirliğinin kolaylaştırılmasıdır. Aksi takdirde, borçlunun yapmış olduğu her ayırım, söz konusu kriter nedeniyle kötü niyetli olarak nitelendirilebilecektir. Oysa sistemin özünde borçlunun kurtarılması yattığından, borçlunun planın kabul edilmesini sağlayacak makul seçimlerine müsaade edilmelidir.

Bunun yanı sıra, bir de projeden etkilenen ve fakat projeye muhalif kalanların proje ile bağlı olmalarının yaratacağı bir eşitsizlikten söz edilebilir ki, kanımızca burada da bir eşitlik aranması gerekmemektedir. Nitekim, konkordatoda da konkordatoya muhalif kalanlar konkordato planı ile bağlıdır. Bu durum, söz konusu kurumların cebri nitelikleri ile açıklanabilir. Kaldı ki, kanun koyucu, projeye muhalif kalanları da bir şekilde koruma altına almıştır. Kanunun m.309/p,1’de yer

⁶³ Taşpınar Ayvaz, s.306.

⁶⁴ Taşpınar Ayvaz, s.306.

⁶⁵ Taşpınar Ayvaz, s.307.

⁶⁶ Taşpınar Ayvaz, s.307.

alan hükmüne göre, mahkeme projeyi tasdik ederken, projeye muhalif kalanların, borçlunun o anda iflası ile ellerine geçecek olan miktar ile, proje ile ellerine geçecek olan miktarın karşılaştırılmasını ve projeye muhalif kalanların en az borçlu o anda iflas etse idi alacakları kadar bir alacağı proje ile alacaklarının öngörülmüş olmasını aramıştır. Her ne kadar, söz konusu durumun tespitinin zor ve varsayımına dayalı olduğu ileri sürülebilirse de, yaklaşık bir tespit dahi projeye muhalif kalanları bir nebze olsun koruyacağı gerçeğini de göz ardı edemeyiz. Aksi halde, yani herkesi memnun edecek ve bütün alacaklılar arasında mutlak bir eşitliği tesisi edecek bir planın olmasını aramak, uzlaşmanın kavramsal içeriğine aykırı olduğu gibi, yeniden yapılandırmanın hayata geçmesine de imkan vermeyecektir. Zira, “uzlaşma” kelimesi özünde tarafların kendi iddialarında bazı özverilerde bulunmalarını gerektirir.

Nitekim, alacaklıların bilgilendirilmesi bölümünde de açıklanacağı üzere, borçlu, müzakerelere davet ettiği alacaklılara, projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıların listesini gönderir; sınıflandırma yapılacak ise, projeden etkilenen her bir alacaklının yer almasını öngördüğü sınıfları da listede gösterir. Bu listede etkilenen alacaklılar ile nitelik itibarıyla büyük ölçüde benzer olan ancak projeden etkilenmeyen alacaklılar da gösterilir(yön.m.5). denilerek, alacaklıların mümkün oldukça, projede yer alan diğer alacaklılar ve varsa alacaklı sınıflara tanınan imkanlar hakkında, onaydan önce bilgi sahibi olmalarını öngörmüştür.⁶⁷

1.3.4.a.ii) Alacaklıların Sınıflandırılması

İİK m.309/n,II’de, istenirse projede alacaklıların hukuki nitelikleri birbirine benzetmek kaydı ile sınıflara ayrılabilmesi belirtilmiştir. Bu ifadeden, sınıflandırmanın bir zorunluluk olarak öngörülmediği, borçluya bir imkan tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak, borçlunun alacaklılarını bu şekilde bir sınıflandırmaya tabi tutması halinde, her bir sınıfın kendi içinde kanunda öngörülen çoğunlukla projeyi kabul etmesi gerekecektir(m.309/m,III). Bu gruplandırmanın yapılmasında esas alınacak kriter, mümkün oldukça hukuki nitelik olarak birbirine benzer türdeki alacaklıların aynı grup altında zikredilmesidir.

Türk Hukukunda kanundan doğan imtiyazlı ve rehinli alacaklılar için tanınmış ayrıcalıklar haricinde alacaklılar arasında bu tür bir sınıflandırma daha önce herhangi bir kurum için öngörülmemiştir. Çalışmamızın tarihçe kısmında da belirttiğimiz üzere, özellikle ABD Yeniden Yapılandırma usulünden esinlenerek hazırlanmış olan 5092 sayılı Kanun ile getirilen bu özellik, tamamiyle ABD sisteminin özelliğidir.

Burada dikkati çeken bir husus ta, kanun koyucunun projeyi herhangi bir nedenle reddeden alacaklı veya alacaklıların korunmasını sağlamaya çalışmasıdır. Zira, projeyi reddeden bir alacaklı, proje

⁶⁷ Atalay,Seminer,s.24.

uyarınca kendi sınıfındaki alacaklılar için öngörölmüş olan her türlü haktan aynen yararlandırılacaktır (m.309/n,I,7). Dolayısıyla da, alacaklıların yeniden yapılandırmadan yararlanabilmeleri, projeyi kabul şartına ve zorunluluğuna bağlanmamıştır.

İşte, yukarıda belirtilen içerikte hazırlanmış bir yeniden yapılandırma projesinin, projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibariyle en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların alacaklarının en az 2/3'ünü oluşturan çoğunlukla kabulü yeterli olup, tüm alacaklılarca kabul edilmesi zorunluluğu yoktur. Proje, bu yasal çoğunlukla kabul edildiği takdirde, projeyi kabul etmeyen veya red oyu kullanan alacaklılar da bu projeye tabi olacaklardır.

Burada, Altay; bir alacaklının birden fazla sınıfa dahil edilmiş alacağı olabileceğini ve bu alacaklının her bir sınıfa dahil olan alacağı için oy kullanacağını belirterek, kanunda yer verilen; “alacaklıların sayı itibariyle en az yarısını aşan” ifadesinin doğru olmadığını, bunun yerine “alacakların sayı itibariyle en az yarısını aşan” ifadesinin kullanılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁸ Kanımızca, söz konusu görüşün temelinde, 309m/III de “alacaklıların sınıflandırılması” ifadesi kullanılırken, yyy.m.6’da “alacakların sınıflandırılması “ ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Ancak, burada asıl amaçlanan alacaklıların sınıflara ayrılmasıdır. Tabi ki, alacaklılar sınıflara ayrılırken, alacaklarının niteliği belirleyici rol oynayacaktır. Yönetmeliğin 6.maddesinde sözü edilen sınıflandırmaya hakim ilkeler belirlenirken de, alacaklılar alacaklarının niteliğine göre sınıflandırılmaktadır. O nedenle ki, bir alacaklı birden fazla ve farklı nitelikteki alacağı için, farklı sınıflarda oylamaya katılabilecek ve söz konusu kabul oranı her bir sınıf için ayrı ayrı aranacaktır. Oylamada aranacak çoğunluk da alacaklı çoğunluğu olup, alacak çoğunluğu değildir. Bu nedenle, bu görüşe katılmamaktayız.

Projede, alacaklılar hukuki nitelikleri nedeniyle benzerliklerine göre sınıflandırılmış iseler, her bir alacaklı sınıfı, kendi içinde projeyi gerekli çoğunlukla kabul edecektir. Yani bir alacaklı sınıfının bu projeyi reddi halinde, proje yasada öngörölen çoğunlukla kabul edilmiş sayılmayacaktır.

1.3.4.a.iii) Sınıflandırmaya Hakim Olan İlkeler

İİK m.309/n,II uyarınca, projede birden fazla alacaklı sınıfı öngörülebilir. Borçlu bu sınıflandırmayı yaparken, mümkün oldukça hukuki nitelik olarak birbirilerine benzeyen alacakları aynı sınıfa dahil edecektir. Projede yer verilen çözümler bu sınıflandırmaya göre yapılacaktır. Yani, aynı niteliğe sahip ve aynı sınıfta yer alan alacaklar arasında ayırım veya hakkaniyete aykırı çözümler öngörölmemelidir. Ancak, bu hakkaniyete aykırı çözümden etkilenen alacaklıların tümü bu duruma rıza gösterebilir(yyy.m.6/f.son). Burada aynı sınıf içinde yer alan alacaklılara eşit davranılması ilkesi geçerli olduğundan, yani sınıf içinde bir eşitlik esas olduğundan, aynı sınıf içinde yer alan alacaklıların eşit olmayan bir ödeme koşuluna tabi kılınması yyy.m.6 uyarınca hakkaniyete aykırı olarak

⁶⁸ Altay, s.1283.

değerlendirilecektir. Buna karşılık sınıflar arasında farklı çözüm ve öneriler getirilebilecektir.

Alacaklıları sınıflandırmak, manüplasyonlara açık olup, bu konuda çok kesin kriterler konulması mümkün değildir. Nitekim ABD’de de, mahkemeler, sınıflandırmayı incelerken, “hakkaniyete uygun olması” gibi genel bir kriterden yola çıkmakta, doktrin ve mahkeme içtihatları yoluyla sınıflandırmaya hakim olan ilkeler ve kriterler belirlenmektedir.

5092 sayılı Kanun ile de, genel olarak “hukuki nitelik benzerliği” kriteri baz alınmıştır. Bu genel ilkenin yanı sıra, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik”in 6.maddesinde sayılan ilkeler de sınıflandırmada borçluya yol gösterici olup sınıflandırma yapılırken uyulması gerekli esasları belirlemektedir.

Buna göre :

-Kural olarak benzer mahiyetteki alacaklara aynı sınıfta yer verilecektir. Benzer alacakların farklı sınıflar içerisinde gösterilmesi ancak, kabul edilebilir bir takım ekonomik veya ticari sebeplere bağlı olarak mümkün olacaktır.

-Bir alacaklının, aynı borçludan birbirinden nitelik olarak farklı alacaklarının olması mümkündür. Bu halde, bu alacaklı her bir alacağı için farklı sınıflarda yer alabilecek ve niteliği ve sınıfı farklı olan her bir alacağı için proje ile ilgili olarak ayrı ayrı oy kullanacaktır.

-Borçlunun proje dahilinde yeniden yapılandırmayı öngördüğü alacaklardan bazılarının teminatlı veya teminatsız olması mümkündür. Bu halde, teminatlı alacaklar ile teminatsız alacaklar ayrı sınıflar oluşturacaktır.

-Bir alacağın teminat altına alındığı rehinli malın üzerinde başkaca bir rehin veya mükellefiyetin bulunmadığı hallerde, o alacak için ayrı bir sınıf oluşturulabilir.

-Buna karşın, bir alacağın birden fazla rehinle teminat altına alınması halinde veya o rehinli mal üzerinde birden fazla rehin tesis edilmiş olduğu halde, bu alacak aynı anda farklı sınıflar içerisinde değerlendirilebilecektir. Bu durumda, o alacağın tabi olacağı şartlar, o sınıftaki diğer tüm teminatlı alacakların öncelik ve dereceleri açısından hakkaniyete uygun olmalıdır.

-Birden çok alacak aynı mal ile teminat altına alınmış olursa, alacakları aynı rehinle teminat altına alınmış olan bu rehinli alacakların hepsi aynı sınıfta yer alacaktır.

-Bir alacak için bir mal rehin olarak teminat verilmiş ve fakat, rehinli malın kıymeti, alacak tutarını karşılamaya yetmiyorsa, bu alacağın rehinle karşılanamayan kısmı teminatsız olarak ayrıca

sınıflandırılacaktır.

Yeniden yapılandırma projesi içinde alacaklılar arasında sınıflandırma yapılırken, projenin aynı sınıfta yer alan alacaklılar arasında hakkaniyete aykırı farklılıklar öngörmemesi gerekmektedir. Ancak, bu farklılıktan etkilenen alacaklılar buna açıkça rıza gösterebilirler(yyy.m.6,I).

Yönetmelik içerisinde belirlenen sınıflandırma ilkeleri arasında zikredilmemiş ve fakat öğretilmiş bir husus da, rehinli malın malikinin borçlu olmayıp 3.bir kişi olması halinde hangi sınıfa dahil edileceği konusunun belirsizliğidir. Nitekim, buna ilişkin olarak, bu tür alacaklıların da ayrı bir sınıf oluşturulması önerilmiştir.⁶⁹

Kanımızca, yönetmelikte belirtilen ve sınıflandırmaya esas olacağı belirtilen ilkeler, tahdidi değildir. Yani, belirtilen durumlar var ise, yönetmelikteki sınıflandırma ilkesi uyarınca hareket edilecektir. Ancak, bu konuda genel kuralın, “hukuki nitelik benzerliği” olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle de, öngörülmesi veya sayılması mümkün olmayan, ancak, uygulamada rastlanabilecek çeşitli alacak türleri ve durumları ile karşılaşmak olasıdır. Bu nedenle, hakim, projeyi tasdik ederken söz konusu genel kriterden yola çıkarak sınıflandırmayı denetleyeceği gibi, alacaklılar da sınıflandırmaya yönelik itirazda bulunabileceklerdir.

Yine, projede, projeyi reddeden alacaklının alacağına, bu alacaklı açıkça kendi sınıfı için öngörülen haktan daha azına razı olmadığı sürece, nitelik olarak kendi alacağı ile benzerlik gösteren alacaklılarla eşit muameleyle tabi tutulacak olup, bu hususun da projede açıkça yer alması gerekmektedir(309n/I/7).

1.3.4.b) Projenin Borçlu İle İlgili Asgari İçeriği

İİK m.309/n,I,2,3,ve 4. uyarınca, yeniden yapılandırma projesi içeriğinde, projenin borçlunun taraf olduğu sözleşmeler etkisi, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisini ve borçlunun yeniden yapılandırma için gerekli olması nedeniyle yeni finansman kaynaklarına başvurup başvurmayacağına belirlenmesi gerekmektedir. Belirtilen hususlar, proje içeriğinde borçlu üzerinde etkileri olan, belirtilmesi zorunlu proje içeriğidir.

-Bunlardan, m.309/n,2’de düzenlenen ve proje içinde önemle belirtilmesi gereken husus, şirketin projeyi sunmadan önce taraf olduğu sözleşmelere, projenin etkisinin nasıl olacağına belirtmesidir. Yani, şirket proje içinde yer vereceği bu açıklama ile alacaklıları bu konuda da bilgilendirmek zorundadır. Zira, şirket daha önceden taraf olduğu sözleşmeler ile bir takım taahhütler ve edimler yüklenmiştir. Bu proje ile, bu sözleşmeler uyarınca yükümlü olduğu borçları proje ile birlikte nasıl bir seyir izleyecektir? Bunlar askıya mı alınacaktır? Yoksa, bu proje ile, bu taahhütlerinden veya borçlarının bir kısmından ya da tamamından kurtulmuş mu olmaktadır? Bu hususların da ayrıntısı ile

⁶⁹ Taşpınar Ayvaz,s.314.

ve taraf olunan tüm sözleşmelerin de belirtilmesi koşulu ile açıklanması gerekmektedir. Ancak, kanunda bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamış ve bu konu borçlu ile alacaklıların varacağı mutabakata göre belirlenmek amacıyla açık bırakılmıştır.

Bu konuda özellikle, vadesi gelmemiş veya sürekli edimler içeren sözleşmelerin, yeniden yapılandırma projesinin tasdiki halinde nasıl bir muameleye tabi tutulacağına ilişkin kanunumuzda bir düzenlemenin olması gerektiği belirtilmekte ve hatta iflasın sözleşmelere etkisine ilişkin ilkelerin burada da kıyasen uygulanabilmesi ileri sürülmektedir.⁷⁰ Ancak, iflas prosedürünün amacı ile yeniden yapılandırmanın amacının farklılığı, zira iflasın tasfiyeye giden bir süreç olması, yeniden yapılandırmanın ise işletmenin yaşatılarak faaliyetlerine devam etmesini amaçlaması nedeniyle, bu yaklaşımın isabetli olmayacağı doktrinde ileri sürülmüştür.⁷¹ Kanımızca, böylesine önemli bir hususun, borçlu ile alacaklıların varacağı mutabakata bırakılması, teorik açıdan müzakere ve uzlaşmanın mantığına uygunluk gösterse de, bu tür sözleşmelerin borçlu için bir talep sonrası finansman kaynağı olarak kullanılabilmesinin arzettiği önemden dolayı, kanun koyucunun bu konuda açık bir düzenleme yapması daha uygun olacaktır.

Nitekim, Amerikan İflas Hukukunu yeniden yapılandırmaya ilişkin bölümünde inceleneceği üzere, özellikle vadesi gelmemiş veya sürekli edimler içeren sözleşmeler borçlu açısından, karlı sözleşmeler ve karlı olmayan sözleşmeler ayırımına tabi tutulmakta ve ona göre bir hareket noktası belirlenmektedir. Bu yolla, karlı olanlar ayakta tutularak borçlunun bunlardan faydalanmasına imkan sağlamak, karlı olmayanlar ise geçersiz kılınarak, borçluya bu sözleşmelerden doğan borçları adı bir iflas alacağı derecesine getirmek yetkisi verilmektedir.⁷²

-Kanunun m.309/n,I,3' de proje içeriğinde mutlaka belirtilmesini aradığı bir diğer husus ta, projenin, borçlunun (şirketin) malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine nasıl etki edeceğidir. Görüleceği üzere, diğer iyileştirme yöntemlerinden gerek konkordatoda gerekse iflasın ertelenmesinde kanun koyucu, bu kurumların borçlunun tasarruf yetkisine nasıl etki edeceğini bizzat düzenlemiş iken, yeniden yapılandırmada buna ilişkin herhangi bir kural veya hükme yer vermemiş, aksine bunun borçlu tarafından alacaklıları ile varacağı uzlaşma içinde kararlaştırmasını ve karşılaştırılan durumun proje içinde belirtmiş olmasını aramıştır. Teorik olarak ideal olan, bu hususları borçlunun alacaklıları ile uzlaşarak belirlemesi olmasına rağmen, kanımızca, özellikle tasarruf yetkisi gibi önemli bir hususun tarafların anlaşmasına bırakılması doğru olmamıştır. Nitekim, daha sonra inceleyeceğimiz ADB yeniden yapılandırma sisteminde, borçlunun tasarruf yetkisinin sınırı mahkeme denetiminde ve kanunda öngörülen bazı düzenlemeler uyarınca belirlenmektedir. Aslında benzeri yorumu proje içinde belirtilmesi gereken ve kanunun herhangi bir düzenleme getirmediği diğer durumlar için de yapmak mümkündür. Buna karşılık olarak, bizim sistemin mahkeme dışında başladığı gerekçe gösterilebilir ki,

⁷⁰ Altay, s.1285.

⁷¹ Taşpınar Ayvaz,s.315.

⁷² Westbrook,11.Bölüm,ss.279-283.

kanımızca esas yanlış burada başlamaktadır. Nitekim, borçlunun tasarruf yetkisine ilişkin olarak ALTAY'ın; Amerikan hukukunda esas olan, borçlunun olağan işleri bakımından mahkemenin denetimine tabi olmayıp, bazı tasarrufları açısından mahkemeden izin alması gerektiğine ilişkin kuralı, bizim sistemimiz içinde de varmış gibi belirtmesinin⁷³ uygun olmayacağı kanısındayız. Her ne kadar Amerikan Hukukundaki bu kuralın bizde de uygulanmasının yararlı olacağını düşünmekteyse de, kanunda bu konuda bir açıklık olmadığını ve uzlaşma içinde belirlenmesi gerektiğinin esas alındığını belirtmekte fayda görüyoruz.

Bizim sistemimizde borçlunun tasarruf yetkisine ilişkin olarak, kanunda öngörülen tek kural, m.309/ö,II'de düzenlenmiş olan ve tasdik başvurusun yapılmasından, tasdik hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verinceye kadar olan sürede, yani ara dönemde, mahkemenin, borçlunun ve alacaklılarından birinin talebi üzerine, borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri alabileceğinin belirtilmesidir. Bu kapsamda da, bir ara dönem denetçisi atayabilecek ve bu ara dönem denetçisi, projenin tasdiki veya reddine kadar, borçlunun faaliyetlerini tamamen üstlenebileceği gibi, sadece borçlunun işlemlerini denetlemekle de görevli kılınabilecektir.

Doktrinde, borçlunun projede projenin kendi tasarruf yetkisine ilişkin açıklamaları ile birlikte, proje denetçisi olacak kişinin yetkisinin kapsamının da belirlenebileceği ileri sürülmüştür.⁷⁴ Ancak, proje denetçisinin, ara dönem denetçisi gibi, borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını doğuracak şekilde yetkilendirilmesi mümkün değildir. Zira, proje denetçisinin görevi, sadece projenin tasdik edildiği şekilde yerine getirilip getirilmediğini denetlemek ve bu hususta mahkemeye ve alacaklılara bilgi vermekten ibarettir(m.309/t,I).Bu nedenle, borçlunun projenin uygulanma süresine ilişkin olarak projede kendisine ilişkin olarak öngördüğü tasarruf yetkisi kısıtlamalarına bağlı olarak, kendisi açısından kısıtladığı yetkileri proje denetçisine devri söz konusu olmayacaktır.⁷⁵

-Projenin borçlu ile ilgili son içeriği ise, m.309/n,4'de belirtilmiş olup, borçlunun, yeniden yapılandırma sürecinden başarı ile çıkması için, bu süreçte kredi sağlamak gibi bir takım finansman kaynaklarına başvurup başvurmayacağıının proje içerisinde belirtmesi gerektiğidir.

Zira, borçlu her ne kadar, ödemekte güçlük çektiği muaccel borçları nedeniyle yeniden yapılandırmaya ihtiyaç duymakta ise de, çoğu kez, borçlunun bu yeniden yapılandırma sürecinden başarıyla çıkması, borçlunun yeniden borçlanması gerektirecektir. Bunun için, projede borçlunun bu süreçte bir takım finansman kaynaklarına başvurup başvurmayacağı yani bu süreçte de borçlanıp borçlanmayacağı projede açıkça yer almalıdır. Zira, borçlunun hazırlamış olduğu yeniden yapılandırma projesinin hayata geçebilmesi, borçlunun bazı finansman kaynaklarına başvurmasını

⁷³ Altay, s.1287.

⁷⁴ Altay, s.1285.

⁷⁵ Taşpınar Ayvaz,s.315.

gerektiriyorsa alacaklıların bu konuda da bilgi sahibi olması lazımdır. Çünkü bu haldeki bir borçluya bu süreçte finansman temin edecek kişilerin olması pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, alacaklıların bunları da değerlendirmesi, borçlunun göstermiş olduğu finansal kaynakların gerçekliği hakkında ikna olmaları önemlidir.

İİK m.309ö/V'de finans kaynağı teriminin, hammadde gibi, işletmenin faaliyet gösterebilmesi için gerekli mal ve hizmetleri de kapsadığı belirtilerek, sadece nakit kredileri kapsamayacağı belirtilmiştir. Amerikan hukukunda talep sonrası finansmanı olarak adlandırılan bu durum, yeniden yapılandırma mevzuatımızda ikili bir finansman süreci şeklinde bir düzenlemeye yol açmıştır. Nitekim, m.309n/I/4 de sözü edilen finansman ihtiyacı, proje içeriğinde belirtilmesi gereken ve projenin hayata geçirilebilmesi için gerekli olan bir finansman iken, m.309/ö,IV'de sadece ara dönem için ve işletmenin devamı için zorunluysa veya malvarlığının kıymetinin korunması veya artırılması için gerekli ise başvurulabilecek olan bir finansman kaynağıdır. O halde, ara dönemde borçlunun tasarruf yetkisine mahkemece bir sınırlama getirilmemişse borçlu, bu süreçte de finansman kaynağına başvurabilecektir. Kısıtlama var ise de, mahkemeden bu konuda izin istemesinin uygun olacağı düşünülmektedir.⁷⁶ Ancak, borçlunun kanımızca, projesinde de, ara dönem içinde de finansmana başvurabileceğini belirtmesi ve alacaklılarını da bu konuda bilgilendirmesi halinde, her iki finansmanın neticeleri ve niteliğinde herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Nitekim, Kanunun m.309/ö,IV'de, finansman kaynağı kullanılması halinde teminat verilmesi gerekiyorsa, bunu öncelikle borçlunun daha önce üzerinde rehin tesis etmemiş olduğu taşınır ve taşınmaz malları üzerinde rehin hakkı vererek sağlayacağı belirtilmiştir. Bu sonucun her iki süreçteki finansman kaynağı için de geçerli olacağı kanısındayız. Ayrıca, sözü edilen bu hükümden, borçlunun üzerinde rehin tesis etmediği mallarının olmaması halinde, daha önce rehinli olan malları üzerinde de rehin verebileceği sonucu çıkmaktadır.

Ancak, burada bir hususa değinmek istiyoruz. Amerikan Hukukunda talep sonrası finansmanı olarak adlandırılan bu husus, yeniden yapılandırmadan yararlanmak isteyen borçlu için çok önemlidir. Amerikan İflas Hukukunda talep sonrası finansmanı sağlamanın işletme için taşıdığı önem nedeniyle, bu finansmanı sağlayacaklara, talep öncesi alacaklıların rehin hakkının da üstünde bir rehin hakkı tesis edilerek bu alacaklılara imtiyaz tanınmıştır. Kanunumuzda ise buna ilişkin bir açıklama yer almamıştır. Buna karşılık, söz konusu imtiyazın bizim hukukumuzda da var olduğunu belirtmek⁷⁷ kanımızca mümkün değildir. Buna karşılık, m.309/t,I'de, projenin tasdikinden önce borçluya teminat mukabili veya teminatsız olarak kredi gibi finansman sağlayan alacaklılara, bu alacaklarını kısmen veya tamamen alamamaları halinde, mahkemeye müracaatla borçlunun iflasını talep etme yetkisi verilmiştir. Ancak, bu alacaklılara iflas masasında herhangi bir öncelik tanınmamıştır.

⁷⁶ Taşpınar Ayvaz,s.316.

⁷⁷ Altay, s.1286.

1.3.4.c) Projenin Yeniden Yapılandırma Amacına Yönelik Olarak Öngördüğü Yöntemlere Ve Projenin Denetimine İlişkin İçeriği

309n/I/V'de belirtilmiş olan hususlardan birisi de, uygulanması öngörülen yeniden yapılandırma yöntemlerinin proje içerisinde açıklanmasıdır. Zira, projenin hazırlanmasının sebebi, yeniden yapılandırmanın gerekliliği ve uygulanabilirliğinin gösterilmesidir. Bu yöntemler; borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri, diğer bir şirket veya şirketlerle birleşmesi, sermaye yapısının veya ana sözleşmesinin değiştirilmesi, borçlu işletmenin yönetiminde yer alacak kişilerin belirlenmesi - bunlar şirketin hali hazırdaki yöneticileri olabileceği gibi, bu durumdaki şirketlerin yapılandırılmasında uzman profesyonel yöneticiler de olabilecektir. Şirket yönetimi sadece bunlara bırakılabileceği gibi, mevcut yöneticilerle beraber yönetimin sürdürülmesi de öngörülebilir-, borçların vadelerinin uzatılması veya faiz oranlarının değiştirilmesi, menkul kıymet ihracı gibi yöntemler olabilecektir.

Ancak, belirtilen bu önlemler şirketten şirkete geçebileceğinden, tüketici mahiyette sayılmamış olup, örnek niteliğindedir.⁷⁸ Ayrıca, dikkat edileceği üzere, örnek kabilinden sayılan yeniden yapılandırma yöntemleri içerisinde, borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri de öngörülmüştür. Bu husus, yeniden yapılandırma süreci sonrasında, borçlu işletmenin tüzel kişiliğinin de geçebileceğini ve bu yönüyle de bu kurumun diğer iyileştirme kurumlarından farklılığını göstermektedir. Zira, konkordatoda, sadece borçların vadelerinin değiştirilmesi veya borçlarda indirim yapılması gibi, borçların yapılandırılması yöntemleri esas iken, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, borçlu işletmenin de yeniden yapılandırılmasına yol açacaktır. Söz konusu yöntemler kanunda belirtilenlerle de sınırlı olmayıp, çok daha farklı tedbirler ve yönetmeler öngörülmesi mümkündür.

Bu kapsamda, borçlu borçlarına karşı hisse senedi düzenleyebilecek, sermaye artırımına gidebilecek, tahvil faizlerini düşürebilecek, yine imtiyazlı hisse senetlerini adi hisse senetleri ile değiştirebilecek veya başka şirketlerle ortaklık kurabilecektir. Hatta alacaklıların borçlunun işletmesini yönetmesi dahi gündeme gelebilecektir.⁷⁹ Nitekim, ABD yeniden yapılandırma usulsünde yaygın olarak kullanılan yöntemlerden birisi, "borçların sermayeye dönüştürülmesi" yöntemidir. Yani işletmenin alacaklılarına, alacaklarına karşılık gelmek üzere hisse senedi verilerek, alacaklıları şirketin hissedarı durumuna getirilmekte ve böylece şirketin sermaye yapısında yer alan öz kaynak- dış kaynak dengesizliği ortadan kaldırılmaktadır.⁸⁰

Nitekim, bu yöntemlerin çoğu, şirketler ve sermaye piyasası hukukunun konusu olduğu gibi, işletmenin devri veya birleşmesi veya istihdamın azaltılması gibi sorunlar nedeniyle iş hukukunun da

⁷⁸ Altay, s.1286.

⁷⁹ Abdülkadir Böke, "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II,S.I, ss.229-230.

⁸⁰ Budak,5092 sayılı Kanun, s.8.

konusunu oluşturabilecektir. Bu da bize, yeniden yapılandırmanın sadece İcra İflas Hukukunun konusu olmadığını ve bir disiplinler arası konu olduğunu göstermektedir. Bu nedenle de, söz konusu disiplinlerin kurallarına uygun olarak yapılmayan bir yeniden yapılandırma, bu kurallara aykırılıktan dolayı da, m.309/t,1 uyarınca projenin ihlali ve borçlunun iflasına yol açabilecektir.⁸¹ Kanımızca, belirtilen bu aykırılıklar, alacaklının alacağını zamanında veya gereği gibi almamasına da yol açar ise, m.309/s'nin m.307'ye yaptığı atıf uyarınca yeniden yapılandırmanın feshine de yol açabilecektir.

Ayrıca, projenin tasdik edilmesi halinde, tasdik kararı sonrasında, projenin uygulanmasından ve denetlenmesinden sorumlu kişi veya kişilerin de proje içerisinde belirlenmesi gerekmektedir. Proje denetçisi olarak adlandırılan bu şahsı borçlu ile alacaklının seçmediği veya denetçinin kim olacağı noktasında anlaşmaya varamadıkları takdirde, mahkeme re'sen proje denetçisi atayabilecektir (m.309/p,II). Ancak, burada her iki hüküm arasında bir çelişki göze çarpmaktadır. Zira, proje denetçisinin belirlenmesi m.309/n uyarınca projenin asgari ve zorunlu içeriği olarak düzenlenmiş ve bu içeriğin yerine getirilmemiş olması projenin tasdik edilmemesi yaptırımına bağlanmış iken, m.309/p'de tarafların seçmedikleri halde mahkemece belirlenebileceğinin öngörülmesini anlamak mümkün değildir. Zira, 309n uyarınca projede mutlaka belirtilmesi şart olup, alacaklıların da bundan haberdar olması gerekmektedir. O halde nasıl oluyor da, tarafların seçmemeleri ihtimali ayrı bir hükümle düzenleniyor, bunu anlamak mümkün değildir.

1.3.5. Alacaklıların Bilgilendirilmesi

1.3.5.a) Bilgilendirme Usulü

Borçlunun, hazırlamış olduğu projeyi mahkemeye sunmadan önce, projede alacakları yeniden yapılandırılacak olan alacaklılarla müzakere etmesi ve kanunda öngörülen çoğunluk oranıyla da kabul ettirmesi gerektiği daha önce belirtilmişti. İşte, borçlunun, kabul edilen projeye beraber mahkemeye başvurması sırasında, projeden etkilenen alacaklıları müzakerelerin yapılacağı gün, yer gibi konularda bilgilendirdiğini ispata yarayan bir takım belgeleri sunması gerekmektedir. Borçlu, projeden etkilenen alacaklıları proje hakkında müzakereye davet ederken, alacaklıların proje hakkında karar vermelerini sağlamaya yetecek bilgilendirmeyi yapmak ve yönetmeliğin 7.maddesinde sayılan belgeleri vermekle yükümlüdür.

Borçlunun bu bilgilendirmeyi, kanunen aksinin ileri sürülmesi mümkün olmayan iadeli taahhütlü mektup veya noter ihbarnamesi gibi yollarla yapması öngörülmüştür(m.309/o,I,V).

Borçlunun bu bilgilendirmeyi noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla yapmak zorunda bırakılması, ispat hukuku açısından olumlu bulunsa da, uzlaşmayı esas alan, yani kötü niyetli

⁸¹ Taşpınar Ayvaz,s.318.

girişimlerin taraflarca arzu edilmeyeceği esasından hareket eden bir sistemde, kötü niyetli girişimlere engel olmak için bu kadar katı kurallar getirilmesinin uzlaşmanın özüne aykırı olduğu⁸² ileri sürülmüştür.

Öğretide özellikle iadeli taahhütlü mektupların içinin boş çıkması olasılığı nedeniyle borçlunun bu bilgilendirmeyi noter kanalı ile yapmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir.⁸³ Nitekim, iadeli taahhütlü yöntem noter kanalına göre daha az masraflı olacağından tercih edilecektir. Fakat, kötü niyetli davranılması halinde, alacaklıya bir zarfın gönderildiği kanıtlanabilecek iken, bu zarfın içersinde ne olduğu asla bilinmeyecektir.⁸⁴ Zira, bilindiği üzere, borçlu oylamayı toplantı dahi yapmaksızın yapabileceğinden ve oy kullanmayanlar da gerekli çoğunluk hesabında dikkate alınmalarına rağmen proje ile bağlı kalacaklarından, bu bilgilendirmenin usulünce yapılması çok önemlidir.

Nitekim, kendisine gerekli ve usulüne uygun bilgilendirme yapılmayan alacaklı, bu hususu, tasdik yargılaması sırasında itiraz olarak ileri sürebilecektir(m.309/p,I). Ayrıca, bu hususun, m.309/s'nin m308'e yaptığı atıf nedeniyle, yeniden yapılandırmanın feshine de neden olacağı ileri sürülmüştür.⁸⁵ Kanımızca, bu hususu itiraz olarak ileri sürmemiş bir alacaklının, bu nedene dayanarak, yeniden yapılandırmanın feshini isteyebilmesi, yeniden yapılandırmanın amacına aykırı olacağı gibi, bu husus tek başına yeniden yapılandırmanın suiniyetle elde edildiğini de göstermeyeceğinden bu yorum biraz aşırı olacaktır.

Borçlunun bilgilendirmeyi nasıl yapacağı ise yeniden yapılandırma yönetmeliğinin 7.maddesinde açıklanmıştır. Buna göre borçlunun bilgilendirmeyi yaparken aşağıdaki belgeleri mutlaka alacaklılara göndermiş olması gerekmektedir.

1.3.5.b) Borçlunun Alacaklılarına Göndereceği Belgeler

1.3.5.b.i) Yeniden Yapılandırma Projesi

Borçlu, İİK 309/n maddesinde projenin asgari içeriği olarak belirtilmiş olan tüm hususları içeren ve borçlu tarafından usulüne uygun olarak imzalanmış ve mühürlenmiş projeyi ve alacaklıların bu proje çerçevesinde tabi olacakları koşulları gösteren beyan ve borçlunun bu projeyi akdetmeye yetkili olduğunu ispatlayan evrakı alacaklılarına gönderecektir(yyy.m.7/a).

Kanımızca bu evrak, şirketin bu teklifi yapabileceğini, yani bu yola başvurma yetkisini gösteren yönetim kurulu kararı olmalıdır. Bu da, teklifi yapan kişinin, şirketin veya kooperatifin yetkili organı

⁸² Pekantez, Seminer,s.36.

⁸³ Taşpınar Ayvaz, s.319.

⁸⁴ Aksoyoğlu,s.123 ; Budak,5092 sayılı Kanun,s.6.

⁸⁵ Taşpınar Ayvaz, s.319.

olmasını gerektirmektedir.

Burada yine, alacaklıların hangi şartlara tabi olacaklarını gösteren bir beyanın da borçlu tarafından alacaklılara gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak öğretide haklı olarak, bu koşulun zaten projenin zorunlu içeriği olduğu ve projenin kendisinin de zaten alacaklılara gönderilmesi gerektiğinden hareketle ayrıca bir beyanın gerekmediği ileri sürülmüştür.⁸⁶ Ancak, burada, son derece teknik bilgileri içeren bir projeden ziyade, bir nevi projenin özeti mahiyetinde ve sadece alacaklıların tabi olacağı koşulları net bir şekilde açıklayan bir beyanın bulunmasının da herhangi bir sakıncası olmayacağı kanısındayız.

1.3.5.b.ii) Mali Durumu Gösterir Belgeler

Yine borçlu, yönetmeliğin 8.maddesinde sayılan (bunlar aşağıda belirtilecektir.) veya mevcut en son finansal tablolar ile yeniden yapılandırılan işletmeye ilişkin finansal tahminleri gösteren bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış rapor özetini de alacaklılara göndermek zorundadır(m.yyy.7/b). Burada yönetmelik uyarınca borçluya seçenek tanınmıştır. Amaç alacaklıların borçlunun mali durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmalarını sağlamak olduğundan, borçlu alacaklılarına ya aşağıda sayacağımız mali durumu gösteren belgeleri gönderecek ya da bağımsız bir denetim kuruluşundan almış olduğu rapor özetini gönderecektir.

Borçlunun alacaklılarına göndereceği ve mahkemeye yapacağı başvuruda da ayrıntılı bilanço, gelir tablosu ve defterlerinin durumunu gösterir cetvele ekleyeceği mali durumu gösterir belgeler ise Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 8.maddesinde sayılmıştır.

-Buna göre, borçlu, en son denetçi veya denetim kurulu raporunu, bu raporun bulunmaması halinde, şirketin neden denetlenmemiş olduğuna ilişkin borçlu tarafından düzenlenmiş bir raporu ve eğer borçlu, ilgili mevzuat uyarınca bağımsız dış denetim yaptırmak zorunda olan şirketlerden ise, son denetime ilişkin raporu mutlaka göndermeli ve mahkemeye de sunmalıdır.

Burada ilgili mevzuat ile kastedilen Sermaye Piyasası Mevzuatıdır. Bilindiği üzere, anonim ortaklıklar kuruluş yapısı ve ortak sayısı bakımından kapalı ve halka açık anonim ortaklıklar olarak ayrılmaktadır. Ticaret Kanunu, anonim ortaklıklara ilişkin genel hükümleri düzenlemesine rağmen, daha çok kapalı ortakları düşünerek düzenlemeler getirmiştir.Bunun sebebi ise, kanunun yürürlüğe konulduğu 1950’li yıllarda, ülkemizde halk açık şirketlerin sayısının yok denecek kadar az olmasıdır. Ancak, zamanla halka açılmanın teşvik edilmesi nedeniyle, halka açık şirketlerin sayısında gözle görülür artışlar olmuş ve halka açık şirketlerle ilgili bir çok düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan tebliğler ile düzenlenmiştir.⁸⁷ Nitekim, bağımsız denetime tabi

⁸⁶ Taşpınar Ayyaz, s.319.

⁸⁷ İbrahim Arslan, Şirketler Hukuku Bilgisi, Sekizinci Baskı,Mimoza Yayınları,Konya,2003,ss.133-134.

olacak şirketlerin hangileri olduğu da, Sermaye Piyasası Mevzuatı çerçevesinde düzenlenmiştir.

Sermaye Piyasası Kurumu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca 1981 yılında, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanan, idari ve mali özerkliğe sahip, sermaye piyasasını ilgilendiren hususlarda düzenlemeler yapma yetkisine haiz düzenleyici bir kamu kurumudur.⁸⁸

Sermaye piyasasına tabi ortaklıklarla ilgili olarak düzenleme yapmakla görevli Sermaye Piyasası Kurumu, bağımsız dış denetimle ilgili olarak da bir takım düzenlemeler yapmaktadır.

Bu çerçevede, bağımsız denetime ilişkin olarak, 13 Aralık 1987 tarih ve 19663 sayılı Resmi gazete yayımlanarak yürürlüğe konulan “Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik” hükümleri, özellikle tebliğlerle yapılan bağımsız denetime ilişkin düzenlemelerin temel dayanağını teşkil etmektedir.

Yönetmeliğin amacı;” *kamunun aydınlatılmasını sağlayarak sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması maksadıyla, bağımsız denetlemeye tabi olacak ortaklıklar ve yardımcı kuruluşlar tarafından düzenlenen mali tablo ve raporların, Sermaye Piyasası Kurulunca 2499 sayılı Kanun çerçevesinde tesbit edilecek esas ve standartlar dahilinde bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmesine dair esasları belirlemektir.*” şeklinde birinci maddesinde belirtilmiştir.

Bağımsız denetimin tanımı ise yönetmeliğin 5.maddesinde; “*ortaklıkların ve yardımcı kuruluşların hesap ve işlemlerinin bağımsız denetleme kuruluşlarınca görevlendirilen yetkili denetleme elemanları tarafından bu kuruluşlar adına, denetleme ilke, esas ve standartlarına göre incelenmesi ve bu inceleme sonuçlarına dayanılarak, düzenlenmiş mali tabloların, 2499 sayılı Kanun çerçevesinde gerçeği yansıtmayı yansıtmadığının tesbiti ve rapora bağlanmasıdır.*” şeklinde yapılmıştır.

Söz konusu yönetmeliğin 8.maddesinin 3.fıkrasında da; “*zorunlu olarak denetlemeye tabi olacak ortaklık ve yardımcı kuruluşları belirleyecek kıstaslar, 2499 Sayılı Kanun çerçevesinde SPK tarafından çıkarılacak tebliğlerle ilan edilir.*” denilerek, hangi ortaklıkların zorunlu olarak bağımsız denetime tabi olacaklarının yine SPK tarafından çıkarılacak tebliğlerle belirleneceği öngörülmüştür.

Buna ilişkin yürürlükte olan SERİ X,12 no’lu SPK tebliği; “Sermaye Piyasasında Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik” Hükümlerine Göre Sürekli Ve Sınırlı Denetlemeye Tabi Ortaklık Ve Kuruluşların Belirlenmesi Hakkında Tebliğ” adı ile, 18 Şubat 1992 tarih ve 21146 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸⁸ www.spk.gov.tr/Hakkinda/gorevimiz.html, (07.12.2005).

-Şirketin son üç yılına ait finansal tablolar da eklenmelidir. Eğer kooperatif veya şirket, üç yıldan daha kısa bir süredir faaliyette ise, bu halde, kuruluştan itibaren düzenlenen tüm finansal tablolar eklenecektir.

-Ayrıca, borçlunun aktiflerinin durumunu gösteren ve aktifinde yer alan her bir mal veya mal grubunun tarifini, defter değerini, tahmini piyasa değerini, değerlendirme yapılırken temel alınan usul ve esasları, malvarlığı üzerindeki rehinleri veya 3.kişilerin zilyetlik haklarını ve zilyet ve rehin hakkı sahiplerinin ad ve adreslerini içeren karşılaştırmalı bir değerlendirme tablosu da eklenecektir.

1.3.5.b.iii) İflas Analiz Raporu

Borçlunun alacaklılarına göndermekle yükümlü olduğu ve mahkemeye yapılacak başvuruda da mutlaka bulunması gereken bir diğer belge ise, yeniden yapılandırma Yönetmeliğinin 9.maddesinde belirtilen usule göre hazırlanmış iflas analiz raporu özetidir(yyy.m.7/c). Bu rapor, bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından projenin uygulanabilirliğine yönelik değerlendirmelerin yer aldığı bir analiz raporudur.

Ülkemizdeki bilirkişilik kurumunun içinde bulunduğu durum göz önüne alındığında ve özellikle küçük Anadolu kentlerinin durumu düşünüldüğünde, bu raporun bağımsız denetim kuruluşları tarafından hazırlanmasının isabetli olduğu açıktır. Ancak bu husus, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun ucuz ve basit bir yöntem olmadığını da göstermektedir.⁸⁹

Bu rapor hazırlanırken, aşağıda belirtilen hususlar da dikkate alınacaktır(yyy.m.9) :

- En son denetim raporları,
- Nakit akışına ilişkin tahminler,
- Kar tahminleri,
- Yeniden yapılandırma sürecinde sağlanacak finansman,
- Yönetim Plan ve tahminlerinin makul olup olmadığı,
- Yönetimin yetkinliği.

Burada dikkati çeken bir husus, bağımsız denetim kuruluşunca hazırlanacak olan iflas analiz raporunda, şirket yönetiminin yetkin olup olmadığının da belirtilecek olmasıdır. Buna ilişkin olarak,

⁸⁹ Pekantez, Seminer,s.37.

öncelikle bir şirketin yetkin olup olmadığının belirlenmesinin, bağımsız denetim kuruluşunun işi olmadığı ileri sürülebilir.⁹⁰ Kanımızca, bağımsız denetimin tespit edeceği yetkinlik soyut veya subjektif bir tespit olmayacaktır. Bu yetkinlik tespiti, şirketin geçmişten bu güne kadar ki finansal kararları, alınan kararların şirketin verimliliğine etkisi ve kararların uygulanıp uygulanmadığı gibi bir takım finansal incelemeleri içerecektir. Özellikle şirketin iflasına nazaran yeniden yapılandırmaya tabi tutulması halinde alacaklıların elde edeceği menfaatin kıyaslanması gerektiğine ilişkin hüküm nedeniyle, şirketin yetkinliğinin tespitinin de gerektiği ve bu nedenle de “isabetli”⁹¹ bir düzenleme olduğu kanısındayız.

Bütün bu sayılan hususlara ilaveten, İflas analiz raporunun içermesi gereken bir diğer husus ta, projenin hayata geçmesi halinde alacaklıların ellerine geçecek rakam (miktar) ile borçlunun iflas etmesi halinde alacaklıların eline geçecek miktarın karşılaştırılmalı olarak gösterilmesidir(yyy.m.9,II).

Bu hüküm sayesinde, alacaklıların menfaatinin, şirketin yeniden yapılandırması yerine, iflas etmesi halinde daha fazla olacağına kanaat getirilirse, borçlunun yeniden yapılandırma başvurusu reddedilecektir. Bu nedenle, bu hüküm, gerek bir tasdik koşulu olarak mahkeme açısından gerekse alacaklıların proje hakkında karar verebilmeleri açısından son derece önemlidir.⁹²

Bu karşılaştırma yapılırken, “borçlu şirketin varlıklarının güncel satış değerleri üzerinden mal esasına göre hazırlanacak bilançodaki aktiflerin cebri tasfiyede ulaşacağı miktar hasılat olarak tahmin edilmeli ve bu gün mevcut olan alacaklara iflas tasfiyesindeki dağıtımına göre, alacaklıların ellerine geçecek olan miktarın ne olduğu tespit edilmelidir.”⁹³ Ayrıca bu tespit borçlunun iyileşebilirliğinin göstergesi ve iflas etmemesinin de bir gerekçesini oluşturacaktır.⁹⁴

Yeniden yapılandırma talebinde bulunacak borçlunun mali durumuna ve yeniden yapılandırılıp yapılandırılmayacağına esas teşkil edecek maliye, muhasebe, işletme ve ekonomi bilim ve disiplinlerine ilişkin belgeler, bağımsız denetim kuruluşları tarafından yapılacak incelemeler, sistemin omurgasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla da sistem, bu omurga üzerine inşa edilecektir. Bu nedenle, bu süreçte mali uzmanlarla, hukukçuların işbirliği halinde çalışmaları, sistemin başarıya ulaşmasında önemlidir.⁹⁵

1.3.5.b.iv) Alacaklı Listesi ve Alacaklıların Elleriine Geçmesi Olası Miktar

Borçlu, alacaklılarını bilgilendirme kapsamında, alacakların sebeplerini, niteliğini ve miktarını sınıflarına göre ayrı ayrı gösteren alacaklı listesi veya listenin özetini alacaklılarına göndermek

⁹⁰ Altay,s.1296.

⁹¹ Altay,s.1297.

⁹² Taşpınar Ayyavaz,s.321.

⁹³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özeker, s.473.

⁹⁴ Taşpınar Ayyavaz,s.321.

⁹⁵ Altay, s.1299.

zorundadır(yyy.m.7,d).

Ayrıca, borçlu projeden etkilenen veya etkilenmeyen tüm alacakları gösteren, etkilenen alacaklılar ile nitelik itibariyle büyük oranda benzeyen ancak projeden etkilenmeyen alacaklıları da kapsayan, proje uyarınca projeden etkilenenlerin eline geçecek olan miktarı da gösteren yeniden yapılandırma yönetmeliğinin 5.maddesine göre hazırlanmış bir çizelgeyi de göndermek zorundadır(yyy.m.7,e).

1.3.5.b.v) İşletmeyi Finansal Zorluğa Düşüren Faktör ve Nedenleri Gösteren Açıklama

Borçlu, İşletmeyi finansal zorluğa düşüren unsurlar ve nedenlerine ilişkin olarak hazırlamış olduğu bir açıklamayı da alacaklılarına göndermek zorundadır(yyy.m.7,f). Bu husus, alacaklıların proje hakkında ve yeniden yapılandırmanın geleceği hakkında ikna olmaları ve sağlıklı bir karar vermeleri açısından son derece önemlidir. Zira, alacaklılar bu şekilde mevcut yönetimin yönetim kabiliyeti ve iyi niyeti hakkında bilgi sahibi olacaklardır.

Doktrinde bu hükmün yeniden yapılandırma başvurusu koşullarına ilişkin m.309/m,I' de ki düzenleme karşısında yetersiz olduğu, borçlunun sadece finansal zorluğa düşme nedenlerinin değil, borca batık ise borca batık hale gelmesinin nedenleri veya ödeme aczinde ise ödeme aczinin nedenlerini ya da bu durumlardan biri ile karşı karşıya kalması olasılığının kuvvetle muhtemel olmasının nedenlerini açıklaması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁶ Kanımızca, her ne kadar bu mali durumlar tek tek sayılmamışsa da, genel olarak ifade edilen “finansal zorluk”tan kasıt, borçlunun içinde bulunduğu bu 3 durumdan birisidir. Bu halde de borçlunun içinde bulunduğu finansal zorluğunun türüne göre açıklama yapması eşyanın tabiatı gereğidir. Bu nedenle yukarıda belirtildiği şekilde her bir durumun hükümde ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

1.3.5.b.vi) Finansal Dar Boğazı Atlatmaya Yönelik Stratejiyi Gösteren Plan

Borçlu, yeniden yapılandırma ile içinde bulunduğu finansal dar boğazı nasıl atlatacağına ilişkin bir strateji planı hazırlamak ve bunu da alacaklılarına göndermek zorundadır(yyy.m.7,g). Bu plan ile borçlu adeta, alacaklılarına uygulamayı öngördüğü yeniden yapılandırma yöntemlerinin(m.309/n,I,V) içinde bulunduğu finansal durumdan nasıl kurtaracağını ve bu yöntemleri nasıl hayata geçireceğine ilişkin detayları açıklayacak ve alacaklılarını bu yönde de ikna etmeye çalışacaktır.

1.3.5.b.vii) Projenin Uygulanmasına Yönelik Şartlar

Yeniden yapılandırma yönetmeliğinin m.7,h uyarınca, borçlu alacaklılarını projenin uygulanabilirliğine yönelik koşulları ve projenin uygulanabilirliğini açık ve net bir şekilde anlatan bir

⁹⁶ Taşpınar Ayvaz,s.321.

açıklama ile bilgilendirecektir.

1.3.5.b.viii) Gerekli Finansmanın Temin Edilebileceğine İlişkin Beklenti ve Öngörüler ile Şartları

Borçlu, yeniden yapılandırmanın gerçekleşebilmesi için bir takım finansman kaynaklarına ihtiyaç duyacak ise bu finansmanı nasıl temin edeceğini, temin etmesinin hangi koşullara bağlı olduğunu veya nasıl bir strateji izlemesi gerektiğini, bu finansmanı elde etmesinin gerçekçi olup olmadığı veya olasılığı konusunda alacaklılarını ikna edici ve mümkün oldukça somut veya gerçeğe yakın bir takım verilerle açıklamalıdır.

1.3.5.b.ix) Borçlu Şirketin Vergisel Yükümlülükleri

Yine, borçlu şirketin mevcut vergisel yükümlülükleri de alacaklıların bilgisine sunulmak zorundadır(yyy.m.7,1,j). Alacaklılar bu şekilde, borçlunun yeniden yapılandırma stratejilerinin veya projesinin gerçekliği konusunda bir kaniya varacaklardır. Zira, borçlu işletmenin içinde bulunduğu mali tablonun tam olarak görülebilmesi için, borçlunun mevcut ve devam edecek vergisel yüklerinin de bilinmesi gerekmektedir.

1.3.5.b.x) Projenin Başarıya Ulaşmasını Engelleme Muhtemel Ekonomik, Siyasi, Hukuki, Ticari Risk ve Engeller ile Vergisel Riskler ve Engeller

Borçlu projenin başarısına ilişkin şartları açıklayacağı gibi, projenin başarıya ulaşmasını engelleyecek bir takım muhtemel ekonomik, siyasi, hukuki, ticari risk ve engelleri de alacaklılarına bildirmek zorundadır(yyy.m.7,k). Zira, alacaklıların karar verirken, projenin belirtilen ve o anda öngörülemeyen bir takım engeller veya riskler nedeniyle sekteye uğrayabileceği konusunda bilgi sahibi olmaları, uyarılmaları ve bütün bu risklere rağmen projeyi onaylayıp onaylamamak konusunda karar vermeleri gerekmektedir. Nitekim, bunlar borçlunun kendisinden veya yeteneksizliğinden kaynaklanmayan ve fakat ülkenin içinde bulunduğu ekonomik veya siyasi seyir sonrasında olası, ancak umulmayan engellerdir.

Ancak, tabi ki, bunun sınırını çizmek zordur. Zira, borçludan o anda ileride yaşanması muhtemel her türlü riski görmesini beklemek özellikle bizim gibi dengelerin her an değişebildiği ülkeler için son derece manasızdır. Bu nedenle de, o anda öngörülemeyen ve fakat proje süresince ortaya çıkan bir risk nedeniyle, alacaklıların yeterli olarak bilgilendirilmedikleri iddia ve itirazı ile karşılaşmaması gerekir.

1.3.5.b.xi) Oylama Davetiyesi

Borçlu alacaklılarına, Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 11.maddesindeki usule göre hazırlanmış bir oylama davetiyesini de göndermek zorundadır(yyy.m7/ı/1). Oylama davetiyesinin içeriğine ve niteliğine ilişkin açıklamalara birazdan değinileceğinden şimdilik fazla detaya girmeyeceğiz.

1.4. PROJENİN ALACAKLILARLA MÜZAKERESİ VE OYLAMA

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun, müzakere sürecinin mahkemeye başvuru aşamasından önce gerçekleştiğini belirtmiştik. Borçlu, yeniden yapılandırma projesini ve kanun ve yönetmelik gereği sunulması zorunlu olan belgeleri alacaklılarına gönderecek ve borçlu ile alacaklıları arasında proje merkezli bir müzakere süreci cereyan edecektir. Bu müzakere süreci sonrasında alacaklılar kendilerine sunulan proje ve ekindeki belgeleri değerlendirerek proje hakkında bir oylama yapacaklardır. Bunun sonucunda da borçlu mahkemeye tasdik için başvuracaktır. Nitekim, borçlu mahkemeye başvururken başvurusuna mutlaka müzakere sürecini ve projeden etkilenen alacaklıları proje hakkında yeterince bilgilendirdiğini kanıtlayan belgeleri(m.309/o,5) ve projeden etkilenip de onay veren alacaklıların bu beyanlarını içeren imzası ve tarihi noterce onaylı tutanakları da(m.309/o,6) ekleyecektir.

Bunlar bize, tasdik başvurusundan önce borçlunun bir müzakere süreci yaşayacağını ve bu müzakereyi usulüne uygun olarak yapması gerektiğini ve müzakere sonrasında da yine kanunda öngörülen usule göre yapılmış bir oylamanın olması gerektiğini göstermektedir.

1.4.1. Projenin Müzakeresi ve Bilgilendirme

Kanunda belirtilen tüm hususları içeren yeniden yapılandırma projesi ve kanun uyarınca alacaklılara proje ekinde gönderilmesi gerekli tüm belge ve bilgiler, alacaklılara yine kanunda belirtilen usul ile gönderilerek incelemelerine sunulur. Proje, alacaklıların proje hakkında karar verebilmelerine imkan sağlayacak tüm bilgileri içermelidir. Borçlu şirketin yeniden yapılandırma kapsamında yapılandırmayı düşünmediği, mevcut hali ile ödemeyi öngördüğü, yani proje kapsamına almadığı alacaklılara sahip olan “projeden etkilenmeyen alacaklılar” olarak nitelenen alacaklılara projenin gönderilmesi zorunluluğu yoktur.

Kanunda borçlunun alacaklıları ile yaptığı müzakereyi tanımlaması istenmiş olmasına rağmen, bu müzakerenin yöntemi konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Borçlu müzakerenin yöntemi konusunda serbesttir. Buna karşılık borçlu bilgilendirmeyi kanunda öngörülen usul ve esaslara uyarak gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bilindiği üzere, konkordato projesi konkordato

kurumunun içinde yer alan bir süreç ve oluşum olan alacaklılar toplanması sırasında müzakere edilirken, burada buna benzer herhangi bir organ veya oluşuma yer verilmemiştir.

Proje ve ekindeki belgeler yukarıda da belirtildiği gibi, alacaklılara noter kanalı ile veya iadeli taahhütlü mektup ile gönderilir(m.309/o,V). Bu ise, alacaklıların bilgilendirilmesi yöntemidir. Borçlu tasdik için mahkemeye başvurduğunda bu bilgilendirmeyi, alacaklıların proje hakkında karar vermeleri sağlayacak yeterlilikte ve kanun ve yönetmelikte öngörülen usul ve esaslar uyarınca yaptığını kanıtlamak zorundadır. Burada dikkat edilecek olursa, noter veya iadeli taahhütlü mektup gibi uygun araçlardan söz edildiğine göre, bunlar şart olmayıp, örneğin kurye veya özel posta veya elden bizzat teslim gibi araçların kullanması da mümkün olacaktır.

Bu bilgilendirmenin ilan yoluyla yapılıp yapılamayacağı da öğretilmiş, fakat proje ekinde birçok belgenin de gönderilmesi zorunluluğu nedeniyle fiili güçlük olacağı ve ilanın yaratacağı aleniyetin borçlunun itibarını sarsacağı endişesi ile ve özellikle de, kanunun bizzat bilgilendirmeyi esas almış olması nedeniyle bunun mümkün olmayacağı ileri sürülmüştür.⁹⁷ Kanımızca da, bilgilendirmenin ilan yoluyla yapılması fiilen ve hukuken mümkün olmamalıdır.

Yine, elektronik postanın kullanılıp kullanılmayacağına da öğretilmiş.Kanımızca, son derece sıkı şekil şartlarına tabi ve projenin tasdiki ve geleceği açısından önemli olan bu sürecin elektronik posta ile gerçekleştirilmesi mümkün değildir.Kaldı ki, borçlunun projesi ile birlikte yönetmelikte sayılan, proje ekinde gönderilmesi gerekli belgeler (yyy.m. 7-9) göz önüne alındığında, bu bilgilendirmenin elektronik posta ile yapılması mümkün değildir.⁹⁸

1.4.2. Oylama

Borçlu, projeyi, projeden etkilenen alacaklıların oylarına sunacaktır. Ancak, oya sunuşun yöntemi konusunda kanun koyucu alacaklılar toplantısı gibi bir organa yer vermeyip, projeden etkilenip de onay veren alacaklıların, bu beyanlarını içeren imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanakların tasdik başvurusu sırasında mahkemeye sunulmasını aramış(m.309/o,VI), ancak, oylamanın biçimi ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Oylama usulü ile ilgili tüm hükümlere yeniden yapılandırma yönetmeliğinde yer verilmiştir. Maddi sonuçları olan bu önemli hükümlerin Kanun yerine yönetmelikte düzenlenmiş olması da gerek kanun yapma tekniği gerekse kanunlar hiyerarşisi açısından doğru bir yaklaşım olmamıştır.⁹⁹

Yönetmelikte, borçlunun oylamayı posta yoluyla veya alacaklı gruplarını bir araya getireceği müzakere toplantısıyla yapabileceği belirtilerek borçluya bir seçenek tanınmıştır. Borçlu dilerse,

⁹⁷ Taşpınar Ayvaz, s.326.

⁹⁸ Taşpınar Ayvaz, s.326.

⁹⁹ Budak, 5092 sayılı Kanun, s.6.

projeden etkilenen alacaklıları, düzenleyeceği bir müzakere toplantısına davet edebilir ve bu toplantıda da projeyi oluşturduğu alacaklı gruplarının incelemesine sunarak onayına sunabilir. Bu toplantıda her grup kendi arasında projeyi oylar ve oylama sonucu tutanağa geçirilir. Toplantıda hazır bulunan noterce de oylama sonuçları, kabul veya red beyanları, imzaları ve oylama tarihi tasdik edilir.

Borçlunun oylamayı gruplar halinde yapacağı bir toplantı ile yapması, özellikle alacaklı sayısının fazla olduğu durumlarda masraflı olabilir de, toplantı ile yapılacak olan müzakerenin projenin onaylanması açısından daha faydalı olacağı kanısındayız.

Projenin tasdiki için kanunda “gerekli çoğunluk” diye belirtilen çoğunluktan, yeniden yapılandırma projesinden etkilenen ve oylamaya katılan alacaklıların sayı olarak en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların toplam alacak tutarının en az 2/3’ünü oluşturan çoğunluk kastedilmektedir. Eğer proje birden fazla alacaklı sınıfı içeriyorsa, her bir sınıf için bu çoğunluk ayrı ayrı aranır ve projenin kabulü için her bir alacaklı sınıfında gerekli çoğunluğun oluşmuş olması gerekir. Gerekli çoğunluk sağlanamazsa, yeniden yapılandırma projesi reddedilmiş sayılır ve borçlu anonim şirket, ticaret mahkemesine(yeniden yapılandırma için) başvuramaz.¹⁰⁰

Aşağıda, projenin alacaklılarca oylanması prosedürü, yönetmeliğin ilgili maddeleri esas alınarak tek tek belirtilecektir. Ancak, henüz mahkemenin denetiminin olmadığı, borçlu ile alacaklıların müzakere içinde olduğu bu sürecin bu kadar detaylı ve ayrıntılı düzenlenmiş olması, kanımızca uzlaşmanın özüne aykırıdır. Buna karşılık, mahkemenin denetim aşamasında bu koşulların yerine getirilip getirilmediğini denetleyecek olması nedeniyle, mahkemenin aslında bu süreçte de işin içinde olduğu ileri sürülebilir de buna katılmaya imkan olmadığı kanısındayız. Zira, bir tek oylamanın ve bilgilendirmenin işleyişinin belli kurullarla yapıp yapılmadığının mahkemece incelenmesi, bu sürecin mahkemenin denetiminde olduğunu ileri sürmeye yetmez. Nitekim bilindiği üzere, borçlunun prosedürü yürüterek, hazırlığını tamamlamaya çalıştığı bu süreçte, alacaklıların borçlu aleyhine yürüttükleri icra takipleri ise, “bütün şiddetiyle”¹⁰¹ devam ediyor olabilir. Bu ise, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sistemin beklenen amacı gerçekleştirecek şekilde kurulmadığına işaret eder. Çünkü borçlu, daha bu müzakere sürecinde aleyhine yapılan takipler sonucunda yeniden yapılandırılmayacak hale gelebilecektir.

1.4.2.a) Davet

Borçlu, yönetmelikte belirtilen örnek-2 ye göre hazırlanmış olan oylama davetiyesini, iadeli mektup veya noter ihbarnamesi gibi, tebligatın yapıldığını kanıtlamaya elverişli uygun araçlarla, alacaklıların proje hakkında karar vermelerine ve ona göre oylama yapmalarına imkan verecek şekilde oylama

¹⁰⁰ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Tıpkı Baskı, Türkmen Kitabevi, 2006, İstanbul, s.1356. (El Kitabı).

¹⁰¹ Altay, s.1300.

tarihinden makul bir süre önce projeden etkilenen tüm alacaklılara gönderir(yyy.m.10.).

Projeyi alacaklıların incelemesine sunan borçlu, sunuş yazısında, alacaklılara projeyi inceleyip bir karar vermeleri için belli bir süre öngörmelidir. “Bu süre hak düşürücü süre değildir.^{102,}” Yani, belirtilen bu süre içinde herhangi bir beyanda bulunmayan alacaklı, en geç projenin tasdiki için mahkemeye başvuru aşamasına kadar bu hakkını kullanabilir. Ancak, tasdike kadar bu hakkını kullanmayan alacaklı, projenin kabulü için gerekli çoğunluğun bulunmasında hesaba katılmaz ve projeyi reddetmiş sayılır.¹⁰³ Bu nedenle, öğretide bazı yazarlarca makul sürenin tanınmamış olmasının, projenin tasdikini etkileyeceği ve bunun tasdik duruşmasında itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin endişenin yersiz olduğu kantsındayız.¹⁰⁴

Projeye en geç mahkemeye başvuru tarihine kadar kabul oyu verecekler, bu beyanlarını, imzalarını ve tarihi noterce onaylı tutanağı borçluya vermelidirler.¹⁰⁵

Projenin tasdikine kadar proje hakkında herhangi bir beyanda bulunmayan, yani oy kullanmayan alacaklıların, projenin kabulü için gerekli çoğunlukta dikkate alınmamalarının sebebi, alacaklıların ilgisizliğini yaptırım altına alarak mümkün oldukça sürece katılmaya teşvik etmektir.¹⁰⁶

İcra ve İflas Kanununun m.309/o,V uyarınca, borçlu alacaklılara projeyi ve tüm belgeleri uygun vasıtalarla tebliğ ettiğini gösteren delilleri Asliye Ticaret Mahkemesine tasdik için başvurduğunda sunmak zorundadır.

1.4.2.b) Oylama Davetiyesi

Oylama davetiyesi, alacaklının alacağıнын sınıfını ve miktarını, oylamanın posta yoluyla veya bu nedenle yapılacak bir toplantıda gerçekleşeceğini, oylama usulünü, alacaklının hangi tarihe kadar oy verebileceğini, oylama görevlisinin adını ve ünvanını ve davetiye ekindeki tüm belgelerin bir listesini içerir(yyy.m.11,I).

Bu hükümden borçluya oylamanın biçimi konusunda bir seçim hakkı tanındığı gözlenmektedir. Yani borçlu oylamayı posta yoluyla yapabileceği gibi, alacaklıları ile düzenleyeceği bir toplantıda da yapabilecektir. Ancak, yönetmeliğin bu hükmünün, yani borçluya posta yoluyla oylama yapma seçeneğinin kanunda öngörülmemiş olması nedeniyle kanuna aykırı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰⁷ Burada, kanunda açıkça oylama toplantısına yer verilmesi ve yönetmelikte ise ikinci bir yol olarak posta yoluyla oylamanın düzenlemiş olması gibi bir durum söz konusu değildir. Zira, kanunda

¹⁰² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.438.

¹⁰³ Atalay,Seminer,s.29.

¹⁰⁴ Taşpınar Ayvaz, s.327.

¹⁰⁵ Taşpınar Ayvaz, s.327.

¹⁰⁶ Atalay, Seminer, s.29.

¹⁰⁷ Kuru, El Kitabı,s.1355,dn.11.

oylamanın nasıl yapılacağına ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Nitekim, öğretilerde burada bir kanun boşluğu olduğu ve yönetmelik düzenlemesi ile de kanunu aşan bir durum yaratıldığı iddia edilmiştir.¹⁰⁸ Kanımızca, kanunda açıkça oylamanın biçiminin yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin bir hüküm olmayışı bir eksikliktir. Zira, böyle bir düzenleme olsa idi, bu gün yönetmeliğin kanuna aykırılığı tartışılmıyor olacaktı. Kanımızca, burada bir kanun boşluğu vardır ve yönetmelik ile kanunda yer almayan bir husus düzenlenmiş olduğundan kanun aşılmış olup, yönetmeliğin bu hükmü kanuna aykırılık oluşturmaktadır.

Borçlu oylamanın posta yolu yerine bir oylama toplantısında yapılmasını öngörmüşse, bu toplantının yeri, tarihi ve saati davetiyede açıkça belirtilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, borçluya bu konuda bir seçimlik hak tanınmıştır. Borçlunun oylamayı toplantı yapmaksızın yapmayı tercih etmesi halinde, alacaklıların hangi tarihe kadar ve ne şekilde oylamayı yapacaklarını davetiyede açıkça belirtmesi gerekir.

Alacaklılar proje için bizzat veya vekil vasıtasıyla oy kullanabilirler. Davetiyede vekil vasıtasıyla oy kullanılması halinde, vekaletnamelerin Örnek -3 e uygun şekilde hazırlanması, vekalet veren alacaklı ile vekilin imza sirkülerinin forma eklenmesi ve oy pusulası ile birlikte oylama görevlisine verilmesi gerektiği davetiyede belirtilir.

Ayrıca, davetiyede açıkça, alacaklının davetiyede belirtilen süre içinde ve belirtilen usule uygun olarak oy kullanmaması halinde veya oylama toplantısına katılmaması halinde, projenin tasdiki için gerekli çoğunluğun hesabında dikkate alınmayacağı ve gerekli çoğunluk sağlandığı takdirde, oylama sonucu ile bağlı olduğu da ihtaren bildirilir.

Borçluya gönderilen oylama davetiyesine eklenecek belgelerin projeden etkilenen tüm alacaklılara oylama davetiyesi ile birlikte gönderilmesi zorunlu olup, yyy.m.12' de aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

-İcra ve İflas Kanununun 309/n maddesi uyarınca hazırlanmış proje,

-Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 7,8 ve 9.maddelerindeki usule göre hazırlanmış olan ve projeden etkilenen alacaklılara bildirilmesi gereken rapor ve belgeler,

-Oy pusulası (Örnek-4)

Ancak, burada bir hususa dikkat etmek gerekecektir. Alacaklıların bilgilendirilmesi yyy.m.7 uyarınca bir kez yapılacaktır. Oysa ki yönetmeliğin 12 .maddesinde tekrar davetiyeye eklenecek belgeler sayılmış ve sanki bir ikinci bilgilendirme yapılacak gibi bir izlenim yaratılmıştır. Oysaki oylama davetiyesi, yyy.m.7 uyarınca yapılacak bilgilendirme sırasında gönderilecektir. Yönetmeliğin

¹⁰⁸ Taşpınar Ayvaz,s.324.

12.maddesinde sadece 7.madde de yer verilmeyen oy pusulası yer almaktadır. Eğer yönetmeliğin 7.maddesi içinde bu oy pusulası da sayılmış olsa idi, ayrıca bu 12.maddeyi düzenlemenin bir anlamı olmayacaktı.¹⁰⁹

1.4.2.c) Oylama Biçimi

1.4.2.c.i) Oylama Toplantısı

Borçlu proje hakkında oylama toplantısı yapacak ise, bu toplantıyı yapacağı yeri, günü ve saati belirlerken, mümkün oldukça projeden etkilenen alacaklıların katılımını kolaylaştıracak şekilde belirlemeli(yyy.m.13,I) ve bunu oylama davetiyesinde açıkça belirtmelidir(yyy.m.11,II).

Ancak, tüm alacaklıların katılımını kolaylaştırmak açısından öngörülen bu düzenleme isabetli değildir. Çünkü, bütün alacaklıların aynı yerde oy kullanmalarına gerek yoktur. Sistemin özelliği gereği alacaklılar sınıflara ayrılabilirdiğinden, oylamanın sınıflar bazında yapılması gerekir. Bu nedenle, bütün alacaklı sınıflarını aynı yerde ve aynı saatte toplayarak oylama yapılmasını öngörmek anlamsız olup, gruplar ayrı ayrı toplantıya çağrılarak oylama yapılabilirdir.¹¹⁰ Buna karşılık, bunun bazı durumlarda örneğin bir alacaklının birden fazla sınıfta oy kullanmasının gerektiği durumlarda ve zaman tasarrufu açısından yararlı olabileceği de ileri sürülmüştür.¹¹¹

Toplantıya bir oylama görevlisi başkanlık eder. Bu oylama görevlisi borçlunun tayin edeceği bir noter veya alacaklılar ya da borçlu tarafından proje denetçisi olarak görev yapmak üzere seçilmiş 3.bir kişi olabilecektir.(yyy.m.13,II). Burada oylama görevlisinin noter değil de, özellikle borçlu tarafından tayin edilen 3.bir kişi olması, oylamanın sıhhati hakkında bazı tereddütlerin doğmasına yol açacağından, bu düzenlemenin uygun olmadığı kanısındayız. Zira, projeyi kabul etmeyenlerin de proje ile mecburen bağlı oldukları düşünürse, oylamanın sıhhatinin ne derece önemli olduğu anlaşılacaktır.¹¹²

Oylama görevlisi, hazirun cetvelini tutmak, oy pusulalarını toplamak, oylama sonucunu tutanağa geçmek ve daha sonra tasdik aşamasında başvuru sırasında oylama sürecini ve sonucunu gösteren ve Asliye Ticaret Mahkemesine sunulacak olan raporu hazırlamak ve tüm bu oylama sürecini idare etmek ve denetlemekle görevlidir(yyy.m.13,II).

Yönetmelikte belirtilen Örnek-5 e göre hazırlanması gereken ve oylama görevlisince tutulacak olan hazirun cetveli aşağıdaki hususları içerir:

-Oylamaya katılacak alacaklının adı veya ünvanı,

¹⁰⁹ Taşpınar Ayvaz , s.328.

¹¹⁰ Atalay, Seminer, s.30.

¹¹¹ Taşpınar Ayvaz,s.329.

¹¹² Budak, 5092 sayılı Kanun, ss.6-7.

-Alacaklı vekili aracılığı ile oy kullanmışsa, vekilin adı,

-Alacaklının alacak miktarı,

-Sınıflandırılmış ise, alacaklının dahil olduğu sınıf,

-Alacaklının veya vekilinin imzası.

1.4.2.c.ii) Vekaleten Oy Kullanma

Yeniden yapılandırma yönetmeliğinin 15.maddesi vekalet yoluyla oy kullanmayı düzenleyerek, alacaklıların bizzat oy kullanmalarının yanı sıra, vekilleri aracılığı ile de oy kullanmalarına imkan tanımıştır. Nitekim, yyy.m.11,III'de de bu husus açıkça teyit edilmektedir. Bu halde bütün vekaletnamelerin örnek 3-'e göre düzenlenmesi gerekmekte ve bu husus, yani vekil ile de oy kullanılabilmesi alacaklılara oylama davetiyesi ile birlikte bildirilmelidir. Ayrıca, vekalet veren alacaklı ile vekilinin imza sirkülerinin forma eklenmesi ve oylama görevlisine oy pusulası ile birlikte verilmesi gerektiği de alacaklılara bildirilmelidir.

Vekaletnamede, alacaklının ve vekilin adı, soyadı, ünvanı ve adresi yer alır. Burada önemli olan husus, vekaletname içeriğinde, açıkça bu vekaletnamenin, yeri, günü, ve saati belirli olan yeniden yapılandırma projesinde oy kullanmak üzere verildiğine ilişkin bir ifadenin yer alması gerektiğidir(yyy.m.15).

1.4.2.c.iii) Posta Yoluyla Oy Kullanma

Posta yoluyla oy kullanma yeniden yapılandırma yönetmeliğinin 16.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, borçlu, oylamayı posta yoluyla yapmaya karar vermesi halinde, yani oylama için toplantı yapmayacağı durumda, oylama davetiyesinde, oyların gönderileceği adresi ve en son tarihi açıkça belirtecek ve fakat oy toplanmasına aracılık edecek diğer yöntemleri sınırlayamayacaktır. Yani, bu, alacaklının oylama beyanını elden veya başka bir şekilde ulaştırmasına engel olmayacaktır.

Burada, oy toplanmasına aracılık edecek yöntemlerin neler olabileceği meselesinin açıklanması gerekmektedir. Posta yoluyla oylamaya ilişkin olarak yönetmelik ekinde yer alan formlardan örnek 2-B'nin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu form incelendiğinde, oyun posta yolu yanı sıra, faks veya bizzat oylama görevlisi mahiyetindeki şahsa da teslim edilebileceği görülmektedir. Yine, aslen oy kullanacak alacaklı, oy pusulasına noter onaylı imza sirkülerini de eklemelidir(yyy.m.16,II).

Yönetmeliğin, 10,11,12,13 ve 15.maddeleri posta yoluyla oylama usulü için de geçerli hükümlerdir(yyy.m16/II). Buradan, posta yoluyla oylamada da toplantı usulündeki gibi, tüm belge ve bilgiler ile oylama davetiyesinin de alacaklıya gönderilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Burada ilginç olan, hükmün posta yoluyla oylamayı düzenlemiş olmasına rağmen ve alacaklının oyunun borçluya zamanında ulaşmasının tüm sorumluluğu alacaklıya ait kılınmış olmasına rağmen, örnek 2-B ile faks yoluyla gönderim ve hatta şahsen teslimin de düzenlenmiş olmasıdır. Kanımızca, alacaklı için şahsen teslim, imza karşılığı yapıldığı takdirde bir sorun yaratmayacaksa da özellikle faks yoluyla gönderimin, oyun teslim sorumluluğunun alacaklıya yüklenmiş olması nedeniyle bir takım sorunlar yaratabilecektir. Öğretide şahsen teslimin alacaklı için külfet oluşturacağı ve böyle bir külfetin alacaklıya yüklenmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüştür.¹¹³ Ancak, bunun alacaklıya bir külfet değil bir seçenek olarak sunulduğu göz önüne alınırsa, böyle bir külfetten bahsetmek mümkün değildir. Zira, yönetmelik hükmü ile, borçlunun oyun teslimi konusundaki yöntemlerde zorunluluk getirmesi veya sınırlama yapması yasaklanmıştır. Nitekim, bazı alacaklıların şahsen teslimi seçmeleri kendileri açısından daha güvenli olacağı için tercih nedeni de olabilir.

Faksla oy kullanımına gelince, özellikle aslen oy kullanma sırasında noter onaylı imza sirkülerini de eklemek zorunda olan alacaklının faks ile gönderdiği oy pusulasında yer alan imzanın alacaklıya aidiyetinin tayini ve imza sirkülerindeki imzanın alacaklıya aidiyetinin tayinini güçleştirecek ve alacaklının sonradan bunların aslını tekrar posta ile göndermesine yol açacağından kanımızca faksla oylama yapılması seçeneğinin sunulması anlamını yitirmektedir.

Nitekim, fakstaki imza ile tasdik koşulu(m309/o/VI) yerine getirilmiş olmayacaktır.¹¹⁴ Yine, örnek 2-B'nin incelenmesinden posta yoluyla oylamada da vekalet yoluyla oy kullanımının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Öğretide bunun anlamsızlığı ileri sürülmüşse de¹¹⁵, kanımızca özellikle alacaklının söz konusu belgeleri incelemek üzere avukatına gönderdiği ve zaman yetersizliği nedeniyle tekrar edinmeden avukatı vasıtasıyla oy kullanması gerektiği durumlar olabilir ki, yine böyle bir seçeneğin tanınmış olmasının da herhangi bir sakıncası olmadığı gibi, alacaklıya sunulan bir fırsat olarak düşünülmesi gerektiği kasnısındayız.

Yine, posta oyluyla oy kullanmada, oyun zamanında teslimi ve tebellüğünün sorumluluğunun alacaklıya yüklenmiş olması öğretide isabetsiz bulunarak eleştirilmiştir.¹¹⁶ Ancak, bu eleştiriye katılmıyoruz. Zira, bir çok alacaklısı olan borçlunun, her bir alacaklının oyunun teslimini sorumluluğunu üstlenmesi hakkaniyete uygun değildir. Kaldı ki, aslolan, bir şeyi zamanında göndermek ve yapmakla mükellef olanın, onu zamanında yaptığını kanıtlama yükü ve sorumluluğunun da o şahısta olmasıdır. Ancak burada, borçlu tarafından tanınan sürenin makul olup olmadığı, özellikle zamanında yapılmayan teslimler için tartışılabilir ve bu sürenin yetersizliğinin sorumluluğu borçluya yüklenebilir.

Oylama görevlisi, posta yoluyla oylamada da yönetmeliğin 13 ve 14.maddeleri uyarınca yönetmelik

¹¹³ Taşpınar Ayvaz,s.330.

¹¹⁴ Taşpınar Ayvaz,s.331.

¹¹⁵ Taşpınar Ayvaz,s.331.

¹¹⁶ Taşpınar Ayvaz,s.331.

eki formlardan örnek 5'e göre hazırun cetvelini hazırlayacaktır. Ancak farklı olarak, bu usulün özelliği gereği cetvelin beşinci sütununa oyların alındığı tarihi de kaydedecektir. Posta yoluyla oylama, ilgili diğer kanun ve yönetmeliklerdeki hükümler ile uygunluk içerisinde gerçekleştirilecektir(yyy.m.16,3).

1.4.2.d) Oylama Raporunun Hazırlanması

Yeniden yapılandırma yönetmeliğinin 17.maddesi gereği olarak, oylama görevlisi, İİK m.309/o,VIII uyarınca, Asliye Ticaret mahkemesine sunulmak üzere, oylama süreci ve sonucunu açıklayan bir rapor hazırlar. Zira, kanun m.309/o,VIII' de mahkemenin tasdik için, oylamaya ilişkin kanunun aradığı sayı ve meblağ itibarıyla çoğunluk koşulunun gerçekleştiğini gösteren cetveli başvuruda arayacağını belirtmektedir. İşte bu rapora, kanunda sözü edilen oylama sonucunu gösteren cetvel ve yönetmelik eki örnek-5 deki tüm bilgiler bulunacak ve rapora hazırun cetveli ile oy pusulaları da eklenecektir. Oylama görevlisi uygun gördüğü takdirde, oylamaya ve sürece ilişkin diğer bilgileri de raporuna ekleyebilecektir.

Böylelikle oylama süreci tamamlanmış ve oylama sürecini gösteren tüm belgeler elde edilmiş olmakta ve mahkemeye başvuru sırasında bu süreci kanıtlayan tüm belgelerin de eklenmesi gerektiği için, bunlar da tamamlanmış olmaktadır.

1.5. TASDİK BAŞVURUSU, TASDİK İNCELEMESİ, KARAR VE SONUÇLARI

1.5.1. Mahkemeye Yapılan Tasdik Başvurusu

Yukarıda belirtilen ve tasdik başvurusu anına kadar mahkeme dışında cereyan eden müzakere, uzlaşma ve bilgilendirme safhasının ardından borçlu, tasdik başvurusu ile birlikte ilk kez mahkeme ile karşı karşıya kalacaktır.

Borçlu şirket, yukarıda belirtilen tüm belge ve bilgileri içeren oylama davetiyesini, yönetmeliğin ilgili maddeleri uyarınca alacaklılara gönderir ve yine yönetmelikte belirtilen usule göre oylama toplantısını yaparak(yyy.m.13) veya oylamayı posta yoluyla yaparak(yyy.m.16) kanunda öngörülen çoğunlukla projeyi kabul ettirtirse, oylama görevlisinin oylama raporunu hazırlamasının(yyy.m.17) ardından, şirket muamele merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesine başvurarak, yeniden yapılandırma projesinin tasdiki talebinde bulunabilecektir. Başvuru, Asliye Ticaret Mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılacak ve borçlu bu dilekçesine m.309/o'da sayılmış olan tüm belgeleri de ekleyecektir. "Maddede sayılan bilgi ve belgeler esas itibarıyla alacaklıları korumaya yöneliktir. Mahkemeye sunulacak bu belgeler sayesinde mahkeme objektif olarak şirketin mali durumu ve alacaklıların haklarının korunup korunmadığı hakkında bilgi sahibi olabilecektir. Bu bilgi ve belgeler

ileride başvurunun red veya tasdiki konusunda bir karar verilirken mahkemece esas alınacaktır"¹¹⁷. Borçlunun mahkemeye başvurusu sırasında başvurusuna ekleyeceği belgeler m.309/o' da sayılmış olup, bunların büyük bir kısmı borçlunun alacaklılarını müzakere sürecinde bilgilendirmek üzere alacaklılarına göndereceği belgelerle paralellik taşımaktadır. Bu nedenle, yukarıda bilgilendirme bahsinde söz konusu belgelere ilişkin olarak yapılan açıklamalara burada kısmen değinilecek ve mümkün oldukça tekrardan kaçınılarak, bu belgelere kanundaki sırasıyla aşağıda değinilecektir.

1.5.1.a.i) Yeniden Yapılandırma Projesi

Yukarıda ayrıntısıyla açıklandığı üzere, borçlu m.309/n'de belirtilen içeriğe haiz, alacaklılarına da müzakere ve bilgilendirme safhasında göndermek zorunda olduğu ve alacaklıların üzerinde oylama yaptıkları yeniden yapılandırma projesini, mahkemeye yaptığı tasdik başvurusu sırasında da eklemek zorundadır. Projenin içeriği ve içermesi gerekli asgari unsurlar yukarıda ayrıntısıyla incelendiği için burada tekrar değinilmeyecektir. Ancak, unutulmaması gereken, projenin yeniden yapılandırmanın esasını teşkil edeceği ve bu nedenle özellikle m.309/n'de sayılan unsurları mutlaka içermesi gerektiği, aksi takdirde, projenin tasdikinin mümkün olmayacağıdır.

1.5.1.a.ii) Borçlunun Mali Durumunu Gösteren Belgeler

İİK.m.309/o,II'de, sınırlayıcı olmamak kaydı ile, borçlunun mali durumunu gösteren belgelere ilaveten, ayrıntılı bir bilanço, şirket defterlerinin durumunu bildiren bir cetvel, gelir tablosu ve borçlunun yeniden yapılandırmaya ihtiyacı olduğunu kanıtlayacak her türlü mali durumu açıklayıcı belge ve bilgilerin de başvuruya eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Borçlunun mali durumunun gösteren belgeler yine yukarıda yyy.m.8' de sayıldığı şekilde belirtilmiş ve açıklanmıştır. Nitekim, bu belgeler, borçlunun alacaklılarını bilgilendirmesi yükümlülüğü kapsamında alacaklılarına müzakere safhasında göndermekle yükümlü olduğu belgeler olup yukarıda sayıldığından bunlara tekrar değinilmeyecektir.

1.5.1.a.iii) Projenin, Borçluyu Yeniden Ödeme Kabiliyetine Kavuşturacağını Gösteren Belgeler ve Finansal Analiz Raporu

Borçlu, kendisini yeniden ödeme kabiliyetine kavuşturarak muaccel borçlarını ödeme planına göre ödeyebilecek ve nakit akışını gerçekleştirecek duruma getireceğini gösteren belgeleri de başvurusuna eklemek zorundadır(m.309/o,3).

Burada bir hususa öğretilen haklı olarak dikkat çekilmektedir.¹¹⁸ Biz de bu görüşe katılıyoruz.

¹¹⁷ 5092 sayılı Yasa'nın Hükümet Gerekçesi, m.4.

¹¹⁸ Taşınar Ayvaz,ss.357-360.

Öncelikle yukarıda da izah ettiğimiz gibi, kanımızca, borçlunun alacaklılarını bilgilendirmek amacıyla alacaklılarına göndermekle yükümlü olduğu ve mali durumuna ilişkin bir çok belge mahkemeye tasdik başvurusu sırasında da, dilekçeye eklenmek zorundadır.

Burada, alacaklılara gönderilen ve fakat mahkemeye sunulması gerekmeyen mali içerikli bir belgenin olması kanun koyucu tarafında da arzu edilmeyeceği gibi, işin mantığına da aykırıdır. Ancak, buna rağmen, kanun koyucunun gerek kanun içerisinde gerekse kanun ile yönetmelik arasında özensizlikten kaynaklandığını düşündüğümüz çelişki ve tekrarlar göze çarpmaktadır.

Nitekim, kanunun 309/o' da mahkemeye başvuru sırasında başvuruya eklenmesini gerekli kıldığı belgeleri sıralayan bentler incelendiğinde aslında tek bir bent içerisinde düzenlenmesi gereken ve aynı amaca yönelik birden fazla bent düzenlediği görülmektedir. Nitekim, m.309/o,3 ve m.309/o,9' a bakıldığında her iki hükmün amacının da, borçlunun projede öngördüğü şekilde tekrar ödeme kabiliyetine kavuşup kavuşamayacağının finansal bir analizle tespiti olduğu açıktır. Burada sadece, m.309/o,3' de ki düzenleme, kanımızca 9.bentteki düzenlemeye oranla daha dar ve manasızdır. Zira, 309/o,9 zaten 3.bendi de karşılamaktadır. 3. bentte “muaccel borçlarını tekrara ödeyebilecek durumda olup olmamasından” bahsedilmiştir. Oysa ki, yeniden yapılandırmaya başvurabilmek için, borçlu ödeme aczi içinde olacağı gibi, borca batık veya her iki durum içinde de olmayıp, bunlardan biri ile karşılaşması muhtemel de olabilir. Bu üç mali durumu da karşılayacak olan hüküm 9.bentte yer almaktadır. Kaldı ki, 3.bentte sözü edilen belgeleri hazırlayacak olan belli değildir. Oysa 9.bentte söz konusu finansal analizin bağımsız denetim kuruluşu tarafından yapılması açıkça öngörülmüştür. Burada ilginç bir durum da, 7.bentte alacaklıların proje ile ellerine geçecek miktar ile iflas etmesi halinde ellerine geçecek miktarın karşılaştırılmasının yapılmasından bahsedilmiş ve fakat bu belgeyi hazırlayacak olan tayin edilmemiştir. Oysa ki, “Fizibilite ve İflas Analiz Raporu” başlıklı yyy.m.9.'da bu analizin bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından yapılması gerektiği ve bu analizin, 7.bentte sözü edilen karşılaştırmayı içermesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁹ O halde, kanunda 3 ayrı bentte sayılan bu hususlar tek bir bentte toplanabilecektir. Sonuç olarak da Kanunda üç ayrı bentte sözü edilen analizlerin de yönetmelikte düzenlendiği gibi, bağımsız denetim kuruluşu tarafından yapılması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Yoksa kanun koyucunun alacaklılara farklı ve başka uzmanlarca hazırlanmış, mahkemeye ise farklı içerikte ve yine başka uzmanlarca hazırlanmış belgelerin sunulmasını aradığını düşünmek eşyanın tabiatına aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, yyy.m.4'te başvuruya eklenecek belgeler sayılırken, yönetmeliğin 9.maddesinde sözü edilen iflas analiz raporu da dahil edilmiştir. Bu rapor ise m.309/o' da 3 ayrı bentte sözü edilen her üç durumu içeren bir analiz raporudur.

¹¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkes,s.437.

1.5.1.a.iv) Proje den Etkilenen ve Etkilenmeyen Tüm Alacaklılar ile Bunların Alacaklarını Gösteren Liste

Borçlu, başvurusuna, projeden etkilendirdiği ve etkilendirmediği tüm alacaklıları ile bu alacaklıların alacak miktarını gösteren listeyi de eklemek zorundadır(m.309/o,4). Mahkemenin kural olarak, borçlunun projeden etkilendirdiği ve etkilendirmediği alacaklılara ilişkin tercihine bir müdahalesi olamaz. Ancak, m.309/n,1'de sözü edilen benzer alacaklara sahip olup ta projeden etkilenmeyen alacaklılar arasında nasıl bir eşitlik sağlandığı veya borçlunun alacaklılarını bu şekilde ayırmakta bariz bir kötü niyetinin olup olmadığı konusunda fikir sahibi olması gerekmektedir. Mahkemenin projeyi tasdik edip etmemesinde etken olacak bu hususların tespiti için de bütün listeyi görmesi gerekmektedir.

1.5.1.a.v) Müzakere Sürecini Tanımlayan Bilgilendirmenin İspatı

Borçlu, mahkemeye başvurmadan önce, alacaklıları ile yaptığı müzakere sürecini tanımlayan ve projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektupla ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamaları da başvurusuna eklemelidir(m.309/o,5).

Yukarıda da açıklandığı üzere, mahkemeye başvuru öncesi safha borçlunun alacaklıları ile müzakeresi ve bilgilendirme safhasıdır. Borçlunun bilgilendirmeyi nasıl yapacağı ve hangi hususlarda bilgilendireceği kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesine rağmen, müzakerenin yöntemine ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Nitekim, burada konkordatodaki gibi bir alacaklılar toplantısı dahi zorunlu değildir. Hükümlerden anlaşılan ise, borçlunun hazırladığı bir planı alacaklılarını oyuna sunması şeklindedir. Ancak, borçlunun müzakere etmeksizin hazır bir planı yeterli çoğunlukla kabul ettirmesi de pratikte pek olası gözükmemektedir. Bu nedenle, her ne kadar kanunda bir düzenleme yok ise de, borçlu pek ala bütün alacaklıları ile tek tek veya hepsi ile aynı anda toplanarak veya bazıları ile bir araya gelerek bir takım görüşme dönemleri yaratabilir. İşte kanun koyucu buna ilişkin bir hüküm düzenlememiş olmakla beraber, borçlunun özellikle de bilgilendirmeyi usulüne uygun yaptığının (iadeli taahhütlü mektup veya noter aracılığı ile) ispatını aramaktadır. Zira, bilgilendirmenin ispatı ile adeta müzakerenin gerçekleştirildiği varsayılmış olmaktadır.

1.5.1.a.vi) Proje den Etkilenip de Onay Veren Alacaklıların, Bu Beyanlarını İçeren, İmzası ve Tarihi Noterlikçe Onaylı Tutanaklar.

Proje den etkilenip de onay veren alacaklıların bu onaylarını içeren imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanakların da borçlu tarafından başvuruya eklenmiş olması gerekmektedir(m.309/o,6).

Burada, tutanakların da noterlikçe onaylı olmasının aranması, uzlaşmanın özüne aykırı bulunduğundan eleştirilmiştir. Sistemin, uygulamada ortaya çıkacak ihtilafları önlemek adına aradığı bu sıkı şekil şartlarının varlığı, sistemin bir şüphe üzerine inşa edildiğini ve sürekli olarak kötüye kullanılma kaygısı taşıdığını göstermektedir¹²⁰. Her ne kadar, söz konusu resmiyetin aranması uzlaşma kavramının özüne aykırı olsa da, sisteme ve uzlaşma kavramına olan yabancılık göz önüne alındığında bu hükmün isabetli olduğu da ifade edilmektedir.¹²¹ Kanımızca da, yukarıda ifade edildiği üzere, bu hüküm uygulamada ortaya çıkacak ihtilafları en aza indirgeyecektir.

Burada öğretide bir noktaya dikkat çekilmiştir. Bilindiği üzere, projeden etkilenip de oylamaya katılmayanlar gerekli çoğunluğun hesabında dikkate alınmayacaklardır. Ancak, projeden etkilenip de olumsuz oy verenlerin gerekli çoğunluğun hesabında önemli olduğu açıktır. Buna rağmen kanun koyucu bunların beyanının tespitini aramamıştır. Buna karşılık, bu eksikliğin m.309/o,8 hükmü ile giderilebileceği ileri sürülmüştür. Zira bu hükümde, gerekli sayı ve meblağ çoğunluğunun gerçekleştirildiğini gösteren cetvelin sunumu istenmektedir.¹²²

Yine, oylama görevlisine söz konusu tutanakları notere onaylatmak gibi bir görev verilmemiş olmasına rağmen, tutanakların noter onaylı olmasının aranmış olması öğretide eleştirilmiş ve oylama görevlisinin noter olması halinde bu sorunun aşılacağı şeklinde bir görüş getirilmiştir. Kanımızca, her ne kadar oylama görevlisine açıkça böyle bir görev verilmemişse de, bu hükümden yola çıkarak oylama görevlisinin noter olmaması halinde dahi bu tutanakları notere onaylatması gerektiği ve özellikle posta yoluyla oylamada elde edilen evrakların asılları alındıktan sonra borçlu tarafından notere onaylatılması gerektiği açıktır. Ancak, bunun pratikte bir takım gecikme veya sorunlara yol açabileceği de göz önüne alınarak, kanun koyucunun oylama görevlisinin noter olması gerektiğini hükme esas almasının daha uygun olacağına ilişkin görüşte isabet vardır.¹²³ Zira, oylar oylama görevlisinin ofisine geleceksin ve adi posta ile gönderilmiş ise, hangi tarihlerde geldiği, imzaların sıhhatinin olup olmadığının nasıl tespit edileceği gibi hususlar açık olmadığından, m.309/o/6'nın uygulaması belirsizdir.¹²⁴

1.5.1.a.vii) Sayı Ve Meblağ İtibariyle Çoğunluk Koşulunun Gerçekleştiğini Gösteren Cetvel

Borçlu, sayı ve meblağ olarak yasal çoğunluğun oluştuğunu gösteren cetveli de başvurusuna ekleyecektir(m.309o/8). Bu cetvel, oylama yapıldıktan sonra oylama görevlisi tarafından düzenlenen oylama raporu ve ekindeki hazirun cetveli ile oy pusulularından oluşacaktır.

¹²⁰ Pekcanitez, Seminer, ss.36-37.

¹²¹ Taşpınar Ayvaz,s.361.

¹²² Taşpınar Ayvaz,s.360.

¹²³ Taşpınar Ayvaz,s.362.

¹²⁴ Budak, 5092 sayılı Kanun, s.9.

1.5.1.a.viii) Yargılama Giderlerinin Depo Edilmesi

Her ne kadar kanunda (m.309o) da açıkça böyle bir hükümden söz edilmese de öğretide yargılama giderlerinin, en azından tasdik duruşmasına kadar olan yargılama giderlerinin borçlu tarafından avans olarak mahkeme veznesine depo edilmesi gerektiği bir tasdik koşulu olarak belirtilmiştir.¹²⁵

Kanımızca da bu görüşte isabet vardır. Zira, başvuru ile birlikte, mahkemenin yapacağı ve gider gerektiren bir dizi işlem söz konusudur. Örneğin başvurunun ilanı, adresi bilinen alacaklılara tasdik duruşması gününün tebliği ve ara dönem denetçisi atanması halinde, denetçi ücretinin ödenmesi gibi. Bu konuda kanunda bir boşluk olduğu açık olup, bunun konkordato(m.298,I,4) ve iflas hükümlerine(m.160) kıyasen doldurulması uygun olacaktır.¹²⁶

1.5.2. Tasdik İncelemesi Ve Karar

1.5.2.a) Duruşma (Tasdik Duruşması) Günü Tayini

Borçlu şirketin muamele merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi, borçlunun başvuru dilekçesini, dilekçeye ekli ve m.309/n'de belirtilen içeriğe haiz yeniden yapılandırma projesini ve m.309/o da sayılan dilekçe eki belgeleri alır almaz, başvurudan itibaren en geç otuz gün içinde herhangi bir günde gerçekleşecek olan duruşmanın gününü tayin edecektir(m.309/ö,I). “Bu duruşmanın amacı, tüm dilekçe, itiraz ve delillerin ivedilikle toplanmasıdır.”¹²⁷

Her ne kadar Kanunda başvurudan itibaren otuz gün içinde mahkemenin duruşma yapması öngörülmüşse de, mahkemenin bunu daha geç bir tarihe vermesinin olanaklı olup olmayacağı üzerinde durulması gerektiği kanısındayız. Hükümde açıkça otuz gün içinde duruşma günü verilmesi öngörüldüğünden aslında mahkemenin bu duruşma gününü daha geç bir tarihe belirlemesinin hukuki bir dayanağı olmayacaktır. Ancak, hukukumuzda, mahkemelerin işleyişine ilişkin olarak öngörülen bu tarz sürelerin uygulamasının olmadığı bilinen bir gerçektir. Hükümün yaptırımının olmaması da bunu açıkça göstermektedir. Ancak, yeniden yapılandırmanın amacına uygun olarak, bir an önce duruşma günü verilmesi tarafların menfaatine ve en önemlisi de yeniden yapılandırma kurumunun amacına uygun düşecektir. Burada aslında amaç, mahkemelerin bir an önce işe el atmasını temin etmektir.¹²⁸

Nitekim, öğretide de, mahkemenin, duruşma gününü bu otuz günden sonra belirleyemeyeceğine ilişkin görüşler¹²⁹ mevcut olduğu gibi, ticaret mahkemesinin kural olarak bu süreye uyması gerektiği, ancak uymamasının bir yaptırımının olmadığı ve hatta buna uymamasının da doğal olduğunu ileri

¹²⁵ Taşpınar Ayvaz, s.362.

¹²⁶ Taşpınar Ayvaz,s.363.

¹²⁷ Pekcamtez, Seminer,s.37.

¹²⁸ Pekcamtez, Seminer,s.37.

¹²⁹ Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin/Özeker, s.443.

süren görüşler de mevcuttur.¹³⁰ Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın başarısı, bu duruşmayla birlikte başlayacaktır. Yapılan ilan üzerine bazı alacaklılar, duruşmaya gelerek, projeye veya sınıflandırmaya ya da kendi alacaklarının dahil edildiği sınıfa itiraz edebileceklerdir.¹³¹

1.5.2.b) Başvurunun İlanı ve Tebliği

Mahkeme, borçlu şirketin yaptığı başvuruyu ve belirlemiş olduğu duruşma gününü m.288’de öngörülen usulle ilan duyurur ve projeden etkilenip adresi bilinen tüm alacaklılara ayrıca tebliğ eder. İİK m.288 uyarınca, bu başvuru tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde ilan edecektir(m.309/ö,I).

Mahkemenin yapacağı bu ilan ve tebligatta, başvurunun kapsam ve sonuçları, başvuru dosyasının hangi tarihten itibaren nerede görülebileceği ve itirazların ileri sürülebileceği duruşmanın günü ve saati belirtilir.

Hükümde yer alan “ilan”ın gerekliliği öğretide tartışılmıştır. Zira, başvurunun ve duruşma gününün projeden etkilenen alacaklılara bildirilmesi amacını taşıyan tebligatın yanı sıra, ilanın öngörülmesi ilk bakışta anlamsız gelmektedir. Kaldı ki, süreç sadece borçlu ile projeden etkilenen alacaklıları ilgilendirmekte, bunların haricinde yer alan 3.şahıslar ile alacaklı olup da projeden etkilenmeyenler içinse yeniden yapılandırma ile durumlarında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Madde gerekçesinde ise; “...mahkeme, başvuru üzerine, özellikle projeden etkilenen alacaklıların haklarının koruyabilmeleri ve itirazlarını ileri sürebilmeleri amacıyla otuz gün içinde bir duruşma günü belirlemeli ve alacaklıları bu durumdan haberdar etmek için ilan duyuru yapmalı, ayrıca duruşma gününü adresi bilinen alacaklılara tebliğ etmelidir.” denmiştir. Burada, tebliğin sadece adresi bilinen alacaklılara yapılacağı, adresi bilinmeyenler için ise ilan ile tebligat yapılması istendiği anlaşılmaktadır. O halde madde gerekçesinden yol çıkarsak, ilanın amacı, adresi bilinmeyenlerin ilan yolu ile duruşma gününden haberdar olmalarını temin etmektir diyebiliriz.

Ancak, acaba burada ilanın başka bir fonksiyonu var mıdır? Nitekim, öğretide ilan prosedürü, özellikle borçlunun durumuna zarar verebilecek kaygısı ve prosedüre gizliliğinin esas olması nedeniyle eleştirilmiştir.¹³² Ancak, yeniden yapılandırmanın “gizlilik esası” üzerine kurulduğuna ilişkin görüşe katılmaya imkan olmadığı kanısındayız. Zira, ne kanunun ne yönetmeliğin herhangi bir hükmünde ne de herhangi bir madde gerekçesinde bu ilkeye ilişkin herhangi bir ifadeye rastlamak mümkün değildir. Kaldı ki, her ne kadar süreç borçlu ile projeden etkilenen alacaklılar arasında cereyan etse de, borçlu ile iş yapacak 3.şahısların borçlunun bu durumundan haberdar edilmelerinde korunmaya değer bir menfaatleri vardır. Kanımızca, ilanın borçlunun durumuna zarar vereceğine ilişkin görüş, ilanın borçlu

¹³⁰ Taşpınar Ayvaz,s.385.

¹³¹ Pekantez, Seminer, s.38.

¹³² Taşpınar Ayvaz,s.365.

ile iş yapacak olan 3.şahısların menfaatini zedeleyebileceğini de içinde barındırmaktadır. Bu nedenle kanımızca ilan ile borçluyla iş yapacak 3.şahısların da zarar görmesinin önleneyeği veya en azından borçlunun bu durumundan bilgi sahibi olmakta menfaatleri olduğu ileri sürülebilir.

Kaldı ki, gizlilik “İstanbul Yaklaşımı”nda esastır, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma ise alenilik kaçınılmazdır. Zira, bu usulün mahkemeye başvuru olarak kullanılması dahi, gizliliğin olmadığını bir göstergesidir.¹³³

1.5.2.c) Ara Dönem Ve Ara Dönem Tedbirleri

Mahkeme, başvuru üzerine ilan ve tebligatı yaparak duruşma(tasdik duruşması) gününü tayin etmekle beraber, başvuru hakkındaki nihai kararını verinceye kadar olan süreçte, borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine bir takım tedbirler alabilecektir(m.309/ö). Bu sürece, yani başvuru anından başlayan ve tasdik hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verileceği ana kadar olan dönemi kanun koyucu “ara dönem” olarak tanımlamış ve bu sürece ilişkin özellikleri sıralamıştır. Görüleceği üzere başvuruya kadar mahkeme dışında cereyan eden bu sistem başvuru ile bir takım sonuçlar doğurmaya başlamaktadır. Bilindiği üzere, 4949 sayılı Kanun değişikliğinden önce konkordato, ancak konkordato mehli verildikten sonra başvuru hukuki sonuç doğurmaktaydı. Aynı şekilde iflasın ertelenmesinde de ancak erteleme kararı verildikten sonra bir takım hukuki sonuçlar doğmasına rağmen, burada başvuru ile birlikte tasdik kararına kadar bir takım hukuki sonuçlar doğabilmektedir.

Nitekim, konkordato teklifi ile (yani mühlet verilmesi talebi ile) konkordato mühleti kararı verilmesi arasında oldukça uzun bir zaman geçebilir. Değişiklikten önce, bu sürede “borçlu, malvarlığının alacaklılarının zararına olarak azalmasına yol açabilecek tasarruflarda bulunabildiği gibi, alacaklılar da borçluya karşı mevcut takiplerini devam ettirmek veya yeni takipler yapmak suretiyle konkordato girişimini etkisiz kılacak davranışlarda bulunabilmekteydi.”¹³⁴ Mühletin, etkilerini mühlet kararının verildiği andan ve hatta borçlunun tasarruf yetkisini sınırlanmasına yönelik etkilerini mühlet kararının ilanından itibaren doğurduğu göz önüne alındığında, bu süreçte ortaya çıkabilecek mahsurları giderecek bir takım mekanizmalara mutlaka ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır.¹³⁵ Bütün bu gerekçelerle, 4949 sayılı Kanun ile 285.maddeye eklenen III.fıkıradaki, hakimin konkordato talebi ile birlikte, gerekli görmesi halinde, m.290’da sözü edilen tedbirleri alabileceği belirtilerek, borçlunun tasarruf yetkisine sınırlama getirilebileceği düzenlenmiş, buna karşın, alacaklıların takiplerine yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir.

Nitekim iflasın ertelenmesinde, mahkeme erteleme talebini aldıktan sonra erteleme kararını verinceye kadar uzun bir süre geçebilir. Bu sürede kötü niyetli borçlular alacaklılara zarar verebileceği gibi,

¹³³ Aksoyoğlu,s.122.

¹³⁴ Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, ss.50-51.

¹³⁵ Tanrıver/Deyneki, s.51.

alacaklılar da yapacakları takiplerle borçlunun malvarlığının daha da azalmasına ve erteleme koşullarının ortadan kalkmasına yol açabileceklerdir. Bu nedenledir ki, kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada olduğu gibi mahkemelerin bu konuda ihtiyati tedbir kararları vermesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹³⁶

Konkordato mülleti, 4949 sayılı Kanun'dan sonra azami beş ay, iflasın ertelenmesi süresi ise azami beş yıl olarak öngörülmüştür. Yeniden yapılandırma ise, başvuru ile birlikte gündeme gelen ve tasdik kararı hakkındaki karara kadar geçen ve kanunda ara dönem olarak tanımlanan süreç kanun koyucu tarafından altmış gün olarak düzenlenmiştir. Nitekim, m.309/ö,I' de başvurudan itibaren otuz gün içinde tasdik duruşması yapılacağı belirtilmiş ve m.309/p,I' de ise, tasdik duruşmasında itibaren engeç otuz gün içinde de karar verilmesi gerektiği belirtilerek, Bu süre toplam altmış gün olarak öngörülmüştür. Yukarıda da izah edildiği üzere, her ne kadar kanun koyucu altmış günlük bir süre öngörmüşse de, uygulamada bu kadar süre içerisinde tasdikin gerçekleştirilmesi özellikle de yapılacak itirazlar düşünüldüğünde mümkün gözükmemektedir. Nitekim, öğretide bu gerekçe ile, ara dönemin konkordato mülletinden uzun, ertelemeden ise kısa bir süreye karşılık geldiğini ifade etmenin mümkün olacağı belirtilmiştir.¹³⁷

Belirtilen bu üç kurumda yer alan sürelerin farklılıklarına değinmenin ara dönem kavramını anlamakta yararı olacağından aşağıda bu sürelerin nitelikleri açıklanmaktadır.

Konkordato teklifinin icra mahkemesi tarafından kabul edilerek borçluya konkordato mülleti verilmesinin amacı, borçlunun, alacaklılarının kendisi hakkında cebri icra muamelesi yapmasının ya da daha önce başlamış olan takiplere devam etmelerinin yasaklanması suretiyle, borçlunun bu tür kaygılardan kurtarılarak, daha rahat bir ortamda gerekli hazırlıkları tamamlamak ve malvarlığında olumlu değişimler sağlayacak hareket serbestisi içinde alacaklıları ile uzlaşabilmesine fırsat tanımaktır. Borçlu, böylelikle konkordato projesine işlerlik kazandırabilme imkanına kavuşacaktır.¹³⁸ Borçlu müllet süresince konkordato komiserinin denetimi altında, bazı yasal sınırlamalar saklı kalarak, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini muhafaza etmektedir.¹³⁹ Görüleceği üzere, konkordato mülletinin verilmesinin asıl amacı, borçlunun müzakere sürecini gerçekleştirmesini sağlamaktır. Yoksa asıl sonuçlar konkordatonun tasdiki ile doğacaktır.¹⁴⁰

İflasın ertelenmesi ise, borca batık haldeki şirketin ve kooperatifin idare organlarına borca batıklık bildiriminde bulunmak zorunda oldukları bir durumda iyileşme ümitlerinin varlığı halinde verilen ve borca batık bulunan şirketin iflastan kurtulmasını sağlayacak, şirketin maddi hukuk ilişkileri üzerinde

¹³⁶ **Hakan Pekcanitez**, "İflasın Ertelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt.79,S.2005/2,s.337 ; **Özkes**, s.3272; **Öztek**,s.51; **Atalay**, Borca Batıklık, ss.107-108.

¹³⁷ **Taşpınar Ayvaz**, s.367.

¹³⁸ **Tanrıver**, s.30 ; **Kuru**, El Kitabı,ss.1246-1247.

¹³⁹ **Altay**, s.109.

¹⁴⁰ **Taşpınar Ayvaz**,ss..367.

etkili olan, iyileştirme yöntemlerinin veya tedbirlerinin uygulanabilmesine ortam sağlayan,¹⁴¹ İİK. m.179/a'da düzenlenmiş bir geçici korumadır.¹⁴² Öncelikle bu kurum, konkordato veya uzlaşma yoluyla sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılmasında olduğu gibi, alacaklıların katılımına açık değildir. Alacaklılarla varılan bir uzlaşma söz konusu değildir ve alacaklıların muhalefetine rağmen, sürecin devam edebilmesi mümkündür. Burada sadece şirkete bir fırsat verilmekte ve şirketin bu fırsatı iyi değerlendirmesi halinde, şirket yeniden yapılandırılabilir bir hale gelmektedir. Yani, borçlunun alacaklılarının takibinden korunduğu ve faaliyetlerini kayyım ile mahkeme denetiminde sürdürdüğü bu sürecin amacı, borçlunun iyileşmesine fırsat vermektir.¹⁴³

Yeniden yapılandırmada öngörülen ara dönem ise, bu sürelerden farklılıklar göstermektedir. Ara dönem, konkordato mühletinde olduğu gibi, borçlunun müzakere sürecini gerçekleştirme özelliği taşımamaktadır. Zira, ara dönemde borçlu müzakere sürecini çoktan tamamlamış olup, alacaklıların proje uyarınca durumları bellidir. Yine, ara dönemde ertelemede olduğu gibi, borçlunun iyileşmesinin sağlanması için bir fırsat verilmesi de söz konusu değildir. Zira, yeniden yapılandırmanın iyileşmeye ilişkin tüm yöntemleri proje ile başvuru anında bellidir.

Ara dönemin amacı, projenin tasdikine kadar olan süreç olduğu için, borçlu ile alacaklıların yapması gereken işlemleri ve alacaklıları ile olan ilişkileri düzenlenmektedir. Yine, ara dönemde sonuçlar diğerlerinde olduğu gibi kanun gereği doğmamakta, mahkeme kararını gerektirmektedir.¹⁴⁴

1.5.2.c.i) Ara Dönem Denetçisi Atanması

Bilindiği üzere, bütün rehabilitasyon usullerinin (konkordato, iflasın ertelenmesi gibi) en önemli özelliklerinden birisi, rehabilitasyon projesinin projeyi kabul etmeyen alacaklılar için de mecburi nitelik taşıması ve özellikle moratoryum gibi bir takip yasağının bir şekilde söz konusu olmasıdır. Bu özellikler, alacaklıların haklarının borçlu insiyatifine bırakılmaksızın korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle de bütün bu usullerde adları farklılıklar göstermekle beraber, moratoryum boyunca ve hatta projenin uygulamaya geçmesinden sonra da borçlunun işlemlerine nezaret edecek ve hatta kimi zaman işletmenin yönetimini bizzat üstlenecek bir görevliye ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁴⁵

Yeniden yapılandırma usulünde de, konkordato veya iflasın ertelenmesinde olduğu gibi, kanunen atanması zorunlu kılınmamış olmasına rağmen, bir komiser veya kayyım gibi borçlunun faaliyetlerini denetleyen veya bizzat sevk ve idare eden bir görevli belirlenebilecektir. İİK. m.309/ö,II' de, mahkemenin, alacaklılar ve borçlu tarafından kararlaştırılarak yeniden yapılandırma projesinde öngörülmüş, atanmasından projenin tasdik veya reddine dair kararın verilmesine kadar geçecek süre

¹⁴¹ Altay, Borca Batıklık, s.51 ; Özbek, ss.29-30.

¹⁴² Altay, Borca Batıklık, s.51.

¹⁴³ Özbek, s.32.

¹⁴⁴ Taşınar Ayyavaz, ss.367-368.

¹⁴⁵ Budak, 5092 sayılı Kanun, s.3.

içinde borçlunun faaliyetlerini bizzat sevk ve idare edecek ya da borçlunun faaliyetlerini denetleyecek olan, gerekli nitelik, bilgi ve tecrübeye sahip bir veya birkaç kişiyi ara dönem denetçisi olarak atayabileceği, alacaklılar ve borçlunun ara dönem denetçisi seçmedikleri veya herhangi bir isim üzerinde anlaşamadıkları takdirde, şartlar denetçi tayinini mutlaka gerekli kılıyorsa mahkemenin re'sen bir veya birkaç ara dönem denetçisi atayabileceği belirtilmiştir(m.309/ö,II). Görüleceği üzere, borçlu ve alacaklılar ara dönem denetçisi atanması hususunda anlaşmışlarsa mahkeme başvuru üzerine bu şahsı veya şahısları ara dönem denetçisi olarak atayabilecektir. Bunların herhangi bir seçim yapmadıkları veya bir isim üzerine anlaşmaya varamadıkları durumda da yine bir zorunluluk söz konusu değildir. Bu halde, mahkemenin bir takdir yetkisi söz konusudur. Mahkeme bir denetçinin varlığını gerekli görerek bu halde bir veya birkaç şahsı denetçi olarak atayabilecektir. Görüleceği üzere, bu denetçi, proje denetçisinden farklıdır. Zira, proje denetçisinin atanması ve alacaklılara bildirilmesi m.309/n,6 uyarınca zorunlu iken, burada “borçlunun ve alacaklıların seçmedikleri” denilerek, seçilmeme veya belirlenmeme özelliğinin olduğu vurgulanmıştır. O halde m.309/n,6’da sözü edilen denetçiden bahsedilmemektedir. Buda ara dönem denetçisi ile proje denetçisinin farklılığına işaret eder. Zira proje denetçisi belirlenmesi zorunlu iken, ara dönem denetçisi belirlenmesi ve bunun alacaklılara bildirilmesi zorunlu değildir. Buna karşılık borçlu projede bir ara dönem denetçisi belirlemiş ve alacaklılar da bunu kabul etmişse, mahkeme kabul edilen şahsı ara dönem denetçisi olarak atayacaktır. Kanunun bu hükmünde ara dönem denetçisinin vasfına ilişkin olarak herhangi bir açıklama yer almamasına karşılık yeniden yapılandırma yönetmeliğinin 19.maddesinde ara dönem denetçisinin vasıfları zikredilmiştir. Buna göre, ara dönem denetçisi, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli mali müşavirler arasından seçilecektir.Yine denetçinin bağımsız ve tarafsız olması, projeden etkilenen alacaklılar ve borçlu ile bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir. Projede denetçinin görevleri belirlenebilecek sorumlulukları da verilen görevlere göre tespit edilecektir(yyy.m.19,III) ve ara dönem denetçisinin görevleri de atama kararında belirtilecektir.

Kanunda ara dönem denetçisinin projenin tasdiki veya reddine ilişkin kararına kadar borçlunun faaliyetlerini bizzat sevk ve idare etmek veya borçlunun faaliyetlerini denetlemek üzere atanacağı belirtilerek, borçlu tüzel kişiliğin yönetim organının tamamen işten el çektilererek, ara dönem denetçisine bırakılabileceği ifade edilmiştir. Nitekim, öğretide bu hükümden, borçlu işletmenin sadece bazı kısımlarının da tamamen sevk ve idaresinin denetçiye bırakılmasının mümkün olacağı ifade edilmiştir.¹⁴⁶ Kanımızca da, bu mümkün olmalıdır. Zira, “çoğun olduğu yerde azda vardır” kuralı uyarınca, gerçekten borçlu işletmenin yeniden yapılandırma için önem arzeden belli bölümlerinin denetimi de ara dönem denetçisine bırakılabilmelidir. Ancak, burada şu hususa değinmekte yarar olduğu kantsındayız: Özellikle işletmenin bütün olarak sevk ve idaresinin işletmeyi hiçbir şekilde tanımayan bir mali müşavire devri olumsuz sonuçlar doğurabilir. Zira, bir işletmeyi yönetmek ve idare edebilmek için muhasebe bilgisine sahip olmak yeterli değildir. Bu nedenle, mahkemenin

¹⁴⁶ Taşpınar Ayvaz, s.369.

mümkün oldukça bu yetkisini kullanmak yerine, sadece denetçinin gözetiminde işlerin borçlu tarafından yürütülmesine karar vermesinin daha yerinde olacağı kanısındayız. Nitekim, ABD yeniden yapılandırma yönteminde yediemin borçlu statüsünün getirilmesinin tarihi gerekçelerinden birisi ve en önemlisi, işletmenin tamamen bir yabancıya devrinin olumsuz sonuçlar doğurduğunun tecrübe ile sabit olmasıdır. Bu nedenle de, zaman içinde işletmenin kayyım devrinden vazgeçilerek borçlunun işinin başında kalması esas olmuş ve fakat işlerini alacaklıların ve mahkemenin denetiminde yürütmesine müsaade edilmiştir. Bu nedenle, kanımızca, mahkemenin bu yetkisini çok istisnai durumlarda kullanması yerinde olacaktır.

Borçlu ve alacaklılar arasında ara dönem denetçisi hiç belirlenmemiş veya ücretine ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamış olduğu durumda, mahkeme ara dönem denetçisine ödenecek olan ücreti de re'sen belirler ve borçlu bu belirlenen tutarı(avansı)¹⁴⁷ mahkeme veznesine peşin olarak depo eder. Mahkeme, geçici olarak belirlediği bu ücreti, tasdik talebine ilişkin nihai kararında, kesin olarak belirler ve daha önce belirlenen ve depo edilen avansın eksik olması halinde tamamlattırılmasına, aksi halde iadesine karar verir(yyy.m.19,II).

Kanunda ara dönem denetçisinin gerçek kişi mi yoksa tüzel kişi mi olması gerektiğine dair bir açıklığa yer verilmemiş olup, sadece yeminli mali müşavirler arasından seçileceği belirtilmiştir. Nitekim, yeminli mali müşavirler çoğunlukla bir denetim şirketi bünyesinde çalıştıklarından, kanımızca, ara dönem denetçisi veya proje denetçisi gerçek kişi yeminli mali müşavir olabileceği gibi, tüzel kişiliğe haiz bir yeminli mali müşavirlik şirketi de olabilir. Kaldı ki projeyi ve özellikle iflas analiz raporunu bağımsız denetim kuruluşlarının hazırlaması gerektiği öngörüldüğünden, ara dönem denetçisinin veya proje denetçisinin de gerçek kişi olması şart olmamalı, tüzel kişi de olabilmelidir.

Kanunda, ara dönem denetçisinin gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olması gerektiği belirtildiğinden, bu kişilerin yeniden yapılandırma konusunda uzman olmaları gerekmektedir. Ancak, yeniden yapılandırmaya ilişkin düzenlemenin yeni olması sebebiyle, bu konuda özel olarak eğitilmiş veya gerekli bilgi ve tecrübeye sahip uzmanların bulunmasında sıkıntı çekilebileceğinden, kanunun yürürlüğünün en azından bir süre ertelenerek, erteleme süresince eğitimler yoluyla uzmanların yetiştirilmesinin sağlanabileceği ve böylelikle de, uygulamanın başlangıcında yaşanabilecek sorunların en aza indirgenebileceği ileri sürülmüştür.¹⁴⁸ Kanımızca da, ara dönem denetçisinin niteliği, sadece denetleme görevi verilse bile son derece önemlidir.Zira işin niteliği dikkate alındığında ara dönem denetçisi olarak seçilecek veya atanacak kişinin bu boyuttaki bir şirket veya kooperatifin mahkemenin belirlediği sınırlar içerisinde işlerini yürütme yeteneğine sahip olması gerekmektedir.¹⁴⁹

Ayrıca kanunda, mahkemenin ara dönem içinde alınacak tedbirler için tasdikten önce bir ön duruşma

¹⁴⁷ Taşpınar Ayvaz,s.444.

¹⁴⁸ Pekcanitez, Seminer, s.38.

¹⁴⁹ Aksoyoglu,s.124.

yaparak bu tedbirleri alabileceği belirtilmiş ve bunların arasında da ara dönem denetçisi tayini zikredilmiştir(m.309/ö,II). O halde ara dönem denetçisi atanması da bir ara dönem tedbirdir. Zira, tüm geçici hukuki korumalarda olduğu gibi, görevi sadece tasdik hakkında verilecek karara kadar sürecektir. Ancak, burada yapılacak olan “ön duruşma”nın makul olup olmayacağı üzerinde durmak gerekir. Zira, zaten başvurudan itibaren otuz gün içinde tasdik duruşmasının yapılması gerektiğine göre, bu otuz günlük süre içinde ayrıca bir tedbir duruşmasının tebliği ve yapılması uygulamada neredeyse imkansızdır. Bu nedenle kanımızca bu hüküm isabetli değildir. Kaldı ki, ara dönem tedbirlerine mahkeme dosya üzerinde de karar verebilmelidir. Nitekim, ara dönem denetçisinin tayinine de dosya üzerinde karar verebilmelidir. Kaldı ki, kanun hükmünde de bu tedbirlerin alınabilmesi için, ön duruşma yapılması zorunlu kılınmamış, “yapılabilir” denilerek, hakime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak, tedbirlerin bir an evvel alınmasındaki fayda göz önüne alınırsa¹⁵⁰ ve özellikle yeniden yapılandırma projesinin uygulanmasını imkansız kılacak bir tehdidin varlığı halinde dosya üzerinden de bir takım ihtiyati tedbirlere karar verilmesi mümkün olmalıdır.¹⁵¹

Görüleceği üzere, ara dönem denetçisinin görevi projenin tasdiki veya reddine ilişkin karara kadar sürecektir. Ancak, aksi projede öngörülmediği sürece, ara dönem denetçisi olarak atanan şahıslar, tasdik kararı ile birlikte proje denetçisi olarak ta atanabileceklerdir(yyy.m.19,IV).

1.5.2.c.ii) Diğer Tedbirler

Ara dönemde mahkeme, ara dönem denetçisi tayininden başka, borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine, borçlunun malvarlığının korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri derhal alacaktır(m.309/ö,I).

Burada dikkati çeken husus, mahkemenin borçlunun malvarlığının korumak ve faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri alması için, borçlunun veya alacaklıların talebinin gerekli görülmesidir. Yani borçlu veya alacaklılar böyle bir talepte bulunmadığı durumda mahkemenin re’sen bu yönde bir tedbire karar vermesi mümkün görünmemektedir. Ancak, hükmün devamında “mahkemenin gerekli gördüğü tedbirler” denilerek de, mahkemenin borçlu veya alacaklıların önerdiğinden farklı tedbirler alabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle de mahkemenin mutlaka taleple hareket edeceği, yani re’sen tedbire hükmedemeyeceğini ileri sürmenin anlamı olmadığı kansındayız. Zira, öncelikle, yeniden yapılandırma talebini inceleyecek olan mahkemenin yapacağı yargısal faaliyet bir çekişmesiz yargı işidir ve bu yargısal faaliyet basit yargılama usulsüne tabidir. Bilindiği üzere, çekişmesiz yargı işinin önemli kıstaslarından birisi de, mahkemenin re’sen hareket edebilmesi, re’sen karar verebilmesidir. Kanımızca bu hükmü bütün olarak gerek talep üzerine gerekse mahkemenin gerekli görmesi halinde re’sen de tedbire karar verebileceği şeklinde anlamak lazımdır. Aksi halde ortada bir çelişki söz

¹⁵⁰ Taşpınar Ayvaz, ss.370-371; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes,s.443.

¹⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes,s.443.

konusu olacaktır. Kaldı ki, kanımızca yeniden yapılandırmanın amacına uygun olan da budur. Yani, mahkeme alacaklıları korumak için, borçlunun malvarlığını koruyucu, yani malvarlığının azalmasını önleyici bir takım tedbirler alabilmelidir. Buna karşılık, kanunun lafzı nedeniyle, söz konusu tedbirlerin alınabilmesi için mutlaka talebin şart olduğu da ileri sürülebilir.¹⁵² Yine, mahkemenin bu süreçte projenin borçlunun malvarlığına ilişkin etkilerini içeren proje içeriğine aykırı tedbirlere dahi hükmedemeyeceği, mahkemenin tedbirlerin türüne ilişkin dahi bir takdir yetkisinin olmadığı dahi ileri sürülmüştür.¹⁵³ Bu görüşte olanların da ifade ettiği gibi, projede malvarlığına ilişkin olarak öngörülen etkiler projenin tasdiki sonrasına aittir. Bu nedenle, mahkemece gerekli görülmesi halinde ara dönemde proje içeriğine aykırı tedbirlere de karar verilebilmelidir. Ama bu tedbirin alınması alacaklılarca kabul edilen projenin bu konuya ilişkin hükümlerini imkansız kılacak ise, tabi ki, mahkemenin bu tür bir tedbire hükmetmemesi gerekir.

Ancak, kanun bu tedbirlerin neler olacağını belirtmemiş, sadece “borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve faaliyetlerinin gerekli gördüğü tedbirler” ifadesine yer vermiştir. Bu nedenle öğretide, konkordato hükümlerinden yola çıkarak, bu tedbirlerin, borçlunun rehin tesis etmesinin, kefil olmasının, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatının kısmen dahi olsa devir veya takyit edilmesinin ivazsız tasarruflarda bulunmasının yasaklanması şeklinde olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁵⁴ Ancak, bu görüşte olanlar dahi, bu hükümlerin uygulanmasında, yeniden yapılandırma usulünün amacı ve özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini de belirtmişlerdir. Kanımızca da, burada her ne kadar, kıyasen konkordato hükümlerinden yararlanılabirirse de, maksadını aşan bir takım yasaklama ve kısıtlamalar, borçlunun projeden etkilenmeyen alacaklılarının menfaatlerini zedeleyebilir. Zira, onların alacaklarında herhangi bir değişiklik söz konusu değildir ve mevcut şekliyle ödenmesi ancak borçlunun işlerine devamı ile mümkündür. Bu nedenle, borçlunun tasarruf yetkisine getirilecek sınırlamalar, borçluyu iş yapamaz hale getirmemelidir. Bu nedenle de, bu dönemde mümkün oldukça ara dönem denetçisi yolu ile, borçlunun faaliyetlerinin gözetim altında tutulması şeklinde bir tedbirin yerinde olacağı haklı olarak ileri sürülmüştür.¹⁵⁵

Kural olarak, konkordato mühleti içerisinde borçlunun tasarruf yetkisi kaldırılmamıştır. Borçlu mallarının başında kalarak faaliyetlerini sürdürmeye devam edecek, ancak, konkordato komiserinin denetiminde olacaktır. Bu nedenle, mühletin borçlu bakımından sonucu, borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Mühletin borçlu bakımından sonuçları İİK. 290.maddesinde ayrıntısı ile düzenlenmiştir.

Bu süreçte İcra Mahkemesi hakimi, mühlet kararında, borçlunun yapmasını kesin olarak yasaklayacağı işlemleri tek tek belirtebileceği gibi, bazı işlemlerin sadece komiser tarafından yapılmasını veya

¹⁵² Taşpınar Ayvaz, s.371.

¹⁵³ Balcı, Yeniden Yapılandırma, s.149.

¹⁵⁴ Taşpınar Ayvaz, s.371.

¹⁵⁵ Taşpınar Ayvaz, s.373.

komiserin de bu işlemlere katılması halinde işlemlerin geçerli olacağını ya da borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini sürdüreceğine karar verebilecektir.

Yeni düzenleme ile bu konuda getirilen en önemli değişiklik, icra hakiminin kararı ile borçlunun işletmesinden tamamen uzaklaştırılarak, işletmenin yönetiminin tamamen komisere teslim edilebilmesidir. Burada amaç, kötü niyetle hareket edebilecek borçluların şirketten uzaklaştırılmasını sağlayarak, alacaklıların menfaatlerini korumaktır. Ancak, bu husus, mahkemenin takdirine bırakılmış olup, bir seçenektir, zorunluluk değildir.

Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında, mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüzdür(m.290,II). Görüleceği üzere, borçlunun, konkordato sürecini ve alacaklılarını zarara sokması muhtemel tüm bu işlemleri için İcra Mahkemesinin iznine ihtiyacı olacaktır. Eski düzenlemede, özellikle girişilecek tasarrufun alacaklılara ve borçlunun malvarlığına fayda getirecek olması durumunda, borçlunun kesinlikle yapması yasak olan bu işlemlerin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmasının veya komiser ya da mahkemenin izni ile dahi yapılamayacak olmasının, konkordatonun amacına aykırı olacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir.¹⁵⁶

Borçlunun, mutlaka mahkemenin izni ile yapabileceği belirtilen bu tasarruflar kanunda sınırlandırılmış olduğundan, bunların genişletilmesi mümkün değildir. Borçlunun bu yasağa aykırı olarak yaptığı işlemler mutlak butlanla sakat olduğundan, bu butlanı, borçlu ve alacaklılar ileri sürebileceği gibi, üçüncü şahıslar da ileri sürebileceklerdir.¹⁵⁷

Buna karşın borçlu, kendisi için kesin olarak yasaklanmayan ve komiserin onayına tabi kılınmayan diğer işlemleri ise yapabilecek ve bunlar hukuken geçerli kabul edilecektir. Ancak, borçlunun yaptığı bu işlemler alacaklıların zararına olursa, komiserin bunu mahkemeye rapor etmesi halinde borçlu hakkında verilen konkordato mühleti kaldırılabilir.¹⁵⁸

Borçluya ilişkin olarak getirilen tasarruf yasağı da, tıpkı konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarında olduğu gibi, mühlet süresince geçerli olacaktır. Yani, nasıl ki, borçlu hakkındaki takip yasağı sadece konkordato mühleti süresince devam ettiriliyor, konkordatonun kesinleşmesi beklenmiyorsa, borçlu için söz konusu olan tasarruf yasağı da sadece mühlet süresince geçerli olacak, mühletin hitamından konkordatonun kesinleşmesine kadarki sürede borçlu, malları üzerinde tasarruf yetkisine haiz olacaktır.

¹⁵⁶ Tanrıver, ss.76-78.

¹⁵⁷ Tanrıver, s.76.

¹⁵⁸ Pekamtez/Atalay/Sungurtekin/Özkes, s.392.

1.5.2.c.iii) Takiplerin Ve Bunlarla İlgili Davaların Durdurulması

Yine bu süreçte(ara dönemde) mahkeme, tasdik başvurusu ile birlikte projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takipleri ve bu takiplerle ilgili olan davaların, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipleri ve davaları da kapsayacak şekilde durdurulmasına, yeni icra takibi yapılmasının etkilenen alacaklılar için yasaklanmasına, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına karar verebilir. Mahkemenin bu neviden karar vermesi halinde, bir takip muamelesiyle kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren süreler işlemeyecektir(m.309/ö,III).

Burada dikkati çeken husus, söz konusu takip ve davaların durdurulmasına hakimin herhangi bir talep koşulu aramaksızın karar verebilecek olmasının açıkça düzenlenmiş oluşudur. Yani, yukarıda, borçlunun malvarlığını korumaya yönelik tedbirlerde açıkça mahkemenin re'sen karar vereceği zikredilmemiş ve talep gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen, burada böyle bir talepten söz edilmemiştir. Ancak, burada yine daha önce de belirttiğimiz üzere, konkordato veya iflasın ertelenmesinde olduğu gibi, kanun hükmü gereği otomatik olarak bu yasaklar devreye girmeyecek mahkemenin buna karar vermesi gerekecektir.

Burada maddede sözü edilen projeden etkilenen alacaklıların borçluya yönelik olarak ara dönemde yapacakları takiplerin ve bu takiplerle ilgili davaların durdurulması ve yeni takiplerin yasaklanması da kanımızca da bir ara dönem tedbiri olduğundan, mahkemece diğerlerinde belirttiğimiz gerekçelerle dosya üzerinden karar verilebilmeli ve derhal uygulamaya konulmalıdır.¹⁵⁹

Ancak, burada ilginç olan ve tartışılması gereken husus, mahkemenin takdirine bırakılmış bu konuda, acaba mahkeme böyle bir tedbire hükmetmeme yetkisine de haiz mi? Kanımızca kanunun ifadesinden çıkan sonuç, mahkemenin bu tedbire hükmetmeme yetkisi olduğu yönündedir. Ancak bu halde, borçlu ile uzlaşmış, yani borçlunun sunduğu projeye kabul oyu vererek projeye uyacağını taahhüt etmiş alacaklıların mahkemenin tedbir kararı almadığı takdirde, borçlu aleyhine uzlaşmanın aksine olarak takip yapabilecekler midir? Kanımızca, her ne kadar projeye olumlu oy veren projeden etkilenen alacaklılar, adeta projeye uyacaklarını taahhüt etmiş olsalar da, proje ancak mahkemenin tasdik kararı ile etkisini doğuracağından, kabullerine rağmen, mahkemenin tedbire hükmetmediği durumda borçlu aleyhine takibe girişebilecek veya başlatmış oldukları takibe devam edebileceklerdir. Zira, proje hükümlerini ancak tasdik ile doğuracaktır. Projeden etkilenen ve fakat projeye olumlu oy vermeyenlerin ise, bu halde yeni takip yapmak veya başlamış oldukları takibe devam etmelerine ise zaten bir engel yoktur.

Bu nedenle, yeniden yapılandırmanın daha baştan imkansızlığına yol açacak bu hallere sebebiyet

¹⁵⁹ Taşpınar Ayvaz, s.374 ; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes,s.443.

verilmemesi için, kanımızca mahkemenin bu tedbirlere karar vermekte takdir yetkisinin mevcut olduğunun kabulü yerine, bu kararı vermesinin zorunlu kılınması ve hatta otomatik olarak bu takip ve dava yasağının öngörülmesi daha uygun bir düzenleme olurdu. Öğretide de, yeniden yapılandırmanın bir talepten ziyade bir uzlaşma metni olması nedeniyle, bu etkinin otomatik olarak doğması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁰

Söz konusu takip ve dava yasağının kapsamında olanlar kanunun açık hükmü gereğince, sadece projeden etkilenen alacaklılardır. Yani, projeden etkilenmeyen alacaklılarla ilgili bir yasak söz konusu değildir.

Oysa iflasın ertelenmesi kararı üzerine, iki grup alacak hariç şirket aleyhine erteleme kararından önce başlamış takipler - ki bunlara 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahildir- duracak ve bu erteleme süresi içinde de şirket hakkında yeni takip açılmayacaktır(m.179/b,I). Bu öyle bir etkidir ki, hakimin ayrıca buna ilişkin bir karar almasına gerek yoktur. Bu erteleme süresi içinde alacaklılara eşit davranılması ilkesinin bir sonucudur. Nitekim, erteleme süresi içinde yapılan takiplere karşı herhangi bir süre koşuluna uyulmaksızın şikayet yoluna gidilebilecek ve bu yasağa aykırılık mutlak butlanla batıl olacaktır.¹⁶¹

Yine konkordato da, mahkemeye verilen konkordato mühleti süresince, borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre yapılacak takipler de dahil olmak üzere herhangi bir icra veya iflas takibi yapılamayacak ve daha önce başlamış olan takipler de olduğu yerde duracaktır(m.289,I).

Yeniden yapılandırmanın konkordato ve iflasın ertelenmesine kıyasla yukarıda belirtilen dezavantajının yanı sıra, avantajı ise, konkordato ve iflasın ertelenmesinde sadece mevcut ve başlayacak takiplerle ilgili bir yasak söz konusu olmasına rağmen, bura da ihtiyati hacizler, ihtiyati tedbirler ve hatta bu takiplerle ilgili davalar konusunda da bir yasak söz konusudur. Yani, tedbirlerin kapsamı burada daha geniş düzenlenmiştir.

Buraya kadar genel olarak bahsedilen ve durdurulacağı veya başlatılmasının yasaklanacağı takip, dava ve kararları aşağıda ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1.İcra Takiplerine Etkisi

İİK m.309/ö,III'de açıkça, projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattığı takiplerin durdurulmasından ve yeni icra takiplerinin yasaklanmasından bahsedilmiş olması nedeniyle tüm takipler duracak, borçlu hakkında yeni icra takibi de yapılamayacaktır.

¹⁶⁰ Taşpınar Ayvaz, s.374.

¹⁶¹ Pekantez, İflasın Ertelenmesi, ss.342-345.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, durdurulacak olan takipler sadece projeden etkilenen alacaklıların başlatmış oldukları takiplerdir. Takiplerin niteliğine ilişkin olarak öngörülen bu sınırlama haricinde başkaca bir sınırlama yapılmamıştır. Nitekim kapsamının geniş tutulmuş olduğunu göstermek açısından örneğin, öğretide, kiralanın taşımaçların ilamsız tahliyesi takibinin de duracağı ifade edilmiştir.¹⁶²

Ayrıca, bir takip işlemi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğinin belirtilmiş olması nedeniyle, duracak işlemler icra takip işlemleridir.¹⁶³ İcra takip işlemi de, icra organları tarafından borçluya yönelik olarak yapılan ve cebri icranın ilerlemesine katkıda bulunan işlemlerdir. Ödeme emri veya icra emri tebliği ya da haciz ve satış işlemleri gibi. Bir işlemin icra takip işlemi olmasının 3 unsuru olduğu ifade edilmiştir. Bunlar:

-icra organları tarafından yapılması,

-borçluya karşı yapılması, yani işlemin borçlunun hukuki durumunu etkileyecek nitelikte olması,

-cebrî icranın ilerlemesini sağlayacak olmasıdır.¹⁶⁴

Burada bir hususa değinmekte yarar olduğu kanısındayız. Zira, başlatılmayacak veya duracak olan takipler icra takip işlemleri olduğu için, öğretide bunların sadece borçluya yönelik olması gerektiği, yani müşterek borçlu ve müteselsil kefiller için bu yasağın söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir.¹⁶⁵ Yukarıda icra takip işlemlerinin unsurları açıklanırken, kural olarak borçluya yönelik ve borçlunun hukuki durumunu etkileyecek işlem olması gerektiği belirtilmişti. Bu nedenle müşterek borçlu ve kefillere karşı yapılacak bir takibe izin verilecektir. Ancak, müşterek borçlu ve kefillere karşı yapılacak olan icra takip işlemlerinin borçlunun hukuki durumunu etkileyecek olması halinde bunlara karşı da takibe izin verilmemelidir. Nitekim, ABD yeniden örgütlenme usulünde inceleneceği üzere orada, takip yasağı, dilekçe öncesi alacaklıların, 3. şahıslara veya onların malvarlıklarına gitmesine engel olmamaktadır. Burada sözü edilen 3. şahıslar, borçlunun kefilleri veya müşterek borçlularıdır. Dolayısı ile takip yasağı kuralı, borçlunun dilekçe öncesi bir alacağı için dava ve takip edilmesini engellese de, borçluya kefil olan veya borçlu ile birlikte müşterek borçlu olan 3. şahısların takip ve dava edilmesine engel olmayacaktır. Bazı mahkemeler bazı nadir durumlarda, bunlara gitmeyi de yasaklamakta, moratoryumun bunlar içinde (3. şahıslar için de) geçerli olduğu kararını vermektedirler. Mahkemelerin bu sıra dışı kararı genelde, 3. şahıslara yapılacak bu takibin, borçlunun malvarlığını etkilediği hallerde verilmektedir.

¹⁶² Taşpınar Ayyaz, s.376.

¹⁶³ Taşpınar Ayyaz, s.376.

¹⁶⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özeker, s.44; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflas, ss.99-100 ; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları,5.Bası, İstanbul,1990, ss.31-32,(İcra).

¹⁶⁵ Taşpınar Ayyaz, s.376.

Konkordatoda da, mühlet süresince kanunda belirtilen istisnalar haricinde bir takip yasağı söz konusudur.Bu yasağın, İİK. m.287/son fıkrası uyarınca açıkça sadece mühlet süresi için öngörülmüş olup; “ihtiyati tedbir yolu ile de olsa, borçluya karşı başlamış olan takiplerin konkordato mühletinin bitiminden sonraki dönem için de durdurulmasına veya borçluya karşı yeni takip yapılamayacağına karar verilemez” denmiştir. Bu yasağın kanunda öngörülen istisnaları, rehinli ve imtiyazlı alacaklılardır. Belirtilen bu iki alacak dışındaki tüm alacaklılar yasağın kapsamında olup, borçluya karşı takip yapamayacaklardır.

Borçluya yönelik takip yasağı, iflas takipleri bakımından mutlak olmasına rağmen, icra takipleri açısından bu yasağa bazı istisnalar getirilmiştir.¹⁶⁶ Zira, iflas yolu ile takip yasağına istisna getirilmesi, konkordatonun amacına ters düşer. Bu nedenle, iflas takibi yasağı kayıtsız şartsız uygulanacaktır.¹⁶⁷ Nitekim, iflas ile takip yasağı o kadar mutlak ki, alacaklılar, borçlu iflası tabi olsa dahi, alacakları nedeniyle borçlu hakkında iflas yolu ile takip yapamayacaklardır.¹⁶⁸

Mühlet süresince, borçlu aleyhine gerek taşınır gerekse taşınmaz rehininin paraya çevrilmesi amacıyla takip yapılabileceği gibi, daha önce başlamış bu tür takiplere devam da edilebilecektir. Fakat, bu takipler neticesinde muhafaza tedbirleri alınamayacak ve rehinli malın satışı gerçekleştirilmeyecektir(m.289,II).¹⁶⁹ 4949 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikten önce, rehin yoluyla takipler başlatılıp, başlamış olanlara devam edilebildiği gibi, her türlü muhafaza tedbiri alınabilmekte ve rehinli malın satışı dahi gerçekleştirilebilmekte idi. Değişiklikle, takiplerin yapılmasına yine izin verilmiş, fakat, rehinli malın muhafazası ve satışının gerçekleştirilemeyeceği esası kabul edilmiştir. Kanımızca, kanun koyucu, söz konusu hükümle konkordatonun başarı ihtimalini artırmak istemektedir. Zira, borçlunun işletmesi ve konkordato sürecinin başarıya ulaşması için rehinli malın gerekli olabileceği göz önüne alındığından, malın muhafazasına ve satışına izin verilmemiştir.

Konkordato mühleti süresince takip yapılamayacağına yönelik bir diğer istisna da, İİK. 206.maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklardır. Bu alacaklar için, sadece haciz yoluyla takip yapılabilecek veya başlamış olanlara da devam edilebilecektir.”Bu alacaklar için yapılacak takipler sonucunda borçlunun malları üzerinde muhafaza tedbirleri alınarak, malların satışının da gerçekleştirilmesi mümkündür.”¹⁷⁰ Yine konkordato mühleti içinde söz konusu olan takip yasağı, sadece borçlu için geçerli olup, müşterek borçlular ve borçlunun kefilleri aleyhine takip yapılabilir.¹⁷¹

Konkordatoda, borçluya karşı mühlet süresince yürürlükte olan takip yasağı, takip konusu alacağın konkordato mühleti verilmesinden önce mi sonra mı doğmuş alacaklar için geçerli olduğu konusunda öğretide görüş farklılıkları söz konusudur. Şöyle ki, bu görüş farklılıkları, 4949 sayılı Kanuna öncesine

¹⁶⁶ Tanrıver, s.65.

¹⁶⁷ Altay, s.239 ; Pekcamtez /Atalay/Sungurtekin/Özeker,s.389 ; Kuru, El Kitabı,s.1250.

¹⁶⁸ Tanrıver, s.65.

¹⁶⁹ Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin/Özeker, s.390.

¹⁷⁰ Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin/Özeker, s.390.

¹⁷¹ Kuru, El Kitabı,s.1247,dn.23.

ait olup, yasa değişikliği nedeniyle farklı bir görüş de ileri sürülmüştür. 4949 sayılı Kanun değişikliğinden önce bir görüş, mühlet süresince geçerli olan takip yasağının, bir kamu düzeni kuralı olması nedeniyle, alacağın mühletten önce veya mühletten sonra doğmuş olmasına bakılmaksızın yürürlükte olduğu yönündedir.¹⁷² Diğer görüş ise, konkordatonun sadece, konkordato mühletinden önce doğmuş alacaklar için mecburi olduğu yönündedir.¹⁷³ 4949 sayılı Kanun değişikliğinden sonrasına ilişkin olarak da, yasak kapsamına 4949 sayılı Kanun'dan önce sadece mühlet kararının verilmesinden önce doğmuş olan alacakların dahil olduğunu, ancak 4949 sayılı Kanun ile getirilen m.303,I'de yer alan "konkordatonun, komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar doğmuş bütün alacaklar için mecburi olacağına" ilişkin düzenleme nedeniyle, mühlet içindeki takip yasağının, özellikle komiserin onayı olmadan yapılan borçlara ilişkin olarak yapılacak takipleri de kapsadığı, ancak komiserin onay verdikleri için ise mühlet içinde doğmuş olmalarına rağmen takip yapılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁷⁴ Kanımızca, da 4949 sayılı Yasa ile getirilen m.303,I uyarınca, kural olarak konkordato, mühletten önce doğmuş alacaklar ve komiserin onayı olmadan tasdike kadar doğmuş alacaklar için mecburi olup, komiserin onayıyla mühlet süresince yapılan alacaklar için mecburi değildir. Yani bu alacaklar için takip yapılabilecektir.

İflasın ertelenmesinde ise, ertelemeden önce veya doğmuş alacaklar açısından bir fark olmadığı, zira ertelemenin ilanının öngörölmüş olması nedeniyle de, Şirketin borca batık olduğundan üçüncü kişilerin haberdar edilerek korunmuş olmaktadır.¹⁷⁵ Ayrıca, iflasın ertelenmesinde, konkordatodaki m.303,II de belirtilen Şekilde, mühlet içinde doğan alacaklara ilişkin bir hüküm söz konusu edilmediğinden, yani bu alacakların sonraki bir iflasta masa alacağı olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, iflasın ertelenmesinde takip yasağı bakımından önceki-sonraki alacaklı ayırımı söz konusu değildir.¹⁷⁶ Alacakları erteleme kararından sonra doğan veya muaccel hale gelen alacaklılar da Şirkete karşı icra ve iflas yoluyla takip yapamazlar.¹⁷⁷

Yeniden yapılandırma, her ne kadar, açıkça bu takiplerin konusu olacak alacağın proje kapsamındaki bir alacaktan doğmuş olması gerektiği belirtilmemiőse de, takibi yasaklanan alacaklıların projeden etkilenen alacaklılar olması nedeniyle, söz konusu alacağın da proje kapsamında bir alacak olacağı ileri sürülmüştür.¹⁷⁸

Kanunda bu alacakların takipten önce veya sonra doğmuş alacaklar olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ara dönemden önce doğmuş alacaklarla ilgili olarak yasağın söz konusu olduğu noktada tereddüt etmemek gerekir. Ancak, acaba bu yasak ara dönemde doğmuş yeni alacakları da kapsar mı? Öğreti de bir görüş, projeden etkilenen alacaklıların ara dönemde doğmuş

¹⁷² Tanriver, s.64.

¹⁷³ Kuru, İflas ve Konkordato,ss.429-430.

¹⁷⁴ Altay, s.233.

¹⁷⁵ Öztekin, ss.55-56.

¹⁷⁶ Atalay, Borca Batıklık,s.152.

¹⁷⁷ Atalay, Borca Batıklık, ss.151-152.

¹⁷⁸ Taşınar Ayvaz, s.376.

alacaklarının bu yasak kapsamında olmadığını, ayrıca projeden etkilenmeyen alacaklılar için zaten bir yasak olmaması ve yeniden yapılandırmanın sadece proje kapsamındaki alacaklar ilişkin olması nedeniyle, ara dönemde doğmuş projeden etkilenen alacaklıların bu yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁷⁹

Öncelikle kanunda bu alacağın hangi tarihte doğmuş alacak olduğuna ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Bilindiği üzere konkordatoda, konkordato mühleti içinde, komiserin onayıyla akdedilmiş borçların, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda yahut sonraki bir iflasta masa borcu sayılacağı(m.303,II) belirtilmiş olmasına rağmen, iflasın ertelenmesinde veya yeniden yapılandırmada bu şekilde bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, tıpkı iflasın ertelenmesinde olduğu gibi önceki-sonraki alacaklı ayırımı olmaksızın takip yasağının geçerli olduğu¹⁸⁰ burada da böyle bir ayırım yapılmaması gerektiği ileri sürülebilir. Yani, takip yasağının, gerek ara dönemden önce doğmuş, gerekse ara dönemde doğmuş tüm borçlar için geçerli olacağı ileri sürülebilir. Nitekim, yukarıda ifade edilen, projeden etkilenen alacaklıların ara dönemdeki alacakları için takip yapabileceklerine ilişkin görüşe de, kanunda yer alan “yeni icra takibi yapılmasının etkilenen alacaklılar için yasaklanmasına” ifadesi nedeniyle karşı çıkılabilir. Ancak bu ifadenin projeden etkilenen alacaklıların proje kapsamındaki alacakları için ara dönemde yapacakları yeni icra takiplerine yönelik olduğunun kabul etmek amaca daha uygundur.

Burada doğru bir sonuca varmak için, yeniden yapılandırmayı konkordato ve iflasın ertelenmesinden ayıran esas özellikten yola çıkmak gerekir. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere, yeniden yapılandırmada borçlu alacaklılarını projeden etkilendirmek ve etkilendirmemek konusunda serbesttir. Bu nedenle de, yeniden yapılandırmanın projeden etkilenmeyen alacaklılar üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Üstelik borçlunun bu tercihi herhangi bir yasal kritere de dayanmamaktadır. Bu nedendir ki, projeden etkilenmeyen alacaklılar borçluya karşı her türlü takip ve davalarına devam edebilecekleri gibi yeni takip ve davalar da açabileceklerdir. O halde, alacağı ara dönemde doğmuş 3.şahıslar için, takip yasağı öngörmek hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Zira, borçlunun kendi serbest iradesiyle proje dışında tuttuğu projeden etkilenmeyen alacaklılar için dahi böyle bir yasak söz konusu değildir. Bu nedenle, bu yasağın sadece projeden etkilenen alacaklıların proje kapsamındaki alacakları hakkında olduğunu kabul etmek yeniden yapılandırmanın amacına ve özelliğine daha uygun olacaktır.

Kaldı ki bunun aksinin ileri sürülmesi yani, ara dönemde doğacak borçların da takip yasağına tabi tutulması borçlunun talep sonrası finansman teminini zorlaştıracaktır. Bu nedenle kanımızca, yukarıda belirtildiği üzere, takip yasağını ya sadece ara dönemden önce doğmuş borçlara ilişkin olduğunu kabul etmek gerekecektir ya da takip yasağının ara dönemde doğacak borçları da kapsadığını kabul etmekle beraber, en azından bu sürede doğacak alacaklara teminat gösterilmesi gibi bir ayrıcalık tanınması gerekecektir. Zira, mühlet, erteleme veya ara dönemde doğacak alacaklara da takip yasağı getirilmesi

¹⁷⁹ Taşpınar Ayvaz,s.377.

¹⁸⁰ Atalay, Borca Batıklık, s.152.

bir yandan borçlu lehine imiş gibi görünürken, diğer yandan borçlunun finansman teminini güçleştirerek borçlu aleyhine sonuç doğurabilecektir.

2.Hacizlere Etkisi

Ara dönemde söz konusu olan daha önce başlamış olan takiplerin durması ve yeni icra takibi yapılmamasına mahkemece karar verilmiş olması, ara dönemden önce başlatılmış olan bir takip nedeniyle konulmuş olan hacizlerin kalkacağı anlamına gelmez. Zira, kanunda açıkça takiplerin durmasından ve yasaklanmasından bahsedilmektedir. Yani mevcut hacizler olduğu gibi kalır. Nitekim, öğretide iflasın ertelenmesinde de aynı sonuca varılmaktadır.¹⁸¹

Buna karşılık haczedilen malların borçlu işletmenin yeniden yapılandırılması için kullanımına sunulmasının elzem olduğu durumlarda, söz konusu mallar üzerindeki haciz baki kalmak kaydı ile, malın kayyımına(burada ara dönem denetçisine) veya şirket yöneticisine yediemin olarak bırakılmasının mümkün olmalıdır.¹⁸²

Kanımızca da buna imkan tanımak yeniden yapılandırmanın amacına da uygun düşmektedir. Ancak, hacizli malın para olması ve borçlunun kullanımına bırakılması durumunda hacizli malın yok olmayacağı gerekçesi para için söz konusu olmadığından bu halde aynı sonuca varmak mümkün olmayacaktır.¹⁸³ Yani bu gerekçe, haczedilen malların mamul veya yarı mamul mahiyetinde ve kullanılması tüketilmesini gerektirecek olan mallar olması halinde geçerli olmayacaktır.

Aynı soruna ilişkin olarak iflasın ertelenmesinde, erteleme süresinin uzunluğu göz önüne alındığında, tüketilebilecek malların bozulma ihtimali ve saklama masrafının fazlalığı göz önüne alınarak, borçluya teslimi ile malların değeri kadar başka mallar üzerine haciz konulması veya teminat verilmesi önerilmiştir.¹⁸⁴ Öncelikle burada sadece 60 gün gibi bir ara dönem söz konusu olduğundan kanımızca bu tarz bir çözüme gerek olmayacaktır. Ancak, bu mamullerin borçlu şirketin üretiminde kullandığı elzem mallardan olması nedeniyle ve bozulma ihtimallerine istinaden benzeri çözüme burada da yer verilebilir.

Burada unutulmaması gereken husus, takiplerin durması ve yapılması yasağı sadece projeden etkilenen alacaklılarla ilgilidir. Yani projeden etkilenmeyen bir alacaklı için, takip işlemleri satış da dahil yapılabilecektir.

Ancak öğretide bir konuya dikkat çekilmiştir. Eğer aynı hacizli mal üzerinde hem projeden etkilenen hem de etkilenmeyen bir alacaklının haczi söz konusu olursa durum ne olacaktır? Buna ilişkin olarak,

¹⁸¹ **Atalay**, Borca Batıklık, s.136.

¹⁸² **Atalay**, Borca Batıklık, s.136.

¹⁸³ **Taşınar Ayvaz**, s.378.

¹⁸⁴ **Atalay**, Borca Batıklık, s.137.

projeden etkilenmeyen alacaklının satış yapması halinde elde edilen paranın ara dönem içinde ise, projeden etkilenen alacaklıya, proje kapsamındaki alacağının ödenmemesi gerektiği; ancak tasdikten sonra ise, zaten projeden etkilenen alacaklının alacağı proje uyarınca işlem görecektir ve bakiyesi de ibra edilmiş olduğundan projeden etkilenen alacaklının bir alacağı olmayacağı ileri sürülmüştür.¹⁸⁵ Kanımızca projeden etkilenen alacaklıya ödeme yapılmamasının gerekçesi takip yasağı ile açıklanabilirse de, projenin akibetinin belirli olmadığı bu durumda projeden etkilenen alacaklının da korunması açısından varılacak en doğru çözüm, borçlunun, projeden etkilenen alacaklının koydurduğu haciz kadar başka bir malına haciz konulması veya projeden etkilenen alacaklıya geçici süreli bir teminat verilmesi olmalıdır.

Ayrıca, öğretide iflasın ertelenmesi ile ilgili olarak, şirkete ait bir taşınmazın yeniden yapılandırma için gerekli olması nedeniyle daha yüksek değerde bir mala dönüştürülmesi gerekiyorsa, bu mallar üzerindeki haczin dönüştürülecek taşınmaz üzerinde devamına imkan tanınması gerektiği belirtilmiştir.¹⁸⁶ Kanımızca, burada sürenin altmış gün gibi kısa bir süre olması nedeniyle, bu dönüştürme zaman alacağından buna gerek olmamalıdır.

3.İflas Takibine ve Davasına Etkisi

Kanunda sadece projeden etkilenen alacaklıların icra takip işlemleri ve takiplerle ilgili davaların durdurulacağı veya yenisi başlatılamayacağı belirtilmiş olduğundan, projeden etkilenen bir alacaklının borçlu hakkında başlattığı iflas takibi devam edemeyecek iken projeden etkilenmeyen bir alacaklı ise borçlu hakkında iflas takibi açabileceği gibi, daha önce başlamış olduğu iflas takibine de devam edebilecektir.

Öğretide bir görüş, borca batık bir şirket veya kooperatif hakkında, borca batıklık bildirimine üzerine, iflas kararı verilmeden önce yeniden yapılandırma talebinde bulunulması halinde, bu talebi alan mahkemenin borçlu hakkındaki iflas kararını durduramayacağı, zira, m.179/a'da tüm alacaklıların menfaatinin korunduğu ifade edilmiştir.¹⁸⁷ Başka bir görüş ise, konkordatoda olduğu gibi, borca batıklık bildirimine üzerine, bu şirketin iflası talep etmesi yerine uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma yoluna müracaat edebilmesinin, yani, iflası talep yükümlülüğünden muaf tutulabileceği, bu nedenle de, bu halde, yeniden yapılandırma hakkında bir karar verilinceye kadar, yönetim kurulunun iflası talep yükümlülüğünden, şimdilik kaydı ile kurtulmasının mümkün olduğu ve projenin tasdik talebinin reddi halinde ve yeniden yapılandırmanın feshi halinde(borca batıklık hala devam ediyorsa), iflası talep zorunluluğunun tekrar geri döneceği ifade edilmiştir.¹⁸⁸ Yani bu görüş uyarınca, açıkça telaffuz edilmemişse de, mahkemenin borçlu hakkındaki iflas kararını durdurabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır.

¹⁸⁵ Taşpınar Ayvaz, s.379.

¹⁸⁶ Atalay, Borca Batıklık, s.137.

¹⁸⁷ Kuru, El kitabı,s.1350, dn.4.

¹⁸⁸ Atalay, Borca Batıklık,ss.41-42.

Konuya ilişkin olarak öğretilen ileri sürülen bir görüşe göre de, borçlunun veya alacaklılardan (projeden etkilenen veya etkilenmeyen) birinin borca batıklık nedeniyle iflasını istediği durumda, yeniden yapılandırma talebinde bulunmuş olması halinde, yeniden yapılandırmanın tasdik başvurusunu inceleyen mahkemenin bu kararın verilmesini durdurması mümkün olmaz. Çünkü bu bir takipsiz iflastır. Oysa ki m.309/ö,III' de sözü edilen davaların takiple ilgili davalar olması gerekmektedir. Bu nedenle bu haldeki borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurmak yerine, erteleme talep etmesi kendisi için daha yararlı olacaktır. Ancak ertelemenin kabul edilememesi halinde de, ortada bir iflas davası ve bir de tasdik edilmesi gereken yeniden yapılandırma başvurusu olacaktır. Ancak, buna rağmen, tasdik başvurusunu alan mahkemenin kim tarafından açılırsa açılsın, borçlu hakkındaki iflas davasını durdurabilme yetkisinin tanınmış olmasının uygun olacağı ifade edilmiştir.¹⁸⁹

O halde görüleceği üzere, sistemin projeden etkilenen alacaklılar ile etkilenmeyen alacaklılara farklılıklar tanıması ve her iki kurum arasında bağlantı öngörmemiş olması, iflastan kurtularak yeniden yaşama kabiliyetine kavuşmak isteyen şirketin bütün hazırlık aşamalarını tamamlamışken bir iflas kararı ile karşı karşıya kalmasına neden olabilecektir. Ancak, burada borçlunun iflasın ertelenmesi talep edebilmesi imkanı olduğu için bunun o kadar da vahim bir durum olmadığı ileri sürülebilir. Kanımızca, borçlunun mutlaka da iflasın ertelenmesi talebinde bulunmasına gerek olmaksızın ara dönem için, her kimden gelirse gelsin borçlunun iflasının istenemeyeceğinin belirtilmesi yerinde olacaktır. Zira aksi halde, kurumun amacı ile zıt bir sonuç ortaya çıkacaktır.

4.Rehinli veya İmtiyazlı Alacaklılara Etkisi

Daha önce de belirttiğimiz üzere, sistem projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılar ayırımına konu olduğu için, iflasın ertelenmesi ve konkordatoda olduğu gibi, alacaklıların rehinli veya imtiyazlı oluşuna göre bir takım istisnalardan yararlandırılmaları söz konusu değildir.

Bu nedenle, eğer bir rehinli veya imtiyazlı alacaklı veya 6183 sayılı Kanuna tabi bir alacak borçlu tarafından projeden etkilendirilmişse, söz konusu yasaklar bunlar içinde geçerli olacaktır. Yani, burada belirleyici olan borçlunun iradesidir. Konkordatoda ve iflasın ertelenmesinde bir nevi imtiyaz tanınan bu alacaklıların yeniden yapılandırma usulünde kanundan doğan ayrıcalıkları söz konusu değildir.

5.İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizlere Etkisi

İİK.m.309/ö/III' de belirtildiği üzere, ara dönem içinde borçlu hakkında herhangi bir ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı uygulamayacaktır. Ancak bunlar yine projeden etkilenen alacaklıların almış olduğu kararlar için geçerli olup, projeden etkilenmeyen alacaklılar her türlü ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararını uygulatacaklardır.

¹⁸⁹ Taşpınar Ayvaz, ss.379-380.

Nitekim, konkordatoda mühlet süresince ihtiyati haciz kararlarının uygulanmayacağı m.289,II'de açıkça belirtilmesine rağmen, ihtiyati tedbir kararlarına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. 4949 sayılı Kanun daha tasarı aşamasında iken hüküm de, ihtiyati haczin yanı sıra, ihtiyati tedbirlerin de uygulanmayacağı düzenlenmiş, ancak daha sonra, ihtiyati tedbirlere ilişkin ifade metinden çıkarılmıştır. İhtiyati haciz uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen, ihtiyati tedbirin yasaklanmamış olmasının bir sorun yaratabileceği ifade edilmiştir. Zira, uygulamada, ihtiyati haczin de bir çeşit ihtiyati tedbir olduğu ileri sürülmektedir. Bu halde, ihtiyati tedbir zımında ihtiyati haciz kararları verilerek, ihtiyati haczi yasaklayan hükmün dolanılması mümkün hale gelebilecektir.”¹⁹⁰ İflas ertelenmesinde ise, kanunda ne ihtiyati haciz ne de ihtiyati tedbir için herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

6.Davalara Etkisi

Kanunda, ara dönemde geçerli olan takip yasağı ile birlikte bu takiplerle ilgili davalar da yasak kapsamına alınmıştır. Görüleceği üzere, her dava yasak kapsamında değildir. Sadece takiplerle ilgili davalar yasak kapsamındadır. Ancak yine burada, sadece projeden etkilenen alacaklıların yapmış oldukları takipler ile ilgili davalar duracaktır. Yoksa projeden etkilenmeyen alacaklılar takip ve dava açısından kısıtlı değildirler. Burada projeden etkilenen bir alacaklının açtığı davanın durmasının bir anlamı olmadığı zira, davayı sonuçlandırır dahi, kararın icrasını takip yasağı nedeniyle gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁹¹ Bu görüşe, özellikle varılan sonuç açısından katılmamak mümkün değildir. Ancak, borçlunun bu süreçte yeniden yapılandırma tasdik duruşmasına hazırlandığı ve bu işlemlere yoğunlaştığı düşünülürse, bu davalarla uğraşmak borçlu için zaman ve masraf kaybına yol açacağı gibi, yeniden yapılandırma hazırlıklarını gereği gibi yapmasına da mani olacaktır. Bu nedenle, davaların da yasak kapsamına alınmasının yerinde olduğu kanısındayız.

Takiplerle ilgili davaların neler olabileceğine ilişkin olarak öğretide, itirazın kaldırılması davası, menfi tespit davası, itirazın iptali davası, iflas takibi nedeniyle açılmış olan bir iflas davası örnek olarak sayılmıştır.¹⁹²

7.Finansman Kullanımına Etkisi

Ara dönemde borçlu, işletmenin devamı için zorunlu ise veya malvarlığının kıymetinin korunması ya da artırılması için gerekli ise, kredi alınması gibi bir takım finansman araçlarına başvurabilecektir. Bu finansman kaynaklarının borçlu tarafından kullanılabilmesi, teminat gösterilmesi koşuluna bağlı ise, bu teminat öncelikle borçlunun daha önce üzerinde rehin tesis edilmemiş taşınır veya taşınmaz malları üzerinde sağlanacaktır(m.309/ö,IV).

¹⁹⁰ Oğuz Atalay, “Konkordato Hukukundaki Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, Sayı.47, 2003, s.100.(Konkordato).

¹⁹¹ Taşpınar Ayvaz, s.383.

¹⁹² Taşpınar Ayvaz, s.383.

Bu ifadenin aksinden, borçlunun üzerinde rehin tesis edilmemiş menkul veya gayrimenkulunun olmaması halinde, finansman kaynağının sağlanması işletme için hayati önem taşıyorsa, borçlunun daha önce üzerinde rehin tesis etmiş olduğu mallarını da karşılık gösterebileceği anlaşılmaktadır. Ancak, burada kanun koyucu tarafında eksik bir düzenleme yapıldığı kanısındayız. Nitekim, ABD yeniden örgütlenme usulünde, borçlunun talep sonrası finansmanı son derece önemli olduğundan, belirtilen ikinci halde, yani borçlunun üzerinde daha önce rehin tesis etmiş olduğu mallar üzerinde borçluya talep sonrası finansman sağlayan alacaklılar, talep öncesi alacaklıların rehin hakkının da üzerinde bir ayrıcalığa sahip kılınmaktadır. Çünkü, her ne kadar alacaklıların zarar görmemesi amaçlardan biri ise de, asıl amaç borçlu işletmenin yeniden yapılandırılmasıdır.

Hukukumuzda ise, ara dönem finansmanı sağlayan alacaklılara yönelik herhangi bir ayrıcalık veya öncelik tanınmamıştır. Sadece, m.398/t,I'de bu alacaklılara alacaklarını alamamaları halinde borçlunun iflasını isteyebilme yetkisi verilmiştir.

Nitekim, konkordatoda, m.303,II'de mühlet süresince komiserin onayıyla akdedilen borçların, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda veya sonraki bir iflasta masa borcu sayılacağı ve m.298,I,3'de de bunlara teminat gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, bunların yine de iflasta alacaklı olarak bir önceliği veya ayrıcalığı söz konusu değildir. Kanımızca, tıpkı ABD sistemindeki gibi, bu dönemde borçluya finansman sağlayacaklara bazı öncelikler tanınması yerinde olurdu.

Kanunda, finansman kaynağı teriminin, borçluya hammadde gibi işletmenin faaliyet gösterebilmesi için gerekli mal ve hizmetleri sağlayanları da kapsadığı belirtilerek(m.309/ö) sadece borçluya kredi gibi nakit finansman kaynağı sağlayanları kapsamadığı ifade edilmiştir.

Burada değinilmesi gereken bir husus ta, belirtilen bu finansman, tasdikten sonra projenin hayata geçirilmesi için borçlunun ihtiyacı olacak finansman değildir. Bu sadece ara dönem için alınması gerekli bir finansmandır. Ancak, kural olarak ara dönemde borçlunun tasarruf yetkisinde bir sınırlama olmadığından(mahkeme karar verirse olacaktır) kanun koyucunun böyle bir hükmü düzenlemesinin amacı ne olabilir? Nitekim öğretilerde, buna ilişkin olarak, her ne kadar bir sınırlama yok ise de, malvarlığının korunması bakımından mahkemece sınırlama getirilmiş olması halinde, borçlunun mahkemeden bu yönde talepte bulunması gerekeceği ve bu finansmana işletmenin devamı için zorunlu olarak ihtiyacı olduğunu veya malvarlığının değerini korumak için ya da artırmak için gerekli olduğunu ispat etmesi ve izin istemesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁹³

¹⁹³ Taşınar Ayvaz, s.383.

1.5.2.d) Mahkemece Başvurunun İncelenmesi ve Karar

1.5.2.d.i) Tasdik Duruşması ve İtirazların İleri Sürülmesi

Yukarıda da izah edildiği üzere, başvuruyu alan asliye ticaret mahkemesi, öncelikle başvurudan itibaren otuz gün içinde yapacağı tasdik duruşmasının gününü tespit edecek ve başvuru ile birlikte ilanını yanı sıra, adresi bilinen alacaklılara da duruşma gününü tebliğ edecektir.

Mahkeme, nihayet başvuruyu tasdik duruşmasında incelemeye alacaktır. Bu duruşmada mahkeme, ara dönem denetçisi veya denetçilerini, borçlu şirketin yetkililerini ve duruşmada hazır bulunan alacaklıları dinler ve varsa itirazları inceler(m.309/p,I). Her ne kadar başvuru ile sunulmuş yeniden yapılandırma projesi ve yasada öngörülen ekleri içeren dosya mahkemenin önünde ise de, duruşma anında borçluyu ve alacaklıları ve eğer ara dönem denetçisi atanmışsa bunları dinlemesi de gereklidir. Özellikle, ara dönemde mahkemece bir takım tedbirlere hükmedilmiş veya işletmenin denetimi denetçiye bırakılmışsa denetçinin dinlenmesi burada son derece önemli olacaktır.

Burada dikkati çeken husus, duruşmada hazır bulunan alacaklıların dinleneceğinin belirtilmiş olmasıdır. Duruşmada hazır bulunacak olan alacaklılar ise, kendilerine duruşma günü bildirilen projeden etkilenen alacaklılardır. Projeden etkilenmeyen alacaklıların duruşmada hazır bulunmaları veya dinlenmeleri gerekmediği gibi, bunların herhangi bir itirazda bulunmaları da söz konusu değildir.

Burada, duruşmada hazır bulunan alacaklılardan ziyade, asıl olarak dinlenmesi gerekenler, projeye muhalif kalanlar veya oylamaya katılmadığı halde projeden etkilenen alacaklılardır. Zira bunlar gerekli çoğunluğun hesabında dikkate alınmakta ve fakat projeden etkilenen alacaklı olarak kabul edilmektedirler. Nitekim, oylamaya katılmayanlar, kendilerine yasada öngörüldüğü şekilde gerekli bilgilendirmenin yapılmadığını veya kendilerine usulüne uygun bildirimde bulunulmadığını ileri sürebileceklerdir. Bu nedenle, projeden etkilendikleri halde oylamaya katılmayanlar ile projeye muhalif kalanların itirazları ve dinlenmeleri daha da önemlidir.

Acaba, projeye kabul oyu vermiş olanlar da tasdik duruşmasında itirazda bulunabilecekler midir? ilk bakışta bunların itiraz etmekte herhangi bir hukuki menfaatleri olmadığı söylenebilir. Zira, onay verilerek kabul edilen bir projeye sonradan itiraz etmek dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır.¹⁹⁴ Ancak, çok istisnai olarak, mahkemeye sunulan belgelerde projeye kabul oyu vermiş görünen alacaklılar da, sunulan belgelerde bir takım sahtelikler olması nedeniyle hataya sevk edildiklerini, asıl iradelerinin bu yönde olmadığını, yani iradelerinin sakatlandığı iddiasında bulunabileceklerdir.¹⁹⁵

Kanunda sadece alacaklıların, borçlunun ve ara dönem denetçisinin görüşlerinin alınmasından ve

¹⁹⁴ Taşpınar Ayvaz, s.387.

¹⁹⁵ Taşpınar Ayvaz,s.387.

dinlenilmesinden bahsedilmiş olup, itiraz nedenlerinin ne olacağına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Buna mukabil, yyy.m.18’de alacaklara veya sınıflandırmaya yönelik itirazların projeye yönelik itirazlar olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin devam eden fıkrasında ise, itirazların alacağın miktarına, önceliğine veya durumuna ilişkin olmasından bahsedilmiştir. Kanımızca, bu itirazlar da yukarıda genel olarak ifade edilen, alacağa ve sınıflandırmaya ilişkin itirazlardır. Yani kısaca alacağın miktarı, önceliği, yer almış olduğu sınıf gibi tüm itirazlar projeye yöneliktir ve alacaklıların yapacakları itirazlar da projeye yönelik olmalıdır. Doktrinde, projenin tasdiki için mahkemece re’sen araştırılacak hususların da itiraz nedeni olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁹⁶ Kanımızca da buna bir engel yoktur. Ancak, bu nedenleri ayrıca diğer itirazlar olarak nitelendirmeyi de uygun bulmuyoruz. Zira bunlar, tasdik koşulları arasında zaten incelenecektir. O halde projeye yönelik itirazları ikiye ayırarak, “Sınıflandırmaya İlişkin İtirazlar” ve “Alacağa İlişkin İtirazlar” olarak incelememiz mümkündür.

1.Projeye Yönelik İtirazlar

Sınıflandırmaya İlişkin İtirazlar

Eğer borçlu alacaklıları sınıflandıracaksa, -ki bunun borçlu için bir zorunluluk olmadığını sadece borçluya bir tercih yapma imkanı tanındığını daha önce açıklamıştık- kanunda öngörülen sınıflandırma ilkelerine uymak zorundadır. Burada ana kural, hukuken benzer alacakların aynı sınıfta yer alması gerektiğidir. İşte eğer borçlu, birbirine benzer alacakları farklı sınıflara koymuşsa ve bunu kabul edilebilir hukuki veya ekonomik sebeplerle açıklayamıyorsa bu bir itiraz nedeni olabilecektir. Yine, kanunda teminatsız ve teminatsız alacaklılar için farklı sınıflar öngörülmüş olmasına rağmen borçlunun buna uymamış olması da bir itiraz nedeni olabilecektir. Ayrıca, bir alacaklının birden fazla sınıfta yer alan alacağı olmasına rağmen, sadece bir alacağının bulunduğu sınıf için oy kullanmış olması da bir itiraz nedenidir. Aynı şekilde, aynı mal ile teminat altına alınmış birden fazla alacaklının farklı sınıflarda yer verilmesi veya teminatsız alacağın malın değeriyle karşılanmayan alacak kısmı için ayrıca teminatsız alacaklı sınıfında belirtilmemiş olması gibi, kanunda sınıflandırmaya ilişkin olarak sayılan ilkelere riayetsizliklerin hepsi sınıflandırmaya ve dolayısıyla da projeye yönelik itirazlar olarak değerlendirilecektir. Yine, sınıflandırmaya ilişkin olarak öngörülen en önemli kural da, bir sınıfta yer alan alacaklılar arasında eşitliğin sağlanmış olmasıdır. Eğer aynı sınıfta yer alan alacaklılar aksine açıkça rıza göstermemişlerse, borçlunun bunları eşit muameleye tabi kılması gerekir(yyy.m.6,II). İşte, borçlunun bu eşitliğe riayetsizliği de sınıflandırmaya yönelik bir itiraz olarak değerlendirilecektir.

Her ne kadar burada aranan eşitlik aynı sınıf içerisinde bir eşitlik ise de, kanun, borçlunun projeden etkilendirmediği fakat projeden etkilendirdiği alacaklılarla benzer olan alacaklar arasında nasıl bir eşitlik tesis ettiğini göstermesini de istemiştir(m.309/n,I,1; yyy.m.5,II;7,e). İşte, bunun gösterilmemiş

¹⁹⁶ Taşpınar Ayvaz, ss.388-389.

olması veya bu eşitliğin sağlanamadığı itirazı da, projeden etkilenen alacaklı tarafından ileri sürülebilecektir.¹⁹⁷

Alacağa İlişkin İtirazlar

Yukarıda da sözüne ettiğimiz üzere, yönetmelikte açıklandığı gibi, alacağın miktarına, durumuna, önceliğine hem kendi alacağı açısından, hem de diğer projeden etkilenen alacaklıların alacağı açısından itiraz ileri sürebilecektir. Bunlar da netice itibariyle projeye yönelik itirazlar olarak değerlendirilecektir.

2.Diğer İtirazlar

Yönetmelikte, yukarıda belirtilen alacağa ve sınıflandırmaya yönelik itirazlar haricinde, herhangi bir itirazdan bahsedilmemektedir. Ancak, öğretide, alacaklıların, kanunda projenin tasdiki için, mahkemece re'sen araştırılması gerekli şartlar itiraz nedeni yapabilecekleri gibi, projenin kanuna aykırı olduğu, usulüne uygun bilgilendirme yapılmadığı, borçlunun iyi niyetli olmadığı gibi nedenleri de itiraz olarak ileri sürebilecekleri de¹⁹⁸ ve ayrıca, bağımsız denetim kuruluşlarından alınan raporlara da itiraz edilebileceği ileri sürülmüştür.¹⁹⁹

1.5.2.d.ii) İtirazların İncelenmesi

Kanunun m.309/ö,I hükmüne göre, başvurudan itibaren otuz gün içinde yapılması öngörülen ve projeden etkilenen ve adresi bilinen alacaklılara tebliğ ve ilan ile duyurulacak olan duruşmada alacaklılar itirazlarını ileri sürebileceklerdir. Yani, otuz gün içinde yapılacak olan bu ilk duruşmada itirazlar ileri sürülecektir. Bunun yanı sıra, mahkemenin özellikle ara dönem tedbirlerine ilişkin kararları vermek üzere, bu duruşmadan önce bir ön duruşma yapabileceği de aynı madde de düzenlenmiştir. Bunun ise özellikle pratik açıdan uygulanabilirliğinin zor olduğunun daha önce ifade etmiştik.

Kanunda yer alan bu hükümlerin aksine, itirazların incelenmesi ile ilgili yyy.m.18,II'de; "Asliye Ticaret Mahkemesi, projenin tasdik duruşmasından önce tüm dilekçe, itiraz ve delillerin ivedilikle toplanmasını sağlamak amacıyla bir ön duruşma yaparak; ilgili itirazların yapılacağı, borçlunun bu itirazlara cevaplarını sunacağı ve tüm delillerin mahkemeye ibraz edileceği süreleri belirleyebilir" denmiştir. Görüleceği üzere, kanun hükmü ile yönetmelik hükmü açıkça çelişmektedir. Zira, kanunda yapılacağı belirtilen ön duruşma ara dönem tedbirlerine ilişkin olarak öngörülmüş iken, yönetmelikte itirazların toplanacağı bir ön duruşmadan bahsedilmektedir. Öncelikle, itirazlar, yapılacak olan bu ön duruşmaya indirgenirse, bu duruşmanın duyurusu ve tebliği yasada öngörülmediği için bu duruşmanın

¹⁹⁷ Taşpınar Ayvaz, s.389.

¹⁹⁸ Taşpınar Ayvaz,ss.389- 390.

¹⁹⁹ Taşpınar Ayvaz,s.389 ; Pekcamtez, Seminer,ss.38-39.

yapılması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, zaten otuz gün içinde yapılması düşünülen tasdik duruşmasının dahi, pratikte öngörülen sürede yapılmasının mümkün olmayacağı²⁰⁰ düşünülürse, bu süreden de önce bir duruşma yapılması ve tarafların tüm itiraz ve itirazlara ilişkin cevaplarının toplanması ve bu duruşmanın da tebliğ edilmesi gerektiği gibi sorunlar göz önüne alınırsa bunun hiçbir şekilde mümkün olmayacağı görülecektir. Ayrıca, yönetmelik ile yargılama usulünün düzenlenmesi Anayasa'nın 142.maddesine de aykırı olacaktır. Yine, Usul Hukukumuzda “ön duruşma” şeklinde bir usuli aşamanın öngörülmemiş olması da, bu düzenlemenin hukukiliğinin tartışılmasına neden olacaktır.²⁰¹ Ancak, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir komisyonun tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı hazırlanmış olup, bu tasarı görüşe açılmıştır. Söz konusu tasarı ile mevcut Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bulunmadığını belirttiğimiz “ön duruşma” ile aynı amaca hizmet edecek olan ve tasarıda “ön inceleme” olarak adlandırılan bir usul kesitine yer verilmiştir.²⁰² Söz konusu tasarının yasalaşması halinde, İcra ve İflas Kanunu'nun “ön duruşmaya” ilişkin hükmünün hukuki temeli söz konusu olacaktır.

Buna karşılık kanun hükmünden anlaşılan, başvurudan itibaren mahkemeye yapılmış olan alacaklara veya sınıflandırmaya ilişkin itirazlar, projeye yönelik itirazlar olarak algılanacağından, tasdik duruşmasından önce yapılabilecek tedbir duruşmasında veya ön duruşmada itirazlar ve itirazlara yönelik cevapların sunulma süresi mahkemece kararlaştırılmış ise, mahkeme, tüm bu itirazlar ve karşı cevapları tasdik duruşmasında inceleyecektir. Ancak, ön duruşma ile itirazlara yönelik süre tayininin yapılmadığı durumda, tasdik duruşmasına kadar itirazlar ileri sürülebilecektir.

Kanunda asliye ticaret mahkemesinin hangi usul ile yargılama yapacağı da düzenlenmemiştir. Ancak öğretide bunun HUMK m.507,1'in atfı doğrultusunda HUMK m.176,9 gereği basit yargılama usulü olması gerektiği isabetli olarak ifade edilmiştir.²⁰³

Kanımızca da burada basit yargılama usulünün uygulanması, yeniden yapılandırmanın ivediliği nedeniyle uygun düşecektir. Her ne kadar söz konusu hükümde konkordato ve iflase ilişkin hükümlere atıf yapılmakta ise de, bu yöntemin de bir cebri icra kurumu oluşu ve tashihi kararının olmayışı, temyiz incelemesinin dahi ivedilikle yapılacak olması nedeniyle, basit yargılama usulünün uygulanması amaca da uygun olacaktır. Ancak, olması gereken hukuk açısından kanun koyucunun bunu açıkça düzenlemesi yerinde olurdu.

Mahkemenin özellikle, yukarıda öğretide belirtildiği şekilde, bağımsız denetim kuruluşlarının hazırladığı raporlara yöneltilen itirazları incelemesi sırasında, bilirkişiye başvurması gerekebileceği, ancak, bilirkişi raporlarına itiraz ile tekrar tekrar bilirkişi incelemesi yoluna gidilerek prosedürün uzatılması mümkün olduğundan, bu tür kötü niyetli girişimlere müsaade edilmemesi ve itirazlar çok

²⁰⁰ Aksoyoğlu,s.125.

²⁰¹ Taşpınar Ayvaz, s.391; Budak, 5092 sayılı Kanun,s.11.

²⁰² www.kgm.gov.tr (10.07.2006).

²⁰³ Taşpınar Ayvaz,s.392 ; Budak,5092 sayılı Kanun,s.11.

ciddi ve önemli olmadıkça bilirkişiye başvurulmaması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁰⁴ Nitekim, sürecin uzatılmasından kötü niyetli borçlular kadar kötü niyetli alacaklıların da yarar umması mümkündür. Bu nedenle özellikle, itirazların finansal analiz raporlarına ilişkin olduğu hallerde, yeniden bağımsız denetim kuruluşundan inceleme talep edilmeli, klasik bilirkişilik kurumu ile sorunun çözülmesi yoluna gidilmemeli ve bunların vereceği raporlarla sürecin uzatılması önlenmelidir.²⁰⁵ Aksi halde bu düzenlemeden beklenen hukuki yarar kalmayacaktır.²⁰⁶ Kaldı ki, bağımsız denetim kuruluşu raporlarının yüksek ücretlerle hazırlandığı düşünülürse, rapora itiraz edenin, ikinci raporun bedelini ödeme olanağı yoksa, yargıya başvurma hakkının kısıtlanmış olacağı, aksine, ikinci raporun ücretinin borçluya yüklenmesi halinde de, bu kez de borçlunun durumunun ağırlaşacağı ve belki de kötü niyetli alacaklıların bu durumu istismar edeceği, rapora herhangi bir itiraz olmazsa da, rapordaki bilgilerin mahkemece doğru kabul edileceği belirtilmiştir.²⁰⁷ Bu nedenle belki de aynı bağımsız denetim kuruluşundan, itiraz konusu olan hususun tekrar incelenmesi ve açıklattırılması istenebilir.

Kanımızca, özellikle de, kanun ve yönetmelikte, bağımsız denetim kuruluşu raporlarına yönelik bir itirazdan bahsedilmemiş olması nedeniyle, söz konusu itirazlar üzerin tekrar bilirkişiye veya yeni bir rapor alınması yoluna gidilmesi gerekmeyecektir. Bu halde kural, mahkemenin bu raporları değerlendirmesidir. Her ne kadar, mahkemenin bu raporları değerlendirecek işletme ve ekonomi bilgisi olmayacağı söylenebilirse de, bu durum, teorik bir gerekçe değil, maalesef uygulamadan kaynaklanan bir gerekçe olabilir. Ayrıca, belki yukarıda da ifade edildiği üzere, mahkeme aynı bağımsız denetim kuruluşundan itiraz konusu hususa ilişkin açıklama isteme yoluna gidebilir. Yani, itiraz üzerine, tekrar bilirkişiden veya yeni bir bağımsız denetim kuruluşundan rapor alınması zorunluluğu olmadığı ve bu raporun alınmamasının da itiraz edenlerin savunma hakkının kısıtlanması olarak yorumlanmaması gerektiği kanısındayız. Kaldı ki, söz konusu raporlarda borçlunun bilgisi ile veya borçlunun bilgisi dışında, kötü niyete dayalı olarak bazı sahtelikler veya gerçeğin yansıtılmaması gibi bir durum söz konusu ise, bu alacaklılar, tasdik üzerine yeniden yapılandırmanın feshi ile de bu hususu ileri sürebileceklerdir. Kaldı ki, basit yargılama usulünün uygulanması nedeniyle, re'sen inceleme ve ivedilikle karar vermesi gereken mahkemenin bu itirazlar ile süreci, yeniden yapılandırmanın amacına aykırı olarak uzatması da mümkün değildir.

Mahkeme, bir alacağın akibetinin diğer bir mahkemede görülmekte olan bir davanın sonucuna bağlı olması durumunda, itirazların zamanında veya tasdik duruşmasına kadar çözülememesi halinde, alacağın miktarının tahminen belirlenebilmesi için bir usul belirleyebileceği gibi, alacağın kesinleştiğinde ödenebilmesi için borçlunun bir çözüm önermesine de karar verebilir(yyy.m.18,III).

Öncelikle, çekişmeli haklar olarak nitelenebilecek bu önemli meselenin hangi aşamada

²⁰⁴ Pekcamtez, Seminer,s.39.

²⁰⁵ Pekcamtez, Seminer,s.39.

²⁰⁶ Aksoyoğlu,s.125.

²⁰⁷ Aksoyoğlu,s.125.

halledileceğinin kanun yerine yönetmelikte düzenlenmesi doğru bir yaklaşım olmamıştır.²⁰⁸

Burada bir alacağın akibetinden ne kastedileceği öğretide tartışılmış ve bunun alacağın miktarına ilişkin bir ihtilaf olduğu ileri sürülmüştür.²⁰⁹ Kanımızca da, bu ihtilaf ancak alacağın miktarına yönelik olabilir. Çünkü borçlunun projeden etkilendirdiği tüm alacaklar borçlu tarafından açıkça kabul edilmektedir. Borçlunun projeden etkilendirmedikleri ise zaten mevcut koşullar uyarınca aynen ödenecektir. O nedenle, burada ancak alacağın görülmekte olan dava nedeniyle miktarı belirsizdir. Bu halde mahkemenin nasıl bir çözüm önereceği veya borçludan bir çözü önermesini bekleyeceği ise kanunda düzenlenmemiştir. Bu hükmün amacı, ivedilikle görülmesi gereken bir sürecin bu tür ihtilaflar nedeniyle uzatılmasını önlemek ve bir an evvel bu ihtilafı çözecek pratik bir yol bulmayı teşvik etmektir.

Öğretide, mahkemenin ya taraflar arasında arabulucu olarak tarafları sulhe davet edeceği ya da borçlunun kabulünden daha fazla alacağı olduğu iddiasında olan alacaklıya, fazla çıkması muhtemel kısım için teminat gösterilmesini öngörerek projeyi tasdik edeceği belirtilmiştir. Bu halde de, mahkemenin projeyi tasdik kararında, miktarın fazla çıkması halinde, projenin bu miktar üzerinden yürürlük kazanacağını belirtmesi gerekecektir. Nitekim, bu değişen koşul uyarınca ödemeye muhatap olamayan alacaklı, tasdikten sonra projenin feshini (m.309/s) isteyebileceği gibi (m.309/ş) uyarınca projenin tadilini de talep edebilecektir.²¹⁰

Aksi halde, yeniden yapılandırma talebini inceleyen ticaret mahkemesinin, başka bir mahkemede görülen davadaki alacağın esasına ilişkin karar verme yetkisi yoktur. Zira projenin incelemesine ilişkin çekişmesiz yargı işi ile görevli olan bir mahkemenin, alacağın esas hakkında, maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecek bir karar vermesi mümkün değildir. Kaldı ki, yeniden yapılandırma talebinin inceleyen mahkemenin alacağın esasına ilişkin bir karar vermeye yönelik görevi de yoktur.

Ancak, çekişmeli alacaklar olarak nitelenecek bu durumun bir başka görünümü de söz konusu olabilir. Örneğin, borçlu tarafından projede yer verilen bir alacağın aslında muvazaalı olarak yaratıldığı ve böyle bir alacağın olmadığı, yani borçlunun iyi niyetli olmadığı sebebine dayanarak, başka bir alacaklı tarafından itiraz olarak ileri sürülebilir. İşte bu halde bu alacak çekişmeli bir alacak mıdır? Konkordatoda bu tür alacaklar yani, borçlunun kabul ettiği ve fakat, başka bir alacaklının(veya komiserin) itirazına sebep olan bu tür alacaklar nizalı (çekişmeli) alacak olarak kabul edilmemektedir.²¹¹ Konkordatoda bir alacağın nizalı alacak olarak nitelendirilmesi tamamen borçlunun iradesine bağlıdır. Kanımızca, aynı yorum yeniden yapılandırmanın da amacına uygun olacaktır. Zira, yeniden yapılandırma, konkordatoya oranla borçlunun iradesine daha fazla yer veren bir kurum olduğundan, hatta borçlunun kendi iradesi ile bazı alacaklılarını projeden yararlandırmama gibi bir

²⁰⁸ Budak, 5092 sayılı Kanun,s.12.

²⁰⁹ Taşpınar Ayvaz, ss.392-393.

²¹⁰ Taşpınar Ayvaz, s.393.

²¹¹ Kuru, İflas ve Konkordato,s.447-448,dn.143.

yetkisi de bulunduğundan, bu tür itirazlar, alacağın nizalı alacak olarak nitelenmesine yol açmamalıdır. Bu nedenle de, bu itirazı mahkemece reddedilen alacaklı, tasdik kararı üzerine, yeniden yapılandırmanın m.309/s'nin m.308'e yaptığı atıf uyarınca yeniden yapılandırmanın kötü niyetle elde edildiği iddiası ile feshini dava edebilecektir.

1.5.2.d.iii) Tasdik Kararı Verilebilmesinin Koşulları

Mahkemenin tasdik kararı verebilmesi için, m.309/p' de sayılan ve mahkemece re'sen incelenmesi gerekli olan 3 koşulun gerçekleştiğinin tespiti şarttır. Öyle ki, bu koşullar, projeye yönelik herhangi bir itiraz olmasa dahi, mahkemece re'sen araştırılmak zorundadır. Zira, bu koşulların gerçekleştiğinin tespitindeki amaç, alacaklıların korunmasıdır.(Hükümet gerekçesi)

Mahkeme, borçlunun yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurduğunu, yeniden yapılandırma projesinin etkilenen alacaklılar tarafından usulüne uygun olarak müzakere edilip yasada öngörülen çoğunlukla kabul edildiğini(309/m), projenin ve projeye eklenmesi gereken tüm belge ve bilgilerin 309/n ve 309/o maddeleri ve yönetmeliğin ilgili maddeleri uyarınca hazırlandığını ve her şeyden önemlisi, projeyi reddetmiş olan alacaklıların projeye ellerine geçecek miktarın en az borçlu şirketin iflası ile tasfiyesi halinde ellerine geçecek miktar kadar olduğunu tespit etmesi halinde, tasdik duruşmasından sonraki en geç otuz gün içinde projenin tasdikine ya da şartların oluşmaması halinde reddine karar verecektir.

Buna göre;

-Borçlu yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurmuş olmalıdır.

-İİK. m.309/m -309/o hükümlerinde öngörülen tüm koşullar yerine getirilmiş olmalıdır.

-Projeyi reddetmiş her alacaklının proje ile ellerine geçecek miktar, en az borçlunun iflas etmesi halinde ellerine geçecek miktara eşit olmalıdır.

1.Borçlu Yeniden Yapılandırmaya İyi Niyetle Başvurmuş Olmalıdır.

Kanımızca, yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurmuş olma kriterini, yeniden yapılandırmayı gerçekten iyi niyetle arzulamak ve gerçekleştirmek niyeti olarak anlamak gerekir. Şirket yetkililerinin dürüst, doğru ve güvenilir kişiler olması gerektiği ya da bu ana kadar işlerinde dürüst veya doğru olduklarını aramak doğru bir yorum olmayacağı gibi, yeniden yapılandırmanın amacına da aykırı olacaktır.²¹²

Borçlunun projeden etkilendirdiği ve etkilendirmediği alacaklılarını serbestçe belirlerken açıkça bazı

²¹² Taşpınar Ayvaz, s.394.

alacaklılar aleyhine kötü niyetle tercih yapmış olması da iyi niyetle hareket etmediğini gösterebilecektir. Yani, borçlu yeniden yapılandırmaya özellikle bazı alacaklılarına zarar verme niyeti ve kastı ile başvurmuşsa bu borçlunun iyi niyetli olmadığını gösterecektir. Mahkeme, bu tespiti yaparken, borçlu tarafından yapılan bu seçimin makul ve hakkaniyete uygun dayanaklarını incelemeli ve bu konuda ikna olmalıdır.

Nitekim, öğretide m.309/s uyarınca projenin feshine neden olan, “projenin kötü niyetle sakatlanmış olması” kriterinin, projenin tasdikinde de incelenmesi gerektiği, aksi halde, bu kriterin projenin feshi nedeni olmasının bir anlamının olmayacağı ifade edilmiştir.²¹³

2.İİK. m.309/m– m.309/o’da Öngörülen Tüm Koşullar Yerine Getirilmiş Olmalıdır.

Yeniden yapılandırma projesinin tasdik edilebilmesi için mahkemece re’sen araştırılacak olan diğer husus ise, projenin m.309/m - m.309/o hükümlerine uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığıdır. İİK. m.309/n, projenin zorunlu asgari içeriğinin düzenlerken, m.309/o’ da başvuruya eklenecek belgeleri düzenlemektedir. Yani, proje öngörülen içerikte hazırlanmalı ve alacaklılara usulünce bildirilmeli ve yasada öngörülen çoğunluk tarafından kabul edilmelidir. Nitekim, sınıflandırma yapılmışsa, bu çoğunluk oranı her bir sınıf açısından ayrı ayrı gerçekleşmiş olmalıdır. Bir sınıfın dahi projeyi reddetmesi halinde proje tasdik edilmeyecektir. İleride görüleceği üzere, ABD yeniden yapılandırma usulünde, susturma kuralı işletilmişse, en az bir sınıfın projeyi öngörülen çoğunlukla kabulü halinde diğer sınıflar susturulmuş yani projeyi kabul etmiş sayılmaktadırlar. Hukukumuzda böyle bir kural kabul edilmediğinden, her alacaklı sınıfının projeyi yasa da öngörülen çoğunlukla kabul etmesi zorunludur.

3.Projeyi Reddeden Alacaklı Muhtemel bir İflasa Göre Daha Kötü Bir duruma Düşmemelidir.

İİK. m.309/p,I uyarınca, mahkeme, yukarıda belirtilen şartların gerçekleştiğini tespit ile birlikte, projeyi reddetmiş olan her alacaklının projeye eline geçecek miktarın en az iflas tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olduğunu da tespit ettiği takdirde, projenin tasdikine, aksi halde de reddine karar verecektir.

Burada kanun koyucu, projeyi reddeden, projeye muhalif kalan alacaklıları koruma amacı gütmektedir. Zira, eğer onlar, olası bir iflasa nazaran proje uyarınca daha az alacak elde ediyorlarsa projeye muhalif kalmakta haklıdırlar ve projenin de tasdik edilmemesi gerekir. Bu nedenle yapılacak bu karşılaştırma ile, onların en azından borçlu o anda iflas etse idi ellerine geçecek olan miktar ile proje uyarınca ellerine geçecek olan miktarın karşılaştırılması ve bir anlamda da azınlıkta kalan alacaklıların korunması amaçlanmıştır.

²¹³ Taşpınar Ayvaz, s.395.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu karşılaştırmanın sadece projeye olumsuz oy verenler için yapılacağıdır. Bu nedenle, projenin oylanmasına katılmayarak, ilgisiz olan alacaklılar için kanun koyucu herhangi bir kaygı taşımamış, adeta onlar, sürece olan ilgisizlikleri nedeniyle dikkate alınmamışlardır.

Mahkemenin bu incelemeyi yaparken bilirkişiden yararlanmasına ise gerek yoktur. Zira, başvuruya eklenecek ve bağımsız denetim kuruluşundan alınan rapor bunu belirtmektedir. Mahkemenin bu raporu değerlendirirken, açıklamaya ihtiyaç duyması halinde de aynı bağımsız denetim kuruluşundan bu açıklamayı talep etmesi, usul ekonomisine ve işin niteliğine de uygun düşecektir kantsındayız

1.5.2.d.iv) Kararın Oluşturulması

İİK m.309/p uyarınca, mahkeme tasdik duruşmasından itibaren otuz gün içinde projenin tasdikine veya reddine karar verecektir. Yani, mahkeme başvurudan itibaren yapacağı otuz gün içindeki tasdik duruşmasında ilgilileri (alacaklı, ara dönem denetçisi ve borçluyu) dinleyecek itirazları inceleyip sonuçlandıracak ve yukarıda sözü edilen üç koşulun da bir arada gerçekleştiğine kanaat getirirse projeyi duruşmadan sonraki otuz gün içinde tasdik edecektir.

Bu durumda mahkemenin başvurudan itibaren proje hakkında karar verebilmesi için azami iki ay gibi bir süresi söz konusudur. Tasdik duruşmasından sonraki otuz gün içinde projenin tasdikine veya tasdik talebinin reddine karar verecek olan mahkemenin, bu kararını duruşma yaparak mı, duruşmasız mı vereceği kanunda düzenlenmemiştir. Nitekim, bu nedenle öğretide, bunun için mahkemeye takdir hakkı verildiğini ileri sürenler olduğu gibi,²¹⁴ basit yargılama usulünden yol çıkarak HUMK m.382 vd. gereği bunun mutlaka tefhim edilmesi yani duruşma yapılarak bildirilmesi gerektiğini ifade edenler de vardır.²¹⁵

Kanunda gerek yargılama usulü gerekse bu konuda bir açıklama olmayışı nedeniyle, ilk görüşü ileri sürenlerin yorumu da kabul edilebilir gibi görünse de, yargılamanın basit usulü muhakeme olacağını kabul etmemiz nedeniyle, mahkemenin, kararını açıklamak üzere bir duruşma yapması gerektiği kanısındayız. Kanımızca burada, aslında gerek yargılama usulü gerekse kararın verilmesi için duruşma yapılıp yapılmayacağı konusunda kanunda düzenleme yapılması daha uygun olurdu.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, konkordatoda olduğu gibi mahkemenin resen projeyi değiştirme veya eksikliklerini tamamlama yetkisini olmayışı(298/II) ve bu üç koşulun haricinde herhangi bir teminat koşulunun da aranmamış olduğudur. Kanımızca bu düzenleme yerindedir. Zira, mali güçlük yaşaması nedeniyle yeniden yapılandırmaya başvurmak durumunda kalan borçludan bir

²¹⁴ Altay, s.646.

²¹⁵ Taşpınar Ayvaz,s.397.

de teminat göstermesini istemek kanımızca hakkaniyetle ve işin niteliği ile bağdaşmayacaktır.

Başvurudan itibaren ilk otuz gün içinde yapılacak olan tasdik duruşmasında projenin onanması veya reddi hakkında karar verilebilmesi mümkün olmayacağından, mahkeme bu duruşmadan sonraki otuz gün içinde kararını red veya onama şeklinde vermelidir.²¹⁶

Kanunda öngörülen bu sürelerle ilişkin hükümlerin bağlayıcı olmayıp, temenni niteliği taşıdığı ve bu nedenle öngörülen sürelerde incelemenin tamamlanamayarak, makul aralıklarla birkaç duruşma daha yapılmasının realiteye uygun düşeceğini²¹⁷ ifade edenler olmuşsa da, hükmün pratikte uygulanmayacak olmasının, hükümde öngörülen sürenin niteliğini değiştirmeyeceği kanısındayız. Kaldı ki, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir Komisyonun hazırlamış olduğu yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı ile, yargılama sürecinin mümkün oldukça hızlandırılmasını sağlayacak usul kesitlerine(ön inceleme gibi) yer verildiği gibi, usul ekonomisine hizmet edecek çeşitli hükümler yoluyla hakimlerin yargılamayı kısa sürede sonuçlandırması amaçlanmıştır.²¹⁸Bu nedenle de, pratikte de, söz konusu sürelerle riayet edilmesi mümkün olabilecektir.

Görüleceği üzere, yeniden yapılandırma başvurusundan itibaren mahkemenin karar verebilmesi için gerekli süre azami iki ay olarak öngörülmüştür. Bunun nedeni, prosedürün mümkün oldukça çabuk sonlandırılabilmesini sağlamaktır.

1.5.3. Tasdik Kararının Sonuç ve Etkileri

1.5.3.a) Tasdik Kararının Etkisinin Başlangıcı ve Ara Dönem Tedbirlerine Etkisi

Yeniden yapılandırma projesi tüm hüküm ve sonuçlarını, mahkemenin tasdike ilişkin kararını verdiği andan itibaren doğuracaktır(m.309/r,I). Söz konusu hüküm, hükümet tasarısında “Kararın Kesinleşmesinin Sonuçları” başlığı ile hükmün sonuçları kesinleşme ile doğacak şekilde düzenlenmiş iken, Adalet Komisyonu bu düzenlemeyi 09.02.2004 tarihli raporunda belirttiği;“Tasarının 309r maddesiyle yeniden yapılandırma projesinin tasdiki kararının hüküm ve sonuç doğurması, bu kararın kesinleşmesine bağlanmıştır. Bu takdirde temyiz aşamasında geçecek süre boyunca hiçbir işlem yapılamayacak ve bu durumda projenin tasdiki aşamasındaki koşullar değişebileceğinden yeniden yapılandırma projesi başarısızlıkla sonuçlanabilecektir. Bu nedenle projenin hüküm ve sonuçlarının tasdik kararıyla birlikte doğurmaya başlaması esasını benimsemek ve kararın temyiz incelemesi sonunda Yargıtay’ca bozulması üzerine, projenin tasdik kararının icrasının kendiliğinden duracağı, ayrıca bozma kararına kadar yapılan işlemlerin geçerliliğini muhafaza edeceğini hükme bağlamak

²¹⁶ Altay, s.1303.

²¹⁷ Altay, s.1303.

²¹⁸ www.kgm.gov.tr. (10.07.2006).

amacıyla madenin başlığı “Kararın Sonuçları” şeklinde, birinci fıkrasının birinci cümlesi amaca uygun şekilde değiştirilmiş...” denilerek, değişikliğin gerekçesi açıklanmıştır.

Kanımızca yapılan bu değişiklik isabetli olmuştur. Zira, gerçekten temyiz sonucuna kadar projenin uygulanmayacak olması demek, belki de projenin bir daha hiç uygulanmamasına yol açabilecektir.

Yani sonuç olarak, tasdik kararının kesinleşmesi beklenmeksizin, yeniden yapılandırma projesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır.

İİK m.300 uyarınca, konkordatonun tasdik talebine ilişkin red veya onama kararları kesinleştikten sonra, mühlet kararının yayınlandığı gazetede ilan edilecektir. İlan ile birlikte de, mühletin tüm etki ve sonuçları ortadan kalkacaktır. Yani, konkordatonun hüküm ve sonuçlarını doğurması için kesinleşmesi gerekmektedir.

İflasın ertelenmesi ile ilgili olarak ise, erteleme kararının etkilerinin, kararın ilanı ile mi, yoksa kararın verilmesi üzerine mi doğacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bazı yazarlar, erteleme kararının etkilerinin ilan ile hüküm ifade edeceğini belirtirken²¹⁹, bazı yazarlar ise, özellikle kanunda bu görüşü kabul etmeyi gerektirecek bir açıklık olmaması, aksine, erteleme kararının etkilerini düzenleyen m.179/b’nin; “erteleme kararı üzerine...” diye başlamış olması nedeniyle, kararın etkilerinin ilan ile hüküm ifade edecek olmasına karşı çıkmışlardır.²²⁰ Erteleme kararının ilanı 3.kişiler bakımından önemlidir. Bu nedenle erteleme kararının etkilerinin kural olarak kararın verildiği andan itibaren işlemeye başlaması, fakat, hakimin, kararında bazı etkilerin (özellikle ertelemenin 3.şahıslar bakımından ortaya çıkacak etkilerinin) ilandan itibaren işlemeye başlayacağını belirtebilmesi şeklinde²²¹ bir orta yolun önerilmesinin isabetli olduğu kanısındayız.

Görüleceği üzere, mahkemenin tasdik kararı ile birlikte, artık borçlu ile projeden etkilenen alacaklılar arasında proje hükümleri geçerlilik kazanacak ve derhal uygulanmaya başlayacaktır.

Ancak, yeniden yapılandırma projesinin etkilerinin kararın verilmesinden itibaren doğacak olmasının bir takım sakıncalar yaratacağına ilişkin görüşler de mevcuttur. Bunlar özellikle, ara dönemde mahkemece bir takım tedbirler alınmışsa bunların akıbetinin ne olacağı noktasında toplanmaktadır. Bilindiği üzere ara dönemde alınan bu tedbirlerin hepsi nitelikleri itibariyle ihtiyati tedbir niteliğindedir.²²²

Bu konuda öğretilde Kuru, özellikle m.309/r,IV’ün; “başvurunun tasdiki talebinin reddine ilişkin mahkeme kararının verilmesi halinde, mahkemece verilmiş tedbirler kalkar, durmuş olan dava ve takiplere devam edilir.” hükmünden yola çıkarak, bunun aksi olan, yani tasdik talebinin kabulü halinde

²¹⁹ Atalay, Borca Batıklık,s.112’den Hakan Pekcamtez, Anonim Ortaklıkların İflası,s.57 ; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar,s.473.

²²⁰ Şakir Balcı, İflasın Erteleme, Usul ve Esaslar, Güncel Yayınevi, İzmir, 2005,s.299.

²²¹ Atalay, Borca Batıklık, s112.

²²² Budak, 5092 sayılı Kanun,s.10.

de, söz konusu tedbirlerin nihai olarak devam etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.²²³

Kanımızca, söz konusu hükümden hareketle, tasdik halinde ara dönem tedbirlerinin devam edeceğini kabul etmek zorunlu değildir. Zira bu hüküm, varılan sonucun gerekçesi olamaz. Çünkü, mahkemenin tasdik talebinin reddi halinde, ara dönem tedbirlerinin devam edeceğinin hükme bağlanması zaten eşyanın tabiatına aykırıdır. Zira, aksi halde mahkeme hem talebi reddetmiş ve hem de ara dönemdeki tedbirlerin devamına karar vermiş olur ki bunun herhangi bir açıklaması ve mantıklı izahı olamaz. Dolayısıyla da m.309/r,IV hükmünden yola çıkılmasının doğru olmayacağı kanısındayız.

Bu nedenle, kanımızca, ara dönemde alınmış tüm tedbirler, kanun hükmü gereği olmayıp mahkemece alınan tedbirler olmaları ve geçici nitelik taşımaları nedeniyle, ancak mahkeme, koruma önlemlerinin gerekliliğine karar verirse kesinleşmeye kadar devam edebilecektir. Aksi halde bu tedbirlerin nihai karar olan mahkemenin tasdik kararı ile kalkması gerekmekte olup, bu önlemlerin devamında hukuki bir yarar da söz konusu değildir(HUMK m.112).²²⁴

1.5.3.b) Tasdik Kararının Kesinleşmesinin Duran Takiplere, Davalara, Hacizlere ve ihtiyati Tedbir ile İhtiyati Haciz kararlarına Etkisi

Kanunda tasdik kararının ne karardan ne de kesinleşmeden sonraki etkilerinin neler olduğu düzenlenmemiştir. Yani, mahkemece bu ara dönem tedbirlerine temyiz süresi boyunca da devamına karar verilmişse tasdik kararının kesinleşmesi halinde bu ara dönemde alınan tedbirlerin, dava ve takip yasalarının akıbetinin ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir.

Burada acaba konkordato hükümlerinden yararlanılabilir mi? Konkordatoda, borçluya karşı kural olarak mühlet süresince takip yapılamayacak ve mühletten önce başlamış olan takipler de duracaktır(m.289,I). Ancak, mühletten önce durmuş olan takiplerin konkordatonun tasdik kararı(kesinleşmesi) ile düşüp düşmediği konusunda doktrinde tartışma var ise de, İİK m.304 açık hükmü nedeniyle, sadece mühletten önce yapılan hacizler konkordatonun tasdiki ile düşecek olup, takiplerin düşeceğine dair iflasta olduğu gibi(m.193,II) bir hükmün konkordato mevzuatımızda yer verilmemiş olması nedeniyle takipler varlığını sürdürecektir.²²⁵ Bu sonuç, özellikle konkordatonun feshi halinde alacaklının takibe devam edebilmesi amacıyla hizmet etmektedir.²²⁶

Yukarıda konkordato için belirttiğimiz gerekçeler, yani kanunda bu konuya ilişkin düzenleme olmaması ve yeniden yapılandırma projesinin feshinin de konkordato hükümlerine yapılan atıfla düzenlenmiş olması nedeniyle, projenin feshi olasılığı dikkate alınarak, takiplerin düşmeyeceği kabul

²²³ Kuru, El Kitabı, s.1361.

²²⁴ Taşpınar Ayvaz, ss.399-400 ; Aksoyoğlu, s.127.

²²⁵ Altay, ss.957-958 ; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes,s.411.

²²⁶ Taşpınar Ayvaz, s.400; Kuru, İflas ve Konkordato,ss.493-494.

edilmelidir.²²⁷

Hacizlere etkisine gelince, bu hususta da kanunda herhangi bir açıklama yoktur. Ancak, burada konkordatodan hareketle, hacizlerin düşeceği ve hacizli malın borçlunun kullanımına sunulmasının yeniden yapılandırmanın amacına uygun olacağı kabul edilmelidir.²²⁸

Aynı şekilde yeniden yapılandırmanın ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına etkisi de kanunda düzenlenmemiş olup, kanımızca bunların da kalkması gerekmektedir. Zira, yeniden yapılandırmanın amacına uygun olan da budur. Borçlunun proje şartlarına riayeti için, malvarlığın üzerindeki tasarruf tahditlerinin mümkün oldukça azaltılması işin mahiyeti icabıdır.²²⁹

Öte yandan tasdik duran davalara etkisine ilişkin olarak, konkordato ile karşılaştırma yapmamız mümkün değildir. Zira, davaların durmasına ilişkin etki, İcra ve İflas Hukukumuzda bir tek yeniden yapılandırma kurumu için öngörülmüştür. Ancak, duran davaların düşmesi söz konusu olmayacaktır. Zira, medeni usul hukukunda davanın düşmesi diye usuli bir sonuç yoktur. Bu nedenle, duran davalara projenin tasdikinden sonra devam edilecektir. Böylece, takiplerin dayandığı alacak maddi anlamda kesin hükme bağlanmış olacağından, projenin feshi veya ihlali halinde de alacaklının talep edeceği alacağın tam olarak miktarı bir mahkeme hükmü ile belirlenmiş olacaktır.²³⁰

1.5.3.c) Proje Denetçisi Atanması

Mahkeme tasdik kararı ile birlikte, borçlu ile alacaklıların bu konudaki görüşlerini de dikkate alarak, yetkileri sadece projenin yerine getirilmesini denetleyip alacaklılara durumu düzenli raporlarla duyurmaktan ibaret olan bir veya birkaç proje denetçisi tayin edebilecektir. Borçlu ve alacaklıların denetçi seçmedikleri veya herhangi bir denetçi üzerinde anlaşmaya varamadıkları halde, mahkeme, re'sen denetçi veya denetçiler atayabilecektir(m.309/p,II). Yönetmeliğin 19.maddesinde, aksinin projede öngörülmediği durumda, ara dönem denetçisinin projenin tasdiki kararı ile birlikte proje denetçisi olarak atanabileceği belirtilmiştir. Kanımızca bu isabetli bir düzenlemedir. Zira, ara dönem boyunca borçlu işletmeyi tanıyan birinin projenin tasdikinden sonra da proje denetçisi sıfatıyla denetlemeye devam etmesi daha makul bir çözüm olacaktır.

Görüleceği üzere, tarafların proje denetçisini kararlaştırmış olmaları halinde mahkemenin kararlaştırılan bu şahsı atamaktan başka seçeneği yoktur. Ancak, tarafların kararlaştırmadıkları veya kim olacağı hususunda anlaşmazlığa düştüğü durumlarda, mahkeme isterse re'sen proje denetçisi atayabilecektir. Yeniden yapılandırma projesinin tasdiki kararının, kural olarak şirket organlarının tasarruf yetkisi üzerinde doğrudan kanundan doğan bir etkisi yoktur. Ancak, projenin içeriğine ilişkin

²²⁷ Taşpınar Ayvaz, s.400.

²²⁸ Taşpınar Ayvaz, s.400.

²²⁹ Taşpınar Ayvaz, s.400.

²³⁰ Taşpınar Ayvaz, ss.400-401.

m.309/n,I,3 uyarınca projede böyle bir sınırlama öngörülmüş olabilir ve mahkemece projenin bu haliyle tasdiki halinde de, projede öngörüldüğü şekilde sınırlama gerçekleşmiş olabilir. Proje denetçisinin atanmış olması, borçlu şirkete kayyım atanması anlamına gelmeyecektir.²³¹ Zira, proje denetçisi esas olarak, yeniden yapılandırma projesinin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyerek alacaklılara durumu rapor etmekle yetkilidir(m.309/p,II).

Tasdik kararı ile birlikte atanacak proje denetçisinin görevi, yeniden yapılandırma projesinin süresine bağlı olarak devam edecektir. Nitekim, İstanbul Yaklaşımında sürenin genellikle 8-12 yıl olduğu göz önüne alınırsa, yeniden yapılandırmanın da yaklaşık olarak bu süreler kadar devam edeceği açıktır²³²

Yönetmelikte ara dönem denetçileri için öngörülen vasıflar proje denetçileri için de aranmıştır.Yani, proje denetçisi de, işin niteliği ve görevin ifası için gerekli bilgi ve tecrübeye sahip yeminli mali müşavirler arasından seçilecektir. Ara dönem denetçisini anlatırken belirttiğimiz gerekçelerle, proje denetçisi de gerçek veya tüzel kişi²³³ olabilecektir. Proje denetçisinin görev ve sorumlulukları da kararda belirtilir. Proje denetçileri de ara dönem denetçileri gibi, bağımsız ve tarafsız olmalıdırlar. Ayrıca, projeden etkilenen alacaklılar veya borçlu ile herhangi bir menfaat ilişkilerinin olmaması gerekmektedir.

Proje denetçisinin kim olacağı ve ücreti tasdik edilen projede belirlenmemişse, bu hususlar projenin tasdikinin görüşüldüğü mahkeme tarafından belirlenecektir. Proje denetçisinin ücreti, göreve atanan kişinin piyasa koşullarında, aynı vasıflara haiz uzman bir kişinin alacağı ücret esas alınarak, harcayacağı emek ve mesaiye göre mahkemece belirlenir(yyy.m19,IV).

Kanımızca, işletmenin gidişatını düzenli aralıklarla alacaklılara rapor etmekle görevli proje denetçisinin sunacağı bu raporu hangi aralıklarla sunacağını da mahkemenin tasdik kararında belirtmesi yararlı olacaktır.²³⁴

Kanunda, proje denetçisinin alacaklılara rapor vermesinden bahsedilmiştir. Oysa, alacaklılar toplanması gibi bir organı olmayan bu kurumda denetçinin her bir projeden etkilenen alacaklıya rapor vermesinin pratik bir yararı ve anlamı olmamalıdır. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından hükmün, “raporun alacaklılarca incelenmek üzere mahkemeye sunulması şeklinde düzenlenmesinin” daha yararlı olacağı ileri sürülmüş olup, kanımızca da isabetli bir yaklaşımda bulunulmuştur. Zira konkordato ile karşılaştırmanın yapıldığı bölümde görüleceği üzere, konkordatoda atanan konkordato denetçisi de borçlunun gidişatı ile ilgili raporunu alacaklıların incelemesine sunulmak üzere

²³¹ Pekamtez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.445.

²³² Pekamtez, Seminer, s.41.

²³³ Pekamtez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.444.

²³⁴ Taşpınar Ayvaz, s.401.

mahkemeye sunmaktadır.²³⁵

1.5.3.d) Kararın İlanı

Kanunda yeniden yapılandırma başvurusunun ilanı öngörölmüş olmasına rağmen, kararın ilanına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide, bunun isabetli bir yaklaşım olduğu, zira, yeniden yapılandırmanın özünde gizlilik olduğu, ilanın yapılmasının borçlunun durumuna zarar vereceği, kaldı ki projeden etkilenen alacaklılar bakımından bir etkisi olan yeniden yapılandırmanın ilanının 3.kişiler bakımından bir yararı olmadığı ileri sürölmüştür.²³⁶

Yeniden yapılandırma başvurusunun ilanına ilişkin olarak da, ilanın gereksiz ve borçlunun zararına olacağına ilişkin görüşe, özellikle ara dönemde doğacak tüm borçları kapsayacak bir takip yasağının söz konusu olması halinde, ilanın 3.kişiler için yararlı olabileceği, kaldı ki takip yasağı söz konusu olmasa dahi 3.kişilerin şirketin içinde bulunduğu mali durumu bilmelerinde yararları olacağı düşüncesiyle, ilanın gereksizliğine ilişkin görüşe katılmadığımızı ifade etmiştik. Her ne kadar tasdikten sonra takip yasağının zaten olmadığı ileri sürölebilirse de, biz aynı görüşten hareketle diğer yeniden yapılandırma amaçlı kurumlarda olduğu gibi, burada da ilan yapılması gerektiği kanısındayız. Nitekim, 3.kişiler bakımından borçlunun bu durumunun bilinmesinin hiçbir yararı olmayacağını ileri sürmenin doğru olmadığı kanısındayız.

1.5.3.e) Tasdik Kararının Borçlunun Taraf Olduğu Sözleşmelere Etkisi

Tasdik kararına esas olan yeniden yapılandırma projesi, projeden etkilenen alacaklılarca yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelecektir(m.309/r). Ancak, projede, borçlunun daha önce yapmış olduğu bazı sözleşmelerin saklı tutulacağı öngörölebilir.²³⁷ Yeniden yapılandırma projesinin tasdiki ile, projenin borçlunun daha önce yapmış olduğu tüm sözleşmelerden önce uygulanacağı belirtilerek, iki sözleşme arasında bir çelişki olduğu durumda projenin geçerli olacağı vurgulanmıştır.²³⁸ Projenin, borçlunun taraf olduğu tüm sözleşme hükümlerinden önce geleceğine ilişkin düzenlemenin, Amerika Hukukunda var olan (discharge) borçlardan ibra etkisini kısmen yerine getirebileceği kanısındayız. Ancak, ibra etkisinin Amerika Yeniden Yapılandırma Hukukunda, açıkça, borçlunun projede öngördükleri dışındaki tüm borçlarından kurtulacağı şeklinde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

Ayrıca, kanımızca bu hükmün ortaya çıkardığı çok önemli bir husus da, yeniden yapılandırma ile, borçların tecdit edilebileceği ve hatta kural olarak tecdit edildiğidir.

Bilindiği üzere, konkordato ile eski borç sükut edilip, yeni bir borç yaratılmamakta, borçların sadece

²³⁵ Taşpınar Ayvaz, ss.353-354.

²³⁶ Taşpınar Ayvaz, s.402.

²³⁷ Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin/Özekes ,s.445.

²³⁸ Pekcamtez, Seminer, s.41.

vade ve/veya miktarında bir değişiklik yapılmış olması nedeniyle tecdit söz konusu olmamaktadır.Bu nedenle de, eski borca ilişkin tüm itiraz ve def'iler ileri sürülebilmektedir.²³⁹

Oysa uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma, konkordatoadaki gibi borçların vade ve/veya miktarında da değişiklik öngörülebileceği gibi, böyle bir zorunluluk yoktur. Aksine, öngöreceği yönetmeler nedeniyle, konkordatoya oranla çok daha esnek ve geniş kapsamlıdır. Bu nedenle de burada esas olan borçların tecdit edilebilmediği.Hatta yukarıdaki hüküm(m.309/r) açıkça tecditin kural olduğunu belirtmektedir.Zira, yeniden yapılandırma projesi içeriği nedeniyle, kendisinden önceki tüm sözleşme hükümlerinden önce olması nedeniyle, eski borcu sukut ettirmekte ve yeni bir borç yaratmaktadır.Bu nedenle de, eski borca ilişkin def'i ve itirazların ileri sürülmesi mümkün değildir.Ancak, yukarıda da açıkça ifade edildiği gibi, borçlunun, varılan mutabakat uyarınca bazı sözleşmeleri mahfuz tutması mümkün olabilir.Buna karşılık genel kural tecditin olduğu yönündedir.

Zira, Borçlar Kanunu'nun 14.maddesinde düzenlenen tecdit ile, yeni bir borç meydana getirilmekte ve eski borç sukut etmektedir. Borcu sona erdiren tecdit, ya borcun konusunun, ya tabi olduğu hükümlerin, ya borcun sebebinin veya taraflarının değiştirilmesi tarzında olabilmektedir.²⁴⁰ Görüleceği üzere, yeniden yapılandırma kurumunun, borçlunun hazırlayacağı projeyi esas alması ve yapılandırmaya ilişkin proje içeriğinde öngörülmesi gerekli tedbirleri sınırlamamış olması nedeniyle, tecditin belirtilen şekillerden hepsi ve/veya her birinin uygulanmasına imkan sağlamaktadır.

Yine, tecdit de önem taşıyan husus, tecdit niyetinin varlığıdır.Yeniden yapılandırma sistemi de bu niyetin varlığına açıkça imkan tanımaktadır.Zira, amaç mevcut borcu veya borçları yeniden yapılandırmak olup, bu amacın gerçekleştirilmesi için, adeta her türlü yasal imkana izin verilmiştir.Yani, yeniden yapılandırma projesi, açıkça bu tecdit niyetinin delilidir.Tecdit ile eski borç ve bu borca bağlı fer'i haklar(cezai şart,kefalet,rehin)sona erer. Eski alacağa ait faizler saklı tutulmamışsa, faiz alacağı da sukut eder.Yeni borç bağımsız bir varlık arzeder ve eski borca ait def'iler yeni borç için ileri sürülemez.²⁴¹

Kanımızca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma ile kural olarak eski borçlar sukut etmekte ve yeni bir borç yaratılmaktadır.Bu husus, yeniden yapılandırmanın amacına ve sistemin kurgusuna uygun olduğu gibi, m.309/r,I hükmü bu hususu açıkça teyit etmektedir.

Tasdik kararı uyarınca yeniden yapılandırma projesinin uygulanması o kadar önemli ve önceliklidir ki, projeden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu sözleşmelerde bulunan, projenin tadiline veya feshine yol açabilecek veya borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurmasının temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümler,

²³⁹ **Ulukapı**,s.90; **Kuru**, İflas ve Konkordato,s.486.

²⁴⁰ **Kemal Oğuzman, Turgut Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı,Filiz Kitabevi, İstanbul 2002,ss.419-420.

²⁴¹ **Oğuzman/Öz**,ss.422-423.

borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurması durumunda uygulanmayacaktır(m.309/r,III). Yani bu içerikteki sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır.²⁴²

Ancak, burada projeden etkilenmeyen alacaklıların da hükme dahil edilmiş olmasının, proje ile hukuki durumlarında bir değişme olmaması nedeniyle, bu alacaklıların, borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurmasını fesih sebebi saymalarında hukuki bir yararları olmadığını ileri sürenler olduğu gibi²⁴³, bu hükmün projeden etkilenmeyen alacaklılar için uygulanmayacağı da ileri sürülmüştür.²⁴⁴ Kanımızca, bu hükmün gerek projeden etkilenen, gerekse projeden etkilenmeyen alacaklılar için düzenlenmiş olması isabetlidir. Zira, her ne kadar, yeniden yapılandırma projesi, projeden etkilenmeyen alacaklıların durumlarında herhangi bir değişiklik getirmese de, projeden etkilenmeyen bir alacaklı, borçlu ile yaptığı bir sözleşmede, borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurmasının temerrüt hali veya akde aykırılık oluşturacağına ilişkin hükümler nedeniyle, sözleşmeyi akde aykırılıktan feshedip, borçluya karşı takip yapabileceği gibi dava da açabilecektir. Buna karşılık, projeden etkilenmeyen alacaklılar için zaten dava veya takip yasağı olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, sadece borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurması nedenine dayalı olarak, başkaca bir aykırılık veya temerrüt hali söz konusu olmaksızın, borçlunun takip ve davalarla karşı karşıya kalması, yeniden yapılandırmayı olumsuz etkileyebileceği gibi, imkansız da kılabilir. Zira, bu takip ve davalar sonucu borçlunun likidite ve nakit dengesi bozulabilecektir.

Öğretide, bu hükmün özellikle hukuktaki “güven ve istikrar” ilkesini zedeleyeceği de ileri sürülmüştür. Özellikle, borçlunun taraf olduğu sözleşmelerin çok taraflı olabileceği, hatta bu sözleşmelerin aynı anda çok çeşitli konuları düzenleyebileceği göz önüne alındığında, sözleşmenin diğer taraf ya da taraflarının sadece bu hüküm nedeniyle sözleşmenin ileride alacağı şekil hakkında önceden bir öngörülerini ve güvencelerinin kalmayacağı nedeniyle, hukuktan beklenen güven ve istikrarın bu hüküm ile zedelendiği ifade edilmiştir.²⁴⁵ Kanımızca, ABD yeniden yapılandırma usulünde de var olan bu hüküm ile her ne kadar güven ilkesinin zedelendiği ileri sürülmekte ise de, sistemin özü yeniden yapılandırmaya başvuran borçlu üzerine kurulduğu ve öncelik borçlunun yeniden yapılandırılmasında olduğu için, hükmün sistemin öngördüğü amaca uygun olduğu kanısındayız.

1.5.3.f) Tasdik Kararının Müşterek Borçlu ve Kefillere Etkisi

Projenin tasdikinin borçlunun müşterek borçlu ve kefillerine etkisine ilişkin herhangi bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Bilindiği üzere kanunda, konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklıların, borçlunun müşterek borçlusu ve kefillerine karşı, konkordato yokmuş gibi, müracaat hakkı tanınarak

²⁴² Pekantez, Seminer, s.42.

²⁴³ Taşınar Ayvaz, s.404.

²⁴⁴ Kuru, El Kitabı, s.1362, dn.22.

²⁴⁵ Aksoyoglu, ss.127-128.

alacaklıların alacağıının tamamını bunlardan isteme imkanı verilmiştir(m.295,I). Öğretide aynı hükmün yeniden yapılandırma da uygulanması ve yeniden yapılandırmaya muvafakat etmeyen yani olumlu oy vermeyen ve fakat projeden etkilenen alacaklıların, borçlunun müşterek borçlu ve kefillerine yeniden yapılandırma yokmuşcasına başvurabilme hakkının tanınması gerektiği, zira, bu alacaklıları koruyucu m.309/p,I hükmü hariç başka bir hükmün olmadığı ileri sürülmüştür.²⁴⁶

Ancak burada, konkordatodan farklı bir kurum ile karşı karşıya olduğumuz unutulmamalıdır. Zira, yeniden yapılandırma kurumunun özelliği, borçlunun projeden etkilendirmeyi ve etkilendirmemeyi düşündüğü alacaklılarını serbestçe belirleyebilmesidir.Yukarıda belirtilen görüş uyarınca, konkordatodaki hükmün rızaları hilafına yeniden yapılandırma ile bağlı olan yeniden yapılandırmaya olumsuz oy vermiş alacaklılar için de uygulanması, bunları borçlunun iradesine aykırı olarak adeta projeden etkilenmeyen alacaklılar haline getirecektir ki, bunu kabule imkan olmadığı kanısındayız.Kaldı ki, yeniden yapılandırma ile kural olarak, borçların tecdit edildiği kabul edildiğinde, eski borca ait fer'i hakların kullanılması da mümkün olmamalıdır. Nitekim, kefalet böyle bir fer'i haktır.

Kefilin borcu, asıl borca özel bir şekilde bağlıdır.Kefalet, asıl borcun son ermesi ile birlikte sona erer.²⁴⁷ Yeniden yapılandırmanın asıl borcu tecdit ettiği ve dolayısıyla, yeniden yapılandırma ile asıl borcun sona erdiği göz önüne alınırsa, bu kapsamda kefaletin de sona ereceği ve alacaklıların kefile karşı olan haklarını korumayacakları açıktır.Yine, kefilin sorumluluğunun gerçekleşebilmesinin şartlarından birisi de, asıl borcun muaccel olmasıdır.Kefil asıl borç muaccel olmadıkça takip ve dava edilemez.²⁴⁸ Asıl borcun muaccel olmasını sağlayacak hususlardan birisinin de borçlunun temerrüde düşmesi olduğu göz önüne alınırsa, ve “borçlunun taraf olduğu sözleşmelerde yer alan, borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurmasının temerrüt hali oluşturacağına veya akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümlerin geçersiz olacağını” belirten İİK m.309/r,III düzenlemesi uyarınca da alacaklıların borçlunun temerrüdünden veya akde aykırılığından bahisle, kefile müracaat etmelerinin mümkün olmayacağı açıktır.

Bu nedenle, konkordato ile yeniden yapılandırma kurumu arasındaki esaslı farklar göz önüne alınmaksızın, konkordatoya ilişkin hükümlerden her zaman kıyas yoluyla yararlanılmasının uygun olmayacağı kanısındayız. Nitekim, konkordato ile borç tecdit edilmemektedir.Yani konkordato alacağın mahiyetinde herhangi bir değişiklik yapmamaktadır.²⁴⁹Kaldı ki, Borçlar Hukuku kuralı uyarınca, tecdit halinde kefile müracaat edebilmek için, kefil ile yenilenen alacağın sahibinin anlaşmış olması gereklidir.Yenilemede kefaletin saklı tutulması anlaşması hüküm ifade etmeyecektir.²⁵⁰

²⁴⁶ **Taşpınar Ayvaz**, ss.410-411.

²⁴⁷ **Cevdet Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri,Özel Hükümler, Yenilenmiş 2.Baskı, Beta Basım, Ekim 2001,İstanbul,s.482.

²⁴⁸ **Yavuz**,s.497.

²⁴⁹ **Saim Üstündağ**, İflas Hukuku, İflas, Konkordato,İptal Davaları, Gözden Geçirilmiş 4.Bası, Yaylacık Matbaası,İstanbul,1991,s.231.

²⁵⁰ **Oğuzman/Öz**,s.423.

1.5.3.g) Tasdik Kararının Bozulması Halinde Sonuç Ve Etkiler

Tasdik kararının temyizi, kararın uygulanmasını durdurmaz. Kararın Yargıtay'ca bozulması halinde, bozma kararı üzerine, projenin tasdik kararının icrası, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın duracaktır. Bunun üzerine bozmaya kadar yapılan tüm işlemler geçerli olacaktır(m.309/r,II).

Yukarıda incelendiği üzere, yeniden yapılandırmanın tasdiki kararı, kesinleşmesine gerek olmaksızın, tasdik kararının verilmesinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Ancak, bu kararın temyizi üzerine bozulması halinde de, tasdik kararı ile icra edilmeye başlamış olan kararın icrasının olduğu yerde duracağı, yani bir nevi askıya alınacağı belirtilmiş olmaktadır. İİK m.309/r,II'nin son cümlesinde belirtildiği üzere, bozma kararı üzerine, bozmaya kadar proje uyarınca yapılan tüm işlemler geçerliliğini koruyacaktır.

Ancak, öğretide haklı olarak, bu hükmün yanlış anlamaya sebebiyet verecek şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir.²⁵¹ Zira, bu hükümle kast edilen bozma kararının kesinleşmesinden sonra dahi, hukuken yanlış olduğu tespit edilen işlemlere geçerlilik tanımak değildir ve İİK m.40,I-II uyarınca da bu mümkün olmamalıdır.

O halde bu hükümden kastedilen, bozma kararının kesinleşmesine kadar yapılan işlemlerin geçerliliğini muhafaza edeceğidir. Nitekim, bozma üzerine yerel mahkeme bozmaya direnebilir ve bu karar da temyiz edilebilir. İşte Bu halde Yargıtay'ın direnme kararını onama ihtimali nedeniyle, bozma kararı kesinleşinceye kadar yapılan işlemlere geçerlilik tanımak gerekir. Zira bu halde projenin icrasına kalınan yerden devam edilebilecektir. Oysa hükmün kaleme alınış şekli, sanki tasdik kararının reddine ilişkin bozma kararının kesinleşmesinden sonra da, o ana kadar yapılan işlemlerin geçerli olarak hukuk dünyasında varlıklarına devam edeceği şeklinde bir yanlış anlamaya sebebiyet verebilir.²⁵²

Nitekim, bilindiği üzere, iflas kararının temyizi de iflasın hükümlerini meydana getirmesine engel olmamaktadır(m.164,III).İflasın hukuki neticeleri, iflas kararı ile başlar ve kararın temyiz edilmiş olması, bu kararın sonuçlarını doğurmasına engel değildir. İflas Kararı Yargıtay'ca bozulursa, iflasın açılmış olmasının neticeleri de sona erer, yani iflastan önceki duruma döner.²⁵³ Bu halde, bozma ile iflastan önceki duruma geri söndüğünden bahsedebilmek için, bu bozma kararının kesinleşmesi, yani bozma kararına karşı süresi içinde tashihi karara gidilmemiş veya başvurulmuş olup da, Yargıtay'ın tashihi karar talebini reddetmiş olması gerekir.²⁵⁴

Tasdik edilen projeye göre yapılan işlemlerin, projenin feshi, tadili, ihlali veya tasdik kararının

²⁵¹ Taşpınar Ayvaz,s.403.

²⁵² Taşpınar Ayvaz, s.403.

²⁵³ Kuru, iflas ve Konkordato, ss.,91-92.

²⁵⁴ Kuru, İflas ve Konkordato,s.92,dn.136.

Yargıtay'ca bozulmasından sonra reddi halinde, proje hükümleri gereğince gerçekleşen iktisaplar korunacaktır²⁵⁵

1.5.4. Tasdik Talebinin Reddi Kararının Sonuç ve Etkileri

Tasdik talebini inceleyen mahkeme, m.309/p,I uyarınca, borçlunun yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurmadığını, m.309/m - m.309/o'daki şartların yerine gelmediğini ve projeyi reddetmiş olan her alacaklının proje ile eline geçecek miktarın, borçlu o anda iflas etse idi, iflas tasfiyesi sonunda ellerine geçecek miktardan daha az olduğunu tespit ettiği takdirde, talebin reddine karar verecektir. Tasdik talebinin kabulü bahsinde açıklandığı üzere, bu üç şart mahkemece re'sen araştırılacak olup, tarafların bu yönde itiraz ileri sürmesine dahi gerek yoktur.

Mahkemece tasdik talebinin reddine karar verilmesi halinde, ara dönemde alınmış olan tüm tedbirler kalkacak, durmuş olan tüm takip ve davalara devam olunacaktır.

Ayrıca, tasdik talebinin reddi kararı, borçlunun iflasına yol açmayacaktır. Nitekim, iflasın ertelenmesinin veya konkordatonun başarısızlıkla sonuçlanması halinde borçlunun iflası gündeme gelmektedir. Örneğin, borçlu erteleme süresince yeniden yapılandırma talebinde bulunmuş ve bu talebi reddedilmişse, erteleme devam edecek ve fakat erteleme sonunda bir iyileşmenin gerçekleşmediği anlaşılırsa mahkeme borçlunun iflasına karar verecektir. Buna karşılık, başlı başına yeniden yapılandırma başvurusunun reddi bir doğrudan doğruya iflas nedeni olarak öngörülmemiştir. Nitekim, projenin feshinin ve ihlalinin borçlunun iflasına yol açtığı düşünülürse, başvurunun reddinin de iflas ile sonuçlanması gerekirken, bunun öngörülmemiş olması kanımızca da isabetli olarak, bir eksiklik olarak nitelendirilmiştir.²⁵⁶

Tasdik talebinin reddi kararının temyizi üzerine, karar Yargıtay'ca bozulursa, mahkeme bozma kararına uyduğu anda, tasdik kararı o anda verilmiş gibi tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu halde daha öce verilmiş olan tedbir kararları red kararı ile kalkmış olduğundan mahkeme bozmaya uyarırsa, kalkmış olan bu tedbirlere tekrar karar verebilir.²⁵⁷

1.5.5. Karara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları

Mahkemenin vereceği tasdik veya red kararına karşı borçlu veya tasdik duruşmasında itirazda bulunmuş olan alacaklılar kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde temyiz yoluna başvurabileceklerdir. Bu kararın temyiz incelemesi ivedilikle yapılacak olup, temyiz üzerine verilecek karara karşı tashihi karara gidilemeyecektir(m.309/p,III).

²⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.446.

²⁵⁶ Budak, 5092 sayılı Kanun,s.13.

²⁵⁷ Kuru, El Kitabı, s.1363, dn.25.

Kanun koyucu temyiz incelemesinin ivedilikle yapılacağını belirtmişse de, uygulamada temyiz incelemesinin ne kadar çabuk yapılacağı şüphelidir. Kaldı ki, “ivedilikle incelenir ” ifadesi yerine belirli bir süre koymak ta sorunu çözmeyecektir. Zira, mahkemelerin inceleme ve davaları görmelerine ilişkin belirli süreler öngören bir çok hüküm söz konusu olmasına rağmen, uygulamada bu süreler riayet edilmediği bilinmektedir. Sorun, mahkemelerimizin ve Yargıtay’ımızın iş yoğunluğu ile alakalı olup, süre koymanın bu anlamda pek bir önemi olmamaktadır.

Yalnız, bu hükmün 5235 sayılı “Adli Yargı ilk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş,Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”la yapılan değişik esas alınmadan düzenlendiği öğretide haklı olarak ifade edilmiştir.²⁵⁸ Zira, İcra ve İflas Kanununun hükümlerini istinafa uyarlayan 5311 sayılı Kanun, yeniden yapılandırmaya karşı başvurulacak kanun yolu düzenlemesine ilişkin herhangi bir hüküm getirmemiştir. Bu nedenle, 5235 sayılı Kanun uyarınca 1 Haziran 2007 tarihine kadar kurulması gereken bölge adliye mahkemeleri kurulduktan sonra, bu düzenleme ile istinaf uygulamasına aykırı özel bir durum yaratılmış olacaktır. Zira, 5235 sayılı Kanun uyarınca, temyiz ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yolu değildir. Öncelikle, ilk derece mahkemelerinin verdiği belirli bir değeri aşan kararlara karşı Bölge Adliye Mahkemelerinde istinaf yoluna başvurulacak ve daha sonra ise bazı hallerde temyiz yoluna gidilebilecektir. Aynı şekilde hükümde belirtilen “tashihi karar gidilemeyeceği”ne ilişkin kural da Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasına kadar anlam ifade edecektir. Zira, istinaf uygulamasının başlaması ile, 5236 sayılı Kanunun 20.maddesi gereğince, tashihi karar yolu kalkacaktır. Bu nedenle, Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması için tanıma süre içerisinde, yeniden yapılandırma kurumu için öngörülen “kanun yolu” hükmünde istinaf uygulamasına yönelik değişikliğin yapılması yararlı olacaktır.

Burada temyiz incelemesi borçlu ve alacaklılar için aynı hüküm içinde düzenlenmiştir. Öncelikle borçlunun ve alacaklıların hangi durumda hangi nedenlerle temyiz yoluna başvurabileceği üzerinde durmakta yarar vardır.

1.5.5.a) Tasdik Talebinin Kabulü Halinde

Mahkemenin tasdik talebinin kabul etmesi halinde, borçlunun bu karara karşı temyize gitmekte herhangi bir hukuki menfaatinin olmaması gerekir.Bu halde, borçlunun belki, atanan proje denetçisinin kişiliği veya ücretine ilişkin olarak temyize gitmekte hukuki yararı olacağı düşünülebilir.²⁵⁹

Alacaklılar bakımından da kanun koyucu, her alacaklıya veya projeden etkilenen her alacaklıya temyiz imkanı tanımamış, sadece tasdik duruşması sırasında itirazda bulunmuş olan alacaklılara bu imkanı vermiştir. Kanunda tasdik duruşması haricinde sadece itirazların halline yönelik başka bir

²⁵⁸ Taşpınar Ayvaz, s.405.

²⁵⁹ Taşpınar Ayvaz, s.405.

duruşma yapılması imkanı da tanınmış olması nedeniyle, bu duruşmada itirazda bulunmuş ve fakat tasdik duruşmasında tekrar itiraz etmemiş ve etmesine de gerek kalmamış alacaklıların temyiz hakkı olmayacak mıdır ? Bu sorununun cevabının olumsuz olması hakkaniyete aykırı olacaktır. Kaldı ki, alacaklıların mutlaka duruşmada bulunarak sözlü olarak itiraz ileri sürmesi gerekmemektedir. Nitekim, yazılı olarak itirazda bulunmuş ve fakat fiilen tasdik duruşmasında yer almamış alacaklıların temyiz hakkı da bu hükmün lafzı uyarınca söz konusu olmayacağından bu da hakkaniyete ve amaca aykırı olacaktır. Bu nedenle de, öğretilerde bu hükmün isabetli olmadığı haklı olarak ileri sürülmüş²⁶⁰ ve duruşmada bulunmamış olmakla beraber, onama talebine harçlandırılmış davaya müdahale dilekçesi ile itiraz etmiş olan alacaklıların da itirazlarının incelenmesi gerektiği ve bu nedenle verilen karara karşı bunlara da temyiz hakkı tanınmasının uygun olacağı belirtilmiştir.²⁶¹ Kanımızca, bunu, davaya müdahale dilekçesi değil, itiraz dilekçesi vererek itiraz etmiş olanların da temyiz hakkı olacağı şeklinde anlamak gerekir. Kaldı ki m.309/p,IV'de açıkça, itirazların maktu harca tabi olacağı ifade edilerek, itirazın mutlaka sözlü yapılmasının gerekmediği, dilekçe ile de yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak bu dilekçe bir itiraz dilekçesi olup, müdahale dilekçesi değildir. Zira, Hukuk Usulünde bir davaya müdahale, fer'i ve asli müdahale şeklinde gerçekleşmekte olup,yeniden yapılandırma talebinin inceleyen mahkemenin yaptığı yargılamanın bir çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle, çekişmesiz yargıda davaya fer'i müdahale mümkün değildir. Zira fer'i müdahale ancak, tarafların bulunduğu çekişmeli yargı için söz konusudur. Asli müdahale ise, ancak, çekişmesiz yargı işinin çekişmeli yargıya dönüşmesi halinde mümkün olabilir ki²⁶², itirazların bu yargısal faaliyeti çekişmeli yargıya dönüştürmediğinin kabulü halinde, asli müdahale de söz konusu olmayacaktır.

Alacaklıların tasdik kararına yönelik temyiz nedenlerine gelince, kanımızca bunların temyiz nedenleri borçluya oranla çok daha çeşitlilik gösterebilecektir. Zira, bunlar, tasdik kararına ilişkin itirazlarını, yeterli inceleme yapılmaksızın reddedilmiş olması veya tasdik kararının kanuna uygun olmaması, kararın tasdik şartlarının oluşmadığı gibi nedenlere de dayandırabileceklerdir.

1.5.5.b) Mahkemenin Tasdik Talebini Reddi Halinde

Mahkemenin tasdik talebini reddi halinde de, doğal olarak, tasdik talebi reddedilen borçlunun öncelikle temyiz hakkı olacaktır.

Buna karşılık, acaba tasdik talebine karşı itirazda bulunmuş olan alacaklıların, tasdik talebinin reddi halinde istedikleri olmasına rağmen, bu red kararını temyizde hukuki yararları var mıdır? Bu halde belki, itiraz nedenlerinin çeşidine yönelik olarak, itirazları dikkate alınarak tasdik verilmesi gerektiğini ileri süren bu alacaklıların temyiz etmelerinde yararları olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu halde asıl olarak, tasdik duruşmasında bulunup ta itiraz etmeyen alacaklıların temyizde menfaatleri

²⁶⁰ Taşpınar Ayvaz, ss.405-406.

²⁶¹ Altay, s.1304.

²⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz,Medeni Usul, ss.481-482.

vardır. Zira onlar da borçlu gibi, tasdik kararının oluşmasını istemektedirler. Bunlara belki de karara olumlu oy veren bütün projeden etkilenen alacaklıları dahil etmek gerekir. Zira, hepsinin iradesi borçlu ile aynı yöndedir. Bu nedenle, tasdik duruşmasına gelmemiş olmaları veya gelip de itiraz ileri sürmemiş olmaları nedeniyle borçlu ile aynı iradeyi taşıyan projeye olumlu oy verenlerin temyiz hakkı olmadığı ileri sürülemez. Zira, projeye olumlu oy verenlerin duruşmaya gelmemelerinin sebebi, iradelerinin borçlu ile aynı yönde olması ve bu iradeyi borçlunun orada temsil etmesi olabilir. Bu nedenle, red kararı üzerine, aynen borçlu gibi, asıl onların bu kararın temyizinde hukuki menfaatleri olacaktır.

İlgililerin yapacakları itiraz ve temyizler de maktu harca tabi kılınmış olup, bu konuda doğması muhtemel tereddütler giderilmiştir.

1.6. YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN FESHİ, TADİLİ VE İHLALİ

1.6.1. Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırmanın Feshi

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın feshi, m.309/s uyarınca, konkordatonun feshini düzenleyen m.307 ve m.308'in birinci fıkrasına atf yapılarak düzenlenmiştir. İİK m.307, konkordatonun alacaklılardan birinin müracaatıyla ve sadece onun hakkında feshini düzenlerken, İİK. 308.maddesi, her alacaklının suiniyetle muallel bir konkordatonun tamamen feshini tasdik kararın vermiş olan mahkemeden talep edebileceğini öngörmektedir.

Konkordatonun tasdik edilerek uygulamaya geçtiği dönemde, sadece bir alacaklı için ve onun tarafından feshi mümkün olduğu gibi, konkordatonun tamamen feshi de mümkündür. Konkordato her ne kadar kamusal menfaate hizmet etmeyi amaçlayan bir kurum olsa da, bu hedefin temin edilmesi için, borçlunun kötü niyetli hareketleri ile alacaklılarına zarar vermesine müsaade edilmemesi gerekir. Bu nedenle, borçlunun kötü niyetli olarak, sadece alacaklılarının baskısından kurtulmak amacıyla mahkemeyi ve alacaklıları yanıltarak, konkordatonun tasdikini sağladığı durumlarda, konkordatonun feshine(iptaline) izin verilmiştir.

Aynı şekilde konkordatonun tasdikinden sonra, borçlunun mahkemece tasdik edilerek kesinleşen konkordato şartlarına aykırı hareketleri halinde de, kendisi aleyhine bu şartlara uyulmamış olan alacaklıya konkordatonun feshini isteme imkanı getirilmiştir.

Gerek konkordatoda, gerekse konkordatoya atf yapan m.309/s hükmünde "fesih" kavramı kullanılmışsa da, bunun teknik anlamda bir fesih olmadığı; zira, Borçlar Hukuku uyarınca fesihden söz edebilmek için, bir sözleşmenin taraflarından birisinin tek taraflı yöneltilmesi gerekli bir beyanla

sürekli borç ilişkisini ileriye dönük olarak (etkili) olarak sona erdirmesi gerektiği; oysa ki, İcra İflas Kanunu uyarınca konkordatonun feshi için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu; bu nedenle de, bu duruma uygun düşecek teknik ifadenin, konkordatonun iptali olması gerektiği ileri sürülmüştür.”²⁶³ Kanımızca da, her iki düzenleme (m.307,308) açısından konkordatonun feshi, iptal kavram ile daha iyi açıklanabilir niteliktedir.

Zira, “iptal bir yönüyle, yenilik doğurucu hakkın kullanılması suretiyle baştan geçersiz kılınması iken, diğer yönüyle de, baştan geçerli olan bir hukuki işlemin, sonradan geçmişe etkilili olarak geçersiz kılınmasıdır.”²⁶⁴

Dolayısıyla, yeniden yapılandırmanın feshini, konkordato hükümlerine yapılan atıf uyarınca, bir alacaklı için feshi ve yeniden yapılandırmanın tamamen feshi şeklinde ikili bir ayırma tabi tutarak incelemek gerekmektedir.

1.6.1.a) Yeniden Yapılandırma Projesinin Bir Alacaklı İçin Feshi(iptali)

Yani, m.307’ye kıyasen, yeniden yapılandırma projesi tasdik edilerek bu sürece girmiş bir şirket ile ilgili olarak, tasdik edilen yeniden yapılandırma projesi şartlarına göre alacağı belirtilen zaman ve miktarda ödenmeyen her alacaklı, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma gereğince kazanmış olduğu hakları muhafaza ederek, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma başvurusunu tasdik eden ticaret mahkemesine başvurarak, sadece kendisi hakkında uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmayı feshettirebilecektir. Fesih talebi üzerine mahkemece verilecek hüküm, tebliğden itibaren 10 gün içinde temyiz edilebilecektir.

Yeniden yapılandırmanın bu şekilde bir alacaklı için feshinde, bu fesihten sadece yeniden yapılandırmayı feshettiren alacaklı yararlanacaktır. Diğer alacaklıların yararlanması mümkün değildir.²⁶⁵ ”Başka bir deyişle, m.307 gereğince fesih kararı elde etmeyen alacaklılar yönünden konkordato(yeniden yapılandırma) varlığını ve geçerliliğini muhafaza etmektedir.²⁶⁶

Burada dikkat edilecek bir husus da, yeniden yapılandırmanın konkordatodan farklı olarak bazı yapısal, finansal, işletmenin bütünlüğüne ve organizasyonuna yönelik tedbirler içerebilmesidir. Bunların öngörüldüğü gibi gerçekleştirilmemiş olması m.307 uyarınca yapılacak feshin nedeni olmayacaktır. Burada sadece feshi talep eden alacaklı bakımından, projede o alacaklı için ödenmesi öngörülen veya yapılması öngörülen ifanın zamansal veya miktar bakımından öngörülen şekline borçlunun riayet etmemesi söz konusudur. Nitekim, bu şekilde birden fazla alacaklıya yönelik bir ihlal var ise, bütün bu alacaklıların birlikte fesih istemesinin de mümkün olduğu ve fakat bunun yeniden

²⁶³ **Ulukapı**, ss.107-108.

²⁶⁴ **Ulukapı**, s.108.

²⁶⁵ **Ulukapı**, s.196; **Kuru**, İflas ve Konkordato,ss..505-506 ; **Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin / Özkes**,ss.413-414.

²⁶⁶ **Ulukapı**, s.206.

yapılandırmanın tamamen feshi anlamına da gelmeyeceği²⁶⁷ haklı olarak ileri sürülmüştür.

Yine, konkordatoda feshi düzenleyen maddeye yapılan atıf nedeniyle, alacaklının feshi talep ederken, projeye göre elde ettiği yeni hakları muhafazası söz konusudur.²⁶⁸ Zira, konkordato uyarınca alacakları teminat altına alınmış olan alacaklılar, konkordatonun tamamen feshine rağmen, kendilerine sağlanan teminatı muhafaza ederler(m.307,I). Ayrıca, adlarına bankaya bir para yatırılmış ise(m.305), bu para üzerinde de rüçhan hakları mevcuttur.²⁶⁹ Ancak, yeniden yapılandırmada bir teminat verilmesi söz konusu olmadığı için, bu sonucun doğması mümkün değildir.

Buna karşılık, projede böyle bir husus kararlaştırılmış ise veya proje ile alacaklılara tanınmış başka haklar varsa alacaklıların fesih halinde bu haklarını muhafaza etmeleri gerekir.²⁷⁰

Ancak, burada İİK m.307'ye yapılan gönderme, birazdan incelenecek olan ve kanunun 309/t maddesindeki düzenleme ile bağdaşmamaktadır. Zira, İİK m.307'de, feshin gerekçesi, konkordato şartlarının gereği gibi ifa edilmemesidir. Nitekim, 309/t maddesinin uygulanarak, borçlunun iflasına hükmedilmesi de aynı gerekçeye sahiptir. Ancak m.307'de borçlunun iflası talep edilememektedir. Dolayısıyla da, yeniden yapılandırma projesi aynı gerekçe söz konusu olmasına rağmen, bir halde borçlunun iflası ile sonuçlanmakta ve diğer halde ise sadece bir alacaklı için fesih ile sonuçlanmaktadır. Yani, aynı kurum içerisindeki iki hüküm birbiriyle çelişmektedir. Ancak, ileride, m.309/t ile düzenlenen hususun, m.307 ile düzenlenen husus ile aynı olmadığını inceleyerek, bu iki hükmün bir arada bulunmasına hukuki bir anlam verilmeye çalışılacaktır.

Nitekim, ilk bakışta çelişki gibi görünmesi nedeniyle, m.307'ye gönderme yapılmasının uygun olmadığı ifade edilmiştir.²⁷¹

Burada yine konkordatodan farklı olarak, fesih talebi, yeniden yapılandırmanın tasdikinden sonra ileri sürülebilecektir. Çünkü yeniden yapılandırma hüküm ve sonuçlarını tasdikten itibaren doğurmakta, kesinleşmesine gerek olmamaktadır. Oysa konkordatoda ise, konkordatonun hüküm ve sonuçlarını doğurması için kesinleşmesi gerekmekte, dolayısıyla da konkordatoda fesih ancak kesinleşmeden sonra gündeme gelmektedir.

Fesih davası, yeniden yapılandırma projesinin tasdiki kararını veren asliye ticaret mahkemesinde açılacaktır. Ancak öğretide, davacının istediği mahkemeyi seçebilme imkanının olmaması nedeniyle, davanın başka bir ticaret mahkemesine düşmesi halinde bu mahkemenin dosyayı, tasdik kararını veren mahkemeye göndermesi gerektiği ileri sürülmüştür.²⁷² Zira, kanun koyucunun tasdik kararını veren

²⁶⁷ Taşpınar Ayvaz, s.415.

²⁶⁸ Kuru, El kitabı, s.1364 ; Prekantez/ Atalay/ Sungurtekin /Özeker, s.446.

²⁶⁹ Pekantez/Atalay/Sungurtekin / Özeker,s.414,dn.41.

²⁷⁰ Taşpınar Ayvaz, s.418.

²⁷¹ Altay, s.1305.

²⁷² Taşpınar Ayvaz, s.416.

mahkemede fesih davasının görülmesini istemesindeki neden, projeyi ve detaylarını bizzat inceleyerek tasdik eden mahkemenin, feshi de daha iyi analiz edebileceği düşüncesine dayanmaktadır.

Yine, alacaklı fesih davası yerine sadece ödenmeyen kısım nedeniyle icra veya iflas takibi de yapabilecektir.²⁷³ Alacaklının ödenmeyen kısım ile ilgili olarak icra takibi yapması halinde, alacaklı sadece proje uyarınca ödenecek olan kısmı talep edebilecektir. Ancak, fesih davası açan alacaklı projenin feshinin sağlayarak, proje uyarınca yapılandırılan alacağını değil, tüm alacağını tahsil edebilecektir.

Bu davada basit yargılama usulü uygulanır. Bu davanın davacısı kendisine karşı yeniden yapılandırma projesi şartları yerine getirilmeyen alacaklı, davalısı da yeniden yapılandırmaya başvuran borçludur. Bu dava projeden etkilene alacaklılar için 10 yıllık bir zaman aşımına tabidir.²⁷⁴ Borçlu projeye uygun olarak ödeme yaptığını ancak kesin delillerle ispat edebilecektir.²⁷⁵

Yukarıda alacaklının bu alacağını almak için fesih davası açmak yerine icra veya iflas yoluyla takip de yapabileceğini belirtmiştik. Ancak alacaklı alacağının tamamını almak istiyorsa projenin feshini istemelidir. Fesihten sonra da alacaklı, projede öngörülen alacağı için değil, alacağının tamamı için, icra veya iflas takibi yapabilecektir. Alacaklının iflas takibi yapması halinde de borçlunun iflasına hükmedilebilir. Görüleceği üzere aslında iflas normal şartlarda yeniden yapılandırmanın bir alacaklı için feshinin sonucu olmamasına rağmen, bu şekilde borçlu iflas dahi edebilecektir.²⁷⁶ Bu halde proje bütün alacaklılar için feshedilmiş olacaktır.²⁷⁷

Yine tasdik kararından sonra takiplerin devam edeceği ve fakat hacizlerin düşeceği şeklindeki sonuçtan hareketle, alacaklı fesih üzerine, alacağının tamamı için takip yapıp, dava açabileceği gibi, daha önce duran takibe de devam edebilir.²⁷⁸

Bu halde fesih kararının ilanı öngörülmemiştir. Bu halde m.307,II uyarınca, fesih talebi hakkında verilen karara karşı, tebliğden itibaren 10 gün içinde istinaf yoluna başvurulacaktır.

1.6.1.b) Yeniden Yapılandırmanın Tamamen (Tüm Alacaklılar İçin) Feshi

İİK 308/I'ye kıyasen her alacaklı, borçlunun mahkemece tasdik edilen uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmayı kötü niyetle elde ettiğini ispat ederek, yeniden yapılandırmanın tamamen feshini, tasdik kararını vermiş olan mahkemeden talep edebilecektir. Bu halde, yeniden yapılandırma sadece

²⁷³ Kuru, İflas ve Konkordato, s.506.

²⁷⁴ Kuru, İflas ve Konkordato, s.504, dn.299.

²⁷⁵ Ulukapı, s.328.

²⁷⁶ Taşpınar Ayvaz, s.417.

²⁷⁷ Kuru, El Kitabı, s.1317.

²⁷⁸ Taşpınar Ayvaz, s.418.

bir alacaklı için değil, tamamen fesholunacaktır.

4949 sayılı Kanun ile konkordato talebinde bulunan borçlunun “dürüst” olması şartı kaldırılarak, borçlunun konkordato teklifinin alacaklılarını zarara uğratma kastı taşımaması gerektiği belirtilmiştir. Böylelikle, aslında kanun koyucu, alacaklılarını zarar uğratmak amacıyla kötü niyetle bu imkana başvurulmasını yine de önlemek istediğini göstermektedir. “Bu nedenle de, borçlu tasdikten sonra da konkordatoyu ortadan kaldıracak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Aksi takdirde, konkordatonun kötü niyetli bir davranış neticesinde oluşturulması, konkordatonun bütün alacaklılar bakımından feshini gerektirecektir.”²⁷⁹

Bu nedenle borçlunun, konkordatonun tasdikini, bazı kötü niyetli ve hileli davranışlarıyla sağlamış olduğu durumlarda konkordatonun tamamen feshine imkan tanınmıştır. Söz konusu hileli ve kötü niyetli davranışlara, borçlunun malvarlığını saklamış veya gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş yada bazı alacaklıları ile anlaşarak, konkordatonun kabulünü sağlamış olması örnek gösterilebilir. İşte, borçlunun bu kötü niyetli davranışları konkordatonun tasdikinden sonra herhangi bir alacaklı tarafından anlaşılır veya öğrenilirse sadece bu alacaklının konkordatoyu tasdik eden ticaret mahkemesine başvurarak, konkordatonun tüm alacaklılar için feshini talep edebilmesi mümkündür(m.308). Borçlunun yanı sıra, bu kötü niyetli davranışlar, borçlunun bilgisi dahilinde komiser veya üçüncü şahısların davranışlarından kaynaklansa dahi, konkordatonun tamamen feshi talep edilebilecektir.²⁸⁰

İşte, konkordatoya yapılan bu atıf nedeniyle, yeniden yapılandırmanın tamamen feshinde de aynı gerekçe ve ölçütlerden hareket edilmesi gerekecektir. Yani, borçlunun mali durumuna ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı bilgiler vermesi, malvarlığını gizlemesi gibi nedenler de yeniden yapılandırmanın tamamen feshi için bir neden oluşturacaktır. Aynı şekilde, borçlunun bilgisi dahilinde bağımsız denetim kuruluşlarının hazırladığı raporların borçlunun mali durumu hakkındaki gerçeği yansıtmaması da yeniden yapılandırmanın tamamen feshine neden olacaktır. Bunlar daha çok borçlunun tasdik başvurusundan önce alacaklıları ile yaptığı müzakere ve alacaklılarını bilgilendirme safhasındaki tutum ve davranışlarına yöneliktir. Zira bu süreçte borçlu alacaklılarından projeye yönelik olumlu oy alma çabasıdadır. Borçlu eğer projenin tasdikini sağlamak adına alacaklılarına mali durumu hakkında yanlış, yanıltıcı bilgiler verir ise, işte bunların hepsi projenin kötü niyetle sakatlandığının bir göstergesidir. Borçlunun başvuru süresindeki kötü niyetli davranışına örnek olarak da başvurunun adresi bilinen alacaklılara tebliği gerektiğinden, borçlunun, bazı alacaklıların adresini bilmediğinden bahisle tebligat yapmaması gösterilmiştir²⁸¹ ki, kanımızca bunu aksinin ispatı kolay değildir. Nitekim, kanun koyucu bunu engellemek için ilan usulünü de öngörmüştür. Bu nedenle bu gerekçenin pek uygulanabilirliği olduğu kanısında değiliz.

²⁷⁹ Ulukapı, s.206 ; Kuru, İflas ve Konkordato, s.508 ; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin /Özeker, s.415 ; Üstündağ, İflas, s.235.

²⁸⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özeker, s.415.

²⁸¹ Taşınar Ayvaz, s.425.

Bu arada acaba, söz konusu suiniyetli hareketlerin, yeniden yapılandırma projesinin feshine neden olmasında bir illiyet bağı aramak şart mıdır? Zira, Türk Hukukunda konkordatonun feshinde bu husus tartışılmıştır. Kanun, yeniden yapılandırmanın feshini, konkordatonun feshine ilişkin hükümlere atf yaparak düzenlediğinden benzeri tartışmanın burada da yapılması gerektiği kanısındayız.

Nitekim, 4949 sayılı Kanun değişikliğinden önceki konkordato hükümleri için yapılmış olan bu tartışma da, doktrinde baskın görüş, borçlunun yaptığı bu suiniyetli hareketlerin varlığı halinde, artık illiyet bağının aranmasına gerek olmayacağı şeklindedir. Zira, borçlunun dürüst olması koşulu konkordatonun şartlarından olup, dürüst borçlu yararına düzenlenmiştir. O halde borçlunun bu suiniyetli hareketleri olmasa idi, alacaklıların konkordatoyu kabul edip etmeyeceği meselesi ile ilgilenmemek gereklidir.²⁸² Bu konudaki azınlık görüşü ise, dürüstlük kuralına aykırı tutum ve davranışla konkordatonun sonucu arasında uygun illiyet bağının aranması gerektiği yönündedir.²⁸³ Buna karşılık, söz konusu suiniyetli tutum ve davranış borçlunun bilgisi dahilinde 3. şahıslar tarafından yapılmış ise, yine illiyet bağı aranmayacak ve fakat, borçlunun bilgisi dışında 3. şahıslarca yapılan suiniyetli hareketler de ise illiyet bağının aranması gerekecektir.²⁸⁴

Nitekim, konkordato tasdik şartları arasından iyi niyet veya borçlunun dürüst olması kriteri kaldırıldığı için, konkordatonun niteliğinin değiştiğini ve feshin objektif nedenlere dayanması ve bu nedenle de illiyet bağının aranması gerektiği ifade edilmiştir.²⁸⁵

Olaya yeniden yapılandırma açısından bakarsak, yeniden yapılandırma projesinin tasdik koşullarından birisi olan ve mahkemece re'sen incelenecek olan iyi niyet koşulu nedeniyle, tıpkı, 4949 sayılı Kanun değişikliği öncesi konkordatoda olduğu gibi, illiyet bağı aranmasına gerek olmaksızın, yeniden yapılandırmanın feshine karar verilmelidir. Çünkü kanun koyucu söz konusu hileli davranış olmasa idi projeye kabul oyu vermiş olan alacaklıların projeye red oyu verip vermeyecekleri ile ilgilenmemiştir. İyi niyet koşulu burada bir tasdik koşuludur. Bu şartı mutlaka aramaktadır. O halde bir kötü niyetli davranışın, yeniden yapılandırmanın feshini gerektirip gerektirmeyeceği hususunda illiyet bağını aramaya gerek yoktur. Aynı şekilde borçlunun bilgisi dahilinde ve fakat 3. şahıslar tarafından yapılan suiniyetli hareketlerde de uygun nedensellik bağı aramaya gerek olmamalıdır.²⁸⁶ Ancak, söz konusu suiniyetli hareketler, borçlunun bilgisi dahilinde olmadan yeniden yapılandırmanın kabulünde son derece önemli rol oynayan bağımsız denetim kuruluşlarının rapor ve analizlerindeki uygunsuzluklar olması halinde ne olacaktır? İİK.m.308'de bu nedenlerin fesih nedeni olması için borçludan kaynaklanması aranmadığı için, bunlar da feshi sebebi olacaktır. Çünkü bu hareketlerin mutlaka borçludan kaynaklanması gerekmemektedir. Önemli olan projenin kötü niyetle sakatlanmış

²⁸² **Kuru**, İflas ve Konkordato, ss.508-509, dn.311 ; **Ulukapı**, s.243.

²⁸³ **Kuru**, İflas ve Konkordato, s.509, dn.311'den **Reciher ve Keller**; **Ulukapı**, s.243'den **Keller**, s.116.

²⁸⁴ **Kuru**, İflas ve Konkordato, s.509, dn.311; **Ulukapı**, s.243.

²⁸⁵ **Taşınar Ayvaz**, s.425.'den **Stachelin/Bauer/Stachelin-SchKGIII** s.2834; **Hunkeler** s..303.

²⁸⁶ **Taşınar Ayvaz**, s.426.

olmasıdır. Ancak bu halde, tasdik koşulu için aranan iyi niyetin borçluya ait olması nedeniyle, fesihte aranan iyi niyetin eğer borçlu ile bir ilgisi yoksa tamamen 3.kişilerden kaynaklanmışsa uygun nedensellik bağının aranması gerekmektedir.²⁸⁷ Kanımızca, kanun koyucunun bu tarz bir feshi düzenlemesindeki amaç, söz konusu kötü niyetli hareketin aslında tasdik edilmemesi gereken bir projeyi tasdik edilir hale getirmesinin önüne geçmektir. Özellikle bağımsız denetim kuruluşlarının raporlarında yer alacak bu tarz bir ihlal, projenin yürütülmesinin imkansızlığını ortaya koyacak nitelikte ise proje feshedilmelidir. Bu nedenle, biz de, bu halde aranacak kötü niyetli davranışın, objektif olarak projenin uygulanabilirliğine zarar vermesi halinde yani nedensellik bağı var ise feshine yol açması gerektiği kanısındayız.

Yeniden yapılandırmanın feshini talep eden alacaklının, tasdik duruşmasında ileri sürmüş olduğu itirazın aynısını ileri sürerek fesih talep edip edemeyeceği meselesi öğretilmiş ve daha önce tartışılarak reddedilmiş olan itirazların tekrar ileri sürülmemesi gerektiği savunulmuştur.²⁸⁸ Ancak, alacaklının söz konusu itirazını destekleyen yeni bilgi veya belgelerin ortaya çıkması mümkündür. Bu halde alacaklının aynı sebep ile tekrar fesih talep etmesi kanımızca mümkün olmalıdır. Yine, tasdik duruşmasında ileri sürülemeyen bir çok neden ile projenin feshi talep edilebilecektir. Tabi ki, bu şekilde feshi talep edenler projeden etkilenen alacaklılardır. Bu talep de bir dava açılması yoluyla ileri sürülecektir. Yine, bir alacaklı yeniden yapılandırmanın bu şekilde tamamen feshini talep edebileceği gibi, birden fazla alacaklı da dava arkadaşı şeklinde tamamen feshi talep edebilir.²⁸⁹

Fesih burada da tıpkı yukarıda olduğu gibi, tasdik kararından sonra istenebilecek, kararın kesinleşmesi beklenmeyecektir. Yine, proje tamamen uygulanmış olsa bile, fesih istenebilecektir.²⁹⁰ Zira, burada alacaklı, projeden etkilendirilmek yoluyla alacağı konusunda bazı özverilerde bulunmuştur.²⁹¹ Feshin incelenme usulü ve görevli mahkeme ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

Yeniden yapılandırmanın tamamen feshi için konkordatonun tamamen feshine ilişkin m.308'in tümüne değil sadece birinci fıkrasına atıf yapılmıştır. Zira, ikinci fıkra tamamen feshin sonuçlarını düzenleyen, kanun yollarına başvurma(m.299), tasdikin ilanı(m.300) ve borçlunun iflasına ilişkin(m.301) düzenlemelere atıf yapmaktadır.

Bu nedenle tamamen feshin sonuçları bakımından m.309/s'ye bakmak gerekecektir. Nitekim, bu hüküm uyarınca, mahkemece yeniden yapılandırmanın tamamen feshine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, durum mahkemece İİK 288.maddesinde öngörülen ilan prosedürüne riayetle (kararın kesinleşmesi tarihinde tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan

²⁸⁷ Taşpınar Ayvaz, s.426 ; Ulukapı,s.243.

²⁸⁸ Kuru, El kitabı, s.1319.

²⁸⁹ Taşpınar Ayvaz, s.428.

²⁹⁰ Kuru, El kitabı, s.1320.

²⁹¹ Taşpınar Ayvaz, s.428.

gazetelerden birinde) ilan edilecektir. İlandan itibaren 10 gün içinde, projeden etkilenen alacaklılar, tasdik kararını vermiş olan mahkemeden borçlunun derhal iflasına karar verilmesini isteyebileceklerdir.

Burada, fesih kararının kesinleşmesinin nasıl gerçekleşeceği, zira kanun yoluna başvurulacak sürenin tebliğden mi tefhimden mi başlayacağı meselesi üzerinde durmak gerekir. Çünkü fesih kararı etkilerini kesinleşmeden itibaren doğuracaktır. Kanunun 309s maddesi, m.307'nin tamamına atf yaptığı halde, m.308'in sadece birinci fıkrasını atf yapmaktadır. Madde 308 /II de ise, kanun yolu konusunda m.299'a atf yapmıştır. Burada da kanun yoluna başvuru süresinin tefhimden itibaren işleyeceği belirtilmektedir. Ancak, m.309/s'nin sadece m.307'nin tamamına atf yapması nedeniyle, projenin tamamen feshine ilişkin karara karşı kanun yolu süresi gerek projenin bir alacaklı için feshinde gerekse tamamen feshinde ancak tebliğden itibaren işlemeye başlayacaktır.²⁹²

Bu şekilde kesinleşen fesih kararının m.288'e göre ilanından itibaren on gün içerisinde, borçlunun iflası projenin tasdikine karar veren mahkemeden istenecektir. Görüleceği üzere, doğrudan doğruya iflas hallerini düzenleyen m.177' de bu hususa yer verilmemişse de, burada bir doğrudan iflas hali düzenlenmiş olmaktadır. Zira, borçluya karşı bir takip söz konusu olmaksızın, doğrudan iflas talep edilmektedir.²⁹³ “Projeden etkilenmeyen alacaklılar ise bu sebebe dayanarak, doğrudan iflas talep edemezler.”²⁹⁴ Borçlunun iflası da tasdik kararını veren mahkemeden istenecektir.

Kanunda yeniden yapılandırmanın feshinin sonucuna ilişkin olarak belirtilenler haricinde başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak pek tabidir ki, projenin tamamen feshi halinde bütün alacaklılar(projeden etkilenen alacaklılar) alacaklarını proje hiç tasdik edilmemiş gibi, tamamen talep etme yetkisine haiz olacaklardır. Yine eğer proje denetçisi atanmışsa bunun görevi de son bulacaktır. Öğretide proje denetçisinin gerçekleşecek sonraki bir iflasta iflas idare memuru olabileceği ileri sürülmüş olup²⁹⁵ kanımızca da buna bir engel yoktur.

Nitekim, Konkordatonun bu şekilde feshi halinde, İİK m.301 uyarınca, borçlu iflası tabi olmasa bile, borçlunun iflasına karar verilebilecek ve borçlunun haczi kabil mallarının ihtiyati haczi de teminat aranmaksızın mümkün hale gelecektir. Öğretide, teminat aranmaksızın ihtiyati haciz kararının verilmesinin kanunda düzenleme olmayışı nedeniyle yeniden yapılandırmada mümkün olmayacağı, ancak genel hükümler uyarınca iflas davasından önce veya dava süresince teminat mukabili, ihtiyati haciz kararı talep edilebileceği ileri sürülmüştür.²⁹⁶

Yeniden yapılandırma projesinin tamamen feshinin, hacizler, takipler ve davalar üzerindeki etkisi de, projenin bir alacaklı için feshinde olduğu gibidir.

²⁹² Taşpınar Ayvaz, s.429.

²⁹³ Taşpınar Ayvaz, s.429.

²⁹⁴ Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin/Özekes,s.447.

²⁹⁵ Taşpınar Ayvaz, s.430.

²⁹⁶ Taşpınar Ayvaz, s.430.

1.6.2. Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Projesinin Tadili

İcra ve İflas Kanununun 309/ş maddesi uyarınca, borçlu şirket tarafından projenin kısmen ihlal edilmesi ve bu ihlalin sadece bir kısım alacaklıların durumunu etkilemesi halinde, hakları ihlal edilen alacaklılar ile borçlu, projenin bu ihlal nedeniyle tadili hususunda anlaşmaları halinde, tadil edilmiş proje mahkemeye tasdik için sunulabilecek ve mahkeme bu tadilin projenin devamını sağlamak için mutlaka zorunlu olduğuna ikna olursa ve tadil edilmiş proje hakları ihlal edilenleri projeden etkilenen diğer alacaklılardan daha iyi bir duruma getirmiyorsa, mahkeme projenin tadilini de, projenin tasdik usulüne riayetle tasdik edecektir.

Projenin bir kısım alacaklılar bakımından ihlal edilmesinin yukarıda izah edildiği şekilde, m.309/s'nin m.307 'ye yaptığı atıf nedeniyle, yaptırım altına alındığı ve bu şekilde alacaklıların talebiyle projenin feshinin gündeme geleceği belirtilmişti. Bu nedenle, kanun koyucunun burada tekrar projenin ihlalden bahsetmesinin doğru olmadığı kanısındayız. Kanımızca burada sözü edilecek husus, daha çok şartlarda öngörülemez bir takım değişikliklerin ortaya çıkması nedeniyle projenin tadilata tabi tutulacak olmasıdır. Zira, ihlale yönelik yaptırımlar zaten düzenlenmiş olduğundan, burada alacaklılar ile borçlunun yeniden uzlaşmasının sağlanması ve projede değişiklik yapılmasını gerektirecek ihtiyaçların dikkate alınması yerinde olacaktır.²⁹⁷ Projenin uygulanması sürecinde bazı şeyleri önceden tahmin etmek mümkün olmayabilir ya da beklenmedik bazı gelişmeler yaşanabilir ve bu nedenle projenin tadili gerekebilir.²⁹⁸ Ancak, hükmün lafzından, tadilin tam olarak bu amaçla öngörüldüğünün anlaşılmadığını belirtmekte de yarar var.

O halde bu hükümde sözü edilen ihlal, projenin bir alacaklı için feshini düzenleyen m.309/s'nin m.307'ye yaptığı atıf doğrultusunda proje uyarınca yapılacak ödemenin, öngörülen vade ve/veya miktarda yapılmaması gibi bir ihlal olmayıp, yeniden yapılandırmada öngörülmesi mümkün olan diğer yapısal ve organizasyona yönelik proje hükümlerinin yerine getirilmemesi gibi bir ihlaldir. Yalnız bu ihlal sadece bazı alacaklıların durumlarını etkiliyor olmalıdır. İşte, buradaki ihlalin m.309/s de öngörülen ihlal ile farkını bu şekilde koyarsak ancak, bu hüküm anlamlı olabilir.²⁹⁹ Fakat ihlalin bu şekilde nitelenmesi bu sefer de, projenin ihlalini ve yaptırımını düzenleyen m.309/t ile karışıklığa yol açabilir. Zira m.309/t uyarınca, borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen yerine getirememesi, yani projenin ihlali, tıpkı projenin tamamen feshindeki gibi, borçlunun iflasına yol açmaktadır. Ancak, 309/t maddesinde, mahkemenin öncelikle bu ihlalin projenin tadilini gerektirip gerektirmediğine bakacağı ve tadilin mümkün olmaması halinde borçlunun iflasına hükmedeceği düzenlenmiştir. Yani, projenin tadili mümkün olmadığı takdirde proje ortadan kalkacak ve borçlu

²⁹⁷ Taşpınar Ayvaz, s.431.

²⁹⁸ Pekcanitez, Seminer, s.42.

²⁹⁹ Taşpınar Ayvaz, s.431.

hakkında 309/t maddesi uyarınca iflas kararı verilecektir. Aslında, tadil ile ilgili bir düzenleme içerisinde “ihlal”in aranması anlamlı olmadığı gibi, projenin feshine ve ihlaline ilişkin diğer hükümlerle de karışıklığa yol açmaktadır.

Bu halde projenin tadili çeşitli koşullara bağlanmıştır.

Bu koşullar uyarınca öncelikle projenin tadilinin, projenin bir kısmının ihlali halinde mümkün görüldüğü söylenebilir. Buna karşılık projenin tadilini düzenleyen yyy'nin 20.maddesindeki ifadeden sanki projenin bütünüyle ihlali halinde de tadil edilebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu haliyle de yönetmelik hükmünün kanuna aykırı olduğu ileri sürülebilir. Zira 20.madde de;”Projenin tadili hiçbir alacaklıyı olumsuz yönde etkilemiyorsa, alacaklıların onayına gerek olmaksızın, tadil edilebilir. Projenin tadili sadece belirli bir gruptaki alacaklıların alacağını etkiliyorsa, o gruptaki alacaklıların müzakereye davet edilmesi yeterli olacaktır. Tadil için tüm alacaklıların veya ilgili sınıftaki alacaklıların oylarına gerek görüldüğü hallerde, bu yönetmelikte yer alan davet ve oylama usulü her iki halde de geçerlidir.” denilmiştir.

Ancak, kanunda, projenin tadili şartlarından birisi olarak, tadil edilmiş projenin, hakları ihlal edilmiş olan alacaklıları projeden etkilenen diğer alacaklılardan daha uygun bir duruma getirmemesi gerektiği belirtilmiştir(m.309/ş). Eğer tadil projedeki tüm alacaklıların hakları etkilenecek şekilde yapılacak olursa, söz konusu hükmün(ölçütün) uygulanması da mümkün olmayacaktır.³⁰⁰ Bu nedenle kanımızca da, tadilin projenin tümünden tadili şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu halde de yönetmeliğin kanuna aykırı olduğu ileri sürülebilir. Zira, tüm alacaklıları etkileyen bir tadil artık, adeta yeni bir projedir.

Burada yine ilginç bir durum daha göze çarpmaktadır. Kanunda alacakları etkilenen alacaklıların mutlaka onayı gerekli görülmesine rağmen, yönetmelikte, tadilin alacaklıları etkilememesi halinde onaylarına da ihtiyaç olmaksızın yapılabileceği belirtilmektedir. Ancak, yönetmelikteki ifadenin kanundaki hükmün aksinden çıkabileceği ileri sürülebilir.

Buna karşılık öğretide, yapılacak tadil hiçbir alacaklıyı etkilemese dahi, mutlaka alacaklıların onayına sunulması gerektiği, zira, alacaklılara sunulan ödeme teklifi tadil ile aynı kalsa da, projedeki değişikliğin projenin tadili anlamına geleceği ve tadilin de alacaklıların onayı olmadan yapılamayacağı, çünkü tadilin, tasdik tabi olduğu usul çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiği, bu nedenle de, her değişikliğin tasdik usulüne riayetle yapılması gerektiği belirtilmiştir.³⁰¹ İnceleyeceğimiz ABD yeniden yapılandırma usulünde görüleceği üzere, öngörülen tadil teklifinin alacaklıların durumunda herhangi bir değişiklik gerektirmemesi halinde tadil teklifi alacaklıların onayına sunulmadan mahkemece tasdik edilebilmektedir. Kanımızca, hukukumuzda da tadilin

³⁰⁰ Taşpınar Ayvaz, s.433.

³⁰¹ Taşpınar Ayvaz, s.432.

projeden etkilenen alacaklıların durumlarında herhangi bir değişiklik getirmemesi halinde, alacaklıların onayına başvurmaya gerek olmamalıdır. Ancak, m.309/ş'de yer alan “yeniden yapılandırma projesinin tasdikine ilişkin usul projenin tadili hakkında da uygulanır.” şeklindeki ifadenin bu yoruma engel olduğunu da belirtmek gerekir.

Bu halde projenin tadilinin ilk koşulu olarak, projenin ihlalinin projeden etkilenen bazı alacaklıların haklarını etkilemesi gösterilebilir.

İkinci koşul ise, projenin kısmen ihlal edilmesidir. Yani, borçlunun bir veya birkaç sınıftaki alacaklılarına karşı projeyi ihlali söz konusudur. Ancak, borçlunun her sınıftan alacaklıların bazılarının haklarını ihlal etmesi halinde ise, m.309/t'nin uygulanması gerekmektedir. Zira burada artık genel bir ihlal söz konusudur.³⁰²

Kanun uyarınca, projenin tadili de projenin tasdiki usulü çerçevesinde yapılacaktır. Burada, kanunda bir açıklık yok ise de, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya sadece borçlunun başvurabilecek olması ve kanunda “borçlunun ihlalden” bahsedilmiş olması nedeniyle, tadil teklifinin sadece borçludan gelebileceği haklı olarak öğretilmiş ifade edilmiştir.³⁰³ Bu halde borçlu, tadili içeren projeyi projeden etkilenen ve değişiklik yapmayı istediği alacaklılarının onayına, daha sonra da alacaklılarca onaylanan bu projeyi mahkemenin onayına sunacaktır. Burada borçlunun mahkemeyi tadil koşullarının gerçekleştiği konusunda ikna etmesi ve bunu ispatlaması gerekecektir. Alacağı tadilden etkilenen alacaklıların bulunduğu sınıflarca tadilin onaylandığından bahsedebilmek için, her bir sınıf için projenin tasdikinde aranan yasal çoğunluğun oluşmuş olmalıdır.

Yine, tadil için başvurulacak mahkeme de tasdik kararını veren mahkeme olmalıdır. Ayrıca, kanunda bunun için bir süre öngörülmemiş olması nedeniyle, tadil talebi, projenin uygulanması süresi içinde her zaman yapılabilecektir.³⁰⁴

Projenin tadili ile ilgili olarak, kanunda yer alan diğer koşul ise -ki bu koşulların hepsi kanımızca kümülatif olarak birlikte aranmalıdır-, projenin devamı için bu tadilatın zorunlu olması ve tadil edilmiş projenin hakları ihlal edilen alacaklıları, projeden etkilenen diğer alacaklılardan daha üstün duruma getirmemesidir.

Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit de mali ve finansal bir analiz gerektireceği için, tasdik usulüne yapılan atıf uyarınca bu tespit de kanımızca bağımsız denetim kuruluşundan alınacak bir raporla yapılması gerekecektir.

Ancak, bütün bu yukarıda yatığımız yorumların sebebi, kanunun diğer hükümlerinin de bir anlamı

³⁰² Taşpınar Ayvaz, s.433.

³⁰³ Taşpınar Ayvaz, s.433.

³⁰⁴ Taşpınar Ayvaz, s.434.

olması gerektiğindedir. Aslında projenin tadili için, ihlalin şart olması gerekmediği gibi, projenin kısmen ihlali haline de özgü olmaması gerekir. Zira, tadil her zaman bir ihtiyaçtan doğabilecektir. Mutlaka bir ihlal şart değildir. Kaldı ki, bütün alacaklıların mutabakatının sağlanması şartı ile projenin tüm olarak tadili de mümkün olmalıdır.³⁰⁵ Ancak, kanun ve yönetmeliğin bütün maddelerine bir anlam verilmesi gerekliliği, amaca aykırı olsa da yukarıdaki yorumların yapılmasına yol açmaktadır.

1.6.3. Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Projesinin İhlali ve Sonuçları

İİK m.309/t’de; “borçlunun projeden kaynaklanan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen zamanında yerine getirmemesi(ihlal etmesi) halinde durum, proje denetçisi, borçlu veya projeden etkilenen alacaklılar tarafından projeyi tasdik eden mahkemeye bildirilir. Bu bildirim üzerine projeyi tasdik eden mahkeme, borçlunun malvarlığını korumak amacıyla, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini önleyici tedbirler de dahil olmak üzere, gerekli muhafaza tedbirlerini alır ve bir duruşma günü tayin ederek, bunu İİK m.288’de ki usulle ilan eder. Mahkeme, projeden etkilenen veya etkilenmesin tüm alacaklıların itirazlarını inceler ve borçlunun yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmediğini, projenin tadilinin de söz konusu olmadığını veya finansman alacaklısının da alacağını kısmen veya tamamen elde edemediğini tespit etmesi halinde, derhal borçlunun iflasına karar vermek zorundadır.” denilerek projenin borçlu tarafında ihlaline bu sefer farklı bir yaptırım öngörülmüştür.

Borçlunun yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemesi haline özgü olarak düzenlenen bu hükümle, aslında, yine borçlunun projeyi ihlali düzenlenmiştir. Ancak, bu öyle bir ihlaldir ki, projenin tadili mümkün değilse, projenin tamamen veya kısmen ihlali fark etmeksizin borçlunun iflasına hükmedilebilmektedir. Öyle ki m.309/t uyarınca mahkemenin borçlu hakkında iflas kararı vermesi için, projeden etkilenen alacaklıların bu yönde talepte bulunmuş olmaları dahi gerekli değildir.³⁰⁶

Aslında m.309/s uyarınca atf yapılan m.307 göz önüne alındığında bu hükmün gereği anlaşılammaktadır. Zira, borçlunun bir alacaklı için olan yükümlülüklerini yerine getirmemesine ilişkin m.307 uyarınca proje borçlu için feshedilirken, aynı ihlalde bu sefer borçlunun iflası talep edilebilmektedir. O nedenle, ya m.307’ye yapılan atf olmamalı idi ya da m.309/t’nin bir anlamı yoktur. Zira, bu halde aynı fiile iki farklı yaptırım uygulanacaktır.

Ancak bu hükmün m.309/s’nin yaptığı atf nedeniyle m.307 ile bir arada bulunmasına ve sonuçlarının farklılığına bir anlam verilmesi de gereklidir. Bu halde projenin tadilini incelediğimiz bölümde yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, buradaki ihlalin, m.307’de söz konusu edilen ihlal biçimi ile

³⁰⁵ Budak, 5092 sayılı Kanun,s.13.

³⁰⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes,s.448.

aynı olmadığı, yani proje uyarınca öngörülen ödemenin gereği gibi yapılmaması değil, yeniden yapılandırma öngörülmesi mümkün olan diğer yapısal ve organizasyona yönelik proje hükümlerinin yerine getirilmemesi olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde aynı ihlale iki farklı yatırım öngörülmesi gibi çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır.³⁰⁷

Nitekim bu hak, projenin tasdikinden önceki ara dönemde, borçluya teminat mukabili veya teminatsız olarak kredi gibi bir takım finansman kaynağı sağlamış, ancak bundan doğan alacağını kısmen veya tamamen alamamış alacaklılara da tanınmıştır. Burada kanun koyucu, borçluya finansman sağlayan alacaklılara bir nevi ayrıcalık tanımak isteyerek, finansman teminini kolaylaştırmak istemiş ve finansman alacaklılarını projeden etkilenen alacaklılar ile aynı hakka sahip kılmıştır. Ancak, maddede “tasdikten önce” dediği için, sadece ara dönemde finansman sağlayacak alacaklılara bu hakkın tanındığı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Nitekim, bunun için borçlunun mahkemeden talepte bulunması ve izin alması gerekmektedir. Ancak, daha önce incelediğimiz üzere, borçlunun projenin uygulanması için projesinde başvuracağını öngördüğü finansmanın alacaklıları da olabilir. Bunların söz konusu finansmanı, projenin tasdikinden sonra sağlayacak olduğu düşünülürse, bu kredi alacaklıları bu hükümden yararlanamayacak mıdır? Her ne kadar, kanunun lafzı bu imkanı sadece tasdik öncesi finansman sağlayan alacaklılara tanımış gibi gözükiyorsa da, kanımızca, ara dönem ve sonrası şeklinde bir ayırım yapılmaksızın borçluya talep sonrası finansman sağlayan tüm alacaklılar için bu hükmün uygulanması yerinde olacaktır. Buna karşılık, tasdik sonrası finansman sağlayan kredi alacaklılarının, bu alacakları için, borçlu hakkında icra veya iflas takibi yapmalarına veya dava açmalarına bir engel yoksa da, borçlunun özellikle kredi alacaklarına karşı iflas tehdidi altında olduğunun bilinci ile, finansman alacaklılarına özen göstermesini sağlamak ve borçluya finansman teminini cazip hale getirmek için, tasdik sonrası finansman alacaklılarının da bu hükümden yararlanmasının uygun olacağı kanısındayız. Nitekim, ABD yeniden yapılandırma usulünde, finansman alacaklılarının hepsi “talep sonrası finansman alacaklıları” olarak belirtilmekte ve gerek tasdik süresince gerekse tasdikten sonra borçluya finansman sağlayan tüm alacaklılar aynı hakka ve ayrıcalığa haiz kılınmaktadır.

Öğretide değinilen bir husus ta, bu alacaklıların teminatlolu ve teminatsız olmasının fark etmeyişi nedeniyle, m.45 de öngörülen alacağın rehinle teminat altına alınması halinde öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması gerektiğine ilişkin kuralın bu halde bertaraf edildiğidir. Zira, mahkeme durumun tespiti halinde alacaklının talebine dahi gerek olmaksızın borçlunun derhal iflasına hükmedecektir.

İhlalin Sonuçları:

Yukarıda görüldüğü üzere, borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen zamanında yerine getirmediğini proje denetçisi, borçlu veya projeden etkilenen alacaklılardan birisi

³⁰⁷ Taşınar Ayvaz,s.434.

mahkemeye bildirdiği anda, mahkeme ayrıca bir talep olmaksızın borçlunun iflasına hükmedecektir.

Burada, borçlunun bu bildirim yapmamasının yaptırımının düzenlenmemiş olması nedeniyle böyle bir zorunluluğu olmayacağı haklı olarak ileri sürülmüştür.³⁰⁸ Ancak, bu bildirim borçlu yaparsa öncelikle tadili talep edebilecek, ancak tadilin şartlarının olmaması halinde, mahkeme borçlunun iflasına hükmedecektir.

Yine ihlalin bildirileceği mahkemenin de tasdik kararını verecek olan mahkeme olması gerektiği kanısındayız. Mahkemenin talep üzerine alacağı tedbirler kanunda sınırlandırılmaksızın genel olarak ifade dilmiştir. Buna göre, mahkeme, borçlunun malvarlığının korunabilmesi için, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruflarını önleyici her türlü muhafaza tedbirini alabilecek ve bir duruşma günü tayin ederek, m.288'de öngörülen usul ile ilan edecektir.

Mahkeme projeden etkilenen veya etkilenmeyen tüm alacaklıların var olan itirazlarını da inceleyerek, borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmediğini tespit ettiği ve projenin de tadilinin mümkün olmadığına kanaat getirdiğinde borçlunun derhal iflasına hükmedecektir. Projenin, borçlu tarafından uygulanmaması halinde durumun bu şekilde devam etmesi kabul edilemeyeceğinden, süreci uzatmamak amacıyla borçlunun derhal iflasına karar verilmesi öngörülmüştür.³⁰⁹

Burada, önceden takibe gerek olmaksızın, proje denetçisi, borçlu veya projeden etkilenen alacaklılardan birinin mahkemeye yaptığı ihlal bildirim üzerine, ihlali tespit eden ve projenin de tadilinin mümkün olmadığına gören mahkeme iflas karar vermekle yükümlüdür. Bu nedenle de, burada aslında bir doğrudan doğruya iflas sebebi yaratılmıştır. Nitekim, öğretide bu düzenlemenin isabetli olup olmayacağının tartışılması gerektiği, zira, bütün doğrudan doğruya iflas hallerinde(m.177) alacağın elde edilemediği konusunda bir kesinlik veya ivedilik söz konusu olduğu belirtilmiştir.³¹⁰ Burada ise, doğrudan iflas talep edilmemekte, sadece bir ihlal bildirim yapılmakta ve ihlalin tespiti halinde de borçlunun derhal iflasına hükmedilmektedir. Bu nedenle de, tıpkı m.179 uyarınca yapılacak olan borca batıklık bildirim gibi bir bildirim söz konusudur. Zira, bu bildirim de, talep edilmesine gerek dahi olmaksızın aynı zamanda borçlunun iflası talebini de içerdiği, buna karşılık m.309/t'nin bu konuda boşluk içerdiği bu hükmün doğrudan doğruya iflas hükümlerine atfı yapılarak düzenlenmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.³¹¹

Burada ilginç olan bir husus da, kanun koyucunun ilk kez projeden etkilenmeyen alacaklıların da dinlenmesi gerektiğine yer vermiş olmasıdır. Kanımızca bunun nedeni, sonucunun borçlunun iflasına yol açabilecek olması nedeniyle projeden etkilenmeyen alacaklıların da bunda menfaati olmasıdır.³¹²

³⁰⁸ Taşpınar Ayvaz, s.438.

³⁰⁹ Deliduman, s.54.

³¹⁰ Taşpınar Ayvaz, s.439.

³¹¹ Taşpınar Ayvaz, s.440.

³¹² Taşpınar Ayvaz, s.440.

Acaba, mahkeme alacaklıları dinledikten sonra, iflası gerektirecek bir durum olmadığını tespit ederse, borçlunun yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini incelemeden iflası reddedebilecek midir?

Öğretide, tıpkı borca batıklık nedenine dayalı olarak iflasın istenmesinin zorunlu olmasında olduğu gibi, biçimsel koşulların yerine geldiğini tespiti halinde borçlunun iflasına karar verilmesi, yani, mahkemenin ihlali tespit ettiği ve projenin tadilinin de mümkün olmadığına karar verdiği anda borçlunun iflasına hükmetmek zorunda olduğu, bu nedenle de mahkemenin ihlali tespit etmeden, alacaklıların itirazlarını dinleyerek davanın kötü niyetle açıldığını kabul ederek, iflas talebini reddetmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.³¹³

Kanımızca,gerek doğrudan doğruya iflas nedenlerine(m.177) dayanarak açılanın doğrudan doğruya iflas davasında olduğu gibi³¹⁴, gerekse iflas talebi ile borca batıklık bildirimini iç içe geçtiği (m.179) iflasın ertelenmesinde iflasın ertelenmesinin bir alacaklı tarafından talep edilmesi halinde olduğu gibi³¹⁵, burada bir çekişmeli yargı cereyan edecektir. Nitekim, yapılan ilan üzerine, alacaklılar iflas talebine karşı itiraz ve müdahale edebileceklerdir. Bu alacaklılar, borçlunun iflasını sağlamak için, bir alacaklı ile anlaşarak, şirket hakkındaki takipleri durdurmak ve borçların ödenmesini geciktirmek gibi, kötü niyetle bu bildirim yapıldığı itirazı üzerine, mahkeme yaptığı incelemede bu itirazı varit görürse, iflas talebini reddedebilmelidir. Zira, bu itirazların mahkemece değerlendirilmesi takdire bırakılmamıştır.³¹⁶

Ayrıca hukukumuzda sadece para borçlarının zamanında ödenmemesi için öngörülen iflas, bu hükümle sair yükümlülüklerin tamamen veya kısmen yerine getirilmemesi hali için de öngörülerek istisnai bir durum yaratılmış³¹⁷ ve maddi iflas sebebi ihdas edilmiştir.

Yine, iflas talebinde bulunan alacaklıların, doğrudan doğruya iflas nedeninin gerçekleştiğini ispat yükümlülükleri olmasına rağmen, alacaklarını kanıtlamak gibi bir yükümlülükleri olmamalıdır. Zira, bu alacaklar projeden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık talepte bulunanın kredi alacaklısı olması halinde, hem iflas nedeninin gerçekleştiğini hem de alacağını kanıtlaması gerekeceği muhakkaktır.³¹⁸

Yine, tadilin sadece borçludan gelecek bir talep olması nedeniyle, mahkeme re'sen tadil kararı veremeyecektir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, tadil de tasdik usulüne tabidir. Yani, tadil, projeden etkilenip de hakları ihlal edilen alacaklıların tadil edilen proje üzerinde anlaşmalarını ve bunu da mahkemenin tasdikine sunmalarını gerektirir. Bu halde ancak, borçlu mahkemeden, alacaklıları ile tadil konusunda anlaşmak üzere olduğunu ve işlemlerin sürdüğünü belirterek, iflas davasını gören mahkemeden bu hususu bekletici mesele yapmasını istemelidir. Aksi halde ihlal ve iflas ile ilgili

³¹³ Taşpınar Ayvaz, s.441.

³¹⁴ Kuru,El Kitabı,ss.988-989.

³¹⁵ Atalay,Borca Batıklık,ss.102-103.

³¹⁶ Atalay,Borca Batıklık,s.102.

³¹⁷ Taşpınar Ayvaz, s.442.

³¹⁸ Taşpınar Ayvaz,s.442.

davayı gören mahkeme re'sen tadile karar verememelidir. Zira, tadil, tıpkı projenin hazırlanmasında olduğu gibi borçlu insiyatifinde cereyan eden bir süreçtir.³¹⁹

1.7. DİĞER HÜKÜMLER

1.7.1. Taraflara Tanınan Muafiyet ve İstisnalar

Yeniden yapılandırma felsefesinin amacına uygun olarak, kanun koyucu, zaten yaşam mücadelesi veren şirketin bir takım vergi ve harçlardan oluşan mali yükler altına sokulmasını önlemek istediği gibi, bu durumdaki şirketlere yardımcı olma amacı güden alacaklı ve finans kaynağı temin eden üçüncü kişilerin de bu tarz vergisel ve harç istisnalarından yararlanmalarını sağlayacak muafiyetler öngörmüştür(m.309/u). Buna göre ;

Tasdik edilen proje kapsamındaki;

-Yapılacak işlemler ve düzenlenecek kağıtlar (belgeler) 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre ödenecek damga vergisi ve 492 sayılı Harçlar Kanununa göre ödenecek harçlardan,

-Alacaklılar tarafından her ne nam altında olursa olsun tahsil edilecek tutarlar, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu gereği ödenecek banka ve sigorta muamele vergisinden,

-Borçluya kullandırılan ve kullandırılacak krediler, Kaynak Kullanımı Destekleme Fonundan,

-Diğer benzeri, işlemler, kağıtlar ve krediler, vergi, resim, harç ve fon yükümlülüklerinden (4306 sayılı Kanun uyarınca ödenmesi gereken Eğitime Katkı Payı Hariç) istisna edilmiştir.

Hatta bu muafiyetler, alacaklıların tasdik edilen proje kapsamında edindikleri varlıkları elden çıkardıkları hallerde de uygulanacaktır.

-Tasdik edilen proje hükümleri uyarınca tahsilinden vazgeçilen alacak tutarları 213 sayılı Vergi Usul Kanunu Hükümlerine göre alacaklı için, “değersiz alacak”, borçlu için ise “vazgeçilen alacak” olarak dikkate alınacaktır.

-Nitekim, tasdik edilen proje hükümleri uyarınca uygulamaya konulan işlemlerin gerçekleşmemesi halinde dahi, bu istisnalar geri alınamayacaktır.

-Yeniden yapılandırmadan yararlanan borçluyu teşvik edici bir diğer uygulama ise, borçlular tarafından alınmış olan teşvik belgelerinin süreleri ile ihracat taahhüt süreleri, projeler ile belirlenen süreler kadar uzatılmış sayılacaktır.

³¹⁹ Taşpınar Ayyaz, ss.442-443.

-Yine, yeniden yapılandırma sürecinde noter onaylı olacağı öngörölmüş belgelere ilişkin olarak alınacak noter harcının maktu harç olacağı da açıkça öngörölmüştür.

Ancak, her nedense kanun koyucu konkordato veya iflasın ertelenmesinde benzeri muafiyet ve teşviklere yer vermemiştir. Bu tür benzeri vergi avantajları daha önce sadece İstanbul Yaklaşımı olarak bilinen “Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun” da yer almıştır.³²⁰

1.7.2. Cezai Hükümler

Kanunda uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya ilişkin olarak da bir takım cezai hükümler öngörölmüştür. Bu maddelerden birisi, m.309/t'nin son fıkrasında; “ara dönem denetçisi ve proje denetçisi hakkında 334/a madde hükümleri uygulanır” hükmüdür.4949 sayılı Kanun ile İİK'ya eklenen 334/a maddesi, konkordato komiserlerinin işledikleri suçlar bakımından TCK anlamında memur sayılarak cezalandırılacağını belirten hüküm iken, m.334/a, 5358 sayılı Kanununun 23. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, yeniden yapılandırmada görev alan ara dönem denetçisi ve proje denetçileri hakkında, görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından İcra ve İflas Kanunda bir düzenleme yoktur.

Aslında yeniden yapılandırmanın özelliği gereği ara dönem denetçisinin projenin tasdikinde(dinlenilmesine rağmen) çok fazla bir rolü yoktur. Zira projenin hazırlanması ve müzakeresi safhası borçlu inşiyatında cereyan etmekte, ara dönem denetçisi de tasdik başvurusundan sonra görevlendirilmektedir. Bu nedenle ara dönem denetçisinin tasdiki sağlamaya yönelik çok fazla bir etkisi yoktur.

Buna karşılık ara dönem denetçisinin ve proje denetçisinin yeminli mali müşavirler olacağı belirtildiği için bunların ceza, sorumlulukları mahkeme tarafından atanmış olmaları halinde 3658 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uyarınca söz konusu olacaktır.³²¹

Buna karşın, 5092 Sayılı Kanunun 9.maddesi ile İcra ve İflas Kanunun 334.maddesi değiştirilerek, sadece konkordato için öngörölmüş olan cezai hükme uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvuran şirketler de dahil edilerek, borçlu hakkında düzenlenmiş cezai bir hükme yer verilmiştir.

Buna göre; sermaye şirketleri ile kooperatifler yeniden yapılandırma projesinin tasdik ettirmek için, hileli tutum ve davranışlarıyla mali durumu hakkında alacaklıları, ara dönem denetçisini veya yetkili memuru hataya düşürmek veya yeniden yapılandırma projesine uymamak yoluyla kasten zarara sebebiyet veren borçlu, ilgilinin şikayeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

³²⁰ Budak, 5092 sayılı Kanun,s.13.

³²¹ Taşınar Ayvaz, s.444.

Bu hükümde de görüleceği üzere, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada hilenin cereyan edeceği asıl süreç, tasdik başvurusu öncesi borçlunun alacaklıları ile müzakere ettiği süreçtir. Borçlu bu süreçte özellikle bağımsız denetim kuruluşlarına hazırlattıracağı raporlarda, diğer tüm mali belgelerde, mali durumunu olduğundan farklı gösterecek hileli tutum ve davranışlarda bulunabilecek, bu kişileri yanıltabilecektir. Bu nedenle kanun koyucu borçlunun bu süreçteki kötü niyetli tüm tutum ve davranışlarını cezalandırmıştır. Hükümde ayrıca, borçlunun projenin tasdiki sonrasında projeye uymayarak alacaklılarına kasten zarar vermesi de cezai yaptırım altına alınmıştır.

Ancak özellikle ara dönem denetçisinin ve proje denetçisinin mahkemece seçilmediği hallerde 3658 sayılı Kanun uyarınca cezalandırılmaları mümkün olamayacağından kanundaki bu boşluğun ve projenin hazırlanması ve kabulünde önemli bir görev üstlenen oylama görevlisinin cezai sorumluluğuna ilişkin boşluğun doldurulmasına ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmektedir.³²²

Ayrıca, borçlunun yenide yapılandırmaya kötü niyetle başvurduğunu gösterecek unsurlardan birisi olan, yeniden yapılandırma projesinin tasdikini sağlamak amacıyla, bazılarında özel bir menfaat temini de suç sayılması gerekirken yeniden yapılandırmada buna yönelik bir düzenleme yapılmamıştır. Zira, bu husus yeniden yapılandırma projesinin tasdikini dahi etkileyebilecektir. Bu nedenle iflas ve konkordato özel menfaat sağlanmasını cezalandıran m.333'e yeniden yapılandırmanın da eklenmesi uygun olacaktır.³²³

1.8. YENİDEN YAPILANDIRMANIN İFLASIN ERTELENMESİ VE KONKORDATO KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ

1.8.1. İflasın Ertelenmesi ile İlişkisi

Borçlu sermaye şirketi veya kooperatif, borca batık olduğu bir durumda İİKm.179 uyarınca borca batıklık bildirimini yapmak ve iflasını talep etmek zorundadır. İşte bu haldeki bir şirket, borca batık olmasına rağmen, mahkemeye sunacağı iyileştirme projesi ile mahkemeyi iyileşme ümidi taşıdığına ikna ederse, mahkemeden iflasının ertelenmesini talep edebilecektir.

İflasın ertelenmesi kararı ile elde edilen erteleme süresinin, borçluya iyileşmesi için bir fırsat niteliği taşıması nedeniyle, borçlu erteleme süresi içinde de yeniden yapılandırmaya başvurabileceği gibi, iyileştirme projesine, yeniden yapılandırma projesini ekleyerek, finansal analiz raporlarının hazırlanmakta veya hazırlanmış olduğunu, alacaklıları ile müzakerelere başladığını vb. gösteren

³²² Taşpınar Ayvaz, s.444.

³²³ Taşpınar Ayvaz, s.444.

belgeleri sunarsa, mahkeme yapacağı inceleme ile yeniden yapılandırma iddiasının ciddi olduğuna kanaat getirdiğinde, iflasın ertelenmesine karar verebilir.³²⁴

Zira, açıklandığı üzere, yeniden yapılandırmanın müzakere safhası yargı denetimi dışında gerçekleştiğinden borçluyu bu süreçte alacaklılarının baskısından koruyacak herhangi bir hukuki imkan mevcut değildir. Kaldı ki, borçlu başka bir gerekçe ile erteleme kararı aldıktan sonra da yeniden yapılandırmaya başvurursa, kanunda erteleme süresince öngörülen ve borçluyu alacaklılarının baskısından kurtaran takip yasağı, yeniden yapılandırmanın ara döneminde ancak mahkemece karar verilmesi halinde söz konusu olması ve tasdikten sonra ise, herhangi bir yasağın olmaması nedeniyle, yeniden yapılandırmaya gidecek olan borçlunun ertelemeyen fevkalade yararlanacağı muhakkaktır.

Ayrıca, iflasın ertelenmesinin gerçek anlamda bizatihi bir iyileştirme tedbiri olmaması, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın, iflasın ertelenmesinin önemli bir gerekçesi olacağına kabulünü gerektirir.³²⁵

Ancak burada şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvuracağı gerekçesi ile veya erteleme süresi içinde bu yola başvuran borçlunun yeniden yapılandırma başvurusu tasdik edilirse, erteleme süresinin akıbeti ne olacaktır?

Nitekim, erteleme süresi içinde konkordato teklifi kabul edilen borçluya konkordato mülleti verilmesi halinde, erteleme süresinin sona erip ermeyeceği hususu öğretilmelidir.

Bir görüş, konkordato mülleti verilmesi halinde, tasdiki beklenmeksizin erteleme süresinin kalkacağını,³²⁶ yani etkisiz hale geleceğini ileri sürerken, başka bir görüş ise, ertelemenin askıda kalacağını, sürenin konkordatonun tasdiki halinde sona ereceğini kabul etmektedir.³²⁷

Burada denilebilir ki, yeniden yapılandırmanın tasdiki ile erteleme kalkacaktır. Ancak bu durum, borçlu için son derece olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Zira, özellikle yeniden yapılandırmanın tasdiki, borçlunun iyileştiği anlamına gelmez. Borçlu tasdik ile sadece iyileşebilirliğini kabul ettirmiş olmakta, iyileşme ise, proje hükümlerinin hayata geçmesi ve uygulanması ile gerçekleşmektedir. Eğer tasdik ile ertelemenin kalkacağı kabul edilirse, borçlu erteleme ile elde ettiği azami beş yıllık bir korumadan mahrum kalacaktır. Zira, yeniden yapılandırma da borçlu, sadece projeden etkilendirdiği alacaklılarının baskısından korunabilecek, projeden etkilenmeyen alacaklıları açısından ise herhangi bir takip yasağı söz konusu olmayacaktır. Oysa erteleme de borçlu kanunda öngörülen istisnalar haricinde bütün alacaklılarının takiplerinden kanun gereği erteleme süresince uzaktır. Kaldı ki, yeniden yapılandırmada sadece projeden etkilenen alacaklılar açısından söz konusu olabilecek takip

³²⁴ **Atalay**, Borca Batıklık,s..96.

³²⁵ **Atalay**, Borca Batıklık,s.96.

³²⁶ **Öztek**,s.31.

³²⁷ **Atalay**, Borca Batıklık,s.93.

yasağı da kanun gereği otomatik olmayıp, ancak mahkeme gerekli görürse söz konusu olabilmektedir. Üstelik bu yasağın, sadece ara dönem için geçerli olup, tasdikten sonra herhangi bir takip yasağı yoktur. Ayrıca, yeniden yapılandırmanın tasdiki kararı temyiz sonucu bozulursa erteleme de ortadan kalktığı için, borçlunun derhal iflasına hükmedilecektir. Bu nedenle de, öğretide en azından, tasdik kararının kesinleşmesine kadar erteleme süresinin işlemeye devam etmesinde yarar olduğu ifade edilmiştir.³²⁸

Kanımızca da, iflasın ertelenmesi kurumunda alınan erteleme süresi, borçlu açısından, yeniden yapılandırmaya oranla daha elverişlidir. Zira, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma da mahkeme dışı bir uzlaşmanın söz konusu olması, müzakere sürecinde borçluya herhangi bir koruma sağlamaması nedeniyle, borçlu açısından elverişli değildir.

Bu nedenle erteleme almış bir borçlunun, yeniden yapılandırmaya başvurmasının pek tercih edilmeyeceği söylenebilir.³²⁹ Ancak şu husus da unutulmamalıdır ki, yeniden yapılandırmaya başvuracak olmak, erteleme kararı almayı kolaylaştırır. Ayrıca, iflasın ertelenmesinin maddi anlamda bir yeniden yapılandırma kurumu olmayıp, yeniden yapılandırmaya imkan sağlayan ve ortam hazırlayan geçici bir hukuki koruma olması nedeniyle, erteleme süresi içinde, borçlu şirketin alacaklıları ile olan maddi hukuk ilişkilerinde bir değişiklik olmaksızın şirketin mali durumunun iyileşmesi de kolay olmayacaktır.³³⁰ Bu nedenle de, iflasın ertelenmesi kurumu, şirketin durumunun iyileştirilmesine veya konkordatoya ya da uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına götüren bir geçici koruma tedbiridir.³³¹

1.8.2. Konkordato İle İlişkisi

Mali durumu bozulan şirketin başvuracağı iyileştirme yöntemlerinden birisi de konkordatodur. Ancak konkordato ile uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumları benzer bir çok yönleri olmasına rağmen, karşılaştırma bölümünde inceleneceği üzere, bu yollara başvuru nedenleri, başvuru usulü, her iki kurumun sunduğu imkanların ve kullandıkları araçların farklılıkları, sonuçlarının da farklılığına yol açmaktadır.

Bu nedenle yeniden yapılandırmanın erteleme ile ilişkisinde olduğu gibi, her iki kurumun bir arada uygulanması mümkün olmaz. Zira, konkordato ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma yöntemleri birbirinden tamamen bağımsız iyileştirme amaçlı yöntemleridir.

Bu iki kurum neredeyse birbirinin alternatifi gibi düzenlenmiştir. Bu nedenle de borçlu bu kurumlardan kendisine en uygun olanı tercih edecektir.³³²

³²⁸ Taşpınar Ayvaz, s.270.

³²⁹ Taşpınar Ayvaz, s.271.

³³⁰ Balcı, Yeniden Yapılandırma, s.8'den naklen Atalay.

³³¹ Öztekin, s.30.

³³² Taşpınar Ayvaz, s.288.

Ancak, çalışmamızın sonuç bölümünde de ifade edileceği üzere, kanımızca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada avantaj olarak öngörülen hususların konkordatoya dahil edilmesi halinde, konkordato yeniden yapılandırmanın amacını sağlayacak nitelikte bir kurum olacak ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya gerek dahi kalmayacaktır.

2. UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRMANIN KONKORDATO VE İFLASIN ERTELENMESİ KURUMLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

2.1. AMACI AÇISINDAN

2.1.1. Konkordato İle Karşılaştırılması

4949 sayılı Kanun ile konkordato kurumunda yapılan değişikliklere kadar, doktrinde yapılan konkordato tanımlamalarında çoğunlukla, konkordatonun daha çok borçlunun menfaatine hizmet eden ve iflase benzeyen hafifletilmiş bir cebri icra kurumu olduğu fikri hakim olmuştur. Nitekim, doktrinde konkordato; “dürüst borçlunun”³³³ belirli bir zaman süresi içindeki tüm adi borçlarını, alacaklıları tarafından kanunda öngörülen nitelikli bir çoğunlukla kabul edilen ve yetkili makamın da onaylaması ile kendisi açısından “daha elverişli şartlar çerçevesinde ödemesinin mümkün kılan”³³⁴ “hukuki bir imkan(hukuki lütuf)”³³⁵ olarak tanımlanmıştır. Ancak, konkordatonun tanımı 4949 sayılı kanun ile kısmen de olsa değişmiştir. Buna bağlı olarak konkordatonun amacında da büyük değişiklikler gözlenmektedir.

Öncelikle 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, konkordato tasdiki şartları arasında sayılan borçlunun “dürüst” olmasına ilişkin hüküm kaldırılmış olup, artık bir konkordato teklifinin kabulü veya tasdiki için, “borçlunun dürüst olması” şartı aranmayacaktır(İİK. m.286).

Aynı şekilde konkordatonun tanımında yer verilen “hukuki lütuf” ifadesinin de, 4949 sayılı Kanunun bakış açısı doğrultusunda, artık kullanılmaması gerektiği kanısındayız. 4949 sayılı Kanun’dan önceki düzenleniş biçimiyle konkordatoya, daha çok “borçlunun menfaatlerini ön planda tutan”³³⁶ ve borçlu yararına düzenlenmiş bir hukuki imkan olarak bakıldığından, konkordato tanımlanırken, bunun borçluya yönelik bir hukuki lütuf olduğu belirtilmiştir. Oysaki, 4949 sayılı Kanun ile yapılan

³³³ Tanrıver/Deyneki, s.29 ; Ulukapı, s.7 ; Tanrıver,s.3 ; Kuru, İflas ve Konkordato, s.403.

³³⁴ Tanrıver/Deyneki, s.29

³³⁵ Ulukapı, s.7 ; Tanrıver/Deyneki, s.29 ; Tanrıver,s.3.

³³⁶ Tanrıver, s.4 ; Üstündağ,İflas,s.204.

değişikliklerin hükümet gerekçesi incelendiğinde, konkordato ile güdülen asıl amacın, ödeme güçlüğü içinde bulunan borçlunun iflastan kurtarılarak yaşatılmaya çalışılması ve borçlunun yeniden yapılandırılması yoluyla kamusal yarara hizmet etmek olduğu gözlenmektedir. Konkordatonun, aslında borçlu menfaatineymiş gibi görünen düzenlemelerini, kamu menfaatine ilişkin düzenlemeler olarak algılamak gerekir. Kaldı ki, 4949 sayılı Kanun'dan önce de konkordato, borçlu ile alacaklıların menfaatlerinin yanı sıra, "kamu menfaatlerine de hizmet eden bir yapı" olarak algılanmıştır.³³⁷ Buna karşın, ağırlıklı olarak borçlunun menfaatini gözetilen bir kurum olduğu görüşü hakim olmuştur. Nitekim, konkordato ile borçlu menfaatlerinin alacaklı menfaatlerine oranla ağırlıklı olarak korunmuş olmasına gerekçe olarak da, alacaklılara konkordato talep etme imkanının tanınmamış olması gösterilmiştir.³³⁸ Ancak, 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, artık alacaklılar da, borçlu hakkında konkordato teklifinde bulunabileceklerdir (İİK. m.285,II). O halde, bu değişiklik dahi, konkordatonun ağırlıklı olarak borçlu menfaatine hizmet eden bir kurum olduğu fikrinin değişmesine gerekçe olmalıdır.

O halde konkordato, ödeme güçlüğü yaşayan borçlunun, mahkeme denetiminde alacaklıları ile varmış olduğu anlaşma uyarınca, borçlarının yeniden yapılandırılması yoluyla, iflasının önüne geçmeyi amaçlayarak,³³⁹ ekonomik yaşamına devam etmesine imkan sağlayan ve sonuçta toplumsal menfaate hizmet eden bir hukuki imkan olarak tanımlanabilecektir.

Sonuç olarak, konkordato ile hem borçlunun hem de alacaklıların menfaatleri nazara alınmakta³⁴⁰ ve daha çok borçlu yararınaymış gibi görünen hükümleri ile de aslında, tasfiye ile ortaya çıkacak sorunlar azaltılmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda konkordato, nihai olarak kamusal menfaatleri korumayı hedefleyen "bir sosyal politika aracı"³⁴¹ olarak kabul edilmelidir.

Bu açıdan bakıldığında, gerek konkordato gerekse uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, kullandıkları araçların farklılığına rağmen temelde aynı amacı gütmektedirler. Yani, her iki kurumun da amacı, borçlunun içinde bulunduğu mali güçlükten kurtarılarak iflasının önlenmesi ve ekonomik hayatına devam etmesini sağlamak, sonuçta da kamusal yararı temin etmektir.

2.1.2. İflasın Ertelenmesi Kurumu İle Karşılaştırılması

İcra ve İflas Kanunumuzun 179.maddesinde, şirket yada kooperatifin yetkili yönetim organı veya bir alacaklının şirket hakkında borca batıklık sebebine dayalı olarak doğrudan doğruya iflas talebinde bulunmak zorunda olduğu bir halde, şirketin veya kooperatifin, borca batık olmasına rağmen iyileştirilme ümidi taşıması halinde, şirket veya kooperatif ya da alacaklı tarafından iflasın

³³⁷ Tanrıver, s.5.

³³⁸ Tanrıver, s.5.

³³⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin / Özekes,s.382.

³⁴⁰ Atalay,Borca Batıklık,ss.38-39.

³⁴¹ Tanrıver/ Deyneki, s.32.

ertelenmesinin talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır.³⁴²

Kanun, borca batıklık halinde, şirketin ve kooperatifin idare organlarına borca batıklık bildiriminde bulunmayı zorunlu kılmış ve mahkemece bunun tespiti halinde de iflas kararı verilmesini emretmiştir.

Bu halde iflasın ertelenmesi kurumunu; “ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflas kararı vermekten, belli koşullarla geçici olarak sarfınazar etme imkanı veren ve iflasın önlenmesine hizmet eden bir kurum”³⁴³ olarak tanımlamak mümkündür.

Bu tanımdan hareketle, iflasın ertelenmesi kurumunun bir rehabilitasyon kurumu niteliğini³⁴⁴ taşıdığını söylemek mümkündür. Bu kurum sayesinde mali durumunu düzeltme imkanı olan şirket, belli bir süre ile iflastan kurtarılmakta ve ekonomik ve hukuki varlığını sürdürmesi için bir fırsat tanınmaktadır. Bu nedenle, iflasın ertelenmesi kurumu, yeniden yapılandırmaya zemin hazırlayan, ortam sağlayan,³⁴⁵ geçici bir hukuki korumadır.³⁴⁶ Bu yönüyle, iflasın ertelenmesinin bir cebri icra aracı olmadığı, şirketin durumunun hakim in iflasın ertelenmesi kararı ile dondurulduğu ifade edilmiştir.³⁴⁷

Nitekim, 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunumuza dahil edilen “iflasın ertelenmesi” kurumunun da, bir yeniden yapılandırma kurumu olarak öngörüldüğü, 4949 sayılı Kanunun gerekçesinde mevcuttur. “4949 sayılı Kanun, iflas kurumunun demode hale gelmesi, işletmelerin kolaylıkla iflas etmeleri yerine, mümkün olduğu kadar mali durumlarının iyileştirilerek faaliyetlerine devam edebilmelerini amaçlamıştır.”³⁴⁸

Gerek TTK’da gerekse İİK’da borca batık olmak, şirketin iflasının istenmesi için bir zorunluluk olarak düzenlenerek şirket alacaklıları korunmak istenmişse de, iflasın ertelenmesi kurum ile de “alacaklıların menfaatlerini zedelememek koşuluyla”³⁴⁹ şirketin menfaatleri korunmak istenmiştir. Bu nedenle, iflasın ertelenmesi kurumu ilk planda şirkete ilişkin menfaatlere hizmet eder.³⁵⁰ Bunun gerçekleşebilmesi için de tek koşul, şirketin iyileşme ihtimalinin varlığı ve bu iyileşmenin arzu edilmesidir. Yani, iflasın ertelenmesi talebinin varlığı aranmıştır.

“Bu durumda gösteriyor ki, iflasın ertelenmesi ile, öncelikle sermaye şirketinin faaliyetine devamını sağlamak amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra alacaklılar da korunmuş ve daha iyi bir konuma gelmiş olacaklardır.”³⁵¹ Ancak bu sonuç, kural olarak iflasın ertelenmesinin temel amacı değil, bir yan etkisi

³⁴² Atalay, Armağan, s.49.

³⁴³ Atalay, Armağan, s.50 ; Özekes,3251.

³⁴⁴ Altay, s.1373.

³⁴⁵ Atalay, Borca Batıklık, s.51; Özbek, ss.29-30.

³⁴⁶ Özekes, s.3251 ; Atalay, Borca Batıklık, s.51.

³⁴⁷ Özbek, s.30.

³⁴⁸ Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, s.324.

³⁴⁹ Atalay, Armağan, s.51.

³⁵⁰ Atalay, Borca Batıklık, s.52.

³⁵¹ Özekes, ss.3251-3252.

olarak değerlendirilebilir. Çünkü tüm alacaklılar aralarında anlaşsa ve bununla alacaklarına daha fazla kavuşma imkanları bulunsa bile, anonim şirket varlığını sürdürme yeteneğine sahip değilse (yani mali durumun iyileşmesi ihtimali yoksa), iflasın ertelenmesi mümkün değildir.³⁵²

Sonuçta, ilk bölümde de açıkladığımız gibi, bu kurum da, yeniden yapılandırmanın tüm amaçlarına hizmet etme gayesi gütmektedir. Yani, ilk etapta şirketi korumayı amaçlasa da, şirketin varlığını devam ettirmesinden, işçiler, tedarikçiler, alacaklılar ve sonuçta da ülke ekonomisi yarar sağlayacaktır. Böylelikle, şartları gerçekleşmiş ise iflasın ertelenmesi kurumu, diğer iyileştirme yöntemleri gibi, sonuçta kamusal menfaatlere hizmet etmiş olacaktır.

Yani, iflasın ertelenmesi kurumu, başlı başına bir yeniden yapılandırma kurumu olmamasına rağmen, amaç itibarıyla, şirketin iflastan kurtarılacak ekonomik hayatına devam etmesini de amaçlamaktadır.

2.2. HUKUKİ NİTELİĞİ AÇISINDAN

2.2.1. Konkordato İle Karşılaştırılması

Türk hukukunda konkordatonun hukuki niteliği hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş olup, bu görüşlerin hepsi, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden öncesine ilişkindir.

Bir görüş, konkordatoyu, “borçlu ile alacaklıları arasında yapılan bir sözleşme”³⁵³ olarak nitelemiş ve konkordatonun hükümlerini de, bu sözleşmeye dayandırmıştır. Sözleşme görüşünü ileri sürenler içinde de farklı eğilimler oluşmuş ve sözleşme görüşün savunular da kendi aralarında, “bir özel hukuk sözleşmesi”, “medeni (özel hukuk) ve usul hukuku sözleşmesi”, “tasdiki gerekli özel hukuk sözleşmesi”, “usuli şekil ve şartlar çerçevesinde düzenlenmiş tasdiki gerekli özel hukuk sözleşmesi”³⁵⁴, “cebri sözleşme görüşü”³⁵⁵ gibi alt görüşlere ayrılmışlardır.

Bilindiği üzere, sözleşme iki tarafın karşılıklı icap ve kabulden oluşan irade beyanlarının uyumunu ile ortaya çıkmaktadır ve sözleşme sadece sözleşenleri bağlamaktadır. Yine, sözleşmenin tarafları, sözleşmenin içeriğini de sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde belirlemektedirler. Bu nedenle, konkordatonun bir sözleşme olduğuna ilişkin görüşler, konkordatonun, “konkordatoya katılmamış veya muhalefet ederek azınlıkta kalmış”³⁵⁶ alacaklılar için de bağlayıcı olmasını açıklamakta yetersiz kalmışlar ve eleştirilere uğramışlardır.³⁵⁷

Diğer bir görüş, konkordatonun, bir mahkeme hükmü olduğunu ve bütün adi alacaklılar için

³⁵² Atalay, Armağan, s.51.

³⁵³ Tanrıver/Deyneki, s.32 ; Ulukapı, s.54.

³⁵⁴ Ulukapı, s.55.

³⁵⁵ Ulukapı, s.57 ; Pekcanmez/ Atalay/Sungurtekin / Özekes, s.381; Kuru, İflas ve Konkordato, s.404.

³⁵⁶ Ulukapı, s.60.

³⁵⁷ Tanrıver/Deyneki, .32 ; Ulukapı, s.60.

bağlayıcılık taşımasının da bundan kaynaklandığını ileri sürmüştür.³⁵⁸ Bu görüş yanlıları, konkordatonun bir yargısal tasarruf³⁵⁹ (mahkeme hükmü) olduğu noktasında birleşirken, konkordatoyu kabul edip etmemekte inisiyatifleri bulunan alacaklılar çoğunluğunun³⁶⁰ iradesinin “rolünü açıklayamamışlar ve hatta onların iradesini bütünüyle ihmal etmişlerdir.”³⁶¹ Çünkü, konkordatonun sonuçlarını doğurması için mahkemenin bir tasdik kararı gerekli ise de, mahkemenin bu tasdik kararını verebilmesinin zorunlu şartlarından birisi, konkordato teklifinin belli bir alacak miktarına sahip alacaklı çoğunluğunca kabul edilmiş olmasıdır. Kaldı ki bu görüş, konkordatoda öngörülen şartlara borçlu tarafından uyulmaması halinde “konkordatonun feshi’nin mümkün olabileceğine ilişkin hüküm karşısında da temelsiz kalmaktadır. Çünkü, “bir mahkeme hükmünün ifa yokluğu sebebiyle feshi mümkün değildir.”³⁶²

Konkordatonun hukuki niteliğine ilişkin olarak savunulan ve “kanuni işlem teorisi”³⁶³ olarak adlandırılan görüşe göre; konkordatonun esası ne sözleşme, ne de mahkeme hükmüdür.³⁶⁴ Konkordato, konkordatoya taraf olanlara kanun gereği olarak uyma zorunluluğu yaratmakta ve bu nedenle de konkordatodan doğan borçlar kanundan doğmaktadır.³⁶⁵ Nitekim, sözleşme teorisyenlerinin açıklayamadıkları; “konkordatoya katılmamış veya konkordatoya olumsuz oy vermiş olanların da konkordato ile bağlı olmaları durumunu”, bu görüş yanlıları; “kanuni zorunluluk” nedenine dayandırmışlardır.³⁶⁶ Ancak bu görüş de, konkordatonun kurulması ve sonuçlarının doğurmasını hep kanuna dayandırmakla, “alacaklıların iradesini ve mahkemenin kararını tümüyle göz ardı ettiği” gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Türk ve İsviçre Hukukunda hakim olan diğer bir görüş ise, konkordatonun; “şartların gerçekleşmesi halinde olağan cebri icra usullerinin yerini alan”³⁶⁷, iflasa yaklaşan, “borçlunun yararına kanunun düzenlediği”³⁶⁸ özel ve hafifletilmiş³⁶⁹ kolektif bir tasfiyeyi öngören cebri icra yöntemi³⁷⁰ olduğuna ilişkindir. Ancak, bu görüş de bir takım eleştirilere uğramıştır. Bu eleştiriler; konkordatoyu kabul etmeyen alacaklıların iradesinin kaynağının açıklanmamış oluşu ve iflasın yerine ikame edilmiş bir cebri icra kurumu olduğunu ileri sürmenin uygun olmayacağı, zira, konkordatonun ancak borçlunun talep etmesi halinde gündeme gelebileceği hususlarına ilişkindir.³⁷¹

Kanımızca, konkordatonun cebri icra kurumu olduğu noktasında bir tereddüt söz konusu değildir. Konkordatonun oluşması, şartlarının belirlenmesi ve hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi Borçlar

³⁵⁸ Tanrıver/Deyneki, s.33 ; Ulukapı,s.62.

³⁵⁹ Ulukapı, s.62.

³⁶⁰ Ulukapı, s.63.

³⁶¹ Tanrıver/Deyneki, s.33.

³⁶² Tanrıver/Deyneki, s.33 ; Ulukapı,s.65.

³⁶³ Tanrıver,Deyneki, s.33 ; Ulukapı, ss- 65.66.

³⁶⁴ Ulukapı, s.65.

³⁶⁵ Tanrıver, Deyneki, s.33.

³⁶⁶ Tanrıver/Deyneki, s.33.

³⁶⁷ Tanrıver/Deyneki, s.33.

³⁶⁸ Ulukapı, s.67.

³⁶⁹ Tanrıver/Deyneki, s.33.

³⁷⁰ Tanrıver/Deyneki,s.34 ; Üstündağ,İflas,s.204.

³⁷¹ Ulukapı, s.68.

Kanunu hükümleri ile değil, İcra İflas Kanunu hükümleri ile düzenlenmiştir. Prosedür başından itibaren, resmi makamların aracılığı ile yürütülmekte ve özellikle konkordatoya katılmamış veya muvafakat etmemiş alacaklılar için de bağlayıcılık taşımaktadır. Bütün bu özellikler konkordatonun bir cebri icra kurumu olduğunun açık delilleridir. Bu nedenle, yukarıdaki eleştirilerde yer alan; konkordatoyu kabul etmeyen alacaklıların iradesini açıklamakta yetersiz kalındığına ilişkin görüş temelsizdir. Zira, cebri bir anlaşma olması nedeniyle, konkordatoya muhalefet etmiş ve azınlıkta kalmış olanlar da konkordato ile bağlanmaktadırlar. Konkordato icra veya iflas takibi gibi bir takip yolu da değildir. Burada, alacaklıların borçluyu ne cüz'i ne de külli takipleri söz konusudur. Aksine, konkordato borçlunun muhtemel takiplerden, özellikle de, iflastan kurtarılmasını amaçlamaktadır.³⁷²

Yine, 4949 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, konkordatonun dürüst borçlunun yararına düzenlendiğinin söylenemeyeceği kanısındayız. Ayrıca, bütün bu görüşler içersinde eksik olduğunu düşündüğümüz bir yön de, konkordatonun yeniden yapılandırmayı hedefleyen ve borçlu menfaati yanı sıra, alacaklıların da menfaatini korumayı amaçlayan ve dolayısıyla da, kamusal menfaati hedefleyen bir kurum olduğunun belirtilmemiş veya vurgulanmamış oluşudur. Nitekim, 4949 sayılı Kanun ile, alacaklılara da borçlunun iradesi olmaksızın konkordato talep edebilme imkanı getirilmiş olması, konkordatonun alacaklıları ve sonuçta da kamusal yararı koruma amacı güden, bir cebri icra kurumu, cebri bir anlaşma olduğu konusundaki fikrimizi teyit etmektedir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun hukuki niteliğini açıkladığımız bölümde de ayrıntısıyla anlatıldığı üzere, konkordato ile uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumları bir çok yönden birbirine çok benzemektedir. Bununla birlikte, yeniden yapılandırma kurumu, özellikle 4949 sayılı Kanun'dan sonra değişen konkordato bağlamında konkordatoya benzeyen, ancak, konkordatodan ayrılan esaslı yönü ile de, kendine özgü cebri bir yeniden yapılandırma kurumudur. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma, şartların gerçekleşmesi halinde olağan cebri icra usullerinin yerini alan ve fakat projeden etkilenmeyen alacaklıların alacaklarını mevcut haliyle alabilmeleri nedeniyle kollektif bir takip ve tasfiyeyi içermeyen, konkordatoya benzeyen ve fakat konkordatoya oranla çok daha kapsamlı yöntemleri bünyesinde barındırabilen kendine özgü bir cebri icra yöntemidir.

2.2.2. İflasın Ertelenmesi Kurumu İle Karşılaştırılması

Buna karşılık iflasın ertelenmesi kumunu, başlı başına bir yeniden yapılandırma kurumu olarak kabul etmek pek mümkün değildir. Öğretide; “bu kurumun bizatihi bir iyileştirme tedbiri olmaktan çok, iyileştirme tedbirlerinin uygulanmasına imkan sağlayan bir hukuki süreç niteliğinde olduğu vurgulanmış”³⁷³ ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma ve konkordato prosedürlerine başvurulmak

³⁷² Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özkes,ss.381- 382.

³⁷³ Altay,ss.1372-1373'den Ahmet Türk, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara,1999,s.317.

için borçlulara süre verilmesini sağlayan bir kurum olarak yararlı bir fonksiyon yerine getireceği belirtilmiştir.³⁷⁴ Nitekim, İcra ve İflas Kanunu değişiklik taslağını hazırlayan komisyon da, iflasın ertelenmesi kurumunun, yeniden yapılandırma ve rehabilitasyon konusunda önemli bir araç olacağı fikrine sahiptirler.³⁷⁵ İflasın ertelenmesi kurumu, bir kurtarma prosedüründen ziyade, zamansız bir iflasın tamiri mümkün olmayan sonuçları karşısında bir emniyet supabı görevi görmektedir.³⁷⁶

Bu hukuki imkan, şirkete sağladığı tatil etkisi nedeniyle, geçici bir süre için, şirketin yeniden yapılandırılmasına zemin hazırlamaktadır. İflasın ertelenmesi kurumunun özünü oluşturan erteleme tedbirlerinin nitelik itibarıyla bir geçici koruma tedbirleri olması³⁷⁷ da, bu nitelendirmenin doğruluğunu göstermektedir.

Öncelikle bu kurum, konkordato veya uzlaşma yoluyla sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılmasında olduğu gibi, alacaklıların katılımına açık değildir. Alacaklılarla varılan bir uzlaşma söz konusu değildir ve alacaklıların muhalefetine rağmen, sürecin devam edebilmesi mümkündür.³⁷⁸ Burada sadece şirkete bir fırsat verilmekte ve şirketin bu fırsatı iyi değerlendirmesi halinde, şirket yeniden yapılandırılabilir bir hale gelmektedir. Çünkü erteleme sonucunda şirketin aciz halinin halen devamı mümkün olabilecektir. Burada esas olan şirketin borca batıklığının erteleme süresince ortadan kalkmasıdır. Yani, şirketin iyileşme ümidini varlığı halinde, borca batıklık nedeniyle iflastan kurtulması amaçlanmaktadır.

İflasın ertelenmesi sadece bir erteleme olup, bir cebri icra aracı değildir. Sermaye şirketinin durumu hakimin erteleme kararıyla dondurulmuştur. Bir kayyımın tayin edilmesi imkanı, bu kurumu konkordatoya ve bir ölçüde uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya yaklaştırmaktadır. İflasın ertelenmesi kurumu, ya şirketin iyileştirilmesine ya iflasa veya konkordatoya veyahut ta uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına götüren bir süreçtir.³⁷⁹

Nitekim öğretide de, erteleme kurumu ile “şirketin borca batık olmaktan çıkması yeterli görülerek, şirketin bütün borçlarını ödemiş ve sermayenin karşılığının tamamen yerine koymuş olmasının beklenmemesi gerektiği, uygulanan iyileştirme tedbirleriyle şirketin borca batıklıktan kurtulup, üçte iki veya ½ sermaye kaybı durumuna getirilmesinin iflas kararının kaldırılması için yeterli olacağı”³⁸⁰ belirtilmiştir.

İflasın ertelenmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak bağımsız bir dava³⁸¹, dava içinde hadise³⁸²,

³⁷⁴ Altay, s.1374.

³⁷⁵ Oğuz Atalay, “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, Sayı.47, 2003,s.94.

³⁷⁶ Özbek, s.29.

³⁷⁷ Atalay, İflasın Ertelenmesi, s.95.

³⁷⁸ Özbek,ss.32-33.

³⁷⁹ Özbek, s.30.

³⁸⁰ Balcı, İflasın Ertelenmesi, s.313’den İsmail Kayar, YD. C.,26,S.3, 2000,s.489,dn.13.

³⁸¹ Balcı, İflasın Ertelenmesi,s.126.

³⁸² Altay,s.1376.

çekişmesiz yargı işi³⁸³, geçici hukuki koruma görüşleri³⁸⁴ ileri sürülmüştür.

Öncelikle, iflasın ertelenmesinin bağımsız bir dava değildir. Zira, iflasın ertelenmesi, şirket tarafından da, alacaklı tarafından da talep edilse, karşı tarafa yöneltilmiş subjektif bir hakka ilişkin bir talep içermemektedir. Ayrıca, erteleme talebi, iflas davası içinde ve onun bir parçasıdır. İflasın ertelenmesi, Borca batıklık nedenine dayalı iflas davası içerisinde gündeme geldiği için, bu davadan ayrı ve bağımsız olarak düşünülmemelidir. Zira, mahkemenin asıl faaliyeti iflas talebi hakkındaki yargılamadır ve her halükarda mahkeme sonuçta iflas talebi hakkında karar verecektir. Kaldı ki, erteleme talebinin, borca batıklık bildirimine dayalı iflas davasının dışında ayrıca ve bağımsız olarak ileri sürülmesi mümkün değildir.³⁸⁵

İflasın ertelenmesinin bir çekişmesiz yargı işi olduğuna yönelik olarak ileri sürülen görüşler de, çekişmesiz yargı işlerinin, herhangi bir davaya bağlı olmaksızın, tek başına mahkemeye başvurulabilecek işler olması ve ertelemenin incelendiği, şirketin doğrudan iflas talebi üzerine yapılan yargılamanın da bir çekişmesiz yargı işi olduğu düşünülürse, ertelemenin de çekişmesiz yargı olarak kabulü halinde, “çekişmesiz yargı işi içinde çekişmesiz yargı gibi” kabulü ve açıklanması zor bir durum ile karşı karşıya kalınacağından eleştirilmiştir.³⁸⁶

İflasın ertelenmesinin bir hadise(ön sorun) olarak kabulünün de, iflasın ertelenmesinin, iflas talebi hakkında bir karar verilebilmesi önceden çözülmesi gereken bir sorun olmaması, aksine, erteleme talebinin kabulü kararının, aslı talep olan iflas kararını ertelemesi nedenleriyle, mümkün olmadığı ifade edilmiştir.³⁸⁷

İflasın ertelenmesi, geçici bir hukuki koruma tedbiridir.³⁸⁸ Bu tedbir daha çok düzenleme ağırlıklı ve içerisinde ihtiyati tedbirleri de barındıran, bu yönüyle de, geçici bir hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati tedbiri de aşan bir özellik taşımaktadır. Öncelikle, iflas yargılamasından bağımsız olmayıp, ancak borca batıklık nedenine dayalı olarak iflasın talep edildiği bir yargılama içerisinde ileri sürülen bir talep olması nedeniyle, geçici bir koruma tedbidir. Ayrıca, belirli bir süre ile geçerli oluşu ve bu süre içinde öngörülen düzenlemelerin(takip yasağı, takipleri durması ve kayyım atanması gibi) geçici bir nitelik taşıması da iflasın ertelenmesinin geçici bir hukuki koruma tedbiri olduğunu göstermektedir. Zira, geçici hukuki korumalara ilişkin; yargı organlarınca karar verilme, her iki tarafça da istenebilme, basit ve çabuk yargılama uyarınca verilebilmesi, bağlayıcı ve zorlayıcı olması, yaklaşık ispatla ve karşı tarafın dinlenilme zorunluluğu olmadan verilebilecek olması gibi tüm özellikleri bünyesinde taşımaktadır.³⁸⁹

³⁸³ Öztekin, s.47.

³⁸⁴ Özekes, ss.3256-3257.

³⁸⁵ Atalay, Borca Batıklık, ss.54-55.

³⁸⁶ Atalay, Borca Batıklık, s.56.

³⁸⁷ Atalay, Borca Batıklık, ss.56- 57.

³⁸⁸ Özekes, ss.3256-3258 ; Atalay, Borca Batıklık, s.59.

³⁸⁹ Özekes, ss.3256-3257.

Buna karşılık, geçici hukuki korumaların başlı başına temyiz edilemeyecek oluşu açısından iflasın ertelenmesinin geçici hukuki koruma tedbiri olduğu tezi eleştiriye uğrasa da, kanımızca, iflasın ertelenmesi kararının erteleme sürecinin sonucunun olumlu sonuçlanması halinde bir nevi iflas talebinin reddi olarak yorumlamak ve bu kararın da temyiz edilebileceğini ileri sürmek mümkün olduğu gibi, alacaklıların menfaatleri gereği de erteleme kararının temyizi mümkün görülmelidir³⁹⁰.

2.3. ETKİLERİ VE SONUÇLARI AÇISINDAN

2.3.1. Konkordato ile Karşılaştırılması

2.3.1.a) Tasdik Kararının Verilmesi, İlanı ve Kararın Etkilerinin Başlangıcı Bakımından

Ticaret Mahkemesi, kanunda belirtilen şartların bir arada gerçekleştiğini tespit edip, konkordatonun da başarı ihtimali taşıdığına kanaat getirdiği takdirde, konkordatoyu tasdik edecektir. Tasdik için aranacak en önemli koşul, konkordatonun başarı ihtimali ile, borçlunun teklifinin kaynakları ile orantılı olmasıdır. Kanunda tasdik için öngörülen şartların hepsi birlikte "kümülatif" olarak aranacaktır.³⁹¹ Çünkü bu şartların bazılarının ihmal edilmesi hususunda mahkemeye takdir hakkı bırakılmamıştır.³⁹² Yine konkordatoda tasdik için, m.298,I,3 uyarınca konkordato işlemlerinin yerine getirilmesi amacıyla teminat göstermesini ararken, yeniden yapılandırmada isabetli olarak böyle bir teminat koşuluna yer verilmemiştir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, borçlunun bu kurumu iyi niyetle başvurmuş olması gerekmekte ve kanunda belirtilen diğer koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

İİK m.300 uyarınca, konkordatonun tasdik talebine ilişkin red veya onama kararları kesinleştikten sonra, mühlet kararının yayınlandığı gazetede ilan edilecektir. İlan edilen bu karar ayrıca, icra dairesine, tapuya, mahalli ticaret odalarına, sanayi odalarına ve borsalara ve borçlunun sıfatına göre, evvelce ihbar edilmiş ise, ticaret sicili memurluğuna ve gemi sicil memurluğuna tebliğ olunur. İlan ile birlikte, mühletin tüm etki ve sonuçları ortadan kalkacaktır.³⁹³ Konkordatoda mühletin sonuçları mühlet kararının ilanı(m.288,I) ve konkordatonun sonuçları tasdik kararının kesinleşmesi üzerine yapılacak ilandan itibaren doğmaktadır.

Yeniden yapılandırma ise, yeniden yapılandırmanın tüm hüküm ve sonuçları tasdik kararının verilmesinden itibaren doğmakta, kararın kesinleşmesi gerekmemektedir.Yine, uzlaşma yoluyla

³⁹⁰ Atalay, Borca Batıklık,s.114.

³⁹¹ Ulukapı,s.43; Kuru, Konkordato ve İflas,ss.474-475.

³⁹² Tanrıver/Deynekli, s.74.

³⁹³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin / Özkes,s.409.

yeniden yapılandırma, başvurunun ilanı öngörülmesine rağmen, tasdik kararının ilanına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

2.3.1.b) Alacaklara Etkisi Bakımından

Konkordatonun alacaklara etkisi ile ilgili olarak öncelikle, “konkordatonun tasdiki ile birlikte alacaklıların alacağının mahiyetinin değişmediği, sadece öngörülen konkordatonun içeriğine bağlı olarak miktarında ve/veya vadesinde bir değişiklik yarattığı ve bu nedenle de alacağın yenilenmesi (tecdit edilmesi) olarak yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir. Yani, konkordato ile eski borç ortadan kaldırılıp, yerine yeni bir borç yaratılmamaktadır.³⁹⁴ Nitekim, bir borcu sona erdirip yeni bir borç meydana getirmek amacı güdülmeksizin, bir borcun vadesinde değişiklik yapılması tecdit sayılmaz.³⁹⁵

Nitekim, Borçlar Kanunu m.114’ de düzenlenmiş olan tecditin (yenileme) şartları şu şekilde belirlenmiştir: Öncelikle, yenilemenin söz konusu olabilmesi için, eski borç ortadan kaldırılıp yeni bir borç meydana getirilmelidir. Ayrıca, yeni doğan borcun eski borçtan farklı bir borç olması gerekmekte ve tarafların yenileme için açıkça anlaşmış olmaları gerekmektedir. Yenilemenin bir diğer önemli özelliği de, yeni borç eskisinden tamamen bağımsız olduğu için, eski borcu sakatlayan sebepler ve eski borçla ilgili itiraz ve def’iler yeni borç için ileri sürülemeyecektir. Özellikle, konkordatoda borç ilişkisine ait her türlü def’inin ileri sürülebilmesi nedeniyle, borç yenilenmemektedir.³⁹⁶ Konkordato, alacaklar için sadece miktar ve zaman veya sadece zaman bakımından mecburi olup, bunun dışında alacağın mahiyetinde bir değişiklik yaratmaz ve borcu tecdit etmez.³⁹⁷

Konkordato eski borcu ortadan kaldırıp, yerine yeni bir borç ikame etmemekte, aksine, borcun hukuki sebebi ve buna dayalı hukuksal ilişki konkordatodan etkilenmeyip, ayniyetini muhafaza etmektedir.³⁹⁸ Kanımızca da, konkordato borcun mahiyetinde bir değişiklik yaratmadığından konkordato ile borcun tecdit edildiği söylenemeyecektir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, borçlunun kanunda öngörülen hususları içermek üzere hazırladığı projeyi projeden etkilenen alacaklıları ile müzakere edecek olması ve müzakere sürecine borçlu insiyatifinin hakim olması nedeniyle, projede öngörülerek kabul edilmesi kaydı ile, alacağın “hukuki niteliğinde değişiklik yapılması yani, alacağın tecdit edilmesi dahi mümkün olacaktır. Kanunda her ne kadar buna ilişkin açık bir düzenleme yer almamışsa da, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın esas olarak borçlu ile alacaklıların uzlaşmasına dayanması bunun en önemli gerekçesidir. Kaldı ki, adi konkordato ile sadece borçlar vade veya miktar ya da her ikisi birlikte

³⁹⁴ Ulukapı, s.90.

³⁹⁵ Oğuzman/Öz, s.s.420,dn.30.

³⁹⁶ Ulukapı, s.90.

³⁹⁷ Kuru, İflas ve Konkordato, s.486 ; Ulukapı,ss.89-90

³⁹⁸ Altay, s.971.

yapılandırılırken, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada bu tür bir zorunluluk şart değildir. Yani, borçlu projeden etkilendirdiği alacaklıların borçlarının vadesinde ve/veya miktarında herhangi bir yeniden yapılandırma öngörmeye de bilir. Zira, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma esas olarak şirketin yeniden yapılandırmasını amaçladığı için, borçların yeniden yapılandırılmasına ilişkin tedbirler yanı sıra şirket veya kooperatifi yaşatmaya yönelik yapısal, finansal veya organizasyonla alakalı tedbirler içerebilecektir.³⁹⁹ Kaldı ki, adından da anlaşılacağı üzere, “yeniden yapılandırma” da, borçlunun alacaklılarına olan borçlarının sadece vade ve/veya miktarında bir değişikliğe gidilmesi söz konusu olmayıp, borçların ve borçların kaynağı olan hukuki ilişkinin sonlandırılarak yeniden yapılandırılması söz konusudur. Yani, “yeniden yapılandırma” kavramı dahi, mevcut borç ilişkisinin sukut edilerek, yeniden yapılandırılmasını öngörmektedir. Nitekim, yeniden yapılandırmanın sözleşmelere etkisine ilişkin m.309/r hükmü kanımızca açıkça tecditi öngörmektedir.⁴⁰⁰ Nitekim, bu hükme göre, yeniden yapılandırma projesi, projeden etkilenen alacaklılarca yapılan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelecektir. Ancak, borçlunun daha önce yapmış olduğu bazı sözleşmeleri saklı tutması mümkündür. Yani, kural olarak, yeniden yapılandırmada, eski borcun sukut ettiği ve projenin tasdiki ile yeni bir borç tesis edildiği, ancak borçlunun bazı borç ilişkileri için bunun aksini öngörmesinin mümkün olduğu açıktır.

Kural olarak tasdik edilerek kesinleşen konkordato; alacakları mühlet kararından önce veya komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar doğmuş bütün alacaklar için mecburidir. Buna konkordatonun bağlayıcılık veya zorunluluk ilkesi denilmektedir.⁴⁰¹

Tasdik edilmiş ve kesinleşmiş olan konkordato, konkordatoya red oyu vermiş veya alacağını konkordatoya kaydettirmemiş olan alacaklılar için de mecburidir. Bunun anlamı, borçlu bu alacaklılara da konkordatoda belirtilen koşullar uyarınca ödeme yapacaktır.⁴⁰² “Bu husus, konkordatoya tabi bütün alacaklılar bakımından “eşitlik ilkesi”nin bir sonucudur.”⁴⁰³ Kanunda sayılan istisnalar haricindeki(rehinli ve imtiyazlı alacaklılar) bütün alacaklılar, konkordato şartlarına tabi olacaklardır.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise proje tasdik edildiği anda, projeden etkilenen tüm alacaklılar için mecburi ve zorunlu olup, projeden etkilenmeyen alacaklıların alacakları yeniden yapılandırmadan etkilenmezler. Zira, borçlu yeniden yapılandırma teklifini, tüm alacaklılarına değil, projeden etkilendirmeyi düşündüğü ve tamamen kendi tercihine göre belirlediği alacaklılarına yöneltmektedir. Hatta, borçlu projeden etkilendirdiği alacaklılarını sınıflara ayırarak her bir sınıfa farklı önerilerde de bulunabilecektir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada esas olan sınıflar içindeki alacaklılara eşit davranılması olup, sınıflar arasında bir eşitlik sağlanması gerekmez.

³⁹⁹ Taşpınar Ayvaz, s.283.

⁴⁰⁰ Bkz.yukarıda s.105 vd.

⁴⁰¹ Ulukapı,ss.84-85 ; Kuru, İflas ve Konkordato,ss.483-486.

⁴⁰² Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özkes ,s.410.

⁴⁰³ Ulukapı, s.85.

Konkordato da mühlet içinde, komiserin onayıyla akdedilmiş borçlar, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, yahut, sonraki bir iflasta, masa borcu sayılır(m.303). Bu da konkordato hükümlerine getirilen bir diğer yeniliktir. Zira, konkordato mühleti almış bir borçluya finansman temin edecek kreditor bulmak kolay olmayacağından, kanun koyucu borçlunun finansman ihtiyacını göz önüne alarak, bu süreçte borçluya finansman sağlamayı bir nebze olsun cazip hale getirmeye çalışmıştır. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma da ise, borçluya ara dönemde finansman sağlamış alacaklılara sadece, alacaklarını kısmen ya da tamamen alamamaları halinde, m.309/t uyarınca borçlunun iflasını isteme yetkisi verilmiştir.

4949 sayılı Kanun ile getirilen m.289,IV'den önce, konkordatonun, alacağın aslı dışında faiz alacaklarına nasıl bir etkisi olacağı kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğundan, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, konkordatonun sadece borcun aslına ilişkin olduğunu iddia etmesine rağmen,⁴⁰⁴ başka bir görüş, konkordatoda faizin işleyeceğini fakat bunun konkordato kapsamında talep edilebileceğini belirtmiştir. Yargıtay'ın yaklaşımı da, konkordatoda aksine bir hüküm olmadıkça faizin işlemesi gerektiği yönünde olmuştur.⁴⁰⁵

Ancak, 4949 sayılı Kanun ile getirilen m.289,IV'de açıkça, konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesini durdurur...”denilerek, bu konudaki tartışmalara bir son verilmiş olmaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, konkordatoda aksi öngörülmedikçe, konkordatoya tabi borçlar için sadece, mühlet kararının verildiği tarihe kadar faiz işleyecek, mühletten sonra da faiz işlemeyecektir.⁴⁰⁶ Bu hükümle, kanun koyucunun konkordato başvurularını teşvik etmek istediği açıktır.⁴⁰⁷

Bu konuda uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada herhangi bir kanun hükmüne yer verilmemiştir. Bu husus, borçlunun alacaklıları ile varacağı uzlaşmaya bırakılmıştır.

Konkordatoda, rehinli alacaklıların, rehinin kıymetin karşılaman miktardaki alacakları ile, İİK'nın 206.maddesinin birinci fıkrasında sayılan Devlet alacakları için konkordato mecburi olmayacaktır. Yani, borçlu, gerek rehinli alacaklının alacağını rehinin kıymeti ile, gerekse 206.maddenin birinci fıkrasında belirtilen amme alacaklarını (muayyen eşyadan alınması gereken gümrük resmi ve akar vergisi, malın aynından alınması gerekli Devlet alacakları) aynen ödemekle yükümlüdür. “Rehinli alacaklı, sadece alacağının rehinle karşılanmayan kısmı bakımından konkordato koşullarına tabi olacaktır.”⁴⁰⁸

Ayrıca, konkordatoya kaydettirilmiş ve kabul edilmiş olan imtiyazlı alacaklar(m.206) da konkordatoya tabi olmayıp aynen ödenecekler, konkordatodan etkilenmeyeceklerdir. Ancak, Kanunun

⁴⁰⁴ Kuru, İflas ve Konkordato, ss.485-486.

⁴⁰⁵ Ulukapı, ss.87-88.

⁴⁰⁶ Kuru, El Kitabı, s.1300.

⁴⁰⁷ Altay, s.961.

⁴⁰⁸ Ulukapı, s.89 ; Kuru, El Kitabı, s.1302.

konkordatodan etkilenen alacakları düzenlendiği 303.maddesinde sadece 206.maddenin birinci fıkrasında sayılan Devlet alacakları ifadesi kullanılmış ve diğer imtiyazlı alacaklara yer verilmemiştir. Buna karşın 298.maddenin birinci fıkrasının 3 numaralı bendinde, bu alacakların tam olarak ödenecekleri belirtilmiştir. O halde, bu iki hükmün birlikte yorumlanmasından varılacak sonuç, 206.maddenin ilk 3 sırasında sayılan imtiyazlı alacaklar da ödeme bakımından konkordatodan etkilenmeyecekler ve fakat bunun dışındaki hükümler bakımından ise bir adi alacak gibi etkileneceklerdir.⁴⁰⁹ İmtiyazlı alacakların konkordatoda öngörülen ödeme şartlarından etkilenmeyip, konkordatonun diğer hükümlerinden etkilenmesine ilişkin olarak; “konkordatonun bir yüzde konkordatosu olması halinde, imtiyazlı alacaklının alacağını öngörülen bu yüzdeye tabi olmaksızın almasına rağmen, konkordato faizsiz olarak kabul edilmişse, bu imtiyazlı alacaklılar için de faiz ödenmeyeceği örneği verilmektedir.”⁴¹⁰

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise imtiyazlı alacaklar ile rehinli alacaklar için bu tür bir ayrıcalık yasal olarak söz konusu değildir. Borçlu dilerse bu alacaklıları dahi projeden etkilendirebilecektir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada etkilenmeyen alacaklar, borçlunun kendi iradesi uyarınca belirleyerek projeden etkilendirmediği alacaklardır.

2.3.1.c) Konkordato Kapsamı Dışı Kalan Borçlar İçin Borç Ödemeden Aciz Belgesi Düzenlenmemesi(İbra Etkisi) Açısından

Konkordatonun sonuçlarından birisi de, borçlunun konkordato şartları uyarınca borçlarını ödeyerek, konkordatoda ödeneceği öngörülmeleyen borçlarından kurtulmasıdır. Bu halde, alacaklılara, bakiye kısım içi borç ödemeden aciz belgesi düzenlenmemektedir.⁴¹¹

Öğretide, borçlunun konkordato ile ödemekten kurtulduğu bu bakiye borcun niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, borçlunun bakiye borçtan kurtulması nedeniyle, konkordatonun ibra sonucunu doğurduğunu ileri sürmüştür; diğer görüş ise, bakiye borcu tabi borç olarak nitelmiş ve bu nedenle, borçlu tarafından ödendiği takdirde, bu ödemenin geçerli sayılacağı ve geri alınmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür.⁴¹² Yargıtay’ın konuya yaklaşımı ise, konkordato kapsamı dışında kalan borcun tabi borç olmadığı ve bu nedenle, borçlu tarafından ödenmesi halinde geri alınabileceği şeklindedir.⁴¹³

ULUKAPI’da; “borçlunun konkordato kapsamında borcunu yerine getirmesi taliki şarta bağlı bir ibra sonucunu doğurmaktadır. Konkordatoda ibraya konu olan borcun borçlu tarafından kendi isteğiyle veya hataen ödenmiş olması halinde, sebepsiz zenginleşme veya istirdat davası açılacaktır.”⁴¹⁴

⁴⁰⁹ Pekantez/Atalay/Sungurtekin/Özkes ,s.410.

⁴¹⁰ Ulukapı, s.89.

⁴¹¹ Ulukapı, s.90.

⁴¹² Ulukapı, s.91; Kuru, El Kitabı,ss.1301-1302.

⁴¹³ Altay, s.964.

⁴¹⁴ Ulukapı, s.91; Altay,s.962.

diyerek, tabi borç yaklaşımını kabul etmemiştir. Kanımızca da, konkordato projesinde ödenmesi öngörülenler dışındaki borçlardan, konkordato borçlusu ibra edilmiş olduğundan, borçlu bu borcunu öderse sebepsiz zenginleşme veya istirdat davası ile geri alabilecektir. Zira, konkordato en azından 4949 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, dürüst borçlu için öngörülmuş hukuki bir lütuf veya imkan olarak algılanamaz.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma projesi tasdik edilmekle, projeden etkilenen alacaklıların proje kapsamındaki borçlarının projede ödeneceği öngörülenler haricindeki alacak kısımları açısından ibra edilmiş olacaktırlar. Her ne kadar kanunda buna ilişkin açık bir hükme rastlamak mümkün değilse de, amaca uygun olan budur. İbra etkisini çağrıştıran tek hüküm, tasdik kararına esas olan yeniden yapılandırma projesinin projeden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın alacaklılarca yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce geleceğine ilişkin m.309/r,I hükmüdür. Yani, yeniden yapılandırma projesinin tasdiki ile, projenin borçlunun daha önce yapmış olduğu tüm sözleşmelerden önce uygulanacağı ve iki sözleşme arasında bir çelişki olduğu durumda, projenin geçerli olacağı vurgulanmıştır.

2.3.1.d) Hacizlere ve Takiplere Etkisi Bakımından

Konkordato da, konkordato talebi üzerine mühlet kararı verilmesi halinden mühletin takip yasağına ilişkin etkileri ilandan değil, mühlet kararının verildiği andan itibaren doğacağından, mühlet süresince borçluya karşı kural olarak takip yapılamayacak ve mühletten önce başlamış olan takipler de duracaktır(m.289,I).

Ancak, mühletten önce durmuş olan takiplerin konkordatonun tasdik kararı ile düşüp düşmediği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, İİK m.304 açık hükmü nedeniyle, sadece mühletten önce yapılan hacizlerin konkordatonun tasdiki ile düşeceğinin belirtildiğini ve takiplerin düşeceğine dair iflasta olduğu gibi(m.193,II) bir hükmün konkordato mevzuatımızda yer verilmediğinden bahisle, takiplerin düşmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür.⁴¹⁵ Bu görüş uyarınca da, mühlet süresince borçlu hakkında takip yapılamayacağı gibi, daha önce başlamış olan takiplerin de duracağına yönelik takip yasağı, tasdik kararı ile birlikte sona ermektedir. Dolayısıyla, bu sürede mühlet içinde durmuş olan takiplere konu alacaklar, borçlu tarafından konkordatoda öngörülen koşullarda ödenmezse bu takiplere devam edilebileceği gibi, yeni takipler de yapılabilecektir.

Mühletten önce başlamış olan ve mühlet süresince duran takipler nedeniyle haciz de yapılmışsa ve fakat hacizli mallar henüz paraya çevrilmemişse, konkordatonun tasdik kararı ile birlikte hacizler düşecektir. Ancak, sadece haciz yapılmamış aynı zamanda mallar muhafaza altına alınmış ise, hacizlerin düşeceğine ilişkin hükümden hareketle, bu malların da borçluya iadesinin gerekeceği

⁴¹⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özeker, s.411 ; Kuru, El Kitabı,s.1305.

açıktır.⁴¹⁶

Bir diğer görüş ise, konkordato feshedilmediği sürece bu takiplere devam edilmemesi gerektiği, yani, konkordatonun tasdiki ile sadece hacizlerin değil, takiplerin de düşmesi gerektiğine ilişkindir.⁴¹⁷

Kanımızca, konkordatonun tasdiki ile(tasdik kararının kesinleşmesi ile)⁴¹⁸ m.304'de açıkça sadece hacizlerin düşeceğiinden bahsedilmiş olduğu için, takiplerin de düşeceğini ileri sürmek mümkün olmamalıdır. Kanunda hacizlerin düşeceğinin belirtilmesinin sebebi, konkordato talebi tasdik edilen borçlunun malları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine imkan tanımaktır. Borçlu borçlarını konkordatoda öngörülen şartlarla ödeyerek, zaten takipleri düşürmek imkanına sahip olduğundan, alacaklıların zararına olarak, borçlunun borcunu konkordato şartlarına göre ödememesi halinde tekrar yeni takip açmalarını öngörmenin borçluya bir yararı olmadığı gibi açıkça alacaklıların zararına olacaktır. Bu nedenle, konkordatonun tasdik kararının kesinleşmesi ile, sadece hacizler düşecek, takiplere ise ortadan kalkmadığından devam edilebilecektir. Yargıtay' da aynı görüştedir.⁴¹⁹

Yukarıda incelendiği üzere, konkordatoda kanun hükmü uyarınca mühlet süresince doğan takip yasağı etkisi, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada, ara dönemde, kanun gereği kendiliğinden doğmamakta mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Zira, m.309/ö,III uyarınca, mahkeme projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takiplerin ve bu takiplerle ilgili davaların 6183 sayılı Kanuna göre yapılacak takip ve davaları da kapsayacak şekilde durdurulmasına, yeni icra takibi yapılmasının projeden etkilenen alacaklılar bakımından yasaklanmasına, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına karar verebilecektir. Burada mahkemenin takdir yetkisi söz konusudur. Kanuni bir zorunluluk yoktur.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma projesinin hükümleri projenin tasdik kararının verilmesi ile doğmaktadır. Kesinleşmesi şart değildir. Yukarıda sözü edilen ve ara dönemde mahkemece alınan takip ve dava yasağının bir ara dönem tedbiri olduğu açıktır. Bu nedenle bunların tasdik kararı ile birlikte devam edip etmeyeceği konusunda kanunda herhangi bir düzenleme olmadığından, kanımızca tüm tedbirler gibi, mahkeme tasdik kararında devam edeceğini belirtmediği sürece kalkmalıdır. Tasdik kararının kesinleşmesinin duran takip ve davalara ilişkin etkisinin ne olacağına dair de kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda konkordatodaki hükümlerden kıyas yoluyla yararlanarak, hacizlerin, hacedilmiş malların borçlunun kullanımına sunulması için düşeceğini ve ayrıca takiplerin de, özellikle projenin hükümlerinin yerine getirilmeyerek feshinin gündeme gelebileceği göz önüne alınarak mahkeme kararı ile durdurulan takiplerin düşmeyip bu takiplere

⁴¹⁶ Pekantez/Atalay/Sungurtekin/Özekes,ss.410-411 ; Kuru, El Kitabı,s.1305.

⁴¹⁷ Altay, ss.957-958.

⁴¹⁸ Kuru, El kitabı, s.1305.

⁴¹⁹ Kuru, El Kitabı, ss.1305-1306.

devam edilebileceğinin savunulması uygun olacaktır.⁴²⁰

Ayrıca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma konkordatodan farklı olarak sadece takipleri değil, takiplerle ilgili davaları da ara dönemde durdurmaktadır. Yeniden yapılandırmanın tasdiki ile, projeden etkilenen alacaklıların duran davalarına da devam edilecektir. Zira, projeden etkilenmeyen alacaklılar içi zaten ara dönem süresince herhangi bir takip veya dava yasağı söz konusu değildir.

2.3.1.e) Konkordato Dışı Vaatlere Etkisi Bakımından

Borçlu, konkordatoya tabi borçlarını, konkordato projesinde öngördüğü şekilde ve alacaklıları arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, eşitlik ilkesi uyarınca ödemekle yükümlüdür.⁴²¹

Bu ilkenin gereği olarak İİK m.396'da; "borçlu tarafından konkordato şartlarından fazla olarak, alacaklılardan birine yapılan her vaat (vait) hükme hacet kalmaksızın batıldır" denmiştir. Borçlunun bu hükme aykırı olarak yaptığı ödeme veya vaat hükümsüz olduğu gibi, borçlunun m.333 uyarınca cezai sorumluluğuna da yol açar.

Nitekim, borçlunun bu vaadinin ortaya çıkması, aynı zamanda borçlunun kötü niyetine delil teşkil edeceğinden, alacaklıların bu sebebe istinaden konkordatonun feshini talep etmelerine de yol açar.⁴²²

Böyle bir konkordato borçlusu, sonradan iflas ederse, hileli müflis sayılacaktır (m.311,I,b,7). Bu halde işlemin tarafları, yani borçlu ile beraber bu işlemi yapan da cezalandırılacaktır.⁴²³

Konkordato dışı vaadin, 3.bir kişi tarafından yapılması halinde de bu vaadin batıl sayılıp sayılmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Zira burada, borçlunun söz konusu yasaktan sıyrılmak için, bu vaadi 3.bir kişiye yaptırmış olacağı şaibesi ortaya çıkacaktır.⁴²⁴ Kanımızca, burada somut olayın özelliği gözetilerek bir karar verilmelidir.

Bu konuda uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada konkordatodaki gibi açık bir hükme yer verilmemişse de, yeniden yapılandırmada da bu tür bir olayın tespiti halinde yeniden yapılandırmanın kötü niyetle feshi mümkün olabilecektir. Zira, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın tasdik koşullarından birisi açıkça borçlunun yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurmuş olmasıdır. Borçlunun sadece projenin tasdikini sağlamak adına, projeden etkilendirdiği alacaklılarından bazılarını proje dışı vaatlerde bulunması, bu tasdik koşulunun gerçekleşmesini engelleyeceği gibi m.309/s'nin m.308'e yaptığı atıf uyarınca projenin tamamen feshine neden olması da mümkündür. Kaldı ki kanımızca yeniden yapılandırmaya ilişkin cezai hükümlerin bu konuda da eksikliği söz

⁴²⁰ Taşpınar Ayvaz, s.400.

⁴²¹ Kuru, El Kitabı,s.1311 ; Altay,s.967.

⁴²² Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin/Özekes ,s.413 ; Kuru, El Kitabı,s.1312.

⁴²³ Altay, s.967 ; Kuru, El Kitabı,s.1312

⁴²⁴ Altay, s.968.

konusudur. Bu nedenle bu hareketi ayrıca cezai yaptırım altına alan m.333'e yeniden yapılandırmanın da eklenmesi gerekir.

2.3.1.f) Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi Bakımından

Herhangi bir alacak için, konkordato borçlusunu ile beraber müşterek borçlu veya kefiller de bulunabilir. Konkordatonun kefillere, müşterek borçlulara ve borcu üstlenen kişilere etkisi İİK.m.295' de düzenlenmiştir.

Buna göre, konkordatoya kabul oyu vermeyen alacaklı, müşterek borçlu veya kefile karşı tüm haklarını muhafaza ettiğinden, konkordato yapılmamış gibi, alacağının tamamını isteyebilecektir(m.295,I). Yani, alacaklı, konkordato yapılmamış gibi, müşterek borçlu ve kefillerinden alacağının tamamını isteyebilecektir.⁴²⁵

Alacaklı, konkordatoya muvafakat etmiş olmakla beraber, alacaklılar toplanmasının yer, gün ve saatini müşterek borçlu ve kefillere bildirmiş ve onlara kendi haklarını ödeme mukabili temlik etmeyi teklif etmiş ise, müşterek borçlu veya kefillerden alacağını yine aynen, yani tam olarak isteyebilir.

Ayrıca alacaklı, müracaat haklarına zarar gelmeksizin, bu alacaklılar toplanmasına müşterek borçlu veya kefilin katılması ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir(m.295,III).

Bu üç durumda da alacaklı, müşterek borçlu ve kefillere karşı alacağının tamamını isteyebilme hakkına haizdir. Aynı mantıktan hareketle, konkordato müzakerelerinde oy hakkı olmayan imtiyazlı alacaklılar ile borçlunun yakınları ve rehinli alacaklılar, alacaklarını konkordatoya kaydettirmiş olmaları koşuluyla, borçlunun kefillerine ve müşterek borçlulara karşı da alacağın tam olarak ödenmesi için bütün haklarını korurlar.⁴²⁶

Buna karşılık, konkordatoya şartsız olarak kabul oyu veren bir alacaklı, kural olarak alacağının müşterek borçlu ve kefillerden, sadece konkordatodaki şartlara göre(yani konkordatodaki yüzdeyi)⁴²⁷ isteyebilecektir.⁴²⁸

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, projenin tasdikinin borçlunun müşterek borçlu ve kefillerine etkisine ilişkin herhangi bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Kanımızca, daha önce de açıklandığı üzere, yeniden yapılandırma kurumunun özelliği, borçlunun projeden etkilendirmeyi ve etkilendirmemeyi düşündüğü alacaklılarını serbestçe belirleyebilmesidir. Konkordatodaki hükmün rızaları hilafına yeniden yapılandırma ile bağlı olan yeniden yapılandırmaya olumsuz oy vermiş alacaklılar için de uygulanması, bunları borçlunun iradesine aykırı olarak adeta projeden etkilenmeyen

⁴²⁵ Pekamtez/Atalay/Sugurtekin /Özekes,s.411.

⁴²⁶ Pekamtez/Atalay/Sugurtekin/Özekes, s.411.

⁴²⁷ Kuru, El Kitabı,s.1307.

⁴²⁸ Pekamtez/Atalay/Sugurtekin/Özekes, s.411.

alacaklılar haline getirecektir ki, bunu kabule imkan olmadığı kanısındayız.⁴²⁹

2.3.1.g) Denetçi Atanması Bakımından

4949 sayılı Kanun ile getirilen bir yenilik de, borçlunun, konkordatonun tasdikinden sonra da konkordato denetçisinin gözetimi ve denetiminde faaliyetlerine devam etmesinin öngörülmesidir. Zira, İİK m.303,III'de öngörülen bu yenilik uyarınca, mahkeme tasdik kararında tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli uzman bir kişiyi veya komiseri görevlendirecektir. Bu kişi, konkordatonun tasdikinden sonraki süreçte, iki ayda bir borçlunun işletmesinin durumu ve borçlarını konkordato projesi uyarınca ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediğini belirten bir raporu , alacaklıların da incelemesine açık tutarak mahkemeye sunacaktır.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma da mahkeme, tasdik kararında borçlu ve alacaklıların da görüşlerini alarak, yetkileri yalnızca projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip alacaklılara durumu düzenli olarak rapor etmekten ibaret olan bir veya birkaç proje denetçisi tayin edebilecektir(m.309/p,II).

2.3.1.h) İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelere Etkisi Bakımından

Konkordatonun iki iki tarafa borç yükleyen ifa edilememiş sözleşmeler etkisi, BK.82.maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.Şöyle ki, konkordato akdeden borçlu, sözleşmenin diğer tarafı olan alacaklıya karşı edimini ifa etmişse, konkordatonun bu duruma herhangi bir etkisi yoktur.⁴³⁰ Eğer her iki taraf ta edimini ifa etmemişse, alacaklı, borçlu edimini ifa etmedikçe veya bu edimin ifası teklif edilmedikçe, kendi edimini ifa etmek zorunda olmayacaktır.

Yine, BK uyarınca, konkordato teklif etmek bir aciz hali olduğu için, bu halde alacaklı, konkordato teklifinde bulunan borçludan edimin ifası hususunda, alacağıının tamamı için teminat göstermesini isteyebilir ve teminatın verilmemesi halinde akdi feshedebilir.⁴³¹

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın, borçlunun taraf olduğu sözleşmelere etkisi ise yukarıda incelendiği gibi, m.309/r hükmün nedeniyle, konkordato için öngörülen BK.81 ve 82.hükümlerinin uygulanması olanağı yoktur. Zira, öncelikle, borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurması m.309/r hükmü nedeniyle aciz hali olarak öngörülemeyecektir.Kaldı ki, m.309/r hükmün nedeniyle, yeniden yapılandırma borçlunun taraf olduğu tüm sözleşme hükümlerinden önce gelerek, bu sözleşmelerde öngörülen hükümler proje ile çeliştiğinde, proje hükümleri geçerli olacak ve borçlunun yeniden

⁴²⁹ Bkz.yukarıda s.107 vd.

⁴³⁰ Altay,s.945;Ulukapı,s.94.

⁴³¹ Kuru, El Kitabı,s.1301; Ulukapı,ss.94-95.

yapılandırmaya başvurması, akde aykırılık olarak değerlendirilip, akdin feshi yoluna da gidilemeyecektir.⁴³²

2.3.2. İflasın Ertenmesi İle Karşılaştırılması

İflasın ertelenmesi kararının ilk ve genel etkisi, adından da anlaşılacağı üzere, şirket hakkındaki iflas kararının ve bu kararın doğuracağı etkilerin belli bir süre ile ertelenmiş olmasıdır. Bunun haricinde, kanunda şirket hakkındaki takiplerin durmasına ilişkin etkilerden bahsedilmiş olup, diğer etkiler doktrinle doldurulmaya çalışılmıştır.⁴³³

2.3.2.a) İflasın Ertenmesi Kararı, Kararın İlanı ve Etkilerinin Başlangıcı Bakımından

Mahkeme, İflasın ertelenmesi talebini, yukarıda belirtilen tüm koşulların oluşup oluşmadığını bilirkişi yardımı ile inceleyerek varlığına kanaat getirdiği takdirde, borçlu şirketin veya kooperatifin iflasının ertelenmesine karar verecektir. İflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararında iflası hangi süre ile ertelediğini de belirtmelidir.

İİK m.179/b,4'de; "Erteleme süresi azami bir yıldır. Bu süre kayyımın verdiği raporlar dikkate alınarak mahkemece uygun görülecek süreler ile uzatılabilir; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez." denilmiştir. Buna göre erteleme azami beş yıl olarak öngörülmüştür.⁴³⁴

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, ara dönemin kanunda azami altmış gün olarak öngörüldüğü, tasdikten sonra ise bir süre olmadığı belirtilmişti. Zira projenin yürürlük süresi, projenin koşulları uyarınca projede belirlenecektir. Çoğu zaman bu süre yılları bulabilecektir.

İflasın ertelenmesine karar veren Ticaret Mahkemesi, bu kararın hüküm fıkrasını İİK. m.166,II'de ki usul ile ilan eder ve gerekli bildirimleri yapar(m.179/a,IV). Bu bildirim,İİK m.166,II uyarınca, tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, mahalli ticaret odlarına, sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, sermaye piyasası kuruluna ve diğer ilgili yerlere yapılacaktır.

4949 sayılı Kanundan önce, TTK. m.324'de mevcut olan iflasın ertelenmesi kurumuna ilişkin erteleme kararının ilanının gerekip gerekmediği açıklık taşımadığından bu hususta doktrinde farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır.

⁴³² Bkz.yukarıda s.106 vd.

⁴³³ Atalay,Borca Batıklık,s.132.

⁴³⁴ Atalay,Borca Batıklık,s.110.

İflasın ertelenmesi kararının olumlu ve olumsuz sonuçları olacağı muhakkaktır. Zira, şirket hakkındaki erteleme kararının ilanı ile 3.kişiler bu şirkete karşı daha çekinden davranacak, şirket ile ticari ilişkilerini sınırlamak yoluna gidebileceklerdir. Bu durum şirket açısından, özellikle de erteleme sürecinin başarısı açısından olumsuz bir etki yaratacaktır. Buna karşın, ertelemenin ilan edilmemesi halinde de, şirket alacaklılarının zarara uğraması mümkün olabilecektir. Çünkü bu durumdan habersiz 3.kişiler, şirket ile ticari ilişkide bulunmaya devam edecekler ve şirketten daha fazla alacaklı duruma gelmelerine rağmen, şirketi ertelemenin takipleri durdurması etkisi nedeni ile takip edemeyeceklerdir.⁴³⁵

Zira, bir sermaye şirketinin borca batıklık sebebiyle iflas talebinde bulunması halinde bu talebin m.178,II'de nasıl ki ilanı öngörülüyorsa, erteleme kararının da aynı şekilde ilan edilmesi gerekir. Ayrıca, ertelemenin ilan edilmemesi halinde, erteleme kurumunun hedeflerinden birisi olan alacaklıların menfaatine hizmet amacına aykırı davranılmış,⁴³⁶ bu durum “alacaklılardan saklanılmış”⁴³⁷ olacaktır ki bunu kabule imkan yoktur. Kaldı ki, mahkemece verilecek muhafaza tedbirleri ve “kayımin görev ve yetkileri erteleme kararında (hüküm fıkrasında yer alması koşuluyla) belirtileceğinden”⁴³⁸, bu tedbirlerin etkili olabilmesi için de erteleme kararının hüküm fıkrasının ilan edilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay'da erteleme kararının ilan edilmesini öngörmektedir.⁴³⁹ Ancak, İİK.m.179/a,IV' de getirilen açık hüküm ile artık ilan yapılması zorunludur.

İlan ile ilgili olarak bir diğer önemli husus, erteleme kararının etkilerinin, kararın ilanı ile mi, yoksa kararın verilmesi üzerine mi doğacağıdır? Doktrinde bazı yazarlar, erteleme kararının etkilerinin ilan ile hüküm ifade edeceğini belirtmiş, bazı yazarlar ise, özellikle kanunda bu görüşü kabul etmeyi gerektirecek bir açıklık olmaması, aksine, erteleme kararının etkilerini düzenleyen m.179/b'nin; “erteleme kararı üzerine...” diye başlamış olması nedeniyle, kararın etkilerinin ilan ile hüküm ifade edecek olmasına karşı çıkmışlardır.⁴⁴⁰ Erteleme kararının ilanı 3.kişiler bakımından önemlidir. Bu nedenle erteleme kararının etkilerinin kural olarak kararın verildiği andan itibaren işlemeye başlaması, fakat, hakimin, kararında bazı etkilerin (özellikle ertelemenin 3.şahıslar bakımından ortaya çıkacak etkilerinin) ilandan itibaren işlemeye başlayacağını belirtebilmesi şeklinde⁴⁴¹ bir orta yolun önerilmesinin isabetli olduğu kanısındayız.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, projenin tüm sonuçları kararın verilmesi ile doğacaktır. Kanunda kararın ilanı düzenlenmemiştir. Ancak, yeniden yapılandırma başvurusunun ilanı kanunda açıkça öngörülmüştür.

⁴³⁵ Pekcamtez, İflasın Ertelenmesi, ss.348 - 349.

⁴³⁶ Atalay, Armağan, s.72.

⁴³⁷ Pekcamtez, İflasın Ertelenmesi, s.349.

⁴³⁸ Balcı, İflasın Ertelenmesi, s.298 ; Atalay,Borca Batıklık,s.111.

⁴³⁹ Balcı, İflasın Ertelenmesi, s.297.

⁴⁴⁰ Atalay, Armağan, s.73.

⁴⁴¹ Atalay, Armağan, s.73.

2.3.2.b) Takiplerin Durması ve Takip Yasağı Bakımından

İflasın ertelenmesi kararı üzerine, iki grup alacak hariç, şirket aleyhine erteleme kararından önce başlamış takipler - ki bunlara 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahildir- duracak ve bu erteleme süresi içinde de şirket hakkında yeni takip açılmayacaktır(m.179/b,I).

Bu öyle bir etkidir ki, hakimin ayrıca buna ilişkin bir karar almasına gerek yoktur.⁴⁴² Bu erteleme süresi içinde alacaklılara eşit davranılması ilkesinin bir sonucudur. Nitekim, erteleme süresi içinde yapılan takiplere karşı herhangi bir süre koşuluna uyulmaksızın şikayet yoluna gidilebilecek ve bu yasağa aykırılık mutlak butlanla batıl olacaktır.⁴⁴³

Ancak, takiplerin durmasına ilişkin olarak bir başka durum ortaya çıkmaktadır. Acaba, haciz aşamasına getirilmiş ve hatta haciz yapılarak, borçlu şirkete ait mal yediemine devredilmişse bu haciz ve muhafaza işlemi geriye döndürülecek midir? Kanımızca, kanunun takiplerin durmasından bahsetmiş olması nedeniyle, her türlü takip, olduğu yerde durmalı ve bu takip işlemleri geriye alınmamalıdır. Ancak, haczedilerek muhafaza altına alınan malın şirketin iyileştirilebilmesi için elzem olduğu durumda, erteleme kararını veren mahkeme, söz konusu hacizli malı yediemin sıfatıyla kayyımına veya borçlu şirkete bırakabilmelidir.⁴⁴⁴

Kanun koyucunun istisna tuttuğu alacaklar ise, rehinli alacaklar ve İİK 206.maddesinin birinci sırasında yazılı olan alacaklardır. Zira, İİK 206.maddesinin birinci sırasında yer verilen alacaklar için gerek başlamış olan takiplere devam edilebilecek, gerekse, bunlar için erteleme süresi içinde her türlü takip yapılabilir. Ayrıca, takipler sonucu haciz ve hacizli malların satışı dahi mümkün olacaktır.

Ancak, bu düzenleme; sadece bir grup alacaklı için bu imkanı tanıyarak, tüm alacaklıların eşit olarak menfaatine hizmet etmek üzere tesis edilen bir kurumu, sadece bir grup alacaklının menfaatine hizmet eder şekilde sokması ve takip işlemlerinin satış dahil sonuna kadar devam edilebilecek olmasının yaratacağı sakıncalar nedeniyle iflasın ertelenmesi amacına ters düşmektedir. Zira, şirket malvarlığının muhafazasının önemli olduğu erteleme sürecinde, şirketin iyileşmesi için elzem olan bir malın elden çıkması iyileşme ümidini tehlikeye düşürebileceği gibi, malın niteliğine göre, iyileştirmeyi tamamen imkansız da kılacaktır.⁴⁴⁵

Ancak, kanunda açıkça yer almasa da, bu alacaklar için dahi olsa, yapılabilir takip icra takibi olup, herhangi bir iflas takibine müsaade edilmemelidir. Zira, bunun kabulü, şirketin ertelemeden

⁴⁴² Atalay, Borca Batıklık, s.133.

⁴⁴³ Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, ss.342-345.

⁴⁴⁴ Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, s.345; Atalay, Borca Batıklık, ss.136-137.

⁴⁴⁵ Atalay, Armağan, s.85.

yararlandırılıyor olması ile taban tabana zıt bir durum yaratır.⁴⁴⁶

İİK m.179/b,II' de, erteleme süresi içinde kural olan takip yasağına ilişkin bir diğer istisna, rehinli alacaklılar lehine getirilmiştir. Bunlar, alacağı bir taşınır, taşınmaz veya işletme rehni ile teminat altına alınmış alacaklardır. Dolayısıyla, bu alacaklar için, erteleme süresinden önce başlamış rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplere devam edilebileceği gibi, yeni bir rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip de başlatılabilecektir. Ancak, bu takip yapma imkanı, şirket mevcudunu korumak amacıyla kısıtlanmıştır. Buna göre, takip yapılabilecek ancak, rehin konusu mallar hakkında muhafaza tedbiri alınmayacak ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemeyecektir. Bu düzenleme, erteleme amacına son derece uygundur.

Ancak, olumlu olduğunu düşündüğümüz bu düzenlemeye, Adalet Komisyonunda eklenen “bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanmayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır.” cümlesi ile erteleme amacına tamamen aykırı bir durum yaratılmıştır. Zira, teminatlandırma koşulu, rehinli malın satışının engellenmesinin bir koşulu olarak düzenlenmiş olup, teminat gösterilmemesi, rehinli malın satışını gerektirebilecektir.⁴⁴⁷ Burada söz konusu edilen teminat şartı, iflasın ertelenmesinin bir şartı değil, rehinli malın satışına ilişkin bir şarttır.⁴⁴⁸ Nitekim, bu düzenleme ile alacaklılar arasında eşitsizlik yaratıldığı gerekçesiyle, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuştur.⁴⁴⁹

Bu arada erteleme süresi içinde şirket aleyhine herhangi bir dava yasağı söz konusu değildir. Bu nedenle şirket aleyhine dava açılabileceği gibi, başlamış olan davalar da devam edilebilecektir. Ancak, bu davalar sonucu elde edilen ilamın icraen takibe konulmasında ise, takip konusu edilen alacak İİK m.206,1.sıradaki alacaklardan ise takibe devam edilebilecek olup, diğerleri için ise icra veya iflas yoluyla takip yapılamayacaktır.

Şirket aleyhine her ne kadar dava yasağı söz konusu değilse de, iflasın ertelenmesi amacına aykırı olarak şirket aleyhine, iflas davası açılmayacaktır. Aynı şekilde şirket aleyhine iflasa dayalı bir takip yapılması da mümkün değildir. Zira, bu takibin doğal sonucu bir iflas davası olup, başlamış olan bu davada durmalıdır.⁴⁵⁰

Bu nedenle, erteleme süresi içinde herhangi bir doğrudan doğruya iflas nedenine dayanarak şirketin iflasının istenmesi mümkün olmayacaktır. Aksinin kabulü, iflasın ertelenmesinin amacına ters düşecektir. Çünkü, iflasın ertelenmesi kararı tüm alacaklıların menfaati göz önüne alınarak verilmiş

⁴⁴⁶ Atalay, Armağan, s.85.

⁴⁴⁷ Atalay, Armağan,s.81; Pekcamtez, İflasın Ertelenmesi, ss.343-346.

⁴⁴⁸ Pekcamtez, İflasın Ertelenmesi, s.346.

⁴⁴⁹ Pekcamtez, İflasın Ertelenmesi, s.343.

⁴⁵⁰ Atalay, Armağan, s.87.

olup, bir alacaklının menfaati, diğer alacaklıların menfaatlerinin üstünde olmamalıdır.⁴⁵¹

Görülebileceği üzere, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmada da, ara dönemde borçlu aleyhine herhangi bir icra takip işlemi yapılamamaktadır. Ancak, iflasın ertelenmesinde bu etki doğrudan doğruya erteleme süresince kanundan doğmasına rağmen, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmada kanundan böyle otomatik bir etki doğmamakta mahkemenin kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Zira, mahkemenin buna karar vermediği durumda kural olarak borçlu aleyhine her türlü takip yapılabilecektir. Kaldı ki, iflasın ertelenmesinde bu yasak kanun uyarınca öngörülen istisnalar haricindeki tüm alacaklıları kapsarken, Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmada, iflasın ertelenmesinde olduğu gibi kanun uyarınca, rehinli ve imtiyazlı alacaklılar lehine takip yasağının kaldırılması söz konusu değildir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmada bu takip yasağına tabi olanlar sadece projeden etkilenen alacaklılardır. Projeden etkilenmeyen alacaklılar için yasak işlemeyecektir. Yine, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmada da, kural olarak, projeden etkilenen alacaklıların proje kapsamındaki alacakları nedeniyle yapılan takiplerle ilgili davalar da duracak ve yeni dava açılmayacaktır. Yani sınırları kanunda belirtilmiş bir dava yasağı da söz konusudur. Ayrıca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmada projeden etkilenmeyen alacaklıların iflas takibi yapmalarına ve iflas davası açmalarına da herhangi bir engel yoktur.

2.3.2.c) Ertelemenin Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi Bakımından

Yine, erteleme kararının bir diğer sonucu da, tıpkı konkordato mühletinde olduğu gibi, bir takip ile kesilebilen zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü sürelerin, erteleme süresince işlememesidir. 4949 sayılı Kanunla kabul edilen bu düzenleme, iflasın ertelenmesi, yani tatil edilmesi amacına da uygun bir düzenlemedir.⁴⁵²

Buna karşılık burada dikkat edilmesi gereken husus, bunun sadece erteleme süresince duran takipler açısından söz konusu olduğu, yani, erteleme süresince gerek rehinli alacaklılar gerekse İİK 206.maddenin birinci sırasındaki alacaklar için yapılacak olan takiplere bir etkisinin olmayacağıdır. Yine, burada sadece bir takip işlemi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerden bahsedilmiş olması nedeniyle, takip işlemi niteliğinde bulunmayan işlemler için bu etkinin bir önemi olmayacaktır.⁴⁵³

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmada da ara dönemde bir takip ile kesilebilen zaman aşımı ve hak düşürücü süreler işlemeyecek olup, bu etki sadece projeden etkilenen alacaklılar için geçerli olmaktadır.

⁴⁵¹ Atalay, Armağan, s.87.

⁴⁵² Atalay, Armağan, s.88.

⁴⁵³ Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, s.350.

2.3.2.d) Diğer Etkileri Bakımından

İflasın ertelenmesi kararı, alacaklıların alacaklarına faiz işlemesine ve muacceliyetlerine herhangi bir olumsuz etkide bulunmayacaktır. Yani, alacaklıların hukuki durumlarında herhangi bir değişiklik veya hak kaybı olmayacaktır.⁴⁵⁴

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, alacaklıların bir takım fedakarlıkları söz konusu olabilecektir. Aynı konkordatoda olduğu gibi, projeden etkilenen alacaklılardan bazıları, ya alacaklarının miktarında indirim yapılması ya da vadesinin uzatılması gibi bazı fedakarlıklara katlanacaklardır. İflasın ertelenmesinde ise, alacaklıların bu anlamda herhangi bir fedakarlığı söz konusu değildir. Zira, iflasın ertelenmesi her şeyden önce alacaklıların katılımına açık değildir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada alacaklıların hukuki durumlarında herhangi bir değişiklik olmayanlar sadece projeden etkilenmeyen alacaklılardır. Erteleme süresi sonucunda, şirketi iyileştirmenin mümkün olmadığı ortaya çıkar ve şirketin iflasına karar verilirse, iflasta imtiyazlı alacaklı olarak yer alması gereken alacaklılar (m.206) erteleme süresinden dolayı, iflasın açılmasından itibaren geriye doğru hesaplanan birer yıllık sürelerin geçmesi sebebiyle asıl yazılmaları gereken sıraya kayıt haklarını yitirebilirler. Bunun önüne geçmek için İİK. m.206,VI' da, İİK. m.206'nın ilk iki sırasına kayıt için aranan sürenin hesabında, erteleme süresinin hesaba katılmayacağı belirtilmiştir(İİK m.206,VI).

Erteleme süresinin azami beş yıl olabileceği düşünüldüğünde bu hükmün düzenlenmiş olması anlaşılabilir. Ancak uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ara dönemin azami altmış gün olarak öngörülmüş olması nedeniyle benzeri bir etkinin olması beklenemez. Kaldı ki, iflas, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın doğrudan bir sonucu değildir.

Kural olarak, iflasın ertelenmesinin alacaklıların maddi hukuka ilişkin hakları üzerinde herhangi bir etkisi olmaması nedeniyle, iflası ertelenen şirketten alacaklı olanların şirkete olan borçları ile alacaklarını takas etmeleri mümkündür.⁴⁵⁵ Ancak, şirketin kötü niyetle yapacağı bazı işlemlerle alacaklılarını zarar uğratmasını engellemek için, İİK.m.200'de öngörülen, iflasta takası yasaklayıcı hükümlerden hareketle, 4949 sayılı Kanunla getirilen ve konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarına ilişkin olarak, İİK m.289'da takasın, İİK.200 ve 201'e tabi olduğu ve bu maddelerin uygulanmasında konkordato mühletinin veya iflasın ertelenmesi kararının ilanı tarihinin esas alınacağı hükme bağlanarak, takas erteleme süresince yasaklanmıştır.⁴⁵⁶ Yani, borçlu, iflasın ertelenmesinden sonra alacaklı olursa veya alacaklı iflasın ertelenmesinden sonra şirketin veya kooperatifin borçlusu olursa takas yapılamayacaktır.⁴⁵⁷ Takasın uygulanmasının koşulu, alacak ve borçların, iflasın ertelenmesi kararının ilanından önce doğmuş olmalarıdır.

⁴⁵⁴ Atalay, Armağan, s.90.

⁴⁵⁵ Atalay,Borca Batıklık, ss.156-157.

⁴⁵⁶ Atalay, Armağan, s.91.

⁴⁵⁷ Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, s.352.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada buna ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, kanımızca yeniden yapılandırmada takasa ilişkin herhangi bir yasak söz konusu değildir. Zira, iflasın ertelenmesi ve konkordatoda hakim olan ilke, alacaklılar arasında eşitlik ilkesidir. Yeniden yapılandırmada ise, borçlu projeden etkilendirdiği ve etkilendirmediği alacaklıları serbestçe belirlediğinden, takas yasağı koymanın da bir anlamı olmayacaktır. Ancak, yeniden yapılandırmada, borçlunun bazı alacaklılarının zararına olarak bu belirlemeyi yaptığının tespiti halinde veya projeden etkilendirdiği aynı sınıf içindeki alacaklıları arasındaki eşitliğe aykırı olarak, bazı alacaklılarını zarara uğratması söz konusu olabileceğinden, borçlunun yeniden yapılandırmayı kötü niyetle elde ettiği gerekçesi ile, yeniden yapılandırmanın feshi gündeme gelebilecektir.

Yine, kural olarak iflasın ertelenmesinin şirketin daha önce yaptığı sözleşme ve taahhütlere etkisi yoktur.⁴⁵⁸ Oysa, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın tasdiki ile, proje, borçlunun daha önce akdettiği sözleşme hükümlerine aykırılık taşınması halinde proje hükümleri geçerli olacaktır. Yine, projeden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu sözleşmelerde projenin tadiline veya feshine yol açabilecek veyahut borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurusunun temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine hükümler bulunması halinde, bu hükümler borçlunun yenide yapılandırma yoluna başvurusu durumunda uygulanmayacaktır (m.309/r,III).

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın, borçlunun taraf olduğu sözleşmeler etkisine ilişkin sair düzenlemeler ise m.309/n,2 uyarınca proje içeriğinde yer alacak olup, borçlu ile alacaklıların varacağı uzlaşmaya bırakılmıştır.

2.3.2.e) Muhafaza Tedbirleri Bakımından

İİK. m.179/a'ya göre, iflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri, iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır.

Ancak, kanun koyucu bu tedbirlerin neler olacağını saymamıştır. Zira, buna gerek de yoktur. Her şirketin içinde bulunacağı durum farklılık arzettiğinden bu tedbirler de çeşitlilik gösterecektir. Ancak genel olarak bunlar, kayyım atanması, defter tutulması ve iflas kararının ilanıdır. Bunların yanı sıra, mahkeme, iyileştirme projesinin uygulanmasına imkan sağlayacak her türlü tedbire karar verebilecektir. Ancak, mahkeme, iyileştirmenin şekli ve usulü hakkında bir karar veremez.⁴⁵⁹

Kararında çeşitli tedbirlere hükmeden mahkeme, erteleme süresince bu tedbirlerden etkilenenlerin talebi ve kayyım tarafından düzenli olarak sunulan raporları da göz önüne alarak, bu tedbirlerden bir kısmının kaldırılmasına karar verebileceği gibi, ilave bir takım tedbirlerin alınmasına da karar

⁴⁵⁸ Atalay,Borca Batıklık,s.157.

⁴⁵⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.331.

verebilir.⁴⁶⁰ Zira, mahkeme bu konuda tam yetkili olup, şirketin içinde bulunduğu durumun özelliğine ve kıymeti takdir edilen malların niteliğine ve iyileştirmenin amacına uygun olmak üzere, gerekli her türlü muhafaza tedbirini alabilecektir.

Yine, iyileştirme projesinin amacına ulaşmasına hizmet edecekse mahkeme, bu proje için kullanılması elzem olan bir takım mallar üzerindeki hacizlerin de kaldırılmasına karar verebilecektir.⁴⁶¹

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, ara dönemde mahkeme, ancak borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine başvuru hakkında verilecek nihai kararın verilmesine kadar geçecek olan dönem için (ara dönem) borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri alabileceği belirtilmiştir(m.309/ö,II).

2.3.2.f) Kayyım Atanması Bakımından

İcra ve İflas Kanunu'nun m.179/a,II'de; "mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla da yetinebilir." denilmiştir.

Buna göre, mahkeme, erteleme talebini kabul ettiğinde erteleme kararı ile birlikte iflasını ertelediği şirkete kayyım atayacaktır. Kayyımın atanması, talebe bağlı olmayıp⁴⁶² erteleme kararı ile birlikte re'sen yapılacaktır.⁴⁶³ Atanacak olan kayyım bir kişi olabileceği gibi, şirketin durumuna, somut olayın özelliğine göre birden fazla da olabilecektir.⁴⁶⁴

Kayyım atanacak kişinin takdiri mahkemeye ait olmakla beraber, tarafların önerileri de mahkemece dikkate alınabilir. Buna karşın Yargıtay'ın bir kararında, şirket tarafından önerilen kişinin kayyım atanmasını bozma sebebi saydığı⁴⁶⁵ belirtilmiştir. Ancak kayyımın borçlu veya alacaklılar tarafından istenmeyen bir kişi olmamasına önem gösterilmesi gerekir, zira, erteleme süreci içinde yapılacak görüşmelerin daha sağlıklı yürümesi ve sürecin başarısı bir açıdan da buna bağlıdır.⁴⁶⁶

Kanunda açıkça kayyımın gerçek kişi olması gerektiğine ilişkin bir hüküm yer almadığına göre, bir tüzel kişi de şirkete kayyım olarak atanabilecektir.⁴⁶⁷

İİK. m.179/a,III' de; "iflasın ertelenmesi kararında kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir." denilerek, kayyımın görev ve yetkilerinin, oluşabilecek tereddüt ve ihtilafların önüne

⁴⁶⁰ Atalay, Armağan, s.72.

⁴⁶¹ Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin/Özkes, s.334.

⁴⁶² Atalay, Armağan, s.75.

⁴⁶³ Balcı, İflasın Ertelenmesi, s.289.

⁴⁶⁴ Atalay, Armağan, s.75.

⁴⁶⁵ Balcı, İflasın Ertelenmesi, s.289.

⁴⁶⁶ Pekcamtez, İflasın Ertelenmesi, s.348.

⁴⁶⁷ Atalay, Armağan, s.76 ; Pekcamtez, İflasın Ertelenmesi, s.347.

geçilmesi açısından açıkça belirtilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Kayyım erteleme süresince ticaret mahkemesinin denetiminde görev ve yetkilerini yerine getireceğinden, mahkeme, gerektiğinde kayyımı görevden alıp değiştirebileceği gibi, yetkilerinin değiştirilmesi veya yeniden belirlenmesi hususunda da tam bir takdir hakkına sahiptir.⁴⁶⁸

Her ne kadar kanunda, mahkemenin, şirket yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp, şirketi kayyımın yönetimine devredebileceği ve şirket yönetiminin karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlayabileceği belirtilmişse de, doktrinde, mahkemenin bazı işlemlerin yapılmasını sadece kayyımına bırakabileceğini ve bazı işlemlerin de kayyımın onayı ile yapılabileceğine karar alabileceği, bunun yanı sıra şirketin tamamen kayyımın yetkisine bırakılmasının uygun olmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁶⁹ Benzeri şekilde, erteleme süresince şirket organları ve şirket tüzel kişiliği devam ettiğinden, yetkilerin tümüyle kayyımına devredildiğine ilişkin bir karar verilmesi halinde dahi, temsil yetkisinin şirket yönetim kurulunda olması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷⁰ Kanımızca, mahkemenin tüm yetkileri kayyımına devretmesi ve şirketin idaresini kayyımına bırakması gerekli olmadığı gibi, şirket yönetimi kadar şirketi iyi tanımayan, şirketin ilişkilerini bilmeyen ve şirket yönetimi konusunda uzman olmayan bir kayyımın şirketi tamamen devredilmesi bir takım sakıncalar da yaratabilecektir. Bu nedenle, biz de, mahkemenin şirketin yönetimini tamamen kayyımına devretmek yerine, bazı işlemleri kayyımın onayına bağlaması ve bazı işlemlerin de sadece kayyım tarafından yapılmasına karar vermesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

Kayyımı atayan mahkeme, kararında kayyımın alacağı ücreti de kayyımın görev ve yetkileri ile birlikte açıkça belirlemekle yükümlüdür. Nitekim, kayyımın ücreti de, iflasın ertelenmesi kararının masraflarından sayılacak ve iflası ertelenen şirket tarafından karşılanacaktır.⁴⁷¹

Kayyımına verilen ve kanunda açıkça zikredilen görevlerden birisi, erteleme süresince şirketin durumu, gidişatı, iyileşme gösterip göstermediği hususlarında, mahkemeye, mahkemece belirlenecek düzenli aralıklarla rapor sunma görevidir. Nitekim, kayyımın bu raporları o kadar önemlidir ki, bu rapor uyarınca erteleme kaldırılarak şirketin iflasına karar verilebilecektir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, ilgililerin ara dönem denetçisi seçmedikleri veya üzerinde anlaşmadıkları hallerde, mahkeme gerekirse ara dönem denetçisi atayacaktır. Yani talep olmadığı takdirde mahkemenin bir takdir yetkisi söz konusudur. Yine, her ne kadar iflasın ertelenmesinde de kayyımın kim olacağına ilişkin olarak tarafların görüşlerinin önemine öğretide değinilmişse de, mahkeme kim olacağına re'sen karar verebilecek iken, yeniden yapılandırmada alacaklılar ve borçlu isterlerse ara dönem denetçisinin kim olacağını belirleyebileceklerdir. Yani, tarafların belirlemesi halinde mahkeme, bu şahsı ara dönem denetçisi olarak atamak zorundadır. Yine,

⁴⁶⁸ **Atalay**, Armağan, s.76 ; **Pekcanitez**, İflasın Ertelenmesi,s.348.

⁴⁶⁹ **Atalay**, Armağan, s.76.

⁴⁷⁰ **Balçı**, İflasın Ertelenmesi, s.290.

⁴⁷¹ **Atalay**, Armağan, s.79.

ara dönem denetçisi sadece projenin tasdikine veya reddine ilişkin karar verinceye kadar görev yapacak iken, kayyımın görevi, şirketin iyileştirilmesi veya iflasına karar verilmesi ile sona erecektir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada atanan ara dönem denetçisi de kayyım gibi, borçlunun faaliyetlerini denetlemekle görevli kılınabileceği gibi, borçlunun faaliyetlerini bizzat sevk ve idare etme görevi de verilebilecektir(m.179/a,II).

2.3.2.g) Şirket veya Kooperatifin Yönetim Organlarının Tasarruf Yetkilerinin Kısıtlanması Bakımından

Bilindiği üzere, iflas halinde şirketin tasarruf yetkisi tamamen kaldırılmıştır. Buna karşılık iflasın ertelenmesinde kural, şirketin tasarruf yetkisine haiz olmasıdır.⁴⁷² Ancak, erteleme kararı ile sınırları ve ölçüsü mahkeme tarafından belirlenerek, şirket yönetim organının tasarruf yetkisi kısıtlanabilecektir. Nitekim, erteleme süresince kayyım atanması ve şirketin belli bir takım işlerinin tamamen kayyımın yapabilecek olması veya bazı işlemlerin kayyımın onayına tabi tutulacak olması da, bu kısıtlamanın olduğunu göstermektedir.

Mahkemenin, borçlunun tasarruf yetkisine kısıtlama getirmesi, gerek borçlunun malvarlığının korunması gerekse aksi halde alacaklıların zarar görebilecek olması nedeniyle gereklidir. Ancak bu kısıtlama, ancak şirket malvarlığının ve alacaklılarının korunmasının sağlayacak ölçüde olmalı, mutlak bir kısıtlama olmamalıdır. Zira, bu mutlak kısıtlama, erteleme amacına da aykırı düşer.⁴⁷³ Şirket yetkili organının tasarruf yetkisinde yapılacak kısıtlamaların niteliği somut olayın şartları içinde mahkemece değerlendirilecek olup, getirilen “kısıtlamaların kararda açıkça belirtilmesi gerekir.”⁴⁷⁴ Mahkemece getirilen kısıtlamaya aykırı olarak yapılan tasarruflar, alacaklılara karşı⁴⁷⁵, alacaklıların menfaatlerini zedelediği ölçüde geçersizdir.⁴⁷⁶ Yani, bu geçersizlik mutlak bir geçersizlik değildir. Zira, iflasta dahi bu geçersizlik(m.191,I), alacaklılara karşı geçersizlik olarak düzenlenmiştir. Oysa iflasın ertelenmesi kurumu, iflasa oranla çok daha hafif sonuçlara haizdir. Bu nedenle, burada da geçersizliği mutlak bir geçersizlik olarak yorumlamak yerine, yapılan tasarrufun şirket malvarlığı ve alacaklıların menfaati üzerindeki etkisi oranında değerlendirmek uygun olacaktır.⁴⁷⁷

Uzlaşma Yoluyla yeniden yapılandırmada ise, yukarıda ara dönemin sonuç ve etkilerinin incelendiği bölümde belirtildiği üzere, mahkeme, alacağı bir kararla, “borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve faaliyetlerinin gerekli gördüğü terbiileri” alabilecektir.Ancak bu tedbirlerin neler olduğu açıkça

⁴⁷² Atalay, Borca Batıklık,s.128.

⁴⁷³ Atalay, Armağan, ss.80-81.

⁴⁷⁴ Pekcamtez, İflasın Ertenilmesi, s.348.

⁴⁷⁵ Pekcamtez, İflasın Ertenilmesi, s.348.

⁴⁷⁶ Atalay, Armağan, s.81.

⁴⁷⁷ Atalay, Armağan, s.82.

belirtilmemiştir.⁴⁷⁸

2.4. MALİ GÜÇLÜK YAŞAYAN BORÇLU BAKIMINDAN, BU KURUMLARIN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Çalışmamız içerisinde çeşitli yönleriyle karşılaştırılan iyileştirme amaçlı kurumların, son bir kez de genel olarak mali güçlük yaşayan borçlular bakımından, avantajları ve dezavantajlarının karşılaştırılması, kurumların yerlilikleri veya gereklilikleri yönünden hukuk teorisi ve pratiğine yol gösterecektir. Bu nedenle, aşağıda, bu iyileştirme amaçlı kurumlar avantajları ve dezavantajları açısından karşılaştırmaya tabi tutulmuştur.

2.4.1. Konkordato İle Karşılaştırılması

İİK'nun m.285. uyarınca, konkordato süreci; konkordato hükümlerinden yaralanmak isteyen herhangi bir borçlu⁴⁷⁹ veya alacaklılardan birinin (iflas talebinde bulunabilecek her alacaklı m.285,II)⁴⁸⁰ yetkili⁴⁸¹ icra hakimliğine verdiği “gerekçeli bir dilekçe”⁴⁸² ve konkordato projesi ile başlamaktadır.⁴⁸³ Yine, “tüzel kişilik taşımaları nedeniyle, dernekler, vakıflar ve ticaret ortaklıklarının tamamı (yani kollektif, adi komandit, paylı komandit, anonim ve limited ortaklıklarla kooperatifler) konkordato talebinde bulunabileceklerdir. Buna karşılık, tüzel kişilikten yoksun bulunmaları nedeniyle bir hukuk süjesi sayılmayan adi ortaklık ve miras ortaklığının konkordato teklif etme haklarının olmayacaktır.”⁴⁸⁴

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma yöntemine ise sadece, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin başvurması öngörülmüş olduğundan ve alacaklılara bu kuruma başvuru imkanı tanınmamış olduğundan, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın sadece belli bir kesime yönelik olduğu, yani kapsamının bu açıdan daha dar tutulduğu ve bu nedenle de, konkordatonun ödeme güçlüğü yaşayan işletmeler için daha avantajlı olduğu söylenebilir.

Ayrıca, konkordatoya başvurabilmek için borçlunun muaccel para borçlarını ödeyememesi yani ödeme aczi içinde olması gerekli iken(m.286,I) yukarıda da detayıyla incelendiği gibi, uzlaşma yoluyla

⁴⁷⁸ Bkz.yukarıda s.77 vd.

⁴⁷⁹ Herhangi bir borçlu kavramının kapsamına gerçek kişilerin yanı sıra, tüzel kişilerde girer (Tanrıver, s.31).

⁴⁸⁰ 4949 sayılı Kanun ile, “İİK 285.maddesine eklenen bu fıkra ile alacaklılara da, borçlu hakkında gerekçeli bir dilekçe ile konkordato işlemlerini başlatılmasını isteme ve böylece alacaklılar arasında eşitliği sağlamak imkanı verilmiş...” (Hükümet Gereğçesi).

⁴⁸¹ Yetkili, icra mahkemesi, iflasa tabi olanlar (m.43) için 154.maddenin 1 ve 2 nci fıkrasında yazılı yerdeki, iflasa tabi olmayan borçlunun yerleşim yerindeki icra mahkemesidir(İİK.m.285,IV).

⁴⁸² “...Önceki düzenlemede gerekçeli dilekçe verilmesi şartı mevcut değildi.Bu şartın getirilmesi borçluyu, daha bu aşamada, öngördüğü konkordato türünü ve bunu gerçekleştirme için haiz bulunduğu veya haiz bulunacağı imkanları açıklamaya mecbur kılmaktadır...”(Hükümet Gereğçesi).

⁴⁸³ Ulukapı, s.35, dn.242.

⁴⁸⁴ Tanrıver.,s.32.

yeniden yapılandırmaya başvuracak borçlunun mutlaka ödeme aczi içinde olması gerekmektedir. Borçlu ya muaccel para borçlarını ödeyememekte ya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmemekte ya da bu iki mali durum içinde de olmamakla beraber, bu durumlardan birisi içine düşme tehlikesinin yakın bir gelecekte kuvvetle muhtemel olması gerekmektedir. Yani, yeniden yapılandırmaya, konkordato talep etmek için gerekli olan ödeme aczine düşmeden çok daha önce başvurulabilecektir. Bu açıdan bakıldığında da, yeniden yapılandırma, ödeme güçlüğü yaşayan işletmeler için daha avantajlı görünmektedir.

Ayrıca, konkordato süreci müzakere aşaması da dahil yargı denetiminde işlemektedir. Konkordatoda iki aşama söz konusudur ve her ikisi de yargı denetiminde işlemektedir. İlk aşama olan ve icra mahkemesine verilen dilekçe ile başlayan başvurudan itibaren borçluya komiser atanmakta ve alacaklılar konkordato projesini müzakere ve oylama için resmi olarak alacaklılar toplanmasında bir araya gelmektedirler. Bu süreçte borçlu icra mahkemesinin ve konkordato komiserinin denetimi altındadır. Müzakere sürecinin tamamlanarak projenin yasada öngörülen çoğunlukla kabul edilmesinden sonra ise proje tasdik için ticaret mahkemesine sunulmaktadır.

Oysa yeniden yapılandırmanın müzakere süreci yargı denetimi dışında tamamiyle borçlu inisiyatifinde cereyan etmektedir. Borçlunun alacaklıları ile yargının işin içinde olmadan müzakere ettiği bu süreçte ise, gerek borçlunun malvarlığının korunması, gerekse borçlunun alacaklılarının yasal baskılarından kurtulması gibi bir tedbir söz konusu olmadığından, borçlu, alacaklılarının yapacakları ve yaptıkları yasal takip ve işlemlerle karşı karşıya kalabilecektir. Bu açıdan bakıldığında da, yeniden yapılandırma süreci daha müzakere süreci tamamlanamadan baştan imkansız hale gelebilecektir. Bu nedenle de, konkordatonun yeniden yapılandırmaya oranla daha avantajlı olduğu açıktır.

Yine, konkordato talep edilirken, borçlunun gerekçeli bir dilekçe ekinde hazırlamış olduğu konkordato projesini ve bazı defter ve belgeleri başvurusuna eklemesi gereklidir(m.285,I). Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada ise, gerek müzakere safhasında alacaklılara proje ekinde gönderilecek, gerekse mahkemeye başvuru sırasında sunulacak olan, borçlunun mali durumuna ilişkin belge ve bilgiler, çok daha kapsamlı ve tekniktir. Özellikle de, mutlaka bir bağımsız denetim kuruluşuna hazırlanmış finansal analiz ve iflas raporu sunulmak zorundadır. Bütün bu hususlar, yeniden yapılandırmanın konkordatoya oranla borçlu açısından çok daha masraflı bir kurum olduğunu ve bu yönüyle de ancak ve ancak sadece çok büyük şirketlerin başvurabileceği bir yöntem olduğunu göstermektedir. Bu nedenle de konkordatonun daha avantajlı olduğu söylenebilir.

Buna karşılık, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma, konkordatoda olduğu üzere, sadece borçların vadelerinin ve/veya miktarlarının değişikliğe tabi tutulması gibi borçların yapılandırılmasına yönelik olmayıp, bir takım finansal ve yapısal tedbirleri de öngörebileceği nedeniyle, yani kullandığı araçların genişliği ve esnekliği açısından konkordatoya oranla daha avantajlıdır.

Yine, bilindiği üzere konkordatoda kanunda belirtilen rehinli ve imtiyazlı alacaklılar dışındaki tüm alacaklılar konkordato şartları ile bağldırlar. Burada borçlunun herhangi bir insiyatifi söz konusu değildir. Borçlu, kanunda belirtilen istisnalar haricindeki tüm alacaklılarına eşit muamele etmekle yükümlüdür. Oysa yeniden yapılandırma, borçlu tamamen kendi özgür iradesi ile bazı alacaklılarını yeniden yapılandırma projesi kapsamı dışında tutabilmektedir. Ayrıca projeden etkilendirdiği alacaklılarını da isterse sınıflara ayırabilmektedir. Kanunda aranan çoğunluk koşulu da her bir sınıf için ayrı ayrı gerçekleşmiş olmak durumundadır. Özellikle borçluya alacaklılarını sınıflandırmaya tabi tutuma imkanı verilmiş olması borçlunun lehinedir. Zira borçlu bu şekilde projenin kabul edilmesini kolaylaştıracak bir takım sınıflandırmalar yapabilir. Her ne kadar borçlunun yapacağı bu sınıflandırma kanunda öngörülen bazı ilkelere uygun olarak yapılmak zorunda ise de, yine de borçluya bir manevra imkanı tanındığı açıktır. Ayrıca borçlunun alacaklılarının önemine göre bazılarını projeden etkilememek bazılarını etkilememek serbestisine sahip olması da projenin kabulünü kolaylaştıracaktır. Bu özellikleri nedeniyle de yeniden yapılandırmanın konkordatoya oranla daha avantajlı olduğu söylenebilir.

Buna karşılık, borçluya tanınan bu serbestinin bazı olumsuz sonuçları da olacaktır. Zira, konkordato kural olarak tüm alacaklılar için zorunlu ve bağlayıcı olduğundan borçlunun mühlet süresince herhangi bir takibe maruz kalması mümkün olmayacaktır. Oysa yeniden yapılandırma, borçlu projeden etkilemediği alacaklılarından gelebilecek her türlü icra ve iflas takibine ve her türlü davaya muhatap olabilecektir. Bu halde de, borçlunun yeniden yapılandırılması bunlar tarafından alınması muhtemel bir iflas kararı sonucunda tamamen imkansız olacaktır ki, bu da yeniden yapılandırmanın dezavantajı olarak karşımıza çıkar.

Yine, konkordatonun tasdiki için, 4949 sayılı Kanun ile değişik İİK m.298,I,b.3'de; "Konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş sözleşmelerden doğan borçların ifasını sağlamak için, bu alacaklılardan her biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe, yeterli teminatın gösterilmesi(m.298,I,b.3)" gerektiği belirtilmiştir. Buna rağmen, zaten ödeme güçlüğü yaşamayı nedeniyle konkordatoya başvurmuş bir işletmeden bir de konkordatoya tabi bütün alacakları için teminat göstermesini istemek, kanımızca, 4949 sayılı Kanun ile değiştiğini (değişmesi gerektiğini) belirttiğimiz; konkordatonun borçlu menfaatine değil, aslında kamusal menfaate hizmet eden bir kurum olduğu düşüncesine de aykırı olacaktır. Zira, ödeme aczi içindeki bir borçlunun teminat göstermesini beklemek, kanımızca konkordato kurumunu işlemez hale getirecektir. Oysa ki yeniden yapılandırma bu tür bir teminat koşulu söz konusu değildir. Bu nedenle de yeniden yapılandırmanın daha avantajlı olduğu söylenebilecektir.

Bir diğer husus da, borçluların başvuru sonrasında yeniden yapılandırılmaları ve mali durumlarını iyileştirebilmeleri için yeni finansman kaynaklarına ihtiyaçlarının olmasıdır. Konkordatoya başvurmuş borçlunun durumunu iyileştirebilmesi için, yeni finansman kaynağına ihtiyacı olacağını düşünen ve

bunu kolaylaştırmak için bu finansmanı sağlayan alacaklılara bazı ayrıcalık tanıyan kanun koyucu, yeniden yapılandırma da aynı ayrıcalığı tanımamıştır. Nitekim, konkordato da mühlet süresince komiserin onayıyla akdedilen borçların malvarlığının terki suretiyle konkordatoda veya bir sonraki iflasta masa borcu sayılacağı hükme esas alınmıştır(m.303,II). Böylece bu alacaklıların alacağı güvenceye alınmıştır. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya ise borçluya ara dönemde finansman temin edecek alacaklıların alacaklarının kısmen veya tamamen ödenmemesi halinde, borçlunun iflasını isteyebilecekleri belirtilmiştir(m.309/t,I). Kanımızca, bu yeterli bir ayrıcalık değildir. Zira ABD yeniden yapılandırma usulünde görüleceği üzere, talep sonrası finansmanı son derece önemli olduğundan, bu finansmanı sağlayacaklara diğer alacaklıların da üstünde bazı ayrıcalıklar tanınmaktadır. Bu nedenle de, konkordatonun yeniden yapılandırmaya oranla daha avantajlı olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, aslından yeniden yapılandırmanın avantajı olarak öngördüğümüz hükümlerin konkordatoya dahil edilmesi ve konkordatonun eksikliği olarak görülen bazı hükümlerin(örneğin mühletin kısalığı gibi) değiştirilmesi halinde uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumuna gerek dahi olmayacağı kanısındayız. Zira birden fazla iyileştirme yöntemini barındıran İcra ve İflas Kanunumuz bu kurumlardan yararlanacaklar ve uygulayıcılar açısından da karmaşaya yol açacaktır.

2.4.2. İflasın Ertenilmesi ile Karşılaştırılması

Daha öncede izah edildiği üzere, iflasın ertelenmesi kurumu başlı başına bir yeniden yapılandırma veya iyileştirme kurumu değildir. Zira, erteleme kararı ile aslında borca batık durumda olan ve iflasını istemek zorunda olan şirket, iyileşme ümidi taşıdığından bahisle erteleme süresince uygulayacağı çeşitli iyileştirme tedbirleri ile iflastan kurtulmayı amaçlamaktadır. Erteleme kararı, borçluya iyileşmesi için bir fırsat niteliğindedir. Zira, borçlu bu süreçte alacaklıların baskısından kurtulmaktadır. Kaldı ki, bu süre azami beş yıl olarak uzayabilecektir. Ayrıca, iflasın ertelenmesini talep eden şirket, mahkemeye iyileştirme tedbiri olarak yeniden yapılandırmaya veya konkordatoya başvurduğunu da sunabilir.

İflasın ertelenmesinde de bir iyileştirme projesi sunulması gerekmekte ve bu talep tıpkı konkordatoda olduğu gibi borçludan gelebileceği gibi alacaklıdan da gelebilmektedir. Bu yöntemde sadece yeniden yapılandırmada olduğu gibi sermaye şirketleri ve kooperatifler başvurabilecektir. Burada alacaklıların herhangi bir katımlı söz konusu değildir. Borçlunun alacaklıları ile uzlaşması gerekmez. Yani borçlunun alacaklılarını değil, mahkemeyi iyileşebileceği konusunda ikna etmesi gerekir. Bu yönüyle de daha avantajlı olduğu söylenebilir. Ancak, yine de, alacaklıların katılımı olmaksızın ertelemenin olumlu sonuç vermesi de ender bir durumdur.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Öztekin, s.33.

Yine iflasın ertelenmesin de, alacaklıların alacaklarından indirim veya vade değişikliği gibi bir takım fedakarlıklara katlanmaları söz konusu değildir. Burada borçlu şirket veya kooperatif, mahkemeyi iyileştirme projesinde öngördüğü yöntemlerle iyileşebileceğine dair ümit olduğu hususunda ikna etmelidir. Bu konuda da yaklaşık bir ispat ile yetinilecektir. Bu açıdan bakıldığında bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanacak iflas analiz raporu ve yanı sıra bir çok finansal içerikli belgenin gerekli olduğu yeniden yapılandırmaya oranla daha kolay ve daha az masraflı olması nedeniyle avantajlıdır.

Ayrıca erteleme borçluya daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Yeniden yapılandırmanın yargı denetimi dışında cereyan eden müzakere safhası borçluyu hiçbir şekilde güvenceye almadığı gibi, başvurudan itibaren cereyan eden ara dönem de dahi ancak mahkeme gerek görürse, borçlu aleyhine yapılacak takip ve davalara yasak getirebilecektir. Kanun gereği gündeme gelen otomatik bir takip yasağı söz konusu değildir. Üstelik mahkemenin takip ve dava yasağı konusundaki kararı da sadece projeden etkilenen alacaklılar için söz konusu olacaktır. Oysa ertelemede kanun uyarınca otomatik olarak, kanunda öngörülen istisnalar haricinde borçlu aleyhine herhangi bir icra veya iflas takibi yapılması mümkün değildir. Yine, erteleme süresinin azami beş yıla kadar uzayabileceği göz önüne alındığında, borçlu bütün bu süre içinde alacaklılarının baskısından kurtularak, bütün çabasını şirketin iyileşmesine harcayabilecektir. Bütün bunlar da ertelemenin yeniden yapılandırma gibi masraflı ve pahalı bir yöntemle başvurmak yerine, borçlu açısından daha avantajlı olduğunu göstermektedir.

Yalnız unutulmaması gereken, erteleme talep edebilmek için şirketin borca batık olması gerekmektedir. Oysaki, yukarıda da açıklandığı üzere yeniden yapılandırmaya başvurmak için borca batık olmak zorunlu değildir. Bu yönüyle de yeniden yapılandırmanın daha elverişli olduğu, ertelemenin ise ancak sınırlı bir durumda uygulama alanı bulacağı muhakkaktır.

Görüleceği üzere, her ne kadar, iflasın ertelenmesi, özellikle borca batık haldeki şirketler veya kooperatifler için yeniden yapılandırmaya oranla daha kolay, daha az masraflı ve daha fazla avantajlı bir yöntem olarak görünse de, iflasın ertelenmesi başlı başına bir yeniden yapılandırma yöntemi olmadığından, erteleme alan şirket, ya konkordato ya da uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvurmak durumunda kalacaktır. Yani, erteleme sadece, yeniden yapılandırmaya ilişkin bu kurumlara müsaade eden bir süreç olarak algılanmalıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

YENİDEN YAPILANDIRMA USULÜ VE

TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. ABD İFLAS KANUNU(USA BANKRUPTCY CODE)

Amerikan İflas Kanunu, federal bir kanun olup, Amerikan Kongresi tarafından anayasanın verdiği yetkiye istinaden yürürlüğe konulmuştur. Amerika’da eyaletlerin iflas Kanunu yapma yetkileri yoktur. Eyaletler sadece borçlu ile alacaklılar arasındaki ilişkilere yönelik bazı kanunlar yürürlüğe koyabilmektedirler.⁴⁸⁶ Amerika Birleşik Devletlerinde gerek gerçek kişilere gerekse tüzel kişilere ilişkin bulunsun, bütün ödeme aczi davaları “Bankruptcy” adı ile anılır ve bu davalar, Federal İflas Mahkemelerinde ikame edilir.⁴⁸⁷ Amerikan Anayasasının 1.maddesinin 8.bölümünün Kongreye tanıdığı Birleşik Devletlerin tamamında iflas hukuku alanında yeknesak bir hukuk sistemi kurma yetkisine istinaden, Birleşik Devletler mahkeme sisteminde sadece iflas davalarına bakmak üzere özel görevli iflas mahkemeleri oluşturulmuştur.⁴⁸⁸

İflas davalarındaki yargılama usulü ise Federal İflas Usul Kanununda(Federal Rules of Bankruptcy Procedure, Bankruptcy Rules) ve eyaletlerin iflas hukukuna ait kendi usul hukuku düzenlemelerinde belirlenmiştir.⁴⁸⁹ Türkçe’ye Federal İflas Usul Kanunu veya Federal İflas Kuralları olarak çevrilen “Bankruptcy Rules Amerikan Kongresinin yüksek Mahkemeye verdiği yetki çerçevesinde yüksek mahkeme/Temyiz Mahkemesi tarafından belirlenerek yürürlüğe konulmuştur.⁴⁹⁰

Amerika Federal İflas Kanunu, borçlarını ödeyemeyen borçlunun, geliştirilecek bir plan ile malvarlığını alacaklıları arasında paylaştırarak borçlarından kurtulmasını sağlamaktadır. İflas İdaresinin gözetimi altında yapılan bu paylaşım, alacaklıların belli ölçülere göre eşit muamele görmesi esasına dayanmaktadır. Bu kanununun bazı bölümleri ise, borçlunun işinin başında kalmasını sağlayarak, borçlarını çözmesine imkan vermektedir. İflas Kanununun bir diğer amacı da, borçlunun, tüm borçlarını tam olarak ödeyemese bile, daha önceki finansal yükümlülüklerinden kurtulmasını

⁴⁸⁶ www.bankruptcyfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

⁴⁸⁷ Westbrook, 11.Bölüm, s.268.

⁴⁸⁸ Özbek, s.4.

⁴⁸⁹ Özbek, s.4.’den Mecham,Leonidas Ralp: Bankruptcy Basics, Administrative Office of the United States Courts 2000, s.1.

⁴⁹⁰ www.bankruptcyfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

sağlamaktır.⁴⁹¹

1978 tarihli Reform Kanunu ile, Amerikan İflas mahkemeleri ve iflas prosedürü yeniden yapılandırılmıştır. Bu Kanunda diğer Amerikan Kanunları gibi çeşitli bölümlere ayrılmıştır. 1978 tarihli Kanun ile iflas Kanunu tek sayılardan oluşan bölümlerden oluşturulmuştur. Gelecekte yapılması muhtemel değişiklikler ve eklemeler için de aradaki sayılara ilişkin bölümler muhafaza edilmiştir. Mesela, aile çiftlikleriyle ilgili 12.bölüm 1986 kongresi tarafından eklenmiştir. Bu Kanunun 1.,3. ve 5.bölümleri tüm iflas prosedürlerinden uygulanacak genel hükümlere ilişkin iken, diğer bölümleri ise, farklı iflas prosedür ve davaları için düzenlenmiş özel bölümlerdir.⁴⁹²

Amerikan İflas Kanununda temel olarak öngörülen 2 çeşit iflas prosedürü vardır. Bunlardan birisi ve en sık kullanılanı, chapter 7(7.bölüm prosedürü) uyarınca yapılan iflasdır ki, bu tasfiyeye yöneliktir. Yani tasfiyeyi öngörmektedir. Tasfiyede, borçluya atanmış bir kayyım vardır ve bu kayyım, borçlunun malvarlığını satarak elde edilen geliri alacaklılar arasında paylaşmaktadır.⁴⁹³ Bölüm 7 uyarınca yapılan tasfiye prosedürü hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler için öngörülmüştür(m. 109/a,101/35).⁴⁹⁴

Bölüm 7 başvurusunda bulunan borçluya mahkeme hemen bir kayyım atayacaktır ve kayyım, borçlunun tasfiyeye tabi ve tasfiye dışı malvarlıklarının listesini yapacaktır. Borçlunun yaptığı bu başvuru ile birlikte devreye otomatik takip yasağı girecek ve bütün alacaklılar mahkeme tarafından borçlunun bu başvurusundan haberdar edileceklerdir. Bu bildirimden ardından borçludan alacaklı olduklarını iddia edenler, hazırladıkları alacak dosyalarını mahkemeye sunacaklar ve kayyım, İflas Kanunda belirlenmiş olan öncelikler uyarınca, malvarlıklarının paraya çevrilmesinden elde edilen tutar ile alacaklıların alacaklarını ödeyecektir.⁴⁹⁵

Bölüm 7'nin esas amacı, borçlunun borçlarından kurtulmasını sağlayarak taze bir başlangıç (fresh start) imkanı temin etmektir. Bu amaca, çeşitli yaklaşımlarla meşruiyet kazandırılmıştır. Finansal sorunlarla boğuşan borçluya böyle bir ikinci şans tanınmamış olmasının, borçlunun suç işlemesine veya intihara teşebbüs etmesine yol açabileceği, iflas korkusunun girişimciliği engelleyeceği gibi, yaklaşımlar bunlardan bazılarıdır. Buna karşın, iflas kurallarının kanuna bağlanmış oluşu, alacaklıların belirli ve tanımlanmış bir sitem içinde muamele görmelerine yol açacaktır.⁴⁹⁶

Diğeri de, bölüm 11 prosedürü uyarınca yürütülen ve borçlunun yeniden yapılandırılmasını /örgütlenmesini (reorganization) amaçlayan prosedürdür. Ancak, bölüm 11 prosedüründe de, tıpkı bölüm 7'de olduğu gibi borçlu malvarlığının paraya çevrilerek, işletmesinin bir bütün olarak yani

⁴⁹¹ www.bankruptcyfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

⁴⁹² Douglas G.Baird, Elements of Bankruptcy,Third Edition, Foundation Press, New York,2001,p.5.

⁴⁹³ www.bankruptcyfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

⁴⁹⁴ Özbek, s.7.

⁴⁹⁵ Hanson, Randall K/Smith,James K,“A New Chapter in Bankruptcy Reform”,Journal of Accountancy,Vol.187,1997/2,pp.47-51.

⁴⁹⁶ Hanson/Smith, pp.47-51.

going concern olarak satılmasını isteyebilecektir.⁴⁹⁷ Aşağıda detaylı olarak incelenecek olan ve asıl inceleme konumuzu oluşturan Amerikan İflas Kanunu'nun 11.bölüm usulünün, finansal darboğaz yaşayan şirketlerin ticari ilişkilerini güçlendirmek üzere dizayn edilmiş bir araç olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹⁸

Görüldüğü üzere, Amerikan İflas Hukukuna hakim olan bu iki prosedürden birisi esas olarak tasfiyeyi, diğeri de yeniden örgütlenmeyi düzenlemektedir. İflas Kanununun yukarıda belirtilen 11.bölümü ile birlikte 12. ve 13.bölümleri de yeniden örgütlenmeye ilişkin olup, yani borçlunun yeniden yapılandırılarak (rehabilitate edilerek) gelecekte elde ettikleri ile borçlarını ödemesini düzenlemektedirler.

Amerikan İflas Kanunu'nun 1.3. ve 5.bölümlerinin tüm iflas prosedürlerinden uygulanacak genel hükümler içerdiğinin 7.bölümün de tasfiyeye ilişkin olduğunu belirtmiştik. 9.Bölüm ise "municipality bakruptcy" olarak adlandırılmakta olup, siyasi yerel örgütlerin ve bazı kamu ajan ve otoritelerinin iflasına ilişkin prosedürü düzenlemektedir.⁴⁹⁹ Bölüm 13 prosedürü ise, düzenli geliri veya maaşı olan ve fakat borçlarını ödeyemeyen bireylerin başvurabileceği bir iflas prosedürüdür. Bunlar, borçlarını belli bir plan uyarınca ve belli bir periyot içinde ödemeyi öngörmek zorundadırlar. Burada da borçlunun bir ödeme planı hazırlaması ve mahkemece bu planın onaylanması gerekmektedir. Yalnız bu prosedüre başvurabilmek için, kanunda belirtilen miktarı aşmayacak bir tutarda(teminatsız borçları 100.000 USD'nin, teminatsız borçları 350.000 USD'nin altında olmalıdır.madde 109/e)⁵⁰⁰ borcun olması gerekmektedir. Bu prosedürde, borçlu borcunu planda öngördüğü şekilde düzenli olarak ödemek koşuluyla tüm malvarlığını muhafaza etmektedir.⁵⁰¹

Bölüm 12 iflas prosedürü ise, Kongre tarafından 1986 yılında kabul edilerek İflas Kanuna eklenmiş olup, finansal darboğaz yaşayan küçük aile çiftçilerinin iflasına ilişkin düzenleme getirmektedir. Bu bölümün esas amacı, bu küçük çiftçilere, iflas prosedürü yoluyla borçlarını yeniden yapılandırmaları ve çiftliklerini muhafaza etmelerini sağlayacak bir şans verilmektir.⁵⁰²

İflas Kanununun 7,12,13 ve 11.bölümün bazı kısımlarında borçlunun mallarını idare etmek üzere bir kayyım atanmaktadır.İflas prosedürleri, ya borçlu tarafından gönüllü olarak başlatılmakta ya da alacaklılarca başlatılabilmektedir. İflas prosedürü açıldıktan sonra, alacaklılar, çoğunlukla borçlarını iflas prosedürü dışında tahsil etme yoluna gidemezler. Yine, borçlu da artık prosedüre tabi herhangi bir malvarlığını devredemeyecektir. Buna ilaveten, prosedürden önce borçlunun yapmış olduğu bazı

⁴⁹⁷ www.luce.com/content.asp?link=410&newsletter_id=152, (11.02.2005).

⁴⁹⁸ Baird, pp.17-18.

⁴⁹⁹ Baird, p.15.

⁵⁰⁰ Özbek,a.g.m.,s.7.

⁵⁰¹ www.bankruptcyfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

⁵⁰² www.bankruptcyfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

malvarlığı devrileri ile, mülkiyeti tahdit eden tasarruf işlemleri geçersiz kabul edilebilecektir.⁵⁰³

1.1. AMERİKA FEDERAL İFLAS KANUNU'NUN 11.BÖLÜMÜ (CHAPTER 11) (1978 Reform Kanunu)

1.1.1. Genel Olarak

Konumuzu oluşturan yeniden örgütlenme prosedürünün “reorganization” adıyla Amerika İflas Kanunu'nun 11.bölümünde düzenlendiğini belirtmiştik. Bu bölümde yer alan hususlar ilk olarak 1898 tarihli Eski İflas Kanunu'nda(1898 Bankruptcy Act.) 3 ayrı bölüm de(10,11,12.bölümlerde) düzenlenmiş iken 1978'de kabul edilen ve 1 Ekim 1979 da yürürlüğe konulan reform kanunu ile bu 3 ayrı bölüm birleştirilerek ve daha da güçlendirilerek tek bir prosedür halinde ve tek bir bölümde yani 11. bölümde düzenlenmiştir.

1978 tarihli reform kanunu ile, iflas ve yeniden yapılandırma süreçleri bireyler ve iş dünyası için daha da kolaylaştırılmıştır. Daha sonra bu 1978 tarihli Kanunun da çeşitli tarihlerde bir takım yasal değişiklikler yapılmışsa da bunlar yeniden yapılandırmaya ilişkin değişiklikler değildir.⁵⁰⁴

1978 Reform Kanunu ile yapılan konsolidasyonun gerekçesi, bireyler ve iş dünyası için nasıl bir kolaylık getirdiği 11.Bölüm usulünün önündeki tarihi notta ayrıntısı ile açıklanmış olup, bunu aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

Öncelikle belirtmeliyiz ki, Amerikan Hukukunda, şirketlerin yeniden yapılandırılması fikri ve gerekliliği ilk olarak 19.yüzyılın ilk yıllarında son derece başarılı olan ve ülke ekonomisi için sonsuz faydaları olan demir yolu şirketlerinin 20.yüzyıl başlarından itibaren yaşamaya başladıkları ekonomik sorunlar nedeniyle ortaya çıkmıştır. Zira, 19.yüzyıl boyunca başarılı olan bu şirketlerin bu yüzyılın sonlarında ekonomik güçlük yaşamaları, Amerikan kongresini harekete geçirmiş ve bu şirketlerin ulusal ekonomiye olan faydaları nedeniyle yaşatılması gerektiği düşüncesi hakim olmuştur. Nitekim, daha sonra, bu kanuna(eski) 10.11. ve 12.bölümler eklenerek, sadece demiryolu şirketleri değil, ekonominin diğer sektörleri de bu yeniden yapılandırma imkanından yararlandırılmıştır.

Ancak, yapılan bu düzenleme ile kapalı şirketler ile halka açık şirketler farklı muameleye tabi tutulmuşlar ve iki farklı usul ortaya çıkmıştır. Bu durumda, eski kanunun 10.bölümü halka açık şirketlerin yeniden yapılandırılmasını düzenlerken, 11.bölümü ise kapalı şirketlerin yeniden yapılandırılmasını düzenlemiştir. 10.Bölüm uyarınca yeniden yapılandırılan halka açık şirketler, tasarruf sahiplerini korumak adına daha sıkı kurallara tabi tutulmuş ve Menkul Kıymetler

⁵⁰³ www.bankruptcyfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

⁵⁰⁴ www.bankruptcydata.com/Ch11History.htm, (10.01.2005).

Komisyonunun(Securities ve Exchange Commission) müdahalesine izin verilmiştir. İşletme, yeniden yapılandırma prosedürü süresince mahkemece atanan bir kayyımın (trustee) denetimine bırakılmış ve planı hazırlama görevi de kayyıma bırakılmıştır.

11.Bölüme göre yapılandırılan kapalı şirketlerde ise, şirket yönetimi prosedür boyunca borçluya yani yediemin borçluya terkedilmiş ve planı hazırlama görevi de borçluya bırakılmıştır. Ancak, borçlunun teminatlı kredi alacaklılarının alacaklarını, bu alacaklıların rızası olmadan indirimine veya vadeye tabi kılması ise mümkün olmayıp,bu 11.bölüme has bir özelliktir.

10.bölüm göre yeniden yapılandırmada ise, alacaklılar arasındaki sıra belirlenirken, absolute priority (mutlak öncelik) kuralı uygulanmıştır. Yani, sıra cetveline kaydedilen teminatlı ve imtiyazlı alacaklılardan, bir üst sıradaki tam olarak tatmin edilmeden altındaki sırada alacaklıya herhangi bir ödeme yapılması mümkün değildir.

Kapalı şirketler açısından ise, absolute priortiy ilkesi işletilmemiş, bunun yerine best interest of creditors (alacaklıların yararının en iyi şekilde korunması) ilkesi esas alınmıştır. Buna göre de, sıra cetvelinde bir üst sıradaki alacaklı, eğer şirket tasfiye olsa idi ne alacaksa en az onu alabiliyorsa, alt sıradakine ödeme yapılabilecektir. Yani, diğer ilkedeki gibi, üst sıradakinin tam olarak tatmini gibi bir kısıt bu ilkede söz konusu değildir.

Halka açık şirketler için öngörülen 10.bölüm yeniden örgütlenme prosedürü, çok sıkı bir denetime gerektirmesi, atanan kayyımın sürekli olarak, Menkul Kıymetler Komisyonuna danışmak ve mahkemenin onayına başvurmak zorunda olması gibi özellikleri nedeniyle, çok fazla zaman almış ve sürekli masraf gerektirmiştir.

Buna karşın, kapalı şirketlerde uygulanan 11.bölüm yeniden yapılandırma prosedürü ise, 10.bölümün aksine, son derece gevşek ve denetimden uzak bir sistem öngörmüştür. Bu usul de prosedürü başlatan da planı hazırlayan da borçlu olmuş ve her şey borçlunun insiyatifine bırakılmış ve alacaklılara ya borçlu tarafından hazırlanan planı kabul etmek ya da tasfiyeye gitmek dışında başka bir seçenek sunulmamıştır. İşte 1978 reform Kanun ile bu her iki yöntemin sakıncaları giderilerek konsolide edilmiş ve 11.bölüm adı ile incelediğimiz usul ortaya çıkmıştır. Nitekim yeni 11.bölüm usulü ile bu her iki yöntemin aşırılıkları ve yarattıkları sorunlar giderilmeye çalışılarak prosedür mümkün oldukça basitleştirilmiştir.⁵⁰⁵

Amerikan Federal Kanunlarının 11.sirasında yer alan Amerikan İflas Kanununun 11.bölümü 4 alt bölümden oluşmaktadır. Bu bölümlerden 4.bölüm sadece demiryolu şirketlerine ilişkin olup, çalışmamızın kapsamında değildir. Bu bölüm hariç diğer üç bölüm ise toplam 29 maddeden oluşmaktadır.

⁵⁰⁵ Budak, Şirket Kurtarma, s.347; USA Bankruptcy Code.

11.Bölümün 1.alt bölümü, “Görevliler ve İdare” (Officers and Administration) başlığını taşımakta, 2.alt bölümü, “THE PLAN” başlığı ile yeniden yapılandırma planının hazırlanması, alacaklılar toplanması, planın alacaklılarca kabul edilmesi ve planın mahkemece tasdiki aşamalarını içermektedir. 3. alt bölüm ise, “POSTCONFIRMATION MATTERS” yani “Tasdik(planın tasdiki) Sonrası Hususlar” başlığı ile, mahkemece tasdik edilen planın uygulanmasına ilişkin konuları düzenlemektedir.

Amerika Birleşik Devletleri 1978 tarihli İflas Hukuku reform kanunu ile şekillenen 11.Bölüm, ödeme güçlüğü içinde olup ta yaşama kabiliyeti olan şirketlerin iflase sürüklenmekten kurtarılıp, yeniden örgütlenmesini sağlayarak bu şirketlere taze bir başlangıç yapma imkanı sağlayan, uzun vadede ülke ekonomisi ve şirket alacaklıları yararına daha tatminkar sonuçlar doğuran bir hukuki prosedürdür.

Burada, borçlu şirket, mahkemece onaylanmış bir yeniden yapılanma planı ile ticari faaliyetlerine devam etmekte ve alacaklılarına planda öngörülen şekilde ve koşullarla ödemeler yaparak borçlarını ödemekte ve bu şekilde finansal darboğaz yaşayan şirket iflas etmekten kurtarılmaktadır. Çoğunlukla borçlu tarafından hazırlanan yeniden yapılandırma planı, “kanuna uygun olması ve mahkemece onaylanması halinde emredici bir akit niteliğini alır. Bu plan, borçluya karşı talepte bulunan bütün hak sahipleri arasındaki ilişkileri yeniden düzenler ve plana rıza göstermeyen alacaklıları dahi bağlar.”⁵⁰⁶

Bu prosedürün temeli, borçlunun alacaklıları ile alacakları konusunda vardıkları uzlaşmaya dayanmaktadır. Tarafların vardıkları bu uzlaşma uyarınca da şirketin “going concern” olarak devamı sağlanmış olmaktadır. “11.Bölümün nihai amacı, borçlunun ticari faaliyetlerinin sona erdirilmesi değil, fakat borçlunun ticari işletmesinin yeniden örgütlenmesini sağlamaktır.”⁵⁰⁷ Bu nedenle, “bu usulün kesin ve belirli kalıpları yoktur ve sonuçları, her bir münferit olaya uygulanabilecek nitelikte esnek ve belirsizdir.”⁵⁰⁸

Alacaklılar, çoğunlukla borçlu ile varılan anlaşma uyarınca, mevcut alacaklarından daha azına ve daha uzun vadede sahip olacaklardır. Alacaklıları, mevcut alacaklarının daha azına ve/veya daha uzun vadede almalarına razı olmalarının sebebi, alacaklıların diğer alternatifi olan tasfiyenin kendileri açısından daha karlı olmayışıdır. Zira, borçlu şirketin iflas ettirilerek tasfiye edilmesi ile tasfiye neticesinde iflas masasına dahil olan şirket malvarlığından alacağını almak zorunda olan alacaklıların, özellikle de teminatsız alacaklıların bu tasfiye sonunda eli boş döndükleri bilinen bir gerçekliktir. Bu nedenle, alacaklılar şirketin tasfiyesi yerine yeniden yapılandırma ile daha fazla menfaat elde edeceklerdir. Tabi ki burada asıl sorun şirketin bir “going concern” olarak değerinin olup olmadığıdır. Amerika 11.bölüm usulünde göze çarpan bir diğer özellik ise, şirketin mevcut alacaklılarının alacaklarına karşılık yeniden yapılandırılacak şirkette hisse sahibi olabilmeleridir. Bu

⁵⁰⁶ Özbek, s.13.

⁵⁰⁷ Özbek, s.13.

⁵⁰⁸ Westbrook, 11.Bölüm, s.283.

halde, şirketin çoğunlukla en alt sırada bulunan hisse senedi sahibi alacaklıları, ellerindeki hisselerin genellikle büyük bir bölümünü, şirketin alacaklılarına devretmektedirler.⁵⁰⁹

1.1.2. 11.Bölüm Usulüne Başvuru Koşulları

Yukarıda genel özellikleri, tarihi gelişimi ve yasal şekli hakkında açıklama yapılan 11.bölüm usulünün işleyişi, prosedüre dahil olan tüm taraflar (yediemin borçlu, alacaklılar komitesi, iflas mahkemesi, kayyım ve müfettişler) ve prosedürün maddi hukuk ilişkilerine olan etkisi sırasıyla aşağıda incelenecektir.

1.1.2.a) Yeniden Yapılandırma/Örgütlenme Talebi

Bu prosedür de, herhangi bir iflas prosedürü gibi, İflas Mahkemesine verilecek bir dilekçe ile başlamaktadır. Bu dilekçe, yani talep gönüllü olabildiği gibi (başvuru direkt borçludan gelmektedir), alacaklılardan da gelebilmektedir. Yeniden yapılandırma talebinin alacaklılardan geldiği durumda bu bölüm 11 dilekçesi, zorunlu (istem dışı) dilekçe (başvuru) olarak adlandırılmaktadır.⁵¹⁰ Bununla birlikte, uygulamada çoğunlukla bu usule başvuru, borçludan gelmektedir. Alacaklıların hukuki durumlarının iflas dışı hukukta, iflas hukukuna oranla daha fazla korumuş olması nedeniyle, bu talebin alacaklılardan gelmesine nadir olarak rastlanmaktadır.⁵¹¹

11.Bölüm usulüne yapılan başvuru, aslında borçlunun alacaklılarına yaptığı bir uzlaşma çağrısıdır. Bu başvuruyla başlayan prosedürün amacı da, tarafları en yararlı anlaşmayı yapmak hususunda bazı fedakarlıklara katlanmaya zorlamaktır.⁵¹²

İflas Mahkemesinde yeniden örgütlenme talebinde bulunulabilmesi için, herhangi bir yasal kriter öngörülmemiştir. Yani şirketin veya bireylerin bu prosedüre başvurabilmeleri için, ödeme aczi içinde olmaları veya ödemelerini tatil etmiş olmaları gerekmemektedir. O kadar ki, bu konuda “her özgür Amerikalı iflas(yeniden yapılandırma) talebinde bulunmak hakkını haizdir”⁵¹³denilebilmektedir. Buna karşın, makul bir başarı şansı olmayan veya kötü niyetle yapılan bir yeniden yapılandırma talebi, prosedürün çok daha erken bir aşamasında reddedilebilecektir.⁵¹⁴

“Buradaki temel düşünce, bir şirketin iflas (yeniden yapılandırma) talebinde bulunma ihtiyacı içinde olmadıkça, iflas talebinde bulunmayacağıdır.”⁵¹⁵ Zira, hiçbir şirket yöneticisinin hiç gerek yokken, kendi şirketini mahkemenin denetimine bırakmak istemeyeceği eşyanın tabiatı gereğidir.⁵¹⁶ Ancak,

⁵⁰⁹ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.11-12.

⁵¹⁰ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵¹¹ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.10-11.

⁵¹² Westbrook, 11.Bölüm, s.283.

⁵¹³ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.11.

⁵¹⁴ Westbrook, 11.Bölüm,s.268.

⁵¹⁵ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.11.

⁵¹⁶ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.11.

çoğunlukla yeniden yapılandırmaya başvuran şirket, birtakım mali sıkıntılar içerisinde. Bu sıkıntılar tedarikçilerine, çalışanlarına ödeme yapmakta zorlanma şeklinde olabileceği gibi, bu aşamaların çok daha ilerisinde ve bir takım cebri icra tehditleri ile karşı karşıya kalınması şeklinde de ortaya çıkabilecektir.⁵¹⁷

Borçlunun bölüm 11 usulü uyarınca İflas Mahkemesine verdiği dilekçede, standart olarak her dava dilekçesinde bulunması gereken bir takım bilgilerin(borçlunun kimliği, ikametgah adresi, vergi numarası, şirket ise iş yeri merkez adresi vb.) yanı sıra, öngörülen ödeme planı ya da plan hazırlamaya ilişkin niyeti belirten açıklamalar ve yararlanılmak istenilen iflas prosedürüne ilişkin kanun bölümü ile alacaklıların müdahalelerinden korunma talebi belirtilmelidir.⁵¹⁸

Borçlu, mahkemeye verdiği dilekçesi ile birlikte “ disclosure statement” denilen borçlunun yeniden yapılandırma planının koşullarını, alacaklıların plana kabul veya red oyu vermelerini sağlayacak derecede borçluya, borçlunun malvarlığına, ticari ilişkilerine, yükümlülüklerine ve plana ilişkin gerekli tüm bilgileri içeren bir beyanını da mahkemeye vermesi gerekmektedir. Borçlunun vermesi gerekli bu beyandaki bilgilerin yeterliliği, mahkemenin takdiri ve her bir davanın kendi koşullarına göre değişebilecektir.⁵¹⁹

1.1.2.b) Bölüm 11 prosedüründen Yararlanacak Borçlunun Niteliği

Bizim hukukumuzda, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma prosedürü, sadece sermaye şirketleri ile kooperatiflere tanınan bir imkan iken, Amerika’da, bölüm 11 usulünden tüzel kişiler kadar bireyler de (gerçek kişiler) yararlanabilmektedir. Buna karşın uygulamada daha çok tüzel kişilerce kullanıldığı yaygın olarak ifade edilmektedir.

Bu prosedürden yararlanacak olan tüzel kişiler, bir adi şirket olabildiği gibi, (ki bizim hukukumuzda adi şirketin tüzel kişiliği yoktur) şahıs veya sermaye şirketleri de olabilmektedir.

Ancak, istisnai olarak, demiryolu kuruluşlarının yeniden yapılandırma prosedürü özel bir nitelik taşıması nedeniyle, 11.bölüm içerisinde farklı bir alt bölüm(4.bölüm) prosedürüne tabi kılınmışlardır. Yine, ticaret borsası brokerları da bölüm 11 usulünden yararlanamayacaklardır.

Bunlara ilaveten, 11.bölüm (small business) küçük tacir-iş olarak çevirebileceğimiz bir tanımlama getirmektedir. Buna göre, toplam borç tutarı, 2.000.000 USD’yi geçmeyen borçlular “küçük tacir- iş” olarak nitelenmekte ve bunlar için, genel prosedürden bir takım farklı uygulamalar öngörülmekte, prosedür biraz daha hızlandırılmakta ve kolaylaştırılmaktadır. Eğer borçlu, küçük tacir olarak

⁵¹⁷Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.12-13.

⁵¹⁸ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/ ,(03.02.2005).

⁵¹⁹ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/ ,(03.02.2005).

adlandırılırsa, mesela, alacaklılar komitesinin atanması ve borçlunun mali durumuna ilişkin açıklamaların görüşüleceği ayrı bir duruşmanın yapılması zorunluluk arz etmemektedir. Bu halde, son onay duruşması ile ilk duruşma bir arada yapılabilmektedir. Ayrıca, prosedür uyarınca borçluya münhasır olarak tanınmış olan planı hazırlama süresi bu küçük tacirler için daha kısa tutulmuştur. Buna göre borçlu 100 gün içinde bu planı hazırlamakla yükümlüdür. Bu 100 günün bitmesinden sonra ise, menfaati olan herhangi bir taraf yeniden yapılandırma planını hazırlayabilecektir. Her halükarda, bütün planlar, mahkemenin verdiği takip yasağı kararından itibaren 160 gün içinde hazırlanmalıdır.

1.1.2.c) Mevcut Durum Raporu(Beyanı) The Disclosure Statement

Borçlunun hali hazır malvarlığı durumunu gösteren bu raporun sunulması, yeniden yapılandırma planının oylanarak kabulü için öncelikli bir şarttır. Bu rapor, borçlunun ticari ilişkilerini göstermek bakımından yeterli bilgi içermelidir ki, yeniden yapılandırma planını oylayacak olan alacaklılar ve menfaat sahipleri(pay sahipleri), plana kabul veya red oyu verebilsinler. Bu rapor verildikten sonra mahkeme, duruşma yaparak rapordaki bilgilerin kabul edilip edilmeyeceğini duruşmada inceler. Bu belge mahkemece kabul edilmeden, planın mahkemece tasdiki veya reddi mümkün değildir. Mevcut durum beyanının(disclosure statment) mahkemede kabulünden sonra borçlu (veya planı kim sunuyorsa) planın kabulü için, alacaklılar da reddi için savunma yaparlar. Bu belgenin kabulünden sonra, aşağıda belirtilenler kanun gereği, UST'ye, alacaklılara ve şirket ortaklarına bildirilmelidir:

-Plan veya mahkemece kabul edilmiş plan özeti,

-Mahkemece kabul edilmiş malvarlığı raporu,

-Planın kabulü veya reddine ilişkin dosya hazırlama ve sunma süresi,

-Mahkemece verilen sair bilgiler, mesela, mahkemenin mevcut durum beyanını kabul gerekçesi veya kabule imkan veren sebepler veya plan özetinin kabulüne ilişkin gerekçeler gibi.

Bütün bunlara ilaveten, borçlu, alacaklılara ve şirket ortaklarına planın oylanmasına katılacaklarını, itiraz sürelerini, planın onay duruşmasının tarihini, ayrıca, yarışan planlar arasında hangisini tercih ettiklerini bildirmeleri gerektiğini de (eğer varsa) bildirmelidir.⁵²⁰

1.1.3. 11.Bölüm Usulüne Başvurunun Sonuçları ve Etkileri

1.1.3.a) Debtör in Possesion (Yedi Emin Borçlu Statüsü)

Borçlunun iflas mahkemesine bölüm 11 prosedüründen yararlanmak üzere dilekçesini vermesi ile

⁵²⁰ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.html/, (03.02.2005).

birlikte, otomatik olarak borçlu (debtor in possession) yani Türkçe ifadesiyle yediemin borçlu olarak anılacak ve o andan itibaren alacaklılar tarafından rahat bırakılmış olacaktır. Bunun anlamı ise, borçlu, bu prosedür süresince, mevcut malvarlığını ve malvarlığı üzerindeki kontrolünü muhafaza etmektedir. Yani, borçlu şirket veya borçlunun malvarlığının denetimi herhangi bir şekilde bir kayyım (case trustee) devredilmemektedir. Borçlu, bu konumunu, yeniden yapılandırma planı mahkemece onaylanıncaya kadar veya planı reddedilinceye veya İflas Kanununda yer alan başka bir iflas prosedürüne dönüştürülünceye kadar ya da mahkemece kendisine bir (trustee) kayyım atanmasına karar verilmeye kadar muhafaza edecektir ve hiçbir alacaklı, borçluya karşı herhangi bir hukuki prosedür (takip, dava gibi) yürütemeyecektir. Bu prosedürde borçlu yediemin borçlu olarak anılmakla, diğer iflas prosedürlerinde kayyımın yaptığı tüm iş ve işlemleri borçlu yapabilmektedir. Zira, borçluya kayyım atanması genellikle çok istisnai bazı durumlarda gerçekleşmektedir⁵²¹

Amerikan sisteminin en önemli özelliği, borçlunun yeniden yapılandırma talebinde bulunmasının ardından şirket yönetiminde el çektirilmeyip şirketin başında kalmasıdır. Kural bu olmakla beraber, borçlunun yeteneksiz olması veya hileli bir takım işler yapması halinde şirketin kayyım veya iflas idare memuruna devri öngörülebilmektedir (m.1104).⁵²² Aşağıda yediemin borçlu statüsünün tarihi gerekçesi detayıyla anlatılacak olup, bu statünün gerekçesi kısaca şu şekilde özetlenebilir.

Her şeyden önce borçlunun, şirketi mahkeme tarafından atanacak bir kayyımdan daha iyi tanıdığı ve bu nedenle kusurlu bile olsa, mahkeme tarafından atanacak bir kayyımdan daha başarılı olacağına inanılmaktadır. Bunun nedeni, mahkeme tarafından atanacak bir kayyımın, daha çok, şirketin geçmiş hukuki işlemlerinin araştırılması ve soruşturmasına vaktini ayıracağı ve bu arada şirketi işletme amacını ihmal edeceği. İşin başında bırakılan şirket yöneticilerinin ise, şirketin bir an evvel satılmasından ziyade devamında menfaatleri olduğu için, bu amaca hizmet edecek şekilde, işletmeyi işler halde tutmak için gerekli bir takım tasarruflara girişecekler ve alacaklılarla müzakereleri yapmak konusunda daha istekli ve başarılı olacaklardır. Ayrıca, borçluya tanınan yediemin borçlu statüsünün, şirketin iradecilerini bizzat talepte bulunmaya ittiği ve bu yolla şirket ekonomik olarak iflasın eşiğine gelmeden çok daha erken bir safhada şirkete müdahale edilebildiği ifade edilmektedir. Bu sistemle yöneticiler, müracaatları halinde hukuken desteklenmekte ve şirketteki kontrollerin kaybetmeyeceklerinin bilmenin rahatlığı ile, erken bir aşamada bu usüle başvurumaktadırlar. Nitekim, şirketin içine düştüğü mali bunalım artıp ağırlaştıkça, şirketin going concern olarak devam şansının azalacağı açıktır.⁵²³

Chapter 11 uyarınca, “debtor in possession” (yediemin borçlu) konumunda olan borçlu, bir kayyımın sahip olduğu tüm yetkilere sahiptir. Bu yetkiler, alacak iddialarının incelenmesi, reddi, malvarlığı değerinin hesaplanması, kıymetinin takdiri, mahkeme ve İflas İdare Memurunun talebi üzerine bilgi

⁵²¹ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵²² Westbrook, Şirket Kurtarma, s.11.

⁵²³ Westbrook, 11.Bölüm, s.273.

verme amaçlı raporların hazırlanması, mesela aylık raporların hazırlanması gibi yetkililerdir. Ayrıca, yediemin borçlu, mahkemenin onayıyla, kendisine yardımcı olmaları amacıyla avukat, mali müşavir, kıymet takdiri yapacak bilirkişi gibi bir takım profesyonel meslek erbaplarını da bu süreçte işe alabilecektir. Yine, mahkemenin planı onaylamasından sonra dahi son bir mali durum analiz raporu istemesi mümkündür.⁵²⁴

Her ne kadar bu sistemde borçlu, şirketin başında kalmaya devam etmekte ise de, şirket, borçlunun keyfi iradesine bırakılmış değildir. Borçlu, gerek düzenli aralıklarla mahkemeye sunacağı raporlar yolu ile gerekse alacaklılar komitesince denetlenmektedir. Ayrıca, mahkemenin borçlunun işlemlerini denetlemek üzere bir müfettiş atmasına da rastlanmaktadır.⁵²⁵ Nitekim ilerleyen bölümlerde mahkemece atanacak olan müfettişler ve rolleri konusunda açıklama yapılacaktır.

Bölüm 11 usulüne başvuran bir şirketin amacı, “going concern” olarak devam etmektir. Bunu sağlayabilmek için de şirketin bu süreçte de normal olarak ekonomik faaliyetlerine devam etmesi gerekir. Çünkü hayat devam etmekte ve bir şirketin yeniden yapılandırılması da uzun bir zaman almaktadır. Ancak, bu şirketin kendi başına bırakılması anlamına da gelmemelidir. Şirketin mutlaka bir denetim ve gözetim altında bu faaliyetlerine devamı şarttır. İşte Amerikan İflas hukukunda, çoğunlukla şirket bu süreçte üstelik bir kayyım dahi atanmaksızın normal faaliyetlerine devam etmektedir. İflas Kanunu, şirketi idarecilerinin sadece kendilerinin değil, tüm tarafların menfaatlerini gözetip gözetmediklerinin denetlenmesini sağlayacak mekanizmalar getirmiştir. Bu denetim mekanizmaları getirilirken, şirketin günlük işleri ile ilgili olarak verilecek kararların tartışma konusu olmayacağı fikrinden hareket edilmiştir. Bu nedenle, yediemin borçluya şirketin normal satış, kiralama, kullanım gibi işlerini yapabilme yetkisi genel olarak verilmiştir. Aksi halde bir perakendecinin her mal satışında mahkemeden izin alması gibi mantığa aykırı durumlar ortaya çıkabilecektir. Aynı şekilde borçlu hammadde alımı ve ürünlerinin satımı gibi işleri de mahkemenin iznine ihtiyaç duymaksızın yapacaktır. Zaten bunun aksinin öngörülmesi halinde, şirketin yediemin borçluya bırakılmasının hiçbir anlamı olmayacaktır ve bu halde de şirketi kayyıma devretmek gerekecektir. Ancak, yediemin borçlunun yapacağı hukuki tasarruf, şirketin günlük işleri dışında bir tasarruf ise, bu halde mahkemenin izni ve denetim şarttır. Bu denetim mekanizması, bölüm 11 dilekçesinin verilmesi anından itibaren başlamaktadır. Buna karşın, hangi işlerin günlük işler hangilerinin sıra dışı tasarruflar olduğuna ilişkin olarak verilen mahkeme kararlarında farklılıklar olduğu da gözlenmektedir. Mahkemelerin mutlaka göz önünde bulundurması gereken husus, borçlu tarafından alınan kararın tüm tarafların menfaatine olmasıdır.⁵²⁶

Özellikle şirketin finansal durumunun kötü olduğu hallerde, borçlunun kendi kendine ve mahkemenin izni ile yapabileceği tasarrufları ayırmak ve mümkün oldukça izinsiz yapacağı tasarruflara sınırlama

⁵²⁴ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005)

⁵²⁵ Budak, Şirket Kurtarma, s.351.

⁵²⁶ Baird, pp.182-183.

getirmek son derece önemlidir. Eğer şirketin işleri gerçekten kötü ise ve kayyımın veya yediemin borçlunun verdiği kararlar geri dönüşümsüz ise, teminatlı alacaklıların da mahkemeye başvurup yeterli teminat istemekten başka şansları yok ise, teminatlı alacaklıların alacağı büyük tehlike altındadır. Bu nedenle, nitekim, aşağıda açıklanacağı üzere, &363 kayyımın ya da yediemin borçlunun nakit teminatları(cash collateral) kullanımına sınır getirmiştir. Hatta bu nakit teminatların kullanımı, şirketin normal işlerinden sayılsa bile, borçlunun bunları kullanımı için mahkemeden izin almadan ve teminatlı alacaklılara yeterli teminat vermeden kullanması mümkün kılınmamıştır.⁵²⁷

Yediemin borçlu, genellikle bu süreçte, işletmesinin belirli bölümlerini kapatarak satacak, bazı çalışanlarını işten çıkaracak ve iş sözleşmelerini yeniden müzakere edecektir. Yediemin borçlu, işletme için olağan ticari faaliyetleri mahkemenin iznini almadan yürütebilecek iken, önemli bir takım tasarruflar için hakimın iznini almak zorundadır. Alacaklılara da mahkemece verilen bu tür izinlere karşı itiraz etme hakkı tanınmıştır.⁵²⁸ Şirketin işçileri ile yapmış olduğu iş sözleşmelerinin hükümlerinin değiştirilmesinde de mahkemelere çok geniş yetkiler verilmiştir. Buna göre, şirketin bir sendika ile yaptığı bir toplu sözleşme olması halinde(ABD şirketlerinin %20 sinin böyle bir toplu sözleşmeye taraf olduğu belirtilmektedir.) bu toplu sözleşmede değişiklik yapabilmek için mahkemenin onayı gerekmektedir. Bununla birlikte, şirketin iş sözleşmelerini yeniden müzakere edebilecek olması şirketlerin yeniden yapılandırılmasının başarıya ulaşmasında son derece önemli bir rol oynamaktadır. Kısacası, şirketin yeniden yapılandırılabilmesi, hemen hemen şirket ile ilişkide bulunan tüm tarafların,(işçilerin, tedarikçilerin, hisse senedi sahiplerinin, idarecilerin ve alacaklıların) fedakarlıkları ile başarıya ulaşmaktadır.⁵²⁹

Yediemin Borçlu Statüsünün Tarihi Gerekçesi:

Borçlunun yeniden yapılandırma prosedürü süresince şirket idaresini elinde tutmaya devam etmesi, yani DIP(Debtors in possession)yediemin borçlu olarak devam etmesi yöntemi, büyük şirketler için 1978 Reform Kanunu ile kabul edilmiştir. 1978'den önce bu usul, yani şirketi idare edenlerin yeniden yapılandırma süresince şirketi idareye devam etmeleri ancak aile şirketleri için mümkün iken, 1978 Reform Kanunu ile bu tüm şirketler için uygulanır hale gelmiştir. 1930'lardan 1978'e kadar bu ikili sistem uygulanmıştır. O dönemde küçük şirketler için de kayyım yani (Trustee in bankruptcy) atanmasının masraflı olması ve bu şirketler açısından suistimal ihtimalinin düşük olması gibi nedenlerle borçlunun bu şirketler için şirketin yönetiminde kalmasında bir sakınca görülmemiştir. 1978' de ise küçük-büyük şirket ayırımı yapmaksızın tüm şirketlerde yediemin borçlu sisteminin uygulanmasına geçilmiştir. Bunda en büyük etken, bankaların baskısıdır.

Bankaların aslında çelişki gibi görünen bu isteklerinin altında yatan gerekçeler ise aşağıda

⁵²⁷ Baird, p.184.

⁵²⁸ Westbrook, 11.Bölüm, s.270.

⁵²⁹ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.18.

açıklanmaktadır.

İlk gerekçe kayyım sisteminin yarattığı sakıncaları önlemektir. Zira, kayyım sistemi, aşağıda belirtilen sakıncaları içermektedir:

Öncelikle, kayyım olarak atanan şahısların genellikle hukuk kökenli olup, ticaretten anlamayan kişilerden seçilmesi nedeniyle, bu kişilerin şirket idaresinde yetersiz kalmaktadırlar. Ayrıca, seçilen kişi ticaretten anlasa bile, kişi şirketi tanımadığından, şirketi tanıyınca kadar geçen sürede şirket iflasa sürüklenebilmektedir. Bu ve benzeri nedenlerle asıl ve büyük alacaklı pozisyonundaki bankalar, kayyım sisteminin işe yaramadığını, aksine olumsuz sonuçlar verdiğini görmüş ve bu sisteme karşı çıkmışlardır. Burada, teminatlı bir bakanın neden bunu önemseyeceği ileri sürülebilirse de, özellikle o dönemde alacağı teminatsız olan bankaların da mevcut olduğu bilinmektedir. Ayrıca, bankaların, kayyımların şirketi ekonomik açıdan idare etmekte yetersiz kaldıklarını yaşayarak görmeleri, bu sistemden vazgeçilmesini istemelerinin en büyük nedeni olmuştur.

Kayyım sisteminin bir diğer sakıncası da, şirketlerin yeniden yapılandırma talebinde bulunmakta çekimser kalmalarına sebep olmasıdır. Zira, şirketi idare edenler, biliyorlardı ki, bu talepte bulduklarında işlerinden olacaklar, yani işsiz kalacaklardır. Bu ise, çok büyük ücretlerle çalışan büyük şirket yöneticileri için hiç te cazip bir durum değildir. Bu nedenle de, mümkün oldukça, ta ki şirket gerçekten iflas noktasına gelip yeniden yapılandırılmayacak kadar batıncaya kadar şirketi idare etmeye çalışmışlardır. Bundan en büyük zararı da yine alacaklılar görmüşlerdir. Zira, artık bu noktada şirketten geriye hiçbir şey kalmamaktaydı. Bu nedenle, bankalar, şirket yöneticilerini iş başında bırakmanın, hiç değilse şirket iyice kötüye gitmeden yeniden yapılandırma talebinde bulunmalarını sağlayacağı düşüncesiyle kayyım sisteminden vazgeçilmesini savunmuşlardır.

İşte, kayyım sisteminin yarattığı bu sakıncaların, alacaklıları zarara uğratması, bankaların yediemin borçlu sistemini şiddetle savunmalarına yol açmıştır.⁵³⁰

1.1.3.b) Takip Yasağı (The Automatic Stay):

Bu, borçlunun mahkemeye bölüm 11 prosedüründen yaralanmak için dilekçe verdiği andan itibaren başlayan ve borçluya bir nefes alma süresi tanıma ve alacaklılarıyla uzlaşma zemini yakalamasını hedefleyen bir takip ve dava yasağı süresidir. Bu süre ve tedbir otomatik olarak, dilekçenin verildiği andan itibaren otomatik olarak başlamaktadır(11.U.S.C.&362(a))⁵³¹

Bu nedenle de 11.Bölüm usulünün, “borçlunun malvarlığına sığınacağı bir liman sağlamak amacıyla

⁵³⁰ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.24-26.

⁵³¹ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.html, (03.02.2005).

dizayn edildiği”⁵³² ifade edilmiştir.

Takip yasağı uyarınca, dilekçenin verilmesinden önce doğmuş herhangi bir borç nedeniyle borçlu aleyhine alacaklılarca herhangi bir takip (rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip dahil) veya haciz işlemi yapılamayacak, mahkeme kararının uygulanmasına gidilemeyecek veya herhangi bir dava açılmayacaktır. Hatta alacaklıların bu otomatik tedbiri ihlal mahiyetindeki her türlü hareketleri, kanunen cezalandırılabilen ve yapılan işlemler hukuken geçersiz kabul edilmektedir.⁵³³ Öyle ki, “bu tarihten sonra, alacağı talep eden bir mektup bile mahkemeye itaatsizlik suçunu(contempt of court)oluşturur. Takiplerin durmasına ilişkin kuralı bilmeden ihlal eden bir işlem ise suç teşkil etmez ve fakat geçersiz sayılır.”⁵³⁴

Dilekçenin verildiği andan itibaren tüm ülkeyi kapsayacak ve borçluya karşı alacağın tahsiline yönelik her türlü cebri icra işleminin yasaklayan bir ihtiyati tedbir yürürlüğe girmekte⁵³⁵ iflas dilekçesinin verilmesinden önce doğmuş olan borçlara yönelik takipler de dahil olmak üzere başlayacak olan ve sürmekte olan bütün⁵³⁶ takipler ve davalar durmaktadır.⁵³⁷

“Bu durma veya her şeyin otomatik olarak donması öylesine önemli ve otomatiktir ki, dilekçenin mahkeme katibince damgalanması ile birlikte, devam eden bir davada dinlenen bir şahidin sözünün bile bu anda kesmesi ve devam etmemesi gerektiği”⁵³⁸ mübalağ edilerek ve fakat teorik doğruluk olması açısından ifade edilmiştir.

Bu otomatik dava ve takip yasağının mantığı ise, 11.bölüm usulünün özünde yatmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, 11.bölüm usulünün esası, bir müzakere daveti, bir uzlaşma talebidir. İşte, bir nevi, bu otomatik yasak ile, alacaklılar müzakereye yasa gereği de olsa zorlanmaktadır. Yani, bu davete icap etmek durumunda bırakılmaktadırlar. Zira, alacaklılar dilekçenin verilmesi ile birlikte yürürlüğe giren bu takip yasağı karşısında, borçlu ile uzlaşmak haricinde bir seçeneğe sahip değillerdir. Ancak müzakereye yanaşırlarsa ve uzlaşırlarsa, kendi menfaatlerinin de bulunduğu şirketin ekonomik hayatına devam etmesi konusunda söz sahibi olabilecekler ve hatta neticede uzlaşma amacına ulaşırsa, alacaklıların da bu sayede alabileceklerdir.⁵³⁹

Amerikan 11.bölüm usulü dışında, adeta bir “orman kanunu”⁵⁴⁰ yürürlükte. Yani, önce davranan ve en önce takibe başlayan ve haczi koyduran alacağını öncelikle alır.Yani, şirket yerine kendini düşünen alacaklı adeta ödüllendirilmektedir ve alacaklılar arasında kıran kırana bir yarış söz konusudur. Herkes alacağını bir an önce tahsil etme telaşı içinde hareket etmektedir. Buna karşın, şirketi de olsun

⁵³² Baird, p.170.

⁵³³ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵³⁴ Westbrook, 11.Bölüm,s.269.

⁵³⁵ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.13.

⁵³⁶ Özbek, s.18.

⁵³⁷ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵³⁸ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.13.

⁵³⁹ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.13.

⁵⁴⁰ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.14.

bir nebze düşünen ve biraz geciken iyi niyetli alacaklı ise adeta cezalandırılmaktadır. Zira, ondan önce davrananlar kendisine herhangi bir şey bırakmayacaklardır. İşte, 11.bölüm usulünde uygulama alanı bulan bu otomatik yasak, alacaklıları birbirleri ile yarışmak yerine, borçlu ile uzlaşmaya varmaya yönlendirmektedir. Başka hiçbir imkan da alacaklıları uzlaşmaya zorlamakta bu kadar etkili olamayacaktır.⁵⁴¹ Bu nedenledir ki, Amerika’da, çoğunlukla borçlu ile alacaklıların mahkeme dışı sulh olma yoluna gittiklerine sıkça rastlandığı.⁵⁴² ifade edilmektedir.

Otomatik olarak uygulanan takip yasağının, alacaklıları borçlu ile uzlaşmaya zorlama fonksiyonu dışında, alacaklılarının baskılarından bir süreliğine de olsa kurtulan borçluya etkili bir yeniden yapılandırma planı hazırlama imkanı tanımak ve işletmesini yeniden örgütleyebilmek için ihtiyacı olduğu talep sonrası krediyi bulma imkanını kolaylaştırmak⁵⁴³ fonksiyonları da vardır.

Otomatik takip yasağı 1930 büyük ekonomik bunalımından beri Amerikan İflas Hukukuna hakim olmasına rağmen, yasal zemini 1978 reform Kanunu ile oluşturulmuştur. Bu tarihe kadar uygulanıyor oluşunun sebebi ise yargısal içtihatlardır.⁵⁴⁴

1.1.3.c) Takip Yasağının İstisnaları

Buna karşın, bazı özel durumlarda teminatlı alacaklılar lehine bu takip yasağı kaldırılabilir gibi (&362/d), “(&362/b)’de listelenen durumlarda da takip yasağı uygulama alanı bulmayacaktır.”⁵⁴⁵

“Özellikle rehinli alacaklılar ve kiralayanlar vakit kaybetmeksizin mahkemeye müracaat ederek, takiplerin durmasına ilişkin bu tedbirin kendileri açısından kaldırılmasını talep edecek ve kiralık gayrimenkullerin tahliyesi ile rehinli malların paraya çevrilmesini talep edeceklerdir. Mahkeme, bu alacaklıların aynı haklarının borçlunun göstereceği yeterli bir teminat ile güvence altına alınmamış olduğunu görürse, alacaklıların bu talebini kabul edecektir(&361,362(d) – (f) 1988). Bu yeterli teminat genellikle borçlu tarafından yapılması öngörülen periyodik ödemelerdir.”⁵⁴⁶ Teminatlı alacaklıların bu süreçteki durumu ve takip yasağını kendileri açısından kaldırabilmelerinin koşulları ilerleyen bölümlerde daha detaylı olarak anlatılacaktır.

Nitekim, dilekçe sonrası bazı alacak iddiaları dava edilebilecektir. Örneğin, dilekçe sonrası doğmuş haksız fiil talepleri de dava edilebilecek ve fakat borçlunun malvarlığına dokunulamayacaktır.⁵⁴⁷

Yine, takip yasağı, dilekçe öncesi alacaklıların, 3. şahıslara veya onların malvarlıklarına gitmesine engel olmamaktadır. Burada sözü edilen 3. şahıslar, borçlunun kefilleri veya müşterek borçlularıdır.

⁵⁴¹ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.14.

⁵⁴² Westbrook, Şirket Kurtarma, s.14.

⁵⁴³ Özbek, s.18.

⁵⁴⁴ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.14.

⁵⁴⁵ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁴⁶ Westbrook, 11.Bölüm,s.269.

⁵⁴⁷ Baird, p.170.

Dolayısı ile takip yasağı kuralı, borçlunun dilekçe öncesi bir alacağı için dava ve takip edilmesini engellese de, borçluya kefil olan veya borçlu ile birlikte müşterek borçlu olan 3.şahısların takip ve dava edilmesine engel olmayacaktır. Bazı mahkemeler bazı nadir durumlarda, bunlara gitmeyi de yasaklamakta, moratoryumun bunlar için de (3.şahıslar için de) geçerli olduğu kararını vermektedirler. Mahkemelerin bu sıra dışı kararı genelde, 3.şahıslara yapılacak bu takibin, borçlunun malvarlığını etkilediği hallerde verilmektedir. Örneğin, borçlunun kendi çalışanlarını bu 3.şahsa sigorta ettirmekle yükümlü olduğu durumda veya aynı sigorta poliçesinin hem 3.şahsı hem de borçluyu kapsadığı durumda. Bu hallerde 3.şahsa yapılacak bir takip, bu sigorta poliçesinden dolayı sigorta şirketinin yükümlülüğünü azaltacak ve poliçe bedeli düşecektir. Aynı şekilde borçlunun çalışanlarına yönelik bir takip te mahkemece yasaklanabilecektir.Çünkü onların borçlunun işlerine bütün dikkatlerini vermeleri gerekmektedir.

Bütün bunlara karşın şunu unutmamak gerekir ki, bu yasak her ne kadar otomatikse de, herhangi bir kimse dahi mahkemeden kendisi için bu yasağın kaldırılmasını talep edebilecektir.

Takip yasağı ile ilgili önemli bir husus da, borçlu ile sözleşmesel ilişkisi olan şahsın, sözleşmedeki fesih maddesini uygulamaya koyarak sözleşmeden dönmesi durumudur. Zira, eğer bu fesih maddesi, borçlu şirketin iflas etmesi veya yeniden yapılandırmaya başvurması halinde 3.şahsa sözleşmeyi sonlandırma feshetme hakkı veriyorsa, bu hükmün bu şekilde kabulü takip yasağına aykırı bir durum yarattığından, iflas hukuku buna müsaade etmemektedir. Bu durumda, sözleşmenin bu hükmünün geçersiz olduğu kabul edilmektedir.&363(1)⁵⁴⁸

Ayrıca, bu otomatik takip yasağı, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin hemen herkese yüklemiş olduğu sorumlulukların borçlu tarafından da yerine getirilmesine engel olmayacaktır. Borçlu da , diğer herkes gibi, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin getirdiği yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdür. Çünkü iflas prosedürü, iflas kanunları dışındaki bir takım yükümlülüklerden kurtulmanın özel bir aracı olmamalıdır. Borçlunun toplumun diğer bireyleri gibi, yönetsel mevzuat ve işlemlerden kaynaklanan sorumluluk ve yükümlülüklerinin iflas prosedürü süresince de devam edeceği prensibi & 362(b)(4) de ifade edilmiştir. Burada sözü edilen prensip öylesine önemlidir ki, borçlunun bu yükümlülüğü yerine getirmesi, borçlunun malvarlığında dönüşümü olmayan sonuçlar doğursa dahi, borçlu da herkes gibi, idarenin, polis gücünün, belediyenin ve benzeri yönetsel kuruluşların bireylere yüklediği sorumluluklara riayet etmeli ve bu sorumluluklara aykırılığının bedelini de ödemelidir.⁵⁴⁹

Bu arada her ne kadar alacaklıların, borçlu hakkında herhangi bir hukuki işlem yapmalarının ancak ve ancak mahkemenin buna karar vermesi ile mümkün olduğunu ve aksine hareketin cezalandırılabileceğini belirttik ise de, iflas Kanununun 11.Bölümünü & 331 hükmü, bu prosedürün devamı süresince borçluya yardımcı olan bazı profesyonellerin ücretlerini talep eden başvurularda

⁵⁴⁸ Baird, pp.170-172.

⁵⁴⁹ Baird, pp.173-176.

bulunabileceklerine imkan tanımaktadır. Bunlar, atanmışsa kayyım, borçlunun avukatı ve mahkeme tarafından atanan herhangi bir profesyonel meslek sahibidir. Buna mukabil, bölüm 11 dilekçesinin verilmesinden önce borçlunun yararlanmış olduğu profesyonellerin ücretleri için böyle bir muafiyet tanınmamıştır. Yine, prosedür süresince ticari işletmenini normal gidişatı sağlanırken oluşan olağan giderler de takip yasağına tabi olmaksızın ödenecektir.⁵⁵⁰

1.1.3.d) Teminatlı Alacaklıların Durumu

Teminatlı alacaklılar, yeniden yapılandırma süresince teminatlı alacaklarının değerinin alacak olarak belirtilmesi dışında herhangi bir garantiye sahip değillerdir. Yani, kural olarak, teminatın paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçemezler. Çünkü takip yasağı teminatlı alacaklıları da kapsamaktadır. Ancak, iflas kanununda öngörülen bazı kurallar yoluyla bu takip yasağının kendileri için kaldırılmasını sağlayabilirler.⁵⁵¹

Bu nedenle, genellikle, borçlunun yeniden yapılandırma talebinde bulunmasının ardından, teminatlı alacaklılar mahkemeye müracaat ederek, otomatik olarak uygulanan takip yasağının ya kendileri için uygulamamasının ya da, teminatla (rehinle) karşılanamayan alacaklarının güvenceye alınmasını isterler. Mahkemeler genellikle, yeniden yapılandırmayı başarısızlığa sürükleyecek olan takip yasağının o alacaklılar lehine kaldırılması kararı yerine, bu alacaklıların rehinin değeri ile karşılanmayan alacakları için veya süreç içinde rehinli malın değerinin düşmesi ile azalan alacakları için süreç boyunca borçlu tarafından periyodik ödemeler yapılmasını öngörecektir.⁵⁵²

Eğer teminatlı alacaklıların teminat konusu risk altında ise, takip yasağının kaldırılmasını sağlayabilirler. Eğer rehin konusu mal borçlu tarafından güvence altına alınmamışsa veya borçlu bu mala zarar veriyorsa, teminatlı alacaklı bu mal ile ilgili olarak takip yasağının kaldırılmasını isteyebilecektir. Ancak, eğer teminatlı alacaklının alacağını, teminat konusu malın değeri fazlasıyla karşılıyorsa ve teminatlı alacaklının alacağı risk altında değilse takip yasağını kaldırılamayacaktır. Nitekim, 11.Bölümün m.362,d,1' e göre, Yeniden yapılandırma prosedürü süresince, yediemin borçlu, teminatlı alacaklının alacağını yeterli olarak teminat altına almış olmalıdır. Aksi halde, takip yasağı kalkabilir. Bu “yeterli teminat” kavramı, & 361' de tam olarak tanımlanmamıştır. Bunu şöyle örneklemek mümkündür. Eğer teminatlı alacaklının alacağının değeri düşüyorsa, yediemin borçlu periyodik para ödemeleri yapabilir. Ayrıca, borçlu, aynı koşullarda ilave teminat gösterebilir. Ya da, borçlu, bu teminatlı alacaklıya, alacak iddiasına kesin bir eşitlik sağlayan başka güvenceler verebilir. Öyle ki, teminatlı alacaklıya yeteri kadar güvence verilmemişse, teminatlı alacaklı, bu güvencesiz kısım için, öncelikle ödenmesi gereken idari masraflardan da önce kendi alacağının ödenmesini isteyebilecektir. Gecikme nedeniyle, teminatlı alacaklının alacağının borçlu tarafından

⁵⁵⁰ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁵¹ Baird, p.177.

⁵⁵² Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.16-17.

güvenceye alınması kuralı, farklı teminatlı alacaklıların farklı muameleye tabi tutulmasını (teminat konusu eşyanın kullanımına bağlı olarak) gerektirmektedir. Örneğin, eğer borçlu teminat konusu makineyi, başkasına kiralarsa, teminatlı alacaklı, o kira alacağından alacaklı olacaktır(m.522). Ancak, teminat konusu eşya borçlu tarafından şahsen kullanılıyorsa teminatlı alacaklı bu kullanımdan dolayı herhangi bir alacak iddiasında bulunamaz. Bu gecikmeye bağlı ödemenin öngörülmemiş olması, teminatlı alacaklının daha ilk başta borçluya malın(teminat konusu) değerinden fazla borç vermemesine yol açar. Bu durumdaki borçlu da, sadece dilekçe sonrası faizi isteyecektir.⁵⁵³

1.1.3.e) Alacak İddiaları

Bölüm 11 usulünün (ve hatta bölüm 7 usulünün) alacaklılar tarafından atılması gerekli en önemli adımlarından birisi de⁵⁵⁴, alacak iddialarının iflas davasının açıldığı yerdeki iflas masasına bildirilerek dosyalanmış olmasını sağlamalarıdır. Bunlara alacak iddiası denilmektedir. Bu alacak iddiası, ödemeyi talep etme hakkı veya borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sözleşmeyi ihlalinin bu iddia sahibine ödemeye eşit bir menfaat sağlanmasını talep etme hakkıdır. 11.U.S.C & 101(5) İflas davasından haberdar olan ve fakat alacak iddialarının kanıtlayarak dosyaya sunmayan alacaklılar, alacaklarının alamama ve bu alacakların mahkeme tarafından yok sayılması riski ile karşı karşıya kalacaklardır.

Bazı durumlarda alacaklılar, bu alacak iddialarının geçerliliğini ve miktarını yazılı belge ile kanıtlamak zorunda iken, bazı durumlarda buna gerek olmamaktadır. Alacaklının kanıt sunması talep edildiğinde, alacaklı mutlaka kanıt dosyası hazırlamalı ve bunu davanın derdest olduğu yerdeki iflas masasına sunmalıdır. İflas Memuru, tüm alacak iddialarını- teminatsız alacaklılar arasında dağıtım yapılacağı açık ise- listeleyerek bir dosya tutmak zorundadır.

Alacaklının alacağı borçlunun yükümlülük listesinde yer almışsa ve ihtilafı, şarta bağlı veya belirsiz değilse, bunların ayrıca kanıt dosyası hazırlama ve sunmalarına gerek yoktur.Çünkü borçlunun yükümlülüklerini öngören liste, bu alacaklının alacağının geçerli kanıtı olarak kabul edilmektedir. 11.U.S.C. & 1111. Ancak, alacak iddiası borçlunun ödeme planında yer almamışsa veya yer almış ve fakat ihtilafı, belirsiz veya şarta bağlı olarak yer almışsa, bunların mutlaka kanıt sunmaları gerekir. Çünkü aksi takdirde, planın oylanmasına katılmaları ve alacak dağıtımında pay almaları mümkün olmayacaktır.⁵⁵⁵

Alacak iddialarının doğru bir şekilde sıralanmasından alacaklılar sorumludur. Borçlu, alacaklı listesinde ve sıralamasında yapılan eklemeler ve listede bu nedenle oluşan herhangi bir değişikliği, alacaklılara duyurmakla yükümlüdür. Bu duyuruda ayrıca, alacaklılara alacaklarını kanıtlamaları, bunu

⁵⁵³ Baird, pp.177-181.

⁵⁵⁴ www.luce.com/content.asp?link=410&newsletter_id=152, (11.02.2005).

⁵⁵⁵ www.luce.com/content.asp?link=410&newsletter_id=152, (11.02.2005).

yapmadıkları takdirde, planın oylanmasında söz sahibi olamayacakları veya plan uyarınca yapılacak paylaştırmada hak sahibi olamayacakları da ihtar edilmelidir. Borçlu, listede kendisinin yapacağı herhangi bir sıralama değişikliği veya alacak niteliğindeki değişikliği de bu sıralamadan veya değişiklikten etkilenen tüm alacaklılara bildirmekle mükelleftir.⁵⁵⁶

1.1.3.f) Şirket Ortakları

Borçlunun ortakları veya borçlu şirketin pay sahipleri de yeniden yapılandırma planını oylayabilir ve menfaatlerini kanıtlamak için kanıt dosyası hazırlayıp sunmak durumunda kalabilirler. Borçlunun ödeme planında yer almayan herhangi bir menfaat sahibi hissedar, -tıpkı alacak iddialarında olduğu gibi- veya yer almakla beraber, bu pay sahibi, menfaati belirsiz, şarta bağlı veya ihtilafli olarak yer almışsa, kanıt dosyası sunmalıdır ki, alacak paylaşımında ve planın oylanmasında bir alacaklı gibi muamele görsün.11.US.C.&1111⁵⁵⁷

1.1.3.g) Alacaklılar Komitesi

“Çoğu yeniden örgütlenme prosedüründe, davanın başlangıcından kısa bir süre sonra bir “alacaklılar komitesi” tayin edilir.”⁵⁵⁸ Alacaklılar komitesi, bölüm 11 prosedüründe son derece önemli role sahiptir. Alacaklılar komitesini atayacak olan İflas İdare Memurudur(UST) ve alacaklılar komitesi normal olarak teminatsız en büyük 7 alacaklıdan oluşan teminatsız alacaklılardan oluşmaktadır.⁵⁵⁹

Ayrıca, kanunda bir zorunluluk olarak öngörülmemesine rağmen, mahkemelerin hisse senedi sahiplerinin haklarını korumak üzere bir pay sahipleri sınıfı (equity holders committees) oluşturduğu da görülmektedir.⁵⁶⁰ Yine, UST'nin farklı alacaklılardan oluşan (örneğin, teminatlı alacaklılar, işçiler veya şirkete karşı ikinci derecede kıymetli evrak sahibi alacaklılardan) bir komite oluşturabilmesi de mümkündür.⁵⁶¹

Komiteye, borçlu ile birlikte prosedürün idaresi, yediemin borçlunun malvarlığı ve şirketi idaresinin denetimi, planın hazırlanmasına katılım gibi bir takım görevler verilmiştir.⁵⁶² Ayrıca komite, alacaklıları temsilen mahkemede taraf sıfatına da haizdir. Alacaklılar komitesinin asıl fonksiyonu, yeniden örgütlenme prosedürünü yönetmek değil, borçluyu gözetlemek ve denetlemektir. Komite, gerektiğinde borçlunun işlemlerine karşı itirazda bulunacak, şirket yönetiminin verdiği mali bilgilerin kontrolünü denetleyecektir. Nitekim, alacaklılar komitesine verilen bu yetkiler nedeniyle, komitenin borçlu şirketi alacaklılara karşı dürüst olmaya zorlayan bir fonksiyonu olduğu ⁵⁶³ söylenebilmektedir.

⁵⁵⁶ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁵⁷ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁵⁸ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.17

⁵⁵⁹ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁶⁰ Westbrook, 11.Bölüm,s.351.

⁵⁶¹ www.bankruptcyfirms.com/Chapter-Eleven.cfm, (04.11.2004).

⁵⁶² www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁶³ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.17

Komite, mahkeme onayı ile, kendilerine bir avukat, muhasebeci veya mali müşavir gibi (komite görevlerinin yerine getirilmesinde kendilerine yardımcı olmak amacıyla) bir profesyoneli işe alabilir. Komite, bu süreçte yediemin borçlunun şirket idaresini usulüne uygun olarak yapıp yapmadığını denetleme ve gözleme bakımından önemli bir güvenlik unsurudur.⁵⁶⁴

1.1.3.h) Kayyım Atanması veya Seçilmesi

Bölüm 11 davalarında kayyımın atanması nadiren rastlanan bir durum olmasına rağmen, borçlunun kendisinin yerine şirketi ve prosedürü idare etmek üzere bir kayyımın atanması, menfaati olan bir tarafın veya İflas İdare Memurunun isteği üzerine, planın onaylanmasından önce borçluya bir kayyım veya müfettiş atanabilmektedir. Mahkeme, taraflardan birinin talebi veya İflas İdare Memurunun talebi üzerine bildirim ve duruşma yapıldıktan sonra, sahtecilik, kötü niyet, yeteneksizlik veya kötü yönetilme gibi sebeplerin varlığına istinaden veya kayyım atanması alacaklıların veya borçlunun taşınmazlarında menfaati olan başka şahısların menfaatine ise borçlu şirkete kayyım atanmasına karar verebilir. Kayyım, iflas idare Memuru tarafından ve menfaatli diğer tarafların görüşleri alınarak atanır ve mahkemenin onayı gerekir. Ya da, kayyım, mahkemenin atama kararından sonraki otuz gün içinde taraflardan birinin seçilme yöntemini tercih etmesi üzerine seçilir. Bu halde, İflas İdare Memuru kayyımın seçimi için alacaklıları bir araya getiren bir toplantı düzenler.

Kayyım, gayrimenkullerin ve borçlunun ticari faaliyetlerinin yönetimi ve eğer uygunsa, yeniden yapılandırma planının da hazırlanmasından sorumludur. Kayyım, mümkün olan en pratik planı hazırlamak veya planın neden hazırlanamayacağına ilişkin raporu veya prosedürün başka bir iflas prosedürüne dönüştürülmesi gerektiğine ilişkin raporu hazırlamakla mükelleftir.

Mahkeme, bildirim ve duruşmadan sonraki herhangi bir zamanda ve fakat planın onaylanmasından önce, menfaat sahibi herhangi bir tarafın veya İflas İdare Memurunun talebi üzerine, kayyımın görevini sonlandırarak yerine borçlunun tüm idari ve ticari faaliyetlere devam etmesine müsaade edebilir.⁵⁶⁵

1.1.3.i) Müfettişin Rolü

Bölüm 11 prosedüründe genelde müfettiş atanmasına rastlanmaz. Müfettişin rolü, kayyım oranla çok daha sınırlıdır. Genelde müfettişler, kayyımın araştırma ve inceleme faaliyetlerini yerine getirmekle görevli kılınırlar. Buna karşın, mahkeme tarafından yetkilendirmek koşuluyla, kayyımın yapmakla yükümlü kılındığı ve mahkemenin yediemin borçlunun yapmasını istemediği bazı görevleri de yapabilirler. Dolayısıyla da müfettişe yüklenen görevlerin çeşitliliği, mahkemeden mahkemeye ve olaydan olaya (davadan davaya) değişiklik gösterecektir. Müfettişler, daha çok, borçlunun, talep

⁵⁶⁴ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁶⁵ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

öncesi işlemlerini soruşturarak, işletme tarafından yapılan hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılmasına yardımcı olurlar.

Nitekim, bazı durumlarda, müfettişlere yeniden yapılandırma planını hazırlama, taraflarla görüşmeler yaparak uzlaşmalarını sağlama, borçlunun planının gözden geçirerek planda yer alan alacak sınıflandırmaları yanlışlıklarını düzeltme gibi görevler de verilebilmektedir. Hatta bazen müfettişlere, herhangi bir alacak iddiasına karşı yapılan hukuki girişimin yeterli olup olmadığı veya gerekli girişimin yapılıp yapılmadığını inceleme görevi dahi verilebilmektedir. Ancak, müfettiş bir kayyım değildir ve kayyımın yerine atanamaz.⁵⁶⁶

1.1.3.j) Mahkeme Kayyımı- Komiseri veya İflas İdaresi Memuru (United States Trustee)

Bölüm 11 prosedüründe, kayyım, müfettiş ve alacaklılar komitesine ilaveten, (United States Trustee) iflas idare memuru da prosedürün izlenmesinde, gelişmesinde ve idari işlemlerin yönetimi konusunda çok büyük bir role sahiptir. UST, yediemin borçlunun ticari faaliyetlerinin izlenmesinden, raporların sunulmasının ve harçların ödenmesinin takibinden sorumludur.

Ayrıca, profesyonel meslek erbapları (avukat, muhasebeci, mali müşavir gibi) tarafından yapılan ücret başvurularını, yeniden yapılandırma planını, alacaklılar komitesini ve borçlunun mahkemeye sunduğu belge ve dilekçeleri gözlemlemekle ve takip etmekle görevlidir.⁵⁶⁷

UST, alacaklıları bir araya getirerek 341 toplantısını idare eder. Bu toplantıda borçlu, UST, alacaklılar, kayyım veya müfettiş tarafından yemin altında sorgulanır. Bu, “bölüm 341 toplantısı”, borçlunun faaliyetleri, idaresi, malvarlığı ve prosedürü idare ediliş biçiminin sorgulanmasına yönelik “alacaklılar ile borçlu arasında yapılması zorunlu kılınmış bir toplantıdır. Çoğunlukla, yeniden yapılandırma dilekçesinin verilmesinden itibaren 1 ay içinde yapılır.”⁵⁶⁸ Borçlunun bu toplantıya katılmaması, davanın düşmesine yol açabilir.⁵⁶⁹

UST ayrıca, borçlunun aylık gelirini raporlaması, giderlerinin yönetimi, yeni banka hesaplarının açılması, mevcut işçi maaşlarının vergisel kesintileri ve diğer vergilerin ödenmesi gibi konularda da borçludan bilgi alır.

Kanun gereği yediemin borçlu, yılın her bir çeyreğinde UST’ye ücret ödemekle yükümlüdür. Bu ödeme, ta ki prosedür reddedilene veya başka bir prosedüre dönüştürülünceye kadar devam eder. Eğer borçlu, UST’nin raporlamaya ilişkin isteklerini veya mahkemenin emir ve kararlarını yerine

⁵⁶⁶ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁶⁷ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁶⁸ www.bankruptcycourtsdata.com/Glossary.htm, (25.11.2005).

⁵⁶⁹ www.bankruptcylawfirms.com/Creditor.cfm, (20.06.2005).

getirmez veya planın onaylanması için gerekli ve doğru adımları atmazsa UST mahkemeye başvurarak, borçlunun chapter 11 prosedüründen yararlanma talebinin reddini veya başka bir prosedüre dönüştürülmesini isteyebilir.

1.1.3.k) Nakit Teminatların (Cash Collateral) Kullanımı

Bölüm 11 prosedürü süresince, yediemin borçlu, şirketin işleyişi için gerekli normal tüm işlemlerine, satış ve alışlarına devam edecek ve işletmenin devamı için gerekli ticari ilişkisini mahkeme aksini emretmedikçe sürdüreceğini(11.U.S.C. m.363 (c), buna karşın, şirketin normal işleyişi gereği yapmak zorunda olduğu rutin tasarruflar dışındaki hukuki tasarruflar için ise, mahkemeden izin alması gerektiği belirtilmişti. Borçlunun bu rutin dışı veya olağan dışı tasarruflarından birisi de nakit teminatların(cash collateral) kullanımınıdır.⁵⁷⁰

Nitekim, Amerikan hukukunda, borçlunun yeniden örgütlenme talebi sonrası yeni finansman (krediye) ihtiyaç duymasının bir nedeni de, yeniden yapılandırma talebi sonrasında, borçlunun tüm nakit kaynakları üzerinde, talep öncesi alacaklıları lehine kanuni(aynı) bir teminat(lien) hakkının doğmuş olmasıdır. Bu halde, borçlunun tüm nakit kaynakları üzerinde (envanterde belirtilen alacaklar ve banka mevduatları) rehinli mal gibi, talep öncesi alacaklılar lehine bir aynı teminat teşkil etmektedirler. Nitekim, bu talep öncesi alacaklıların bu teminat hakları borçluya olan borçları ile takas dahi edilebilmektedir.Bu takas hakkı da bir çok durumda bir teminat hakkı gibi muamele görmektedir.(11.U.S.C & 506 (a) (1988)İşte bu talep öncesi alacaklılar lehine doğan borçluya ait nakit ve nakite eşdeğer(alacaklar, kambiyo senetleri,hisse senetleri, banka mevduatı vb.) değerlerin tümüne nakit teminatlar (cash collateral) denmektedir.(11.US.C.&363(a) (1988) Bu nakit teminatlar, diğer teminatlardan yani rehinli mallardan farklı kurallara tabi kılınmıştır. Borçlu, yeniden yapılandırma talebi ile birlikte, diğer rehinli malları -alacaklı mahkemeye müracaatla bu rehinli mal hakkında takip yasağının kaldırılmasını sağlamadığı sürece- serbestçe kullanabilmesine rağmen, nakit teminatları bu şekilde kullanamamaktadır. Borçlunun bu nakit teminatları kullanabilmesi için, bizzat borçlunun mahkemeye müracaat ederek mahkemeden kullanma izni alması veya borçlunun bunları kullanmak hususunda alacaklıların muvafakatını alması gerekmektedir.(11.U.S.C &363(c)(2) (1988) Genellikle mahkemeler cash collateral'in kullanımına izin verirken, diğer teminatların kullanılmasında aradığından daha kuvvetli bir yeterli teminat (periyodik ödemeler gibi) gösterilmesini aramaktadırlar. İşte yeterli nakit kaynakları olan bir borçlu, çoğunlukla bu yeterli teminatı gösterebilmekte, yani bu periyodik ödemeleri rahatlıkla yapabilmekte ve bu nedenle de, talep sonrası finansmanını yeni krediler kullanmaya ihtiyaç duymaksızın gidermektedir.⁵⁷¹

Nitekim borçlu, mahkemenin kararını henüz vermediği süreçte veya teminatlı alacaklıların onayını

⁵⁷⁰ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005)

⁵⁷¹ Westbrook, 11.Bölüm,s.278.

almadığı süreçte bu nakit teminatları ayrıca muhafaza etmekle yükümlüdür.⁵⁷²

ABD Uygulamasında, genellikle yeterli teminat, talep sonrası finansmanı, nakit teminatların kullanımı gibi sorunlar, genellikle daha davanın başında yeniden örgütlenme talebi ile birlikte mahkemeye sunulan ve “finansman Kararı” adı verilen bir anlaşma ile çözümlenmektedir. Bu anlaşma, çoğunlukla borçlu ile onun en büyük bir veya iki alacaklısı arasında yapılmakta ve bu karar diğer ilgililer ve alacaklıların da dinlenilmesinden sonra, uzatılması kabil olarak ve sınırlı bir süre ile geçici olarak verilmektedir.⁵⁷³

1.1.3.l) Rakip Prosedürler - Davalar

11.Bölüm usulü, takiplerin durması ile ilgili davaların yanı sıra, alacak ihtilafları ve iptal davalarından oluşan bir dizi başka davalara da yer veren bir usuldür.⁵⁷⁴ Nitekim bu süreçte gerek borçlu tarafından açılan gerekse alacaklılarca açılan bir dizi dava gündeme gelebilecektir. Bu davaların bazılarında borçlu para veya malvarlığını kurtarmaya, geri almaya çalışacaktır. Bu davalar, rehinden kurtulma davası olabileceği gibi, sahte transferlerden veya dilekçe sonrası malvarlığı devirlerinden veya öncelik hakkı veren işlemlerden kurtulma davaları şeklinde olabilecektir. Yine, alacaklılar komitesi de mahkeme tarafından yetkilendirilerek, eğer plan alacaklılar komitesinin bunu yapmasını gerektiriyorsa veya borçlu alacaklılar komitesinin isteğini geri çevirmişse, borçlunun akrabaları, yakınları için yapılan bu tarz devir ve transferlerin iptali için davalar ve takipler açabilecektir. Ayrıca, alacaklılar rehin önceliğinin geçerliliğini şikayet konusu yapabileceklerdir. Ya da, planın onaylanmasından vazgeçilmesini, bir borçtan kurtulmayı, ihtiyati tedbir almayı veya başka bir alacaklının iddiasının ikincil kabul edilmesini için hukuki prosedürlere girişebileceklerdir.⁵⁷⁵

Amerika’da, taraflara tanınan iptal yetkileri çok geniştir ve açılmış veya açılacak olan iptal davaları da, yediemin borçlu için müzakere stratejisinin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Nitekim, bu davaların büyük bir kısmı İflas Mahkemesi nezdinde görüşülürken, bazıları için mahalli federal mahkemeler yetkili kılınmıştır.⁵⁷⁶

1.1.3.m) İleri Sürülebilecek Talepler

Yeniden yapılandırma planının tasdik edilmesinden önce, bölüm 11 prosedüründe birbiriyle yarışan bir takım talepler ve itirazlar ileri sürülebilecektir. Bunlardan bazıları; takip yasağından muafiyet, kredi alma izni, cash colletaralin(nakit teminatların) kullanımı talebidir. Ayrıca, yediemin borçlu tarafından ileri sürülen, vadesi gelmemiş sözleşmelerin veya süresi bitmemiş kira sözleşmelerinin ifası veya

⁵⁷² www.jaeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005)

⁵⁷³ Westbrook, 11.Bölüm,s.279

⁵⁷⁴ Westbrook, 11.Bölüm,s.270.

⁵⁷⁵ www.jaeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005)

⁵⁷⁶ Westbrook, 11.Bölüm,s.270.

kiraların ödenmesi taleplerinin reddine karar verilmesi talebi de ileri sürülebilecektir. Planın tasdikinin herhangi bir şekilde gecikmesi halinde, genellikle alacaklılar takip yasağından muafiyet veya prosedürün başka bir iflas prosedürüne dönüştürülmesi veya reddi için taleplerde bulunmaktadır.⁵⁷⁷

1.1.3.n) Executory Contracts And Leases(Vadesi Gelmemiş Veya Sürekli Edimler İçeren Sözleşmeler Ve Kira İlişkileri)

Amerika 11.bölüm usulü, alacaklıların iradesi dışında gerçekleşen başka ve daha örgütlü bir finansman şekli içermektedir. Her ne kadar, bu Amerikan doktrininde bir finansman yolu olarak incelenmese de, sonuçları itibarıyla bir finansman yöntemi olmaktadır. Bu gizli finansman kaynağı, vadesi gelmemiş veya sürekli edimler içeren sözleşmeler ile kira sözleşmelerinden oluşmaktadır.

Doktrin, her iflas hukuku sisteminin, sürekli edimler içeren sözleşmeler veya vadesi gelmemiş borçların ifası hakkında ve özellikle bu sözleşmelerin akıbeti konusunda düzenleme içermesi gerektiği noktasında birleşmektedir. Zira yeniden yapılandırma başvurusu öncesi doğmuş ve fakat borçlu tarafından henüz ifası gerçekleştirilmemiş sözleşmelerin, yeniden yapılandırma talebi sonrası ifa edilip edilmeyeceği önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Genellikle bu sözleşmelerin ifası ile ilgili olarak mukayeseli hukukta şöyle bir ayırma gidildiği gözlenmektedir. Bu sözleşmeler borçlu açısından, karlı sözleşmeler ve karlı olmayan sözleşmeler ayırımına tabi tutulmakta ve ona göre bir hareket noktası belirlenmektedir. Bu yolla, karlı olanlar ayakta tutularak borçlunun bunlardan faydalanmasına imkan sağlamak, karlı olmayanlar ise, geçersiz kılınarak, borçluya bu sözleşmelerden doğan borçları adi bir iflas alacağı derecesine getirmek yetkisi verilmektedir. Borçlunun eğer sözleşme ile üstlendiği borç alacaklı tarafından teminat ile güvence altına alınmışsa, borçlu açısından sözleşmeleri karlı veya karlı olmayan diye ayırmanın bir önemi kalmamaktadır. Zira, borçlu, sözleşmeyi ifa etmese de, alacaklı alacağını, teminat alacağından -eğer teminat yeterli ise- alabilecektir. Bu halde, borçlu sözleşmeyi ifa etmese bile tazminat ile yükümlü olduğundan, sözleşmeyi geçerli kılarak, alacaklının alacağını teminattan karşılamasına müsaade etmesi arasında bir fark olmayacaktır.

Nitekim, mukayeseli hukuktaki hemen hemen tüm sistemlerde, borçlunun yeniden yapılandırma talebi öncesi akdettiği sözleşmelerinin en azından bazılarını ifa edebilmesine imkan tanıyan düzenlemeler bulunduğu ve fakat her hukuk sisteminin bunu farklı şekilde çözümlendiği belirtilmektedir. Buna göre, bazıları bu konuda genel bir kural koymayı yeğlerken, bazıları her bir sözleşme türü ve koşulları için ayrı kurallar getirmektedirler.

⁵⁷⁷ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

Bütün bunlara rağmen, çoğu iflas hukuku sisteminin bu ara dönem sorunlarına ayrıntısı ile eğildiklerini söylemenin de mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

ABD İflas hukuku sisteminde, bu sürekli edimler içeren sözleşmeleri veya vadesi gelmemiş sözleşmelerin ifasını, borçlu açısından bir talep sonrası finansmanı haline getiren 3 kural bulunmaktadır. Ara dönemden kastedilen, borçlunun henüz sözleşmenin akibeti konusunda nasıl hareket edeceğine karar vermediği dönemdir. İşte bu dönemde alacaklının yani sözleşmenin diğer tarafının pozisyonu ne olacaktır ve nasıl davranacaktır?

Bu 3 kuraldan birincisine göre; Bu ara dönemde diğer akit taraf, sözleşmeden doğan borcunu ifaya devam etmeli veya ifaya hazır bulunmalıdır. Yani, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili karar verecek olan makam kararını verinceye kadar, diğer akit taraf, sözleşme ile bağlıdır ve sözleşmeyi yürürlükten kaldırılmış olarak veya askıya alınmış olarak kabul edemez. Burada, sözleşmenin diğer tarafının yapması gereken, mahkemeye müracaat ederek, borçluya tercihini yapması için bir süre tanımak olmalıdır. Bu süreyi tanımadan ve karşı taraf yani borçlu davranışını belirlemeden alacaklının kendi kendine sözleşmeyi feshi doğru olmayacaktır.

Borçlunun bir sözleşmeyi finansman teminin için kullanabileceği açıksa, bu sözleşmeyi ifa etmeyeceği kuralı bir kanun hükmüyle yumuşatılmıştır. Burada, kanun koyucu sözleşmeleri tam olarak ayırma yoluna gitmemiş ve konuyu yargı içtihatlarına bırakmıştır. Yani kanun koyucu sadece finansman temini kavramını kullanmıştır. Kesin olan bir şey ise, bir kredi sözleşmesinin borçlu tarafından talep sonrasında ödenmesinin yasak olduğu ve vadeli bir satım sözleşmesinin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceğidir. Bu kesin kurala rağmen, bazı kredi riski taşıyan sözleşmelerin borçlu tarafından ifasına yer verildiği de gözlenmektedir.

Vadesi gelmemiş veya sürekli edimler içeren sözleşmeleri bir finansman kaynağı haline getiren ikinci kural ise, (use and benefit) kuralıdır. Bu kural bir kanun hükmünden değil, yargı içtihatlarından doğmuştur. Bu kural, karşı alacağın yalnızca bir kısmının ifa edilmesi halinde, borçlunun bu kısmi ifadan yararlandığı oranda, karşı tarafa olan borcunu ödemesidir. Yani, sadece kısmi ifayı öngörmektedir. Örneğin, borçlunun, karşı taraftan 3. şahıslara yeniden kiraya vermek üzere bilgisayar kiraladığı durumda, borçlu yeniden kiraladığı bilgisayar kadar karşı tarafa kira ödeyecektir. Yani, borçlu tüm bilgisayarları kiralayamamış ise, karşı tarafa tüm kirayı ödemeyecektir.

Bu sözleşmelerin borçluya finansman kaynağı olmasını sağlayan 3.kural ise şudur:

Buna göre, borçlu bu sözleşmeleri ifa edebilecektir, ancak borçlunun temerrüt halinin giderilebilmesi şarttır. Yani, borçlu mütemerrit olmaktan kurtulmak kaydı ile bu sözleşmeleri ifa edebilecektir. Sözleşmeyi ifa etmek isteyen borçlu, temerrüt halini gidermek için derhal ifa etmek zorunda kalmayacaktır. Sadece, ifayı ve muhtemel zararı karşılayacak miktarda yeterli teminat göstererek de bunu sağlayabilecektir. Böylelikle, borçlu bir yandan karşı akidin yaptığı ifadan yararlanacak, bir

yandan da, karşı akide olan borcunu erteleyerek, kendisine finansman sağlamış olacaktır.

Vadesi gelmemiş veya sürekli edimler içeren sözleşmeler ilişkin kuralların istisnaları vardır. Ticari nitelikli gayrimenkul kiralama ve taşımacılık kiralaları bunlar arasında yer alır. Nitekim, ticari nitelikli gayrimenkul kiralalarının genellikle, borçlu tarafından 6 hafta içinde ya ödenmesi ya da feshedilmesi gerekmektedir. Ayrıca, bunların kira alacakları da ara dönemde ertelenmeden ve tam olarak ödenecektir. Ayrıca, gemi ve uçak kiralayanları için de benzeri koruyucu hükümlere rastlamak mümkündür. Bu hükümlerin nedeni de, bunların politik olarak kanun koyucu üzerinde bir baskı gücü oluşturmuş olmalarıdır.⁵⁷⁸

1.1.3.o) Talep Sonrası Finansmanı

Amerikan İflas Kanununun 364.maddesinde yeniden yapılandırma talebinde bulunan borçlunun, yeniden yapılandırma sürecinin başarı ile sonuçlandırabilmesi için, talep sonrasında ihtiyacı olacak finansmanı temin etmesi karşılığında, talep sonrası kredi alacaklılarına tanıyabileceği imkanlar düzenlenmiştir. Zira, borçlunun bu süreçten başarıyla çıkması sadece mevcudunda yapacağı bir takım değişikliklerle gerçekleşmeyebilecek, borçlu bu halde dahi yeni kredilere ihtiyaç duyabilecektir. Bu haldeki bir borçluya kredi açmanın riski ise son derece büyüktür. İşte kanun koyucu borçluya bu süreçte kredi vermeyi göze alacaklara risklerini azaltabilmek ve borçluya kredi verilmesini kolaylaştırmak için, bir takım yasal öncelikler ve imtiyazlar tanımıştır.⁵⁷⁹

Borçlu bu durumda çoğunlukla zaten borçlu olduğu kredi kuruluşlarına müracaat ederek yeni krediler talep edecek ve borçluya talep sonrası finansman sağlayacak olanlar yine, borçludan alacaklı olanlar olacaktır. Denilebilir ki, bu alacaklılar zaten mevcut alacaklarını alamamışken, neden yeniden borçluya kredi versinler? İşte bunun cevabı tanınan hukuki imkanda yatmaktadır.⁵⁸⁰

Buna göre borçlu, bu süreçte, mahkemenin izni ile kredi alacaklıları lehine, rehinli olmayan malları üzerinde yeni rehinler tesis edebilecek ve hatta farklı bir takım imtiyazlar tanıyabileceklerdir.

Öyle ki, Amerikan İflas Kanununun 364(d) maddesine göre, mevcut rehinli malları üzerinde, bu yeni kredi alacaklıları için, mevcut rehinlerle aynı haklara haiz (aynı sırada veya onlardan daha üst sırada) bir rehin hakkı tanıyarak, talep öncesi rehinli alacaklıların haklarını bertaraf edebilme imkanını dahi tanımıştır.⁵⁸¹

Bu sistemde, borçluya talep sonrası finansman sağlayan alacaklılar için mutlak bir güvence söz konusudur. Bu nedenle, çoğu zaman talep öncesi alacaklıların talep sonrası borçluya kredi açarak,

⁵⁷⁸ Westbrook, 11.Bölüm,ss.279- 283.

⁵⁷⁹ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.15-16.

⁵⁸⁰ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.29.

⁵⁸¹ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.15-16.

durumlarını daha güvence altına almak istemeleri söz konusu olabilmektedir. Zira, diğer halde durumları belli değilken, bu süreçte hukuki durumları kesin bir netlik kazanmaktadır.⁵⁸²

Amerikan iflas hukukunda, borçluya talep sonrası finansman sağlayacak alacaklı, borçludan geçerli ve hiçbir riski olmayan rehin veya teminat hakkı elde etmektedir. Zira, mevcut teminatlı alacaklıların teminatları tehlike altında olmasına rağmen, talep sonrası finansman sağlayan alacaklıların alacakları ya teminatsız bir mal üzerinde tanınan bir teminat hakkının mahkemece de güvence altına alınması ile riskten kurtulacaktır ya da mevcut teminatlı bir mal üzerinde ve fakat ondan daha öncelikli ve üst sırada bir rehin hakkı tanınması şeklinde yine güvence altına alınacaktır. Burada talep sonrası finansman sağlayan alacaklı, borçlu başarırsa bu işten karlı çıkacak eğer başarmazsa da zararlı çıkmış olmayacaktır. Çünkü her halükarda, talep sonrası sağladığı krediyi kesin olarak alacaktır. Ancak, bu talep sonrası krediyi sağlamadığı takdirde, mevcut teminatlı alacağını kesinlikle tehlikeye atmış olacaktır. Zira, borçluya talep sonrası sağlanacak kredi, borçlunun yeniden yapılandırılmadan başarı ile çıkma ihtimalini artıracak ve böylelikle, durumu belirsiz olan mevcut(talep öncesi) alacağını da kurtarmış olacaktır. İşte alacaklı talep öncesi alacağının konusu olan teminat üzerinde talep sonrası teminat hakkı edinerek, hukuki durumu hakkındaki endişelerinden de kurtulmuş olmaktadır. Ayrıca, talepten sonra, talep anında edinilen rehlinli malların yerine alınan mallar üzerinde alacaklıların rehin hakkı devam etmemektedir. Bundan endişe eden alacaklılar da, talep sonrası kredi verip o mal üzerindeki teminat hakkının korumayı amaçlayacaktır.⁵⁸³

1.1.4. Yeniden Yapılandırma Planının Hazırlanması

1.1.4.a) Planın Hazırlanma Süresi ve İçeriği

Yeniden yapılandırma planının hazırlanması için spesifik bir zaman limiti öngörülmemiştir. Buna mukabil, kanun uyarınca küçük tacir-iş sayılmayan borçluya, mahkemeye dilekçeyi verdiği andan itibaren işleyen 120 günlük bir münhasır yeniden yapılandırma süresi tanınmıştır. Yani bu sürede plan hazırlama yetkisi sadece borçluya tanınmıştır. Borçluya tanınan bu münhasır süre, mahkeme tarafından kısaltılıp uzatılabilir. Borçluya tanınan (veya mahkeme tarafından uzatılan veya kısaltılan) bu sürenin sonunda borçlu hala yeniden yapılandırma planını hazırlamamışsa, borçlunun münhasırlık yetkisi kalkmakta ve menfaat sahibi herhangi bir kimse, alacaklı veya kayyım, rakip bir plan hazırlayabilmektedir. Bu nedenle, bazen birden fazla plan hazırlanmış olabilmekte ve planlara arasında bir rekabet söz konusu olabilmektedir.

Mahkeme, İflas İdare Memurları, alacaklılar komitesi veya menfaati olan taraflardan herhangi birinin davanın zamanında çözülmesine yönelik girişimleri olmazsa, normalde bölüm 11 prosedürü yıllarca

⁵⁸² Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.15-16.

⁵⁸³ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.28-30.

sürebilecektir. Alacaklılara, borçlunun münhasır süresini sonunda rakip bir plan hazırlama hakkı tanınmasının amacı da, borçluyu süresine riayet ederek planı zamanında hazırlamaya ve prosedürü belli bir sürede bitirmeye sevk etmektir. Borçlunun yeniden yapılandırma planı mutlaka, sınıflandırılmış alacak iddialarını ve plan uyarınca her bir alacaklı sınıfının nasıl muameleye tabi tutulacağını içermelidir.⁵⁸⁴

Yeniden yapılandırma planı, çoğunlukla işletmenin borçlarının ertelenmesi suretiyle ticari faaliyetinin sürdürmesini öngördüğü gibi, nadiren de olsa işletmenin satılmasını da öngörülebilir. Genellikle alacaklılar yeniden yapılandırma sonucunda, borçlu şirkette alacaklarına karşılık pay sahibi olurlar ve fakat şirketin önceki pay sahipleri de sahip oldukları paylardan bir kısmının ellerinde tutmaya devam ederler.⁵⁸⁵

“Hazırlanan yeniden yapılandırma planı genellikle tipik olarak aşağıda belirtilen hususları içermektedir:

-Borçların miktarında belli bir oranda tenzilat,

-Alacaklılara borca karşılık olarak şirketin hisse senetleri teklifi,

-Borçların vadesinin daha ötelenmesini veya bazı borçların hiç ödenemeyecek oluşu,

-Yine, kredi alacaklıları ile yapılan bir takım finansal düzenlemeleri içerecektir.”⁵⁸⁶

Alacaklılardan, yeniden yapılandırma planı uyarınca, varlığını iddia ettikleri alacak tutarları değiştirilen veya sözleşmesel hakları dönüştürülerek farklılaştırılan veya iddia ettiklerinden daha az bir miktar ödeme öngörülen alacaklılar (impaired creditors) planı oylayacaklardır. Borçlunun hazırlamış olduğu plan, mahkeme tarafından yeterli bilgileri içerdiğine ilişkin bir onay belgesi (disclosure statment) aldıktan sonra alacaklı sınıflarının oylarına sunulacaktır.⁵⁸⁷

Bölüm 11 prosedürü için dilekçenin borçlu tarafından mahkemeye verilmesinden sonraki 120 gün içinde sadece borçlunun yeniden yapılandırma planı hazırlama hakkı vardır. Borçlunun planın kabulü için de dilekçeden itibaren 180 günü vardır. Bazı sebeplerle mahkeme bu borçluya tanınan 120 günlük münhasır süreyi uzatabilir veya kısaltabilir. Yediemin Borçlunun bu münhasır plan hazırlama yetkisi aşağıdaki hallerde yok olur. Bu halde herhangi bir taraf, borçlu dahil plan hazırlayabilir. Bu haller;

-borçluya kayyım atanmışsa,

⁵⁸⁴ www.jaeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁵⁸⁵ Westbrook, 11. Bölüm, s.268.

⁵⁸⁶ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.19.

⁵⁸⁷ Budak, Şirket Kurtarma, s.352.

-borçlu kendisine kanun tarafından tanınan 120 günlük sürede veya mahkemece uzatılan süre içinde planı hazırlamamışsa,

-ya da 180 gün içinde veya mahkemece belirlenmiş süre içinde, alacak iddiaları değişikliğe uğratılmış her bir alacaklı sınıfınca veya menfaat sahiplerince kabul edilmiş bir plan hazırlanmamışsa.

Eğer borçlunun münhasır yetkisinin söz konusu olduğu süre, planın hazırlanması ve kabul edilmesinden önce sona ererse, menfaati olan herhangi bir taraf, örneğin alacaklılar komitesi veya herhangi bir alacaklı bir plan hazırlayabilir. Bu plan, borçlu tarafından veya menfaat sahibi başka biri tarafından hazırlanan planla yarışır. Eğer davaya bir kayyım atanmışsa kayyım, planın hazırlanmasından veya niçin plan hazırlamayacağına ilişkin raporun sunulmasından veya davanın dönüşümüne veya vazgeçilmesine ilişkin tavsiyelerini içeren raporun hazırlanmasından sorumludur.

İflas Kanununun m.1123(a)' da bölüm 11 planının zorunlu şartları belirtilirken, madde 1123(b)'de ise isteğe bağlı şartlar belirtilmektedir.

Buna göre, m.1123(a)1; chapter 11 planı, alacak sınıflarını ve menfaat sahiplerini gösterecek ve plan uyarınca bu alacaklı sınıflarının ve menfaat sahiplerinin nasıl muameleye tabi olacaklarını belirtecektir.

1.1.4.b) Alacaklıların Sınıflandırılması

11.bölüm usulünün, borçlunun alacaklıları ile uzlaşması esasına dayandığını daha önce belirtmiştik. Bu nedenle yeniden yapılandırma planının mahkemece tasdik edilebilmesi için aranan en önemli koşul, planın tasdikten önce alacaklılarca kabul edilmesidir.

Borçlunun menfaatleri farklı birden çok alacaklısının olabileceği göz önüne alındığında planın bütün alacaklılarca oy birliği ile kabul edilmesini aramak, planın tüm alacaklıları memnun edeceğini söylemek gerçekle bağdaşmayacağından, planın kabulü için farklı bir çoğunluk esası belirlenmiştir. Buna göre, planın, her bir alacaklı sınıfı tarafından en 1/2 alacaklı çoğunluğu ve 2/3 alacak tutarı tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.⁵⁸⁸

Görüleceği üzere, planın kabulü için öngörülen çoğunluk oranı belirtilirken, alacaklılardan değil, alacaklı sınıflarından söz edilmektedir. Burada, sistemin bir özelliği ile daha tanışmaktayız. Bu da, borçlunun alacaklılarını bir takım sınıflara ayrılması gerektiğidir. Borçlu tarafından yapılan bu alacaklı sınıflandırılması neticesinde, planın alacaklılarca kabul edildiğini söyleyebilmek ve mahkemece tasdikini sağlayabilmek için, planın - susturma kuralının uygulama bulması hariç- her bir alacaklı sınıfında belirtilen bu yasal çoğunluk oranı ile kabul edilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Yani,

⁵⁸⁸ 11 U.S.C.&1126 (c) (1988)

planın bir alacaklı sınıfı tarafından reddi planın tasdikini imkansız kılacaktır. Dolayısıyla da planın, her bir alacaklı sınıfı tarafından kabul edilmiş olması gerekmektedir.⁵⁸⁹ Nitekim, plan her bir alacaklı sınıfında belirtilen çoğunlukla kabul edildiğinde, o sınıfta plana muhalif kalanlar da plan ile bağlı kabul edilmektedirler.

Alacakları plan uyarınca etkilenmeyen(unimpaired creditors), yani yeniden yapılandırma talebinden önceki mevcut alacaklarını plan uyarınca da aynen alacak olan alacaklı sınıflarının veya alacaklıların planı oylaması aranmadığından, bunlar oylamaya katılmayacaklardır.⁵⁹⁰

Alacaklıları sınıflandırmak planı hazırlayanın, çoğunlukla da yediemin borçlunun işidir.⁵⁹¹ Ancak, İflas Kanunu, borçlunun hangi alacakları hangi sınıfta yer vereceğine ilişkin özgürlüğüne ait çok fazla detay içermemektedir. İflas Kanunu Bölüm 1122(a) sadece, yeterince birbirine benzeyen alacak iddiaları veya menfaatlerin(hissedarlar için) bir sınıf içerisinde toplaması gerektiğini- altbölüm (b) dekiler hariç- ve bölüm 1123(a)(4)'de de , bir sınıfta yer alan alacaklıların benzer nitelikte haklara haiz olmaları ve bu alacaklıların plan uyarınca benzer muameleye tabi tutulmaları gerektiğini belirtmektedir.⁵⁹² Bu konuda kanunda açık bir kritere yer verilmemiş olması genellikle bir takım sorunların yaşanmasına da yol açmaktadır. Nitekim, planı hazırlayanın borçlu olduğu durumda, sınıflandırmayı yapacak olan da borçludur ve borçlu, kendi çıkarı doğrultusunda bu sınıflandırmayı yaparak, planın kabul edilmesini sağlayabilecektir.⁵⁹³

Bu belirsizlik, gerek uygulamada gerekse doktrinde de bir takım farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmakta ve bu nedenle mahkemeler de her bir olayı kendi özelliği içinde değerlendirerek karar vermektedirler. Nitekim, bazı yargı içtihatları, burada sadece teminatlı ve teminatsız alacaklı sınıfı ayırımının yeterli olacağını belirtirken, bazıları ise, benzer görünen bazı alacakların dahi farklı sınıflara ayrılması gerektiğinin belirtmektedirler.⁵⁹⁴

Örneğin, her bir teminatlı alacak iddiası bir sınıf teşkil etmek zorundadır. Ancak, farklı bir malvarlığı ile teminatlandırılmış alacaklar benzer sayılmayacağı gibi, aynı malvarlığı ile teminatlandırılmış olmasına rağmen, biri diğerine nazaran öncelikli olan alacaklarda birbirine benzer sayılmayacaklardır.⁵⁹⁵

Ancak, bu konuda belki de mahkemelerin uyguladığı tek temel kriter, sınıflandırmanın makul olması ve adaletsiz olmaması gerektiğidir. Yani, sınıflandırmanın bir manüplasyon içermesi, bir düzen olduğu

⁵⁸⁹ 11 U.S.C. & 1129(a) (8) (A) (1988)

⁵⁹⁰ 11 U.S.C. & 1129(a) (8) (B) (1988)

⁵⁹¹ **Westbrook**, 11.Bölüm,s.285.

⁵⁹² **Baird**, p.207.

⁵⁹³ **Westbrook**, 11.Bölüm,s.285.

⁵⁹⁴ **Westbrook**, 11.Bölüm,s.285.

⁵⁹⁵ **Baird**, p.207.

izlenimini vermesi halinde bu sınıflandırmanın adil olmadığı ileri sürülebilmektedir.⁵⁹⁶

Yukarıda, bölüm 1123(a)(4) uyarınca, benzerlikleri nedeniyle aynı sınıfa dahil edilmiş alacaklılar arasında da farklı bir ödeme planı öngörülemediğini veya farklı bir muamele yapılamayacağını belirtmiştik. Yani, bir sınıfta bulunan aynı miktardaki bir alacak iddiasına plan uyarınca 10 verilmesi öngörülmüşse, diğerine 5 verilmesi öngörülemezdir. Aynı şekilde, birine nakit ödeme yapmayı, diğerine ise uzun vadeli bir kambyo senedi ile ödemeyi öngörmek mümkün değildir.⁵⁹⁷

Planı hazırlayanın aynı sınıftakilere eşit muamele yapmasını temine edecek bir kural da bölüm 1129(b) da zikredilen mutlak öncelik kuralıdır. Borçlu, sadece planı kabul edecek olan 2/3 çoğunluğa daha fazla menfaat temin edip, diğerlerini ihmal ederek mutlak öncelik kuralından kurtulamayacaktır. Benzer şekilde 1129(b) de yer alan mutlak öncelik kuralının(absolute priority rule) unsurlarından birisi olan haksız ayrımcılık kavramı da borçlunun, sınıflar arasında da haksız ayrımcılık yapmasının ve ya alacakları benzer olmalarına rağmen farklı sınıflara yerleştirmesini engelleyecektir. Yani, eğer benzeri hukuki alacak iddialarına sahip 2 sınıftan birine daha fazla menfaat temin edilmişse, bu durum planın onaylanmasını engelleyecektir. Buna karşın, bölüm 1129(b)'nin borçlunun bu manüplasyonlarını tamamiyle önleyebileceğini söylemeye de imkan yoktur. Nitekim, borçlu alacaklıları farklı sınıflara koyarken, bu sınıflara planda öyle karmaşık ödemeler öngörebilir ki, bu eşitlik ölçümlemesini yapmak çok zor olabilir. Bu nedenle mümkün oldukça benzer haklara haiz olan alacaklıların aynı sınıfta tutulmaları gerektiği konusunda yapılacak zorlama bu problemin biraz olsun ortadan kalkmasına yol açacaktır.⁵⁹⁸

1.1.5. Yeniden Yapılandırma Planının Oylanması ve Kabulü

Yeniden yapılandırma planı hazırlandıktan sonra, planı hazırlayan, alacak iddiasında bulunanlara dağıtılmak üzere (disclosure statement) mevcut durum beyanını hazırlayacaktır (m.1125/b). Bu hüküm uyarınca, planı hazırlayan, mahkemenin yapacağı duruşma ile disclosure statmentin yeterli bilgiyi içerdiğine ikna olmadan, borçlu, planın alacaklılarca kabulü yoluna gidemeyecektir. “Disclosure statment”in mahkemece kabulü, planın alacaklılarca oylanmasının bir ön şartıdır. Eğer borçlu m.1121/e uyarınca küçük işletme olarak değerlendirilirse, bu sıkıntılı durum biraz hafifletilmiştir. Bu halde borçlu, mevcut durum beyanının (disclosure statement) şartlı olarak kabulünü temin etmekte ve planın kabul oyu almasını sağlayarak, planın tasdik duruşması ile mevcut durum beyanının (disclosure statment) kabul duruşmasını birleştirebilmektedir(m.1125/f).⁵⁹⁹

Mevcut durum beyanının(disclosure statment) görüşüldüğü duruşma, yeniden yapılandırma süreci içinde son derece önemli bir role sahiptir. Bu duruşma, yeniden yapılandırma sürecinde ortaya

⁵⁹⁶ Westbrook, 11.Bölüm,s.285.

⁵⁹⁷ Baird, p.207.

⁵⁹⁸ Baird, p.210.

⁵⁹⁹ Baird, pp.210-211.

çıkabilecek bir çok sorunun çözülmesi için bir fırsattır. Örneğin, bu duruşma ile, borçluya tanına münhasır plan hazırlama yetkisinin kaldırılarak, alacaklılara kendi planlarını hazırlama yetkisi vermenin gerekliliği ortaya çıkabilir.⁶⁰⁰

Hazırlanan plan bütün alacaklıların ve hisse senedi sahiplerinin oylarına sunulacaktır. Gelen oylar mahkeme tarafından sayılacaktır. Common law ülkelerinde bu oylar genellikle bir toplantıda yapılırken Amerika’da oylama posta yoluyla yapılmaktadır.⁶⁰¹ Yediemin borçlu, alacaklıların oyuna çoğunlukla posta yolu ile, mahkeme tarafından alacaklıların da katılabileceği bir duruşma yapılarak onaylanmış olan mevcut durum beyanını göndererek başvurur. Oylama işlemi “ alacaklı sınıfları” tarafından sınıf bazında ayrı ayrı yapılacaktır. Bu alacaklı sınıfları, alacaklıların oyuna sunulan plan uyarınca belirlenmiştir.Bu nedenle, planı hazırlayan yediemin borçlu, alacaklıları sınıflara ayırırken, planın kabul edilmesi ihtimalini artırmaya çalışır.⁶⁰²

Oylamada, planın bütün alacaklılarca kabul edilmiş olmasını aramak, prosedürü baştan imkansız kılmak demektir.Zira, mutlaka plandan yeterince memnun olmayan alacaklılar olacaktır ve bunlar plana olumlu oy vermeyeceklerdir.⁶⁰³

Genellikle bir planda alacaklılar; teminatlı alacaklılar, öncelikli teminatsız alacaklılar, genel teminatsız alacaklılar ve şirket hissedarları olarak sınıflandırılırlar.⁶⁰⁴ Plan en az bir alacaklı sınıfı tarafından kabul edilmiş olmalıdır(diğer sınıfların susturulması sağlanabilirse). Madde 1126/c uyarınca, Planın bir alacaklı sınıfı tarafından kabul edilmiş sayabilmek için, o sınıfta planın alacaklı sayısı itibariyle çoğunluk ve alacak tutarı itibariyle de toplam alacağın 2/3 üne sahip alacaklı tarafından kabul edilmesi yeterli olacaktır.⁶⁰⁵ Tabi ki, bu çoğunluk oranı her bir alacaklı sınıfı için ayrı ayrı aranacak ve planın kabulü için her bir alacaklı sınıfınca belirtilen çoğunlukta kabul edilmiş olması gerekecektir.⁶⁰⁶ Madde 1126/f uyarınca, alacak iddiaları aynen kabul edilerek ödenecek olan, yani plan ile alacakları herhangi bir değişikliğe uğratılmadan aynen ödenmesi öngörülen (unimpaired class) sınıfların ise, planı onayladığı kabul edilir.⁶⁰⁷ Alacaklıları unimpaired yapmak, cromdown’dan kurtulmanın yollarından biridir. Benzeri şekilde, bir sınıfa plan uyarınca herhangi bir ödeme yapılması öngörülmemişse bu sınıfın da planı reddettiği kabul edilecektir(m.1126).Bunlara artık planı kabul edip etmediklerini sormanın herhangi bir anlamı yoktur. Planın reddi ise (absolute priority) mutlak öncelik kuralını devreye sokacaktır.)⁶⁰⁸

Nitekim, bir alacaklı sınıfı plana red oyu vermiş olsa bile, bazı koşulların gerçekleşmiş olması halinde,

⁶⁰⁰ Baird, p.211.

⁶⁰¹ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.19.

⁶⁰² Westbrook, 11.Bölüm, ss. 270-271.

⁶⁰³ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.19.

⁶⁰⁴ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶⁰⁵ Budak, Şirket Kurtarma, s.352.

⁶⁰⁶ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.20.

⁶⁰⁷ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶⁰⁸ Baird, p.213.

plan yine de mahkemece tasdik edilebilecektir. Amerika’da buna “cram down” yani “susturma kuralı” denmektedir. Susturma kuralı, bir alacaklı sınıfının plana red oyu vermiş olmasına rağmen, planın mahkemece tasdik edilebilmesine imkan tanımaktadır.⁶⁰⁹ Susturma kuralı uygulama alanı bulmadıkça, menfaatleri etkilenen bütün alacaklı sınıflarının planı kabul etmeleri gerekmektedir.⁶¹⁰ “Fakat tercih edilen cram down’a ihtiyaç olmamasıdır. Çünkü cramdown, dış değerlemeleri gerektiren, pahalı ve güvenilmez bir yöntemdir. Borçlu mümkün oldukça tüm alacaklı gruplarını memnun edecek bir plan hazırlamaya çalışmalıdır. İdeal olanı da budur.”⁶¹¹ Susturma Kuralının koşulları ve işleyişi önemi nedeniyle, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Alacaklı sınıfları ve menfaat sahibi sınıfları tarafından oylamanın usulüne uygu yapıp yapılmadığına m.1126 (e) uyarınca mahkemece karar verilecek ve mahkeme kötü niyetle yapılan oylama sonucu verilen oyları geçersiz sayabilecektir. Alacaklılardan bazıları, diğer alacaklıları satın alarak, kendilerine diğer teminatlı alacaklılardan daha fazla verilmezse planın kabulünün engelleyebileceklerdir. Mahkemeler gerek alacaklıların gerekse pay sahiplerinin, planı baltalamak için alacak satın almalarının kötü niyetli olduğuna karar vermiş ve bunların oylarını geçersiz saymıştır.⁶¹²

Yine, bir sınıf içinde kontrol elde etmek isteyen 3. şahıslar, sadece kendi planları geçerlilik kazansın diye, bir sınıfın kontrolünü ele geçirebileceklerdir. Örneğin, borçlunun yeniden yapılandırma planını hazırladığı ve kabul aradığı bir dönemde, alacaklıların alacaklarını düşük tutarla alan 3. kişilerin veya iflas öncesi alacaklıların amacı, borçlunun planı yerine kendi planlarını hayata geçirmek ve idareyi de borçlu yerine ele geçirmeye çalışmaktır. Bu halde de, mahkemeler alacak satın alanların satın aldıkları alacak için oy kullanmalarına izin vermemişlerdir. Yine bir görüşe göre, alacaklıları satın alanlar bölüm 11 prosedürünün özünü oluşturan olan pazarlık prosedürünü baltalamakta, bozmaktadırlar. Çünkü, yeniden yapılandırma planını kabul ettirmek, alacak sahiplerinin sık sık değişmesi halinde zorlaşmaktadır. Buna mukabil bazıları, “akbaba” denilen bu yatırımcıların olmasının olumlu olabileceğini iddia etmişlerdir. Zira, bunlar dağınkı haldeki alacak iddialarını tek bir elde toplayarak, borçlunun uğraşmak zorunda kaldığı uzlaşma ihtilaflarını ortadan kaldıracak veya büyük bir oranda azaltacaktır. Ayrıca, tek veya alacakların çoğunluğunu elinde tutan bir grup alacaklının, borçlunun malvarlığı değerini maksimize etmek için büyük ve güçlü bir isteği olacağı ileri sürülmüştür. Bu halde zaten diğer alacaklıların haklarının da 1129(a)(7) de öngörülen best interest (menfaatlerin en iyi şekilde korunması) testi ile korunmuş olması nedeniyle, bir problem olmayacağı belirtilmiştir. Son olarak da, prosedürünün sonuna kadar bekleyemeyecek olan alacaklıların bir an evvel alacaklarına kavuşmalarına yol açacak olması nedeniyle böyle bir alacak pazarının olmasının olumlu olduğu belirtilmiştir.⁶¹³

⁶⁰⁹ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.20.

⁶¹⁰ Westbrook, 11. Bölüm, ss.270-271.

⁶¹¹ Baird, pp.199-200.

⁶¹² Baird, p.213.

⁶¹³ Baird, p.214.

Her ne kadar, alacak pazarının iyi çalışmadığı hallerde arzu edilen yapılandırılmış sistemli bir müzakere ise de, reorganizasyon sürecinin bu pazarın oluşmasına engel olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu açıdan bakıldığında da, alacak pazarından kar elde etmeye çalışmak her zaman kötü niyete delalet etmemeli ve bu şekilde alacak satın alanların oylarının da geçersizliğine yol açmamalıdır.⁶¹⁴

İflas Kanununun m.1127/a gereği, planı sunan herhangi bir kimse, planın mahkemece onaylanmasından önce her zaman planı değiştirebilir. fakat değiştirilen plan da chapter 11 de öngörülen tüm koşulları taşımalıdır. Federal İflas Usul Kuralı 3019/a' ya göre, planın alacaklılarca oylanmasından sonra herhangi bir plan değişiklik teklifi olursa ve mahkeme, duruşmadan sonra, teklif edilen değişikliğin, henüz değişik planı oylayarak kabul etmemiş olan alacaklıların tabi oldukları muameleyi etkilemediğini görürse, bu değişikliğin plana daha önce onay vermiş olan tüm alacaklılarca kabul edildiğini varsayacaktır. Eğer, bu değişiklik teklifi planı onaylamayanların (itiraz edenlerin) haklarını ve durumlarını etkiliyorsa, planın yeniden alacaklıların oylamasına sunulması gerekecektir. Alacaklılara oylamak üzere birden fazla plan sunulabildiğinden, Genel İflas Usul Kuralarınının 3016/b hükmüne göre, alacaklılara sunulan her plan veya değişiklik, tarihi, kimliği, yani sunan kişi veya kurumun ismini taşımalıdır. Bu yarışan planlar mahkemeye onaylanmak üzere sunulduğunda, mahkeme alacaklıların ve şirket hissedarlarının önceliğini gözeterek, hangisini onaylayacağına karar verecektir.⁶¹⁵

1.1.5.a) Susturma Kuralı(Cram Down)

Yukarıda belirtildiği üzere, susturma kuralı (cram down), Bölüm 11 usulünün 1298/b maddesinde düzenlenmiş olup, yeniden yapılandırma planının, bir alacaklı sınıfının muhalefetine rağmen, mahkemece tasdik edilmesini sağlamaktadır.⁶¹⁶ Planı alacaklıların oyuna sunan borçlu, en az 1 alacaklı sınıfından plana onay alırsa, diğer alacaklı sınıflarının susturulmasına çalışacak olup, muhalif alacaklıların susturulması aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür.

Susturma kuralının uygulanabilmesi için aranan koşullar:

-Eğer plana red oyu veren alacaklı sınıfı bir teminatlı alacaklı sınıfı ise;

Bu alacaklıyı plana tabi olmaya zorlamak için, ya alacaklıya alacağı teminat altına alınan rehinli malın değeri kadar bir ödemeyi peşin olarak borçlu yapmalıdır yada bu yapılmıyorsa, alacaklıya rehlin değeri kadar alacağı, vadeli yani taksitle ve fakat piyasadaki (mahkemece kararlaştırılacak) faiz oranı üzerinden faizle ödemeyi öngörmelidir. Rehinli malın değerinin mahkeme tayin edecektir. Aynı

⁶¹⁴ Baird, p.215.

⁶¹⁵ www.jaeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶¹⁶ Westbrook, 11.Bölüm,s.271.

şekilde mahkeme vadeli ödeme seçeneğinde faiz oranını tayin ederken, alacaklı ile bu kredi sözleşmesi şimdi yapılırsa idi faiz oranı ne olacak idi ise ona göre tayin edecektir. ⁶¹⁷Bu halde plan, bu sınıfın muhalefeti yokmuşçasına tasdik edilecektir. Yani bu sınıf susturulmuş olmaktadır.

-Eğer plana karşı çıkan alacaklı sınıfı teminatsız yani bir adi alacaklı sınıfı ise;

Teminatsız alacaklı sınıfın veya alacağı temin edilen rehnin değerinin üzerinde kalan ve bu alacak açısından teminatsız alacaklı sınıfına giren alacaklıların⁶¹⁸, plana tabi olmaya zorlanabilmesi için, “absolute priority rule” yani “mutlak öncelik kuralı”na uyulmuş olması gerekmektedir. Yani, plana red oy veren alacaklı sınıfından daha alt sıradaki(imtiyaz veya rüçhan hakkı bakımından kendilerinden daha aşağı bir sınıftaki⁶¹⁹) alacaklı sınıflarına herhangi bir şey verilmemesi halinde, bu alacaklı sınıfı için de plan bağlayıcılık kazanacaktır. Yani, bu alacaklı sınıfından daha alt sıradaki herhangi bir alacaklı sınıfı plan uyarınca bir kuruluş dahi elde edecek olursa, bu alacaklı sınıfı plana tabi olmaya zorlanamayacaktır. Bu alt sıradaki alacaklılar çoğunlukla şirketin hisse senedi sahipleridir. Bu nedenle hisse senedi sahipleri şirket nezdindeki tüm haklarını kaybedecekler ve bunların sahip olduğu hisse senetleri bu teminatsız alacaklılara verilerek, bunların şirketin yeni hissedarları yani sahipleri olması sağlanmış olacaktır.⁶²⁰

Bununla birlikte, bu susturma kuralının bir istisnası öngörülmüştür ki, buna da yeni değer istisnası(new value exception) denilmektedir. Özetle, bunun anlamı, şirketin hisse senetleri sahipleri bazı haklarını muhafaza etmelerine rağmen, bu teminatsız alacaklılar susturulabilmekte, yani planla bağlı olmaya tabi kılınabilmektedirler ve plan mahkemece tasdik edilebilmektedir.⁶²¹ Burada, susturma kuralının bir istisnası söz konusudur. Şirketin eski hissedarlarına ancak yeni kurulacak veya yapılandırılacak olan şirkete ilave sermaye sağlamışlarsa ve ancak bu sermaye ilavesinin değerini aşmamak koşuluyla bir ortaklık hakkı tanınmakta ve bu halde de teminatsız alacaklılar susturulmuş olmaktadır. Ancak, eski iflas kanununda yer alan bu kuralın hala yürürlükte olup olmadığı konusunda, mahkemelerin yaklaşımı ve içtihatları arasında farklılıklar mevcuttur.⁶²²

1.1.5.b) Planın Tasdiki İçin Alacaklıları Korumak Üzere Tesis Edilen Kriterler

Susturma kuralı karşısında, susturulan alacaklı sınıflarını bir şekilde koruma altına alan iki kriter vardır. Bunlardan biri, “menfaatlerin en iyi şekilde korunması”(best interest test) kriteri, diğeri de

⁶¹⁷Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.20-21

⁶¹⁸Westbrook, 11.Bölüm,s.287.

⁶¹⁹Westbrook, 11.Bölüm,s.287.

⁶²⁰Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.21-22

⁶²¹Westbrook, Şirket Kurtarma, s.22

⁶²²Westbrook, 11.Bölüm, s.288.

“uygulanabilirlik”(feasibility test) kriteridir.⁶²³

Bu kriterler, plan tüm alacaklı sınıflarınca kabul oyu almış olsa bile, mahkemece aranacak olan kriterlerdir. Bunlardan menfaatlerin en iyi şekilde korunması kriterine göre, herhangi bir alacaklı plana itiraz ettiğinde, bu alacaklı eğer şirket yeniden yapılandırma yerine tasfiye edilse idi ne alacak ise, plan uyarınca da en az o kadar menfaat elde etmelidir. Yani, şirketin tasfiye edilmesinde düşeceği durumdan daha kötü bir durumda olmamalıdır.&1129(a)(7)⁶²⁴

Uygulanabilirlik kriterinde ise, herhangi bir kimsenin itiraz etmesine dahi gerek yoktur. Bunun anlamı, mahkeme tüm şekli koşullar gerçekleşmesine ve “mutlak öncelik kriteri ile menfaatlerin en iyi şekilde korunması kriterleri gerçekleşmesine”⁶²⁵ rağmen, yeniden yapılandırma teşebbüsünün başarıya ulaşacağına veya en azından makul bir başarı şansı taşıdığına ve “borçlu şirketin yeniden reorganizasyona ihtiyaç duymayacağına”⁶²⁶ kanaat getirmelidir. Yani, mahkeme planda öngörülenlerin şirketin içinde bulunduğu mali durum uyarınca yapılabileceğini ihtimal dahilinde görmeli ve ikna olmalıdır. Nitekim, uygulamada mahkemelerin 5 yıldan uzun süreli planları tasdik etmediği de bilinmektedir.&1129 (a)(11)⁶²⁷

1.1.6. Planın Mahkemece Tasdiki, Etkileri ve Sonuçları

Planın oylanmasından sonra, mahkeme planın tasdik edilip edilmeyeceğine karar verecektir. Planın mahkemece tasdik edilebilmesi için mahkeme öncelikle bölüm 11 usulünün aradığı tüm koşulların yerine gelip gelmediğine bakacaktır.⁶²⁸ Taraflardan menfaati olan herhangi birisi, planın tasdikine itiraz edebilecektir. İflas Kanunu, planın onaylanması için tüm taraflara bildirim yapıldıktan sonra, mahkemenin bir onay duruşması yapmasını emretmektedir. Eğer, zamanında plana karşı herhangi bir itiraz yapılmazsa, mahkeme, planın iyi niyetle ve kanuna uygun olarak hazırlandığını kabul edecektir. (Federal İflas Usul Kurallarının 3020(b)(2)hükümü) Ancak, mahkeme planı tasdik etmeden önce, herhangi bir itiraz olmasa bile, planın bölüm 1129 da sayılan tüm koşulları taşıdığına ikna olmalıdır⁶²⁹

Buna göre örneğin plan, idari giderlerin peşin olarak ödenmesini öngörmelidir.&1129/(a)9(A) Bu bedeller, daha çok, firmanın profesyonel hukuki ve mali danışmanlarına ödemekle yükümlü oldukları bedellerdir. Buna karşın, bu idari masraf alacaklıları isterlerse bu alacaklarını sonraya bırakmak hususunda borçlu ile anlaşabileceklerdir.Bu tamamiyle onlar ile borçlu arasındaki geçmiş ve gelecekte kurmayı düşündükleri ilişkinin niteliğine bağlıdır. Bu giderler büyük firmalar için önemli olmasa da

⁶²³ Westbrook, 11.Bölüm,s.271.

⁶²⁴ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.22.

⁶²⁵ Baird, p.216.

⁶²⁶ Baird, p216.

⁶²⁷ Westbrook, Şirket Kurtarma, ss.22-23.

⁶²⁸ Baird, p.215.

⁶²⁹ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.html/, (03.02.2005).

küçükler için çok büyük bir yekün teşkil edebilecektir.⁶³⁰

Aynı şekilde, &1129(a)(9)(B) de, yüksek önceliği bulunan bazı spesifik alacakların da nakit olarak ödenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bunlardan, örneğin işçilere karşı olan spesifik yükümlülüklerdir. Bu alacaklı sınıfı planı onaylamıyorlarsa, bunlara derhal tam ödeme yapılmak zorundadır. Eğer bu alacaklı sınıfı planı kabul etmişse, sınıf içindeki bireysel bir alacaklı derhal ödemeyi isteyemez. Ancak, vadeye yayılmış tam bir ödememenin uygun faizi ile birlikte yapılmasını isteyebilecektir. Yine işçilere verilmesi gerekli emeklilik hakları da özel muameleye tabi kılınmışlardır . Bölüm 1129(a)(13) uyarınca bu yükümlülükler için de tam ödeme yapılması gerekmektedir.⁶³¹

Kanun uyarınca özel muameleye tabi tutulması istenen alacaklardan belki de en önemlisi, &1129/a/9/C de belirtilmiştir.Bölüm & 507(a)(8) uyarınca önceliği olan vergilere vadeli nakit ödeme yapılması gerektiğidir. Bunların arasında gelir vergisi, tüketim vergileri ve stopaj yer almaktadır. Bu nakit ödemeler 6 yıllık bir periyot içinde ve verginin borçlanıldığı tarihteki değerine eşit bir biçimde “cari faiz işletilmek şartıyla taksitle”⁶³²ödenmesi öngörülmelidir.⁶³³

Diğer bir koşul ise &1129/(a)(10)da belirtilen koşuldur.Bu sıklıkla dava konusu olmaz ama planı etkiler. Buna göre, plan, (absolute priority rule)mutlak öncelik kuralına uygun olsa bile, eğer en azından bir alacaklı sınıfı (impaired class) tarafından kabul edilmezse, mahkeme planı tasdik etmeyecektir. Yani, en azından alacağı yeniden yapılandırılan bir grup tarafından planın kabul edilmesi zorunludur. Çünkü bölüm 11, ilgili taraflar arasında bir müzakere aracıdır. Eğer bir grup dahi kabul etmemişse, bu müzakere yapılamamış demektir. Bu müzakerenin gerçekleştiğini göstermek için, planı reddetme hakkı olan bir gruptan mutlaka onay almak gerekmektedir. Buna karşın, borçlunun en azından bir gurubun plana onay vermesini sağlaması hiç te zor olmayacaktır. Zira, alacaklıları sınıflara ayırmak borçlunun işi olup, borçlu bu sınıflandırmayı çeşitli manüplasyonlarla, en az bir sınıftan onay alacak şekilde yapabilecektir.⁶³⁴

Bölüm 1129(b) (absolute priority rule) “mutlak öncelik kuralı”nı getirmektedir. Bir alacaklı sınıfı plana karşı oy vermişse ve bu karşı oy veren sınıfa oranla, daha alt sıradaki bir alacaklı grubuna planda herhangi bir ödemeye yapılması öngörülmüşse, planı reddeden sınıfın alacakları mutlaka tam olarak ödenmelidir. Aksi takdirde, reddeden sınıftan daha alt sıradaki alacaklı sınıfına herhangi bir ödeme yapılması mümkün olmayacaktır. Mahkeme bu kuralın gerçekleşip gerçekleşmediğini mutlaka arayacaktır.⁶³⁵

Herhangi bir bireysel alacaklının itirazı halinde ise mahkeme, m.1129/a/7 uyarınca, bu alacaklının en

⁶³⁰ Baird, p.201.

⁶³¹ Baird, p.201.

⁶³² Özbek, s.15.

⁶³³ Baird, p.201.

⁶³⁴ Baird, p.202.

⁶³⁵ Baird, p.202.

azından tasfiyede elde edeceği değer kadar değer elde edip etmediğine bakacaktır. Buna “best interest of creditors” denmektedir. Yani, bir şirket, tasfiye ile satılırsa alacaklının elde edeceği gelir ile bölüm 11’e tabi olduğunda elde edilecek gelir en azından aynı olmalıdır.⁶³⁶

Bunlara ilaveten kanunun aradığı bir diğer koşul daha var ki, bu sıklıkla dava konusu olmaktadır ve çok önemlidir. Oda; İşletmenin tekrar yeniden yapılandırmaya gerektirecek bir duruma düşmeyecek olmasına mahkemenin ikna olmasıdır (m.1129/a/11). Buna “feasibility test” denmektedir. Bu tabi ki subjektif bir değerlendirmedir. Ancak, mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, finansal yapısı bu şirkete benzeyen aynı endüstrideki sektördeki şirketlerle kıyaslama yaparak bazı ölçüler ve sınırlar belirleyebilecektir.⁶³⁷ Aynı şekilde mahkeme planın tasdikinin tasfiye ile sonuçlanmayacağına da ikna olmalıdır.⁶³⁸

Sonuç olarak kısaca, planın tasdiki için, planın m.1129’ da sayılan koşulları taşıdığına, planın uygulanabilir olduğuna ve iyi niyetle hazırlandığına ikna olması halinde plan tasdik edilecektir.

1.1.6.a) Planın Tasdikinin İbra Etkisi (Discharge)

Kanunda öngörülen çoğunlukla(susturma kuralı işletilerek veya gerek olmaksızın) kabul edilen ve feasibility test ile best interest testinden geçen plan mahkemece tasdik edilecektir ve yürürlük kazanacaktır. Planın mahkemece tasdiki ile birlikte, şirketin eski borçları ile ilgili olarak tasdik bir ibra etkisi doğuracaktır. Planın tasdiki ile planda ödeneceği öngörülenler dışındaki tüm borçlar düşecektir. Bu öyle bir etkidir ki, yeniden yapılandırma planı uygulanmasa ve plan başarısız olsa bile, tasdik ile hukuken ortadan kalktıkları için, bu borçlar yeniden talep edilebilir hale gelmeyecektir. Bu, 11.bölüm usulünün önemli bir özelliğidir. Böylelikle, plan, hem borçlu şirket için hem de borçluyla hukuki ilişkide bulunacak yeni şahıslar için “fresh start” yani taze bir başlangıç anlamına gelmektedir.⁶³⁹

Bazı mahkemeler, borçlusunun birey olduğu davalarda ayrı bir ibra kararı almasına rağmen, Genellikle bölüm 11 prosedürlerinde böyle ayrı bir İBRA KARARI alınmamaktadır. Zira, Bölüm 1141(d)(1)’de; planın tasdiki ile borçlu, tasdik gününden önce doğmuş bütün borçlarından kurtulmuş olacağından, ayrı bir ibra kararına gerek yoktur. Planın tasdik edilmesinden sonra ise, borçlu, plan uyarınca öngördüğü tüm ödemeleri planda öngörülen koşullarla yapmak zorundadır. Planın tasdiki ile adeta borçlu ile alacaklıları arasında, eski sözleşmelerinin yerine geçen onların üzerinde yeni bir sözleşme yapılmış olmakta ve bunlar yeni sözleşmesel haklar doğurmaktadır.⁶⁴⁰ “Borçlardan ibra etkisi,şarta bağlı veya müeccel bütün borçlar için de geçerlidir.”⁶⁴¹

⁶³⁶ Baird, p.202.

⁶³⁷ Baird, p.203.

⁶³⁸ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶³⁹ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.23.

⁶⁴⁰ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶⁴¹ Westbrook, 11.Bölüm,s.271.

İbra etkisi, borçlunun dilekçe öncesi doğmuş borçları ile alakalıdır.Ancak, borçlunu yeniden yapılandırma başvurusu sonrası doğmuş borçlarını kapsamamaktadır.

Bu nedenle, yediemin borçlu, bölüm 11 dilekçesi sonrası doğmuş bütün yükümlülüklerini genel kredi alacaklıları bir şey almadan önce yerine getirmekle yükümlüdür.Bunlar, prosedürün işleyişinden doğan adli ve idari giderler ve malvarlığını muhafaza etmek için yapılan gerçek ve gerekli masraflardır.Bu giderlere, teminatsız alacaklılardan önce öncelik verilmiştir.(§ 507(a)(1).Nitekim, borçlunun malvarlığındaki gayrimenkullerin değerini artırmaya yönelik giderler, sonuçta teminatsız alacaklıların da menfaatinde.

Yine, dilekçe sonrası doğan haksız fiil giderleri de, adi alacaklıların (teminatsız) alacağından önce ödenecektir. Buradaki asıl kural, borçluyu zenginleştirecek, borçlu bu halde iken bile borçlu ile iş yapacak 3.şahısların olmasını sağlamaktır.Bunu sağlamanın yolu da, dilekçe sonrası alacaklılara önceki alacaklılardan üstünlük tanımak şeklinde olacaktır. Aksi halde hiç kimse bu haldeki bir borçlu ile iş yapmak istemez.Bu da netice de dilekçe öncesi alacaklıların aleyhinedir.

Ancak, çevre hukukundan kaynaklanan sorumluluklar gündeme geldiğinde dilekçe öncesi alacaklılar ile dilekçe sonrası alacaklıların haklarını ayırmak biraz zor olmaktadır. Dilekçe öncesi oluşan ve iddia edilen çevre zararlarını borçlu karşılamak zorundadır. Kural borçlunun dilekçe öncesi doğmuş borçlarından sorumlu olmadığıdır(discharge etkisi). Ancak, çevresel zararların özelliğinden dolayı, çoğu zaman, bu zararlar dilekçe öncesi doğmuş olsa bile, devam etmektedir.⁶⁴²

1.1.6.b) Planın Tasdiki Sonrası Yönetim

İflas Prosedürü Federal Kurallarının 3020(d) no'lu hükmüne göre, planın tasdikinden sonra mahkeme malvarlığının korunması/ idaresi için gerekli başka tedbir ve kararlar da alabilir. Bunlar; alacakların reddine ve rakip davalar ve prosedürlere ilişkin, planının uygulanıp sona ermesinden önce çözülmesi gerekli sorunlara ilişkin tasdik sonrası kararlardır.

Ayrıca, bölüm 1106 ve 1107'ye göre, yediemin borçlu veya kayyım, planın uygulanması süreci ile ilgili raporlar vermek zorundadırlar. Planın onaylanmasından sonra kayyımın veya yediemin borçlunun görevi ve sorumluluğu sona ermemekte, tasdik sonrasında da bazı sorumlulukları bulunmaktadır. Bunlar, planın uygulanmasından ve uygulanarak bittiğinin raporlanmasından, raporlamalardan ve prosedürün kapandığına ilişkin son kararın alma başvurusunun yapılmasından sorumludurlar.⁶⁴³

⁶⁴²Baird, pp.184-185.

⁶⁴³www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.html, (03.02.2005).

1.1.6.c) Dönülebilir -Vazgeçilebilir Ödemeler Ve Devirler(Avoidable Transfers)

Bölüm 11 usulünde borçluya ve kayyımına “avoiding power” türkçesi ile, vazgeçme gücü denilen bir hukuki imkan tanınmıştır. Buna göre, borçlu, bölüm 11 dilekçesinin verilmesinden önce yapılan ödemelerden veya malvarlığı (menkul, gayrimenkul) nakillerinden dönebilecek ve bu değerler borçlunun malvarlığına geri dönebilecektir. Bu halde, bu ödemeye veya satışa ilişkin sözleşmeler geçmişe etkili olarak feshedilmekte ve bu haliyle de yapılan ödemeler ve karşı tarafa devredilen gayrimenkuller borçlunun malvarlığına geriye dönerek, tüm alacaklıların alacağı için ödenmesi için kullanılabilir.

Bu geriye dönme (vazgeçme) ancak, bölüm 11 dilekçesinin verilmesinden geriye doğru 90 gün içinde yapılan devirler ve ödemeler için geçerlidir. Genel kural budur. Ancak, bu ödeme ve devirler, eğer borçlunun akrabalarına, çalışanlarına, veya ortaklarına yapılmış ise, bu süre daha da uzamakta ve dilekçenin verilmesinden önce geriye doğru 1 yıl içinde bu belirtilen şahıslara yapılan ödemeler ve devirler, borçlunun malvarlığına geri döndürülebilmektedir (11.U.S.C.&101 (31),101 (54) ,547, 548).⁶⁴⁴ Borçluya ve kayyımına bu hakkın(gücün) tanınması sebebi, bölüm 11 başvurusunda önce sadece belli bir alacaklının menfaatine ve diğer alacaklıların aleyhine olarak kötü niyetle yapılan ödeme ve devirlerin önüne geçebilmek ve “iflas dilekçesinin verilmesinden önceki 90 günlük süre boyunca tüm alacaklıları eşit muameleye tabi tutmaktır.”⁶⁴⁵ Bu 90 günlük süre, söz konusu ödemenin hile ve sahtecilikle yapıldığı durumda 4 yıla kadar uzamaktadır.⁶⁴⁶

1.1.6.d) Dönüştürme Veya Vazgeçme

Chapter 11 prosedüründeki borçlunun, sadece bir kez bu prosedürü chapter 7 prosedürüne dönüştürme hakkı vardır. Bunun için;

-borçlunun yediemin sıfatına haiz olması gerekmektedir. Yani kendisine bir kayyım atanmamış olmalıdır.

-bu dava (chapter 11 davası) zorunlu bir bölüm 11 davası olarak adlandırılmamış olmalıdır. Yani, davayı borçlu başlatmış olmalıdır.

-ya da dava, borçlunun isteği haricinde chapter 11 davasına dönüştürülmüş olmalıdır.

Borçlunun bölüm 11 davasında, davayı isteği ile geri çekme(vazgeçme) hakkı yoktur.Genel olarak,

⁶⁴⁴ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005)

⁶⁴⁵ www.luce.com/content.asp?link=410&newsletter_id=152, (11.02.2005).

⁶⁴⁶ www.luce.com/content.asp?link=410&newsletter_id=152, (11.02.2005).

menfaati olan taraflardan birinin veya UST'nin isteği üzerine, duyuru ve duruşmadan sonra, alacaklıların ve borçlunun malvarlığının menfaati gereği, mahkeme, chapter 11 davasını chapter 7 davasına dönüştürebilir veya davayı düşürebilir. Mahkemenin davayı dönüştürmesi veya düşürmesi, malvarlığında süre gelen bir değer kaybı, planın uygulanabilirliğinin mümkün olmaması, makul olmayan gecikmeler, planın tasdikinin reddi, tasdik kararının geri alınması veya onaylanmış bir planın tamamlanmasının mümkün gözükmediği durumlarda mümkündür.⁶⁴⁷

1.1.6.e) Tasdik Sonrası Plan Değişikliği

Plan, tasdik edildikten ve fakat uygulanması bitmeden önce her zaman Planı sunan her kimse plan da değişiklik yapabilecektir. Ancak, söz konusu değişiklik de, İflas Kanununun hükümlerine ve aradığı koşullara uygun olmalıdır. 11.U.S.C.& 1127(b) Bu değişiklik, tasdik öncesi yapılan plan değişikliğinden ayrılır. Tasdik sonrası değişik plan, otomatik olarak plan haline gelmez. Bunun 11.bölüm davasında plan olarak kabul edilebilmesi için, koşullar bu değişikliği gerektirmeli ve mahkeme duyuru ve sonrasında yapacağı duruşmadan sonra bunu bölüm 11 planı olarak tasdik etmelidir.⁶⁴⁸

1.1.6.f) Planın Tasdikinin Feshi-İptali

Tasdik edilmiş planın feshi(iptali), eğer planın tümünün iptaline yönelikse, menfaati olan herhangi bir taraf tarafından, tasdikten itibaren 180 gün içinde mahkemeye yapılmalıdır. Mahkeme, bildirim ve duruşmadan sonra ancak, bu planın tasdikini, sahtecilikle ve kötü niyetle elde edilmesi sebebine münhasır olmak üzere planı feshedebilir.11.U.S.C &1144⁶⁴⁹

1.1.6.g) Son Karar(Final Decree)

Federal İflas Prosedürü kurallarının 3022.no'lu hükmü uyarınca, son karar, yeniden yapılandırılan şirketin malvarlığı plan uyarınca tam olarak yönetildikten sonra, davanın kapatılmasıdır. Ancak böyle bir kararın alınması yerel iflas mahkemelerinin böyle bir uygulaması var ise alınacaktır.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶⁴⁸ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶⁴⁹ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

⁶⁵⁰ www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/, (03.02.2005).

1.2. 11.BÖLÜM USULÜNÜN BELİRGİN ÖZELLİKLERİ NEDENİYLE KARŞILAŞACAĞI TEMEL SORUNLAR VE BU SORUNLARI ÇÖZMEYE YÖNELİK İMKANLAR

Daha önce de belirtildiği üzere, 11.bölüm usulünün en önemli özelliklerinde birisi, bu prosedür boyunca şirketi idare edenlerin şirketin başında kalmaya devam etmeleri ve herhangi bir kanuni ön şart aranmaksızın borçlu şirketin de yeniden yapılandırma talebinde bulunabilmesidir. Yani şirketin aciz halinde olması veya ödemelerini yapmaması gibi herhangi bir şart aranmamaktadır. Hatta öyle ki, “ alacaklıların iflas talebinde buldukları, nispeten az rastlanan hallerde bile, borçlu davayı bir yeniden örgütlenme davasına dönüştürmek hakkına kesin olarak haizdir.”⁶⁵¹

11.Bölüm usulünün bu önemli özellikleri, sistemin kötü niyetli borçlularca alacaklılara zarar vermek amacı ile kötüye kullanılabilceğini göstermektedir. Zira, bir şirket yönetimi istediği an bu prosedüre başvurarak, otomatik takip yasağından ve bir dizi daha bir çok imkandan yararlanarak, alacaklılarının baskısından ve bir kısım borçlarında kurtulabilmektedir. Sistemin var olan özelliklerinin kötüye kullanılmaya müsait oluşu nedeniyle, sistem bazı güvenlik önemlerini de içinde barındırmak durumunda kalmıştır.⁶⁵² Özellikle mahkemeler belirtilen imkanları ve yoruma açık hükümlerinin önceden düşünülmesi mümkün olmayan yöntemlerle kötüye kullanılmalarının önüne geçmek için, bir takım mücadele araçları geliştirmişlerdir. Zira, 11.bölüm usulünün kötüye kullanılmasına müsaade edilmemesi ve bu tür kötüye kullanmalarda prosedürün çok erken bir aşamada reddinin karar altına alınması gerekmektedir.⁶⁵³

Bu güvenlik önlemlerinden veya mücadele araçlarından birisi,”(dismissal for bad faith) yani kötü niyet dolayısıyla red müessesesidir.”⁶⁵⁴ Bir başvurunun dürüstlük kuralına aykırılığı kötü niyetin varlığına işaret etmiş ve bu tür başvurular çok erken bir aşamada mahkemelerce reddedilmiştir.⁶⁵⁵ Buna göre, mahkeme, prosedürün, şirketin going concern olarak değerini muhafaza etmek için değil de, şirketin hukuki ilişkilerini, alacaklılarını veya üçüncü kişileri zarara sokmak amacı ile işletildiğini anladığı takdirde, 11.bölüm usul talebini reddedecektir. Buna karşın bu kötü niyetin varlığına kanaat getirmek hiç te kolay olmayacaktır.⁶⁵⁶

Bir diğer güvenlik önlemi ise, otomatik olarak uygulanan takip yasağı kuralının, bazı teminatlı alacaklıların başvurusu üzerine mahkemece kaldırılabilmesidir.⁶⁵⁷ Kötüye kullanma halinde, bundan negatif yönde en çok etkilenecek olanlar teminatlı alacaklılardır. İşte bu nedenle kanun koyucu rehinli

⁶⁵¹ Westbrook, 11.Bölüm,s.272.

⁶⁵² Westbrook, Şirket Kurtarma,s.26.

⁶⁵³ Westbrook, 11.Bölüm,s.274.

⁶⁵⁴ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.26

⁶⁵⁵ Westbrook, 11.Bölüm,s.274.

⁶⁵⁶ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.26

⁶⁵⁷ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.27.

alacaklıları bu tür kötüye kullanmalardan korumak için özel himaye yöntemleri geliştirmiştir. Her ne kadar taleple birlikte otomatik takip yasağı başlasa da, rehinli alacaklılar kendileri için bu takip yasağından muaf tutulmayı mahkemeden talep edebileceklerdir. Buna karşın, takip yasağının kaldırılması, yeniden yapılandırma amacına aykırı olacağı ve şirketin kurtarılması ümidini yok edeceği için, ancak çok önemli bazı hallerde bu muafiyet tanınmaktadır.⁶⁵⁸

Otomatik takip yasağı iki şekilde kaldırılabilen ve her iki halde de kaldırmayı sağlayacak olanlar teminatlı alacaklılardır. Bunlardan ilkinde, teminatlı alacaklının yeterli teminat ile güvence altına alınmamış olması takip yasağının kaldırılmasına gerekçe olurken, diğerinde, teminat konusu malın şirketin elinde kalmasının yeniden örgütlenme için gerekli olmaması, takip yasağının kaldırılmasına gerekçe olmaktadır.⁶⁵⁹

Genellikle, rehinli alacaklının yeterli bir teminat ile güvenceye alınmamış olduğu hallerde, otomatik takip yasağının kaldırılması talepleri kabul edilmektedir. Burada alacaklının hak ettiği korumanın ölçüsü, alacaklının yeniden yapılandırma talebinde bulunduğu sırada ne ölçüde güvence altında ise, yeniden yapılandırmanın başarısız olması halinde de aynı ölçüde güvence altında olmasıdır. Bu güvence borçlu tarafından çeşitli şekillerde sağlanabilecektir. Örneğin, alacaklının alacağını aşan miktarda bir rehin hakkına haiz olması, rehinli malın zaman içinde değerinin düşme ihtimalinin bulunmaması, borçlunun rehinli alacaklıya dönemsel ödemeler yapmayı öngörmesi (amortisman ödemesi gibi) veya daha önce rehinle yüklenmemiş bir mal üzerinde yeni bir rehin hakkı tesisi gibi.⁶⁶⁰

Teminatlı bir alacaklının, rehin konusu malın değerinin düşmesi nedeniyle yeterli bir teminat verilmesinin talep ederek periyodik ödeme talebinde bulunması halinde borçlu, ya bu periyodik ödemeyi yapacaktır ya da rehinli mal üzerindeki takip yasağı kaldırılacaktır. Borçlunun periyodik ödemeyi kabul etmediği durumda, rehinli mal üzerindeki takip yasağı kalkacağından, alacaklı rehinli malı paraya çevirecek ve sonucunda çoğunlukla şirketin faaliyeti sona erecektir. Zira, bu rehinli mallar, çoğunlukla şirketin faaliyeti için elzem olan mallardır.⁶⁶¹

Nitekim, son zamanlarda, borçlunun periyodik ödemeyi kabul etmesine rağmen mahkemelerin tedbirin kaldırılması yönünde karar verdikleri gözlenmektedir. Burada 1978 Reform Kanunu ile dahil edilmiş olan diğer araç devreye girmektedir. Buna göre, alacağının tutarı rehinli malın değerini aşan alacaklı bu malın borçlunun yeniden yapılandırılması için elzem olmadığını iddia ve ispat ederse, kendisi açısından takip yasağının kaldırılması talebinde bulunabilmektedir.&362(d)(1988)⁶⁶²

Buna göre, rehinli malın borçlunun elinde kalması, şirketin yeniden yapılandırılması için gerekli değilse, borçlu şirket periyodik ödemeyi kabul etse dahi, mahkemeler tedbiri kaldırmaktadırlar. Buna

⁶⁵⁸ Westbrook, 11.Bölüm,s.275.

⁶⁵⁹ Westbrook, Şirket Kurtarma, s.27.

⁶⁶⁰ Westbrook, 11.Bölüm,ss.275-276.

⁶⁶¹ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.27.

⁶⁶² Westbrook, 11.Bölüm,s.276.

karşılık, şirketteki rehinli malların çoğunlukla şirket için gerekli olduğu tezi ileri sürülebilir ve bu hükmün sınırlı bir uygulama alanı bulacağı iddia edilebilir. Ancak, mahkemeler, şirketin yeniden yapılandırılmasının başarı şansı olmadığına kanaat getirdiklerinde, rehinli malın da borçlu için gerekli olmadığına karar vermektedirler.⁶⁶³

Bu hüküm, daha sonraları, başarı ümidi taşımayan yeniden örgütlenme davalarının erken süreçte reddi için bir araç olarak kullanılmıştır ve içtihatlar bu yönde gelişme göstermiştir.⁶⁶⁴

Dolayısıyla da, bu hüküm, hakimin yeniden yapılandırmayı ihtimal dahilinde görmediği her halde uygulama alanı bulmakta ve hakim, bu mal şirket için gerekli değildir diyerek, takip yasağını kaldırmaktadır. Ancak, şunu unutmamak gerekir ki, bu yöntem ancak, teminatlı alacaklıların kullanabileceği bir yöntem iken, borçlunun kötü niyetli olduğuna ilişkin yöntemi ise teminatsız alacaklılar kullanabilmektedirler. Burada ispat yükü açısından da bir fark bulunmaktadır. Zira, teminatsız alacaklılar, borçlunun kötü niyetli olduğunun ispatlamakla yükümlü iken, diğer şıkta, borçlu, yeniden yapılandırmanın başarı şansı taşıdığını ispatlamak durumundadır.⁶⁶⁵

Böylelikle, yeniden yapılandırma şansının olmayışı kavramı yerleşmiş ve bu kavramdan hareketle, bazı adi alacaklıların bu yöndeki talepleri dahi kabul edilmeye başlanmıştır.⁶⁶⁶

2. ABD YENİDEN YAPILANDIRMA USULÜ İLE UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRMA KURUMUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

Şimdiye kadar, “sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması” kurumunu ve bu kuruma esin kaynağı teşkil eden Amerika İflas Kanunu’nun 11.bölümünde düzenlenmiş bulunan “reorganizasyon” yeniden örgütlenme/yeniden yapılandırma usulü ayrı ayrı incelendi.

Her iki kurum arasındaki farklılıklara, kurumlar incelenirken yeri geldiğinde kısmen değinilmiş olmasına rağmen, sistemin esasına ilişkin olarak yapılacak genel bir karşılaştırmanın özellikle olması gereken hukuk açısından yararlı olacağı kanısındayız. Bu nedenle, her iki sistem arasındaki temel farklılıklar aşağıdaki ayırım esas alınarak değinilecektir.

⁶⁶³ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.27.

⁶⁶⁴ Westbrook, 11.Bölüm,s.276.

⁶⁶⁵ Westbrook, Şirket Kurtarma,s.28.

⁶⁶⁶ Westbrook, 11.Bölüm,s.276.

2.1. YENİDEN YAPILANDIRMA BAŞVURUSU AÇISINDAN

ABD İflas Kanununun 11.bölümünde düzenlenen yeniden yapılandırma bölümüne gerçek kişiler başvurabildiği gibi, şahıs ve sermaye şirketleri ve hatta bizim hukukumuzda göre tüzel kişiliği olmayan adi şirket statüsündeki oluşumlar dahi başvurabilecektir. Üstelik başvuruda bulunana kişi veya şirketin İflas Mahkemesinde yeniden örgütlenme talebinde bulunabilmesi için herhangi bir kanuni kriter öngörülmemiştir. Yani bu prosedüre başvuru, başvuruda bulunanın ödeme aczi içinde olmasını veya borca batık olmasını gerektirmediği gibi, böyle bir duruma düşme tehlikesinin muhtemel olması da gerekmemektedir. Yukarıda incelediğimiz üzere, Türk Hukukunda ki yeniden yapılandırma kurumuna ise sadece sermaye şirketleri ile kooperatifler başvurabileceği gibi, başvuruda bulunan şirketin veya kooperatifin ödeme aczi içinde olması veya borca batık olması ya da yeniden yapılandırmadan yararlanamadığı takdirde ödeme aczine veya borca batık hale düşme tehlikesi ile karşı karşıya gelmesinin kuvvetle muhtemel olması gerekmektedir.

Belirtilen bu farklılıklar aslında sistemin işleyişi ve başarıya ulaşması açısından o kadar önemli olmayabilir. Zira, mevzuatımızda yer alan konkordato ve iflasın ertelenmesi gibi diğer iyileştirme kurumları, belirtilen farklılıkların yaratacağı boşluğu bir nebze olsun giderebilmektedir.

Yine, ABD yeniden yapılandırma usulüne sadece borçlu değil, alacaklı da başvurabilmektedir. Hukukumuzda bu imkan, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle konkordato için öngörüldüğü gibi, iflasın ertelenmesi kurumu için de söz konusu iken, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumuna alacaklılar başvuramamaktadır.

Ancak asıl önemli farklılık yeniden yapılandırma sürecinin başlangıç aşamasına ilişkindir. Şöyle ki, hukukumuzda yeniden yapılandırma kurumuna başvurabilmek için borçlunun alacaklıları ile müzakerelerini tamamlamış ve yeniden yapılandırma projesini kanunda belirtilen çoğunluktaki alacaklılarına kabul ettirmiş olması gereklidir. Yani, sistem ilk etapta mahkeme dışında başlamakta, mahkeme, müzakere ve uzlaşma sürecinden sonra devreye girmektedir. Amerika yeniden örgütlenme usulünde ise, borçlunun mahkemeye başvurusu ile müzakere süreci başlamakta ve yeniden yapılandırma, uzlaşma dahil mahkeme denetiminde gerçekleşmektedir. Bilindiği üzere bu özellik, yani sistemin bütün olarak Yargı denetiminde işliyor olması, bizdeki konkordato kurumunda söz konusudur.

Söz konusu farklılığın önemi ve sonuçları, Amerikan sistemine özgü otomatik takip ve dava yasağının (moratoryum) incelenmesi ile daha iyi anlaşılacaktır.

2.2. OTOMATİK TAKİP VE DAVA YASAĞI (MOROTORYUM) AÇISINDAN

ABD yeniden yapılandırma sisteminin en önemli özelliklerinden birisi, yeniden yapılandırma başvurusundan bulunulur bulunulmaz, mahkemenin ayrıca bir karar almasına gerek olmaksızın, borçlu hakkında otomatik bir dava ve takip yasağının devreye girmesidir. Bizim yeniden yapılandırma sistemimizde ise, müzakere ve uzlaşma süreci mahkeme dışında başladığından ve uzlaşma, kanunda öngörülen çoğunlukla sağlandıktan sonra mahkemeye başvurulabildiğinden, ancak başvurudan sonra mahkeme gerekli görürse, gerek borçlunun malvarlığını korumaya ilişkin gerekse borçlu aleyhine yapılacak takip ve davalara ilişkin ihtiyati tedbir kararı alabilmektedir.

ABD sisteminde başvuru ile başlayan bu otomatik takip ve dava yasağının önemi ve niteliği yukarıda ABD yeniden yapılandırma usulü anlatılırken açıklanmıştır. Ancak, özellikle farklılığın yaratacağı sonuçları görmek açısından kısaca burada da değinmekte yarar var.

Söz konusu otomatik takip ve dava yasağını varlığının en önemli fonksiyonu, alacaklıları uzlaşmaya zorlamasıdır. Alacaklıları bilmektedirler ki, borçlu, herhangi bir kanuni koşula tabi olmaksızın, mahkemeye başvurduğu anda otomatik takip ve dava yasağı başlayacaktır ve bu halde alacaklıların borçlu hakkında herhangi bir hukuki girişimde bulunmaları mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, alacaklıların borçlu ile uzlaşmaktan başka seçenekleri kalmamaktadır.

Hukukumuzda ise, yeniden yapılandırma kurumunun müzakere ve uzlaşma süreci mahkeme dışında gerçekleştiğinden, bu süreçte alacaklıları uzlaşmaya zorlayan veya yönlendiren herhangi bir hukuksal araç söz konusu değildir. Amerika Toplumı gibi, uzlaşma kültürüne haiz bir toplumun yeniden yapılandırma kanunu dahi uzlaşmayı sağlayacak veya zorlayacak bir takım hukuki imkanlar getirmişken, bizim gibi uzlaşma kültürünün olmadığı bir toplumda, uzlaşmayı temin edecek kanuni hiçbir imkan getirilmemiş olmasını anlamak mümkün değildir.

Kaldı ki, yeniden yapılandırma sürecinin mahkeme denetimi dışında başlaması, sadece tarafları uzlaşmaya zorlayacak bir imkandan mahrum kalmaya yol açmamakta, uzlaşmayı ve sonuçta da yeniden yapılandırmayı daha baştan imkansız kılmaktadır.

Borçlunun alacaklıları ile müzakereye başladığı ve mahkeme denetiminin olmadığı safhada, borçlu, bir yandan bir dizi kanuni prosedür ile uğraşmakta bir yandan da alacaklıları ile müzakere etmeye çalışmaktadır. Ancak, borçlunun müzakere ile uğraştığı bu süreçte, alacaklılar da borçlu hakkında yürüttükleri dava ve takiplere devam ettikleri gibi, yeni takip ve davalar da açabilmektedirler. Bu durum, müzakere sürecinin uzunluğuna bağlı olarak, borçlunun daha yeniden yapılandırma başvurusunda bulunmadan, aleyhine yürütülen takip ve davalar neticesinde, yeniden yapılandırmaya ilişkin tüm çabalarının boşa gidebileceğini göstermektedir. Kaldı ki, borçlunun mahkemeye başvuru

sonrası ele etmesi muhtemel takip yasağı da sadece projeden etkilenen alacaklılar için söz konusudur.Yeniden yapılandırma, projeden etkilenmeyen alacaklılar için herhangi sonuç doğurmamaktadır.

Bu nedenle, kanımızca, yeniden yapılandırma süreci mahkemeye başvuru ile başlamalıdır.Aksi takdirde, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, kendisinden beklenen amacı gerçekleştiremeyecektir.

Belirtilen bu sorunun çözümünün ise, ancak, sistemin yeniden kurgulanması ile mümkün olduğu kansındayız. Ancak, bu bir kanun değişikliği gerektireceğinden, kısa vadede pek te mümkün gözükmemektedir.

Bu nedenle, ara bir çözüm olarak, iflasın ertelenmesi kurumu ile yeniden yapılandırma kurumu arasında bir ilişki kurulması önerilebilir. Şöyle ki; borca batıklığa istinaden iflas bildirimini ile birlikte yeniden yapılandırmaya başvurulacağı nedeniyle iflasın ertelenmesi talep edilirse, iflasın ertelenmesi kararının sağladığı takip ve dava yasağı süresinden yararlanılarak uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu hayata geçirilebilir.⁶⁶⁷ Ancak, öngörülen bu ara çözümün, sadece iflasın ertelenmesi talebinde bulunulabilmesi hallerine özgü olduğu unutulmamalıdır. Yani, iflasın ertelenmesinin ön koşulu, şirketin borca batık olması olduğundan, bu ara çözümden sadece ve sadece borca batık durumdaki şirketler yararlanabilecektir. Kaldı ki, bu halde dahi, yeniden yapılandırmanın tasdikinin kesinleşmesinden sonra borçlu hakkında ertelemenin devam etmesi mümkün değildir. Zira, erteleme kararı almış borçlunun, yeniden yapılandırma başvurusunu tasdik ettirmesi halinde ertelemenin devam edip etmeyeceği veya en azından tasdik kararının kesinleşmesine kadar devam edip etmeyeceği hususları kanunda açık olmayıp, öğretide de tartışılmaktadır. Ertelemenin etkilerinin yeniden yapılandırmanın tasdikinin kesinleşmesine kadar devam etmesi dahi sorunu çözmeyecektir. Zira, projenin tasdiki, borçlunun yeniden yapılandırıldığı anlamına gelmemektedir. Çoğunlukla borçlunun içinde bulunduğu mali güçlüğü aşması yıllar sürecektir ve yeniden yapılandırma süreci ancak yıllar sürecektir. Bu da, yeniden yapılandırma kurumunu, sadece borca batık şirketler için tanınmış bir imkan haline getireceğinden, şirketler, iflasın ertelenmesine oranla daha masraflı ve uzun olan yeniden yapılandırma kurumu yerine iflasın ertelenmesi kurumuna başvuracakları ileri sürülebilir. Ancak, unutulmaması gereken bir husus da, iflasın ertelenmesinin geçici bir koruma tedbiri olması nedeniyle, bir yeniden yapılandırma kurumu değil, yeniden yapılandırma kurumlarına götüren bir süreç olmasıdır. O halde erteleme alan bir şirketin, yeniden yapılandırmaya başvurması, mevcut yeniden yapılandırma kurumunun öngördüğü takip ve dava yasağının sınırlı bir zümre(projeden etkilenen alacaklılar) için ve 60 gün gibi sınırlı bir süre için söz konusu olması nedeniyle avantajlı olmayacaktır. Bu nedenle, bu haliyle de, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumuna ihtiyaç olmayacaktır. Bu nedenle, eğer yeniden yapılandırma

⁶⁶⁷ Altay, ss.1309 -1310.

kurumu yaşatılmak isteniyorsa, kanımızca esas çözüml, yapılacak bir kanun değişikliği ile yeniden yapılandırma kurumunun mahkeme denetiminde başlatılmasına imkan sağlamaktır. Bu halde, ABD sisteminde olduğu gibi, belki otomatik bir takip ve dava yasağı öngörülemez de, en azından borçlunun içinde bulunduğu duruma göre mahkemeler tarafından ihtiyati tedbir kararları verilerek, borçlunun müzakereyi ve uzlaşmayı daha kolay temin etmesinin sağlanabileceği kanısındayız.

Aslında burada dikkati çeken bir husus ta, ABD yeniden yapılandırma sisteminin hukukumuzdaki uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumundan ziyade, konkordato kurumu ile daha fazla benzerlik arzettiğidir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, sadece, alacaklıların gruplandırılmaya tabi tutulması, borçlunun işlerinin başında kalmaya devam ederek yalnızca proje denetçisinin denetimine tabi kılınması ve borçların yapılandırılmasından ziyade işletmeyi finansal ve yapısal olarak da yapılandırmayı öngörmesi gibi belirgin özellikleri açısından ABD yeniden yapılandırma kurumuna benzemektedir.

Bu nedenle, yukarıda sözünü ettiğimiz kanuni değişikliğe de gerek olmayacaktır. Bunun yerine, mevcut konkordato kurumu, işlerliğini artıracak bir takım değişiklikler ile ABD yeniden yapılandırma usulü gibi işlev görebilecek ve bu nedenle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumuna ihtiyaç olmayacaktır.

2.3. TALEP SONRASI FİNANSMANININ TEMİNİ AÇISINDAN

ABD yeniden yapılandırma usulü de yeniden yapılandırma ile alacaklıların zarar görmesini önleyecek bir takım kriterler ve kurallar getirmişse de, sistemin asıl hedefi, borçlunun yeniden yapılandırılmasıdır. Her ne kadar ABD yeniden yapılandırma usulüne başvurmak için herhangi bir mali güçlük kriteri şart koşulmamışsa da, bunun asıl sebebi, yine de kimsenin ihtiyacı olmadıkça işletmesinin denetimini mahkemeye bırakmayacak olduğu, yani ihtiyacı olmadıkça kimsenin bu usule başvurmayacağı düşüncesidir. Bu nedenle de, yeniden yapılandırmaya başvuran borçlunun ödeme güçlüğü içinde olduğu peşinen kabul edilmiş ve ödeme güçlüğü çeken borçlunun yeniden yapılandırılması için de mutlaka talep sonrası bir takım yeni finansman kaynaklara ihtiyaç duyacağı düşüncesi hakim olmuştur. Asıl hedef de borçlunun, yani işletmenin yeniden yapılandırılması olduğundan, borçluya bu finansmanın sağlanmasını kolaylaştıracak bir takım imkanlar getirilmiştir.

Buna göre, borçlu, kendisine talep sonrası finansman sağlayacaklara, talep öncesi teminatl alacaklılarının teminatlarının üstünde veya en azından onlarla aynı derecede imtiyaz tanıyabilmektedir. Bu durum talep öncesi alacaklıların aleyhine dahi olsa, talep sonrası finansman temini çok önemli olduğundan ve teminatsız finansman temini neredeyse mümkün olmadığından, borçlunun talep öncesi alacaklılarının teminatı teşkil eden rehinli malları üzerinde talep sonrası

alacaklıya bir üstünlük, imtiyaz tanınmasında herhangi bir sakınca görülmemiştir. Kaldı ki, ABD yeniden yapılandırma usulünü anlatırken açıkladığımız gibi, çoğunlukla borçluya talep sonrası finansman sağlayanlar da yine talep öncesi alacaklılardır. Bunun nedeni ise, talep öncesi teminatlı alacaklıların teminatlarının belirsizliğidir. Talep öncesi teminatlı alacaklılar, borçluya talep sonrası finansman sağlayarak hem borçlunun yeniden yapılandırmadan başarı ile çıkmasına imkan sağlayarak talep öncesi belirsiz olan teminatlarını güvenceye almaktalar hem de talep sonrası teminatları açısından, mahkemece tanınmış kesin bir güvence elde etmektedirler.

Hukukumuzda ise yeniden yapılandırmaya başvuracak şirket, zaten ödeme güçlüğü içinde, borca batık veya bu durumlardan birine düşme tehlikesi içinde olduğundan, talep sonrası finansman ihtiyacı daha açık olarak önemini hissettirmektedir. Buna rağmen, yeniden yapılandırma hukukumuzda ABD sistemindeki gibi, talep sonrası finansman sağlayacaklara bu tarz bir ayrıcalık tanınmamıştır. Gerçekten de, hukukumuzda yeniden yapılandırmaya başvurabilmek için, borçlunun ödeme aczi içinde olması veya borca batık olması ya da bu durumlara düşme ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması gerektiğini düşünürsek, bu haldeki bir borçlunun yeniden yapılandırılmasının mutlaka borçluya sağlanacak bir takım yeni finansmanlarla mümkün olacağı açıktır.

Hukukumuzda, yeniden yapılandırmaya başvuracak borçlunun talep sonrası finansmanı için, talep sonrası alacaklılar lehine böyle bir ayrıcalık öngörülmediği gibi, talep sonrası alacaklılara tanınacak teminatın, öncelikle borçlunun daha önce üzerinde rehin tesis etmemiş olduğu malları üzerinde tanınması gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar bu ifadenin aksinden, borçlunun üzerinde rehin tesis etmemiş olduğu malı olmaması halinde, talep sonrası alacaklılar lehine bu malları üzerinde rehin tesis edebileceği anlaşılmakta ise de, bu rehlin daha önceki rehin hakkından daha alt sırada olacağına şüphe yoktur. Borçluya ara dönem de finansman sağlayacaklara getirilen tek ayrıcalık, alacaklarını kısmen veya tamamen elde edememeleri halinde, borçlunun iflasını isteme yetkisinin tanınmış olmasıdır.

Bu da bize, yeniden yapılandırma kurumumuzun, işletmenin yeniden yapılandırılmasından ziyade, alacaklıları koruma kaygısı taşıdığını göstermektedir. Yani, alacaklıların menfaati, işletmenin menfaatinin üzerindedir. ABD yeniden yapılandırma usulü ise, alacaklıların menfaatlerini korumakla beraber, asıl hedef olarak, borçlu işletmenin yeniden yapılandırılmasını seçmiştir.

Buradan, ABD yeniden yapılandırma usulünün talep öncesi alacaklıların menfaatlerini tamamen göz ardı etmiş olduğu çıkarılamaz. Zira, ABD sisteminde uygulanan otomatik takip ve dava yasağı, talep öncesi teminatlı alacaklıların itirazı ile kaldırılabilmektedir. Takip yasağının kalkmasına engel olmak isteyen borçlu da bu halde, talep öncesi teminatlı alacaklılara yeterli teminat sağlamak durumundadır. Bunu da çoğunlukla, talep öncesi teminatlı alacaklılara periyodik ödemeler yaparak sağlayabilir.

2.4. YENİDEN YAPILANDIRMA PLANININ ALACAKLILARCA KABULÜNÜ TEMİN EDECEK SUSTURMA KURALI AÇISINDAN

ABD yeniden yapılandırma usulünü anlattığımız bölümde detayıyla incelediğimiz susturma kuralı veya bu kuralın sağladığı kolaylığı temin edecek herhangi bir mekanizma hukukumuzdaki uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunda yer almamaktadır.

ABD sisteminde susturma kuralının varlığı, planın tüm alacaklı gruplarınca kabul edilmesini kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle de, bir alacaklı grubu tarafından yeniden yapılandırma planının kanunda öngörülen çoğunlukla kabulü halinde, susturma kuralı işletilerek planın bütün alacaklı grupları için bağlayıcılık kazanması sağlanmakta ve böylelikle de planın kabulü kolaylaşmaktadır.

Hukukumuzda ise, bu tür bir mekanizmanın olmayışı nedeniyle, yeniden yapılandırma projesinden etkilenen bütün alacaklı gruplarınca kanunda öngörülen çoğunlukla kabul edilmiş olması gerekmektedir ki, yukarıda da vurguladığımız üzere bu, uzlaşma kültürü olmayan toplumumuzda, sistemin başarısını olumsuz yönde etkileyen bir eksikliklerdir.

Buna karşılık ABD sistemindeki alacaklıları planı kabule zorlayan susturma kuralı ile alacaklıların menfaatlerinin zedelendiği ileri sürülemeyecektir. Zira, susturulan yani planı kabul etmeye bir nevi zorlanan alacaklılar susturma kuralı çerçevesinde bir takım teminatlar verilmektedir ki, bütün bunlar yukarıda ABD sistemini incelediğimiz bölümde ayrıntısı ile açıklanmıştır.

SONUÇ

Çalışmamızda vurguladığımız gibi, özellikle modern ekonominin yol açmış olduğu krizlerden dolayı mali güçlük yaşayan teşebbüslerin tasfiyesinin ülke ekonomisinde yol açacağı kayıplar (işleyen teşebbüs değerinin muhafazası) nedeniyle, bu teşebbüslerin yaşama kabiliyeti olduğu takdirde yaşatılmasını sağlayacak yeniden yapılandırma mekanizmalarının gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, değişen ve gelişen ekonomik ihtiyaçlar ve anlayışların sonucu olarak, ülkeler, iflas hukuku sistemlerine yeniden yapılandırmayı sağlayacak kurumları dahil etmişlerdir.

Bu kurumlar, ödeme güçlüğü içinde ancak yaşama kabiliyeti olan, milli ekonomi, milli savunma gibi amaçlara hizmet eden işletmelerin varlıklarının sürdürülmesini sağladığı gibi, işletmenin tasfiyesi ile işsiz kalacak olan çalışanların istihdamının devamına imkan sağlayarak, toplumsal bir sorunun çözümüne de yardımcı olurlar. Kaldı ki, o işletmenin yeniden yapılandırılarak tasfiyesinin önlenmesi, işletme ile çeşitli şekillerde ticari ilişki içinde bulunan diğer işletmelerin de mali olarak korunmasına hizmet edecektir. Bu kapsamda, yeniden yapılandırma kurumları, ekonomik ve sosyal amaçlarla hukuk düzenlerine dahil edilmiş, kamusal menfaatlere hizmet eden kurumlardır.

Bu kapsamda öncelikle, yeniden yapılandırmanın felsefesi ve yeniden yapılandırma kurumlarının ilk örneğini teşkil eden ABD yeniden yapılandırma usulünün tarihçesi ile ülkemizde yeniden yapılandırma kurumuna olan ihtiyacı doğuran tarihsel süreç anlatılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünün konusu esas olarak, İcra ve İflas Hukukumuzda dahil edilen, ödeme güçlüğü içinde olup ta, yaşama kabiliyeti olan işletmelerin, iflas ile tasfiye edilmesinin önüne geçilerek, ekonomik olarak yaşatılmasına imkan sağlamayı amaçlayan “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” kurumuna aittir. İcra ve İflas Hukukumuzda 5092 sayılı Kanun ile dahil edilen bu kurum, benzer amaçlara hizmet eden “Adi Konkordato” ve “İflasın Ertelenmesi” kurumları ile de karşılaştırılarak, bu kurumların yeniden yapılandırma hedefini ve sonuçta kamusal menfaati gerçekleştirmeye ne derece yatkın oldukları tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bu kapsamda, mali durumu bozulan sermaye şirketlerinin iyileştirilmesine ilişkin kurumlar içerisinde ayrı bir özelliğe haiz olan ve 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Hukukumuzda dahil edilen “İflasın Ertelenmesi” kurumunun, özellikle konkordato ve yeniden yapılandırma yöntemlerinden bir çok yönden farklılıklar taşıdığı ortaya çıkmıştır.

İflasın ertelenmesi, borca batık haldeki şirketlerin kanun gereği zorunlu olarak doğrudan doğruya iflaslarını istemeleri durumunda, iyileşme ümidi taşımaları halinde kullanılacak geçici bir hukuki koruma tedbiridir. Yani, iflasın ertelenmesi kurumu sadece borca batık haldeki şirketler için öngörülmüştür. Bu halde, borca batık olan ve aslında iflası gereken şirkete, geçici bir süre ile iflası

ertelenerek bir şans verilmektedir. Bu nedenle, iflasın ertelenmesi kurumu aslında borçlunun alacaklıları ile uzlaşarak yeniden yapılandırılmasını hedeflememekte, işletmenin borca batıklık nedeniyle iflastan kurtulmasını asıl hedef olarak görmektedir. İflasın ertelenmesi kurumu başlı başına bir yeniden yapılandırma kurumu olmayıp, iflası geçici bir süre ile önleyerek, işletmenin yeniden yapılandırılmasına zemin hazırlayan, şirkete tanınmış bir fırsattır. Borca batık şirket, bu fırsatı iyi değerlendirirse, borca batıklıktan çıkarak iflas etmekten kurtulacak ve sonuçta da ekonomik yaşamına devam etme imkanına kavuşacaktır. Ancak, erteleme talep eden bir şirketin ertelemeyen başarı ile çıkması, çoğunlukla, erteleme alan şirketin konkordatoya veya uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvurmasını gerektirecektir. Bu yönüyle, iflasın ertelenmesi kurumunun, şartları oluşmuşsa, diğer yeniden yapılandırma kurumlarına oranla daha basit ve daha ucuz bir yöntem olması ve bu nedenle de, borca batık sermaye şirketleri açısından, diğer yöntemlere oranla daha fazla tercih edileceğini ileri sürmenin çok fazla anlamı olmayacaktır.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu ile bir çok yönden benzerlik gösteren ve İcra ve İflas Hukukumuzda uzun yıllardır yer alan “adi konkordato” kurumu da, özellikle 4949 sayılı Kanun değişiklikleri bağlamında yeniden yapılandırma kurumu ile karşılaştırılmıştır. Bilindiği üzere, konkordato kurumu hukuk sistemimiz içindeki en eski iyileştirme kurumlarından birisi olmasına rağmen, uygulamada yeterince işlerlik gösterememiştir. Konkordato kurumunun işlememesinin nedenlerinden birisi ve en önemlisi olarak, konkordato başvurusu ile birlikte verilen mühletin yetersizliği gösterilmiştir. Zira eski düzenlemede, borçlunun alacaklılarının baskısından kurtularak konkordatoya hazırlanmasına imkan sağlayan bu süre azami dört ay olarak öngörülmüştü. Özellikle alacaklılarının fazla olduğu büyük işletmeler için bu süre konkordato hazırlıklarının tamamlanması için yeterli olmamakta ve çoğu zaman daha konkordato tasdik edilmeden mühlet sona ermekteydi. Bu durumda, mühletin etkilerinden olan takip yasağı da sona erdiği için, alacaklılar borçlu aleyhine duran takiplere devam edebildiği gibi, yeni takipler de yaparak, konkordatoyu amacına ulaşmadan imkansız hale getirebilmekteydiler. Bu nedenle, mühletin uzatılması gerektiği çeşitli platformlarda dile getirilmiştir.

Yukarıda sözü edilen tarihi süreç sonunda yürürlüğe konulan 4949 sayılı Kanun ile konkordato kurumunun yeniden yapılandırma işlevi görmesini engelleyen bir unsur olan mühletin uzunluğu konusunda gerçek anlamda bir değişiklik olduğu ve bu mahsurun giderildiği söylenemeyecektir. Zira, 4949 sayılı Kanun ile mühlet azami beş ay olarak düzenlenmiş olup, bu süre mühletten beklenen amacı gerçekleştirecek yeterlilikte değildir. Bu nedenle bu anlamda bir iyileştirmeden söz edilemeyecek olup, konkordato kurumunun, yeniden yapılandırma amacını sağlamakta halen yetersizliği söz konusudur.

Yine, mühlet süresince uygulanan takip yasağından rehinli alacaklıların muaf tutulması da konkordato kurumunun işlerliğini etkileyen önemli faktörler arasında gösterilmekte ve eleştirilmekte idi. 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, rehinli alacaklıların imtiyazı kısmen yumuşatılmışsa da, hala

rehinli alacaklılar lehine bir muafiyet söz konusudur. Zira, 4949 sayılı Kanun ile rehinli alacaklıların mühlet süresince takip yapmaları mümkün kılınmış ve fakat muhafaza ve satış işlemleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla da geçmişte olduğu gibi, rehinli alacaklıların menfaati, borçlunun ve alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesini de bozacak şekilde diğer tüm alacaklıların menfaatinin üstünde gören anlayış devam etmektedir.

Sonuç olarak, her ne kadar 4949 sayılı Kanun'un madde ve genel gerekçelerinde, konkordato kurumunun kamusal menfaatlere hizmet edecek bir yeniden yapılandırma kurumu haline getirilmesi hedeflenmişse de, yukarıda belirttiğimiz ve konkordatoyu işlemeze hale getiren hükümler de esaslı bir değişiklik yapılmamış olması nedeniyle, konkordato kurumunun halen, ödem güçlüğü içindeki şirketlerin iflasını önleyerek yaşatılmasına devam etmesine tam olarak imkan sağlayacak bir kurum olduğunu söylemeye imkan yoktur. Bu arada şunu da vurgulamak gerekir ki, konkordato kurumu, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumundan farklı olarak, borçlunun borçlarının yapılandırmasını esas almaktadır. Ancak, asıl yeniden yapılandırma kurumları, borçlunun, yani işletmenin yeniden yapılandırılmasını öngörür. Borçların yeniden yapılandırılması ise, işletmenin yeniden yapılandırılmasında kullanılabilir bir yöntemdir. Ancak, işletme bir başka tüzel kişilikle birleşerek veya bir başka tüzel kişiliğe dahil olarak da yeniden yapılandırılabilir. Yani, ödeme güçlüğü içindeki işletmenin yeniden yapılandırılması için, işletmenin sahip olduğu işleyen teşebbüs değerinin bir şekilde muhafaza edilmesi esastır. Bu değer bir başka işletmeye de aktararak devam ettirilebilir. Belirtilen bu özelliğin de konkordatoya dahil edilmesi halinde kanımızca, konkordato, işletmelerin yeniden yapılandırılmasına hizmet edecek bir kurum özelliğine haiz olacaktır. Yine, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun bir özelliği olan, borçlunun alacaklılarını sınıflandırması, hazırlanan projenin kabul edilirliliğini kolaylaştıracağından, konkordatoda da bu imkana yeri verilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızın giriş bölümünde kısaca bahsedilmiş ve fakat ayrıca incelenmemiş olan, "İstanbul Yaklaşımı" adı ile anılan yeniden yapılandırma yöntemi de sadece belirli tarihten önceki kredilerin yapılandırılmasına imkan sağlaması nedeniyle, geçici bir çözüm olmuş ve uzun soluklu temel bir yeniden yapılandırma kurumuna olan ihtiyacı giderememiştir.

İkinci bölümde ise esas olarak, "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması" kurumunun esin kaynağı olan, Amerika Birleşik Devletleri İflas Kanunu'nun 11.Bölümünde yer alan yeniden yapılandırma usulü incelenmiştir. Daha sonra da yeniden yapılandırma kurumu, 11.bölüm usulü ile genel özellikleri açısından bir karşılaştırmaya tabi tutulmuş ve görülmüştür ki, yeniden yapılandırma kurumumuz 11.bölüme kıyasla bir çok eksikliği bünyesinde taşıdığı gibi, mevcut konkordato kurumumuz, ABD yeniden yapılandırma usulüne, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan daha fazla benzerlik göstermektedir.

Öncelikle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma da, sürecin işleyişinin mahkeme denetimi dışında

başlaması, kurumun işlerliğini olumsuz yönde etkileyecek önemli bir unsurdur. Yine, daha önce de değindiğimiz üzere, projenin hazırlanması ve uzlaşmanın sağlanmasını kolaylaştıracak herhangi bir kanuni imkanın getirilmemiş olması ve toplumumuzun genel olarak uzlaşmaya olan yabancılığı kurumun öngörülen amacı yerine getirmesini engelleyecek önemli unsurlardır. Kaldı ki, bütün bu olumsuz yönlerine ilaveten, mali analizlerin ve iflas analiz raporlarının bağımsız denetim kuruluşlarınca hazırlanmasını gerektirmesi nedeniyle de, masraflı ve pahalı bir usul olacağı açıktır. Bu da bize, sistemin, sadece belli büyüklükteki işletmelere hitap edeceğini göstermektedir.

Ayrıca, sürecin mahkeme dışında başlamış olması nedeniyle, ABD usulünde uygulanan moratoryuma imkan vermeyecek olması, yeniden yapılandırmanın daha baştan imkansız kılınmasına yol açacaktır. Zira, moratoryumun varlığı, uzlaşmanın gerçekleşmesinin neredeyse tek sebebidir. Karşılaştırma bölümünde de açıklandığı üzere, ABD’de moratoryum alacaklıları uzlaşmaya zorlayan bir faktör olarak son derece önemli bir role sahiptir. Kaldı ki, hukukumuzda, tasdik başvurusundan sonra gündeme gelebilecek takip yasağı otomatik, yani kanun gereği değildir. Bu konuda mahkemenin kararı gerekmektedir.

Bu nedenle, 5092 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Hukukumuzda dahil edilen “Sermaye Şirketlerinin ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” kurumunun ABD yeniden yapılandırma usulünden esinlenilerek hazırlanmış olmasına rağmen, ABD 11.Bölüm usulünün özünü oluşturan imkanları içermemiş olması nedeniyle, kendisinden beklenen hedefleri gerçekleştiremeyeceği kanısındayız.

Ayrıca, bir sistem içinde bu kadar çok benzeri hedeflere hizmet edecek kurumun varlığının da mevzuat ve uygulama açısından karmaşıklıktan öte bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle, olması gereken, ödeme güçlüğü içindeki işletmelerin yeniden yapılandırılmasına tam anlamıyla hizmet edecek tek bir kuruma yer verilmesidir. Ancak, görülen o ki, mevcut kurumlar içerisinde bu amacı tam olarak gerçekleştirecek bir kurum yoktur. Zira, her birisi çeşitli yönleri açısından eksiklikler taşımaktadır. Dolayısıyla da, ödeme güçlüğü içinde olup, yaşama kabiliyeti taşıyan işletmelerin yeniden yapılandırılmasına hizmet edecek bir yeniden yapılandırma kurumuna olan ihtiyaç hala devam etmektedir.

Ancak, şu hususu da vurgulamakta yarar görüyoruz. Kanımızca mevcut kurumlar içerisinde bir takım eksikliklerine rağmen, ABD 11.Bölüm usulüne en yakın olan kurum “Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma” kurumu değil, konkordato kurumudur. Bu nedenle, konkordato kurumu, çalışmamız içerisinde değinilen eksiklikleri giderilir ve mümkün mertebe ABD usulündeki yönetime yaklaştırılır ise, ödeme güçlüğü içinde olup da yaşama kabiliyeti olan işletmelerin yeniden yapılandırılması amacına hizmet edebilecektir. Önerimiz, mevcut konkordato kurumunun söz konusu eksikliklerini giderilmesidir. Zira, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, ancak sürecin mahkeme denetiminde başlatılması ve ABD sitemindeki gibi bir moratoryumun otomatik olarak uygulanması ile

işlerlik kazanabilecektir. Kanımızca, konkordatoda belirtilen iyileştirmelerin gerçekleştirilmesi halinde, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” kurumuna gerek olmayacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ALTAY, Sümer: Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 1.ve 2.Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

ARSLAN, İbrahim: Şirketler Hukuku Bilgisi, 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2003.

ATALAY, Oğuz: Anonim Şirketlerin İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 1996. (Anonim Şirketler)

ATALAY, Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Ertelemesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.(Borca Batıklık)

BALCI, Şakir: İflasın Ertelemesi, Usul ve Esaslar, Güncel Yayınevi, İzmir, 2005.(İflasın Ertelemesi)

BALCI, Şakir: Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, Güncel Yayınevi,İzmir, 2006.(Yeniden Yapılandırma)

DOUGLAS G. Baird : Elements of Bankruptcy, Third Edition, Foundation Press, New York, 2001.

KAYAR, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Mimoza Yayınları, Konya, 1997.

KURU, Baki: İflas ve Konkordato Hukuku, 3.Baskı, Tıpkı Basım, İstanbul, 1992.(İflas ve Konkordato)

KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Tıpkı Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul,2006.(El Kitabı)

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder: İcra ve İflas Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.(İcra ve İflas)

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder :Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.(Medeni Usul)

OĞUZMAN Kemal, Öz Turgut :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul,2000.

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, ÖZEKES

Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

TANRIVER Süha, DEYNEKLİ Adnan: Konkordatonun Tasdiki, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

TANRIVER, Süha : Konkordato Komiseri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

TAŞPINAR AYVAZ Sema : İcra –İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ULUKAPI, Ömer : Konkordatonun Feshi, Mimoza Yayınları, Konya, 1998.

ÜSTÜNDAĞ, Saim : İcra Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul, 1990. (İcra)

ÜSTÜNDAĞ Saim : İflas Hukuku, İflas, Konkordato, İptal Davaları, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1991 (İflas)

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1992. (Medeni Yargılama).

YAVUZ, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta, İstanbul, Ekim 2001.

MAKALELER VE TEBLİĞLER

AKSOYOĞLU, Necati: “Sermaye Şirketlerinin ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”, İcra İflas Kanununda Değişiklikler Seminerine sunulan tebliğ, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını, İstanbul 2004, ss.119-130.

ATALAY, Oğuz: “Konkordato Hukukundaki Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, Sayı.47, 2003, ss.99-106. (Konkordato).

ATALAY, Oğuz: “İflasın Ertelenmesi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, ss.49-97. (Armağan).

ATALAY, Oğuz: “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, Sayı.47, 2003, ss.93-98. (İflasın Ertelenmesi).

ATALAY, Oğuz: “Yeniden Yapılandırma Projesi”, İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması Semineri, İTO Yayını, İstanbul, 2004 ss.20-32. (Seminer).

ATİYAS, İzak: “Türkiye’de Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması ve Tasfiyesi Politikaları” (Çev. Fulya Soytürk), Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul, 1993, ss.297-312.

BÖKE, Abdülkadir: “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II,S.I,SS.215-273.

BUDAK, Ali Cem: ”Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku”, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul, 1993, ss.69-88.(Konkordato).

BUDAK, Ali Cem: “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şirket Kurtarma”, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul, 1993, ss.341-359.(Şirket Kurtarma).

BUDAK, Ali Cem: “Özet Değerlendirme”, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul, 1993, ss.X-XX.(Özet Değerlendirme).

BUDAK, Ali Cem: “Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu’ndaki 5092 sayılı Kanun Değişikliği”, İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri-2, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,8 Mayıs 2004’te Sunulan Tebliğ,ss.1-14.(5092 sayılı Kanun)

CLARKE, Alison: “İngiliz Hukukunda 1986 Aciz Hukuku Kanunundan Sonra Şirket Kurtarma ve Yeniden Örgütlenme”(Çev. Ali Cem Budak), Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul, 1993, ss.40-66.

DELİDUMAN, Seyithan: “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Yasa Hukuk Dergisi, S.255, Temmuz-Ağustos 2004,ss.47-54.

HANSON, Randall K, SMITH, James K: “A New Chapter in Bankruptcy Reform”, Journal of Accountancy, Vol.187,1997/2, pp.47-51.

KONURALP, Haluk: “Uzlaşma Suretiyle Sermaye Şirketlerinin Yeniden Yapılandırılmasının Tarihi Gelişimi ve Amacı”, İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması Semineri, İTO Yayını, İstanbul, 2004, ss.12-19.

PEKCANITEZ, Hakan: “İflasın Ertelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt.79, Sayı.2005/2, ss.323-358.(İflasın Ertelenmesi).

PEKCANITEZ, Hakan: “Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki ve Uygulanması”, İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması Semineri, İTO Yayını, İstanbul, 2004, ss.33-44.(Seminer).

ÖZBEK, Mustafa: “Amerika Birleşik Devletleri İflas Hukuku Sisteminde Alacaklılara ve Borçlulara

Ait Haklar”, Barolar Birliği Dergisi, Aralık 2002.

ÖZEKES, Muhammet: “İflasın Ertelenmesi”, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, Eylül 2005, Yıl.3,S,33,ss.3249-3283.

ÖZTEK, Selçuk: “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi,S.53, 2005, ss.23- 71.

ÖZTEMUR, Necmettin:”İstanbul Yaklaşımı Bir Yaşında”, Tekstil İşveren Dergisi, Sayı.277, Ocak 2003, ss.10-11.

WESTBROOK, Jay Lawrence: “Amerika Birleşik Devletleri’nde 11’nci Bölüm Yeniden Örgütlenme Usulü”(Çev.Ali Cem Budak), Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul, 1993, ss.267-294.(11.Bölüm).

WESTBROOK, Jay Lawrence: “ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu - Şirketlerin Going Concern” Olarak Alacaklılara Karşı Korunması” Çev.Ali Cem Budak), Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul, 1993, ss.9-30.(Şirket Kurtarma).

YILMAZ, Ejder: “4949 ve 5092 Sayılı Kanunlarla İflas Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler”, İcra İflas Kanununda Değişiklikler Seminerine sunulan tebliğ, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını,İstanbul 2004,ss.89- 117.

DİĞER KAYNAKLAR

<http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/yazicik/ozelles2.doc>, (20.11.2005).

<http://www.bankruptcydata.com/Ch11History.htm>, (10.01.2005).

www.tcmb.gov.tr, (10.05.2001).

www.spk.gov.tr/Hakkinda/gorevimiz.html, (07.12.2005).

www.tbb.org.tr, (12.01.2005).

www.bankruptcylawfirms.com/Overview-Bankruptcy.cfm, (20.06.2005).

www.luce.com/content.asp?link=410&newsletter_id=152, (11.02.2005).

www.laeb.uscourts.gov/GenInfo/Chapter11.htm/ (03.02.2005).

www.bankruptcycourtsdata.com/Glossary.htm , (25.11.2005).

www.kgm.gov.tr, (10.07.2006).