

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İNGİLİZ KURUMSAL ACİZ HUKUKUNDA
İDARİ KAYYIMIN VE YÖNETİCİNİN
GÖREV VE YETKİLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BÜŞRA NACİYE YILDIZ

**DANIŞMAN
Prof. Dr. GÜRAY ERDÖNMEZ**

ARALIK 2020

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İNGİLİZ KURUMSAL ACİZ HUKUKUNDA
İDARİ KAYYIMIN VE YÖNETİCİNİN
GÖREV VE YETKİLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BÜŞRA NACİYE YILDIZ

**DANIŞMAN
Prof. Dr. GÜRAY ERDÖNMEZ**

ARALIK 2020

ÖNSÖZ

“İngiliz Kurumsal Aciz Hukukunda İdari Kayyımın ve Yöneticinin Görev ve Yetkileri” başlığını taşıyan bu çalışma yüksek lisans tezi olarak Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programında 05.11.2020 tarihinde Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ ve Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ’ dan oluşan jüri önünde savunulmuş ve oybirliği ile kabul edilmiştir.

Bu çalışmanın planlanmasından son şeklini alana kadar tez danışmanım olarak büyük bir sabırla ve titizlikle tezimi defalarca okuyan, ilgisini ve desteğini her zaman hissettiğim her daim tecrübelerini benimle paylaşan saygıdeğer hocam Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ’ e ne kadar teşekkür etsem azdır. Kendilerine çok şey borçlu olduğum hocamı her zaman minnetle anacağım.

Asistanı ve öğrencisi olmaktan büyük kıvanç duyduğum saygıdeğer hocam Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ yüksek lisansa başladığım ilk günden itibaren her konuda yakın ilgi, destek ve teşvikini benden esirgememiştir. Çalışmanın her aşamasında bana yol gösteren ve ufuklar açan, çalışma disiplini veren ve tez jürimde yer alarak kıymetli eleştiri ve önerilerini paylaşan Hocama şükran borçluyum.

Tez jürimde yer alarak çalışmam ile ilgili kıymetli eleştirilerini ve önerilerini paylaşan hocam Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ’ a müteşekkirim.

Anabilim Dalımızın değerli üyelerinden olan kıymetli hocam Doç. Dr. Nur BOLAYIR da bu zorlu süreçte tecrübe ve yardımlarını benden esirgememiştir. Kendilerine ne kadar teşekkür etsem azdır. Kürsü arkadaşlarım Arş. Gör. Mehmet Emin ALPASLAN ile Arş. Gör. Ceyhan Feyza KAYMAKÇI’ ya bu süreçteki maddi ve manevi yardım ve destekleri için çok teşekkür ederim.

Çalışmadaki bazı kavramların açıklanması ile ilgili olarak değerli görüşlerinden yararlandığım hocam Dr. Fulya TEOMETE YALABIK’ a da teşekkür ederim. Yazım sürecinde İngiliz Hukuku ile ilgili tecrübelerinden istifade ettiğim kıymetli meslektaşım Av. Dr. Mustafa ERDOĞAN’ a da teşekkürlerimi sunarım. Bu arada 15 Nisan -15 Eylül 2019 tarihleri arasında Institute of Advanced Legal Studies- University of London’ da yaptığım çalışmaların katkısı çok büyüktür. Bu nedenle bana bu imkânı sunan enstitü yöneticilerine teşekkür ederim.

Eğitim hayatım boyunca maddi manevi her türlü destek ve yardımlarını hep yanımda hissettiğim sevgili annem Seher YILDIZ ile babama, kardeşlerim Serra ve Ahmet Said YILDIZ’ a minnettarım. Ayrıca hukuk fakültesi öğrencisi olduğum dönemden yüksek lisans mezuniyetime kadar değerli ilminden, üstün akademik tenkit ve görüşlerinden istifade ettiğim ticaret hukukçusu sevgili babam, Prof. Dr. Şükrü YILDIZ’ a minnet ve şükranlarımı belirtmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
KISALTMALAR	ix
ÖZET.....	x
RESUME.....	xv
SUMMARY	xxi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1- İNGİLİZ ACİZ YASALARININ TARİHSEL GELİŞİMİ	4
I. GENEL OLARAK	4
II. KURUMSAL ACİZ KURUMUNUN TARİHSEL GEÇMİŞİ	8
III. KURUMSAL KURTARMA KÜLTÜRÜNÜN GELİŞİMİ	10
IV. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUNUN KAYNAKLARI	14
A. 1982 TARİHLİ CORK RAPORU	15
B. 1986 TARİHLİ İNGİLİZ ACİZ YASASI (1986 INSOLVENCY ACT).....	19
C. 2002 TARİHLİ İŞLETME YASASI (2002 ENTERPRISE ACT)	20
V. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUYLA İLGİLİ GELİŞTİRİLEN TEORİLER.....	23
A. ALACAKLI PAZARLIK TEORİSİ (CREDITOR'S BARGAIN THEORY).....	25
C. TAKIM ÜRETİM TEORİSİ (TEAM PRODUCTION THEORY).....	27
VI. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUNDA KURUMSAL KURTARMANIN AMACI. 29	
§ 2- İNGİLİZ RESMİ KURUMSAL KURTARMA MODELLERİ	32
I. GENEL OLARAK	32
II. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUNDAKİ KURTARMA MODELLERİ	34
A. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜ	34
B. YÖNETİM USÛLÜ (ADMINISTRATION)	38

C. ŞİRKET BORÇLARININ İRADİ OLARAK YENİDEN YAPILANDIRILMASI YÖNTEMİ (COMPANY VOLUNTARY ARRANGEMENT).....	42
D. ALACAKLI DÜZENLEME PLANI USÛLÜ (SCHEME OF ARRANGEMENT)	48

İKİNCİ BÖLÜM

§ 3. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜ (ADMINISTRATIVE RECEIVERSHIP)..	52
I. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	52
II. İDARİ KAYYIMIN TANIMI	57
III. İDARİ KAYYIMIN ATANMASI	58
IV. İDARİ KAYYIMIN YETKİLERİ	59
A. GENEL OLARAK.....	59
B. İDARİ KAYYIMA YETKİLERİNİN VERİLMESİ.....	62
1. Yetkilerin İçeriği	63
a. Genel Olarak	63
b. Şirketle İşlem Yapan Üçüncü Kişilerin Korunması.....	64
2.Yetkilerin Tasnifi	65
a. Rehinli Mala İlişkin Yetkiler.....	65
b. Şirketin Yönetimine İlişkin Temsil Yetkileri	65
c. Mahkeme İzniyle Genişleyen Yetkisi	66
VI. İDARİ KAYYIMIN GÖREV VE SORUMLULUKLARI.....	67
A. GENEL OLARAK.....	67
B. GÖREVLERİ VE SORUMLULUKLARI.....	69
1. Atanmayı veya Görevden Ayrılmayı Bildirim Görevi.....	70
a. Atanmayı Bildirim Görevi	70
b. Ayrılmayı Bildirim Görevi.....	70
2. Şirket İşleriyle İlgili Araştırma Görevi	70
3. Rapor Verme Görevi	73
4. Alacaklılar Toplantısına Katılma Görevi	73
5. Sözleşmelerle İlgili Temsil Sorumluluğu.....	75
V. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜNÜN SONA ERMESİ	77
VI. İDARİ KAYYIMLIK KURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ 4. YÖNETİM USÛLÜ (ADMINISTRATION)	81
I. YÖNETİM USÛLÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ	81
II. YÖNETİM USÛLÜNÜN AMACI.....	85
A. 2002 TARİHLİ İŞLETME YASASI DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ.....	85
B. 2002 TARİHLİ İŞLETME YASASI DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI	86
III. YÖNETİCİ (ADMINISTRATOR) ATANMASI	90
A. GENEL OLARAK.....	90
B. MAHKEME EMRİYLE ATAMA.....	93
1. Şartların Yerine Getirilmesi	93
a. Talepte Bulunma	93
b. Atamanın Esasa İlişkin Şartları.....	93
2. Atama Kararı.....	94
C. MAHKEME EMRİ OLMADAN ATAMA.....	94
1. Rehinli Alacaklı Tarafından Yönetici Atanması.....	94
2. Şirket Genel Kurulu ve Yönetim Kurulu Tarafından Yönetici Atanması.....	96
D. YÖNETİM USÛLÜNÜN BAŞLAMASI VE MOROTARYUM	97
IV. YÖNETİCİNİN YETKİLERİ	99
A. GENEL OLARAK.....	99
B. YÖNETİCİNİN GENEL YETKİLERİ.....	101
1. Yönetim Yetkisi	101
2. Temsil Yetkisi	103
a. Genel Olarak	103
b. Yönetici Tarafından Yapılan Ödemeler	104
c. Yöneticilerin Ücret ve Masrafları	104
C. YÖNETİCİNİN ÖZEL YETKİLERİ.....	105
1. Şirket Malvarlığını Elden Çıkarma Yetkisi	105

a. Rehinli (floating charge) Malı Elden Çıkarma Yetkisi	105
b. Diğer Teminat Haklarına (Non-Floating Charge) Tabi Mülkiyeti Elden Çıkarma Yetkisi	106
c. Finansal Kiralama (Hire-Purchase) Anlaşması Kapsamındaki Malları Elden Çıkarma Yetkisi	106
2. Dağıtım Yapma Yetkisi	108
a. Dağıtım Yetkisi İçin Başvuruda Bulunurken Uygulanacak Kriterler	110
b. Şirket Yönetim Kurulunun Yetkilerinin Yer Değişmesi	110
c. Üçüncü Kişilerin Korunması.....	111
V. YÖNETİCİNİN GÖREV VE SORUMLULUKLARI.....	111
A. GENEL GÖREVLERİ.....	111
B. ÖZEL GÖREVLERİ.....	112
1. Atamayı Duyurma Görevi.....	112
2. Yönetici Teklifi Hazırlama Görevi	112
3. Alacaklıları Toplantıya Çağırma Görevi.....	113
4. İş Belgeleri ve Web Siteleriyle İlgili Görevi.....	114
5. Şirket Malvarlığının Korunması ve Kontrolü Görevi	115
6. Şirketin Ticari Faaliyetlerinin Devam Ettirilmesi.....	115
7. Mahkemeye Başvurularda Bulunma	116
C. ŞİRKETE KARŞI GÖREVLERİ.....	117
D. TEMİNATSIZ ALACAKLILAR İÇİN ORTAK BİR ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLUP OLMADIĞI	118
E. YÖNETİCİNİN SORUMLULUKLARI.....	118
1. Yöneticinin Yeni Sözleşmelerle İlgili Sorumluluğu	118
a. Yönetim Usûlü Öncesi ve Sonrasında Akdedilen Sözleşmeler Arasındaki Ayırım	119
b. Yönetim Usûlü Sonrasında Akdedilen Sözleşme Yükümlülüklerinin Şirketin Malvarlığıyla Güvence Altına Alınması	120
c. Sözleşmenin Uygulanmasının Reddedilmesi.....	120
2. Yöneticinin Mevcut Sözleşmelere Göre Konumu	120
a. Genel Olarak Sözleşmeler	120
b. İş Sözleşmesi.....	121

3. İşyeri Bazlı Emeklilik Durumunu Bildirme.....	122
4. Emeklilik Kapsamında Ödenecek Meblağlar	122
5. Dönüşüm Sorumluluğu (Liability in Conversion).....	123
VI. ATAMANIN SONA ERMESİ VE İADESİ	123
A. OFİSİN FAALİYETİNİN DURDURULMASI.....	123
B. YÖNETİCİNİN GÖREVDEN AYRILMASININ ETKİSİ	124
VII. YÖNETİM USÛLÜNÜN SONA ERMESİ (EXISTING FROM ADMINISTRATION)	124
SONUÇ.....	129
KAYNAKÇA	133
ÖZGEÇMİŞ.....	139

KISALTMALAR

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BC	:	Bankruptcy Act 1978 (1978 tarihli İflâs Kanunu)
B.	:	Bent
Bkz.	:	Bakınız
CA	:	Company Act 2006 (2006 tarihli Şirketler Kanunu)
CVA	:	Company Voluntary Arrangement
CVL	:	Gönüllü Tasfiye
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn.	:	Dipnot
EA	:	Enterprise Act 2002 (2002 tarihli İşletme Kanunu)
Ed.	:	Editör
f.	:	Fıkra
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IA	:	1986 Insolvency Act (1986 tarihli Aciz Yasası)
İK	:	İcra ve İflâs Kanunu
Karş.	:	Karşılaştırınız
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
m.	:	Madde
N.	:	No
N°	:	Numara
p.	:	Page (sayfa)
Para.	:	Paragraf
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vb.	:	Ve benzeri

ÖZET

İngiliz Kurumsal Aciz Hukukunun incelendiği bu çalışmada şirket kurtarma modelleri ve bunlar içerisinde görevli olan aciz meslek mensubu olan uygulayıcıların yetki ve görevlerine değinilecektir. Ayrıca, karşılaştırmalı olarak Türk Hukukundaki şirket kurtarma modellerinden biri olan konkordato müessesesinin ve bunun uygulayıcısı olan konkordato komiserinin görev ve yetkileri de ele alınacaktır.

1977 yılında İngiliz Hükümeti tarafından ülkedeki aciz yasalarında reform yapılması için Sir Kenneth Cork başkanlığında oluşturulan Aciz Komitesi 5 yıl süren bir çalışma yaptı. 1982 yılında Cork Raporu adıyla bu reformlar tamamlanmıştı. Bu rapordaki tavsiyeler incelenerek 1986 tarihli Aciz Yasası (Insolvency Act) düzenlenmiştir. Şirket kurtarma modelleri 4 tanedir. Bunlar Administration receivership (idari kayyım) usûlü, administration (yönetim) usûlü, company voluntary arrangement (şirketlerin iradi düzenlemesi) usûlü ve scheme of arrangement (düzenleme planı) usûlüdür. İdari kayyım usûlündeki idari kayyım ile yönetim usûlündeki yöneticinin görev ve yetkilerinin incelenmesi çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

1990'lı yıllarda yıllarda İngiltere'de Aciz Hukukunda hâkim olan ilkeye göre, idari kayyım usûlü, rehinli (floating charge) alacaklılar için uygulanan bir yeniden yapılandırma yöntemidir. İdari kayyım (administrative receiver) ise, şirketin malvarlığının tamamını kapsayan bir rehin (floating charge) sahip alacaklı tarafından atanan bir görevlidir. İdari kayyımın bu prosedürü uygulayabilmesi için profesyonel bir aciz meslek mensubu olması gerekir. Aciz Yasası'na göre bir idari kayyımın idari kayyım olarak tanımlanabilmesi için 3 şartı taşıması gerekmektedir.

İlk olarak, bir önceki kayyım (receivership) usûlüne tabi olan bir şirketin malvarlığı hariç, idari kayyım usûlü şirketin malvarlığının tamamını büyük ölçüde kapsamalıdır. İkinci olarak, idari kayyım usûlü, idari kayyımın tayin edildiği ve rehin hakkını da içermek zorunda olduğu ilgili borçları kapsamalıdır. Bunun şirketin önemli miktarda malvarlığını da kapsaması gerekmez. Aslında şirket tarafından

verilen borç rehin kapsamında kalan herhangi bir özelliğe sahip olmalıdır. Eğer borç rehinle ilgili hiçbir şey içermiyorsa görevli “idari kayyım” sıfatına haiz olamaz. Bu yüzden borcun rehin içermesinin sağlanması önemlidir. Son olarak, idari kayyım, rehinli alacaklı tarafından tayin edilmek zorundadır. Mahkeme idari kayyımı idari kayyım olarak atayamaz. Uygulamada malvarlığı üzerinde idari kayyım tayin edilmesi her zaman rehinli alacaklı (debenture holder) tarafından yapılır.

İdari kayyımın öncelikli amacı şirketin malvarlıklarını kontrol altına almak ve onu tayin eden kişinin yani rehinli alacaklının alacağını tamamen temin etmektir. Bu yöntem esasen, münferit bir alacaklının teminat hakkını kullanması için geliştirilmiş ve bu amaca hizmet etmiştir. Bundan dolayı, alacaklıların tümünü veya şirketin mali durumunun bozulmasından etkilenen diğer menfaat gruplarını dikkate alacak şekilde düzenlenmemiştir. İdari kayyımlık usûlü, sadece rehinli alacaklıların şirketten alacaklarını temin etmesini sağlayan kolektif olmayan bir aciz sürecini içeren şirket kurtarma modelidir. 2002 tarihli İşletme Yasası (Enterprise Act) ile idari kayyımlık yöntemi kaldırılmıştır. 15 Eylül 2003 tarihi ve sonrasında rehinli alacaklılar özellikle finansal piyasaların dahil olduğu özel durumlar dışında bir idari kayyım atayamayacaktır. Ancak, bir idari kayyım atanması konusundaki bu yasağın geriye dönük olmaması gerçeği, idari kayyım tayin etme izni verilebilecek istisnai davalardan ayrı olarak, idari kayyımların birkaç yıl boyunca sistemde kalmaya devam edecekleri ve bu nedenle de önem arz edecekleri anlamına gelmektedir. Ancak bu usûlün başlatılıp idari kayyımın atanması şirketlerin tasfiyeye gitmesine engel olamamıştı. Çünkü, mali durumu bozulan bir şirketin yeniden düzenlenmesi girişimlerinde bireysel alacaklıların icra eylemleri yüzünden engellenmesi oldukça kolaydı.

1986’dan önce bir şirkete dışardan bir müdür (manager) atanması ve bu müdürün şirketin malvarlıklarını şirket yararına ve şirketin alacaklıları lehine elden çıkarması için kolektif bir usûl yoktu. Hatta bir şirketin finansal bir zorlukta yeniden örgütlenme girişimlerinin bireysel alacaklılar tarafından haciz işlemleri ile iptal edilmesi çok kolaydı. İdari kayyım atandığı durumda bile şirketin tasfiyeye gitmesine engellenemedi. Şirketlerin tasfiye edilmesine engel olmak için önce 1985 tarihli Aciz Yasasında sonra 1986 tarihli Aciz Yasası ile detaylı ve sadece şirketler için geçerli olan yönetim (administration) usûlü oluşturuldu. Bu usûl esasen ABD İflâs Yasası bölüm 11’in benzeridir ve Cork Raporuna dayanmaktadır. Ancak ABD Hukukundan da farklı yönleri vardır. Yasa koyucuya ABD Hukukunun, işletmenin going concern

yani kârlılığı devam eden bir işletme olarak çalışır halde devri veya devam ettirilmesi konusundaki olumlu deneyimi yol göstermiştir. Bu usûl, idari kayyımlık usûlünden hem amaç hem usûlün başlangıcı, işleyişi, yöneticiye verilen görev ve yetkiler ile alacaklı sınıflarının hukuki konumları bakımından tamamen farklıdır.

Yönetim (administration) usûlü doğasında kolektif bir yapıya sahip olup şirketleri kurtarmak ve yeniden yapılandırmak için birçok avantajlı özellik sunmuştur. Bu usûl; teminatlı alacaklıların sahip olduğu hakları elde ederken şirketin sahip olduğu malvarlıklarının kurtarılmasına vermiş olduğu zararlardan kaçınmış ve tüm alacaklılara fayda sağlamayı amaç edinmiş mahkeme tarafından yürütülen güvenli bir prosedürdür. Bu prosedür borçlu odaklı olup şirketlerin yaşadığı finansal zorlukların erken aşamalarında şirketleri yardım almaya sevk etmektedir. Ayrıca, rehinli alacaklı olan bankalarla ve onlara imtiyaz sağladığı için eleştirilen idari kayyımlık usûlünün dezavantajlarından sıyrılarak borçlularla onların alacaklıları arasında ortak bir çabayla şirketin kurtarılmasını teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Aciz hukukundaki bu problemleri çözmek için ise yönetim prosedürü düzenlenmiştir. Yönetim modeli, yönetim ve varlıkların elden çıkarılması yetkisi ile ilgili olarak, idari kayyımlık usûlüne benzer. Kişisel ve tescilli hakların uygulanmasına ilişkin bir moratorium yoluyla şirkete bir nefes alma alanı (icra takiplerinin durdurulması yoluyla) (breathing space) sağlamak niyetinde geçici bir prosedürdü. Bu usûl, mahkeme denetiminin maliyeti, gerekli raporlar ve aciz meslek mensubunun katılımı nedeniyle pahalıydı. Anılan nedenlerle bu usûl küçük şirketler için faydalı olamamıştır.

Tasfiye (liquidation) de, tasfiye memurunun (liquidator) görevi şirketi tasfiye edip tasfiye payı dağıtmak olmasına rağmen, bu durum yönetim usûlünde farklıdır. Bu usûlde yönetici, şirketin malvarlığını eski haline getirmek, malvarlıklarının paraya çevrilmesini sağlamak ve Emeklilik Yasası (The Pension Act) uyarınca şirketlerin gönüllü düzenlemesi modelinde görevli olmaya aday olan danışman (supervisor) için alacaklılara teklifler sunmaktır. Şirketin iradi düzenleme usûlünde görevli olarak atanan danışmanın (supervisor) yaptığı görev, borç belgelerini almak ve kâr payı dağıtmak iken, yönetim usûlündeki görevli olan yöneticinin görevi değildir. Ancak, bu usûlde 1986 tarihli Aciz Yasası'nın B1 bölümünde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Yönetici, şirketi bir going concern yani kârlılığı devam eden bir işletme olarak kurtarmak, şirketin alacaklıları için şirketi bir bütün olarak, şirketi ilk olarak yönetim

usûlüne götürmeden tasfiye edilmesi durumundan daha iyi bir sonuç elde etmek ve imtiyazlı (rüçhanlı) veya teminatlı alacaklılara dağıtım yapmak için şirket malvarlığını paraya çevirmektir.

1986 tarihli Aciz Yasası ile getirilen bir başka şirket kurtarma modeli ise şirket iradi düzenlenmesidir (company voluntary arrangement). Bu yöntemde göre, finansal açıdan zor durumdaki şirketlerin yeniden yapılanma planını hazırlayabilmesini ve şirket ile alacaklıları arasında bağlayıcı (binding) uzlaşma ya da borçlanma anlaşmasını (arrangement of indebtedness) sağlamayı amaçlayan hızlı, ucuz ve kullanışlı (user-friendly) bir prosedürdür. Bu prosedür borçlu şirket ile alacaklıları arasında olan bir uzlaşmayı sağlamayı amaçlar. Mevcut yargı yaklaşımı, bu usûlün sözleşmeye bağlı bir düzenleme olduğunu ve dolayısıyla sözleşmeden doğan ilkeler tarafından yönetilmesi gerektiğini göstermektedir. Şirket yetkilileri (directors) tarafından veya şirketin halihazırda yönetim (administration) veya tasfiye (liquidation) halinde olduğu durumlarda yönetici (administrator) veya tasfiye memuru (liquidator) tarafından bu usûl başlatılabilir. Borçlu yanlısı bu usûlün önemli bir özelliği, şirket yöneticilerinin kurtarma rejimine kolay erişimini sağlayan ihtiyari bir özelliğe sahip olmasıdır. Bu bakımdan, finansal olarak sıkıntılı bir şirket, potansiyel olarak erken bir aşamada iyileştirilebilir. Bu usûlün bir diğer önemli üstün yanı, yöneticilerin, teklifin alacaklılar toplantısı ve hissedarlar toplantısı tarafından onaylanmasından sonra teklifi denetleyecek olan adayın (nominee) yardım ve gözetiminde, şirketin işlerini kontrol altında tutmasıdır. Bu mekanizma, ABD de ki İflâs Yasası (Bankruptcy Code) Bölüm 11'deki (Chapter 11) "borçlu odaklı" modeline oldukça yakındır. Aynı zamanda, bu usûlün uygulamada, özellikle aciz öncesi aşamada, daha az kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme odaklı düzenleme planının (scheme of arrangement) aksine, bu prosedür basit, hızlı ve üniterdir.

Son model olan, düzenleme planı (scheme of arrangement) usûlü ise, 19.yüzyılın sonlarına kadar uzanan bir yasama tarihine sahip olup son değişikliklerle birlikte 2006 tarihli Company Act (Şirketler Yasası)'nın 26.bölümünde düzenlenmiştir.

Bu prosedür, geleneksel tasfiye işlemleri dışında (traditional winding-up proceedings), özellikle gönüllü düzenleme (company voluntary arrangement) ve yönetim (administration) prosedürleri mevcut olmadığında, kurtarmaya yönelik bir alternatif sunar. Büyük şirketler özellikle de sigorta şirketlerinin yeniden yapılandırılmasında önemli bir rol oynamıştır. Yasada düzenlenen bu prosedür şirket

aciz halinde olsun veya olmasın aciz öncesi yeniden yapılanma prosedürü olarak hizmet etmekten ziyade, şirketin ve sermayesinin yeniden yapılandırılması amacını güder. Düzenleme programının önemli bir avantajı, etkin bir yeniden örgütlenme aracı olduğu kanıtlanmış olmasına rağmen, prosedürün, ödeme aczi zorunluluğu gerektirmeksizin başlatılabilmesidir. Böylece, şirketin işlerinin krize girdiği durumda düzenleme planını erken bir aşamada kullanılmak üzere tasarlanmıştır. Bu usûlde eksiklik ise, borçlu şirketin bireysel alacaklıların şirket aleyhindeki iddialarını engelleyecek herhangi bir moratoryumun bulunmadığı ve mahkemenin finansal olarak mücadele eden şirketin borçlanma zorunluluğundan korunmasını sağlamak için gayri resmi bir moratoryum yapma yetkisi bulunmadığı kayda değerdir. Bu nedenle, düzenlemelerin ana kurumsal kurtarma prosedürü olarak uygun olmaması, aciz yasası reformlarını teşvik etmiş ve diğer kurtarma rejimlerinin yönetim (administration) ve gönüllü şirket düzenlemesi (company voluntary arrangement) gibi prosedürlerin uygulamaya konulmasına neden olmuştur.

Ülkemizde şirket kurtarma modelleri olarak eski Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde düzenlenmiş olan iflâsın ertelenmesi ile İsviçre İcra İflâs Kanunu baz alınarak düzenlenmiş olan konkordato hükümleri vardı. Bu konkordato usûlünde konkordato tasdik süresi 5 ay olduğu için uygulamada kullanılmıyor, iyileştirme modeli olarak ise iflâsın ertelenmesi yöntemine başvuruluyordu.

2004 yılında ise ABD İflâs Yasası Bölüm 11 (Chapter 11) den alınan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması usûlü de getirilerek 2 tür şirket kurtarma seçeneği olmuştur. Fakat bu yöntem ise uygulamada hiç kullanılmamıştır.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m. 376/3 ve 377 anonim şirketler ve TTK m. 633-634 atfıyla limited şirketler için iki kurumsal kurtarma modeli öngörmüştür. Gerek konkordato ve gerekse iflâsın ertelenmesine ilişkin hükümlerinin alındığı İsviçre Hukukunda ise, iflâsın ertelenmesi, bizim uygulamamızla hiç ilgisi olmayacak şekilde 1881 yılından bugüne kadar uygulanabilmiş ve bu nedenle konkordato hükümlerinin yenilenmesi sonrasında kaldırılmamıştır. Şu anda İsviçre Hukukunda hem konkordato hem de iflâsın ertelenmesi hükümleri yürürlüktedir. En önemlisi her iki kurum hakkında hukukumuzda yaşananların İsviçre Hukukunda görülmemiş ve duyulmamış olmasıdır.

RESUME

Dans cette étude qui examine le droit anglais sur la faillite des entreprises constitutionnelles, les modèles de redressement des entreprises et les pouvoirs et devoirs des praticiens qui y sont impliqués seront discutés. De plus, d'une manière comparative, l'établissement du concordat qui est l'un des modèles de sauvetage des entreprises en droit turc et les devoirs et pouvoirs de commissaire du concordat, son exécutant, seront également discutés.

La Comité de Faillite crée en 1977 par le gouvernement britannique sous la direction de Sir Kenneth Cork pour réformer les lois du pays sur la faillite, a mené une étude de 5 ans. Les réformes ont été achevées en 1982 sous le nom de Bulletin Cork. Insolvency Act (la loi sur l'insolvabilité) de 1986 a été établi en examinant les recommandations de ce bulletin. Il y a 4 modèles de sauvetage d'entreprise dans cette loi. Il s'agit de la procédure de mise sous séquestre de l'administration (administrative receivership), de la procédure d'administration (administration), de la procédure d'arrangement volontaire de l'entreprise (company voluntary arrangement) et du schéma de procédure d'arrangement (scheme of arrangement). L'étude a pour objet l'examen des pouvoirs de l'auditeur dans la procédure d'audit et du gestionnaire dans la procédure de gestion.

Selon le principe du droit sur la faillite en Angleterre dans le passé, la procédure d'audit est une méthode de restructuration appliquée aux créanciers à charge flottante (floating charge). Quant au séquestre administratif (administrative receiver) est un officier désigné par le créancier avec une charge flottante (floating charge) couvrant l'ensemble des actifs de la société. Pour que le séquestre administratif (l'auditeur) suive cette procédure, il doit être un professionnel impuissant. Selon la loi sur la faillite, un auditeur doit remplir 3 conditions pour être identifié comme l'auditeur.

Premièrement, à l'exception des actifs d'une société qui était soumise à la procédure de mise sous séquestre précédente, la procédure d'audit doit couvrir la totalité des actifs de la société dans une large mesure. Deuxièmement la procédure d'audit doit inclure les dettes pertinentes concernant pour lesquelles l'auditeur a été nommé et qui doivent inclure le droit à une garantie flottante. Cela n'inclut pas

nécessairement les actifs importants de l'entreprise. En effet la dette consentie par l'entreprise doit présenter une quelconque caractéristique entrant dans le champ d'application de la garantie flottante. Si la dette ne contient aucun élément lié à une garantie flottante, l'agent ne peut pas avoir le titre «auditeur». Donc il est important de s'assurer que la dette contient de garantie flottante. Et dernièrement l'auditeur doit être désigné par le créancier nanti. La Cour ne peut désigner le vérificateur en tant que le vérificateur administratif. En pratique, la nomination de l'auditeur sur les actifs est toujours effectuée par le créancier nanti (debenture holder).

Le principal objectif de l'auditeur est de contrôler les actifs de la société et de s'assurer que la personne qui l'a nommée c'est-à-dire le créancier nanti, reçoit complètement sa créance. Cette méthode a été développée principalement pour qu'un créancier individuel puisse exercer son droit à une garantie et a servi cet objectif. Par conséquent, il n'est pas conçu pour prendre en compte l'intégralité des créanciers ou d'autres groupes d'intérêt touchés par la détérioration de la situation financière de l'entreprise. La procédure de vérification est un modèle de sauvetage d'entreprise qui contient un processus de faillite non-collectif assurant que seulement les gagistes garantissent leurs créances de la société. La gestion de vérification est rapportée par la loi d'exploitation (Enterprise Act) à date 2002. Les gagistes ne pourront plus nommer un auditeur hors des situations spéciales que les marchés financiers y sont compris particulièrement à compter de la date 15 Septembre 2003. Par contre, la réalité que cette interdiction sur la nomination d'un auditeur ne soit pas rétrospective veut dire que les auditeurs continueront à rester au système et c'est pourquoi ils auront une importance pendant quelques années, séparément des procès exceptionnels qu'on peut donner la permission de nommer un auditeur.

Par contre la mise en application de cette procédure et la nomination d'auditeur n'a pas empêché les sociétés d'effectuer la liquidation. Car, aux initiatives de réorganisation d'une société dont la situation financière est détériorée, il était très facile d'éviter les créanciers individuels à cause des actions exécutives.

Avant 1986, il n'y avait pas une procédure collective pour la nomination d'un directeur de l'extérieur à une société et pour que ce directeur effectue la liquidation des biens de la société à l'intérêt de la société et à l'intérêt des créanciers de la société. En plus, l'annulation des initiatives de réorganisation d'une société en cas d'une difficulté financière par les créanciers individuels avec les opérations de saisie était

très facile. On n'a pas pu éviter que la société effectue la liquidation même dans le cas où on a nommé un auditeur. Pour éviter l'exécution de liquidation des sociétés on a formé la procédure de gestion (administration) qui est détaillée et uniquement en vigueur pour les sociétés d'abord à la loi de faillite à date 1985 en suite avec la loi de faillite à date 1986. En effet cette procédure est similaire à la section 11 du droit de faillite des États-Unis et elle est fondée sur le rapport de Cork. Par contre elle a aussi des aspects différents du droit des États-Unis. L'expérience positive du droit des États-Unis sur le transfert de l'entreprise dans une condition continuant à travailler étant going concern ou sur sa continuation a guidé le législateur. Cette procédure est complètement différente de la procédure de vérification concernant l'objectif, le commencement et fonctionnement de la procédure, les fonctions et pouvoirs données au gestionnaire et les situations juridiques des classes créancières.

La procédure de gestion (administration) a une structure collective dans sa nature et a fourni plusieurs spécialités avantageuses pour sauver et reconstituer les sociétés. Cette procédure a évité les dommages donnés au sauvetage des biens que possède la société pendant que les créanciers à garantie obtiennent leurs droits et elle est une procédure sans risque menée par le tribunal ayant l'objectif d'assurer le bénéfice à tous les créanciers. Cette procédure est amiable pour les débiteurs et mène les sociétés à prendre de l'aide aux phases précoces des difficultés financières. En outre, elle a pour objectif d'encourager le sauvetage de l'entreprise par un commun effort entre les débiteurs et leurs créanciers en se délibérant des banques gagistes et de la procédure de vérification qui est critiquée pour leur assurer un privilège. La procédure de gestion est arrangée pour résoudre ces problèmes du droit de faillite.

Le modèle de gestion ressemble à la procédure de vérification concernant la fonction de gestion et l'autorité de liquidation des biens. Elle est une procédure provisoire ayant l'objectif d'assurer un espace de respirer (breathing space) à la société par la voie de moratoire concernant l'application des droits individuels et immatriculés. Cette procédure était chère à cause du coût de vérification du tribunal, des rapports nécessaires et la participation de l'adhérent de la profession de faillite. Cette procédure n'a pas été utile pour les petites sociétés par les causes susmentionnées.

Même si à la liquidation (liquidation) la fonction du fonctionnaire de liquidation (liquidator) est de liquider la société et distribuer la dividende (dividend), la situation

est différente à la procédure de gestion. À cette procédure, les fonctions du gestionnaire sont de retourner les biens de la société à son ancienne condition, assurer la conversion en espèce des biens et offrir des propositions aux créanciers pour le gestionnaire étant candidat pour être chargé au modèle de régularisation bénévole des sociétés selon la loi de retraite (The Pension Act).

Prendre les documents de dettes effectuées par le superviseur (gestionnaire) nommé étant chargé à la procédure de la régularisation bénévole de la société n'est pas la fonction du gestionnaire chargé à la procédure de gestion. Par contre, dans cette procédure, on a effectué des modifications compréhensibles à la section B1 de la loi de faillite à date 1986.

La fonction du gestionnaire est de sauver la société étant un ongoing concern c'est-à-dire une entreprise dont la rentabilité continue, obtenir un mieux résultat initialement de la situation de la liquidation sans effectuer la procédure de gestion pour les créances de la société en considérant la société étant un ensemble entièrement et convertir en espèce les biens de la société pour effectuer la distribution aux créanciers privilégiés ou aux créanciers à garantie.

Un autre modèle de sauvetage d'entreprise qui est entré en vigueur avec la loi de faillite à date 1986 est la régularisation bénévole de société (company voluntary arrangement). Selon cette méthode, c'est une procédure rapide, bon marché et facile à utiliser (user-friendly) ayant pour objectif que les sociétés étant dans une situation financière difficile puissent préparer le plan de reconstitution et assurer l'accord de conciliation ou l'accord d'endettement (arrangement of indebtedness) contraignant (binding) entre la société et les créanciers. Cette procédure a pour l'objectif d'assurer la conciliation entre la société débiteur et ses créanciers. L'approche judiciaire présent démontre que cette procédure est une régularisation liée à un contrat et donc qu'elle doit être dirigée par les principes découlant du contrat. Cette procédure peut être faite commencée par les directeurs (directors) de la société ou aux cas où la société est en gestion (administration) ou liquidation, par le gestionnaire (administrator) ou par le fonctionnaire de liquidation (liquidator). La particularité importante de cette procédure amiable des débiteurs est d'avoir une spécialité facultative assurant l'accès facile des gestionnaires de la société au régime de sauvetage. À cet égard, une société qui a des problèmes financiers peut être améliorée potentiellement à une phase précoce. Un autre côté éminent important de cette procédure est de donner l'occasion

de contrôler la société aux gestionnaires à l'aide et surveillance du candidat (nominee) qui vérifiera la proposition après l'approbation de la proposition par la réunion des créanciers et réunion des actionnaires. Ce mécanisme est très proche au modèle de « l'initiative de débiteur » se trouvant à la Section 11 (Chapter 11) de la loi de faillite aux États-Unis. Également, on voit que cette procédure est moins utilisée à la pratique particulièrement à la phase avant la faillite. Au contraire du plan de régularisation (scheme of arrangement) focalisé au tribunal, cette procédure est facile, rapide et unitaire.

La procédure du plan de Régularisation dernière a une histoire de législation étendue jusqu'à la fin du 19ème siècle et elle est arrangée à la section 26 du Company Act à date 2006 avec les dernières modifications.

En dehors des opérations de liquidation traditionnelles (traditional winding-up proceedings), cette procédure offre un alternatif à l'usage de sauver particulièrement quand il n'existe pas les procédures de régularisation bénévole et gestion (administration). Elle a eu un rôle important à la reconstitution de grandes sociétés particulièrement les sociétés d'assurance. Cette procédure arrangée par la loi, a pour objectif de reconstitution de la société et de son capital au lieu de servir comme une procédure de reconstitution avant la faillite même si la société est dans une situation de faiblesse ou non. Un important avantage du programme de régularisation est que la procédure peut être fait commencée sans causer l'exigence de faiblesse de paiement malgré qu'on a prouvé qu'elle est un instrument de réorganisation efficace.

De cette manière, elle est conçue pour utiliser le plan de régularisation à une phase précoce au cas où les travaux de la société sont en crise. Le point manquant de cette procédure c'est qu'il ne s'agit pas un moratoire quelconque qui empêchera les prétentions des créanciers individuels de la société débiteur contre la société et que le tribunal n'a pas une autorité d'effectuer un moratoire informel pour assurer la protection de la société qui lutte financièrement de l'exigence d'endettement. Par ces motifs, le fait que les régularisations ne sont pas adéquates étant la procédure de sauvetage corporatif a encouragé les réformes de la loi de faillite et a causé la mise en application des autres procédures de sauvetage comme la gestion (administration) et CVA (sauvetage d'entreprise volontiers).

Dans notre pays, il existait les dispositions de prorogation de la faillite arrangées à l'Article 324 du Code de Commerce Turc ancien et les dispositions du concordat

arrangées selon la loi des dettes Suisse comme les modèles de sauvetage d'entreprise. Dans cette procédure de concordat, comme la durée d'attestation de concordat est 5 mois, elle n'était pas utilisée à la pratique, on utilisait la méthode de prorogation de la faillite comme le modèle d'amélioration.

En 2004, il est formé 2 types d'options de sauver l'entreprise avec la procédure de reconstitution par voie de conciliation des sociétés et coopératifs prises de la Section 11 de la Loi de Faillite des États-Unis. Par contre cette méthode n'est jamais utilisée à la pratique. En outre, l'Article 376/3 et 377 du Code de Commerce Turc à numéro 6102 entré en vigueur à la date 1 Juillet 2012 a prévu deux modèles de sauvetage corporatif pour les sociétés à responsabilité limitée par la référence aux sociétés anonymes et l'Article 633-634 du Code de Commerce Turc. Au droit Suisse où les dispositions concernant le concordat et la prorogation de la faillite, la prorogation de la faillite a pu être utilisée contrairement à notre application à compter de 1881 jusqu'à nos jours et c'est pourquoi elles ne sont pas enlevées après le renouvellement des dispositions du concordat. À ce moment-là au Droit Suisse les dispositions de concordat sont en même temps en vigueur avec les dispositions de prorogation de la faillite. Ce qui est plus important c'est que ceux qui sont réalisés à notre droit sur les deux institutions ne sont ni vécus ni ils n'ont lieu au Droit Suisse.

SUMMARY

This study, in which UK Corporate Insolvency Act is analyzed, will mention about corporate reorganization models and duties and authorities of the officers involved in these processes. Furthermore, composition (corcordatum) process, one of the corporate reorganization models in Turkish Law, and duties and authorities of the trustee in composition will comparatively be mentioned.

In 1977, the Bankruptcy Committee which was formed by the British Government under the presidency of Sir Kenneth Cork for the purpose of reformation of the bankruptcy laws in the country made a study lasting for more than 5 years. In 1982, reforms are completed under the name of Cork Report. Following the examination of the suggestions included in this report, 1986 Insolvency Act was prepared. In this Act, there are 4 corporate reorganization models. These are; Administration receivership procedure, administration procedure, company voluntary arrangement procedure and scheme of arrangement procedure. The subject of this study is to analyze the authorities of the administrative receiver in administration receivership procedure and of the administrative receiver in administration procedure.

According to the prevailing principle within Insolvency Act in United Kingdom during past times, administration receivership procedure is a reorganization method applied for the creditors having floating charge. Administrative receiver is an officer appointed by a creditor having floating charge covering all of the corporate assets. To apply such procedure, the administrative receiver should be a member of a professional insolvency profession. According to the Insolvency Act, an administrative receiver must have 3 qualifications in order to be defined as an administrative receiver.

First of all, the receivership procedure must substantially cover all of the corporate assets except for the assets of a company which is subject to the former receivership procedure. Secondly, the receivership procedure must cover the relevant debts/liabilities for which the administrative receiver is appointed and which must

cover the floating charge right. This does not need to cover substantially all of the assets of the company. In fact, the money lent by the company should have any qualification within the scope of floating charge. If the debt does not involve anything about floating charge, the officer may not have “administrative receiver” title. Therefore, it is essential that the debt should involve a floating charge. Lastly, the administrative receiver must be appointed by debenture holder. The Court may not appoint the receiver as an administrative receiver. In practice, appointment of an administrative receiver on assets is always performed by a debenture holder.

The primary purpose of the administrative receiver is to get the company assets under control and to secure the receivables of the debenture holder who appointed him/her. This method is principally developed for the exercise of the security interest of an individual creditor and served such purpose. For that reason, it was not arranged in a way to consider all the creditors or other interest groups suffered from disruption of financial conditions of the company. Administrative receivership procedure is a corporate reorganization model which only secures the receivables of the debenture holders and which involves a non-collective insolvency/bankruptcy process. Administrative receivership procedure was abolished with 2002 Enterprise Act. On and after 15 September 2003, the debenture holders cannot appoint an administrative receiver other than exceptions which involve financial markets. However, since the prohibition on appointment of an administrative receiver is not retroactive, the administrative receivers shall remain within the system for several years and therefore shall continue to become more of an issue apart from exceptional cases where the appointment of an administrative receiver is permitted. However, commencement of this procedure and appointment of the administrative receiver couldn't prevent the companies going into liquidation. Because, it was very easy for the individual creditors to prevent the reorganization attempts of the companies financially in bad condition.

Prior to 1986, there was no collective procedure for the appointment of a manager from outside the company and for disposal of the assets of the company by such manager for the benefit of the company and creditors of the company. Moreover, individual creditors were able to easily cancel the reorganization attempts of a company in a financially difficult situation through enforcement actions. Even when an administrative receiver is appointed, the companies' attempts to go into liquidation

couldn't be prevented. To prevent the liquidation of the companies, the detailed Administration procedure was formed for corporates only firstly with 1985 Insolvency Act and then 1986 Insolvency Act. Such procedure is basically similar with Section 11 of US Bankruptcy Code and is based on Cork Report. However, it has some differences from US Code. The law-maker was led by positive experience regarding the transfer or maintain of a corporation as a going concern. This procedure is completely different from administration receivership procedure in terms of purpose, commencement, operation, duties and authorities granted to the director and legal positions of the creditors.

Administration procedure inherently has a collective structure and has offered many advantageous features for the recovery and reorganization of the companies. This is a secure procedure performed by the court which avoided to cause harm to the recovery of the assets owned by the company while acquiring the rights of the secured creditors and which intended to create benefits for all the creditors. This procedure is debtor-friendly and motivates the companies to receive help/support at early stages of financial difficulties. Furthermore, it aims to encourage the recovery/reorganization of the company with the collective effort between debenture holder banks and debtors by avoiding the disadvantages of administration procedure which is criticized to provide privilege for such banks. Administration procedure was arranged to solve the problems in Insolvency Act.

Administration procedure appears similar with administration receivership procedure in terms of management/administration function and the authority for the disposal of the assets. It was a temporary procedure which intends to create a breathing space for the company through moratorium regarding the exercise of personal and proprietary rights. This procedure was very expensive due to the cost of court audit, required reports and participation of a member of bankruptcy profession. For these reasons, this procedure couldn't be beneficial for small scaled companies.

In liquidation process, despite the fact that the duty of the liquidator is to liquidate the company and pay dividend, it is different in administration procedure. In this procedure, the manager/supervisor suggests proposals to the creditors for the supervisor who becomes a candidate to restore the assets of the company, to

liquidate/convert into cash the assets of the company and to be responsible in company voluntary arrangement model as per The Pension Act.

It is not responsibility of the supervisor in administration procedure to get the debt certificates of the supervisor appointed in company voluntary arrangement procedure and to pay dividend. However, comprehensive amendments were made in Section B1 of 1986 Insolvency Act regarding this procedure.

The duty of supervisor is to reorganize /recover the company as a going concern organization, to get better results without taking the company to administration procedure first and to liquidate/convert into cash the assets of the company in order to distribute to privileged (preferred) or secured creditors.

Another company reorganization model which was brought by 1986 Insolvency Act is company voluntary arrangement. This method is a fast, cheap and user-friendly procedure which aims to prepare reorganization plans of the companies which are financially in difficult condition and prepare a binding reconciliation or arrangement of indebtedness between the company and creditors. This procedure intends to ensure a reconciliation between debtor company and its creditors. Current jurisdiction approach indicates that this procedure is a contractual arrangement and should be governed by the principles arising out of contract. This procedure can be commenced by the directors of the company or by the administrator or liquidator where the company is currently in administration or liquidation process. An important feature of this debtorist procedure is having a voluntary feature ensuring easy access to the reorganization/recovery regime of the company directors. In this respect, a company which is financially in bad condition may potentially be recovered at an early stage. Another important feature of this procedure is that; the supervisors, following the approval of the proposal in creditors' meeting and shareholders' meeting, keep the works/affairs of the company under control with the help and under the supervision of the nominee who will audit the proposal. This mechanism is very similar with "debtor's attempt" in Chapter 11 of US Bankruptcy Code. However, it can be observed that this procedure is less applied in practice, especially in pre-bankruptcy stage. Contrary to court-based scheme of arrangement, this procedure is simple, fast and unitary.

The scheme of arrangement procedure, which is the last model, has a legislative history tracing to the late of 19th century and regulated in Section 26 of 2006 Company Act with the latest amendments.

This procedure offers an alternative for reorganization when voluntary arrangement and administration procedures are not available other than traditional winding-up proceedings. It has played an important role in reorganization processes of large scaled companies especially insurance companies. This procedure enacted with law aims to serve as reorganization of the company and its capital rather than pre-bankruptcy reorganization procedure regardless of whether the company is in falling condition. An important advantage of the scheme of arrangement is the ability to commence this procedure without requiring insolvency status despite it has been proven to be an efficient reorganization instrument.

In this way, it is designed to apply the scheme of arrangement at an early stage when the affairs of the company fall into a financial crisis. The deficiency of this procedure is that the debtor company has no moratorium which can prevent the claims of the individual creditors of the company against the company and that the court has no authority to form an informal moratorium to protect the company struggling with financial difficulties from borrowing obligation. For that reason, inapplicability of the arrangements as main corporate reorganization procedure has encouraged the reformation of Insolvency Act and implementation of other recovery/reorganization regimes and procedures such as administration and company voluntary arrangement.

In our country, there were suspension of bankruptcy which was regulated in Article 324 of former Turkish Commercial Code and composition provisions regulated based on Swiss Code of Obligations as corporate reorganization/recovery models. In this composition (concordatum) procedure, composition was not applied in practice due to 5-month confirmation period and suspension of bankruptcy was applied as recovery model.

In 2004, the reorganization procedure of stock corporations and cooperatives through reconciliation process were brought and there appeared 2 different corporate reorganization/recovery options. However, such procedure was never applied in practice.

On the other hand, two corporate recovery/reorganization models were brought for joint stock companies with Article 376/3 and 377 of Turkish Commercial Code No: 6102 entered into force on July 1, 2012 and for limited companies with Article 633-634 of Turkish Commercial Code. In Swiss Law, where both composition (concordatum) and suspension of bankruptcy provisions were obtained, the suspension of bankruptcy has been applied until today since 1881 differently from the application in our country, for that reason such provisions have not been abolished following the amendment of composition/concordatum provisions. Both composition and suspension of bankruptcy provisions are in force and effect in Swiss Law. The most important point is that the difficulties experienced in our law have never been observed or heard in Swiss Law.



GİRİŞ

İngiliz Hükümetinin görevlendirmesiyle uzman muhasebeci Sir Kenneth Cork başkanlığında toplanan kurul Cork raporu olarak da ifade edilen raporu 1982 yılında yayınlamıştır. Bu rapor kurumsal İngiliz Aciz Hukukunun felsefesini değiştirmekle kalmamış, aynı zamanda 1986 tarihli Aciz Yasası'nın (Insolvency Act) da temellerini oluşturmuş ve şirket kurtarma (company rescue) kültürünün de gelişmesine yardımcı olmuştur. 1986 tarihli Aciz Yasası öncesinde şirket kurtama usûlleri olan idari kayyımlik (administrative receivership) ve düzenleme planına (scheme of arrangement), 1986 tarihli Aciz Yasasıyla iki adet yeni şirket kurtarma usûlü eklenmiştir. Bunlar, yönetim (administration) ile şirketin iradi düzenlemesi (company voluntary arrangement) usûlleridir. Değişiklikten önceki usûller şirketleri etkin şekilde kurtarmaya yardımcı olamamış ve şirketler tasfiye olmak durumunda kalmıştır. Bu yeni usûller ise önceki usûllerde bulunmayan yeni özellikleri sayesinde aciz halindeki şirketleri etkili bir şekilde kurtarmaya yardımcı olmuşlardır¹. Ancak, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın B1 bölümünde, 2002 tarihli İşletme Yasası (EA) ile yönetim usûlünde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır². Bu değişiklikler, mahkemenin bir yönetim emri alma ihtiyacını ve beraberinde mahkeme için bir rapor hazırlanmasını ve rehin alacaklısı (floating charge) tarafından da yöneticinin atanmasını mümkün hale getirmiştir. Böylece, mali durumu bozulan şirkete ait malvarlığının bireysel alacaklıların menfaatine olarak cebri icraya konu olması yolu, tüm alacaklıların yararı için toplu bir aciz prosedürü ile değiştirilmiştir. Bu yeni hükümlerle temelde şeffaflık, hesap verebilirlik ve bütün alacaklıların tatmin edilmesi (kolektivite) şeklindeki üç hedef amaçlanmıştır. Söz konusu modelde kurtarma kültürü teşvik edilerek mali durumu bozulan şirketin kurtarılması ve acizden kurtulma yollarının çeşitlendirilmesi tasarlanmıştır³.

¹ Finch Vanessa, Corporate Insolvency Law, Perspectives And Principles (Second Edition), Cambridge 2009, s.1; Goode Roy, Principles of Corporate Insolvency Law, (fourth edition), London 2011, s. 1.

² Belirli amaçlar 2002 tarihli İşletme Yasası ile eklenmiştir. 1986 tarihli Aciz Yasası Bölüm 1'de öngörülen orijinal rejim ise uygulanmaya devam etmektedir.

³ Leinster Steve, 'Policy Aims of the Enterprise Act', Recovery, Autumn 2003, s.27-28.

Öte yandan, idari kayyımlik ve yönetim usûlünde, bu usûlleri uygulamakla yükümlü görevli (insolvency practitioner) uzmanların (aciz meslek mensuplarının) nitelik ve özellikleri belirlenmiş ve yasada bunlar için mesleki bir standart oluşturulmuştur. Bu görevliler atanmalarından itibaren, şirketin yönetiminde ve temsilinde çok çeşitli görev ve yetkilere sahip oldukları için şirketin yeniden yapılandırılmasında çok önemli bir yere sahiptirler.

Türk İflâs Hukukunda ise, şirket kurtarma modelleri olarak eski Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde ve mülga İİK m.179 vd. düzenlenmiş olan iflâsın ertelenmesi kurumu ile İsviçre İİK baz alınarak düzenlenmiş olan konkordato hükümleri mevcuttu. 2004 yılında ise 4949 sayılı kanunla ABD İflâs Yasası'nın 11.bölümünden alınan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması usûlü getirilmiş ve üçüncü bir kurum sevk edilmiştir. Fakat bu yeniden yapılandırma yöntemi uygulamada hiç kullanılmamıştır⁴.

Öte yandan, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m. 376/3 ve 377 anonim şirketler ve TTK m. 633-634 atfıyla limited şirketler için iki kurumsal kurtarma modeli öngörmüştü. Bunlardan birincisi sıradan sona gitme beyanı⁵, diğeri İİK da düzenlenen iflâsın ertelenmesidir.

Yapılan düzenlemedeki en önemli yenilik, şüphesiz şirket alacaklıları tarafından şirketin borca batıklığını ortadan kaldıracak tutarda alacağa ilişkin sıra olarak geriye gitme yönünde bir bildirimde bulunulmasının, yönetim kurulunca iflâsın talep edilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırması veya böyle bir bildirimde bulunulmuşsa, şirketin iflâsına artık karar verilememesidir (TTK m.376/3). Bu yönde bir alacaklı bildirimi olmadığı takdirde ise bu kez İİK' da düzenlenen iflâsın ertelenmesi kurumu devreye girecektir. Ancak iflâsın ertelenmesi usûlü 28.02.2018

⁴ Hakan Pekcanitez/ Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 2.

⁵ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler İstanbul 2011, s.230, dn. 63; Selçuk Öztekin, Borca Batık Anonim Şirketlerde İflâsı Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. HAKAN PEKCANİTEZ'e Armağan, C:III, s. 2319-2343.

tarıhli 7101 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıřtır⁶. Bu Kanunla birlikte, konkordato hükümleri daha yaygın şekilde uygulanmaya bařlamıřtır⁷.

Bu alışmada İngiliz Hukukunda idari kayyım ve yöneticinin görev ve yetkileri incelenecektir. 1.bölümde İngiliz Aciz Yasalarının tarihsel gelişimi, 2. bölümde idari kayyımlık usûlü ve 3. bölümde yönetim usûlü incelenecektir.Yeri geldiğinde Türk Hukukuyla karşılaştırmalar yapılacak olmakla birlikte, çalışmanın merkezinde İngiliz Hukukundaki idari kayyım ve yöneticinin görev ve yetkileri vardır.



⁶ 15.03.2018 tarih ve 30361 S. RG.

⁷ Pekcanıtez /Erdönmez, s. 1 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1- İNGİLİZ ACİZ YASALARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK

İngiltere'de aciz yasasının tarihi orta çağlara kadar takip edilebilir nitelikte⁸ olup, kökleri bankaların finansal krizler yaşadığı 14. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada, Güney Afrika, Singapur ve Malezya gibi pek çok ülke, bu yasaların ülkelerindeki gelişimini yakından takip etmiştir. Bu ülkelerin aciz yasaları da başlangıçta İngiltere yasalarındaki gibi benzer felsefe ve ilkelerle kabul edilmiştir. “Aciz” terimi (yasal olarak ilan edilmiş aciz durumu bağlamında), İngiltere ve İskoçya'daki bireyler ve şirketlere uygulanmakta olup, Malezya gibi Anglo Sakson menşeli ülkelerin büyük çoğunluğunda da, aciz yasalarında geçerli olan kurallara göre şirketler veya bireyler ayrı ilkelere tabidir⁹. Malezya gibi devlet ülkelerinin büyük çoğunluğu da bu ikili ayrımı benimsemiştir¹⁰.

İngiltere ve İskoçya'daki aciz yasası, bireysel ve kurumsal acizlerle başa çıkmak için paralel ödeme sistemleri geliştirmiştir. Tarihsel olarak bireysel veya kurumsal acizle ilgili yasalar, şirketlerin on dokuzuncu yüzyılın ortalarına doğru acze düşmelerinden önce üç yüzyıldan fazla bir sürede geliştirilmiştir¹¹. Yasalar

⁸ Goode Roy; Principles of Corporate Insolvency Law, (fourth edition), London 2011, s. 1; İngiliz Aciz yasalarının tarihsel gelişimi konusunda ayrıntılı ve derinlemesine bir inceleme için ayrıca bkz. Too Fancy Chepkemoui, A Comparative Analysis Of Corporate Insolvency Laws: Is The Best Option For Kenya, (Nottingham Trent University for the PhD Thesis, 2015), s.195-208.

⁹ Goode, s.1; Wood, John Michael, Corporate Rescue: A Critical Analysis of its Fundamental & Existence (PhD Thesis, University of Leeds, 2013), s.45.

¹⁰ Azmi Ruzita, A Comparative Study of Corporate Rescue in the UK and Malaysia (Phd Thesis, University of Aberdeen, 2008), s.14.

¹¹ Finch Vanessa, Corporate Insolvency Law, Perspectives And Principles (Second Edition), Cambridge 2009, s.10; Goode , Corporate Insolvency Law, s.1; Azmi , s.14; Wood, s.45; Too Chepkemoui , s.195.

çoğunlukla tarihin bir ürünü ve yasal gelişmelerin sonuçlarıdır¹². İngiltere ve İskoçya'da bireyler için aciz sistemleri farklı prosedürlere tabidir. Bu prosedürlerin yer aldığı aciz kanunları müşterek hukukun ilk günlerindeki köklerini taşımaktadır. Bu köklerde, alacaklılar arasında kolektif bir takip ve alacakları oranında paylaşım için yasal bir düzenleme yoktu. İngiliz hukukunda kolektif takip olmadığı için her alacaklının kendi alacağı için şahsen takip yapması zorunluydu. Bu da borçlunun mevcut malvarlığının durumunu öğrenmek için “ilk gelen alacaklıya önce hizmet edilir” kuralına sahip araçları sağlıyordu¹³. Buna göre, yasalar "sert ve uzlaşmazdı"¹⁴ ve gerçekten de aciz daha az ceza gerektiren bir suç olarak görülüyordu¹⁵. Bu dönemde, borçlunun ödemedi kaçması veya ödeme güçlüğüne düşmesi halinde, alacaklıya hukuki koruma sağlanıyordu. Alacaklı anılan durumda borçlunun hapis cezasına çarptırılmasını isteyebileceği gibi, onun malvarlığına el konulmasını da isteyebilirdi¹⁶.

İngiltere’de geçerli olan 1542 tarihli Aciz Yasası alacaklılara, borçlunun mallarına el koyup satma ve alacakları oranında alacaklarını tahsil etme hakkı vermiştir. Aciz hukukunun temelini oluşturan iki temel ilke vardır: Bunlar; alacaklıların kolektif katılımı ve borçlunun mevcut varlıklarının alacaklılar arasında, eşit yani “pari passu” dağılımının yapılmasıdır¹⁷.

İskoçya’da, İngiltere’de olduğu gibi, eski müşterek yasa uyarınca, borcunu ödeyemeyen herkes suçlu sayılabilirdi¹⁸. Kolektif katılım ve eşit yani “pari passu” dağılımı ilkeleri, 1661 tarihli Sorumluluk Yasası¹⁹ ile muadilinden bir asırdan fazla bir

¹² Goode, Principles of Corporate Insolvency Law, s.1; Finch, s.10.

¹³ Cork Report, Para. 31; Goode, Corporate Insolvency Law, s.9; Azmi, s.14.

¹⁴ Azmi, s.14.

¹⁵ Azmi, s.15.

¹⁶ Azmi, s.16.

¹⁷ Fletcher I F., The Law of Insolvency, (3rd edn., Sweet & Maxwell, London 2002), s.7; Goode, Corporate Insolvency Law, s.10; Azmi, s.15; Wood, s.46; Too Chepkemioi, s.196.

¹⁸ Fletcher, s. 7; Azmi, s.15; Too Chepkemioi, s.196.

¹⁹ The Diligence Act 1661.

süre sonra kurulmuştur²⁰. Her iki ülkede de çok sayıda aciz yasası kabul edildi ve bu yasalar “alacaklı odaklı”(creditor-oriented) yaklaşımı benimsemiştir. Rehabilitasyon fikri 1705 tarihinde 4 Anne Tüzüğü²¹ tarafından benimsenmiştir. Bu tüzük, borçluların alacaklılarıyla işbirliği yaparak²² şirketin acizden kurtulmasını sağlamıştır²³. İngiltere ve İskoçya’daki aciz mevzuatı, bir tacirin kaza veya talihsizlik yoluyla acze düşebileceğini²⁴, buna karşılık bir şahsın ancak kendi kusuruyla acze düşebileceğini kabul etmektedir²⁵. Buna göre, acze düşenlerden tacir olmayanlar bireyselleşmenin ciddiyetinden dolayı zarar görmeye devam etmişlerdir²⁶.

İngiltere’de, 1861 tarihinde Aciz Yasası’nın yürürlüğe girmesiyle, ancak tacirler ile tacir olmayanlar arasındaki fark kesin olarak kalkmıştır²⁷. Böylece, tüm borçlular, tacir veya tacir olmadıklarına bakılmaksızın, yasa uyarınca aciz koruma başvurusunda bulunma hakkına sahip olmuştur²⁸. Bu yasaların yerini, daha sonra, 1914 tarihli İngiliz İflâs Yasası²⁹ ve 1913 tarihli İskoç İflâs Yasası³⁰ almıştır. Ayrıca, iki yargı alanındaki aczin yapısını gözden geçirmek için çok sayıda parlamento

²⁰ Azmi, s.15.

²¹ The Statute of 4 Anne in 1705.

²² Finch, Corporate Insolvency Law, s.10; Goode, Corporate Insolvency Law, s.10; Azmi, s.16; Too Chepkemmoi, s.200.

²³ Kraliçe Elizabeth’in hükümdarlığı döneminde yürürlüğe giren 1570 tarihli Elizabeth Kanunu (E&W), iflâs emirleriyle ilgili bir yasadır. Bundan kısa bir süre sonra 1571 tarihli Sahte Nakil Yasası (Fraudulent Conveyance Act 1571) ve 1571 tarihli İflâs Kanunu (the Bankrupts Act 1571) kabul edildi. Birincisi sahte nakilleri bir kenara bırakmak ve ikincisi iflâslarla uğraşmak için daha ayrıntılı ve genişletilmiş hükümler hazırlamak içindi. İskoçya’da, sıralama ve satış sürecini tanıtan Adli Satış Yasası, 1681’de İflâs Yasası ile çıkarılmıştır. 1696 sayılı Kanun, kamu iflâsının (public bankrupt) belirlenmesi için kriterler sağlamıştır ve 1772’de, diğerlerinin yanı sıra, mahkemeyi izleme iznini güçlendiren, Borsa (İskoçya) Kanunu (Bill of Exchange (Scotland) Act) kabul edilmiştir. Bu yasaya göre bir iflâsta, borçlunun taşınır varlığına el koyulması, emlak yönetimi, satış ve adil dağıtım yoluyla malvarlıkları alacaklıya geçmektedir (Azmi,s.15,dn.10).

²⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, s.10; Azmi, s.18.

²⁵ Azmi, s.18; Chepkemmoi Too, s.200.

²⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.7.

²⁷ Azmi, s.18.

²⁸ Finch, Corporate Insolvency Law, s. 11.

²⁹ Bankruptcy Act 1914 England&Wales.

³⁰ Bankruptcy Act 1913 Scotland.

raporu yazılmış ve seçilmiş komiteler atanmıştır³¹. Bireysel ve kurumsal aczin dönüm noktasını değiştiren Cork Komitesi ve İskoç Hukuk Komisyonu da bu yasaların kapsamlı bir incelemesini üstlenmiştir. Cork Komitesi ve İskoç Hukuk Komisyonu (Scottish Law Commission)³² Şubat 1984 tarihinde³³, Aciz Yasası İçin Gözden Geçirilmiş Çerçeve³⁴ adıyla bir Hükümet Beyaz Kitabı yayınlanmış ve ardından 1986 tarihli Aciz Yasası ile 1985 tarihli İskoç İflâs Yasası (Bankruptcy Scotland Act) çıkarılmıştır³⁵. Böylece her iki yargı bölgesinde bireysel ve kurumsal aciz yasası oluşturulmuştur³⁶. Bir sonraki önemli yasa, İngiltere'deki İngiliz aciz yasalarını ve İngiltere ve İskoçya'daki kurumsal aciz yasasını radikal bir şekilde değiştiren, 2002 tarihli İşletme Yasası (Enterprise Act 2002) oldu. İngiltere de kabul edilen 1542 tarihli Yasa'dan yürürlükteki 2002 tarihli İşletme Yasasına kadar, aciz yasası dört yüz altmış yıldan uzun bir süre boyunca gelişmiş ve bu süre zarfında aciz hukukunun hedeflediği önemli amaçları sırasıyla görebilmek mümkün olabilmektedir.

Gerçekten de, bunlardan birincisi, alacaklıların, alacaklarını tatmin edici biçimde tahsil etmeye olan ilgileriydi. İkincisi, borçluların ödemelerini düzenli olarak yerine getirme (ifa) çabalarıydı. Üçüncüsü, aciz durumunun araştırılması durumunda, hile yapan ile sorumsuz borçluların cezalandırıldığından kamuoyunun emin olmalarıydı. Dördüncüsü, şirketleri tasfiye etmek yerine iyileştirilebilir şirketleri ve işletmeleri korumanın teşvik edilmesiydi.

³¹ E & W'de Muir Mackenzie Komitesi 1908'de, ardından 1924' de Hansell Komitesi'ni, ardından 1955'te Blagden Komitesi'ni, İskoçya'da Lord Cullen'in önderliğini yaptığı bir komiteyi seçti. 1910'da Aciz Yasası ile ilgili detaylı bir çalışmanın yapıldığını bildirmiştir. Daha fazla bilgi için Cork Report, Para 54-56 & H Goudy çalışması, s. 9.

³² İskoçya Hukuk Komisyonu (Scottish Law Commission), iflâs ve tasfiyesiyle ilgili yasa hakkında detaylı bir çalışma yaparak (Cullen Raporundan elli sekiz yıl sonra) ikinci reform programını başlattı. Lord Kilbrandon önderliğinde görev aldı ve incelemeye Kasım 1968'de başladı. 1971'de, İşçi Partisinin önerileri hakkında bir rapor yayınladı. Nihai bir rapor Ağustos 1981'de sunuldu ve Şubat 1982'de yayınlandı. Rapor, hukuk ve muhasebe mesleği ve ticaret topluluğu tarafından olumlu karşılandı. Komisyonun tekliflerinin çoğunluğu, 8 Kasım 1984'te Parlamente'ye getirilen tasarıya dahil edildi. Bkz. İskoçya'daki David C Coull, Law and Bankruptcy in Scotland (Butterworth, Edinburgh, 1989), s.1; David A Bennett, Palmer's Company Insolvency (W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburgh 1993), s.2.

³³ Bennett, David A.; Palmer's Company Insolvency, s.4.

³⁴ A Revised Framework for Insolvency Law.

³⁵ Azmi, s.16.

³⁶ Finch, Corporate Insolvency Law, s.11.

Bu önemli unsurlardan ilki sadece 1542 sayılı Yasada yer alıyordu. Diğer ilkeler farklı aşamalarda aciz yasalarına girmiştir. Öte yandan, 2002 tarihli İşletme Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, dört ilkenin tamamı, İngiliz aciz mevzuatında yerini almış görülmektedir³⁷.

II. KURUMSAL ACİZ KURUMUNUN TARİHSEL GEÇMİŞİ

Kurumsal aciz yasasının tarihine bakıldığında, bireysel ödeme acizyetini düzenleyen hükümlerin şirketler için geçerli olmadığı görülmektedir. İngiltere için kurumsal aciz yasasının kökeni, 1844 yılında Anonim Şirketler Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle başlamaktadır. Bu yasa, bir şirketin kuruluş ilkesini, ortaklarından veya hakim ortaklarından ayrı bir tüzel kişilik olarak belirlemiştir. Ancak şirket ortakları için sınırlı sorumluluk korunmuş ve yasa ayrıca kurumsal bazda ve hisse senedi yoluyla sermaye artırımı yapılmasını mümkün kılmıştır³⁸. Şirketler için ilk defa tüzel kişilerin tasfiyesine yönelik bir kanun yapılmıştır. Bu kanunu³⁹, İngiltere'de Adalet ve Eşitlik Mahkemesi (Court of Chancery)⁴⁰ yargılamasına genel tasfiye yetkisi veren 1848 ve 1849 tarihli Anonim Şirketler Yasaları⁴¹ takip etmiştir. Bu nedenle, Adalet ve Eşitlik Mahkemesi (Court of Chancery) ve İflâs Mahkemesi (Bankruptcy Court) arasında yargılamada prosedür çatışmaları ortaya çıkmıştır. Ancak, İngiltere'de, 1856 tarihli Anonim Şirketler Yasası ve 1857 tarihli Anonim Şirketler (Değişiklik) Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle, özel olarak kurumsal aciz yetkisi Adalet ve Eşitlik Mahkemesine devredildi. 1862 tarihli Şirketler Yasası ile de kurumsal aciz yetkisi ile ilgili tüm prosedürler birleştirilerek Adalet ve Eşitlik Mahkemesine verilmiştir.

³⁷ Azmi , s.17.

³⁸ Bennett, s.1.

³⁹ The Joint Stock Companies Act of 1844.

⁴⁰ Court of Chancery olarak adlandırılan bu mahkeme İngiliz örf ve âdet hukuku mahkemelerinin çözüm bulamadığı istisnai davalarda mağdur olan tarafın Kral'dan yardım istemesiyle dava başlamadan önce, Kral'ın davanın yönlendirildiği mahkemeyi ifade etmektedir. Yüzyıllar boyunca adalet ve eşitlik mahkemesi, İngiliz örf ve âdet hukuku dışında bulunan davalarda münhasır yargı yetkisini üstlenmiştir.Örneğin tröst ve mortgage konularındaki hususlara bakmıştır (Fulya Teomete Yalabık, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıfaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukukunu Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016, s.16).

⁴¹ The Join Stock Companies Act of 1848 and 1849.

1856 tarihli İskoç Anonim Şirketleri Yasası (The Joint Stock Companies Act 1856), 1844 yılından itibaren İngilterede uygulan kuralları kabul edip, şirketin kuruluşuna ve tasfiyesine ilişkin modern prosedürü yürürlüğe koymuştur⁴².

1855 tarihli Sorumluluk Yasası (The Limited Liability Act) ile İngiltere ve İskoçya da şirket borçlarından dolayı şirket ortaklarının kişisel sorumluluğunun sınırlandırılması ilkesi kabul edilmiştir. Şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlandırılmıştır.Yani bu yasayla şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı sorumlu olmadığı, ortakların sorumluluğunun sadece şirkete karşı ve taahhüt ettiği sermayeyle sınırlı olduğu kuralı ile benimsenmiştir. Böylece kurumsal ve bireysel aciz arasında bir ayrım oluşturulmuştur⁴³. Kanunda gerçek kişiler için iflâs (bankruptcy), tüzel kişiler için ise tasfiye (winding-up) kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Diğer yandan, modern limited şirket kavramı Salomon/Salomon& Co.⁴⁴ davasında Lordlar Kamarası tarafından onaylanmıştır. Dönüm noktası niteliğindeki bu mahkeme kararında, bir şirketin kuruluşunun, şirkete tüzel kişiliğini ortaklarından ayrı olarak verdiği, şirketin borcunun ayrı ve bağımsız olduğu, bu borçtan ortaklarının sorumlu olamayacağı kabul edilmiştir⁴⁵. Bununla birlikte, 1862 tarihli Şirketler Yasası⁴⁶ modern anlamda kurumsal aciz mevzuatının İngiltere ve İskoçya'daki temellerini atmış ve ilk modern, detaylı tasfiye hükümlerini içeren şirketler hukukunu oluşturmuştur⁴⁷.

Ondokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru Aciz Yasaları, İflâs Yasaları (Bankruptcy Acts) ve Şirketler Yasası kapsamında, farklı prosedür ve cezalar öngören farklı mahkemeler tarafından aciz hukuku geliştirilmiştir. Bu gelişme aciz hukukunun bireysel ve kurumsal olması yönünde olmuştur⁴⁸.

⁴² Fletcher, The Law of Insolvency, s.7; Azmi, s.18.

⁴³ Goode, Principles of Corporate Insolvency Law, s.11; Azmi, s.18; Wood, s.46; Chepkemoui Too, s.204.

⁴⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, s. 10.

⁴⁵ Finch, Corporate Insolvency Law, s. 10-11; Azmi , s.18; Wood, s.47; Chepkemoui Too, s.208.

⁴⁶ Companies Act 1862.

⁴⁷ Finch, Corporate Insolvency Law, s. 10-11; Azmi , s.18; Wood, s.47; Chepkemoui Too, s.208.

⁴⁸ Finch, Corporate Insolvency Law, s.13 ; Azmi, s.18.

Bireysel ve kurumsal aciz arasında çok fazla benzerlik olmasına rağmen, bazı durumlarda kurumsal aciz hükümleri doğrudan bireysel aciz⁴⁹ hükümlerinden uyarlanarak değişik çözümler kabul edilmiştir. Kurumsal ve bireysel acizin yönetimi ise bugün farklıdır. Bireysel aciz ve kurumsal aciz arasındaki farkın, İngiltere'de aciz yasası tarihindeki en önemli olay olmaya devam ettiği doğrudur. Çünkü bu ayrılık iki yöntemin gelişmesine ve her birinin kendi yolunda ilerlemesine imkan sağlamıştır⁵⁰.

III. KURUMSAL KURTARMA KÜLTÜRÜNÜN GELİŞİMİ

Önceki kısımda, İngiltere'nin kurumsal kurtarma modeline hangi temel ilkelerin katkıda bulunduğunu belirlemek için İngiltere'nin kurumsal Aciz Yasası kısaca analiz edildi⁵¹. Bu bölümde, bu ilkelerin sağladıkları ile mali durumu bozulan bir şirketin pratikte nasıl kurtarılacağı arasında bir ilişki olup olmadığını belirlemek amaçlanmaktadır.

Son otuz yılda birçok ülkede aciz reformunun en büyük itici gücü, bir şirketin faaliyetlerinin yeniden yapılandırılmasını kolaylaştıracak mevzuatın geliştirilmesi olmuştur. Aciz tehlikesi yaşayan şirketlerin kurtarılmasında yeni ek finansman kaynaklarına ihtiyaç duyulur. Öte yandan, şirketin kurtarılmasında menfaati bulunan alacaklıların ya alacaklarını ertelemesi ya da alacaklarının bir kısmından vazgeçmesi gerekmektedir. Ayrıca, mahkeme uygulamasının yeniden yapılandırmaya müdahalesi ölçüsünde, kurtarma kültürünün gelişmesinde etkili olacağı fikri savunulmuştur⁵². Bu durumun yeniden yapılacak reformlarda etkili olacağı da kabul edilmektedir⁵³.

Şirket kurtarma, mali durumu bozulmuş bir şirketin mahvolmasını önlemek için gerekli olan önemli bir müdahale yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Aynı zamanda kurtarma, kurumsal kriz döneminde başvurulmuş ve iyileştirici etkisi olan

⁴⁹ Azmi, s.18.

⁵⁰ Azmi, s.19; Alper Efe Erten, Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2006, s.42-43.

⁵¹ Bkz. Bölüm 1, II.

⁵² Azmi, s.19; Wood, s.47; Chepkemol Too, s.208.

⁵³ Wood, s.83.

güçlü bir kriz çözme yöntemi olarak da nitelendirilebilir⁵⁴. Bu yöntem kurumsal sorunlara verilen normal yönetim tepkilerinin ötesine geçmekte ve resmi olmayan mekanizmaların yanı sıra yasal süreçlerle de işleyebilmektedir⁵⁵.

İyileştirme kültürünün gelişmesiyle birlikte toplumdan ve yargıdan gelen kademeli baskı politikacılar üzerinde etkili olmuş⁵⁶ ve aciz yasalarının geleneksel olarak iş başarısızlıklarına daha az duyarlı ve sorunlara çözüm bulma konusunda daha kararlı olan ABD tarzı bir işletme felsefesine⁵⁷ doğru ilerleyen bir hareketi teşvik etmelerini sağlamıştır.

⁵⁴ Wood, s.83.

⁵⁵ Chepkemol Too, s.208.

⁵⁶ 1998'de Ticaret Sekreteri Peter Mandelson, başarısızlıkla ilgili iş algısını yeniden değerlendirmek ve risk almaya yönelme umuduyla büyük çaba harcadı. bkz. M. Hunter, "The Nature and Functions of a Rescue Culture, Journal of Business International Law, 1999, s.491.

Parlamentar Ticaret ve Sanayi Devlet Müsteşar Yardımcısı Melanie Johnson, "iflâs reformlarının, girişimin önündeki önemli bir engel olan başarısızlık korkusunun ele alınmasına ve şirketlerin gereksiz yere zorlanmalarının önlenmesine yardımcı olacağını belirtti. Böylece, birlikte yapılan reformlar İngiltere'nin iş yapmak için daha iyi bir yer haline gelmesine yardımcı olacaktır". bkz. Finch, Corporate Insolvency Law, s.127-134, 284-286; Wood, s.83.

⁵⁷ ABD'de çok eski zamanlara dayanan ve federal düzeyde geçerli olan bir iflâs rejimi bulunuyordu. Bu klasik iflâs rejimi, iflâs eden borçlunun malvarlığının parça parça satışını öngörmekteydi. Ayrıca, bu yolla ve tek elden gerçekleştirilecek bir tasfiyeyle alacaklıların hakları eşitlik ilkesi (pari passu) altında korunmaya çalışılırdı. Bu ilkeye, 1841 tarihli İflâs Yasası ile yeni bir ekleme daha yapıldı. Eklene kurala göre, borçlular tacir olsun olmasın ödenmeyen borçlarından kurtulacaklardı. Herhangi bir yeniden yapılanma durumunun temel amaçları, finansal açıdan sıkıntılı herhangi bir kişinin veya işletmenin malvarlığının, en ihtiyatlı hareket yolunu belirlemek ve borçlunun varlıklarını korumak için makul bir fırsat çıkana kadar elden çıkarılması ve küçük ölçekli alacaklı ve mülkiyet çıkarlarının borçlunun mülkündeki finansal risklerini sürdürme ve kurtarma konusunda en büyük olasılığı elde etmesi için hacizden korumaktır(Anderson John G, Classification Of Claims And Interests in Reorganization Cases Under The New Bankruptcy Code, Amerikan Bankruptcy Law Journal, 1984, s.99). Bugün de meri olan 1978 tarihli Yasaya ruhunu veren bölüm 11'deki (chapter 11) yeniden yapılandırma usûlüyle, ayakta tutulan işletmeyle bir yandan alacaklıların alacakları ödenirken öte yandan işçilere iş sağlanmaya, hissedarlara kâr dağıtımı yapılmaya devam edilebileceği gibi işletmeyi oluşturan malvarlığının bütünlüğünü koruyarak üretim sektörünün kendisinin de gözetildiği iflâsın kamusal etkileriyle birlikte artık sadece bir alacak tahsili usûlü olmaktan çıkartıldığı görülmektedir. Bu yasa, tüzel kişi tacirler ile gerçek kişi tacirlerin iflâs hâlini belirgin bir biçimde ayırmıştır. ABD'de gerçekleştirilen 1978 reformu borçlu lehine kabul edilmiş, borçlu dostu bir yasadır. Zira yasa, tüzel kişiler açısından klasik tasfiyeye nazaran önemli iyileştirmeler getirip masanın işletme değerinin korunması hatta artırılması sağlanmıştır. Yasanın bu özelliği Almanya, İngiltere ve Türkiye gibi dünyanın pek çok ülkesinde etkili olmuş ve anılan ülke yasalarında ya doğrudan ya da dolaylı olarak yerini almıştır. Ayrıca bkz. McCormack G, 'Control and Corporate Rescue – An Anglo-American Evaluation', (2007), s.78-vd.; Westbrook J.L., ABD Şirket Kurtarma Usûlü Kanunu-Şirketlerin" Going Concern" Olarak Alacaklılara Karşı Korunması, çev. Budak Ali Cem, Türk, İngiliz ve ABD Hukuku'nda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, yayına hazırlayan Ali Cem Budak, İstanbul 1993, s.9-35; Taşpınar Ayvaz Sema; İcra İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, s.45-85; Yeşilova Bilgehan; Modern İflâs Hukukunun Gerekliklikleri ve Temel Haklar Çerçevesinde Susturma Hakkı/Engelleme Yasası, Ankara 2015, s.83-102, 215-268. 1986

Sonuç olarak, İngiltere’de kurtarmanın etkinliğini artırmak için aciz yasaları yeniden düzenlendi. Bu düzenlemede yasaların adil sonuçlar vermesi de dikkate alındı⁵⁸. Mevzuatın uygulanması da ekonomik ve kültürel açıdan en iyi sonucu vermesi için aktif olarak gözden geçirilmeyi zorunlu kıldı⁵⁹. Bu gibi durumlarda, aynı soruya farklı yaklaşımlar sergilenerek meseleler ele alınabilirdi. Ortaya çıkan sorunların çözümünde, ABD modelinin, özellikle de İflâs Kanunu’nun 11. Bölümünün, İngiltere’nin kurumsal kurtarma modelinin, modern işletmelerin karşılaştığı ihtiyaçları daha fazla yansıtması için nasıl geliştirilebileceği konusunda değerli bir rehber sunabileceği yaygın olarak kabul edildi⁶⁰. Bu öngörü oldukça fazla destek gördü ve sayısız rapor ve danışma belgesi için temel oluşturdu⁶¹. Daha yakın zamanda, 2002 tarihli İşletme Yasası, adaletli olmadığı düşünülen birkaç hükmü değiştirdi. Yasa özellikle idari kayyımlik prosedürünü (administrative receivership) kaldırmıştır. Bunun yerine rehinli alacaklılara (floating charge) mahkeme dışı yönetici (administrator) atama imkânı sunmuştur. Ayrıca, yönetim usûlünde teminatsız alacaklıların (Unsecured creditors) da dağıtılacak şirketin malvarlığından pay alması

tarihli İngiltere Aciz Yasası her hukuk sistemi tarafından benimsenebilecek bir yapıya sahip olduğunu iddia etmektedir. Ayrıca, Yasanın madde 426, alt Bölüm 4’ün temel hükmü şunları belirtmektedir: “İngiltere’nin herhangi bir yerinde aciz hukukuna ilişkin yargı yetkisine sahip mahkemeler, Birleşik Krallık’ın herhangi bir yerinde veya ilgili herhangi bir ülkede ilgili yetki alanına sahip mahkemelere veya bölgelere uygulanabilir. 1986 tarihli Aciz Yasası’nın 426. maddesi ABD İflâs Yasası’nın 304. maddesi ile karşılaştırıldığında, ABD yaklaşımının evrensel olduğu dikkat çekicidir. Çünkü tüm ulusların yabancı temsilcileri yardım alabilirken, İngiltere yaklaşımı yaklaşık 20 ülkeyle sınırlıdır. Bununla birlikte, her iki hükmün, ikisinin de mahkemelere bireysel takdir yetkisi vermesi bakımından benzerdir. Ancak ABD mahkemesine daha fazla kesinlik ve genellikle daha yararlı bir model sağlayan 304/c maddesinde belirtilen faktörler rehberlik edecektir (Wessels Bob, International Insolvency Law, 2006, s.32-33; Lightman, J.G., Gale, S. & Smith, H. 2004. ‘A special relationship? US/UK Cross-Border Insolvency’, Paper Presented at 78th Annual Meeting Of The National Conference of Bankruptcy Judges, s.7).

⁵⁸ Mali durumu bozuk olan şirketlerle başa çıkma ihtiyacı uzun zamandır politikacılar ve yasa koyucular ile yargı ve bankacılar tarafından desteklendi, bkz. M. Hunter, s. 491; Wood, s.84.

⁵⁹ Wood, s.84. Yazara göre, kurtarma rejimlerinin tasarımı, şirket iflâs sürecinin ne kadar verimli olduğu konusunda ekonomik olarak etkin olmayan firmaları elimine etmeye/ saf dışı bırakmaya dayanmaktadır.

⁶⁰ Parry R, Corporate Rescue, (London: Sweet & Maxwell, 2008), s. 262.

⁶¹ Department of Trade and Industry, ‘Our Competitive Future: Building the Knowledge Driven Economy’, (December 1998), Cm.4176, paras 2.12 to 2.14; Insolvency Service, ‘A Review of Company Rescue and Business Reconstruction Mechanisms’, Interim report (DTI, September 1999); Insolvency Service Report (2000); see also HM Treasury Press release, 8th June 2001 http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407010852/http://reasury.gov.uk/ent_chal_index.htm (accessed 7th April 2011).

sağlanmıştır⁶². Ancak bu yasal gelişmeler istikrarlı şekilde gerçekleşmiş olsa da diğer çağdaş faktörlerin bu analizden çıkarılmış olduğu görülüyor. Ödeme gücü olmayan şirketlerin yerel topluluklar ve ekonomi üzerindeki genel etkisi⁶³, ile resmi yönetim usûlünde teknik uyumluluğun ve şeffaflığın olmaması, yasanın özel olarak gerekli değişiklikleri benimseme konusunda tepkisiz kaldığını göstermektedir. Buna rağmen, mali durumu bozulan bir şirkete yardım edilerek yeniden yapılandırılmasının yolu açılmıştır⁶⁴.

2002 tarihli İşletme Yasası'ndan bu yana, kurumsal kurtarma ideolojisi, finansal sıkıntıların başlamasını önlemek için önleyici tedbirler getirmiştir. Özellikle, finansal açıdan güç durumda bulunan şirketin doğru zamanda, şirketin sorumluluğunu üstlenen kişinin yardım aramasını sağlayacak özeni gösteren kurallar öngörülmüştür. Değişim, sorunlu bir şirkete nasıl yaklaşıldığı ve çıkmazın nasıl aşılabacağı konusunda felsefi bir dönüşüme işaret etmektedir. Kalıcı denetimler ve risk yönetimi, şirketin gerçek finansal pozisyonunu belirlemek için yatırımlarını düzenli olarak izlemeye istekli alacaklılarla ilgili olası sorunları tespit etmede kilit mekanizmalar olmuştur⁶⁵. Herhangi bir kaygının ortaya çıkması durumunda, bir şirketin kurtarma amacına ulaşmak için en iyi uygulamayı benimsemesi⁶⁶ ve iç önlemlerin konuyla başa çıkmada yetersiz kalması halinde, ilk fırsatta şirkete dışarıdan müdahale edilmesi olanağı getirilmiştir. “Borç tahsilatı” ndan “risk yönetimi” ne dönük bu kayma, sürece dahil olanları nihai krizden önce aciz riskleri hakkında düşünmeye teşvik etti⁶⁷. Tehlikenin derecesini yönetmeyi ve sınırlamayı amaçlayan bu etkili önlem, hükümet tarafından

⁶² Azmi, s.35.

⁶³ Sosyal açıdan sorumlu bir şirket için, işgücünde çeşitliliğin sağlanması ve çalışanlar için uygun koşulların sağlanması önemlidir. Ayrıca, faaliyet gösterdiği yerel topluluklara destek ve katılım yoluyla şirketlerin faaliyetlerinin olumlu etkilerini en üst düzeye çıkarmak da çok önemlidir. Bkz. Wood, s.84, dn. 9.

⁶⁴ Risklerin tespiti ve erken müdahale yapılması birçok şirketin başarılı bir şekilde iyileşmesini sağladı. Ancak elbette, bu her zaman işe yaramıyordu. Bu yüzden özellikle yöneticilerin davranışlarına önem vermeye devam edilecektir (Wood, s.85).

⁶⁵ Arora A; The Corporate Governance Failings in Financial Institutions and Directors' Legal Liability, Company Lawyer, (2011), s. 3.

⁶⁶ The Cork Report: Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice (1982), Cmnd 8558, Ch 9. Ayrıca bkz. Finch V; Corporate Rescue Processes: The Search for Quality and the Capacity to Resolve, Journal of Business Law, (2010), s.502, 506.

⁶⁷ Finch, Corporate Insolvency Law, s.243 vd.

bu gibi durumlarda şirket yönetiminin nasıl yapıldığını ve yöneticilerin herhangi bir yanlış işin yapılmasından sorumlu tutulup tutulmayacağını ve denetlenmesinin gerekip gerekmediğini belirlemek için ilave önlemlerin alınmasına yol açmıştır⁶⁸. Hesap verilebilirliğin denkleme dahil edilmesi, finansal sıkıntıların nasıl yorumlanması gerektiği konusundaki düşünciyi değiştirmiştir. Özellikle şirketin yönetimindeki olası tehlikeleri önlemek için hangi önlemlerin alınabileceği konusundaki farkındalığı arttırmıştır⁶⁹. Finansal açıdan güç durumdaki bir şirketin işlerinin nasıl ele alınması gerektiği konusunda daha yerinde bir anlayışın teşvik edilmesiyle birlikte, bir şirketi kurtarmanın gerçek alternatiflerinin göz önünde bulundurulması ihtiyaç doğmuştur⁷⁰. Bu ihtiyaçlar, alternatif yöntemler arasında yer alan ve tartışmalı olan ön-paket (pre-packaged) uygulama prosedürünün geliştirilmesini sağlamıştır⁷¹.

IV. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İngiltere’de, bireysel ve kurumsal aciz hukuku 1986 tarihli Aciz Yasası’na⁷² dayanmaktadır. İngiliz hükümetinin talebi üzerine Kenneth Cork başkanlığında üst düzey bir komite olan Cork Aciz Hukuku İnceleme Komitesi kurulmuş ve bu komite 1970’lerin sonuna doğru bir rapor hazırlamıştır. Bu rapor aciz hukukunun ve uygulamasının gözden geçirilmesi amacını taşımaktadır⁷³.

Cork Raporu hem bireysel hem kurumsal aciz hukukunu bir statüde birleştiren 1986 tarihli Aciz Yasası’nın uygulanmasını büyük ölçüde etkilemiştir. Bununla

⁶⁸ M. Power; The Audit Explosion, (London, Demos, 1994); A. Walters; ‘Directors’ Disqualification after the Insolvency Act 2000 – The New regime’, Insolvency Law, (2001), s. 86.

⁶⁹ Finch, Corporate Insolvency Law, s.246; Wood, s.85-86; Chepkemol Too, s.214.

⁷⁰ Hornan L; The Changing Face of Insolvency Practice, International Accountant, (March 2005) s. 24.

⁷¹ Bu usul yarı yönetim usûlüne eşdeğerdir. Bkz Frisby S, ‘Conclusion on Pre-Packs: Part 1’, Recovery, (Winter 2009), s.30; Wood, s.85.

⁷² 1986 Insolvency Act (Aciz Yasası).

⁷³ Omar Paul J./Gant Jennifer; Corporate Rescue in the United Kingdom: Past, Present and Future Reforms, 2016, Insolvency Law Journal, Vol.24, pp. 40-61. ISSN 1039-3293 s.2; Gant Jennifer, “Rescue Before a Fall: an Anglo-French Analysis of the Balance between Business Rescue and Employment Protection in the UK and France”, Phd Thesis at the Nottingham Law School in January 2016, s.137.

birlikte, şirketin iradi düzenlenmesi (company voluntary arrangement) ile yönetim (administration) adında iki yeni prosedür getirilmiş, kurumsal kurtarma kavramı da dahil edilerek tüm aciz durumlarıyla ilgili olan yasa radikal bir şekilde yeniden yapılandırılmıştır⁷⁴. 1986 tarihli Aciz Yasası'nın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda alacaklılar tarafından idari kayyımlik (administrative receivership) kurumu sıkça tercih edilmiştir. Bu kurum ve yeni şirket kurtarma prosedürleri kıyaslandığında, yeni prosedürlerin etkili bir şekilde kullanılmadığı gözlemlenmiştir⁷⁵. Bu durum da 2000'li yılların başında kurtarma prosedürlerinin borçlular için daha verimli ve faydalı şekilde kullanılmasına ve teminatsız alacaklılara daha fazla fayda sağlamayı amaçlayan reformların yapılmasına yol açmıştır⁷⁶. 2000 tarihli Aciz Yasası ile 2002 tarihli İşletme Yasası, 2003-2004 yılları arasında aynı anda yürürlüğe girmiş olup, bu alandaki reformların yasal bir alt yapıya kavuşmasını sağlamışlardır. Her iki yasa da aciz sisteminin neredeyse bütün bölümlerinde radikal değişiklikler yapmıştır⁷⁷. Bu bölümde kurumsal İngiliz Aciz Hukuku'nun temelini oluşturan bu üç önemli kaynağa değinilecektir.

A. 1982 TARİHLİ CORK RAPORU

İngiltere'de kurumsal kurtarma ilkeleri ilk kez Cork Raporu'nda bir araya getirilmiştir⁷⁸. Sir Kenneth Cork başkanlığındaki Cork Danışma Komitesi, Taslak olan Avrupa Ekonomik Konseyi İflâs Sözleşmesi'nin şartlarını ve bu taslağın İngiltere hukukunun üzerindeki etkilerini inceleyerek, Ticaret Bakanlığı'na tavsiyelerde bulunmak üzere kurulmuştur. Komitenin görevi, İngiltere'deki İflâs Yasası'nın durumunu hükümete bildirmek ve sistemin iyileştirilmesi için öneriler sunmaktır⁷⁹.

1960'larda ve 1970'lerde uygulanan kayyımlik (receivership) sistemi, 18. yüzyılda oluşturulan ve taşınmaz hukukunda hakkaniyete uygun çareler getirmeyi

⁷⁴ Omar/Gant, s.2.

⁷⁵ Omar/Gant, s. 2.

⁷⁶ Omar/Gant, s. 2.

⁷⁷ Omar/Gant, s. 2.

⁷⁸ Finch, Insolvency Law, s. 20; Azmi, s 20; Wood, s.50.

⁷⁹ Finch, Insolvency Law, s. 20; Azmi, s 20; Wood, s.50; Omar/Gant, s.2.

amaçlayan eski prosedürün devamı niteliğindeydi. Bu sisteme göre, acze düşen bir şirketten olan alacaklar , ana teminat alacaklısının bu iş için atadığı bir muhasebe firması tarafından tahsil edilirdi. İdari kayyımlık (administrative receivership) usûlü, rehin hakkından (floating charge) yararlanan alacaklının, etkin ve güvenli bir şekilde borçluya karşı kontrolü sağlamak ve teminat altındaki varlıkların kontrolünü ele geçirmek için idari kayyım tayin edilebilen bir prosedür olarak görülmüştür. İdari kayyımın birincil görevi, borçlu şirketin malvarlığının tasfiye yoluyla satılması yerine ticari işletmenin devri suretiyle bütün olarak ve çalışır halde (going concern) satılabilmesidir. Ancak, idari kayyım hem işletmenin yönetimini hem malvarlığının paraya çevrilmesini sadece kendisini atayan rehinli alacaklının (floating charge) menfaatini gözeterek gerçekleştirebilecektir⁸⁰. İdari kayyımın temel rolü, şirketin borçlarının ödenmesini sağlamak için elinden geleni yapmaktır. İdari kayyım görevini tamamladığında, yönetim kurulu üyeleri (directors) o andan itibaren işletmenin kontrolünü almaya devam etmişlerdir. Şirketler bu prosedürden nadiren kurtulabildi. Çünkü bu prosedürün amacı, şirketi kurtarmak yerine özellikle rehin hakkına (floating charge) sahip ana alacaklının alacaklarını korumaktı. O zamanlarda, müvekkillerine en kötü senaryolardan söz eden ve bunların yasal sonuçlarından nasıl kaçınılması gerektiği konusunda tavsiyelerde bulunan bazı avukatlar olmasına rağmen, bu usûl aciz hukuku meslek mensubu muhasebeciler tarafından uygulanmıştır. Ne var ki, 1967'den beri Fransa'da olduğu gibi, Birleşik Krallık' ta mevzuatla düzenlenmiş bir aciz hukuku meslek mensubu yoktu⁸¹.

Öte yandan, Birleşik Krallık aciz sistemi tamamen âtıl değildi. Ancak, Cork Komitesi kurulurken mevcut sistem modern iş dünyasının ihtiyaçlarına uygun değildi⁸². Kurtarma odaklı bir yönetime duyulan ihtiyacın artması ve temel reformların olmayışı, 1977 yılında Sir Kenneth Cork başkanlığında Cork Aciz Hukuku İnceleme Komitesinin oluşturulmasını sağladı⁸³.

⁸⁰ Finch, Corporate Insolvency Law, s.29.

⁸¹ Omar/Gant, s.3.

⁸² Omar/Gant, s.3.

⁸³ Finch, Corporate Insolvency Law, s.20; Azmi, s.20; Wood, s.50; Chepkemoui Too, s.208; Gant Jennifer, Rescue Before A Fall: An Anglo-French Analysis Of The Balance Between Corporate Rescue And Employment Protection in the UK and France (Phd Thesis), 2016, s.140.

Yeni bir sistemin yaratılması ve ardından yürürlüğe girmesini öngören tartışmalar, komitenin müzakerelere başladığı tarihle aynı zamana denk geldiği⁸⁴ için, Cork Komitesi, 1978 tarihli Amerika Birleşik Devletleri İflâs Kanunu⁸⁵ Bölüm 11’de (Chapter 11) yer alan en iyi kurtarma yöntemine büyük ilgi duydu. Zira, ABD Bölüm 11 de yer alan kurallar geçmişteki içtihatlarla dayandırılmış ve yeniden yapılandırma usûlü yasal bir düzenlemeye kavuşturulmadan önce içtihatlarla geliştirilmiştir⁸⁶.

Cork Komitesi karşılaştırmalı yasalar ışığında ulusal yasaları gözden geçirdi. ABD’de Bölüm 11’in uygulanması da dahil olmak üzere, başka ülkelerdeki birçok örneğe değindi⁸⁷. Bu çalışmalar neticesinde, Cork Raporu Haziran 1982’de İngiltere’de modern kurumsal aciz yasasının temellerini oluşturan bir dizi öneriyle birlikte, aciz yasasının temel reformunu sağlamak üzere 460 sayfalık bir rapor olarak yayınlandı⁸⁸. Cork Raporunun parlamentoda yayınlanması ve değerlendirilmesi, 1985 tarihli Aciz Yasası’nın yerine gelen 1986 tarihli Aciz Yasası’nın yürürlüğe girmesiyle sonuçlandı⁸⁹. 1986 tarihli Aciz Yasası, kurumsal kurtarma ve bireysel iflâsın kanunlaşmasını da beraberinde getirdi⁹⁰. Bu yasa Cork Raporunda yayınlanan önerilerin çoğunu uygulamaya koydu. Cork’un felsefesi, diğer hususların yanı sıra, şirketin rehabilitasyonuna verilen önemi arttırmak yönündeydi⁹¹. Çünkü, Komite, mali durumu bozulan şirketlerin yeniden yapılandırılmasında sorunlar olduğunu gözlemlemişti. Sistemin kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmesinin, sadece diğer üye devletlerle müzakere amacıyla değil, aynı zamanda, tutarsızlıklar ve eksikliklerle dolu yasanın mevcut zayıf durumu nedeniyle de gerekli olduğu vurgulandı. Ayrıca, yasanın

⁸⁴ ABD İflâs Kanunu Chapter 11 ile 1986 tarihli İngiliz Aciz Kanunu’nun tarihsel köklerinin karşılaştırılması için bkz. B. Carruthers/T. Halliday, *Rescuing Business* (Oxford University Press, 1998).

⁸⁵ Bankruptcy Code (İflâs Kanunu).

⁸⁶ G. McCormack, *Control and Corporate Rescue – An Anglo-American Evaluation*, (2007), s.515- 516; Taşpınar Ayvaz, s.41; Yeşilova, s.86.

⁸⁷ Omar/Gant, s.6.

⁸⁸ Finch, *Insolvency Law*, s. 15; Goode, *Insolvency Law*, s. 112; Azmi, s.22.

⁸⁹ Finch, *Insolvency Law*, s. 15; Goode, *Insolvency Law*, s. 112; Azmi, s.22; Gant, s.141.

⁹⁰ Omar/Gant, s.6.

⁹¹ Finch, *Insolvency Law*, s. 15 dn. 185.

artık modern bir toplumdaki hakkaniyet ve adalet taleplerini karşılamadığı ifade edildi⁹².

Cork Raporunun bir sonucu da iyi bir modern aciz sistemini amaçlayan, yeni bir tanıma ulaşmaktır. Bu tanıma göre; aczin etkilerinin alacaklıların özel çıkarlarıyla sınırlı olmayıp, toplumdaki diğer grupların aczin sonuçlarından hayati şekilde etkilenmekte ve kamu çıkarının tanınması ve korunmasını sağlamak gerekmektedir⁹³. Cork Raporu ayrıca, ticari işletmelerin başarısızlığının geniş yan etkileri olduğunu belirten bir kurtarma kültürü kavramını formüle etti. Buna göre, mali durumun bozulması, alacaklılar, hissedarlar, çalışanlar, tedarikçiler ve işletme başarısızlığından olumsuz etkilenebilecek diğer paydaşlar da dahil olmak üzere çok sayıda kişi üzerinde geniş etkilere sahiptir. Aciz yasalarının meşru amacı, bir teşebbüse bağımlı olanların geçim kaynakları ve refahı için ilgi duymak şeklinde olmalıdır⁹⁴. Cork Komitesi'ne göre, kurtarma kültürü, acze düşmüş tüzel kişilere daha yardımsever olurken, sistemin vicdansız istismarcılarına karşı ise daha acımasız politikalarda kendini gösterecektir. Aynı zamanda aczin damgalayıcı etkisinin sürekli olarak kaldırılması da bu kültürün bir sonucudur⁹⁵. Buna rağmen, Cork Komitesinin sosyal odaklı önerileri hemen uygulanmadı⁹⁶. Cork Raporunun yasama organları tarafından yayınlanması ve değerlendirilmesi, yeni bir yasa olan 1986 tarihli Aciz Yasası'nın (Insolvency Act) kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır. 1986 tarihli Aciz Yasası (Insolvency Act), Cork Raporunda yayınlanan önerilerin çoğunu uygulamaya koymuştur⁹⁷.

Sonuç olarak Birleşik Krallık'ta aciz hukuku hakkında kapsamlı bir inceleme yapılmasını önerdiği için bu rapor, Birleşik Krallık'ta Aciz Yasası reformu hareketine önemli bir katkı sağlamıştır. 1977'de Cork'un başkanlık ettiği Aciz Hukuku ve Uygulaması İnceleme Komitesi'nin nihai raporunda, İngiltere ve Galler'deki aciz

⁹² Gant, s.259.

⁹³ Gant, s.260.

⁹⁴ Gant, s. 261.

⁹⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.112-113.

⁹⁶ Finch, Corporate Insolvency Law, s.31.

⁹⁷ Omar/Gant, s. 8; Gant, s. 261.

hukukunda reform yapılması şiddetle savunuldu. Ana odağı şirketler ve bireyler için birleşik bir aciz kanununun oluşturulması ve bu yasayı uygulamak için birleşik aciz mahkemelerinin oluşturulmasıydı. Bu gelişmenin sonunda yürürlüğe giren 1986 tarihli Aciz Yasası başarılı olmuştur. Öte yandan, Cork Raporu, acze düşen şirketin malvarlığına ilişkin durumu da dahil olmak üzere, Birleşik Krallık'ta aciz hukukunun tüm yönlerini ele alan ve reformla kapsamlı bir şekilde ilgilenen önemli ve hacimli bir belgedir⁹⁸.

B. 1986 TARİHLİ İNGİLİZ ACİZ YASASI (1986 INSOLVENCY ACT)

Cork raporu dikkate alınarak hazırlanan 1986 tarihli İngiliz Aciz Yasası'nda (Insolvency Act), iki yeni kurtarma prosedürü öngörülmüştür. Bunlar, aciz öncesindeki şirketleri kapsayan şirketin iradi düzenlenmesi prosedürü (Company Voluntary Arrangement) ile acze daha yakın şirketler için düşünülen yönetim (administration) usûlüdür. Böylece, şirketin iradi düzenlenmesi ve yönetim modellerinin yapısal temelleri, sırasıyla alacaklıların düzenleme planı usûlü (Scheme of Arrangement) ve idari kayyımlik (Administrative Receivership) modellerinin basitleştirilmiş versiyonunda atılmıştır. Bununla birlikte, iki prosedür arasında kavramsal bir fark vardı. Şirketin İradi Düzenlenmesi modelinde (CVA), borçlu alacaklılarla yapacağı müzakere için bir çerçeve sunmaya çalışırken, yönetim (administration) usûlünde ise, süreç mahkemenin denetimindeki bir yönetici tarafından yürütülerek resmiyet kazandırılmıştır⁹⁹.

İdari kayyımlikten farklı olarak, yönetim prosedürü kolektif bir prosedüdü. Bu nedenle sadece asıl teminatlı alacaklının değil hem teminatlı hem de teminatsız alacaklıların çıkarlarına hizmet ediyordu. Yönetim ve idari kayyımlik usûlleri ABD İflâs Kanunu Bölüm 11'in borçlu lehine (debtor-in- possession model) benimsediği modeli reddetmekle birlikte, iki prosedürün de ortak noktası, sürecin münhasır aciz hukuku meslek mensubu tarafından yönetiliyor olmasıdır¹⁰⁰.

⁹⁸ Finch, Insolvency Law, s. 20; Azmi, s.20; Wood, s.50; Omar/Gant, s.2; Evans Roger Graham, A Critical Analysis of Problem Areas in Respect of Assets of Insolvent Estates of Individuals, Phd thesis, University of Pretoria, 2008 ,s.104.

⁹⁹ Omar/Gant, s.8.

¹⁰⁰ Omar/Gant, s.8.

1986 yılından sonra gerçekleştirilen reformların birçoğunda, Cork Raporundaki önerilerin etkileri vardır. Cork Raporu da borçlunun yeniden yapılandırılmasını destekleme fikrini önerdi. Borçlunun refahının önemli olduğunun ve borçlunun durumunun daha insancıl bir şekilde ele alınmasının kabulü, İngiltere’de devam eden reform sürecinin temelinde yatan felsefedir. 1986 tarihli Aciz Yasası, acze düşen malvarlığının yönetiminin, atanır atanmaz idari kayyımına verilmesini sağlıyordu. Bu konuda tanınan yetki, aczin başlangıcında borçlunun tüm malvarlığını ve potansiyel olarak, acizden önce borçlu tarafından edinilen mülkün önemli bir bölümünü kapsamaktaydı. Bu şekilde korunan malvarlığı, yasada mahkemelerin, belirli bir mülkiyet hakkı iddiasının belirlemesine izin verecek şekilde, son derece geniş tanımlanmıştır. Yasa da aynı zamanda, malvarlığının ne ölçüde idari kayyımlıktan muaf tutulması veya dahil edilmesi gerektiği de düzenlenmiştir. Bu hükümler oldukça esnektir ve alacaklıların çıkarlarını göz ardı etmemekle birlikte, farklı borçluların farklı koşullarına uygulanabilmektedir. Bu nedenle, edinilmiş malvarlığının denetime dahil edilmesi bakımından “potansiyel” kelimesi kullanılmıştır¹⁰¹. 1986 tarihli Aciz Yasası ve Kuralları, aynı zamanda ayrılmış eşler için de aczin sonuçlarıyla ilgili özel hükümler içermektedir¹⁰².

C. 2002 TARİHLİ İŞLETME YASASI (2002 ENTERPRISE ACT)

2000’li yıllarda, şirketin iradi düzenlemeleri (company voluntary agreement) ve moratoryum ile ilgili yeni hükümler getirilmiş ve şirket yönetim kurulu üyelerinin azli kuralını değiştiren 2000 tarihli Aciz Yasası ile daha fazla reform yapılmıştır. Kurumsal aciz yasalarını değiştirmek ve anlaşılır hale getirmek için atılan bu adımlara rağmen, mevcut yasadaki adaletsizliğin giderilemeyeceğine ilişkin büyük bir endişe oluşturmuştur. Eski yasanın önemli bir yönü, köklü bir idari kayyımlık (administrative receivership) kurumuna sahip olmasıydı. Ancak, bu kurum, ferdi bir takip usûlü olup, kolektif bir prosedür olarak düzenlenmemiştir. Bunun yerine sabit bir masrafla şirket mallarının tamamını veya büyük bir kısmını kapsayan bir rehin hakkına sahip (floating charge) bir alacaklı için alacağını bu yöntemle tahsil etmenin (debt enforcement

¹⁰¹ Fletcher, Insolvency Law, s. 149; Keay AR/Walton P, Insolvency Law: Corporate And Personal (2003), s.317; Frieze SA, Personal Insolvency Law, (2004) s.53; Doyle L/Keay A, Insolvency Legislation: Annotations And Commentary, 2005, s. 1040.

¹⁰² Evans, s.107.

remedy) yasal çözüm yoluydu. Esasen bu usûlde bir idari kayyım (receiver) tayini, şirketi ve varlıklarını kontrol altına almak ve büyük ölçüde yöneticileri değiştirmek için tercih ediliyordu. Ayrıca, bu usûl, ticarete devam etmeyi, ticari ve bireysel varlıkları satmayı veya borçsuz bir şirkete devretmeyi sağlamak için kullanılabilecek oldukça güçlü bir araçtı¹⁰³. İdari kayyımın, şirkette istediği gibi inceleme (dissection) yapma yetkisi göz önüne alındığında, bir alacaklının idari kayyım “seçtiği” ve atamanın neredeyse hiçbir bildirimde bulunmadan tamamlandığı görülmüştür. İdari kayyım, bütün alacaklıların genel menfaatini korumakla yükümlü değildir. Onun görevi kendisini atayan alacaklının menfaatlerini dikkate almak olduğu için, sürecin maliyetini düşük tutacak ve varlıkların en iyi fiyata satılmasına hizmet edecek bir hüküm de bulunmuyordu. Bu kaygılara ek olarak, alacaklının yönetim usûlünü engelleme yetkisi vardı¹⁰⁴.

1986 tarihli Yasada getirilen şirket gönüllü düzenlemeleri (CVA) gibi alternatif tedbirler de, kurtarma mekanizması olarak etkisiz kalmıştır. Bu durum bir görüş değişikliğine işaret etmiş ve bütün aciz işlemlerinin karakteristik olarak müşterek olmasına dair prensip kararı alınmıştır¹⁰⁵. Böylece, 2002 tarihli İşletme Yasası, idari kayyımın rehinli alacaklı (floating charge holder) tarafından atanmasını yasaklamıştır¹⁰⁶. Ancak, 2002 İşletme Yasası, rehin sahibi alacaklının (floating charge holder) bir yönetici (administrator) tayin etmesine izin vermiştir.

Mali durumu bozulan bir şirketin faaliyetine devam ederek kurtarılması ve böylece bütün alacaklılar için daha iyi sonuç elde edilmesi amacı, idari kayyımlık

¹⁰³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.14.

¹⁰⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, Chapter. 6, 7 ve 9; L. Gullifer; ‘The Reforms of the Enterprise Act 2000 and the Floating Charge as a Security Device’, in Wolf-Georg Ringe, Levine Gullifer and Philippe Théry (eds), Current Issues in European Financial and Insolvency Law: Perspectives from France and the UK, (Oxford: Hart Publishing, 2009), s.19.

¹⁰⁵ Bunu destekleyen çok sayıda çalışma vardır: P. Aghian, O. Hart and J. Moore; ‘A Proposal for Bankruptcy Reform in the UK’, 9 I. L. & P., (1993), s.103; ve ‘Insolvency Reform in the UK: A Reused Proposal’, 11 I. L. & P., (1995), s. 103. For government input see ‘Second Chance Report’, ‘Productivity and Enterprise: Insolvency – A Second Chance’, DTI, Cm 5234, (July 2001), bkz.<http://www.insolvency.gov.uk/compwp.htm> (accessed 10th July 2010); ‘A Review of Company Rescue and Business Reconstruction Mechanisms, Report of the Review Group, Insolvency Service, DTI, (2000).

¹⁰⁶ Bu kural, 15 Eylül 2003 tarihinde veya öncesinde oluşturulan rehinli alacaklı (floating charge holder) için geçerlidir.

usûlünün kaldırılmasıyla sonuçlandı. Böylece, teminatsız alacaklılar da dahil bütün alacaklılar için rehne konu olan şirketin malvarlığından alacaklarını tahsil etmelerine izin vererek, kurtarma kültürünü yeniden düzenlemiştir¹⁰⁷.

Bu nedenle, 2002 tarihli İşletme Yasası, İngiltere kurtarma mevzuatında bir dönüm noktası olarak görülebilir. İngiliz kurumsal aciz hukuku bu yasayla birlikte yeniden şekillenmiştir. 15 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe giren İşletme Yasası, aciz hukukundaki önemli değişiklikleri onbeş yılı aşkın bir süredir beraberinde getirmiştir. Bu Yasa, şirketin kurtarılmasını kolaylaştırmak ve bir bütün olarak alacaklılar için daha iyi geri dönüşler elde etmek için tasarlanmıştır¹⁰⁸. Bunu üç temel değişiklikle başarmayı amaçlamaktadır. Birincisi, idari kayyımlık usûlü çoğu durumda kaldırılmaktadır. İkinci büyük değişiklik, yönetim usûlünün yeniden şekillendirilmesiyle ilgilidir. Üçüncü olarak ise, Taç'ın (devletin vergi alacağını) (Crown preference)¹⁰⁹ imtiyazlı haklarının kaldırılması açısından yenilikler içermektedir¹¹⁰.

Yeni yasanın merkezinde, idari kayyımlık usûlü mekanizmasıyla ilişkili hız ve esnekliğin faydalarını kullanma ve aynı zamanda hesap verebilirliği teşvik etme arzusu vardır. Böylelikle, rehinli alacaklıların idari kayyım atama usûlünden vazgeçmeleri için, onlara mahkeme dışı şirkete yönetici (administrator) atama izni verilerek, yönetim usûlüne geçiş kolaylaştırılmıştır. Atanan yönetici, yasal hedefler hiyerarşisine uygun hareket etmeli ve işlemini haklı gösteren gerekçeler sunmalıdır. Taç'ın aciz işlemlerinde imtiyazlı statüsü kaldırıldı ve bunun yerine, rehinli kazanımların bir kısmı üzerinden, teminatsız alacaklılara alacaklarını temin etme imkanı getirildi. İdari kayyımlık usûlünün kaldırılması sadece iradidir ve bu nedenle değişikliklerin tümüyle

¹⁰⁷ Goode, Insolvency Law, s.14-15; Finch, Insolvency Law, s.20.

¹⁰⁸ Hansard, HC, Deb 10 April 2002, s. 53 (Ms Patricia Hewitt MP, Secretary of State for Trade and Industry).

¹⁰⁹ Taç kavramı Kraliyeti, yani devletin vergi alacağını ifade etmektedir (Goode, Insolvency Law, s.15; Finch, Insolvency Law, s.18).

¹¹⁰ Mei Yang & Xiaobing Li, The History of Corporate Rescue in the UK, Asian Social Science, Vol. 8, No. 13, 2012, s.8.

hayata geçmesi yıllar alacaktır. Zaman ilerledikçe, yönetim usûlünün kurumsal kurtarma için birincil yol olacağı açıktır¹¹¹.

Yeni yönetim rejiminde, rehinli alacaklıya (floating charge) mahkeme dışı atama yetkisi sağlanarak, bankaların müşterileri hakkında edindikleri bilgilerin avantajından yararlanmaları hedeflenmiştir. Bununla birlikte, anılan prosedür, rehinli alacaklının yönetici ataması tüm alacaklılara karşı gerçekten sorumlu olmasını amaçlamaktadır. İdari kayyımlık usûlünün fiilen terk edilmesi, tek bir alacaklının teminat haklarının aciz işlemlerinin çözümünü yönetebileceği rejimin sona erdiğine işaret etmektedir¹¹².

Yönetim usûlünde , tüm alacaklılar yasal bir moratoryuma tabidir ve şirket ilgili tüm taraflar adına yönetici tarafından idare edilir. Yönetici, farklı alacaklı kategorileri arasındaki karmaşık menfaat çatışmalarını, mahkeme gözetiminde çözerek şirketin mali durumunu iyileştirmeyi sağlayacaktır. Yeni rejimin merkezinde yöneticinin izlemesi gereken yasal hedefler sıralanmıştır. Bu getirilen hükümler alacaklılar toplantısının alacağı karardan önce, yöneticiye rehberlik edecektir¹¹³.

V. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUYLA İLGİLİ GELİŞTİRİLEN TEORİLER

A.GENEL OLARAK

Bir kurumsal işletmenin başarısız olması potansiyel olarak alacaklıları etkiler. Bu durumdan en çok endişe duyanlar elbette alacaklılar, çalışanlar ve hissedarlardır. Ancak başarısızlığın daha geniş yankıları da olabilir. Bu durum, müşterileri ve tedarikçileri de olumsuz etkiler ve iş kayıplarını artırır. Ayrıca, büyük bir banka veya sanayi şirketi söz konusu olduğunda, duyulan güven zayıflayarak onların ihracattaki etkileri azalabilir¹¹⁴.

¹¹¹ Armour John& Mokal Rizwaan Jameel; Reforming the Governance of Corporate Rescue:The Enterprise Act 2002, 2004, s.1.

¹¹² Armour&Mokal, s.1-2.

¹¹³ Armour & Mokal , s.2.

¹¹⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.68.

Genel olarak toplum, şirketin yükümlülüklerinin yerine getirmesiyle ilgilenebilir. Şirketin faaliyetlerinden kaynaklanan çevre kirliliğinin önlenmesi buna örnek olarak verilebilir. Yani bir şirket iflâs ettiğinde, alacaklıların tatminini en üst düzeye çıkarmak tek amaç mı olmalıdır? Bu durumda tek ya da asıl endişelenmesi gereken sadece alacaklılar mı olmalıdır? Yoksa bundan etkilenen bütün gruplar dikkate alınmalı mıdır sorusunun cevabı önem kazanmaktadır. Alacaklıların hakları için bir miktar masraf yapılması gerekli olsa bile, şirketin veya işletmenin korunması gerekir mi? Birincil kaygı özel hakların mı yoksa kamu menfaatlerinin mi korunmasıdır?¹¹⁵ şeklindeki sorunların araştırılmasını gerekli kılmaktadır.

Bu noktada, büyük bir bankanın batması bankaların perakende ve toptan sektöründe oynadığı merkezi rol nedeniyle, büyük bir işletmenin iflâsı ise domino etkisinden kaynaklanan riskler nedeniyle önemli meseleleri gündeme getirmektedir¹¹⁶. Bu nedenle, bazı bankaların "iflâs edemeyecek kadar büyük" olduğunu, bunların mali durumlarının bozulmasında devletin müdahalesinin gerekli olduğunu ve iflâs durumunda diğer bankalarla birleşmesi veya devralınması gerektiğini savunan geleneksel bir görüş vardır¹¹⁷. Hükümetler, büyük bankaların yüksek riskli yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan zararların doğuracağı olumsuz sonuçlara özellikle duyarlıdır.

Buna ek olarak, Birleşik Krallık, zor durumdaki bankalar için özel bir çözüm rejimi getiren ve üç istikrar seçeneği içeren 2009 tarihli Bankacılık Yasasını¹¹⁸ kabul etmiştir. Bu kanun özel bir banka iflâs prosedürü ve özel bir banka yönetim prosedüründen oluşur¹¹⁹.

Ancak finansal istikrarın sağlanması ile ahlaki tehlikenin önlenmesi arasındaki dengeye ilişkin ciddi sorunları gündeme getirdiği için "İflâs Edemeyecek Kadar

¹¹⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.68.

¹¹⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.68.

¹¹⁷ Bu yaklaşımın çarpıcı bir istisnası, ABD Federal Rezerv Kurulu'nun Lehman Brothers grubunun ana şirketinin iflâsa girmesine izin verme kararıydı. Bu kararın ürettiği ekonomik bozulmanın neredeyse öngörülmediği ve eğer farklı bir yaklaşım olsaydı benimseneceği anlaşıyor (Goode, Insolvency Law, s.68, dn.47).

¹¹⁸ Banking Act 2009.

¹¹⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.69.

Büyük?" tartışması güncelliğini korumaktadır¹²⁰. Görünürde, meşru kurumsal iflâs hukukuna ve onun felsefî temellerine yönelik olan açıklanması gereken ciddi sorunlar bulunmaktadır. Genel olarak İngiliz hukukunun geliştiği pragmatik yol göz önüne alındığında, bu alanda açıkça dile getirilmiş bir felsefenin eksikliğini keşfetmek belki de şaşırtıcı değildir. Ancak yine de rahatsız edicidir. Kuzey Amerika'daki araştırmacılar da uzun süredir iflâs süreciyle ilgilenmektedirler¹²¹.

Son zamanlarda, akademisyenler ve aciz hukuku meslek mensupları Birleşik Krallık'ta aciz hukukunun etkisi hakkında daha fazla araştırmalar yapmışlardır. Bu konuda çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler arasında, Alacaklıların Pazarlık Teorisi, Takım Üretim Teorisi, Topluluk Teorisi¹²², Değer Bazlı Teori (Value Base Theory)¹²³, Çok Değer Teorisi (The Multiple Values Approach)¹²⁴, Usûlcüler (Proceduralists)¹²⁵, Gelenekselciler (Traditionalists)¹²⁶ vardır. Bu teorilerden önemli olan alacaklıların pazarlık teorisi ile takım üretim teorisi açıklanacaktır.

A. ALACAKLI PAZARLIK TEORİSİ (CREDITOR'S BARGAIN THEORY)

Alacaklı odaklı olan "Alacaklı Pazarlık Teorisi" 1982 tarihinde önerildi¹²⁷. Jackson ve Baird tarafından savunulan teoriye göre, aciz yasaları öncelikli olarak, acze düşen şirketin alacaklılarının toplu menfaati için vardır¹²⁸. Teori, bir şirketin acze

¹²⁰ Yatırımcıların ve mevduat sahiplerinin, açık veya zımni devlet garantileri nedeniyle riskten etkilenmemesi tehlikesi vardır. Kendi korumaları için ihtiyatlı adımlar atmaya teşvikleri olmayacaktır. Ancak, aksine, yüksek getirili ve dolayısıyla yüksek riskli yatırımlar ve hesaplar arayacaktır (Goode, Insolvency Law, s.69, dn.51).

¹²¹ Bu metindeki iflâs kavramı, şirketlerin tasfiyesini de içerir (Goode, Insolvency Law, s.69, dn.52).

¹²² Bu teori konusunda geniş açıklamalar için bkz. Azmi, s.50; Chepkemoui Too, s.38.

¹²³ Chepkemoui Too, s.45.

¹²⁴ Finch, Insolvency Law, s.45-48; Azmi, s.53.

¹²⁵ Wood, s.86.

¹²⁶ Wood, s.88.

¹²⁷ Jackson Thomas H; The Logic and Limits of Bankruptcy Law (Harvard University Press,1986), s.64; Finch, Insolvency Law, s.32; Azmi, s.45; Wood, s.91; Chepkemoui Too, s.39.

¹²⁸ Jackson Thomas H; Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors'Bargain,1982, (Yale Law Journal), s.91.

düşmesi halinde başka menfaat sahiplerinin (şirket pay sahipleri gibi) olabileceğini kabul etmekle birlikte, alacaklıların çıkarlarını üstün tutmaktadır¹²⁹. Yasa, zorunlu bir kolektif sistem getirerek acze düşen şirketin sınırlı malvarlığından sadece alacaklılar lehine en iyi sonucu almayı hedeflemiştir. Böylece, şirketin sınırlı malvarlığı üzerinde hak iddia eden diğer menfaat sahiplerinin taleplerini dikkate almamıştır. Yasa, şirketin sınırlı malvarlığından alacaklılar lehine en yüksek ödemeyi sağlamayı hedeflemektedir. Bu nedenle, tüm aciz yasaları tek bir temel soru ile test edilmelidir: Yasa alacaklıların kolektif yararını artırıyor mu?¹³⁰ Bundan dolayı bu teorinin taraftarları, alacaklıların acizden önce sahip olduğu hakların acizden sonra da dikkate alınmasını talep ederler. Buna karşılık, aciz kurallarının hissedarların (shareholders) ve ikincil alacaklıların (junior creditors) şirket iyileştirilmesinden kazanç sağlamalarının yersiz teşvikler oluşturacağını savunurlar¹³¹. Bu görüşe göre, alacaklıların aciz öncesi sahip olduğu haklar iflâstan sonra da korunmalıdır¹³². Bu görüşü savunan yazarlar, acizde diğer menfaatlerin varlığını inkâr etmezler. Ancak, bir şirket iflâs ettiğinde, alacaklıların çıkarlarını diğer grupların çıkarlarına göre öncelikli olması gerektiği görüşündedirler. Bu nedenle, diğer herhangi bir alacaklı grubunun menfaatleri, yalnızca bu grupların belirli üyelerinin acze düşen şirkete karşı sahip olduğu haklar uyarınca dikkate alınır¹³³. Ayrıca bu görüş taraftarları, aciz hukukunun kamu yararıyla ilgilenmemesi gerektiği görüşündedirler¹³⁴. Korobkin'in de kabul ettiği gibi, yeniden yapılandırmanın ekonomik bir yaklaşımı olduğu için , ahlaki, politik ve sosyal konular gibi değerlerin gerçekçi bir şekilde ele alınması düşünülemez. Öyleyse, kurumsal aciz hukuku, ekonomik sonuçları artırıcı değil, finansal sıkıntılara yanıt olarak daha zengin, daha bilinçli kararlar vermenin bir sistemi olarak açıklanmalıdır¹³⁵. Bu nedenle, mali

¹²⁹ Wood, s.88.

¹³⁰ Jackson, s.103.

¹³¹ McCormack Gerard, Corporate Rescue Law-An Anglo-American Perspective (Edward Elgar Publishing Ltd, 2008), s.79; Too Chepkemoui, s.39.

¹³² Etukakpan T. H. Samuel E; Business Rescue and Continuity of Employment: Analysing Policy Through the Lens of Theory' (2011) 3 Company Lawyer 4, s.39.

¹³³ Too Chepkemoui, s. 40.

¹³⁴ Keay Andrew and Walton Peter; Insolvency Law: Corporate and Personal (Pearson Education Limited, 2003), s.23.

¹³⁵ Korobkin Donald R., 'Rehabilitating Value: A Jurisprudence of Bankruptcy' (1991) 91 Columbia Law Review 717, s.762; Too Chepkemoui, s.50.

durumu bozulan bir şirkette asıl amaç, borçlarının ödenmesi ve bunun için malvarlığının değerini artırarak alacaklılara ödenecek payı artırmak olmalıdır. Bu bağlamda, aciz kurumunun hedeflediği, hissedarların menfaatlerinin, genellikle alacaklıların menfaatleri ile değiştirildiği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu anlayışa göre aczin, alacakların külli tahsiline hizmet etmekte olup, şirketin malvarlığının tüm alacaklıların alacaklarını mümkün mertebede karşılayacak düzeye ulaştırılması şarttır. Böylelikle, şirkete ait kaynağın zenginleştirilmesi ve yüksek tutarda paraya çevrilmesi ve alacakların bu şekilde tahsil edilmesi temel amaç olmalıdır¹³⁶.

Ancak, bu teoriyi onaylamak ve haklı çıkarmak giderek daha sorunlu hale gelmektedir. Çünkü, teori sadece alacaklıların haklarını dikkate almakta ve aciz hukukunu yalnızca onların haklarını koruyan bir müessese olarak görmektedir. Oysa, şirketin değerine katkıda bulunan çalışanların, hissedarların, tedarikçilerin ve yerel paydaşların dışarıda bırakılması adaletsiz sonuçlara neden olabilecektir¹³⁷. Zira, finansman sermayesi ile beşerî sermaye arasında ayırım yapmak yanlış olur. Çünkü, mali durumu bozulan bir şirketin devamını sağlamak için her iki sermayeye de ihtiyaç olduğu bilinen bir gerçektir. Anılan teori, bu gerçeğin farkına varılmamasına yol açmaktadır¹³⁸.

C. TAKIM ÜRETİM TEORİSİ (TEAM PRODUCTION THEORY)

Bu teori, adını kurumsal ekonomi literatüründeki takım üretim kavramlarından almaktadır¹³⁹. Şirketler hukukunun takım üretim teorisi, 1999 yılında Profesör Lynn LoPucki tarafından iflâs (bankruptcy) hukukuna uygulanmış ve onu aciz hukukunu

¹³⁶ Bu, kurumsal kurtarma rejiminin, genellikle “yol bağımlılığı” olarak adlandırılanlarla kısıtlanan başka bir örneğidir. Bir sistem, bunun orijinal nedeni ortadan kalkmış olsa bile, geleneksel normları nasıl takip edebileceğini ve kucaklayabileceğini tanımlamak için kullanılan bir terimdir. Yol bağımlılığına ilişkin daha fazla tartışma için. Bkz. G. McCormack, ‘Control and Corporate Rescue – An Anglo-American Evaluation’, 56 ICLQ, (2007), s.533.

¹³⁷ Jackson’s “fish in the lake” example, s.57. Ayrıca bkz. S. E. Etukakpan, ‘Business Rescue and Continuity of Employment: Analysing Policy through the lens of Theory’, Company Lawyer, (2011), s.101.

¹³⁸ Şirkete, çalışanların ücretleri şeklinde insan katkısı tercih edilir. 1986 tarihli Aciz Yasası (IA 1986) madde 175 hükmüne göre çalışanlara öncelik verilir. Buna göre, çalışanların 800 £ 'a kadar olan ücretleri ve çalışanların emekli maaşları nedeniyle elde edilen meblağlar ödenecektir.

¹³⁹ Alchian Armen A & Demsetz Harold, Production, Information Costs and Economic, 1972, (62) American Economic Review, s.777.

analiz etmek için normatif ve alternatif bir teori haline getirmiştir¹⁴⁰.Teoriyi aciz hukukuna uygularken, yeniden yapılandırma, hükümet tarafından dayatılan bir düzenleme olmaktan çıkmakta ve onun yerine hissedarların ve alacaklıların devamlılığı esasına dayanan ve bütün menfaat gruplarının haklarının korunmasını kabul eden bir sözleşme terimi olarak kabul edilmektedir¹⁴¹.

Öte yandan, bu teori, bir şirketin varlığının, takım üretimini organize etmek olduğu gerekçesine dayandığı için, alacaklıların pazarlık teorisine göre temelde farklılık göstermektedir. Teori, bir şirket içindeki üretim çabasının birçok kaynaktan gelen katkının sonucu olduğunu ve bireysel çabanın aksine bir müşterek çaba (joint effort) olduğunu ifade eder¹⁴².Yani bu müşterek çaba şirketin pay sahiplerini, müdürlerini, işçilerini ve hatta yerel topluluğun katkısını da kapsar. Bu nedenle teori, aciz hukukunun sadece alacaklılara odaklanmaması gerektiği konusunda önemli ve popüler bir görüşü içermektedir. İflâs eden şirkette, ilgili tüm taraflar için karşılıklı olarak avantajlı olabilecek kolektif davranış biçimlerini gözetir. Örneğin bir işletme sermaye varlıklarının aksine, becerilere ve teknik bilgi birikimine oldukça bağımlıysa, tüm bunlar işletme değeri ve işletmenin süreklilik esası değerlerine entegre edilmiştir¹⁴³.

Şirketin pozitif değerine sadece alacaklıların katkıda bulunmadığı, bunun yanında, şirketin yaptığı yatırımda riski bulunanların ve şirketin değerini artıranların da bulunduğu; bu nedenle, aciz hukukunda alacaklılarla birlikte mali durumun bozulmasından etkilenen bütün sosyal çevrenin eşit ağırlıkta dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁴. Dolayısıyla, bu teoriye göre aciz hukuku, ilgili tüm tarafların

¹⁴⁰ LoPucki Lynn, A Team Production Theory of Bankruptcy Reorganization (April 23, 2003) UCLA School of Law, Law & Econ Research. 3-12. Çevrimiçi, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=397801> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.397801>

¹⁴¹ Lopucki, s.87.

¹⁴² A. A. Alchian and H. Demsetz; 'Production, Information Costs, and Economic Organization', 62 American Economic Review, (1972), s.777.

¹⁴³ Gross/ Karen; Taking Community Interest into Account in Bankruptcy: An Essay (1994) Washington University Law Quarterly, s.1031-1033.

¹⁴⁴ Blair M.M.; Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty First Century, (Washington: Brooking Institute, 1995), s.239.

haklarının dikkate alındığı bir temele dayanmalıdır¹⁴⁵. Bu teori, alacaklı pazarlık teorisinin aksine, bir şirkete yapılan insan sermayesi katkısının önemini kabul eder ve bu temelde daha geniş ilgi alanlarının göz önünde bulundurulmasının gerekli ve adil olduğuna inanır¹⁴⁶.

VI. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUNDA KURUMSAL KURTARMANIN AMACI

Aciz hukukunun amacı ile ilgili bir değerlendirme yapılabilmesi için, yürürlükte bulunan mevcut bu hükümlere ilişkin öneriler ile hedef ve kriterlerin incelenmesi gereklidir. Böyle bir değerlendirme, kurumsal aciz hukukunun amaç ve hedeflerine açıklık gerektirir. Böyle bir şeffaflık olmadan, yalnızca mevcut yasal durumu tanımlamak, ulaşılması istenen amacın belirlenmesinde temelsiz kalır¹⁴⁷. Kurumsal aciz hukukunun tek bir gerekçe ve amacının olduğunu söylemek mümkün değildir. Kurumsal aciz hukuku için birtakım hedefler belirlenebilir ve bunlar birbirlerini etkileyebilir. Esasen İngiltere’de aciz hukukunun amacının ne olduğu tartışması 2002 tarihli İşletme Yasası ‘nın (Enterprise Act) yürürlüğe girmesiyle yeniden başlamıştır. Bu kanun, aciz anlayışında önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Zira, yasa sadece “idari kayyımlik (administrative receivership)” kurumunu ilga etmekle kalmamış, hükümlerin temelini atan tarihsel ilkelere de dayanmıştır. Yeni düzende aciz hukukunun amacı, işletmenin süreklilik esası (going concern) değeri dikkate alınarak kurtarılmasını sağlamaktır. Tüm alacaklıların lehine yöntem dikkate alınmalı ve ancak iyileştirmenin sonuçsuz kalınması halinde şirketin tasfiyesine gidilmelidir. Bu şekilde, mali durumu bozulan şirketin kurtarılması asıl olup, kurtarmadan sonuç alınamaması halinde şirketin tasfiyesi mümkün olacaktır¹⁴⁸.

Önceki dönemden farklı olarak, artık sadece rehinli alacaklıların üstün görülen menfaatleri öncelikli olarak dikkate alınmayacaktır. Alacaklılar bir bütündür ve ortak

¹⁴⁵ Blair M.M. and Stout L.A.; ‘A Team Production Theory of Corporate Law’, 85 Virginia Law Review, (1999) s.247; L. A. Stout; ‘Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy’, 75 Southern California Law Review, (2002), s.1189; Chepkemoui Too, s.49.

¹⁴⁶ Rahmani A.; ‘Shareholder Control and Its Nemesis’, ICCLR, (2012), 12, s.19; Wood, s.93.

¹⁴⁷ Finch, Corporate Insolvency, s.29, Azmi, s.62; Wood, s.66; Chepkemoui Too, s.57.

¹⁴⁸ Azmi, s.73; Yeşilova, s.57.

menfaat gözetilmelidir. Yapılandırma sürecinde kararlar ve tercihler hukuki konumları her ne olursa olsun istisnasız tüm alacaklıların yararına olmalıdır. Bu şekilde, rehinli alacaklı bankalar açısından aciz, artık sadece bir alacak tahsili yöntemi olmaktan çıkarılmış ve riskin önceden yönetimi sorunu hale getirilmiştir. Artık bankaların ve alacaklıların, sahip oldukları ipotek güvencesine dayanarak işletmenin mali durumuna, aciz öncesi dönemde kayıtsız kalma lüksleri bulunmamaktadır. Zira, yeni düzende sorun artık alacağın tahsilinden ibaret olmaktan çıkıp, kolektif hareket edilerek herkes için en iyi çözümü bulmak ve sonuç olarak alacağın ödenmesini sağlamaktır. Bunun , sadece aciz hukuku tedbirleriyle sağlanması güçtür. Onun için, her bir alacaklıya yeni roller ve sorumluluklar verilmiş ve amaçta değişiklikler yapılmıştır. Aczin amacının ne olduğu yönünde yapılan değerlendirmeler ise 2002 yılında başlamamıştır. Finch'e göre modern İngiliz kurumsal aciz hukukunun amaçlarını tespit etmenin başlangıç noktası 1982 tarihli Cork Komitesi Raporudur¹⁴⁹. Zira, bu raporda yer alan ilkelere ve hedeflere bakıldığında, Cork Komitesinin modern aciz hukukunun amaçlarını dikkate aldığı görülmektedir. Önemle ifade edilmelidir ki, hazırlık çalışmaları daha çok kurumsal aciz temelinde yapılmıştır. Rapor, ferdi iflâs yönünden bir değerlendirme içermemektedir¹⁵⁰. Cork Raporundaki hedefler ve ilkeler aşağıdaki şekilde özetlenebilir¹⁵¹:

- i. Aciz mevzuatı kredi düzenini desteklemeli, tamamlamalı ve yaşanan maddi kayıpları en aza indirmelidir.
- ii. Aciz ihtimali, en erken aşamada tespit edilebilmeli, çözüm sona bırakılmamalıdır.
- iii. Alacaklılar arasındaki menfaat çatışması önlenmeli ya da zaman ve kaynak israfına yol açmadan düzenlenmelidir.
- iv. Malvarlığı en az kayıpla en hızlı şekilde paraya çevrilebilmelidir.
- v. Elde edilen hasılatın dağıtımında alacaklılar arasında adil bir düzen oluşturulmalıdır.

¹⁴⁹ Finch , Corporate Insolvency Law, s.29; Azmi, s.62.

¹⁵⁰ Finch Vanessa; The Measures of Insolvency Law, 1997, s.228.

¹⁵¹ Cork Report ; Finch, Corporate Insolvency Law, s.29.

vi. Paraya çevirme ve dağıtım usûlü, şeffaf, denetlenebilir olmalı ve yapılan denetimin sonuçları hızla alınmalıdır.

vii. Acze yol açan nedenlerin hukukî ve aynı zamanda cezaî sorumluluğu gerektirdiğine kanaat getirildiğinde, cezaların caydırıcı olmasına önem verilmelidir.

vii. Borçlunun alacaklıları ile anlaşabilmesine imkân tanınmalıdır.

ix. Alacaklıların acizden alacaklarını olabildiğince yüksek oranda tahsil edebileceklerine güven duymalarını sağlayacak bir sistem inşa edilmelidir.

x. Aciz sadece borçlu ile alacaklılar arasındaki bir mesele olarak görülemez. Tedarikçilerin, emek piyasasının, kredi düzeninin, sermaye piyasasının aktörlerinin yaşanan/yaşanacak iflâslardan etkilenmedikleri iddia edilemez.

xi. Özellikle işletmelerin milli ekonomi içinde muhafazası, gerektiğinde tekrar ekonomiye kazandırılması, kamu menfaatinin bir başka gereğidir.

Cork Raporunda yer alan ilkelerin önemli bir kısmı yasama faaliyetlerinde benimsenmiş ve pozitif hukuk kuralları olarak hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Yasama organının dikkate almadığı husus ise aczin, borçlu ve alacaklılar dışında diğer sosyal kesimler üzerindeki kaçınılmaz etkisine yer vermemiş olmasıdır. Yasama faaliyetlerinde acze yol açanların hukukî ve cezaî sorumluluğun artırılması ile mali durumu bozulan işletmelerin kurtarılması temel amaç olarak ele alınmıştır¹⁵²

¹⁵² A Revised Framework for Insolvency Law 1984, White Paper; Finch, Corporate Insolvency Law, s.31; Wood, s.68.

§ 2- İNGİLİZ RESMİ KURUMSAL KURTARMA MODELLERİ

I. GENEL OLARAK

Aciz Hukuku sistemi esas olarak bir devletin yasama kültürüne bağlıdır ve yasama ile gerçekleştirilmesi amaçlanan hedeflere dayanır¹⁵³. Birleşik Krallık’ ın Aciz Yasası, alacaklıların çıkarlarının korunmasına verilen güçlü öncelik nedeniyle geleneksel olarak “alacaklı dostu” kabul edilmiştir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi kurumsal kurtarmaya yönelik kolektif bir yaklaşımı teşvik etmek amacıyla 2002 tarihli İşletme Yasası (2002 Enterprise Act) yürürlüğe girmiştir¹⁵⁴.

1982 tarihinde Cork tarafından düzenlenen ve 1986 yılında yürürlüğe giren İngiltere Aciz Yasası’nda yönetim (administration) ve şirketin iradi düzenlenmesi (company voluntary agreement) şeklinde yeni kurtarma modeli olmasına rağmen, finansal sorun yaşayan şirketler idari kayyımlık (administrative receivership) ile tasfiye (liquidation) alternatiflerini tercih etmişlerdir¹⁵⁵.

Bu alternatiflerin her ikisinde de insolvency practitioner adı verilen aciz hukuku mesleği mensubu, kendisine verilen yetkiyi şirketin işlemlerini yürütmek için kullanır. İdari kayyımlık da (administrative receivership) asıl amaç teminatl alacaklılar için azami getiri sağlamak iken, tasfiyedeki (liquidation) amaç alacaklıların sırasına (ranking) göre şirketin malvarlığını paraya çevirerek alacaklılara ödeme yapmak ve şirketi tasfiye etmektir. Pek çok durumda, bu iki yaklaşımdan herhangi birini uygulamak, şirketin piyasada yaptığı satışların yavaş yavaş son bulmasına yol açacaktır. İdari kayyımlık ve tasfiyenin asıl amacının şirketin batmasını (ruin) önlemek ya da şirketi kurtarmak değil, şirketin yıkımından oluşan değerleri kurtarmak

¹⁵³ Belcher A.; Corporate Rescue (Sweet & Maxwell, London 1997), s.12.Ayrıca bkz. A Belcher, “The Economic Implications of Attempting to Rescue Companies” in Insolvency Law: Theory And Practice, edited by H Rajak (Sweet & Maxwell, London 1993), s. 87-88.

¹⁵⁴ Kastrinou Alexandra; European Corporate Insolvency Law: An Analysis of the Corporate Rescue Laws of France, Greece And The United Kingdom, (Phd thesis) University of Leicester, 2009, s.74.

¹⁵⁵ Azmi, s.176.

olduğunun iddia edilmesi şaşırtıcı olmamıştır¹⁵⁶. Bununla birlikte, İngiltere'deki aciz yasalarında, kurumsal kurtarmayı esas alarak 2000 tarihli Aciz Yasası (IA 2000) ve 2002 tarihli İşletme Yasası'nın (Enterprise Act) 10. Bölümünde, reform niteliğinde yeni düzenlemeler yapılmıştır. 2000 tarihli Aciz Yasası, küçük şirketler için uygun olan ve koruyucu ortamları sunan şirketin iradi düzenlenmesi (company voluntary arrangement) modelinin kapsamına, moratoryumu dahil etmiştir. İşletme Yasası ise 1986 tarihli Aciz Yasası'nda yer alan idari kayyım (administrative receiver) atanmasını kısıtlamış ve daha esnek ve etkili bir prosedür olan yönetim (administration) usûlünün gelişmesini sağlamıştır. Bu yasalar, kurumsal kurtarmayla ilgili kurtarma usûllerinde değişiklik yapmışlardır¹⁵⁷.

Bu bölümde resmi kurtarma prosedürleri çerçevesinde, idari kayyımlık (administrative receivership), yönetim (administration), şirketin iradi gönüllü düzenlemesi (company voluntary arrangement) ve alacaklıların düzenleme planı (scheme of arrangement) olarak anılan dört kurumsal kurtarma yöntemi ana hatlarıyla¹⁵⁸ incelendikten sonra¹⁵⁹, çalışmanın asıl konusunu oluşturan idari kayyım ile yöneticinin görev ve yetkileri bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

¹⁵⁶ T. Mocroft /G. Telling/R. Comey; Companies can not do it alone: An Investigation into UK Management Attitudes to CVA, (CSFI, London, 2004), s. 5.

¹⁵⁷ Azmi, s.176.

¹⁵⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.64; Finch, Corporate Insolvency Law, s. 330; Azmi, s.175 vd; Clarke Alison, İngiliz Hukukunda 1986 Aciz Hukukundan Sonra Şirket Kurtama ve Yeniden Örgütlenme, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1990, s.40 vd; Ayvaz Taşpınar, s.164 vd; Yeşilova, s.70 vd.

¹⁵⁹ Türk İflâs Hukukunda ise, şirket kurtarma modelleri olarak eski Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde ve İİK m.179 da düzenlenmiş olan iflâsın ertelenmesi ile İsviçre İcra İflâs Kanunu baz alınarak düzenlenmiş olan konkordato hükümleri vardı. 2004 yılında ise ABD İflâs Yasası Chapter 11 den alınan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması usûlü de getirilerek, şirket kurtarmada üçüncü bir kurum oluşturulmuştur. Fakat bu yöntem uygulamada hiç kullanılmamıştır (Pekcanitez /Erdönmez ,s. 2). Öte yandan, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m. 376/3 ve 377 anonim şirketler ve TTK m. 633-634 atfıyla limited şirketler için iki kurumsal kurtarma modeli öngörmüştü. Bunlardan birincisi, 6102 sayılı TTK m. 376/3'ün getirdiği, sıradan sonra gitme beyanı” olarak nitelendirilen yeni bir usûldür. Bu usûldeki en önemli yenilik, şüphesiz şirket alacaklıları tarafından şirketin borca batıklığını ortadan kaldıracak tutarda alacağı ilişkin sıra olarak geriye gitme yönünde bir yazılı bildirimde bulunulmasının, yönetim kurulunca iflâsın talep edilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırması veya böyle bir bildirimde bulunulmuşsa şirketin iflâsına artık karar verilememesidir. Böylece takip hukukumuzda “sıradan sonra gitme beyanı” olarak nitelendirilen yeni bir kurum kazandırılmıştır (Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s.230, dn. 63; Öztekin Selçuk, Borca Batık Anonim Şirketlerde İflâsı Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. III, s. 2319-2343). Borca batık şirkette, bu yönde bir alacaklı bildirimi olmadığı takdirde, bu kez TTK

II. İNGİLİZ ACİZ HUKUKUNDAKİ KURTARMA MODELLERİ

A. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜ

Geçmişte İngiltere’de¹⁶⁰ aciz hukukuna hâkim olan ilkeye göre, idari kayyımlik usûlü, rehinli (floating charge)¹⁶¹ alacaklılar için uygulanan yeniden yapılandırma yöntemidir¹⁶². İdari kayyım (administrative receiver) ise, şirketin malvarlığının tamamı üzerinde teminata (floating charge)¹⁶³ sahip alacaklı tarafından atanan görevlidir (IA 1986, m.29 (2))¹⁶⁴. İdari kayyımın bu prosedürü uygulayabilmesi için profesyonel aciz hukuku meslek mensubu olması gerekir¹⁶⁵. Aciz Yasası’na göre, bir kişinin¹⁶⁶ idari kayyım olarak atanabilmesi için üç şartı taşıması gerekmektedir. İlk şart, idari kayyımı atayacak rehinli alacaklının şirket malvarlığının tamamı veya önemli bir bölümü üzerinde rehin hakkına sahip olmasıdır. İkinci olarak, idari kayyımın tayin edildiği ve rehin hakkını da içermek zorunda olduğu borçları

m. 377 uyarınca, İİK’ da düzenlenen İflâsın ertelenmesi usûlü devreye giriyordu. İİK’nın İflâsın ertelenmesine ilişkin hükümlerinde ise denetim kayyımı ile yönetim kayyımı kurumları yer alıyordu. Ticaret mahkemesi iflâsın ertelenmesi kararında, şirkete bazı durumlarda denetim, bazı durumlarda ise yönetim kayyımı atayabiliyordu. Ne var ki, iflâsın ertelenmesi usûlü, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı Kanunla hukuk sistemimizden kaldırılmış ve bu kanunla ülkemizde, konkordato hükümleri daha yaygın şekilde uygulanmaya başlamıştır (Pekcanitez /Erdönmez, s.1 vd.).

¹⁶⁰ Birleşik Krallık İngiltere ile Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda olmak üzere üç farklı hukuka sahip bölgelerden oluşmaktadır. Bu çalışmada ise İngiltere’deki hukuk sistemi ele alınmaktadır.

¹⁶¹ Floating Charge, İngiliz Aciz Hukukuna özgü bir teminattır. Kurulduğu anda tekemmül etmemiş bir teminat türüdür. Teminat hakkı başlangıçta genel olarak işletmenin bütün malvarlığını kapsamakta; fakat, hiçbir münferit mala bağlanmadan, adeta malların tamamı üzerinde salınmakta veya yüzmektedir. Teminatlı alacaklı teminat hakkını icra etmedikçe (veya icra edene kadar), borçlu, yüzen teminatın kapsamına giren mallar üzerinden, sanki hiçbir teminat yükü yokmuş gibi, serbetçe tasarruf edebilir. Fakat, teminat icraya konulunca, yüzen teminat “kristalize” olur; yani, borçlunun (o tarihteki) malvarlığında bulunan bütün mallar üzerine çöker ve onlara bağlanır. Bu tarihten itibaren, artık teminatlı alacaklı şirketin bütün malları üzerinde bir sabit teminat (fixed charge) hakkını haiz olur (Clarke Alison, s.43, dn.6).

¹⁶² Kastrinou , s.76.

¹⁶³ Yüzen teminat oluşturulduğu gibi hareketli ücret anlamına gelir. Buna bağlı olarak, teminatın tasfiyeden önce kristalize olması, yasal düzenlemelerden önce olmasına rağmen, imtiyazlı alacaklılara krediye öncelik vermez. İdari kayyımın atanması, (normalde olduğu gibi), tasfiyeden önce yapıldığında, imtiyazlı borçları hesaplamak için referans noktası atama tarihidir. Insolvency Act 1986 m.40 (2) (b).

¹⁶⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.321.

¹⁶⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.319.

¹⁶⁶ “Kayyım” terimi, aksi belirtilmediği sürece, yalnızca idari kayyımı ifade eder (Goode Roy, Commercial Law, Third Edition London 2010, s.843).

kapsamalıdır¹⁶⁷. Aslında şirket tarafından alınan borç, malvarlığı üzerinde teminat oluşturmalıdır. Eğer borç rehne dair hiçbir şey içermiyorsa görevli “idari kayyım” sıfatını haiz olamaz¹⁶⁸. Bu yüzden borcun teminata bağlanması önemlidir. İdari kayyım rehinli alacaklı tarafından tayin edilmek zorundadır. Mahkeme idari kayyımı atayamaz. Uygulamada malvarlığı için idari kayyım tayini her zaman rehinli alacaklı (debenture holder) tarafından yapılmaktadır¹⁶⁹. Son olarak idari kayyım, şirketin malvarlığını yönetme hakkına sahip olmalıdır¹⁷⁰. İdari kayyımın öncelikli amacı şirketin malvarlığını kontrol altına almak ve kendisini tayin eden kişinin, yani rehinli alacaklının alacağının tamamen tahsilini sağlamaktır¹⁷¹.

Bu yöntem esasen, münferit bir alacaklının teminat hakkını kullanması için geliştirilmiş ve bu amaca hizmet etmiştir. Alacaklıların tümünü veya şirketin mali durumunun bozulmasından etkilenen diğer menfaat gruplarını dikkate alacak şekilde düzenlenmemiştir. Bu kural, İngiliz hukukunda yüzyıllardır uygulanmakta ve teminatlı alacaklıya teminat teşkil eden mallara el koymak ve bunları kendi hesabına paraya çevirmek üzere bir receiver (kayyım) tayin etmek yetkisi vermektedir. Teminat (floating charge) kurumunun kabul edilmesi, rehinli alacaklılara şirketin bütün malvarlığı üzerinde külli bir teminat hakkı kazanmasına imkân vermiştir. Böylece, rehinli alacaklılar şirketin bütün mallarına ve yönetimine el koyacak idari kayyım atama imkânı da kazanmışlardır. Daha sonra kabul edilen kuralla, idari kayyımın şirketin malvarlığını tasfiye yoluyla parça parça satmak yerine, ticari işletmeyi, işletmenin devamlılığı esasına göre bütün olarak ve çalışır halde (going concern) satabilmeleri kabul edildi. Ancak bu işlemler, yani hem şirketin yönetilmesi hem de malvarlığının paraya çevrilmesi münhasıran idari kayyımı tayin eden rehinli alacaklının menfaatine yapılmaktaydı. İdari kayyımın, şirketin ve diğer alacaklıların menfaatini gözetmek gibi bir görev ve yetkisi bulunmuyordu. İdari kayyımın tek

¹⁶⁷ Goode, Commercial Law, s. 209; Finch, Insolvency Law, s. 329; Azmi, s.238.

¹⁶⁸ Bununla birlikte, aynı mülk üzerinde başka bir alacaklıya teminat verilmesi önemli değildir. Aciz Yasasının 29. maddesinin 2.fıkrası a bendi yalnızca şirkete sorumlu kişiyi atamakla ilgili olup, malvarlığı üzerindeki teminat hakkı sahiplerinin menfaatlerinin yarışmasıyla ilgili değildir.

¹⁶⁹ Goode, Commercial Law, s.843.

¹⁷⁰ Goode, Commercial Law, s.845; Finch, Insolvency Law, s. 353; Azmi, s.238.

¹⁷¹ Goode, Commercial Law, s.845; Finch, Insolvency Law, s. 353; Azmi, s.238.

görevi, teminat oluşturan malvarlığını, kendisini atayan rehinli alacaklı yararına paraya çevirmektir¹⁷².

İdari kayyım bir ölçüde bağımsız olmasına rağmen, bu durum idari kayyımı yalnızca kendisini atayan alacaklının menfaatini gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamıştır. İdari kayyımı azletme yetkisi ise mahkemededir¹⁷³.

İdari kayyımlık usûlü, finansal sıkıntı çeken işletmeyi koruma görevine hizmet etmiştir. Bu nedenle, teminata sahip alacaklı, işletmenin devamlılığı esasına uyularak¹⁷⁴ şirketin korunduğu durumda dahi, alacağının tamamının ödenmesini isteyebilmektedir. Bu yüzden, idari kayyım, teminata sahip alacaklının çıkarına olmak üzere, içinde bulunduğu zorluklardan kurtarmak amacıyla şirketin kontrolünü eline alır¹⁷⁵. Bununla birlikte, idari kayyımlık usûlünün belirleyici bir özelliği teminatlı alacaklının çıkarlarının üstün tutulmasıdır. Bu yöntem aynı zamanda tek boyutlu ve bireysel olduğu için eleştirilmiştir¹⁷⁶.

Webb'e göre, rehinli alacaklıların ortak bir varlık havuzuna ilişkin talepleri varsa, idari kayyımlık yöntemi şirketin erken ve verimsiz şekilde tasfiye edilmesine (equilibrium) yol açabilir. Sorunlar, bu sistemin özelliklerinden kaynaklanmakta ve bu durumda rehinli alacaklıların bireysel çıkarlarına uygun hareket etmelerini sağlamaktadır¹⁷⁷. Benzer bir şekilde, Goode de şunları da ifade eder: Rehinli alacaklı tarafından atanan idari kayyım, işletmeyi sürdürmek ve işletmeyi devam ettirmek için yönetimi ele alıp daha fazla başarı elde etse bile, yine de malvarlıklarını parçalara ayırarak satma hakkına sahip bulunmaktadır¹⁷⁸.

¹⁷² Clarke, s.43.

¹⁷³ 1986 tarihli Aciz Yasası'ndan önce kayyımı azletme yetkisi de kendisini atayan rehinli alacaklıdaydı (Clarke, s.44).

¹⁷⁴ Kârlılığı devam eden bir işletme olarak devam etmesidir.

¹⁷⁵ Kastrinou, s.78.

¹⁷⁶ Webb D; "An Economic Evaluation of Insolvency Procedures in the United Kingdom: Does the 1986 Insolvency Act Satisfy the Creditors' Bargain?" (1991) Oxford, Economic Papers, s. 144; Kastrinou, s.76.

¹⁷⁷ Webb, s.76.

¹⁷⁸ Goode, Corporate Insolvency Law (2nd edi. 1997), s. 248. Ayrıca bkz. Rider B.; Proprietary Rights and Unsecured Creditors, in the Realm of Company Law (Kluwer Law International, 1998) s.191-192.

İdari kayyımlik yöntemi ucuz, basit ve esnek bir yöntemdir. İdari kayyım atanırken mahkemeye başvurmak gerekmediği gibi, prosedürün daha sonraki aşamalarında da mahkemenin müdahalesi gerekli değildir. İdari kayyım talimat almak için her zaman mahkemeye başvurulabilir. Ancak, yetkilerinin hemen hemen hepsini mahkeme onayına gerek kalmaksızın kullanma hakkına sahiptir. Bunun en önemli istisnası, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın 43.maddesinde yer alan ve rehinli mallar üzerinde tasarruf işlemleri yapmasına ilişkin hükümdür. Ayrıca, Aciz Yasası'ndaki süreler dışında da işlem yapabilmesi için mahkemenin onayına ihtiyaç vardır¹⁷⁹.

Sonuç olarak, idari kayyımlik usûlü, teminata sahip alacaklılar dışındaki alacaklıların çıkarlarını dikkate almayan adaletsiz, özel bir prosedürdür. Bu adaletsizliğin temelinde yatan unsur ise rehinli alacaklının diğer alacaklıların çıkarlarını göz önünde bulundurmamasıdır¹⁸⁰.

Ayrıca, idari kayyımlik usûlünde, büyük şirketlerin kontrolünün sadece teminatlı alacaklıların menfaatine hizmet eden idari kayyım¹⁸¹ teslim edilmesi ve dolayısıyla diğer alacaklılar ve işçileri barındıran öteki ilgililerin zararına olmasının, kurumsal yönetim endişelerini artırdığı iddia edilmektedir¹⁸². Zira, şirket malvarlığı üzerinde teminat sağlamak için pazarlık yapmayan işçilerin alacakları ve çıkarları da bu yöntemde gözardı edilmektedir¹⁸³.

2002 tarihli İşletme Yasasıyla (Enterprise Act) idari kayyımlik yöntemi kaldırılmıştır. 15 Eylül 2003 tarihi ve sonrasında rehinli alacaklılar finansal piyasaların dahil olduğu özel durumlar dışında idari kayyım atayamayacaktır¹⁸⁴. Ancak, bir idari kayyım atanması konusundaki yasağın geriye dönük olmadığı gerçeği, idari kayyım tayin etme izni verilebilecek istisnai davalar bir kenara bırakılırsa, idari kayyımlar

¹⁷⁹ Clarke, s.45, dn 11.

¹⁸⁰ Finch, The Measures of Insolvency Law, s. 262.

¹⁸¹ R Mokal, s. 11; S Ferris, & R Lawless, "The Expenses of Financial Distress: The Direct Costs Of Chapter 11" (2000) 61 University of Pittsburgh Law Review, s. 629-651.

¹⁸² D. Milman and D. Mond; Security and Corporate Rescue (Hodgsons, Manchester, 1999), s. 48.

¹⁸³ Finch, The Measures of Insolvency Law, s.268.

¹⁸⁴ İdari kayyım atanabilecek altı tane istisnai durum vardır (Goode, Corporate Insolvency Law, s.319). Bu istisnai durumlara ikinci bölümde değinilecektir.

birkaç yıl boyunca sistemde kalmaya devam edecekler ve bu nedenle de önem arz etmeye devam edeceklerdir¹⁸⁵.

B. YÖNETİM USÛLÜ (ADMINISTRATION)

Bu bölümde yönetim usûlü ana hatlarıyla kısaca ele alınacak üçüncü bölümde ise daha detaylı olarak incelenecektir¹⁸⁶. İdari kayımlık usûlü, bir önceki kısımda¹⁸⁷ anlattığımız gibi esasen rehinli alacaklı için uygulanan bir çözüm yoludur. 1986'dan önce bir şirkete dışardan müdür atanması ve bu müdürün şirketin malvarlığını şirket yararına alacaklılar lehine elden çıkarması için kolektif bir usûl yoktu. Hatta bir şirketin finansal bir zorluktan çıkmak için yeniden yapılandırma girişimlerinin bireysel alacaklılar tarafından haciz işlemleriyle engellenmesi çok kolaydı. İdari kayımlar atandığı durumda bile şirketin tasfiyeye gitmesine engel olunamamaktaydı. Şirketlerin tasfiye edilmesine engel olmak için önce 1985 tarihli Aciz Yasası'nda sonra 1986 tarihli Aciz Yasası ile daha detaylı ve sadece şirketler için geçerli olan¹⁸⁸ yönetim (administration) usûlü kabul edildi¹⁸⁹.

Bu usûl esasen ABD İflâs Hukuku Bölüm 11'in benzeridir ve Cork Raporuna dayanmaktadır¹⁹⁰. Ancak, söz konusu kurtarma yönteminin, ABD hukukundan da

¹⁸⁵ Goode, Commercial Law, s. 845.

¹⁸⁶ Bkz. Bölüm III, s.81.

¹⁸⁷ Bkz. Bölüm I, s.34.

¹⁸⁸ Bork Reinhard; Rescuing Companies in England And Germany, 2012, s. 57.

¹⁸⁹ Goode, Company Law, s.850.

¹⁹⁰ 1982 tarihinde yayınlanan Cork Raporu'nun İngiltere yanında Avustralya Hukuku'nu da etkilediği anlaşılmaktadır. Avustralya Hükümetinin, İngiltere'nin aciz yasalarını araştırması için 1983 yılında Hukuk Reform Komisyonuna talimat verdiği, Komisyonun 1988 yılında tamamladığı ve Harmer Raporu adını vererek yayınladığı çalışmada, Cork Raporunun etkileri görülmektedir. Bu raporda, o zamanlar ödeme güclüğü ile mücadele eden şirketler için mevcut aciz prosedürlerinin çok muhafazakâr olduğu ve şirketin mevcut borçlarının yeniden yapılandırılması ve devam ettirilmesine izin veren gönüllü bir sistemle değiştirilmesi gerektiği tespitinde bulunmuştur. Böyle bir sistemin "çalışanların istihdamda kalmalarını, mevcut işletmenin temsil ettiği kazanımlarının korumasını ve alacaklıların özellikle teminatsız alacaklıların tasfiyenin neden olduğu kaçınılmaz düşük hasıllardan kurtarılmasını sağlayarak, tüm menfaat sahibi kişilere fayda sağlayacağı düşüncesi dile getirilmiştir. Bu nedenle Rapor, kurumsal iyileştirme konusunda yapıcı bir yaklaşımın, uygulanabilir ve mümkünse, alacaklıların bilgilendirilmiş bir karar verebilecek duruma gelmeden önce, şirketin malvarlığı ve işlerinin kısa sürede korunmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır (Harmer Raporu olarak anılacak olan Ron Harmer başkanlığında, Avustralya Hukuk Reformu Komisyonu Genel İflâs Sorgulama Soruşturması (Rapor No. 45, 1988) olarak bilinir) (Fridman S.; Voluntary Administration Use And Abuse, Band Law Nerrow, 2003, s. 331; Zweiten, s. 505; Abeyratne, Mahawatfege Don Hemantha Niranjana, Corporate Rescues – A Comparative Study Of The Law And Procedure In Australia, Canada And England, Phd Thesis, 1995,

farklı yönleri vardır. Kanun koyucuya, ABD hukukunun, işletmenin (going concern) çalışır halde devri veya devam ettirilmesi konusundaki olumlu deneyimi yol göstermiştir. Yönetim usûlü, idari kayyımlik usûlünden amaç, prosedürün başlangıcı, işleyişi, yöneticiye verilen görev ve yetkiler ile alacaklı sınıflarının hukuki konumları bakımından tamamen farklıdır¹⁹¹.

Yönetim (administration) usûlü doğasında kolektif bir yapıya sahip olup şirketleri kurtarmak ve yeniden yapılandırmak için birçok avantajlı özellik sunmuştur. Bu usûl, teminatlı alacaklıların sahip olduğu hakları elde ederken borçlu şirketin sahip olduğu malvarlığına zarar vermekten kaçınan ve tüm alacaklılara fayda sağlamayı amaç edinen ve mahkeme tarafından yürütülen güvenli bir prosedürdür. Bu usûl borçlu

s.29; Jenny Fu/Roman Tomasic; The Use of Noncourt-Based Corporate Rescue: Does the Australian Voluntary Administration Procedure Provide a Model for China?, International Insolvency Review Volume: 26 Issue: 2 Pages: 153-175 Published: SUM 2017, s. 159; Marcow Anthony; A Comparative Assessment of Employee Rights within South African, United Kingdom and Australian Corporate Rescue Legislation University of Pretoria (South Africa), 2014, s.41). Raporda ayrıca, alacaklıların şirketi tasfiye etme veya bir uzlaşmayı kabul edip etmeyeceklerine dair düzenli ve faydalı bir yönetim usûlüne ihtiyaç olduğu, iflâs eden bir şirket söz konusu olduğunda, yasanın kurumsal işin sona ermesi ya da devam etmesi ihtimalini alacaklılara sunması önerisinde bulunmuştur (Paragraf 53). Fridman S, s.351; Jenny Fu/Roman Tomasic, s.159; Marcow, s. 41. Bu tavsiyelerin bir sonucu olarak, gönüllü yönetim önce, 1992 yılında Kurumsal Kanun Reform Yasası'nda (Corporate Law Reform Act 210 of 1992) bir aciz prosedürü olarak tanıtılmış, daha sonra Avustralya Şirketler Yasası'nın (Corporations Act 50 of 2001) 5.3A Bölümüne geleneksel tasfiye prosedürleriyle birlikte dahil edilmiştir. İngiltere mevzuatına benzer şekilde, Avustralya gönüllü yönetim sistemi, şirketin, atanan bağımsız bir gönüllü yöneticinin alacaklıların yasal takiplerine karşı bir moratoryumun korunmasıyla, mali açıdan sıkıntılı şirketlerin kendilerini kurtarmak amacıyla işlerini kontrol altına almasını sağlar (Fridman S, s.352; Jenny Fu/Roman Tomasic, s.160; Marcow, s.41). Gönüllü yönetimin amacı, kurtarılabilecek olan şirketlerin tasfiyeye alınmasını önlemektir. Diğer bir amacı da iflâs etmiş bir şirketin iş, mülk ve işlerinin ya da işletmesinin mümkün olduğu ölçüde varlığını sürdürme şansını en üst düzeye çıkaracak şekilde yönetilmesine izin vermektir. Şirketin veya şirket işletmesinin varlığını sürdürmesi mümkün değilse (o zaman) şirketin alacaklıları ve üyeleri için şirketin derhal tasfiyesinden daha iyi bir getiri elde edilir (Fridman, s.352; Jenny Fu/Roman Tomasic, s.160; Marcow, s.41). İstihdamın korunması Harmer Raporunda belirtilirken mevzuatın nihai bölümünde yer almamıştır. Nihai bölüm, kurumsal kurtarma felsefesinin merkezinde yer alır ve Avustralya mahkemeleri tarafından Kanunun 5.3A Bölümünde ilgili konuları yorumlamak için kullanılmıştır (Fridman, s.352; Jenny Fu/Roman Tomasic, s.160; Marcow, s.41). Bu prosedür "ödeme gücü ile ödeme aczi arasındaki yarı yol" bir şirkete alacaklılara karşı sınırlı bir koruma sağlamak ve sıkıntıdan kurtulmak için kullanılabilecek araçlardır. Yönetici şirketin alacaklıları ile uzlaşmaya varamazsa, süreç otomatik olarak tasfiyeye geçer (Fridman, s.352; Jenny Fu/Roman Tomasic, s.162; Marcow, s.42). Bir şirketin gönüllü yönetim usûlüne alınması, şirket işlerini devralmak için uzman bir yöneticinin atanmasıyla başlar.En yaygın yönetici atama yöntemi şirketin kendisinin karar almasıdır. Daha az yaygın olan, yöneticinin bir tasfiye memuru veya teminatlı bir alacaklı tarafından atanabilmesidir. Çalışanlar dahil başka hiçbir taraf prosedürü başlatamaz ve işçi temsilcilerinin gönüllü yönetim işlemlerinin başlatılmasını onaylamaları gerekmemektedir (Marcow, s.43). Ancak, yöneticinin girişimleri başarılı olursa, düzenleme, yöneticiye makul ölçüde gerektiği şekilde yardımcı olması için gönüllü yönetim usûlü ticaret siciline kaydedilir (Fridman S, s.352; Jenny Fu/Roman Tomasic, s.165; Marcow, s.42). Öte yandan, Avustralya Hukukunda, İflâs Hukuku Reformu Yasası 2016 ile gönüllü yönetim usûlünde önemli iyileştirmeler yapılmıştır (Jenny Fu/Roman Tomasic, s.172).

¹⁹¹ Goode, Company Law, s.850; Omar Paul & Gant Jennifer, Corporate Rescue in the United Kingdom: Past, Present And Future Reforms, s.8-11; Bork Reinhard, s.57; Azmi, s.269.

dostu olup, şirketleri finansal zorlukların erken aşamalarında yardım almaya sevk etmektedir. Ayrıca, rehinli alacaklı olan bankalara imtiyaz sağladığı için eleştirilen idari kayyımlik usûlünün dezavantajlarından sıyrılarak, borçlular ile alacaklılar arasında ortak bir çaba gösteren şirketin kurtarılmasını teşvik etmeyi amaçlamaktadır¹⁹².

Bu usûl, mahkemenin yaptığı denetimin maliyeti, alınması gereken raporlar ve aciz hukuku meslek mensubunun katılımı nedeniyle pahalıydı. Anılan nedenlerle bu usûl küçük şirketler için faydalı olamıyordu. Ayrıca, rehinli alacaklı, yönetim usûlünün başında yönetici atanmasını engelleyebilirdi. Bu yöntem, günümüzde idari kayyımlik usûlü büyük ölçüde kaldırıldığı için, rehinli alacaklının mahkeme emrine gerek olmadan yönetici atayabildiği bir yeniden yapılandırma modeli özelliğini kazanmıştır¹⁹³.

Yönetim usûlü ile idari kayyımlik usûlü, işletmeyi yönetme ve şirket varlıklarının elden çıkarılması yetkisi bakımından benzerlik gösterir. Ancak, yönetim usûlü, amaç, prosedürün başlangıcı, işleyişi, yöneticiye verilen görev ve yetkiler ve en önemlisi gerek şirketin gerekse bütün alacaklıların yararına tasarlandığından, idari kayyımlik usûlünden farklıdır. Yönetim usûlü normal şartlarda şirkete, mülkiyet haklarının (proprietary rights) moratoryum yoluyla koruma (breathing space) sağlamayı amaçlayan geçici bir yöntemdi. Bu usûl, gerçek kişiler için uygulanmadığı gibi, talep anında tasfiye halinde bulunan şirketlere de uygulanmaz. Kanun değişikliğinden sonra, bankalar ve diğer finans kurumları için de bu usûle başvuru yolu açılmıştır. Ancak, sigorta şirketleri, adi şirketler, şahıs şirketleri ve İngiliz şirketler siciline kaydolmayan yabancı şirketler için bu usûl uygulanmaz. Anılan usûlün amacı, 2002 yılındaki değişiklik öncesi Kanunun 8. maddesinde; şirketin tamamının veya bir kısmının çalışır halde devrini sağlamayı (going concern) güvence altına almak, şirketin iradi düzenlemesine (CVA) izin verilmesini sağlamak, 1985 tarihli Şirketler Yasası'nın 425.maddesi uyarınca alacaklılar ve şirket arasında uzlaşmayı sağlamak ve tasfiyeden beklenen sonuca oranla şirket için daha avantajlı olan paraya çevirmeye

¹⁹² Goode, Corporate Insolvency Law, s.401; Omar/Gant, s.10.

¹⁹³ Nsubuga Hamiisi Junior; Corporate Insolvency and Employment Protection: A Theoretical Perspective, Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal, 2016, s.8.

olanak sağlamalıdır¹⁹⁴.2002 tarihli İşletme Yasası ile yapılan değişiklik sonrası bu amaçlar değişmiştir. Yasanın 3.maddesinin 1. fıkrasında bu amaçlar şu şekilde sayılmıştır:- a) Şirketi işletmenin devamlılığı esasına uygun olarak kurtarmak b) şirketin tasfiye edilmesinden ziyade, şirket alacaklılarının tümünün daha iyi sonuç elde etmelerini sağlayacak şekilde düzenlemeler yapılmasını sağlamak c) rehinli ve imtiyazlı alacaklılara dağıtım yapmak için şirket malvarlığını nakde çevirmektir¹⁹⁵.

Bu usûle sadece alacaklılar değil, borçlu şirketin kendisi de başvurabilir. Usûl, yalnızca şirketlerde uygulandığı için tasfiyeye gerçek anlamda alternatif oluşturmaktadır. Yönetim usûlünün en önemli amacı, alacaklıların tatmini değil, şirketin yapısının yenilenmesi, iyileştirilmesi ve korunmasıdır¹⁹⁶.

Tasfiye usûlünde tasfiye memurları şirketi tasfiye etmek, tasfiye paylarını dağıtmak ve şirketi feshetmek görevlerini yerine getirirken, yönetim usûlü bu açıdan farklılık gösterir. Yöneticinin görevi şirketin malvarlığını eski haline getirmek ya da malvarlığını paraya çevirerek iyileştirmek ve korumaktır¹⁹⁷.

1986 tarihli Aciz Yasası'nın yönetime ilişkin hükümlerinde, yönetim sürecini kolaylaştırmak, böylece maliyeti düşürmek ve süreci hızlandırmak için köklü değişiklikler yapılmıştır¹⁹⁸.

Yeni hükümler, şeffaflık, hesap verebilirlik ve kolektiflik olarak üç temel amacı yansıtmaktadır. Bu hükümler şirketin kendisini içinde bulunduğu mali güçlükten kurtarmaya ve çıkış yollarına ilişkin seçenekleri arttırmaya yönelik bir değişim göstererek kurtarma kültürünü desteklemek için tasarlanmıştır¹⁹⁹. Atanan

¹⁹⁴ Boyle& Birds', Company Law (sixth edition) 2007 Bristol, s.863; French&Ryan, On Company Law, Oxford 2012, s.671; Kastrinou, s. 84; Azmi , s.270; Omar/Gant, s.10.

¹⁹⁵ 1986 Insolvency Act B1 m.3 .

¹⁹⁶ Finch, Insolvency Law, s.368; Boyle& Birds', Company Law, s.866; French&Ryan, On Company Law, s.671; Azmi, s.267; Kastrinou, s. 84-85.

¹⁹⁷ Goode, Commercial Law, s.850.

¹⁹⁸ Finch, Insolvency Law, s 380; Boyle& Birds', Company Law, s.864; Azmi, s.24-27.

¹⁹⁹ Goode, Commercial Law, s.851; Goode, Corporate Insolvency Law, s.382; Finch, Corporate Insolvency Law, s.383; Boyle& Birds', Company Law, s.864; Azmi, s.27; Kastrinou, s.83-85.

yöneticinin asıl amacı, 1986 tarihli Aciz Yasası B1 Bölümünün 3 (1) nolu maddesi gereğince şirketi kurtarmaktır.

C. ŞİRKET BORÇLARININ İRADİ OLARAK YENİDEN YAPILANDIRILMASI YÖNTEMİ (COMPANY VOLUNTARY ARRANGEMENT)

Şirket borçlarının iradi düzenlenmesi (CVA), şirket ile alacaklılar arasındaki bir uzlaşma (compromise) veya düzenlemeyle (arrangement) şirketi kurtarabilecek veya yeniden yapılandırabilecek bir mekanizmadır. Bu düzenleme, diğerlerinin yanı sıra, borçların birkaç yıllık taksitler halinde ödenebilmesini de içerebilir²⁰⁰.

Şirket borçlarının iradi olarak yeniden yapılandırılması yöntemi (CVA) 1982 yılında Cork Komitesi tarafından yayınlanan raporda önerilmiş ve 1986 tarihli Aciz Yasası ile yürürlüğe girmiştir²⁰¹. CVA'nın başlatılmasındaki ilk adım, şirkete ve alacaklılara yönelik bir teklif hazırlanmasıdır²⁰².

Şirket borçlarının iradi düzenlenmesi (company voluntary arrangement), finansal açıdan zor durumdaki şirketlerin yeniden yapılanma planını hazırlayabilmesini ve şirket ile alacaklılar arasında bağlayıcı uzlaşma ya da borçluluk anlaşması (arrangement of indebtedness) yapılmasını amaçlayan hızlı,ucuz ve üniter bir prosedürdür²⁰³.

Bu prosedür borçlu şirket ile alacaklılar arasında bir uzlaşmadır²⁰⁴. Mevcut yargı uygulaması, bu usûlün sözleşmeye bağlı olduğuna ve dolayısıyla sözleşmeden doğan ilkelere göre yürütülmesi gerektiğine işaret etmektedir²⁰⁵. Bu prosedür, şirket

²⁰⁰ Ellina Sofia; Administration And CVA In Corporate Insolvency Law: Pursuing The Optimum Outcome, International Company And Commercial Law Review 2019, s.2.

²⁰¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bailey Edward Voluntary Arrangements (Second Edition), 2007, s. 1 vd; Goode, Insolvency Law, s. 494; Finch, Insolvency Law, s 488; Boyle& Birds', Company Law, s.849; French&Ryan, On Company Law, s.679; Azmi, s.200; Kastrinou, s. 113.

²⁰² Abeyratne, Mahawatfege Don Hemantha Niranjan; Corporate Rescues - A Comparative Study Of The Law And Procedure In Australia, Canada And England,Phd Thesis,1995, s.138.

²⁰³ Finch, Corporate Insolvency Law, s.490; Kastrinou, s.113; Azmi, s. 201; Zhang Haizheng, Making An Efficient And Well-Fuctioning Corporate Rescue System In Chinese Bankruptcy Laws: from the perspective of comparative study between England and China-(Phd Thesis) School of Law University of Leicester, 2008, s.71.

²⁰⁴ Bailey ,Voluntary Arrangements, s.10; Kastrinou, s. 113.

²⁰⁵ Finch, Insolvency Law, s.490; Kastrinou, s.114; Azmi, s.202.

müdürleri tarafından başlatılabileceği gibi şirketin yönetim (administration) veya tasfiye (liquidation) halinde olduğu durumlarda yönetici (administrator) veya tasfiye memuru (liquidator) tarafından da başlatılabilir. Teklifin sunulduğu tarihte şirketin iflâs etmediğinin veya borçlarını ödeyemediğinin tespiti zorunlu değildir. Buna göre, şirketin gönüllü düzenlemesi usûlü “aciz gerçekleşmeden önce bu konuda tehdidi veya öngörülebilir aczi önlemek” amacıyla kullanılabilir²⁰⁶. 1986 tarihli Aciz Yasası alınması gereken iyileştirme tedbirleri bakımından açık ve kesin bir düzenleme içermemekle birlikte anlaşma içinde bulunması gereken hususları ayrıntılı ve kapsamlı olarak belirlemiştir. Buna göre, plandaki bilgilerden, şirket iradi düzenleme usûlünün (company voluntary arrangement) hangi alanda etki göstereceğini anlamak mümkün olacaktır. Planda bulunması gereken bilgiler 1986 tarihli Aciz Yasası md.2 f.5 de beş başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar; şirketin alacaklıları, borçları ve diğer yükümlülükleri (taahhütleri), şirketin malvarlığına ilişkin bilgiler ve öngörülen diğer bilgilerdir. Şirket müdürleri tarafından hazırlanması gereken planın içermesi gereken diğer bilgiler örnek niteliğinde sayılmıştır. Diğer bilgilere örnek olarak şirkete ait olmayan ancak plan için gerekli olan diğer malvarlığının kaynağı ve bunlara başvuru koşulları ile şirketin tasfiye haline girmesi durumunda iptal haklarının ne ölçüde dikkate alınacağı, bu talepler için de bir tazminat öngörülüp öngörülmeceğinin, şirketin taahhütleri için üçüncü kişiler tarafından gösterilecek kefaletlerin belirtilmesi gerektiği de ifade edilmiştir²⁰⁷. Bu usûlün tahmini süresi, yapılacak masraflar ve yöneticinin ücreti, alacaklılara yapılacak ödemenin zamanı ve tutarı, alınacak yeni krediler, verilecek kredi teminatları, planın kabulünden sonra yöneticinin bazı görevleri de bu planın içindedir. Plan teklifinin değerlendirilmek üzere geçici aday olarak adlandırılan nominee’ye ibraz edilmesi gerekir. Ancak planı yönetici (administrator) veya tasfiye memuru önermişse geçici adaya (nominee) başvurulmaz. Plan üzerinde bizzat bu kişiler çalışır. Şirket ve alacaklıların menfaatine uygun olması açısından geçici aday (nominee) özel niteliklere sahip deneyimli ve bilgili bir kişi olması gerekir²⁰⁸.

²⁰⁶ Azmi, s.203.

²⁰⁷ Taşpınar Ayvaz, s.166-167.

²⁰⁸ Taşpınar Ayvaz, s.167; French&Ryan on Company Law, s.679; Bailey ,s.36.

Geçici aday plan hakkındaki görüşlerini 28 gün içinde mahkemeye bildirmelidir. Geçici aday ayrıca şirket ortaklarını ve alacaklıları toplantıya çağırma ve iyileştirme usûlünü takip etme görevi bulunmaktadır. Bundan dolayı, şirket yönetimi plan önerisinin yanında 7 gün içinde şirketin durumunu, mevcut malvarlığı, taahhütleri, verdiği teminatları, teminatsız alacakların listesi, adresleri ve alacak tutarlarını, imtiyazlı alacaklılar listesini, adreslerini ve ortakların payları hakkında geçici yöneticiyi bilgilendirme mükellefiyeti vardır. Geçici adayın ayrıca bilgi edinme hakkı da vardır. Planın başarı şansı olduğu kanaatine varan geçici aday mahkemeye sunduğu raporda alacaklılar ve ortakların toplanmasının gerekli olduğunu zamanında bildirmelidir²⁰⁹.

Bu prosedür, borçlunun mal varlığına ilişkin beyanlarını içeren bir teklif sunmasıyla başlatılır. Teklif, borç anlaşmasını (a composition of debts) veya düzenleme planını (scheme of arrangement) içermelidir.

Birinci teklifte, şirket ile alacaklılar arasında bir miktar para karşılığında alacaklıların uzlaşmaya varması hedeflenir. Diğer amaç ise, şirketi borçlarının tamamından veya bir kısmından kurtarmaktır. İkinci durum daha az talep edilir ve alacaklılar adına herhangi bir feragat gerektirmez. Şirket gönüllü düzenlemesi, borçlunun malvarlığını alacaklıya bırakarak, aralarında “ver (give) ve al (take)” anlaşması yapacakları ,makul ve uygulanabilir herhangi bir düzenleme içerebilir²¹⁰.

Teklif genellikle, borçlunun mahkemede tayin ettirdiği aciz uzmanı (insolvency professionals) yardımı ile hazırlanır. Teklifin sadece küçük şirketler²¹¹ için uygulanması ve başvuru üzerine bir moratoryum etkisi mevcuttur²¹².

²⁰⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.494; Finch, Corporate Insolvency Law, s.488-489; Azmi, s.224; Kastrinou, s.12; Clarke, s.56-57; Taşpınar Ayvaz, s.167-168.

²¹⁰ Bailey Edward& Groves Hug; Corporate Insolvency Law and Practice fourth edition 2010, s.197.

²¹¹ French&Ryan on Company Law, s.680.

²¹² 1986 tarihli Aciz Yasası’nda genel moratoryum ve şirketin bir teklif hazırlayıp değerlendirebileceği bir koruma süresi öngörülmemişti. Bu nedenle rehinli alacaklıların haklarına dokunulamaması ve moratoryum etkisi önemli bir sorundu. Ayrıca, atanan denetçi (supervisor) yetersiz yetkilere sahip olduğu için mahkemenin talimatlarına muhtaçtı. Bu eleştiriler nedeniyle 1993 yılında uzmanlar grubu tarafından bir reform paketi hazırlandı. Pakette mahkemeye başvurma ile önce 28 günlük, daha sonra en fazla 3 ay daha uzayabilecek bir moratoryum öngörülmekteydi. Öte yandan, teminatlı alacaklıların da oylamaya katılması ve kendilerine oylama hakkında bilgi verilmeyen alacaklı ve ortakların da kararlarla bağlı olması gibi önerilere yer verildi. 2000 tarihli Aciz Yasası tarafından yapılan büyük bir değişiklikle küçük şirketler için moratoryum etkisi ile imtiyazlı alacaklıların ayrı bir sınıf toplantısında

Geçici aday, mahkemenin katılımını takip eden 28 gün içinde teklifi gözden geçirir ve hissedarlar ile alacaklıları davet eder. Kendilerine teklif hakkında yazılı bilgi verilmiş her alacaklı oylamaya katılabilir. Alacaklılar toplantısı, teklif lehine oy kullananların çoğunluğunun %75'ini gerektirir. Bu çoğunluğa ulaşırsa, teklif tüm alacaklıları bağlar. Kabul edilen teklif, etkisini derhal gösterir. Yani mahkemenin onayından önce, teklif yürürlüğe girer. Geçici aday, tasfiye memuru, yönetici (administrator), alacaklılar toplantısına katılan ve oy verme hakkı olan kişiler, iki nedenden dolayı anlaşmanın iptalini isteyebilirler. Bunlardan ilki şirketin, talepte bulunan alacaklının veya ortağın menfaatlerinin haksız olarak zarara uğratıldığı; ikincisi ise, prosedürün ağır usûl hataları ile gerçekleştiği iddiasıdır. Ancak, alacaklı reddedilen yapılan anlaşmanın iptalini isteme hakkı, 28 günlük bir süre ile sınırlanmıştır. Bu plan aynı zamanda hissedarların onayına tabidir. Onay için hissedarların %50 çoğunluğa sahip olmaları gerekir. Hisse sahibinin yapılan anlaşmanın iptalini istemede etkili olması için mahkemeye başvuru yapması gerekir. İtirazın etkili olabilmesi için ise kendisine haksız davranıldığıının ispatı gereklidir. Ancak bu durumda, hisse sahiplerinin itirazları sonuç doğurabilecektir²¹³.

Borçlu yanlısı bu usûlün önemli bir özelliği, şirket yönetim kurulunun kurtarma rejimine kolay erişimini sağlayan ihtiyari bir özelliğinin olmasıdır²¹⁴. Bu bakımdan, finansal açıdan sorunlu bir şirket, potansiyel olarak erken bir aşamada iyileştirilebilir. Bu usûlün bir diğer üstün yanı ise , teklifin alacaklılar toplantısı ve hissedarlar toplantısı tarafından onaylanmasından sonra, yöneticinin teklifi denetleyecek adayın (nominee) yardım ve gözetiminde şirket işlerini kontrol altında tutmasıdır²¹⁵.

geçse bile çoğunluk tarafından verilen kararı kabul etmeleri zorunlu kılındı. Bu uygulamada küçük işletmenin tespitinde a-) işçi sayısı 50'yi aşmayan b-) bilanço aktif toplamı 3,26 milyon pound'u aşmayan c-) yıllık net satış hasılatı 6,5 milyon sterlini aşmayan şekilde belirlenen üç kriterden ikisini sağlayan işletmeler küçük işletmelerdir (Bailey Edward, Voluntary Arrangement, s.18; Finch, Corporate Insolvency Law, s.490-491; Goode, Corporate Insolvency Law, s.501; Azmi Ruzita, s.225; Kastrinou, s.118-120).

²¹³ Anderson Hamish; The Framework of Corporate Insolvency Law, Oxford 2010, s.56; Bork Reinhard, s.56; Taşpınar Ayvaz, s.169.

²¹⁴ Zhang Haizheng, s.71.

²¹⁵ Kastrinou Alexandra; Comparative Analysis of The Informal Pre-Insolvency Procedures of The UK and France, International Insolvency Regime, Vol.2 Issue:2,s.117, 2016; French&Ryan on Company Law, s.680; Renssen, Samantha;Corporate Restructuring and Corporate Dissolution of Companies in Financial Distress: Ensuring Creditor Protection. A comparison of the US, UK and Dutch Models, vol.26, issue.2, 2017, s.214.

Bu mekanizma, ABD’deki İflâs Yasası Bölüm 11 (Chapter 11) deki “borçlu girişimi” modeline oldukça yakındır²¹⁶. Bu usûlün uygulamada, özellikle iflâs öncesi aşamada daha az kullanıldığı görülmektedir²¹⁷.

Mahkeme odaklı düzenleme planının (scheme of arrangement) aksine, bu prosedür basit, hızlı ve üniterdir. Bu usûlün oylama yapısı basittir; çünkü, alacaklılar teklif edilen gönüllü düzenlemeye (voluntary arrangement) tek bir toplantı sınıfında oy vereceklerdir. Şirket gönüllü düzenleme usûlünün doğasında, mahkeme aracılığıyla sözleşmeye dayalı bir anlaşma olduğu unutulmamalıdır. Ancak, bu durum mahkemenin hiçbir zaman prosedüre dahil olmayacağı anlamına gelmez. Temel olarak, mahkeme teklifin onaylanması veya uygulanması konusunda genel bir denetleme işlevi gerçekleştirir. Mahkemenin birincil rolü haksız önyargıyı önlemektir. Mahkemenin katılımı, kurtarma düzenlemelerinin (rescue arrangement) onaylanmasını kolaylaştırabilir. Çünkü, mahkeme zorlukları ortadan kaldırabilir ve gereksiz gecikme ve davaları önleyebilir²¹⁸.

Ancak bu prosedür, şirketleri finansal zorluktan kurtarmada beklenen rolü sağlayamamıştır. Çünkü, istatistikler büyük ölçüde bu prosedürün isabetli kullanılmadığını göstermektedir. Bu usûlün kullanımını engelleyebilecek bir dizi eksiklik keşfedilmiştir. Temel zayıflığın ise bir moratoryum eksikliği olduğu belirtilmiştir. Borçlu, bu usûl için verilen teklif dilekçesi ile teklifin onayı arasında bireysel alacaklıların icra takiplerine maruz kalmıştır. Borçlunun malları üzerinde mülkiyet iddia eden diğer ilgililer, satışla devredilen veya finansal kiralamaya konu olan varlıkları geri alma hakkına sahiptirler²¹⁹.

Bir moratoryum yokluğunda, bu usûl yetersiz ve savunmasız kalmıştır. Bu sorun bir yönetici atanması için yapılacak (administration order) başvuruyla

²¹⁶ Zhang Haizheng, s.72; Fletcher,Ian; UK Corporate Rescue: Recent Developments - Changes to Administrative Receivership, Administration, and Company Voluntary Arrangements - the Insolvency Act 2000, the White Paper 2001, and the Enterprise Act 2002, European Business Organization Law Review (EBOR), Vol. 5, No. 1, 2004, s.130.

²¹⁷ Zhang Haizheng, s.72.

²¹⁸ Zhang Haizheng, s.72.

²¹⁹ Finch Vanessa, “The Recasting of Insolvency Law” (2005) s. 727-728; Zhang Haizheng, s.73.

çözülebilse de bu tür bir işlem özellikle masrafları karşılayamayan küçük firmalar için oldukça maliyetli olacaktır²²⁰. Bu nedenle, moratoryum eksikliği nedeniyle 2000 tarihli Aciz Yasası ile getirilen reformlar önem kazanmıştır²²¹.

1985 tarihli Şirketler Yasası'nın 247. maddesinin 3.fikrasını değiştiren 2006 tarihli Company Act (Şirketler Yasası)' ın 382 (2) maddesinde belirtilen en az iki ya da daha fazla koşulu yerine getirmesi gereken küçük (uygun) şirketler için 28 günlük moratoryum düzenlenmiştir²²².

Moratoryum , yalnızca tasfiye (winding up) ve yönetim (administration) dilekçelerinin verilmesini ve idari kayyım (administrative receiver) atanmasını engellemekle kalmayacak, aynı zamanda bireysel alacaklıların icra taleplerini ve şartlı satış veya kira sözleşmesine konu mülklerin yeniden elden çıkarılmasını da kısıtlayacaktır²²³.

Şirket yöneticileri, ancak bu usûlün makul bir başarı ihtimaline sahip olduğuna dair yeterli kanıt sundukları takdirde moratoryum için başvurabilirler. Mesela moratoryum sırasında, şirketin faaliyetine devam edebilmesi için yeterli finansmana sahip olacağı gösterilmelidir. Ancak, eğer geçici aday (nominee) teklifin kabul edilme ve uygulanma ihtimalinin makul olduğu konusunda profesyonel bir karar verirse, şirket yönetim kurulu teklifi mahkemeye sunabilir²²⁴.

Geçici adayın (nominee), şirket yönetim kurulunun önerisini desteklemesi koşuluyla, moratoryum için mahkemeye başvurmak için üç iş günü vardır. Şirket yönetim kurulu, başvuruda şirket işleriyle ilgili olarak ve usûle ilişkin durumu gösteren bir belge sunmak zorundadırlar²²⁵.

²²⁰ Bailey, Voluntary Arrangement, s.18; Zhang Haizheng, s.73.

²²¹Bailey, Voluntary Arrangement, s.18; Finch, Corporate Insolvency Law, s.490-491; Goode, Insolvency Law, s.501; Boyle & Birds', Company Law, s.849-850; Azmi, s.225; Kastrinou, s.118-120; Zhang Haizheng, s. 73.

²²² Kastrinou, s.118; Zhang Haizheng, s.73.

²²³ Kastrinou, s. 119; Zhang Haizheng, s.73.

²²⁴ Kastrinou, s.119.

²²⁵ Finch, The Recasting of Insolvency Law, s. 727.

Anılan usûlde uygulanan moratoryum finansal olarak sorunlu şirketi kurtarmayı başaramazsa, bu durum, alacaklılar açısından acil tasfiyeden (immediate liquidation) daha fazla kayba yol açabilecek bir risk taşımaktadır. Bu nedenle, yasa, alacaklıların endişelerini hafifletmek için bir mekanizma oluşturulması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu ise, büyük ölçüde, uygun olmayan teklifleri kabul etmeyen bağımsız aciz hukuku meslek mensuplarına güven duyulmasını gerektirir²²⁶.

Sonuç olarak, gönüllü düzenleme usûlüne getirilen reformlar küçük şirketler için daha ekonomik ve verimli olmayı amaçlamıştır²²⁷. Ancak, 2000 tarihli Aciz Yasası'nın getirdiği değişiklikler, şirket yöneticileriyle irtibat kurmakta zorlanan geçici adaylara (Nominee) daha fazla görev yüklemiştir²²⁸.

D. ALACAKLI DÜZENLEME PLANI USÛLÜ (SCHEME OF ARRANGEMENT)

Alacaklı düzenleme planı usûlü, 19. yüzyılın sonlarına kadar uzanan bir geçmişe sahip olup, son değişikliklerle birlikte 2006 tarihli Şirketler Yasası'nın (Company Act) 26. bölümünde düzenlenmiştir²²⁹.

Bu prosedür, geleneksel tasfiye işlemleri dışında (traditional winding-up proceedings), özellikle gönüllü düzenleme (CVA) ve yönetim (administration) prosedürleri uygulanmadığında, kurtarmaya yönelik bir alternatif sunar. Bu usûl büyük şirketler, özellikle de sigorta şirketlerinin yeniden yapılandırılmasında önemli bir rol oynamıştır²³⁰.

Bu usûl, şirket ile alacaklılar arasında olduğu gibi, hissedarlar arasında da uzlaşmaya varılmasını sağlar ve bazı alacaklılara diğerlerinden daha yüksek kota teklif

²²⁶ Finch, The Recasting of Insolvency Law, s. 728.

²²⁷ Fletcher, s. 133.

²²⁸ Zhang Haizheng, s.74.

²²⁹ Bu usûl hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Geoff Odea/Julian Long/Alexandra Smyth; Schemes Of Arrangement (Law and Practice) Oxford 2012; J. Payne; Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation (1st edn. Cambridge University Press 2014); Cristian Pilkington, Schemes of Arrangement in Corporate Restructuring (Second Edition), London 2017; Ayrıca bkz. Finch, Corporate Insolvency Law, s. 486; Azmi Ruzita, s.177; Kastrinou, s.123; Zhang Haizheng, s.75.

²³⁰ Zhang Haizheng, s.65.

edilmesi durumunda, teklif edilen plandan nasıl etkilendiklerini temel alarak onları sınıflara ayırır²³¹.

Aczin bir zorunluluk olmadığı bu prosedür, şirket, alacaklı veya hissedarın ya da şirket tasfiyede ise tasfiye memurunun, yönetim usûlünde ise yöneticinin (administrator) mahkemeye başvurusuyla başlar²³². Alacaklılar, hazırlanan planın etkileri ve tüm olası çıkar çatışmalarıyla ilgili açıklama yapılması için, genel kurula davet edilmek zorundadırlar. Ancak, bu açıklamanın potansiyel ekonomik zorluklar veya aczin başlangıcı hakkında olmasına gerek yoktur²³³. Düzenleme planı usûlünün bir başka özelliği, aciz hukuku meslek mensuplarının, planı uygulamak için prosedüre dahil olmamalarıdır Çünkü şirket yönetim kurulu planı uygulamak için usûlde yer alır. Bununla birlikte, bireysel alacaklıların şirkete karşı taleplerini icra etmekten alıkoyan bir moratoryum yoktur ve mahkemenin de şirketi borç uygulamasından korumak için gayri resmi bir moratoryum uygulama yetkisi bulunmamaktadır²³⁴.

Bu prosedür şirket aciz halinde olsun veya olmasın, aciz öncesinde yeniden yapılanma prosedürü olarak hizmet etmekten ziyade, şirketin ve sermayesinin yeniden yapılandırılması amacını güder²³⁵. Bu usûlün önemli bir avantajı, etkin bir yeniden örgütlenme aracı olduğu kanıtlanmış olmasına rağmen, prosedürün, ödeme aczi zorunluluğu gerektirmeksizin başlatılabilmesidir²³⁶. Anılan usûl, şirketin işlerinin krize girmesi halinde erken bir aşamada kullanılmak üzere tasarlanmıştır²³⁷.

Alacaklı düzenleme planı karmaşık bir oylama yapısını içermektedir²³⁸. Düzenleme şemasında çoğunluğun kendi çıkarlarını ön plana almasını önlemek için alacaklılar sınıflara bölünmüş ve organizasyon planının tüm alacaklı sınıflarının

²³¹ Azmi, s.177.

²³² Finch, Insolvency Law, s.480; Azmi, s.185.

²³³ Hamish, The Framework of Corporate Insolvency Law, s.53.

²³⁴ Zhang Haizheng, s.66.

²³⁵ Gullifer L. and Payne J., Corporate Finance Law Principle And Policy, Oxford 2011, s.165.

²³⁶ Finch, Corporate Insolvency Law, s. 482.

²³⁷ Bork Reinhard, s.53.

²³⁸ Kastrinou, s.123.

çoğunluk oyuyla onaylanması zorunlu kılınmıştır. Mahkeme, her alacaklı sınıfını çağırır; bu da planın, ödenmemiş alacakların en az dörtte üçünü oluşturan oy çoğunluğu ile onaylanması anlamına gelir. Gerekli çoğunluğa ulaşıldığı takdirde, mahkemenin düzenleme planının adil ve makul olup olmadığının yanı sıra, usûle ait bütünlüğünü de kontrol ettikten sonra, planı onaylaması gerekir²³⁹. Düzenleme planı mahkeme kararının ticaret siciline tesciliyle birlikte yürürlüğe girdiğinde, şirket ve ilgili tüm taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahip olacaktır²⁴⁰. Mahkemenin onama kararının ticaret siciline tescil edildiği ana kadar, alacaklıları şirkete karşı takip yapmaktan alıkoyan bir moratoryum öngörülmemiştir²⁴¹.

Uygulamada, bu prosedür aciz ve tasfiye işlemlerini engellemek için düzenli olarak kullanılmaktadır²⁴². Bununla birlikte, aciz öncesi aşamada uzun süre çok az ilgi görmüştür. Aciz hukuku meslek mensupları, moratoryumun korumasına gerek kalmadan çok fazla bilgi toplanmasını gerektiren ve belirsiz kurallara göre oluşturulacak çok sayıda alacaklı grubunun müzakere etmesini icap ettiren bu uzun ve karmaşık oy kullanma prosedürünü tecrübe etmişlerdir²⁴³. Bu prosedürü hayata geçirmek ise pahalı ve zaman alıcı olmuştur. Mahkemenin adalet odaklı ve temyiz edilebilir kararlarını tahmin etmek de zor olmuştur. Öte yandan usûlün, alacaklı grupları ve pay sahipleri tarafından kabul edilip mahkeme tarafından onaylanmasıyla teminatlı alacaklılar için bağlayıcı etkiye sahip olması bir avantaj olsa da yukarda sayılan dezavantajları karşısında etkisiz kalmıştır²⁴⁴.

Herşeyden önce, mahkeme başvuruda bulunan alacaklıların ve pay sahiplerinin toplantılarını yapmakla yükümlüdür. Buna ek olarak, mahkemenin adaleti ve meşruiyeti sağlayabilmesi muhalif alacaklılarının çıkarları için gerekli izni vermesini

²³⁹ Anderson, s.54.

²⁴⁰ Anderson, s.54; Goode, Corporate Insolvency Law, s.492; Finch, Corporate Insolvency Law, s.481; Azmi Ruzita, s.185.

²⁴¹ Finch, Corporate Insolvency Law, s.481 dn.7.

²⁴² Lousie Gullifer and Payne Jennifer, s.165.

²⁴³ Collins Christopher, Scheme Of Arragement In The United Kingdom More Change Needed, 2010, s. 382-385.

²⁴⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, s.483; Zhang Haizheng, s.75.

gerektirmektedir. Çünkü düzenleme planının onayı için bu izin kanuni bir zorunluluktur²⁴⁵.

Bununla birlikte, bireysel alacaklıların şirket aleyhindeki takiplerini engelleyecek herhangi bir moratoryumun bulunmadığı ve mahkemenin şirketin borçlanma zorunluluğundan korunmasını sağlamak için gayri resmi moratoryum yapma yetkisinin bulunmadığı belirtilmelidir²⁴⁶. Bu nedenle, alacaklı düzenleme planının temel kurumsal kurtarma prosedürü olarak kullanmaya uygun olmaması, aciz yasası reformlarını teşvik etmiş ve diğer kurtarma rejimlerinden yönetim (administration) ve iradi şirket kurtarma (CVA) prosedürlerinin uygulamaya konulmasına neden olmuştur²⁴⁷.

²⁴⁵ Finch, Corporate Insolvency Law, s.485.

²⁴⁶ Zhang Haizheng, s.75.

²⁴⁷ Finch, Corporate Insolvency Law, s.488; Zhang Haizheng, s.75.

İKİNCİ BÖLÜM

§ 3. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜ (ADMINISTRATIVE RECEIVERSHIP)

I. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

İdari kayyımlik usûlü 1986 tarihli Aciz Yasası'nda düzenlenmiş bir yeniden yapılandırma yöntemidir. Ancak bu kurumun İngiliz Hukuku'nda uzun bir tarihsel geçmişi²⁴⁸ bulunmaktadır²⁴⁹. Bu usûl, esasen münferit bir alacaklının teminat hakkının hayata geçirilmesi için geliştirilmiştir²⁵⁰. Dolayısıyla, alacaklıların tümünün veya işletmenin başarısızlığa uğramasından etkilenen diğer kişilerin menfaatlerini dikkate alacak şekilde düzenlenmemiştir²⁵¹. Böylece, idari kayyım önceden olduğu gibi, yeni

²⁴⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.315; Finch, s.328-330; Fletcher Ian , UK Corporate Rescue: Recent Developments Changes to Administrative Receivership, Administration, and Company Voluntary Arrangements - the Insolvency Act 2000, the White Paper 2001, and the Enterprise Act 2002 European Business Organization Law Review (EBOR), Vol. 5, No. 1, 2004, s.122; Tolmie Fiona, Corporate and Personal Insolvency Law, second edition, 2003, s.49; Azmi, s.231.

²⁴⁹ Kayyımlik müessesesi (receivership), ilk olarak 1950'lerin sonlarında bir dizi önemli milli sanayi kuruluşunun batma tehlikesiyle karşı karşıya kalması üzerine bir şirket kurtarma aracı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu sanayi kuruluşları üzerinde 'yüzen teminat' olarak adlandırılan rehinli haklara sahip olan ve bu sebeple birer kayyım tayin etme hakları bulunan bankalar, (Merkez Bankası ve Hükümet'in müşterek menfaat ve baskıları sonucunda) bu yetkilerini, işletmeleri paraya çevirmek yerine kurtarmak yönünde kullanmaya ikna edildiler. Bu davalarda, bankalar tarafından tayin edilen kayyımlar, işletmelerin kurtarılması şeklindeki bu yeni amaca büyük bir şevkle sarıldılar. Bunların en önünde muhasebeci Sir Kenneth Cork gelmekteydi. Sir Kenneth Cork aciz halindeki şirketleri kurtarmada kendisine özgü bir şirket doktoru olarak büyük başarı göstermiştir (Clarke, s.43; Taşpınar Ayvaz, s.175 dn. 401). Bu sebeple, Cork Raporu'nun tavsiye ettiği 1986 tarihli Aciz Yasası'nın benimsediği yeniliklerin, ilk sırasında kayyımlik müessesesinin güçlendirilmesi ve idari kayyımlara "kurtarma" konusunda daha fazla yetkiler tanınması geliyordu. Bu yeniliği, kayyımlik müessesesi model alınarak hazırlanmış olan ve yönetici kayyımlik müessesesinin (şirketin malvarlığının bütününe kapsayan bir teminat hakkına sahip tek bir alacaklının bulunmaması dolayısıyla) uygulama alanı bulamadığı hâllerde, onun yerine uygulanabilecek yeni bir şirket kurtarma usûlünün ihdas edilmesi sağlanmıştır. Dolayısıyla, bu yeni şirket kurtarma usûlü, kuvvetli bir şekilde eski kayyımlik kurumundan etkilenmiş bulunmaktadır (Goode, Insolvency Law, s.316; Azmi, s. 231; Clarke, s.43).

²⁵⁰ Goode, Insolvency Law, s.319; Finch, Insolvency Law, s.330; Mokal Rizwaan Jameel, Corporate Insolvency Law, Theories and Applications, 2005, s.188; Azmi, s.236 ; Wood, s.96; Kastrinou, s.76-77.

²⁵¹ Goode, Insolvency Law, s.316 -317; Finch, Insolvency Law, s.331; Mokal, Insolvency Law, s.188; Azmi, s. 238; Wood, s. 96-97; Kastrinou, s.77.

sistemde de sadece teminatlı alacaklıların doğrudan atadığı ve sadece onların menfaatine hizmet eden bir görevlidir²⁵². İdari kayyım atandıktan sonra şirketin yönetimini bizzat üstlenir.

İdari kayyımlık usûlü, alacaklılara karşı aciz halindeki şirketin malvarlığının satılması ve satış sonrası elde edilen paranın paylaşılması bakımından kolektif bir süreç değildir²⁵³. Çünkü, idari kayyımlığın temel amacı teminatlı alacaklıların alacaklarını tahsil etmesidir ve bu açıdan kolektif olmayan bir usûldür. İdari kayyımlık usûlüne giren bir şirket tasfiyeden kaçınarak tekrar finansal olarak hayata dönebilir²⁵⁴. Bu nedenle, İngiliz Aciz Hukukundaki idari kayyımlık usûlü²⁵⁵, şirket varlıkları

²⁵² Goode, Commercial Law, s.844; Goode, Corporate Insolvency Law, s.31; Finch, Insolvency Law, s.329; Mokal, Insolvency Law, s.200; Zweiten, s.394; Kastrinou, s.77.

²⁵³ Bu yapılandırma usûlü, Türk Hukukuna yabancıdır. İngiliz idari kayyımlık usûlü, Türk Hukukunda yaygın uygulaması bulunan ve bir yeniden yapılandırma usûlü olan konkordatoyla mukayese edildiğinde iki kurum arasında büyük farkların bulunduğu görülecektir. Bir defa konkordatonun hukuki niteliğiyle ilgili olarak gerek Türk gerek İsviçre doktrininde farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da, hâkim görüşe göre, konkordato kanunda sevk edilen şartların yerine gelmesi halinde olağan cebri icra usûllerinin yerini alan, iflâsa yaklaşmakla birlikte ondan daha özel bir nitelik arz eden ve iflâsa göre hafifletilmiş kolektif bir cebri icra müessesidir (Pekcanitez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 2018, s.4; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 6.bası, Ankara 2020, s.565 vd; Akil Cenk, Sorularla Adi Konkordato, İstanbul 2019, s.63; Albayrak Hakan, İflâs Dışı Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, s.35-37; Üstündağ Saim, İflâs Hukuku, 2009, s.183; Özekes M., Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı, 7101 Sayılı Kanun’la Konkordato ve Elektronik Tebligat Kanunlarında Getirilen Yenilikler (Seminer) , İstanbul 2018, s.47 vd; Sarısözen M.Serhat, İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2019, s.88). Öte yandan, HMK m.382, f.2, b.(f), alt bent 6 uyarınca konkordato mühleti verilmesi açıkça çekişmesiz yargı işi sayılmıştır. Her ne kadar 6100 sayılı HMK’nın yürürlüğe girdiği tarihte konkordato mühleti “geçici” ve “kesin olarak ayrılmış değil ise de 7101 sayılı Kanunla İcra İflâs Kanununda yapılan değişiklikten sonra da bu konuda farklı bir sonuca ulaşmayı gerektirecek bir neden yoktur. Bu itibarla gerek geçici gerek kesin konkordato mühleti verilmesi çekişmesiz yargı işidir (Pekcanitez, H./ Atalay, O /Sungurtekin Özkan, M/ Özekes M., İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2017, s.459 vd.); Benzer tanımlar için bkz. Pekcanitez/ Erdönmez, s.110 ; Kale S., Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul 2017, s.2; Özbek S./Budak, A. Cem/ Tunç Yücel, M./ Kale, S./ Yeşilova B, Yeni Konkordato Hukuku 2018, s.106 vd. Konkordatoya kimlerin başvurabileceği, İİK m. 285 de gösterilmiştir. Buna göre, borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan tüzel kişilerle, tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gerçek kişi borçlular ile iflâs talebinde bulunabilecek alacaklılar da mahkemeye müracaat ederek konkordato talebinde bulunabilir (Pekcanitez /Erdönmez, s.7-9). Konkordato, mahkemenin, geçici mühlet kararı vermesiyle birlikte başlar. Mahkeme kararında, ayrıca konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığının yakından incelenmesi amacıyla bir geçici konkordato komiseri görevlendirir. Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir (Pekcanitez/Erdönmez, s.43-45).

²⁵⁴ Tolmie, s.51; Azmi, s.232.

²⁵⁵ Türk Hukukundaki konkordato usûlü ise bir yönüyle borçluya borçlarını alacaklılarla yaptığı anlaşma çerçevesinde ödeme imkânı verdiği için borçlunun menfaatinin ön planda tutmakta, diğer yandan borçluyu haciz ve iflâs yoluyla yapılan takiplerin etkisinden kurtararak, borçlunun malvarlığının korunmasına ve bunun bir sonucu olarak ekonomik mevcudiyetini devam ettirmesine olanak sağladığından, aynı zamanda alacaklıların menfaatine de sonuç doğurmaktadır. Konkordato özû

üzerinde sadece rehinli alacaklılar yararına öngörölmüş bir yeniden yapılandırma yoludur²⁵⁶. Ancak, bu usölde, şirket aleyhindeki takiplerin durmasını sağlayacak bir moratoryum kurumuna yer verilmemiştir²⁵⁷.

İdari kayyımlik görevi profesyonel beceri ve yüksek düzeyde tecrübeye ihtiyaç duyduğu için uzun zaman hesap uzmanlığı mesleğinin fiili tekelinde kalmıştır. Çünkü idari kayyım ekibiyle birlikte şirketin yönetimini, şirket yöneticilerinden devralır. İdari kayyım şirketin ayakta kalmasını sağlamak, bankalar ve diğler alacaklılarla müzakere etmek, işletmenin kârlı olmayan sektörlerini elden çıkarmak, gereksiz harcamaları ortadan kaldırmak ve gelir elde etmek için gerekli işleri yapmak amacıyla faaliyetine devam eden bir işletme olarak (going concern değeri ile) şirketi satabilir veya malvarlığına sahip olan ancak yükümlölükleri olmayan bir şirket halinde elden çıkarılabilecek özel olarak oluşturulmuş bir bağıli kuruluşa devredebilir²⁵⁸. Bunun anlamı ise, bir şirketin veya işletmenin başka bir şirkete devredilerek şirketin yeniden yapılandırılmasıdır. Yeni kurulan şirket, borçlu ana şirketin borçlarıyla sorumlu olmadığı için bu devir yeniden yapılandırmaya hizmet etmektedir. Çünkü ana şirketin

itibariyle borçlu ile alacaklı arasındaki menfaatlerin karşılıklı olarak fedakarlığına dayanmaktadır (Pekcanitez, H./Erdönmez, G., 7101 Sayılı Kanun'la Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Bankacılar Dergisi, S.105, İstanbul 2018, s.110).

²⁵⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.316; Mokal R, Administration and Administrative Receivership - An Analysis Current Legal Problems, Vol. 57, 2004, s.1; Kastrinou, s.76; Walton Peter, Pre-packin in the UK, International Insolvency Review, Sayı 18 Cilt 2, s.87.

²⁵⁷ Goode, Commercial Law, s.84; Finch, Insolvency Law, s.344; Gant, s.143; Omar & Kastrinou, s.13. Türk Hukukundaki konkordato usölünde ise mahkemenin geçici mühlet kararıyla birlikte borçlu aleyhine yapılan takipler durmakta ve yeni takip de yapılamamaktadır. Bu etki kesin mühlet verilmesi halinde de sürenin sonuna kadar devam edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez /Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 2018, s.32; Hakan Pekcanitez, 7101 sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 2019 Ankara, s.157-167 ; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.572-573; Baki Kuru, İflâs ve Konkordato Hukuku, 1971, Cilt 2, s.427; Serdar Kale, Öztekk Konkordato Şerhi, s.331; Özekes, s.79; Sümer Altay/Alı Eskiocak, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 5. Bası 2019 İstanbul, s.153; Hakan Albayrak, İflâs Dışı Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, 2020 Ankara, s.90; Cenkk Akil, Sorularla Konkordato, 2019 Ankara, s.158; Talih Uyar, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019 Ankara, s.83 vd ; Süha Tanrıver ; 4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adı Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 51, s.67-90, 2004; Mert Namlı, Türk Hukuku'ndaki Temel Yeniden Yapılandırma Yolu Olan Konkordatonun 2019/1023 Sayılı Yönerge Bakımından Değerlendirilmesi, <https://www.academia.edu/>.

²⁵⁸ Finch, Insolvency Law, s.353; Zweiten, s.395; Goode, Insolvency Law, s.319; Kastrinou, s.78.

iş ilişkileri borçsuz bir şekilde bu yeni şirket eliyle devam ettirilebilmektedir²⁵⁹. Bu nedenle, yalnızca nitelikli bir aciz hukuku meslek mensubu (insolvency practitioner) idari kayyım olabilir²⁶⁰.

İdari kayyımlık usûlü gerçek bir kolektif aciz süreci değildir. Bu usûl, prensipte rehinli alacaklıların alacaklarını tahsil etmesini sağlayan bir yöntemdir. Ancak, yasa uyarınca, bazı aciz özellikleri idari kayyımlık usûlüne eklenmiştir. İdari kayyımın sorumlulukları prensip olarak bütün alacaklılara karşı değil, sadece rehinli alacaklılara karşıdır²⁶¹. Bu usûlün kendine özgü özelliği, gerçek bir külli tasfiye işleminden ziyade bir rehinli alacaklı için yeniden yapılandırma yolu olmasıdır. Yasaya göre, idari kayyımın, imtiyazlı alacaklıların alacaklarının²⁶² tahsilini sağlaması ve hesapları tutarak alacaklılara rapor sunması gerekmektedir²⁶³. Tasfiye sürecinde, idari kayyımın şirketi temsil yetkisi sona ermekle birlikte²⁶⁴, bu süreçte alacaklının temsilcisi olarak görevine devam etmektedir. İdari kayyımın sorumluluğu, onu atayan rehinli alacaklıya karşıdır ve birincil derecede görevi, şirket işletmesinin faaliyetine devam eder şekilde (going concern) paraya çevrilmesidir²⁶⁵. Şirkete karşı olan görevi ise, rehinli alacaklının menfaatlerine bağlıdır. Ancak, şirketin işine , itibar (good will) ve marka değerine gereksiz yere zarar veren davranışlardan kaçınmalıdır²⁶⁶. Ayrıca, idari kayyım şirket malvarlıklarını ve hizmetlerini satış yoluyla nakit veya alacaklara dönüştürerek (realization of assets) en iyi geliri elde etmek için makul özeni göstermelidir. Bu nedenle idari kayyım, bir işletme yöneticisinin becerilerine sahip

²⁵⁹ Finch, Insolvency Law, s.333; Goode, Insolvency Law, s.349.

²⁶⁰ Goode , Insolvency Law, s.319; Zweiten, s.395; Finch , Insolvency Law, s.334.

²⁶¹ Bununla birlikte, yasal olarak, değişken bir borç kapsamındaki varlıklarla ilgili olarak imtiyazlı alacaklılara karşı da sorumluluğu bulunmaktadır (Goode, Insolvency Law, s.320; Wood, s.97; Kastrinou, s.77).

²⁶² 1986 tarihli Aciz Yasası, madde 40 ve 175 (2) (b) göre, alacakların tasfiyeden önce rehinli güvenceye dönüşmesi, yasal düzenlemeden önce de olsa, rehinli alacaklıya, imtiyazlı alacaklıya nazaran öncelik tanımamaktadır. İdari kayyım atanması, tasfiyeden önce olursa, imtiyazlı alacakların hesaplanması için idari kayyımın atandığı tarih dikkate alınır (Goode, Insolvency Law, s.366 dn.275; Wood, s.97).

²⁶³ Goode, Commercial Law, s.845; Finch, Insolvency Law, s.339.

²⁶⁴ Goode, Commercial Law, s. 845; Goode, Insolvency Law, s.371; Azmi Ruzita, s.242.

²⁶⁵ Goode, Commercial Law, s.845; Goode, Insolvency Law, s.371; Finch, Insolvency Law, s.338; Mokai, Insolvency Law, s.195; Azmi, s. 234; Kastrinou, s.77.

²⁶⁶ Finch , Insolvency Law, s.338; Chepkemol Too, s.60.

olmalı ve kalan malvarlığını kârlı bir temele taşımaya çalışırken, işletmenin zarar eden bölümlerini tespit edip bunları sona erdirebilecek veya satabilecek yeteneğe sahip olmalıdır. Ancak, çoğu durumda, bu amaca ulaşmak mümkün olamamakta ve şirket tasfiye edilmektedir²⁶⁷.

İdari kayımlık usûlü 2002 tarihine kadar en fazla başvurulmuş yeniden yapılandırma yöntemi olmasına rağmen²⁶⁸, bu usûlün şirketleri kurtarmada başarısız olduğu gözlemlenmiştir. Bu sebeple 2002 tarihli İşletme Yasası m.250 hükmüyle (Enterprise Act) bu prosedür yürürlükten kaldırılmıştır²⁶⁹. Böylece 1986 tarihli Aciz Yasası'na m.72A hükmü eklenmiştir. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu hükmün istisnaları da 1986 tarihli Aciz Yasası'na eklenen m.72B'den 72G ye kadar olan hükümlerde altı başlık altında gösterilmiştir²⁷⁰. Anılan maddelerde, sermaye piyasalarında faaliyet gösteren sermaye piyasası şirketleri, kamu özel iş birliği sözleşmelerinin tarafını oluşturan anonim şirketler, kamu hizmeti gören anonim şirketler, finansman projesi şirketleri, finans piyasası şirketleri ve sosyal konut inşa eden anonim şirketler, idari kayımlı atanma yasağından etkilenmeyen istisnalar olarak sayılmıştır²⁷¹. Yani bu altı başlık altında faaliyet gösteren şirketler bakımından idari kayımlık usûlünün uygulanmasına devam edilecektir.

²⁶⁷ Goode, Commercial Law, s.847; Goode, Insolvency Law, s. 346; Mokal, Administration Receivership and Administration, s.14.

²⁶⁸ 1986 yılından 2002 tarihli İşletme Yasası'nın 15 Eylül 2003 yılında yürürlüğe girdiği tarihe kadar 42,983 adet şirketin bu usûlü tercih ettiği Aciz Hizmetleri (Insolvency Service) tarafından kayıt altına alınmıştır. Buna karşılık yönetim (administration) usûlüne başvuran şirket sayısı 4457, şirketin gönüllü düzenleme usûlüne (CVA) ise 5716 adet şirket başvurmuştur (Omar Paul & Gant Jennifer, Corporate Rescue in the United Kingdom: Past, Present and Future Reforms, 2016, s.14, dn.66) .

²⁶⁹ Finch Vanessa & Milman David, Corporate Insolvency Law, Cambridge 2017, s.298 dn.165; Finch, Insolvency Law, s.360; Goode, Commercial Law, s.844 dn.113; Kastrinou, s.81; Azmi, s.240; Gant, s.243; Wood, s.84; Chepkemoui Too, s.59.

²⁷⁰ Finch, Insolvency Law, s.360, dn.161; Goode, Commercial Law, s.844 dn.113; Kastrinou, s.81; Azmi, s.240; Gant, s.243; Wood, s.84; Chepkemoui Too, s.59.

²⁷¹ 2003 yılından 2016 tarihine kadar idari kayımlık prosedürüne başvuran şirket sayısı ise 10,584'tür. Yönetim usûlüne giren şirket sayısı 32,336 iken şirketin gönüllü düzenlemesi (CVA) usûlünü uygulayan şirket sayısı 7033 olarak belirtilmiştir (Omar & Gant, s.14, dn.66).

II. İDARİ KAYYIMIN TANIMI

İdari kayyım, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın 29 .maddesinin 2. fıkrasında, şirketin bütün malvarlığı veya bir bölümü üzerinde teminat hakkı bulunan rehinli alacaklı tarafından atanan bir meslek mensubu olarak tanımlanmıştır²⁷².

Bu tanımdan hareket eden yazarlar bir kişinin idari kayyım olarak atanabilmesi için üç şartın varlığını aramaktadırlar. Bunlardan birincisi, idari kayyım rehinli alacaklı tarafından atanmalıdır. Bu nedenle idari kayyım atanmasında mahkeme kararına gerek yoktur²⁷³. İkincisi, idari kayyım atayan alacaklı şirket malvarlığının tamamı veya bir bölümü üzerinde teminat hakkına sahip olmalıdır²⁷⁴. Üçüncü olarak, atanan idari kayyım, şirketin malvarlığını yönetme hakkına sahip olmalıdır. Bu nedenle, atanacak idari kayyımın lisanslı aciz hukuku meslek mensupları arasından seçilmesi zorunludur²⁷⁵.

²⁷² Goode, Insolvency Law, s.320; Finch, Insolvency Law, s. 329; Azmi, s.232, dn.232.

²⁷³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.320; Finch, Insolvency Law, s. 329; Azmi, s.236.

²⁷⁴ Goode, Commercial Law, s. 209; Finch, Insolvency Law, s. 329; Azmi, s.238.

²⁷⁵ Goode, Commercial Law, s.845; Finch, Insolvency Law, s. 353; Azmi, s.238. Türk Hukukunda ise mahkeme, konkordato prosedürü içinde hem geçici mühlet hem de kesin mühlet kararı verirken komiser atamak zorundadır. Konkordato mühleti verilmesi, borçlunun tasarruf yetkisini kaldırmamakta, tasarruf yetkisi kural olarak borçlu tarafından kullanılmaya devam etmektedir. Ancak faaliyetini komiser nezareti altında yerine getirmektedir. Geçici veya kesin mühlet kararı ile bir veya üç komiser görevlendirilir (İİK m.287/3, m.289/3). Komiserler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan komiser listesinden seçilir. Mahkeme komiserleri görevlendirmeyi yaptıktan sonra dosyayı komisere tevdi edecektir. Komiser konkordato prosedürü içinde ve kanunda öngörülen usul çerçevesinde faaliyette bulunan bir kamu görevlisidir (Pekcanitez/Erdönmez,s.69). Konkordato komiserinin niteliklerinin Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür (İİK m.290/6). Bahsi geçen hususlar “Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik” (Yönetmelik 1) ile düzenlenerek yürürlüğe konulmuştur. Bu genel şartların dışında üç komiserin görevlendirilmesi durumunda komiserlerden birinin mahkemenin bulunduğu ilde faaliyet gösteren bağımsız denetçi olması gerektiği; geri kalan iki komiserden birinin de hukukçu olması tercih sebebi sayılacağı hükme bağlanmıştır (Pekcanitez/Erdönmez, s.37). Öte yandan, komiser olarak atanacak kişinin ayrıca hem şahsen hem de ekonomik ve hukuki yönden alacaklıya yahut borçluya tabi olmaması şarttır. Çünkü, komiser ne alacaklının ne de borçlunun temsilcisidir (Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, 1993 Ankara, s.111). Mahkemece atanan komiser ve komiserlerin, özel sicilinde kaydedilmek üzere mahkemenin bağlı bulunduğu bölge adliye mahkemesi bilirkişilik bölge kuruluna bildirileceği öngörülmüştür. Bir kişi eş zamanlı olarak beşten fazla dosyada geçici komiser ve komiser olarak görev yapamaz (İİK m.290/5). Ayrıca, konkordato komiserinin, ücret talep etme ve istifa etme hakkı bulunmaktadır.

III. İDARİ KAYYIMIN ATANMASI

Bir idari kayyım atanabilmesi için üç koşulun yerine getirilmesi zorunludur. Öncelikle idari kayyım atanacak şirket hakkında alınmış bir tasfiye kararı bulunmamalıdır. Zira tasfiye haline girmiş bir şirkete idari kayyım atanması mümkün değildir²⁷⁶. İkinci olarak, atamanın yapılacağı şirketin teminat sahibi alacaklılara verdiği teminatın geçerli olması ve bu teminatın gerçek bir alacağa dayanması gerekmektedir²⁷⁷. Son şart ise şirketin borçlarını ödeyememesi veya ödeme ihtimalinin bulunmamasıdır²⁷⁸. Rehinli alacaklı ancak bu şartlar gerçekleşmişse, şirkete idari kayyım atayabilmektedir.

İdari kayyımlık usûlünde, rehinli alacaklıya idari kayyım atama konusunda getirilen herhangi bir kısıtlama yoktur. Ancak, şirkete bir yönetici (administrator) atandıktan sonra, ayrıca idari kayyım atanması mümkün değildir²⁷⁹. Diğer yandan, teminat sahibi alacaklılardan birinin idari kayyım ataması durumunda, diğer teminat sahibi alacaklıların da yeni bir idari kayyım atama hakkı yoktur²⁸⁰. Birden fazla rehinli alacaklı içerisinde ilk önce davranan rehinli alacaklı idari kayyım atayabilir. Diğer rehinli alacaklılar bu durumda beklemek zorundadırlar. Bununla birlikte, idari kayyım atanmasını ,yönetim işlerini yerine getirmesinden ayırmak gerekir. Bu nedenle alacaklı gerekliyse, bir veya birden fazla kişiyi, yönetim işlemlerini de yerine getirebilmesi için idari kayyım olarak atayabilir. Diğer alacaklıların yeni bir idari kayyım atayabilmesi için atanmış idari kayyımın görevinin sona ermiş olması zorunludur²⁸¹.

²⁷⁶ Goode, Insolvency Law, s.333; Finch, Insolvency Law, s. 331; Kargbo, s.26; Azmi, s.238.

²⁷⁷ Goode, Insolvency Law, s.333; Kargbo, s.25-26; Azmi, s.237.

²⁷⁸ Tolmie Fiona, s.52; Abeyratne, Mahawatfege Don Hemantha Niranjana, Corporate Rescues - A Comparative Study of The Law and Procedure in Australia, Canada and England, Phd thesis,1995,s.118; Goode, Corporate Insolvency Law, s.320; Mokal R, Administration and Administrative Receivership - an Analysis Current Legal Problem Vol. 57, 2004, s.5.

²⁷⁹ 1986 tarihli Aciz Yasası'nın 20002 tarihli değişiklik öncesi hükümlerinde şirkete yönetici atanmış olsaydı bile teminatlı alacaklılar yine de şirkete idari kayyım atayarak yönetim usûlünü engelleyebilirlerdi. 2002 tarihli değişiklik alacaklıların bu yetkisini ortadan kaldırarak yönetim usûlünü seçmiş bir şirkete idari kayyım atanmasına engel olmuştur (Goode, Corporate Insolvency Law, s.318; Fletcher, s.125 ; Walton, s.86).

²⁸⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.321-322; Zweiten, s.397.

²⁸¹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.322; Zweiten, s.398.

IV. İDARİ KAYYIMIN YETKİLERİ

A. GENEL OLARAK

İdari kayyımın yetkilerinin kaynağı, kendisini atayan rehinli alacaklının alacağındadır²⁸². Bu nedenle idari kayyımın yetkileri, atamayı yapan rehinli alacaklı tarafından belirlenir. Bununla birlikte kanuni yetkilerin 1986 tarihli Aciz Yasası'nın (Insolvency Act) 42.maddesinin 1. bölümünde 23 adet olarak listelendiği görülmektedir. Bunlar şirket malvarlığını satma, kendisini atayan rehinli alacaklının alacağını tahsil ederken iyi niyetle davranma gibi yetkilidir²⁸³.

İdari kayyım, şirketin malvarlığının satılması ve yönetilmesi sürecinde mevcut şirket yönetiminin talimat veya müdahaleleriyle bağlı değildir. İdari kayyım şirketin yöneticisi olarak hareket eder ve genellikle rehinli alacaklar üzerinde tam kontrole sahiptir²⁸⁴.

Öte yandan, idari kayyım diğer alacaklıların çıkarlarını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Çünkü, şirketin malvarlıklarını satarken işletmenin devamlılığı esasına uygun olarak bir bütün olarak mı ²⁸⁵ yoksa parça parça mı satılacağına karar verme yetkisine sahiptir. İdari kayyım bu seçimi yaparken de mümkün olan azami miktarı elde etmek için gereken özeni göstermek zorundadır. Bu özeni göstermediği diğer alacaklılar tarafından kanıtlanırsa ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu doğacaktır²⁸⁶.

İdari kayyımın yetkileri genel olarak ikiye ayrılır. Birincisi, teminat içerisinde yer alan malvarlıklarının toplanması, elde tutulması ve elden çıkarılması yetkisini içerir. Bu yetkilerin kullanılması, şirketin acze düşmesinden etkilenmez. İkincisi, şirketin temsilcisi kabul edilen idari kayyıma verilen olan kurumsal ve bireysel yetkilidir²⁸⁷. Bu yetkilere işle ilgili tasarrufla bulunma, personeli işe alma ve işten

²⁸² Tolmie, s.53; Finch, Insolvency Law, s.333; Azmi, s.243.

²⁸³ Goode, Commercial Law, s. 847; Finch, Insolvency Law, s.333; Azmi, s.242.

²⁸⁴ Davies, P (1997), 'Gower's Principles of Modern Company Law', 6th Edition, s.100; Finch, Insolvency Law, s.231; Fletcher Ian, s.5; Azmi, s.244.

²⁸⁵ Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Azmi, s.244.

²⁸⁶ Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Kargbo, s.27; Azmi, s.244.

²⁸⁷ Finch, Corporate Insolvency Law, s.329; Azmi, s.244.

çıkarma ve şirket adına yeni sözleşmeler yapma yetkileri dahildir²⁸⁸. Bu temsil yetkisi (Agency Powers) tasfiyeyle sona ermektedir. Şirket tasfiyeye girdikten sonra idari kayyım sadece şirket adına akdedilen sözleşmelerden şahsen sorumlu değildir²⁸⁹.

İdari kayyımın diğer görevleri şirketin işletmesini yönetmek, şirketin malvarlıklarını güvence olarak vererek borç almak, şirket malvarlığına el koymak, tahkim ya da anlaşmazlıkların çözümü için yasal işlem başlatmak, şirketin ticaret ünvanını kullanarak fatura, çek ve belge hazırlamak ve gerekli ödemeleri yapmaktır. İdari kayyım rehinli alacaklının geri ödemesi için fon yaratmak amacıyla şirket malvarlığını satma yetkisine sahiptir. Bazen idari kayyımlık usûlundeki şirket, bağlı kuruluşlar kurabilir²⁹⁰. Bunun anlamı ise, bir şirketin veya işletmenin başka bir şirkete devredilerek şirketin yeniden yapılandırılmasıdır²⁹¹. Yeni kurulan şirket borçlu ana şirketin borçlarıyla sorumlu olmadığı için bu devir yeniden yapılandırmaya hizmet etmektedir. Çünkü ana şirketin iş ilişkileri borçsuz bir şekilde bu yeni şirket eliyle devam ettirilebilmektedir. Ancak idari kayyımın bu işlemi yapabilmesi için mahkemeye başvurarak izin alması gerekmektedir²⁹².

İdari kayyım, yetkilerini kullanırken ilgili talimatları almak için mahkemeye başvurabilir ve mahkeme, diğer alacaklıların haklarının korunabilmesi için idari kayyıma talimat veya emir verebilir²⁹³. Ayrıca idari kayyımlar, mahkeme kararıyla üçüncü kişi alacaklıların haklarını güvence altına alan malvarlığını da elden çıkarma yetkisine sahip olabilir²⁹⁴. Bununla birlikte, idari kayyım yalnızca alacak sahibi için değil, aynı zamanda şirket için de hareket etme yetkisine sahiptir²⁹⁵. Şirket yönetim

²⁸⁸ Goode, Commercial Law, s.856; Azmi, s.244.

²⁸⁹ Finch, Corporate Insolvency Law, s.334; Goode, Corporate Insolvency Law, s. 349; Azmi, s.244.

²⁹⁰ Finch Vanessa & Milman David, Corporate Insolvency Law, third edition, 2017, s.277.

²⁹¹ Azmi, s.245; Finch, s.333; Goode, Corporate Insolvency Law, s.349.

²⁹² Azmi, s.245.

²⁹³ Finch, Insolvency Law, s.333; Fletcher, s.6; Azmi, s. 237.

²⁹⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.349.

²⁹⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.350; Finch, Corporate Insolvency Law, s.331.

kurulunun idari kayyım talimat vermesi mümkün olmadığı gibi, idari kayyım görevden alması da mümkün değildir²⁹⁶.

Özet olarak, idari kayyım şirketin işletmesini ve malvarlığını yönetmek; şirketin, yönetim kurulu ve pay sahipleri ile diğer alacaklıların talep ve menfaatlerini dikkate almak konusunda geniş yetkilerle donatılmıştır²⁹⁷. İdari kayyımın diğer alacaklılara karşı bilgi vermekten ibaret bir yükümlülüğü de vardır. Ancak idari kayyımın onların taleplerini yerine getirmek ve dinlemek gibi bir sorumluluğu yoktur. İdari kayyım atandıktan sonra herkesten ve bu arada kendisini atayan alacaklıdan da bağımsız çalışır²⁹⁸. Zira, 1986 tarihli Aciz Yasası'na göre idari kayyımı görevden alma yetkisi sadece mahkemeye aittir. İdari kayyımın şirketin tasfiyesine engel olma yetkisi yoktur.

²⁹⁶ Finch& Milman, Insolvency Law, s.276; Finch, Insolvency Law, s.332; Goode, Insolvency Law, s.349.

²⁹⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Clarke, s.45; Ayvaz Taşpınar, s.176.

²⁹⁸ Türk Hukukunda ise geçici konkordato komiserinin görevi ile kesin mühlet içinde atanan konkordato komiserinin görevleri farklıdır. Geçici mühlet içerisinde atanan konkordato komiserinin en önemli görevi borçlunun faaliyetlerine nezaret ederek ve bu işlemleri denetleyerek konkordatonun başarı şansını, ön projenin makul ve hayata geçirilebilir olup olmadığını belirlemektir. Borçlunun iyileşme umudunun varlığı veya yokluğu komiser raporlarında ortaya konulacak olup, komiser, geçici mühletin sona ermesinden önce hazırlayacağı rapor ile kesin mühlet kararının verilip verilemeyeceğinde belirleyici bir rol oynayacaktır. Mahkeme, kesin mühlet hakkındaki kararını geçici mühlet içinde verir. Kesin mühlet hakkında bir karar verilebilmesi için, mahkeme borçluyu ve varsa konkordato talep eden alacaklıyı duruşmaya davet eder. Geçici komiser, duruşmadan önce yazılı raporunu sunar ve mahkemece gerekli görülürse, beyanı alınmak üzere duruşmada hazır bulunur. Mahkeme yapacağı değerlendirmede, itiraz eden alacaklıların dilekçelerinde ileri sürdükleri itiraz sebeplerini de dikkate alır. Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir (Pekcanıtez /Erdönmez, s.43-45). Kesin mühlet içinde atanan komiserin görevleri genel olarak İİK m.290 ile 298 maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler bir bütün halinde incelendiğinde komiserin en temel işlevinin konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunarak borçlunun faaliyetlerine nezaret etmek olduğu görülmektedir.İİK m.298 ise özel bir yetki ve görev vermiştir. Anılan hüküm incelendiğinde, komiser, görevlendirilmesini müteakip borçlunun mevcudunun bir defterini yapar ve malların kıymetlerini takdir eder. Borçlunun başka yerlerde malları varsa bu muamele o yer icra dairesi marifetiyle yaptırılabilir. Komiser rehinli malların kıymetinin takdirine ilişkin kararını alacaklıların incelemesine hazır bulundurur. Kıymet takdiri kararı alacaklılar toplantısından önce yazılı olarak rehinli alacaklılara ve borçluya bildirilir.Öte yandan İİK m. 297/f.1'e göre, borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Şu kadar ki, mühlet kararı verilirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlerin ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir.Ayrıca İİK m. 297/f.2 şirket malları üzerinde tasarrufa ilişkin olarak, borçlu mahkemenin 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. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır, hükmünü getirmiştir.Sonuç olarak, Türk hukukunda konkordato komiserinin şirketin malları üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı gibi, İİK m. 297/f.1deki istisna haricinde, şirketi temsil ve yönetim yetkisi de bulunmamaktadır.

Esasen şirketin tasfiyeye girmesi idari kayyımlık prosedürünü sona erdirmez. Tasfiye halinde de idari kayyım görevde kalır ve şirketin mallarını kendisini atayan alacaklı menfaatine paraya çevirme yetkisini korur. Ancak belirtilmelidir ki, bu yetkisini şirketin temsilcisi sıfatıyla değil, kendisini atayan alacaklının yetkilendirilmesi sayesinde kullanır. Böylece, rehinli alacağın kapsadığı malvarlığı ile ilgili yetkiler şirket tasfiyeye girdiğinde de devam edecektir. İdari kayyım bu durumda da ticari işletmeyi devretmek suretiyle ve çalışır halde satış yolunu seçebilme yetkisine sahiptir²⁹⁹.

B. İDARİ KAYYIMA YETKİLERİNİN VERİLMESİ

Aciz Yasası'na göre bir idari kayyım, ancak şirket malvarlığının tamamı ya da tamamına yakını üzerinde rehne sahip bir alacaklı tarafından atanabilir. İdari kayyım atanırken mahkemeye başvurmak gerekmediği gibi, prosedürün sonraki aşamalarında da mahkemenin müdahalesine gerek yoktur. İdari kayyım talimat almak için her zaman mahkemeye başvurabilir. Bununla birlikte yetkilerinin hemen hemen tamamını mahkemenin onayına gerek olmadan kullanabilir³⁰⁰.

Buna göre, idari kayyımın yetkisinin kaynağı ilki kendisini atayan rehin alacaklısının rehin hakkından, ikincisi ise yasanın birinci bölümünde düzenlenen ve rehinli alacaklının menfaatiyle çelişmediği sürece tanınan kanuni yetkilerden oluşmaktadır. Bunun anlamı, yasayla idari kayyıma verilen yetkilerin rehinli alacaklının rızasıyla dahi sınırlanamayacağı ve iptal edilemeyeceği ilkesidir³⁰¹.

1986 tarihli Aciz Yasası'nın birinci bölümünde, idari kayyımın şirketin işlerinde ve malvarlığının yönetiminde üstlenmek isteyeceği eylemlerin çoğunu gerçekleştirmesine olanak verecek şekilde, rehin hakkından kaynaklanan yetkiler

²⁹⁹ Tolmie, s.53; Azmi, s.243.

³⁰⁰ Finch, Corporate Insolvency Law, s.331 ; Azmi, s.244.

³⁰¹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Azmi, s.242.

listelenmiştir³⁰². Dolayısıyla, kanunda listelenen tüm yetkiler rehin hakkı sahibinin menfaatine ve rehin hakkına bağlanmış olarak, idari kayyım verilecektir³⁰³.

Esasen Aciz Yasası, rehinli alacaklı tarafından ofis holder³⁰⁴ olarak atanan idari kayyım, şirketle ilgili belgelere ulaşma ve şirket yetkilileriyle ve çalışanlarıyla iş birliği yapma yetkisini de vermektedir³⁰⁵. İdari kayyımı tayin eden rehin alacaklı olmasına rağmen, idari kayyım şirketin temsilcisi olarak hareket eder³⁰⁶. İdari kayyım verilen bu temsil yetkisi, esas sözleşmenin yönetim kuruluna verdiği yetkiden daha geniştir. Bu nedenle idari kayyım, şirketin esas sözleşmesinde belirlenen işletme konusuyla bağlı olmadan sahip olduğu yetkileri, şirketin ticaret ünvanı altında kullanabilir. Ayrıca, idari kayyımın bu yetkisine dayanarak şirketin ödenmemiş esas sermaye alacağını pay sahiplerinden talep edebileceği kabul edilmektedir³⁰⁷.

1. Yetkilerin İçeriği

a. Genel Olarak

İdari kayyım görevlerini yerine getirebilmesi için şirket yönetimini de içeren geniş kapsamlı yetkiler verilmiştir. İdari kayyımın yetkilerinin içeriği 1986 tarihli Yasa'nın 42. ve 43. maddelerinde gösterilmiştir. Bu maddeler incelendiğinde, idari kayyımın kaynağını rehinden alan yetkilere sahip olduğu ve rehinli alacaklının menfaatini etkili şekilde koruyabilmesi için gerekli yetkilerin hepsini kullanabileceği

³⁰² Goode, Corporate Insolvency Law, 347; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Azmi, s.244.

³⁰³ Zweiten, s.424; Goode, Corporate Insolvency Law, 347; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Azmi, s.244.

³⁰⁴ Office-holder terimi, aciz işleminde uygulanacak yönteme göre mahkeme veya atama yetkisi bulunanlar tarafından atanan bir yeniden yapılandırma görevlisini ifade etmektedir. Bu görevli 1986 tarihli Aciz Yasası md.388/f.1 de aciz hukuku meslek mensubu olarak tanımlanmıştır. Yasadaki bu görevli (office holder); yönetim (administration) usûlünde yönetici (administrator), idari kayyımlık usûlünde (administrative receivership) idari kayyım (administrative receiver), şirketlerin gönüllü düzenlemesi (CVA) de ise aday (nominee) veya danışmandır (supervisor). Bu aciz hukuku meslek mensuplarının meslek kuruluşu olan (Joint Insolvency Examination Board) tarafından lisanslanmış bir kişi olması gerekmektedir.1986 tarihli yasa office holder olarak görev yapan aciz hukuku meslek mensuplarına belirli haklar ve ayrıcalıklar vermiştir.Bkz. Finch, Insolvency Law, s.178 vd; Adebola, s.243; Wood, s.112. Bu haklar ve ayrıcalıklara çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak değinilecektir.

³⁰⁵ Tolmie, s.54.

³⁰⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.346.

³⁰⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.348; Zweiten , s.424.

anlaşılmaktadır. Ancak yasada listelenen yetkiler rehin hakkının korunması ile bağdaşmıyorsa, idari kayyım bu yetkileri kullanamaz. Öte yandan, idari kayyımın, mahkemenin izniyle diğer alacaklıların sahip olduğu teminatlı mallar üzerinde de tasarrufta bulunma yetkisi vardır³⁰⁸.

Yasada belirtilen, bölüm 1 de 22 adet özel yetki yanında, ayrıca görevini etkili şekilde yerine getirebilmesi ve diğer tüm işleri yapabilmesi için gerekli olan bir de genel yetkisi vardır³⁰⁹. Bu genel yetki, şirketin malvarlığına (the company's assets) el koyma³¹⁰ ve bu amaca uygun herhangi bir işlemi yapma, mülkü satma veya başka bir tasarrufta bulunma, şirketi borçlandırma, teminat verme, profesyonel nitelikli danışmanlar atama, işlevlerini yerine getirmek için gerekli olan ödemeleri yapma, çek ve fatura gibi belgeleri şirket adına düzenleme³¹¹, şirketin işini devam ettirme, bağlı ortaklıklar kurma ve bağlı ortaklıklara varlık aktarma ve şirket adına sözleşme yapma³¹² gibi yetkileri içermektedir. Ayrıca şirkete borçlu olan kişilere karşı yasal işlem başlatabilir, tahkime gidebilir veya uzlaşma yapabilir³¹³. İdari kayyımın şirketin iradi olarak tasfiye edilmesi (company voluntary liquidation) için karar almak, şirketin iradi düzenleme modelini (company voluntary arrangement) veya yönetim usûlünü (administration) başlatmak için şirkete dilekçe vermesi veya bizzat tasfiye dilekçesi hazırlayıp (present winding-up petition) tasfiyeyi başlatma gibi yetkileri de bulunmaktadır³¹⁴.

b. Şirketle İşlem Yapan Üçüncü Kişilerin Korunması

İdari kayyımlık usûlüne girmiş bir şirkette, idari kayyımla işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişi, idari kayyımın yetkileri içinde hareket edip etmediğini

³⁰⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Zweiten, s. 425.

³⁰⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Azmi, s.243.

³¹⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Azmi, s.243.

³¹¹ Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Azmi, s.243.

³¹² Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Armour & Mokal 2004, s.8; Azmi, s.245-246.

³¹³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Armour & Mokal, 2004, s.8; Azmi, s.245-246.

³¹⁴ Finch & Milman, Corporate Insolvency Law, s.276; Finch, Corporate Insolvency Law, s.332.

araştırmakla yükümlü değildir (1986 tarihli IA m.42/3). Ancak bu kural, idari kayyım olarak hareket eden, fakat hukuka uygun şekilde atanmamış bir kişiyle işlem yapan tarafı korumaz³¹⁵.

2.Yetkilerin Tasnifi

a. Rehinli Mala İlişkin Yetkiler

İdari kayyımın yetkileri rehinli mala ve şirketin yönetimine ilişkin olmak üzere ikiye ayrılır. İdari kayyımın rehinli mala ilişkin yetkileri rehinli alacaklının alacağından kaynaklanmaktadır. Ancak, bu yetkiler esasen rehinli alacaklıya ait olup, rehinli alacaklı tarafından idari kayyıma devredilir³¹⁶. Rehinli mallar üzerindeki aynı yetkiler, idari kayyımın rehinli malların zilyedi olup onları kontrol etmesini, kullanmasını ve satış veya finansal kiralama yoluyla tasarrufta bulunmasını içerir³¹⁷. Her ne kadar idari kayyımı rehinli alacaklı atamış olsa da idari kayyım rehinli alacaklının değil, şirketin temsilcisi sayılmakta ve aynı zamanda şirketi yönetme yetkisine sahip bulunmaktadır. Temsilci bu yetkiye dayanarak şirketi yönetecek, şirketin iş ve işlemlerini temsilci sıfatıyla yerine getirecektir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, üzerinde rehin olan malvarlığının yönetilmesi esnasında aynı ve kişisel yetkiler örtüşmekte ve temsil yetkisi tamamen idari kayyımın şahsına verilmektedir. İdari kayyımın rehinli mal üzerindeki yetkisi ile şirketin yönetimine dair yetkisi arasındaki ayrım, ilk yetkinin şirketin malvarlıklarıyla ilgili olması, ikincisinin ise şirketin tüzel kişiliğiyle yani kurumsal varlığıyla ilgili olmasıdır³¹⁸.

b. Şirketin Yönetimine İlişkin Temsil Yetkileri

İdari kayyıma şirketin işlerini yönetmek, yeni sözleşmeler yapmak, malvarlığını kontrol etmek ve satmak için geniş kapsamlı yetkiler verilmiştir. Bu yetkiler idari kayyımın şahsi yetkileri olarak sayılabilir. Böylece göreve atanan idari kayyım şirket adına yeni sözleşme yapma veya mevcut sözleşmeyi devam ettirme, işe

³¹⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.352; Zweiten, s.427.

³¹⁶ Goode, Insolvency Law, s.349; Zweiten, 426; Finch, Insolvency Law s.333.

³¹⁷ Finch&Milman, s.280; Goode, Insolvency Law, s.350; Zweiten, s.426.

³¹⁸ Zweiten, s.425; Goode, Insolvency Law, s.349; Armour & Frisby, s.8.

alma ve azledilen yönetim kurulu tarafından yapılan sözleşmeleri feshetme, şirket için borç alma ve teminat sağlama yetkilerine sahiptir. Ayrıca, idari kayyım kendisine yardımcı olması için avukat ve muhasebeci istihdam edebilir. İdari kayyımın görevi sırasında şirketin borçlarını ödeme, şirket adına fatura ve çek düzenleme, hisse senedi ve şirket satın alma³¹⁹, dava açma, şirketi işletmek için işletme ve yönetim fonksiyonlarını yerine getirme yetkileri bulunmaktadır³²⁰.

İki yetki arasında şirket tasfiyeye girmedeği sürece önemli bir fark yoktur. Ancak, şirket tasfiyeye girdikten sonra, idari kayyımın şirketin temsilcisi olarak statüsü sona ermekte³²¹ ve temsil yetkileri tamamen ortadan kalkmaktadır³²². Buna karşılık, rehinli alacaklının temsilcisi olarak yetkileri devam etmektedir³²³.

c. Mahkeme İzniyle Genişleyen Yetkisi

İdari kayyım şirketin tasfiyesinden önce, kendisini atayan rehinli alacaklı dışındaki diğer alacaklıların şirkette sahip olduğu rehinli malları iki yoldan satabilir. İlk olarak, idari kayyım temsilci yetkilerini kullanabilir ve şirket adına malvarlığını satabilir³²⁴. Şirket adına malvarlığını satan idari kayyım, diğer alacaklıların şirkette bulunan rehinli mallarını mahkeme izniyle satabilir. Ancak, bu satıştan elde edilen hasılat öncelikle IA m.40/2 uyarınca imtiyazlı alacaklılara ödenecektir. Kalan tutar üzerinden rehinli alacaklının tatmini sağlanacak, geriye bir tutar kalırsa bundan adi alacaklılar yararlanacaktır³²⁵. Öte yandan, bu malları satın alan üçüncü kişi, mallara ipotek yükünden ari olarak sahip olur³²⁶. İdari kayyım bu malları mahkeme izni

³¹⁹ Goode, Insolvency Law, s. 426; Finch, Insolvency Law, s.333; Armour & Frisby, s.8.

³²⁰ Finch&Milman, Insolvency Law, s.280-281; Finch, Insolvency Law, s.338.

³²¹ Goode, Insolvency Law, s. 426; Finch, Insolvency Law, s.333; Armour & Frisby, s.8.

³²² Goode, Insolvency Law, s. 426; Zweiten, s. 426; Finch, Insolvency Law, s.333; Armour & Frisby, s.8.

³²³ Goode, Insolvency Law, s. 426; Zweiten, s. 426; Finch, Insolvency Law, s.333; Armour & Frisby, s.8.

³²⁴ Goode, Insolvency Law, s.350; Zweiten, s.426; Finch&Milman, Insolvency Law, s.277; Azmi, s.244.

³²⁵ Goode, Insolvency Law, s.366; Zweiten, s.426; Finch&Milman, Insolvency Law, s.277; Azmi, s.245.

³²⁶ Goode, Insolvency Law, s.351; Zweiten, s.426; Finch&Milman, Insolvency Law, s.278; Azmi, s.245.

olmadan satmış olsaydı, mallar üzerindeki rehin hakkı satışa rağmen devam edecekti. İdari kayyımın rehinli malları satmak için mahkemeden izin alması, rehnin, malı satın alan üçüncü kişiye geçmesine engel olmaktadır³²⁷.

Mahkeme malvarlığının satışına izin verirken satış değerini belirleyecektir. İdari kayyımı satışı mahkeme tarafından belirlenen değer altına düşmeden gerçekleştirmesi gerekir. Satış bu değer altında gerçekleşirse, ortaya çıkan zarardan idari kayyım bizzat sorumlu olur³²⁸.

Hemen belirtilmelidir ki, şirket tasfiyeye girmiş olsaydı idari kayyımın bu malları üzerinde ipotek olmadan satma yetkisi sona erecekti. Bu durumda sadece kendisini atayan rehinli alacaklının rehinli malları üzerinde tasarruf yetkisi olacaktır. İdari kayyımı atayan alacaklı dışındaki rehinli alacaklıların ise mallar üzerindeki rehin hakları varlığını devam ettirmektedir³²⁹.

VI. İDARİ KAYYIMIN GÖREV VE SORUMLULUKLARI

A. GENEL OLARAK

İdari kayyımın birincil görevi kendisini atayan rehin alacaklısının alacağını tahsil etmelidir³³⁰. Bunun yanında, şirketin pay sahiplerinin ve diğer alacaklıların menfaatlerini koruma görevi de bulunmaktadır³³¹. İdari kayyım şirkete karşı görevlerini yerine getirirken iyi niyetle hareket etmeli ve şirket malvarlığını satarken şirkete zarar vermekten kaçınmalı ve makul özeni göstermelidir³³². Gerçekten, idari kayyımın ilk ve en önemli görevi iyi niyetle hareket etmek olmakla birlikte, görevlerini yerine getirirken dürüstlük kuralına uymalı ve gerekli özeni göstermelidir.

³²⁷ Goode , Insolvency Law, s.35; Zweiten, s.427; Finch, Insolvency Law, s.333; Azmi, s.246.

³²⁸ Goode, Insolvency Law. s.351; Zweiten, s.426; Finch, Insolvency Law, s.333-334; Azmi, s.247.

³²⁹ Armour & Mokal, 2004, s.7; Zweiten, s.426.

³³⁰ Azmi, s.246; Walton, s.88; Kastrinou, s.77.

³³¹ Azmi, s.246-247; Kastrinou, s.77.

³³² Finch, Insolvency Law, s.334; Tolmie, s.54; Wood, s.97.

Eğer görevini gereği gibi yerine getirmezse şirkete ve diğer alacaklılara karşı sorumluluğu doğabilir³³³.

İdari kayyımlik usûlü, rehinli alacaklının hakkına ulaşmasını sağlayan ve idari kayyımın da bunu sağlamakla yükümlü olduğu bir usûldür. İdari kayyımın şirketin diğer alacaklıları, pay sahipleri ve kefillere bilgi verme yükümlülüğü vardır³³⁴.

Önemle eklenmelidir ki, idari kayyım atandığı tarihten itibaren 14 gün içinde bu durumu ticaret sicil müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Aynı zamanda bu durum şirkete (genel kurul), şirketin yönetim kuruluna ve çalışanlarına da bildirilmeli ve ondört günlük süre geçtikten sonra idari kayyım şirket temsilcisi olarak yaptığı işlerde, düzenlediği belge ve evraklarda, şirketin idari kayyımlik usûlüne girdiğini belirtmeli ve bu evrakları şirketin ticaret ünvanı altında ve idari kayyım sıfatıyla imzalamalıdır. Söz konusu süre geçmeden yaptığı işlemlerde idari kayyımın kişisel sorumluluğu bulunmaktadır³³⁵.

İdari kayyım atama bildirimini şirket yönetim kuruluna ve şirket görevlilerine bildirirken aynı zamanda şirketin varlık, borç ve detaylarını, alacaklıların isim ve adreslerini bunların sırasıyla sahip oldukları güvenceleri, yirmibir gün içinde teminatın verildiği tarihleri, kendisine detaylarını gösterir bir raporla bildirilmesini talep eder. Bu bildirim belirtilen süre içerisinde makul bir mazeret olmadan yönetim kurulu ya da finans müdürü ile muhasebe müdürü tarafından yerine getirilmezse, anılan kişilerin sorumluluğu doğar. İdari kayyım bu bilgileri aldıktan sonra, atanmasından itibaren üç ay veya mahkeme izin vermişse daha uzun bir süre içinde ticaret siciline, rehinli alacaklılara ve diğer alacaklılara bir rapor sunar³³⁶. Bu raporun içeriği 1986 tarihli İA madde 48/1'de 4 bent halinde gösterilmiştir. İdari kayyım hazırladığı bu rapor da m.48/1.a bendi uyarınca, atanmasına zemin hazırlayan önemli konuları belirtmelidir. Yani idari kayyım niye rehinli alacaklı tarafından neden atandığını bu raporda yazmalıdır. İdari kayyım şirket malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini veya

³³³ Tolmie, s.54; Mokal, Insolvency Law, s.200-201; Kastrinou, s.78.

³³⁴ Finch, Insolvency Law, s.336; Zweiten, s.448.

³³⁵ Finch, Insolvency Law, s.336; Zweiten, s.448.

³³⁶ Finch, Insolvency Law, s.336; Zweiten, s.448.

şirketin ticari faaliyetlerinin devam ettirilmesi teklifini raporunda ayrıntılı olarak açıklamalıdır (IA m.48/1.b)³³⁷. Bu raporda m.48/1.c bendi uyarınca idari kayyımı atayan rehinli alacaklıya ödenecek anapara ve faiz tutarları ile imtiyazlı alacaklıların (preferential creditors) sahip olduğu öncelik (super-priority) kapsamında onlara ödenecek tutarlar yer alır. Son olarak ise m.48/1.d' ye göre tüm bu dağıtımdan arta kalan malvarlığı varsa diğer alacaklılara (other creditors) da ödeme yapılması gerektiği raporda belirtilmelidir³³⁸.

İdari kayyım, ayrıca 1986 tarihli IA m.48/5 uyarınca yapılacak işlerin özetini ve varsa kendi görüşlerini raporda belirtmelidir. Yapılacak işlerin beyanı (statement of affairs to be submitted) başlıklı kısım ise 1986 tarihli IA m.47 de yer almaktadır³³⁹.

İdari kayyımın, 1986 tarihli IA m. 49'a göre, çağırılması halinde teminatsız alacaklıların oluşturduğu alacaklılar toplantısına katılma görevi de vardır ³⁴⁰. İdari kayyım şirket tasfiyeye girinceye kadar şirketin temsilcisi olarak hareket eder.

B. GÖREVLERİ VE SORUMLULUKLARI

İdari kayyımın kanunda gösterilen çeşitli görevleri bulunmaktadır. Bu görevler atanmasının veya görevden ayrılmasının kamuya duyurulmasını, şirketin mali durumu ve işlerinin araştırılması, ticaret sicil müdürlüğüne ve alacaklılara raporun sunulması ve görevden almayı düşündüğü yönetim kurulu üyeleri ile diğer şirket yetkililerini bildirme görevleri vardır. Bunun yanında kanun idari kayyım imtiyazlı alacaklıların alacağını ödeme görevi getirmiştir (IA m.40/f.2)³⁴¹. Aşağıda bu görevler ayrı ayrı ele alınacaktır.

³³⁷ Finch, Insolvency Law, s.340; Finch&Milman, Insolvency Law, s.282; Azmi,s.252.

³³⁸ Finch, Insolvency Law, s.340; Finch&Milman, Insolvency Law, s.282; Azmi,s.252.

³³⁹ Finch, Insolvency Law,s.340; Finch&Milman, Insolvency Law, s.282; Zweiten, s.449; Azmi, s.252.

³⁴⁰ Finch, Insolvency Law, s.351.

³⁴¹ Tolmie, s.54.

1. Atanmayı veya Görevden Ayrılmayı Bildirim Görevi

a. Atanmayı Bildirim Görevi

İdari kayyım atama yetki belgesini aldıktan sonraki ondört gün içerisinde, bu belgeyi ticaret sicil müdürlüğüne gönderecektir (IA m.43/f.5). Bu yükümlülüğe uymayan idari kayyımın sorumluluğu doğar ve para cezasına hükmedilir (IA m. 43/f.6). Bu bildirimle, rehinli alacaklının şirkete idari kayyım atadığı kamuya duyurulmuş olur. Ayrıca, idari kayyımın atandığını şirkete bildirme , ilan etme ve atanmasından sonraki 28 gün içerisinde, mahkeme aksine karar vermedikçe, şirketin tüm alacaklılarına yazılı olarak bildirme görevi vardır (IA m. 46/1,2). Böylece, hem kamu hem şirket tüzel kişiliği hem de alacaklılar idari kayyımın atandığından haberdar edilir.

İdari kayyım şirket adına veya kendi adına yaptığı yazışmalarda, şirket hesaplarında, işlemlerinde, düzenlediği fatura veya mal siparişlerinde, şirketin idari kayyımlık usûlüne girdiğini , kendisinin de idari kayyım olarak atandığını belirten bir açıklamayı yapmak zorundadır (IA m. 39/f.1). Bu yükümlülüklere uymamak idari kayyım açısından sorumluluk sebebi sayılmıştır³⁴².

b. Ayrılmayı Bildirim Görevi

İdari kayyım mahkeme marifetiyle görevden alınabileceği gibi, kendisi de görevinden istifa edebilir. İdari kayyımın aciz hukuku meslek mensubu olarak görevi şirket tasfiyeye girdiğinde sona erecek ve görevi bırakmak zorunda kalacaktır³⁴³. İdari kayyımın ölümden başka bir sebeple ofisi boşaltması (görevi bırakması) durumunda, görevden ayrıldığını ondört gün içerisinde ticaret sicil müdürlüğüne bildirme görevi vardır (IA m. 45/f.4).

2. Şirket İşleriyle İlgili Araştırma Görevi

İdari kayyımın en önemli görevi, şirket malvarlığını denetlemek, şirketin ekonomik ve hukuki ilişkilerini tespit etmek ve şirketin yönetimini üstlenmektir. Bu nedenle idari kayyım tayin edildiğinde ilk olarak, şirketin yetkilisinden, atanmadan

³⁴² Finch, Insolvency Law, s.340; Kargbo, s.26.

³⁴³ Finch, Insolvency Law, s.340; Kargbo, s.26.

itibaren geriye doğru şirketin kuruluşuna katılan kuruculardan, şirketin işlerinde gerekli bilgiyi verebilecek o yıl içinde istihdam edilen şirket memurlarından (IA m.47/3) şirketin işleriyle ilgili beyanda bulunmalarını ve gerekli belgeleri kendisine ibraz etmelerini talep edecektir (IA m.47 f.1). Kendilerinden bilgi ve belge talep edilen kişiler bu belgeleri 21 gün içinde idari kayyımına vermekle yükümlüdürler (IA m.47.f.4). İdari kayyımın veya mahkemenin süreyi uzatma yetkisi vardır. İdari kayyım kendisine yüklenen bu en önemli görevi yerine getirebilmek ve rapor hazırlayabilmek için şirketin varlık ve borç detaylarını gösteren bilgi ve belgelere, alacaklıların isim ve adreslerine, alacaklıların sahip oldukları teminatın niteliğine, teminatların verildiği tarihlere ve bununla ilgili diğer belgelere ihtiyaç duyar³⁴⁴. Bu kapsamda talep edilen bilgilerin, bilginin talep edildiği kişi tarafından tasdik edilmesi ve doğrulanması zorunludur (IA m.47/f2).

İdari kayyım, bu bilgileri dikkate alarak şirketin malvarlığına ve hesaplarına el koyacak, mali fotoğrafını çıkartacak ve öncelikle kendisini atayan rehinli alacaklının alacağına kavuşabilmesi, başarabiliyorsa yeniden yapılandırmayı sağlayabilmek için bir rapor hazırlayacaktır³⁴⁵.

İdari kayyımın görevlendirildiği şirketin yıllık mali tablosunu yani bilançosunu elde ettiği verilere göre hazırlaması ve bu bilançoğu ticaret sicil müdürlüğüne, kendisini atayan rehin alacaklısına, alacaklılar komitesine ve şirkete bildirmesi gerekmektedir³⁴⁶. Akabinde idari kayyım, kendisini atayan rehinli alacaklının alacağıyla birlikte imtiyazlı alacaklıların alacaklarını öncelikli olarak ödeyebilmesi için şirket malvarlığının tamamına el koyacaktır³⁴⁷. Bununla birlikte finansal kiralama konu olan malların zilyetliği kayyım atanmış şirkette bulunsun bile, söz konusu mallarla ilgili idari kayyımın kiraya verene karşı bir sorumluluğu yoktur³⁴⁸. Bu

³⁴⁴ Goode, Insolvency Law, s.330; Zweiten, s.405.

³⁴⁵ Goode, Insolvency Law, s.330; Zweiten, s.406.

³⁴⁶ Finch, Insolvency Law, s.339; Finch& Milman, Insolvency Law, s.282.

³⁴⁷ Finch, Insolvency Law, s.339; Finch& Milman, Insolvency Law, s.282.

³⁴⁸ Goode, Insolvency Laws, s.363; Zweiten, s.441.

sebeple, şirketin yapmış olduğu finansal kiralama sözleşmesi ve bu sözleşme kapsamında kiraya konu malvarlığının tespiti de önem taşımaktadır³⁴⁹.

Şirkete idari kayyım atanması şirketin ticari işlerini durdurmaz. Çünkü şirket tarafından akdedilen sözleşmeler hukuki varlığını devam ettirmektedir³⁵⁰. Bu nedenle idari kayyımın şirketin akdettiği sözleşmelerin üstlendiği yükümlülüklerin ve verdiği taahhütlerin belirlenmesi idari kayyımın görevi açısından büyük önemi haizdir. Atamadan sonra şirketin ödemesi gereken muaccel borçların, teslim edilmesi gereken ürünlerin, düzenlenmesi gereken faturaların, şirkete karşı açılan takipler ile davaların ya da şirketin açması gereken takip ve davaların eksiksiz olarak kayyıma sunulması gerekmektedir³⁵¹. İdari kayyım elde ettiği bu bilgiler ışığında ayrıca tahkime gidebilir veya uzlaşma yapabilir³⁵².

Önemle eklenmelidir ki pay sahiplerinin ödememiş oldukları sermaye borçları da tespit edilmelidir. Zira idari kayyımın bu bilgiler ışığında pay sahiplerinden ödenmemiş sermaye borçlarını talep etme yetkisi bulunmaktadır³⁵³.

Şirket tarafından akdedilen iş sözleşmeleri de idari kayyım atanmasından etkilenmez. Bu nedenle idari kayyımın şirket tarafından akdedilen sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini öncelikli olarak tespit etmesi gerekir. Zira, idari kayyımın atandıktan sonra mevcut işçilerle önceki iş sözleşmelerinden farklı hükümler içeren yeni bir iş sözleşmesi imzalaması durumunda, idari kayyım önceki iş sözleşmelerini sona erdirecektir³⁵⁴.

³⁴⁹ İdari kayyımlık usûlüne giren şirkette, finansal kiralamadan doğan kira bedeli idari kayyımlık usûlünün masrafı olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle idari kayyımın finansal kiralama sözleşmesinden doğan kira borcunu ödeme yükümlülüğü yoktur. Bu durumda kiraya verenin şirkete karşı kullanabileceği birtakım hakları vardır. En önemli hakkı sözleşmeyi feshederek şirketin zilyetliğindeki kiraya konu malların kendisine iade edilmesini sağlamaktır (Goode, Insolvency Law, s.364; Zweiten, s.441).

³⁵⁰ Finch, Insolvency Law, s.332; Finch& Milman, Insolvency Law, s.276.

³⁵¹ Finch & Milman, Corporate Insolvency Law, s.277.

³⁵² Goode, Corporate Insolvency Law, s.349; Finch, Corporate Insolvency Law, s.333; Armour & Mokal, 2004, s.8; Azmi, s.245-246.

³⁵³ Goode , Corporate Insolvency Law, s.348; Zweiten , s.424.

³⁵⁴ Finch, Insolvency Law, s.333, dn. 27. İş sözleşmelerinin sona erdiği diğer bir durum ise şirket işletmesinin satılmasıdır (Finch, Insolvency Law, s.333).

3. Rapor Verme Görevi

İdari kayyımlik usûlünün başlatılması üzerine idari kayyım derhal çalışmalarına başlar ve şirket yetkililerinden aldığı bilgilere dayanarak bir rapor hazırlar. İdari kayyım hazırladığı raporu 3 ay³⁵⁵ içerisinde ticaret sicil müdürlüğüne, şirkete, kendisini atayan rehin hakkı alacaklısına ve alacaklılar komitesine bildirmekle yükümlüdür. Bu raporda idari kayyım, atanmasına yol açan olayları, satım için teklif edilen malvarlığını ve şirketin herhangi bir işinin yürütülmesine veya sürdürülmesine ilişkin bilgileri, kendisini tayin eden rehlinli alacaklılara ödenecek anapara ve faiz tutarları ile imtiyazlı alacaklılara ödenecek tutarları ve şirket malvarlığının yeterli olması halinde diğer alacaklılara ödenecek tutarları içeren detaylı bilgilere yer verir³⁵⁶.

İdari kayyımın her ne kadar hazırladığı bu raporu adi alacaklılara sunma zorunluluğu olsa da onların isteklerini dikkate alma ve hatta onların görüşlerini dinleme görevi bile bulunmamaktadır³⁵⁷.

4. Alacaklılar Toplantısına Katılma Görevi

İdari kayyım raporunu hazırladıktan sonra bir kopyasını ücretsiz olarak adresleri bilinen adi alacaklılara gönderir ve en geç ondört gün içerisinde yapılması gereken alacaklılar toplantısı tarihini de belirterek alacaklıları toplantıya çağırır³⁵⁸. İdari kayyımın bu raporu toplantıdan ondört gün önce yayınlaması zorunludur (IA m. 48/3). İdari kayyımın bu toplantıya katılma yükümlülüğü de vardır. Ancak, mahkemeye müracaat ederek toplantıdan muaf tutulmasını talep edebilir³⁵⁹.

Alacaklılar toplantısında, idari kayyım tarafından veya toplantıdaki alacaklılar tarafından, idari kayyımın görevlerini yerine getirmesine yardımcı olmak üzere en az 3 kişiden oluşan bir komite kurulabilir (IA m. 49/1). Alacaklılar komitesi, idari kayyımın görevlerini yerine getirmesine yardımcı olmak için tasarlanmıştır. Ancak,

³⁵⁵ Bu üç aylık süre mahkeme kararıyla uzatılabilir (IA m.48/f.2).

³⁵⁶ Finch, Insolvency Law, s.340; Zweiten , s.448; Azmi , s.252.

³⁵⁷ Finch& Milman, Insolvency Law, s.283 ; Finch, Insolvency Law, s.340.

³⁵⁸ Finch, Insolvency Law, s. 340; Azmi , s.252.

³⁵⁹ Finch, Insolvency Law, s.355; Azmi , s.252.

alacaklılar komitesi nadiren kurulur³⁶⁰. Bu komite kurulmuşsa, komite 7 günden az olmamak kaydıyla idari kayyımın uygun bir zamanda komite toplantılarına katılmasını (IA m. 49/2) ve idari kayyım tarafından yürütülen işlerle ilgili bilgi verilmesini talep edebilir³⁶¹. İdari kayyım alacaklılar toplantısında alacaklılara rapor verirken, idari kayyımlık prosedürünün olası sonucu hakkında onları da bilgilendirir³⁶².

Öte yandan, alacaklılar komitesi, görevlerini ifa ederken idari kayyımı hiçbir şekilde yönlendirme yetkisine sahip değildir. Aciz Hizmetleri Kurumu (Insolvency Service)³⁶³, İnceleme Grubu (Review Group)³⁶⁴ tarafından 2000 yılında yayınlanan “Şirket Kurtarma ve İşletmesinin Yeniden Yapılandırılması Mekanizmalarının Gözden Geçirilmesi (A Review of Company Rescue and Business Reconstruction Mechanisms) başlıklı raporda çok az sayıda alacaklı komitesinin kurulduğu ve uygulamada idari kayyımlık prosedürünün hesap verebilirlik bakımından bir işlevinin olmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü idari kayyımın sadece kendisini atayan rehinli alacaklının çıkarını korumak görevi vardır. İdari kayyımın ne mali durumu bozulan şirketin işlerinin yürütülmesi ve yönetilmesiyle ilgili bilgi verme görevi ne de bağlılık görevi vardır. Bu durum da idari kayyımın hesap verebilirliğini ortadan kaldırmaktadır³⁶⁵.

³⁶⁰ Finch & Milman, Insolvency Law, s.294-295; Azmi, s.253.

³⁶¹ Finch , Insolvency Law, s.355; Azmi , s.252.

³⁶² Finch&Milman, Insolvency Law, s.294; Finch, Insolvency Law, s.355; Zweiten, s.449.

³⁶³ Mali sıkıntı içinde olan kişiler veya şirketleri destekleyerek, finansal suçlarla (financial wrongdoing) mücadele ederek ve alacaklıların alacaklarını en yüksek düzeyde almalarını sağlayarak ülkede ekonomik güvenin oluşmasına yardımcı olan bir Devlet Kurumudur. <https://www.gov.uk/government/organisations/insolvency-service> erişim tarihi 16.09.2020.

³⁶⁴ Ticaret ve Endüstri Örgütü (the Department of Trade and Industry) tarafından 1999 yılında kurulan bir inceleme komisyonudur. Bu örgütün adı 2007 yılında yapılan değişiklikle Yenilik, Üniversiteler ve Beceriler Örgütü (Department for Innovation, Universities and Skills) ve İş, İşletme ve Düzenleyici Reform Örgütü (Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform) olmuştur. <https://www.gov.uk/government/organisations/department-of-trade-and-industry> erişim tarihi 16.09.2020.

³⁶⁵ Finch & Milman, s.295; Azmi, s.251.

5. Sözleşmelerle İlgili Temsil Sorumluluğu

Şirket tasfiyeye girene kadar, idari kayyım şirketin kanuni temsilcisi olarak kabul edilmiştir. Temsil hükümlerine (Agency Provisions) göre, idari kayyımın yetki ve görevleri vardır. Bunların en önemlisi yönetim kurulu üyelerine yüklenmiş olan güvene dayalı sadakat ve özen sorumluluğunu temsilci olarak idari kayyım da yüklenmiş olmasıdır. Ancak idari kayyım bu güvene dayalı sadakat ve özen yükümlülüğünü şirketin malvarlığını yönetirken kullanma yükümlülüğü yoktur³⁶⁶. Bu şaşırtıcı sonuç ise şirket ile idari kayyım arasında bulunan temsil ilişkine dayanan olayların niteliğine göre farklılık gösterir³⁶⁷. Çünkü İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal)³⁶⁸, Medforth v Blake & Ors davasında idari kayyımın şirkete karşı da sorumlu olduğunu belirtmiştir. Bu sorumluluk ise idari kayyımın ticari sözleşme yapmaya devam etmesi yönündeydi³⁶⁹.

İdari kayyımın temsil yetkisinin merkezini sadakat ve bağlılık yükümlülüğü oluşturmaktadır. Ancak idari kayyımın temsilci olarak şirketin menfaatlerini dikkate alarak hareket etmek zorunda kalmayacağı durumlar da olabilir. Özellikle idari kayyım kendisini atayan rehinli alacaklının menfaatini korumaya çalıştığı durumlarda şirketin menfaatlerini feda edebilir³⁷⁰.

İdari kayyımın şirket yönetimine karşı bir bağlılık yükümlülüğü ve işlerin yürütülmesine ilişkin bilgi verme görevi yoktu. Bu sonuca temsil ilişkisini ortaya çıkaran sözleşme referans alınarak ulaşılyordu. Zira, şirket ile idari kayyım arasındaki temsil ilişkisi olağan bir temsil ilişkisi değildir. İdari kayyımın temsilci olarak atanmasına rağmen görevi kendisini atayan rehinli alacaklının menfaatine uygun hareket etmektir³⁷¹.

³⁶⁶ Finch, Insolvency Law, s.336; Armour & Frisby, s.7.

³⁶⁷ Armour & Frisby, s.8.

³⁶⁸ Teomete Yalabık, s.50.

³⁶⁹ Finch & Milman, s.285; Zweiten, s.430; Armour & Frisby, s.7; Azmi, s.250.

³⁷⁰ Finch, Insolvency Law, s.334; Armour & Frisby, s.7.

³⁷¹ Finch, Insolvency Law, s.334; Armour & Frisby, s.8.

Önceleri idari kayyımın şirkete karşı görevi, şirket malvarlığının satımında uygun bir fiyat elde etmek için makul adımlar atmasıyla sınırlıydı. Ancak, Medforth v Blake & Ors³⁷² davasında İstinaf mahkemesi tarafından bu görev değiştirilmiştir. İdari kayyım, asli göreviyle çelişmediği sürece, borçlu şirketin çıkarına uygun şekilde özen ve bağlılık yükümlülüğüne uyarak ticarete devam etmelidir. Özetle idari kayyımın birincil görevi ve sorumluluğu olan kendisini atayan rehinli alacaklının çıkarlarını korumak yanında, şirketin işine ve itibarına gereksiz yere zarar veren davranışlardan da kaçınmalıdır. Bunun yanında, idari kayyımın, imtiyazlı alacaklılara öncelik veren kanun hükümlerini dikkate alma görevi de vardır³⁷³. Bu gelişme idari kayyımın kendisini atayan rehinli alacaklıya karşı olan bağlılığını ve özenle hareket etme yükümlülüğünü de tehlikeye atmamaktadır³⁷⁴.

İdari kayyımlar sözleşme imzaladıkları zaman, şirketin temsilcisi olarak görevlerini yerine getirirler ve aksi öngörülmediği müddetçe sözleşmelerin imzalanmasından kişisel olarak sorumlu değildirler³⁷⁵. Buna karşılık, istisnai olarak, 1986 tarihli IA m. 44 f. 1 (b) de belirtildiği üzere bir hizmet sözleşmesi akdettiğinde ya da uyarladığında bunu yapan idari kayyımın kişisel olarak sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu durum birinci istisnayı oluşturur. İkinci olarak ise idari kayyımın ticari sözleşmeleri kendi adına şirket hesabına imzalaması halinde kişisel sorumluluğu gündeme gelebilir. Ancak, bu durumda idari kayyımın şirkete karşı rücu hakkı bulunmaktadır³⁷⁶. Daha önceden idari kayyımlar iş hukukundan doğan

³⁷² Bu davada küçükbaş hayvan sahibi olan Medforth çiftliği Middland Bank'a borçluydu. Middland Bankası da çiftlik sahibine kredi vermeyi kabul etmemişti. İki taraf arasında yapılan anlaşmaya göre çiftliğe bir idari kayyım atanacak ve çiftliğin tüm işleri idari kayyım tarafından yürütülecekti. İdari kayyım bu işleri yürütme görevini 4 yıl süreyle yaptı. Bu süreç esnasında çiftliğe küçükbaş hayvan tedarik eden tedarikçi ile idari kayyım arasında çiftlik için yapılan indirim müzakereleri olumsuz sonuçlandı. Yaklaşık 200.000 pound tutarında indirimden şirket idari kayyımlık usulünderken yararlanamadı. Bu durumda idari kayyımın görevi esnasında şirkete karşı iyi niyet ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği tartışmalarını gündeme getirmiştir (Medforth v Blake (1999) 3 All ER 97, (1999) BCC 771, (2000) Ch.86 s.337-8, 341-4, 354, 636-7).

³⁷³ Finch, Insolvency Law, s.334; Armour & Frisby, s.7.

³⁷⁴ Finch, Insolvency Law, s.334; Goode, Insolvency Law, s.357; Armour & Frisby, s.8.

³⁷⁵ Armour & Frisby, s.8.

³⁷⁶ Finch, Insolvency Law, s.334; Armour & Frisby, s.8; Goode, Insolvency Law, s.362.

sorumluluklarını ortadan kaldırmak için her şirket çalışanına iş sözleşmesini kabul etmediğini ve kabul etmeyeceğine dair mektuplar göndererek bu sorumluluktan kurtulmaya çalışıyorlardı. 1994 yılında bu durum değiştirildi ve anılan şekildeki standart bildirimlerin geçerliliği kaldırıldı³⁷⁷. Yeni hükme göre idari kayyımın atandığı tarihten itibaren on dört günün geçmesinden sonra iş sözleşmelerinin devam etmesi halinde idari kayyımların bu iş sözleşmeleriyle ilgili şahsi sorumluluklarının devam edebileceği kuralı getirildi³⁷⁸. Ancak, bu madde de 2015 yılında yürürlükten kaldırılmıştır³⁷⁹.

V. İDARİ KAYYIMLIK USÛLÜNÜN SONA ERMESİ

Kurtarma usûlü görevlisi olarak görevini ifa eden idari kayyımın görev süresi 1986 tarihli Aciz Yasası'nda veya 2016 tarihli Aciz Kuralları'nda (Insolvency Rules) yer alan beş adet olayın gerçekleşmesiyle erken bitebilir ve bu durumlar da idari kayyımlık prosedürünü sona erdirebilir. Bu durumlardan ilki, 2016 tarihli Aciz Kuralları r.4.19 da yer alan idari kayyımın ölümüdür. Ölüm olayı ve tarihi, en kısa zamanda ticaret siciline bildirilmelidir. Bu bildirim varsa birlikte çalıştığı diğer idari kayyım, ölen idari kayyımın temsilcisi veya idari kayyımın görev yaptığı şirket tarafından yapılır³⁸⁰. İkinci durum 1986 tarihli Aciz Yasası m.45/1 de yer alan mahkeme tarafından idari kayyımın azlıdır. Rehinli alacaklılar her ne kadar idari kayyımı atamış olsa da idari kayyımı azletme yetkileri yoktur. Üçüncü durum ise Aciz Yasası'nın m.45/f.1 de ve 2016 tarihli Aciz Kuralları r.4.18 de yer alan idari kayyımın istifasıdır (resignation). İdari kayyım, istifa tarihinden en az beş iş günü öncesinden bildirimde bulunmalıdır. Bu bildirim kendisini atayan rehinli alacaklıya, şirkete veya alacaklılar komitesine yapılır. İdari kayyım bildirimin içeriğinde istifasının yürürlüğe girmesini planladığı tarihi belirtmelidir. Dördüncü durum idari kayyımın aciz hukuku meslek mensubu olarak görev yapmayı bıraktığıdır (IA 1986 m.45/f.2)³⁸¹.

³⁷⁷ Finch, Insolvency Law, s.334; Azmi, s.241.

³⁷⁸ Finch, Insolvency Law, s.334; Armour & Frisby, s.8.

³⁷⁹ Finch&Milman, Insolvency Law, s.282; Zweiten, s.429.

³⁸⁰ Finch&Milman, Insolvency Law, s.282; Zweiten, s.455; Finch, Insolvency Law, s.340.

³⁸¹ Finch&Milman, Insolvency Law, s.282; Zweiten, s.455, dn.370; Finch, Insolvency Law, s.340.

Son durum ise idari kayyımın görevlerini ifa etmeyi bitirdikten sona ofis görevini bırakması gerekir. Görev bitmeden önce bir bildirim yapmalıdır. Bu bildirimin ondört gün içinde ticaret sicil müdürlüğüne yapılması gerekir (IA m.45/f.4 ve 2016 tarihli Aciz Kuralları r.4.20.)³⁸².

VI. İDARİ KAYYIMLIK KURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

İngiliz aciz hukukunda, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra en çok tercih edilen ve uygulama alanı bulan idari kayyımlik usûlü, tek yönlü (one-dimensional) ve bireysel (individualistic) olması ve uygulamada adaletsiz sonuçlar doğurması nedeniyle öğretilde ağır şekilde eleştirilmiştir.

Webb'e göre; rehinli alacaklıların ortak bir varlık havuzuna ilişkin talepleri varsa, idari kayyımlik usûlü şirketlerin erken ve etkili olmayan bir şekilde tasfiyeye girmelerine yol açabilir³⁸³. Bu sorun idari kayyımlik usûlünün rehinli alacaklıların menfaatleri için bireysel davranılmasına izin veren özelliğinden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde, Goode de bu sistemi eleştirerek, idari kayyımın, şirketin işlerinin devam etmesini ya da işletmenin faaliyetine devam ederek (going concern) satmasına rağmen, şirket malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi nedeniyle şirketi parçalayıp dağıtabileceğini ifade etmiştir³⁸⁴.

Sonuç olarak idari kayyımlik usûlü diğer kişilerin menfaatlerini önemsemeyen adaletsiz bir özel yeniden yapılandırma usûlü olarak görülmüştür. Bu adaletsizliğin temelinde rehinli alacaklılara tanınan, ancak diğer tarafların sahip olmadıkları menfaat vardır. Bu durum ise rehinli alacaklıların, diğer tarafların menfaati üzerinde zarar verici etki doğuracak şekilde karar verme yetkisine sahip olmalarıyla açıklanmaktadır³⁸⁵.

³⁸²Goode, Insolvency Law, s.376; Zweiten, s.455; Finch & Milman, Insolvency Law, s.282.

³⁸³ Webb D, "An Economic Evaluation of Insolvency Procedures in the United Kingdom: Does the 1986 Insolvency Act Satisfy the Creditors' Bargain ?" 1991, s.144; Kastrinou, s.78.

³⁸⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.248; Kastrinou, s.79.

³⁸⁵ Finch , Corporate Insolvency Law, s.262; Kastrinou, s.79.

Ayrıca, idari kayyım usûlünün şirket yönetimine ilişkin endişeleri artırdığı da iddia edilmiştir. Çünkü, şirket yönetimi, tüm kontrolü sadece rehinli alacaklılar yararına çalışan ve diğer tarafların menfaatlerine zarar verme potansiyeli barındıran idari kayyım bırakılmıştır³⁸⁶.

İdari kayyım usûlüne karşı en şiddetli eleştiriyi getiren yazarlardan Mokal ise, idari kayyım usûlünü sadece rehinli alacaklıların menfaatini en yüksek düzeye çıkaran, kaynak dağılımında dengesiz, gereksiz iş kayıplarına ve müsrifçe abartılı maliyete yol açan bozuk bir yapı olarak tanımlamıştır. Ayrıca bu usûlün sosyal değerleri de yıktığını ilave etmiştir³⁸⁷.

İdari kayyım usûlüne yöneltilen eleştirileri dikkate alan İngiliz Kanun Koyucusu, 2002 tarihli İşletme Yasası ile 1986 tarihli Aciz Yasası'nda bir dizi değişiklik yapmıştır. Bu eleştiriler değişimi tetiklemiş ve neticede idari kayyım usûlünün kullanımını kısıtlayan 2002 tarihli İşletme Yasası'nın (EA) yürürlüğe girmesiyle sonuçlanmıştır³⁸⁸.

Yapılan değişiklik ile IA'da sayılan belirli istisnalar dışında rehinli alacaklıların idari kayyım atama yetkisi kaldırılmıştır. Gerçekten 15 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe giren 2002 tarihli İşletme Yasası (EA), rehin hakkı sahibinin idari kayyım atamasını kısıtlayan hükümler getirmiştir. Böylece, 2002 tarihli EA m.250, 1986 tarihli Aciz Yasası (IA) m.72A'yı yenileyerek rehinli alacaklının idari kayyım atama yetkisini sona erdirmiştir. Kural, rehinli alacaklının idari kayyım atama yetkisinin bulunmadığıdır. Ancak, kanun kuralın istisnalarına da yer vermiştir. Yeni dönemde, rehinli alacaklı, IA'nın 72B-72G maddelerinde istisna olarak sayılan şirketlerden³⁸⁹ alacaklıysa, bu şirketlere idari kayyım atama yetkisine sahip olmaya

³⁸⁶ Millman D& Mond D, Security and Corporate Rescue, 1999,s.48; Kastrinou, s.80.

³⁸⁷ Mokal, Administrative Receivership and Administration-An Analysis, s.14.

³⁸⁸ Kastrinou, s.80; Frisby, s.251.

³⁸⁹ Bu istisnalar 72B den 72Gye kadar altı başlık altında sıralanmıştır. Bu sayılan istisnalar yasanın getirdiği idari kayyım atama yasağından etkilenmemiştir. Bu istisnalar şunlardır:

a-72B Sermaye Piyasalarında faaliyet gösteren ve en az 50 milyon pound tutarındaki borçları rehinle güvence altına alınmış olan, Sermaye Piyasası şirketleri,

devam edecektir³⁹⁰. Diğer bir ifade ile istisnai olarak altı başlık altında faaliyet gösteren şirketler bakımından idari kayyımlik usûlü varlığını korumuştur. Öte yandan, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce atanan idari kayyım, görevlerini 1986 tarihli Aciz Yasası (IA) hükümlerine göre sürdürecektir³⁹¹.



b-72C Kamu özel iş birliği sözleşmeleri; Kamu yararını sağlamak için akdedilmiş kamu özel işbirliği sözleşmelerinin tarafını oluşturan anonim şirketler,

c-72D, Kamu hizmeti gören anonim şirketler,

d-72E Finans Projesi; Finansman Projesi şirketlerinin en az 50 milyon pound tutarındaki borcunu rehinle güvence altına aldırılmış olan şirketler,

f-72F, 1989 tarihli Şirketler Kanuna göre kurulan, Finans Piyasası Şirketleri

g-72G, 1996 tarihli Konut Yasasına göre, Sosyal Konut İnşa eden, sosyal konut sahibi şirketler.

³⁹⁰ Goode, Insolvency Law, s.318-319; Finch , Insolvency Law, s.360; Azmi, s.240; Fletcher, s. 149; Kastrinou, s.81; Wood, s.96.

³⁹¹ Goode, Insolvency Law, s.319; Finch , Insolvency Law, s.362; Azmi, s.240; Fletcher, s. 149, dn.53; Kastrinou, s.78; Omar/Gant, s. 23.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ 4. YÖNETİM USÛLÜ (ADMINISTRATION)

I. YÖNETİM USÛLÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Birleşik Krallık aciz hukuku reformunun son yirmi beş yıldaki belirgin özelliği, kurtarma kültürünün gelişimine giderek daha fazla odaklanmış olmasıdır³⁹². Bu eğilim Sir Kenneth Cork başkanlığında Cork Komitesi'nin çalışmasıyla başlamıştır. Cork Raporunda borçlunun işinin mümkün olan her yerde devam ettirilmesi ve kazancının sürekliliğinin sağlanması önerilmiştir. İngiliz Hukukunun, sadece varlıkların, malların veya hizmetlerin satış yoluyla nakde veya alacaklara dönüştürülmesinden ziyade (realization of assets), kurumsal kurtarma için özel olarak tasarlanmış kurumsal aciz prosedürlerine sahip olmanın getirebileceği faydalar tavsiye edilmiştir³⁹³.

Hükümet, bu tavsiyelere 1986 tarihli Aciz Yasası'nda yönetim (administration) ve şirket gönüllü düzenleme (CVA) prosedürü şeklinde yeni mekanizmalar getirerek karşılık vermiştir³⁹⁴.

İngiltere'de yönetim usûlü ile tasfiye karşılaştırılabilir. Bir şirketin tasfiye haline girmesi, şirketin kuruluş amacının ve faaliyetinin sona ermesini , alacakları

³⁹² Goode, Company Law, s.851; Finch, Corporate Insolvency Law, s.383; Azmi, s.27; Boyle/Birds', Company Law, s.864; Kastrinou, s.85; Kargbo, s.29; Yeşilova, s.70.

³⁹³ Finch, Corporate Insolvency Law, s.31; Azmi, s.62; Kargbo, s.29; Fletcher, s.121.

³⁹⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, s.363; Azmi, s. 176; Walton , s.86.

tahsil edip³⁹⁵, borçların ödenmesi ve kalan varlıkların şirket pay sahiplerine dağıtılması anlamına gelir. Tasfiye sürecinin sonunda şirketin hukuki varlığı sona erer³⁹⁶.

Buna karşılık, şirketlere özgü olan yönetim usûlündeki temel amaç, borçlunun sahip olduğu malvarlığının bütünlüğü korunarak yeniden yapılandırılmasını sağlamalıdır. Bu nedenle yönetim usûlünde, tasfiyeden farklı olarak lehe olan her türlü metod kullanılabilir. Yönetim usûlünde şirket, işletmenin devamlılığı esası dikkate alınarak, bir bütün olarak ve çalışır halde, değeri üzerinden satılabilmektedir. Bunun yanında, “şirket gönüllü düzenlemesi” (CVA) veya “alacaklı düzenleme planı” (Scheme of arrangement) usûllerinin yönetim usûlüyle birleştirilerek uygulanması da mümkündür. Bu nedenle, yönetim usûlü öncelikle şirketin tamamen veya kısmen hukuki varlığını korumasını ve işletmenin faaliyetini devam ettirmesini kolaylaştırmayı amaçlayan bir kurtarma prosedürü olarak öngörülmüştür³⁹⁷. Yönetim usûlü, daha önce mevcut olan idari kayyımlik ve tasfiye prosedürlerine ek olarak 1986 tarihli Aciz Yasası’nda kabul edilmiştir. Yönetim usûlünde, mali açıdan güç durumdaki şirketlere, kurtarma paketini bir araya getirme veya alternatif olarak, şirket varlıklarının tasfiye veya idari kayyımlik usûlünde mümkün olandan daha etkili şekilde değerlendirilmesini sağlamak için bir mühlet tasarlanmıştır. Bu nedenle, yönetim usûlü sadece şirketler için geçerli olup, gerçek kişiler hakkında uygulanmaz. Yönetim usûlü, İngiliz Aciz Yasasını borçlu tipi bir sisteme taşımakta ve o yüzden ABD İflâs Yasası’nın (Bankruptcy Code) Bölüm 11’in İngiliz hukukundaki eşdeğeri olarak adlandırılmaktadır³⁹⁸.

İdari kayyımlik usûlü, bir önceki bölümde açıklandığı üzere, esasen belirli bir rehinli alacaklı için getirilen bir çözümdür. 1986 yılından önce, bir şirkete dışarıdan

³⁹⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.160; Dignam Alan & Lowry John, Company Law, 2006, s.428.

³⁹⁶ Finch, Corporate Insolvency Law, s.54; Dignam & Lowry, s.428; Boyle&Birds’ Company Law, s.904.

³⁹⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.401; McCormack Gerard, Corporate Rescue Law – An Anglo-American Perspective, 2008, s.3; Omer/Gant, s.10; Fletcher ,s.125,dn.7; Mokal, Analysis ,s.15; Samantha Renssen, Corporate Restructuring and Corporate Dissolution of Companies in Financial Distress: Ensuring Creditor Protection. A Comparison of the US, UK and Dutch Models, International Insolvency Review Volume: 26 Issue: 2 Pages: 204-228 Published: Sum 2017, s.210.

³⁹⁸ Goode, Company Law, 850; McCormack Gerard, Corporate Rescue Law, s.3; Azmi, s.269; Reinhard Bork, s.57; Kargbo, s.29.

yönetici atanmasını, varlıkların şirketin kendisi ve alacaklıların tamamının yararına elde bulundurulmasını ve bunların elden çıkarılarak iyileştirmenin sağlanmasını öngören toplu bir yeniden yapılandırma prosedürü yoktu. Dahası, bir firmanın yeniden iyileştirilmesi girişimlerinin bireysel alacaklılar tarafından engellenmesi çok kolaydı. Çünkü, idari kayyımın atanması bile bir şirketin acze düşmekten kurtarılmasını engelleyemiyordu. Aciz yasasındaki bu zayıflıkları çözmek için yönetim usûlü oluşturuldu³⁹⁹. Dolayısıyla, yönetim usûlü, yönetim fonksiyonu ve varlıkların elden çıkarılması yetkisi bakımından idari kayyımlik usûlüne benzer. Bu usûlde atanan yöneticinin yeniden yapılandırma projesini borçlunun yerine hazırlayarak, özellikle şirket yönetimindeki işlemlere katılımının zorunlu olması hüküm altına alınmıştır (IA 1986 Sch B1 m. 64). Böylece idari kayyımdan farklı olarak, artık mahkeme tarafından veya mahkeme dışı atanan yönetici, alacaklılarla borçlu arasındaki dengeyi sağlayacaktır⁴⁰⁰.

Önemle belirtelim ki, şirketin ve alacaklıların yararına olacak şekilde tasarlanan bu model, “şirket gönüllü düzenleme usûlünden” (company voluntary arrangement) ve “alacaklıların düzenleme planı” (scheme of arrangement) usûlünden farklıdır. Bu nedenle, anılan usûlde yöneticinin yetkileri ve etkisi çok önemlidir. Öte yandan yönetim usûlü, şirkete moratoryum yoluyla rahatlama sağladığı için geçici bir rejim iken⁴⁰¹ getirilen yeni düzenleme ile hedef, alacakların her ne pahasına olursa olsun ödenmesi yerine, öncelikle işletmenin kurtarılması ve yeniden yapılandırmayı takiben elde edilecek gelirle borçların ödenmesi olmuştur⁴⁰².

Tasfiyede (liquidation), tasfiye memurunun (liquidator) görevi şirketi tasfiye edip, alacakları tahsil edip borçları ödedikten sonra geriye kalan tasfiye payını pay sahiplerine dağıtmak olmasına rağmen, yönetim usûlünde durum farklıdır⁴⁰³. Mali durumu bozulan ve yönetim usûlüne alınan şirkette yöneticinin görevi, şirketin

³⁹⁹ Goode, Commercial Law, s.850; Boyle/Birds's, Company law, s.863; French/Ryan, Company Law, s.671; Azmi, s. 270; Mokal, Analysis, s.15; Walton, s.86.

⁴⁰⁰ Goode, Commercial Law, s.850; Omar/Gant, s.10; Azmi, 269; Armour&Mokal, s.1; Walton, s.90.

⁴⁰¹ Goode, Commercial Law, s.850; Finch, Insolvency Law, s.368; Omer/Grant, s.8; Azmi, s.270; Kastrinou 84; Boyle/Birds', Company Law, s.863; Walton, s.93.

⁴⁰² Boyle&Birds', Company law, s.862; Goode, s.382-383; Finch, Corporate Insolvency Law, s.363 vd.

⁴⁰³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.406 vd.; Dignam & Lowry, s.428.

servetini eski haline getirmek veya varlıkların satış yoluyla nakde ya da alacağa dönüştürülmesini sağlayarak değerini artırmak ve alacaklıların önüne teklifler sunmaktır⁴⁰⁴.Yöneticinin bu işlemleri yapabilmesi için mahkemeden yönetim emri alması ve bunun yanında mahkeme için rapor hazırlama görevi vardı. Ancak, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın B1 bölümü tarafından yönetim usûlünde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır⁴⁰⁵.Bu değişiklikler, idari kayyımlik kurumunun kaldırılmasıyla sonuçlanmış, ayrıca rehin alacaklısı (floating charge) ile şirket genel kuruluna ve yönetim kuruluna mahkeme dışı yönetici atanması yetkisi verilmiştir. Böylece, mali durumu bozulan şirkete ait malvarlığının bireysel alacaklının menfaatine olarak icra edilmesi yolu, genel olarak tüm alacaklıların yararı için toplu bir aciz prosedürüyle değiştirilmiştir⁴⁰⁶. Bu yeni hükümler temelde, şeffaflık, hesap verebilirlik ve bütün alacaklıların tatmin edilmesi (kolektivite) şeklinde üç hedefi amaçlamıştır. Söz konusu modelde kurtarma kültürü teşvik edilerek mali durumu bozulan şirketin kurtarılması ve acizden kurtulma yollarının çeşitlendirilmesi tasarlanmıştır⁴⁰⁷.

Önemle belirtmelidir ki, mahkeme izniyle, teminatsız alacaklılara dağıtım yapmak üzere yöneticiye verilen yeni yetkiler, yönetimin artık sadece geçici bir rejim olmadığı anlamına da gelebilir⁴⁰⁸. Bu nedenle, yeni rejim kapsamındaki yönetici, işletmenin devamlılığı esası dikkate alınarak, bir bütün olarak ve çalışır halde (going concern),değeri üzerinden şirketi kurtarmak ya da varlıkların, malların veya hizmetlerin satış yoluyla nakde veya alacaklara dönüştürülerek (realization of assets) alacak dağıtımını sağlamak şeklindeki iki seçenekten birini kullanabilir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.401; Finch, Insolvency Law, s.369; Azmi, s.269; Mokal, Analysis, s.16.

⁴⁰⁵ Belirli amaçlar 2002 tarihli İşletme Yasası ile eklenmiştir. 1986 tarihli Aciz Yasası Bölüm 1'de öngörülen orijinal rejim ise uygulanmaya devam etmektedir.

⁴⁰⁶ Mokal, An Analysis, s.16; Walton, s.90.

⁴⁰⁷ Leinster Steve, 'Policy Aims of the Enterprise Act', Recovery, Autumn 2003, s.27-28; Mokal, An Analysis, s.29; Walton, s.92.

⁴⁰⁸ Goode, Commercial Law,fifth edition,2009, s.893; Fletcher, s.136; QC Trower/Goodison/Abraham, Corporate Administrations and Rescue Procedures, Third edition, 2017 s.100.

⁴⁰⁹ Goode, Commercial Law, s.893; Fletcher, s.136; QC Trower/Goodison/Abraham, s.100.

II. YÖNETİM USÛLÜNÜN AMACI

A. 2002 TARİHLİ İŞLETME YASASI DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ

2002 tarihinde İşletme Yasası'nda (Enterprise Act) yapılan değişiklikten önce, 1986 tarihli Aciz Yasası uyarınca şirkete atanan yönetici, şirket malvarlığı , ilişkileri (affairs) ve işletmenin (business) yönetimi konusunda genel yetkilere sahipti (m.8). 1986 tarihli Aciz Yasası döneminde yönetim usûlünün 8.maddede belirlenen dört adet amacı vardı. Bunlar; Şirket varlığının tamamını veya bir kısmını, faaliyetine devam eden (going concern) bir işletme olarak kurtarmak; şirketin iradi düzenleme usûlüne (company voluntary arrangement) zemin hazırlamak; alacaklıların düzenleme usûlüne (scheme of arrangement) uygun olarak bir uzlaşma veya düzenleme yapılmasını sağlamak ve tasfiyeden beklenen muhtemel sonuca oranla, alacaklılar yararına ve şirket için daha avantajlı paraya çevirme yöntemlerini kullanmak olarak belirlenmişti. Yönetici yetkilerini yönetim usûlünün anılan amaçları doğrultusunda, yasal öncelik sırasına göre hızlı ve etkili şekilde kullanmalıydı⁴¹⁰.

Bu hedefler yasada birbirini takip eden sırayla düzenlenmiştir. Buna göre, yönetici, birinci hedefin makul şekilde uygulanabilir olmadığını ve daha iyi bir sonuç vermeyeceğini düşünmediği sürece ikinci veya üçüncü amaçla ilgili görevlerini yerine getiremez. Dördüncü amaca, sadece ilk üç amaçtan birinin makul şekilde uygulanabilir olmadığı düşünülürse müracaat edilir⁴¹¹. Diğer bir söyleyişle, alacaklıların çıkarları, işletmenin “bir bütün olarak” elden çıkarılmasını zorunlu kılmıyorsa, yönetici dördüncü amaca ulaşmak için görev yapar⁴¹².

İlk amaç şirketin tamamını ya da büyük bir kısmını işletmenin devamlılığı esasına uygun olarak (going concern) kurtarmaktı. Ancak, öğretilerde tartışıldığı üzere, bu amacın yönetim dilekçelerinde yer alması muhtemel olmakla birlikte, bu amacın nadiren bir yönetim usûlünün gerçek ve esas amacı olduğu iddia edilmiştir. Gerçekten de yönetim usûlünün asıl amacı neredeyse her zaman şirketi tasfiye etmeden, şirket

⁴¹⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.393; Lightman & Moss, On The Law Of Administrators and Receivers Of Companies, 2017, s.345.

⁴¹¹ Aciz Yasası 1986, Bölüm B1, madde 3 de, bir mortgage kredisinden farklı olarak, yöneticinin ne zaman satış yapılacağına ilişkin kesin bir takdir yetkisi yoktur (Tolmie , s.114; Walton, s.92).

⁴¹² Goode, Commercial Law, s.852; Boyle & Birds' Company Law, s.866-867; Azmi, s.289.

malvarlığının (fabrika binası, araç, makineler ile ticaret ünvanı ile diğer fikri mülkiyet hakları gibi), malların (taşınır ve taşınmaz mallar) veya hizmetlerin satış yoluyla nakde veya alacaklara dönüştürülmesi olduğu gözlemlenmiştir (realization of assets) ⁴¹³.

B. 2002 TARİHLİ İŞLETME YASASI DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI

2002 tarihli İşletme Yasası 1986 tarihli Aciz Yasası'nın 8. maddesinin 3.fıkrasındaki dört yasal amacı değiştirmiştir. Bu değişiklikler Yasanın Bölüm B1 3. maddesinde belirtilen amaçlarda yeniden düzenlenmiştir. Değişiklik sonrası Aciz Yasası'nın 59. maddesine göre de şirkete atanan yönetici şirketin ilişkileri, işletmesi ve yönetimini sağlamak için gerekli ve yararlı adımları atmalıdır. Bölüm B1 m. 3'e göre yönetici, yönetim usûlünün amacını yine Kanundaki öncelik sırasına göre, hızlı ve etkili şekilde gerçekleştirmelidir⁴¹⁴.

Yasanın 3.maddesinin 1. fıkrasında bu amaçlar şu şekilde sayılmıştır: Şirketi işletmenin devamlılığı esasına uygun olarak kurtarmak; şirketin tasfiye edilmesinden ziyade, şirket alacaklılarının tümünün daha iyi sonuç elde etmelerini sağlayacak şekilde düzenlemeler yapılmasını sağlamak ve rehinli ve imtiyazlı alacaklılara dağıtım yapmak için şirket malvarlığını nakde çevirmektir.

Yasanın 3. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, yönetici, yasada yer alan bu amaçların ilkinin, yani şirketin kurtarılmasının makul bir şekilde uygulanabilir olmadığını ve şirket bütün alacaklılarının menfaatine uygun olduğunu düşünüyorsa, 3. maddenin 1.fıkranın b bendinde gösterilen amaca yönelmelidir. Yasanın m.3/1.b hükmünün amacı ise şirketin tasfiye edilmesinden ziyade, şirket alacaklılarının tümünün daha iyi sonuç elde etmelerini sağlamaktır.

Yönetici, Yasanın 3. maddesinin 4.fıkrasını, yukarıda da belirtilen yasanın 3.maddesinin 1.fıkrasının a ve b bentlerindeki amaçlardan herhangi birinin gerçekleştirilmesinin makul ölçüde mümkün olmadığı durumlarda, alacaklıların menfaatlerine gereksiz yere zarar vermiyorsa uygulayacaktır. Böylece, yönetici sadece

⁴¹³ Azmi, s.289; Dignam&Lowry, s.392; Fletcher, s.125, dn.7; Mokal, An Analysis, s.16; Walton, s.92.

⁴¹⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.395; Trower/ Goodison/Abraham/Shaw, s.99; Azmi, s.290.

bu şartlar varsa, 3.maddenin birinci fıkrasının c. bendindeki amacı, yani şirket malvarlığının nakde çevrilmesi amacını gerçekleştirmeyi tercih edecektir.

1986 tarihli Aciz Yasası, şirkete atanan yöneticiye, mümkün olduğu kadar hızlı ve verimli şekilde şirketin bütün alacaklılarının menfaatini sağlama görevini vermiştir (m.3/2)⁴¹⁵.

Yeni dönemde de kanun koyucu, şirket malvarlığının tamamını veya bir kısmını, faaliyetine devam eden bir işletme olarak kurtarmayı, yönetim usûlünde gerçekleştirilmesi gereken ilk amaç olarak tercih etmiştir. Bu amaç, şirketin boş bir paravan/naylon şirket (an empty corporate shell) olarak korunmasından ziyade, şirketin faaliyetlerinin korunmasını sağlayacaktır ⁴¹⁶.

Bu noktada yapılan tartışmalar parlamentodaki yasalaşma sürecinde de devam etmiştir⁴¹⁷. Buna göre, işletme faaliyeti devam etmeyen ve hiçbir aktife sahip olmayan şirketin kurtarılması anlamsızdır. Diğer bir deyişle, şirketin işletmesinin bütünüyle kurtarılması, genel ekonomi açısından, işçilere ve işletmenin satışından elde edilecek gelirden veya gelecekteki kârdan alacaklılara ödenebilecek tutardan daha faydalı olacaktır. Önemle belirtilmelidir ki, şirketin faaliyetine devam edebilecek şekilde kurtarılması asıl olandır. Şirketi, faaliyetine devam etmeyen boş/naylon bir şirket olarak kurtarmak amaçlanmaz. Hükümet de şirketi faaliyetine devam eden şekilde, bir bütün olarak kurtarılmasını desteklemiştir. Hükümete göre, şirketin kurtarılması alacaklıların çıkarlarına zarar veriyorsa yöneticiden şirketi kurtarması beklenemez⁴¹⁸.

1986 tarihli Aciz Yasası'nda 2002 tarihli İşletme Yasası ile yapılan değişiklik sonrası şirketin kurtarılmasının mı (rescue of company) yoksa işletmenin kurtarılmasının mı (rescue of business) tercih edileceği tartışma konusu olmuştur⁴¹⁹. Bu tartışmalar, İşletme Yasası uyarınca yapılan reformun odak noktasını

⁴¹⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.401; Finch, Corporate Insolvency Law, s.443-445; Lightman & Moss, s.345.

⁴¹⁶ Boyle & Birds' Company Law, s.867.

⁴¹⁷ Boyle & Birds' Company Law, s.867; Azmi, s.290.

⁴¹⁸ Boyle & Birds' Company Law, s.867.

⁴¹⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.403; Zweiten, s.484; Azmi, s.291.

oluşturmuştur. Yasanın 3. maddesinin ilk fıkrası uyarınca şirketin işletmenin devamlılığı esas alınarak kurtarılması (going concern) ilk derecede öneme sahiptir. Eğer yönetici şirketi kurtarma faaliyetinin mantıklı bir şekilde uygulanabilir olmadığını düşünüyorsa, şirketi tasfiye etmek yerine yönetici tüm alacaklıların menfaatine olacak şekilde davranmalıdır. Yönetici bu amaçları yerine getirirken şirketin tüm alacaklılarının yararını düşünmeli, hızlı ve etkili şekilde hareket etmelidir⁴²⁰.

Yönetim usûlünün amacı ile ilgili olarak öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, yönetim usûlünün amacı ile ilgili hükmün temelini şirketi kurtarmaya yönelik olduğunu vurgulamışlar ve şirketin menfaatinin korunmasında en önemli düzenleme olduğunu savunmuşlardır. Uygulamada bu durum yöneticinin bazı stratejileri göz önüne almasını gerektirir. Bu stratejiler şirketi bir bütün olarak kurtarmaya yönelik olarak, aynı işgücüyle (workforce) ve aynı çalışanlarla faaliyete devam edilerek işletmenin kurtarılmasını sağlar. Bu kurtarma “şirketin iradi düzenlemesi usûlü “(CVA) ile “alacaklıların düzenleme planı usûlünü” (SA)’ de içinde barındıran bir kurtarma yöntemidir⁴²¹. Buna karşın, yönetim usûlünün amacı şirketin işletmesini satıp, şirketi boş bir şirket olarak, yani faaliyetine devam etmeyen bir şirket olarak kurtarmak değildir. Öte yandan, şirket kurtarma (rescue company) mantıklı olsa bile, yönetici bu konuda farklı bir düşünceye sahipse, şirket alacaklılarının menfaatlerini daha iyi bir şekilde karşıladığı takdirde, şirketin iradi düzenlemesi (CVA) veya alacaklıların düzenleme planı kurumu (SA) gibi usûlleri tercih edebileceği gibi, işletmenin satılmasını da tercih edebilir⁴²².

Şirketin işletmesinin (going concern olarak) satılması da yönetim usûlünün 3. maddesinin 1.fıkrasının b bendini karşılar. Çünkü, anılan amaç şirketin değerini artırır⁴²³. Bu durum kanuni bir gerekliliktir. Bu zorunlu görev alacaklıların çıkarlarını en yüksek düzeye çıkarmak (maximization) için şirketi going concern olarak, yani işletmesiyle beraber satılmasıdır. Ayrıca, şirketin satılması alacaklıların daha yararına

⁴²⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.403; Zweiten, s.482; Azmi, s.291.

⁴²¹ Azmi, s.291.

⁴²² Goode, Corporate Insolvency Law, s.402; Zweiten, s.484; Azmi, s.291.

⁴²³ Zweiten, s.484; Azmi, s.291.

sonuç doğurabilir. Bundan dolayı, yasanın 3.maddesinin 3.fıkrası uyarınca bu usûl İngiliz Aciz Hukukundaki geleneksel alacaklı odaklı (creditor-oriented) yaklaşımına uygundur. İngiliz Hükümeti, ABD Bölüm 11’ deki borçlu odaklı yaklaşımı uyarlamayı amaçlamasına rağmen İngiliz Hukuk sistemi Amerikan Hukukundaki Bölüm 11’den oldukça uzaktır⁴²⁴.

Değişiklik sonrası finansal zorlukla karşılaşan şirketin sona ermesi, şirketi kurtarmadan ziyade, şirket işletmesinin işletmenin devamlılığı esasına göre (going concern olarak) satılması şeklinde gündeme gelen tartışmalar vardır. Fakat, bunu yapmak için, şirket malvarlığının rehinli alacaklılar için kullanılması gerekir. Bu durum, rehinli alacaklıların güvencelerinin (creditors’ wellbeing) devam edeceği anlamına gelir. Çünkü, şirketi tasfiye etmekten ziyade, şirket işletmesinin satışı alacaklılar yararına olacaktır ve şirket işletmesi (business) varlığını koruyacaktır⁴²⁵.

Kanunda belirtilen amaçların gerçekleştirilmesinde, aciz hukuku meslek mensuplarının (yönetici ve idari kayyım olan) tecrübeleri önemlidir. Bunların asıl vazifeleri şirketi tasfiye ettirmekten ziyade, alacaklıların menfaati için şirketi kurtarmaktır⁴²⁶. Şirketi kurtarmak normalde elde edilmesi kolay bir amaç değildir. Bu amaca ulaşmak hem maliyetlidir hem de zaman alır. Oysa şirketin veya işletmenin satılması basit, daha hızlı ve ucuzdur. Bu nedenle, uzun ve pahalı bir kurtarma paketi yerine, hızlı bir satışla bütün alacaklıların dengeli şekilde alacaklarına kavuşması beklenebilir. Değişikliğe yarayan yönetim usûlü, alacaklılar veya mahkeme tarafından uzatılmadıkça bir yıl içerisinde tamamlanmalıdır⁴²⁷. Belki de bu amaç, alacaklıların menfaati için yasada yer alan diğer amaçlara kıyasla daha önemlidir.

Aciz Yasası’nın B1 bölümünün üçüncü maddesinde yer alan amaçlar incelendiğinde, yeni getirilen düzenlemeler, rehinli alacaklıların menfaatlerini ikincil (tali) şekilde dikkate almıştır. Bu nedenle, yönetim usûlünde şirketin kurtarılması ve bütün alacaklıların menfaatlerinin korunması zorunludur. Ortaya çıkan bu durum

⁴²⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.395; Azmi, s.292.

⁴²⁵ Finch, Corporate Insolvency Law, s.445; M.Simmons, ”Some reflections on Administrations” 2004, s.427; Azmi, s.293.

⁴²⁶ Finch, Corporate Insolvency Law, s.445; Azmi, s.293.

⁴²⁷ Azmi, s.293.

karmaşıktır, çünkü farklı alacaklıların çıkarları çatışabilir ve alacaklıların çıkarlarını dengelemek güç bir iştir. Örneğin yönetici, rehinli ve adi alacaklıların yarışan çıkarlarıyla karşı karşıya kalabilir. Yönetici, bu çatışmayı çözmek ve şirketin kurtarılmasını sağlamak için, rehinli alacaklının alacağının teminatını oluşturan malvarlığını kullanabilir. Yöneticinin, ister rehinli alacaklı (floating charge) isterse diğer rehinli alacaklılar (non-floating charge)⁴²⁸ tarafından atanmış olsun, bütün alacaklıların menfaatlerine gereksiz yere zarar vermeden hareket etmelidir⁴²⁹. Zira, yönetici rehinli alacaklı ya da diğer rehinli alacaklı tarafından atanmış olsa bile, bütün alacaklıların menfaatine uygun olarak ve onlara gereksiz yere zarar vermeden hareket etmek zorundadır. Bu durum idari kayyımlik usûlünde farklıdır. Rehlinli alacaklı tarafından atanan idari kayyım yönetim usûlünün başlamasına engel olabilir ve rehinli alacaklılar ayrıcalıklardan istifade edebilir. Çünkü, idari kayyımın birincil (ilk) görevi kendisini atayan rehinli alacaklının menfaatini korumaktır. Görünen odur ki, yeni yönetim usûlü şirketin kurtarılmasının mümkün olmadığı durumlarda rehinli alacaklıların alacaklarını öncelikli olarak tahsil edebilmeleri amacını gütmektedir⁴³⁰. Zira, yönetici ikinci amaca ulaşamadığında üçüncü amacı gerçekleştirmek için şirketin malvarlığını nakde çevirecek , rehinli ve imtiyazlı alacaklılara öncelikli olarak dağıtım yapacaktır. Tüm bu durumlarda, yönetici, şirket alacaklılarının tümünün menfaatini korumakla ve gereksiz yere bu alacaklara zarar vermemekle yükümlüdür⁴³¹.

III. YÖNETİCİ (ADMINISTRATOR) ATANMASI

A. GENEL OLARAK

1986 tarihli Aciz Yasası'na 2002 tarihli İşletme Yasası ile eklenen Bölüm B1 (Schedule B1)'in 1.maddesinin 1.fikrasına göre şirkete atanan yönetici, şirketin

⁴²⁸ 1986 Tarihli IA Bölüm B1 Md.71'e göre non floating charge olarak adlandırılan diğer bir rehin türü şirket malvarlığının elden çıkarılmasından elde edilen net gelir ile bu malvarlığının piyasa değeri üzerinden satımı durumunda mahkeme tarafından belirlenen satış tutarının üzerine eklenmesi gereken paranın üzerinden elden edilen rehin türüdür (Goode, Insolvency Law, s.449; Zweiten, s.535).

⁴²⁹ Azmi, s.293.

⁴³⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.404; Azmi, s.293; Finch, Corporate Insolvency Law, s.442.

⁴³¹ Azmi, s.294.

durumunu düzeltmek, işletmesini ve malvarlığını yönetmek için kanundaki şartlar altında atanan kişi anlamına gelmektedir. Atama yapıldığında şirket de yönetim usûlüne girmiş olur. 1986 tarihli Yasa'da yöneticiyi atama yetkisi sadece mahkemede⁴³² iken, 2002 tarihli İşletme Yasası'nda bu usûl değiştirilmiş; zor işleyen ve yöneticilik kurumundan bekleneni sağlamayan yapı terk edilerek, mahkeme dışı yönetici atanmasına da olanak tanınmıştır⁴³³. Yeni yürürlüğe giren hükümlere göre, bir şirkete yönetici atanması üç yolla gerçekleştirilebilir. Yönetici, mahkeme emriyle (m. IA 10-13), rehinli alacaklı tarafından (IA m.14-21) ve 22. madde de belirtildiği üzere şirket⁴³⁴ genel kurulu ve yönetim kurulu (company of directors) tarafından atanabilir (IA m.22-34).

Yönetici, bu usûlde en önemli rol üstlenen kişidir. 1986 tarihli Yasaya kadar yöneticinin mesleki niteliği, becerisi ve etik standardı konusunda bir düzenleme yoktu. O yüzden özel bir nitelik, deneyim ve eğitim aranmadan herkes yönetici olabilirdi⁴³⁵. Yeni yasayla yöneticinin meslek standardı tanımlanmış ve taşınması gereken özellikler sayılmıştır. Buna göre yönetici yalnızca gerçek kişi olabilir. Ayrıca, yönetici atanacak kişinin aciz hukuku meslek mensubu ve uygulayıcısı olması zorunludur⁴³⁶. Bu durum Ekonomi Bakanlığı'ndan veya bir meslek veya standart organizasyonundan alınmış bir belgeyle ispat edilmelidir⁴³⁷. Söz konusu belgenin geçerlilik süresi üç yıldır.

⁴³² 2002 tarihli düzenleme öncesine ilişkin açıklamalar için bkz. Clarke, s.50; Taşpınar Ayyaz, s.178-179.

⁴³³ Finch, Insolvency Law, s.380-381; Goode, Corporate Insolvency Law, s.389; Boyle&Birds' Company Law, s.870; French/Ryan, Company Law, s.670; Azmi, s.290; Kastrinou, s.86; Wood, s.72; Renssen S, s. 210; Armour&Mokal, s.4.

⁴³⁴ Burada şirket terimi şirketin pay sahiplerinin (shareholders) oluşturduğu genel kurulu ifade eder (Goode, Corporate Insolvency Law, s.417).

⁴³⁵ Yöneticinin profesyonel bir meslek mensubu olarak geçirdiği evreyi ve sahip olması gereken özellik ve nitelikleri hakkında bkz. Finch, Corporate Insolvency Law, s. 175 vd; Xie Bo, Role of Insolvency Practitioners in the UK Pre-Pack Administrations: Challenges and Control, International Insolvency Review, Volume: 21, Issue: 2, Sum:2012, s.85-103.

⁴³⁶ Finch, Corporate Insolvency Law, s.231; Xie Bo, s.89; Renssen, s.210.

⁴³⁷ Finch, Corporate Insolvency Law, s.231-37; Adebola, s.247; Armour John&Mokal Rızwan, The New UK Corporate Rescue Procedure - The Administrator's Duty to Act Rationally, 2014, s.1.

Yönetici görevinin ifası sırasında vereceği zararlara karşılık 250.000 sterlin teminat göstermelidir. Ayrıca, yönetici hakkında kişisel iflâs kararı verilmemiş olmalıdır⁴³⁸.

1986 tarihli Yasa'nın 5. maddesine göre mahkeme emri olsun veya olmasın şirkete atanan yönetici, mahkemenin bir görevlisidir. Aynı Yasanın 69.maddesine göre ise, yönetici görev ve yetkilerini icra ederken şirketin temsilcisi olarak hareket edecektir. Genel hukuk prensiplerine göre, temsilci, şirket adına yaptığı sözleşmelerden sorumlu olmaz. Bu doğrultuda, yönetici kanunda aksi öngörülmediği müddetçe akdettiği sözleşmelerden kişisel olarak sorumlu değildir. Bununla birlikte, bazı durumlarda mahkeme yöneticiyi akdettiği sözleşmelerden sorumlu tutabilir⁴³⁹.

Yöneticinin aynı zamanda mahkemenin bir görevlisi olması ona bazı yükümlülükler getirir. Ex P James kuralında olduğu gibi, yönetici mahkemeye karşı görevlerini yerine getirirken dürüst olmalıdır. Şirket işlerinin ve malvarlığının yönetiminde bağımsız ve tarafsız davranmalıdır. Ek olarak bu görevleri yerine getirirken hızlı ve sorumlu hareket etmelidir. Bu yetkilerini, yönetim usûlünün amacını gerçekleştirmek için hızlı ve etkili bir şekilde hareket ederek kullanmalıdır (m.4)⁴⁴⁰.

Ex P James kuralı dürüst davranma görevi (duty not to act dishonourably), olarak bilinir. Mahkemenin bir görevlisi olarak yönetici, dürüst ve adaletli davranmakla yükümlüdür. Yönetici de diğer insanlar gibi dürüst, onurlu ve asil (high-minded way) davranmalıdır.

Öte yandan, mahkeme yöneticiye, sadece yöneticinin kendisine başvurduğu durumlarda değil, aynı zamanda 1986 tarihli Yasanın 43. maddesinde belirtilen işlemleri gerçekleştirmek için izne ihtiyaç duyan alacaklı veya pay sahiplerinin başvurması durumunda da talimatlar verebilir⁴⁴¹.

⁴³⁸ Finch, Corporate Insolvency Law, s. 90 dn.64; Armour & Mokel, s.1; Wood, s.114; Xie Bo, s.95; Taşpınar Ayvaz, s.180.

⁴³⁹ Mahkeme 1990 yılında Astor Chemicals Ltd v Synthetic Technology Ltd (1990) davasında yöneticiyi akdettiği sözleşmelerden sorumlu tutmuştur (Boyle & Birds' Company Law, s.884).

⁴⁴⁰ Lightman & Moss, s.339-340; Trower, s.114.

⁴⁴¹ Trower, s.114.

B. MAHKEME EMRİYLE ATAMA

Yeni düzenleme sonrası, mahkeme emrine gerek olmadan rehinli alacaklı, şirket genel kurulu ya da yönetim kurulu tarafından alınan bir kararla yönetici atanması kural olmakla birlikte, mahkeme kararı ile yönetici atanması da hala mümkündür. Çünkü yönetim usûlü, mahkeme dışı başvuru yapamayan kişiler veya başvurusu diğer hükümlere göre reddedilen kişiler tarafından talep edilebilir. Yönetici tayin etmek için mahkemeye başvurunun uygun olacağı durumlar arasında, yöneticinin satış teklifleri için mahkeme onayının alınmak istenmesi veya yabancı mahkeme kararını tanıma başvurusunun talep edilmesi de bulunmaktadır⁴⁴².

1. Şartların Yerine Getirilmesi

a. Talepte Bulunma

Yöneticinin mahkeme emriyle atanması için kanunda gösterilen yetkili kişiler tarafından talepte bulunulması gereklidir (IA m. 12). Bu maddeye göre, bir yönetim başvurusu sadece şirket genel kurulu , şirket yönetim kurulu , şirketin bir veya daha fazla rehinli alacaklısı veya iradi düzenleme modelinin (CVA) danışmanı (supervisor)⁴⁴³ tarafından yapılabilir. Buna karşılık, ortakların ferdi olarak yönetici atanmasını talep hakkı bulunmamaktadır.

b. Atamanın Esasa İlişkin Şartları

Mahkeme ancak, kanunda sayılan şartları sağladığı takdirde, bir şirkete yönetici atanmasına karar verebilir. Bunun için Kanunda şirket borçlarını ödeyemiyor veya gelecekte ödeme ihtimali bulunmaması ya da yönetici atama emrinin, yönetimin amacının başarıya ulaşmasının yüksek ihtimal dahilinde olduğuna dair emarelerin var olması⁴⁴⁴ gerekir. Fakat, rehinli alacaklıların başvurusunun 1986 tarihli Aciz Yasası'nın 14.maddesine uygun bir başvuru olduğunun mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde, ilk şarttan vazgeçilebilir⁴⁴⁵.

⁴⁴² Zweiten, s.505; Abeyratne, Mahawatfege Don Hemantha Niranjana, Corporate Rescues – A Comparative Study Of The Law And Procedure In Australia, Canada And England, Phd Thesis,1995, s.149.

⁴⁴³ Zweiten, s.507; Goode, Corporate Insolvency Law, s.422; Azmi, s.274; Fletcher, s.141.

⁴⁴⁴ Boyle&Birds' Company Law, s.873; Kargbo, s.31.

Şirketin mevcut borçlarını ödemekten aciz halinin ne anlama geldiği, Aciz Yasası'nın 123.maddesine göre değerlendirilmelidir. Mahkemelerin, şirketin borçlarını ödemekten aciz haline düşme olasılığını kabul etmesine dair şart, kanun metninin sonucudur. Bu sebeple, gelecekte aczin meydana gelmesi, gelmemesinden daha muhtemeldir ve gelecekteki aczin meydana gelmesi şirketin tasfiyeye gireceğine dair yeterli emare teşkil etmez ⁴⁴⁶.

2. Atama Kararı

Mahkemece, yönetim usûlünün amacına ulaşma ihtimalinin yüksek olması durumunda, yönetici atanmalıdır⁴⁴⁷. Atama emrinin oluşturulması isteğe bağlıdır ve mahkemenin bu konudaki takdir yetkisi geniş ve genel niteliktedir. Öyle ki, herhangi bir özel durumda, Kanundaki iki ön koşulun yerine getirilmesi için bir yönetici atanmasına karar verilirken çok sayıda faktör göz önünde bulundurulabilir⁴⁴⁸. Mahkeme, yaptığı değerlendirmeden sonra şirketin yönetim usûlüne alınmasına karar verirse, ayrıca usûlü yönetecek bir yöneticiyi kendisi tayin edecektir.

C. MAHKEME EMRİ OLMADAN ATAMA

1. Rehinli Alacaklı Tarafından Yönetici Atanması

Yönetim usûlünde geçerli olan esas atama yöntemi, 2002 tarihli Yasayla getirilen ve Yasanın 14.maddesinde belirtilen “rehinli alacaklı tarafından yapılan” mahkeme dışı atamadır. Bunun yanında, yönetici, şirket genel kurulu⁴⁴⁹ veya yönetim kurulu tarafından, mahkeme emri olmadan da atanabilir. Yöneticinin bu durumda da şirketle ilgili bir aciz hukuku meslek mensubu olarak görev yapması gerekir. Ancak, rehinli alacaklılar tarafından atanan kişinin yani yöneticinin seçimine mahkeme tarafından onay verilmesi şarttır (IA m.18). Ayrıca, rehinli alacaklının mahkeme dışı yönetici atayabilmesi için yönetim usûlüne alınmak istenen şirketin, tasfiye halinde

⁴⁴⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.421; Boyle&Birds' Company Law, s.873; Kastrinou, s.86.

⁴⁴⁶ Zweiten, s.506; Goode, Corporate Insolvency Law, s.422; Boyle&Birds', Company Law, s.873; Kargbo, s.33; Adebola, s.242; Tolmie, s.106; Azmi, s.274.

⁴⁴⁷ Zweiten, s. 506; Tolmie , s.108; Adebola, s.243; Kastrinou, s.89; Azmi, s.274.

⁴⁴⁸ Zweiten, s. 506; Goode, Corporate Insolvency Law, s.421; Azmi, s.274.

⁴⁴⁹ Zweiten, s. 506; Boyle&Birds', Company Law, s.871; Armour& Mokal, s.5.

olmaması veya bu şirkete daha önce yönetici veya idari kayyım atanmamış olması da zorunludur (IA m. 17)⁴⁵⁰.

Yönetim usûlündeki yöneticinin, idari kayyımdan farklı yetki ve görevleri vardır. Buna rağmen, ikisinin de ortak yetkisi imtiyazlı ve rehinli alacaklılara paraların dağıtımını yapmaktır. Dağıtım yapma yetkisi ile yöneticiyi atayan kişinin rehinli alacaklı olduğu durumda idari kayyımlık usûlü ile yönetim usûlü benzerlik gösterir. 2002 tarihli Yasayla getirilen reform niteliğindeki değişiklikler, “dönüşüm/değişim (transmutation)” durumuna işaret eder. Diğer bir deyişle, yeni hükümlerin, idari kayyımlık usûlünü sona erdirmesinden ziyade, “yönetim” ile “idari kayyımlık” usûllerini birleştirmesinden veya birbirine dönüştürmesinden söz etmek daha isabetli olur⁴⁵¹. Hemen belirtmek gerekir ki, 2002 tarihli değişiklik sonrasında rehinli alacaklılar halen daha yönetici yerine, idari kayyım atayabilmektedirler⁴⁵².

Mahkeme dışı yöneticinin atanma usûlü, 1986 tarihli Yasanın 14. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede rehinli alacaklının yönetici atamaya yetkili olduğu ve aynı zamanda idari kayyım atayabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, rehinli alacaklı, şirket için bir yönetici atama niyetini önceden bildirmek zorunda değildir. Yine bu bağlamda rehinli alacaklının yönetici ataması, idari kayyım atamasıyla benzerlik gösterir. Rehlinli alacaklının borçlu şirket için idari kayyım atama niyetini önceden bildirmesi zorunlu değildir ve bu bildirimin zorunlu olmaması nedeniyle halen sayılan istisnai hâllerde, idari kayyım atanması mümkündür. İngiliz Hukukunda bu ön bildirim zorunluluğunun bulunmamasına karşın diğer yargı sistemlerinde örneğin Kanada da kanuni bir bildirim yükümlülüğü vardır⁴⁵³.

Bir şirkette birden fazla rehinli alacaklı olabilir. Bu durumda yöneticiyi atama yetkisi önceki sırada yer alan rehinli alacaklıya veya kendi aralarında yaptıkları anlaşma gereği öncelik hakkına sahip rehinli alacaklıya aittir (IA m.15/2-a-b). Sonraki sıradaki rehinli alacaklının yönetici tayin edebilmesi için kendinden önceki rehinli

⁴⁵⁰ Azmi, s.279.

⁴⁵¹ Boyle& Birds’ Company Law, s.871.

⁴⁵² Bu istisnalar 2.bölümde idari kayyımlık usûlünün değerlendirilmesi başlığı altında detaylı olarak ele alınmıştır.

⁴⁵³ Boyle &Birds’ Company Law, s.871-873; Lightman & Moss, s.193-197.

alacaklıya yazılı olarak iki işgünü içinde bildirimde bulunması ve onların yönetici atamasını talep etmesi gerekir (IA m.15/1-a). Önceki sırada bulunan rehinli alacaklıların bu süre içerisinde yönetici atamaması halinde atama yetkisi bildirimde bulunan rehinli alacaklıya geçer. Sonraki sıradaki rehinli alacaklının yönetici atayabileceği diğer bir istisnai hâl ise, kendinden önceki rehinli alacaklılardan yazılı onay alması durumudur (IA m.15/1-b). Bu şartlar sağlanmadığı takdirde sonraki rehinli alacaklının yönetici ataması mümkün değildir⁴⁵⁴.

2. Şirket Genel Kurulu ve Yönetim Kurulu Tarafından Yönetici Atanması

1986 tarihli Aciz Yasası, 22. maddesinin mahkeme dışı yönetici atama yetkisini, şirket genel kuruluna⁴⁵⁵ ve şirketin yönetim kuruluna vermiştir⁴⁵⁶. Yöneticinin bu durumda da şirketle ilgili bir aciz hukuku meslek mensubu olarak görev yapması gerekir. Ancak, aşağıdaki şartlar olmadan ne şirket genel kurulu ne de yönetim kurulu bir yönetici atayabilir. Bu kişiler tarafından atanan kişinin seçimine mahkeme tarafından onay verilmesi şarttır (IA m.27).

1- Şirket genel kurulu veya yönetim kurulu, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın B1 bölümü 14'üncü maddesi uyarınca idari kayyım (administrative receiver) veya yönetici (administrator) atama hakkı olan rehinli alacaklıya (floating charge) en az beş iş günü içinde yazılı bildirimde bulunmak (IA m.26) şartıyla, yönetici atamaya yetkili olur⁴⁵⁷. Maddede şirketin mallarının tamamında ya da bir kısmı üzerinde teminata sahip olan alacaklıların bu yetkiye sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir (IA m.14/3).

2- Şirket genel kurulu ve yönetim kurulu bildirim süresinin sona ermesinden önce bir atama yapmak isterlerse, ihbarda bulunulan herkesin yazılı onayını almak gereklidir.

⁴⁵⁴ Boyle & Birds' Company Law, s.872; Lightman & Moss, s.192.

⁴⁵⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.417; Zweiten, s.50; Boyle&Birds' Company Law, s.871; Armour& Mokal, s.5.

⁴⁵⁶ Walton, s.92.

⁴⁵⁷ Boyle&Birds' Company Law, s.871; Goode, Corporate Insolvency Law, s.417; Armour&Mokal, s.5; Walton, s.83.

3- Yönetim usûlüne alınmak istenen şirketin tasfiyesi için mahkemeye dilekçe verilmişse veya yönetim başvurusu yapılmışsa ya da şirket idari kayyımlık usûlündeysse, 22. maddeye göre şirkete mahkeme dışı yönetici atanması mümkün değildir (IA m.25)⁴⁵⁸.

Yönetici atanması, bu işlemin mahkemeye bildirilmesinden en geç on gün içinde yapılmalıdır. Yönetici, şirket genel kurulu veya yönetim kurulu tarafından yapılan bir önceki atamanın sona erdiği tarihten başlayarak oniki ay boyunca atanamaz. Eğer şirket hakkında, son oniki ay içinde “şirketin iradi düzenlemesi” (company voluntary arrangement) usûlü uygulanmış veya şirket henüz tasfiye edilmediği için küçük bir şirket olarak moratoryuma konu olmuşsa, mahkeme dışı yönetici ataması gerçekleştirilemez⁴⁵⁹.

Yasada yer alan kısıtlamalar, bazı kötü niyetli şirketlerin ve şirket yönetim kurulunun moratoryum prosedürlerini alacaklıların aleyhine olacak şekilde sürekli kullanmalarını engellemek için gerekli bir önlem olarak görülebilir. Bu süreçte şirket her daim mahkeme emriyle yönetim usûlünü başlatabilir. Ancak, mahkeme dışı atama yolunu şirketin genel kurulu kullanamaz⁴⁶⁰.

D. YÖNETİM USÛLÜNÜN BAŞLAMASI VE MOROTARYUM

Mahkemeye, yönetim usûlünün başlatılması için yapılan talepte (IA m.10-13) veya mahkeme dışından yönetici atanarak yönetim usûlün başlatıldığı ve onayın verilmesinin talep edildiği hallerde (IA m. 18 ve m. 27), başvurunun nedenleri ile ödeme güçlüğüne ortaya çıktığını belgeleyen ayrıntılı rapor açıklanmalı ve gerekli belgeler dilekçeye eklenmelidir. Ayrıca, rapora mümkünse şirketin finansal durumu ile alınan yasal teminatlar da eklenmelidir. Mahkemenin karar vermesine yardımcı olacak yaklaşık bir plan sunulmalıdır⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Azmi, s.285.

⁴⁵⁹ Boyle&Birds’ Company Law, s.874.

⁴⁶⁰ Boyle&Birds’ Company Law, s.873; Lightman&Moss, s.198-199.

⁴⁶¹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.420; Boyle&Birds’ Company Law, s.880; French&Ryan, Company Law, s.674; Azmi , s.300.

Mahkeme dışı yönetim usûlüne onay verilmesinin talep edildiği durumlarda, atama bildirimi yönetici olarak atanan kişiyi tanımlamalı ve yöneticinin beyanıyla mahkemeye sunulmalıdır (IA m.18/3, m.28/3). Bu beyanda yöneticinin atamaya onay verdiği, kendi görüşüne göre yönetim amacının makul bir şekilde yerine getirilebileceği, iyileştirme şansının bulunduğu ve bu usûlün neden gerekli olduğu açıklanır. Kısaca, yönetici hazırladığı bu beyanda, yeniden yapılandırmanın amacını ortaya koymalı, gerekçelendirmeli ve şirketin yaşayabilmesi için yeterli materyale sahip olduğunu açıklamalıdır⁴⁶². Mahkeme, dilekçenin verilmesinden makul süre sonra, talepte bulunan kişinin sunmuş olduğu belge, rapor ve planın bir örneğini bilgilendirmek üzere ilgililere gönderir⁴⁶³.

Mahkeme tarafından yönetici atandığında dilekçenin verilmesiyle, mahkeme dışı atamada ise dilekçenin kanunun aradığı belgelerle birlikte mahkemeye sunulmasıyla geçici moratoryum (interim moratorium) otomatik olarak devreye girer (IA m.44). Moratoryum, rehinli ve imtiyazlılar da dahil olmak üzere bütün alacaklılar için bir durma etkisi meydana getirir⁴⁶⁴. Moratoryum süresince idari kayyım atanamaz ve şirketin tasfiyesini amaçlayan hiçbir karar uygulanamaz. Ayrıca, bu aşamada henüz karara bağlanmamış bütün davalar ile icra takipleri durur. Ancak, mahkeme veya yönetici, bazı hallerde buna istisna tanıyabilir. Bu istisnalar yasanın 43.maddesinde, şirket malvarlığı üzerinde teminat verilebilmesine ve finansal kiralama sözleşmesi (hire-purchase agreement) uyarınca kiralanan malların sahibine iadesi olarak gösterilmiştir⁴⁶⁵. Böylece hareket alanı daralan alacaklılar müzakereye davet edilirler⁴⁶⁶.

⁴⁶² Goode, Corporate Insolvency Law, s.422; Boyle&Birds' Company Law, s.881; French&Ryan, Company Law, s.672.

⁴⁶³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.424; French&Ryan, Company Law, s.673; Walton, s.94.

⁴⁶⁴ Finch, Insolvency Law, s.385; Goode, Corporate Insolvency Law, s.423; Boyle&Birds' Company Law, s.876-877; Kastrinou, s.88; Azmi, s.299.

⁴⁶⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.426; Kastrinou, s.89; Boyle &Birds' Company Law, s.877; Azmi, s.300.

⁴⁶⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.437; Boyle&Birds' Company Law, s.877; Kastrinou, s.88; Azmi, s.301-302; Fletcher, s.144.

Mahkeme bir karar vermeden önce ilgilileri dinlemek üzere duruşma yapar. Duruşmaya talepte bulunanlar, rehinli alacaklılar ve mahkeme dışında atanan yönetici çağrılır. Mahkeme ilgilileri dinlerken gereken geçici tedbirleri alır⁴⁶⁷.

İlgilileri dinleyen mahkeme, iki hususu inceledikten sonra karar verecektir. Öncelikle mahkeme şirketin mevcut durumda ödeme güçlüğü sorunu olduğunu veya bir ödeme güçlüğü tehlikesi içinde olduğunu tespit eder. Daha sonra yönetim usûlünün şirketi mevcut finansal zorluktan veya krizden kurtarmaya yeterli olup olamayacağını değerlendirir. Yapılan değerlendirme sonucunda, bu usûlün başlamasına veya talebin reddine karar verilir⁴⁶⁸.

IV. YÖNETİCİNİN YETKİLERİ

A. GENEL OLARAK

Yöneticilerin yetkileri ile idari kayyımın yetkileri birbirine benzemektedir. Esasen her ikisi de şirketin temsilcisi olarak çalışmaktadır. Ek olarak yöneticinin şirket yönetim kurulunu atama ve görevden alma, şirketin pay sahiplerini ve alacaklılarını toplantıya çağırma yetkisi vardır⁴⁶⁹.

Ayrıca yönetici tüm alacaklıların ve şirketin yararı için yönetim yetkisine sahipken, idari kayyım sadece rehinli alacaklıların yararı için bu yetkiye sahiptir⁴⁷⁰. 1986 tarihli Aciz Yasası'nın B1 Bölümü yöneticinin görevlerini (m. 46-58) ve yetkilerini (m.59-73) düzenlemiştir. Ancak, yöneticinin en önemli görevi, şirketin malvarlığını kontrol etmek, ödeme güçlüğü'nün nedenlerini ve şirketin ekonomik ve hukuki ilişkilerini tespit etmek ve şirketin yönetimini üstlenmektir⁴⁷¹. Yöneticinin

⁴⁶⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.439; Boyle&Birds' Company Law, s.878; Kastrinou, s.89; Azmi, s.299.

⁴⁶⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.439; Boyle&Birds' Company Law, s.878; Kastrinou, s.89.

⁴⁶⁹ Finch, Insolvency Law, s.366; Goode, Corporate Insolvency Law, s.393; QC Trower William, Goodison Adam, Abraham Matthew, Shaw Andrew, s.103; Walton, s.95; Armour& Mokal, s.8; Xie Bo, s.88.

⁴⁷⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.408; Zweiten, s.490.

⁴⁷¹ Boyle&Birds' Company Law, s.886; Kastrinou, s.89.

diğer önemli görevi ise, yeniden yapılandırma planının hazırlanmasıdır. Yönetici bu usûlün amaçlarına uygun ama içerik olarak serbest şekilde plan hazırlayacaktır. Yönetici görevlerini yerine getirirken, şirket içerisinde bilgi ve deneyimiyle ona yardımcı olacak kişilerle çalışacaktır⁴⁷².

Yönetici, alacaklıları toplantıya çağıracaktır. Plan alacaklılar tarafından kabul edilirse, alacaklılar kendi aralarında alacaklılar komitesi seçebilirler. Yönetici, alacaklılar komitesiyle de iş birliği yapacaktır⁴⁷³.

Sonuç olarak yönetici yeniden yapılandırma planının icrası bakımından pek çok yetkiye sahiptir. Öncelikle yönetici, şirketin yönetimiyle ilgili tüm yetkilere sahiptir. Şirketin mevcut yönetim kurulu, bu usûlün yürürlüğe girmesiyle birlikte otomatik olarak yetkilerini kaybetmezler. Yönetim kurulu yönetimde kalmakta, ancak pratikte tüm yetkiler yöneticide toplanmaktadır. Şirketin yönetim kurulu, yöneticiyle çalışacak ve ona tâbi olacaktır. Yöneticinin, şirket yönetim kurulunun görevine son verme yetkisi vardır⁴⁷⁴.

Yöneticinin ayrıca şirketin mallarının temliki, şirket adına davayı takip yetkisi, teminatları paraya çevirme, tahkim yoluna gitme, ödemeleri yapma ve sulh sözleşmesi yapma gibi pek çok yetkisi bulunmaktadır⁴⁷⁵.

Gerçekten de yönetici çok çeşitli yetkilere sahiptir. Bunların çoğu yönetim usûlünün genel idaresiyle ilgilidir. Bunun dışında, mülkiyeti elden çıkarma ve elde edilen hasılatı dağıtım yapma yetkisine⁴⁷⁶ ilişkin özel hükümler vardır⁴⁷⁷.

⁴⁷² Goode, Corporate Insolvency Law, s.467; Boyle&Birds' Company Law, s.887.

⁴⁷³ Walton, s.95; Armour&Mokal, s.10.

⁴⁷⁴ Xie Bo, s.88; Walton, s.93.

⁴⁷⁵ Xie Bo, s.88; Walton, s.93.

⁴⁷⁶ Zweiten, s.534; Tolmie, s.116; Walton, s.95.

⁴⁷⁷ Zweiten, s.535; Azmi, s.242; Armour&Mokal, s.10; Walton, s.95.

B. YÖNETİCİNİN GENEL YETKİLERİ

Yönetim usûlünde, şirket işlerinin koordinasyonu ve kontrolü yöneticinin elinde toplanmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, mahkeme veya mahkeme dışı atanmış olmasına bakmaksızın yöneticileri mahkeme görevlisi saymış ve onlara şirketin temsilcisi sıfatını vermiştir. Şirketin temsilcisi olan yöneticinin, şirket işlerinin ve malvarlığının yönetimi için gerekli ve uygun her işlemi yapabilme yetkisi vardır⁴⁷⁸. Yönetici yetkilerini, adil, tarafsız şekilde kullanmalı ve görevlerini mümkün olduğu kadar hızlı ve verimli şekilde yerine getirmelidir. Yöneticinin kullanabileceği yetkiler Aciz Yasası'nın 59. maddesinde sınırlı olmaksızın sayılmıştır.

1. Yönetim Yetkisi

Anılan madde, yöneticiye, şirketin mali durumunu düzeltmek, işletmesinin ve malvarlığının yönetimi için gerekli ve uygun işlemleri yapmak⁴⁷⁹, diğer yetkilerine hâle getirmeksizin Aciz Yasası'nın B1 bölümünün 1.maddesinde belirtilen yetkileri kullanmak⁴⁸⁰, şirket yönetim kurulunun görevine son vermek ve bu pozisyonu doldurmak için şirkete yeni yönetim kurulu atamak, herhangi bir konuda karar almaları için alacaklıları⁴⁸¹ veya pay sahiplerini toplantıya çağırarak, mahkemeye görevleriyle ilgili talimat almak için başvurmak, teminatlı ve imtiyazlı alacaklılara ve mahkeme izniyle teminatsız alacaklılara dağıtım yapmak⁴⁸², şirket iştiraki kurmak, şirketin iştiraklerine, şirketin işletmesinin veya malvarlığının bir kısmını veya tamamını devretmek, her türlü işlemi yapmak, şirket adına herhangi bir senet, makbuz veya başka bir belge düzenlemek, şirketi etkileyen herhangi bir soruyu tahkime yönlendirmek⁴⁸³ şeklinde sıralanan yetkileri vermiştir.

Mahkemenin yöneticiye şirket işlerinin yönetmesiyle ilgili talimatlar vermesi halinde, yöneticinin bunlara uyması zorunludur. Ancak, yöneticinin şirketin işlerini

⁴⁷⁸ Finch, Insolvency Law, s.278; Xie Bo, s.88.

⁴⁷⁹ Finch, Insolvency Law, s.278; Xie Bo, s.88; Zweiten, s. 535; Azmi, s.308.

⁴⁸⁰ Zweiten, s. 535; Azmi, s.244; Walton, s.94.

⁴⁸¹ Zweiten, s. 535; Azmi, s.244; Walton, s.94; Xie Bo, s.88.

⁴⁸² Zweiten, s. 535; Azmi, s.245; Walton, 94.

⁴⁸³ QC Trower/Goodison/ Abraham/Shaw, s.104.

alacaklılar tarafından onaylanan teklifler ve bu tekliflerin yenilenen haline uygun olarak yönetmesi gerekmektedir⁴⁸⁴.Yönetici bunun uygun olmadığını düşünürse, alacaklıların kararından önce⁴⁸⁵ şirket varlıklarını elden çıkarabilir.

Böylece yönetici, Aciz Yasası'nın 3. maddesinin 1.fıkrasında yer alan şirketin işletmesinin devamlılığı esas alınarak kurtarılması going concern için kendisine verilen yönetim yetkisini kullanacaktır. Zira bu seçenek yönetim usûlünün en önemli amacıdır. Ayrıca, alacaklılar tarafından verilen teklife uygun olarak şirketin durumunu düzeltmeye çalışacaktır. Bu yetkilerini kullanmak için de mahkemenin direktiflerini (the court's supervision) dikkate alacaktır⁴⁸⁶.

Öte yandan, yönetim usûlüne ilişkin getirilen süreye uyulmasının zor olacağı ileri sürülmüştür⁴⁸⁷. Çünkü, yönetim prosedürünün en önemli amacı olan şirketin işletmenin devamlılığı esas alınarak kurtarılması bir yıl⁴⁸⁸ için de pek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple, yönetim usûlünün yürürlüğe girmesinden sonra, bir yıllık süre dolmasına rağmen alacaklıların izniyle mahkeme tarafından altı aylık ek süreler verilerek sürecin uzatılmasına karar verilmesi mahkemeler tarafından uygun bulunmuştur⁴⁸⁹. Ayrıca, yönetim prosedürünün yasada öngörülen ikincil amacının, yani şirketin tasfiye edilmesi yerine , alacaklıların tümünün daha iyi sonuç elde etmelerini sağlayacak şekilde düzenlemeler yapılmasının daha olumlu etki doğuracağı görüşü savunulmuştur⁴⁹⁰.

Bu tartışmalardan sonra ön-paket'in (pre-packaged)⁴⁹¹ şirket malvarlığını korumada etkili bir araç olduğu ve yönetimin amacını da hızlı ve etkili bir şekilde

⁴⁸⁴ Zweiten, s. 535; Tolmie, s.118; Walton, s.94.

⁴⁸⁵ Zweiten, s. 535; Xie Bo, s.89.

⁴⁸⁶ Azmi, s.308.

⁴⁸⁷ Pedley R, The Enterprise Bill' (2002), Insolvency Law &Practice 113, s.125 ; Azmi, s.308.

⁴⁸⁸ Yönetim usûlünün sonuçlandırılması 1986 tarihli Aciz Yasası B1 Bölüm md.76'da öngörülen süredir.

⁴⁸⁹ Azmi, s.308.

⁴⁹⁰ Pedley, s.125; Azmi, s.308.

⁴⁹¹ İngiltere de ön paket (pre-packaged) bir şirketin işletmesinin veya malvarlığının tamamının veya bir kısmının yönetici atanmadan önce istekli olan bir alıcıyla pazarlık edildiği ve yönetici atandıktan sonra

gerçekleştirdiği vurgulanmıştır⁴⁹². Önemle belirtelim ki, 2002 tarihli İşletme Yasası öncesi ön-paket yönteminin kullanımı yaygın değildi. Çünkü, o dönemde yaygın olarak idari kayyımlik usûlü ile yönetim usûlü tercih ediliyordu. Bu yasayla mahkeme dışı yönetici atamaya izin verilerek ön-paket uygulaması kolaylaştırılmıştır. Böylece, şirket tarafından yönetici atanmadan önce pazarlığı yapılan satış tekliflerinin , yönetici tarafından atandıktan sonra onun hızlı bir şekilde uygulanmasına olanak tanınmıştır. Ön-paket yönteminin kritik özelliği satış teklifinin ayrıntılarını içermesidir. Buna göre, satışın kime yapılacağı, hangi malvarlığını içerdiği ve hangi fiyattan satılacağı yönetici atanmadan önce teklifin değiştirilemez bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Yönetici atandıktan sonra bu teklifleri değiştirme yetkisine sahip değildir ve bu teklifi hemen uygulamaya koymalıdır⁴⁹³. Ancak, bütün avantajlarına rağmen, ön-paket yönteminin kullanımı çok defa teminatsız alacaklıların istismar edilmesine yol açmıştır⁴⁹⁴. Ön-paket yönteminin sıklıkla tercih edilmesi, yöneticinin yönetim yetkisini daraltmış ve bu yöntem öğretide eleştirilmiştir⁴⁹⁵.

2. Temsil Yetkisi

a. Genel Olarak

1986 tarihli Aciz Yasası'nın Bölüm B1 de yer alan söz konusu yetkilerin kullanılması, yönetici şirket temsilcisi olarak hareket ettiğinde gündeme gelir⁴⁹⁶. Ancak, idari kayyımın atanması durumunda, temsilci sıfatı yalnızca kavramsaldır, böylece şirketi feshetme yetkisine sahip değildir. Yönetici, şirketin veya yönetim kurulunun denetimine tabi değildir, tam tersine şirketi kendisi kontrol eder ve yönetir⁴⁹⁷.

satışın hemen veya kısa bir süre içinde uygulandığı bir düzenlemeyi ifade eder (Goode, Corporate Insolvency Law, s.412; Xie Bo,s.85; Walton, s.86; Zweiten, s.493).

⁴⁹² Azmi, s.308.

⁴⁹³ Xie Bo,s.90; Walton, s.99.

⁴⁹⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.413; Xie Bo, s.86; Zweiten, s.494.

⁴⁹⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.413; Azmi, s.309; Walton, s.99.

⁴⁹⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.453; Zweiten, s.538; Armour &Mokal, s.9; Walton, s.93; Xie Bo, s.88; Renssen, s.210; QC Trower/Goodison/Abraham/Shaw, s.111.

⁴⁹⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.454; Zweiten, s.538.

b. Yönetici Tarafından Yapılan Ödemeler

Mahkemenin izin verdiği haller ve alacaklılar tarafından kabul edilmiş anlaşmalar hariç olmak üzere, adi (teminatsız) alacaklılara dağıtım yapmak yöneticinin yetkileri arasında yer almaz. Ancak, yönetici, yönetim usûlünün amacına ulaşacağını düşünüyorsa, 13. ve 65. madde dışında adi (teminatsız) alacaklılara da ödeme yapabilecektir. Aciz Yasası B1 Bölümü madde 13 hükmü, yöneticiye şirketin yönetimine ilişkin görevlerini yerine getirmesi için gerekli veya önemsiz ödemeler konusunda daha sınırlı bir yetki sağlar. Bu yetki sözleşmelerin feshini önlemeye yönelik olarak zor durumda yapılan ödemeleri meşru hale getirir⁴⁹⁸.

Temel malzeme tedarikçisi, şirket yönetim usûlüne girdikten sonra ve temel malzemeleri (elektrik, su, gaz vs.)⁴⁹⁹ şirkete tedarik etmeye devam ettiği müddetçe, yöneticiden ödemenin kendisine yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. Ancak tedarikçi, şirket yönetim usûlüne girmeden önce, bu malzemeler nedeniyle şirketten olan alacaklarını yöneticiden talep edemez⁵⁰⁰.

c. Yöneticilerin Ücret ve Masrafları

Yöneticinin ücret ve giderlerini düzenleyen hükümler, Aciz Yasası Bölüm B1 99. maddede yer almaktadır. Ancak mahkemeler, ücret ve masraflarını karşılamadan önce yöneticinin görevi sona erene kadar beklemesi gerektiği imalarını reddetmiş ve yönetim usûlü ilerledikçe bu masraf ve ücretleri alma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir⁵⁰¹.

Aciz Yasası'nın 99. maddesinin 3. Fıkrası a bendine göre görev süresi sona eren bir önceki yöneticinin (former administrator) ücret ve masrafları (expense and remuneration) kendisinin kontrol altında tutmakla yükümlü olduğu şirket malvarlığından ödenir. Ayrıca Aciz Yasası 99. maddenin 3. Fıkrası b bendine göre,

⁴⁹⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.453-454; Zweiten, s.538.

⁴⁹⁹ 1986 Aciz Yasası m.233(2).

⁵⁰⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.454; Zweiten, s.541.

⁵⁰¹ Goode, Insolvency Law, s.454; Zweiten, s.542.

yöneticinin kendisine ödenecek olan ücret ve masraflar öncelikli olarak kendisine ödenmelidir⁵⁰².

Başarılı bir şirket kurtarma, yöneticinin şirketin ticari faaliyetlerini sürdürmesiyle ilgili isabetli karar vermesini gerektirir. Çünkü verilen bu karar şirketi acil olarak tasfiye edilmesinden ziyade (immediate liquidation) alacaklıların menfaati için daha faydalı bir çözüm getirir. Verilen bu karar yönetim masrafları ile işçi alacaklılarının ödenmesi konusunda değişebilir⁵⁰³.

1986 tarihli Aciz Yasası'nın 99. maddesinin 4. ve 5. fıkralarına göre yönetici tarafından akdedilen iş sözleşmelerinden doğan işçi alacakları bir dağıtım önceliğine sahiptir (super-priority). Bu alacaklar rehinli ve imtiyazlı alacaklılar ile yönetim masraflarından önce ödenmek zorundadır⁵⁰⁴.

Ancak, yöneticilerin ücretleri, masrafları ve sorumluluklarıyla ilgili Aciz Yasası hükümlerine, finansal teminat düzenlemeleri (financial collateral arrangements)⁵⁰⁵ konularında başvurulamamaktadır⁵⁰⁶. Yani bu teminatlar verilerek yönetim usûlünde olan şirkete kredi alınmışsa, alınan krediler yöneticinin ücret ve masraflarını almasında kullanılamayacaktır.

C. YÖNETİCİNİN ÖZEL YETKİLERİ

1. Şirket Malvarlığını Elden Çıkarma Yetkisi

a. Rehinli (floating charge) Malı Elden Çıkarma Yetkisi

⁵⁰² Boyle&Birds' Company Law, s.897.

⁵⁰³ Finch, Corporate Insolvency Law, s.415; Finch&Milman, Insolvency Law,s.342.

⁵⁰⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, s.416; Finch&Milman, Insolvency Law, s.343.

⁵⁰⁵ Bu finansal teminat düzenlemeleri 2003 tarihli (Financial Collateral Arrangements (No.2) Regs.2003) yönetmelikte düzenlenmiştir. Yönetmelik bu finansal teminatları alan tüm banka ve şirketler için geçerlidir. Bu tür teminatlar nakit ve finansal araçları (devlet tahvilleri, hisse senetleri, bonolar ile kolektif yatırım düzenlemerinde yer alan finansal araçları içerir (Finch, Insolvency Law, s.386 ; Goode, Insolvency Law, s.455).

⁵⁰⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.456; Armour J. &Mokal R.Jameel, Reforming The Governance Of Corporate Rescue:The Enterprise Act 2002, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No.289, 2004, s.28-29; Finch, s.415; Walton, s.111.

Yukarıda sayılan yetkilere ek olarak, yönetici, üzerinde rehin olan malvarlığıyla⁵⁰⁷ ilgili olarak masrafa tabi olmayan işlemler yapabilir. Mülkiyetin devredilmesi durumunda, rehinli alacaklı, edinilen mal (acquired property) ile ilgili aynı önceliğe sahiptir. Edinilen mal, şirketin doğrudan veya dolaylı olarak elden çıkardığı mülkü ifade eder⁵⁰⁸. Diğer bir deyişle, bu elden çıkarılan mülkün sahip olduğu bu öncelik hakkı, mülkün ürünlerini ve gelirlerini de içerir⁵⁰⁹.

b. Diğer Teminat Haklarına (Non-Floating Charge) Tabi Mülkiyeti Elden Çıkarma Yetkisi

Yönetici mahkemenin izniyle, diğer teminata tabi malları elden çıkarabilir. Mahkemenin izin verme yetkisi, yöneticinin başvurması halinde ve teminat haklarının elden çıkarılmasının yönetim usûlünün amacına ulaşmasını onayladığı durumlarda geçerlidir. Bu tür bir emir, idari kayyım ile ilgili de geçerli olan teminatlı veya mülkiyeti elinde bulunduran alacaklılarının korunmasıyla aynı koşullara tabidir (IA m.43/3). Mahkeme izin vermesi halinde teminatlı alacaklı zarar görebileceği durumu mahkemenin iznin vermeyeceği anlamına gelmez. Mahkemenin görevi, kararın verilmesinden kaynaklanan zarar ile, kararın verilmemesi halinde yönetim usûlünün amacına ulaşmasını belirleyenlerin menfaatini dengelemektir⁵¹⁰.

c. Finansal Kiralama (Hire-Purchase) Anlaşması Kapsamındaki Malları Elden Çıkarma Yetkisi

Yönetim usûlüne giren şirketteki yönetici, finansal kiralama sözleşmesi nedeniyle şirketin zilyedliğinde bulunan malları mahkemenin izniyle, aynı sözleşme şartları altında elden çıkartabilir. Bu durum rehinli malın elden çıkarılmasıyla aynı koşullara tabidir⁵¹¹.

Esasen yönetici, yönetim usûlünün amacını gerçekleştirmek için finansal kiralama sözleşmesi kapsamında elinde bulunan mallara ihtiyaç duyuyorsa, onları

⁵⁰⁷ Zweiten, s. 535; Goode, Corporate Insolvency Law, s.448.

⁵⁰⁸ Zweiten, s. 535; Goode, Corporate Insolvency Law, s.449.

⁵⁰⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.449; Zweiten, s.535.

⁵¹⁰ Zweiten, s.535; Goode, Corporate Insolvency Law, s.449.

⁵¹¹ Zweiten, s. 536; Goode, Corporate Insolvency Law, s.449.

kullanmak ve korumak yetkisine sahiptir. Bu durumda, anılan malları kiraya verene iade etme yükümlülüğü yoktur⁵¹². Ancak, bu malların kirası yönetim masrafına dahil olduğu için vadesi geldiğinde yönetici tarafından kiraya verene ödenir⁵¹³. Fakat finansal kiralama sözleşmesine konu mallar yönetim usûlünün amacına ulaşmasına hizmet etmiyorsa ya da yönetici bu malların yönetim usûlünün amacına hizmet etmeyeceğini düşünüyorsa, malları kiraya verene iade eder. Bu durumda yöneticinin bunları kullanma ve koruma sorumluluğu yoktur⁵¹⁴.

Yönetici, yönetim usûlünün başarılı bir şekilde uygulanması için şirketin finansal kiralama sözleşmesi icabı elinde bulundurduğu malvarlığının kiralalarını, öncelik hakkı olacak şekilde kiralayana Lundy Granit ilkesi⁵¹⁵ uyarınca öder. Yönetici,

⁵¹²Buna benzer bir düzenleme Türk Hukukunda da bulunmaktadır. 7101 sayılı Kanunun 35. maddesi ile İİK m. 307 eklenen bir hükümle, konkordato talep eden bir borçlunun talebi üzerine mahkeme tasdik kararında finansal kiralama konusu malların kiraya verene iadesini, kanunda gösterilen şartları sağlıyorsa, karardan itibaren bir yılı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanunda finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesi için dört koşul aranmıştır. Bunlardan birincisi, borçlu finansal kiralama sözleşmesinin aynen ifasını 294'üncü maddenin yedinci fıkrası uyarınca üstlenmiş olmalıdır. Borçlu kesin mühletin verilmesi üzerine finansal kiralama konusu malın aynen ifasını üstlenmişse, tasdik aşamasında bu malın iadesinin ertelenmesini talep edebilecektir. İkinci olarak, finansal kiralamadan doğan kira alacağı konkordato talebinden önce doğmuş olmalıdır. Konkordato talebinden sonra komiserin izniyle veya izni olmaksızın finansal kiralama sözleşmesi imzalanmış ise, bu sözleşmeye konu olan malların iadesinin ertelenmesi istenemez. Borçlunun finansal kiralama şirketine ödemiş kira borcu üç aylık tutarı aşmamalıdır. Bu erteleme nedeniyle finansal kiralama konusu malın değer kaybından kaynaklanabilecek zarar, teminat altına alınmış olmalıdır. Borçlu finansal kiralama konusu malın işletmenin faaliyeti için zorunlu olduğunu ve iade edilmesi durumunda ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini yaklaşık olarak ispat etmiş olmalıdır. Alacaklılar her iki erteleme talebine karşı itiraz edebilirler. Yazılı görüşlerini duruşmadan önce mahkemeye sunarlarsa, ayrıca tasdik duruşmasına da çağrılırlar ve itirazlarını duruşmada söyleme imkanı sağlanır (İİK m. 304/1) Erteleme süresi en fazla bir yıldır. Bu bir yıllık süre uzatılamaz ve mahkeme de mutlaka erteleme kararı bir yıl için vermek zorunda değildir. Koşullar gerektiriyorsa mahkeme bu süreyi daha kısa tutabilir. Borçlu rehinli veya finansal kiralama konusu malı rızasıyla devreder, iflâs eder veya ölürse, erteleme kendiliğinden hükümsüz kalır. Konkordatoyu tasdik eden mahkeme alacaklının talebi üzerine borçluyu da dinledikten sonra aşağıdaki hallerden birisinin mevcut olduğu yaklaşık olarak ispat edilirse, erteleme kararı kaldırır. Bu haller;1. Borçlu ertelemeyi yanlış bilgiler vermek suretiyle elde etmiş ise 2. Borçlunun serveti ve gelirleri artmış ve borçlu ekonomik varlığını tehlikeye sokmadan borcu ödeyebilecek hale gelmişse; 3. Rehinli malın paraya çevrilmesi veya finansal kiralama konusu malın iadesi, borçlunun ekonomik varlığını artık tehlikeye sokmayacaksa (Pekcanitez/Erdönmez, Konkordato, s.151-152; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.575-576; Muşul, s.515; Budak/Kale, Öztekin Konkordato Şerhi, m.307,s.553 vd).

⁵¹³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.466.

⁵¹⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.466 ; Zweiten, s. 554.

⁵¹⁵ Bu ilkeyi anlamak için öncelikle aciz masraflarının (insolvency expenses) ne olduğunu belirtmek gerekir. Yöneticinin atanması sonrası görevlerini ifa ederken üçüncü kişilere karşı sorumlulukları vardır. Bu sorumluluklar veya aciz masrafları, rehinli alacaklılara (floating charge) ve adi alacaklılara (unsecured creditors) dağıtım yapılmadan önce yönetici tarafından ödenir. 2016 tarihli Aciz Kuralları (Insolvency Rules) uyarınca “yönetim masrafları” (administration expenses) yöneticinin görev ve yetkilerini kullanırken düzenli bir şekilde yapılan harcamaları içerir (r3.51 (2) (a)). Granit İlkesi (The

her halükârda bu hakkın kaybedilme riskinden kaçınmak için kiralama kapsamındaki ödemeleri devam ettirmek zorunda kalabilir. Yönetici, kiracı veya diğer alacaklılar tarafından haklarının kullanılması için mahkemeye izin başvurusu yapabilir⁵¹⁶.

2. Dağıtım Yapma Yetkisi

2002 tarihli İşletme Yasasıyla yapılan değişiklik öncesinde, yöneticinin alacaklıların rızası olsa bile alacaklılara şirket malvarlığından dağıtım yapma yetkisi yoktu. Bunun istisnası ise, Aciz Yasası'nda düzenlenen iradi düzenleme usûlü (Company Voluntary Arrangement) veya 1985 tarihli Şirketler Yasasının 425. maddesinde düzenlenen alacaklıların düzenleme planı (Scheme of Arrangement)⁵¹⁷ usûlünün, yönetim usûlüyle birlikte uygulanması oluştuyordu. İstisnai durumlarda yönetici, imtiyazlı ve teminatsız alacaklılara paraların dağıtılması yoluyla ödeme yapmak için (Aciz Yasası'nın 13'üncü maddesindeki yetkilerini kullanmak için) mahkemenin iznini alabilirdi. Mahkeme, Aciz Yasası'nın madde 18/3 hükmü uyarınca, bu dağıtım iznini yönetim kararının alınmasına ilişkin başvuru duruşması sırasında da verebilirdi⁵¹⁸.

2002 yılında İşletme Yasası'nda yapılan değişiklik sonrasında ise, yönetici, mahkemenin iznini almaya gerek olmadan teminatlî ve imtiyazlı alacaklılara dağıtım yapabiliyorken, teminatsız alacaklılara ise ancak mahkeme izniyle dağıtım yapma yetkisi kazanmıştır. Bununla birlikte, şirket Aciz Yasası'nın 3. maddenin 1/b hükmünde “şirketin tasfiye edilmesinden ziyade, şirket alacaklılarının tümünün daha iyi sonuç elde etmelerini sağlayacak şekilde düzenlemeler yapılmasını sağlamak”olan

Lundy Granite Principle) bu aciz masrafları kuralının istisnasını teşkil eder. Bu ilke, şirket tasfiye veya yönetime girmeden yapılmış olan finansal kiralama veya diğer sözleşmelerle ilgili olarak ortaya çıkan borçların tam olarak tahsil edilmesini sağlar. Ancak bu finansal kiralama sözleşmesi uyarınca kiralamaların sağlanması yöneticinin yönetim usûlünün amacına uygun olarak elinde tuttuğu malvarlığıyla sınırlıdır. Dolayısıyla, anılan ilke uyarınca, tasfiyeden veya yönetim usûlüne geçilmeden önce yapılan sözleşmelerden doğan borçlar, acizin yararı için ofis sahibi olarak görev yapan (yönetici veya tasfiye memuru) tarafından devam ettirilebilir ve gerçekten de tasfiye veya yönetim masrafları olarak kanıtlanmalı ve geri kazanılmalıdır (Goode, Corporate Insolvency Law, s.465; Lightman&Moss, s.485; Mayson/French&Ryan on Company Law, s.678).

⁵¹⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.465; Zweiten, s. 553.

⁵¹⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.449; Zweiten, s.536.

⁵¹⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.450; Zweiten, s.535.

amacını da dikkate alarak ticarete devam edecek, “ şirketin iradi düzenlemesi yolunu” (CVA) tercih etmişse, bu yöntemde dağıtımları yapmak genellikle daha kolay ve daha ucuz olacaktır. Bu durum gerekli tüm bilgilerle mahkemeye yapılan başvuru masraflarından kaçınılarak, sürecin daha kolay olmasını sağlamıştır. Ayrıca, bu usûl çok esnektir. İmtiyazlı alacaklıların önceliği ve teminatlalı alacaklıların cebri icraya müracat hakları, rızaları olmadan olumsuz etkilenmez. Bir şirketin gönüllü düzenleme usûlünde neredeyse her konu üzerinde anlaşmaya varılabilir⁵¹⁹.

Şirket iradi düzenlemesinde (CVA), uzlaşma ile arabuluculuk ve bilirkişi atama (expert determination) gibi alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları yer alır. Ancak bu prosedür genellikle paraların dağıtımını yapmaya uygun değildir. Alternatif olarak, genellikle daha az elverişli bir şekilde, 2006 tarihli Şirketler Yasası'nın 26. maddesine göre bir uzlaşma (compromise) veya düzenleme (arrangement) usûlü uyarınca dağıtım yapılabilir. Yönetici, dağıtım yaptığı durumlarda, imtiyazlı alacaklıların alacaklarını ödemedi ve teminatsız alacaklılar için öngörülen kısmı bir kenara ayırmadan, rehinle teminat altına alınan alacakları ödememelidir. Bu gereksinim şirket iradi düzenlemesi usûlü veya alacaklıların düzenleme planı usûlü uygulanarak ortadan kaldırılabilir⁵²⁰.

Yöneticinin alacaklılara paraları dağıtırken, tasfiye memurunun görevine benzer bir görevi vardır. Paraların dağıtımına ilişkin taleplerin niceliği, tasfiye payının paylaşımı için karşılıklı anlaşmalar ve eşit yani pari passu için mahsup kurallarıyla aynı işlevi yerine getirmektedir. Dağıtım usûlü 1986 tarihli Aciz Kuralları'nda düzenlenmişti. Ancak 2016 tarihli Aciz Kurallarıyla⁵²¹ bu konuda birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, alacaklıların taleplerini içerir. Bu talepler, şirket yönetim usûlünde iken, tasfiyeye girdiğinde ve iflâs ettiğinde de ileri sürülebilir.

⁵¹⁹ Armour J. & Mokal R. Jameel, Reforming The Governance Of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No.289, 2004, s.28.

⁵²⁰ Goode, Insolvency Law, s.450; Zweiten, s.537.

⁵²¹ Zweiten, s.537. Lord Neuberger, m.65 uyarınca dağıtımdan arta kalan paraları tasfiye memuruna devretmek yerine yöneticinin alacaklılara dağıtım yapması gerekli mi diye sorulan soruyu cevaplamamayı tercih etmiştir.

Yönetici, şirket alacaklılarına dağıtım yapmak için mahkemeye başvuruda bulunur. Bu başvuru Aciz Yasası'nın B1 Bölümün 65. maddesine göre yapılır. Ancak bu madde pari passu yani eşit dağılım ilkesini içermez. Geçmişteki örnek davalarda yönetici tarafından yapılan başvurunun mahkeme tarafından onaylanabileceğine karar verilmiştir⁵²². Böylece, Bölüm B1'de pay sahiplerine dağıtım yapılması için açık bir hüküm olmamasına rağmen, mahkemenin yönetici tarafından pay sahiplerine önerilen dağıtımı onaylaması mümkün görülmektedir⁵²³.

a. Dağıtım Yetkisi İçin Başvuruda Bulunurken Uygulanacak Kriterler

Mahkemenin teminatsız alacaklılara dağıtım yapmak için yöneticiye izin verip vermeyeceği⁵²⁴ hususunda uygulayacağı öncelikli kriter, tasfiye memuru tarafından değil, yönetici tarafından yapılacak dağıtımın bir bütün olarak alacaklıların menfaatlerine olup olmadığıdır. Uygun hâllerde, yönetim modeli yoluyla dağıtım, tasfiye dağıtımına alternatif bir çıkış yolu olarak kullanılabilir⁵²⁵.

b. Şirket Yönetim Kurulunun Yetkilerinin Yer Değişmesi

1986 tarihli Aciz Yasası ve 2006 tarihli Şirketler Yasası tarafından şirkete ve yönetim kuruluna verilen yetkiler, şirket yönetim usûlünde iken yöneticinin izni dışında kullanılamaz⁵²⁶. Bu hükmün pratik etkisi, yönetim kurulunun neredeyse tamamen yetkilerinden mahrum olmaları nedeniyle idari kayyımın etkisine benzer. Çünkü idari kayyımlık usûlünde de yönetim kurulu görevinden alınır. Yönetim kurulunun yönetici ile iş birliği yapma yükümlülüğü vardır ve bu yükümlülüğün ihlali yönetim kurulunun azledilmesine neden olur. Yönetim kurulu üyelerinin cevapları kendilerini suçlu olarak gösterse bile yönetici tarafından kendilerine yöneltilen soruları cevaplaması istenebilir. Ancak bu ifadeler daha sonraki cezai işlemlerde dikkate alınmazlar⁵²⁷.

⁵²² Goode, Insolvency Law, s.451; Zweiten, s.537.

⁵²³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.450; Zweiten, s. 536.

⁵²⁴ Goode, Corporate Insolvency Law, s.452; Armour & Mokal, s.30.

⁵²⁵ Zweiten, s.538; Goode, Corporate Insolvency Law, s.453.

⁵²⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.452; Zweiten, s.537.

⁵²⁷ Zweiten, s.538; Goode, Corporate Insolvency Law, s.453.

c. Üçüncü Kişilerin Korunması

Bir yöneticiyle iyi niyet esasıyla çalışan bir kişinin, yöneticinin yetkileri dahilinde hareket edip etmediğini sorgulaması gerekmez⁵²⁸. Bu yetkilerin genişliği göz önüne alındığında, üçüncü taraf genellikle yasal korumanın talep edilmesini zorunlu bulmayacaktır. Yöneticinin şirket mülkiyetini mahkeme izni olmadan veya izninin verildiği şartlara uymadan devrediyorsa bu işlem alacaklılar tarafından onaylanır. Ayrıca üçüncü taraf bir sözleşmeyi imzaladığı veyahut tekliflere uygun olmayan bir devir yaptığı durumlarda, alacaklılar tarafından onaylanır⁵²⁹.

V. YÖNETİCİNİN GÖREV VE SORUMLULUKLARI

A. GENEL GÖREVLERİ

Genel kural olarak, şirkete atanan yönetici 1986 tarihli Yasa'nın 3.maddesine göre şirket işlemlerini şirketin tüm alacaklılarının yararına gerçekleştirir. Bu durumun tek istisnası, aynı yasanın 3.maddesine göre birinci ve ikinci amaçlara ulaşamadığı durumda, şirket malvarlığının veya hizmetlerinin satış yoluyla nakde dönüştürülerek imtiyazlı ve rehinli alacaklılara ödenmesidir. Bu durumda bile yönetici, şirketin tüm alacaklılarının çıkarlarına gereksiz yere zarar vermemelidir. Alacaklıların farklı menfaatleri ve öncelik sıralamaları olacağından, bu görev alacaklıların bir bütün olarak beklenen toplam net geri kazanımlarını en üst düzeye çıkaracak şekilde hareket edilmesini ifade eder. Bu genel görev, alacaklıların kolektif çıkarlarını korumak ve şirket malvarlığı ile işletmesinin toplam değerini etkileyen şirketi kötü yönetim ve suiistimalden korumak için kolektif bir çözüm sağlamak üzere tasarlanmıştır. Bu husus yöneticinin alacaklıların bütünlük arz etmeyen çıkarlarını /parça parça tamamen gözardı edilebileceği anlamına gelmez. Yönetici bu görevini yerine getirirken tarafsız davranmalı ve sıklıkla yarışan çıkarlar arasında adil bir denge kurmaya çalışmalıdır. Ancak, yöneticinin farklı alacaklı grupları arasında adaletsiz davrandığı yönündeki iddialar, bu görevin ihlalden ziyade adil davranmama olarak düzenlenmiştir⁵³⁰.

⁵²⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.453; Zweiten, s.538.

⁵²⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.453; Zweiten, s.538.

⁵³⁰ Lightman& Moss, s.351-353.

B. ÖZEL GÖREVLERİ

1. Atamayı Duyurma Görevi

Bir şirketin yönetim usûlüne girdiği , şirket veya yönetici tarafından öncelikle şirketin web sitesinde yayınlanarak ilan edilir. Bu bildirimde, yöneticinin adı, şirketin iş ve mal varlığının yönetici tarafından yönetildiği belirtilmeli, şirketin fatura, mal ve hizmet siparişi, iş mektubu, sipariş formu gibi basılı ya da elektronik belgelerinde ise şirket hakkında yönetim usûlünün uygulandığını belirten ifadelerin kullanılması zorunludur (IA B1 Bölümü m. 45).

Ayrıca yönetici, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın Bölüm B1'in m.46/4'te gösterilen şekilde atandığını şirkete bildirmeli ve atama için öngörülen şekilde bu bildirimini yayınlamalıdır. Yönetici, şirket çalışanlarından alacaklıların listesini ve adresini almalı ve her alacaklıya atandığını bildiren bir mektup göndermelidir. Diğer yandan, atama tarihinden itibaren yedi gün içinde durumun ticaret siciline bildirilmesi de gereklidir⁵³¹.

2. Yönetici Teklifi Hazırlama Görevi

Yöneticinin temel görevi, yönetim usûlünün amacına ulaşması için öneriler hazırlamaktır (IA B1 Bölümü m.49 (1)). Yönetici, sicil memuruna ve adreslerini öğrendiği şirket alacaklıları ve pay sahiplerine bir teklif gönderilmelidir (IA m.49 (4). Bu bildirim, şirketin yönetim usûlüne girmesinden sonraki sekiz hafta içinde yapılmalıdır (IA m. 49/5). Ancak kanunda öngörülen bu süre yöneticinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından uzatılabilir (IA m.49/8 ve m. 107)⁵³².

Yöneticinin teklifi düzenleyebilmesi için m. 47 uyarınca, şirket yönetim kurulu, kurucuları veya çalışanları, şirketin malvarlığı, borçları, borçluları ile alacaklıların isim ve adresleri hakkında bilgi vermek, her alacaklının sahip olduğu

⁵³¹ Boyle/Birds' Company Law, s.887; French & Ryan, Company Law, s.675; Azmi, s. 303; Armour& Mokal, s.11; Fletcher, s.142; Renssen, s.211.

⁵³² Walton, s.96; Boyle/Birds' Company Law, s.887; French & Ryan, Company Law, s.675; Azmi, s. 303; Armour& Mokal, s.11; Fletcher, s.142.

teminatları ve bu teminatların verildiği tarihleri belirten bilgileri atama tarihinden itibaren en geç onbir gün içerisinde gerçeğe uygun olarak yöneticiye sunmak zorundadır (IA m. 48).

3. Alacaklıları Toplantıya Çağırma Görevi

Yönetici, borçlu şirketin, tüm alacaklılara, alacaklarını tam olarak ödeyebileceğini düşünüyorsa buna ilişkin atama teklifini şirketin yönetim usûlüne girdikten sonraki on hafta içinde yapılacak alacaklılar toplantısına sunmalıdır (IA m. 51). Bununla birlikte yönetici, borçlu şirket malvarlığının rehinli alacaklılar dışındaki adi alacaklıların alacaklarını alamayacağını veya yönetim usûlünün hedeflerine ulaşamayacağını düşünüyorsa (IA m.52 (1)) alacaklılar toplantısı yapmasına gerek yoktur. Bu durumda bile, Aciz Yasası B1 Bölümü (m. 52 (2) ila (4) gereğince, şirketin toplam borcunun en az yüzde 10'u tutarında alacağı bulunan alacaklılar toplantı yapılmasını talep edebilir⁵³³.

Alacaklılar toplantısı, yöneticinin tekliflerini veya değişiklik önerilerini onaylayabilir (IA m.53 (1)). Yönetici toplantıda alınan kararı mahkemeye ve sicil memuruna (IA m.53 (2) ve (3)) rapor etmelidir.

Yönetim usûlünde yapılacak alacaklılar toplantısı yalnızca yöneticinin önerilerini onaylayabilir. Kararlar, toplantıda hazır bulunan ve oy kullanan alacaklıların basit çoğunluğuyla alınır. Şahsen veya vekaleten sadece teminatsız alacaklılar oy kullanabilir⁵³⁴. Alacaklılar teklifleri onaylarsa, yönetici tekliflere uygun olarak şirketin işlerini, işletmesini ve malvarlığını yönetmelidir (IA B1 Bölümü m. 68).

Alacaklılar, yöneticiden yerine getirdiği görevleriyle ilgili bilgi vermesini isteyebilecek ve yöneticinin yedi gün önce bildirerek toplantılara katılmasını isteyebilecek, bir alacaklılar komitesi kurabilirler (IA m.57). Yönetici, tekliflerde önemli bir revizyon yapılmasının gerekli olduğunu düşünüyorsa, alacaklıları yeni bir

⁵³³ Walton, s.96; Renssen, s.211.

⁵³⁴ Boyle/Birds' Company Law, s.887; French & Ryan, Company Law, s.676; Azmi, s. 303.

toplantıya çağırabilir veya önemli bulduğu konuları, telefon görüşmeleri ya da e-posta yoluyla ele alabilir⁵³⁵.

Alacaklılar toplantısı yapılmadan önce önemli bir değişiklik yapılması gerekiyorsa, mahkeme bu değişikliğin hayata geçirilmesi için Aciz Yasası B1 Bölümü 63'üncü madde uyarınca talimatlar verebilir. Alacaklılar herhangi bir teklifi onaylamazlarsa, mahkeme yöneticinin görevine son verebilir, takipleri erteleyebilir, geçici emir verebilir, askıya alınmış tasfiye talebi varsa tasfiye kararı verebilir veya uygun olduğunu düşündüğü başka bir emir verebilir (IA B1 Bölümü m.55).

4. İş Belgeleri ve Web Siteleriyle İlgili Görevi

Bir şirket yönetim usûlüne tabi iken, 1986 tarihli Aciz Yasası B1 Bölümü m. 45/1 uyarınca, şirket tarafından veya şirket adına yayınlanan her işletme belgesi ve şirketin tüm web siteleri, yöneticinin kim olduğunu ve şirketin işlerinin ve malvarlığının yönetici tarafından yönetildiğini belirtmelidir⁵³⁶.

İşletme belgesi; basılı kopya, elektronik veya başka herhangi bir biçimde, mal veya hizmet siparişi, iş mektubu ve sipariş formu anlamına gelir. Makul bir mazeret olmadan yönetici, şirket yetkilisi veya şirketin bu zorunluluğun ihlal etmesine izin veriyorsa, bu kişi bir suç işlemektedir (IA m.45/3).

Yönetim usûlüne giren şirketin kendi adına işlem yapma yetkisi kalkmıştır. Bu yüzden şirketin işlemlerinin atanan yönetici tarafından yapılması gerekir. Ancak, atanan yöneticiler yukarda belirtilen prosedüre uymayarak şirketin yönetim usûlünde olduğunu belirtmeden bir mal veya hizmet tedarikçisi ile sözleşme yapması durumunda da Aciz Yasası'na göre yöneticiyi sözleşmeden şahsen sorumlu olmaz⁵³⁷. Zira yönetim usûlünün uygulanmasında, tedarikçi genellikle önceliğe (super-priority) sahip olduğu için yeterince korunacaktır⁵³⁸.

⁵³⁵ Walton, s.94.

⁵³⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.457; Zweiten, s.544.

⁵³⁷ Yönetici, şirketin temsili için yaptığı sözleşmelerden başka şekilde sorumlu değildir (Zweiten,s.545 dn.504).

⁵³⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.457; Zweiten, s.545.

5. Şirket Malvarlığının Korunması ve Kontrolü Görevi

1986 tarihli Aciz Yasası'nın 67.maddesi uyarınca yöneticinin, şirketin hak sahibi olduğunu düşündüğü tüm malları kontrolü altına alması gerekir⁵³⁹. Bu hüküm, üçüncü kişiye ait olmakla birlikte şirkette bulunan malların kontrolünün sağlanmasını ifade etmektedir⁵⁴⁰.

Yöneticinin şirketin mallarının kontrolüyle ilgili yetkileri bir tasfiye memurunun yetkisine benzer. Yönetici, 2006 tarihli Şirketler Yasası m.860 uyarınca geçersiz tescil/tescili geçerli olmayacak şekilde şirket malvarlığını ele geçiren kişiye karşı dava açabilir. Açılan davada yönetici 1986 tarihli Aciz Yasası'nın 234'üncü maddesinde yer alan hukuk yoluna başvurarak bu malların şirkete ait olduğunu ve şirkete iadesini talep eder⁵⁴¹.

6. Şirketin Ticari Faaliyetlerinin Devam Ettirilmesi

Tekliflerin alacaklılar tarafından onaylanmasından önce, yönetici, şirketin işletmesini ve malvarlığını mahkemenin verdiği veya onayladığı talimatlara uygun şekilde yönetmelidir. Şirketin yeterli işletme sermayesi yoksa, yöneticinin finansman bulması gerekebilir⁵⁴². Şirket bu kaynağı, genellikle kredi aldığı bankadan veya büyük teminatlı bir alacaklıdan sağlayabilir. Önemli sözleşmelerin imzalanacak olduğu durumlarda ek finansman maliyeti, elde edilen gelire göre oldukça düşük olabilir⁵⁴³.

Her halükârda mevcut rehin gelecekteki avansı kapsıyorsa ve finansal teminat (financial collateral) yeterli ise, alacaklı korunur. Şirkete fon sağlayan yeni alacaklı, bu fonları yönetim usûlünün gideri/masrafı olarak alma hakkına sahip olacaktır. Sonuç olarak şirkete tahsil edilen fonlar yöneticinin ücret ve masraflarından önce ödenir⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.457; Zweiten, s.545.

⁵⁴⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.457; Zweiten,s.545.

⁵⁴¹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.457; Zweiten,s.545.

⁵⁴² Finch, Corporate Insolvency Law, s.405; Goode, Corporate Insolvency Law, s.458; Zweiten, s.546.

⁵⁴³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.458 ; Zweiten, s.546.

⁵⁴⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, s.404-405; Finch&Milman, Insolvency Law,s.333.

Yukarda bahsedilen durum dışında Aciz Yasası Bölüm B1 madde 99 (6)'ya göre tanımlanan yönetici ücretleri ve maaşlarının ödenmesine “öncelik” (super-priority) tanınır. Ancak bu, iş mevzuatı uyarınca ihbar veya koruyucu prim ödemelerini içermez. Bu öncelik her iki durumda da sabit bir masrafla güvence altına alınan varlıklara kadar uzanmaz⁵⁴⁵.

Ayrıca, yönetim usûlü sonrası finansman, listenin en üstündeki harcamalar arasında yer alsa da sözleşmeler kapsamında yönetici tarafından ödenecek meblağlar ve yönetim yararına mülk edinmeye devam etmek için katlanılan kira (leasing) bedeli, kiralayanlara ödenecektir⁵⁴⁶.

Sonuç olarak, yeni bir finansörün mevcut teminatlı alacaklıların rızası dışında ve şirketin teminatsız malvarlığı üzerinde fon sağlaması mümkün değildir⁵⁴⁷.

Aciz Hizmetleri Kurumu (Insolvency Service) tarafından 2009 yılında yapılan görüşmelerde, yönetim sonrası borç verenlere öncelikli üstünlük sağlama önerileri, genel olarak destek görmedi. Bu fikir 2016 yılında yapılan müzakerelerde tekrar incelendi. Ancak katılımcıların %73'ü tarafından reddedildi. Aciz Hizmetleri, bazı katılımcıların kurtarma finansmanı eksikliğinin iş kurtarma faaliyetlerini nadiren önlediğini söylediler⁵⁴⁸. Bu durum elbette şaşırtıcı değildir. İşletmenin devamlılığı esasının göz ardı edildiği ön-paket (pre-packaged) yöntemiyle işletmenin satışının yapılması durumunda, yönetim usûlüyle bağlantılı yeni finansman düzenlemeye gerek kalmayacaktır⁵⁴⁹.

7. Mahkemeye Başvurularda Bulunma

Yönetici, talimatlar almak için mahkemeye başvurma yetkisine sahiptir. Yönetici ayrıca atanmasının belirli bir zaman sonra yürürlüğe girmesi için de mahkemeye başvurabilir. Yönetici, yönetim usûlünün amacına ulaşamayacağını veya şirketin

⁵⁴⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.459; Zweiten, s. 545.

⁵⁴⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.459; Zweiten, s. 545.

⁵⁴⁷ Zweiten, s.546.

⁵⁴⁸ Şirket Kurtarmayı Destekleme Planı Haziran 2009 (Encouraging Company Rescue- A Consultation June 2009) (Zweiten, s.546, dn.517).

⁵⁴⁹ Zweiten, s. 546; Goode, Corporate Insolvency Law, s.459.

yönetim usûlüne girmemesi gerektiğini düşünüyorsa mahkemeye başvuru yapmakla yükümlü olduğu gibi şirketin borçlarının en az %10 'una sahip alacaklıların kararıyla da mahkemeye başvuru yapmakla yükümlüdür⁵⁵⁰.

Ayrıca, yöneticinin mahkeme kararıyla atanması durumu söz konusu olduğunda, yönetici, yönetim usûlünün amacının yeterince başarıldığını mahkemeye başvurarak bildirir. Mahkeme dışı yönetici atama durumunda, eğer yönetici yönetimin amacına ulaşıldığını düşünürse, mahkemeye ve ticaret sicil memurluğuna bildirimde bulunabilir⁵⁵¹.

C. ŞİRKETE KARŞI GÖREVLERİ

1986 tarihli Aciz Yasası, şirkete atanan yöneticiye mümkün olduğu kadar hızlı ve verimli şekilde şirketin bütün alacaklılarının menfaatini koruma görevini vermiştir (m.3/2)⁵⁵².

Aciz Yasası'nın B1 bölümü 74.maddesi uyarınca şirketin alacaklıları ve pay sahipleri de , şirketin yöneticisinin görevlerini ifa ederken kendilerine (şirket alacaklılarına ve pay sahiplerine) karşı vermiş olduğu zarara karşı mahkemeye başvurabilir. Bu nedenle yönetici, şirkete karşı görevlerini yerine getirirken tüm ilgilileri dikkate almalı ve vereceği kararlarda tarafları açık bir şekilde bilgilendirmelidir. Eğer yönetici bu bilgilendirmeyi yaparsa, mahkeme de yöneticinin bu kararlarını sorgulamayacaktır. Ayrıca yönetici, alacaklılar komitesinin (Creditors' Committee) ve alacaklıların görüşlerini almayı ihmal etmemelidir. Yönetici önemli konularda alacaklılar komitesine danışmalı ve onların görüşlerini dikkate almalıdır⁵⁵³.

Şirket yönetim usûlünde iken yönetici, şirketin malvarlığını kötüye kullanması ya da diğer görevlerini yerine getirirken ihmali bulunması halinde Aciz Yasası m.212 uyarınca sorumlu idi. Ancak yöneticilerle ilgili bu maddenin yerini Aciz Yasası'nın B1 bölümünde "görevi kötüye kullanma" başlıklı 75.madde almıştır. Bu maddeye

⁵⁵⁰ Zweiten, s. 546; Goode, Corporate Insolvency Law, s.459; Walton, s.109.

⁵⁵¹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.459; Walton, s.109; Zweiten, s. 546.

⁵⁵² Goode, Corporate Insolvency Law, s.401; Finch, Corporate Insolvency Law, s.443-445; Lightman & Moss, s.345.

⁵⁵³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.457; Zweiten, s.544; Boyle & Birds' Company Law, s.892; Azmi, s.306.

göre, mahkeme, yöneticilerin görevlerini ifa ederken şirkete karşı verdikleri zararları inceleyebilir. Bu inceleme sonunda yöneticinin zarar verdiği kanaat getirirse yöneticiye birtakım yaptırımlar uygulayabilir. Bu yaptırımlar şunlardır: Şirketin malvarlığına verdiği zararlara karşılık faiziyle birlikte tazminat ödemek ve şirket malvarlığını eski haline geri getirmek⁵⁵⁴.

D. TEMİNATSIZ ALACAKLILAR İÇİN ORTAK BİR ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLUP OLMADIĞI

Yöneticiler, faaliyette bulundukları şirkete karşı görevlerini, yönetim kurulu gibi özenle yerine getirmek zorundadırlar. İngiliz Yüksek Mahkemesi (Supreme Court)⁵⁵⁵ de bu yönde karar vermiştir⁵⁵⁶. Bazı özel ilişkilerin mevcut olmaması durumunda, yöneticinin, teminatsız alacaklılara karşı genel bir özen yükümlülüğü olup, bu yükümlülük şirket yönetim kurulunun hissedarlara karşı olan özen yükümlülüğünden daha fazla değildir⁵⁵⁷.

E. YÖNETİCİNİN SORUMLULUKLARI

1. Yöneticinin Yeni Sözleşmelerle İlgili Sorumluluğu

Yeni sözleşmeler kapsamında ortaya çıkan sorumluluklar göz önüne alındığında, yöneticinin kendi adına şirket hesabına⁵⁵⁸ yaptığı sözleşmeleri, şirketin adına ve hesabına yaptığı sözleşmelerden ayırt etmek gerekir. Yönetim usûlünün yararı için yöneticinin kendi adına şirket hesabına dolaylı temsil ilişkisi içerisinde yeni

⁵⁵⁴ Goode, Insolvency Law, s.456; Zweiten,s.543; Lightman&Moss, s.376; Boyle&Birds' Company Law, s.893.

⁵⁵⁵ Teomete Yalabık, s.51.

⁵⁵⁶ Armour J.&Mokal R.Jameel, Reforming The Governance Of Corporate Rescue:The Enterprise Act 2002, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No.289, 2004, s.16.

⁵⁵⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.456; Boyle&Birds' Company Law, s.886.

⁵⁵⁸ Bu durum Türk Hukukundaki dolaylı temsil ilişkisine benzemektedir. Zira dolaylı temsil ilişkisinde temsilci bizzat sözleşmenin tarafı olmakta sözleşmeyi kendi adına temsil olunan hesabına yapmaktadır. Bu nedenle sözleşmeden doğan hak ve borçlar onun hukuk alanında sonuçlarını doğurmaktadır. Temsilci, ikinci bir işlemle sözleşmeden doğan hak ve borçları temsil olunana nakletmektedir. Türk Hukuku'nda dolaylı temsil kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983; Yavuz Cevdet/Özen Burak/Acar Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Ankara 2019.

bir sözleşme akdedebilmesi mahkemelerce kabul edilmiştir. Ancak bunun için karşı tarafın sözleşmeye onay vermesi şartı aranmıştır. Bu durumda yönetici, sözleşmeden şahsen sorumludur ve şirkete rücu hakkı vardır. Yöneticinin bu yükümlülüğü üstlenmeyi kabul ettiği durumlar dışında, şirketin temsilcisi sıfatıyla şirket adına ve hesabına yeni sözleşmeler yapması halinde ise herhangi bir kişisel sorumluluğu yoktur⁵⁵⁹. Bu sözleşmelerde sadece şirketin sorumluluğu söz konusu olur. Bu bağlamda, şirket adına ya da kendi adına şirket hesabına akdettiği sözleşmelerden sorumlu olan idari kayyım göre, yöneticinin daha az sorumluluğu vardır⁵⁶⁰.

a. Yönetim Usûlü Öncesi ve Sonrasında Akdedilen Sözleşmeler Arasındaki Ayırım

1986 tarihli Aciz Yasası m.115 ve m.175/2-a uyarınca, tasfiye sonrası sözleşmelerde ortaya çıkan borçların tasfiye edilmesiyle, tasfiye öncesi sözleşmelerde ortaya çıkan borçların ödenmesi farklı esaslara bağlanmıştır. Birincisinin yani tasfiye sonrası borçların tasfiye masrafı olarak ödenmesine imkân tanımışken, ikincisinin yani tasfiye öncesi borçların ödenebilmesi ispat edilebilmeleri şartına bağlanmıştır⁵⁶¹. Bu durumda tasfiye memurunun takdir yetkisi söz konusu olacaktır. Böylece iadeleri takiben sözleşmeden doğan borçlar şirketin mülkiyetinde güvence altına alınır⁵⁶².

Aynı kural yönetimde usûlünde de geçerlidir. Ancak bu konudaki kararlar tartışma konusu olmadan verilmemiştir⁵⁶³. Bu nedenle şirket yönetim usûlüne girdikten sonra akdedilen sözleşmelerden doğan borçlar yönetim masrafı olarak kabul edilip hemen ödenmelidir. Böylece, yönetim usûlü sırasında, yönetici tarafından akdedilen sözleşmenin hatalı bir şekilde ödenmemesinden kaynaklanan zararlar için ortaya çıkan sorumluluk 1986 tarihli Aciz Yasası'nın Bölüm B1 m.69 ile güvence altına alınmıştır⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.461.

⁵⁶⁰ Goode, Corporate Insolvency Law s.461; Zweiten, s.549.

⁵⁶¹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.462; Zweiten, s.549.

⁵⁶² Goode, Corporate Insolvency Law, s.462; Zweiten, s.549.

⁵⁶³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.461; Zweiten, s.550.

⁵⁶⁴ QC Trower/Goodison/Abraham/Shaw, s.111; Finch, Insolvency Law, s.383.

Öte yandan, şirketin yönetim usûlüne girmeden önce akdettiği sözleşmelerden doğan borçları için prosedürün sonunda ispatlanmaları şartıyla paylaştırmadan ödeme yapılacaktır⁵⁶⁵.

b. Yönetim Usûlü Sonrasında Akdedilen Sözleşme Yükümlülüklerinin Şirketin Malvarlığıyla Güvence Altına Alınması

Aciz Yasası'nın 99. maddesinin 3. fıkrasına göre görev süresi sona eren yöneticinin ücreti ve yaptığı yönetim masrafları yönetimdeki şirket malvarlığından ödenir⁵⁶⁶. Mevcut yönetici (Current administrator), bir önceki yöneticinin ödemekle sorumlu olduğu bu meblağları, şirket malvarlığından kendi ücretinden ve yaptığı yönetim masraflarından da önce ödemelidir. Şirket malvarlığı yönetim usûlü sonrasında akdedilen borçları güvence altına almaktadır (IA B1 Bölümü m.99/4)⁵⁶⁷.

c. Sözleşmenin Uygulanmasının Reddedilmesi

Yönetici, şirket tarafından akdedilen bir sözleşmenin sorumluluğunu yerine getiremiyorsa veya sözleşmenin uygulanmasını reddederek sözleşmenin karşı tarafına zarar vermişse, bu zarardan şirket sorumlu olur. Ancak yönetici, şirketin menfaatlerine aykırı davranarak verdiği zararlardan ötürü şirkete karşı sorumlu olur. Yönetici bu şekilde hareket etmesi ise mahkeme tarafından verilen tedbirle (injunction) de önlenabilir⁵⁶⁸.

2. Yöneticinin Mevcut Sözleşmelere Göre Konumu

a. Genel Olarak Sözleşmeler

Şirketin yönetim usûlüne girmesi, yönetim usûlünden önce yapılan sözleşmeleri otomatik olarak sonlandırmaz. Ancak bu sözleşmelerde aksine bir hüküm varsa sözleşme sona erer. Dahası, yönetici, göreve başlamadan önce tahakkuk eden meblağlar için de kişisel bir sorumluluk üstlenmez. Bununla birlikte, eğer yönetici,

⁵⁶⁵ Goode, Corporate Insolvency Law, s.462; Zweiten, s.549.

⁵⁶⁶ QC Trower /Goodison/Abraham/Shaw, s.111; Lightman& Moss, s.369.

⁵⁶⁷ Goode, Corporate Insolvency Law, s.463; Zweiten, s.550.

⁵⁶⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.462; Lightman& Moss, s.371; Zweiten, s.550.

yönetim usûlünün menfaatine olan sözleşmeyi kabul ederse, tasfiyede geçerli olan takdir yetkisi burada da uygulanır; böylece, yönetim öncesi sözleşmeler kapsamındaki yükümlülükler 2016 tarihli Aciz Kuralları içindeki yönetimin bir masrafı olur ve IA m. 99/4 uyarınca yönetim sonrası alacaklıların taleplerine tabidir⁵⁶⁹.

Yönetim prosedürü, sözleşmenin diğer tarafça feshi için bir engel oluşturmaz. Yönetici fesihden kaçınmak isterse, sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir. Ayrıca bu borçlar şirket yönetim usûlüne girmeden önce doğmuşsa yönetici bunları da ödemek zorunda kalabilir. Yöneticinin bu tür ödemeleri yapabilmesi için, Bölüm B1'in 66. maddesi uyarınca mahkeme tarafından açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir⁵⁷⁰.

b. İş Sözleşmesi

Yönetim usûlüne giren şirket işverenliğini devam ettiriyorsa işçilerin iş sözleşmesinden doğan işçi alacakları çeşitli düzenlemelerle korunmuştur. Bu düzenlemelerden bir tanesi 2006 tarihli TUPE düzenlemesidir⁵⁷¹. İkincisi Milli Sigorta Fonudur (National Insurance Fund)⁵⁷². Üçüncüsü ise yönetim usûlündeki korumadır⁵⁷³.

Yönetici, şirketin işveren olduğu durumda, sözleşmelerden kaynaklı işçi alacaklarını rehinli alacaklardan, yöneticinin ücretinden ve yönetim için yaptığı masraflardan önce öder (super-priority). Yöneticinin, rehinli alacaklılara rücu hakkı vardır. İşçi alacaklarının imtiyazlı olması hala şirket bünyesinde çalışan işçilerin alacaklarını talep etmeleri bakımından onlara bir öncelik sağlar. Aciz Yasası Bölüm B1 m.99/5 uyarınca yönetim prosedürüne giren şirkette, yöneticiye ondört günlük süre

⁵⁶⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.463; Zweiten, s.551.

⁵⁷⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.463; Zweiten, s.551.

⁵⁷¹ Şirket çalışanlarının sözleşmelerinin işletme alıcısına devredildiği bir kurum olan TUPE 2006 (The Transfer of Undertaking Protection of Employment Regulation 2006) iflâs etmiş işletmelerde işçiye koruma sağlamaz. TUPE 2006 tarafından devredilen bir işletmenin çalışanlarına verilen normal bir koruma şirketin iflâs etmiş olması ve tasfiyesine başlanıldığı durumda uygulanmaz. Bu mevzuat yetkili kamu otoritesi tarafından yetkilendirilen nitelikli bir aciz mensubu tarafından uygulanabilir. TUPE ve bunun uygulanmasına ilişkin belirsizlikler ve tartışmalar olmasına rağmen, acze düşen şirketlerin satılmasını kolaylaştırmak için getirilmiştir (Goode, Insolvency Law, s.252).

⁵⁷² Finch, Insolvency Law, s.757; Goode, Insolvency Law, s.250.

⁵⁷³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.465; Zweiten, s.553.

verilir ve yöneticinin bu süre içinde bir iş sözleşmesi akdetmesi gerekir. Bu hükümde yer alan süre, yöneticinin şirketin kurtarılıp kurtarılamayacağına ve kurtarılacaksa bunun nasıl gerçekleştirileceğine dair karar vermesi için verilir. İş sözleşmesinin akdedilmesi istihdamı (Employment) korur ve yöneticiyi işçi alacaklarının garantörü yapar⁵⁷⁴.

3. İşyeri Bazlı Emeklilik Durumunu Bildirme

Yöneticinin, şirketin yönetime girdiğini Emeklilik Düzenleyicisine (Pension Regulator) bildirmesi gerekir⁵⁷⁵. Bu bildirim yöneticinin görevleri bağlamında ele alınır. Gerçekten 1995 tarihli Emeklilik Yasası'nın 120 ve 121. maddeleri uyarınca, mesleki emeklilik programına sahip bir şirkete yönetici atanan bir meslek mensubu bu bildirimi, Emeklilik Koruma Fonu (Pension Protection Fund) yönetim kuruluna, Emeklilik Düzenleyicisine ve emeklilik planının yöneticilerine, şirketin yönetime girdiği tarihten itibaren on dört gün içinde yapmalıdır. Eğer yönetici şirketin emeklilik planından sonradan haberdar olmuşsa süre haberdar olduğu tarihten itibaren başlar. Yönetici, bildiriminde emeklilik planını kurtarmanın/korumanın (rescue pension scheme) mümkün olup olmadığını da açıklar⁵⁷⁶.

4. Emeklilik Kapsamında Ödenecek Meblağlar

Bir önceki başlıkta açıklamaya çalıştığımız üzere yönetici şirketin yönetim usûlüne girdiğini emeklilik düzenleyicisine bildirmekle yükümlüdür. Emeklilik düzenleyicisi, 2004 tarihli Emeklilik Yasası m.38 kapsamında emeklilik planına sahip olan şirketin iştirak ve işçilerine de mali destek talimatları (financial support directions) ile katkı bildirimi (contribution notices) sağlamaktadır. Ancak emeklilik düzenleyicisi, kendisinin ödemekle sorumlu olduğu bu meblağları yöneticiden talep edemez. Yani yönetici şirketin işçilerine ödenmesi gereken bu meblağlardan sorumlu değildir⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Finch, Insolvency Law, s.758; Goode, Corporate Insolvency Law, s.463; Zweiten, s.551.

⁵⁷⁵ Finch, Insolvency Law, s.767; Goode, Corporate Insolvency Law, s.463.

⁵⁷⁶ QC Trower /Goodison/Abraham/Shaw , s.121; Lightman&Moss, s.357.

⁵⁷⁷ Finch, Insolvency Law, s.767; Goode, Insolvency Law, s.462.

5. Dönüşüm Sorumluluğu (Liability in Conversion)

Malvarlığının bir finansal kiralama anlaşması⁵⁷⁸ kapsamında tutulduğu durumlarda, yönetici bunları yönetim usûlünün amacı için muhafaza etme ve kullanma hakkına sahiptir. Bu durumda, kiralar yönetimin masrafı haline gelir ve vadesi geldiğinde tam olarak ödenir. Ancak, yönetici, malları, yönetimin amacına uygun olmadıkça saklı tutma ve kullanma hakkına sahip değildir. Yönetici malvarlığını yönetim usûlünün amacı için kullanma niyeti olmadığı veya bu amaca ulaşamadığı halde malları elinde bulundurduğu ve malları mal sahibine teslim etmeyi reddettiği veya onları yönetimden başka bir amaç için kullandığı takdirde dönüştürmeden sorumludur. Bu dönüştürme yönetim usûlü için gerekli olmayan malvarlığının iade edilmeyip elde tutulması nedeniyle gereksiz yere ödenen tutarları kapsar. Aynı şey mahkemeden izin almadan mal satması halinde de geçerlidir⁵⁷⁹. Bu sorunla başa çıkmanın en uygun yolu, yöneticinin hatalı tutumu veya kullanımı için, mal sahibinin tazminat talep etmesi ve malların kendisine iadesi için mahkemeye başvurusudur⁵⁸⁰.

VI. ATAMANIN SONA ERMESİ VE İADESİ

A. OFİSİN FAALİYETİNİN DURDURULMASI

Yönetici ölüm, istifa, mahkeme tarafından görevinden alınma, başka bir yöneticinin ikamesi veya diğer hükümlerin yürürlüğe girmemesi nedeniyle görevden ayrılır. Yöneticinin görev süresi mahkeme veya alacaklıların rızasıyla uzatılmadığı sürece, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıllık sürenin sonunda otomatik olarak sona erer. Buna ek olarak, yöneticinin şirkette yeniden yapılandırma planının uygulayıcısı olarak görev yapmayı bırakması durumunda görevini bırakması gerekir⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Goode, Corporate Insolvency Law, s.466; Azmi, s.250.

⁵⁷⁹ Goode, Corporate Insolvency Law, s.466; Azmi, s.250.

⁵⁸⁰ Goode, Corporate Insolvency Law, s.464; Mokal, An Analysis, s.26.

⁵⁸¹ Yöneticinin, "şirket ile ilgili olarak" işlerini yapmada nitelikli bir aciz hukuku meslek mensubu olmayı bırakması durumunda yöneticinin ofisteki görevini bırakması gerekir (Goode, Corporate Insolvency Law, s.469; Zweiten, s.558).

2002 tarihli İşletme Yasası tarafından yönetimi sona erdirmek için yeni bir prosedür getirilmiştir. Bu prosedüre göre mahkeme, başvuranın talebini uygun bir gerekçeye dayanmadığı için onaylamayabilir. Zira, mahkeme, böyle bir başvuru üzerine verebileceği emirler konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve yönetim usûlünün, yöneticiyi tayin edenin gerekçesine bakmaksızın yerine getirilebileceğine karar vermeyebilir. Böylece mahkeme nadiren de olsa, bir yöneticiyi sebep bildirmeden görevden alabilir⁵⁸².

B. YÖNETİCİNİN GÖREVDEN AYRILMASININ ETKİSİ

Yöneticinin istifa, ölüm, mahkeme emriyle görevden ayrıldığı durumlar ile şirketle ilgili yapılandırma görevlisi olarak hareket ettiği ve iyileştirme faaliyetinin olumlu ya da olumsuz sonuçlanmasıyla sona erdiği durumları birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Bu ihtimallerin ilkindeki olayların hiçbirisi yönetim usûlünün sürekliliğini etkilemez, sadece yeni bir yönetici atanmasını gerektirir. Buna karşılık, yeni bir yöneticinin atanmasının yönetim usûlünün amacını gerçekleştirmek için bir etkisi kalmazsa, yönetim usûlü sona erer⁵⁸³.

VII. YÖNETİM USÛLÜNÜN SONA ERMESİ (EXISTING FROM ADMINISTRATION)

Yenilenen prosedür gereğince, yönetim usûlünden önceki duruma göre daha fazla çıkış yolu vardır⁵⁸⁴. Bunlar arasında Aciz Yasası kapsamındaki şirket iradi düzenlemesi, 2006 tarihli Şirketler Yasası uyarınca uzlaşma veya düzenleme, yönetim usûlünün mahkemenin izniyle dağıtılması, alacaklıların iradi tasfiyesi, zorunlu tasfiye ve şirketin feshi sayılabilir. Yönetici, şirketin alacaklılara dağıtımına izin verebilecek hiçbir malvarlığı olmadığını düşünmesine rağmen, mahkeme aksini kararlaştırırsa bu dağıtımın yapılması zorunludur⁵⁸⁵.

⁵⁸²Goode, Corporate Insolvency Law, s.470; Walton, s.119.

⁵⁸³ Goode, Corporate Insolvency Law, s.470; Tolmie, s.119.

⁵⁸⁴ Todd G., Administration Post-Enterprise Act-What Are The Options For Exists? 2006, s.17.

⁵⁸⁵ Zweiten, s.559; Boyle&Birds' Company Law, s.894; Walton, s.110.

Şirket hakkında doğrudan fesih (direct dissolution) kararı verilebilmesi için tartışmalı bir görüş vardır. Bu görüşe göre şirketin alacaklılara dağıtım yapabilmesi için şirketin yeterli bir malvarlığına sahip olmasının gerekli olup olmadığıdır. Böylece yönetici mahkeme izni olmadan , malvarlığının tamamının veya bir kısmının dağıtımını yaparsa şirket teminatsız alacaklılara, tasfiye talep etme hakkı vermektedir⁵⁸⁶.

1986 tarihli Aciz Yasası uyarınca, yönetim usûlünden çıkış yolları güçtü. Özellikle, bir yönetim usûlünden alacaklıların iradi tasfiyesine (CVL) geçmek külfetli bir işti. Alacaklıların iradi tasfiyesi, zorunlu tasfiyeden daha az maliyetliydi. Ancak bu durum, şirket halen yönetim usûlünde iken gönüllü tasfiye kararı alınmasını engellemişti. Ayrıca, imtiyazlı alacaklılar hesaplanırken ilgili tarih tasfiye kararının geçerlilik tarihi iken, derhal bir tasfiye kararının takip edildiği durumlarda, yönetime giriş tarihi esas alınıyordu. Bazı imtiyazlı alacaklılar farklı tarihler nedeniyle dezavantajlı duruma düşebilirler ve bu nedenle iradi tasfiyeye karşı çıkabilirler. Bu zorlukları çözmek için çok fazla adli beceri gerekiyordu. Uygulamada, Jacob J, ReMark One'da (Oxford Caddesi davasında) pratik bir çözüm buldu ve mahkemenin yöneticinin gönüllü tasfiye durumunda, imtiyazlı alacaklılara ödeme yapma emri verdiğini varsaydı. Bu çözüm zorunluydu ve yönetici tarafından gelecekteki tasfiyede yapılan ödemelerin, önce imtiyazlı alacaklıların yararını güvence altına almasını gerektirmekteydi⁵⁸⁷.

2002 tarihli İşletme Yasası , yönetimden çıkış yollarını kolaylaştırmış ve yönetici tarafından, ticaret sicil memurluğuna (registrar of companies) yapılacak uygun bir bildirim ile şirketin yönetim usûlünden iradi tasfiyeye geçmesini öngörmüştür. Yeni prosedür, yöneticinin teminatsız alacaklılara dağıtım yapmak için kaynak bulunduğunu düşündüğü durumlarda çalıştırılabilir .Yöneticinin, yönetim usûlünün geçerliliği süresince teminatlı ve imtiyazlı alacaklılara sınırsız dağıtım yapma yetkisi olmasına rağmen, teminatsız alacaklılara ödeme yapılması mahkemenin iznini gerektirir (IA B1 Bölümü m.65). Yöneticinin işlevlerini makul ve mümkün olduğunca hızlı ve verimli şekilde yerine getirmesi gerektiği göz önüne alındığında, yönetim

⁵⁸⁶ Goode, Corporate Insolvency Law, s.471; Zweiten, s.559.

⁵⁸⁷ Boyle/Birds' Company Law, s. 894.

usûlünün, teminatsız alacakların ödenmesi için ana araç olmaması gerektiği mevzuattan anlaşılmaktadır. Teminatsız alacakların ödenmesi için etkin bir kaynak (para) kalmamışsa, Yasa madde 84'e göre yönetimden şirketin feshine kadar hızlı bir yol sağlar. Bu durum, yöneticinin ticaret sicil memurluğuna şirket için gerekli bildirim yapmasını gerektirir⁵⁸⁸.

Fesih, bildirimden üç ay sonra otomatik olarak gerçekleşir. Tasfiye aşamasından kaçınmak, maliyetten tasarruf anlamına gelebilir. Aynı zamanda yönetici, şirket yönetim kurulu üyelerinin eylemlerini inceleyememektedir. Örneğin, tasfiye memurunun aksine, yöneticinin 1986 tarihli Aciz Yasası uyarınca hileli veya hukuka aykırı ticaret yapan şirket yönetim kurulu üyelerine karşı hukuk davası açma yetkisi yoktur. Yönetici aynı zamanda tasfiye memurunun davranışını kontrol etmekten kaçınır. Bu nedenle, tasfiye ikamesi (liquidation substitution) aracı olarak yönetim usûlüne eleştiriler yöneltilmiştir⁵⁸⁹.

Sonuç olarak mevzuat değişikliklerinin etkisi de dikkate alındığında yönetim usûlünden olası dokuz çıkış yolu şu şekildedir.

(1) Yönetim usûlü, Bölüm B1 m.76 uyarınca, bir şirketin yönetim usûlüne geçmesinden bir yıl sonra otomatik olarak sona erer. Ancak, bu süre mahkeme veya alacaklıların rızasıyla uzatılabilir. 1986 tarihli Aciz Yasası uyarınca, bu konuda otomatik bir zaman sınırı bulunmamakta idi ve yönetim süresi potansiyel olarak açık uçluydu. Yönetim usûlünün tamamlanması için sınırsız bir süre vardı. Bu nedenle yönetim usûlü çok uzun süren ve hantal bir prosedür olarak görülüyordu. Açık uçlu ve potansiyel olarak uzun bir uygulamanın maliyeti, yönetim usûlüne girişte önemli bir engel oluştuyordu.

2002 tarihli İşletme Yasası'nın getirdiği değişiklik sonrası, özellikle 4. madde uyarınca bir yöneticinin görevlerini makul ve mümkün olduğunca hızlı ve verimli şekilde yerine getirme yükümlülüğü, yönetim sürecini hızlandırma amacını yansıtmaktadır. Ancak, mevzuatın ilk taslaklarında ilgili dönem oniki ay yerine üç aydı. Bu kısa sürenin uygulanması için mahkemeye yapılan başvuruların kural haline

⁵⁸⁸ Finch, Corporate Insolvency Law, s.392.

⁵⁸⁹ Katz, A&Mumford M, Insolvency Intelligence, 2007, s.97; Finch, Corporate Insolvency Law, s.390-392; Boyle&Birds' Company Law, s.895.

gelmesi kısıtlayıcıydı ve gerçekçi değildi. Profesyonel organlar tarafından yapılan yoğun lobicilik faaliyetinden sonra zaman ölçekleri uzatıldı ve oniki ay olarak yasaya girdi⁵⁹⁰.

(2) Yönetici tarafından Aciz Yasası B1 Bölümü 79 uncu maddesi uyarınca mahkemeye yapılan bir başvuru vardır. Mahkeme tarafından verilen karar uyarınca, yönetici, şirketin yönetim usûlünün amacına ulaşamayacağını veya şirketin yönetim usûlüne girmemesi gerektiğini veya alacaklılar toplantısını yapmaması gerektiğini düşünüyorsa, mahkemeye başvurması gerekir⁵⁹¹;

(3) Mahkeme tarafından atanan yöneticinin, yönetim usûlünün amacına yeterince ulaşıldığına dair bir bildirimde bulunması durumunda (IA m. 80);

(4) Yönetim başvurusunun uygun olmadığını iddia eden alacaklı tarafından 81.madde uyarınca yapılan başvuru üzerine;

(5) Mahkemenin kamu yararı (public interest ground) gerekçesiyle tasfiye kararı verdiği durumlarda (IA m.82);

(6) Yöneticinin, şirket alacaklıların gönüllü tasfiye usûlüne girmesi için bildirimde bulunduğu durumlarda;

(7) Yönetici tarafından, alacaklılara dağıtılacak şirket malvarlığı bulunmadığında, Aciz Yasası 84.madde uyarınca yönetim usûlündeki şirketi feshetmek için ticaret sicil memurluğuna (register of company) bildirimde⁵⁹² bulunulduğunda⁵⁹³;

(8) Alacaklıların, yöneticinin önerilerini veya gözden geçirilmiş teklifleri kabul etmemesi durumunda ve

⁵⁹⁰ Boyle/Birds' Company Law, s. 896.

⁵⁹¹ Walton, s.111; Zweiten, s.559.

⁵⁹² Yönetici tarafından yapılan bu bildirimin içeriği ve şekli yasanın 84.maddesinde gösterilmiştir. Bu bildirimi mahkeme inceleyebilir. Bildirimden itibaren 3. ayın sonunda şirket kendiliğinden sona erer.

⁵⁹³ Finch, Insolvency Law, s.391; Boyle/Birds', Company Law, s.896.

(9) Mahkeme, yöneticinin eylemlerinin, alacaklılara veya pay sahiplerine haksız yere zarar verdiğini tespit ettiğinde fesih kararı verir (IA m.74/4)⁵⁹⁴.



⁵⁹⁴ Boyle&Birds' Company Law, s.894-896.

SONUÇ

Bu çalışmada Kurumsal İngiliz Aciz Hukuku'nda yer alan şirket kurtarma usûlleri incelenerek Türk İflâs Hukukunda yer alan yeniden yapılandırma yöntemleriyle karşılaştırılmıştır. İngiltere örneğine baktığımızda 1986 tarihli Insolvency Act (Aciz Yasası) temelini oluşturan uzman muhasebeci Sir Kenneth Cork tarafından hazırlanan 1982 tarihli Cork Raporu büyük bir öneme sahiptir. Bu rapor kurumsal aciz hukukunun felsefesini değiştirdiği gibi, yeniden yapılandırma kültürünün de gelişmesine katkı sağlamıştır. İngiliz kanun koyucusu bu raporu dikkate alarak 1985 yılından geçerli olmak üzere raporda önerilen ilkeleri kanunlaştırmaya başlamış ve en son 2006 tarihli Company Act (Şirketler Yasası) değişiklikle bu süreç tamamlanmıştır. İngiliz kurumsal aciz hukukuna 1986 tarihli Aciz Yasası ile giren Company Voluntary Arrangement (Şirket İradi Düzenlemesi) ve Administration (Yönetim) yöntemi 2002 tarihine kadar etkisiz kalsa da, özellikle 2002 tarihli Enterprise Act (İşletme Yasası) ile yapılan değişiklikle birlikte, administration (yönetim) usûlünün etkin kullanımını sağlayacak kurallar getirilmiş; rehinli alacaklıların alacağını öncelikle dikkate alan ve diğer adi alacaklıları görmezden gelen idari kayyımlik (administrative receivership) kurumu uygulanamaz hale getirilmiştir. Etkin şekilde hayata geçirilmesi amaçlanan yönetim usûlü kolektif bir yapıya sahip olup şirketleri kurtarmak ve yeniden yapılandırmak için birçok avantaj sunmuştur. Bu usûl, teminatlı alacaklıların sahip olduğu hakları elde ederken şirketin sahip olduğu malvarlıklarının kurtarılmasına vermiş olduğu zararlardan kaçınmış ve tüm alacaklılara fayda sağlamayı amaç edinmiş, mahkeme tarafından yürütülen güvenli bir prosedürdür. Bu prosedür borçlu dostu olup şirketlerin finansal zorlukların erken aşamalarında şirketleri yardım almaya sevk etmektedir. Ayrıca, idari kayyımlik usûlü rehinli alacaklı olan bankalarla ve onlara imtiyaz sağladığı için eleştirilmiştir. Bu yüzden bu usûlün olumsuz yönlerinden sıyrılarak borçlularla onların alacaklıları arasında ortak bir çabayla şirketin kurtarılmasının teşvik edilmesi amaçlanmaktadır. Bu usûl mahkeme denetiminin maliyeti, gerekli raporlar ve aciz meslek mensubunun

katılımı nedeniyle pahalıdır. Anılan nedenlerle bu usûl küçük şirketler için faydalı olamamıştır.

Yönetim usûlü normal şartlarda şirkete ki mülkiyet haklarının moratoryum yoluyla koruma (breathing space) sağlamayı amaçlayan geçici bir yöntemdir. Bu usûl, gerçek kişiler için uygulanmadığı gibi, talep anında tasfiye halinde bulunan şirketlere de uygulanmadı. 2002 İşletme Yasası değişikliğinden sonra, bankalar ve diğer finans kurumları için de bu yol açılmıştır. Ancak, sigorta şirketleri, adi şirketler, şahıs şirketleri ve İngiliz şirketler siciline kaydolmayan yabancı şirketler için bu usûl uygulanmaz. Usûlün amacı, Kanunun 3.maddesinde şirketi işletmenin devamlılığı esasına uygun (going concern) olarak kurtarmak; şirketin tasfiye edilmesinden ziyade, şirket alacaklılarının tümünün daha iyi sonuç elde etmelerini sağlayacak şekilde düzenlemeler yapılmasını sağlamak ve rehinli ve imtiyazlı alacaklılara dağıtım yapmak için şirket malvarlığını nakde çevirmek şeklinde sayılmıştır.

Bu usûle sadece şirket alacaklıları değil, şirketin kendisi de başvurabilir. Usûl, yalnızca şirketlerde uygulandığı için tasfiyeye gerçek anlamda alternatif oluşturmaktadır. Usûlün en önemli amacı, alacaklıların tatmini değil, şirketin yapısının yenilemesi, iyileştirmesi ve korunmasıdır.

Tasfiye usûlünde , tasfiye memurunun görevi şirketi tasfiye edip tasfiye payı dağıtmak iken, yönetim usûlünde durum farklıdır. Şirket feshedilirken, Meslek Kanunu uyarınca şirketin iradi düzenleme yönteminin (CVA) uygulayıcısı olan danışmanın (supervisor) görevi, şirketin servetini eski haline getirmek veya varlıklarının satış yoluyla nakit veya alacaklara dönüştürülmesini sağlamak ve alacaklıların önüne teklifler sunmaktır. Genel olarak, iradi düzenleme yönteminin danışmanın atanması dışında, borç belgelerini almak veya tasfiye payı dağıtmak yöneticinin görevi değildir. Ancak, 1986 tarihli Aciz Yasası'nın B1 bölümü tarafından yönetim usûlünde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, bir yönetim emri alma ihtiyacını, beraberinde mahkeme için bir rapor hazırlamayı ve idari kayımlık yönteminin kaldırılmasıyla sonuçlanan rehinli alacaklı tarafından bir yönetici atanmasını getirmiştir. Böylece, mali durumu bozulan şirkete ait malvarlığının bireysel alacaklıların menfaatine olarak icra edilmesi yolu, genel olarak tüm alacaklıların yararı için toplu bir aciz prosedürüyle değiştirilmiştir. Bu yeni hükümler temelde üç hedefi yansıtmaktadır: Şeffaflık, hesap verebilirlik ve kolektivit. Söz

konusu model şirketi kurtarmak, iflâstan kurtulma yollarını artırmak ve kurtarma kültürünü teşvik etmek için tasarlanmıştır.

Teminatsız alacaklılara dağıtım yapmak üzere mahkemenin izniyle yöneticiye verilen yeni yetkiler, yönetimin artık sadece geçici bir rejim olmadığı anlamına gelir ve belki de tasfiye durumunda olduğu gibi tek aciz prosedürüdür. Bu nedenle, yeni rejim kapsamındaki yönetim, şirketin servetini eski haline getirmek veya varlıkların, malların veya hizmetlerin satış yoluyla nakde ya da alacağa dönüştürülmesini sağlamak üzere iki formdan birini alabilir.

Ülkemizde şirket kurtarma modelleri olarak eski Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde ve İİK md.179 vd düzenlenmiş olan iflâsın ertelenmesi ile konkordato hükümleri vardı. Konkordato yolu konkordato mühleti 5 ay olduğu için uygulamada kullanılmıyor, sonradan hukukumuzda giren iflâsın ertelenmesi yöntemine başvuruluyordu. 2004 yılında ise ABD İflâs Kanunu Bölüm 11'den alınan İcra İflâs Kanunun 309/m ve devamı maddelerinde düzenlenen sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması usûlü getirilerek 2 tür şirket kurtarma seçeneği oluşturulmuştur. Fakat, bu yöntem uygulamada hiç kullanılmamıştır. Kanaatimizce bu kurumun hiç uygulanmamasının nedeni TTK'nın (m.377) İİK m.309/m vd maddelerine atıf yapmamış olmasıdır. Oysa TTK borca batık anonim şirketin iflâstan kurtarılmasının yolu olarak İİK'da yer alan iflâsın ertelenmesine, değişiklik sonrası ise konkordato hükümlerine açıkça atıf yapmıştır.

Ülkemizde uygulanan konkordato kurumunda görevli konkordato komiserinin birçok farklı görevinin bulunduğu görülmektedir. Ancak, İngiliz Hukukundan farklı olarak hukukumuzda komisere tasarruf yetkisi verilmemiş, temsil ve yönetim yetkisi tanınmamıştır. Komiser sadece borçlunun hazırladığı ve alacaklının onay verdiği iyileştirme projesinin uygulanmasını denetlemektedir. Öte yandan, komiser olarak atanacak kişilerde İngiliz aciz meslek mensuplarında olduğu gibi kapsamlı mesleki bir standart aranmamıştır. Her ne kadar 7101 sayılı ve 7155 sayılı Kanunlar ve bu kanunlara dayanılarak çıkartılan yönetmeliklerde komiser için belirli mesleki şartlar aranmış ise de bu niteliklerin kurumdaki beklenen faydayı sağlayamadığı görülmektedir. Üç komiserin mahkeme tarafından görevlendirilmesi durumunda, bunlardan birisinin yetkilendirilmiş bağımsız denetçiler arasından diğerinin ise hukukçu olması zorunluluğu vardır. Yine yönetmelikte komiser olacak kişilerin en az

dört yıllık lisans eğitimi veren fakültelerden mezun olması, beş yıllık tecrübeye sahip bulunması, gerçek kişi olması, belirli suçlardan hüküm giymemiş olması ve düzenlenecek komiserlik eğitimini tamamlamış olması şartı aranmaktadır. Komiserlik eğitimi de temel eğitim ve yenileme eğitimi şeklinde kısımlara ayrılmış, temel eğitimin süresi en az 36 saat yenileme eğitiminin süresi ise en az 12 saat olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemeler olumlu olmakla beraber yeterli değildir. Komiserlik eğitimleri için öngörülen süreler kısadır. Yine atanacak komiser aynı anda beş dosyada görevlendirilebilmekte, komiserlik görevinin yanında, kendi mesleğini icra edebilmekte, ayrıca, bilirkişilik görevini de sürdürebilmektedir. Oysa, şirket doktoru olarak nitelendirilen ve uzman kişilerden oluşan İngiliz aciz meslek mensuplarının mesleki standartları çok katı bir şekilde belirlenmiştir. Bunlar yönetici veya idari kayyım olarak faaliyette bulunurken, bütün mesailerini aciz halindeki şirketin kurtarılmasına sarf etmektedirler. Bu nedenle konkordato komiserleri için, İngiliz aciz meslek mensuplarında olduğu gibi, profesyonel uzmanlık standardı oluşturulmalıdır. Ayrıca, kondordatonun yanında, Türk Hukuku açısından ABD Bölüm 11 ve İngiliz yönetim usûlüyle benzer özellikler taşıyan uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılma usûlünün etkin kullanımı sağlanmalıdır. Bunun için de uzman meslek mensuplarının yetiştirilmesi ve görevlendirilmesi önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

ABEYRATNE, Mahawatfege Don Hemantha Niranjana; Corporate Rescues – A Comparative Study Of The Law And Procedure In Australia, Canada And England, Phd Thesis, University of London, 1995.

ADEBOLA Bolanle Adenike; Corporate Rescue And The Nigerian Insolvency Law System, Phd Thesis, University College London, November 2012.

AKDENİZ Murat/ KAYIHAN Şaban; Konkordato Hukuku, İstanbul 2019.

AKİL Cenk; Sorularla Adi Konkordato, İstanbul 2019.

ALBAYRAK Hakan; İflâs Dışı Adi Konkordato Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara 2020.

ALTAY Sümer/ESKİOCAK Ali; Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019.

ANDERSON Hamish; The Framework of Corporate Insolvency Law, Oxford 2017.

ANDERSON John G; Classification of Claims and Interests in Reorganization Cases Under The New Bankruptcy Code, Amerikan Bankruptcy Law Journal, 1984.

ARMOUR John & MOKAL Rizwaan Jameel; Reforming the Governance of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002, Working Paper, Cambridge 2004.

ARMOUR John & FRISBY Sandra; Rethinking Receivership Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 1, 2001.

ARSLAN Ramazan-YILMAZ Ejder- TAŞPINAR AYVAZ Sema – HANAĞASI Emel; İcra ve İflâs Hukuku, 6. baskı, Ankara 2020.

ATALI Murat; 7101 Sayılı Kanun’la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, editör (ÖZEKES Muhammet) İstanbul 2019.

AZMI Ruzita; A Comparative Study Of Corporate Rescue In The Uk And Malaysia- Phd Thesis, University of Aberdeen- 2008.

AZMI Ruzita & RAZAK Adilah Abd; Theories, Objectives And Principles Of Corporate Insolvency Law: A Comparative Study Between Malaysia And Uk, 3rd International Conference On Management.

BAILEY Edward; Voluntary Arrangements (Second Edition), London 2007.

BAILEY Edward / GROVES Hugo; Corporate Insolvency: Law And Practice (Fifth Edition), LexisNexis, London 2017.

BIRDS John / BOYLE A J/ CLARK Bryan/MACNEIL Lain/ MCCORMACK Gerard/ TWİGG-Flesner/ VILLIERS Christian Charlotte; Boyle&Birds' Company Law, Sixth Edition, Bristol 2007.

BORK Reinhard; Rescuing Companies In England and Germany, Oxford 2011.

BÖRÜ Levent; Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (1) s.173-186, 2019.

BUDAK Ali Cem; Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü ve Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul,1993.

COOK Gary & POND Keith; Explaining The Choice Between Alternative Insolvency Regimes For Troubled Companies In The UK And Sweden, Eur J Law Econ (2006).

CRAWFORD Keith; The Law and Economics Of Orderly And Effective Insolvency, Phd Thesis, University of Nottingham, 2013.

ÇETİN Özlem Kayhan; İflâsın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlik, Ankara 2011.

DIGNAM Alan&LOWRY John; Company Law, 4th edition, Oxford 2006.

ELLINA Sofia; Administration and CVA In Corporate Insolvency Law: Pursuing The Optimum Outcome, International Company And Commercial Law Review, 2019.

ERTEN Alper Efe; Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2006.

EVANS Roger Graham; A Critical Analysis Of Problem Areas In Respect Of Assets Of Insolvent Estates Of Individuals, Phd Thesis,University of Pretoria, 2008.

FLETCHER Ian; UK Restructuring Practice on the Ground: The Legal Framework London 2016.

FINCH Vanessa; Corporate Insolvency Law- Perspectives and Principles-Second Edition-Cambridge 2009.

FINCH Vanessa &MILMAN David; Corporate Insolvency Law,Third Edition Cambridge 2017.

FRENCH, DEREK, RYAN, CHRISTOPHER, MAYSON, STEPHEN, French&Ryan on Company Law, Oxford 2012.

FRIDMAN S; Voluntary Administration Use And Abuse, Band Law Nerrow,Sydney 2003.

FRISBY Sandra; ‘Receivers And The Companies Act 1985, S.320: A Very Real Agency, 3 Company, Financial And Insolvency Law Review 143,1999.

GANT Jennifer Leigh Longstreet; Rescue Before A Fall: An Anglo-French Analysis Of The Balance Between Corporate Rescue And Employment Protection-Phd Thesis,Nottingham Trent University, January 2016.

GOODE Roy; Principles Of Corporate Insolvency Law-Fourth Edition, London 2011.

GOODE Roy; Commercial Law-Third Edition-London 2004.

GOODE Roy; Commercial Law-Fifth Edition- Lexis Nexis, London 2009.

GULLIFER Louise and PAYNE Jennifer, Corporate Finance Law Principle And Policy, Oxford 2011.

HAIZHENG Zhang; Making An Efficient And Well-Fuctioning Corporate Rescue System In Chinese Bankruptcy Laws: From The Perspective Of A Comparative Study Between England And China- Phd Thesis, University Of Leicester 2008.

KARGBO Abdulkarım; The Post-1986 Uk Insolvency System: A Study Of Mode Of Resolution And Of Company Outcome, Phd Thesis,City University 2009.

KASTRINOU Alexandra; European Corporate Insolvency Law: An Analysis Of The Corporate Rescue Law Of France, Greece And The United Kingdom-Phd Thesis,University Of Leicester-2009.

KASTRINOU Alexandra; Comparative Analysis of The Informal Pre-Insolvency Procedures of The UK and France, International Insolvency Regime, Vol.2 Issue:2, 2016.

KENDİGELEN Abuzer; Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.

KURU Baki; İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3.basım, Ankara 2019.

KURU Baki; İflâs ve Konkordato Hukuku, Cilt: II, Ankara 1971.

KURU Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, (El Kitabı), İstanbul, 2013.

LIGHTMAN/MOSS; The Law Of Administrators and Receivers Of Companies, Sixth edition, London 2017.

LIGHTMAN, J.G., GALE, S. & SMİTH, H.; ‘A special relationship? US/UK cross-border insolvency’, Paper presented at 78th Annual Meeting of the National Conference of Bankruptcy Judges, 2004.

MALLON Christopher&WAISMAN Shaly; The Law and Practice Of Restructing In The UK and US, First Edition, 2011.

MCCORMACK Gerard; Corporate Rescue Law – An Anglo-American Perspective Corporations, Globalization and the Law, London 2008.

MARCOW Anthony; A Comparative Assessment of Employee Rights within South African, United Kingdom and Australian Corporate Rescue Legislation ,University of Pretoria (South Africa), 2014.

MEI Yang & XIAOBİNG Li; The History of Corporate Rescue in the UK, Asian Social Science; Vol. 8, No. 13; 2012.

MOKAL R; Corporate Insolvency Law: Theory And Application, Oxford 2005.

MOKAL R; Consistency Of Principle In Corporate Insolvency-University College London-2016 Administration and Administrative Receivership - an Analysis Curent Legal Problems, Vol.57,2004.

MOSS Gabriel S. / LIGHTMAN Gavin; The Law Of Administrators And Receivers Of Companies, 5th Edition - London 2011.

MUŞUL Timuçin; İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul 2019.

NAMLI Mert, Türk Hukuku’ndaki Temel Yeniden Yapılandırma Yolu Olan Konkordatonun 2019/1023 Sayılı Yönerge Bakımından Değerlendirilmesi, <https://www.academia.edu/>

NSUBUGA Hamiisi Junior, Corporate Insolvency and Employment Protection: A Theoretical Perspective, Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal, 2016.

O`DEA Geoff /LUNG Julian/SMYTH Alexandra; Schemes Of Arrangement (Law and Practice) Oxford 2012.

OMAR Paul /GANT Jennifer; Corporate Rescue in The United Kingdom: Past, Present and Future Reforms, p.40-61, 2016.

ÖZTEK Selçuk/ BUDAK Ali Cem /TUNÇ YÜCEL Müjgan /KALE Serdar /YEŞİLOVA Bilgehan; Yeni Konkordato Hukuku, İstanbul 2019.

ÖZTEK Selçuk; Borca Batık Anonim Şirketlerde İflâsı Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme, Prof. Dr. PEKCANİTEZ’e Armağan, C: III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, s.2319-2343, 2014.

PEKCANITEZ Hakan/ ÖZEKES Muhammet/TAŞTEKİN SUNGUR Meral, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2019.

PEKCANITEZ Hakan/ ERDÖNMEZ Güray; 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.

PEKCANITEZ Hakan/ ERDÖNMEZ Güray; 7101 Sayılı Kanun’la Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı 105, s.108-157, 2018.

PEKCANITEZ Hakan; 7101 Sayılı Kanun’la Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi, MİHBİR, Ankara 2019.

PILKINGTON Christian; Schemes of Arrangement in Corporate Restructuring, Second Edition, Sweet and Maxell London 2017.

QC TROWER William /GOODISON Adam /ABRAHAM Mathew /SHAW A Andrew; Corporate Administrations and Rescue Procedures, London 2017.

RENSSEN Samantha; Corporate Restructuring and Corporate Dissolution of Companies in Financial Distress: Ensuring Creditor Protection. A Comparison of the US, UK and Dutch Models, International Insolvency Review Volume: 26 Issue: 2 Pages:204-228 Published: Sum 2017.

SARISÖZEN M. Serhat; Konkordato, Ankara 2020.

SARISÖZEN M. Serhat; İcra- İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2020.

SHANAHAN Edmund; Reconsidering the Goals of Irish Corporate Rescue Law: Identifying Appropriate Models and Legal Provisions Suitable for a Small Open Economy, Phd Thesis, University Of Dublin, 2014.

TANRIVER Süha; Konkordato Komiseri, Ankara 1993.

TANRIVER Süha; 4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adî Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 51, s.67-90, 2004.

TAŞPINAR AYVAZ Sema; İcra –İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.

TAŞPINAR Sema; Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Hukukunda Yapılan Değişiklikler, BATIDER, Cilt 22 Sayı: 2 s.49-92, 2003.

TEOMETE YALABIK Fulya; İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukukunu Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016.

TODD G.; Administration Post-Enterprise Act-What Are The Options For Exists? 2006.

TOLMIE Fiona; Corporate and Personal Insolvency Law, Second Edition, London 2003.

TOMASIC Roman; Australian Corporate Insolvency Law, Sdney 1993.

TOO Fancy Chepkemoi; A Comparative Analysis Of Corporate Insolvency Laws: Which Is The Best Option For Kenya? Phd Thesis, Nottingham Trent University, 2015.

TSVETAN Petrov; Harmonising Restructuring Law in Europe: A Comparative Analysis of the Legislative Impact of the Proposed Restructuring Directive on Insolvency Law in the UK and Germany, Anglo-Ger. L.J. 129 (2017) Insolvency Law-AGLI Vol. 3 page.129-183, 2017.

TUNÇ YÜCEL Müjgan; Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020.

UYAR Talih; Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019.

UYAR Talih; Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 369, Ankara 2019.

ÜSTÜNDAĞ Saim; İflâs Hukuku, İstanbul 2009.

WALTON Peter; Pre-packin' in the UK, International Insolvency Review Volume: 18 Issue: 2 Pages:85-108 (2009) Published online 1 June 2009 in Wiley Inter Science (www.interscience.wiley.com)

WESSELS Bob; International Insolvency Law, Kluwer Law International 2006.

WOOD John Michael; Corporate Rescue: A Critical Analysis of Its Fundamental and Existence ,Phd Thesis, The University Of Leeds, 2013.

XİE Bo; Role of Insolvency Practitioners in the UK Pre-pack Administrations: Challenges and Control, International Insolvency Review, Vol.21, issue 2, 2012.

YAVUZ Cevdet/ ÖZEN Burak/ ACAR Faruk; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16.baskı Ankara 2019.

YEŞİLOVA Bilgehan; Modern İflâs Hukukunun Gereklilikleri ve Temel Haklar Çerçevesinde Susturma Hakkı / Engelleme Yasağı, Cramdown Power/ Obstruktionsverbot, Ankara 2015.

ZWIETEN Kristin Van; Goode On Principles of Corporate Insolvency Law, Fifth edition, London 2018.

ÖZGEÇMİŞ

30.03.1992 tarihinde Erzurum’da doğan Büşra Naciye YILDIZ, 2010 yılında Vali Muammer Güler Anadolu Öğretmen Lisesinden mezun oldu. Boğaziçi Üniversitesi’nde 1 yıllık İngilizce hazırlık eğitimi aldıktan sonra 2012 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne başlamış 2016 yılında ise mezun olmuştur. 1 yıllık yasal stajının ardından İstanbul Barosuna bağlı avukat olarak çalışmıştır. 2018 yılında Kırklareli Üniversitesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olduktan sonra Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde görevlendirilmiştir. Yüksek lisans tez çalışmaları için 5 ay süreyle Institute of Advanced Legal Studies-University of London da bulunmuştur. İleri düzeyde İngilizce bilmektedir.

