

# İYİLEŞTİRME HUKUKUNUN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ ÜZERİNE\*

*On the Revising of the Redevelopment Law*

**Dr. iur. David RÜETSCHI\*\***

**Çev. Cenk AKİL\*\*\***

## ÖZET

Mevcut İsviçre İyileştirme (Yeniden Yapılandırma) Hukuku'nun temeli İsviçre İflas ve İflas Kanunu'nda yapılan ve 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı değişiklik ile atılmıştır. İyileştirme hukukuna ilişkin hükümler 1990'lı yılların başında ağır bir ekonomik krizin bir sonucu olarak kabul edildi. Uzmanlar komitesi tarafından önerilen ve İsviçre Federal Konseyi tarafından büyük ölçüde kabul edilen öneriler ile bir yandan prosedürün etkinliğinin artırılması öte yandan alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanması ve imtiyazlar kaldırılması suretiyle alacaklılara daha fazla meblağın dağıtılması amaçlanmıştır. Uzmanlar komitesi iyileştirme denemelerinin başarısızlığının mevcut hukuk normlarından değil, başka etkenlerden kaynaklandığını ifade etmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** İyileştirme hukuku, ödeme aczi, iflas, otomatik erteleme, susturma kuralı.

---

\* Makale için bkz. Rüetschi, D. (2010). Zur Revision des Sanierungsrecht, *Die Volkswirtschaft*, S. 5, s. 4 vd. <http://www.dievolkswirtschaft.ch/de/editions/201005/pdf/Rueetschi.pdf>.

\*\* İsviçre Federal Adalet Bakanlığı nezdinde yürütülen İyileştirme Hukukunun Yenileştirilmesi Projesi'nin yöneticisi.

\*\*\* Dr (akilcenk@hotmail.com).

**ABSTRACT**

The current Swiss reorganization law goes back to the last major revision of the Bankruptcy and Insolvency Act on 1 January 1997 is in force. The provision of the reorganization law arose as a result of the severe economic crisis in the early 1990s. By the group of experts formulated and the Bundesrat largely accepted proposals to optimize the rehabilitation procedure are aimed in two main directions: on the one hand, it is about the design of an efficient procedure, on the other hand, the equality creditors strengthening of and to be distributed mass by removal of privileges individual creditors be increased. The expert committee has noted that renovations fail in Switzerland often not because of the actual reorganization law, but due to other factors.

**Keywords:** Redevelopment law, insolvency, bankruptcy, automatic stay, cramedown process.

Ekonomik kriz dönemlerinde en azında iyileştirme (yeniden yapılandırma) hukukunda revizyona gidilmesi çağırısı yüksek konjonktür haline gelir. Devlet harcamalarının azalması mı artması mı gerektiği konusunda yoğun bir şekilde tartışmalar yapılırken, iyileştirme hukukunun en uygun duruma getirilmesi vasıtasıyla olumsuz sonuçların ve işsizlik tehlikesinin sıfır maliyetle kurtarılması görüşü rağbet bulmaktadır. Mevzuatın çizdiği sınırlar içerisinde konjonktürel desteğin fonksiyonel olabilmesi yürürlükteki iyileştirme hukukunun ıslah edilebilir olmasına bağlıdır. Eğer durum bu değilse, yenileştirme çabaları sonuçsuz kalacaktır.

Federal Adalet Bakanlığı 2003 Yılı Yazında *Swissair* şirketinin iflasını müteakip İsviçre iyileştirme hukukunda yeniliğe gidilmesinin gereklik gerekmediği sorusuna cevap bulmak üzere bir uzmanlar heyeti görevlendirdi. Uzmanlar komitesi, yaptığı çalışma sonucunda İsviçre İyileştirme Hukukunun tümüyle gözden geçirilmesi ve yenilenmesine ihtiyaç duyulmadığı ve İsviçre İyileştirme Hukukunun uygulama açısından genel olarak mantıklı ve tatmin edici çözümlerin bulunması için yeterli serbestiyi ve imkanları sağladığı sonucuna vardı.

Böylelikle iyileştirme hukukunun yenileştirilmesi suretiyle sağlanabilecek getiri daha baştan sınırlandırılmış oldu. Bununla birlikte, durumun kamuoyunda kısmen farklı bir şekilde algılanması şaşırtıcı değildir.

Şöyle ki, başarılı olanlar bir tarafa bırakılacak olursa bugüne kadar pek çok kez başarısız iyileştirme denemesinde de bulunulmuştur. Ve medyada her şeyden önce başarısız olan denemelere yer verilmiştir. İyileştirme denemesinin başarısız kaldığı durumlar, kural olarak, tek bir nedene bağlanamaz. Böylesi hallerde, iyileştirme için elverişli olmayan hukuki çerçeveyi çizen koşullardan da dem vurmak akla yatkındır.

### **Yenileştirme Çalışmalarının Durumu**

Yürürlükteki iyileştirme hukukunun kökeni 1 Ocak 1997'de yürürlüğe giren İcra ve İflas Kanunu'ndaki kapsamlı değişikliğe kadar gitmektedir. İyileştirme hukukuna ilişkin hükümlerdeki değişiklikler 1990'lı yılların başında yaşanan ekonomik krizin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kanun koyucunun öncelikli amacı, işletmelerin sistemli bir şekilde tasfiyesini mümkün kılmak değil, tersine işletmenin sağlığına kavuşması anlamında iyileştirilmesini de kolaylaştırmaktır.

Uzmanlar komitesi, göreceli olarak yeni sayılabilecek iyileştirme hukukunun uygulamadaki etkinliğini tespit etmekle görevlendirilmiştir. Uzmanlar komitesi yaptığı inceleme sonucunda mevcut iyileştirme hukukuna geçer not vermekle birlikte reforma ihtiyaç duyulan bazı noktalara da işaret ettiler. 2008 yılı Haziran ayında tamamlanmış bulunan Uzmanlar Komitesi Raporu'nda bir dizi münferit tedbir önerildi. Uzmanlar bu tedbirler sayesinde iyileştirme hukukunun optimal bir noktaya ulaşacağı konusunda büyük umutlar beslemişlerdir. Bahsi geçen rapor, Federal Konsey tarafından tartışmaya açılan Öntasarı'nın temelini teşkil etmiştir. Alınan olumlu tepkiler üzerine, Federal Konsey, 20 Haziran 2010 tarihinde İsviçre Federal Adalet ve Güvenlik Departmanı'nı bu konuda rapor hazırlamakla görevlendirmiştir.

### **Değişiklik Önerileri**

Uzmanlar komitesi tarafından formüle edilen ve Federal Konsey tarafından büyük ölçüde benimsenen öneriler ile iyileştirme yöntemlerinin optimal bir seviyeye ulaştırılması bakımından başlıca iki hedef gözetilmiştir: Bir yandan etkili bir yöntemin (usulün) oluşturulması öte yandan alacaklıların eşitliği ilkesinin güçlendirilmesi ve rüçhan haklarının kaldırılması suretiyle masadan alınacak payın artırılması.

Bu cümleden olmak üzere İcra ve İflas Kanunun'da düzenlenmiş bulunan konkordato usulünün münhasıran iyileştirme usulüne

dönüştürülmesi önerilmiştir. Bu bağlamda, Borçlar Kanunu'nun 725a maddesinde düzenlenmiş bulunan iflâsın ertelenmesi kurumu, konkordatoya entegre edilmeli ve böylelikle erteleme usulüne başvurma imkanı gelecekte sadece anonim şirketlerin değil tüm işletme türlerinin yararlanabileceği bir imkan haline getirilmelidir.

Tüm prosedürlerde alacaklıların söz hakkı farklı tedbirle daha da güçlendirilmelidir. Aynı anda farklı şirketler grubu hakkında pek çok aciz\* prosedürünün işletilmesi durumunda prosedürler arasında koordinasyonun sağlanması gerekir ve ilgili icra organlarının, denetim mercilerinin ve mahkemelerin işlemleri arasında mümkün olduğunca uyum sağlanmalıdır.

Uzmanlar komitesi, uygulamada iyileştirme prosedürünün işlemini güçleştiren engellerin ortadan kaldırılmasını tavsiye etmiştir. bu bağlamda, yürürlükteki hukuka göre aciz durumu (iflâs, konkordato) ilke olarak mevcut sürekli borç ilişkileri (örneğin, kira ve leasing sözleşmeleri) üzerinde hiçbir etkiye sahip değildir. Gelecekte konkordato yargılamasında işletmelerin iyileştirilmesi için bu tip sürekli borç ilişkilerinin istisnai olarak feshedilmesi mümkün hale gelecektir. İyileştirmeyi engelleyen, sürekli borç ilişkileri doğuran sözleşmeler böylelikle her zaman ve derhal feshedilebilecektir. Fakat bunun için karşı âkadin tüm zararının karşılanması gerekecektir. Ancak salt konkordato talebi dahi böyle bir zarar sayılabileceğinden ilgili alacaklı, ilke olarak, böyle bir kayba katlanmak zorunda kalacaktır.

İyileştirmeyi engelleyebileceği düşüncesi ile ticarethaneyi kiralayanın, kiralayanın birlikte getirdiği şeyler üzerinde sahip olduğu hapis hakkının tazminatsız olarak ortadan kaldırılması dahi öngörülmüştür. İşletmenin devri halinde mevcut hukuka göre işçilerin yeni işletme tarafından çalıştırılması yükümlülüğünün (BK m. 333) ortadan kaldırılmasına yönelik öneri çok tartışmalı idi. Bu yükümlülük, münferit durumlarda iyileştirmenin imkânsız hale gelmesine ve ilgili işyerlerinin tamamıyla kapanmasına yol açıyordu. Yeni düzenleme uyarınca bundan böyle işletme ile birlikte hizmet (iş) sözleşmelerinin üstlenilip üstlenilmediği veya hangi ölçüde üstlenileceği taraflar arasında müzakere edilip kararlaştırılacaktır.

---

\* “Aciz” sözcüğünü “insolvenz” tabiri yerine kullandık. “Aciz” kelime anlamı itibarıyla ödeme güçsüzlüğü, borcunu ödeyememe durumunu ifade etmektedir. Bkz. Yılmaz, E. (2002). *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, s. 16.

### **Bölüm 11'in (Amerikan Yeniden Yapılandırma Usulü'nün) Kabul Edilmesi Önerisi**

Her ne zaman İsviçre İyileştirme Hukuku'nda yenileştirmeye gidilmesi gündeme gelse Amerikan İyileştirme Yönteminin yani, 11. Bölüm Prosedürünün örnek alınması talebi ileri sürülmektedir. Bu prosedürün ne kadar iyi işlediğini kanıtlamak üzere, faaliyete geçmelerinden sonra bir kez 11. Bölüm Prosedürüne tâbi tutulan ve şu an itibarıyla yeniden kazançlı duruma gelmiş bulunan önde gelen Amerikan şirketleri (diğerlerinin yanı sıra, United Airlines, K-Mart, Macy's, Texaco, Singer gibi) örnek gösterilmektedir.

Bölüm 11 Prosedüründe de işletmelerin borçlarını -işletmeyi ayakta tutmak amacıyla- yeniden yapılandırma imkânları mevcuttur. Bu nedenle, Bölüm 11 Prosedürü –en azından güttüğü amaç itibarıyla- işletmelerin tasfiyelerinin yanı sıra açıkça iyileştirmelerini de göz önünde tutan İcra ve İflas Kanunu'nun öngörmüş bulunduğu iyileştirme usulünden farklı değildir. Fakat Bölüm 11 Prosedürü'nün olayların yarısından fazlasında ilgili işletmelerin iyileşmesini sağlayamadığına işaret edilmelidir. Ayrıca yöneticilere işlenmiş hataları daha sonra telafi etme imkânının verilmiş olması, işletmelerin özensiz ve riskli bir şekilde yönetilmesine yol açması bakımından eleştirilmesi gereken başka bir husustur. Ayrıca, yöneticilerin, prosedürü belirli sözleşmelerden kurtulmak ya da personelin bir kısmını işten çıkarmak; özellikle de ücretleri indirmek amacıyla kötüye kullanması da mümkündür.

Bir yabancı hukuk kurumunun başarılı bir şekilde iktibas, iktibas eden ülkenin hukuk düzeni bakımından daima büyük bir olaydır. Çünkü bu vesileyle yöresel şartlar, kurumun uygulanması aşamasında etkileme gücüne sahip faktörler olarak daima göz önünde tutulmak zorundadır. Yabancı hukukun olduğu gibi iktibası bunu güçleştirir ya da aynı kuralın (normun) uygulandığı çevreye göre farklı sonuçlar doğurmasına yol açabilir. Bundan dolayı, Amerikan hukukunun iktibas edilmesi gerekip gerekmediği ya da ne ölçüde iktibas edilmesi gerektiği her defasında spesifik olarak ve tüm durumlar göz önünde tutulmak kaydıyla incelenmelidir. Bunun yanı sıra, bu metot, Bölüm 11 Prosedürünün münferit bölümlerinin iktibası konusunda çalışmak üzere görevlendirilmiş uzmanlar komitesince da aşağıdaki üç örneğin gösterdiği biçimde açıkça tartışılmıştır.

### **Otomatik Durma**

Bölüm 11 Prosedürü otomatik durmayı düzenlemektedir: Borçlunun dilekçesini vermesiyle otomatik ve kapsamlı bir erteleme de aynı anda yürürlüğe girer. Bu andan itibaren alacaklılar borçluya karşı icra takibi yapamazlar. Uzmanlar komitesi “otomatik durma usulünü”nün iktibasının doğru olup olmayacağını incelemiş ve iki sebepten dolayı bunu reddetmişlerdir: Öncelikle dilekçenin sunulması ve mahkemenin bunu kabulü ile geçici erteleme tedbirinin uygulanması karşılaştırıldığında aradaki zamansal fark yok denecek kadar azdır. Öte yandan böyle bir düzenlemenin kötüye kullanılma ihtimali de bir hayli yüksektir. Şöyle ki, iflâsın ertelenmesi konusunda aslında çok az bir şansa sahip olan borçlu dahi iflâsın ertelenmesi için talepte bulunabilir ve bu şekilde en azından talebin reddine kadar derhal yürürlüğe giren ertelemenin etkisinden istifade edebilir.

### **Aciz Kanunu’na Göre Özyönetim**

İsviçre hukukuna göre önemli bir diğer farklılık ise işletmenin Bölüm 11 Prosedürü’nün başlamasından sonra borçlu tarafından yani, eski yönetici tarafından yönetilmeye devam edilmesidir. Böyle bir çözüm, ilke olarak, daha ucuz olup faaliyetin sekteye uğramasını da önler. Ayrıca borçlunun iştiğal ettiği işletme dalı ve branşta sahip olduğu önbilgiye göre şekillendirilebilir. Fakat uygulama İsviçre’de de borçlunun işletmeyi bizzat - ancak elbette komiserin gözetimi altında- yönetmeye devam ettiğini göstermektedir. Buna karşılık Amerika Birleşik Devletleri’nde de 2002 yılında yapılan değişiklikten beri yediemin borçlunun (zilyet borçlunun) (*Debtor in Possession*) küçük işletmeler bakımından konumu iyice sınırlandırıldı ve mahkeme tarafından denetimle görevlendirilen görevlinin Birleşik Devletler Kayımlarının konumu ise iyice güçlendirilmiştir. Böylelikle her iki sistem birbirine iyice yakınlaştırılmıştır. Ayrıca, işletmenin, bizzat işletmeyi aciz haline düşüren kişi tarafından yönetilmeye devam etmesinin kabulünün tüm durumlarda adil olup olmadığı ve bu suretle alacaklıların ve potansiyel finansörlerin işletmenin iyileşmesi bakımından borçlunun yeteneğine gerekli güveni besleyip besleyemeyecekleri şüphelidir. Amerikan Sistemi’nde de işletmenin yönetiminin borçluya bırakılması daha az risklidir. Çünkü Amerikalıların dava açmaya yatkınlığı borçluyu önleyici mahiyette disipline etmektedir. Hatalı bir iş yapması durumunda borçlu, yüksek bir olasılıkla kişisel olarak bundan sorumlu tutulacaktır.

### **Susturma Kuralının İsviçre Hukuku Bakımından Mümkün Olmaması**

Bölüm 11'in üçüncü bir özelliği ise 'susturma kuralına' sahip olmasıdır. Bu kural mahkemeye konkordato teklifini alacaklı çoğunluğuna rağmen kabul edebilme yetkisi tanımaktadır. Bu, İsviçre hukuku bakımından mümkün değildir. Zira İsviçre İcra ve İflas Kanunu konkordato teklifinin kabul edilmesi için alacaklıların nitelikli çoğunluğunun kabulünü aramaktadır.

Uzmanlar komitesi, böyle bir düzenlemenin kabulünün gerekli olup olmadığını incelemiş ve İsviçre'nin geleneklerine aykırı olacağı gerekçesiyle bunu açıkça reddetmiştir. Uzmanlar komitesine göre mevcut çözüm, - duruma göre sert tartışmalar yaşansa da- belli bir çoğunluktaki alacaklılar tarafından anlaşmayı hedeflediğinden doğrudur. Ayrıca, pozitif hukuka göre de konkordato teklifi hatırı sayılır bir alacaklı grubunun karşı çıkmasına rağmen mahkeme tarafından tasdik edilebilir. Ayrıca, İsviçre mahkemeleri iyileştirme meselelerinde uzmanlık sahibi değildir; aksine konkordato işlerine genel mahkemeler bakmaktadır. Durum Amerikan Hukuku'nda farklı olup bu hukuk düzeninde Bölüm 11 prosedürüne ilişkin işler bakımından bu konuda ileri derecede uzmanlaşmış mahkemeler yetkili kılınmıştır. Konkordato teklifinin bir ya da daha fazla alacaklı sınıfının karşı çıkmasına rağmen kabulü mahkemenin, konkordato teklifinin avantajlarını gerçekten alacaklılardan daha iyi değerlendirmesini şartına bağlıdır. Bunun ise uygulamada İsviçre Mahkemeleri bakımından gerçekleştiğini söylemek güçtür.

### **SONUÇ**

Uzmanlar komitesi açıkça şu tespiti yapmıştır: "İsviçre aciz hukuku ve bu arada iyileştirme hukuku, sahip olduğu ününden daha iyidir (başarılıdır)". Bundan dolayı halen devam eden yenileştirme çalışmalarında iyileştirme hukukuna yeni bir anlayış kazandırılması değil, mevcut temeller üzerinde sistemin geliştirilmesi söz konusudur. Yabancı hukukun kabul ettiği bir çözüm şeklinin kapsamlı olarak iktibasına yönelik genel bir talep, mesele hakkında hâlihazırda yürütülen tartışma bakımından uygun olmadığı gibi hukuk düzenleri arasındaki mevcut ilkesel farklılıklardan dolayı gerçekleştirilebilir de değildir.

İsviçre’de iyileştirme prosedürü, sahip olunan iyileştirme hukukunun yetersizliğinden değil, başka bir takım etmenlerden dolayı başarısız olmaktadır. Meselenin temelinde “önleme” anlayışı yatmaktadır. Muhtemel güçlükler sıklıkla çok geç teşhis edilmekte ya da gerekli tedbirler çok geç alınmaktadır. Konkordato aşamasına gelindiğinde iyileştirme neredeyse imkânsız olmakta ve geriye sadece tasfiye seçeneği kalmaktadır. Bundan dolayı gelecekte aciz halinden önce iyileştirme düşüncesine –kanun koyucunun bakış açısından da- dikkat çekilmelidir. İşletmelerin ve özellikle onların hukuk danışmanları, kanunun konkordato mühleti verilmesi ile sağladığı imkanlara dikkat etmeli, bu konuda bilinçli olmalı ve gereken hallerde bu kurumdan yararlanmalıdır. Nihayet, sistemimizin yukarıda zikredilen zayıf noktaları, özellikle mahkemelerin uzmanlaşma konusundaki eksiklikleri ve sorumluluk ve iptal davalarının açılması konusunda ilgililerin üzerindeki çekingenliğin atılması konusunda tedbirlerin gerekli olup olmadığı yahut hangi tedbirlerin alınması gerektiği üzerinde düşünülmalıdır.

## **EK**

### **Bölüm 11 Prosedürü (Usulü)**

Amerikan İflâs Kanunu, aciz halindeki işletme için iki yol öngörmüştür. Buna göre, işletme, ya 7. Bölüm uyarınca tasfiye edilecek ya da gelecekte yeniden faaliyet gösterebilmesi için 11. Bölüm uyarınca yeniden yapılandırılacaktır. 11. Bölüm Prosedürü esas olarak aşağıdaki özelliklere sahiptir:

- Prosedür, borçlu ya da onun alacaklıları tarafından başlatılabilir. Aciz hali, Bölüm 11 Prosedürü’nün işletilmesi için bir koşul değildir.
- Başvuruyla eş zamanlı olarak borçlunun tüm malvarlığı değerleri kanundan dolayı iflas masasına aktarılır ve borçluya karşı ileri sürülen tümü alacaklar iflâs masasına karşı münhasır alacak teşkil eder.
- Borçlunun başvurusuna koşut olarak otomatik ve kapsamlı bir erteleme yürürlüğe girer. Bunun sonucu olarak mevcut alacaklılar bu andan itibaren borçluya karşı icra takibi yapamazlar.
- Mümkün olduğu kadar çabuk alacaklılar komitesi (*Committee of Unsecured Creditors*) atanır.



- Yediemin Borçlu (Zilyet Borçlu): İşletme, prosedürün başlatılmasından sonra da Birleşik Devletler Kayımları gözetiminde bizzat borçlu tarafından işletilmeye devam edilir. Bu suretle eski yönetici kadro otomatik olarak borçlunun idarecisine dönüşür.

- Susturma Kuralı: Tüm alacaklılar iyileştirme plânına rıza göstermek zorunda değildir. Genellikle her alacaklı, diğer alacaklılarla birlikte bir sınıfa ayrılır. Alacaklıların sınıflara ayrılmasında borçlunun da belli bir dereceye kadar söz hakkı vardır. İyileştirme plânı alacaklılar sınıfları içerisinde oylanır. Mahkeme, iyileştirme plânını kural olarak tüm sınıflar rıza göstermişse tasdik eder. Şayet bir alacaklılar sınıfındaki alacakların en az üçte ikisinin sahibi durumunda bulunan alacaklıların en az yarısı plâna rıza gösterirse ilgili alacaklı sınıfının plâna rıza gösterdiği kabul edilir. Mahkeme, bir ya da daha fazla sayıdaki alacaklılar sınıfının iyileştirme plânına rıza göstermemesi durumunda dahi plânı tasdik edebilir.

- Hazır Plân Usulünde, Bölüm 11 Prosedürüne başvuru anında alacakların rızasını temin edebilmek ve derhal mahkemeden onay alabilmek için Bölüm 11 Prosedürü başlatılmadan önce alacaklılar ile görüşmeler yapılır.

## KAYNAKÇA

### Literatür

- Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern 2008.
- Vorentwurf zur Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Bern 2008.
- Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern 2005.
- Hunkeler D., Versäumnis des Gesetzgebers als Mitursache für das Swissair-Debakel, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2002, s. 7 vd.
- Meier I., Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in: Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, Den Haag 2000, s. 446 vd.
- McCormack G., Corporate Rescue Law – An Anglo-Saxon Perspective, Cheltenham 2008.

**KARAR ÇEVİRİSİ** / *Court Decision Translation*

