

ZARURET DOKTRİNİ ÇERÇEVESİNDE KONKORDATO PROJESİNE TÂBİ BİR BORCUN TASDİK KARARINDAN ÖNCE ÖDENMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1449069>

Arş. Gör. Dr. Abdulkadir HAŞHAŞ*

Öz

Yeniden yapılandırma yönteminde, icra takibi ve iflâs tasfiyesinden farklı olarak, esneklik büyük bir öneme sahiptir. Keyfilik anlamına gelmeyen bu esneklik, yeniden yapılandırma yönteminin varoluşu ve başarısı için elzemdir. Yeniden yapılandırmada esneklik ve somut dosyanın ihtiyaçlarına karşılık verebilme kapsamında incelenmesi gereken konulardan bir tanesi de borçlunun konkordato projesine tâbi bir borç için tasdik kararından önce ödeme yapıp yapamayacağı sorusu etrafında şekillenmektedir.

Temel amacı, işletmenin sağlığına kavuşturularak ve faaliyetlerine devam ederek borçlarını ödemesi şeklinde özetlenebilecek konkordato usûlünde, borçlunun iyileştirilmesi sürecinde faaliyetlerin kesintiye uğramaması gerekmektedir. Borçluya mal veya hizmet tedarik eden konkordato alacaklıları, prensipte borçlunun faaliyetlerini kesintiye uğratabilecek baskı gücüne sahiptirler. Konkordato sürecini başarısızlığa sürükleyebilecek bu olumsuz durumun gerçekleşmesini önleme yollarından bir tanesi de “kritik tedarikçilere” ödeme yapılmasına izin verilmesidir.

Bu çalışmada, “kritik tedarikçi” kavramı açıklandıktan sonra, kavramın “zaruret doktrini” çerçevesinde Amerikan İflâs Hukuku’ndaki gelişim süreci ve doktrine yöneltilen eleştiriler incelenmiştir. Çalışmanın son kısmında Türk Konkordato Hukuku’nda projeye tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesine ilişkin görüşler incelendikten sonra sorunla ilgili görüşlerimize yer verilmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (abdulkadirhashas@gmail.com) ORCID: 0000-0002-6731-3904 (Gönderim Tarihi: 08.03.2024-Kabul Tarihi: 17.04.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, Yeniden yapılandırma, Amerikan İflâs Hukuku, Konkordato mühletinin etkileri, İcra ve İflâs Kanunu

**UNDER THE NECESSITY DOCTRINE, THE PAYMENT OF
A DEBT SUBJECT TO A CONCORDAT PROJECT BEFORE
THE APPROVAL DECISION**

(Research Article)

Abstract

In the method of restructuring, flexibility is of great importance, unlike in enforcement and bankruptcy liquidation. This flexibility, which does not imply arbitrariness, is essential for the existence and success of the restructuring method. In restructuring, flexibility and the ability to meet the specific needs of the case should be examined within the scope of whether the debtor can make payments before the approval decision for a debt subject to the concordat project.

In the concordat procedure, which can be summarized as bringing the business back to health and continuing its activities to pay off debts, it is crucial that the activities of the debtor are not interrupted during the improvement process. Concordat creditors supplying goods or services to the debtor generally have the power to exert pressure that could disrupt the debtor's activities. One way to prevent this negative situation, which could lead to the failure of the concordat process, is to allow payments to be made to "critical suppliers".

In this study, after explaining the concept of "critical supplier", the development process of the concept in American Bankruptcy Law within the framework of the "doctrine of necessity" and criticisms directed at the doctrine have been examined. In the last part of the study, after examining the views on the payment of a debt subject to the project before approval in Turkish Concordat Law, our opinions on the issue are presented.

Keywords

Concordat, Restructuring, American Bankruptcy Law, Effects of concordat moratorium, Enforcement and Bankruptcy Law

I. GENEL ÇERÇEVE VE ZARURET DOKTRİNİ KAVRAMI

Mahkeme içi yeniden yapılandırma yönteminde mühlet kararı, iflâsın açılmasındaki gibi, bir milat olarak kabul edilir. Yeniden yapılandırma borçlusunu ilgilendiren birçok meseleye mühlet öncesi ve mühlet sonrası olmak üzere iki farklı rejim uygulanır¹. Bu farklılıklardan bir tanesi de mühletten önce ve sonra doğan borçlara uygulanacak rejimdir. Yeniden yapılandırma hukukunda temel kural, borçlunun mühlet öncesi borçlarının yeniden yapılandırma projesine tâbi olmasıdır². Bu kapsamda borçlu, projeye tâbi borçları tasdikten önce ödeyemezken, alacaklılar da borcun ödenmesini talep edemezler (takip yasağı)³. Mühlet sonrasında doğan borçları ise, kural olarak, borçlu yeniden yapılandırma sürecinde değilmiş gibi işlem görür. Bununla birlikte mühlet öncesinde doğan ve projeye tâbi olması gereken bazı borçların istisnâî olarak kısmen veya tamamen tasdikten önce ödenmesine izin verilebilir. Söz konusu istisna, Amerikan iflâs hukukunda “Zaruret Doktrini (Doctrine of Necessity)” olarak ifade edilmektedir.

Zaruret doktrini, borçlunun, adî alacaklılarından bazılarının alacağını, projenin tasdikinden önce, mahkeme kararıyla, tamamen ödeyebilmesine imkân sağlayan bir istisna olarak tanımlanmaktadır⁴. İstisnayı eleştiren ve ona karşı çıkanlar ise bu kavramı alacaklıların borçluya yaptıkları “Ekonomik Şantaj (Economic Blackmail)” olarak nitelendirmektedirler⁵.

Doktrin kapsamında projenin dışına çıkarılan söz konusu “bazı alacaklılara” “kritik tedarikçi” denilmektedir. Kritik tedarikçi, borçlunun alacaklıları arasında dar bir grubu ifade eder. Bununla borçlunun ticarî alacaklıları içerisinde ona mal ve/veya hizmet sağlayanlar arasında, sunmuş olduğu mal

¹ Yeniden yapılandırma usûllerinde söz konusu milat, kanun koyucunun tercihi göre yeniden yapılandırma başvurusunun yapılması, mühlet kararının verilmesi veya ilân edilmesi gibi farklılıklar gösterebilir.

² **Eisenberg**, Russell A./**Gecker**, Frances F.: “The Doctrine of Necessity and Its Parameters”, *Marquette Law Review*, C. 73, S. 1, 1989, s. 1; **Sabino**, Anthony Michael: “The Death of Critical Vendor Motions and the Potential Demise of the Doctrine of Necessity: Farewell to Two Misbegotten Doctrines”. *Tennessee Journal of Business Law*, C. 6, S. 1, 2004, s. 49.

³ **Sabino**, s. 49.

⁴ **Resnick**, Alan N.: “The Future of the Doctrine of Necessity and Critical-Vendor Payments in Chapter 11 Cases”, *Boston College Law Review*, C. 47, S. 1, 2005, s. 183; **Eisenberg/Gecker**, s. 1-2; **Sabino**, s. 47.

⁵ **Resnick**, s. 195; **Sabino**, s. 47; **Gilday**, Joseph: “Critical Error: Why Essential Vendor Payments Violate the Bankruptcy Code”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, C. 11, S. 2, 2003, s. 414.

ve hizmet, işletmenin faaliyetlerinin devamlılığı için zorunlu olan alacaklılar kastedilir. Tüm tedarikçiler bu kapsamda yer almazlar. Borçlu işletmenin özelliğine göre, kritik tedarikçi olarak sınıflandırılacak hiç kimse olmayabileceği gibi, yüzlerce alacaklı arasından birkaç kişiyle sınırlı bir grup da söz konusu olabilir.

Bu alacaklıları “kritik” yapan şey, sunmuş oldukları mal ve hizmetin işletmenin faaliyetlerini “kesintiye uğramaksızın” sürdürebilmesi için zarurî olmasıdır. Aynı mal veya hizmet, aynı veya daha iyi koşullarda, derhal, başka bir kişiden sağlanabiliyorsa alacağı mühlet öncesinde doğan tedarikçiler kritik olarak kabul edilmezler.

Örneğin, bazı borçlular bakımından belirli bazı malları/markaları satmak zorunlu olabilir⁶. Belirli bazı markaların ürünleri daha fazla müşteri, daha fazla satış ve daha fazla gelir elde etmek anlamına geliyorsa, borçlunun bu tedarikçilere ihtiyacı olduğunu kabul etmek gerekir⁷. Borçlunun bu ihtiyacı, söz konusu tedarikçilere önemli bir pazarlık gücü sağlamaktadır. Borçlunun başka bir marka ile faaliyetlerini sürdürmesi mümkün değilse, bu durumda borçludan ikame tedarikçi bulmasını beklemek doğru olmayacaktır. Bu durumda işletmenin faaliyetlerinin devamı için o markanın tedarikçisine ödeme yapmak haklı bir temele dayanmaktadır.

Borçlu işletmenin alternatif bir tedarikçi bulması mümkün olsa bile sorunun maliyet, zaman ve lojistik tarafını da gözardı etmemek gerekir. Yeni bir tedarikçinin bulunması, pazarlıkların yapılması, sözleşmelerin hazırlanması, sevkiyatın gerçekleşmesi ve alınan mal veya hizmetin borçlu işletmenin faaliyet döngüsüne dahil olmasının gerektirdiği süre, her şey yolunda gitse bile, borçlunun faaliyetsiz kalmasına neden olarsa işletmenin iflâsına neden olabilir.

⁶ Turner, Travis N.: “Kmart and Beyond: A ‘Critical’ Look at Critical Vendor Orders and the Doctrine of Necessity”, Washington and Lee Law Review, C. 63, S. 1, 2006, s. 437-438; Ehrenfeld, Joshua A.: “Quieting the Rebellion: Eliminating Payment of Prepetition Debts Prior to Chapter 11 Reorganizations”, The University of Chicago Law Review, C. 70, S. 2, 2003, s. 625.

⁷ Örneğin devisa bir spor ayakkabısı zinciri olan *Just for Feet* firması, sadece belirli bazı markaların spor ayakkabılarını özel olarak dizayn edilmiş mağazalarda sattığı bir işletme modeli geliştirdi. Sıradan bir spor ayakkabısı mağazasından onlarca kat fazla ürün bulduran bu firma, ürün çeşitliliği sayesinde kısa bir süre içerisinde tüm piyasayı domine etti. Daha sonra nakit akışını kontrol edemediği için yeniden yapılandırma başvurusunda bulundu. Satışlara devam edebilmesi için kendi ürünlerine duyulan ihtiyacın farkında olan üretici firmalar (Nike, New Balance, Fila, Reebok, Adidas, Asics, K-Swiss ve Converse) borçludan mühlet öncesi borçların ödenmesini talep ettiler aksi takdirde sevkiyatları durduracaklarını belirttiler (**Sabino**, s. 58).

Bazı tedarikçilerin ise ikamesini bulmak mümkün olmayabilir. Borçlunun ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet, özel bir ekipman veya bilgiye sahip olan tek bir satıcı/sağlayıcıda olabilir veya bu alanda faaliyet gösteren birden fazla tedarikçi bulunmakla birlikte bunlardan sadece bir tanesi borçlunun işletmesine uygun kapasiteye sahip olabilir⁸.

Her yeniden yapılandırma dosyasında gerçekleşeceği garanti olmayan bu zaruret, tabiri caizse, “ya kritik tedarikçiye ödeme yapılması ya da iflâsın açılması” şeklinde özetlenebilir.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılması en başta iyileştirmenin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Kritik tedarikçi istisnasına izin vermenin iyileştirmenin gerçekleştirilmesi dışında bir diğer avantajı da borçlu ve alacaklıları dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak davranışlardan alı koymasındır. Kritik tedarikçilere mahkeme kararı ile ödeme yapılmasına izin verilmesiyle birlikte süreçte şeffaflık sağlanmış olacaktır⁹. Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının mutlak bir şekilde yasaklanması, borçlu ve ilgili alacaklıyı istenilmeyen bazı davranışlar sergilemeye sevk edebilir. Tedarikçinin mühlet sonrası sunacağı mal veya hizmetin fiyatını yükselterek, mühlet öncesi alacaklarını üstü kapalı bir şekilde tahsil etmesi veya tarafların çeşitli muhasebe hileleri yahut da mevzuattaki boşluktan yararlanarak ödemeyi gerçekleştirmeye çalışmaları muhtemeldir¹⁰. Buradaki zarureti reddetmek kişileri gizli işlemler yapmaya yöneltir ki bu da hem borçlunun hem de mahkemenin dosya üzerindeki kontrolünü kaybetmesi anlamına gelir. Zaten gerçekleşecek olan bir şeyi mahkeme kontrolünde yapmak, sürecin şeffaf ve daha adil olmasını sağlar.

Tedarikçilere tam ödeme yapılmasında borçlu açısından başka bazı avantajlar da vardır. Bu tam ödeme talebi, çoğunlukla borçlunun devam edecek tedarikin şartlarını sabitlemesi anlamına da gelir. Çoğunlukla belirli bir süre tedarik edilecek mal veya hizmetin fiyatı sabitlenerek maliyet kontrolü sağlanmış olur¹¹.

Doktrindeki zaruret, çoğunlukla borçlu açısından incelense de burada söz konusu tedarikçiler bakımından da bir zaruretin varlığı dikkate alınma-

⁸ **Turner**, s. 438.

⁹ **Turner**, s. 439; **Tabb**, Charles Jordan: “Emergency Preferential Orders in Bankruptcy”, *American Bankruptcy Law Journal*, C. 65, S. 1, 1991, s. 97-98.

¹⁰ **Pomerantz**, Jeffrey N.: “The Bare Necessities of Critical Vendor Motions- It’s a Jungle Out There”, *Journal of Bankruptcy Law & Practice*, C. 13, 2004, s. 86; **Tabb**, s. 97-98.

¹¹ **Cieri**, Richard/**Fitzgerald**, Judith/**Greenstone Miller**, Judith: “Forum Shopping, First Day Orders, and Case Management Issues in Bankruptcy”. *DePaul Business and Commercial Law Journal*, C. 1, S. 4, 2003, s. 529.

lıdır. Ticarî hayatta bazen bir firmanın sunmuş olduğu mal veya hizmetin sadece bir alıcısı olabilmektedir. Bir başka deyişle bazı firmaların sadece bir müşterisi bulunmaktadır. Bu müşterinin iflas etmesi demek, ona tedarikte bulunan firmanın da faaliyetlerinin son bulması anlamına gelebilir. Borçluya tedarike devam etmesi arzulan mal veya hizmet sağlayıcının da üretim yapabilmesi için borçludan talep ettiği ödemeye ulaşması zorunluluk arz edebilir. Bu şekilde ödeme yapılmasına karar verilmezse, tedarikçinin ne borçluya ne de başka bir müşteriye mal veya hizmet tedarik etmesi mümkün olmayabilir ve kendisinin de bir külli yola başvurma zorunluluğu ortaya çıkabilir¹². Kritik tedarikçilere ödeme yapılması iflâsların domino etkisiyle artmasının önüne geçilmesi bakımından da önem taşır.

II. AMERİKÂN HUKUKUNDA

A. Tarihi Gelişim

Modern yeniden yapılandırma hukukunun temelleri 19. yüzyılda Amerika’da atılmıştır. Oldukça karmaşık sermaye ve ortaklık yapısı bulunan demiryolları konsorsiyumları, tüm Amerikan halkının menfaatlerini ilgilendirmekteydi. Demiryolları girişiminin başarısızlıklarını önlemek için alınacak her türlü tedbir, geniş anlamda kamu menfaatini ilgilendirdiği için meşru kabul edilmekteydi. Zaruret doktrini de bu kapsamda yeniden yapılandırma hukuku ile aynı dönemde, aynı kamu menfaatini korumak için geliştirilmiştir.

Zaruret doktrininin doğumu ve gelişimi, üç aşamaya ayrılarak incelenebilir¹³. Doktrin temeli, yeniden yapılandırmanın 1898 yılında kanunî bir düzenlemeye kavuşmasından önce uygulanan “kayımlık (equity receivership)” yönteminde atılmıştır¹⁴. Demiryolu şirketlerinin malî sıkıntı içerisine girmesiyle birlikte demiryolu ve trenlerin inşası için malzeme sağlayan tedarikçiler, kayımlın atanmasından önce doğan borçlar için ödeme yapılmaz ise mal tedarikini keseceklerini belirtmişlerdir¹⁵. Bunun üzerine

¹² Sabino, s. 68; Turner, s. 460.

¹³ Sabino, s. 49.

¹⁴ Resnick, s. 186; Douglas, Mark G.: “Paying Pre-Petition Critical Vendor Claims without Relying on the Doctrine of Necessity”, Pratt’s Journal of Bankruptcy Law, C. 1, S. 1, 2005, s. 75; Turner, s. 443; Hunt, Christopher D.: “Not-so-Critical Vendors: Redefining Critical Vendor Offers”. Kentucky Law Journal, C. 93, S. 4, 2005, s. 917; Eisenberg/Gecker, s. 3-4.

¹⁵ Demiryolu taşımacılığı sektörü, gerçekten kendine özgü bazı özellikler göstermektedir. Uzun vadeli ve çok katmanlı bir proje olarak dikkate alındığında, demiryolu şirketlerinin

mahkemeler “ Ödeme Mecburiyeti Kuralı (Necessity of Payment Rule)” adı altında bu kişilere ödeme yapılmasına karar vermeye başlamışlardır¹⁶.

Doktrinin gelişiminde ikinci aşama, 1898 tarihli Kanun’un 77(b) maddesinde “Altı Ay Kuralı (Six Month Rule)” olarak bilinen düzenlemenin yapılmasıydı¹⁷. Söz konusu düzenleme, demiryollarının iyileştirilmesinde, başvurudan altı ay önce doğmuş olan tedarikçi alacaklarına, mahkeme kararıyla “masa borcu” statüsü kazandırmakla ilgili bir kuraldır¹⁸. Ancak burada dikkat çeken husus, Altı Ay Kuralında söz konusu alacaklılara bir ödeme yapılmıyor olmasıdır. Bu kural, sonraki muhtemel bir iflâsta korunmaları amacıyla belirli bazı alacaklıların öncelik sırasını değiştirmektedir.

Doktrinin gelişimindeki son aşama ise 1945 yılında, bir yerel mahkemenin Zaruret Doktrini (Doctrin of Necessity) adı altında bazı tedarikçilere ödeme yapılmasına ilk defa demiryolu sektörü dışındaki bir borçlu için karar vermesidir¹⁹. Bu uygulamadan sonra “Kritik Tedarikçi” adıyla anılan doktrin, sıkça uygulanır ve bir o kadar da eleştirilir oldu.

1898 tarihli kanunun 77(b) maddesinde düzenlenen Altı Ay Kuralı, 1978 tarihli Kanun’un 1171(b) maddesinde muhafaza edilmiştir. Hükmün düzenlendiği yer, Amerikan İflâs Kanunu’nun 11. Bölümünün IV. Altbölümünde “Demiryolları Yeniden Yapılandırması” başlığı altındadır. Yani mevcut kanun hükmü sadece demiryolu şirketlerinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin dosyalarda uygulanabilecektir. Bu kuralın 1978 tarihli Kanun’da tüm borçluları kapsayacak şekilde düzenlenmemesi o tarihten bu yana süregelen tartışmaları başlatmıştır.

Demiryollarına ilişkin öncelik kuralının, 1978 tarihli Kanunda tüm borçluları kapsayacak şekilde düzenlenmemesini birçok hukukçu, Kongre’nin bu imkânı demiryolları dışındaki borçlulara tanımak istemediğini susarak gösterdiği şekilde yorumladı²⁰. Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesi, söz konusu kuralın 1978 tarihli kanunda sadece demiryolları için düzenlenmesini, kanun koyucunun bu istisnanın diğer şirketlere uygulanmasını istemediği şeklinde yorumlayan kararlar vererek istisnanın demiryolu sektöründe faaliyet göstermeyen bir borçlu için hiçbir şekilde uygulanamayacağına dair

herhangi bir işletme gibi iflasına izin vermek ve ortaya çıkan boşluğun hızlıca piyasa tarafından doldurulmasını beklemek gerçekçi değildir.

¹⁶ Pomerantz, s. 76.

¹⁷ Turner, s. 444; Hunt, s. 918; Ehrenfeld, s. 627; Gilday, s. 426; Resnick, s. 187.

¹⁸ Eisenberg/Gecker, s. 4; Pomerantz, s. 76.

¹⁹ Gilday, s. 426; Resnick, s. 188; Turner, s. 445; Eisenberg/Gecker, s. 3-4.

²⁰ Hunt, s. 926; Ehrenfeld, s. 627; Sabino, s. 86; Resnick, s. 189.

kararlar verdi²¹. Ancak, Amerikan Yüksek Mahkemesi (U.S. Supreme Court), Kongre'nin bu konuda pozitif bir düzenleme yapmamasının doktrin'in uygulanmasının sona erdiği şeklinde yorumlanamayacağını, uzun süredir uygulanan bu istisnanın yasaklanması istenseydi bu açıkça yapıldı diyerek, tartışmanın daha da artmasına sebep olmuştur²².

Bu karardan itibaren tartışma, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına ilişkin tedbir kararına hukukî bir dayanak bulmak ve bulunan dayanakların reddedilmesi şeklinde günümüze kadar geldi. Aşağıda, bu tartışmaların kısa bir özetini sunmaya çalışacağız.

B. Zaruret Doktrininin Temellendirilmesi

Kritik tedarikçilerin tedbir kararıyla proje kapsamından çıkarılmasına doğrudan olanak sağlayan bir düzenleme, Amerikan İflâs Kanunu'nda yer almamaktadır. Uygulamada ortaya çıkan bu istisnaya ise çeşitli Kanun hükümleri dolaylı bir şekilde dayanak olarak gösterilmektedir²³. Amerikan hukukunda, mahkemenin böyle bir tedbire karar vermeye yetkili olup olmadığı ardından ise, bazı alacaklılara farklı muamele edileceğinin açıkça düzenlendiği Kanun hükümlerinden yola çıkılarak kritik tedarikçilere ödeme yapılıp yapılamayacağı tartışılmıştır.

Amerikan İflas Kanunu'nun genel hükümler başlığı altında yer alan 105. maddesi, iflâs mahkemesinin yetkilerini düzenlemektedir²⁴. Hükme göre mahkeme, kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak ve desteklemek için gerekli ve uygun gördüğü her türlü kararı alabilir. Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına ilişkin doktrin'in temeli öncelikle iflas mahkemesine verilmiş bu genel takdir yetkisine dayandırılmaktadır²⁵.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına 105. madde kapsamında mahkemece karar verilebileceğini kabul edenler, söz konusu maddenin bilinçli

²¹ Turner, s. 446.

²² Resnick, s. 189.

²³ Resnick, s. 186; Turner, s. 443; Hunt, s. 916-917.

²⁴ Bu hüküm, İcra ve İflâs Kanunu'nuzun 287/1. maddesinde yer alan "*Konkordato talebi üzerine mahkeme, 286 ncı maddede belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhâl geçici mühlet kararı verir ve 297 nci maddenin ikinci fıkrasındaki hâller de dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır.*" düzenlemeye karşılık gelmektedir.

²⁵ Uygulamanın en çok tartışılan ve eleştirilen yönü de bu maddenin mahkemeye vermiş olduğu takdir yetkisinin sınırlarının belirli olmamasıdır. Douglas, s. 75; Ehrenfeld, s. 626; Eisenberg/Gecker, s. 5; Sabino, s. 87; Gilday, s. 423; Tabb, s. 81; Pomerantz, s. 73; Resnick, s. 198.

bir şekilde, sürecin ihtiyaç duyduğu esnekliği sağlayabilmek için ayrıntılı bir sayımdan kaçındığı ve bunun doğru bir yaklaşım olduğunu dile getirmektedirler²⁶.

İflâs mahkemesinin takdir yetkisini düzenleyen 105. maddenin kritik tedarikçilere ödeme yapılmasında kullanılamayacağını ileri sürenler ise, hükmün sadece borçluyu korumak için kullanılmasını kastetmediğini, lacaklıların menfaatlerini korumak için de kullanılması gerektiğini belirtmektedirler²⁷. Yine bu maddenin, açık kanun hükümlerinin aksine karar verilmesine imkân sağlayan bir yetki vermediğini, sadece hüküm olmayan yerlerde uygulanabileceğini ve özellikle mahkeme tarafından, kanunda öngörülmeyen bir hak yaratmak için kullanılamayacağını savunmaktadırlar²⁸. *Pomerantz*, 105. maddede hâkime verilen yetkinin böyle bir tedbir kararı için yeterli olacağını belirterek, kanunda açıkça düzenlenen hususlar bakımından zaten kanunun ilgili maddesi uygulanacağı için 105. maddeye dayanmanın gerekli olmadığını, hükmün açıkça düzenlenmeyen -esasen düzenlenmesi mümkün veya gerekli olmayan- hususlar için mahkemeye takdir yetkisi verdiğine vurgu yapmaktadır²⁹.

Amerikan Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesi, konuyla ilgili olarak 105. maddenin iflâs mahkemesine Kanun'un diğer hükümlerinin uygulanmasını sağlamak üzere yetki verdiğini, onları ortadan kaldırmak için yetki vermediğine vurgu yaparak, son sıradaki bir adi alacaklının mahkeme kararıyla proje kapsamında çıkarılarak alacağına kavuşturulmasının, paylaş-tırma kurallarını ihlâl ettiğini belirten bir karar vermiştir³⁰. Amerikan Yüksek Mahkemesi paralel bir şekilde, hükümde verilen yetkinin Kanun'un sınırları içerisinde uygulanması gerektiğini belirtmekle birlikte, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının tamamen yasak olduğunu belirtilen bir içtihatla bulunmaktan kaçınmıştır³¹.

Tartışmanın ikinci aşamasında ise bir iflâs dosyasında iyileştirmeyi gerçekleştirmek amacıyla getirilen istisnâî düzenlemeler yer almaktadır. Bu

²⁶ **Gilday**, s. 431.

²⁷ **Gilday**, s. 432.

²⁸ **Gilday**, s. 432-434.

²⁹ **Pomerantz**, s. 77.

³⁰ **Douglas**, s. 76; **Eisenberg/Gecker**, s. 35; **Sabino**, s. 87; Yedinci Daire, Zaruret Doktrini yeniden yapılandırma usûlünün kanunlaştırılmasından önceki antik çağlardan kalan ve sıra kurallarını değiştirmek için söylenen süslü sözler ve mahkemeyi hak ihlaline ve yetki aşımına götüren bir uygulama olarak eleştirel bir şekilde tanımlamaktadır (**Sabino**, s. 81).

³¹ **Turner**, s. 447.

düzenlemelerin kritik tedarikçiler bakımından dayanak olamayacağını belirten görüş ise, söz konusu istisnaî düzenlemelerin açık bir Kanun hükmüne, kritik tedarikçiye ödeme yapılmasının ise mahkeme kararına dayandığını, ikisinin aynı şey olamayacağını dile getirmektedir³².

Bunlar arasında 363. madde, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasını mümkün kılacağı kabul edilen ve en çok taraftar toplayan hükümdür³³. Söz konusu hüküm, borçluya masa mallarını satıp, elde ettiği tutarı iyileştirme amacıyla kullanmak üzere yetki vermektedir. Sonraki muhtemel bir iflasta alacaklıların tek güvencesi olan malların satışına mühlet içerisinde izin verilmesi, görünüşte alacaklıların zararına bir tasarruf olarak algılanır. Ancak burada “iyileştirme amacı”, söz konusu riski makul gerekçelerle alınabilir kılmaktadır. Eğer borçlu, masa mallarını satıp bunu borçlarını ödemek dışında bir amaç için kullanabiliyorsa ve buna alacaklıların lehine olduğu gerekçesiyle izin verilebiliyorsa, o halde tedarikçilere de aynı amaçlar doğrultusunda tam ödeme yapılmasına karar verilebilir³⁴.

Borçlunun masa malları üzerinde tasarruf yetkisini düzenleyen 363. maddenin kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına dayanak teşkil edemeyeceğini belirten görüşün temel argümanı bu hükmün sonuçları ile kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının sonuçlarının birbirinden farklı olmasına dayanmaktadır³⁵. Şöyle ki, 363. maddenin borçluya vermiş olduğu yetki incelendiğinde, masa mallarının satılması ve elde edilen gelirin iyileştirme için kullanılması, arzu edilen sonucu sağlasa da sağlamasa da bütün alacaklıları aynı şekilde etkilemektedir. Bununla birlikte tedarikçiye ödeme yapılması halinde, bu strateji işe yararsa, bir kısım alacaklı iki birim fayda sağlarken, kapsam dışında kalanlar bir birim fayda sağlamaktadır. Öte yandan arzulanan sonuç gerçekleşmez ve borçlu iflâs ederse, ödeme yapılan alacaklılar elde ettikleri iki birim faydayı muhafaza ederken, kapsam dışında kalan alacaklıların herhangi bir fayda elde edememeleri daha olasıdır.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına dayanak olarak gösterilen istisnaî düzenlemelerden bir diğeri ise Amerikan İflâs Kanunu’nun 364. maddesidir. Bu düzenleme, yeniden yapılandırma borçlusunun kredi bulmasını kolaylaştırmak için, teminatsız veya teminatlı bir şekilde borçlanabilmesine

³² Turner, s. 450.

³³ Özellikle tartışmalı Kmart dosyasından sonra tedbir kararları bu maddeye dayandırılmaktadır (Turner, s. 434); Ehrenfeld, s. 626; Eisenberg/Gecker, s. 5 vd.

³⁴ Pomerantz, s. 78-79; Turner, s. 454; Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller, s. 536; Douglas, s. 74.

³⁵ Turner, s. 450.

imkân sağlamaktadır. Borçlu, teminatsız bir şekilde borçlanma olanağı bulamıyor ise mahkeme kararıyla, mevcut rehinlerden de önce gelmek üzere mühlet içerisinde teminatlı borçlanabilmektedir. Bir başka deyişle bu hüküm çerçevesinde tesis edilen rehinler, sonraki bir iflasta, mühlet öncesi doğmuş alacakların önüne geçer. Bu hükmü kritik tedarikçi istisnasına dayanak olabileceğini söyleyen görüşe göre, iyileştirme amacıyla bazı alacaklılara mühlet öncesinde sahip olmadıkları bir imtiyaz tanınmasıyla bazı alacaklılara tedbir kararı ile tam ödeme yapılması aynı amacı güder ve meşrudur³⁶. Karşıt görüştekilere göre kredi vermeye teşvik etmek için bazı alacaklılara ayrıcalık tanınması, projeye tabi bir borcun tam olarak ödenmesiyle aynı şey değildir³⁷. Çünkü burada bir “ödeme” söz konusu değildir³⁸.

Amerikan İflâs Kanunu’nun 503. maddesi, masa mevcudunu muhafaza etmek ve değerini artırmak amacıyla harcama yapılmasına mahkeme kararı ile izin verilebileceğini düzenleyen bir maddedir. Öğretide, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasının da masayı muhafaza etmek ve değerini artırmak amacıyla yapıldığı ve bu nedenle söz konusu maddenin dayanak teşkil edeceği ileri sürülmüştür³⁹. Amerikan Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesi, mühlet öncesi “borçlarla”, hükümde düzenlenen mühlet sonrası “masrafların” aynı şey olmadıklarını, üstelik birbirine “karşıt” iki husus olduklarını belirterek, tedarikçiye ödeme yapılmasına dayanak teşkil edemeyeceğine karar vermiştir⁴⁰.

Azınlıkta kalan bir görüş ise, kritik tedarikçilere yapılacak ödemeleri, Amerikan İflâs Kanunu’nun 507. maddesine dayandırmaktadır⁴¹. Bu düzenleme İcra ve İflâs Kanunu’nuzun 206. maddesindeki “adi ve rehinli alacakların sırası” hükmünün karşılığıdır. İmtiyazlı olarak kabul edilen ve projeden etkilenmeyen alacaklar da olduğu gibi, kritik tedarikçilere de ödeme yapılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır. Birinci sırada yer alan ve alacakları mühletten ve projeden etkilenmeyen kişilere ilişkin düzenlemenin mantığından yola çıkarak mahkemeler, “*madem bir alacaklıya proje dışında tam ödeme yapılabilir, o halde tedarikçiye de yapılabilir*” şeklinde bir gerekçe ile tedbire karar vermektedirler⁴².

³⁶ Pomerantz, s. 80.

³⁷ Hunt, s. 921.

³⁸ Sabino, s. 82.

³⁹ Pomerantz, s. 82-83.

⁴⁰ Sabino, s. 82; Resnick, s. 204.

⁴¹ Eisenberg/Gecker, s. 5 vd.

⁴² Turner, s. 440.

C. Doktrine Yöneltilen Eleştiriler

Zaruret doktrini, yeniden yapılandırma hukukuna hâkim olan iki ilkenin çatışması nedeniyle yoğun eleştiriye maruz kalmaktadır. Bir taraftan borçlunun iyileştirilmesi ihtiyacı, öte taraftan ise aynı veya benzer nitelikteki alacaklılara eşit muamele edilmesi ilkesi⁴³ bu istisna kapsamında çatışmaktadır⁴⁴. Borçlunun iyileştirilmesi halinde kamu menfaatinin korunacağı, ancak bu gerçekleşmezse kendisine ödeme yapılmayan alacaklıların zarara uğraması arasında denge kurmak, tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Her iki amaç da esasen geleceğe ilişkin bir mesele olup gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dair inanç, kişinin pozisyonuna göre değişmektedir. İstisna dışında bırakılan alacaklılar, haklı olarak zarara uğratıldıkları/uğratılacakları, borçlu ise iyileşme gerçekleşirse bundan tüm alacaklılar ve alacaklı olmayan menfaat sahiplerinin de yararlanacağı iddiasındadır. Bu kurumu tartışmalı ve sorunlu yapan ve sorunun çözümünü de bir o kadar zorlaştıran husus, az önce de ifade ettiğimiz üzere sonucun belirli ölçüde tahmine/şansa bağlı olmasıdır.

Doktrinin ve uygulamasının en çok eleştirilen yönlerinden bir tanesi, yaklaşık 150 yıl önce ortaya çıkmış bir anlayışın ve ihtiyacın halen varlığını sürdürüp sürdürmediği yönündedir⁴⁵. Bugün, her sektör ve borçlu tipi için 19. yüzyılın şartlarında demiryolları için geliştirilmiş bir çözümü zaruret saymak mantıklı mıdır? Demiryollarının, bağımsızlığını yeni kazanmış bir devlet ve gelişmekte olan bir ekonomi için önemi, o dönem için tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Doktrine karşı çıkanlara göre, her şeyin her yerde kolaylıkla bulunduğu ve lojistik açısından demiryollarından daha etkili ulaşım yöntemlerinin yaygınlaştığı bir çağda, halen aynı ihtiyacın varlığından söz edilmemelidir⁴⁶. Ayrıca demiryollarının yeniden yapılandırılmasının Amerikan İflâs Kanunu'nda halen ayrı bir altbölüm altında mevcudiyetini sürdürmesi, diğer sektörlerin demiryolları gibi önemli kabul edilmediği şeklinde yorumlanabilecektir⁴⁷.

⁴³ Kanunda, alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesi mutlak olarak düzenlenmeyip, aynı veya benzer nitelikteki alacaklılara, gerekçesi gösterilmek ve hukuka aykırı bir ayrımcılık teşkil etmemek şartıyla farklı muamele yapılmasına izin verilebilmektedir. Bu amaçla projede farklı alacaklı sınıfları oluşturulabilir. Kritik tedarikçilere ödeme yapılması, alt alacaklı sınıfları oluşturulmasıyla aynı mantığa dayanıp, zamansal açıdan bu sonucu öne çeken bir istisnadır. Bu nedenle, alacaklılar arasındaki eşitlik, bu tedbir kararıyla ihlal edilmiş sayılamaz (Pomerantz, s. 84).

⁴⁴ Turner, s. 436; Pomerantz, s. 85; Gilday, s. 414.

⁴⁵ Sabino, s. 48; Gilday, s. 430; Tabb, s. 100.

⁴⁶ Gilday, s. 430.

⁴⁷ Gilday, s. 431.

Kritik tedarikçilere tam ödeme yapılması için tedbir talep edilmesi, her dosyada karşılaşılan bir husus değildir. Bu durum doktrine karşı çıkanların yönelttiği eleştiriler arasında dikkat çekmektedir⁴⁸. Bu görüştekilere göre, uygulamada birçok borçlunun, böyle bir tedbir kararına ihtiyaç duymadan yeniden yapılandırmadan yararlanması, doktrinin gerçek bir ihtiyaçtan kaynaklanmadığını göstermektedir. Kanaatimizce bazı dosyalarda tedbir talep edilmemesi, ödeme yapma mecburiyetinin yersiz olduğunu göstermez. Yeniden yapılandırma uygulamaları kendine has şartları barındırırlar. Her dosyada ödeme yapılmasına ihtiyaç duyulmayabileceği gibi, ihtiyacın ağırlığı da dosyadan dosyaya değişebilir.

Uygulamaya yöneltlen eleştirilerden bir tanesi de tedarikçilerin tedariki keseceğine dair herhangi bir beyanları yokken borçlunun talepte bulunması ve mahkemenin tedbire karar vermesidir⁴⁹. Gerek tedarikçilerin herhangi bir beyanda bulunmadan gerekse de alternatif bir tedarikçi bulmanın maliyeti hesaplanmadan verilen tedbir kararları dayanaktan yoksun olduğu için eleştirilmektedir⁵⁰.

Yerel mahkemeler tarafından verilen tedbir kararlarının birçoğu temyiz mahkemesince bozulmaktadır. Temyiz mahkemesinin bozma nedenleri arasında en çok dayandığı gerekçe ise, söz konusu uygulamanın iflâs hukukunda kabul edilen paylaşırma kurallarını ihlâl etmesidir⁵¹. Amerikan iflâs hukukunda aynı veya benzer nitelikteki alacaklılara eşit muamele edilmesi çok temel bir ilke olarak kabul edilmektedir⁵². Kritik tedarikçi istisnası ise, adî alacaklıların bir kısmını aynı veya benzer nitelikteki diğer alacaklılar karşısında oldukça avantajlı bir konuma getirmektedir. Kritik tedarikçi kabul edilen alacaklılara, mühlet öncesi alacaklarının tamamı ödenmek istenmektedir. Alacağın tamamının ödenmesi bir zorunluluk olmamakla birlikte talebin ve tedbir kararlarının alacağın tamamı üzerinden verildiği bilinmektedir. Kritik tedarikçi kabul edilmeyen adî alacaklılar ise tipik bir yeniden yapılandırma dosyasında alacaklarının yaklaşık %5 ilâ %10'u arasında bir kısmını tahsil edebilmektedirler⁵³. Bu istisna, iflâs tasfiyesinde son sırada tatmin edilecek alacaklılardan bazıları tasfiyeden hatta yeniden yapılandırma projesinin tasdikinden de önce tamamen tatmin etmeye yaradığından, Amerikan iflas hukukunun öncelik rejimi içerisinde olağanüstü bir etkiye sahiptir.

⁴⁸ Sabino, s. 65; Gilday, s. 442.

⁴⁹ Gilday, s. 442.

⁵⁰ Gilday, s. 442.

⁵¹ Douglas, s. 74; Turner, s. 434-435; Hunt, s. 927.

⁵² Resnick, s. 184.

⁵³ Turner, s. 432.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılması acil tedbirler arasında kabul edildiği için, diğer alacaklılara haber verilmesi, duruşmada dinlenilmeleri ve itiraz haklarını kullanmaları ya hiç mümkün olmuyor ya da bunun için makul bir süre kendilerine verilmemektedir⁵⁴. Kritik tedarikçi sayılmayan alacaklıların mülkiyet hakkına yönelen bu tedbir kararına karşı itiraz hakkı tanınmaması veya kısıtlı olarak tanınması, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle ağır bir şekilde eleştirilmektedir⁵⁵. Bu sorunun temelinde ise, acil korunma ihtiyacı ile temel hakların tam bir şekilde korunmaya çalışılmasının alacağı vakit yatmaktadır.

İstisna kapsamında yoğun bir şekilde tartışılan hususlardan bir tanesi de kimin “kritik tedarikçi” kabul edileceğinin kim tarafından ve nasıl belirleneceğidir⁵⁶. Bu konuda takdir genellikle borçluya bırakılmakta, mahkemenin ise bu konuda değerlendirme yapmaması eleştirilmektedir. Bu konuda en çok tartışma yaratan olay, devasa bir perakende zinciri olan Kmart’ın yeniden yapılandırma dosyasında verilen kararlardır. Kmart’ın toplamda 43.000 alacaklısından 4.330 tanesi tedarikçi statüsünde olup yerel mahkeme, borçluya, iki yıl boyunca kritik tedarikçi olarak seçtiği alacaklılara ödeme yapma yetkisi vermiş, borçlu da kendi seçtiği 2.330 alacaklısına yaklaşık 320 Milyon Dolar tutarında tam ödeme yapmıştır⁵⁷. Proje kapsamında diğer alacaklıların alacaklarının sadece %10’unu alabilecekleri öngörülmüştü. Temyiz mahkemesi, yapılan itiraz üzerine tedbir kararını kaldırarak, yapılan ödemelerin masaya iadesine karar verdi⁵⁸. Kmart dosyasının en çok tartışılan yönü, söz konusu dosyada borçlunun talebinde, seçmiş olduğu alacaklıların neden kritik sayılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmaması ve bunlara ödeme yapılmazsa tedariki keseceklerine dair herhangi bir delilin

⁵⁴ Eisenberg/Gecker, s. 26; Gilday, s. 415.

⁵⁵ Tabb, s. 102; Resnick, s. 186; Turner, s. 434-435; Eisenberg/Gecker, s. 24-26; Hunt, s. 925-926; Hunt’a göre; Borçlunun yeniden yapılandırma başvurusu ile birlikte tüm alacaklılar dosyanın ilgilisi haline gelirler. İlaveten, tedbir talebi ile birlikte, kritik tedarikçi sayılmayan alacaklılar bakımından yargılama artık çekişmeli hale gelir. Çekişmeli yargıda ise, ilgililerin dinlenilmesi bir zorunluluktur. Kritik tedarikçi sayılmayan alacaklılar dinlenilmeden, kendilerine itiraz hakkı tanınmadan verilen tedbir kararları, hukukî dinlenilme hakkını ve açık kanun hükümlerini ağır bir şekilde ihlâl eder (Federal Rules of Civil Procedure, R. 4-5) (Hunt, s. 934-935).

⁵⁶ Resnick, s. 186; Gilday, s. 419; Tedbir kararları, borçlunun tedarikçilere ödeme yapmasını zorunlu kılmayıp çoğunlukla belirli bir üst sınıra kadar, dilediği tedarikçiye faaliyetlerin kesintiye uğramaması için ödeme yapabileceğine izin veren bir şekilde verilmektedir (Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller, s. 530).

⁵⁷ Hunt, s. 920.

⁵⁸ Resnick, s. 197.

sunulmamış olmasıdır⁵⁹. Bu kararı tartışmalı yapan hususlardan bir diğeri ise mahkemenin iki yıl boyunca dilediği alacaklıya ödeme yapabilmesi için sınırsız bir yetki vermesiydi⁶⁰. İflas mahkemesinin bu kadar kolay ve keyfi bir şekilde sadece borçlunun beyanıyla karar vermesi, zaruret doktrininin yoğun bir şekilde eleştirilmesine ve yasaklanması gerektiği düşüncesinin kuvvetlenmesine neden olmuştur⁶¹.

Doktrinin meşruluğuna şüpheyle yaklaşanlar, borçlunun kritik tedarikçilere ihtiyacı olduğu kadar, kritik tedarikçilerin de borçluya satış yapmaya ihtiyaçları olduğunu belirterek, proje kapsamındaki alacaklarının tamamının derhal ödenmezse, tedariki kesecekleri yönündeki tehditlerinin gerçekçi olmadığını belirtmektedirler⁶². Burada yapılanın, paylaşırma kurallarını zorunluluk kisvesi altında ihlal etmekten başka bir amacı olmadığını vurgulamaktadırlar. Mühlet sonrası tedarik edilecek mal ve hizmetin bedeli, projeye tâbi olmadığı gibi sonraki bir iflasta masa borcu olarak kabul edilmektedir. Doktrini eleştirenler, bunun tedarikçiler için, yeterli bir koruma olduğu görüşündedirler⁶³. Öte yandan, bu durumun yeterli bir koruma sağlamadığı çeşitli gerekçelerle ifade edilmektedir⁶⁴. Öncelikle, mühlet sonrası doğan alacakları masa borcu saymak, sonraki muhtemel bir iflasta bu alacaklıya ödeme yapılacağını garanti etmemektedir. Bir diğer gerekçe, tedarikçinin kendisinin de malî sıkıntı içine girecek olması ve tedbir kararıyla ödeme almazsa faaliyetlerinin sona ereceği, borçluya tedarikte bulunamayacağı gibi, malî durumu bozulan şirket sayısını da artıracığı ihtimalidir. Bir diğer ihtimal, tedarikçinin borçluya tedariki kesip mal veya hizmetini, borçlunun rakiplerinden birine sunmasıdır. Bu durumda borçlu, alternatif bir tedarikçi bulsa bile satışlarında yaşanacak düşüş ile iyileşme şansını azaltabilir veya daha kötüsü, bir başka tedarikçi bulamadığı için iflâs edebilir.

Doktrini tamamen reddeden bir görüşe göre, yeniden yapılandırma yöntemi, iyileşmesi ve faaliyetlerine devam ederek borçlarını ödeyebilir hale gelmesi mümkün olan borçlulara tanınmış bir imkân olup hiçbir borçlunun bu yola başvurma zorunluluğu yahut başvuran borçluların sistem tarafından iyileştirilme zorunluluğu bulunmamaktadır⁶⁵. Borçlunun iyileştirilmesi için

⁵⁹ Douglas, s. 77; Gilday, s. 415.

⁶⁰ Resnick, s. 196.

⁶¹ Sabino, s. 89.

⁶² Hunt, s. 922; Gilday, s. 419; Tabb, s. 97; Resnick, s. 201.

⁶³ Gilday, s. 420.

⁶⁴ Gilday, s. 420.

⁶⁵ Ehrenfeld, s. 633.

kritik tedarikçilere tam ödeme yapılmasının ekonomik bir zorunluluk olması, mahkemelerin Kanun'un açık hükümlerini ve ruhunu ihlâl eden tedbir kararları vermesine gerekçe olamaz. Böyle bir tedbir kararı verilmeden borçlunun iyileşmesi mümkün değilse o halde bu borçlu, yeniden yapılandırmaya uygun (eligible) bir aday değildir ve iflâsının açılması hukuka daha uygun bir tercih olur⁶⁶.

Öğretide **Eisenberg/Gecker**, doktrinin adının “zaruret” olduğunu “uygunluk” olmadığını belirterek, böyle bir ödemenin yapılmasının “uygun” olduğu her dosyada tedbire karar verilmesini eleştirmektedirler⁶⁷. Yazarlara göre, tedbire karar verebilmek için ortada kelimenin tam anlamıyla bir “zaruret” olması gerekmektedir. Sıkı şartlar altında, detaylı bir inceleme neticesinde gerekçeli bir şekilde verilen tedbir kararının yeniden yapılandırma hukuku için gerekli olduğunu savunmaktadırlar⁶⁸.

Kritik tedarikçi istisnasının bu kadar yoğun eleştiriye maruz kalmasının iki yönü vardır. Eğer borçlunun yeniden yapılandırması başarılı olursa kritik tedarikçiler, diğer alacaklılara göre alacaklarının daha yüksek bir kısmını tahsil etmiş olurlar. Diğer alacaklılar da iflâsa nazaran daha fazlasını tahsil etmekle birlikte, tahsil oranları tedarikçilerin altında kalacağı için bu durum eşitliğe aykırı olmakta ve vicdanları rahatsız etmektedir. Diğer bir yönü ise eğer borçlunun yeniden yapılandırması başarılı olmaz ve iflâsına karar verirse, kritik tedarikçilerin iflâs sürecinden hiç veya diğerleri kadar ağır bir şekilde etkilenmeyecek olmalarıdır⁶⁹.

Zaruret Doktrinine tamamen karşı çıkanlar dışında getirilen diğer eleştirileri, zorunluluk hallerinde istisnaen uygulanması kabul edilebilecek bir imkânın, mahkemelerin kolaylıkla verdikleri ve neredeyse kural haline gelmiş bir uygulamaya dönüşmesi şeklinde özetleyebiliriz. Kritik tedarikçi istisnasının uygulamada neredeyse kural haline gelmesinin arkasında ise hâkimlerin, iyileştirilebilir bir şirketi henüz sürecin başında iflâsa mahkûm etmek endişesi yatmaktadır⁷⁰.

⁶⁶ **Ehrenfeld**, s. 637.

⁶⁷ **Eisenberg/Gecker**, s. 37.

⁶⁸ **Eisenberg/Gecker**, s. 39.

⁶⁹ Bazı alacaklılara imtiyazlar tanıyan istisnaî hükümlere rağmen birçok şirket, yeniden yapılandırma sürecinde başarılı olamamıştır. Kritik tedarikçi de dahil olmak üzere istisnaî hükümlerin herkes lehine sonuç doğuracağına kimse garanti veremez. Bu nedenle tedbir kararının daha sıkı şartlar altında verilmesi gerekir (**Tabb**, s. 78).

⁷⁰ **Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller**, s. 531; **Tabb**, s. 75.

Ç. Tedbire Karar Verilmesinin Şartları

Kritik tedarikçiye istisna kapsamında ödeme yapılması ihtiyacını kabul eden ve doktrinin tamamen yasaklanmasını düşünmeyen birçok hukukçu, istisnanın sorunlu uygulamasını asgari düzeyde tutmak adına çeşitli çözüm önerilerinde bulunmuştur. Bu önerilerin bir kısmı tedbir şartlarını ağırlaştırmak ve/veya sayısını artırmak şeklinde iken, diğer bir kısmı ise tedarikçiye ödeme yapılmasından önce başka alternatiflerin denenmesini bunlar mümkün olmaz ise son çare olarak mahkeme tarafından tedbire karar verilmesi şeklindedir⁷¹.

Alternatif çözümler kapsamında, borçluya mal veya hizmet tedarikini keseceğini belirten alacaklılar için, mühlet sonrası teslim edilen mallar veya sunulan hizmetler için peşin ödeme yapılabileceği veya kesin teminat mektupları ile ödemenin garanti altına alınabileceği, böylelikle istisnaya karar vermeden borçlunun ticarî faaliyetlerinin kesintiye uğramasının önlenebileceği belirtilmektedir⁷². Buradaki temel amaç, yeniden yapılandırma sürecinde borçluya işlem yapmaya devam eden alacaklıların, muhtemel bir iflâsta tanınan öncelikleri yeterli bir koruma olarak görmemeleri nedeniyle söz konusu “korumayı” öne çekmektir⁷³.

Bu şekilde alternatif çözümlerle sorun ortadan kalkmaz ise tedbir kararı verilmesinin şartları ağırlaştırılmalıdır⁷⁴. Örneğin, tedbir kararı verilebilmesi için ispat ölçüsü artırılırsa, borçlunun istisna kapsamında tam ödeme yap-

⁷¹ Pomerantz, s. 87; Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller, s. 529; Resnick, s. 196; Hunt, s. 923.

⁷² Turner, s. 461; Yedinci Daire, borçlunun kritik tedarikçilere ödeme yapmak yerine teminat mektubu ile alacaklarını güvence altına almasının daha uygun olacağını belirterek, eğer borçlunun bankalardan bu şekilde bir teminat mektubu alamaması halinde, projenin başarıya ulaşma ihtimalinin düşüklüğüne işaret ettiği ve dosyanın tasfiyeye dönüştürülmesinin düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir (Hunt, s. 921-922).

⁷³ Amerikan İflas Kanunu, 2005 yılında, BAPCPA isimli kanunla önemli değişiklikler geçirdi. Bu değişiklikler, iflas kanunu hükümlerinin istismar edilmesini önlemek adına kanundan yapılan tadilatları içermektedir. Bu Kanun'un içerisinde de kritik tedarikçilere ödeme yapılması talebinin azaltılması için getirilmiş iki değişiklik yer almaktadır. Bunlardan ilki, Kanun'un 503(b)(9) hükmüyle borçluya yeniden yapılandırma başvurusundan önceki 20 gün içerisinde teslim edilen malların bedeline, masa borcu statüsü tanınmasıdır. Kanun'un 546. maddesinde yapılan değişiklikle, borçlunun aciz halindeyken satın almış olduğu ve bedelini ödemediği mallar bakımından satıcıya bu malları aynen geri alma hakkı verildi. Bu şekilde alacaklıların tedariki kesecekleri tehdidi nedeniyle borçluların tedbir taleplerinin azaltılması amaçlandı (Resnick, s. 203-206).

⁷⁴ Sabino, s. 91.

cağı kişi sayısının azalacağı, tedarikçilerine karşı pazarlık gücünün artacağı belirtilmektedir⁷⁵.

Öğretide tedarikçilere ödeme yapılmasına karar verilebilmesi için alacaklıların kendilerine ödeme yapılmaz ise tedariki keseceklerini açıkça belirtmiş olmaları; söz konusu alacaklılarla borç ilişkisinin devam etmesinin yeniden yapılandırmanın başarısı için zarurî olduğunu ispat etmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶. Eğer kritik tedarikçilere ödeme yapılmazsa yeniden yapılandırma süreci, iflâs tasfiyesine dönüşecekse bu durumda ödeme yapılmasına karar verilmelidir⁷⁷.

Bu kapsamda ayrıca, söz konusu tedarikçi ile ticarete devam edilmezse bu durum, borçlunun zarara uğrama ihtimalini barındırmalı veya masa ekonomik bir avantajını kaybetmeli yahut işletmenin işleyen teşebbüs (going concern) değerinde bir azalma gerçekleşmelidir. Burada belirtilen olumsuz sonuçların parasal değeri ile ödenmesine izin verilmesi talep edilen tutar arasında orantısızlık bulunmalıdır. Bir başka deyişle, ödeme yapılmamasının ortaya çıkaracağı zarar, yapılacak ödemeden daha fazla olmalı⁷⁸.

Bu şartlar sağlandıktan sonra söz konusu tedarikçiye ödeme yapıldığında diğer alacaklıların, ödeme yapılmazsa içinde bulunacakları durumdan daha kötüye düşmemeleri gerekmektedir⁷⁹. Öğretide *Turner*, Kritik tedarikçiye ödeme yapılması diğer alacaklıların da faydasına ise veya bu alacaklılar iflâs tasfiyesinden daha kötü duruma düşmeyeceklerse istisnanın mümkün kılınması gerektiğini belirtmektedir⁸⁰. Buradaki mantık, esasen yeniden yapılandırmanın da temelinde yatan anlayışla paraleldir: “1”, “0”dan büyüktür. İflâs tasfiyesinden elde edilecek tutardan daha fazlasını veren her çözüm meşrudur. Ancak burada yatan temel sorun, gerek iflâs tasfiyesinden gerekse de yeniden yapılandırmadan elde edilecek tutarların varsayıldığı şekliyle gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini kimsenin mutlak olarak bilememesidir. Bununla birlikte, kesine yakın bir şekilde bilinen tek şey kritik tedarikçilerin tam ödeme alacak olmasıdır. İşte, bu istisnayı kolay bir şekilde sindirmek, kapsam dışında bırakılan hiçbir alacaklı için başlangıçta kolay değildir.

⁷⁵ **Turner**, s. 470.

⁷⁶ **Resnick**, s. 183-184; **Douglas**, s. 77-79; **Pomerantz**, s. 87; **Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller**, s. 529.

⁷⁷ **Gilday**, s. 423; **Pomerantz**, s. 86-87.

⁷⁸ **Sabino**, s. 70; **Cieri/Fitzgerald/Greestone Miller**, s. 529; **Pomerantz**, s. 87; **Resnick**, s. 196.

⁷⁹ **Gilday**, s. 423; **Pomerantz**, s. 86-87.

⁸⁰ **Turner**, s. 459-459.

Özelde kritik tedarikçilere ödeme kararı, genelde ise “İlk Gün Kararları” çerçevesinde dört temel hususun asgari olarak sağlanması ve yeknesak bir şekilde uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bunlar⁸¹:

- Birincisi, söz konusu kararlardan olumsuz etkilenen alacaklılara yeterli usûlî koruma (ihbar, duruşmaya davet ve itiraz hakkı) sağlanmalıdır.
- İkincisi, zaruretin açık bir şekilde gösterilmesi ve yaklaşık olarak ispat edilmesi gerekir.
- Üçüncüsü, yeniden yapılandırmanın başarı şansının bulunduğu yaklaşık olarak ispat edilmesi gerekir.
- Son olarak yeniden yapılandırmanın başarılı olmasında kamu menfaati bulunduğu tespit edilmesi gerekir.

Öğretide, tedbir kararı verilmeden önce projeye tâbi alacaklıların görüşü veya onayının alınabileceğine ilişkin bir çözüm önerisi getirilmişse de verilen tedbir kararlarına yapılan itirazlar ve yüksek mahkeme kararları dikkate alındığında alacaklıların bu tedbire onay vermesini beklemek pek gerçekçi değildir⁸².

III. TÜRK HUKUKUNDA

A. Konkordato Projesine Tâbi Bir Borcun Tasdikten Önce Ödenmesine İlişkin Görüşler

Hukukumuzda konkordato projesine tâbi bir borç için mühlet içerisinde ödeme yapılıp yapılamayacağı, borçlunun mühlet içerisinde sahip olduğu tasarruf yetkisi kapsamında incelenmiştir. Hukukumuzda konkordato bakımından mühlet kararı ile birlikte borçlunun işletmenin başında kalması ve kanunda sayılan yasaklar dışında kural olarak tasarruf yetkisinin tam olduğu kabul edilmektedir. Eğer mahkeme, mühlet kararı ile birlikte veya daha sonra borçlunun bazı işlemlerinin komiserin izniyle geçerli olarak yapılabileceğine yahut işletmenin faaliyetlerinin komiser tarafından devam ettirilmesine karar vermemişse borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam eder (m. 297). Konkordato mühletinin borçlu bakımından sonuçlarını düzenleyen 297. maddenin ikinci fıkrasında borçlunun mahkemenin izni ile yapabileceği, bu izin olmadan yapıldığında hükümsüz sayılan bazı tasarruf işlemleri düzenlenmiştir. Bunlar kural olarak bir işletmenin olağan faaliyetleri arasında yer almayan ve gerçekleştirildiğinde borçlu malvarlığını geniş

⁸¹ **Tabb**, s. 115.

⁸² **Gilday**, s. 448.

bir ölçüde, alacaklılar aleyhine etkileyebilecek nitelikteki işlemlerdir. Söz konusu yasak tasarrufların sınırlı bir şekilde sayıldığı ve kıyasla genişletilemeyeceği de kabul edilmektedir⁸³. Hükümde sayılan yasak tasarrufların kapsamı, 7101 sayılı değişikliklerden önce 290. maddede paralel şekilde düzenlenmişti⁸⁴.

Türk hukukunda çoğunluk, konkordato projesine tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesinin mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır⁸⁵. Öğretide konuya ilişkin değerlendirmede bulunan yazarların büyük çoğunluğu, ödeme yapılacak kişinin tedarikçi olup olmaması hakkında herhangi bir incelemede ve özel değerlendirmede bulunmamıştır. Bununla birlikte ileride açıklayacağımız üzere daha az sayıdaki yazar, alacağı konkordato projesi kapsamında bulunan bazı tedarikçilere ödeme yapılabileceğini belirtmiştir.

Öğretide, 297. maddenin lafzı doğrultusunda projeye tâbi borcun ödenmesinin yasaklanmadığı ve bu sebeple yapılan ödemelerin geçerli olacağı kabul edilmektedir⁸⁶. Bununla birlikte projeye tâbi bir borcun ödenmesinin, konkordatoya ilişkin birçok hükmü ve ilkeyi ihlâl edeceği de belirtilmiştir. Bir başka deyişle, projeye tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesi mümkün olmamalı ancak 297. madde (eski 290), bu ödemeyi açıkça yasak tasarruflar arasında saymadığı için ödemenin maddi hukuk açısından geçersiz olmayacağı savunulmuştur.

Borçlunun proje kapsamındaki bir borcu ödemesinin mümkün olması gerektiğini savunanların gerekçelerini şu şekilde sayabiliriz: alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl eder⁸⁷; ödeme yapılan alacaklıları diğerlerine

⁸³ **Berkin**, Necmeddin: İflas Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1970, s. 541; **Postacıoğlu**, İlhan E.: Konkordato, Fakülteler Matbaası, 1965, s. 65; **Tanriver**, Süha: “Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, 2001, (Düşünceler), s. 5.

⁸⁴ Hükümün geçirmiş olduğu değişikliklerin bir tablo halinde sunumu için bkz. **Yeşilova**, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 297, No. 15, (**Öztekin**, Selçuk/**Budak**, Ali Cem/**Tunç Yücel**, Müjgan/**Kale**, Serdar/**Yeşilova**, Bilgehan: Yeni Konkordato Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023).

⁸⁵ **Altay**, Sümer/**Eskiocak**, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 179.

⁸⁶ **Simil**, Cemil: Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 222; **Köksoy**, Mesut: “Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2022, s. 594.

⁸⁷ **Tanriver**, Düşünceler, s. 5; **Simil**, s. 223; **Tunç Yücel**, Müjgan: Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 14; **Memiş**,

göre imtiyazlı hale getirir⁸⁸; malvarlığının korunması ilkesini ihlal eder⁸⁹; borçlunun dürüstlük şartına aykırı davrandığını gösterir⁹⁰; borçlunun alacaklıları zarara uğratma kastı ile hareket ettiğini gösterir (m. 292/I-c); Kanun'un 308/d maddesine aykırılık teşkil eder⁹¹.

Konkordatonun ilke ve kurallarına aykırılık teşkil edecek bu ödemenin kanunda açıkça yasaklanması gerektiği savunulmuş⁹², ancak böyle bir düzenleme yapılana kadar, borçluyu ödemekten menetmek amacıyla komiserin, borçluya vereceği talimatla ödemeyi yasaklayabileceği çözümlü üretilmiştir⁹³. Ancak komiserin borçlunun tasarruf yetkisini, vereceği talimatla kısıtlaması veya kaldırması mümkün olmayacağından, verilen talimata rağmen yapılan ödemenin yine de geçerli olacağı kabul edilmektedir⁹⁴. Ancak bu durumda komiserin durumu mahkemeye bildirmesi ve kademeli olarak işletmenin komiser aracılığıyla faaliyetlerini sürdürmesi veya mühletin kaldırılması ve şartları oluşmuşsa iflâsın açılmasına karar verilmesi yaptırımları uygulanmalıdır⁹⁵.

Türk hukukunda borçlunun bazı tedarikçilerine projeye tâbi bir borcu ödemesinin mümkün kılınması gerektiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır. İşletmenin faaliyetlerinin kesintiye uğramadan sürdürülmesi ve konkordato ile iyileşerek borçlarını ödeme ve iflâstan kurtulma amacının gerçekleştirilebilmesi için bazı alacaklılara ödeme yapılması mümkün olmalıdır⁹⁶.

Şefika: Konkordato Sürecinde Borçlunun Doğrudan Doğruya İflâsına Karar Verilmesi, Onikilevha, İstanbul 2023, s. 74-75.

⁸⁸ **Altay/Eskiocak**, s. 179.

⁸⁹ **Tunç Yücel**, s. 14.

⁹⁰ **Kuru**, C. IV, s. 3660.

⁹¹ **Altay/Eskiocak**, s. 179.

⁹² **Tanrıver**, Düşünceler, s. 5.

⁹³ **Berkin**, s. 541; **Postacıoğlu**, s. 65.

⁹⁴ **Berkin**, s. 541; **Kuru**, C. IV, s. 3660; **Kuru**, 1971, s. 435; **Şahin**, s. 193-194; **Köksoy**, s. 594; Yargıtay da 1983 yılında vermiş olduğu bir kararında eski 290. madde kapsamında sayılan yasak tasarruflar arasında mühletten önce tahakkuk etmiş borçların ödemesinin sayılmadığını ve komiserce yasaklanmamışsa yapılan ödemenin geçerli olduğuna karar vermiştir. Komiserin ödeme yapılmasını yasaklaması halinde borçlu bu yasağa uygun hareket etmeyip borcu öderse komiserin, mühletin kaldırılmasını talep edebileceğini belirtmiştir. Somut olayda borçlunun ödeme yapması yerel mahkemece konkordato talebinin reddi sebebi sayılmış ancak Yargıtay bunun isabetli olmadığını belirtmiştir (12. HD, 10.02.1983, 1982/10613, 1983/921 (Lexpera)).

⁹⁵ **Berkin**, s. 541; **Postacıoğlu**, s. 65; **Kuru**, C. IV, s. 3660; **Kuru**, 1971, s. 435; **Tanrıver**, Düşünceler, s. 5; **Altay/Eskiocak**, s. 178; **Memiş**, s. 75.

⁹⁶ **Köksoy**, s. 597.

Konuyu tedarikçiler özelinde inceleyen *Buruloğlu/Reyna*, projeye tâbi bir borcun ödenmesinin yasak tasarruflar arasında düzenlenmesi gerektiğini⁹⁷ belirttikten sonra, zaruretin bulunması halinde ham madde sağlayanlara, işçilere, kiraya verene, komisere ve borçlunun avukatına komiserin muvafakati ile ödeme yapılabileceğini belirtmektedir⁹⁸.

Üstündağ, 297. madde (eski 290) kapsamındaki yasak tasarrufların tahdidi olarak sayıldığını, bunların bir işletmenin olağan faaliyetleri içerisinde yer almadığı için doğal olarak alacaklıları zarara uğratacak işlemlerden olduğu için yasaklandığını belirtmiş, maddede sayılan işlemler dışındakilerin ayrıca yasaklanmamışsa yapılabileceğini, bunun işletmenin devamlılığını sağlamak için bir ihtiyaç olduğunu ve geçerli olduğunu belirtmektedir⁹⁹. Yapılan işlemlerin, alacaklıların menfaatine olup olmadığı hususunun komiser tarafından denetlenmesi zorunluluğuna vurgu yapmaktadır¹⁰⁰. Yazar, projeye tâbi bir borcun tam ödenmesine örnek olarak, işveren sendikası üyesi borçlunun aidatları tam ödemediği için üyelikten ihraç edilebileceği ve üyeliğin sağladığı avantajlardan mahrum kalacağı bir durumda tam ödemenin mümkün olduğunu belirtmektedir¹⁰¹.

Atalay, borçlarını ödemek niyetinde olan borçlulara daha fazla irade serbestisi tanınması ve bu serbestinin etkin bir denetimle suistimale karşı korunmasının önemini vurguladıktan sonra, kritik tedarikçilere ilişkin iki farklı öneride bulunmuştur. Tedarikçiyle olan ilişkinin devamında konkordatonun başarısı için zorunluluk var ise konkordatoya tâbi alacağa mahsuben kısmî ödeme yapılmasına izin verilmesi gerektiğini, aksi takdirde konkordatonun terk edilerek iflâsın açılmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰². Yazar ayrıca, tedarikçiler için konkordatodan etkilenmeyen alacaklılar sınıfı oluşturulması gerektiğini ve bu sınıf için mutlaka özel düzenleme yapılması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁰³.

⁹⁷ Yazarlara göre alacaklılar arasında farklı muameleye neden olan ödemelerin iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı için yasaklanması gerekir (**Buruloğlu**, Enver/**Reyna**, Yuda: Konkordato Hukuku ve Tatbikat, Yörük Matbaası, 1968, s. 37).

⁹⁸ **Buruloğlu/Reyna**, s. 37, dn. 20.

⁹⁹ **Üstündağ**, Saim: İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 8. Bası, İstanbul 2009, s. 238.

¹⁰⁰ **Üstündağ**, s. 239.

¹⁰¹ **Üstündağ**, s. 239.

¹⁰² **Atalay**, Oğuz: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, (editör Muhammet Özeker), Onikilevha, 2018, s. 127; **Atalay**, Oğuz: “Konkordato Projesinin Hazırlanması”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, Ankara 2019, (Proje), s.105; **Simil**, s.222.

¹⁰³ **Atalay**, s. 125.

Tunç Yücel, kritik tedarikçilere ödeme yapılabileceğini, bu konuda ödeme yapılması planlanan tedarikçiden mal veya hizmet alınmasında zorunluluk bulunması gerektiğinin komiserce somut olay özelinde karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁴. Bir başka tedarikçiden daha iyi şartlarda mal/hizmet sağlamak mümkünse, bu durumda ödeme yapılmasına karar verilmemelidir. Ödeme yapılması, konkordatonun gerçekleştirilmesi ile eşitlik ilkesinin çatışmasına neden olur. Bu amaçlardan hangisinin ağır bastığına somut olay özelinde karar verilmelidir. Yazara göre, işletmelerin kurtarılmasında kamu yararı bulunmaktadır. Borçlunun tedarikçilerine ödeme yapılmaması iflâsına neden olarsa bu sonuç, alacaklılar bakımından ödeme yapılmasına kıyasla daha fazla zarara sebep olabileceği için ödeme yapılmasına izin verilmelidir.

Erdönmez, kritik tedarikçilere tam ödeme yapılmasını prensipte gerçek bir ihtiyaç olarak görmekte ve şartlarının kanun tarafından belirlenmesi halinde uygun bulmaktadır¹⁰⁵. Ancak yazara göre mevcut hükümler çerçevesinde bazı alacaklılara bu şekilde ödeme yapılması eşitlik ilkesini ihlâl eden ve mühletin kaldırılmasına dayanak teşkil eden bir sebeptir¹⁰⁶.

Akil, projeye tâbi borçların ödenmesinin yasak tasarruflar arasında sayılmadığını, ancak yapılacak ödemenin alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl edeceğini belirterek ödeme yapılmasına izin verilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁷. Bununla birlikte tedarikçilere ödeme yapılmamasının konkordatonun başarı şansını olumsuz etkileyebileceğini belirterek bu tip ödemelerin mahkeme kararıyla komiserin iznine bağlanması çözümünü önermiştir¹⁰⁸.

Akkaya, konkordatonun tasarrufun iptali davalarına etkisini incelediği çalışmasında, tedarikçilere ödeme yapılması ihtiyacını borçlunun faaliyetlerine devam edebilmesi ve iflâsın açılmasının önlenmesi bakımından gerekli olabileceğini belirtmektedir¹⁰⁹. Yazar, tedarikçilere ödeme yapılmasının komiserin izniyle mümkün kılınabileceğini ve bu ödemelerin iptale tâbi tutulması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁰⁴ **Tunç Yücel**, s. 18.

¹⁰⁵ **Erdönmez**, Güray: “Borçlunun Alacaklıları Zarara Uğratma Amacıyla Hareket Ettiği Hâllerde Konkordato Mühletinin Kaldırılması”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. II, Filiz Kitabevi, 2022, s. 1201.

¹⁰⁶ Yazar, bu şekilde bir ödeme gerçekleştirildiğinde somut olayın özelliğine göre mühletin kaldırılmasından önce borçlunun tasarruf yetkisinin kısmen veya tamamen kaldırılmasının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (**Erdönmez**, s. 1202).

¹⁰⁷ **Akil**, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet, 2019, s. 169.

¹⁰⁸ **Akil**, s. 169-170.

¹⁰⁹ **Akkaya**, Tolga: “Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2021, s. 236.

B. Görüşümüz

Bu başlık altında öncelikle kritik tedarikçilerin alacaklarının proje kapsamına çıkarılıp çıkarılmayacağı hakkındaki görüşümüzü belirttikten sonra yukarıda özetlediğimiz hukukumuzda ileri sürülen görüşleri değerlendireceğiz.

Proje kapsamında kalan bir borç için kritik bir tedarikçiye ödeme yapılmasının alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl ettiği gerekçesiyle tamamen yasaklanması fikri, bazı durumlarda konkordatoyu işlevsiz bir kurum haline getirir. Alacaklılar arasında eşitlik ilkesi, icra ve iflâs hukukumuzda kabul edilen önemli bir ilke olmakla birlikte, bu ilkedен birçok yerde kanun hükmü ile ayrıldığını görmekteyiz. Cüz’i icrada hacze iştirakin sıkı şartlara bağlanması, hem cüz’i hem de küllî icrada uygulama alanı bulan 206. maddenin sorunlu yapısı, finans kesiminin alacağının tahsilinde sınırları zorlayan hükümler dikkate alındığında eşitlik ilkesinin mutlak bir şekilde algılanmadığını göstermektedir. Rehinli alacakların konkordato dışına çıkarılması (308/h) da ayrıca eşitlik ilkesini tekrar değerlendirme ihtiyacına işaret etmektedir.

Projeye tâbi bir borcun tasdikten önce ödenmesi halinde malvarlığının korunması ilkesinin ihlâl edileceği öne sürülmüştür. Konkordatoda borçlunun malvarlığının korunması kavramına nasıl bir anlam yüklenmesi gerektiği konusunda yeniden düşünülmesi uygun olacaktır. Hukukumuzda malvarlığının korunması daha çok mevcudun eksiltilmemesi şeklinde anlaşılmaktadır. Hacizde ve iflâsta borçlunun, malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması engellenmektedir¹¹⁰. Burada borçlunun hem hukukî işlem tesis etmesi hem de malvarlığına zarar vererek değerini düşürmesi engellenmek istenir. Ancak bir malvarlığının “değeri”ni muhafaza etmek için bazen üzerinde tasarruf etmek gerekir. Hem değeri korumak hem de artırmak bakımından çeşitli giderlerin yapılması zorunluluk arz edebilir¹¹¹. Normal olan ise bu giderlerin yine borçlu mevcudundan karşılanmasıdır.

Borçlunun malvarlığında yer alan 100 liralık bir malın değerini korumak veya artırmak için 10 liralık bir harcama yapılması gerekiyorsa bu, şüphesiz o harcamanın yapılmaması halinde malın değer kaybetmesi ihti-

¹¹⁰ Hacizde malların muhafaza altına alınarak depolarda çürümeye bırakılmasının herkes için kötü bir sonuç yarattığına şüphe yoktur.

¹¹¹ Konkordato sürecinde borçlunun malvarlığı üzerinde yaptığı tasarrufların olumlu sonuç doğurabileceği ve hatta bu durumun mühletin iyileşme nedeniyle kaldırılması gibi olumlu bir sonuç doğurabileceği hakkında bkz. **Erdönmez**, s. 1184.

maline göre alacaklıların daha lehine bir durumdur. Söz konusu 10 liralık harcamanın yapılmaması halinde malın değeri 50 liraya düşecek ise bu harcama, “malvarlığının korunması” ilkesi veya alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl etmez.

Borçlunun üretimde kullandığı bir ekipmanın tamiri veya kapasitesinin artırılması için yaptığı harcama, faaliyetin devamı için zorunlu bir harcama kabul edilir ve kural olarak konkordato hukukunun herhangi bir ilkesini ihlâl etmez. İşte kritik tedarikçilere ödeme yapılması da bu kapsamda faaliyetlerin devamı için yapılan bir harcama şeklinde görülmelidir. Projede öngörülen vaatlerin gerçekleştirilmesi için yapılan zorunlu bir harcamadır.

Kritik tedarikçilere ödeme yapılması gerçek bir ihtiyaçtır. Konkordato borçluya böyle bir imkânın tanınması, kötüye kullanılma riski nedeniyle görmezden gelinemez. Konkordatonun kendisinin de kurum olarak kötüye kullanılma potansiyeli vardır ve hatta bu potansiyelin birçok dosyada hayata geçtiği de bilinmektedir. Bu yaklaşımla konkordatonun da yasaklanması gerekir.

Kritik tedarikçiye ödeme yapılmaması halinde iflâs edecek borçlunun bu alacaklılarına daha iyi koşullarda muamele edilmesi, diğer alacaklıların iflâsta elde edeceği tutardan daha fazlasına kavuşmasını sağlayacaksa bu durum katlanılması gerekli bir kötülüktür (necessary evil)¹¹².

Yürürlükteki konkordato hükümlerimiz bakımından projeye tâbi bir borç için tasdikten önce yapılan ödemenin geçerli olup olmadığını belirlemek bakımından 297. maddeye başvurulmaması gerektiği kanaatindeyiz¹¹³. İcra ve İflâs Kanunu’nuzun 308/c maddesinin ikinci fıkrası, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan borçların, birinci fıkraya göre bağlayıcı hale gelen proje çerçevesinde işlem göreceğini açıkça düzenlemiştir. Bu çerçevede projeye tâbi borçlar, alacaklılar tarafından kabul ve mahkemece tasdik edilerek bağlayıcı hale gelen ödeme planı kapsamında ifa edilir. Bu hükmün projeye kabul oyu vermeyen alacaklı bakımından olduğu gibi borçlu bakımından da bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir.

¹¹² Gerekli kötülük, daha iyi bir sonuca ulaşmak için gerekli olduğu için, özellikle de olası alternatif eylem veya eylemsizlik yollarının daha kötü olması beklendiği için yapılması veya kabul edilmesi gerektiğine inanılan bir kötülüktür (wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Necessary_evil).

¹¹³ Tunç Yücel, projeye tâbi bir alacağın tam ödenmesi konusunda yasaklayıcı bir hükme ihtiyaç olmadan da ödeme yapılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (**Tunç Yücel**, s. 9 vd.).

Projenin bağlayıcılığını düzenleyen 308/c maddesi dışında, projeye tâbi borçların konkordatonun bağlayıcı hale gelmesinden önce ödenemeyeceğine ve eğer yapılırsa ödemenin hükümsüz olduğuna, Kanun'un 308/d maddesinden açıkça ulaşılabileceği kanaatineyiz. Söz konusu madde, “*Borçlu taraftan alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatler hükümsüzdür.*” düzenlemesini içermektedir¹¹⁴. Kanun, açıkça alacaklılar arasında eşitlik ilkesini ihlâl eden bir taahhüdü hükümsüz kıldığına göre, bu taahhüdün tasarruf işlemi de hükümsüz kılmak niyetinde olsa gerektir¹¹⁵. Oysa 297. maddede sayılan tasarruflar, mahkemeden izin alınmadan yapıldığı takdirde hükümsüz olarak kabul edilmektedir. Projeye tâbi bir borcun ödenemeyeceği kuralı 297. maddede düzenlenir ise bu durumda mahkeme kararıyla ödemeye izin verilebileceği de mecburen kabul edilmek zorundadır. Borçlu tarafından bazı alacaklılara ödeme yapılmasının birçok açıdan konkordatoya aykırı olduğu ve ödeme yapılması halinde mühletin kaldırılması veya borçlunun iflâsına karar verilmesi gerektiği savunuluyorsa, ödeme yasağının 297. maddede düzenlenmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce hukukumuzda halihazırda ne tedbir kararıyla ne de komiser izniyle projeye tâbi bir borç için konkordatonun bağlayıcılık kazanmasından önce ödeme yapılması mümkün değildir. Yasak tasarruflar arasında, ödeme yapılmasının sayılmaması 308/c, II ve 308/d hükümleri karşısında ödemenin geçerli olduğunu söylemeye de yeterli değildir. Bununla birlikte işletmenin sürekliliğini ve konkordatonun başarısını sağlamak için zorunluluk arz eden durumlarda projeye tâbi bir borcun ödenmesine izin verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Projeye tâbi bir borcun ödenmesinin 297. madde kapsamında yasaklanmasına kadar eksikliğin komiser talimatıyla giderilebileceği çözümüne de iştirak edemiyoruz. Öğretide de belirtildiği üzere, komiserin borçlunun tasarruf yetkisini sınırlandırması mümkün değildir¹¹⁶. Komiserin bu konuda borçluya vereceği talimat, yukarıda zikredilen 308/c ve 308/d maddelerinin hatırlatılmasından ibaret olacaktır. Mevcut düzenlemeler ve anlayış çerçe-

¹¹⁴ Konkordato projesinin bağlayıcılığını düzenleyen 308/c-II hükmü de, projeye tâbi bütün alacakların proje kapsamında ödenmesi gerektiği düşüncesini destekler niteliktedir. **Tunç Yücel**, s. 14.

¹¹⁵ **Kuru**, C. IV, s. 3660.

¹¹⁶ **Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 86; **Akil**, s. 168; **Atalı**, Murat: “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, editör Muhammet Özkes, Onikilevha, 2018, s. 97.

vesinde komiserin, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına izin de veremeyeceğini düşünüyoruz.

SONUÇ

İşletmenin sürekliliği prensibini esas alan gerek bilançoğu gerekse de organizasyonu iyileştirerek borç ödemeyi olanaklı kılmaya çalışan prosedürler, nitelikleri gereği iflâs tasfiyesi gibi işletmeyi sona erdirmeye odaklanan usûllerden ayrılırlar. Haliyle iyileştirici yöntemlere dair sorunlara, sona erdirici yöntemlerin anlayışı ile yaklaşılması gerekir. Bu yöntemlerin sürekliliği ve iyileştirmeyi gerçekleştirmeye yönelik ihtiyaçlarına ve zorunluluklarına kendi kavramlarıyla bir bütün olarak bakmak gerekmektedir.

İşletmenin borçlarını iyileşerek ödemeye çalıştığı konkordato prosedürü bakımından faaliyetlerin kesintisiz bir şekilde devam ettirilmesi için zorunluluk arz eden durumlarda kritik tedarikçilere olan borçların tasdikten önce ödenmesine mahkeme kararıyla izin verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

Yukarıda aktarmış olduğumuz Amerikan hukuku tecrübesi ışığında, kendisine ödeme yapılması arzulanan konkordato alacaklısının, işletmenin faaliyetlerinin kesintiye uğramaması ve iyileşmenin gerçekleştirilebilmesi için kritik bir konumda olduğunun; borçlunun bu alacaklının sunmuş olduğu mal veya hizmetin benzerini derhal ve/veya daha iyi koşullarda temin etmesinin mümkün olmadığını; bu tedarikçiye ödeme yapılmamasının ortaya çıkaracağı sonuçların, ödeme yapılmasına kıyasla diğer alacaklılar bakımından daha aleyhe olduğunun ispatlanması şartıyla, mahkemece tedbiren ödemeye karar verilebileceği şeklinde bir çözümün kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Yapılacak kanunî bir düzenlemeyle, borçlunun şartlarının gerçekleştiğini yaklaşık olarak ispat edeceği bir tedbir talebiyle, komiserin de görüşü alınarak mahkemece, kritik tedarikçilere ödeme yapılmasına imkân sağlanmalıdır. Bazı alacaklıları proje dışına çıkarma ihtiyacını, ayrıntılı bir kullanma kılavuzu gibi ve sorunsuzca işleyecek bir şekilde kaleme almak mümkün olmadığı için bu konuda somut olayın özelliğine göre hareket edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet, 2019.
- Akkaya**, Tolga: “Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2021, s. 221-252.
- Altay**, Sümer/**Eskiocak**, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Atalay**, Oğuz: “Konkordato Projesinin Hazırlanması”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, Ankara 2019, (Proje).
- Atalay**, Oğuz: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, (editör Muhammet Özekes), Onikilevha, 2018.
- Atalı**, Murat: “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçlan”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, (editör Muhammet Özekes), Onikilevha, 2018.
- Berkin**, Necmeddin: İflas Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1970.
- Buruloğlu**, Enver/**Reyna**, Yuda: Konkordato Hukuku ve Tatbikat, Yörük Matbaası, 1968.
- Cieri**, Richard/**Fitzgerald**, Judith/**Greenstone Miller**, Judith: “Forum Shopping, First Day Orders, and Case Management Issues in Bankruptcy”. DePaul Business and Commercial Law Journal, C. 1, S. 4, 2003, s. 515-538.
- Douglas**, Mark G.: “Paying Pre-Petition Critical Vendor Claims without Relying on the Doctrine of Necessity”, Pratt’s Journal of Bankruptcy Law, C. 1, S. 1, 2005, s. 74-80.
- Ehrenfeld**, Joshua A.: “Quieting the Rebellion: Eliminating Payment of Prepetition Debts Prior to Chapter 11 Reorganizations”, The University of Chicago Law Review, C. 70, S. 2, 2003, s. 621-638.
- Eisenberg**, Russell A./**Gecker**, Frances F.: “The Doctrine of Necessity and Its Parameters”, Marquette Law Review, C. 73, S. 1, 1989, s. 1- 39.
- Erdönmez**, Güray: “Borçlunun Alacaklıları Zarara Uğratma Amacıyla Hareket Ettiği Hâllerde Konkordato Mühletinin Kaldırılması”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. II, Filiz Kitabevi, 2022, s. 1183-1208.

- Gilday**, Joseph: “Critical Error: Why Essential Vendor Payments Violate the Bankruptcy Code”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, C. 11, S. 2, 2003, s. 411-450.
- Hunt**, Christopher D.: “Not-so-Critical Vendors: Redefining Critical Vendor Offers”. *Kentucky Law Journal*, C. 93, S. 4, 2005, s. 915-937.
- Köksoy**, Mesut: “Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2022, s. 585-602.
- Memiş**, Şefika: *Konkordato Sürecinde Borçlunun Doğrudan Doğruya İflâsına Karar Verilmesi*, Onikilevha, İstanbul 2023.
- Öztek**, Selçuk/**Budak**, Ali Cem/**Tunç Yücel**, Müjgan/**Kale**, Serdar/**Yeşilova**, Bilgehan: *Yeni Konkordato Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: *Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Pomerantz**, Jeffrey N.: “The Bare Necessities of Critical Vendor Motions- It’s a Jungle Out There”, *Journal of Bankruptcy Law & Practice*, C. 13, 2004, s. 73-93.
- Postacıoğlu**, İlhan E.: *Konkordato*. Fakülteler Matbaası, 1965.
- Resnick**, Alan N.: “The Future of the Doctrine of Necessity and Critical-Vendor Payments in Chapter 11 Cases”, *Boston College Law Review*, C. 47, S. 1, 2005, s. 183-216.
- Sabino**, Anthony Michael: “The Death of Critical Vendor Motions and the Potential Demise of the Doctrine of Necessity: Farewell to Two Misbegotten Doctrines”. *Tennessee Journal of Business Law*, C. 6, S. 1, 2004, s. 47-92.
- Simil**, Cemil: *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Tabb**, Charles Jordan: “Emergency Preferential Orders in Bankruptcy”, *American Bankruptcy Law Journal*, C. 65, S. 1, 1991, s. 75-116.
- Tanrıver**, Süha: “Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 3, 2001, s. 1-9, (Düşünceler).
- Tunç Yücel**, Müjgan: *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Turner, Travis N.: “Kmart and Beyond: A ‘Critical’ Look at Critical Vendor Orders and the Doctrine of Necessity”, Washington and Lee Law Review, C. 63, S. 1, 2006, s. 431-482.

Üstündağ, Saim: İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 8. Bası, İstanbul 2009.