

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ
ANABİLİM DALI

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN SINIR ÖTESİ
DEVİRİNE YÖNELİK PAY SATIŞI

Doktora Tezi

Mehmet Eski

Öğrenci no: 1350D92106

İstanbul, Mayıs 2016

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ
ANABİLİM DALI

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN SINIR ÖTESİ
DEVİRİNE YÖNELİK PAY SATIŞI

Doktora Tezi

Mehmet Eski

Öğrenci no: 1350D92106

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ÖMER ÖZKAN

İstanbul, Mayıs 2016

DOKTORA TEZİ ONAY FORMU

Uluslararası Ticaret Hukuku ve Avrupa Birliği
Anabilim Dalı Uluslararası Ticaret ve Avrupa Birliği Hukuku
doktora programı 1350.092106 numaralı öğrencisi Mehmet ESKİ'nın
" Sermaye Şirketlerinin Sınır Ötesi Devrine
Yönelik Pay Satışı"
başlıklı tez çalışması jürimiz tarafından oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunmuştur.

TEZ DANIŞMANI : Prof. Dr. Ömer Özkan
JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Hüseyin Hâtemi
JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Şaban Kayhan
JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız
JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Mehmet Melmen

İstanbul Ticaret Üniversitesi Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun/...../20....
Tarih,/..... sayılı kararı ile onaylanmıştır.

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamiyle uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesinin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

Mehmet ESKİ

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN SATIN ALINMASIYLA İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE TEMEL KONULAR

§ 1. DEVRALMA KAVRAMI	4
§ 2. TEŞEBBÜS SATIŞI	5
I. Kavramsal Olarak Teşebbüs	5
II. Teşebbüs Satışı Türleri	9
A. Varlıkların Satışı Suretiyle Teşebbüs Satışı	9
B. Teşebbüs Paylarının Devri Suretiyle Teşebbüs Satışı	10
1. Teşebbüsün Mevcut Paylarının Satışı Suretiyle Teşebbüs Satışı	10
2. Sermaye Artırımı Suretiyle Teşebbüs Satışı	17
§3. SERMAYE ŞİRKETLERİNDE PAY VE PAY SAHİPLİĞİ	18
I. Anonim Şirkette Pay ve Payın Devri	18
A. Pay Kavramı ve Türleri	18
1. Genel Olarak	18
2. Pay Türleri	20
a. Adi Pay – İmtiyazlı Pay	20
b. Bedelli Pay – Bedelsiz (Gratis) Pay	20
B. Anonim Şirketlerde Payın Devri	21
1. Genel Olarak	21
2. Senede Bağlanmamış (Çıplak Payın) Devren İktisabı	21
3. Nama Yazılı Pay Senetlerinin İktisabı	23
4. Anonim Şirkette İlmühaberler ve Devirleri	25
5. Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin İktisabı	26
II. Limited Şirketlerde Pay	26
A. Genel Olarak	26
B. Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Hukuki İşlemlere Konu Olması	27
1. Kural	27
a. Pay Senetleri	27
b. Pay Defteri	27
2. Esas Sermaye Payının Geçişi	28
a. Devir	28
b. Esas Sermaye Payının Diğer Yollarla Geçişi	28
3. Devir ve Geçişin Tescili	29

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN DEVRİNE YÖNELİK TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMESİ ÖNCESİ AŞAMA

§ 1. KONUYA GİRİŞ	30
§ 2. SÖZLEŞME ÖNCESİ YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ	32
I. Genel Olarak	32
II. Aktif Davranışla Sözleşme Öncesi Yükümlülük İhlali	33
A. Yanlış Bilgilendirme	33
B. Hukuka Aykırı Davranış	34
C. Sözleşme Aktetme Niyeti Bulunduğu Hususunda Yanıltma	35
D. Sözleşme Görüşmelerinin Sonlandırılması	35
III. Pasif Davranışla Sözleşme Öncesi Yükümlülük İhlali	36
V. Türk Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu	38
§ 3. NİYET MEKTUBU (LETTER OF INTENT)	43
I. Genel Olarak	43
II. Teşebbüs Satışı Yönünden Niyet Mektupları	44
§ 4. MAHREMİYET VE GİZLİLİK	46
§ 5. MÜNHASIRLIK	47
§ 6. OPSİYON	48
§ 7. ÖN SÖZLEŞME	49
§ 8. DUE DİLİGENCE (İNCELEME)	53
I. Genel Olarak	53
II. Due Diligence Türleri	54
A. Finansal Due Diligence	55
B. Ticari Due Diligence	57
C. Hukuki Due Diligence	57
D. Vergisel Due Diligence	59
III. Due Diligence'in Yürütülüşü	59
IV. Due Diligence'in Hukuki Sonuçları	60
A. Due Diligence Yaptırma Keyfiyeti	60
B. Due Diligence'in Yürütülüşünde Özensizlik ve Eksiklik	62
C. Teşebbüse Ait Bilgilerin Aktarılması	64
1. Yönetim Kurulu veya Müdürün Bilgileri Doğrudan Aktarması	64
2. Due Diligence Bağlamında Paydaşın Bilgi ve İnceleme Hakkı	65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN PAY SATIŞI SURETİYLE DEVRİNE YÖNELİK TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMESİ

§ 1. KONUYA GİRİŞ	68
-------------------------	----

§ 2. SÖZLEŞMEDE YER ALAN TARAFLAR.....	70
§ 3. GİRİŞ BÖLÜMÜ VE TANIMLAR.....	71
§ 4. SÖZLEŞMENİN KONUSU	71
§ 5. SATIŞ BEDELİ	73
I. Genel Olarak	73
II. Sabit Satış Fiyatı.....	75
II. Uyarlanabilir Satış Fiyatı.....	75
III. Değişken Satış Fiyatı.....	76
IV. Satış Bedelinin Finansmanın Sözleşmeye Etkileri.....	78
V. Satış Bedeli Güvenceleri	79
VI. Satış Bedeli Uyuşmazlıkları	81
§ 6. İCRA KOŞULLARI.....	82
I. Genel Olarak	82
II. Devralma İçin Resmi İzin Gereken Haller	84
A. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Yönünden	84
B. Sermaye Piyasası Kanunu Düzenlemesi.....	89
1. Aracı Kurumlara Yönelik.....	89
2. Portföy Yönetim Ortaklıklarına Yönelik.....	91
3. Yatırım Ortaklıklarına Yönelik	92
4. Borsalar ve Merkezi Kayıt Kuruluşlarına Yönelik.....	92
C. Bankacılık Kanunu Yönünden.....	93
D. Elektrik Piyasası Kanunu Yönünden.....	94
E. Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu Yönünden	94
F. Radyo ve Televizyon Yayın Kuruluşları Yönünden	95
§ 7. SÖZLEŞME KOŞULLARININ OLUMSUZ DEĞİŞMESİ	96
I. Genel Olarak	96
II. Conduct-of-Business Klozu.....	97
III. Material-Adverse-Change Klozu	98
§ 8. SATICININ TEKEFFÜL SORUMLULUĞU	100
I. Genel Olarak	100
II. Yasal Tekeffül Sorumluluğu	102
A. Satıcının Zapttan Sorumluluğu	102
B. Satıcının Ayıptan Sorumluluğu	108
III. Sözleşmesel Tekeffül	111
A. Genel Olarak	111
B. Vaat veya Garanti Edilen Haller.....	114
1. Zapta Karşı Tekeffül, Hukuki Ayıp ve Hedef Teşebbüsün Şirketler Hukuku Açısından Konumu	114
2. Şirketin Sermayesi ve Malvarlığı	115
3. İşletmesel İşleyiş	116
4. Faaliyetler veya Koşullardan Kaynaklı Tipik Riskler	117
C. Muafiyet Tanıma	117

D. Diğer Yapma ve Kaçınma Yükümlülükleri	118
E. Hukuki Başvuru Yolları	118
1. Genel Olarak	118
2. Sözleşmeden Dönme	119
3. Onarım	119
4. İndirim	121
4. Tazminat	121
F. Sorumluluğun Sınırlandırılması	122
1. Miktarsal Sınırlamalar	122
2. Mükerrerliğin Önlenmesi	123
G. Bildirim	123
H. Zamanaşımı	124
İ. Birden Fazla Satıcı Olma Durumu	125
J. Alıcının Güvenceye Kavuşturulması	125
§ 9. REKABET YASAĞI	127
I. Genel Olarak	127
III. Borçlar Hukuku Yönünden Rekabet Yasağı	127
III. Rekabet Hukuku Yönünden Rekabet Yasağı	129
IV. Rekabet Yasağına Uymama Yaptırımı	132
§ 10. MAHREMİYETİN KORUNMASI VE GİZLİLİK	133
§ 11. MASRAFLAR	134
§ 12. BİLDİRİMLER	134
§ 13. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI	135
§ 14. KAPANIŞIN YÜRÜTÜLÜŞÜ	135

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN SINIR ÖTESİ DEVRİNE YÖNELİK TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMELERİ

§ 1. KONUYA GİRİŞ	137
§ 2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMELERİ	140
I. Genel Olarak	140
II. Akit Statüsü	141
A. Hukuk Seçimi	141
B. Objektif Kurala Göre Bağlama	144
1. Borsada İşlem Görmeyen Payların Satışı	144
2. Borsada İşlem Gören Payların Satışı	146
C. Akit Statüsünün Kapsamı	147
II. Ortaklık Statüsü	147
III. Şekle Uygulanacak Hukuk	148
IV. Ehliyete İlişkin Uygulanacak Hukuk	149

V. Temsile İlişkin Uygulanacak Hukuk	150
VI. Niyet Mektubu ve Diğer Ön Uzlaşılara Uygulanacak Hukuk.....	151
VII. Doğrudan Uygulanan Normların Nazara Alınması	152
XIII. Kamu Düzeni.....	152
§ 3. MİLLETLERARASI USUL HUKUKU AÇISINDAN TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMELERİ	153
.....	153
I. Yetkili Mahkeme Seçimi	153
II. Hakem Yargılaması Seçimi	154
A. Genel Olarak	154
B. Ad Hoc Tahkim – Kurumsal Tahkim	155
C. Milletlerarası Tahkim Kanunu.....	155
D. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi.....	157
SONUÇ	159



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AMK	: Alman Medeni Kanunu
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi
BB	: Betriebs-Berater
BDDK	: Bankacılık Denetleme ve Dzenleme Kurulu
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Çev.	: Çeviren
DB	: Der Betrieb
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DStR	: Deutsches Steurrecht
E.	: Esas
Edit.	: Editör
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GYO	: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ICC	: International Court of Arbitration
İTCÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kap.	: Kapitel
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MYO	: Menkul Yatırım Ortaklıkları
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NYK	: New York Konvansiyonu
NZG	: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

Ör.	: Örneğin
RG	: Resmi Gazete
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn.	: Randnummer
RTK	: Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
WM	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
YÜD	: Yaşar Üniversitesi Dergisi
ZGR	: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

GİRİŞ

Günümüzde birleşme ve devralmalar (Merger and Acquisitions) teşebbüsler yönünden büyüme stratejisinin en önemli unsuru haline gelmiştir. Bu bağlamda küreselleşmenin de etkisiyle sınır ötesi şirket satın almaları dünya genelinde teşebbüsler bakımından rağbet görmektedir. Ayrıca yabancı bir ülkede yatırım yapılacağı hallerde, doğrudan yeni bir şirket kurulması yerine, yatırım yapılmak istenen alanda faaliyet gösteren mevcut bir şirketin satın alınmasının sağlayacağı avantajlar da sınır ötesi satın almaların tercih edilmesine yol açan faktörlerdendir.

Alman ve İsviçre Hukukunda satın almalar ile ilgili ön plana çıkan kavram, teşebbüs satışına karşılık gelen “Unternehmenskauf” kavramıdır. Teşebbüs satışı başlığı altında iki farklı durum incelenmektedir. Birinci halde teşebbüs satın alması, hedef teşebbüsün malvarlıkları satın alınarak (Vermögenskauf – Asset Deal) gerçekleştirilmektedir. İkinci tür satın alma ise çalışma konumuzu teşkil eden hedef teşebbüsün paylarının satın alınarak kontrolünün ele geçirilmesi (Anteilskauf – Share Deal) şeklindedir.

Ülkemizde gündelik hayatta şirket satın alma kavramıyla ifade olunan husus, esasen Kollektif ve Komandit şirketlerin ülkemizde yok denecek kadar azlığı nazara alındığında bir limited veya anonim şirketin paylarının kazanılması suretiyle hakimiyetinin ele geçirilmesidir. İncelemenin ilerleyen kısımlarında detaylı olarak değerlendirmesini yapacağımız doğrultuda esasen burada alelade bir pay satışı söz konusu olmadığından, bu tür pay satışı hukuk düzeninde farklı sonuçlar ortaya çıkarmakta ve satış prosedürü hedef şirketin aktiflerinin değerine göre değişebilen çeşitli aşamalardan geçmektedir.

Sermaye şirketlerinin pay satışı suretiyle devrine yönelik sözleşme uygulamasında tüm dünyada Anglo-Amerikan sözleşme uygulaması ve İngilizce teknik terimler yerleşmiş durumdadır. Ayrıca sınır ötesi satışlara ilişkin yapılan sözleşmelerin İngilizce olarak hazırlanması da mutlak bir uygulamadır. Diğer taraftan satın almada yabancılik unsuru bulunmasa bile, özellikle satın alan veya

hedef şirketin yurt dışı aktivitelerinin yoğunluğuna ve ortaklık yapısına göre, bu tür satış sözleşmelerinin de uygulamada İngilizce hazırlandığına rastlanılmaktadır. Ör. Yabancı yatırımcılara ait Türkiye’de kurulu bir yavru şirketin gerçekleştireceği satın alma İngilizce hazırlanabilmektedir.

Çalışmamızın amacı, sermaye şirketlerinin devrine yönelik pay satışı aşamaları, bu nevi satış sözleşmelerinde yer alan klozlar ve sınır ötesi satışlardaki yabancılık unsurunun Milletlerarası Özel Hukuk ve diğer düzenlemeler açısından doğurduğu hukuki sonuçların incelenmesidir. Çalışmamızda bu nevi sözleşmelerdeki klozlar incelenirken başka dillere çevirisi yapılmadan İngilizce olarak zikredilen veya nadiren çevirisi yapılan İngilizce teknik terimler çevirisi yapılmadan İngilizce olarak kullanılacaktır.

İlk bölüm, çalışma açısından önem taşıyan temel kavramların açıklanmasına ayrılmıştır. Bu bölümde şirket devralma kavramı, teşebbüs satışı kavramı, teşebbüs satışı türleri ve sermaye şirketlerinde pay ve paydaşlık ortaya konacaktır.

İkinci bölümde sermaye şirketlerinin pay satışı suretiyle devrine yönelik teşebbüs satış sözleşmesinin uzun süreli olan öngörüşmeler ve müzakere aşamalarının hukuki boyutu incelenecektir.

Üçüncü bölümde sermaye şirketlerinin pay satışı suretiyle devrine yönelik teşebbüs satış sözleşmesi incelenecek olup, özellikle bu nevi teşebbüs satış sözleşmelerinde yer alan klozlar ve bunların doğurduğu hukuki sonuçlar irdelenecektir.

Dördüncü bölümde ise, bu nevi sözleşmelerin yabancılık unsuru taşımasının Milletlerarası Özel Hukuk ve diğer düzenlemeler açısından doğurduğu sonuçlara yer verilecektir.

Nihayetinde çalışmanın sonunda, önceki bölümlerde incelenen konularla ilgili varılan sonuçlar ortaya konacaktır.

Bu çalışmada özellikle, sermaye şirketlerinin devrine yönelik pay satış aşamaları, satış sözleşmesinde yer alan klozlar ve sınır ötesi satışın özellikleri ön

planda inceleme konusu yapıldığından, yasal düzenlemeler, inceleme konusu kapsamında ele alınacaktır. Çalışmada değerlendirmeler Türk Hukuku yönünden yapılırken, Türk öğretisi ile birlikte Alman ve İsviçre öğretisinden de yararlanılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN SATIN ALINMASIYLA

İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE TEMEL KONULAR

§ 1. DEVRALMA KAVRAMI

Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 595, limited şirketlerde esas sermaye payının geçiş hallerinden biri olarak sözleşmeye dayalı mülkiyetin geçişinde “devir” kavramına yer vermektedir. Yine TTK m. 489 - 501 hükümlerinde de anonim şirketlerin sermaye pay senetlerinin mülkiyetinin geçişi hükümlerinde, sözleşmeye dayalı mülkiyet geçişi “devir” kavramıyla düzenleme altına alınmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 2002’de malvarlığı veya işletmenin sözleşmeye dayalı mülkiyet geçişlerinde “devralma” kavramına yer vermekte ve ticari işletmenin sözleşmeye dayalı mülkiyet geçişi TTK m. 11/3’te “devir” kavramıyla ifade olunmaktadır.

Esasen fiiliyatta “devralma” kavramı çoğu zaman satın almayı karşılar nitelikte olmakla birlikte, ondan daha geniş bir anlamı olan bir üst kavram niteliğindedir. Bu haliyle devralmanın temelini teşkil eden devir sözleşmesinde mülkiyet geçişinin dayanağı, büyük çoğunlukla satış sözleşmesi olacaktır. Ancak, mülkiyetin geçişinin dayanağı uygulamada nadiren de karşılıklı, bağışlama, trampa ve hatta ölünceye kadar bakma sözleşmesi de olabilecektir¹.

İngilizce terminolojide “acquisition” ve “takeover” kavramlarıyla ve Almanca terminolojide de “Übernahme” kavramıyla ifade olunan devralma kavramını çalışmamız bakımından ele alırsak, bir sermaye şirketinin devralınmasıyla

¹ **Sevi**, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. Bası, Ankara 2014, s. 40; **Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 180; **von Steiger**, Fritz (Çev. Tahir Çağa), İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 158.

kastedilen, satış konusu olan sermaye şirketinin kontrolüne imkan sağlayacak şekilde paylarının satış sözleşmesiyle iktisabıdır².

§ 2. TEŞEBBÜS SATIŞI

I. Kavramsal Olarak Teşebbüs

Çalışmamız konusuyla ilgili Alman ve İsviçre literatürü incelendiğinde “Unternehmenskauf” kavramıyla karşılaşılmaktadır. Her ne kadar “Unternehmen” kavramı Türkçemizde “teşebbüs” kavramına karşılık gelmekle birlikte, bu kavram Türkçe literatürde yaygın olarak “işletme” veya “ticari işletme” olarak çevrilmektedir. Bundan dolayı da “Unternehmenskauf” kavramı “işletme satışı - devri” olarak çevrilebilmektedir³.

Gerek teşebbüs ile işletme kavramlarının sınırlarının çizilmesindeki zorluklar bulunması gerek ise TTK ve ETKK’da “ticari işletme” merkezi bir kavram olarak yer alması nedenleriyle, “Unternehmen” kavramı Türkçeye çevrilirken “işletme” olarak çevrilmesi makul görülebilecektir. Ancak kanaatimizce bu yönde çeviri Alman ve İsviçre mevzuat hükümlerini ve literatüründe yer alan ilgili konuları anlamamızı zorlaştıracaktır. Zira Almanca’da işletmeye denk gelen kavram, “Betrieb” kavramıdır. Nitekim Almanca’da işletme iktisadı bilimi “Betriebswirtschaftslehre” kavramıyla ifade olunmaktadır. Esasen “Unternehmen” kavramının teşebbüsü ve “Betrieb” kavramının işletmeyi ifade ettiğinin tespiti için bu kelimelerin türetildiği “unternehmen” ve “betreiben” fiillerinin Türkçe karşılıklarına bakmak bile yeterli açıklık sağlamaktadır.

“İşletme” ile “teşebbüs” arasındaki farklılıklar ise, her iki kavram yönünden de yeknesak bir tanım bulunmadığından bakış açısına göre değişebilmektedir. İşletme iktisadı açısından “teşebbüs” ve “işletme” arasındaki ilişki bakış açısına göre eşit

² Aynı yönde bkz.; **Paslı**, Ali, Anonim Ortaklığın devralınması, İstanbul 2009, s. 81 vd.

³ Bkz.; **Arıcı**, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasif ile Devri, İstanbul 2008, s. 65; **Esin**, İsmail G./**Lokmanhekim**, S. Tunç, Uygulamada Birleşme ve devralmalar, İstanbul 2000, s. 30 vd.; Ayrıca “Unternehmenskauf” kavramı “ticari işletme” kavramı üzerinden de açıklanabilmektedir. Bkz.; **Ansay**, Can, Vertragspraxis des Unternehmenskaufs im deutsch-türkischen Rechtsvergleich (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Hamburg 2011, s. 48 vd.; Aynı yönde; **Esin**, İsmail Gökhan, Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf nach deutschem und türkischem Kaufrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Verkäuferpflichten, Frankfurt am Main 1997, s. 65.

konumlandırılabilirdi gibi, teŖebbüsün veya iŖletmenin bir üst kavram olarak algılandığı da söz konusu olabilmektedir⁴. Genel olarak iŖletme, üretim araçlarının sürekli kombinasyonu sayesinde mal ve hizmetlere ilişkin insani ihtiyaçların karşılanmasına yönelik organizasyon birliğidir⁵. TeŖebbüs ise, planlama ve karar alma mekanizmaları yardımıyla pazar ve sermaye riskini üstlenen ve hedef ve amaçları doğrultusunda bir veya birden fazla iŖletmeden istifade eden iktisadi olarak bağımsız organizasyon birliğidir⁶. TeŖebbüs, tacirin ticaret unvanı ve hukuki yapısı ile karakterize olmaktadır⁷. Bu açıdan *Bozer*, teŖebbüsün iŖletmenin çevreyle olan münasebetini, iŖletmenin ise müessesenin iç durumunu ifade ettiği tespitinde bulunmaktadır⁸.

İŖletme ile teŖebbüs arasındaki temel farklılıklar, aŖağıdaki gibidir;

- i. TeŖebbüs, birden fazla iŖletmeden teŖekkül edebileceği gibi, teknik anlamda bir iŖletme bulunmadan da (ör. holding Ŗirket) teŖekkül edebilir⁹.
- ii. TeŖebbüsün mekansal birlikteliği Ŗart değildir. Gerçi çoğu zaman teŖebbüsün merkez ve mekanı, iŖletme mekanıyla örtüşmektedir (ör. tek iŖletmeye sahip teŖebbüsler). Ancak, teŖebbüsün birden fazla iŖletmesinin bulunduğu hallerde, bu iŖletmelerin mekansal olarak birbirinden uzak yerlerde bulunması mümkündür. Buna mukabil iŖletmede her zaman mekansal birlik bulunmaktadır¹⁰.
- iii. Finansman ekonomisinde teŖebbüs ve iŖletme birbirinden ayrı değerlendirilmektedir. TeŖebbüsün finansal hesaplarında, iŖletmeye yabancı maddi varlık unsurları (ör. iŖtirakler ve kıymetli evraklar), iŖletmeye yabancı iŖlemler (ör. spekülatif iŖlemler) ve piyasa değişiklikleri (ör. fiyat artışları) neticesinde değer girişleri yer alabilmektedir¹¹.

TeŖebbüsü hukuki bir kavram olarak ele aldığımızda, Alman hukukunda farklı kanun ve düzenlemelerde yeknesak bir manada kullanılmamaktadır. TeŖebbüs,

⁴ **Maendle**, Eduard, *Betriebe als Teil der Volkswirtschaft*, Wiesbaden 1978, s. 8 vd.

⁵ <https://de.wikipedia.org/wiki/Betrieb>, (20.06.2015).

⁶ <https://de.wikipedia.org/wiki/Unternehmen>, (20.06.2015).

⁷ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/unternehmen.html>, (20.06.2015).

⁸ **Bozer**, Ali, *Ticari İŖletme Üzerinde Türk ve İŖviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme*, Batider 1962, C I, s. 370.

⁹ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/unternehmen.html>, (20.06.2015).

¹⁰ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/unternehmen.html>, (20.06.2015).

¹¹ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/unternehmen.html>, (20.06.2015).

Alman Ticaret Kanunun'da bir taraftan faaliyete yönelik kullanılabilirdiği gibi aynı zamanda bir birimi ifade etmek üzere de kullanılabilmektedir¹². Teşebbüs, bir birim olarak Alman ticaret hukuku açısından, müteşebbise pazarda yer almasını sağlayan ve işletme kabiliyeti olan ekonomik birliği ifade etmektedir¹³. Ekonomik birlik ile maddi ve maddi olmayan mal varlıklarının bütünlüğü kasdolunmaktadır¹⁴.

Teşebbüsün ekonomik faaliyetlerde üstlendiği bu rolüne rağmen, hak ehliyeti bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, hak ve borçların sahipliğine ilişkin suje teşebbüs değil, teşebbüs taşıyıcısı (Unternehmenstraeger) konumundaki onun sahibidir¹⁵. Teşebbüs, teşebbüs taşıyıcısı üzerinden hukuk düzeninin fonksiyon ilişkilerine entegre olmaktadır¹⁶.

Diğer taraftan 2007 yılına kadar yürürlükte olan Eski İsviçre Ticaret Sicil Yönetmeliği (Handelsregisterverordnung) m. 52 ve takip eden hükümler incelendiğinde, ETTK ile birlikte mevzuatımıza giren “ticari işletme” kavramının “Gewerbe” kavramından esinlenilerek getirildiği anlaşılmaktadır¹⁷. Eski İsviçre Ticaret Sicil Yönetmeliği 52/3'te “Gewerbe” kavramı, sürekli kazanç sağlamaya yönelik bağımsız olarak yürütülen iktisadi faaliyet olarak tanımlanmıştır. Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch) m. 1 de taciri, başına ticari ekini ekleyerek “Handelsgewerbe” kavramı üzerinden tarif etmektedir.

Bozer'e göre, Eski İsviçre Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 52/3'te teşebbüsün tanımı yapılmaktadır¹⁸. *Karayalçın* ise, “Gewerbe” kavramını “iktisadi işletme”

¹² **Kindler**, Peter, in: **Boujong**, Karlheinz/**Ebenroth**, Carsten Thomas/**Joost**, Detlev, HGB Handelsgesetzbuch Band I, München 2001, § 1 Rn. 13.

¹³ **Kindler**, in: **Boujong/Ebenroth /Joost**, § 1 Rn. 14; **Staub**, Hermann/ **Hüffer**, Uwe, Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, 4. Bası, Berlin 1988, Vor § 22 Rn. 6, **Karsten**, Schmidt, Handelsrecht, 4. Bası, Köln – Berlin 1999, s. 66.

¹⁴ **Kindler**, in: **Boujong/Ebenroth /Joost**, § 1 Rn. 14.

¹⁵ **Karsten**, s. 81.

¹⁶ **Jung**, Peter, Der Unternehmergegesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Tübingen 2002, s. 40; **Karsten**, s. 87; **Rittner**, Fritz, Die werdende Juristische Person. Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Tübingen 1973, s. 284.

¹⁷ Aynı yönde bkz.; **Bozer**, s. 369 vd.

¹⁸ **Bozer**, s. 369 vd.

olarak çevirmekle birlikte, aynı zamanda bu kavramın pek çok manasının bulunduğuna da işaret etmiştir¹⁹.

Kanaatimizce “Gewerbe” ve “Unternehmen” kavramları, teknik olarak farklı kavramlar olduğundan “Gewerbe” kavramı Türkçe’deki “teşebbüs” kavramıyla ifade olunamayacaktır. Eski İsviçre Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 53/C’de “Unternehmen” kavramına ayrıca yer verilmektedir. Yürürlükteki İsviçre Ticaret Sicil Yönetmeliğinde de “Gewerbe” ve “Unternehmen” kavramları birlikte yer almaktadır. “Gewerbe” ve “Unternehmen” kavramları Alman Hukukunda büyük ölçüde örtüşmekle birlikte, “Gewerbe” kavramının “Unternehmen” kavramının aksine sanatsal, bilimsel ve serbest meslek faaliyetlerini kapsamadığı belirtilmektedir²⁰. Diğer taraftan “Gewerbe” kavramının kanaatimizce “iktisadi işletme” olarak çevirisi de yerinde olmayacaktır. Bir taraftan “Gewerbe” kavramı bir birimi değil, bir mesleki faaliyeti ifade etmekte ve diğer taraftan ise bu kavram, başına “ticari” eki alarak “Handelsgewerbe” ve sonuna “işletme” eki alarak “Gewerbebetrieb” bileşik kelimelerini oluşturmaktadır. Sürekli ve kazanç sağlamaya yönelik bağımsız yürütülen bir mesleki faaliyeti tanımlayan “Gewerbe” kavramının, kanaatimizce Türkçe’de tam olarak karşılığı bulunmamaktadır.

Yukarıda yer alan açıklamalar doğrultusunda biz çalışmamızda, Alman ve İsviçre literatüründe geçen “Unternehmenskauf” kavramını ifade etmek üzere “teşebbüs satışı” kavramını tercih etmekteyiz. Alman ve İsviçre Hukukunda yukarıda anılan “Betrieb”, “Unternehmen” ve “Gewerbe” kavramları arasında teknik ayırım yapılmakta, bu kavramlar ayrı ayrı kullanılmakta ve hatta örneğin Alman Ticaret Kanunu m. 1’de olduğu gibi, hepsi birden tek bir kanun maddesinde yer alabilmektedir. Bu nedenlerle “Unternehmen” kavramının özüne uygun şekilde teşebbüs olarak çevrilmesi daha doğru bir çeviri olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, “teşebbüs” kavramı mevzuatımıza yabancı bir kavram niteliğinde değildir. 4054 sayılı Rekabet Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m. 3’te “teşebbüs” kavramının tanımı verilmekte ve Kanunun diğer

¹⁹ **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968 s. 157 ve orada dn. 6.

²⁰ **Schmidt**, Karsten, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Bası, München 2010, § 1 Rn. 20.

maddelerinde de “teşebbüs” kavramından yola çıkılarak rekabet sınırlamaları düzenlenmektedir. Aynı şekilde 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname m. 5, “teşebbüs” kavramı üzerinden markaları tanımlamaktadır²¹. Diğer taraftan TTK şirketler topluluğunu düzenleme altına alırken, TTK m. 198/1’de bildirim, tescil ve ilan yükümlülükleri yönünden “teşebbüs” kavramından hareket etmektedir²².

II. Teşebbüs Satışı Türleri

A. Varlıkların Satışı Suretiyle Teşebbüs Satışı

Hukukumuzda malvarlığı veya işletmenin devri (Asset Deal - Vermögenskauf) kavramıyla ifade olunan bu tür teşebbüs satışı ile, Alman Hukukunda teşebbüsün bütün olarak veya teşebbüse dahil maddi ve maddi olmayan unsurlardan (taşınır ve taşınmaz eşya, alacaklar, know – how, müşteri portföyü vb.) fonksiyonelliği bulunan belli bir miktarının satışı anlaşılmaktadır²³.

Belli mal varlığı unsurlarının satışı söz konusu hallerde, ortada bir teşebbüs satışı mı yoksa basit bir eşya satışı mı söz konusu olduğu gündeme gelebilecektir. Alman Federal Mahkemesi’ne göre (Bundesgerichtshof- BGH), teşebbüs satışının söz konusu olabilmesi için, sadece ekonomik değerler ferdi olarak değil, aynı zamanda eşyaların, hakların ve diğer mal varlığı değerlerinin devri gerçekleşmeli ve iktisap eden bu sayede teşebbüsü bu kapsamda devam ettirebilme konumuna

²¹ Gerek RKHK gerek ise 556 s. KHK.’da yer alan “teşebbüs” ifadeleri hukukumuzda bu mevzuatın hazırlanmasında Avrupa Birliği müktesabatınının örnek alınmasından kaynaklanmıştır. Zira bu konularla ilgili AB mevzuatında teşebbüsün İngilizce karşılığı olan “Enterprise” kelimesi geçmektedir.

²² TTK m. 198/1; “Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur”.

²³ http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/njw02_1042.htm, (26.06.2015).

gelebilmelidir. Somut bir olayda bu hususun mevcudiyetine, bütünsel ekonomik değerlendirme ışığında sözleşmenin yorumu ile karar verilecektir²⁴.

Bu nevi satışta mal varlığı değerleri bu zamana kadarki hak sahibinin mal varlığından ayrılmakta ve alıcıya devrolunmaktadır. Devir ile birlikte nihai sonuç teşebbüsün tüm aktif ve pasiflerinin devri şekline bürünse bile, burada hukuki olarak varlıkların satışı suretiyle teşebbüs satışı söz konusudur²⁵.

Çalışma konumuzu teşkil etmeyen malvarlığı veya bu türden teşebbüs satışı (işletmenin devri), TBK m. 202’de borçlu değişikliği yönünden ele alınmaktadır. TTK m. 11/3 de ise, ticari işletmelerin devri düzenlenmiştir²⁶.

B. Teşebbüs Paylarının Devri Suretiyle Teşebbüs Satışı

1. Teşebbüsün Mevcut Paylarının Satışı Suretiyle Teşebbüs Satışı

Hedef teşebbüsün karakterize olduğu hukuki yapısının bir ortaklık olduğu hallerde, teşebbüs satışı ayrıca ortaklığın paylarının satın alınarak (Share Deal – Anteilskauf) teşebbüsün kontrolünün ele geçirilmek suretiyle de gerçekleştirilmektedir. Çalışma konumuzu teşkil eden bu tür teşebbüs satışında, teşebbüsün aktif ve pasiflerinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmamakta ve teşebbüs hak sahipliği ortaklıkta kalmaya devam etmektedir. Ancak pay satışı suretiyle ortaklığın paydaşlık yapısındaki değişiklik, teşebbüsün kontrolünün satın

²⁴ BGH, 28.11.2001 T. - VIII ZR 37/01, <http://lexetius.com/2001,2007>, (26.06.2015); **Semler**, Franz Jörg, in; **Hölter**, Wolfgang (Edit.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Bası, Köln 2015, § 7 Rn. 7.6.

²⁵ **Pfeifer**, Eva Christina, Rücktritt wegen Schlechtleistung beim Unternehmenskauf, Frankfurt 2014, s. 12.

²⁶ Bu konuda bkz.; **Arıcı**, s. 25 vd.; **Akçaal**, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014, s. 51 vd.; **Durman**, Okay, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009, s. 57 vd.; **Acemoğlu**, Kevork, Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 44 vd.; **Erdem**, H. Ercüment, Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, YÜD Özel S. 8, C. I, s. 987 vd.; **Demir**, Koray, Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar, İÜHF C. LXXI, S. 2, s. 103 vd.; **Aydın**, Sema/**Kaplan**, Ali Hasan/**Şen K.**, Arzu, Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları, GÜHFD C. XVII, S. 1-2, s. 229 vd.

alana geçmesini temin etmekte ve dolaylı olarak bu şekilde de teşebbüs satışı gerçekleştirilmektedir²⁷.

Pay devri suretiyle teşebbüs satışı imkanı, ülkemizde yaygınlıkları da dikkate alındığında çalışma konumuzu teşkil eden limited ve anonim şirketler yönünden gündeme gelecektir. Bu noktada çalışma konumuzu teşkil etmeyen kolektif ve komandit şirketler ile adi ortaklıklar yönünden bu tür teşebbüs satışının mümkün olup olmadığına kısaca değinmek gerekmektedir. TTK, kollektif şirketlerde pay devrine imkan tanımamaktadır. Komandit şirketlerde, TTK m. 315 uyarınca sadece komanditer ortaklar yönünden bu imkan mevcuttur. Adi ortaklıklarda ise, payın devrine TBK m. 632 çerçevesinde imkan tanınmıştır.

Konuyla ilgili cevaplandırılması gereken ilk temel soru, bir pay devrinin para karşılığı gerçekleştiriliyor olması halinde, hangi hükümlere tabi olacağına ilişkindir. Türk doktrininde hakim olan görüş, pay devrinin para karşılığında gerçekleştiği hallerde satış sözleşmesi kurulduğu yönündedir²⁸. Kanaatimizce de ortaklık payı ister senede bağlanmış olsun ister olmasın, payın para karşılığı devrinde, TTK ve diğer mevzuattaki özel düzenlemeler haricinde taşınır satışı sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Taşınır satışı konusunu düzenleyen TBK m. 209/1’de yer alan “taşınmaz sayılanlar dışında kalan” ifadesi de pay satışının taşınır satışı kapsamında olacağı görüşüne cevaz vermektedir. Diğer taraftan bir ortaklık payında haklar ve yükümlülükler bir arada yer alarak bir bütün teşkil etmekte ise de malvarlığı kapsamında olan ortaklık payında mali haklar ön planda bulunmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bir payın değeri doğrudan o payın ortaklıktan elde edeceği/edebileceği mali haklarla örtüşen bir nitelik taşımamakta olup, paya bağlı

²⁷ **Semler**, in **Hölters**, § 7 Rn. 7.6; **Pfeifer**, s. 13; **Menge**, Petra, http://www.aarcon.net/Unternehmensberatung/Media/AssetDeal_ShareDeal_DSD_01-2010.pdf, (25.06.2015).

²⁸ **Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Bası, İstanbul 1990, s. 102.; **Öz**, M. Turgut, Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İHFM C. 52 S. 1-4 1986-1987, Ord. Prof. Sulhi Dönmezer’e Armağan, s. 368.; **Sevi**, s. 40; **Arslanlı**, s. 180; **von Steiger**, Fritz (Çev. Tahir Çağa), s. 158. *Yavuz/Acar/Özen*, burada taşınır satışına ilişkin hükümlerin uygun düştüğü oranda uygulanması gerektiği görüşündedirler. **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Bası, İstanbul 2014, s. 46; Buna mukabil *Demirkapı* aksi görüşte olup, *Demirkapı*’ya göre, paya bağlı haklar yönünden alacağın temliki, yükümlülükler yönünden ise, borcun nakli hükümleri öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Bkz.; **Demirkapı**, Ertan, Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s. 131 vd.

mali bir hak, şirketin varlığını sürdürdüğü dönemde sürekli zarar etmesi nedeniyle belki de hiçbir zaman alacak hakkına dönüşmeyecektir.

Bu aşamada pay devri suretiyle teşebbüs satışı yönünden cevaplandırılması gereken diğer soru, acaba hangi oranda pay satışı hallerinde teşebbüsün kontrolünün el değiştirdiği ve dolayısı ile teşebbüs satışının gerçekleştiğinin kabul olunacağına ilişkindir. Bu konuda verilecek cevap, şu açıdan uygulamada önem arz etmektedir. Teşebbüs satışı düzeyine varmayan pay satışında, satış sözleşmesinde bu yönde aksine bir düzenleme bulunmadığı hallerde, satıcının sadece pay hakkının varlığını ve kapsamını tekeffül ettiği var sayılacak ve teşebbüs veya onun unsurlarında var olan ayıplardan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²⁹. Ayrıca belirtelim ki teşebbüsteki bir ayıp, aynı zamanda zorunlu olarak satılan payların ayıplı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle hususi bir anlaşma olmadığı müddetçe satıcı teşebbüsün niteliğindeki ayıplardan salt payları değil aynı zamanda teşebbüsü de sattığı hallerde sorumludur³⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi, tüm payların satışı halinde dahi satış objesinin teşebbüs olmadığı ve pay satışında teşebbüsteki ayıplardan dolayı yasal sorumluluğun doğmayacağı görüşündedir³¹. Mahkemeye göre, yasal maldaki ayıplardan sorumluluk, şirketin malvarlığı değerleriyle ilişkili olmayıp, tüm payların satışı söz konusu olsa bile salt olarak paya bağlı olan hakların varlığı ve kapsamına yöneliktir. Federal Mahkemenin bu görüşü, İsviçre öğretisinin büyük çoğunluğunca eleştirilmektedir³².

²⁹ **Verny**, Arsene, Die Praxis des Unternehmensverkaufs in der Tschechischen Republik, 13/99, s. 2, https://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut_fit/publikationen/discussion_papers/1999/99-13-Verny.pdf, (25.03.2016).

³⁰ **Beisel**, Wilhelm/**Klumpp**, Hans Hermann, Der Unternehmenskauf, 7. Bası, München 2016, § 16 Rn. 22.; **Pfeiler**, s. 13 vd.

³¹ BGE, 31.03.1953 T. - 79 II 155, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2079155.pdf>; BGE, 10.11.1981 T. - 107 II 419, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F107-II-419%3Ade, (25.01.2016); BGE, 14.01.2013 T. - 4A_321/2012. http://www.servat.unibe.ch/verfassungsrecht/bger/130114_4A_321-2012.html, (25.01.2016).

³² **Schenker**, Urs, in: **Kunz**, Peter v./**Arter**, Oliver/**Florian**, S. Jörg (Edit.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, s. 81; **Böckli**, Peter, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in; **Tschäni**, Rudolf (Edit.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, s. 62 vd.; **Watter**, Rolf/**Wieser**, Charlotte, Gedanken zur Minderwert- und

Alman Federal Mahkemesi ise, öteden beri istikrar kazanmış kararlarında payların tamamının veya tamamına yakın satışının söz konusu olduğu hallerde teşebbüs satışı bulunduğunu ve teşebbüsteki ayıplardan dolayı sorumluluğu kabul etmektedir³³.

Alman Federal Mahkemesi, oransal sınır yönünden bir limited şirkette % 60'lık pay satışını teşebbüs satışı olarak değerlendirmemiş ve bu husustaki sınırı ana sözleşmeyi değiştirmeye yeten % 75 oranında (3/4) pay satışı olarak belirlemiştir³⁴. Federal Mahkemeye göre, ana sözleşme değişikliğine imkan sağlayan pay devralınmadığı sürece, teşebbüsün yönetimi açısından önemli bir yetki teşkil eden, yeni ekonomik koşullara uyumu amacıyla teşebbüsün konusunu değiştirilebilirliği yetisi mevcut değildir. Salt olarak yönetme ve tasarrufta bulunma imkanı sağlayan bir pay iktisabı, bu açıdan teşebbüs satışının varlığının kabulü için yeterli değildir.

Alman öğretisinde bir kısım yazarların görüşü, pay alımının paydaşlık yönünden basit çoğunluğu sağlıyor olması halinde de bu alımı teşebbüs satışı olarak kabulü yönündedir³⁵.

Anonim ortaklığın devralınması yönünden konuyu ele alan *Pasli*, kural olarak % 51'lik payın devri ile hedef ortaklığın kontrolünün değiştiği ve bu halde dolayısı ile anonim ortaklığın devrinin söz konusu olacağı görüşündedir³⁶.

Esin/Lokmanhekim, işletmenin ekonomik geleceğini belirleme yetkisi veren sınırın hangi orandaki hissenin devrinde aşılacağına cevaplandırılmasının zor olduğuna işaret etmektedir³⁷.

Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen, in; Liber amicorum für Rudolf Tschäni, M & A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Zürich – St. Gallen 2010, s. 153.

³³ BGH, 16.10.1968 T. - I ZR 81/66, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1968-10-16/I-ZR-81_66, (25.01.2016); BGH, 08.01.1975 T. - VIII ZR 124/73, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1975-01-08/VIII-ZR-124_73, (25.01.2016); BGH, 27.02. 1970 T. - I ZR 103/68, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1970-02-27/I-ZR-103_68, (25.01.2016).

³⁴ BGH, 02.06.1980 T. - VIII ZR 64/79, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1980-06-02/VIII-ZR-64_79, (25.01.2016).

³⁵ **Beisel/Klumpp**, § 16 Rn. 24.; **Holzappel**, Hans Joachim/**Pöllath**, Reinhard, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Bası, Köln 2008, Rn. 775; **Schröcker**, Stefan, Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform, ZGR 2005, s. 68.

³⁶ **Pasli**, s. 85 vd..

³⁷ **Esin/Lokmanhekim**, s. 31.

Akduman'a göre ise, kontrolünün sağlandığının kabulünde birleşme ve devralmalara ilişkin Rekabet Kurulu tebliği³⁸ nazara alınmalıdır. Buna göre de, kontrolün sağlandığının kabulü için, belirleyici etki uygulanması, farklı araçların kullanılması ve süreklilik gerekmektedir³⁹.

Rekabet Kurulu'dan izin alınması gereken birleşme ve devralmaları düzenleyen RKHK m. 7'deki düzenlemenin⁴⁰ koşullarının açıklanması ve iznin usul ve esaslarını belirtmek amacıyla çıkarılmış olan 2010/4 sayılı Tebliğ m. 5'de hangi nitelikte işlemlerin RKHK m. 7 kapsamında birleşme ve devralma sayılacağı ortaya konmuştur⁴¹. Gerçekten burada farklı araçlarla gerçekleştirilebilecek olan teşebbüs üzerindeki belirleyici etkinin sürekli nitelikte olması da aranmaktadır. RKHK m. 7/1'de "*kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları*" ve 2010/4 sayılı Tebliğ m. 5/2'de "*bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler*" ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde, rekabetin korunması mevzuatı açısından, paydaşlıkta salt

³⁸ Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4). Tebliğ 01.01.2011 tarihinde girmiş olup, aynı konuyu düzenleyen 1997/1 sayılı Tebliğ, bu Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁹ **Akduman**, Ebru, Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devirleri, İstanbul 2010, s. 46.

⁴⁰ RKHK m. Madde 7; "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır*".

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.

⁴¹ 2010/4 sayılı Tebliğ madde 5; "*(1) Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde; a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır. (2) Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir. (3) Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir. (4) Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir*".

çoğunluğun elde edildiği (kural olarak % 51) hallerde de, teşebbüs üzerindeki kontrolün el değiştirdiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır⁴².

Kanaatimizce teşebbüs satışı yönünden bir teşebbüsün kontrolünün el değiştirmesine, onun salt olağan işlerinin yürütülmesine ilişkin yetkinin elde edilmesi ile ulaşılamamaktadır (kural olarak % 51'lik pay oranı). Payları satın alanın aynı zamanda, teşebbüsün ekonomik geleceğini belirleme yetkisine de kavuşması gerekir. Teşebbüsün ekonomik geleceğini belirleyebilme, bir taraftan kendi görüşleri doğrultusunda teşebbüsün geleceğini kurgulayabilmeyi diğer taraftan ise ileride oluşan yeni ekonomik koşullara teşebbüsün uyumunu sağlayabilmeyi ihtiva eder. Bir pay satışında bunun gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için de teşebbüsün konusunu değiştirmeye imkan kılan oranda ana sözleşmeyi değiştirme yetkisine kavuşmuş olması gerekir⁴³.

Teşebbüsün ana sözleşmedeki konusunu değiştirme yetkisini sağlamayan bir pay alımında, alan kişi olağan işlerin yönetimine ilişkin çoğunluğu elde etmiş olsa bile (kural olarak % 51), bu ona teşebbüsün ekonomik geleceğini belirleyebilme kabiliyetini layığıyla temin etmemektedir. Teşebbüsün konusunu değiştirme müktedirliğinin elde edilemediği hallerde, teşebbüs kontrolünün tam anlamıyla elde edildiğinden de henüz söz edilemeyecektir. Bu açıdan yukarıda zikredilen Alman Federal Mahkemesi görüşüne katılmaktayız. Oransal olarak bu yetkinin elde edilmesi hukukumuzda, limited ve anonin şirketler yönünden farklılık arz etmektedir. TTK m. 589/1 uyarınca aksine bir düzenleme ana sözleşmede bulunmadığı müddetçe, bu oran limited şirketlerde esas sermayenin % 66,7'si (üçte ikisi) olarak tezahür etmektedir. Anonim şirketlerde ise, TTK 421/3 uyarınca bu yetkiye ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı müddetçe, sermayenin % 75'ini oluşturan payla ulaşılabilmektedir.

Diğer taraftan teşebbüs satışının tayini bakımından, şirket ana sözleşmesinde oyda imtiyazlı pay belirlenip belirlenmediği de önem arz etmektedir. Limited şirketlerde TTK m. 618/2 ve anonim şirketlerde ise, TTK m. 479 çerçevesinde

⁴² Rekabet hukuku yönünden izne tabi devralmalarla ilgili olarak bkz.; Üçüncü Bölüm § 6.

⁴³ Aynı yönde; **Pfeifer**, s. 14; İsviçre Hukuku yönünden *Böckli* de kanunun aradığı genel kurul kararlarının 2/3 çoğunlukla alınabildiği halleri nazara alarak, teşebbüs satışının gerçekleştiğinin kabulü için % 66,7'lik oranda pay devrinin gerçekleşmiş olması gerektiği görüşündedir. Bkz.; **Böckli**, in; **Tschäni**, s. 64.

oluşturulabilen oyda imtiyazlı payların, hisse satışı yapılan teşebbüsün ana sözleşmesinde mevcut olması halinde, teşebbüsün kontrolünün el değiştirip değiştirmediyinin tayininde, imtiyazlı payların da nazara alınması gerekecektir.

Konuyu Rekabet Kurulu iznine tabi devralma ve birleşmeler açısından ele alan RKHK m. 7 ve 2010/4 sayılı Tebliğ m. 5'in⁴⁴ diğer hallerle birlikte yönetimde kalıcı salt çoğunluğun sağlanmasını da teşebbüsün kontrolünün el değiştirdiyinin kabulü bakımından yeterli görüyor olması, kanaatimizce diğer alanlar yönünden de ölçü alınabilecek nitelikte değildir. Zira rekabet mevzuatındaki düzenlemelerde piyasalardaki rekabetin korunması esas alınmaktadır ve bu da pek tabiki bir teşebbüste salt çoğunluğun sağlanmasıyla da oluşabilecektir.

Sonuç olarak kanaatimizce; ana sözleşmede aksine bir düzenleme ve oyda imtiyazlı paylar bulunmadığı müddetçe, Türk hukuku yönünden hisse satışı yoluyla teşebbüs satışının gerçekleştiğinin kabulü için, limited şirketlerde en az esas sermayenin % 66,7'sini (üçte ikisi) ve anonim şirketlerde sermayenin % 75'ini karşılayan oranda payın iktisabının edinilmiş olması gerekir. Teşebbüs satışının gerçekleştiğinin kabul olunduğu hallerde, hisse satışını yapan kişi/kişilerin ayrıca bildirmemiş olsalar bile, sadece pay hakkının varlığını ve kapsamını değil, aynı zamanda teşebbüs veya onun unsurlarında var olan ayıpları da (ör. mali tabloların gerçeği yansıtmaması) tekeffül etmiş oldukları var sayılacaktır⁴⁵.

Ayrıca değinmek gerekir ki bu nevi pay satışında çoğunlukla blok satış söz konusu olmaktadır. Ancak teşebbüsün kontrolünü sağlamayan oranda paya sahip bir ortak, bilahare diğer ortak/ortaklardan küçük oranda payları satın alarak teşebbüsü devralabilecektir⁴⁶. Teşebbüs satışı, nadiren de olsa aleni pay alım teklifi yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu halde, halka açık bir anonim ortaklığın kontrolünü elde etmek isteyen kişi, pay sahiplerine açık bir çağrı yaparak payları satın alma teklifinde bulunmaktadır⁴⁷.

⁴⁴ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ); bkz. 07.10.2010 tarihli ve 27722 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁵ Teşebbüs satışında satıcının ayıplardan sorumluluğu için bkz.; Üçüncü Bölüm § 8.

⁴⁶ **Pasalı**, s. 223.

⁴⁷ Bu konuda bkz.; **Pasalı**, s. 216 vd..

Teşebbüs satın alması, sadece özel hukuka tabi teşebbüsler yönünden gerçekleşmemektedir. Kamu teşebbüsleri de özelleştirme kapsamında açık arttırma suretiyle, teşebbüs satışına konu olabilmektedir. Bu nevi teşebbüs satın almaları ilgili özelleştirme mevzuatı ve ihale şartnamelerine tabi olduğundan, diğer tür teşebbüs satın almalarına nazaran çok daha karmaşık bir yapıya sahiptir.

2. Sermaye Artırımı Suretiyle Teşebbüs Satışı

Teşebbüs satışı, şirketin sermayesinin artırılarak yeni payların iktisabı suretiyle de gerçekleştirilebilmektedir. Bu halde de teşebbüs satışından söz edilebilmesi için, teşebbüsün kontrolünü sağlayacak oranda yeni payların iktisabı gerekmektedir⁴⁸.

Arttırılacak sermayeyi taahhüt eden gerçek veya tüzel kişinin şirkete katılımı, devren iktisapla değil yeni payların aslen iktisabı ile gerçekleşmektedir⁴⁹.

Bu tür teşebbüs satış yönteminde başta “hisse taahhüdü sözleşmesi” akdolanmaktadır. Sözleşmeyle hedef şirketin mevcut ortakları şirkette sermaye artırımını yapmayı, artırım neticesinde oluşacak yeni payların alıcıya tahsisini ve rüçhan hakkının şirket genel kurul kararıyla kaldırılacağını taahhüt etmektedirler. Alıcı ise, arttırılacak olan sermaye miktarını taahhüt etmektedir. Uygulamada, hisse taahhüdü sözleşmesine hedef şirketin de taraf olduğu görülebilmektedir⁵⁰.

Çalışma konumuzu teşkil etmeyen sermaye artırımını suretiyle teşebbüs satışına ilişkin hisse taahhüdü sözleşmesi, özellikle mevcut ortakların taahhütleri bakımından ileride inceleyeceğimiz devre yönelik pay satış sözleşmesi ile büyük ölçüde örtüşmektedir.

⁴⁸ Aynı yönde bkz.; **Weigl**, Gerald, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, s. 3; http://www.notare.bayern.de/fileadmin/files/notarhomepages/Weigl_Grob/unternehmenskauf.pdf, (15.07.2015).

⁴⁹ **Sevi**, s. 37.

⁵⁰ *Esin/Lokmanhekim* tarafından da bu hususa işaret olunmaktadır; **Esin/Lokmanhekim**, s. 59.

§3. SERMAYE ŞİRKETLERİNDE PAY VE PAY SAHİPLİĞİ

I. Anonim Şirkette Pay ve Payın Devri

A. Pay Kavramı ve Türleri

1. Genel Olarak

Anonim şirkette sermaye belirli ve paylara bölünmüştür (TTK m. 329). Paylar ortak sayısı ile sınırlı değildir. Bir ortağın birden fazla paya sahip olabileceği gibi, bir payın birden fazla sahibi de bulunabilir⁵¹. Ortaklı payı şirketin kuruluşunda veya sermaye artırımında şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ile aslen iktisap yolu ile oluşur. Keza, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından çıkarılan pay senetlerinin satın alınması halinde de bu paylar aslen iktisap yolu ile oluşur⁵². Oluşan payları sonradan hukuk işlemler yolu edinen kişiler de devren iktisap yolu ile şirkette pay sahibi sıfatını kazanır⁵³. Kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerine bağlanması paya bağlı haklarda ve borçlarda herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Ancak şayet bir pay senedine bağlanmış olursa tedavül yani dolaşım kabiliyeti de artar. Senede bağlanmamış paylar da her türlü hukuki işleme konu olabilir, devredilebilir, rehne veya hacze konu olabilir. Her pay bağımsız olup sahibine pay sahipliği hakları bahsettiği gibi borçlar da yükler⁵⁴. Bu nedenle pay sahibinin anonim şirketteki hak ve borçları sahip olduğu paya orantılı olarak belirlenir. Bununla birlikte payın sağladığı haklar bir bütün olup bölünemez. Bazı pay sahipliği haklarının şirkete karşı kullanılmasında, bir paya sahip olmak yeterlidir. Bundan ötürü genel kurula katılma, konuşma, iptal davası açma gibi haklarda etki aynıdır. Ancak anonim şirketlerde sermaye kadar söz sahibi olma ilkesi gereğince, pay sahibinin oy, kar payı, rüçhan hakkı, tasfiye sonucuna katılma, hazırlık dönemi faizi gibi mali ve idari haklarda sahip olunan payların tutarı göz önüne alınır.

⁵¹ **Kayıhan**, Şaban, Şirketler Hukuku, Ankara 2015, s. 201; Bkz. **Çeker**, Mustafa, Ticaret Hukuku, 8. Bası, Adana 2014, s. 369.

⁵² **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, s. 1260.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, s.1261 vd..

⁵⁴ **Kayıhan**, (Şirketler) s. 201; **Çeker**, s.369.

Şirket esas sözleşmesinde, şirketin sermayesi ile her payın itibari (nominal) değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları (TTK m. 339/2, c), pay senetlerinin nama veya hamile yazılı olacakları, belirli paylara tanınan imtiyaz ve pay sınırlamaları (TTK. m. 339/2 d), pay sahiplerin taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarı (TTK. m. 339/2 j) yazılmak zorundadır

Her payın bir itibari (nominal) değerinin olması zorunludur. İtibari değer, payın sahibine sağladığı hakların hesaplanıp kullanılmasında önemli bir işlev icra eder. Bu itibarla, TTK itibari değeri olmayan payı kabul etmemiştir. TTK m. 476'ya göre, her payın itibarî değeri *en az bir kuruş olup*, bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Anılan itibarî değerın Bakanlar Kurulu tarafından yüz katına kadar artırılabilceği kabul edilmiştir. Maddi yönden zora giren şirketin finansal durumunun iyileştirilmesi amacıyla payın itibarî değeri bir kuruştan fazla olduğu takdirde bir kuruşa kadar indirilebilir. Genel kurul, sermaye tutarı aynı kalmak şartıyla, esas sözleşmeyi değiştirerek, payları, asgarî itibarî değer hükmüne uyarak, itibarî değerleri daha küçük olan paylara bölmek veya payları itibarî değerleri daha yüksek olan paylar hâlinde birleştirmek yetkisini haizdir. Şu kadar ki, payların birleştirilebilmesi için her paysahibinin bu işleme onay vermesi gerekir (TTK m. 477/2).

Payın şirkete karşı bölünmesi kabul edilmemiştir. Bir payın birden fazla sahibi bulunduğu takdirde, bunlar şirkete karşı haklarını ancak ortak bir temsilci vasıtasıyla kullanabilirler⁵⁵. Böyle bir temsilci atamadıkları takdirde, şirketçe söz konusu payın maliklerinden birine yapılacak tebligatın tümü hakkında geçerli olacağı öngörülmüştür (TTK m. 477/1).

⁵⁵ **Kayhan**, (Şirketler), s. 202.

2. Pay Türleri

a. Adi Pay – İmtiyazlı Pay

Kural olarak aynı itibari değere sahip olmak kaydıyla her pay sahibine birbirine göre eşit haklar sağlar. Anılan payların sahipleri, pay sahipliği haklarından eşit olarak faydalanırlar. Bu nedenle sözü edilen bu paylara adi pay adı verilir⁵⁶.

Öte yandan ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz (ayırcaşık) tanınabilir. İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir paysahipliği hakkıdır (TTK m. 478). İmtiyaz kişiye değil paya tanınabilir. Bunun tek istisnası TTK m. 360 ile öngörülen ve belli kişilere tanınabilen yönetim kurulunda temsil edilme hakkındaki imtiyazdır (TTK m. 478/3). Düzenlemedeki “üstün bir hak” ifadesi, imtiyazlı payların adi faylara göre daha fazla pay sahipliği hakları sağladığını belirtmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının bütün paylara sağlanması, onları imtiyazlı pay haline getirecektir. Şu halde bu gibi ayrıcalıklı paylara imtiyazlı paylar adı verilmektedir.

b. Bedelli Pay – Bedelsiz (Gratis) Pay

Esas sermaye artırımlarında, artırılan sermaye kar, yedek akçeler veya yeniden değerlendirme fonu gibi şirket içi kaynaklardan karşılanıyor ise, artırılan kısım karşılığı çıkarılan paylar için ortakların herhangi bir bedel ödemesi gündeme gelmez. Sadece mevcut ortaklara bu şekilde verilen paylara bedelsiz (gratis) paylar adı verilir.

Bununla birlikte, dış kaynaklardan sermaye artırımını yoluna gidiliyorsa, çıkarılacak yeni paylardan almak isteyen mevcut ortakların –mevcut ortakların rüçhan hakkı vardır- ve üçüncü kişilerin, aldıkları payların bedellerini şirkete tediye etmeleri gerekir. İşte bu sınıf paylar da bedelli pay olarak adlandırılır⁵⁷.

⁵⁶ Kayıhan, (Şirketler), s. 203.

⁵⁷ Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 485.

B. Anonim Şirketlerde Payın Devri

1. Genel Olarak

Anonim şirketlerde pay/paylar iki türlü edinebilir. Bunlar aslen iktisap ve devren iktisap olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen bu edinim genel haklar bakımından da ilke olarak bu şekildedir. Payın aslen iktisabı, kuruluşta veya esas sermaye artırımında payın taahhüt edilmesi veya kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim ortaklıklarda şirket yönetim kurulu tarafından çıkarılmış pay senetlerinin satın alınması hallerinde gerçekleşir. Belirtmek gerekir ki payın aslen iktisabı bakımından kuruluş aşamasında anonim şirketin ticaret siciline tescili önem arz eder⁵⁸. Devren iktisap ise anonim şirket kuruluş ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazandıktan sonra çıplak payın veya pay senedinin şirkette mevcut pay sahibinden devir kuralları çerçevesinde iktisap edilmesine denir.

2. Senede Bağlanmamış (Çıplak Payın) Devren İktisabı

Kural olarak anonim şirketlerde pay (=hisse) pay senedine bağlanmış olsun veya olmasın serbestçe devredilebilir. Bir diğer deyimle, bir anonim ortaklığın çıplak paylarını kuruluş ya da sermaye artırımında bu payları bizzat taahhüt ederek veya sonradan devren iktisap yolu ile elinde bulunduran kişiler dahi, bu payları daha ilerideki bir zamanda dilediği herhangi bir gerçek ya da tüzel kişiye üçüncü kişiye özgürce devredebilir⁵⁹.

Diğer ticaret şirketlerinde payın devri zorlaştırılmışken⁶⁰, anonim şirketlerde küçük yatırımcıların kolay katılımı ve elindeki pay kıymetini kolaylıkla paraya çevirme imkânına sahip olabilmesi için payın devri kolaylaştırılmıştır⁶¹. Payın senede bağlanmamış olması kural olarak pay sahibinin devir hakkına ve bu arada

⁵⁸ Bkz. **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000, s. 418.

⁵⁹ **Bilgili/Demirkapı**, s. 472 vd.; **Teoman, Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Kitap 10, Hukuki Mütalaalar, 2000 – 2002, İstanbul 2003, s. 102; **Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2012, s. 213.

⁶⁰ Örneğin, 6102 Sayılı TTK tıpkı eski 6762 Sayılı TTK'da olduğu gibi yine bir sermaye şirketi olan limited şirketlerde payın devri sözleşmesinin geçerliliğini açık olarak noter onayına bağlamıştır (TTK. m.595). Oysa anonim şirketlerde çıplak payın devri için kanun payın devri sözleşmesinin geçerliliğini noter onayına bağlamamıştır.

⁶¹ **Bilgili/Demirkapı**, s. 473.

diğer haklarına ilişkin bir sınırlama getirmez⁶². 6102 sayılı TTK, 6762 sayılı TTK gibi, senede bağlanmamış yani çıplak anonim şirket payının devrine ilişkin açık bir hükme yer vermemiştir. Elbette buna dayanarak çıplak payın devredilemeyeceği gibi bir sonuca hiçbir şekilde varılamaz⁶³. Yukarıda da zikrettiğimiz gibi, esasen senede bağlanmamış olsun veya olmasın pay devredilebilir. Ticaret hukukuna hâkim öğreti ve uygulamaya göre payın serbestçe devrine ilişkin hak müktesep haktır⁶⁴. Esas sözleşmede (şirket anasözleşmesinde) payın devrini güçleştirici hükümler (bağlam hükümleri) öngörülebilir. Ancak esas sözleşmede bu kabilden bağlam hükümleri yok ise her paydaş payının devri hususunda müktesep hakka sahiptir ve payını dilediği kişiye, dilediği bedelle devir hakkına sahip olur⁶⁵.

Senede bağlanmamış payların devrinin şeklinde ise 6098 Sayılı TBK.'daki alacağın temliki (devri) hükümleri ile 6102 Sayılı TTK'daki nama yazılı paylara ilişkin hükümler uygulanır. Buna göre senede bağlanmamış çıplak payın devri sözleşmesi, alacağın temliki hükümlerine göre adi yazılı şekilde yapılmalıdır (bkz. TBK m.183). Şu halde yazılı olarak yapılan ve tasarrufi niteliği olan alacağın temliki işlemi ile çıplak pay devredilir⁶⁶. İşlemin en azında yazılı olarak yapılması zorunludur, aksi takdirde çıplak payın devri gerçekleşmez. Ancak işlemin notere tasdik ettirilmesi geçerliliği yönünden hiçbir şekilde zorunluluk arz etmez. Ayrıca payın devrinin gerçekleşmesi hususunda hiçbir şekilde yasa tarafından yönetim kurulunun onayı aranmamıştır.

Bu işlem payı devredenle devir alan arasında geçerli olarak hüküm ifade eden nispi bir işlem niteliğinde olup, devrin şirket tüzel kişiliğine karşı geçerli olabilmesi (genel kurula katılma, kâr payı alma vb. mali ve yönetsel ortaklık hakları) için şirketin pay defterine de işlenmesi gerekir⁶⁷.

⁶² Bahtiyar, s. 213; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 419.

⁶³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 419.

⁶⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 425.

⁶⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 425.

⁶⁶ Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir. Örnek: Y. 11. HD. 07.03.1994 T., 4752/1775 Sayılı Kararı.

⁶⁷ Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.425 ve s. 608; Y. 11. HD. 15.11.1990 T., 1989/6746 E., 1990/7294 Sayılı Kararı.

3. Nama Yazılı Pay Senetlerinin İktisabı

Nama yazılı pay senetleri kıymetli evrak niteliğindedir ve kural olarak (şirket anasözleşmesinde başkaca bir hüküm yoksa) pay senetleri nama yazılıdır. Payların bir kısmı nama bir kısmı hamiline de olabilir. Ancak emre yazılı pay senedi ihracına kanunen izin verilmemiştir. Yani anonim şirketler emre yazılı pay senetleri ihraç edemezler (bkz. TTK. m. 484/1).

Nama yazılı pay senetlerinin devrine ilişkin olarak TTK m. 490 “Nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde ilke” yan başlığı ile şu düzenlemeyi öngörmektedir:

“(1) Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler.

(2) Hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilir”.

Ticaret hukuku öğretisi ve Yargıtay uygulamalarına göre nama yazılı pay senetleri, şayet şirket esas sözleşmesinde pay senetlerinin devri hususunda özel bir düzenleme yoksa, hem ciro + senet zilyetliğinin nakli ile hem de temlikname ve senet zilyetliğinin devir alana geçirilmesi ile hukuken gerçekleşmiş olur (TTK m. 490/2). Başka bir anlatımla, ciro yerine TBK m.183 vd. hükümlerine paralel ayrı bir temlikname ve senedin teslim ile (zilyetliğin nakli) de nama yazılı hisse senedi devredilebilir, buna bir engel olmadığı kabul edilmektedir ve bizim görüşümüz de bu yöndedir, zira yasa koyucu anonim şirket paylarının senetli veya senetsiz kolay devredilebilmesi ilkesini benimsemiştir⁶⁸.

Pay senedinin teslimi, daha uygun bir ifade ile zilyetliğin devralana geçirilmesi hukuken çok önemlidir. Yoksa mülkiyet devralana geçmez. Nitekim TTK'nın 645. maddesi hükmüne göre pay senedinin içerdiği hak senede bağlı olup, senetsiz devir ve ileri sürülemez. Belirtmek gerekir ki, buradaki teslim hususu dahi öğretilerde geniş yorumlanmaktadır. Yani buradaki teslim, fiilen teslim anlamında değil, zilyetliğin geçirilmesi anlamındadır. Başka bir anlatımla teslimsiz iktisap, zilyetliğin havalesi,

⁶⁸ Arslanlı, s.181; Teoman, s.104.

hükmen teslim gibi hukuki kurumlar burada geçerlidir. Yargıtay bir kararında bankada rehinli bulunan ve temlikname ile devredilmekte olan nama yazılı pay senetlerinin Türk Medeni Kanunu'na (TMK m. 979) uygun olarak teslimsiz, yani zilyetliğin fiilen geçirilmeksizin devrinin geçerli olduğunu kabul etmiştir .

Ticaret Hukuku öğretisi nama yazılı pay senetlerinin alacağın temlik ve senedin zilyetliğinin nakli ile devredilebileceğini kabul ettiği gibi, Yargıtay da hem 22.11.1978 Tarihli HGK kararı ile (1977/11-992/1978 sayılı kararı) hem de 11. Hukuk dairesinin 4.12.1981 günlü içtihadı ile (E.K.4965/5248 Sayılı Karar) bu durumu kabul etmiştir.

Yarg. 11. HD, temlikin yalnızca nama yazılı pay senedinin arkasına yapılmasını değil, aynı zamanda, ayrı bir belge ile gerçekleştirilmesini de mümkün görmektedir.

Nitekim Yargıtay aynen şöyle bir ifade kullanmaktadır:

“...Anonim şirketin nama yazılı hisse senetlerinin temlik yolu ile devredilip edilemeyeceğine gelince, 6762 Sayılı TTK'nın 416/2. maddesine göre (6102 Sayılı yeni TTK. m.490/2) bu nevi hisse senetleri ciro edilmiş olarak devralana teslim ile devredilirler, öğretilde çoğunlukta olan görüş TTK'nın 416/2. maddesinin nama yazılı hisse senetlerinin temlik hükümleri gereğince devrinin yanında ikinci bir yol olarak ciro yolu ile devredilebileceği imkânını getirdiğini, bu düzenlemenin asgari olarak temlik yolunu ortadan kaldırmadığını kabul etmektedir.

Esasen konuyu TTK'nın 559.maddesi ile birlikte mütalaa etmek gerekir. Kıymetli evrakın devri için ilk şart senet üzerindeki zilyetliğin devridir (TTK. m. 559/1), ancak emre muharrer senetlerde ayrıca ciro, nama yazılı senetlerde ise yazılı bir devir beyanına ihtiyaç vardır. Fakat nama yazılı senetlerin devri için gerekli olan bu beyan senet üzerine yazılabileceği gibi ayrı bir kayıt üzerine de yapılabilir(TTK. m.559/2). Nama yazılı hisse senedi de nama yazılı bir senet olmakla TTK'- nin 416/2 kanun koyucu yukarıda açıklanan genel kurala ters düşer şekilde nama yazılı hisse senetlerinin sadece ciro yolu ile devredilebileceğini kabul ettiğini ayrı bir belge ile ve temlik yolu ile devrinin olanaksız olduğunu benimsemek kanunun iki maddesi arasında uyumsuzluk ve çelişki yaratmak sonucunu doğurur ki, hukuk ve adalet bu görüşü desteklemez”. Şu halde nama yazılı pay senetlerinin

alacağın devri ve senet zilyetliğinin nakli ile gerçekleşebileceği açık ve net olarak kabul edilmektedir.

Öte yandan, bu yolla devrin (gerek ciro+teslim ve gerekse alacağın temlik beyanı + senedin teslimi) şirkete karşı hüküm ifade etmesi için, pay defterine kaydedilmesi de gerekmektedir. Şirket, kuruluş ve sermaye artırımları dışında, payların pay defterine kaydını kendiliğinden yapmaz. Söz konusu husus mutlaka ilgililerince ve özellikle de hisseleri devralan tarafından talep edilmelidir. Söz konusu talep şirket yönetim kurulu tarafından yerine getirilmezse devralan tarafından şirket aleyhine ifa davası açılmalıdır. Böyle bir davanın kabulüne ilişkin mahkeme ilamı, devrin pay defterine işlenmesine dair yönetim kurulu kararı yerine geçecektir⁶⁹. Şu halde pay defterine kayıttan önce esasen pay devir alanla devreden arasında gerçekleşmiş olmakta yani pay defterine yazım, kurucu değil bildirici etkiye etki doğurmaktadır. Ayrıca yine görüldüğü üzere nama yazılı senetlerin geçerli devri için de anonim şirket yönetim kurulunun onaylama şeklinde devreden ile devralan arasında yapılan devir işlemine katılmasının aranması söz konusu değildir.

4. Anonim Şirkette İlmühaberler ve Devirleri

Anonim şirketlerde pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır (TTK m. 486/2). İlmühaber, hisse senetleri çıkartılmadan önce bunların yerini tutmak üzere ortaklara verilen menkul kıymet niteliğinde geçici (ara) bir belgedir⁷⁰. İlmühaberler geçici olsa da, ilmühaberinin sağladığı ortaklık hakları süreklidir. İlmühaberler için yasada açıkça düzenlenmiş şekil şartları yoktur. Şirketin pay senetlerini çıkartması ile birlikte ilmühaber hükümsüz hale gelir. Şirketçe hisse senedi düzenlenip ortaklara teslim edildiği anda ilmühaberler, ortakların elinde kalsalar da, iptal şerhi verilmemiş olsa da geçerliliğini kaybederler ve iyi niyetli kişiler dahi korunmaz

⁶⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 613.

⁷⁰ Karahan, Sami/Ünal, Mücahit, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 707.

Pay senetlerinin yerini tutmak üzere çıkartılan nama yazılı ilmühaberler, nama yazılı hisse senetleri gibi devredilir (TTK m. 486/2, Ayrıca bkz. TTK m. 411/1). Öyleyse nama yazılı hisse senetleri ile ilgili açıklamalarımız burada da aynen geçerlidir. Buna göre temlikname veya ciro ile birlikte teslim ve pay defterine kayıtla devir gerçekleştirilebilir. TTK m. 411/2'ye göre, hamiline yazılı hisse senetleri yerine tanzim olunan nama yazılı ilmühaberler de ancak alacağın devri hakkındaki hükümlere göre devrolunabilir. Şu kadar ki; devir şirkete karşı ancak ihbar tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

5. Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin İktisabı

Devir kabiliyeti en kolay olan kıymetli evrak hamiline yazılı kıymetli evraktır. Gerçekten ilke olarak taşıyanı kim ise hak sahibinin de o olduğu kabul edilen hamiline yazılı senetlerin içerdiği hak sadece senedin teslimi (zilyetliğin nakli) ile devredenden devir alana geçer. Nitekim konuyu düzenleyen TTK m. 415 hükmüne göre, hamiline yazılı hisse senetlerinin devri şirket ve üçüncü şahıslar hakkında ancak teslim ile hüküm ifade eder.

II. Limited Şirketlerde Pay

A. Genel Olarak

Limited şirket; bir veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilen, esas sermayesi belirli olan ve bu belirli esas sermayesi esas sermaye paylarının toplamından oluşan, ortaklarının şirket borçlarından sorumlu olmadığı, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü oldukları bir sermaye şirketi olarak tanımlanmaktadır⁷¹. Tanımdan da anlaşıldığı üzere şirketin sermayesi esas sermaye paylarının toplamından oluşmaktadır. Esas sermaye payı tıpkı anonim ortaklıklarda olduğu gibi hukuki işlemlere konu olabilmektedir.

⁷¹ **Bahtiyar**, s. 317; **Bilgili/Demirkapı**, s. 617; **Kayhan**, (Şirketler), s. 240 vd..

B. Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Hukuki İşlemlere Konu Olması

1. Kural

Esas sermaye payının şirket tarafından iktisabına ilişkin TTK m. 612/2'deki istisnai hal saklı kalmak kaydıyla, esas sermaye payının devredilebilmesi ve miras yoluyla geçebilmesi için TTK m. 593 vd. düzenlenen şartlara riayet edilmesi gerekir.

Esas sermayeye ilişkin pay senetleri iki amaçla düzenlenebilir. Bunlardan bir tanesi ispat aracı şeklinde çıkarılan pay senetleridir ki, bu senetler aslında 6762 sayılı Kanun'dan farklı bir düzenleme getirmemektedir. Bir diğeri ise nama yazılı olarak çıkarılan pay senetleridir. Limited şirketler için çıkarılabilen nama yazılı pay senetlerinin 6102 sayılı TTK m. 593/2 gereğince kıymetli evrak niteliğine sahip olup olmadığı yönünde öğretide ciddi soru işaretleri bulunmaktadır.

a. Pay Senetleri

İster ispat aracı isterse nama yazılı olarak düzenlenmiş olsunlar, pay senetlerinde ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak biçimde düzenlenmiş olan rekabet yasağının ve şirket sözleşmesinde öngörölmüş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının açıkça belirtilmesi gerekir (TTK m. 593/2).

b. Pay Defteri

Şirket esas sermaye paylarının devirleri ve geçişlerinin limited şirket pay defterine kaydedilmesi gerekir. Bu sebeple limited şirkette esas sermaye paylarını içeren bir pay defterinin tutulması şarttır. Bu pay defterinde ortakların adları, adresleri, her ortağın sahibi olduğı esas sermaye payının sayısı, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişleri ve itibari değerleri, grupları ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları ile sahiplerinin adları ve adreslerinin yazılması gerekir. Pay defteri ortakların incelenmesine açıktır (TTK m. 594).

2. Esas Sermaye Payının Geçişi

a. Devir

Esas sermaye payının devrinin tabi olduğu hükümler TTK m. 595'te düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle yerine getirilmesi gereken şart, resmi yazılı şekil şartıdır. Nitekim devir ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması gerekir. Esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşmede ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmiş ise bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları, sözleşme cezasına ilişkin koşulların da varsa yer alması gerekir (TTK m. 595/1).

Devir sözleşmesinin geçerlilik şekil şartına riayet edilerek yapılmış olması devrin gerçekleşmesi için tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte ayrıca şirket sözleşmesinde aksi öngörülmediği müddetçe ortaklar genel kurulunun da devre onay vermesi gerekir (TTK m. 595/2). Şirketin ortaklar genel kurulu devir için onay vermekten herhangi bir gerekçe göstermeksizin kaçınılabilir (TTK m. 595/3).

Şirket esas sözleşmesinde esas sermaye payının devri yasaklanmamış olmalıdır. Aksi takdirde devir mümkün değildir. Esas sermaye payının devrinin yasaklanması veya yasaklanmamasına rağmen devir için onayın ortaklar genel kurulu tarafından reddedilmesi ihtimalleri, payını devretmek isteyen ortak açısından limited şirket ortaklığından çıkabilmesi için haklı bir sebep oluşturmaktadır (TTK m. 595/4-5).

Esas sermaye payının devri hususu genel kurulun onayına sunulduğunda, genel kurul bu işleme onay vermek istemiyorsa sessiz kalmaması gerekir. Zira onay için kendisine başvuru genel kurul üç ay içerisinde başvuruyu reddetmez ise, bir başka deyişle sessiz kalmış ise devir işlemine zımnen onay vermiş sayılır (TTK m. 595/7).

b. Esas Sermaye Payının Diğer Yollarla Geçişi

TTK m. 596'da esas sermaye payının diğer geçiş yolları olarak miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra ihtimalleri gösterilmiştir. Tüm bu ihtimallerde esas sermaye payının geçişinin tamam olabilmesi için devirden farklı olarak şirket genel

kurulunun onayı aranmaz. Ancak şirketin geçişin öğrenilmesinden itibaren üç ay içerisinde geçişi onaylamayı reddedebilmesi mümkündür. Üç ay içerisinde geçiş açıkça ve yazılı bir şekilde reddedilmez ise şirket devre zımnen onay vermiş kabul edilir. Buna karşın, red gerçekleşirse red kararı devrin tamam olduğu andan itibaren geçerli olacak şekilde geriye yürür. Ancak bunun tek istisnası yine Kanunda gösterilmiştir. O da ret kararının verildiği tarihe kadar alınan genel kurul kararlarının geçerliliğini muhafaza edecek olmasıdır.

3. Devir ve Geçişin Tescili

Esas sermaye paylarının devir de dâhil olmak üzere tüm geçiş hallerinin ticaret siciline tescil edilmesi gerekir (TTK m. 598/1). Zira tescil, üçüncü kişiler açısından devrin ve geçişin hüküm ifade edebilmesi için önemlidir. Nitekim TTK m. 598/3'te ticaret sicilindeki kayda güvenen iyiniyetli kişinin güveninin korunacağı genel kuralın aksine açıkça düzenlenmiştir. Tescil için talep, şirket müdürleri tarafından ve devir veya geçişin tamam olduğu andan itibaren otuz gün içerisinde yapılmalıdır (TTK m. 598/1). Müdürler tescil için talepte bulunmazlar ise limited şirketten ayrılan her ortağın terkin işleminin yapılması için talepte bulunma hakkı saklıdır. Ticaret sicil müdürü bu talep üzerine şirkete, ayrılan ortağın adının bildirilmesi için süre verir.

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN DEVRİNE YÖNELİK TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMESİ ÖNCESİ AŞAMA

§ 1. KONUYA GİRİŞ

Teşebbüsler karmaşık yapıya sahiptirler. Teşebbüs satışları bu nedenle çok özenli bir hazırlık ve müzakere safhasını gerektirmektedir. Sözleşme öncesi safhada, gerek sözleşmenin kurulması ve icrası gerek ise sözleşme müzakerelerin kesilmesi halinde muhtemel sorumluluğa ilişkin taleplerle ilgili olarak, hukuki açıdan önemli birçok ayrıntının dikkate alınması gerekir⁷².

Teşebbüslerin kontrolünü elinde tutan kişiler, farklı saiklere dayalı olarak teşebbüsteki paylarını (tamamı veya bir kısmını) devretmek suretiyle teşebbüsün kontrolünün başkalarına geçmesini sağlamaktadır. Asıl faaliyet alanına odaklanma, aile şirketlerinde dönüşüm zorunluluğu, bilanço yapısının iyileştirilmesi veya uzun sürede teşebbüsün başarısını temin etme gibi saikler, bu bağlamda devirde rol oynamaktadır.

Teşebbüsün kontrolünün el değiştirecek şekilde devrini sağlama yönünden, satıcının elinde kural olarak iki imkan vardır. Birincisi geleneksel yöntem, ikincisi de açık arttırma suretiyle satış yöntemidir. Satıcılar bu iki yöntemden birini seçerek devir planı oluşturmaktadırlar.

Geleneksel yöntemde devir, potansiyel alıcıyla irtibata geçme suretiyle başlamaktadır. Geleneksel yöntem, potansiyel satıcının karşısında tek potansiyel alıcının bulunması ile karakterize olmakta ve bu yöntemde potansiyel alıcıyla irtibat genelde doğrudan (ör. birbirini tanıyan yöneticiler) sağlanmaktadır. Bu yöntem hali hazırda da teşebbüs satın almalarında en yaygın olanıdır.

⁷² Picot, Gerhard, in: Picot, Gerhard (Edit.), Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Bası, München 2013, § 1 Rn. 18.

Geleneksel yöntemde devir, somut olay özellikleri bir kenara bırakılacak olursa, aşağıdaki aşamalardan geçmektedir;

- i. İlk irtibat sağlanmakta ve böylece ön görüşmeler başlamakta,
- ii. Taraflar, gizlilik sözleşmesi akdetmekte,
- iii. Taraflar, niyet mektubu teatti etmekte (gizlilik, bir kloz olarak burda da yer alabilmekte),
- iv. Taraflar münhasırlık sözleşmesi akdetmekte (münhasırlık, bir kloz olarak niyet mektubunun da bir parçası olabilmekte),
- v. Potansiyel alıcı hedef teşebbüste Due Diligence yaptırmakta,
- vi. Tipik haliyle potansiyel alıcı sözleşme taslağı sunmakta,
- vii. Sözleşme taslağı üzerinden müzakereler devam etmekte,
- viii. Teşebbüs satış sözleşmesi akdolunmakta,
- ix. Alıcı teşebbüs üzerinde kontrolü sağlamaktadır⁷³.

Daha ziyade büyük çaplı teşebbüs satışlarında karşılaşılan yöntemde ise, birden fazla potansiyel alıcı karşı karşıya gelmektedir. Bu yöntemde potansiyel satıcı, bu alanda uzmanlaşmış danışmanlık kuruluşlarıyla (M&A danışmanlık kuruluşu) veya yatırım bankalarıyla irtibata geçmekte ve devir işlemleri onlar üzerinden yürümektedir. Burada hedef teşebbüse dair bilgileri içeren katalog hazırlanmakta (Informationsmemorandum), potansiyel alıcılar gizlilik sözleşmesinden sonra kataloğu temin etmekte ve bunun üzerine geçici fiyat teklifi sunmaktadırlar. Niyet mektubu teattisi ve Due Diligence'tan sonra satıcı, hangi potansiyel alıcıların nihai alım teklifi raunduna (Final Round Bidding) katılacağına karar vermekte, final raunduna katılan potansiyel alıcılarla paralel olarak veya belli bir sırayla müzakereler yürütülmekte ve satış işlemi gerçekleştirilmektedir. Bu yöntemde birden fazla ve fakat sınırlı sayıda potansiyel alıcıdan fiyat teklifi alınması söz konusu olduğundan, yöntem, sınırlı açık arttırma yöntemi (Limited Auctions) olarak adlandırılmaktadır⁷⁴.

Teşebbüs satın almanın karakteristik özelliklerinden biri de alıcının çoğunlukla satın alma işlemini uzmanlıklarıyla destekleyecek olan dış danışmanlar

⁷³ Rödder, Thomas/Hötzel, Oliver/Mueller-Thuns, Thomas, Unternehmenskauf - Unternehmensverkauf, München 2003, § 2 Rn. 3.

⁷⁴ Bu yöntemle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Picot, in: Picot, § 1 Rn. 18 vd..

görevlendirmesidir. Bu görevlendirmenin arka planında satın alma işlemlerinin ve satış konusu teşebbüsün karmaşık bir yapıya sahip olması ve onun ayrıca değerlendirmesinin zorluğudur. Bu bağlamda satın alınacak teşebbüsün büyüklüğüne ve işlemin karmaşıklığına göre, satın alma işlemine mali danışmanlar, yatırım bankası, teknik uzman (ör. çevre uzmanı) ve hukukçular devreye girmektedir. Devralma işleminde görev yapan hukukçuların bu konuda uzmanlığı ile birlikte, alanları dışında da bilgi donanımına sahip olmaları gerekir. Zira teşebbüs satın alma sözleşmesinin hazırlanmasında işletme iktisadıyla bağlantılı konular ile sosyal ve teknik faktörlerin makul şekilde nazara alınması gerekmektedir⁷⁵. Devralma işleminin dışarıdan katılacak kişilerle birlikte potansiyel alıcının çalışanlarının dahil olduğu takım çalışması şeklinde yürütülmesi yerinde bir yaklaşımdır⁷⁶.

Alıcı açısından başarısızlık kabul edilebilecek bir devralmanın arkasındaki nedenler, stratejik hazırlıktaki eksiklikler, pazar potansiyelinin yanlış tahmini, sinerji etkisinin abartılı değerlendirilmiş olması, yüksek satış fiyatları ve ayrıca iktisap olunmuş teşebbüsün bir şirketler topluluğuna yetersiz entegrasyonu teşkil etmektedir. Bu nevi başarısızlıklardan kaçınabilmesi için potansiyel alıcının, hedef teşebbüsün önceden özenli bir şekilde analiz edilmesine ve hedef teşebbüse dair bilgilere mümkün olduğunca eksiksiz bir şekilde elde etmeye ihtiyacı bulunmaktadır⁷⁷.

§ 2. SÖZLEŞME ÖNCESİ YÜKÜMLÜLÜK İHLALI

I. Genel Olarak

En geç somut somut irtibatın kurulması ve sözleşme müzakerelerinin başlaması ile potansiyel alıcı ve satıcı arasında sözleşme öncesi borç ilişkisi

⁷⁵ Pfeifer, s. 21.

⁷⁶ Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, § 3 Rn. 8.

⁷⁷ Kerger, Kai, Das Spannungsverhältnis von Informations- und Geheimhaltungspflichten des Vorstands einer börsennotierten Aktiengesellschaft als Zielgesellschaft eines Unternehmenskaufs, Frankfurt 2014, s. 13; Reiche, Klaus, Instrumente zur Verminderung der Informationsasymmetrie beim Unternehmenskauf, DstR 2000, S. 2056.

doğmakta olup, bu da karşılıklı ilişkide ticari hayatta geçerli olan olağan özenin gösterilmesini gerektirmektedir⁷⁸.

Olağan özenin gösterilmesi, karşılıklı olarak gözetmeyi, itinalı davranmayı ve sadakatliliği gerektirmektedir⁷⁹. Bu özen yükümlülükleri, müzakerelerin ilerleyen safhalarında sözleşme kurulup kurulmadığından bağımsız olarak mevcuttur⁸⁰.

Türk Hukukunda henüz yasal düzenlemeye kavuşmamış olmakla birlikte uygulama ve öğretide kabul olunan culpa in contrahendo sorumluluğu, Alman Medeni Kanunu m. 241/II ile bağlantılı olarak m. 311/II'de açık düzenlemeye sahiptir.

Culpa in contrahendo sorumluluğu doğuran ihlal, aktif bir davranış neticesinde oluşabileceği gibi pasif davranışla da gerçekleşebilecektir.

II. Aktif Davranışla Sözleşme Öncesi Yükümlülük İhlali

A. Yanlış Bilgilendirme

Teşebbüs satışına ilişkin sözleşme öncesi borç ilişkileri pek tabii ki ifa ilintili yükümlülükler içermektedir (ör. potansiyel alıcının teklif olunan şeyin özellikleri veya elverişliliğiyle ilgili bilgisi). Ancak satıcının salt belli hususlarla ilgili susmuş veya eksik açıklamada bulunmuş olmasıyla da elbette çoğunlukla onun yükümlülük ihlali düzeyinde bir davranışta bulunduğu sonucuna da varılamayacaktır⁸¹.

Aktif davranışla yükümlülük ihlalinin temel şeklini satıcının bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmesi teşkil etmektedir, ki bu da özellikle satıcının alıcıya karşı doğru olmayan malumatlarda bulunmasıyla ortaya çıkmaktadır⁸².

⁷⁸ Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, § 3 Rn. 3.

⁷⁹ BGH, 08.06.1978 T., III ZR 48/76, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1978-06-08/III-ZR-48_76, (25.01.2016), Emmerich, Volker in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Cilt 2, 7. Bası, München 2016, § 311 Rn. 50; Picot, in: Picot, § 2 Rn. 37; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, § 3 Rn. 3.

⁸⁰ Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, § 3 Rn. 3.

⁸¹ Picot, in: Picot, § 2 Rn. 40.

⁸² Picot, in: Picot, § 2 Rn. 41.

Alman Federal Mahkemesi 04.04.2001 tarihli kararında konuyla ilgili şu açıklamaları yapmaktadır⁸³; “Bir teşebbüsün veya Limited şirketin paylarının satın alınmasında satış bedeliyle ilgili olarak kural olarak onun getiri değeri hususiyetle nazara alınacaktır. Satıcının da malumu olduğu üzere alıcı, mümkün olduğu nispette değeri oluşturan faktörlere ilişkin resmi, ilk etapta bilançolardan, ara dönem mali tablolarından, diğer tür muhasebe kayıt belgelerinden ve sahibi veya müdürden alacağı tamamlayıcı bilgilerle oluşturacaktır. Dışarıda olan birinin, onun muhtemelen sahip olduğu uzmanlığını da karşılamayan düzeyde satış objesini değerlendirmesinin zorlaştırılması ve özellikle her şeyden önce teşebbüsün hasılat ve kazancına ilişkin olmak üzere, onun kendisine aktarılan bilgilerin tamlığına ve doğruluğuna olan bağımlılığı ve de ayrıca alım kararının geniş kapsamlı ekonomik etkileri, satıcıya daha yüksek düzeyde açıklama yükümlülüğü getirilmesini ve burada uygulanacak özen ölçüsünün ağırlaştırılmasını haklı kılmaktadır. İktisap edenin kendini döndürebilen bir teşebbüse katılımı söz konusu olduğu hallerde, satıcının açıklama yükümlülüğü bilhassa bu kabiliyetini ciddi olarak tehlikeye sokan, yani özellikle tehdit eden veya zaten oluşmuş ödeme kabiliyetini yitirme veya borca batıklığa yayılacaktır”.

Alman Federal Mahkemesi’ne göre, satıcının talep ettiği satış bedeline dayanak teşkil eden kar-zarar hesabının doğru olmayan veriler içermesi halinde bunun sözleşme öncesi yükümlülük ihlali oluşturacağı sonucuna varmıştır. Zira bir satıcı, diğer tarafın sözleşme yapma kararını etkileyen konularda malumat vermiş ise, bunların doğru olması gerekir⁸⁴.

B. Hukuka Aykırı Davranış

Sözleşme öncesi güven ilişkisini ihlal eden davranış, örneğin potansiyel alıcının sözleşme müzakereleri fırsatıyla devreden uzmanlaşmış personelini ayartmasıyla da ortaya çıkabilecektir⁸⁵. Bu nevi bir davranış, TTK m. 54 vd. hükümleri uyarınca aynı zamanda haksız rekabet te teşkil edebilecektir.

⁸³ BGH, 04.04.2001, VIII ZR 32/00, <http://lexetius.com/2001,631>, (25.01.2016).

⁸⁴ BGH, 04.06.2003 T., VIII ZR 91/02, <http://lexetius.com/2003,1470>, (25.01.2016).

⁸⁵ Picot, in: Picot, § 2 Rn. 44.

Diğer taraftan halka açık anonim şirketlerin devralınması yönünden, içeriden bilgi alınarak bilgi suiistimali (Insider Trading) bulunduğu hallerde, aynı zamanda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 106'nın ihlali söz konusu olacaktır.

C. Sözleşme Aktetme Niyeti Bulunduğu Hususunda Yanıltma

Sözleşme öncesi özen yükümlülüklerini ihlal eden davranış, karşı tarafta ileride sözleşme yapılacağı hususunda kusurlu olarak özel bir güven uyandırılması veya bu hususun açık veya örtülü bir şekilde kesinlik arz ettiğinin ortaya konmasına rağmen, aslında sözleşme yapma niyetinin bulunmaması veya bu hususta yeterli ölçüde kesinlik bulunmaması hallerinde de söz konusu olabilmektedir⁸⁶.

Bu bağlamda başlangıçta var olan sözleşme yapma niyetinin, müzakerelerin devamında buharlaşmış olmasına rağmen, halen karşı tarafa kesin sözleşme yapma niyeti bulunulduğu yönünde tavır takınılarak onun yanıltılması da aynı niteliktedir⁸⁷.

Sözleşme yapılacağı hususunda karşı taraftaki güven kusura dayalı oluşturulmamış olsa bile, bu güvenin isnadı kabil bir davranışla sarsılması durumunda da ihlal söz konusu olacaktır⁸⁸.

D. Sözleşme Görüşmelerinin Sonlandırılması

Kural olarak taraflar akit serbestisi ilkesi sonucu, borç doğuran sözleşmeler akdetme veya akdetmeme konusunda serbestiye sahiptirler. Bu konuda diğer tarafın sözleşme yapılacağı beklentisiyle bazı masraflar yapmış olması da herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir⁸⁹.

⁸⁶ BGH, 14.07.1967 T., V ZR 120/64, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1967-07-14/V-ZR-120_64, (25.01.2016); **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 45.

⁸⁷ BGH, 15.01.2001 T., II ZR 127/99, <http://lexetius.com/2001,110>, (25.01.2016).

⁸⁸ **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 45.

⁸⁹ **Emmerich**, in: Münchener Kommentar, § 311 Rn. 178; **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 46.

Ancak, ilerlemiş müzakerelerin haklı bir neden olmaksızın sebepsiz bir şekilde⁹⁰ veya amaca yabancı mülahazalar ya da bahane sebeplerle kesilmesi hallerinde farklı bir sonuca ulaşılabilecektir⁹¹.

Yükümlülük ihlali, özellikle taraflardan birinin diğerine sözleşmenin ileride yapılacağı hususunda önemli ve ileri düzeyde güven vermiş olmasına rağmen müzakerelere haklı bir neden olmaksızın son vermesinde kabul edilebilecektir⁹².

Sözleşmenin yapılacağına dair nitelikli güven olgusunun oluşumu için, müzakereleri sonlandıran tarafın basit uzlaşmadan öte sözleşmenin kuruluşunu açık veya örtülü olarak temin etmiş olması gerekli olmakla birlikte, en azından onun akdetme kararlığını açık bir şekilde ortaya koymuş olması gerekir⁹³.

Ancak, sözleşmeyle ilgili tüm önemli hususlarda uzlaşmaya varılmakla birlikte, taraflardan birinin buna rağmen sözleşme yapmaya yanaşmamış olması halinde, salt bu durumdan hareketle nitelikli güven olgusunun oluştuğu sonucuna varılamayacaktır⁹⁴.

III. Pasif Davranışla Sözleşme Öncesi Yükümlülük İhlali

Alman Federal Mahkemesi ilke olarak, taraflardan birinin sözleşme öncesi veya yapılışı sırasında kendisine sorulmadan sözleşmeyle doğan rizikolarla ilgili bilgilendirme yükümlülüğü bulunmadığı görüşündedir. Daha ziyade herkes ilke olarak, muhtemel sözleşme tarafının sözleşmenin yapılmasında nazara aldığı kriterler konusunda kendisini bilgilendirdiğini, aynı şekilde sözleşme

⁹⁰ BGH, 22.02.1989 T., VIII ZR 4/88, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-02-22/VIII-ZR-4_88, (25.01.2016); **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 47.

⁹¹ **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 47.

⁹² BGH, 08.12.1989., V ZR 259/87, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-12-08/V-ZR-259_87, (25.01.2016); **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 48.

⁹³ BGH, 22.02.1989., VIII ZR 4/88, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-02-22/VIII-ZR-4_88, (25.01.2016).

⁹⁴ BGH, 22.02.1989., VIII ZR 4/88, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-02-22/VIII-ZR-4_88, (25.01.2016); **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 51.

yükümlülüklerinin niteliği ve kapsamı ile ilgili olarak kendi menfaatleri doğrultusunda netlik kazandırdığı varsayımıyla hareket edebilir⁹⁵.

Sözleşmenin müzakere aşamasında her iki taraf için de, karşı tarafın sözleşmenin kurulmasındaki amacını ortadan kaldıracı ve dolayısı ile kararını etkileyecek nitelikte önemli hususlarda açıklama yapılacağına ilişkin onda objektif olarak bir beklenti oluşuyor ise, açıklama yükümlülüğü vardır. Tarafların menfaatlerinin çakışıyor olması buna engel değildir⁹⁶.

Alman Federal Mahkemesi somut olayın özelliklerine göre, bir teşebbüs satış sözleşmesinde herhangi bir soru sorulmadan satıcının açıklama yükümlülüğü bulunduğuna aşağıdaki hallerde karar vermiştir;

- i. Önemli bir resmi ruhsatın bulunmaması⁹⁷,
- ii. Bir bilgisayar teşebbüsünün, sözleşmeden hemen önce istifalar nedeniyle olağan beklenen cirosunun % 40'ını yitirmiş olması⁹⁸,
- iii. Bir limited şirketin özellikle iflasının istenebileceği düzeyde ekonomik kriz halinde tüm yükümlülüklerin açıklanması gereği⁹⁹,
- iv. Hedef teşebbüsün geçmiş yıllarda zarar ettiğinin açıklanması gereği¹⁰⁰,

Due Diligence'in yürütülmesi ile satıcının açıklama yükümlülüğü ortadan kalkmamakta, sadece hafiflemektedir.

Alıcı, Due Diligence'ı yürütürken satıcıdan birçok veri ve belge almaktadır. Bunların doğruluğunun ve tam olmasının mesuliyeti kendisine ait olacaktır¹⁰¹. Diğer taraftan veri ve bilgilerin alıcının emrine sunulmasıyla satıcı kural olarak

⁹⁵ BGH, 24.03.2010., VIII ZR 122/08, <http://lexetius.com/2010,1129>, (25.01.2016); **Ettinger**, Jochen/**Jaques**, Henning, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, München 2012, Kap. C. Rn. 10.

⁹⁶ Bkz.; BGH, 16.10.1987., V ZR 170/86, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1987-10-16/V-ZR-170_86, (25.01.2016).

⁹⁷ BGH, 08.12.1989., V ZR 259/87, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-12-08/V-ZR-259_87, (25.01.2016).

⁹⁸ BGH, 06.12.1995., VIII ZR 192/94, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1995-12-06/VIII-ZR-192_94, (25.01.2016).

⁹⁹ BGH, 04.03.1998., VIII ZR 378/96, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1998-03-04/VIII-ZR-378_96, (25.01.2016).

¹⁰⁰ BGH, 28.11.2001, VIII ZR 37/01, <http://lexetius.com/2001,2007>, (25.01.2016).

¹⁰¹ **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 147.

ibraz yükümlülüğünü (Offenbarungspflicht) yerine getirmiş olmaktadır. Yoksa bu illa da açıklama yükümlülüğünün (Aufklärungspflicht) de yerine getirildiği anlamını taşımamaktadır¹⁰².

Ancak satıcının, alıcı açısından her önemli nokta hususunda da taraflar arasındaki menfaat çatışması göz önünde bulundurulduğunda sınırsız açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁰³. Yine kolayca fark edilebilir aşıkâr ayıplar yönünden, açıklama yükümlülüğü ihlali söz konusu olmayacaktır¹⁰⁴.

V. Türk Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu

Türk hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğu¹⁰⁵, diğer bir ifade ile sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışa dayalı sorumluluk, açık ve genel bir hükümle düzenleme altına alınmamıştır. Bununla birlikte, çeşitli kanun hükümlerinde, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışa dayalı sorumluluk esası tayin edilmiştir. Bu kapsamda, başlıca sorumluluk örnekleri olarak: vesayet altındaki kişinin, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış olması nedeniyle uğranılan zarardan sorumluluk (TMK m. 452/2); kusurlu yanılanın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararları gidermekle yükümlü olması (TBK m. 35); aldatma veya korkutma altında irade beyanında bulunan tarafın uğradığı zararın tazmini (TBK m. 39/2); yetki belgesini temsilciden geri almayan temsil olunanın sorumluluğu (TBK m. 44/2) ve yetkisiz temsilcinin,

¹⁰² Göthel, Stephan R., in; Göthel, Stephan R. (Edit.), Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Bası, Köln 2015, § 2 Rn. 85.

¹⁰³ BGH, 12.11.1969, I ZR 93/67, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1969-11-12/I-ZR-93_67, (25.01.2016).

¹⁰⁴ BGH, 12.11.2010, V ZR 181/09, <http://lexetius.com/2010,5052> (25.01.2016).

¹⁰⁵ Culpa İn Contrahendo sorumluluğu için bkz.; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 113 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 10. Bası, İstanbul, 2012, s. 408.; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. 16. Bası, Ankara 2014, s. 1128; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Konya: 2010, s. 121.; **Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I. İstanbul , 2012, s. 132.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, s. 78.; **İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2014, s. 826.; **Serozan**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 3, İstanbul 2002, s. 211.; **Demircioğlu**, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 43.; **Nomer**, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2011, s. 269.; **Gezder**, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s. 10 vd..

hukuki işlemin geçersiz olmasından doğan zararı tazmin yükümlülüğü (TBK m. 47) gösterilebilir¹⁰⁶.

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin henüz kurulmadığı dönemde, sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zararları tazmin yükümlülüğünü ifade eder¹⁰⁷. Bu çerçevede, sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için öncelikle tarafların sözleşme görüşmelerine başlamış olmaları aranır¹⁰⁸. Sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulmuş olur. TMK m. 2 hükmüne dayanan söz konusu güven ilişkisi, sözleşme görüşmesine başlayan tarafları, davranış yükümlülüklerine uygun davranışta bulunmasını gerektirir¹⁰⁹. Ancak zarara uğrayan görüşen tarafın güveninin korunmaya değer olması aranır; diğer bir ifade ile zarar görenin sözleşmenin kurulmayacağını bilerek hareket etmesi ya da bilmesinin gerekmesi durumunda sorumluluk ortaya çıkmaz¹¹⁰. Görüşen taraflar birbirlerine karşı, koruma yükümlülüklerine uyulması ile kişilik ve malvarlığı değerlerinin korunması, görüşmelerin ciddi olarak yürütülmesi, sözleşmenin kapsam ve koşulları hakkında bilgi verme ve açıklamada bulunulmasına¹¹¹ ilişkin olarak için gerekli özenin

¹⁰⁶ **Eren**, s. 1133 vd.; **Antalya**, s. 135.; **Oğuzman/Öz**, s. 409.; **Demircioğlu**, s. 73.; **Gezder**, s. 148 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 81.; **Reisoğlu**, s. 339.; Söz konusu hükümler dışında, ayrıca tbk m. 3/2 ve 5 ile TBK m. 217/2, 229/2 ve 294 hükümleri de sözleşme görüşmeleri safhasındaki kusurlu davranış kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Gezder**, s. 144 vd.; **Eren**, s. 1133.; **Antalya**, s. 135.

¹⁰⁷ Doktrinde yapılmakta olan çeşitli tanımlar için bkz. **Eren**, s. 1128.; **Gezder**, s. 12 vd.; **Antalya**, s. 132.; **Kılıçoğlu**, s. 78 vd. Ayrıca Bkz. Yargıtay HGK, E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2012/13-1220, K. 2013/239, T. 13.2.2013, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁰⁸ **Antalya**, s. 133.; **Gezder**, s. 113.

¹⁰⁹ **Eren**, s. 1128 vd.; **Antalya**, s. 133 vd.; **Serozan**, s. 215.; **Nomer**, s. 269 vd.

¹¹⁰ **Antalya**, s. 133.; **Gezder**, s. 136.; **Demircioğlu**, s. 181 vd..

¹¹¹ Bu kapsamda yanlış bilgi vermeden dolayı sorumluluğa ilişkin olarak bkz. **Eren**, s. 1135.; **Kırca**, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 187 vd.; **Gezder**, s. 182 vd.; **Demircioğlu**, s. 223 vd.. "... Davalı otel binasını davacıya kiraya verdiği göre, binanın iskan raporunun alınmasını sağlamak gibi sözleşmenin, asli bu edimi ile yükümlü olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, kira sözleşmesi aktedilirken iskanın bulunmadığını davalı davacı kiracıya bildirmekle yükümlüdür. Çünkü taraflar sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru bilgi vermek zorundadırlar (sözleşmenin görüşülmesi sırasında kusurdan dolayı sorumluluk culpa in contrahendo). zira, yanlış görünümlü yaratmak en azından doğruluk ve güven kurallarına (mk. m. 2) aykırıdır. Bir binanın iskan raporunun bulunması asıldır.

Davacı, karşısındaki davalı kamu kuruluşunun kanun hükümlerine göre uygun şekilde hareket ettiğini kabul etmekte haklıdır. Bu nedenle iskan raporunun alınıp alınmadığını araştırma yönünden kiracıdan bir özen beklemek ve istemek mümkün değildir. özen beklenilmeyen hallerde ise kusurdan söz edilemez..." Yargıtay 13. HD, E. 1992/2492, K. 1992/4759, t. 21.5.1992, **Kazancı İçtihat Bankası**.

gösterilmesi ile yükümlüdürler¹¹². Böylece, söz konusu yükümlülüklerden birine aykırı davranışı neticesinde güven ilişkisini ihlal ederek zarar ortaya çıkmasına sebep olan görüşme tarafına sorumluluk yüklenir. Sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için sözleşmenin geçersiz olması, kurulması ya da kurulmaması da önem göstermez¹¹³. Yargıtay, sözleşme yapılacağına dair güven oluşturulmuş olması ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olduğu sonucuna ulaşmıştır¹¹⁴.

¹¹² **Gezder**, s. 155 vd.; **Antalya**, s. 133.; **İnan/Yücel**, s. 626.; **Ayan**, s. 121.; **Eren**, s. 1130.; **Oğuzman/Öz**, s. 408. "... Sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü, koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir...

... Sözleşme bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülükleri kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar..." Yargıtay HGK, E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2012/13-1220, K. 2013/239, T. 13.2.2013, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹¹³ **Eren**, s. 1128 vd.; **Antalya**, s. 133 vd.; **Gezder**, s. 111. "... Sözleşme kurulmuş veya kurulmamış ya da hükümsüz veya geçerli olmasından bağımsız olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun söz konusu olması bugünkü hakim düşünceye göre artık tartışmasızdır..." Yargıtay HGK, E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2012/13-1220, K. 2013/239, T. 13.2.2013, **Kazancı İçtihat Bankası**. Aynı Yönde Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2004/4912, K. 2004/11803, T. 30.11.2004, **Kazancı İçtihat Bankası**. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2003/176, K. 2003/5376, T. 30.4.2003, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹¹⁴ "... Taraflar arasındaki uyumsuzluk, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yapılan harcamalara ilişkin tazminat isteminden kaynaklanmaktadır...

... Davacının bayilik sözleşmesi yapılacağına dair kendisinde güven oluşturulmasından dolayı yaptığı harcamalar nedeni ile zarara uğrayıp uğramadığının araştırılarak, tüm deliller birlikte değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken..." Yargıtay 19. HD, E. 2005/2865, K. 2005/11959, T. 1.12.2005, **Kazancı İçtihat Bankası**. "... Davacı şirket ile davalı şirketin b grubu imzaya yetkilisi olan Turgay Taşkın arasında, davalı şirketin Konya'da "mudo bayiliği" tesis için görüşmeler yapıldığı, bu görüşmeler çerçevesinde davalı şirkete bir takım teminatların teslim edildiği ve 15.6.1999 tarihli "Mudo A.Ş Shop sözleşmesi" imzalandığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

... Davalıların akinde geçerli şekilde yapılacağına dair güven yaratmıştır. Doktrinde "culpa in contrahendo" olarak tanımlanan bu sorumluluk nedeniyle de davalılar davacıya verdikleri zarardan dolayı sorumlu olup davacı akde güvenerek yaptığı tadilat ve tefrişata ilişkin masraflarını davalılardan talep edebilir. Ancak, işyeri başka bir bayilik amacıyla kullanıldığı için kira bedeli, akit geçersiz olduğu için de kar mahrumiyeti talep edemez..." Yargıtay 19. HD,

Culpa in contrahendo sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmakla, kanunda tayin edilen hallerin dışında (TBK m. 47/1 vb.), zarar verenin kusurlu olması aranır¹¹⁵. Ayrıca söz konusu kusurlu davranış zarara sebep olmalı ve yükümlülüğe aykırı davranış ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹¹⁶. Vücut bütünlüğünün ya da bir malvarlığı değerinin zarara uğraması şeklinde mutlak bir hakkın ihlal edilmesi durumunda uğranılan tüm zararların tazmin edilmesi gerekir. Kanunda özel bir hüküm yer almaması (TBK m. 35/2 ve 47/2 vb.) ve sözleşmenin geçerli olarak kurulamamış olması halinde, olumsuz zararın tazmini söz konusu olur¹¹⁷.

Sözleşme görüşmelerine başlanılmış olması, görüşen tarafları sözleşme yapma zorunluluğu altına sokmaz; bu nedenle tarafların sözleşme görüşmelerini sonlandırması mümkündür ve böylece tarafların her biri, kendi yaptığı masraflara katlanır. Ancak taraflar, görüşmelerin ciddi yürütülmesi yükümlülüğü altındadır. Bu bakımdan, karşı tarafta sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir düşüncenin oluşturulmasının ardından, görüşmelerin esaslı bir sebep olmaksızın yarıda kesilmesi çelişkili davranış teşkil eder. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerin kesilmesi, yukarıda ifade edildiği üzere, dürüstlük kuralına dayalı olarak güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerle aykırı nitelik taşımakta ise bundan doğan zararların tazmininin talep edilmesi mümkündür¹¹⁸.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır¹¹⁹: Bu şekilde bir görüş¹²⁰, culpa in contrahendo sorumluluğunun, TBK m. 49 vd. hükümleri

E. 2004/8077, K. 2005/6842, T. 20.6.2005, **Kazancı İçtihat Bankası**. Aynı Yönde Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2004/4912, K. 2004/11803, T. 30.11.2004, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹¹⁵ **Gezder**, s. 130 vd.; **Antalya**, s. 135.; **Demircioğlu**, s. 249.; **Kılıçoğlu**, s. 82.; **Reisoğlu**, s. 339.

¹¹⁶ **Antalya**, s. 134 vd.; **Demircioğlu**, s. 254 vd.; **Gezder**, s. 116 vd..

¹¹⁷ **Oğuzman/Öz**, s. 411; **Tekinay**, S. Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 980.; **Gezder**, s. 192 vd.; **Nomer**, s. 270.; **Antalya**, s. 134.; **Demircioğlu**, s. 263 vd.. "... Taraflar arasında bayilik sözleşmesi imzalanarak bayilik ilişkisi kurulmamış olsa bile davacı sözleşmenin kurulacağına ilişkin uyandırılan güvene dayalı olarak yapmış olduğu (kar kaybı hariç) giderleri sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) ilkesine göre davalıdan isteyebileceğinden, mahkemenin davacının yaptığı giderlere ilişkin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru ise de..." Yargıtay HGK, E. 2012/19-184, K. 2012/385, T. 13.6.2012, **Kazancı İçtihat Bankası**. Aynı Yönde Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2004/8077, K. 2005/6842, T. 20.6.2005, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹¹⁸ **Gezder**, s. 165 vd.; **Antalya**, s. 134.; **Demircioğlu**, s. 194 vd.. Ayrıca bkz. **Eren**, s. 1130.; Yargıtay 19. HD, E. 2005/1932, K. 2005/4790, T. 28.4.2005, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹¹⁹ Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. **Demircioğlu**, s. 77 vd.; **Gezder**, s. 61 vd..

uyarınca bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir. Hakim görüşü¹²¹ ise sorumluluğun, karşılıklı güven ilişkisi gereği ortaya çıkan borç ilişkisinden hareketle TBK m. 112 vd. hükümleri uyarınca, sözleşmesel sorumluluk esasına dayanacağını benimsemektedir. Yargıtay da vermiş olduğu kararları ile sözleşme öncesi kusurlu davranış nedeniyle sorumluluğun borca aykırılık hükümlerine tabi olduğunu öngörmektedir¹²². Bunun sonucu olarak, sorumlu, kusursuzluğunu ispat etmekle yükümlü tutulur ve on yıllık zamanaşımı süresi (TBK m. 146) geçerli olur ve yardımcı kişinin sebep olduğu zararlara ilişkin olarak TBK m. 116 uygulama alanı bulur¹²³⁻¹²⁴.

¹²⁰ Kılıçoğlu, s. 83.

¹²¹ Oğuzman/Öz, s. 410 vd.; Eren, S. 1131; Serozan, s. 215; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, S. 979; Antalya, S. 135; İnan/Yücel, S. 627; Nomer, S. 270.

¹²² "... Taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır...

... Sözleşmenin görüşülmesine başlamakla taraflar arasında hukuksal bir ilişki, daha doğru bir deyimle bir güven ilişkisi meydana gelir. Bu güven ilişkisinden, medeni yasa, m. 2'deki dürüstlük kuralları uyarınca belli bir ölçüde karşı tarafın çıkarlarını gözetme, böylece bildirim, aydınlatma (boş yere güven vermeme, güveni boşa çıkarmama) gibi birtakım özen yükümleri doğar. Bu özen yükümleri, sözleşmeden doğan edim yükümünden farklı olarak, yasadan doğan davranış yükümü niteliğindedir. Bu davranış yükümlerine aykırılık da, sözleşmeden doğan borca aykırılığa benzer. Bundan dolayı, sözleşmenin görüşülmesi sırasındaki bu davranış yükümlerine aykırılığa da sözleşmeden doğan borca aykırılık kuralları örneksene yoluyla uygulanır..." Yargıtay HGK, E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2012/13-1220, K. 2013/239, T. 13.2.2013, **Kazancı İçtihat Bankası**. Aynı Yönde Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2010/2762, K. 2010/12361, T. 29.9.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹²³ Kocayusufpaşaoğlu, S. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, S. 979; Oğuzman/Öz, S. 411; Kayihan, S. 80; Ayan, S. 122. Yargıtay HGK, E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2012/13-1220, K. 2013/239, T. 13.2.2013, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹²⁴ Sözleşmenin geçerli olarak kurulması ve sözleşme öncesi kusurlu davranışın sözleşmeden doğan borcun ihlaline sebep olması halinde ise culpa in contrahendo sorumluluğuna değil; borca aykırılık ve ayıp hükümlerine başvurulacağı (ikincillik ilkesi) kabul edilir. Söz konusu görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 411; Nomer, s. 271.; Sözleşmesel sorumluluk ile culpa in contrahendo sorumluluğun yarışabileceği yönünde bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2005/1932, k. 2005/4790, t. 28.4.2005, **Kazancı İçtihat Bankası**.

§ 3. NİYET MEKTUBU (LETTER OF INTENT)

I. Genel Olarak

Niyet mektubu, sözleşme görüşme anlaşmaları içerisinde değerlendirilir¹²⁵. Bu şekilde, özellikle uzun süreli ve karmaşık mahiyetteki sözleşme görüşmeleri bakımından, o zamana kadar olan görüşmelerin durumuna ilişkin bilgi verilir ve böylece görüşmeler ile uzlaşılan ve uzlaşılmayan noktalar ile belirlenmesi gereken hususlar bakımından açıklık sağlanarak ulaşılan durum tayin edilir¹²⁶. Görüşmelerin sözleşme için esaslı saydığı birtakım hususlar ortaya konulur ve belirli şartlar altında sözleşmenin kurulmasına hazır olduğu bildirilir¹²⁷. Böylelikle hukuki işlemin hedeflenen yapısı, sözleşmenin esaslı noktaları, mali durumu gösteren bilgiler, bedel ve hesaplanması veya sözleşme şartları düzenlenerek karşı tarafa sunulur¹²⁸.

Bu çerçevede, taraflar, bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin niyetlerini ortaya koyar ve görüşmelerin ciddi bir şekilde yürütülmesini taahhüt ederler¹²⁹. Böylelikle sözleşme görüşmelerinde niyet mektubunun karşı tarafa sunulmasıyla yapılan görüşmeler net olarak ortaya konulmuş ve haklı bir sebep bulunmaksızın görüşmelerin bırakılmayacağına ilişkin olarak güven sağlanmış olur¹³⁰.

Niyet mektubu, gönderenin karşı tarafa kurulması planlanan hukuki yapının ana hatlarını ortaya koyan, genellikle yazılı ve kural olarak bağlayıcı nitelik taşımayan bir niyete ilişkin açıklamalardır¹³¹. Niyet mektubunun tipik bir amacı ve içeriği bulunmaz¹³². Ayrıca niyet mektubunun görüşmeleri sürdürülen sözleşmenin şekline bağlı olarak hazırlanması şart değildir¹³³.

¹²⁵ **Dinar**, s. 3; **Antalya**, s. 124; **Ayrancı**, s. 91.

¹²⁶ **Dinar**, s. 10 vd.; **Ayrancı**, s. 91.

¹²⁷ **Ayrancı**, s. 91.

¹²⁸ **Dinar**, s. 8, 12.

¹²⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 111.

¹³⁰ **Ayrancı**, s. 92.

¹³¹ **Antalya**, s. 124; **Dinar**, s. 5.

¹³² **Dinar**, s. 13; **Ayrancı**, s. 93.

¹³³ **Ayrancı**, s. 93.

Diğer taraftan, niyet mektubu, gönderen bakımından esas itibarıyla bağlayıcı nitelik taşımaz¹³⁴. Bu sebeple, sadece niyet mektubu ile sözleşmenin kurulmasından önce niyet mektubunun gönderilmesiyle bağlılık oluşmaz¹³⁵. Ancak niyet mektubunun, çeşitli görünümelerde varlık göstermesi mümkündür. Bu kapsamda, niyet mektubu, bir öneri ya da öneriye davet şeklinde ortaya çıkabilir¹³⁶ ya da tarafların birbirlerine gönderdikleri niyet mektupları ile bir ön sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşılabilir¹³⁷. Benzer şekilde, niyet mektubu, opsiyon sözleşmesi kurmaya yönelik öneri niteliği de taşıyabilir¹³⁸. Niyet mektubunun söz konusu niteliği itibarıyla değerlendirilmesi, onun bağlayıcılığı bakımından etki gösterir.

II. Teşebbüs Satışı Yönünden Niyet Mektupları

Teşebbüs satış sözleşmelerinde öngörüşmeler başarılı bir şekilde yürütüldü ve öngörüşmelerde elde edilen veriler, alıcının ilgisinin devam etmesini sağlıyor ve satıcı açısından da aynı kanaat oluştu ise, bu halde taraflar iradelerini niyet mektubuna (Letter of Intent-LOI) dercetmektedirler. Niyet mektubu ile bir taraftan devralmayla ilgili tarafların niyetinin ciddiyetinin altı çizilmekte, diğer taraftan ise pazarlık psikolojisi etkisi oluşmaktadır¹³⁹.

Teşebbüs satışlarında niyet mektubu sadece bir tarafın sunduğu açıklamanın diğer tarafça teyit edilmesi şeklinde değil, alıcı ve satıcının da alım satımı ile ilgili niyetlerini ortaya koyacak şekilde iki taraflı hazırlanabilmektedir¹⁴⁰.

Niyet mektubu, tipik olarak ilk görüşmeler yapıldıktan sonra en geç sözleşme koşullarının pazarlığının başlamasından önceki safhada oluşturulmaktadır¹⁴¹.

- i. Genel olarak niyet mektupları aşağıdaki düzenleme alanlarına sahiptir;
- ii. Potansiyel tarafların bilgileri,

¹³⁴ Antalya, s. 124; Kocayusufpaşaoğlu, s. 111; Dinar, s. 4; Ayrancı, s. 92.

¹³⁵ Ayrancı, s. 93.

¹³⁶ Antalya, s. 124; Ayrancı, s. 92; Kocayusufpaşaoğlu, s. 111.

¹³⁷ Ayrancı, s. 93; Dinar, s. 34 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 111 ; Antalya, s. 124.

¹³⁸ Antalya, s. 124; Dinar, s. 53 vd..

¹³⁹ Ettinger/Jaques, Kap. C Rn. 57.

¹⁴⁰ Beisel/Klumpp, § 1 Rn. 83; Ettinger/Jaques, Kap. C Rn. 58; Picot, in: Picot, s. § 2 Rn. 18.

¹⁴¹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 3 Rn. 13.

- iii. Hedef teşebbüsün bilgileri,
- iv. Henüz açık hususlarda uzlaşmaya varma ve Due Diligence sonuçları ihtirazi kaydıyla bir teşebbüs satış sözleşmesi akdetme niyeti,
- v. Niyetlenilen sözleşmenin temel esasları,
- vi. Due Diligence'in yürütülüşü ve usulü,
- vii. Satış sözleşmesinin geçerlilik koşulları (özellikle izin veya onaylar),
- viii. Personel ve İdari kadroyla ilgili düzenlemeler (ör., ayartma yasağı, görev sahası ve rekabet yasağı),
- ix. Alıcı için inhisarilik,
- x. Zaman planlaması,
- xi. Daha önceden ayırık olarak yapılmamış ise gizlilik anlaşması,
- xii. Masrafların dağılımı,
- xiii. Cezai şart (özellikle sözleşme görüşmelerinin kesilmesi halinde – Break-Fee-Clause),
- xiv. Niyet mektubunun bağlayıcılığı ile ilgili kurallar¹⁴².

Burada dikkat edilmesi gereken husus, her ne kadar başlıkta “Niyet Mektubu” yer alsa da taraflar sıklıkla çeşitli düzenleme alanlarını bağlayıcılığı olacak şekilde formüle etmektedirler. Bunlar özellikle;

- i. İnhisarilik,
- ii. Due Diligence kapsamında bilgilerin ulaştırılması,
- iii. Gizlilik ve ticari sırların korunması (daha önce bu yönde ayrı sözleşme yapılmadıysa),
- iv. Olası masraf dağılımının ilişkin kurallar,
- v. Yer veriliyorsa cezai şart¹⁴³.

Niyet mektubunda bağlayıcı kurallara yer verilmesi, her iki taraf için de bu andan itibaren finansal ve ticari risklerin önemli artış göstermesidir. Bir taraftan alıcı, Due Diligence'in hazırlanması ve yürütülmesi için, personel, zamansal ve

¹⁴² Ettinger/Jaques, Kap. C Rn. 59; Picot, in: Picot, s. § 2 Rn. 20.

¹⁴³ Ettinger/Jaques, Kap. C Rn. 60.

finansal kaynaklarını seferber etme durumunda kalmakta, diğer taraftan ise satıcı artık hassas hale gelecek olan bilgiler nedeniyle riski artış göstermektedir¹⁴⁴.

§ 4. MAHREMİYET VE GİZLİLİK

Teşebbüs satışının başlangıcında alımla ilgilenen potansiyel alıcı, kural olarak hedef teşebbüsün kamuya açık olmayan bilgilerinin de kendisine iletilmesini talep edecektir. Bilgi aktarımı yazılı veya elektronik (e-mail, CD, program girişi) dökümanların iletilmesi veya sözlü gösterimle de gerçekleşebilecektir¹⁴⁵. Yine devralma işleminin ilerleyen aşamasında kural olarak yaptırılacak olan Due Diligence sayesinde potansiyel alıcı, teşebbüsle ilgili çok daha derinlemesine bilgilere sahip olacaktır. Bu sayede elde edilen bilgiler sıklıkla teşebbüsün ticari sırlarını ve know-how'unu kapsayacaktır¹⁴⁶. Teşebbüsün ticari sırlarının ve know-how'unun korunmasında potansiyel satıcının haklı bir menfaati bulunmakta ve bu yönde endişesinin bulunması da haklılık arz etmektedir.

Diğer taraftan bir teşebbüsün devredilmesi niyetinin çok önceden ortaya çıkmasının da her iki taraf açısından olumsuz etkileri olabilmektedir. Devredenin müşterileri, tedarikçileri ve kredi verenlerinin teşebbüsün ekonomik durumuyla ilgili olumsuz sonuçlar çıkarabileceklerdir. Devralma niyetinde olanın rakipleri de devralmaya karşı pozisyon alabilecekler ve devralmanın etkilerini minimize etmeye yönelebileceklerdir. Bu nedenle bir teşebbüs satışı öngörüşme ve müzakere aşamasında yüksek boyutlarda karşılıklı güvenin esas olması gerekmektedir¹⁴⁷.

Yukarıda açıklanan nedenlerle gizlilik ve ticari sırların korunması devralma prosedüründe en başta alınması gereken önlemdir¹⁴⁸.

Taraflar gizliliğin temini ve ticari sırların korunması amacıyla, aralarında bağımsız sözleşme imzalayabilecekleri gibi, niyet mektubunda yer alan bir hükümle de gizliliği düzenleyebilmektedirler¹⁴⁹.

¹⁴⁴ **Ettinger/Jaques**, Kap. C Rn. 60.

¹⁴⁵ **Seibt**, H. Christoph, in: **Seibt**, H. Christoph (Edit.), Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, München 2011, s. 25.

¹⁴⁶ **Rödder/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 26.

¹⁴⁷ **Picot**, in: Picot, s. § 2 Rn. 89.

¹⁴⁸ **Bergau**, Torsten, in: **Bergau**, Torsten (Edit.), Praxishandbuch Unternehmenskauf, Berlin 2015, s. 308.

Gizliliği ve ticari sırların korunmasını teminen özel sözleşme yapılması halinde genel olarak aşağıdaki hükümlere yer verilmektedir;

- i. Gizlilik kapsamında olan bilgilerin somut olarak tanımlanması ve alıcı tarafında bu bilgilere ulaşabilecek kişilerin belirtilmesi,
- ii. Sağlanan bilgilerin kullanım kapsamı ve özellikle haksız rekabete yol açabilecek kullanımının engellenmesi,
- iii. Kopyaların, örneklerin ve çizimlerin hazırlanması ve tevdi, sözleşme görüşmelerinin sonlanması halinde bunların yok edilmesi veya silinmesi,
- iv. Satıcının bilgileri aktüel hale getirme zorunluluğunun bulunmaması,
- v. Hedef teşebbüsün ve ayrıca satıcının çalışanlarının ayartılmaması,
- vi. Hedef teşebbüsün müşterilerinin alıcı tarafça ayartılmaması,
- vii. Cezai şart, götürü tazminat,
- viii. Geçerlilik süresi,
- ix. Hedef teşebbüsün gizlilik sözleşmesi kapsamına alınması,
- x. Kabul beyanının varmasından feragat¹⁵⁰.

§ 5. MÜNHASIRLIK

Teşebbüs devralmalarında genellikle alım ve satış niyetinde olan taraflar belli bir zaman dilimi için birbirlerine inhisari pazarlık pozisyonu tanımaktadırlar. Bu sayede satış niyetlisi taraf, belli bir süre sadece alım niyetlisi taraf ile pazarlık yapmayı yükümlenmektedir¹⁵¹.

Münhasırlığın tanınması sıklıkla niyet mektubunun bir parçası olup, bu haliyle de tali nitelikte bir yükümlülük oluşturmaktadır¹⁵².

Münhasırlık, “Deal-Protection-Clause” olarak anılan kloz şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu halde duruma göre tazmini gereken, hedef teşebbüsün başkaca

¹⁴⁹ Akduman, s. 76.

¹⁵⁰ Seibt, in: Seibt, s. 19 vd.; Ettinger/Jaques, Kap. C Rn. 45.

¹⁵¹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 3 Rn. 22.

¹⁵² Beisel/Klumpp, § 2 Rn. 85.

devralma ilgisini aramama yükümlülüğü (No-Shop-Provision) veya başkaca ilgiliyle pazarlık yapmama yükümlülüğü (No-Talk-Provision) söz konusudur¹⁵³.

Münhasırlığın hukuki etkisi sınırlıdır. Teorik olarak ilk akla gelebilecek husus, satış niyetlisinin münhasırlık zaman dilimi içerisinde, başkaca alım niyetlileriyle de görüşmeler yapmasıdır. Ancak bu halde alım niyetlisinde uygun illiyet bağı çerçevesinde bir zarar oluşmuş olması nadiren temellendirilebilecektir. Bu nedenle alım niyetlisinin menfaatlerinin korunmasında daha ziyade cezai şart gündeme gelecektir¹⁵⁴.

§ 6. OPSİYON

Teşebbüs satışında opsiyon hakkının düzenlenmesiyle taraflardan birine tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin kurulmasını temin etme hakkı tanınmaktadır. Opsiyon hakkı teşebbüsün satışına ilişkin olabileceği gibi alımına ilişkin de olabilir¹⁵⁵.

Hukuki açıdan opsiyon hakkı geciktirici şart niteliğinde olup, irade açıklamasıyla geciktirici şarta bağlanmış bir sözleşme kesin hüküm ifade etmeye başlamaktadır¹⁵⁶. Ancak bunun için opsiyon sözleşmesinin, asıl sözleşmenin tüm unsurlarını belirli veya belirlenebilir bir şekilde ortaya koyması gerekir¹⁵⁷.

Teşebbüs satışında opsiyon hakkının belli bir süreyle sınırlı olarak potansiyel alıcıya tanındığı hallerde “Call Option”, belli bir süreyle sınırlı olarak satıcıya tanındığı haller ise “Put Option” kavramlarına yer verilmektedir.

Opsiyon sözleşmesi taraflar açısından bağlayıcı olduğu nazara alındığında, yüksek riskler taşımaktadır. Zira opsiyon hakkının kullanılmasıyla amaçlanan asıl sözleşmede değişiklik yapma imkanı bulunmadan, sözleşme kurulmaktadır¹⁵⁸.

¹⁵³ Picot, in: Picot, s. § 2 Rn. 21.

¹⁵⁴ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 3 Rn. 24.

¹⁵⁵ Picot, in: Picot, § 2 Rn. 96.

¹⁵⁶ Niewiarra, Manfred, Unternehmenskauf, 3. Bası, Berlin 2006, s.38.

¹⁵⁷ Niewiarra, s. 38; Opsiyon sözleşmesini niyet mektubu kapsamında değerlendiren *Dinar*, aynı yönde; *Dinar*, Cem, Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı, İstanbul 2008, s. 56.

¹⁵⁸ Niewiarra, s. 38.

Opsiyon sözleşmesi de sözleşmenin konusuna ve opsiyonun düzenlenişine bağlı olarak şekil şartlarına tabi olabilir¹⁵⁹.

Teşebbüs satışında opsiyon hakkı düzenlenmesi, daha ziyade alıcının önceden şirketin belli paylarını satın alarak ortak olduğu ve buna ilaveten paydaşlık payını arttırmak istediği hallerde ortaya çıkabilmektedir.

§ 7. ÖN SÖZLEŞME

Taraflar ön görüşme safhasında belli hususları kesinliğe kavuşturdular ise, kendilerini hukuken bağlayıcı ön sözleşme yapabilirler.

Ön sözleşme, gelecekte sözleşme yapma borcunu doğuran bir hukuki işlem olup; sözleşme yapma zorunluluğunun bir görünümünü oluşturur¹⁶⁰ ve asıl sözleşmenin yapılması bakımından bir hazırlık safhasıdır¹⁶¹. TBK m. 29/1 ile “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.*” hükmüne yer verilmiştir. Taraflardan biri ya da her ikisinin, aralarında veya bir başka kişiyle ileride borçlandırıcı bir sözleşmeyi (asıl sözleşmeyi) yapmak yükümlülüğü altına girmek üzere yapmış oldukları sözleşmeye ön sözleşme (sözleşme yapma vaadi) adı verilir¹⁶². Bu çerçevede, ön sözleşme bir borç sözleşmesi niteliği taşır¹⁶³ ve bununla ileride borçlandırıcı bir sözleşmenin kurulması borcu ortaya çıkar¹⁶⁴. Yapılan

¹⁵⁹ **Ettinger/Jaques**, Kap. C Rn. 67.

¹⁶⁰ **Eren**, s. 307; **Antalya**, s. 264; **Oğuzman/Öz**, s. 191; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Bası. İstanbul 1976, s. 278; **Kayıhan**, Şaban, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2014, s. 149; **Aybay**, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 13. Bası. İstanbul 2011, s. 42 vd..

¹⁶¹ **Ayrancı**, Hasan, Ön Sözleşme, Ankara 2006, s. 61.

¹⁶² Doktrinde yapılmakta olan tanımlar için bkz.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 100; **Eren**, s. 308; **Antalya**, s. 264; **Ayrancı**, s. 41; **Saymen**, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, Cilt I, İstanbul 1958, s. 189 vd.; **Kayıhan**, (Borçlar Genel) s. 149; **Oğuzman/Öz**, s. 191; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 142; **İnan/Yücel**, s. 251; **Kılıçoğlu**, s. 256.

¹⁶³ **Ayrancı**, s. 49; **Hatemi/Gökyayla**, s. 57; **Nomer**, s. 34; **Eren**, s. 308.

¹⁶⁴ Ön sözleşmenin gerekli ve anlamlı bir hukuki kurum olup olmadığı bakımından tartışmalar için ve ön sözleşme kurumunun gerekli olduğu ve asıl sözleşmenin yapılmasının mümkün olmadığı hallerde ya da asıl sözleşmeye ilişkin şartların tam olarak belirli olmadığı hallerde ön sözleşmenin önem taşıyabileceği yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 101 vd.; **Eren**, s. 308 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 144 vd.; **Ayrancı**, s. 75 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 255; Ayrıca bkz. **Hatemi/Gökyayla**, s. 57 vd..

sözleşmenin asıl sözleşme ya da ön sözleşme olmasına ilişkin ihtilaf söz konusu olduğunda, asıl sözleşme olduğu sonucuna ulaşılır¹⁶⁵.

Ön sözleşmenin tarafları ile ileride kurulacak olan asıl sözleşmenin tarafları aynı olabileceği gibi; ön sözleşmede taraflardan biri üçüncü kişiyle asıl sözleşmeyi yapmayı üstlenmesi de mümkündür¹⁶⁶. Bu şekilde, taraflardan yalnız bir tanesi asıl sözleşmeyi yapmak yükümlülüğü altına girebileceği; her ikisi de ileride asıl sözleşmeyi yapmak yükümlülüğü altına girebilir¹⁶⁷. Ön sözleşme bir borç sözleşmesi niteliği taşımakla sözleşmeler için gerekli bulunan geçerlilik şartları, ön sözleşmeler bakımından da aranır¹⁶⁸.

İleride yapılacak olan asıl sözleşmenin, borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olması ön sözleşmenin varlığı için zorunludur. İleride kurulması yüklenilen sözleşme, bir tasarruf sözleşmesi niteliğinde ise yapılmış olan sözleşme, bir ön sözleşme niteliği taşımaz; bu halde, asıl sözleşme yapılmış olur¹⁶⁹. Böylece bir tasarruf işlemi niteliği taşıyan alacağın devri sözleşmesi söz konusu olduğunda, alacağın devrinin vaat edilmesi, bir ön sözleşme niteliğinde olmayıp; asıl sözleşme özelliği gösterir¹⁷⁰. Benzer şekilde, ön sözleşme ile bir işin yapılması ya da yapılmaması taahhüt edilmez¹⁷¹.

Ön sözleşme, ileride yapılacak sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeli veya bunların belirlenmesi mümkün olmalıdır¹⁷². Ön sözleşmede ileri yapılacak olan asıl

¹⁶⁵ Ayrancı, s. 74.

¹⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 146 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 101; Ayrancı, s. 161; Eren, s. 308; Oğuzman/Öz, s. 192.

¹⁶⁷ İnan/Yücel, s. 251; Feyzioğlu, s. 278; Ayrancı, s. 154.

¹⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 256; İnan/Yücel, s. 251; Feyzioğlu, s. 279; Ayrancı, s. 85.

¹⁶⁹ Oğuzman/Öz, s. 191; Kocayusufpaşaoğlu, s. 100; Ayrancı, s. 50-51; Antalya, s. 265; Eren, s. 311; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 142; Feyzioğlu, s. 279; Saymen/Elbir, s. 182; İnan/Yücel, s. 252; Kayıhan, (Borçlar Genel) , s. 150; Reisoğlu, s. 96; Nomer, s. 34.

¹⁷⁰ Eren, s. 311; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 142; Oğuzman/Öz, s. 192; Nomer, s. 34; Reisoğlu, s. 96. TBK m. 184/2 hükmünde ise alacağın devri sözü verilmesinin şekle bağlı olmadığı düzenleme altına alınmıştır.

¹⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 142.

¹⁷² Antalya, s. 265; Eren, s. 311; Ayrancı, s. 123 vd.; Oğuzman/Öz, s. 193; Saymen/Elbir, s. 192 vd.; Reisoğlu, s. 96; İnan/Yücel, s. 252 vd.; Nomer, s. 34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 143; Feyzioğlu, s. 279; "... Satış vaadi sözleşmeleri ile ileride yapılacak asıl satış sözleşmesinin kurulması borcu altına girilir. Bu sözleşmenin hukuken geçerli bir biçimde kurulması sözleşmede tarafların borçlandıkları ana edimlerin belirlenmiş ya da belirlenebilir olmasına bağlıdır. Belirli ya da belirtilebilir olma yönünden önemli olan, sözleşmenin kurulduğu an değil ifa anıdır. Değişik bir ifadeyle satış vaadi sözleşmesinde, ileride kurulması amaçlanan satış sözleşmesinin temel unsurlarının kesin bir biçimde belirtilmesinde yasal zorunluluk yoktur.

sözleşmenin konusu belirli ya da belirlenebilir nitelikte değilse ön sözleşmenin de geçerli olarak varlık kazanması mümkün olmaz¹⁷³.

Diğer yandan, TBK m. 29/2 uyarınca, yapılacak olan asıl sözleşme, kanun tarafından belirli bir şekle tabi tutulmuşsa ön sözleşme de kural olarak o şekle uygun olarak yapılmadıkça geçerli olmaz¹⁷⁴. Hüküm ile kanunun şekle tabi tuttuğu sözleşmeler ifade edilmiş olmakla asıl sözleşmenin iradi olarak şekle tabi tutulmuş olması halinde, ön sözleşmenin o şekle tabi olarak yapılmasına gerek yoktur¹⁷⁵.

Limited şirket paylarının devri yönünden asıl sözleşme için noter onayı gerektiğinden (TTK m. 595/1), limited şirket payı devrini konu alan teşebbüs satış sözleşmesine ilişkin ön sözleşmenin de noterce onaylanması şeklen zorunlu olacaktır.

Ön sözleşme ile asıl sözleşmenin kurulmasını talep etmek yönünde alacak hakkı sağlanabileceği gibi ön sözleşmenin alacaklısına sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir opsiyon hakkı da tanınabileceği ileri sürülmektedir¹⁷⁶. Söz konusu görüş uyarınca, ön sözleşme, asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin talep hakkı ya da sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir opsiyon hakkı sağlayabilir. TBK m. 29 hükmü ile ileride bir sözleşmenin kurulmasının üstlenilmesine geçerlilik tanındığından, ileride sözleşmenin kurulmasına ilişkin yetki sağlanması veya sözleşmenin kurulmasına ilişkin talep hakkının mevcut olması bakımından bir ayırım tayin edilmediğinden; ön sözleşmenin opsiyon hakkı tanıyan sözleşme olarak kararlaştırılması mümkündür. Ön sözleşmenin opsiyon hakkı tanınması halinde ise opsiyon hakkı sahibi olan taraf, alacak hakkına sahip olmayıp; sözleşmeyi kurmaya

Bunların ifa anında belirlenebilir olması yeterlidir. Satış vaadine konu taşınmazların mahkemece yapılacak inceleme sonucu teşhis ve tayini mümkün olmuşsa bu durumda belirli olma özelliğinin var olduğu söylenebilir. Sözleşmelerin yerine getirilmesine olanak verecek biçimde yorumlanması asıl olduğundan, satış vaadi sözleşmesinde de bu sözleşmeye konu taşınmazların genel ve kapsamlı bir biçimde gösterilmesi halinde sözleşme ve dışındaki başka delillerle hangi yer olduğu anlaşılabilirse sözleşme konu taşınmazın belirli ya da belirtilebilir olma unsurunu taşıdığı kabulü gerekir..." Yargıtay 14. HD, E. 2003/8604, K. 2004/1301, T. 1.3.2004, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁷³ Saymen/Elbir, s. 193; Antalya, s. 265; Feyzioğlu, s. 279; Eren, s. 311.

¹⁷⁴ Eren, s. 312; Antalya, s. 265; Kocayusufpaşaoğlu, s. 105; Oğuzman/Öz, s. 192; Nomer, s. 34; Hatemi/Gökyayla, s. 58; Saymen/Elbir, s. 193; Feyzioğlu, s. 280; Kılıçoğlu, s. 256; Kayıhan, (Borçlar Genel), s. 150; İnan/Yücel, s. 254; Ayrancı, s. 141 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 147 vd.; Reisoğlu, s. 96.

¹⁷⁵ Feyzioğlu, s. 280; Saymen/Elbir, s. 193; İnan/Yücel, s. 254; Ataay, s. 268.

¹⁷⁶ Bkz. Antalya, s. 265 vd..

yönelik yenilik doğuran bir hak elde etmiş olur. Söz konusu yenilik opsiyon hakkını tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile kullanır. Opsiyon hakkının kullanılması ile taraflar arasında hukuki ilişki kurulmuş olur. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak ön sözleşmenin karşı tarafının irade beyanında bulunması aranmaz. Bu çerçevede, opsiyon hakkının kullanılması ile taraflar arasında sözleşme kurulmuş olur ve böylece kurulmuş bulunan sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesi talep ve dava konusu edilebilir. Bu halde bir eda davası söz konusu olur.

Buna karşılık, ön sözleşme ile opsiyon hakkı tanıyan sözleşmenin birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁷: Buna göre, ön sözleşmeden alacak hakkı doğar ve asıl sözleşmeyi kurmayan borçlu aleyhine bir eda davası açılabilir. Ön sözleşme ile asıl sözleşmenin kurulmasını istemek talep etmek yetkisi iki tarafa ait olabileceği gibi taraflardan yalnız bir tanesine verilebilir. Nitekim bu halde de asıl sözleşmenin kurulması karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile mümkün olur. Opsiyon sözleşmesinde ise yenilik doğuran hak niteliğinde olmak üzere opsiyon hakkı söz konusu olur. Bu halde, opsiyon hakkı sahibi olan taraf, karşı tarafın irade beyanına ihtiyaç duymaksızın ilgili sözleşmeyi kurmak imkanına sahiptir.

Ön sözleşme ile tarafların yüklenmiş oldukları edim, asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanında bulunulmasının üstlenilmesidir. Böylece ön sözleşme ile asıl sözleşmenin kurulması yükümlenilir; borçlu, asıl sözleşmeyi kurma yükümlülüğü altına girer. Buna göre, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak alacak hakkı sağlanmış olur¹⁷⁸. Asıl sözleşmenin kurulmasıyla ön sözleşme ifa edilmiş olur. Taraflardan bir tanesi asıl sözleşmeyi kuracak irade beyanında bulunmaması halinde ön sözleşmeden doğan borcun ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkar. Bu şekilde taraflardan biri, söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranırsa diğer taraf, asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin borcun ifasına yönelik olarak karar verilmesi için dava açması mümkündür¹⁷⁹⁻¹⁸⁰. Mahkemenin vereceği kararın hukuki

¹⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 143; Kocayusufpaşaoğlu, s. 110; Feyzioğlu, s. 282 vd.; Eren, s. 313 vd.; Aybay, s. 43; Ayrancı, s. 98 vd..

¹⁷⁸ Ayrancı, s. 49 vd..

¹⁷⁹ Eren, s. 314; Kocayusufpaşaoğlu, s. 106; Antalya, s. 266; Ayrancı, s. 170; Kayıhan, (Borçlar Genel), s. 150; Feyzioğlu, s. 283.

¹⁸⁰ Ön sözleşmeden doğan borcunu ifa etmeyen borçluya karşı aynen ifa yerine tazminat istenmesi de olanak dahilindedir. Bu halde, kusur imkansızlık halinde TBK m. 112; temerrüde bağlı olarak da TBK m. 125 uyarınca müspet ya da menfi zararın tazmininin istenilmesi söz konusu olabilir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 108 vd.; Antalya, s. 267; Eren, s. 315;

niteliği, yenilik doğurucu hüküm veya eda hükmü olması bakımından tartışmalıdır¹⁸¹. Diğer yandan, mahkemece verilecek olan hükmün, borçlunun irade beyanının yerini tutacağı ve böylece asıl sözleşmenin kurulmuş sayılacağı savunulduğu¹⁸² gibi; hükmün borçlunun irade beyanının yerine geçmediği ve doğrudan asıl sözleşmeyi kurduğu da kabul edilmektedir¹⁸³.

Ön sözleşmenin ileride yapılacak sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi veya bunların belirlenmesinin mümkün olması gerektiğinden ve de ön görüşme aşamasında daha her konu tam masaya yatırılmadan yapılması, önemli konuların düzenleme dışı kalma ihtimalini doğuracağından, teşebbüs satış sözleşmelerinde ön sözleşme tercihten kaçınılması gerekir¹⁸⁴.

§ 8. DUE DİLIGENCE (İNCELEME)

I. Genel Olarak

Teşebbüs satışlarının standart uygulaması niteliğine kavuşmuş olan ve Türkçeye inceleme olarak çevirebileceğimiz¹⁸⁵ Anglo – Amerikan kökenli Due Diligence, sözleşme dilinde ve literatürde genel olarak çevirisi yapılmadan yer almaktadır.

Teşebbüs devralmalarında Due Diligence kavramıyla ifade edilen, satın alınmak istenen teşebbüsün sözleşmenin kurulmasından ve devir sözleşmesinden önce alıcı tarafından tetkiki ve röntgeninin çekilerek analiz edilmesidir¹⁸⁶. Bu sayede alıcı, satın alınmak istenen teşebbüsün zayıf ve güçlü yönleriyle ilgili fikir sahibi olmakta ve sözleşmeyle elde edebileceği çıkarımları ve üstleneceği riskleri netleştirebilmektedir.

Bir Due Diligence tipik olarak aşağıdaki fonksiyonları yerine getirmektedir;

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 147; **Reisoğlu**, s. 96; **Ayrancı**, s. 172 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 256 vd..

¹⁸¹ Söz konusu tartışma için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 107 vd.; **Ayrancı**, s. 174 vd.. Eda davası ve verilen hükmün eda hükmü olduğu yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 107; **Antalya**, s. 266; **Ayrancı**, s. 178.

¹⁸² **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 106-107; **Oğuzman/Öz**, s. 193; **Feyzioğlu**, s. 283; **Kılıçoğlu**, s. 256; **Nomer**, s. 34; **Ayrancı**, s. 177; **Reisoğlu**, s. 96; **Saymen/Elbir**, s. 194; **İnan/Yücel**, s. 255.

¹⁸³ **Antalya**, s. 266.

¹⁸⁴ **Picot**, in: **Picot**, § 2 Rn. 106.; Aynı yönde, **Ettinger/Jaques**, Kap. C Rn. 61.

¹⁸⁵ Aynı yönde **Akduman**, s. 81.; **Esin/Lokmanhekim**, s. 15.

¹⁸⁶ **Rödder/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 32.

- i. Potansiyel alıcı, teşebbüsün kendi köklü girişimcilik hedefleri ve stratejik öngörülerıyla ve icabında kendi teşebbüsüyle ilgili bağlı etkilerin (sinerji potansiyeli) bulunup bulunmadığı konusunda kanaate ulaşmaktadır (strateji belirleme fonksiyonu).
- ii. Potansiyel alıcı, teşebbüsü değerlendirmesi ve olası alım fiyatı için önemli bilgiler edinmektedir (değer belirleme fonksiyonu),
- iii. Potansiyel alıcı, satış ve devir sözleşmesinde yer alacak olan sözleşmesel ayıplardan sorumluluk ve garantilere esas teşkil edecek olan teşebbüsün zayıf yönleri ve taşıdığı risklerle ilgili bilgi edinmektedir (tekeffül ve garanti fonksiyonu).
- iv. Potansiyel alıcının teşebbüsle ilgili elde ettiği bilgiler ve kendisine sunulan belgelerin ispatına yönelik her iki pazarlık tarafı için ispat aracı teşkil etmektedir (delil güvence fonksiyonu)¹⁸⁷.

Due Diligence alışıla gelen şekliyle, potansiyel alıcının teşebbüse ortak olma isteğini somutlaştıran, ilk görüşmeler ve pazarlıklardan sonra yürütülmektedir. Zamansal olarak Due Diligence ayrıntılı sözleşme görüşmelerinden önce yer almaktadır ki, onunla edinilen bilgiler sözleşmesel ayıplardan sorumluluğun ve garantilerin temelini teşkil etmektedir¹⁸⁸.

II. Due Diligence Türleri

Due Diligence türleri ya incelemeyi talep eden ya da inceleme yapılacak konu nazara alınarak ayrıma tutulmaktadır.

Due Diligence, potansiyel alıcı veya teşebbüsün bizzat kendi tarafından harekete geçirilebilir. Teşebbüsün kendinin incelemeyi harekete geçirdiği hallerde (Vendor Due Diligence¹⁸⁹), inceleme için gerekli bilgiler görevi verenin bizzat elinin altındadır. Teşebbüs satışlarında daha ziyade tetkiki yapılacak bilgiler Due Diligence görevini verenin, bizzat kendi elinin altında olmayıp, bu bilgilerin

¹⁸⁷ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 3 Rn. 33.

¹⁸⁸ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 3 Rn. 35.

¹⁸⁹ Due Diligence ile ilgili kavramlar için bkz.; Nawel, Dirk/Nagel, Frank, in; Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim/Knauer, Thorsten, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 7. Bası, Stuttgart 2013, s. 837 vd.

teşebbüsten temini gerekmektedir (Buyside Due Diligence¹⁹⁰). Bu halde bilgileri toplanacak teşebbüsün de illa da satıcı konumunda olması zorunlu değildir.

İnceleme görevini verenden bağımsız olarak Due Diligence, inceleme konusuna göre de ayrıma tabi tutulmaktadır. İnceleme konularının kapsamı ve detay seviyesi hedef teşebbüsün büyüklüğü, türü ve niteliklerine göre değişebilmektedir. Ayrıca alıcının devir ile izlediği hedefler de incelemenin nasıl yürütüleceğini tayin etmektedir. Ancak Due Diligence türlerinin hepsinde temel hedef aynıdır. O da alıcı ve satıcı arasındaki bilgi farklılıklarının azaltılması ve yukarıda anılan fonksiyonların icra edilmesidir.

Due Diligence incelemesinde dört ağırlıklı nokta ortaya çıkmıştır. Bunlar finansal Due Diligence (Financial Due Diligence), hukuki Due Diligence (Legal Due Diligence), ticari Due Diligence (Commercial Due Diligence) ve vergisel Due Diligence'dır (Tax Due Diligence). Bu dört türün yanında daha ziyade spesifik belli sektörlere özgü veya teşebbüsün niteliğinden kaynaklı, farklı tür inceleme de söz konusu olabilmektedir.

İnceleme türlerinden biri kapsamında yapılan incelemede zorunlu olarak kesişmeler ortaya çıkmaktadır. Burada kaçınılması gereken çifte işten ziyade, farklı açılarla değerlendirilmesi gereken konuların varlığı söz konusu olmaktadır¹⁹¹.

A. Finansal Due Diligence

Finansal Due Diligence'ta hedef teşebbüsün işletmesel durumu araştırılmaktadır. Bu doğrultuda çoğunlukla teşebbüsün muhasebesi, mali durumu ve işleri tetkik ve analiz edilmektedir. İncelemenin temelini hali hazırdaki ve geçmiş veriler teşkil etmektedir ki, genel olarak üç ila beş yıllık inceleme periyodu tavsiye olunmaktadır¹⁹². Geçmiş veya bulunulan duruma yönelik finansal inceleme

¹⁹⁰ **Nawel/Nagel**, in; **Berens/Brauner/Strauch /Knauer**, s. 839.

¹⁹¹ **Walser**, Franz, Due Diligence im Unternehmenskauf, https://www.firmenboerse.com/fileadmin/images/neues/downloads/Due_Diligence_Unternehmenskauf.pdf, s. 40, (20.03.2016).

¹⁹² **Hassel**, Frank, Der Einfluss der Due Diligence auf die Verkaeufertaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Hamburg 2009 (yayınlanmamış doktora tezi), s. 16; **Spill**, Joachim, Due Diligence – Praxishinweise zur Planung, Durchführung und Berichterstattung, DStR 1999, s. 1786.

yürütülürken, incelemenin öncelikli hedefinin planlanan devir ve hedef teşebbüsün entegrasyonu gözden kaçırılmamalıdır. Finansal Due Diligence neticesinde elde edilmiş olan hedef teşebbüsün mevcut durum verileri, diğer tür incelemelerle birlikte planlanan teşebbüs satın almasının stratejik olarak mantıklı olup olmadığının cevaplandırılmasında temel teşkil edecektir¹⁹³.

Hedef teşebbüsün finansal durumu analiz edilmeden önce, muhasebe kayıtlarının usulüne uygunluğunun tespit olunması gerekir. Bu sayede muhasebe kayıtlarının hedef teşebbüsün bugünkü ve geçmişteki gerçek durumunu yansıtıp yansıtmadığı anlaşılabilir¹⁹⁴.

Finansal Due Diligence’te hedef teşebbüsün mal varlığının analizi özel öneme sahiptir. Bu bağlamda bu zamana kadarki bilanço uygulamaları tanınmaya çalışılmakta, yedek akçelere yönelik bilanço kalemleri veya bilançoda yer almayan rizikolar analiz edilmekte ve hukuken münferit olarak değerlendirilmesi veya muamele tutulması gereken varlıklar belirlenmeye çalışılmaktadır¹⁹⁵.

Finansal Due Diligence’in diğer konuları hasılat ve finansal durumun analizi, defter kayıtlarından saklı rizikoların teşhis edilmesi ve nakit yönetimidir¹⁹⁶.

Uluslararası bir devralmada alıcı, alım yapan teşebbüs ile hedef teşebbüsün yılsonu bilançolarının muhasebe standartlarındaki farklılıklar nedeniyle birbiriyle ne ölçüde kıyaslanabileceğini ayrıca değerlendirmeye almalıdır¹⁹⁷.

Muhasebe kayıtlarının usulüne uygunluğunun tespiti ile birlikte malikliğin el değiştirmesiyle bilançoda ne ölçüde değişiklikler olacağı da tetkik olunmalıdır¹⁹⁸. Örneğin bir yavru şirketin satın alınması durumunda, ham madde fiyatları, hizmet alım bedelleri, kiralar ve finansman maliyetlerinin piyasa fiyatları ile uyumlu olmaması halinde yeni malikle birlikte bunların fiyatlarında artış olabilecektir.

¹⁹³ **Hassel**, s. 16.

¹⁹⁴ **Walser**, s. 30.

¹⁹⁵ **Barthel**, Carl W., Unternehmenswert und Kaufpreisfundierung mittels Schwerpunktanalysen im Rahmen einer Due Diligence, DStZ 1999, s. 367.; **Hassel**, s. 16.

¹⁹⁶ **Barthel**, s. 367.; **Hassel**, s. 16.

¹⁹⁷ **Walser**, s. 31

¹⁹⁸ **Walser**, s. 31.

Finansal Due Diligence çoğunlukla uzman danışman rolündeki mali müşavir veya denetim şirketleri tarafından yürütülmektedir.

B. Ticari Due Diligence

Finansal Due Diligence ağırlıklı olarak geçmiş odaklıyken, ticari Due Diligence ile öncelikli olarak teşebbüs alımı arkasında yatan saik ve izlenen hedeflerin ne derece gerçekleştirilebileceği ortaya konmaktadır¹⁹⁹.

Bu Due Diligence türünde de ön planda işletmesel konular masaya yatırılmaktadır. Bu nedenle hali hazırda hedef teşebbüsün pazardaki konumu, ürünlerinin ve dağıtım kanallarının durumu ve gelişme gösterme olanakları analiz edilmektedir. Teşebbüs ürünlerinin rekabet durumu sadece mevcut durum yönünden değil, pazarda ileride öngörülebilir gelişmeler ışığında yapılmaktadır²⁰⁰.

İncelemede odak nokta, teşebbüs satın almasının hedef ve satın alan teşebbüste doğuracağı ekonomik etkilerdir. Ticari Due Diligence bu nedenle daha ziyade gelecek odaklı ve muhtemel gelişmeleri ortaya koymaya çalışmaktadır²⁰¹.

Ticari Due Diligence'in finansal Due Diligence'tan ayrıldığı diğer bir husus ise verilerin toplanmasına ilişkindir. Finansal Due Diligence'ta teşebbüs içi veriler değerlendirmeye alınırken, ticari Due Diligence'ta teşebbüsle bağlantılı çevresel faktörlerde analiz edilmektedir. Bu nedenle incelemede büyük ölçüde teşebbüs dışı veriler kullanılmaktadır. Örneğin inceleme kapsamında müşteriler, tedarikçilerden ve mevcut çalışanlardan bilgi toplanabilmektedir²⁰².

C. Hukuki Due Diligence

Hukuki Due Diligence'ta hedef teşebbüsün hukuki çerçevesi mercek altına alınmaktadır. Hukuki Due Diligence'ta amaç, teşebbüsün hali hazırdaki hukuki konumuna ilişkin bilgilerin kazanılması ve olası devralmanın, kamu hukuku

¹⁹⁹ **Barthel**, s. 366., **Hassel**, s. 16.

²⁰⁰ **Niewarra**, s. 46.

²⁰¹ **Hassel**, s. 16.

²⁰² **Hassel**, s. 16.

kuralları, yükümlülükler ve izinler ile özel hukuk bağlantılı sözleşmeler yönünden etkilerinin ortaya konmasıdır²⁰³.

Bu bağlamda teşebbüs bünyesi ile bünye dışı olarak ikili ayrıma gidilebilir.

Bünye içi hukuki çerçeveye tüzel kişiliğin şekline uygun yapılanma, şirketin kuruluşunun usulüne uygunluğu, iç vekaletler gibi şirketler hukuku kapsamında kalan konular ve malvarlığı ve bünyesel akdi ilişkiler gibi konular girmektedir²⁰⁴.

Hisse alımı suretiyle teşebbüs devralması söz konusu olduğu hallerde hukuki Due Diligence'ta teşebbüsün şirketler hukuku geçmişi özel önem kazanmaktadır. Zira geçmişten gelen hukuki yapı, hisselerin ne ölçüde kazanılabileceğini tayin etmektedir²⁰⁵.

Yine geçmiş incelemesinde ortakların sermaye koyma borcunu ne ölçüde yerine getirdikleri ve yedek akçelerin ayrılıp ayrılmadığı gibi hususlar ayrıca yer almalıdır.

Bünyesel akdi ilişkiler büyük ölçüde iş hukukuna ilişkin sözleşmelerle ilintilidir ve özel öneme haizdir. İnceleme, toplu iş sözleşmeleri ve bireysel hizmet sözleşmeleri üzerinden yapılmaktadır. Bu bağlamda özellikle teşebbüsün lider kadrosuyla yapılan sözleşmeler de önem kazanmaktadır²⁰⁶.

Dış hukuki çerçeve ise, teşebbüsün üçüncü kişilerle akdetmiş olduğu sözleşmeleri içermektedir. Müşteriler ve tedarikçilerle yapılan sözleşmeler, kira sözleşmeleri, garanti ve kefalet sözleşmeleri gibi sözleşmeler bu kapsamdadır. Özellikle teşebbüsün müşteri ve tedarikçilerle akdetmiş olduğu uzun süreli sözleşmelerde (ör. tek satıcılık sözleşmesi) yer alan klozların incelenmesi özel önem arz etmektedir. Zira satın almayla birlikte bu uzun süreli sözleşmelerin sona erdirilmesi veya uyarlanması gündeme gelebilecektir.

²⁰³ **Walser**, s. 39.

²⁰⁴ **Hassel**, s. 18.

²⁰⁵ **Krüger, Dirk/Kalbfleisch**, Eberhard, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen – Rechtliche und steuerliche Aspekte der Vorprüfung beim Unternehmenskauf, DStR 1999, s. 176.; **Hassel**, s. 18.

²⁰⁶ **Niewarra**, s. 47.

Diğer taraftan hukuki Due Diligence sadece özel hukuk ilişkileriyle de sınırlı değildir. Bu bağlamda izin ve ruhsatların geçerliliği, yatırım teşviki ve ürün güvenliği gibi kamu hukukunu ilgilendiren hususlar da incelemeye dahildir²⁰⁷.

Hukuki Due Diligence çerçevesinde ayrı bir değerlendirme noktası da mevcut veya potansiyel hukuki uyumsuzluklara ilişkindir. Bu noktada hedef teşebbüsün bu tür risklere ne oranda hazırlıklı olduğunun da tespiti gerekir²⁰⁸.

Diğer taraftan hukuki Due Diligence kapsamında uygulamada, teşebbüsün hak sahibi bulunduğu fikri mülkiyet haklarının tespiti ayrı bir yer edinmektedir²⁰⁹.

D. Vergisel Due Diligence

Vergisel Due Diligence'ta teşebbüsün vergilerle bağlantılı hususları kapsamlı şekilde masaya yatırılmaktadır. Bu Due Diligence'ta temel amaç, hedef teşebbüsün finans ve uygulama alanlarında bulunan vergi risklerinin ortaya konmasıdır²¹⁰.

Planlanan devralmanın vergisel olarak optimum düzeyde düzenlenmesi de vergisel Due Diligence'in diğer amaçları arasındadır. Zira devralmanın vergisel boyutu, satış fiyatını ve garantilerin kapsamını belirlemede önemli rol oynamaktadır. Bu nedenle planlanan devralmanın tüm vergisel muafiyet ve istisnalardan yararlanılarak gerçekleştirilmesinde tarafların menfaati vardır²¹¹.

III. Due Diligence'in Yürütülüşü

Yürütülecek Due Diligence türü ve kapsamı çoğunlukla niyet mektubunda ortaya konmakla birlikte, uygulamada bu konuyu ayrıntılı düzenleyen sözleşme de yapılabilmektedir. Due Diligence'in yürütülmesinde güven ve gizlilik esas olduğundan, bu konular düzenlemelerde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır²¹².

²⁰⁷ **Klindt**, Thomas/**Swoboda**, Jörg, Unternehmenskauf: Produktsicherheit als Teil der juristischen Due Diligence, DB 2005, s. 1204 vd.; **Hassel**, s. 19.

²⁰⁸ **Walser**, s. 40.

²⁰⁹ **Walser**, s. 40.

²¹⁰ **Sinewe**, Patrick /**Oelsner**, Andre, in; **Sinewe**, Patrick, Tax Due Diligence, Wiesbaden 2010, s. 21.

²¹¹ **Sinewe/Oelsner**, in; **Sinewe**, s. 21.

²¹² **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 47.

Due Diligence'in başlangıcı için her şeyden önce, uzman kişilerin bu konuyla görevlendirilmesi gerekir. Bu alanda daha ziyade mali müşavirler, dış denetim şirketi kuruluşları ve avukatlar görevlendirilmektedir. Ayrıca ekibe Due Diligence'in kapsam ve türüne göre başkaca uzmanlar da dahil edilebilmektedir. Görevlendirilen ekip incelemenin yürütülüşünden ve başarısından sorumludur. Ekip, zamansal olarak ta plan yaparak buna uygun hareket etme durumundadır²¹³. Zamana riayet özellikle devralmadan sonra yapısal dönüşüme sokulacak teşebbüslerde önem arz etmektedir. İncelemeyle görevlendirilen ekip, inceleme için gerekli bilgi ve belgeleri talep listesi şeklinde hedef teşebbüsten talep etmektedir.

Due Diligence'ta özellik arz eden hususlardan biri de inceleme odası (data room) teşkilidir. İnceleme odası çoğunlukla hedef teşebbüste hazırlanmakla birlikte inceleme ekibinde görevli bir uzmanın iş yerinde de hazırlanabilmektedir. İnceleme odasında hedef teşebbüsle ilgili veriler incelemeye sunulmaktadır. Hedef teşebbüs tarafından inceleme odası prosedürü (data room procedure) de hazırlanabilmektedir. Prosedürde inceleme odasına kimlerin, hangi zaman dilimlerinde inceleme odasına girebileceği, fotokopi yapıp yapılmayacağı veya kapsamı gibi hususlar düzenlenmektedir²¹⁴. Verilerin sunulmasının sadece fiziki yolla gerçekleşmesi de şart değildir. Bu doğrultuda veriler elektronik (virtual) ortamda Due Diligence'a sunulmaktadır.

Due Diligence neticesinde elde edilen bilgiler ve bu doğrultuda yapılan değerlendirmeler Due Diligence raporunda (due diligence report) bir araya getirilmekte ve devralma niyetinde olan teşebbüsün yetkili organlarına sunulmaktadır.

IV. Due Diligence'in Hukuki Sonuçları

A. Due Diligence Yaptırma Keyfiyeti

Due Diligence hukuki açıdan değerlendirildiğinde ilk akla gelen konu, alıcının Due Diligence yaptırma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığına ilişkindir.

²¹³ **Walser**, s. 22.

²¹⁴ **Hassel**, s. 27.

Alman doktrininde hakim olan fikre göre, her ne kadar Due Diligence teşebbüs devralmalarında standart uygulama niteliğinde olsa da henüz bu yönde bir ticari teamül oluşmadığından ve ayıba karşı tekeffül sisteminde de önceden malı muayene yükümlülüğü bulunmadığından, yapılması yönünde hukuki yükümlülük bulunmadığı yönündendir²¹⁵. Dolayısı ile teşebbüs devralmalarında, Due Diligence yapılmamış olsa da kural olarak, alıcının ayıplı mallardan yasal sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.

Alman hukukunda bu yönde tartışma AMK m. 442 düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Zira bu hükme göre, satıcının ayıptan sorumluluğu, alıcının sözleşmenin kurulması sırasında sadece ayıptan bilgi sahibi olmasıyla değil, aynı zamanda ağır ihmal sonucu bilgisizliğinde de ortadan kalkmaktadır.

Burada daha ziyade ayıbın, hedef teşebbüs yakından incelenmemiş olsa bile, farkedebilecek (aşıkâr) nitelikte olup olmadığı kıstas alınmalıdır²¹⁶.

Konuyu Türk hukuku yönünden ele aldığımızda, *Ansay*, özen yükümlülüğünden yola çıkarak, Due Diligence yürütme yükümlülüğünün bulunduğu görüşündedir²¹⁷.

Kanaatimizce, AMK m. 442, sözleşmenin kurulması sırasında alıcının bilgili olma haliyle birlikte ağır ihmal sonucu bilgisizliğini de satıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran hal olarak düzenlemişken, TBK m. 222 sadece alıcının bilgili olma halini nazara almıştır. Diğer taraftan Alman hukukunda olduğu gibi aynı şekilde TBK ve TTK sisteminde, kural olarak bir malın alıcısına sözleşmenin kurulmasından ve devirden önce ayıp yönünden muayene yükümlülüğü öngörülmemektedir. Dolayısı ile Due Diligence'tan imtina edilmiş olması, kanaatimizce Türk hukuku yönünden satıcının yasal ayıptan objektif

²¹⁵ **Göthel**, in; **Göthel**, § 2 Rn. 98; **Rödder/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 48.; **Fleischer**, Holger/**Körber**, Torsten, Due Diligence und Gewaehrlesitung beim Unternehmenskauf, BB 2001, s. 841; **Hassel**, Frank, Der Einfluss der Due Diligence auf die Verkaueferhaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Hamburg 2009 (yayınlanmamış doktora tezi), s. 106 vd.; **Beisel/Klumpp**, § 2 Rn. 10; **Müller**, Klaus J., Einfluss der due diligence auf die Gewaehrleistungsrechte des Kaufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, s. 2198; **Holfter**, Marc, Öffentliche Übernahme durch Anschleichen unter besonderer Berücksichtigung der Meldepflichten nach dem WpHG, Berlin-Heidelberg, 2012, s. 37 vd.; **Pfeifer**, s. 239 vd.

²¹⁶ **Rödder/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 54.; **Göthel**, in; **Göthel**, § 2 Rn. 103; **Picot**, in: Picot, s. § 4 Rn. 287.; **Fleischer/Körber**, s. 848.

²¹⁷ **Ansay**, s. 209 vd..

sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Satıcının sorumluluğunun kalkması yönünden tek kıstas, TBK m. 222 uyarınca alıcının sözleşmenin kurulması sırasında ayıbı biliyor olması ihtimalidir. Alıcı Due Diligence'tan imtina etmemiş olsaydı ayıptan bilgili olurdu var sayımı, ağır ihmal sonucu bilgisizliğe dayandığından, Türk hukuku yönünden sonuca etkili olmayacaktır. Burada alıcının biliyor olduğu var sayımının yapılabileceği haller, sorumluluk açısından kriter alınmalıdır. Örneğin, Teşebbüsün ekonomik krizde olduğu veya borçlarını yerine getiremediği gibi görsel ve basılı yayında çıkan haberlere rağmen, o teşebbüsün Due Diligence yapılmadan satın alması bu mahaldedir.

Hedef teşebbüsün borca batıklığı gibi ekonomik değerini önemli ölçüde etkileyen durumların aşikar olduğu hallerde, Due Diligence'tan imtina edilmiş olması nedeniyle satın alan teşebbüsün zarara uğraması söz konusu olmuş ise, satın alan teşebbüsün yönetim kurulu veya müdürlerinin sorumluluğu gündeme gelebilecektir²¹⁸. Böyle hallerde Due Diligence yaptırılmamış olması satın alan şirket açısından illa da zarar oluştuğu anlamına gelmeyecektir. Ör. borca batık bir teşebbüsün borçlarını telafi eder şekilde piyasa değerinin altında devralınması söz konusu ise zarardan da söz edilemeyecektir.

B. Due Diligence'in Yürütülüşünde Özensizlik ve Eksiklik

Due Diligence'in özensiz veya kısmen (belli alanlar bırakılarak) yürütülmesi halinde, bunun satıcının yasal ayıp sorumluluğuna etkisinin olup olmadığı da tartışılan bir konudur.

Alman doktrininde hakim fikir, Due Diligence yürütmüş olanın, her şeyden önce hiç yürütmemiş olana nazaran daha kötü bir pozisyona gelmemesi gerektiğinden, Due Diligence'in yürütülmesindeki özensizlik ve eksikliğin kural olarak satıcının yasal ayıp sorumluluğunu kaldırmayacağı yönündedir²¹⁹. Diğer taraftan devralma işlemlerindeki zaman baskısı da çoğu zaman Due Diligence'in yürütülmesinde bazı

²¹⁸ OLG Oldenburg, 22.06.2006 T. - 1 U 34/03, <http://openjur.de/u/254644.html>, (15.01.2016); **Böttcher**, Lars, Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, s. 52.; **Werner**, Rüdiger, Haftungsrisiken bei Unternehmensakquisitionen – die Pflicht des Vorstands zur Due Diligence; ZIP 2000, s. 991; **Ettlinger/Jaques**, Kap. C. Rn. 89.

²¹⁹ **Fleischer/Körber**, s. 848.; **Müller**, s. 2199; **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 54.; **Göthel**, in; **Göthel**, § 2 Rn. 103; **Picot**, in: **Picot**, s. § 4 Rn. 285.

noktaların gözden kaçmasına sebebiyet verebilmektedir²²⁰. Burada da ayıbın, hedef teşebbüs yakından incelenmemiş olsa bile, farkedebilecek nitelikte olup olmadığı hususu kıstas alınacaktır²²¹.

Türk hukuku yönünden *Paslı*, alıcının due diligence prodesüründe kendisine sunulan bilgi ve belgeleri gerektiği şekilde değerlendirmemiş olmasını, onun sonradan ayıp hükümlerine dayanmasını engelleyeceği görüşündedir²²².

Esin/Lokmanhekim ise, ayıbın gizli olması zorunluluğu nedeniyle, eğer sağlıklı bir hukuki inceleme yapılmayacaksa, hiç yapmamanın daha isabetli olacağı görüşündedir²²³.

Kanaatimizce burada da Alman hukukundaki hakim fikrin nazara alınması gerekir. Dolayısı ile Due Diligence'in özensiz veya kısmi yürütüldüğü hallerde, sorumluluğun kalkıp kalkmadığı değerlendirilmesi yapılırken, hedef teşebbüs yakından incelenmemiş olsa bile, ayıbın aşikar nitelikte olup olmadığı kıstas alınmalıdır²²⁴. Due Diligence prosedürünün zaman baskısı içinde yürütülüyor olması, kısa sürede duruma göre binlerce evrakın ve yığınla verilerin incelenme ve değerlendirmesinin yapılma durumunda olması, bu değerlendirmeyi haklı kılmaktadır. Diğer taraftan satıcının açıklama yapma yükümlülüğü de Due Diligence yapılması ile ortadan kalkmamaktadır²²⁵. Teşebbüs alıcısından da açıklamaya ihtiyaç gösteren durumları emareler olmaksızın izini sürmesi beklenemeyecek ve talep olunamayacaktır. Bu nedenle Due Diligence'ta da açıklama yükümlülüğünün genel icapları geçerli olacaktır. Due Diligence'ta incelenecek evraklarla ilgili kontrol listesi (Check-List) hazırlanmış olsa bile satıcı, evraklarda yer almayan ve fakat onlarla bağlantılı olan hususlarda dahi bilgi verme durumundadır²²⁶. Ayrıca belirtelim ki, işin doğası gereği satıcı, kendi paydaşı olduğu teşebbüsü alıcıdan çok daha iyi bilebilecek durumdadır. Bu bağlamda Due

²²⁰ Göthel, in: Göthel, § 2 Rn. 103; Picot, in: Picot, s. § 4 Rn. 285.

²²¹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 3 Rn. 54.; Göthel, in: Göthel, § 2 Rn. 103; Picot, in: Picot, s. § 4 Rn. 287.; Fleischer/Körber, s. 848.

²²² Paslı, s. 276 vd..

²²³ Esin/Lokmanhekim, s. 44.

²²⁴ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 3 Rn. 54.; Göthel, in: Göthel, § 2 Rn. 103; Picot, in: Picot, s. § 4 Rn. 287.; Fleischer/Körber, s. 848.

²²⁵ Açıklama yükümlülüğü için bkz.; İkinci Bölüm § 2.

²²⁶ Picot, in: Picot, s. § 2 Rn. 147.

Diligence kapsamlı ve özenli yürütülse bile, aynı bilgi düzeyine ulaşamayacaktır. Örneğin, teşebbüsün vadesi dolmuş alacaklarının tahsil kabiliyetinin değerlendirilmesini, satıcı çok daha iyi yapabilecek konumdadır. Her ne kadar alıcı teşebbüs satın alması yönünden danışmanlardan faydalanmakta ise de verilerin yoğunluğu ve zamansal sınırlamalar, onu aldığı yardıma rağmen korumaya değer kalmasını haklı kılmaktadır. Diğer taraftan dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ta şudur, veri ve belgelerin ibrazı yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasıyla, aynı zamanda açıklama yükümlülüğünün de yerine getirildiği sonucu çıkarılamayacaktır. Satıcının, alıcının kararını etkileyecek nitelikteki bilgileri sarih olmayacak tarzda başkaca bilgilerin içine saklaması her zaman mümkündür. Alıcının tacir olması olması durumunda, basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü de bu noktada kanaatimizce esasa etkili olmayacaktır. Zira alıcının basiretli tacir gibi hareket etme zorunluluğu, satıcıya yükümlenmiş olan özen yükümlülüklerini ortadan kaldıran nitelikte değildir. Satıcı halen, ibraz ettiği belge ve incelemeye sunduğu verilerin doğru olmasından sorumlu ve alıcının satın alma kararını etkileyecek nitelikteki hususlarda sorulmadan dahi açıklama yapma zorundadır.

C. Teşebbüse Ait Bilgilerin Aktarılması

1. Yönetim Kurulu veya Müdürün Bilgileri Doğrudan Aktarması

Due Diligence kapsamında gündeme gelecek bir konu da teşebbüs yönetim kurulu ve müdürlerin ne ölçüde inceleme için teşebbüs bilgilerini aktarmaya hakları olduğu hususundadır.

Bir limited şirkette müdürün, şirketin bilgi ve belgelerini potansiyel alıcı veya onun danışmanlarına aktarabilmesi, tek başına takdir ve yetkisinde olan bir konu değildir. Bunun için öncelikli olarak ortaklar kurulunun bu yönde karar alması gerekir²²⁷.

²²⁷ **Lutter**, Marcus/**Hommelhoff**, GmbH-Gesetz, 18. Bası, Köln 2012, § 43 Rn. 9.; **Götze**, Cornelius, Auskunftserteilung durch GmbH-Geschäftsführer im Rahmen der Due Diligence beim Beteiligungserwerb, ZGR 1999, s. 226; **Körber**, Torsten, Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence bei Paketerwerb und Unternehmenskauf, NZG 2002, s. 268; **Ziegler**, Ole, Due Diligence im Spannungsfeld zur Geheimhaltungspflicht von Geschäftsführern und Gesellschaftern, DStR, 2000, s. 251; **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 59 vd..

Anonim şirketlerde ise kural olarak yönetim kurulu, bir hissedardan hisseleri satın almak isteyen potansiyel alıcı veya danışmanına şirket bilgi ve belgelerini iletebilirler, yeter ki bu husus nesnel olarak şirketin menfaatine bulunsun²²⁸.

2. Due Diligence Bağlamında Paydaşın Bilgi ve İnceleme Hakkı

Due Diligence ile ilgili diğer bir problematik alan ise, payını devretmek isteyen şirket ortağının bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkindir.

Limited şirketler yönünden TTK m. 614/1 hükmüne göre; *“Her ortak, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir.”* Bu bağlamda ortağın bu sayede elde ettiği bilgi ve belgeleri ne ölçüde due diligence amaçlı potansiyel alıcıya iletebileceği sorusu sorulabilecektir. Özellikle hisseyi devralma niyetinde olan potansiyel alıcının, teşebbüsün rakibi konumunda olması halinde problem daha da derinleşmektedir.

Alman doktrinin de bu konuda iki görüş savunulmaktadır. İlk görüşe göre Due Diligence amaçlı da olsa, bilgi ve belgeleri üçüncü kişilere iletme, bilgi ve belgelerin ortaklığa yabancı amaçla kullanımı teşkil edecektir ve müdürler bu tür bilgi alma ve incelemeyi reddedebilir²²⁹. Diğer görüşe göre ise, paydaşın potansiyel alıcıya bilgi ve belgeleri iletmesi ortaklığa yabancı amaçla kullanım teşkil etmemekte ve kural olarak müdürlerin buna dayanarak paydaşın bilgi alma ve incelemesini engelleme hakkı bulunmamaktadır²³⁰.

Kanaatimizce özellikle paydaşın edineceği bilgi ve belgeleri rakip konumundaki üçüncü kişilere iletmeyle ilişkin kuvvetli emareler var ise, müdürlerin talebi red ederek, paydaşdan genel kuruldan bu yönde karar aldırtmasını talep etmelidir. Nitekim TTK m. 614/2 hükmüne göre; *“Ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve*

²²⁸ **Scroeder**, Ulrich, Darf der Vorstand der Aktiengesellschaft dem Aktienkäufer eine Due Diligence gestatten, DB 1997, s. 2162; **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 72; **Körber**, s. 269 vd..

²²⁹ **Hüffer**, Uwe, in; **Hachenburg**, Max (Edit.), Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Bası, Berlin 1992, § 51 a Rn. 11; **Lutter/Hommelhoff**, § 51 a Rn. 24.

²³⁰ **Götze**, s. 207 vd.; **Körber**, s. 266; **Ziegler**, s. 250; **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 3 Rn. 63.

incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir; bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir.” Ayrıca belirtelim ki teşebbüs satışı niteliğinde pay satışı söz konusu olduğu hallerde, paylarını satmayı planlayan paydaş genel kurulda çoğunluğa sahip olacağından, genel kurulda lehine karar çıkmasında kural olarak sorun bulunmayacaktır.

Anonim şirketler yönünden ise, bir paydaşın TTK m. 437 çerçevesinde bilgi edinme ve belgelere ulaşma söz konusu olabilecektir. TTK m. 437 hükmüne göre; “(1) *Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az onbeş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir. (2) Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar. Verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmalıdır. Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir. Bu hâlde yönetim kurulu bu maddenin üçüncü fıkrasına dayanamaz. (3) Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir. (4) Şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir. (5) Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini*

de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir. (6) Bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.”

TTK m. 437’deki düzenleme, anonim şirketlerde paydaşın bilgi alma hakkının kapsam ve sınırını belirlemektedir. Bu doğrultuda şirket yöneticileri ve denetçiler, pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanırken istediği bilgileri vermekten ancak “şirket sırrı” ve “korunmaya değer şirket menfaatleri” söz konusu olduğu hallerde kaçınılabirler²³¹.

Şirketin rekabet gücünü azaltır ve açıklanması ya da kullanılması halinde şirketin zarara uğramasına sebebiyet verecek nitelikte bilgiler, sır olarak kabul edilebilecektir²³².

²³¹ **Kaya**, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 267; **Atalay**, s. 58.

²³² **Usluel-Gürbüz**, Aslı E., Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırn Korunması, İstanbul 2009, s. 175; **Atalay**, Oğuz, Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması, DEÜHFD Cilt 16 Özel Sayı 2014, Prof.Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan, s. 58.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN PAY SATIŞI SURETİYLE DEVİRİNE YÖNELİK TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMESİ

§ 1. KONUYA GİRİŞ

Gündelik hayatta şirket satın alma veya devralmaları olarak nitelendirilen işlemlerin arkasında pay satışı suretiyle teşebbüs satış sözleşmeleri yatmaktadır. Bu tür sözleşmeler çözülmesi gereken birçok konuyu içinde barındırmakta ve bu nedenle de hazırlanması uzmanlık gerektirmektedir. Sözleşmenin temel düzenleme konularının kapsamı ve diğer düzenleme konuları, devralınacak olan teşebbüsün büyüklüğü, bulunduğu sektörün niteliği, teşebbüsün türü (ör. halka açık anonim şirket) ve içinde bulunduğu mevcut durum (ör. borca batıklık), satış bedelinin finansmanı, alıcıların niteliği (ör. özel sermaye girişimi olup olmadığı) ve devralmanın yabancı sermaye niteliğinde olup olmadığına göre değişkenlik arz etmektedir.

Pay satışı suretiyle teşebbüs satışı sözleşmeleri kural olarak iki aşamalı kurgulanmaktadır (Two Step-Modell). Sözleşmelerde borçlandırıcı işlem niteliğinde olan belli/belirlenebilir bir bedel karşılığında payların satışı ve devir işlemlerinin tamamlanmasına ilişkin anlaşmaya varılmakta (İmza-Signing) ve tasarrufi işlem niteliğindeki sözleşmenin icrası ve özellikle de pay devirleri ileriki bir tarihe bırakılmaktadır (Kapanış-Closing). Bu durum farklı nedenlerden kaynaklanmaktadır. Bir taraftan devralmanın izne tabi olduğu hallerde ilgili rekabet kurulundan izin alınması aylarca sürebilecektir. Diğer taraftan çoğu zaman payların devri belli şartlara bağımlı kılınmak durumundadır. Bunlara örneğin banka garantisi, şirket yetki kurullarından izin ve yapacağı organizasyon düzenlemelerini sayabiliriz. İmza ile kapanış tarihleri arasındaki süre zarfında sözleşmede satışın icra koşulları olarak düzenlenen resmi izinler, şirket genel kurul kararları,

finansmanın temin edilmesi, banka garantisi gibi hususlar yerine getirilmektedir. İmza ile devir işlemlerinin tamamlanacağı tarih arasındaki fasıla, sözleşmenin genel yapısına da önemli etkilerde bulunmaktadır. Örneğin aradaki fasıla nedeniyle geçecek zaman diliminde oluşacak önemli koşul değişiklikleri yönünden sözleşmeye alıcıyı koruyucu klozlar dercolunmaktadır.

Teşebbüs satış sözleşmeleri uygulamasında tasarrufi işlemlerin gerçekleştiği ifa tarihi (effective date of transfer-Übergangsstichtag) ile devrin tamamlandığı kapanış (closing) çoğunlukla aynı tarihe tekabül etmekle birlikte, ikisinin arasında da fasıla olabilmektedir. Arada fasıla olması durumunda kapanış, sadece belli ifa işlemlerinin yapılmasına ve önlemlerinin alınmasına ve ayrıca belli beyanlarda bulunulmasına yönelik öngörülmektedir²³³.

Ayrıca belirtelim ki, teşebbüs satış sözleşmelerinde uluslararası şekilde yerleşmiş olan imza ve kapanış aşamalarının ayrı tutulması uygulaması, Türk Hukukunun da içinde yer aldığı Kıta Avrupası hukuk düzenlenlerinde yaygın olan borçlandırıcı işlem ile tasarrufi işlemi birbirinden ayıran soyutluk ilkesinden daha ziyade rekabet sınırlamaları yönünden izne tabi devralmalarda, geçersizliğin önüne geçme amacına yönelik zorunluluktan kaynaklanmıştır²³⁴.

Teşebbüs satış sözleşmesi uygulaması, borçlar hukukuna hakim olan “akit serbestisi” ilkesi²³⁵ doğrultusunda gelişmiş ve büyük ölçüde Anglo-Amerikan hukuk sisteminin etkileri altındadır. Teşebbüs satışlarının karmaşıklığı ve özellikli durumları, bu türden satış sözleşmelerinde yer alan özel usuller (ör. Due Diligence²³⁶) ve diğer tür sözleşmelerde hiç veya pek rastlanılmayan kendine özgü klozların (ör. Conduct-of Business Klozu²³⁷) oluşmasına sebebiyet vermiştir. İrade serbestisi doğrultusunda getirilen bu klozlar, hukukumuz yönünden de TBK m. 26 kapsamında getirilen irade serbestisi kapsamında değerlendirilecek ve klozların geçerlilik sınırlarını TBK m. 27 vd. hükümleri belirleyecektir. Bu bağlamda yine teşebbüs satış sözleşmelerinde bir hal düzenlenirken getirilen çok detaylı klozlarla,

²³³ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 418.

²³⁴ Bkz.; **Schmoz**, Alexander, Die Bedeutung von MAC-Klauseln für den deutschen Unternehmenskaufvertrag, Frankfurt am Main 2016, s. 20.

²³⁵ Akit serbestisi için bkz.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 60 vd.

²³⁶ Bkz.; İkinci Bölüm § 8.

²³⁷ Bkz.; Üçüncü Bölüm § 7.

aynı zamanda o konudaki yasal düzenlemenin uygulama yolunun kapatılması veya düzenlemenin içeriğine aykırı kural getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nevi bir kloz içeren teşebbüs satış sözleşmesinin Türk Hukukuna tabi olması durumunda, uygulama yolu kapatılan veya içeriğine aykırılık bulunan hukuk kuralının emredici nitelikte olup olmadığına bakmak gerekecektir. Emredici nitelikte bir hukuk kuralının uygulanmasını sözleşmede uygulama dışı bırakan veya içeriğine aykırılık teşkil eden bir kloz, TBK m. 27/1 çerçevesinde hükümsüz addolunacak, sözleşmenin diğer klozlarının geçerliliği ise, TBK m. 27/2 çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Alıcının temel borcu niteliğindeki payların karşılığı olan satış bedelinin tayini, hangi parametrelere göre hesaplanacağı, finansmanı, bedele ilişkin güvenceler ve ödeme tarihi gibi konular sözleşmede ayrıntılı düzenlenmektedir.

Devri sağlanacak olan teşebbüste ayıplı hal bulunması halinde, alıcı gerçekte belirlenenden daha yüksek bedel ödeme durumunda kalacağından ve satın alma ile hedeflediği fırsatları gerçekleşmesi zorlaşacağından, satıcının bu yönde katalog halinde sıralanan bir dizi vaat veya garanti beyanında bulunması sözleşmenin yine ana düzenleme konularındandır.

Bu tür sözleşmelerde, paylarını devreden ortak yönünden belli bir süreyle rekabet yasağı, mahremiyet ve gizlilik esasları, sözleşme koşullarında önemli değişiklikler ve uyuşmazlık çözüm usulleri gibi konular ayrıca düzenlenmektedir.

§ 2. SÖZLEŞMEDE YER ALAN TARAFLAR

Konuyu sermaye şirketleri yönünden ele alırsak, satıcı konumunda ya bir limited şirket veya anonim şirket ortağı bulunmaktadır. Diğer taraftan bu ortak gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişilik te olabilecektir. Satıcı konumunda birden fazla kişi olmasına da sıkça rastlanabilecektir.

Teşebbüs satış sözleşmelerinde alıcı konumunda ise, gerçek kişiler olabileceği gibi, tüzel kişiler de olabilecektir.

Teşebbüs satış sözleşmelerinde alıcı ve satıcı konumundaki kişilerin gerçek kişi olmaları halinde kimlik bilgileri ve ikametgahları, tüzel kişilik olmaları halinde ise, ticaret ünvanları ve ikametgahları ile birlikte payları satış konusu olan şirketin ticaret unvanı ve ikametgahı ayrıca belirtilmektedir.

Kimlik bilgileri, ticaret ünvanları ve ikametgah adreslerinin açık ve eksiksiz şekilde bildirilmesi özel önem arz etmektedir. Zira sözleşmede düzenlenen bildirimlerin tebliği için ve resmi izin aşamalarında bu bilgiler gereklilik arz etmektedir²³⁸.

§ 3. GİRİŞ BÖLÜMÜ VE TANIMLAR

Anglo-Amerikan hukuk sisteminin bir yansıması olarak teşebbüs satış sözleşmelerinde giriş bölümüne yer verilmekte ve bu sayede devralmanın amaç ve motivasyon kaynakları açıklanmaktadır.

Giriş bölümünde açıklanan amaç ve motivasyon kaynakları, sözleşmenin yer alan klozlara ilişkin görüş farklılıklarında hatta hukuki uyumsuzluklarda sözleşme yorumlanırken yol gösterici nitelikte olacaktır²³⁹.

Taraflar, giriş bölümünde özet şeklinde devralmanın ekonomik arka planını da açıklayabilirler. Bu da ileride sözleşmenin yorumunda kolaylık sağlayacaktır. Ancak bu nitelikteki açıklamalar genel nitelendirmenin ötesine geçmemelidir²⁴⁰.

Diğer taraftan özellikle kapsamlı teşebbüs satış sözleşmelerinde, giriş bölümünden sonra ayrıca, klozlarda geçen kavramların açıklandığı tanımlara ilişkin özel maddeye de yer verilmektedir.

§ 4. SÖZLEŞMENİN KONUSU

Teşebbüs satışının bir türü olarak pay satışı suretiyle gerçekleştirilen teşebbüs satış sözleşmelerinin (Share Purchase Agreement - Unternehmenskaufvertrag) konusunu, sermaye şirketleri yönünden ele aldığımızda ortaklık payları teşkil

²³⁸ Bkz.; **Esin/Lokmanhekim**, s. 34.

²³⁹ **Beisel/Klumpp**, § 4 Rn. 9.

²⁴⁰ **Duys**, Oliver/**Henrich**, Kerstin, in; **Hölters**, § 16 Rn. 16.28.

etmektedir. İlk bölümde kanaatimizi belirttiğimiz üzere, burada alalade bir pay satışı değil, teşebbüsün kontrolünü ele geçirmeye yetecek oranda pay satışı söz konusudur²⁴¹. Dolayısı ile bu tür sözleşmelerde satış sözleşmesinin konusu esasen bizatihi teşebbüsün kendisidir ve pay satışı buna araç teşkil etmektedir.

Bu teşebbüs satış türünde ortaklık payından doğan haklar ve yükümlülükler el değiştirmekte olup, hedef teşebbüsün mal varlıklarına ilişkin hak sahipliği ve ayrıca tüm alacak ve diğer üzerindeki haklar ile yükümlülükler teşebbüsün taşıyıcısı konumundaki şirkette kalmaya devam etmektedir²⁴².

Sermaye şirketi paylarının devriyle birlikte devralana geçen, şirketteki paydaşıktan doğan ileriye yönelik haklar ile yükümlülükler olmakla birlikte, eski paydaşın sorumlu olduğu geçmişten gelen belli yükümlülükler de devir ile birlikte devralanın sorumluluğuna yol açmaktadır. Geçmişten gelip devralana geçen yükümlülüklerin başlıcaları şunlardır; anonim şirketlerde bedellerinin tamamı ödenmemiş nama yazılı paylarda, payın iktisabı halinde payı devralan kalan pay bedelini ödemekle sorumlu tutulmaktadır (TTK m. 501/1). Yine eski paydaşın şirketin kurulması veya sermaye arttırımı sırasında iştirak taahhüdünde bulunmuş olması halinde, bu borçta kural olarak payı yeni iktisap edene geçmektedir (TTK m. 501/2). Limited şirketler yönünden ise, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususunda anonim şirketlere gönderme yapılmaktadır (TTK m. 585/1) şirket sözleşmesiyle birlikte ek (TTK m. 603/1) ve yan edim yükümlülükleri (TTK m. 606/1) getirilebilir. Böyle yükümlülüklerin varlığı halinde, bu yükümlülüklerden kural olarak yine devralan sorumlu tutulacaktır. Ayrıca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35, limited şirketin tahsil edilemeyen devirden önceki amme borçlarından dolayı devralanı da müştereken sorumlu tutmaktadır.

Diğer taraftan satıcının devredeceği payların şirketteki esas sermaye payı oranı ve payların itibari değeri de sözleşmeye dahil olunmaktadır.

²⁴¹ Bkz.; Birinci Bölüm § 2.

²⁴² Semler, in; Hölters, § 7 Rn. 7.107.

§ 5. SATIŞ BEDELİ

I. Genel Olarak

Her teşebbüs satışı, teşebbüsün alıcının beklentilerini ne ölçüde karşılayacağı hususunda belli riskler taşımaktadır. Ancak teşebbüs satışının doğasında var olan bu riski de sözleşme tarafları satış bedelinin tespitinde nazara alabilme imkanına sahiptir. Ayrıca teşebbüs satışı risklerle birlikte fırsatlar da ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda önceden değerlendirilme ve analizinde zorluklar bulunan ve satış fiyatı oluşumunda nazara alınmış bir öngörü, satıştan sonra gerçekleşmeyebilecektir. Diğer taraftan bir teşebbüs ortaya konduğunun ve satış fiyatının tayininde nazara alındığının aksine daha kötü bir durumda bulunabileceği gibi, daha iyi bir durumda da bulunabilecektir. Bu nedenle haklı olarak teşebbüs alım satımı fırsat ve risk işlemi olarak tanımlanmaktadır²⁴³.

Yukarıda çizilen çerçeve doğrultusunda bir teşebbüsün satış fiyatı, taraflar arasındaki pazarlıkların neticesinde ortaya çıkmakta ve onların teşebbüse biçtikleri değer ve fiyat görüşlerinin ortak noktada buluşmasını yansıtmaktadır. Satış fiyatı üzerinde uzlaşma, teşebbüsün geleceğinin vaadettiği fırsat ve risklerin öngörüsüne dayalı girişimcilik kararıdır²⁴⁴.

Satış fiyatını teşebbüs değerinden ayırtmak gerekir. Teşebbüs değeri, tarafların teşebbüse atfettikleri ve subjektif minimum satış fiyatı (satıcı açısından) ve subjektif maksimum satış fiyatı (alıcı açısından) olarak pazarlık pozisyonun temelini teşkil etmektedir. Taraflarca kararlaştırılan satış fiyatı, bir uzman tarafından belirlenmediği müddetçe objektif teşebbüs değeri ile örtüşmeyebilecektir. Ayrıca satış fiyatının oluşmasında stratejik görüşlerin de payı bulunmaktadır ki, bunların tam rakamlara dökülmesi mümkün değildir²⁴⁵.

²⁴³ **Pfeiler**, s. 19; **Kerger**, s. 12; **Canaris**, Claus Wilhelm, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, s. 398; **Hommelhoff**, Peter, Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilsverkauf, ZHR 1976, s. 276.

²⁴⁴ **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 8 Rn. 1.; **Quack**, Karlheinz, Der Unternehmenskauf und seine Probleme, ZGR 1996, s. 358.

²⁴⁵ **Holzapfel/Pöllath**, Rn. 731 vd.; **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 8 Rn. 2.

Müzakere aşamasında tarafların teşebbüs değerinin tespiti bakımından ayrı bir değerlendirme raporu da yaptırması söz konusu olabilmektedir²⁴⁶.

Satış fiyatının belirlenmesinde tarafların bireysel pazarlık pozisyonuna teşebbüsün içinde bulunduğu sektörün ekonomik durumu ve genel ekonominin gidişatı da etki edebilmektedir. Ekonomik kriz zamanlarında bir teşebbüsün satış fiyatının negatif olmasıyla sıkça karşılaşılmaktadır. Özellikle alıcının satın alacağı teşebbüsü yüksek maliyetlerle (iş yeri kapatmaları, toplu işten çıkartmalar vb.) tekrardan verimli hale getirmesi söz konusu ise durum böyledir²⁴⁷.

Negatif satış fiyatı, mülkiyeti kazanılan iktasadi mal varlıklarının onlarla bağlantılı yükümlülükler düşüldükten sonraki değerinden düşük olması halinde söz konusudur²⁴⁸.

Satış fiyatı, vergi hukuku bakımından doğuracağı sonuçları ile birlikte, satıcının ayıplardan sorumluluğu söz konusu olduğu hallerde de özel önem kazanmaktadır. Özellikle maldaki ayıplardan dolayı indirim veya tazminat miktarının belirlenmesi sorun teşkil edebilmektedir. Sorun, malvarlığı kapsamında belli bir malda olan ayıp bulunması halinde, bu malvarlığı değerinin teşebbüsün tümü nazara alınarak belirlenen satış fiyatındaki payının, gerçek piyasa değeri ile örtüşmemesinden kaynaklanmaktadır²⁴⁹.

Teşebbüs satışı sözleşme pratiğinde farklı satış fiyatı modelleri geliştirilmiştir ki, bunların birbiriyle kombine edildiği de görülmektedir. Kombinasyon neticesinde oluşan çok çeşitlilik bir tarafa bırakılırsa, üç temel modelden söz etmek mümkündür;

- i. Sabit satış fiyatı üzerinde anlaşma,
- ii. Belirli formülasyona dayanan veya uyarlama mekanizması içeren uyarlanabilir geçici satış fiyatı üzerinde anlaşma,

²⁴⁶ **Hölters**, Wolfgang, in; **Hölters**, § 1 Rn. 1.178.

²⁴⁷ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 91.

²⁴⁸ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 91; **Scheunemann**, Marc P./**von Mandelsloh**, Cord/**Preuss**, Linda, Negativer Kaufpreis beim Unternehmenskauf, DB 2011, s. 202.

²⁴⁹ **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 8 Rn. 3.

- iii. Sadece teşebbüsün mevcut durumunu değil aynı zamanda gelecekteki başarı şansına göre yönlendirilmiş olan değişken satış fiyatı üzerinde anlaşma (Earn-Out)²⁵⁰.

II. Sabit Satış Fiyatı

Genelde küçük çaplı teşebbüs satışlarında sabit fiyat üzerinden ve nakit ödeme şeklinde satış fiyatı kararlaştırılmaktadır.

Uygulamada taraflar, hedef teşebbüsün tasdiklenmiş en son bilançosu üzerinden de sabit satış fiyatı belirleyebilmektedir (Locked-Box Modell). Böyle bir durumda alıcının kapanışa (closing) kadar güvencede olabilmesi için sözleşmede, teşebbüsün cari işlerinin yürütülmesine ilişkin kurallar ön görülmekte (Conduct-of-Business-Clause) ve eski ortaklara kar payı dağıtımı gibi ödemelerin yapılmaması (No-Leakage-Clause) yasaklayıcı şartlar düzenlenmektedir. Alıcıya ayrıca içinde bulunulan dönemin sonuçları da aktarılmaktadır²⁵¹.

II. Uyarlanabilir Satış Fiyatı

Teşebbüs satış sözleşmelerinde sıklıkla sözleşmenin kurulması aşamasında uyarlanabilir nitelikte geçici satış fiyatı kararlaştırılmaktadır. Bunun nedeni imza aşamasında henüz hangi mal varlığı değerlerinin alıcıya geçeceği konusunda netlik bulunmamasıdır. Tasarrufi işlemlerin gerçekleşeceği tarihin ileriye bırakıldığı hallerde (ör. içinde bulunulan iş döneminin yıl sonu), o tarihe kadar önemli değişiklikler söz konusu olabilecektir. Ancak tasarrufi işlemlerin derhal gerçekleşeceği hallerde de sıklıkla tam bir netlik bulunmayabilecektir. Bu durum aktüel verilerin bulunmayışından veya mal varlığında yer alan varlıkların değerinin ancak zaman harcanarak elde edilecek olan uzmanlık incelemesi neticesinde (ör. gayrimenkuller yönünden) belirleneceği hallerde ortaya çıkabilmektedir. Belirtilen

²⁵⁰ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 93.

²⁵¹ Eilers, Stephan/Koffka, Nils Matthias/Mackensen, Marcus, Private Equity, 2. Bası, München 2012, § 4 Rn. 8.; Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 96.

nedenlerle sözleşmenin kuruluşu aşamasında taraflar, uyarlanabilir geçici satış fiyatı belirlemeyi tercih etmektedirler²⁵².

Uyarlanabilir satış fiyatı modelinde nihai satış fiyatı, tasarrufi işlemlerin gerçekleşerek devrin tamamlandığı tarih baz alınarak hazırlanacak bilanço (kapanış bilançosu) üzerinden tayin olunmaktadır. Burada da nihai satış fiyatının hangi kriterlere göre hesaplanacağına ilişkin iki yöntem ortaya çıkmaktadır. Öz sermayeye dayalı yöntemde, imza aşamasında mevcut son dönem bilançosuyla kapanış bilançosu arasındaki öz sermaye değişiklikleri nazara alınmaktadır. “debt and cash free” olarak anılan yöntemde ise, teşebbüsün cari mevcutları ile kısa vadeli borçları arasındaki farktan oluşan net işletme sermayesi (Net Working Capital) üzerinden belli bir değer, satış fiyatı olarak belirlenmektedir.

Uyarlanabilir satış fiyatı modeli de imza ile kapanış aşamasında geçen sürede satıcının manipülasyonlarına açıktır. Bu nedenle bu yöntemin kararlaştırıldığı hallerde de arada geçecek sürede teşebbüsün işlerinin geçmişle uyumlu şekilde ve basiretli tacirden beklenen özenle yürütüleceğine dair şartlar sözleşmeye dahil olunmaktadır²⁵³. Ayrıca net işletme sermayesinin bulunmasına yönelik uygulamada yeknesak bir standardın bulunmayışı da anlaşmazlıklara yol açabilmektedir. Bu nedenle net işletme sermayesini belirlemede hangi muhasebe standardının uygulanacağına ve hesaplama kriterlerine ilişkin bu nevi sözleşmelerde düzenlemelere yer verilebilmektedir.

III. Değişken Satış Fiyatı

Satıcı ve alıcının teşebbüsün fiyatı konusunda farklı subjektif değerlendirmeleri ve teşebbüsün geleceğe ilişkin öngörülen fırsatlarının birçok faktörün devreye girmesiyle değişkenlik arz edebileceği hususları nazara alındığında, satış fiyatı teşebbüs satışlarında uyuşmaya varılması gereken en önemli noktadır. Alıcı ve satıcının beklentilerini karşılayan fiyat arasındaki farklılıkların büyüklüğü, çoğu zaman sözleşmenin kurulmasını engelleyebilmektedir. Diğer taraftan yine teşebbüsün krizde bulunduğu dönemlerde veya hasılatının yüksek dalgalanmalar

²⁵² Semler, in; Hölters, § 7 Rn. 7.1159.

²⁵³ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 101.

gösterdiği durumlarda, dengeli bir satış fiyatının oluşması zordur. İşte bu gibi durumlarda sözleşmenin kurulabilmesini teminen değişken satış fiyatı (Earn-Out- Clause) belirlenebilmektedir.

Değişken satış fiyatının kararlaştırıldığı durumlarda, teşebbüsün satış fiyatı teşebbüsün ileride gerçekleştireceği performansa ve/veya belli koşulların oluşmasına göre belirlenmektedir. Bu şarta yer verildiği durumlarda, genelde taraflarca belirlenen cüzi bir sabit satış fiyatı satıcıya baştan ödenmekte ve satış fiyatının kalan kısmı ise, ileride gerçekleştirecek performansa bağlanmaktadır. Bunun yanında sabit satış fiyatı olmadan, salt ileride oluşacak performansa dayalı olmakla birlikte, minimum bir satış fiyatının garanti edildiği de söz konusu olabilmektedir.

Bu satış fiyatı modelini borçlar hukuku yönünden ele aldığımızda, TBK m. 207/3 uyarınca; *“Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir”*. Bu modelde satış fiyatı ileride oluşacak bir duruma bağlandığından, sözleşme şartlarından biri olarak yer alacak bu model, kural olarak hukuken geçerlilik arz edecektir. Meğerki satış fiyatının belirlenmesi tamamen taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin keyfiyetine bırakılmış olsun.

İleride satış fiyatının hangi parametreler doğrultusunda belirleneceği de çeşitlilik arz edebilmektedir. Değişken satış fiyatı şartı, çoğunlukla belli bir dönemde yapılacak hasılatı veya elde edilecek kara bağlanmakla beraber, bir ruhsatın belli bir sürede elde edilmesi gibi başkaca pozitif şartlara da bağlanabilmektedir. Diğer taraftan kilit personelin belli bir zaman dilimine kadar işten ayrılmaması gibi negatif şartlar da söz konusu olabilmektedir. Genelde bu kloza yer verildiği durumlarda, parametre şartları birbiriyle kombine edilmektedir²⁵⁴.

Özellikle genel uygulama niteliğinde olan ileride belli bir dönemde oluşacak performansa dayalı değişken satış fiyatı modeli de manipülasyonlara açıktır. Zira alıcı, teşebbüsü devraldıktan sonra teşebbüsü kendi iradesi doğrultusunda

²⁵⁴ **Vischer**, Markus, Earn out Klauseln in Unternehmenskaufvertraegen, SJZ 2002, s. 509 vd.

yönetecektir. Dolayısı ile bu modelde de parametrelerin seçimi, formülasyonu özel önem arz etmektedir²⁵⁵.

IV. Satış Bedelinin Finansmanın Sözleşmeye Etkileri

Teşebbüs satın almalarında, sıklıkla alıcılar kendi kaynakları dışında kaynaklardan satış fiyatını finanse etmektedirler.

Pay devrinin, satış bedelinin ödenmesi karşılığında aynı anda gerçekleşeceği hallerde, alıcı devrin gerçekleşeceği tarih itibarı ile gerekli olan finans kaynağını temin etmiş olmalıdır. Aynı şekilde satış bedelinin bir kısmının peşinat diğer kısmının taksitler halinde ödenmesi söz konusu hallerde de yine peşinat ve taksitler yönünden aynı mülahaza geçerli olacaktır.

Aylarca sürebilecek ve masraflı satış pazarlığı aşamalarından sonra alıcının gerekli finans kaynaklarını temin edememesi nedeniyle teşebbüs satışının gerçekleşmemesi karşılaşılabilecek bir husustur. Bu nedenle teşebbüs satışlarında alıcının satış bedeli yönünden gerekli finans kaynağını teminde tereddütlerin bulunması halinde satıcı, bankalar aracılığıyla finansman söz konusu ise, bankanın vereceği “Engagement-Letters” olarak anılan teyit yazısını talep edebilmektedir. Finansmanı sağlayacak banka, bu yazı ile prensip olarak satış bedelinin belli bir kısmını finanse edeceğini teyit etmektedir. Finansmanın özel girişim sermayesi (Private Equity) ile karşılanacağı hallerde ise, “Equity Commitment Letter” olarak anılan teyit yazısının özel girişimciden alınması gündeme gelmektedir²⁵⁶.

Satış bedelinin finansmanın sözleşmeye etkileri bakımından diğer bir husus, sözleşmelerde yer verilen finansman koşuludur (financing out, financing condition). Bu kloz ile tasarruf işlemlerinin sonlandırılması finansmanın temini geciktirici şartına bağlanmakta ve finansmanın temin edilememesi durumunda alıcıya tek taraflı sözleşmeden dönme imkanı getirilmektedir. Finansman koşulu, satıcıya tek taraflı sözleşmeden dönme imkanı sağladığından, alıcılar çoğu zaman bu klozun

²⁵⁵ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 105.

²⁵⁶ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 124.

sözleşmede yer almasına hazır olmayacaklardır. Bu nedenle teşebbüs satış sözleşmelerinde bu kloza yer verilmesine nadiren rastlanmaktadır²⁵⁷.

V. Satış Bedeli Güvenceleri

Alicılar, genellikle satış bedelinin belli bir kısmını (ör. % 15) uhdesinde saklayıp sonradan ödemek veya satış bedelini taksitlerle ödemek taraftarıdır. Satış bedelinin finansmanı bir kenara bırakacak olursak, satıcıya karşı muhtemel ayıp sorumluluğu ve diğer garantileriyle ilgili talep haklarını güvence altına isteğinden kaynaklanmaktadır²⁵⁸.

Satıcı, satış bedelinin ödenmemiş olan taksitlerinin veya ileride oluşacak kısmının güvence altına alınmasında haklı bir menfaati mevcuttur. Özellikle bu durum satıcının satış bedelinin tamamını almadan şirketteki paylarını alıcıya devrettiği hallerde söz konusudur. Satış bedelini güvenceye kavuşturma arzusunda satış bedelinin veya kalan kısmının yüksekliği ve tasarrufi işlemlerin tamamlanacağı kapanış süresinin uzunluğu da ayrıca rol oynamaktadır²⁵⁹. İleride alıcının ödeme kabiliyetini kaybetmesi gibi nedenlerle, güvenceye kavuşturulmamış satış bedelinin tahsilinin zorlaşması ve hatta imkansızlaşması söz konusu olabilecektir.

Satıcının satış bedelini talep hakkınının güvenceye kavuşturulmasında çeşitli güvence araçları alternatif olarak seçilebilecektir. Seçilecek güvence aracının tayininde, sağlanan güvencenin sağlamlığı, masrafları ve pratikliği gibi nedenler rol oynamaktadır²⁶⁰.

Teşebbüs satın almalarında genel olarak satış bedellerinin yüksekliği dikkate alındığında ilk akla gelen ve en yüksek güvence sağlayan araç olan, banka garantisi gündeme gelmektedir. Bu sayede satıcı, alıcının satış sözleşmesinden kaynaklı tüm itirazlarından korunur bir şekilde, kalan satış bedeline kavuşma imkanına sahip

²⁵⁷ **Daeniker, Daniel/Schaerer, Heinz**, Ausstieg aus Unternehmenskaufverträgen wegen gescheiterter Finanzierung, http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/090019_Daeniker__Sch%C3%A4rer_01.pdf, (25.01.2016), s. 179.

²⁵⁸ **Rödler/Hötzel/Mueller Thuns**, § 8 Rn. 47.

²⁵⁹ **Rödler/Hötzel/Mueller Thuns**, § 8 Rn. 51.

²⁶⁰ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 127.

olmaktadır. Ancak temin edilen banka garantisinin, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilecek şekilde çözdürülmek istenmesi halinde, bankanın ödeme yapması engellenebilecektir²⁶¹.

Taraflar, satış parasının tamamının veya önemli bir kısmının ödemesini, pay devrine yönelik tasarrufi işlemin geciktirici şartı olarak ta düzenleyebilmektedirler. Geciktirici şart düzenlemesi, banka garantisine nazaran daha az masraflı ve bu halde hakkın kötüye kullanımını gibi risklerle de karşılaşılmamaktadır²⁶².

Teşebbüs satış sözleşmelerinde karşılaşılan diğer güvence araçlarından biri de ana teşebbüsün yavru teşebbüsü için himaye beyanında (Letter of Comfort, Letter of Responsibility, Patronatserklaerung) bulunmasıdır. Himaye beyanları da iki türlü ortaya çıkabilmektedir. Yumuşak himaye beyanlarında ana şirketin herhangi bir yükümlülük altına girmeden sadece iş politikalarını beyan etmesi söz konusudur. Buna mukabil sert himaye beyanlarında, kural olarak likidite sözü verilmektedir. Ana şirket, yavru şirketi her zaman yükümlülüklerini yerine getirebilecek şekilde donatacaktır²⁶³.

Teşebbüs satış sözleşmelerinde satış bedelinin güvencesi olarak, alıcının satıcıya karşı ileri sürebileceği ayıba karşı sorumluluktan doğan hakları gibi karşı hakları ile ilgili takas ve ifadan kaçınma yasağı yasağı getirilmesi de söz konusu olabilmektedir²⁶⁴.

Satış bedelinin güvencesi kapsamında değinilmesi gereken diğer bir husus ta satış bedelinin yurt dışından transfer edilmesi veya yurt dışına havale edilecek olmasında söz konusu olmaktadır. Stabil olmayan ülke parası ile ödeme hallerinde, ileride ödenecek satış bedeli döviz kuru riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu nedenle böyle durumlarda, döviz kuru artışının belli sınırı aşması ile sonradan bedel artışı yapılmasına sözleşmede getirilen klozla imkan tanınabilmektedir²⁶⁵.

²⁶¹ Hakkın kötüye kullanımı ile ilgili uygulamadan örnekler için bkz.; **Beisel/Klumpp**, § 11 Rn. 62.

²⁶² **Rödler/Hötzel/Mueller Thuns**, § 8 Rn. 55.

²⁶³ **Picot**, in; **Picot**, § 4 Rn. 197 vd.

²⁶⁴ **Semler**, in; **Hölter**, § 7 Rn. 7.181.

²⁶⁵ **Beisel/Klumpp**, § 11 Rn. 55.

VI. Satış Bedeli Uyuşmazlıkları

Teşebbüs devralmalarında ayıplardan sorumluluk kaynaklı uyuşmazlıklarla birlikte satış bedelinden kaynaklı uyuşmazlıklar da artış içerisindedir. Satış fiyatından kaynaklı uyuşmazlıklar, teşebbüs satış sözleşmelerinde yer verilen uyarlanabilir ve değişken satış fiyatı klozları nedeniyle oluşmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu satış fiyatı modelleri manipülasyonlara açıktır ve sıkça bu modeller doğrultusunda hesaplanan nihai satış fiyatı, taraflar arasında görüş farklılıklarına yol açmakta ve uyuşmazlıkların kapısını aralamaktadır. Devir aşamasında veya devirden belli bir süre sonra satıcı, hak ettiğinden daha düşük bir bedel elde etme durumunda kaldığını düşünebildiği gibi, alıcı da daha fazla bir bedel ödemek zorunda kaldığını düşünebilmektedir.

Teşebbüs satış sözleşmelerinde uyarlanabilir veya değişken satış fiyatı klozuna yer verildiği hallerde ayrıca sıklıkla, taraflardan birinin bu doğrultuda hesaplanan satış fiyatının olması gereken satış fiyatını yansıtmadığı görüşünü taşıması durumunda, ortaya çıkan uyuşmazlığı çözümeyle ilgili özel usul öngörülmektedir.

Usulde öncelikli olarak itiraz eden tarafın, karşı tarafa anlaşmazlık beyanında (Notice of Objection) bulunması kuralı getirilmektedir. Anlaşmazlık beyanının amacı, yapılan satış fiyatı hesaplamasına itirazla birlikte nedenlerinin de ayrıntılı olarak belirtilmesidir. Bu sayede karşı taraf da fiyat hesaplamasının hangi unsurlarının karşı taraf tarafından itiraza uğradığını anlayabilmektedir²⁶⁶.

Anlaşmazlık beyanından belli bir süre sonra, tarafların uzlaşıyla konuyu çözmeleri için iyi niyet görüşmeleri öngörülmektedir. Anlaşmazlık beyanında tartışılan konuların belirtilmiş olması, iyi niyet görüşmelerinde tarafların pozisyonunu belirlemeleri bakımından önem arz etmektedir.

Sözleşmede ayrıca tarafların iyi niyet görüşmeleriyle uyuşmazlığı çözememeleri halinde, bağımsız bir uzman kişi ve kuruluşun tartışmalı hususları inceleyerek hesaplama yapması kuralı da getirilmektedir. Uzman kişi veya kuruluşun yapacağı düzeltme ve tespitlerin belli haller dışında (ör. hile) taraflar için bağlayıcı olacağı

²⁶⁶ Frey, Harold/Müller, Dominique, Preis Anpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskaufen, in; Liber amicorum für Rudolf Tschäni, s. 201.

bu nedenle sözleşmede belirlenen uyuşmazlık çözüm usulüne (genelde tahkim) başvurulmayacağı yine sözleşmelerde ayrıca düzenlenebilmektedir. Uzman kişi veya kuruluş hesaplamalarını taraflara rapor halinde sunmaktadır.

§ 6. İCRA KOŞULLARI

I. Genel Olarak

Pay devri suretiyle teşebbüs satış sözleşmelerinde kural olarak, sözleşmede kararlaştırılan teşebbüs satışına yönelik tasarrufi işlemlerin icrası belli koşullara (Conditions Precedent²⁶⁷) bağlanmaktadır. Uygulamada daha önce de değindiğimiz üzere Anglo-Amerikan sisteminden geçmiş olan ayrı İmza (Signing) ve Kapanış (Closing) öngören iki safhalı model²⁶⁸ yerleşmiş olduğundan icra koşulları, kapanış koşulları olarak yer almaktadır.

Hangi koşulların icra koşulu olarak yer alacağı, taraflar arasındaki müzakereler sonucunda şekillenmekte ve burada da yasal izin yükümlülükleri ve diğer yasal zorunluluklar ile tarafların müzakere pozisyonları belirleyici olmaktadır²⁶⁹.

İcra koşulları arasında sayılan hususlarından başlıcaları aşağıdaki gibidir;

- i. Rekabet hukuna ilişkin izinler,
- ii. Teşebbüsün devralınmasına imkan sağlayacak yapısal değişiklik önlemleri,
- iii. Şirketler hukukuna ilişkin toplantı ve yetkili kurul kararları,
- iv. Pay ön alım hakkının kullanılmayacağına ilişkin beyanlar veya ana sözleşmede yer alan bu türden kayıtların yerine getirilmesi,
- v. Kapanış bilançosunun tasdiki,
- vi. Belli sözleşmelerin akdolanması,
- vii. İlgili banka güven mektubu (bankalara olan krediler yönünden),
- viii. Dış finansman kaynağı ispatı (Engagement Letter, Debt Commitment Letter, Equity Commitment Letter)²⁷⁰.

²⁶⁷ “Conditions Precedent” ibaresi Türkçe literatürde ön şartlar olarak çevrilmektedir; bkz.; **Esin/Lokmanhekim**, s. 35; **Akduman**, s. 107.

²⁶⁸ Bkz.; Üçüncü Bölüm § 1.

²⁶⁹ **Duys/Henrich**, in; **Hölter**, § 16 Rn. 16.48.

Yukarıda sayılanlar haricinde sözleşmenin hazırlanışına göre satış bedelinin tamamen veya belli bir kısmının ödenmiş olması, satıcının sözleşmenin diğer klotlarında yükümlenmiş olduğu vaat veya garanti beyanlarına ilişkin hallerin bulunmaması ve sözleşme koşullarının olumsuz değişmemesi gibi haller de icra koşulları arasında yer alabilmektedir.

İcra koşulları esasen ihtirazi kayıt (ön koşul-çekince) niteliğindedir²⁷¹. Ancak icra koşulları, tarafların iradelerine göre geciktirici veya bozucu şart olarak ta formüle edilebilecektir.

Geciktirici veya bozucu şartın kararlaştırıldığı durumlarda, şart gerçekleşinceye kadar sözleşme askıda kalmaktadır. Geciktirici şartta taraflar sözleşmeyle bağlı olmakla birlikte, onlar adına henüz borç veya alacak doğmuş değildir²⁷². Bozucu şartta ise, sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmakla birlikte, şartın gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin hüküm ve sonuçları sona ermektedir²⁷³.

İcra koşullarının geniş tutulması halinde, kapanış tarihi itibarı ile özellikle değerlendirmesi incelemeyi gerektiren durumlar nedeniyle, alıcıya ayrıca belli koşullardan feragat etme yetkisi de tanınmaktadır. Değerlendirmesi incelemeyi gerektirecek hallerin icra koşulu değil de sözleşmenin imzalanmasından sonra, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren bir hal olarak düzenlenmesi de mümkündür.

İmzadan sonra taraflar, icra koşullarını yerine getirmeye yönelik adımlar atacaktırlar. Koşulların yerine gelip gelmediği ve bunla bağlantılı olarak devralma işlemini icra yükümlülüğüne ilişkin olarak taraflar arasında uyuşmazlıklara da yol açabilecektir. Bu nevi uyuşmazlıklar, tarafların sözleşmeyle bağlı oldukları ve muhtemelen kamuoyunun da devralmadan haberdar olduğu ve fakat tasarrufi işlemlerin henüz yerine getirilmediği bir döneme denk geldiğinden, taraflara olumsuz etkileri söz konusu olabilecektir. Bu nedenle özellikle büyük çaplı

²⁷⁰ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 55.

²⁷¹ İhtirazi kaydın hukuki niteliği için bkz.; **Yılmaz**, Halil, İhtirazi Kayıt İradesinin Açıklanması, TBBD, S. 66 2006, s. 307 vd.

²⁷² **Hatemi/Gökyayla**, s. 359.

²⁷³ **Hatemi/Gökyayla**, s. 360 vd.

devralmalarda, icra koşullarıyla ilgili uyumsuzluklara ilişkin serileştirilmiş ayrı bir tahkim usulü (Fast-Track-Arbitration) öngörülebilmektedir²⁷⁴.

II. Devralma İçin Resmi İzin Gereken Haller

A. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Yönünden

Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması hukuka aykırı ve yasaktır (RKHK m.7). Buna göre birleşme ve devralma (yoğunlaşma)²⁷⁵, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsle birleşmesi veya birleşme olmaksızın bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün kontrolünü²⁷⁶ ele geçirmesi şeklinde olabileceği gibi bir kısım malvarlığının devri şeklinde de olabilir²⁷⁷. Ayrıca ortak girişimler de belirli şartları taşıması halinde devralma

²⁷⁴ **Duys/Henrich**, in; **Hölter**s, § 16 Rn. 16.102.

²⁷⁵ Birleşme veya devralma kavramları hakkında bkz. **Güven**, Pelin, Rekabet Hukuku, 2.Bası, Ankara 2008, s.363 vd; **İnan**, Nurkut/**Piker**, Mehmet B., Rekabet Hukuku, El Kitabı, Ankara 2007, s.77; **Akyüz**, Helin Berfin, Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara 2007, s.33 vd. Yoğunlaşmaların kontrolü hakkındaki tartışmalar için bkz. 04.03.2003 Tarihli Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü Sempozyumu, Ankara, Rekabet Kurumu Yayın No:139.

²⁷⁶ **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Bası, Bursa 2007, s. 534 vd; Teşebbüsün kontrolü hakkında detaylı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, Rekabet Kurulu Kabul Tarihi: 16.07.2013 Karar Sayısı:13-45 / RM (9); <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016). Ayrıca bkz. **Kayar**, İsmail, Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu, 04.04.2003 Tarihli Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu -I, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayın No:137, Ankara 2004, s.15 vd; **İnan**, Nurkut, Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, Rekabet Bülteni, Sayı 2, Yıl 2000, <http://www.esrc.com/article/1373/birlesme-ve-devralma-kurallarinin-temel-sorunlari>, (25.01.2016); **Sanlı**, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s. 326 vd..

²⁷⁷ Yoğunlaşmalar (birleşme veya devralmalar), yatay, dikey ve aykırı (conglomerate; karma) olmak üzere üç türe ayrılmaktadır. Bkz. **Sanlı**, s. 318 vd.; **Aslan**, (Rekabet Hukuku), s. 535 vd.; **Güven**, s. 380 vd..

olarak değerlendirilmektedir²⁷⁸. Yine özelleştirmeler de birleşme ve devralma kapsamındadır²⁷⁹.

Birleşme ve devralmaların denetimi Rekabet Kurumu tarafından yapılır²⁸⁰. Rekabet Kurumu çıkardığı 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ile hangi birleşme ve devralmalar için Rekabet Kurulundan izin alınması gerektiği belirlemiştir. Tebliğ'e göre belirli ciroyu aşan birleşme veya devralmalar, birleşme veya devralma öncesi Rekabet Kurumu'na bildirilmek zorundadır²⁸¹. Rekabet Kurulu, bildirilen birleşme veya devralmaları bildirim tarihinden itibaren 30 gün içinde izin vermek veya nihai incelemeye almak durumundadır (RKHK m.10)²⁸². Rekabet Kurulu, bildirilen birleşme veya devralma hakkında 30 gün içinde herhangi karar almaz ise bildirilen birleşme veya devralma kendiliğinden geçerlilik kazanır.

Ciro eşiği, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü veya malvarlığını devralması, teşebbüsle birleşmesi veya kontrolünü ele geçirmesi veya ortak girişim kurmaları (yoğunlaşma oluşturmaları) halinde işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi veya devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşmasını ifade eder (2010/4 sayılı Tebliğ m.7). Buna göre birleşme veya devralmalarda tarafların Türkiye cirolarının toplamı 100.000 TL'yi aşarsa,

²⁷⁸ **Aslan**, (Rekabet Hukuku), s. 618 vd.; **Güven**, s. 459 vd..

²⁷⁹ Rekabet Kurumu'nun 2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliği. Ayrıca bkz.; **Tan**, Turgut: Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurulu'nun Yeri, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, 5 Kasım 1999, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, s. 24 vd; **Aslan**, (Rekabet Hukuku), s. 606 vd; **Güven**, s. 441 vd..

²⁸⁰ Rekabet Kurulu'nun birleşme veya devralmaya ilişkin kararları için bkz. **Atasayar**, Kubilay, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2005.

²⁸¹ **Güven**, s. 384 vd.. Avrupa Birliği'nde yoğunlaşmaların denetimi hakkında 139/2004 sayılı Tüzük hakkında bilgi için bkz.; **Erdem**, H. Ercüment, Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Trahili ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler, 09.04.2004 Tarihli Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu -II, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004, s. 151 vd.

²⁸² **Aşçıoğlu Öz**, Gamze, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Çerçevesinde Birleşme ve Devralmalar "Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü", 7 - 8 Ekim 2005 tarihli 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, Batider Yayın No:426, Ankara 2006, s. 67 vd..

Rekabet Kurumu'ndan izin alınması gereklidir. Tarafların Türkiye cirolarının toplamı 100.000 TL'yi aşmamakla birlikte devredilen varlığın değeri veya birleşen taraflarından birinin Türkiye cirosu 30.000 TL'yi aşarsa yine izin alınması gereklidir. Devralmalar bakımından buradaki ciroların hesaplanmasında devreden taraf bakımından yalnızca devredilen kısmın cirosu esas alınır (2010/4 sayılı Tebliğ m.8/2).

Ciro hesabında ilgili teşebbüs yanında ilgili teşebbüsün doğrudan ya da dolaylı olarak sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına sahip olduğu veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine sahip olduğu veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip olduğu veya işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler, ilgili teşebbüs üzerinde oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine sahip olan kişi veya ekonomik birimlerde ciro hesabına katılır (2010/4 sayılı Tebliğ m.8/1-a ve b). Aynı şekilde ilgili teşebbüsün üzerinde bu hak ve yetkilere sahip olan kişilerin ciroları, bu kişiler üzerinde aynı hak ve yetkilere sahip olan diğer kişilerin ciroları ve bu diğer kişiler üzerinde aynı hak ve yetkilere sahip olanların ciroları, ilgili teşebbüs cirosunun hesabına katılır (2010/4 sayılı Tebliğ m.8/1-c,ç,d). Diğer bir deyişle ilgili teşebbüsün cirosuna, bağlı teşebbüslerin ciroları veya hâkim olan teşebbüsün ciroları dâhil edilerek hesaplanır²⁸³. Ancak ciro hesaplanırken teşebbüslerin kişi veya ekonomik birimlerin kendi aralarındaki satışlarından doğan ciroları hesaba katılmaz (2010/4 sayılı Tebliğ m.8/6). Diğer bir anlatımla ilgili teşebbüs ile hâkim olan teşebbüs veya bağlı teşebbüsler arasındaki satışlar nedeniyle oluşan cirolar dikkate alınmaz.

Ciro²⁸⁴, tek düzen hesap planına göre bildirim tarihinden bir önceki mali yıl sonunda veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, bildirim tarihine en yakın

²⁸³ Cironun belirlenmesinde ilgili teşebbüsün önemi ve ciroya etkisi hakkında bkz. Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Rekabet Kurulu Kabul Tarihi: 26.3.2013 Karar Sayısı: 13-16/235-RM(4); <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (26.01.2016); Ayrıca bkz. **Kulaksızoğlu**, Şebnem, Birleşme ve Devralmaların Kontrolüne İlişkin Düzenlemeler Bağlamında Ciro Kavramı, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara Eylül 2002, s. 23 vd.; **İnan/Piker**, s. 80 vd.; **Güven**, s. 498 vd.

²⁸⁴ Ciro kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (26.01.2016); Ayrıca bkz.; **Kulaksızoğlu**, s.1 vd..

mali yıl sonunda oluşan net satışlardan meydana gelir (2010/4 sayılı Tebliğ m.8/6). Diğer yandan mali kurumlarda ciro hesabı net satışlara göre yapılmaz; onun yerine faiz veya kâr payı gelirleri, alınan ücret ve komisyonlar, temettü gelirleri, ticari kâr/zarar (net) ve diğer faaliyet gelirleri ciro hesabında dikkate alınır (2010/4 sayılı Tebliğ m.9).

Teşebbüsün kontrolünde kalıcı değişiklik meydana getirmeyen iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ciro eşiklerini aşsa dahi izne tabi değildir²⁸⁵. Aynı şekilde teşebbüsün kontrolünde kalıcı değişiklik meydana getirmeyen ya da bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, ciro eşiklerini aşsa dahi izne tabi değildir (2010/4 sayılı Tebliğ m.5/1). Ancak teşebbüsün kontrolünde kalıcı değişiklik meydana getirmesi; yani teşebbüsteki hisse devrinin şirketin yönetimine veya stratejik kararlarına etki etme imkânı sağlaması veya imtiyazlı hisse olması nedeniyle veto hakları vermesi halinde birleşme veya devralma izne tabidir. Diğer bir deyişle teşebbüs, diğer bir şirketin bir tek hissesini aldığı için diğer şirketin yönetimin, kontrol ediyor veya kontrole ortak oluyorsa izne tabidir. Holding veya grup içi (sahipleri aynı olan) şirketlerin birleşmeleri veya devralmaları, kontrolün el değiştirmemesi nedeniyle izne tabi değildir²⁸⁶.

Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, devralma işlemi olarak kabul edilir (2010/4 sayılı Tebliğ m.5/3)²⁸⁷. Ortak girişim devralma olarak kabul edilmesi nedeniyle ciro eşiklerini aşan ortak girişimler izne tabidir. Bu çerçevede ortak girişimin izne tabi olabilmesi için kurucularında ayrı bağımsız bir iktisadi varlığa sahip olmalı, ortak kontrol olmalı ve son olarak kurucular arasındaki veya kurucularla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı etkisinin olmaması gereklidir. Bu üç şartı taşıması

²⁸⁵ Yürürlükten kaldırılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ bakımından bkz. **İnan/Piker**, s.83 vd; **Sanlı**, s.338 vd..

²⁸⁶ Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz.

²⁸⁷ Ortak girişimler için aranan şartlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (5.01.2016).

halinde ortak girişim, devralma kapsamında değerlendirilir²⁸⁸. Bu çerçevede ortak girişimin oluşturulmasından sonra kurucu teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet alanından tamamen çekilip çekilmeyecekleri, eğer kurucu firmalar ortak girişimin faaliyet alanından çekilmeyeceklerse, ortak girişim ile kurucu firmaların coğrafi pazarlarının rekabetçi bir ilişkiyi sağlayıp sağlamadığı, ortak girişimin alt/üst pazarlarında veya komşu pazarlarında kurucu firmaların faaliyetlerinin bulunup bulunmadığı, dolayısıyla ileride ortak girişimin faaliyet alanına kurucu firmaların girme potansiyeli, ortak girişim ile kurucu firmalar arasında arz ve dağıtım benzeri konularda devam eden bir dikey ilişkinin bulunup bulunmadığı gibi hususlarının değerlendirilmesi gereklidir. Ciro hesabında, normal devralmadan farklı olarak ortak girişimlerden işlem taraflarının her biri devralan olarak kabul edilir. Diğer bir anlatımla ciro hesabında ortak girişimi oluşturan teşebbüslerin cirolarının toplamını ciro eşliğinin aşıp aşılmadığını belirlenmesinde dikkate alınır.

Birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutulur (2010/4 sayılı Tebliğ m.13/1)²⁸⁹.

Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar²⁹⁰. Teşebbüsler,

²⁸⁸ **Sanlı**, s.335.

²⁸⁹ Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz.; Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan, Yatay Birleşme Ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, Rekabet Kurulu Kabul Tarihi: 04.06.2013 Karar Sayısı: 13-33/448-RM (7); <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016). Yine Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Yatay Olmayan Birleşme Ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz; ayrıca bkz. **Aslan**, (Rekabet Hukuku), s. 566 vd.; **İnan/Piker**, s. 84 vd.; **Güven**, s. 505 vd..

²⁹⁰ Birleşme veya devralma işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar; yani yan sınırlamalar kavramı hakkında bkz.; Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan, Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016). Ayrıca bkz. **Erdem**, H. Ercüment Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Perşembe Konferansları, s. 117 vd., <http://www.rekabet.gov.tr/File>, (15.01.2016); **Gülergün**, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayın No:83, Ankara 2003, s. 3 vd.; **Aslan**, (Rekabet Hukuku), s. 588 vd; **Güven**, s. 523 vd.

Kanunun 7 nci maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilirler. Teşebbüsler tarafından verilen taahhütler, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldıracı nitelikte olmalıdır. Kurul, izin kararında, taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebilir (2010/4 sayılı Tebliğ m.14)²⁹¹.

Diğer yandan yukarıda açıklanan birleşme veya devralmanın izne tabi olması ile yasak olması²⁹² farklı kavramlardır. Birleşme veya devralmanın yasak olabilmesi için hâkim durum yaratması veya hâkim durumu daha da güçlendirmesi yanında ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu da doğurması gereklidir (RKHK m.7). Diğer bir anlatımla birleşme veya devralmanın yasaklanabilmesi için hâkim durum yaratması veya hâkim durumu daha da güçlendirmesi yeterli olmayıp, ayrıca ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunun da doğması gereklidir (RKHK m.7). Buna karşın birleşme veya devralmanın bildirim tabi olması, birleşme veya devralmanın yasaklanacağı anlamına gelmez. Aynı şekilde bildirim tabi olmayan bir birleşme veya devralma yasaklanamaz. Yasak bir birleşme veya devralma halinde Rekabet Kurulu, birleşme veya devralma öncesi hale dönülmesini isteyebilirken, izne tabi ancak izin alınmamış birleşme veya devralmanın söz konusu olması halinde sadece idari para cezası verebilir.

B. Sermaye Piyasası Kanunu Düzenlemesi

1. Aracı Kurumlara Yönelik

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 44/3 sermaye piyasalarında işlem yapan aracı kurumların dönüşüm işlemleri ile esas sözleşme değişikliklerinde Sermaye Piyasası Kurulu'nun uygun görüşünün, pay devirlerinde ise Kurul izninin alınmasını zorunlu kılmış ve bunlara ilişkin usul ve esasların Kurulca belirleneceğini hükme bağlamıştır. Bu fıkra uyarınca yapılan düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen devirlerin pay defterine kaydolunmayacağını ve bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtların hükümsüz olacağı öngörülmüştür.

²⁹¹ Detaylı bilgi için bkz.; Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan, Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurulu Kabul Tarihi: 16.6.2011 Karar Sayısı: 11-37/792-RM(5); <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016). Ayrıca bkz.; **Aslan**, (Rekabet Hukuku), s. 581 vd..

²⁹² Yasak birleşme veya devralma hakkında bkz.; **Akyüz**, s. 69 vd..

SPK. m.44/3'e istinaden Kurul, SPK III-39.1 sayılı Tebliği²⁹³ kabul etmiş ve sözü geçen Tebliğ'in 34. maddesi ile aracı kurumlara ilişkin aşağıdaki izin usulünü kabul etmiştir:

“(1) Bir kişinin aracı kurum sermayesinin veya oy haklarının %10'u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmek suretiyle aracı kurum ortağı olması veya bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin veya oy haklarının %10, %20, %33 veya %50 sini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri Kurul'un iznine tabidir.

(2) Aracı kurumda yönetim imtiyazı veren ya da intifa hakkı taşıyan payların devri herhangi bir orana bakılmaksızın Kurul iznine tabidir.

(3) Aracı kurumda pay sahibi bulunan tüzel kişilerin kendilerine ait pay devirleri, bu pay devirlerinin aracı kurumdaki pay sahipliğini doğrudan veya dolaylı olarak %10, %20, %33 veya %50 oranlarında değiştirmesi halinde, ayrıca tüzel kişinin aracı kurumla ilgili olarak yönetim imtiyazına sahip bulunduğu hallerde tüzel kişinin %10, %20, %33 veya %50 oranlarındaki ortaklık yapısı değişiklikleri veya imtiyazlı paylarının devrini içeren ortaklık yapısı değişiklikleri aracı kurumların faaliyet şartları bakımından Kurulun onayına tabidir. Aracı kurumların %10 undan fazlasına sahip tüzel kişilerin yönetim imtiyazına sahip paylarının devri de aracı kurumların faaliyet şartları bakımından Kurulun onayına tabidir.

(4) Bir kişinin, doğrudan veya dolaylı olarak, aracı kurum sermayesinin veya oy haklarının yukarıdaki oranlara ulaşmayan veya bu oranlar arasında kalan pay devirlerinde ise devri izleyen 10 iş günü içinde Kurula bildirimde bulunulur.

(5) Bankaların ortaklık yapısında doğrudan ya da dolaylı olarak meydana gelen değişiklikler için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun izninin bulunması durumunda, söz konusu pay devirlerine bağlı olarak aracı kurumun ortaklık yapısında oluşacak dolaylı değişiklik için, Bankacılık Düzenleme ve

²⁹³ RG. T. 30.05.2010, S. 28662.

Denetleme Kurumunun iznini izleyen 10 iş günü içinde Kurula bildirimde bulunulur.

(6) Bu maddeye aykırı olarak gerçekleştirilen devirler pay defterine kaydolunmaz ve bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür”.

Borsada işlem gören aracı kurumlarda payın devrine ilişkin Tebliğ’in 35. maddesi bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, payları halka arz edilen aracı kurumların borsada işlem gören payları için de bir kişinin aracı kurum sermayesinin %10 u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin %10, %20, %33 veya %50 sini aşması sonucunu veren pay edinimleri bu paylara bağlı temettü hariç ortaklık haklarının kullanılabilmesi bakımından Kurulun iznine bağlanmıştır. Payları borsada işlem gören aracı kurumların bir ortağına ait payların birinci fıkrada öngörülen oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinde ise Kurula 10 iş günü içinde bildirimde bulunulması gerekmektedir. Şu kadar ki bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin %10 unun altına düşmesi sonucunu verecek pay satışı durumunda, satış yapılmadan önce Kuruldan izin alınması zorunlu kılınmıştır²⁹⁴.

2. Portföy Yönetim Ortaklıklarına Yönelik

Portföy yatırım ortaklıklarının pay devirlerinde uygulanacak esaslar SPK II-55.1 Tebliği²⁹⁵ m. 24 ile düzenlenmiştir. Buna göre, bir kişinin Şirket sermayesinin %10’u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmek suretiyle Şirket ortağı olması veya bir ortağa ait payların Şirket sermayesinin %10, %20, %33 veya %50’sini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri Kurulun iznine tabidir.

Yönetime katılma haklarında imtiyaz veren veya üzerinde intifa hakkı tanınan payların devri herhangi bir orana bakılmaksızın Kurul iznine tabi kılınmış, bununla birlikte yönetime katılma haklarında imtiyaz veren veya üzerinde intifa hakkı

²⁹⁴ Fazlası için bkz. **Sevi**, s.149 vd..

²⁹⁵ RG.2.07.2013, S.28695.

tanınan payların çoğunluğuna sahip mevcut ortaklar tarafından bu nitelikteki payların devralınması halinde Kurula bildirim yeterli sayılmıştır.

Şirkette pay sahibi bulunan tüzel kişilerin kendilerine ait pay devirleri, bu pay devirlerinin Şirketteki pay sahipliğini doğrudan veya dolaylı olarak %10, %20, %33 veya %50 oranlarında değiştirmesi halinde, ayrıca tüzel kişinin Şirketle ilgili olarak yönetime katılma haklarında imtiyaza sahip bulunduğu hallerde tüzel kişinin tüm ortaklık yapısı değişiklikleri Şirketin faaliyet şartları bakımından Kurulun onayına tabidir. Şirketin %10'undan fazlasına sahip tüzel kişilerin yönetsel veya denetsel imtiyaza sahip paylarının devri de Şirketin faaliyet şartları bakımından Kurulun onayına tabi kılınmıştır²⁹⁶.

3. Yatırım Ortaklıklarına Yönelik

Gayrimenkul yatırım ortaklıkları, menkul kıymet yatırım ortaklıkları ve girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının pay devirlerinde esaslar SPK. III-48.1,III-48.2, ve III-48.3 tebliğleri ile birbirlerine koşut şekilde düzenlenmiştir. Buna göre GYO ile MYO'nun paylarının halka arzından önceki dönemde ortaklık paylarının devri herhangi bir oran söz konusu olmaksızın SPK iznine tabi kılınmıştır. Girişim sermayesi yatırım ortaklıkları bakımından ise, payların halka arz edilmesi veya nitelikli yatırımcıya devrinden önce, ortaklık sermayesinin %10'u ve daha çoğunu temsil eden payların devirleri ile herhangi bir orana bakılmaksızın imtiyazlı payların devirleri SPK iznine tabidir²⁹⁷.

4. Borsalar ve Merkezi Kayıt Kuruluşlarına Yönelik

Borsaların pay devirlerinde aranacak SPK onayına ilişkin düzenleme Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik²⁹⁸ m. 9'da bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, borsaların ve piyasa işleticilerinin esas sözleşme değişiklikleri, pay devirleri veya pay devri söz konusu olmasa dahi doğrudan veya dolaylı kontrol devri sonucunu doğuran her türlü işlem Sermaye Piyasası Kurulunun iznine tâbi tutulmuştur. Kurulun izin vermediği esas

²⁹⁶ Bkz. **Sevi**, s.152.

²⁹⁷ **Sevi**, s.153 vd.

²⁹⁸ RG. T. 19.07.2013, S. 28712.

sözleşme değişiklikleri, pay devirleri veya kontrol devri sonucunu doğuran işlemler borsa veya piyasa işleticisi üzerinde idari açıdan hüküm doğurmayacaktır. Bu hükme aykırı pay devirleri ortaklık pay defterine kaydolunmaz ve bu şekilde yapılan kayıtlar hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşır.

C. Bankacılık Kanunu Yönünden

Birleşmeye taraf kuruluşların genel kurullarınca verilen yetkiye dayanılarak yönetim kurullarınca düzenlenen ve imzalanan birleşme sözleşmesi taslağı ile yeni kurulacak bankanın ana sözleşme taslağı, gerekiyorsa Rekabet Kurumu ve SPK'dan izin alındıktan sonra BDDK'nın onayına sunulur. Buna ilişkin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 18. ve 19. maddelerinde bazı birleşme ve devralmaların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabi olacağı belirtilmiştir. 18. maddeye göre; *“Bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuzüç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri Kurulun iznine tâbidir.”* Yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi ise, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı yukarıdaki oransal sınırlara bakılmaksızın Kurulun iznine tâbidir. Kurulun izni alınmadan hükme aykırı olarak payların devredilmesi durumunda, bu paylara ait temettü hariç ortaklık hakları Fon tarafından kullanılır.

Yine Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde *“Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi*

kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz. Birleşme veya devir işleminin kesinleşmesini müteakip, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri devralan bankaya geçer ve devredilen kuruluşun tüzel kişiliği sona ererek kaydı Ticaret Sicilinden silinir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Hükmün ikinci fıkrasında ise uygulamaya ilişkin usul ve esasların Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmektedir. Bu hükmeye ilişkin 1.11.2006 tarihinde 26333 sayılı Resmi Gazete’de “*Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme Ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik*” yayımlanmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesinde Bankaların birleşme, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemleri Kurulun iznine tabi olduğu, bu izin için Kuruma verilecek başvuru dilekçesine, birleşme, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemlerine taraf olan banka veya finansal kuruluşlar tarafından, birleşme, devir, bölünme ve hisse değişiminden beklenen sonuçları analiz eden detaylı fizibilite raporu, birleşme, devir, bölünme ve hisse değişiminin yapıldığı tarihten itibaren üç yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini bilanço ile kâr ve zarar cetvelleri ekleneceği ifade edilmektedir. Ayrıca Kurum gerekli göreceği ilave bilgi ve belgeleri talep etmeye de yetkilidir.

D. Elektrik Piyasası Kanunu Yönünden

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m. 5/3’te piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin bazı işlemlerinin Kurul’un iznine tabi olduğu ifade edilmiştir. Buna göre; halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı değişikliklerinde Kurul’dan izin alınacaktır.

E. Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu Yönünden

4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca şirketlerin ana sözleşmelerinin değiştirilmesinde Müsteşarlığın uygun görüşü alınmalıdır. Müsteşarlıkça uygun görülmeyen değişiklik tasarılarının genel kurulda görüşülmesi mümkün değildir. Sicil memuru, Müsteşarlığın uygun görüşü olmadan ana sözleşme değişikliklerini Ticaret Siciline tescil edemez.

Hükmün devamında hangi oranda yapılacak devirlerin izne tabi olduğu açıklanmıştır. Buna göre; “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, şirketin sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya fazlasını temsil eden payları edinmesi ile bir ortağa ait payların şirket sermayesinin yüzde onunu, yüzde yirmisini, yüzde otuzüçünü ya da yüzde ellisini aşması sonucunu doğuran hisse edinimleri ile bir ortağa ait payların söz konusu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran hisse devirleri Bakanlığın iznine tâbidir. Oy hakkı edinilmesi ile hisselerin rehnedilmesinde de bu hüküm uygulanır. Yönetim ve denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren veya intifa hakkı tanınan hisse senetlerinin devri, yukarıdaki oransal sınırlara bakılmaksızın Müsteşarlığın iznine tâbidir.*”

Diğer yandan şirketin tüm aktif ve pasiflerini diğer bir emeklilik şirketine devretmesi ya da bir veya birkaç emeklilik şirketi ile birleşmesi de Müsteşarlığın iznine tâbidir.

Şirket sermayesinin yüzde on ve daha fazlasına sahip olan tüzel kişilerin sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen oranlar veya esaslar dâhilinde el değiştirmesi Müsteşarlığın iznine tâbidir. İzin devralan ortağın kurucularda aranan şartları taşıması kaydıyla verilebilir. Bu fıkra hükmü tüzel kişi ortağın yönetim ve denetimini belirleyen sermaye paylarının bir başka tüzel kişiye ait olması halinde, gerçek kişi ortak ya da ortaklara ulaşıncaya kadar uygulanır.

Hükmün son kısmında bu düzenlemeye aykırı olarak yapılan tescil işlemlerinin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir.

F. Radyo ve Televizyon Yayın Kuruluşları Yönünden

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (RTK) m. 20 hükmüne göre;

“(1) *Yayın lisansı verilen bir anonim şirketin hisse devirleri, devir tarihinden itibaren otuz gün içinde, ortakların ad ve soyadları ile hisselerin devri sonucunda oluşan ortaklık yapısı ve oy payları hakkındaki bilgilerle birlikte Üst Kurula bildirilir.*

(2) Şirket devir veya birleşme işlemlerinden önce Üst Kuruldan gerekli bilgi ve belgelerle izin alınması ve devir veya birleşme işleminin gerçekleşmesinden sonra otuz gün içinde Üst Kurula bildirim zorunludur.

(3) Hisse devri, şirket devri ve birleşme işlemleri sonucunda oluşacak şirket yapısında bu Kanunda öngörülen hususlara aykırılık bulunması hâlinde, Üst Kurulun doksan günü geçmemek üzere vereceği süre içinde bu aykırılığın giderilmesi zorunludur. Aksi hâlde ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı iptal edilir.

(4) Birleşme, devralma ve nama yazılı olan hisselerin devirlerinde 19 uncu madde hükümleri, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri ile 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır”.

Ayrıca RTK m. 19 da pay devirlerinde de nazara alınması gereken kuruluş ve hisse oranlarına yönelik bir dizi sınırlama içermektedir.

§ 7. SÖZLEŞME KOŞULLARININ OLUMSUZ DEĞİŞMESİ

I. Genel Olarak

Teşebbüs satış sözleşmelerde sözleşmenin imzalanması ile tasarrufi işlemlerin farklı nedenlerden ötürü araya fasıla girerek gerçekleşiyor olması, aynı zamanda çeşitli riskleri barındırmaktadır. Yaşayan bir organizma olarak teşebbüs sürekli değişime tabidir. Sürekli maddi varlıklar edinilmekte ve devrolunmakta, alacakları oluşmakta ve tahsil edilmekte ve yükümlülükleri oluşmakta ve ifa edilmektedir. Satış sözleşmesinin kurulması ile tasarrufi işlemlerinin icrası arasındaki fasılda hedef teşebbüste önemli değişiklikler oluşabilmektedir. Bu süreçte, teşebbüste faaliyetlerden kaynaklı değişiklikler olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilecektir. Diğer taraftan teşebbüsle bağlantılı dış koşullarda meydana gelen olumsuz gelişmelerden de teşebbüsün etkilenmesi söz konusu olacaktır.

Teşebbüsteki menfi değişiklikler çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, hasılat ve kar gerilemesi (talep daralması, genel veya sektörel ekonomik krizin baş

göstermesi, maliyet artışları vb.), ürün sorumluluğu durumları, patent ihlalleri veya idari para cezaları gibi yeni yükümlülüklerin oluşması, hukuki çerçevenin değişmesi veya önemli mal varlıklarında negatif gelişmeler (iş yeri yangını vb.) bu bağlamda sayılabilir²⁹⁹. Diğer taraftan genel grev, savaş ve terör olayları gibi mücbir sebeplerden dolayı da teşebbüste menfi değişiklikler oluşabilmektedir. Bu olumsuz gelişmelerin hepsinin de kapanış mali tablolarına yansımaları söz konusu olmayacaktır.

Türk hukunda olduğu gibi çoğu hukuk düzeninde ise kanuni sözleşmenin uyarlanması düzenlemeleri (TBK m. 138) ağır koşullara tabidir veya burdaki amaca hizmet etmeyebilecektir.

İşte bu nedenlerle teşebbüs satış sözleşmelerinde, imza ile tasarrufi işlemlerin yerine getireleceği tarihler arasında oluşacak risklerin taraflar arasında ölçülü şekilde paylaşılmasına hizmet eden klozlara yer verilmektedir.

Bu bağlamda teşebbüs satış sözleşmelerinde yer alan klozlar, faaliyetlerin yürütülüş tarzına ilişkin olan Conduct-of-Business klozu (Going-Concern-Clause olarak ta anılmakta) ve değişen koşullara uyarlamaya ilişkin Material-Adverse-Change klozudur (MAC-Clause).

II. Conduct-of-Business Klozu

Bu kloz ile satıcı konumundaki paydaş, imza ile tasarrufi işlemlerin gerçekleşeceği tarih arasında geçecek sürede, hedef teşebbüsün mutad faaliyeti aşar nitelikte olağanüstü faaliyetleri yürütmeyeceğine ilişkin taahhütte bulunmaktadır. Teşebbüsün hangi tür faaliyetlerinin “olağanüstü faaliyet” kapsamında kalacağı, taraflarca katalog halinde belirlenebilmektedir³⁰⁰.

Bu türden taahhütlere genellikle alıcıdan izin ve talimat alma yükümlülükleri de eklenmektedir.

²⁹⁹ **Henssler**, Martin, Material Adverse Change-Klauseln in deutschen Unternehmenskaufverträgen (r) eine Modeerscheinung, in; **Baums**, Theodor/**Lutter**, Marcus/**Schmidt**, Carsten/**Wertenbruch**, Johannes (Edit.), Festschrift Für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, s. 740.

³⁰⁰ **Schrader**, Nikolaus, in; **Seibt**, s. 230 vd.

İzin alma yükümlülüğünde, olağanüstü faaliyet kapsamında kalan işler önceden alıcıya bildirilecek ve onun yapılacak işe izin vermesi beklenecektir. Sözleşmelerde izin alma ihtirazi kaydının, mutad faaliyet kapsamında değerlendirilebilecek belli halleri de kapsayacak şekilde geniş formüle edilmesi de söz konusu olabilmektedir³⁰¹.

Talimat alma yükümlülüğünde ise, alıcıya hedef teşebbüsün idaresiyle ilgili açıklayıcı genel nitelikte talimatlar vermesine ve/veya belli iş idaresi önlemleri alınmasını talep etmesine olur verilmektedir. Bu türden bir kaydın formülasyonunda şirketler hukuku yönünden sınırlamaların da nazara alınması gerekir³⁰².

III. Material-Adverse-Change Klozu

Teşebbüs satış sözleşmelerinde yaygın olarak kullanılan MAC klozu (Material-Adverse-Effect-Clause, MAE olarak ta anılmakta), Anglo-Amerikan hukuk sistemi sözleşme uygulamasının bir parçasıdır.

Bu klozun temel düzenleme amacı, teşebbüsün sözleşmenin imza aşamasındaki genel durumunun sonradan ortaya çıkan nedenlerle önemli ölçüde menfi değişime uğraması ihtimaline binaen hukuki sonuçlarının sözleşmesel olarak ortaya konmasıdır. Bu türden klozlar, satıcı açısından dezavantaj teşkil ettiğinden, özellikle kendi hakimiyet alanı dışındaki hallere ilişkin (ör. ekonomik kriz) düzenlemeleri satıcıların kabul etmesi zorlaşmaktadır.

Nelerin “önemli ölçüde menfi değişim” kapsamında olduğu detaylı olarak katalog halinde sayılabileceği gibi, genel bir formülasyonla da yetinilebilecektir. Detaylı düzenleme hallerinde, subjektif değerlendirme kriterlerinden (ör. beklenebilirlik) uzaklaşılarak mahkemelerin soyut genel değerlendirmesine açık kapı bırakılacaktır³⁰³. Uygulamada sıklıkla MAC klozu halleri detaylı sayımdan önce genel olarak ta formüle edilmektedir. Bunun nedeni katalog içerisinde

³⁰¹ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 423.

³⁰² **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 424.

³⁰³ **Picot**, in; **Picot**, § 4 Rn. 467.

sayılamamış benzer durumların da kloz kapsamına alınmak istenmesinden kaynaklanmaktadır³⁰⁴.

Detaylı formülasyonda rakamsal kriterler getirilebilir. Örneğin, “negatif değişim hedef teşebbüsün dönem karının vergiler düşülmeden önceki % 5’ini aşması halinde”. Rakamsal kriterler, sözleşmenin başından itibaren nelerin önemli ölçüde menfi değişim kapsamında olduğunu objektif olarak belirlediğinden, hukuki güven açısından tercihe şayandır³⁰⁵. Bunun yanında önemli menfi değişiklik olarak düzenlenen bir hale getirilen zamansal (ör. grevin bir aydan fazla sürmesi) ve mekansal (ör. yurt dışındaki yavru şirketin koşullarının menfi değişikliğe uğramasında yurt içindeki ana şirket satışının bundan etkilenmeyeceği) sınırlamalar da yine objektifliği temin etmektedir³⁰⁶. Sözleşmede ayrıca hangi hallerin önemli menfi değişiklik kapsamında telakki edilemeyeceğinin katalog halinde sayılarak sınırlamalar getirilmesi, muğlak ve genel ifadelerin pratikte alıcının sözleşmeden dönme serbestisine dönüşmesine engel oluşturacaktır³⁰⁷.

Genel formülasyonların yorumunda menfi değişimin beklenebilir bir makul seviyede kalıp kalmadığı değerlendirilmesi yapılacaktır.

Büyük çaplı devralmalarda ayrıca MAC klozunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkması ihtimalinde, bağımsız üçüncü kişiden rapor alınması kararlaştırılabilmekte ve bu yönde usul hükümleri düzenlenmektedir³⁰⁸.

MAC klozunun hukuki sonuçları olarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ve alıcı açısından sözleşmeden dönme imkanı, satış bedelinden indirim veya tazminat düzenlemeleri getirilmektedir. Sözleşmenin uyarlanması ve alıcının sözleşmeden dönme imkanının, teşebbüs satış sözleşmelerine genel olarak ölçsüzlük ve belirsizlik kattığı bir gerçektir. Özellikle MAC klozlarında sıklıkla

³⁰⁴ **Schleifer**, Patrick, No Material Adverse Change, in; **Tschäni**, Rudolf (Edit.), Merger & Acquisitions IV, Zürich 2004, s. 62.

³⁰⁵ **Schleifer**, in; **Tschäni**, s. 63.

³⁰⁶ **Picot**, in; **Picot**, § 4 Rn. 467.

³⁰⁷ **Haberstock**, Otto, Risikoverteilung im Unternehmenskauf, in; **Birk**, Dieter (Edit.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath+Partners, München 2008, s. 37 vd.

³⁰⁸ **Schleifer**, in; **Tschäni**, s. 64.

yer verilen sözleşmeden dönme imkanında alıcı, kendisine sunulan hareket alanında sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanmamakta serbest kalmakta ve bu sayede de önemli bir baskı aracına sahip bulunmaktadır. Bu nedenle satıcının, alıcının sözleşmeden dönme imkanının ağırlaştırılmasında ve somut kriterlere oturtulmasında haklı bir menfaati söz konusudur³⁰⁹.

Satıcının tasarrufi işlemlerin yerine getireleceği tarihe kadar teşebbüste önemli menfi değişikliklerin olmayacağını ayrıca bir garanti açıklaması şeklinde taahhüt etmesi halinde, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren haller ile garanti beyanları arasında kümülasyon meydana gelmektedir. Teşebbüs satış sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan böyle durumlarda, alıcı en güçlü konuma kavuşmaktadır³¹⁰. Özellikle kümülasyon söz konusu ise, önemli ölçüde menfi değişim hallerinin somut kriterlere oturtulmuş olması önem arz edecektir.

Diğer taraftan MAC klozları sıklıkla bir geciktirici veya bozucu şart olarak ta düzenlenebilmektedir³¹¹. Burada borçlandırıcı işlem olduğu kadar tasarrufi işlem de (yani payların mülkiyetinin geçişi), önemli ölçüde menfi değişimin belli bir zamanı dilimi içerisinde oluşması veya oluşmaması doğrultusunda şarta bağlanabilecektir³¹².

§ 8. SATICININ TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

I. Genel Olarak

Teşebbüs satışlarında her iki taraf taraf ta maddi açıdan belli riskler altına girmektedir. Satıcı, çoğu zaman malvarlığının önemli sayılabilecek bir kısmını devreder durumda olduğundan, onun açısından satış bedelinin bilahire tazminat taleplerine ilişkin olarak takas beyanına uğrayarak azalması veya sözleşmeden dönme imkanı nedeniyle ortadan kalkması arzu edilen bir durum değildir. Diğer

³⁰⁹ **Picot**, in; **Picot**, § 4 Rn. 480.

³¹⁰ **Picot**, in; **Picot**, § 4 Rn. 484.

³¹¹ Geciktirici şartta, bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmıştır (TBK m. 170/1). Bozucu şartta ise, sözleşmenin sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmıştır (TBK 173/1). Şarta bağlı borçlar için bkz.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 353 vd.

³¹² **Picot**, in; **Picot**, § 4 Rn. 482.

tarafından alıcı da teşebbüsün ileride pazarda tutunmasını ve dolayısı ile teşebbüsün değerini koruması riskini taşımaktadır³¹³.

Ayıp bağlamında teşebbüsteki hususiyet, nevi şahsına münhasırlıktır. Bir teşebbüs faaliyete geçmeyle birlikte “ikinci el” olarak tanımlanabilir. Özellikle teşebbüse özgülenmiş eşyalar kullanılmış niteliktedir. Aynı şekilde belli olgular oluşmuştur ki - özellikle dış çevreyle ilişkiler yönünden-, artık faaliyete geçtiği zamandaki haliyle aynı değildir. O, bu zamana kadarki faaliyetleri neticesinde şekillendirilmiş bir yapıya sahiptir³¹⁴.

Devralınan teşebbüsün tüm yönleriyle devralınan beklentilerini karşılıyor olması, her zaman gerçekleşmeyebilmektedir. Bu noktada hukuki bir mesele olarak şu soru gündeme gelmektedir. Devralan, acaba teşebbüsü satın alırken yanlış iş yapmış mı kabul olunacak ve dolayısı ile bunun menfi sonuçlarıyla yaşamak zorundadır veya bundan satıcıyı sorumlu tutabilecek midir³¹⁵?

Teşebbüs satışı niteliğindeki pay satışlarında, satıcının aynı zamanda teşebbüsün bizatihi kendisinde olan ayıpları da tekeffül ettiğine daha önce değinmiştik³¹⁶. Bu itibarla satıcının, sözleşmenin icrasından sonra (kapanış sonrası), onun teşebbüsü satın alma kararında etken olan, teşebbüsün finansal durumu veya karlılığı gibi önemli hususların teşebbüste bulunmadığının ortaya çıkarması halinde, alıcıya karşı hangi haklara sahip olduğu sorusu gündeme gelecektir³¹⁷.

Bu aşamada devreye girebilecek olan yasal ayıp ve zapt sorumluluğu hükümleri her zaman amaca hizmet etmediği gibi, bazı unsurlarının teşebbüs satışları yönünden uygulama kabiliyeti bulunmayabilmektedir. Bu nedenlerle teşebbüs satış sözleşmelerinde yerleşik bir uygulama olarak taraflar, ayıptan ve zapttan sorumluluk hallerini satıcının tekeffül etmesi veya bu hususlarda garanti vermesini, sorumluluğun hukuki sonuçlarını ve zamanaşımını sözleşmesel olarak ayrıntılı bir

³¹³ **Krecek**, Thomas, Die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf nach deutschem und englischem Recht, Köln 2001 (yayınlanmamış doktora tezi), s. 8.

³¹⁴ **Pfeifer**, s. 24.

³¹⁵ **Krecek**, s. 8.

³¹⁶ Bkz.; Birinci Bölüm § 2.

³¹⁷ **Böckli**, in; **Tschäni**, s. 61.

şekilde düzenlemektedirler. Bu haliyle teşebbüs satış sözleşmelerinde yasal ayıptan sorumluluk haricinde bağımsız bir sorumluluk sistemi oluşturulmaktadır.

Teşebbüsteki ayıplarla ilgili olarak aşağıdaki hukuki sorulara cevap aranması gerekmektedir³¹⁸;

- i. Teşebbüsteki hangi niteliklerin teamül gereği bulunması gerekli olup, bu sayede bunların var olması otomatik olarak satıcının tekeffülü altındadır?
- ii. Tamamlayıcı nitelikteki yasal ayıptan sorumluluk hükümlerinin neleri kapsam altına almaktadır ve hangi ölçüde bu hükümlerden ayırık düzenlemeler getirilebilir?
- iii. Sözleşmeden dönme veya indirim gibi hukuki başvuru yollarının bir ayıplı devralmada fiili olarak uygulanma kabiliyeti nasıl olacaktır?
- iv. Satıcının ayıplarla ilgili garanti beyanları, vaat beyanlarından hangi hususlarda ayrılmaktadır?
- v. Diğer sözleşmesel uzlaşmaların alıcıya sağladıkları hakların mahiyeti nedir?

Bu noktada belirtmek gerekir ki bir sözleşme, bir teşebbüsün mevcut durumunu tüm detaylarıyla ve farklı fonksiyonel bağlantıların hepsini yansıtacak şekilde oluşturulamayacaktır. Zira satış konusu olan teşebbüs hem çok boyutlu hem de karmaşık yapıdadır³¹⁹. Sözleşmede olabildiğince eksiksiz formülasyona ulaşılması, çoğunlukla satıcının menfaatine de değildir. Aksi takdirde o, küçük bir sorun mahiyetinde olsa bile, teşebbüsün her zayıf noktasını işaret etme durumunda kalmaktadır. Ayrıca satıcı, kendisinin dahi sonuçlarını tam olarak kestiremediği durumlara ilişkin garanti vermektense kaçınmaya çalışacaktır³²⁰.

II. Yasal Tekeffül Sorumluluğu

A. Satıcının Zapttan Sorumluluğu

Teşebbüs satın almalarında satışın konusu bizatihi teşebbüsün kendisi olduğundan, şartların mevcut olması halinde, satıcı sadece satın alınan paylara

³¹⁸ Böckli, in; Tschäni, s. 61 vd.

³¹⁹ Pfeiler, s. 18.

³²⁰ Pfeiler, s. 18.

ilişkin değil, aynı zamanda teşebbüsün aktifinde yer alan münferit unsurlarından birindeki zapt niteliğindeki hukuki ayıplardan da taşınır satışına ilişkin zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilecektir³²¹.

TBK'nin 214/1. maddesinde satıcının zapt nedeniyle sorumluluğuna ilişkin olarak, "*Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Satıcın zapttan sorumluluğu, söz konusu hüküm ışığında, satış sözleşmesine konu malın, üçüncü kişinin üstün hakkı dolayısıyla alıcının elinden tamamen veya kısmen alınmasına dayalı olarak satıcının sorumlu olmasını ifade eder³²² ve satıcının mülkiyeti geçirme borcuna aykırılığa ilişkin yaptırımını teşkil eder³²³. Nitekim üçüncü kişi kendi mülkiyetini iddia ederek satılanı zapt eder veya alıcının mülkiyet hakkını ihlal eden bir hak ileri sürerse satıcı mülkiyeti nakil borcunu tamamen veya kısmen yerine getirmemiş olur³²⁴.

Bu doğrultuda örneğin, devre konu bir anonim şirkete ait pay senedi üzerinde üçüncü kişilerin devri engelleyen veya sınırlayan aynı haklarının bulunması halinde zapta karşı tekeffül hükümleri devreye girebildiği gibi³²⁵, bir nakliyat şirketinin devraldıktan sonra, şirkete ait gözüken tırlardan birinin zaptı durumunda da zapta karşı tekeffül hükümleri devreye girecektir^{326, 327}.

³²¹ **Vischer**, Markus, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SZJ 2005, s. 237.

³²² Bkz. **Tandoğan**, s. 148; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 107; **Bilge**, s. 64; **Aral/Ayrancı**, s. 95; **Eren**, Borçlar Özel, s. 107. Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay 13. HD, E. 2014/13018, K. 2014/19706, T. 19.6.2014, **Kazancı İçtihat Bankası**.

³²³ **Aral/Ayrancı**, s. 95; **Tandoğan**, s. 148; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 108. Satıcının zapt nedeniyle sorumluluğu kusura dayanmaz. Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay 13. HD, E. 2014/13018, K. 2014/19706, T. 19.6.2014, **Kazancı İçtihat Bankası**.

³²⁴ Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**. "... Satılanın zapt edilmesi ve zapt edilme tehlikesi, satımın konusu olan eşyaya ait hukuki bir ayıp niteliğindedir..." Yargıtay 13. HD, E. 2014/13018, K. 2014/19706, T. 19.6.2014, **Kazancı İçtihat Bankası**.

³²⁵ **Vischer**, (Rechtsgewährleistung), s. 238.

³²⁶ Aynı hükümleri ihtiva eden İsviçre Hukuku Yönünden **Vischer**, teşebbüs satışlarında teşebbüsün aktifinde yer alan münferit unsurların birinde oluşan zapt durumlarıyla ilgili olarak devredenin hem zapta karşı tekeffül hükümleri hem de ayıba karşı tekeffül hükümleri doğrultusunda sorumlu tutulabileceği görüşündedir. Bkz.; **Vischer**, (Rechtsgewährleistung), s. 237.

Zapttan sorumluluk, TBK m. 112 hükmüne dayalı olarak, satıcının kötü ifasına bağlı genel sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Alıcı, zapttan sorumluluk ya da TBK m. 112'ye sorumluluğa yarışmalı olarak başvurabilmek imkanına sahiptir³²⁸.

Satıcının sorumluluğunu doğuran zaptın tam veya kısmi olarak gerçekleşmesi mümkündür. Tam zapt halinde, üçüncü kişinin mülkiyet hakkını ileri sürerek satılanı alıcıdan tamamen alması ve bu sayede üstün hakkı dolayısıyla alıcının satılandan faydalanmasını tamamen engellemesi söz konusu olurken; kısmi zapt halinde alıcının satılandan faydalanması ve satılan üzerindeki hak sahipliğinin sınırlandırılması durumu ortaya çıkar³²⁹.

Zapttan sorumluluk, kanundan kaynaklanmakta ise de emredici nitelikte değildir. Bu sebeple taraflar arasındaki sözleşmede öngörülmemiş olsa da zapt nedeniyle satıcının sorumluluğuna gidilebilir; ancak tarafların satış sözleşmesinde zapttan sorumluluğu kaldırmaya ya da sınırlandırmaya yönelik anlaşma yapmaları³³⁰ da mümkündür³³¹.

Satıcın zapt nedeniyle sorumluluğunun³³² ortaya çıkabilmesi için öncelikle geçerli bir satış sözleşmesinin bulunması, satılanın alıcıya teslim edilmesi³³³ ve en

³²⁷ *Pash'ya* göre teşebbüsün münferit unsurlarında zapt durumunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Bkz.; **Pash**, s. 289 vd..

³²⁸ **Tandoğan**, s. 148; **Gümüş**, s. 54; **Bilge**, s. 65. Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İctihat Bankası; İctihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İctihat Bankası**.

³²⁹ **Aral/Ayrancı**, s. 95; **Gümüş**, s. 56; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 112.

³³⁰ Zapttan sorumluluğa ilişkin düzenleme, yukarıda ifade edildiği üzere, emredici nitelikte olmadığından, tarafların sorumluluğu anlaşma ile kaldırabilmeleri olanaklıdır. Ancak TBK m. 214/3 uyarınca satıcının, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğun kaldırılmasına ya da sınırlandırılmasına ilişkin yapılmış olan anlaşmalar kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur.

³³¹ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 108; **Tandoğan**, s. 148-149; **Aral/Ayrancı**, s. 102. Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İctihat Bankası; İctihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İctihat Bankası**.

³³² Zapt nedeniyle sorumluluk TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. **Tandoğan**, s. 162-163; **Gümüş**, s. 57; **Feyzioğlu**, s. 269; **Bilge**, s. 71. Ayrıca bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 147.

³³³ Üçüncü kişinin üstün hakkının, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra; ancak malın alıcıya teslim edilmesinden önce ortaya çıkması üzerine satıcının ifayı gerçekleştirememesi bakımından zapt nedeniyle sorumluluğun ortaya çıkması mümkün olmaz. Bu halde, TBK m. 112 hükmüne dayalı olarak sorumluluğa gidilebilir. **Tandoğan**, s. 151; **Gümüş**, s. 56; **Bilge**, s. 66-67; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 110. "... Satılan mal alıcıya teslim edilmiş bulunmalıdır. Zapta karşı tekeffül borcu ikincil (tali) nitelikte bir borç olduğundan, satılanın teslim edilmemesi durumunda, alıcı, yalnızca mülga 818 sayılı BK. m. 96 ve ardından gelen hükümlere dayanarak satıcıya başvurabilir. Üçüncü kişinin hak iddiasını alıcıya karşı ileri sürebilmesi, ancak satılanın alıcı tarafından teslim alınması durumunda söz konusu olabilir. Açıktır ki, satılan henüz satıcının elinde bulunuyorsa, üçüncü kişinin hak iddiasını alıcıya değil, satıcıya yönelmesi gerekir. İşte böylece üçüncü kişi satılana el koymuş olursa, alıcı, zapta karşı tekeffül kurallarına

geç üçüncü kişinin satış sözleşmesinin kurulduğu anda üçüncü kişinin zaptı sağlayan üstün bir hakkının mevcut olması gereklidir³³⁴. Üçüncü kişinin üstün hakkı, mülkiyet ya da rehin ve intifa hakkı gibi sınırlı aynı hak veya tapuya şerh edilmiş kişisel bir hak olabilir³³⁵. Sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için ayrıca alıcının, sözleşmenin kurulması anında satılan üzerinde üçüncü kişinin üstün hakkının varlığını; diğer bir ifade ile zapt tehlikesi bilmemesi aranır. Alıcı bu şekilde, zapt tehlikesini bilerek taraflar arasında sözleşme kurulmuşsa satıcının zapttan sorumluluğu, buna ilişkin ayrıca sorumluluğu üstlenmeye yönelik taahhütte bulunması halinde ortaya çıkabilir³³⁶⁻³³⁷ (TBK m. 214/2).

Diğer yandan, satıcının sorumlu tutulabilmesi için sadece üçüncü kişinin üstün hakkının varlığı yeterli değildir; ayrıca kural olarak, üçüncü kişinin harekete geçerek zapta girişmiş olması ve buna ilişkin olarak dava açmış olması gerekir.

dayanamaz. Satıcı, ancak borca aykırılıktan ötürü, mülga 818 sayılı BK. m. 96 ve ardından gelen hükümler uyarınca sorumlu tutulabilir..." Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İçtihat Bankası; İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**.

³³⁴**Zevkliler/Gökyayla**, s. 142; **Bilge**, s. 66-67; **Gümüş**, s. 55; **Feyzioğlu**, s. 251-252; **Tandoğan**, s. 151 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 107; **Aral/Ayrancı**, s. 97. "... Satıcının zapta karşı sorumlu olabilmesi için, satım konusu mal üzerinde üçüncü kişilerin ileri sürdükleri haklar, satım sözleşmesinin kurulmasından önce kazanılmış ve sözleşmenin yapılması sırasında da mevcut olmalıdır (mülga 818 sayılı BK. m. 189/1). Sözleşmenin kurulmasından sonra, üçüncü kişilerin satım konusu mal üzerinde hak kazanmaları karşısında, artık zapta karşı yükümlenme dolayısıyla değil, satıcının borca aykırı davranışı dolayısıyla (mülga 818 sayılı BK. m. 96 vd.; 6098 sayılı TBK. m. 112 vd.) sorumluluğu yoluna başvurulabilir..." Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İçtihat Bankası; İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**.

³³⁵**Tandoğan**, s. 151-152; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 142; **Bilge**, s. 67; **Aral/Ayrancı**, s. 95. "... Üçüncü kişinin satılan şey üzerinde zaptı sağlayacak bir hakkı bulunmalıdır. Şeyin tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet, rehin hakkı, intifa veya taşınmazlarda öteki irtifak hakları, tapu siciline şerh verilen şahsi haklar (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.919) zaptı sağlayacak haklardandır.

Üçüncü kişinin satım konusu mal üzerinde ileri sürdüğü hakkın zaptı sağlayacak çeşitten, yani nesnel (aynı) bir hak ya da tapu siciline şerh verilerek üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek hale getirilmiş bir kişisel hak olması gerekir. Bu nedenle yalnız kişisel haklara dayanılarak ya da hiç bir hakka dayanılmaksızın yapılan zaptlardan satıcı sorumlu değildir. Ancak sözleşmenin kurulması sırasında var olan nesnel haklarla, tapu siciline şerh edilmiş kişisel haklar yönünden bu sorumluluk söz konusudur..." Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İçtihat Bankası; İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**.

³³⁶**Tandoğan**, s. 155; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 142; **Aral/Ayrancı**, s. 98; **Feyzioğlu**, s. 253; **Berki**, s. 13. Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İçtihat Bankası; İçtihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**. TBK m. 214/2'de alıcının zapt tehlikesini bilmesi ifadesine yer verilmiş olmakla, esas itibarıyla bilmesi gerektiği haller bakımından sorumluluğa gidilmesi mümkündür. Ancak dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde bilgi sahibi olmaktan kaçınıldığı hallerde de sorumluluğun kalkacağı kabul edilmektedir. **Gümüş**, s. 56.

³³⁷Alıcının zapt tehlikesini sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenmesi halinde, satıcının zapt nedeniyle sorumlu tutulmasına engel olmaz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 115.

Ancak dava açılmamış olsa da TBK m. 216/3 hükmü uyarınca alıcının, satılanı üçüncü kişiye vermiş olması halinde, satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmek suretiyle satıcının zapttan kaynaklanan sorumluluğa başvurabilmesi olanaklıdır³³⁸.

Üçüncü kişi, alıcıya karşı üstün hakkını dava yoluyla ileri sürdüğünde, alıcı açılan davayı satıcıya bildirmekle külfeti altındadır³³⁹. TBK m. 215/1 uyarınca, satıcı, yapılan bildirim üzerine durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır. Yapılan bildirim neticesinde, satıcı, davaya katılarak ya da takip ederek gerekli savunmayı yapsa da yapmasa da mahkemece verilen karar satıcıyı da bağlar³⁴⁰. Ancak TBK m. 215/2 uyarınca satıcı, yargılama neticesinde alıcının aleyhinde verilen hükmün, alıcının ağır kusuru yüzünden verildiği ispat ederek kendisi için bağlayıcı olması sonucunun doğumunu engellemek imkanına sahiptir. Alıcının, kendisine yüklenemeyen bir sebeple davayı satıcıya zamanında veya hiç ihbar etmemesi durumunda ise satıcı, dava zamanında

³³⁸ **Gümüş**, s. 59; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 112; **Aral/Ayrancı**, s. 98; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 143. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, s. 154-155. "... üçüncü kişiye malı terketmek zorunda olduğunu kanıtlayan, satıcıya karşı sözleşmeden doğan yasal haklarını kullanabilir. Üçüncü kişinin tamamen haklı görüldüğü durumlarda, alıcının BK. Md. 189'a dayanabilmek için, kendisine dava açılmasını beklemeye zorlanması haklı sayılamaz. Nitekim, maddi ve hukuki olgulara göre dava neticesinde mal alıcının elinden alınacağı belirgin ise, alıcıyı gereksiz bir sonuca tabi tutmak, zararın artmasına neden olur ki, bu yön yasaca üstün görülemeyeceğinden ayrı, bu doğrultuda bir savda M.K. Md.2'ye aykırılık oluşturacağına asla duraksanamaz. O nedenle az yukarıda açıklananlar altında bir değerlendirme yapıldığında, Traktörün davacının elinden alınması olgusunda, zaptın yasal koşullarının gerçekleştiğinin kabulü zorunludur..." Yargıtay HGK, E. 2000/13-924, K. 2000/946, T. 7.6.2000, **Kazancı İctihat Bankası**. "... alıcının herhangi bir davaya muhatap olmadan satılanı üçüncü şahsa bırakması halinde, tekeffül hükümlerine başvurması mümkün değildir...

Tekeffülün ihbar ve ispat külfeti olmak üzere iki şekil şartı bulunmaktadır. Satıcının zapta karşı tümüyle sorumlu tutulabilmesi için, alıcı üçüncü kişiler tarafından mala ilişkin olarak aleyhine açılan davaları satıcıya ihbar etmelidir. Eğer buna uyulmazsa, satıcı, dava kendisine ihbar edilseydi ne derece elverişli bir sonuç sağlayacak olduğunu kanıtladığı oranda sorumluluktan kurtulur (mülga 818 sayılı BK. m.190/3; 6098 sayılı TBK. m. 215). Dolayısıyla alıcının davayı hiç veya vaktinde ihbar etmemesi halinde, satıcı kendisine zamanında haber verilmiş olsa idi ne dereceye kadar daha elverişli bir sonuç elde edebileceğini ispat ederse sorumluluktan o derecede kurtulur. Demek ki, ihbarın yapılmaması halinde, alıcının hakları mutlaka tamamen ortadan kalkmamakta, alıcı ancak satıcı daha elverişli sonuç alınacağını ispat ettiği takdirde ve oranda bu hakları kaybetmektedir.

İspat külfeti yönünden hukukumuzda dava dışı zapt olayının ispatı kabul edilmediğinden, alıcı zapt durumunu mahkeme kararı ile ispatlayabilecektir..." Yargıtay HGK, E. 2013/13-1352, K. 2015/874, T. 25.2.2015, **Kazancı İctihat Bankası; İctihat Bankası**; Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, **Kazancı İctihat Bankası**.

³³⁹ **Bilge**, s. 68; **Tandoğan**, s. 155; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 144; **Berki**, s. 13; **Gümüş**, s. 58; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 113.

³⁴⁰ **Tandoğan**, s. 157; **Aral/Ayrancı**, s. 99; **Bilge**, s. 68; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 113; **Gümüş**, s. 58.

bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulmak imkanına sahip olur (TBK m. 215/3).

Zapt halinde alıcının sahip olduğu haklar ve zaptın sözleşmeye olan etkisi, zaptın tam ve kısmi olmasına göre ayrıma tabi tutularak belirlenmiştir:

Tam zapt halinde, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olur³⁴¹ (TBK m. 217/1). Sözleşmenin sona ermesi geçmişe etkili olarak gerçekleşir ve alıcının dönme bildiriminde bulunmasına gerek yoktur³⁴². TBK m. 217/1 hükmünde satıcının sorumluluğun kapsamı içerisinde alıcının hakları belirlenmiştir. Buna göre, satıcı öncelikle satış bedelini faizi ile birlikte iade etmelidir (TBK m. 217/1-b. 1). Burada öngörülen faiz anapara faizidir³⁴³ ve bedelin ödendiği tarihten başlar³⁴⁴. Satıcının, kendisine ödenmiş olan bedeli faiz getiren işlerde kullanıp kullanmadığının bir önemi olmadığı gibi, alıcının da bu para kendisinde kalsaydı bunu faiz getiren işlere yatırıp yatırmayacağını bir önemi yoktur³⁴⁵. Ancak alıcının satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri, satış bedeli ve faizden indirilir. Alıcı, satılana ilişkin olarak yaptığı üçüncü kişiden isteyemeyeceği masrafların giderilmesini talep edebilir³⁴⁶ (TBK m. 217/1-b. 2). Öte yandan alıcı, davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri talep etmek hakkına sahiptir (TBK m. 217/1-b. 3). Yargılama giderlerinin neler olabileceği somut davaya göre değişiklik gösterir. Yargılama giderleri, üçüncü kişi ile alıcı arasındaki davaya ilişkin giderlerdir³⁴⁷. Ayrıca alıcı, satılanın tamamen elinden alınması yüzünden

³⁴¹ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 117; **Aral/Ayrancı**, s. 100; **Gümüş**, s. 61. Sözleşmenin geleceğe etkili olarak sona erdiği yönünde bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 115.

³⁴² **Aral/Ayrancı**, s. 100; **Eren**, Borçlar Özel, s. 115; **Gümüş**, s. 61.

³⁴³ **Gümüş**, s. 61.

³⁴⁴ **Feyzioğlu**, s. 260; **Bilge**, s. 70; **Tandoğan**, s. 159.

³⁴⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 117.

³⁴⁶ Alıcının, satılana ilişkin satıcıdan talep edemeyeceği masraflar bakımından TMK m. 994 ve 995 hükümleri uyarınca hareket edilir.

³⁴⁷ HMK m. 323 hükmünde yargılama giderleri: "a) Celse, karar ve ilam harçları. b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri. c) Dosya ve sair evrak giderleri. ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekaletname düzenlenmesine ilişkin giderler. d) Keşif giderleri. e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler. f) Resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler. g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hakimın takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu halde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri.

doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da talep edebilir (TBK m. 217/1-b. 4). Alıcının söz konusu bent hükümlerinde belirtilen talepler bakımından satıcının kusurunun bulunması şart değildir³⁴⁸. Satıcı, kusuru bulunmadığını ispatlamış olsa bile alıcıya karşı sorumluluktan kurtulması mümkün olmaz³⁴⁹. TBK m. 217/2'de ise alıcının, satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüş; ancak diğer zararlar bakımından alıcının, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir³⁵⁰.

Kısmi zapt halinde ise TBK m. 218/1 hükmü ile esas olarak alıcının uğramış olduğu zararın giderilmesini talep edebileceği ifade edilmiştir. Bu bakımdan, satış sözleşmesinin sona erdirilebilmesi kural olarak kabul edilmez. İstisnai olarak alıcı, satılanın durumunu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılması halinde, alıcı, hakimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir. Dolayısıyla sözleşme kısmi zapt halinde kendiliğinden sona ermez; buna ilişkin olarak mahkemece karar verilmesi gereklidir. Bu durumda alıcı, satılanın elinde kalmış olan kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, satıcıya geri vermekle yükümlü olur (TBK m. 218/2).

B. Satıcının Ayıptan Sorumluluğu

Satıcın ayıptan sorumluluğu, söz konusu hüküm ışığında, satış sözleşmesine konu malda bulunması gereken ya da satıcının beyan ettiği nitelikleri taşımaması nedeniyle alıcının maldan gereği gibi yararlanmasına engel teşkil eden eksiklikler nedeniyle satıcının sorumlu olmasını ifade eder³⁵¹. Satıcının ayıptan sorumluluğu, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır³⁵²⁻³⁵³; ancak kanundan

ğ) *Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti.* h) *Yargılama sırasında yapılan diğer giderler.*" olarak belirlenmiştir.

³⁴⁸ Fezyioğlu, s. 264; Tandoğan, s. 160; Zevkliler/Gökyayla, s. 147.

³⁴⁹ Tandoğan, s. 160; Yavuz/Acar/Özen, s. 118.

³⁵⁰ TBK m. 274/1-b. 4 hükmünde belirtilen doğrudan zararın, menfi zarar; TBK m. 274/2 ile öngörülen zararın ise müspet zarar olduğuna ilişkin olarak bkz. Yargıtay HGK, E. 2000/13-924, K. 2000/946, T. 7.6.2000, **Kazancı İçtihat Bankası**.

³⁵¹ Bkz. Fezyioğlu, s. 270; Tandoğan, s. 163; Yavuz/Acar/Özen, s. 121; Bilge, s. 73; Berki, s. 15; Zevkliler/Gökyayla, s. 116; Aral/Ayrancı, s. 103.

³⁵² Tandoğan, s. 163; Yavuz/Acar/Özen, s. 122.

³⁵³ Satıcının ayıp nedeniyle sorumluluğu ile yanılma (TBK m. 32) ya da aldatma (TBK m. 36) veya kötü ifa nedeniyle TBK m. 112 uyarınca sorumluluğun şartlarının aynı olayda gerçekleşmesi üzerine

kaynaklanmakta ise de emredici nitelikte taşımaz. Bu sebeple, taraflar arasındaki sözleşmede öngörülmemiş olsa da ayıp nedeniyle satıcının sorumluluğuna gidilebilir. Tarafların satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluğu kaldırmaya ya da sınırlandırmaya yönelik anlaşma yapmaları ise mümkündür³⁵⁴.

Satıcın ayıp nedeniyle sorumluluğunun³⁵⁵ ortaya çıkabilmesi için öncelikle satılanın alıcıya teslim edilmiş olması gereklidir³⁵⁶. Ayıp, yarar ve hasarın geçişi anında satılarda var olmalıdır³⁵⁷. Ayıp, bulunması gerekirken bulunmayan ya da bulunmaması gerekirken mevcut olan ve satılardan yararlanılmasını azaltan ya da kaldıran eksikliklerdir³⁵⁸. TBK'nin 219/1. maddesinde satıcının ayıp nedeniyle sorumluluğuna ilişkin olarak, "*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu çerçevede, satıcı, gerek satılanın beyan ettiği niteliklerinden gerekse beyan etmemiş olsa bile alıcının satılardan beklediği faydaları azaltan ya da kaldıran eksikliklerden sorumludur³⁵⁹. Ayıp, maddi, hukuki ya da ekonomik nitelikte olabilir. Maddi ayıp, satılanın fiziksel niteliğine ilişkin, değerini azaltan ya da satılardan yararlanmayı azaltan veya kaldıran ayıplardır³⁶⁰. Hukuki ayıplar ise satılardan yararlanmayı ve tasarruf imkanını kaldıran veya sınırlandıran kamu hukukundan kaynaklanan eksiklikleri ifade eder³⁶¹. Ekonomik ayıp da ticari işletmenin satışında işletmeye dahil makineler bakımından önemli

yarışmalı olarak uygulanması mümkündür. TBK m. 227/2'de de alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu öngörülmüştür. **Gümüş**, s. 64 vd.; **Tandoğan**, s. 164; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 139; **Feyzioğlu**, s. 249; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 123.

³⁵⁴**Bilge**, s. 78; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 122; **Feyzioğlu**, s. 271; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 120.

³⁵⁵Ayıp nedeniyle sorumluluk TBK m. 231 uyarınca, satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılardaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıllık zamanaşımına tabidir. Satıcı ağır kusurlu ise iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz; bu halde, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı geçerli olur. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 166 vd..

³⁵⁶**Gümüş**, s. 67; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 139.

³⁵⁷**Tandoğan**, s. 175; **Feyzioğlu**, s. 273; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 121; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 120; **Bilge**, s. 77; **Gümüş**, s. 76; **Aral/Ayrancı**, s. 110.

³⁵⁸Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 121, 125; **Bilge**, s. 73; **Aral/Ayrancı**, s. 104; **Gümüş**, s. 68; **Bilge**, s. 73; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 116.

³⁵⁹**Gümüş**, s. 68-69; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 117-118.

³⁶⁰**Aral/Ayrancı**, s. 105; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 125; **Gümüş**, s. 72; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 118.

³⁶¹**Yavuz/Acar/Özen**, s. 125; **Aral/Ayrancı**, s. 106; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 118; **Gümüş**, s. 72-73.

eksiklikler ya da aktif kalemlere ilişkin değerlemelerin gerçek değerinin çok üstünde olması gibi satılardan beklenen gelir veya verimin sağlanamaması şeklinde karşımıza çıkar³⁶².

Diğer yandan, satıladaki ayıbın önemli ve gizli olması gereklidir³⁶³. Önemli nitelikte ayıp, satılanın değer ve yararlanmaya elverişliliğini önemli surette azaltan ya da ortadan kaldıran ayıplardır³⁶⁴. TBK m. 222/2'de ifade edildiği üzere, satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan dolayı ayrıca üstlenmeyi taahhüt etmişse sorumluluğu yüklenir. Bu bakımdan, açık ayıp, alıcının satılanı olağan şekilde incelemesi neticesinde ortaya çıkabilecek olan ayıplardır; bu şekilde gerçekleştirilecek bir gözden geçirme ile ortaya çıkamayacak olan ayıp ise gizli ayıp niteliğindedir³⁶⁵. Ayrıca alıcının satılanın ayıplı olduğunu, satış sözleşmesinin kurulduğu anda bilmemesi aranır. Nitekim TBK m. 222/1 uyarınca, satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu tutulamaz. Ancak bunun için alıcı, sözleşmenin kurulmasından önce satılana inceleme imkanına sahip olmalıdır³⁶⁶.

Satıcının ayıp sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için alıcı, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini de yerine getirmiş olmalıdır (TBK m. 223). Alıcı, satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. TTK m. 23/1-b. c uyarınca, tacirler arasındaki ticari satışlarda, teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin iki gün içerisinde yapılması gerekir. Teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıplar bakımından ise malın tesliminin ardından sekiz günlük süre içerisinde gözden geçirme ve bildirim yerine getirilmesi gerekir. Gizli ayıplar bakımından ise TBK m. 223/2 hükmü uygulama alanı bulur; gizli ayıbın derhal satıcıya bildirilmesi gerekir.

³⁶² Zevkliler/Gökyayla, s. 118; Gümüş, s. 73; Aral/Ayrancı, s. 106.

³⁶³ Feyzioğlu, s. 274, 276; Yavuz/Acar/Özen, s. 130; Tandoğan, s. 174; Bilge, s. 76-77; Zevkliler/Gökyayla, s. 121; Berki, s. 16.

³⁶⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 130.

³⁶⁵ Gümüş, s. 77, 84.

³⁶⁶ Aral/Ayrancı, s. 111-112; Gümüş, s. 77; Berki, s. 16; Yavuz/Acar/Özen, s. 131.

Yukarıda ifade olunan şartların gerçekleşmesi ile alıcı, TBK m. 227 hükmünde belirlenen: 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme, 3. Aşırı bir masrafi gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme seçimlik haklardan birini kullanmak imkanına sahip olur. Alıcının sahip olduğu seçimlik haklar, yenilik doğuran hak niteliğindedir ve mutlaka dava yoluyla kullanılması zorunlu değildir³⁶⁷. Dönme hakkının kullanılmasıyla, alıcı satılanı iade etmekle; satıcı da satış bedelini faiziyle iade etmek ve alıcının uğramış olduğu zararları tazmin etmek yükümlülüğü altına girer. Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hakim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir (TBK m. 227/4).

III. Sözleşmesel Tekeffül

A. Genel Olarak

Yasal tekeffül sorumluluğunun teşebbüs satışlarına adapte olunmasında oluşan mevcut tezatlıklar nedeniyle, uluslararası devralmalara ilişkin sözleşme pratiğinde yerleşik olduğu şekilde, çok ta elverişli olmayan yasal ayıp sorumluluğu yerine gerek sorumluluk sebepleri gerek ise sorumluluk sonuçları ve kapsamı yönünden bağımsız ve irade serbestisine dayalı sorumluluk sisteminin oluşturulması tavsiye olunabilecektir³⁶⁸. Bu doğrultuda sözleşme müzakerelerinde satıcının ayıba ve zapta karşı sorumluluğu en çok tartışılan noktalardan birini oluşturmaktadır³⁶⁹.

Teşebbüs satışı müzakereleri sırasında satıcının emre amade ettiği verilerin (çoğunlukla Due Diligence kapsamında) detaylı değerlendirmesinin ve analizinin yapılması ile birlikte alıcı, yeterince açık olmayan hususların sözleşmede nazara alınmasına dikkat edecektir. Bu doğrultuda alıcı belli hususların mevcut olmaması

³⁶⁷ Gümüş, s. 97; Yavuz/Acar/Özen, s. 151. Aksi yönde bkz. Aral/Ayrancı, s. 123-124.

³⁶⁸ Picot, in; Picot, § 4 Rn. 342.

³⁶⁹ Tschäni, Rudolf/Wolf, Matthias, Vertragliche Gewährleistung und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in; Tschäni, Rudolf (Edit.), Merger & Acquisitions VIII, Zürich 2007, s. 94.

riskini, satıcının bu hususları açığa vurması veya garanti etmesiyle güvence altına alacaktır³⁷⁰.

Teşebbüs satış sözleşmelerinde yaygın olarak başlı başına bir sözleşmesel sorumluluk sisteminin oluşturulması ile taraflar, yasal sorumluluğun uygulama alanını gerek koşulları gerek ise hukuki başvuru yolları yönünden bir kloz ile kapatmaları önerilmektedir³⁷¹. TBK m. 221'in karşıt kavramı nazara alındığında, ayıptan sorumluluğu düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir. TBK m. 221, sadece satıcı satılanı ağır kusurlu devrettiği hale özgü olarak ayıptan sorumluluğu kaldıran ve sınırlayan bir anlaşmayı hükümsüz addetmektedir³⁷². Zapttan sorumluluk yönünden ise TBK m. 214/3 uyarınca satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.

Bu noktada sözleşme pratiğinde “Representations ve Warranties³⁷³” başlığı altında yer alan klozdaki satıcının irade açıklamalarının TBK m. 219/1 anlamında bildirim (EBK'da zikir ve vaat) mi yoksa garanti beyanı mı niteliğinde olduğunun tayini gerekir. Bu hususun tayininde tarafların iradeleri esas alınacak olup, tarafların amacı satıcının bağımsız bir garanti beyanı vermesi yönündeysen, bu husus farklı anlamalara sebebiyet vermeyecek şekilde formüle edilmelidir (ör. bağımsız sözleşmesel garanti veya bağımsız garanti beyanı şeklinde). Formülasyonda satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünün, yasal ayıba ve zapta karşı sorumluluk düzenlemelerinden bağımsız ve onların ötesine geçer nitelikte olduğu tereddüte mahal vermeyecek şekilde ifade olunmalıdır³⁷⁴. Ayrıca belirtelim ki profesyonelce hazırlanmış olan sözleşmelerin birçoğunda tekeffülün sonuçları da ayrıntılı düzenlenmiş olduğundan, bu bildirim (zikir ve vaat) ve garanti beyanı arasındaki ayırım pratikte çok ta ehemmiyet arz etmeyecektir³⁷⁵.

³⁷⁰ Pfeiler, s. 18.

³⁷¹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 83.

³⁷² Yavuz/Acar/Özen, s. 70.

³⁷³ Esin/Lokmanhekim ve Akduman bu klozu “beyan ve taahhütler” olarak zikretmektedir. Bkz.; Esin/Lokmanhekim, s. 41; Akduman, s. 126.

³⁷⁴ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 5.

³⁷⁵ Tschäni/Wolf, in; Tschäni, s. 94.

Akit serbestisi çerçevesinde oluşabilen garanti sözleşmeleri, kefalet benzeri olabileceği gibi yöneltmeyi amaçlayan garanti (saf garanti) niteliğinde de olabilmektedir. Teşebbüs satış sözleşmelerinde karşılaşılan yöneltmeyi amaçlayan garanti türlerinde garanti veren, garanti alanı bir girişime sevketmeye çalışmakta ve bir sonucu garanti etmektedir³⁷⁶. Garanti verilen hallerde satıcı, garanti edilen hususun ortaya çıkmayacağını kural olarak kusura dayalı olmayacak şekilde yükümlenmiş olmaktadır³⁷⁷.

Sözleşme uygulamasında katalog halinde satıcının teşebbüse ilişkin kapsamlı vaat veya garanti beyanlarını alınmaktadır. Bu vaat veya garanti beyanları, sözleşme ekinde yer verilen ilgili belge ibrazlarıyla ve beyanların sınırlandırılmasıyla tamamlanmaktadır³⁷⁸. Beyan kataloğu somut devralmanın niteliği ve ağırlık verilen noktaların farklılıklarından kaynaklı olarak kısmen çeşitlilik arz edebilse de sözleşme uygulamasında tipiklik arz eden örnek beyanlar da yerleşmiştir³⁷⁹.

Sözleşmesel tekeffül sorumluluğuna ilişkin uygulamada az çok standardize olmuş satıcı beyanları nazara alındığında, bu beyanlar en başta ayıplara ve zapta ilişkin olmakla birlikte aynı zamanda belli bir eylemden kaçınmaya veya belli bir eylemi yerine getirmeye yönelik te olabilmektedir.

Sözleşme uygulamasında tekeffül sorumluluğuna ilişkin TBK sisteminde olduğu gibi zapt ve ayıp ayrımı yapılmamaktadır. Daha ziyade yeknesak vaat veya garanti beyanları verilmekte ve yeknesak hukuki başvuru yolları düzenlenmektedir. Bununla hedeflenen teşebbüs satış sözleşmesinde yeknesak tekeffül sorumluluğu oluşturulmasıdır³⁸⁰.

Satıcının vaat veya garanti beyanları belli hususlarla ilgili olarak, satıcının “bilgisi dahilinde” (best knowledge) veya “bildiği kadarıyla” ifadeleriyle

³⁷⁶ **Tandoğan**, Haluk, *Özel Borç İlişkileri Cilt 2*, İstanbul 2010, s. 808; **Turan**, Gamze, *Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği*, TBBD S. 66, 2006, s. 29.

³⁷⁷ **Semler**, in; **Hölters**, § 7 Rn. 7.240.

³⁷⁸ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 337.

³⁷⁹ **Ettinger/Jaques**, Kap. D Rn. 338.

³⁸⁰ **Vischer**, (Rechtsgewährleistung), 237.

sınırlamaya tabi tutulmaktadır³⁸¹. Bu türden sınırlamalar özellikle satıcının bilgili olmasının mümkün olmadığı veya tahmin edemeyeceği hususlara ilişkin vaat veya garanti beyanında bulunması gerektiği hallerde söz konusu olabilmektedir³⁸². Bu nevi sınırlamaya tutulan haller örneğin, teşebbüse karşı ikame olunabilecek davalar veya başkalarının fikri mülkiyet haklarına hedef teşebbüsün tecavüz etmemesi gibi hallerdir.

B. Vaat veya Garanti Edilen Haller

1. Zapta Karşı Tekeffül, Hukuki Ayıp ve Hedef Teşebbüsün Şirketler Hukuku Açısından Konumu

Satıcının devredeceği paylarla ilgili olarak zapta ve hukuki ayıplara ilişkin vaat veya garanti beyanları ile hedef teşebbüsün şirketler hukuku açısından konumuna ilişkin vaat veya garanti beyanları, sözleşme müzakerelerinde makul görüldüğünden çok tartışmalara sebebiyet verecek nitelikte değildir³⁸³.

Satıcının zapta karşı tekeffülü, satış konusu pay senedi veya paylar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu ve bunların üzerinde bir kısıtlama bulunmadığına (ör. önalım hakkı) ilişkindir³⁸⁴.

Şirketler hukuku ile münasebetli konularla ilgili olarak satıcının vaat veya garanti beyanları, genel olarak aşağıdaki hususları kapsamaktadır (duruma göre istisnalar ve sınırlamalara ilişkin ek açıklamalar ile birlikte);

- i. Şirketin usulüne uygun kurulmuş olduğu ve şirket ana sözleşmesinin satış sözleşmesi ekinde yer alan halinin geçerli ve değişikliğe uğramamış olduğu,
- ii. Diğer şirket paydaşlarının paylarını devretmediği veya paylar üzerinde miras meselelerinin bulunmadığı,
- iii. Şirketten ayrılan paydaşın veya üçüncü kişilerin, şirkete karşı veya satılan paylar ya da diğer paydaşların payları üzerinde ileri sürebilecekleri bir haklarının bulunmadığı,

³⁸¹ Tschäni/Wolf, in; Tschäni, s. 110.

³⁸² Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 331.

³⁸³ Tschäni/Wolf, in; Tschäni, s. 101.

³⁸⁴ Tschäni/Wolf, in; Tschäni, s. 101.

- iv. Şirketin başkaca şirketlere ortak olmadığı ve join Venture veya başkaca işbirliği sözleşmeleri akdetmediği,
- v. Şirketin kendisini bağlı şirket konumuna getirecek nevide sözleşmeler akdetmemiş olduğu,
- vi. Ortaklığa katılma neticesinde şirketin mevcut başkaca şirketlere ortaklığından veya Join Venture ve başkaca iş birliği sözleşmelerinden dolayı, şirketin sorumluluk riskinin bulunmaması,
- vii. Şirketin usulüne uygun idare edildiği ve üçüncü kişilerin haklarının ihlal olunmadığı³⁸⁵.

2. Şirketin Sermayesi ve Malvarlığı

Bu başlık altında yer alan hususlarla ilgili satıcının vaat veya garanti beyanları doğrudan devralınan teşebbüsün ekonomik değeriyle bağlantılı olduğundan, alıcı açısından özel olarak odaklanacağı nokta teşkil edecektir.

Şirketin sermayesi ve malvarlığıyla ilgili olarak satıcının vaat veya garanti beyanları, genel olarak aşağıdaki hususları kapsamaktadır (duruma göre istisnalar ve sınırlamalara ilişkin ek açıklamalar ile birlikte);

- i. Şirket sermayesinin usulüne uygun konulduğu ve geri ödenmediği,
- ii. Şirketin borç batağında olmadığı ve ödeme kabiliyetini yitirmediği,
- iii. Geçmiş yıllara ait yılsonu mali tablolarının milli mevzuat veya gerektiğinde uluslararası muhasebe standartları (ör. IFRS) uyarınca usulüne uygun hazırlandığı ve şirketin malvarlığı, finans ve kazancıyla ilgili gerçek durumu yansıttığı (bilanço garantisi),
- iv. İşletme için gerekli sabit ve dönen varlıkların ve ayrıca bunların kullanımına imkan sağlayan fikri mülkiyet haklarının sınırlı mülkiyet olmayacak şekilde hak sahipliğinin hedef teşebbüste bulunduğu veya ilgili sözleşmeler uyarınca pazardaki mutad fiyatları üzerinden kullanım imkanının mevcut olduğu,
- v. Alacakların değerini koruyacak ve vadesinde tahsil etme kabiliyeti bulunacak şekilde olduğu,

³⁸⁵ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 337.

- vi. Geçen yılın yılsonu mali tablolarının ortaya koyduğu ve onu takip eden cari hesap yılı döneminde usulüne uygun işletilme neticesinde oluşan yükümlülükler haricinde yükümlülüklerin bulunmadığı³⁸⁶.

3. İşletmesel İşleyiş

Bu başlık altında ele alınan satıcının vaat veya garanti beyanları doğrudan teşebbüsün ticari faaliyetlerinin işleyişine ilişkin olmaktadır.

Faaliyetlerin yürütülüşü ile ilgili olarak satıcının vaat veya garanti beyanları, genel olarak aşağıdaki hususları kapsamaktadır (duruma göre istisnalar ve sınırlamalara ilişkin ek açıklamalar ile birlikte);

- i. İşletme/işletmeler için gerekli ruhsat ve izinlerin mevcut olduğu ve bunların iptali veya sınırlandırılmasına yönelik bir işlemin ne mevcut ne de öngörülebilir nitelikte olduğu,
- ii. İşletmeyi/işletmeleri hedef alan yargısal veya idari sınırlamaların (ör. yargısal kararlar inşaat faaliyetlerinin durdurulması) bulunmadığı ve öngörülebilir ihtimal dahilinde olmadığı,
- iii. Kamu hukuku kurallarına (kanunlar, tüzükler, Yönetmelikler, tebliğler vb.) ve idari işlemlerine aykırılığın bulunmadığı ve ceza hukukuna ilişkin suç veya kabahatlerin işlenmediği veya oluşma ihtimalinin bulunmadığı,
- iv. Satıcı tarafından bildirilmiş olanlar dışında işçi kiralama veya serbest çalışanlar kaynaklı herhangi bir yükümlülük bulunmadığı,
- v. Bulunması halinde satıcı tarafından bildirilen sendikal işçi temsilciliği ve iş yeri disiplin kurallarının eksiksiz olduğu,
- vi. Satıcı tarafından alıcıya ibraz edilmişler dışında önemli nitelikte sözleşmelerin mevcut olmadığı (önemli sözleşmeden ne kastedildiği değer esaslı tarif edilmelidir),
- vii. Bildirilenler dışında hukuki uyuşmazlık veya idari soruşturmaların bulunmadığı,
- viii. İşletme için gerekli enformasyon teknolojisi ve bilgisayar programlarının tekniğin mevcut durumuyla uyumlu ve fonksiyonel nitelikte olduğu,

³⁸⁶ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 337.

- ix. Vergilere ve sosyal sigortalara ilişkin beyanların mevcut hukuki düzenlemelerle uyumlu olduğu ve usulüne uygun verildiği ve vergisel borç ve prim borçlarının mevcut olmadığı³⁸⁷.

4. Faaliyetler veya Koşullardan Kaynaklı Tipik Riskler

Faaliyetler ve koşullardan kaynaklı satıcının vaat veya garanti beyanları, genel olarak aşağıdaki hususları kapsamaktadır (duruma göre istisnalar ve sınırlamalara ilişkin ek açıklamalar ile birlikte);

- i. İktisap olunmuş taşınmazların toplum sağlığı ve çevreye zarar verici nitelikte bir ayıbının olmadığı ve ayrıca üçüncü kişilerin hak talepleri olmayacak şekilde üzerlerinde kısıtlama bulunmadığı,
- ii. İşletmenin faaliyetinden dolayı çevresel kirlenme riskinin bulunmadığı,
- iii. Ürün sorumluluğu riski bulunmadığı,
- iv. Parasal ve döviz kuru risklerinin bulunmadığı,
- v. Üstlenilmiş ve yürütülen işlerden ve aynı şekilde teklif aşamasındaki işlerden dolayı zarar riskinin bulunmadığı,
- vi. Yasal ayıba karşı tekeffül dışında verilmiş garantilerin bulunmadığı³⁸⁸.

C. Muafiyet Tanıma

Bir niteliğin varlığına veya varolmadığına ilişkin vaat veya garanti beyanında bulunmada kurgu olarak, en azından satıcı açısından vaat veya garanti beyanında bulunulan niteliğin doğruluğundan şüphe edilmemektedir. Ancak bu husus, her nitelik yönünden her zaman netlik arz etmemektedir. Bir teşebbüsün değerini etkiler nitelikte fırsat ve risklerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği mülkiyet değişikliği sırasında her zaman nihai kanaate ulaşılabilen kesinlikte olmayabilecektir. Belirsizlik arz eden hususların vaat veya garanti beyanı kapsamına dahil edilmesi esasen mümkün olmadığından, böyle durumlarda taraflar

³⁸⁷ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 337.

³⁸⁸ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 337.

oluşabilecek menfi gelişmeler için genellikle muafiyet tanıma (Indemnifications-Indemnity) öngörülmektedirler³⁸⁹.

Muafiyet tanıma ile satıcı, vaat veya garanti beyanı yerine, alıcıyı sebepleri mülkiyetin geçiş tarihinden önceye dayanan belli risklerden (vergi, çevresel riskler, iş hukuku ilişkileri vb.) muaf tutmaktadır³⁹⁰. Bu nevi düzenlemeler genelde vaat veya garanti beyanlarından ayrı olarak düzenlenmekte olup, vaat ve garanti beyanlarından farklı hukuki sonuçlara bağlanması da imkan dahilindedir³⁹¹.

D. Diğer Yapma ve Kaçınma Yükümlülükleri

Akit serbestisi doğrultusunda satıcı aynı zamanda ilave davranış yükümlülükleri (Covenants) üstlenebilmektedir. Bu tür yükümlülükler ileri doğru olup, genelde imza ve kapanış arasındaki fasılayla ilintilidir³⁹².

Bu türden davranış yükümlülükleri örneğin;

- i. Teşebbüs alıcıya geçinceye kadar işlerin usulüne uygun yürütülmesi (Conduct-of-Business klozu)³⁹³,
- ii. Çalışanların satıcı tarafından usulüne uygun bilgilendirilmesi,
- iii. Satıcının yürüyen hukuki uyuşmazlıklar ve idari soruşturmalara ilişkin bilgi verme yahut destek verme yükümlülüğü³⁹⁴.

E. Hukuki Başvuru Yolları

1. Genel Olarak

Ayıp ve zaptın koşulları ile birlikte teşebbüs satış sözleşmelerinde hukuki başvuru yolları da spesifik olarak düzenlenme durumundadır. Aksi takdirde pay devri suretiyle teşebbüs satışlarına ilişkin uygulanmasında problematik oluşturabilecek ve

³⁸⁹ Haberstock, s. 43.

³⁹⁰ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 13.

³⁹¹ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 340.

³⁹² Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 341.

³⁹³ Bkz.; Conduct-of-Business klozu: Üçüncü Bölüm § 7.

³⁹⁴ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 341.

adilane olmayan sonuçlara yol açabilecek nitelikte yasal başvuru yolları devreye girmek durumunda kalacaktır³⁹⁵.

Sözleşme kaleme alınırken vaat veya garanti kataloğunda yer alan her tekeffülün öngörülecek olan hukuki başvuru yolları ile tutarlılığı tetkik edilmeli, tutarsızlık halinde, durum ile hukuki başvuru yolları birbiriyle uyumlu hale getirilmelidir. Belli tekeffül durumları için farklı hukuki başvuru yollarının karşılaştırılması katiyen amaca daha fazla hizmet edecektir³⁹⁶.

2. Sözleşmeden Dönme

Kural olarak ayıptan sorumluluk halinde TBK m. 227/1'de zikrolunan alıcının seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının yolu kapatılmaktadır. Sözleşmeden dönme neticesinde tarafların aldıklarını iade yükümlülüğünün beraberinde birçok problemi beraberinde getiriyor olması, teşebbüs satışlarında tarafların bu yolu tercih etmemelerine sebebiyet vermektedir.

İstisnai olarak sözleşmeden dönme imkanı, özel ağırlıklı hallere veya devirden sonraki kısa bir zaman diliminde oluşabilecek hallere ilişkin düzenlenebilmektedir³⁹⁷. Ancak bu istisnai düzenlenme durumu, tasarrufi işlemlerin gerçekleştikten sonraki dönem için söylenebilecektir. Zira böyle durumlarda teşebbüsün artık eski haliyle iadesi mümkün olmamaktadır. Buna mukabil sözleşmenin kurulması ile tasarrufi işlemlerin gerçekleştirileceği zaman dilimi arası için aynı mülhaza söz konusu değildir. Bu ara dönem için sözleşmeden dönme imkanı için özellikle MAC klozu gündeme gelecektir³⁹⁸.

3. Onarım

Satıcı tarafından bulunulan vaat veya garanti beyanları alıcı açısından ifa talep hakkı (asli nitelikte) oluşturmaktadır. Bunun neticesinde satıcı, sözleşmesel vaat veya garantideki durumu sağlamak ve böylece alıcı veya şirketi, usulüne uygun

³⁹⁵ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 50; Picot, in; Picot, § 4 Rn. 366.

³⁹⁶ Wittmann, Rita, Vertragliche Gewährregelungen beim Unternehmenskauf unter besonderer Berücksichtigung des Anteilskauf, Wien 2011 (yayınlanmamış doktora tezi), s. 198.

³⁹⁷ Tschäni/Wolf, in; Tschäni, s. 116.

³⁹⁸ Beisel/Klumpp, § 16 Rn. 116.

ifada hangi konumda olacaklarsa o konuma getirmekle yükümlüdür. Bu ifa talep hakkı içerik olarak, alıcının seçimlik haklarından olan ve ayıpların bertaraf edilmesine yönelik ücretsiz onarım talep etme hakkı (TBK m. 227/1) ile uyumludur³⁹⁹.

Teşebbüs satışı sözleşme uygulamasında sıklıkla asli hukuki başvuru yolu olarak onarım talep hakkı düzenlenmektedir. Bu halde onarımın fiilen ve hukuken mümkün olması kaydıyla satıcı, belli bir süre içinde onarımı gerçekleştirme onun için bir hak ve mükellefiyet teşkil etmektedir. Onarımın fiilen ve hukuken mümkün olmadığı veya onarım süresinin geçtiği durumlarda, diğer hukuki başvuru yolları devreye girmektedir⁴⁰⁰.

Onarımın asli hukuki başvuru yolu olarak kararlaştırıldığı hallerde, onarımın bizatihi satıcı tarafından yürütülmesi yerine, sözleşme konusu teşebbüsü vaat veya garanti beyanına uyuşur hale getirmeye yönelik onarım için yapılması zorunlu olan masrafların satıcı tarafından karşılanması öngörülebilmektedir⁴⁰¹.

Teşebbüs satış sözleşmelerinde vaat veya garanti beyanı konusu hususların birçoğu esasen gerçekten onarıma müsait nitelikte değildir⁴⁰². Örneğin, tekeffül edilmiş hayati öneme sahip bir patentin sonradan hükümsüz kılındığının ortaya çıkmasında durum böyledir. Bu nedenle asli hukuki başvuru yolu olarak onarım seçilirken, her bir husus için ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Aksi takdirde onarım hakkı/yükümlülüğü gereksiz zaman kaybına, umutsuz onarım çabalarına ve ilave uyuşmazlıklara sebebiyet verebilecektir⁴⁰³. Yine, satıcıya onarım hakkı sadece devralmanın yapısı ile mantıklı olması halinde tanınmalıdır. Satıcının devralmadan sonra teşebbüsle hiçbir alakasının kalmadığı veya kalmaması gerektiği durumlarda, teşebbüste ortaya çıkan ayıplarla ilgili onarım hakkı mantıklı olmayabilecektir. Özellikle payları iktisap eden alıcının, devreden satıcıya sonradan teşebbüs içi

³⁹⁹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 51.

⁴⁰⁰ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 52.

⁴⁰¹ Böckli, in; Tschäni, s. 96.

⁴⁰² Böckli, in; Tschäni, s. 96.

⁴⁰³ Böckli, in; Tschäni, s. 96.

bilgilere ve ticari sırlara ulaşma imkanı vermek istemediği hallerde durum böyledir⁴⁰⁴.

4. İndirim

Onarım ile sözleşmeye uygun hale getirme mümkün değil veya başarısız kalırsa ya da süresi içinde değilse, satış bedelinin indirimi kural olarak elverişli hukuki başvuru yollarından biri teşkil etmektedir.

İndirimin, sözleşme uygulaması yönünden iki yönlü zorluğu bulunmaktadır. Birincisi indirim tutarına ilişkin hesaplanmasının mümkün olduğunca somut şekilde ortaya konması, ikincisi ise uygulanması halinde tespittir⁴⁰⁵.

Satış bedeli esas itibarı ile olası kazanç beklentilerine dayalı olarak şekillenmekte olup, ayıp teşkil eden durumun buna etki edip etmediği veya ne oranda etki ettiğinin tespiti zordur. İndirim, alıcının beraber yaşamak zorunda kaldığı düşük değerdir. Şüpheli durumda bu, sözleşmeye uygun hale getirmek için gerekli olan masraflardan ibarettir⁴⁰⁶.

İndirim bağlamında sorun oluşturacak diğer bir konu, teşebbüsün objektif değerinin tespittir. Teşebbüsün değerinin tespitinde uygulanacak metotlar en ufak varsayım değişikliğinde, farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir⁴⁰⁷.

4. Tazminat

Sözleşmesel olarak tazminat hakkı düzenlendiği hallerde, kural olarak alıcı vaat veya garanti edilen hususların gerçekten bulunması durumunda hangi halde bulunacaksa, o konuma getirilmelidir. Burada tazmin etme teşebbüse yönelik değil doğrudan alıcıya yöneliktir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Wittmann, s. 197.

⁴⁰⁵ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 54.

⁴⁰⁶ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 54.

⁴⁰⁷ Bu problematikle ilgili bkz.; Watter/Wieser, in; Liber amicorum für Rudolf Tschäni, s. 160 vd.

⁴⁰⁸ Picot, in; Picot, § 4 Rn. 368.

Tazminat talep hakkı, diğer hukuki başvuru yollarına ilaveten talep olunabilecek şekilde düzenlenebileceği gibi, tek başına talep olunabilecek şekilde de düzenlenebilir.

Tazminat talep hakkı kapsamı itibarı ile indirimde olduğu gibi, süreklilik arz eden düşük değer tutarıyla ve böylece de sözleşmeye uygun hale getirmek için gerekli olan masraflarla sınırlı değildir. O, bunun haricinde aynı zamanda satıcının tekeffüllerini yerine getirmemesinden dolayı alıcının uğradığı her türlü malvarlıksal zararı da içine almaktadır⁴⁰⁹.

Tazminat hakkının merkezi sorunlarından biri, vaat veya garanti edilenin tazmin edilebilecek malvarlıklarına ilişkin değil de fikri mülkiyet hakları, kilit personel veya ortak iş yapılan kişilerle yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, teşebbüs için değerinin tespiti kolaylıkla yapılamayacak olan unsurlara ilişkin olması halinde, tazminat miktarının belirlenmesidir⁴¹⁰.

F. Sorumluluğun Sınırlandırılması

1. Miktersal Sınırlamalar

Teşebbüs satış sözleşmelerinde sıklıkla belli miktara kadar olan taleplerin kapsam dışı kaldığına ilişkin uzlaşmaya varılmaktadır. Sorumluluk alt limiti (de minimis) uygulaması, her şeyden önce kesinlik arz etmeyen ufak çaplı hususların teşebbüs satışlarının doğasında bulunmasından kaynaklanmaktadır. Böyle durumlarda gözardı edilebilecek miktardaki talepler için yapılacak masraflar, satış bedeliyle de uyumlu olmayacaktır⁴¹¹. Belirlenen sorumluluk alt limitinin her bir ayıp için mi geçerli olduğu yoksa bunların kümüle edilip edilemeyeceği (baskets) de ayrıca kararlaştırılmaktadır.

Diğer taraftan kural olarak gündeme gelebilecek tazminat miktarı üst sınırla (cap) da sınırlandırılmaktadır. Bazı hallerde tazminat miktarları satış bedelini bile

⁴⁰⁹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 58.

⁴¹⁰ Picot, in; Picot, § 4 Rn. 369.

⁴¹¹ Wittmann, s. 207; Kästle, Florian/Oberbracht, Dirk, Unternehmenskauf-Share Purchase Agreement, 2. Bası, München 2010, s. 201.; Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 361.

geçebileceğinden, sözleşmede bu nevi sınırlamaya gidilmektedir. Üst sınır genel olarak satış bedelinin belli bir oranı olarak belirlenmektedir⁴¹².

2. Mükerrerliğin Önlenmesi

Bazı hallerde tek bir durum, iki farklı vaat veya garanti beyanının uygulama alanına girebilecektir. Diğer taraftan mükerrerlik durumu, örneğin daha önce bilançoda nazara alınmış bir riskin sonradan vaat veya garanti beyanı kapsamında nazara alınmasında da oluşabilecektir⁴¹³.

İşte yukarıdaki gibi hallerin, alıcının sebepsiz zenginleşmesine sebebiyet vermemesi için, teşebbüs satış sözleşmelerinde tek bir durumun mükerrer olarak nazara alınmasını önlemeye (no double recovery) yönelik düzenleme getirilmektedir.

G. Bildirim

Bildirimle ilgili olarak sözleşmede, bildirim hangi süre içinde yapılması gerektiği bu sürenin kaçırılması halinde ne gibi hukuki sonuçların doğacağı, bildirim hangi şekilde yapılması gerektiği ve bildirim içeriğinin asgari olarak neleri kapsayacağı hususları yer alacaktır⁴¹⁴.

Sürenin başlangıcı mutad olarak tekeffüle aykırılıktan bilgi sahibi olunmasıyla başlamaktadır. Sürenin uzunluğu yönünden ise kural olarak üç aylık süre yeterli olacaktır⁴¹⁵.

Bildirim süresi içinde devredene karşı yapılmaması yapılmaması halinde, iktisap edenin sürenin bitiminden sonra riskin artışıyla bağlantılı olarak haklarını kaybedeceği yönünde sözleşmede düzenleme yapılması tavsiye olunabilecektir⁴¹⁶.

⁴¹² Picot, in; Picot, § 4 Rn. 373; Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 361.

⁴¹³ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 364 vd.

⁴¹⁴ Wittmann, s. 221.

⁴¹⁵ Wittmann, s. 221.

⁴¹⁶ Wittmann, s. 221.

Als Rechtsfolge für die Versäumnis, innerhalb der vereinbarten Frist Mitteilung an den Veräußerer zu erstatten, empfiehlt sich, vorzusehen, dass der Erwerber seiner Ansprüche nur insoweit verlustig wird, als sich jene seit Ablauf der Frist erhöht haben⁹⁹¹.

H. Zamaşımı

Sözleşmesel tekeffül düzenlemelerinin kapsamı birçok farklı nitelikte ayıp, zapt, kaçınma veya yerine getirme yükümlüklerini kapsamına aldığı için bunların yasal zamaşımı süreleri de çok farklı olabilecektir. Bu nedenle sözleşmesel tekeffül düzenlemelerinde ayrıca zamaşımına ilişkin özel düzenleme getirilmesi gerekmektedir⁴¹⁷.

Sözleşmesel tekeffül hükümlerine ilişkin zamaşımı belirlenirken, farklı vaat veya garanti beyanlarının nitelikleri nazara alınarak farklı zamaşımı süreleri düzenlenmesi, aynı zamanda tarafların farklı menfaatlerine de daha uygun olacaktır⁴¹⁸.

Kural olarak mülkiyetin geçişinden itibaren bir ila iki yıllık zamaşımı süresi, alıcının teşebbüsü tanınması ve tekeffül edilen hususların doğruluğunu tespiti bakımından yeterli ve gerekli niteliktedir⁴¹⁹. Ancak uzun süreli değerlendirme yapmayı gerektirmeyen tekeffül halleri için daha kısa bir süre (ör. 6 ay) öngörülmesi daha hakkaniyetlidir.

Diğer taraftan bazı vaat veya garanti beyanları yönünden zamaşımının başlangıcı açısından farklı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin hukuki uyuşmazlıklara ilişkin tekeffülde, hukuki uyuşmazlığın zamaşımı süresinin uyuşmazlığa ilişkin kararın (mahkeme veya tahkim) kesinleşmesinden itibaren başlaması gerekmektedir. Aynı şekilde vergisel hususlara ilişkin tekeffülde de eksik bildirim halinde ek tahakkukun kesinleşmesinden itibaren zamaşımı süresi

⁴¹⁷ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 90; Wittmann, s. 218.

⁴¹⁸ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 92; Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 371.

⁴¹⁹ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 373; Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 92.

işlemeye başlayacaktır. Ayrıca çevresel risklere dayalı vaat veya garanti beyanları için de aynı mülhaza geçerlidir⁴²⁰.

Sözleşmede zamanaşımına ilişkin düzenleme bulunmaması halinde, tekeffülün niteliği vaat niteliğinde ise TBK m. 231 uyarınca iki yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır. Tekkeffül garanti beyanı niteliğinde ise, garanti sözleşmelerine ilişkin özel yasal düzenleme bulunmadığından TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık süre gündeme gelecektir.

İ. Birden Fazla Satıcı Olma Durumu

Satıcı tarafında birden fazla kişi olması durumunda, bunların tekeffül sorumluluğunun müştereken ve müteselsilen olması hususu alıcı açısından tercihe şayandır. Ancak müşterek sorumluluğu her satıcıya kabul ettirme kolay olmayacağı gibi, adilane bir çözüm de değildir⁴²¹.

Paya ilişkin zapt veya hukuki ayıp durumunda, her satıcının devir ettiği paylara ilişkin sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir. Bunun dışında kural olarak her satıcının, payların temsil ettiği ortaklık oranı üzerinden sorumlu tutulması makuldür⁴²².

Satıcıların birbirleriyle ailesel bağlarının bulunması durumunda, alıcıya karşı satıcıların müteselsilen borçluluğu istisnaen makul görülebilecektir. Bu halde aile içi mal kaçırma durumları oluşabileceği gibi, diğer taraftan da düzeltilebilir ayıplar yönünden ortak çaba daha yoğun olacaktır⁴²³.

J. Alıcının Güvenceye Kavuşturulması

Alıcının, satıcının vaat, garanti ve muafiyet tanıma beyanları ile yapma ve kaçınma yükümlülüklerini ihlali nedeniyle oluşabilecek hak taleplerinin güvenceye kavuşturulmasında haklı bir menfaati mevcuttur.

⁴²⁰ Semler, in; Hölter, § 7 Rn. 7.255; Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 93; Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 374.

⁴²¹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 98; Wittmann, s. 231.

⁴²² Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 10 Rn. 98; Wittmann, s. 231.

⁴²³ Wittmann, s. 231.

Satış bedelinin taksitle ödendiği durumlarda, alıcı açısından takas beyanında bulunma ve ödemezlik defî yolunun kapatılmaması ehemmiyet arz edecektir⁴²⁴.

Güvence bağlamında taraflar, özellikle alıcının satıcı tarafından verilmiş olan muhtemel tekeffül ve garantilere yönelik taleplerini teminat altına almak maksadıyla satış bedelinin bir kısmını belli bir süre uhdesinde tutmak istemesi halinde, yedi emin hesabı (escrow account) üzerinden bunu sağlayabilmektedirler. Böyle bir durumda alıcı, satış bedelinin belli bir kısmını yedi emin hesabına yatırmakta ve bu para üzerinde tasarrufu taraflar sadece müştereken yapabilmektedirler. Paranın ödenmesi veya serbest kalması alıcının tekeffül ve garantiden doğacak haklarının oluşmaması veya zamanaşımı şartına bağlanmaktadır⁴²⁵. Bu yöntem asli olarak alıcının muhtemel garanti ve tekeffülden doğan talep haklarını güvence altına almakta ise de, satıcı da bu sayede satıcının ödeme kabiliyetini yitirmesi gibi risklere karşı da korunmuş olmaktadır.

Satış bedelinin güvencesi kapsamında ele aldığımız himaye beyanı satıcının sorumluluğunu doğuran hallere yönelik te söz konusu olabilecektir⁴²⁶.

Özellikle satış bedelinin peşin olarak ödendiği hallerde alıcı, satıcıya karşı ileride oluşabilecek hak taleplerini banka garantisiyle güvenceye kavuşturmak isteyebilecektir⁴²⁷.

Yine satıcının muhtemel sorumluluk hallerini güvence altına alma amaçlı olarak özel nitelikte sigorta (Buyer-Side-W&I-Insurance) yapılabilmektedir. Sigorta sözleşmesinde satıcının vaat veya garanti beyanlarına ilişkin sorumluluk halleriyle birlikte sorumluluğu sınırlayan hallere de yer verilecektir⁴²⁸.

⁴²⁴ Semler, in; Hölters, § 7 Rn. 7.1187; Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 8 Rn. 57.

⁴²⁵ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 8 Rn. 47.

⁴²⁶ Bkz.; Üçüncü Bölüm § 5.

⁴²⁷ Wittmann, s. 232.

⁴²⁸ Beisel/Klumpp, § 16 Rn. 151.

§ 9. REKABET YASAĞI

I. Genel Olarak

Teşebbüs satışında alıcı açısından, satıcının devralmadan sonra teşebbüsün faaliyet alanında iştigal etmemesi ve know-how ve ticari ilişkilerini artık kullanmaması önem arz etmektedir. Satıcının devralmadan sonra, rakip teşebbüs kurma veya rakip teşebbüse doğrudan veya dolaylı katılma ya da rakip teşebbüse danışmanlık veya başkaca türlü destek verme suretiyle teşebbüsle rekabet eder konuma gelmesi, alıcının devralmayla izlediği ekonomik hedefleri gerçekleştirmesini engelleyecek veya en azından tehlikeye sokacaktır⁴²⁹. Ancak diğer tarafta da satıcının mesleki faaliyetlerini serbestçe ve engel olmaksızın yürütebilmesinde hukukumuzda Anayasa m. 48 ile de korunan haklı menfaati söz konusudur. Dolayısı ile rekabet yasağı bu karşıtlık ilişkisi doğrultusunda şekillenmektedir⁴³⁰.

Teşebbüsün usulüne uygun aktarılmasının kabulü için zaruri olması halinde, satıcının tali yükümlülüğü olarak rekabet yasağı, sözleşmede herhangi bir düzenleme bulunmasa bile mevcuttur⁴³¹. Ancak teşebbüs satış sözleşmelerinde rekabet yasağının kloz olarak (non-competition clause) düzenlenmesi standart uygulama niteliğindedir.

III. Borçlar Hukuku Yönünden Rekabet Yasağı

Taraflar arasında kararlaştırılan rekabet yasağı klozu her şeyden önce TBK m. 27/1 uyarınca ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşılabilecektir.

Bir rekabet yasağı düzenlemesi, devredenin, alıcının korumaya değer menfaatlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde abartılı ve genel ahlak anlayışına aykırı bir şekilde sınırlama getiriyor olması halinde, ahlaka aykırılık teşkil etmektedir. Satıcının abartılı bir şekilde sınırlandırılması veya hattı zatında

⁴²⁹ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 8.

⁴³⁰ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 435.

⁴³¹ Picot, in; Picot, § 4 Rn. 484; Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 439; Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 8.

keleþçelenmesi, rekabet yasağının içerik, mekânsal veya zamansal olarak çok genişçe Şekilde formüle edilmesiyle ortaya ıkabilecektir⁴³².

Bir rekabet yasağı düzenlemesi içerik (maddi) olarak, alıcı ile satıcının birbirlerinin rakibi olma ihtimalini engellediği lde meşrudur. Bu haliyle de içerik olarak rekabet yasağı düzenlemesinin, satıcı tarafından işletilirken ki teşebbüsün aktiviteleri ve faaliyet alanlarıyla sınırlı olması gerekir⁴³³. Bu bağlamda alıcının başka faaliyet alanlarına da sonradan girişebilme ihtimali l alınamayacaktır.

Mekansal olarak bir rekabet yasağı, satıcının devretmeden önce mallarını ve hizmetlerini sunduğu bölgeleri kapsadığı oranda geçerlidir. Bu bölge, bazen bir ille sınırlı olabileceği gibi ulusal düzeyde veya kıta ya da dünya çapında olabilir. Burada mekânsal sınırlamayı belirleyen söz konusu dağıtım bölgesi ve pazardır⁴³⁴.

Bir rekabet yasağının zamansal kapsamı, her zaman somut olayda tarafların menfaatlerinin tartılması neticesinde ortaya çıkacaktır. Kural olarak rekabet yasağının, yasaktan yararlananın, yasağın muhatabının saldırılarının önemli boyuta ulaşmayacak Şekilde, onun kendisinden beklenebilecek gayret lsnde tekrardan işletmeyi konsolide etmesine yetecek zaman birimini aşmaması gerekir⁴³⁵. Bu bağlamda Alman mahkemeleri uygulamasında, somut olay özellikleri nazara alınarak devirden itibaren 2 ila 5 yıl arasında değişen sreler makul olarak deđerlendirilmiřtir⁴³⁶. Alman Yüksek Mahkemesi 13.03.1979 tarihli kararında, 10 yıllık süreyi alıcının menfaatini aşar Şekilde ahlaka aykırı bulmuřtur⁴³⁷.

Kanaatimizce ahlaka aykırılıkta söz konusu klozun TBK 27 uyarınca kesin hükümsüz sayılıyor olması, adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. r. 10 yıllık rekabet yasağı öngören bir klozun tamamen hükümsüz kılınması yerine, makul bir süreye (r. 3 yıl) indirilmesi daha adilane bir üzümdür. Zira kesin hükümsüzlük

⁴³² **Picot**, in; **Picot**, Ő 4 Rn. 489.

⁴³³ **Rdder/Hötzel/Mueller Thuns**, Ő 21 Rn. 12.

⁴³⁴ **Rdder/Hötzel/Mueller Thuns**, Ő 21 Rn. 11; **Picot**, in; **Picot**, Ő 4 Rn. 490.

⁴³⁵ BGH, 19.10.1993, KZR 3/92, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1993-10-19/KZR-3_92, (25.01.2016); **Picot**, in; **Picot**, Ő 4 Rn. 490.

⁴³⁶ İlgili mahkeme kararları için bkz.; **Rdder/Hötzel/Mueller Thuns**, Ő 21 Rn. 11 dn. 6.

⁴³⁷ BGH, 13.03.1979, KZR 23/77, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1979-03-13/KZR-23_77, (25.01.2016).

durumunda satıcı hiçbir süreye tabi olmadan rekabet yasağından tamamen sıyrılmaktadır. Nitekim Alman Mahkemeleri uygulamasında makul olmayan süre, makul süreye çevrilmiştir⁴³⁸. Yargıtay 11. HD, 11.06.2015 tarihli kararında, hisse devri yönünden 15 yıllık rekabet yasağını iyiniyet ve ahlak kurallarına aykırı bularak ilgili cezai şartı geçersiz kabul eden yerel mahkeme kararını onamıştır⁴³⁹.

III. Rekabet Hukuku Yönünden Rekabet Yasağı

Yan sınırlama niteliğindeki rekabet yasağı, RKHK’da düzenlenmemiştir. Rekabet Kurulundan izin alınması gereken birleşme ve devralmaları düzenleyen 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/5’te şu hüküm yer almaktadır.; “*Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşip aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır*”. Bu haliyle Rekabet Kurulundan izin alınması gereken bir devralma işlemine ilişkin sözleşmede yer alan rekabet yasağı düzenlemeleri yan sınırlama olarak, bu çerçevede incelenecek ve izin prosedürüne tabi tutulacaktır⁴⁴⁰. Rekabet Kurulunun yoğunlaşmalara yönelik kararlarında, yan sınırlamalara ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olsa dahi, ilgili izin kararı yan sınırlamaları da kapsamaktadır. Ancak Kurul, tarafların talepte bulunması halinde, işbu ele alınmamış, yeni bir yönü bulunan sınırlamaları, yoğunlaşmaya ilişkin kararlarında değerlendirecektir⁴⁴¹.

Rekabet Kurulu kararlarında, teşebbüsler arasında imzalanan hissedarlar sözleşmesinde yer alan “rekabet yasağının” zorunlu yan bir sınırlama olduğunu belirtmiştir⁴⁴². Bu anlaşmalarda kararlaştırılan sınırlamaların, yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için anlaşmayla doğrudan ilgili ve gerekli, zorunlu olması gerekir⁴⁴³.

⁴³⁸ Bkz ör.; BGH, 29.01.1996, II ZR 286/94, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1996-01-29/II-ZR-286_94, (25.01.2016).

⁴³⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2014/11565, K. 2015/8187, T. 11.06.2015, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁴⁴⁰ **Erdem**, (Yan Sınırlamalar) s. 117 vd..

⁴⁴¹ Bkz.; Rekabet Kurumu, Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, s. 13, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016).

⁴⁴² **Güven**, s. 538.

⁴⁴³ **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, 5. Bası, Bursa, 2015, s. 234.

Rekabet Kurulu, yan sınırlamaları dolayısı ile rekabet yasağını; yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlama olarak kabul etmektedir⁴⁴⁴.

Teşebbüsler arasında kararlaştırılan rekabet etmeme klozunun zorunlu bir yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için; genel olarak yan sınırlamalarda aranan zorunluluk, objektif ve makul olması şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Rekabet Kurulu, rekabet yasağına ilişkin sözleşme şartlarını, sadece taraflarla bağlantılı olması, orantılı olması, süresinin de orantılı olması kriterleri açısından değerlendirmektedir. Başvurular her olayın kendi koşulları dikkate alınarak incelenmektedir⁴⁴⁵.

Rekabet kısıtlamasının objektif olmasından anlaşılması gereken, devir veya birleşmenin somut koşulları uyarınca böyle bir yasağın gerekli olmasıdır. Satıcı pozisyonunda başka bir kişi bulunduğu da amaca ulaşmak için bu yasak gerekli ise, objektifli unsur mevcuttur⁴⁴⁶.

Bir rekabet yasağının makul olması, amaca hizmet işlevi ile bağlantılıdır. Bu bağlamda rekabet yasağı, düzenlenmesinin arkasında yatan saikin

⁴⁴⁴ Bkz.; Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, s. 13, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016).

⁴⁴⁵ **Aslan**, (Rekabet Hukuku Dersleri), s. 233; Rekabet Kurulu Kararı, D. S.: 2010-2-262 (Devralma), K. S.: 10-80/1665-637, K. T.: 23.12.2010; “*Dosya konusu devralma işlemine ilişkin Hisse Alım ve Satış Sözleşmesi'nin 13. maddesinde satıcılara ve satıcıların bağlı kişilerine getirilmiş olan bir rekabet etmeme yükümlülüğü; Hissedarlar Sözleşmesi'nin 10. maddesinde işlem sonrası alıcı dışındaki hissedarlar ve bağlı kişileri için getirilmiş rekabet etmeme yükümlülüğü ve Hissedarlar Sözleşmesi'nin 11. maddesinde alıcı ve bağlı kişileri için getirilmiş rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler incelendiğinde, özet olarak, 13. maddeyle bütün hisselerini devreden satıcılara 3 yıl süreyle rekabet etme ve personel ayartma yasağı getirilmekte, 10. maddeyle mevcut hissedarlara Kale Nobel'de hisse sahibi oldukları sürece ve hisse sahibi olmalarının sona ermesini takip eden 2 yıl süresince rekabet etme yasağı getirilmektedir. Bunun yanı sıra 11. maddede, alıcılara 10. maddeyle benzer şekilde 2 yıllık rekabet etme yasağı öngörülmektedir. Devralma işlemine ilişkin bir rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede işlemle birlikte değerlendirilmesi için söz konusu yasağın “yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma”, “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma” ve “orantılılık” ölçütlerini sağlaması gerekmektedir. Dosya konusu işlem bakımından alıcı ve satıcılara getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, işlem konusu hizmetler ile doğrudan ilgili ve gerekli olduğu; devralma işlemi ile know-how devrinin de söz konusu olması nedeniyle üç yıllık ve iki yıllık kısıtlamaların Rekabet Kurumu içtihatları göz önünde bulundurulduğunda süre bakımından makul sayılması ve bu yükümlülüğün “yan sınırlama” olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır”, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Gerekceli-Kurul-Karar-Listesi>, (25.01.2016).*

⁴⁴⁶ **Erdem**, (Yan Sınırlamalar), s. 127.

gerçekleştirilmesini sağlamalı, bu saiki aşar nitelikte formüle edilmemelidir⁴⁴⁷. Dolayısı ile satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için; süre, konu, coğrafi alan ve kişi yönünden kapsamının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aşmaması gerekmektedir⁴⁴⁸. Örneğin, sözleşmenin taraflarını aşar nitelikteki rekabet yasakları devir işlemi ile ilgili görülmemektedir. Bu nedenle rekabet yasağının sadece sözleşme taraflarını kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁴⁹. Devrin konusunu aşar nitelikli rekabet yasakları yan sınırlama olarak görülmeyecek ve yasaklanacak ya da değiştirilmesi istenecektir⁴⁵⁰.

Rekabet Kurulu kararlarından, süre bakımından üç yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüklerinin genel olarak makul olduğu kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak, müşteri bağımlılığının daha uzun sürmesi ve devredilen know-how'ın niteliği gereği gerekli olması durumunda, somut olayın gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla, üç yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yan sınırlama kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmaktadır⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ **Erdem**, (Yan Sınırlamalar), s. 127.

⁴⁴⁸ Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, s. 14, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016).

⁴⁴⁹ **Aslan**, (Rekabet Hukuku) s. 590; Rekabet Kurulu Kararı, D. S.: 2012-3-71 (Devralma), K. S.: 12-25/717-203, K. T.: 09.05.2012; "Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde rekabet yasağı ile Devredenler'e yönelik Hedef Şirket çalışanlarını istihdam etmeme düzenlemelerine yer verilmiştir. Bildirime konu devralma işlemine yönelik Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde, Devredenler'e getirilen rekabet yasağı iki yıl olarak öngörülmüştür. İlgili düzenlemenin gerek süresi gerekse konu yönünden kapsamı bakımından Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz (Kılavuz)'un yan sınırlamalara ilişkin hükümleri ışığında işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli olduğu kanaatine varılmıştır. Ancak rekabet yasağı Devredenler'le birlikte ikinci dereceden akrabalarına da getirilmiştir. Kılavuz'da satıcının kendisi ve satıcı ile ekonomik bütünlük oluşturan iktisadi birimler ve acenteleri 12-25/717-203 3/3 bakımından getirilen kısıtlamaların makul kabul edilebileceği değerlendirilmiştir. Ancak, satıcıların akrabalarını da kapsayan türde bir rekabet yasağının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aştığı anlaşıldığından, akrabaları bağlayamayacağı sonucuna ulaşılmıştır", <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Gerekecli-Kurul-Karar-Listesi>, (25.01.2016).

⁴⁵⁰ **Aslan**, (Rekabet Hukuku), s. 590.

⁴⁵¹ Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, s. 14, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016).; Rekabet Kurulu Kararı, D. S.: 2012-3-151 (Devralma), K. S.: 12-44/1339-445, K. T.: 20.09.2012; "Dosya kapsamında, Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde devredenlere yönelik getirilen, rekabet yasağı ile hedef şirket çalışanlarını istihdam etmeme düzenlemeleri incelenmiştir. Getirilen her iki düzenlemenin süresi de beş yıl ile sınırlandırılmıştır. Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde devredenlere yönelik getirilen rekabet yasağı ile hedef şirket çalışanlarını istihdam etmeme düzenlemelerinin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli olduğu kanaatine varılmıştır", <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Gerekecli-Kurul-Karar-Listesi>, (25.01.2016).

Satıcının yükümlüğü olarak düzenlenen rekabet etmeme yasağı, kural olarak işlem öncesinde devre konu ekonomik birimin faaliyet alanını oluşturan mal ve hizmetlerle sınırlı olmalıdır. Gelişim aşamasını tamamen ya da büyük ölçüde tamamlamış, ancak henüz pazarlama aşamasına geçilmemiş mal ve hizmetler de bu kapsama dâhil edilebilecektir⁴⁵².

Diğer taraftan rekabet etmeme yükümlülüğü, coğrafi bakımdan, işlem öncesinde satıcının faaliyet gösterdiği alanlarla da sınırlı olmalıdır. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulmasından önce satıcının yeni bölgelere girmek için yatırım yapmış olması gibi istisnai durumlarda, bu bölgeler bakımından getirilen sınırlama da gerekli ve makul kabul olunabilecektir⁴⁵³.

IV. Rekabet Yasağına Uymama Yaptırımı

Teşebbüs satış sözleşmesi rekabet yasağı ile birlikte bu yasağın ihlali durumunda yaptırımını da düzenlemelidir.

Rekabet Kurulu Kararı, D. S.: 2010-2-91 (Devralma), K. S.: 10-33/529-188, K. T: 22.4.2010; “*Alicı Turkish Youth’un ana şirketi Coöperatieve’in bir taraftan Nezih Kitap’a sermaye desteği sağlarken, Türkiye piyasasını, sektörü ve Nezih Kitap’ı iyi tanıyan Satıcılar’a %25 hisse devretmek suretiyle onları Nezih Kitap içinde tutarak bu birikimlerinden yararlanmak istediği anlaşılmaktadır. Bu model uyarınca, bir taraftan, Coöperatieve, işin, büyüme için gerekli sermayeyi sağlama ayağını üstlenirken, büyüme için gerekli diğer ayak olan “know-how” için de Satıcılara güvenmektedir. Cooperatieve’in hisseleri satarak Nezih Kitap’tan çıkmayı planladığı tarihe kadar yürütmeyi tasarladığı iş modelinin bu olduğu, Nezih Kitap’a yatırım kararını bu model çerçevesinde aldığı ve Satıcılar’ın da bunu benimsediği anlaşılmaktadır. 31.12.2015 tarihine kadar sürecek olan rekabet yasağını ise bu modelde oluşabilecek bir aksaklığa karşı bir güvence olarak Hissedarlar Sözleşmesine koyduğu görülmektedir. Bir başka deyişle, işin “know-how” ayağında güvenilen Satıcıların Nezih Kitap’la hissedarlık ilişkisini tamamen bitirmeleri halinde, Coöperatieve tarafından Nezih Kitap’a yapılan yatırımın geri dönüşünde bir aksama ortaya çıkabilecektir. Bunu engellemek için devralan tarafın, hiç değilse, Nezih Kitap’ın hisselerini satmayı planladığı 2015 sonuna kadar rekabet yasağı marifetiyle, Satıcıların rakip olmasını ve Nezih Kitap’ın müşterilerini, ticari ve sair bağlantılarını Nezih Kitap aleyhine kullanabilecekleri bir ortam oluşturmalarını engellemeye çalıştığı anlaşılmaktadır.*

Rekabet Kurulu’nun 3 yılı aşkın rekabet yasaklarına ilişkin yaklaşımı değerlendirildiğinde 5 yıllık rekabet yasaklarının da birer yan sınırlama olarak kabul edilebildiği görülmektedir. Kurulun 25.02.2009 tarih ve 09-08/157-50 sayılı ve 25.12.2008 tarih ve 08-75/1188-457 sayılı kararları buna birer örnektir.

Dosya konusu işlem bakımından 2015 yılı sonuna kadar getirilmiş olan rekabet yasağının da işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olması, sadece taraflarla sınırlı olması ve kapsam yönünden Nezih Kitap’ın faaliyet gösterdiği iş kolları ve coğrafi alanı kapsayacak şekilde sınırlı olması sebepleriyle bir yan sınırlama olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır”, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Gerekecli-Kurul-Karar-Listesi>, (25.01.2016).

⁴⁵² Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, s. 14, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016).

⁴⁵³ Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, s. 15, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi>, (25.01.2016).

Rekabet yasağının ihlali halinde gündeme gelebilecek en uygun yaptırım cezai şarttır. Cezai şart düzenlenirken, tazminat miktarından mahsup kaydıyla tazminat haklarının saklı tutulması uygun çözüm olacaktır⁴⁵⁴.

§ 10. MAHREMİYETİN KORUNMASI VE GİZLİLİK

Sadece sözleşme öncesi aşamada değil, sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada da devralmanın kamuoyu önünde erkenden ortaya çıkmaması önem arz etmektedir. Ayrıca sözleşmenin içeriğinin gizli kalması konusunda da tarafların haklı menfaati söz konusudur. Yine yürütülmüş olan sözleşme müzakereleri nedeniyle tarafların birbirleri ile ilgili vakıf oldukları ticari sırların mahrem kalarak karşı tarafa dezavantaj olacak şekilde kullanılmaması da esastır⁴⁵⁵.

Bu bağlamda üçüncü kişilerin müzakereler ve sözleşme içeriğiyle ilgili bilgileri edinmesi ancak somut haklı gerekçelerin bulunması halinde mümkün olmalıdır⁴⁵⁶. Bu nedenle taraflar aynı zamanda devralma işlemini yürüten kendi elemanları ve bağımsız danışmanlara da aynı yükümlülüğü yükümlenmelidirler⁴⁵⁷.

İşin doğası gereği tarafların devralma işlemlerini tamamlamaya yönelik yasal zorunluluk nedenleriyle ilgili kuruluşlara (rekabet kurulu, vergi dairesi vb.) bildirim ve evrak ibrazları gizliliğin kapsamı dışındadır⁴⁵⁸.

Tarafların sözleşme öncesi aşamada niyet mektubuna dercetmiş oldukları veya ayrı bir sözleşmeyle düzenlemiş oldukları gizlilik ve mahremiyete ilişkin hususlar, sözleşmenin kurulmasıyla çoğunlukla elverişliliğini yitirecektir. Bu nedenlerle taraflar ayrıca akdetmiş oldukları sözleşmede de gizlilik ve mahremiyeti klozla düzenleme altına alma durumundadırlar⁴⁵⁹.

Tarafların gerek görmeleri halinde bu hususlara yönelik sözleşmede ayrı bir cezai şart düzenlemesi getirmeleri de mümkündür⁴⁶⁰. Gizlilik ve mahremiyet ihali

⁴⁵⁴ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 22.

⁴⁵⁵ Picot, in; Picot, § 4 Rn. 500.

⁴⁵⁶ Picot, in; Picot, § 4 Rn. 500.

⁴⁵⁷ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 3.

⁴⁵⁸ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 3.

⁴⁵⁹ Picot, in; Picot, § 4 Rn. 501.

⁴⁶⁰ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 3.

nedeniyle mağdur olan tarafın uğradığı zarar, karşılaştırılan cezai şart tutarını aşarsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez (TBK m. 180/2).

§ 11. MASRAFLAR

Devralma işlemlerinin tamamlanmasında bir dizi masraf oluşmaktadır. Örneğin, sözleşmenin noter tarafından tasdiki ve rekabet kurulundan izin alma işlemlerinde oluşacak masraflar bu mahaldedir.

Devralma işleminin tamamlanmasına yönelik masrafların kimin tarafından karşılanacağı müzakere konusu olup, genelde bu nevi masrafları alıcı taraf üstlenmektedir⁴⁶¹.

Teşebbüs satış sözleşmelerinde bu nevi masrafların kime ait olduğuna ilişkin ayrı bir düzenleme yapılması, bu yönde çıkabilecek tartışmaları önleyeceğinden maksada uygundur. Taraflar bu düzenlemede her iki tarafın da kendi danışmanlarının danışmanlık ücretlerini kendileri karşılayacağına ayrıca yer vermelidirler⁴⁶².

§ 12. BİLDİRİMLER

Teşebbüs satış sözleşmelerinde sıklıkla teşebbüs satışı ile ilgili hususların bildirim ile ilgili usul ayrıca belirlenmektedir. Bu nevi bildirimler örneğin, sözleşmesel tekeffül konularında, başvuru yolunun kullanımına veya kapanışa kadar hallolması gereken işlere ilişkin olabilmektedir.

Bildirim şekli olarak iadeli taahhütlü mektup, faks ve/veya email yoluyla haberleşme tercih olunabilecektir.

⁴⁶¹ **Bergau**, in; **Bergau**, s. 203.

⁴⁶² **Rödter/Hötzel/Mueller Thuns**, § 21 Rn. 35; **Picot**, in; **Picot**, § 4 Rn. 534.

Bildirim yönünden kimin muhatap alınacağı da ayrıca belirtilmelidir. Bu kişi gerçek kişi söz konusu olduğu zaman bizatihi kendisi veya tüzel kişilerde ilgili taraf yetkilisi olabileceği gibi, yetkilendirilmiş avukat da olabilmektedir⁴⁶³.

§ 13. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Taraflar sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarla ilgili yetkili mahkemeyi belirleyebilecekleri gibi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü de tercih edebileceklerdir.

Özellikle büyük çaplı ve/veya karmaşık nitelikte devralma söz konusu olduğu hallerde, satış uluslararası nitelik arz etmese bile hakem yargılaması avantaj teşkil edebilecektir. Yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri de Türkiye olan uyuşmazlıklar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 407 vd. hükümleri çerçevesinde yürüyecektir⁴⁶⁴.

§ 14. KAPANIŞIN YÜRÜTÜLÜŞÜ

Teşebbüs satışı sözleşmelerinde yaygın şekilde uygulama alanı bulan iki safhali modelde daha önce incelemiş olduğumuz kapanış için icra koşulları⁴⁶⁵ ile birlikte kapanışta tarafların yerine getirmesi gereken edimler de kapanış (Closing) klozuyla ayrıca düzenlenmektedir.

Kapanış klozunda tasarrufi işlemlerin yerine getirileceği kapanış tarihi de belirlenmektedir. Sözleşmenin kurulduğu anda, yani imza safhasında icra koşullarının hepsinin ne kadar sürede gerçekleşebileceği tam netlik arz etmeyeceğinden taraflar sözleşmede, kapanış tarihini icra koşullarının yerine gelmesine bağlı olarak (veya yasal zorunluluklar dışında kalan bir kısımdan alıcının feragat etmesi) ileri bir tarihte kapanış tarihini belirlemeyi yükümlenebilirler.

⁴⁶³ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 40.

⁴⁶⁴ Yabancılık unsurlu teşebbüs satış sözleşmelerinde tahkim yargılaması için bkz.; Dördüncü Bölüm § 3.

⁴⁶⁵ Bkz.; Üçüncü Bölüm § 6.

Kapanış tarihinde tarafların ifa edeceği edimler sözleşmenin düzenleme kurgusu (ör. satış bedelinin peşin olup olmadığı), devralmanın niteliği ve şirketin türü gibi hususlara bağlı olarak çeşitlilik arz etmekte birlikte genel olarak aşağıdaki edimleri içermektedir⁴⁶⁶;

- i. Paylara ilişkin mülkiyetin geçişi (yönetim kurulu veya ortaklar kurulu kararıyla onay),
- ii. Belli şartların yerine getirildiğinin ispatı (rekabet kurulu izni vb.)
- iii. Teşebbüsün yürütülmesinde önem arz eden belgelerin alıcıya teslimi (önemli sözleşmeler, müşteri bilgilerine ilişkin belgeler, know-how ve fikri mülkiyet hakları ile ilgili belgeler vb.),
- iv. Satış bedelinin bir kısmı veya tamamının ödenmesi (havale talimatı vb.),
- v. Kararlaştırılmış ise banka garantisi teslimi (satıcıya satış bedelinin kalan kısmını güvenceye alan ve/veya alıcıya satıcının tekeffüle ilişkin muhtemel sorumluluğunu güvenceye alan)
- vi. Yönetim kurulu üyelerinin veya müdürlerin istifası ve yenilerinin seçilmesi hususları,

Taraflar kapanışta yerine getirilmesi gereken edimlerin hepsinin eş zamanlı gerçekleşeceği hususunu da ayrıca belirlemektedirler.

Kapanışta ifa edilen hususların teyidi bakımından kapanış protokolü de (Closing Agreement) hazırlanabilmektedir. Protokol hazırlandığı hallerde alıcının muhtemel hak taleplerini saklı tutması gerekir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Rödder/Hötzel/Mueller Thuns, § 21 Rn. 40; Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 58.

⁴⁶⁷ Ettinger/Jaques, Kap. D Rn. 58.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN SINIR ÖTESİ DEVRİNE YÖNELİK TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMELERİ

§ 1. KONUYA GİRİŞ

Küreselleşme olgusuyla birlikte uluslararası nitelikte teşebbüs devralmaları da artış içine girmiştir. Bir teşebbüs yurt dışında doğrudan yatırım kararı verirken önünde çeşitli seçenekler bulunmaktadır. Yurt dışında yatırımın şekli Join Venture ortaklığı niteliğinde olabileceği gibi, yavru şirket kurma suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu aşamada yavru şirket kurulması yerine mevcut yerli bir şirketin paylarının devralınarak kontrolünün ele geçirilmesi de alternatif oluşturmaktadır.

Yurt dışında yavru şirket kurulması yerine, yatırım yapılmak istenen ülkede kurulmuş olan mevcut bir şirketin paylarının devralınarak kontrolünün ele geçirilmesi çeşitli avantajlar sunmaktadır. Her şeyden önce bu sayede yeni girilen bir pazarda mevcut aktivitesi olan ve dolayısı ile kendi müşteri çevresi, üretim ve/veya pazarlamaya yönelik kurulu işletme/işletmeleri ve yetişmiş personeli bulunan teşebbüsün, bu kurulu düzeninden yararlanmak avantaj teşkil edebilecektir. Diğer taraftan devralmada oluşacak masraflar ve halledilmesi gereken bürokratik işlemler de çoğu zaman daha az masraflı ve meşakkatlidir.

Diğer taraftan örneğin dünya genelinde sektöründe yüksek teknolojiye sahip, yüksek pazar payı bulunan veya tanınmış bir markası olan ekonomik krizdeki bir teşebbüsü devralma sadece yerli girişimcileri cezbetmeyip, aynı zamanda yabancı yatırımcılara da fırsat sunmaktadır.

Bir pay devri suretiyle teşebbüs satışında uluslararası bağlantı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecektir;

- i. Tipik halde sözleşmenin taraflarından birisi yabancı uyrukludur (gerçek veya tüzel kişi).
- ii. Taraflar aynı ülkenin uyruğunda olmakla beraber, satış konusunu teşkil eden teşebbüsün uyruğu yabancılık taşımaktadır.
- iii. İlk bakışta herhangi bir uluslararası bağ kurulamamakla beraber, dolaylı olarak uluslararası bağlantı kurulabilmekte, ör. payları satın alınan teşebbüsün yurt dışında yavru şirketi veya başkaca yatırımları bulunmaktadır.
- iv. Hedef teşebbüsün yurt dışı pazarlarında kayda değer ticari aktivitelerinin bulunması. Bu husus sadece rekabet sınırlamaları yönünden ehemmiyet arz etmemektedir.
- v. Hedef teşebbüsün veya taraflardan birinin yabancı borsalarda işlem görüyor olması veya başkaca şekilde yabancı sermaye piyasası kurallarına tabi olması.
- vi. Nadiren karşılaşılabilecek diğer bir husus ise, sözleşmenin kuruluşunun yabancı bir ülkede gerçekleştiriliyor olmasıdır⁴⁶⁸.

Sermaye şirketinin paylarının devri suretiyle teşebbüs satışının uluslararası niteliğe bürünmesiyle birlikte, yabancılık unsuru barındırmayan teşebbüs satış sözleşmelerine nazaran farklı hukuk dalı kuralları devreye girmekte ve farklı sözleşme uygulaması söz konusu olmaktadır.

Uluslararası nitelikte bir teşebbüs satışı sözleşmesinde, yabancılık unsuru barındırmayan teşebbüs satış sözleşmesinde yer alan klotlarla birlikte, sözleşmeye hangi ülke hukuk düzenin uygulanacağı meselesinin de çözülmesi gerekmektedir. Bu aşamada Milletlerarası Özel Hukuk kuralları devreye girmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, teşebbüs satışının uluslararası satışa bürünmesiyle birlikte özel nitelikte maddi hukuk kurallarının da uygulama alanı doğmaktadır. Bunlardan en önemlisi hedef teşebbüsün bulunduğu ülkedeki yabancı yatırım mevzuatıdır. Bir teşebbüs satın almasının yabancı ülke tabiiyetindeki kişiler tarafından gerçekleştiriliyor olması halinde, bu yatırımın yabancı yatırım niteliğinde olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır⁴⁶⁹. Bir ülkede yabancıların

⁴⁶⁸ **Wetzler**, Christoph F., in; **Hölters**, § 15 Rn. 15.1.

⁴⁶⁹ Örneğin; 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu m.2/b, ii'ye göre; Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da

hangi alanlarda ve hangi koşullarda yatırım yapacağının sınırlarını ise, o ülkenin yabancı yatırım mevzuatı belirlemektedir⁴⁷⁰. Örneğin, Türk hukuku yönünden 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 19/f'ye göre, bir medya hizmet sağlayıcısı kuruluşta doğrudan toplam yabancı sermaye payı, ödenmiş sermayenin yüzde ellisini geçemeyecektir. Dolayısı ile ülkemizde yürürlükteki mevzuat açısından yabancıların, radyo ve televizyon hizmetleri alanında faaliyet gösteren bir anonim şirketin kontrolünü ele geçirmesi mümkün olmadığından, bu nitelikte bir anonim şirketin paylarının satışı suretiyle uluslararası nitelikte teşebbüs satışı da gerçekleştirilemeyecektir.

Teşebbüsün satışının uluslararası niteliğe kavuşmasıyla birlikte karşılaşılan diğer bir sorun, diğer uluslararası nitelikte sözleşmelerde de olduğu gibi toplumlar arasındaki kültürel farklılıklar kaynaklıdır. Teşebbüs satışlarında öngörüşme ve pazarlıkların yapılması, sözleşmenin imzalanması ve tasarrufi işlemlerin gerçekleştirilmesi aşamalarının aylarca sürebilen fasılayla gerçekleşiyor olması, kültürel farklılıkların sözleşme alt yapısının oluşmasına, hazırlanmasına ve icra edilmesine etkilerini arttırmaktadır. Dolayısı ile uluslararası nitelikte devralmaların başarılı bir şekilde yürütülmesinde, tarafların aidiyet taşıdığı kültür çevresinin nazara alınarak hareket edilmesi önem arz etmektedir⁴⁷¹.

Teşebbüs satışının uluslararası nitelik kazanmasıyla gündeme gelebilecek bir konu da Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın⁴⁷² (United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods-CISG) bu nevi sözleşmelere uygulanma kabiliyetidir. Pay satışı suretiyle teşebbüs satın almalarında, teşebbüsteki paydaşıktan doğan hakların satışı söz konusu olduğundan ve CISG'in uygulama alanı da taşınır

aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olma doğrudan yabancı yatırım niteliğindedir.

⁴⁷⁰ Türkiye'nin yabancı yatırımlarla hukuki düzenlemeleri ve taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla ilgili bilgi için bkz.; **Kayıhan**, Şaban/**Eski**, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Cilt I, 2. Bası, Kocaeli 2015, s. 177 vd.

⁴⁷¹ Tüm uluslararası ticari sözleşmelerde olduğu gibi uluslararası teşebbüs satış sözleşmelerinde de karşılaşılabilecek lisan ve yorum sorunları için bkz.; **Özkan**, Ömer, Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, Akademik Bakış E-Dergisi, S. 4 Ekim-2004, s. 7 vd.

⁴⁷² Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanarak yürürlüğe için şart olan en az on devletin onaylamasıyla, 01.01.1988 tarihinde yürürlüğe giren CISG, nihayet 07.07.2010 tarihli 27545 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış ve Türkiye de 01.08.2011 tarihinden itibaren bu Antlaşma'ya üye olmuştur.

eşyalarla sınırlı bulunduğundan, bu nevi satışlar CISG kapsamı dışında kalmaktadır. Bu husus teşebbüsteki tüm payların veya tamamına yakının satışı halinde dahi geçerlidir⁴⁷³. Diğer taraftan payın senede bağlı olduğu hallerde satışın CISG'ın uygulama alanı dışında kaldığı, CISG m. 2/d'de bizatihi düzenleme altına alınmıştır.

İncelememizin bu bölümünde sermaye şirketlerinin pay satışı suretiyle devrine yönelik teşebbüs satışının yabancılik unsuru taşıması halinde uygulanması gündeme gelecek olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku kuralları ortaya konacaktır.

§ 2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMELERİ

I. Genel Olarak

Yabancılik unsuru taşıyan bir teşebbüs satışında öncelikli olarak tespiti gereken husus, sözleşmenin hangi hukuk düzenine tabi olacağı meselesidir. Bu tespit, her şeyden önce sözleşmede düzenlenmemiş olan konuların hangi ülkenin maddi hukuk kurallarına tabi olacağını ortaya koyacağından önem arz etmektedir⁴⁷⁴. Diğer taraftan taraflar sözleşmede ne kadar ayrıntılı düzenlemeler yapsalar bile, bu düzenlemelerden hangilerinin emredici hukuk kurallarıyla çatışıp çatışmadığı da sözleşmeden doğan borç ilişkisinin tabi olacağı ülke hukuk kurallarınca cevaplandırılmaktadır. Dolayısı ile sözleşme hazırlığı aşamasında bu tespit yapılması ile taraflar, sözleşmede hangi konuları ne ölçüde düzenleyebileceklerini, kısacası hareket alanlarını görebilmektedirler.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin hangi ülkenin maddi hukukuna tabi olacağı Milletlerarası Özel Hukuk (kanunlar ihtilafı) kuralları tarafından belirlenmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk düzenlemeleri, kural olarak her ülkenin kendi milli yasalarıyla düzenleme altına alınmıştır. Bu doğrultuda ülkemizde yürürlüğe konmuş olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

⁴⁷³ **Merkt**, Hanno, in; **Reithmann**, Christoph/**Martiny** (Edit.), Dieter, Internationales Vertragsrecht, 6. Bası, Köln 2004; Rn. 852; **Göthel**, in; **Göthel**, § 6 Rn. 12; **Wetzler**, in; **Hölter**, § 15 Rn. 15.54.

⁴⁷⁴ **Göthel**, in; **Göthel**, § 6 Rn. 1.

Kanun (MÖHUK), Türkiye'nin bu alanda taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla birlikte kanunlar ihtilafı kurallarını belirlemektedir. Konuyu Avrupa Birliği nezdinde ele alırsak, sözleşmeden kaynaklanan borçlara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları, Roma-I Tüzüğü⁴⁷⁵ ile yeknesaklaştırılmıştır.

Bir ülke mahkemesinin önüne gelen yabancılık unsurlu sözleşmede hangi ülke maddi hukukun uygulanması gerektiği konusu gündeme geldiğinde, lex fori uygulanacaktır. Yani bu halde uyuşmazlığın önüne götürüldüğü mahkeme kendi ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak, uygulanacak maddi hukuku tespit edecektir. Nitekim bu husus MÖHUK m. 2/1'de "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.*" olarak ifade olunmuştur.

II. Akit Statüsü

Roma-I Tüzüğü'nde olduğu gibi MÖHUK'ta da ortaklık paylarının satışı ayrık olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda MÖHUK yönünden, sözleşmelere uygulanacak hukukla ilgili genel düzenleme içeren MÖHUK m. 24 devreye girecek ve akit statüsü buna göre belirlenecektir.

MÖHUK m. 24, tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair seçim yapmamış olmaları halinde, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuku, uygulanacak maddi hukuk olarak kıstas almıştır.

A. Hukuk Seçimi

Borçlar hukukuna hakim olan "akit serbestisi" ilkesine uygun olarak Milletlerarası Özel Hukukta sözleşmenin tabi olacağı hukuk öncelikli olarak tarafların seçimine bırakılmıştır⁴⁷⁶. Bu doğrultuda MÖHUK m. 24/1; "*Sözleşmeden*

⁴⁷⁵ 593/2008 sayılı Tüzük, çeşitli dillerdeki metni için bkz.; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32008R0593>, (15.01.2016).

⁴⁷⁶ Bkz.; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 317 vd.; **Tekinalp**, Gülören/**Uyanık-Çavuşoğlu**, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası İstanbul 2011, s. 349; **Nomer**, Ergin, Devletler Hususi Huku, 21. Bası, İstanbul 2015, 312 vd.; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci, Milletlerarası Özel

doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.” düzenlemesini içermektedir.

Hukuk seçimi açık veya örtülü gerçekleşebilecektir. Açık bir hukuk seçiminde tarafların iradeleri yoruma ihtiyaç göstermeyecek şekilde net ve anlaşılır niteliktedir⁴⁷⁷. Sözleşmede düzenlenen bir kayıtla yapılan hukuk seçiminin içeriği ve kapsamı açıklık taşımıyorsa, kaydın yorumu lex fori’ye göre yapılacak ve kanunlar ihtilafı yorum ilkeleri ve değerlendirmeleri kıstas alınacaktır⁴⁷⁸.

Taraflar, hukuk seçimini her zaman yapabilecekleri gibi sonradan değiştirebilme imkanına da sahiptirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra hukuk seçimi söz konusu olduğu hallerde, bu seçim, geriye etkili olarak geçerlidir. Ancak böyle bir durumda üçüncü kişilerin hakları saklı kalmaktadır (MÖHUK m. 24/3).

MÖHUK m. 24/2 uyarınca taraflar, hukuk seçimini sözleşmenin tamamına ilişkin yapabilecekleri gibi bir kısmına ilişkin de yapabilmektedirler. Bu doğrultuda ör. iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmede taraflar, her birinin borcu için ayrı hukuk seçimi yapabilecekleri gibi, sadece bir tarafın borcu yönünden hukuk seçimi yapabileceklerdir⁴⁷⁹.

Uluslararası nitelikte teşebbüs satış sözleşmelerinde hukuk seçimi ile birlikte milletlerarası özel hukuk uygulamasının kapatıldığı klozlara rastlanabilmektedir. Örneğin, “*Sözleşme, Milletlerarası Özel Hukuku kapsamı dışında kalacak şekilde Türk Hukuku’na tabidir.*” gibi bir kloz bu niteliktedir. Bu nevi bir kloz genel olarak, tarafların seçimini yaptıkları hukuk düzeninin sadece maddi hukuk normlarını seçtikleri ve o hukuk düzeninin kanunlar ihtilafı kurallarını devre dışı bıraktıkları şeklinde yorumlanacaktır⁴⁸⁰. Türk Mahkemeleri MÖHUK m. 2/1 uyarınca, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını resen uygulamak zorunda olduklarından, böyle bir kloz Türk Mahkemeleri önüne geldiğinde herhangi bir tesiri olmayacak ve

Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015, 252 vd.; **Doğan**, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Ankara 2016, s. 363.

⁴⁷⁷ **Nomer**, s. 317.

⁴⁷⁸ **Nomer**, s. 317.

⁴⁷⁹ **Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu**, s. 354.

⁴⁸⁰ **Göthel**, in; **Göthel**, § 6 Rn. 63.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına engel teşkil edemeyecektir. Dolayısı ile yabancılık unsurlu bir sözleşmede düzenlenmemiş hususlara ilişkin uygulanacak maddi hukuk, klozdaki seçim dikkate alınmadan Türk kanunlar ihtilafı kuralları doğrultusunda belirlenecektir.

Uluslararası nitelikte teşebbüs satış sözleşmeleri bağlamında sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi yönünden gündeme gelebilecek diğer bir konu, hukukun genel ilkeleri (general principles of law), uluslararası hukukun ilkeleri veya lex mercatoria gibi hukuk seçimleridir. Bu türden seçimlerle genelde taraflardan birinin bir kamu kurumu olduğu ve özelleştirme kapsamındaki teşebbüs satışlarında karşılaşılabilmektedir⁴⁸¹. Seçimle amaçlanan sözleşmenin milli karaktere bürünmesinin önüne geçmektedir. Böyle bir seçimle sadece maddi hukuka ilişkin bir seçim yapılmış olunmaktadır⁴⁸². Zira sözleşme statüsü ancak bir devletin hukukuna yönelik belirlenebilmektedir. Dolayısı ile bu nevi bir seçimle, tarafların seçimini yaptıkları hukuk kurallarını sözleşmenin bir parçası haline getirdikleri var sayılacak (incorporation⁴⁸³) ve seçilen hukuk kuralları manzumesi, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici hükümlerinin cevaz verdiği ölçüde uygulanma kabiliyetine sahip olacaktır⁴⁸⁴.

Bir tarafın kamu kurumu, diğer tarafın yabancı yatırımcı olduğu uluslararası nitelikte teşebbüs satış sözleşmelerinde yer alabilecek diğer tür klotlardan sabitleştirme (freezing clauses) klozu ve istikrar klozu (stabilisation clause) hukuk seçimi konusunda özellik arz etmektedir. Sabitleştirme klozunda, seçimi yapılan hukukun belli bir zaman dilimindeki (özellikle sözleşmenin kurulması anı) içeriğiyle geçerli olduğu kararlaştırılmaktadır⁴⁸⁵. İstikrar klozu ile ise, sözleşmeyle tanınan hakların tek taraflı değiştirilemeyeceği ve sonradan mevzuattaki değişikliklerin sözleşmeyi veya imtiyazı etkilemeyeceği hususu düzenleme altına alınmaktadır⁴⁸⁶. Bu türden klotların ihlali, uluslararası tahkim uygulamasında

⁴⁸¹ Yatırımcı-Devlet sözleşmeleri olarak anılan bu tür sözleşmeler için bkz.; **Kayhan/Eski**, s. 214 vd.

⁴⁸² Bu konuda değerlendirmeler için bkz.; **Martiny**, Dieter, in; **Reithmann/Martiny**, Rn. 71.

⁴⁸³ Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz.; **Ekşi**, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2015, s. 66 vd.

⁴⁸⁴ Aynı yönde; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 257 vd.

⁴⁸⁵ **Merkt**, Hanno, Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln, Heidelberg 1990, s. 41.

⁴⁸⁶ **Martiny**, in; **Reithmann/Martiny**, Rn. 78.

tazminat sorumluluğuna yol açabilmekle beraber⁴⁸⁷ milli mahkemeler önünde kazanılmış haklar dışında geçerlilikleri tartışma konusu yapılacaktır.

B. Objektif Kurala Göre Bağlama

Taraflar sözleşmede hukuk seçimi yapmadıkları durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuk, objektif esaslara göre belirlenecektir⁴⁸⁸.

MÖHUK, özel olarak düzenlenen bir kısım sözleşmeler haricinde kalan sözleşmeler yönünden objektif bağlama kuralını MÖHUK m. 24/4'de düzenlemiştir. Buna göre; *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur”*.

Konuyu pay satışı yönünden ele aldığımızda, burada bağlama kuralı açısından borsada işlem görmeyen payların satışı ve borsada işlem gören payların satışı olmak üzere ikili ayrıma gitmek gerekmektedir.

1. Borsada İşlem Görmeyen Payların Satışı

Bu konuda MÖHUK'ta özel bir kanunlar ihtilafı kuralı yer almadığından, sözleşmenin “en sıkı ilişkili” olduğu hukukun tayini gerekmektedir. Burada da öncelikli olarak karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukuku nazara alınacaktır. Pay satışları yönünden uygulanacak olan

⁴⁸⁷ Örnek tahkim kararları için bkz.; **Martiny**, in; **Reithmann/Martiny**, Rn. 78.

⁴⁸⁸ **Çelikel/Erdem**, s. 325.

Roma-I Tüzüğü de m. 4/2’de karakteristik edim borçlusunun mutad meskenininin bağlama kuralı olarak belirlemektedir⁴⁸⁹.

Pay satışında sözleşmeye hukuki özelliğini veren edim, payın mülkiyetinin geçirilmesi olduğundan, karakteristik edim borçlusu konumundaki satıcının mutad mesken hukuku bağlama kuralı teşkil edecektir⁴⁹⁰.

Gerçek kişiler yönünden mutad mesken bir kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi ifade etmektedir⁴⁹¹. Satıcının bir tüzel kişilik olması halinde ise, mutad mesken idare merkezi prensibine göre belirlenecektir. Bu konuda her ne kadar MÖHUK m. 24’te doğrudan düzenleme bulunmasa da hak ve fiil ehliyetine ilişkin MÖHUK m. 9/4’te tüzel kişilikler yönünden getirilmiş olan idare merkezi kıstası burda da uygulama alanı bulacaktır⁴⁹².

MÖHUK m. 24/4’te sayılan “*ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir*” yasal karinelerin kanaatimizce kural olarak pay satışlarında doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira pay satışı/alımı ticari amaçlarla yapılabilecek olsa da kural olarak ticari faaliyetin konusu gereği değildir. Meğerki satıcı veya alıcı açısından yapılan pay satışı ticari faaliyet kapsamında değerlendirilebilsin. Örneğin, özel yatırım girişimleri ve holdingler açısından durum böyledir. Ancak ticari faaliyet gereği olmayan pay satışlarında da satıcının mutad meskenininin tespit edilememesi durumlarında, yerleşim yeri ve işyeri kriterleri nazara alınabilecektir.

MÖHUK m. 24/4’te sayılan yasal karineler doğrultusunda tayin edilen hukuk, sözleşmenin en sıkı irtibatlı hukuk teşkil etmeyebilecektir. Böyle bir ihtimale ilişkin olarak MÖHUK m. 24/4 son cümlede istisna hükmü düzenlenmiştir. Buna göre “*Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun*

⁴⁸⁹ Göthel, in; Göthel, § 6 Rn. 114; Merkt, in; Reithmann/Martiny, Rn. 858.

⁴⁹⁰ Göthel, in; Göthel, § 6 Rn. 115.

⁴⁹¹ Nomer, s. 120.

⁴⁹² Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 367; Özdemir-Kocasakal, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanın Kuralları, MHB C. 30 S. 1-2 2010, s. 57.

bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur”. Bu değerlendirme hakim tarafından somut olay doğrultusunda yapılacaktır⁴⁹³. Pay satışı suretiyle teşebbüs satış sözleşmelerinde, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ve paylarını devredecek olan satıcının mutad meskeni ile payları satış konusu yapılacak teşebbüsün idare merkezinin farklı yerlerde olması halinde, kanaatimizce teşebbüs satış sözleşmesi teşebbüsün idare merkezi hukukuyla daha sıkı ilişki içindedir. Zira bu türden sözleşmeler alalade pay satışlarından farklı olup, sözleşmelerde tasarrufi işlemlerin gerçekleşeceği tarihe kadar teşebbüsün işlerinin yürütülmesine kadar varan teşebbüsü doğrudan etkileyen klozlara yer verilmektedir.

2. Borsada İşlem Gören Payların Satışı

Borsada işlem gören pay senetleri yönünden konuyu ele aldığımızda, payların alım-satışı bizim ülkemizde olduğu gibi çoğunlukla aracı kuruluşlar veya yetkilendirilmiş bankalar üzerinden gerçekleştirilmektedir. Bankaların borsada alım-satışa yetkili bir yatırım kuruluşuyla acentelik sözleşmesi imzalayarak onun üzerinden müşterileri adına alım-satış gerçekleştirilmesi de mümkündür.

Payları iktisap edenle yatırım kuruluşu veya bankalar arasındaki ilişki bir hizmetin görülmesine dayalı olduğundan, burada taraflar arasındaki sözleşmede hukuki seçimi söz konusu değil ise, sözleşmeden doğan ilişkiler yönünden aracı kuruluş/bankanın mutad meskeni bağlama kuralı teşkil edecektir⁴⁹⁴.

Aracı kuruluş veya bankanın müşterisinden aldığı talimat üzerine borsada gerçekleştirilen alım-satış işlemiyle birlikte satış sözleşmesi oluşmaktadır. İlgili borsada yapılan işlemlerle ilgili mevcut kurallar, satış sözleşmesinin de bir parçasıdır. Bu nedenle bu türden alım-satışlarda borsanın bulunduğu yer bağlama kuralı olarak kabul olunmaktadır⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 273.

⁴⁹⁴ Schulz, Stephan, in; Göthel, § 12 Rn. 14.

⁴⁹⁵ Schulz, in; Göthel, § 12 Rn. 14.; Merkt, in; Reithmann/Martiny, Rn. 861.

C. Akit Statüsünün Kapsamı

MÖHUK m. 32/1'e göre; *“Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.”*

Bu haliyle sözleşmenin kurulması için gerekli maddi şartlar, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), irade sakatlıkları, hasarın geçişi, ifa, ifa engelleri, yabancı para kayıtları cezai şart, zamanaşımı, sözleşmenin sona ermesi ve sebepleri gibi konular akit statüsü kapsamında kalmaktadır⁴⁹⁶.

MÖHUK 32/2'de akit statüsü tarafından belirlenen hukukun uygulanması ile ilgili istisna hüküm yer almaktadır. MÖHUK m. 32/2'ye göre; *“Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır”*.

II. Ortaklık Statüsü

Ortaklıkların tabi olduğu statü teşebbüs satışlarında merkezi öneme haizdir. Zira pay satışı suretiyle teşebbüs satışlarında, satış sözleşmesinde yer alan payın devri borcunun ifası için, ortaklık hukukunu ilgilendiren prosedürler yerine getirilmek zorundadır⁴⁹⁷.

Ortaklık statüsünü belirlemede iki tür temel kriter nazara alınmaktadır. Bunlar da kuruluş yeri ile idare merkezidir⁴⁹⁸. MÖHUK'ta bu yönde özel bir düzenleme bulunmadığından ortaklık statüsünün belirlenmesinde de kıstas, tüzel kişiliklerde hak ve fiil ehliyetine ilişkin bağlama kurallarını düzenleyen MÖHUK m. 9/4'teki düzenleme nazara alınacaktır. Buna göre de Türk hukukunda ortaklık statüsü, ortaklığın idare merkezinin bulunduğu yere göre tayin olunacaktır.

⁴⁹⁶ Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 370 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 284 vd.

⁴⁹⁷ Wetzler, in; Hölter, § 15 Rn. 15.58.

⁴⁹⁸ Bu konuda bkz.; Akduman, s. 198 vd.; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 92 vd.

Kural olarak şirketler hukuku ile ilgili tüm meseleler kuruluş yeri veya idare merkezi kriterine göre tayin olunan ortaklık statüsüne (lex societatis) tabidir. Zira ortaklığın iyi işleyebilmesi için hukuki durumunda da yeknesaklık sağlanması temin edilmelidir⁴⁹⁹. Bu açıdan, hak ve fiil ehliyetinin kurulması, ortaklığın paydaşlarıyla olan ilişkileri ve paydaşların kendi aralarındaki ilişkiler, ortaklığın dışarıya karşı temsili ve sorumluluk, mali tablolar ve kapanış bilançosu, sona erme, tasfiye, iflasının açılması gibi konular ortaklık statüsünce tayin olunacaktır⁵⁰⁰.

Senede bağlanmamış paylar yönünden tasarrufi işlem niteliğindeki devir de ortaklık statüsüne tabidir. Devir için noter tasdiki veya sicil kaydı gerekip gerekmediği gibi hususlar, ortaklık statüsüne göre cevaplandırılacaktır⁵⁰¹.

Senede bağlanmış payların devri yönünden ise, ortaklık statüsü geçerli olmayıp, tasarrufi işlemin geçerliliği pay senedinin bulunduğu yer hukukuna (lex cartae sitae) tabidir⁵⁰².

Teşebbüs satışları yönünden önem arz eden hisse devri sınırlamaları ve yasaklamaları yönünden de ortaklık statüsü geçerlidir⁵⁰³.

III. Şekle Uygulanacak Hukuk

Sözleşmenin kuruluşuna ilişkin şekli şartları yönünden, hukuki işlemlerin şekline ilişkin bağlama kurallarını düzenleyen MÖHUK m. 7 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre sözleşmeler yapıldıkları yer hukuku veya esasa uygulanacak yer hukukunun belirlediği şekle tabidir.

Teşebbüs satışları yönünden konuyu ele aldığımızda, TTK m. 595/1 uyarınca, limited şirketlerde devir ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı olarak yapıp, tarafların imzaları noterce onanma durumundadır. Bu durumda Türkiye’de kurulu bir limited şirketin paylarının devrine yönelik tasarrufi işlemin yabancı ülkede

⁴⁹⁹ BGH, 05.11.1980 T. - VIII ZR 230/79, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1980-11-05/VIII-ZR-230_79, (15.01.2016); **von Bar**, Christian, Internationales Privatrecht Besonderer Teil, C. 2, München 1991, Rn. 622; **Hofmeister**, Jörg, Grundlagen und Entwicklungen des internationalen Gesellschaftsrechts, WM 2007, s. 868; **Göthel**, in; **Göthel**, § 7 Rn. 72.

⁵⁰⁰ **Göthel**, in; **Göthel**, § 7 Rn. 73.

⁵⁰¹ **Wetzler**, in; **Hölter**, § 15 Rn. 15.82.

⁵⁰² **Wetzler**, in; **Hölter**, § 15 Rn. 15.83.

⁵⁰³ **Göthel**, in; **Göthel**, § 7 Rn. 78.

yapılması ihtimalinde, bu işlemin geçerliliği konusu gündeme gelebilecektir. Burada gerek imzaları onaylayan şahsın gerek ise yapılan onay işleminin eş değerliliğinin kabul edilebildiği hallerde, yapılan işlem geçerlilik arz edecektir⁵⁰⁴.

IV. Ehliyete İlişkin Uygulanacak Hukuk

Sözleşme taraflarının hak ve fiil ehliyetine ilişkin, MÖHUK m. 9'un öngördüğü bağlama kuralları geçerli olacaktır. Buna göre; *“(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır. (3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. (4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. (5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir”*.

Birçok hukuk düzeni genel hak ehliyetine ek olarak, belli hakların iktisabı veya belli borçların yükümlenilmesi yönünden özel nitelikte ehliyet koşulları aramaktadır. Bu durumu uluslararası nitelikte pay satışı suretiyle teşebbüs satın alması bakımından ele alırsak, konuyu şu örnekle somutlaştırabiliriz; TTK m. 304/3 hükmüne göre, tüzel kişiler komandit şirketlere yalnızca komanditer ortak olarak katılabilirler. Bu noktada Türkiye'de kurulu ve idare merkezi de Türkiye'de olan bir anonim şirket, buna cevaz veren X ülkesinde bir komandit şirketin paylarını iktisap ederek o ortaklığa komandite ortak olarak katılmak istemektedir. Alman doktrininde hakim olan görüş böyle durumlarda, payları iktisap ve onları elinde tutabilme ehliyeti bakımından, konunun hem pay sahibinin hukuku hem de paydaşlığın söz konusu olduğu ortaklığın hukuku ile bağlantılı olduğundan

⁵⁰⁴ Limited şirket pay devirlerinde noter onayını zorunlu kılan Alman Hukuku yönünden Alman mahkemeleri kararları da bu yöndedir. Ör. BGH, 17.12.2013 T. - II ZB 6/13, <http://lexetius.com/2013,5399>, (15.01.2016).

hareketle her iki hukuk düzeninin birlikte, yani kümülatif olarak ortaklığa katılıma karar vereceği görüşündedirler⁵⁰⁵.

V. Temsile İlişkin Uygulanacak Hukuk

Temsil kanundan (kanuni temsil) doğabileceği gibi hukuki işlem kaynaklı (iradi temsil) da olabilmektedir. MÖHUK m. 30'da yer alan kural, iradi temsile ilişkindir⁵⁰⁶.

İradi temsili düzenleyen MÖHUK m. 30 hükmüne göre; “(1) *Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. (2) Temsilcinin bir filinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır. (3) Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir*”.

Teşebbüs satış sözleşmeleri açısından ehemmiyet taşıyan ortaklığın veya başkaca tüzel kişiliğin kanuni veya organsal temsili, onların ana sözleşmelerine dayanmakta ve ortaklık statüsüne tabi olmaktadır. Ortaklık statüsü, özellikle organların atanması ve onların temsil yetkisinin kapsamını çizmektedir⁵⁰⁷.

Uluslararası nitelikte teşebbüs satın almaları kapsamında, devralma prosedürünü yürütecek yardımcı şahıslarla kurulan vekalet ilişkisinde (ör. mali müşavirlere ve avukatlara verilecek vekaletnameler) ise, bağlama kuralı olarak ortaklık stasü değil, vekalet statüsü geçerli olacaktır. Vekalet statüsü ise kural olarak vekilin,

⁵⁰⁵ **Ebenroth**, Carsten Thomas/**Offenloch**, Thomas, Kollisionrechtliche Untersuchung grenzüberschreitender Ausgliederungen, RIW 1997, s. 5; **Grossfeld**, Bernhard, in; Staudinger Kommentar Internationales Gesellschaftsrecht, Neubearbeitung, Berlin 1998, Rn. 304 vd.; **Göthel**, in; **Göthel**, § 9 Rn. 68.

⁵⁰⁶ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 243.

⁵⁰⁷ **Göthel**, in; **Göthel**, § 9 Rn. 78; **Wetzler**, in; **Hölters**, § 15 Rn. 15.115.; **Hausmann**, Rainer, in; **Reithmann/Martiny**, Rn. 2246.

müvekkilin iradesi doğrultusunda vekaleti kullanacağı yer hukuku olacaktır⁵⁰⁸. Örneğin, vekalet statüsü geçerli bir vekaletin koşulları ve kapsamı⁵⁰⁹ ile yetkisiz temsilde sorumluluk⁵¹⁰ gibi konular vekalet statüsüne tabidir.

VI. Niyet Mektubu ve Diğer Ön Uzlaşılara Uygulanacak Hukuk

Daha önce incelediğimiz üzere pay devri suretiyle teşebbüs satın almalarında satış sözleşmesinden önce taraflar, ileride oluşacak/oluşabilecek sözleşmeye yönelik adımlar atmaktadırlar⁵¹¹. Hukuki bağlayıcılıkları açısından farklılık arz edebilecek bu uzlaşılar da ihtilaf konusu teşkil edebilmektedir.

Taraflar ön uzlaşılarda ileride oluşacak ana sözleşmelerden bağımsız hukuk seçimi yapabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ana sözleşmeden farklı bir hukuk seçimi söz konusu ise, bu seçim maddi hukuk yönünden tezatlıklara yol açabilecektir⁵¹².

Hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, sözleşme öncesi uzlaşıyla ana sözleşme arasında sıkı bir maddi bağ olup olmadığına göre değerlendirme yapmak gerekecektir⁵¹³. Sıkı maddi bağın varlığı halinde uzlaşı da ana sözleşmenin tabi olduğu hukuka tabi olacaktır⁵¹⁴. Sözleşme öncesi uzlaşıda ana sözleşmeyle sıkı bağı kaldıracak düzeyde bağımsız yükümlülükler yüklenilmiş olması ihtimalinde ise, ön uzlaşının bağımsız olarak akit statüsü tayin olunacaktır. Ön uzlaşının akit statüsünün bağımsız belirleneceği hallerde, her iki tarafın da parasal edimler dışında yükümlülük yüklenmiş olması söz konusu olabilecek ve bu nedenle de

⁵⁰⁸ BGH, 26.04.1990 T. - VII ZR 218/89, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1990-04-26/VII-ZR-218_89, (15.01.2016); BGH, 16.04.1975 T. - I ZR 40/73, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1975-04-16/I-ZR-40_73, (15.01.2016); **von Bar**, Rn. 593; **Göthel**, in; **Göthel**, § 9 Rn. 81; **Wetzler**, in; **Hölter**, § 15 Rn. 15.115.

⁵⁰⁹ **Hausmann**, in; **Reithmann/Martiny**, Rn. 2460; **Looschelders**, Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB, Berlin-Heidelberg 2004, s. 184; **Wetzler**, in; **Hölter**, § 15 Rn. 15.110.

⁵¹⁰ **Kropholler**, Jan, Internationales Privatrecht, 4. Bası, Tübingen 2001, § 41 I 3.; **Looschelders**, s. 184; **Wetzler**, in; **Hölter**, § 15 Rn. 15.110.

⁵¹¹ Bkz.; İkinci Bölüm

⁵¹² **Göthel**, in; **Göthel**, § 9 Rn. 85.

⁵¹³ **Akdurman**, niyet mektupları yönünden herhangi bir ayırım yapmadan, niyet mektubunda hukuk seçimi yok ise, MÖHUK m. 24/4'teki karineler uyarınca akit statüsünün belirlenmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Bkz.; **Akduman**, s. 224.

⁵¹⁴ **Merkt**, in; **Reithmann/Martiny**, Rn. 920.

karakteristik edimin tayini zorlaşacaktır. Böyle bir ihtimalde hedeflenen ana sözleşmenin karakteristik ediminden yola çıkmak gerekecektir⁵¹⁵.

VII. Doğrudan Uygulanan Normların Nazara Alınması

Tarafların seçimi veya bağlama kuralları doğrultusunda somut olayda ilişkiye yabancı hukukun uygulanması söz konusu ise, bu durumda MÖHUK m. 6'daki düzenleme devreye girebilecektir. Bu hükme göre, uygulanacak yetkili yabancı hukuk, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giriyor ise, Türk hukukunun ilgili kuralı uygulanma durumundadır.

Bu nevi müdahaleci kurallara, ithalat ve ihracat yasakları, para politikası ve kambiyo rejimi, rekabet sınırlamaları, sermaye piyasası ve iş hukukuna ilişkin kurallar örnek olarak verilebilir⁵¹⁶.

XIII. Kamu Düzeni

Somut olayda ilişkiye uygulanacak olan yabancı hukuk yönünden ayrı bir sınırlama nedeni de kamu düzenine ilişkindir. MÖHUK m. 5'e göre; *“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır”*.

Önemle belirtmek gerekir ki, emredici karaktere sahip olan milli bir kuralın, yabancı hukuk kuralının uygulanmasında mutlaka kamu düzeni müdahalesine yol açması söz konusu değildir⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Merkt, in; Reithmann/Martiny, Rn. 919; Göthel, in; Göthel, § 9 Rn. 85.

⁵¹⁶ Göthel, in; Göthel, § 7 Rn. 62; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 379.

⁵¹⁷ Nomer, s. 169.

§ 3. MİLLETLERARASI USUL HUKUKU AÇISINDAN TEŞEBBÜS SATIŞ SÖZLEŞMELERİ

I. Yetkili Mahkeme Seçimi

Sadece uluslararası nitelikte değil, büyük çaplı ulusal teşebbüs satışlarında dahi yetkili mahkeme seçimi mutlak uygulama niteliğindedir. Uluslararası nitelikteki teşebbüs satışlarında taraflardan birinin yabancı ülkede yerleşik olması veya hedef teşebbüsün yabancı teşebbüs niteliğinde olması gibi durumlar, uluslararası nitelikteki teşebbüs satışlarında yetkili mahkeme seçimini vaz geçilmez kılmaktadır⁵¹⁸.

Uluslararası nitelikte teşebbüs satışlarında yetkili mahkeme seçimi yapılması ile her şeyden önce birçok mahkemenin yetkili olma ihtimalinin yolu kapanmaktadır. Diğer taraftan milli yer mahkemesi seçimi halinde, mahkemelerin işleyişi ve organizasyonu hakkında daha fazla bilgiye sahip olunacağından, yabancı mahkemelere nazaran daha avantajlı konuma geçilebilmektedir⁵¹⁹.

Diğer taraftan diğer tür uluslararası ticari sözleşmelerde taraflar genel olarak yukarıda sayılan nedenlerle kendi milli mahkemelerinin seçimini karşı tarafa kabul ettirmeye meyilli olsalar da, bu husus teşebbüs satış sözleşmeleri yönünden çok ta avantaj teşkil etmeyebilir. Teşebbüs satış sözleşmelerindeki hedef teşebbüse dair ayrıntılı düzenlemeler, yargılamanın teşebbüsün bulunduğu yerdeki mahkemelerce yapılmasını serilik ve işlerlik açısından faydalı kılabilir.

Uluslararası teşebbüs satış sözleşmelerinde seçilen yer mahkemesinin, hukuk seçimi yapılan yerin mahkemesi olması, tavsiye olunabilecektir. Zira bu sayede usulü ve maddi hukuk yönünden sağlanan ahenkle mahkemenin uzmanlığına da katkıda bulunulacaktır⁵²⁰. Aksi takdirde mahkeme, zaten karmaşık yapıya sahip teşebbüs satış sözleşmesi haricinde ayrıca yabancı hukukla da yoğun şekilde muhatap olmak zorunda kalacaktır.

⁵¹⁸ Wolf, Christian Ulrich, in; Göthel, § 11 Rn. 2.

⁵¹⁹ Wolf, in; Göthel, § 11 Rn. 5.

⁵²⁰ Rossbach, Oliver, in; Göthel, § 24 Rn. 5.

Türk milletlerarası özel hukukunda, yabancılık unsurlu borç ilişkilerinde, Türk mahkemelerinin münhasır yetki alanına girmemesi koşuluyla yabancı bir mahkemenin yetkili mahkeme olarak tayinine imkan tanınmıştır. MÖHUK m. 47/1'e göre; *“Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluğun yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür”*.

Taraflarca yetkili mahkeme seçimi yapılmadığı hallerde milletlerarası yetki, başvuru mahkemenin milli mevzuatınca belirlenmektedir (lex fori). Bu doğrultuda MÖHUK m. 40'ta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenmiştir. MÖHUK m. 40/1'e göre; *“Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder”*.

II. Hakem Yargılaması Seçimi

A. Genel Olarak

Teşebbüs satış sözleşmelerinde sıklıkla yetkili yer mahkemesi seçimi yerine hakem yargılaması seçimi yapılmaktadır. Teşebbüs satış sözleşmeleri yönünden hangi seçimin daha avantajlı olacağı genel olarak tayin olunamayıp, tercihe somut olayın koşullarının değerlendirilmesi yapılarak karar verilmelidir⁵²¹.

Hakem yargılaması klozu, tarafların tahkimi yerini, hakemlerin kimlerden oluşacağını ve yargılama usulünü belirlemelerine imkan tanıdığından tercih nedenlerindedir. Özellikle hakemlerin teknik ve ekonomik konularda uzman kişilerden oluşması, taraflar açısından önemlidir⁵²².

Taraflar yaptıkları sözleşmede kural olarak uyuşmazlık çözümü için bir kloz şeklinde tahkimi belirleyebilecekleri gibi, ayrı bir tahkim sözleşmesi de

⁵²¹ Wolf, in; Göthel, § 11 Rn. 34.

⁵²² Wolf, in; Göthel, § 11 Rn. 35 vd.

akdedebilirler. Ayrıca, tarafların uyuşmazlık çıktıktan sonra da tahkim konusunda uzlaşmaları mümkündür.

B. Ad Hoc Tahkim – Kurumsal Tahkim

Taraflar tercihlerini hakem yargılaması yönünden kullandıklarında, bu sefer de kurumsal tahkim ile Ad Hoc (arizi) arasında tercih yapabileceklerdir.

Kurumsal tahkimde bir tahkim kurumu devreye girmekte ve hakem yargılaması onun tarafından önceden hazırlanmış kuralları doğrultusunda ve onun kontrolünde gerçekleşmektedir. Kurumsal tahkimde hakemler, kurumun hazırladığı listeden seçilmektedir. Dünya genelinde en önemli kurumsal tahkim merkezleri, ICC Tahkim Divanı⁵²³, Londra Ticaret Odası bünyesindeki Londra Tahkim Divanı (LCIA⁵²⁴), Stockholm Ticaret Odası bünyesindeki Tahkim Enstitüsü'dür (SCC Instute⁵²⁵).

Ad Hoc tahkimde ise, taraflar yargılama usulü ve hakemlerin seçiminde kural olarak tamamen serbestirler. Ad Hoc tahkimde taraflar, izlenecek usul belirlenirken, bu konuda ayrıntılı düzenlemeler getirme yerine çoğu zaman Uncitral'in ad hoc tahkim için hazırlamış olduğu Tahkim Kuralları'na atıf yapmaktadırlar. Tarafların hakem/hakemleri belirlemede uyuşmazlık yaşamaları halinde, Uncitral Tahkim Kuralları bu yönde çözümler öngörmektedir. Aynı şekilde tarafların esasa uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları ihtimaline ilişkin de Uncitral Tahkim Kuralları düzenleme içermektedir⁵²⁶.

C. Milletlerarası Tahkim Kanunu

Uluslararası ticari tahkim yönünden ülkemizdeki en önemli düzenlemeyi teşkil eden Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁵²⁷, Uncitral Model Kanunu ile birçok

⁵²³ ICC International Court of Arbitration.

⁵²⁴ London Court of International Arbitration.

⁵²⁵ The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

⁵²⁶ Kurumsal tahkim ve Ad hoc tahkimle ilgili bkz.; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 575 vd.; **Eksi**, s. 160 vd.; **Erdoğan**, Feyiz; Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 136 vd.

⁵²⁷ R.G. T. 05.07.2001, S. 24453.

yönden örtüşmektedir⁵²⁸. Bu kanun kapsamına giren yabancı unsurlu hakem kararlarını diğer tür yabancı unsurlu hakem kararlarından ayıran en önemli özellik, Türkiye’de tenfiz talebine gerek olmadan icra olunabilmesi imkanındır (MTK m. 15/B). Ancak, kanun kapsamındaki yabancı unsurlu hakem kararlarına karşı MTK m. 15/A uyarınca iptal davası açılabilme imkanı mevcuttur.

MTK’nın uygulama alanı, MTK m. 1’de tespit olunmuştur. Buna göre somut olayda aşağıda belirtilen koşulların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir;

- i. Uyuşmazlık yabancı unsuru taşınmalı,
- ii. Tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş veya bu kanun hükümlerinin taraflar veya hakem ya da hakem kurulunca seçilmiş olmalı,
- iii. Uyuşmazlık, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan bir hususa ilişki olmamalı,
- iv. Uyuşmazlık, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların kapsamına girmemelidir.

MTK m. 2 uyarınca, aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır;

- i. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması,
- ii. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin başka bir devlette bulunması (tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, ya da asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette),
- iii. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması,

⁵²⁸ **Nomer**, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Öztekin Gelgel**, Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 25.

- iv. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirme.

D. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Yabancı hakem kararları da yabancı mahkeme kararlarında olduğu gibi çoğu zaman karşı tarafın milli hukuk düzenlenlerinde delil niteliğine kavuşturulmak veya icra edilmek istenecektir. Bu da ancak hakem kararının o ülkeye tanınması veya tenfizi ile mümkün olmaktadır. Hakem kararları bir mahkeme kararı niteliğinde kabul olunmadığından, yabancı hakem kararlarının ne ölçüde tanıma ve tenfizinin mümkün olduğuna ve koşullarına milli hukuk düzenleri kendisi karar vermektedir.

10 Haziran 1958 tarihinde New York'da kabul edilen “Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında Konvansiyon”⁵²⁹ (New York Konvansiyonu - NYK) ile yabancı bir tahkim kararının bir ülkede tanınması ve tenfizi istendiğinde, çıkan sorunların ve bu konuda ülkeler arası farklılıkların giderilmesi amaçlanmıştır. Konvansiyona, Türkiye⁵³⁰ dahil olmak üzere dünya genelinde katılım oranı oldukça yüksektir.

NYK ve MTK hükümleri ışığında Türk hukuku açısından yabancı hakem kararları, uyuşmazlığın taraflarınca veya hakem mahkemesince belirlenen tahkim yeri Türkiye sınırları dışında ise ve taraflar veya hakem mahkemesi yabancı bir usul hukukunun tahkime uygulanmasını kararlaştırmışlarsa, verilen hakem kararı yabancı hakem kararı niteliğindedir⁵³¹. Hukuk rejimi itibarı ile belli bir hukuk sistemiyle bağlantısı olmayan milletlerarası tahkim kararları, Türk hukuku açısından da tahkim yeri olarak Türkiye sınırları dışı kararlaştırılmış olmak kaydıyla yabancı hakem kararı niteliğinde olup, tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi olacaktır⁵³².

NYK m. 1/1 uyarınca, konvansiyon gerçek ve tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarla ilgili verilen yabancı tahkim kararlarının tanıma ve tenfizinde

⁵²⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards.

⁵³⁰ R.G. T. 25.09.1991, S. 21002.

⁵³¹ **Özkan, Ömer/Yaşar, Ali**, Hakem Kararlarının Hukuki Niteliği: Yabancı, Yerli ve Milletlerarası Hakem Kararları, İTCÜSBD, Yıl 15 S. 29, 2016-2, s. 17.

⁵³² **Yaşar /Özkan**, s. 10 vd.

uygulama alanı bulmaktadır. Tahkimin yabancı kabul edilebilmesi için şu koşullardan birinin varlığı aranmaktadır;

- i. Tahkim kararının tanınması ve tenfizi istendiği ülkeden başka bir ülkede verilmiş olması,
- ii. veya tanınması ve tenfizi istenen ülkede ulusal sayılmaması.

Üye ülke mahkemeleri, bir yabancı hakem kararını ancak NYK m. V'te zikredilen hallerden biri mevcutsa ret edebilirler. Bu haller şunlardır;

- i. Aleyhine tanıma veya tenfiz istenen tarafın ispatlaması gereken haller: tarafların ehliyetsizliği (NYK m. V/1a), taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmasının geçersizliği (NYK m. V/1a), savunma hakkının ihlali (NYK m. V/1b), hakem kararının tarafların iradelerini aşan hükümler içermesi (NYK m. V/1c), hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usulün taraflar arasındaki anlaşmaya veya böyle bir anlaşma yok ise tahkim yeri hukukuna aykırılık içermesi (NYK m. V/1d), hakem kararının bağlayıcı olmaması, iptal edilmiş veya icrasının geri bırakılmış olması (NYK m. V/1e).
- ii. Kararın önüne götürüldüğü mahkemenin re'sen araştıracağı haller: uyuşmazlık konusunun tanıma veya tenfiz istenen ülke kanuna göre tahkime elverişli olmaması (NYK m. V/2a), hakem kararının tanıma veya tenfiz istenen ülke kamu düzenine aykırı olması (NYK m. V/2b).

MTK kapsamına girmeyen ticari işlere ilişkin yabancı unsurlu bir hakem kararı, Türkiye'de ancak açılacak olan tenfiz davasının kesinleşmesinden sonra icraya konabilir. MÖHUK m. 60 vd. hükümlerinde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi usulü düzenlenmiştir. MÖHUK'un tenfize ilişkin hükümleri, büyük oranda NYK esaslarıyla örtüşür niteliktedir.

SONUÇ

Günümüzde teşebbüslerin en önemli büyüme stratejilerinden biri birleşme ve devralmalardır. Bu bağlamda yurt dışında yatırım yapılacağı zaman yavru şirket kurulması yerine, yatırımı yapılacak ülkede aynı alanda faaliyet gösteren mevcut bir şirketin satın alınması avantajlı olabilmektedir.

Teşebbüslerin kontrolünü elinde tutan kişiler açısından payların devrinde çok farklı saiklerle hareket olunmaktadır. Bu saikler, asıl faaliyet alanına odaklanma, aile şirketlerinde dönüşüm zorunluluğu, bilanço yapısının iyileştirilmesi veya uzun sürede teşebbüsün başarısını temin etme şeklinde olabilecektir.

İngilizce terminolojide “acquisition” ve “takeover” kavramlarıyla ve Almanca terminolojide de “Übernahme” kavramıyla ifade olunan devralma, esasem bir üst kavram niteliğindedir ve çoğu zaman satış konusu olan hedef teşebbüsün kontrolüne imkan sağlayacak şekilde paylarının satış sözleşmesiyle iktisabını karşılar şekilde kullanılmaktadır.

Alman ve İsviçre Hukukunda teşebbüs satın alması “Unternehmenskauf” kavramıyla ifade olunmaktadır. Teşebbüs satın alması temelde iki türlü gerçekleştirilmektedir. Birinci türde teşebbüs satın alması, hedef teşebbüsün malvarlıkları satın alınarak (Vermögenskauf – Asset Deal) gerçekleştirilmektedir. İkinci tür satın alma ise, inceleme konusu yaptığımız hedef teşebbüsün paylarının satın alınarak kontrolünün ele geçirilmesi (Anteilskauf – Share Deal) şeklindedir.

Türk hukuku yönünden pay satışı yoluyla teşebbüs satışının gerçekleştiğinin kabulü için kanaatimizce, ana sözleşmede aksine bir düzenleme ve oyda imtiyazlı paylar bulunmadığı müddetçe, limited şirketlerde en az esas sermayenin % 66,7’sini (üçte ikisi) ve anonim şirketlerde sermayenin % 75’ini karşılayan oranda payın iktisabının edinilmiş olması gerekir. Bu hususun tespiti şu açıdan önem arz etmektedir; teşebbüs satışının gerçekleştiğinin kabul olduğu hallerde, pay satışı

yapan kişi/kişilerin ayrıca bildirmemiş olsalar bile, sadece pay hakkının varlığını ve kapsamını değil, aynı zamanda teşebbüs veya onun unsurlarında var olan ayıpları da (ör. mali tabloların gerçeği yansıtmaması) tekeffül etmiş oldukları var sayılacaktır.

Teşebbüslerin pay satışı suretiyle devrine yönelik satış sözleşmesi uygulamasında tüm dünyada Anglo-Amerikan sözleşme uygulaması ve İngilizce teknik terimler yerleşmiş durumdadır. Ayrıca sınır ötesi satışlara ilişkin yapılan sözleşmelerin İngilizce olarak hazırlanması da mutata bir uygulamadır.

Teşebbüs devralma işlemleri karmaşık yapıya sahiptir. Bu nedenle teşebbüs satın almaları çok özenli bir hazırlık ve müzakere safhasını gerektirmektedir. İlk irtibat sağlanmasından ve böylece ön görüşmelerin başlamasıyla birlikte, gizliliğin korunması, münhasırlık, opsiyon ve ön sözleşme gibi hususlar gündeme gelmektedir. Bu bağlamda niyet mektubu teattisi teşebbüs satın almalarında ön görüşmelerin başarılı olduğuna ilişkin önemli bir göstergedir. Hedef teşebbüsün devralmayla izlenen saike ne kadar elverişli olduğunu ve sözleşmeye esas teşkil edebilecek satış bedelinin taraflar açısından tahmini değerini belirleme açısından teşebbüs devralmalarında Due Diligence yerleşik bir uygulamadır.

Due Diligence'in hiç yapılmamış veya özensiz ya da kısmi yürütüldüğü hallerde, sorumluluğun kalkıp kalkmadığı değerlendirilmesi yapılırken, kanaatimizce hedef teşebbüs yakından incelenmemiş olsa bile, ayıbın aşıkara (fark edilebilir) nitelikte olup olmadığı kıstas alınmalıdır.

Anglo-Sakson hukuk düzeninin sözleşme uygulaması ve borçlar hukukunda hakim olan "akit serbestisi" ilkesi doğrultusunda şekillenmiş olan teşebbüs satış sözleşmelerinin temel düzenleme konularının kapsamı ve diğer düzenleme konuları, devralınacak olan teşebbüsün büyüklüğü, bulunduğu sektörün niteliği, teşebbüsün türü (ör. halka açık anonim şirket) ve içinde bulunduğu mevcut durum (ör. borca batıklık), satış bedelinin finansmanı, alıcıların niteliği (ör. özel sermaye girişimi olup olmadığı) ve devralmanın yabancı sermaye niteliğinde olup olmadığına göre değişkenlik arz etmektedir.

Pay satışı suretiyle teşebbüs satışı sözleşmeleri Anglo-Sakson hukuku uygulamasından geçtiği haliyle iki aşamalı kurgulanmaktadır (Two Step-Modell). Sözleşmelerde borçlandırıcı işlem niteliğinde olan belli/belirlenebilir bir bedel karşılığında payların satışı ve devir işlemlerinin tamamlanmasına ilişkin anlaşmaya varılmakta (İmza-Signing) ve tasarrufi işlem niteliğindeki sözleşmenin icrası ve özellikle de pay devirleri ileriki bir tarihe bırakılmaktadır (Kapanış-Closing). İki aşamalı sözleşme kurgusu farklı nedenlerden kaynaklanmaktadır. Bir taraftan devralmanın izne tabi olduğu hallerde ilgili rekabet kurulundan izin alınması aylarca sürebilecektir. Diğer taraftan çoğu zaman payların devri belli şartlara bağımlı kılınmak durumundadır. Bunlara örneğin banka garantisi temini, şirket yetki kurullarından izin ve yapacağı organizasyon düzenlemelerini sayabiliriz. İmza ile kapanış tarihleri arasındaki süre zarfında sözleşmede satışın icra koşulları olarak düzenlenen resmi izinler, şirket genel kurul kararları, finansmanın temin edilmesi, banka garantisi sunulması gibi hususlar yerine getirilmektedir. İmza ile devir işlemlerinin tamamlanacağı tarih arasındaki fasıla, sözleşmenin genel yapısına da önemli etkilerde bulunmaktadır.

Teşebbüs satışlarının karmaşıklığı ve özellikli durumları, bu türden satış sözleşmelerinde yer alan özel usuller (ör. Due Diligence) ve diğer tür sözleşmelerde hiç veya pek rastlanılmayan kendine özgü klozların (ör. Conduct-of Business Klozu oluşmasına sebebiyet vermiştir. İrade serbestisi doğrultusunda getirilen bu klozlar, hukukumuz yönünden de TBK m. 26 kapsamında getirilen irade serbestisi kapsamında değerlendirilecek ve klozların geçerlilik sınırlarını TBK m. 27 vd. hükümleri belirleyecektir. Bu bağlamda yine teşebbüs satış sözleşmelerinde bir hal düzenlenirken getirilen çok detaylı klozlarla, aynı zamanda o konudaki yasal düzenlemenin uygulama yolunun kapatılması veya düzenlemenin içeriğine aykırı kural getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nevi bir kloz içeren teşebbüs satış sözleşmesinin Türk Hukukuna tabi olması durumunda, uygulama yolu kapatılan veya içeriğine aykırılık bulunan hukuk kuralının emredici nitelikte olup olmadığına bakmak gerekecektir. Emredici nitelikte bir hukuk kuralının uygulanmasını sözleşmede uygulama dışı bırakan veya içeriğine aykırılık teşkil eden bir kloz, TBK m. 27/1 çerçevesinde hükümsüz addolunacak, sözleşmenin diğer klozlarının geçerliliği ise, TBK m. 27/2 çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Alıcının ana borcu niteliğindeki payların karşılığı olan satış bedelinin tayini, hangi parametrelere göre hesaplanacağı, finansmanı, bedele ilişkin güvenceler ve ödeme tarihi gibi konular sözleşme temel düzenleme alanlarındandır.

Devri sağlanacak olan teşebbüste ayıp veya zapt bulunması halinde, alıcı gerçekte belirlenenden daha yüksek bedel ödeme durumunda kalacağından ve satın alma ile hedeflediği fırsatları gerçekleşmesi zorlaşacağından, satıcının bu yönde katalog halinde sıralanan bir dizi vaat veya garanti beyanında bulunması sözleşmenin ana düzenleme konularından birini ve uyuşmazlık potansiyeli bakımından en önemlisini teşkil etmektedir.

Bu tür sözleşmelerde, paylarını devreden kişi yönünden belli bir süreyle rekabet yasağı, mahremiyet ve gizlilik esasları, sözleşmeye temel alınan koşullarda önemli değişiklikler ve uyuşmazlık çözüm usulleri standart düzenleme alanları olarak karşımıza çıkmaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Acemoğlu, Kevork, Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.

Akçaal, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014.

Akduman, Ebru, Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devirleri, İstanbul 2010.

Akyüz, Helin Berfin, Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara 2007.

Ansay, Can, Vertragspraxis des Unternehmenskaufs im deutsch-türkischen Rechtsvergleich (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Hamburg 2011.

Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I. İstanbul 2012.

Arıcı, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008.

Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler I, İstanbul 1961.

Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.

Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, 5. Bası, Bursa 2015.

Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Bası, Bursa 2007.

Aşçıoğlu Öz, Gamze: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Çerçevesinde Birleşme ve Devralmalar "Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü", 7 - 8 Ekim 2005 tarihli 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, Batider Yayın No:426, Ankara 2006.

Atasayar, Kubilay: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2005.

Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Konya: 2010.

Aydın, Sema/**Kaplan**, Ali Hasan/**Şen K.**, Arzu, Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları, GÜHFD C. XVII, S. 1-2., s. 229-260.

Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2012.

Barthel, Carl W., Unternehmenswert und Kaufpreisfundierung mittels Schwerpunktanalysen im Rahmen einer Due Diligence, DStZ 1999, s. 365-377.

Beisel, Wilhelm/**Klumpp**, Hans Hermann, Der Unternehmenskauf, 7. Bası, München 2016.

Berens, Wolfgang/**Brauner**, Hans U./**Strauch**, Joachim/**Knauer**, Thorsten, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 7. Bası, Stuttgart 2013, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Bergau, Torsten, in; **Bergau**, Torsten (Edit), Praxishandbuch Unternehmenskauf, Berlin 2015.

Bilgili, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.

Boujong, Karlheinz/**Ebenroth**, Carsten Thomas/**Joost**, Detlev, HGB Handelsgesetzbuch Band I, München 2001, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Bozer, Ali, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, Batider 1962, C I, s. 363-372.

Böckli, Peter, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in; **Tschäni**, Rudolf (Edit.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998 (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Böttcher, Lars, Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, s. 49-53.

Canaris, Claus Wilhelm, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 395-434.

Çeker, Mustafa, Ticaret Hukuku, 8. Baskı, Adana 2014.

Çelikel, Aysel/**Erdem**, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012.

Daeniker, Daniel/**Schaerer**, Heinz, Ausstieg aus Unternehmenskaufverträgen wegen gescheiterter Finanzierung, http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/090019_Daeniker__Sch%C3%A4rer_01.pdf, (25.01.2016).

Demir, Koray, Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar, İÜHFİM C. LXXI, S. 2, s. 103-120.

Demircioğlu, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

Demirkapı, Ertan, Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.

Dinar, Cem, Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı, İstanbul 2008.

Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Ankara 2016.

Durman, Okay, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009.

Ebenroth, Carsten Thomas/**Offenloch**, Thomas, Kollisionrechtliche Untersuchung grenzüberschreitender Ausgliederungen, RIW 1997, s. 1-14.

Eilers, Stephan/**Koffka**, Nils Matthias/**Mackensen**, Marcus, Private Equity, 2. Bası, München 2012.

Ekşi, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2015.

Emmerich, Volker in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Cilt 2, 7. Bası, München 2016.

Erdem, H. Ercüment, Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, YÜD Özel S. 8, C. I, s. 987-1017.

Erdem, H. Ercüment, Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Perşembe Konferansları, s. 115-156, <http://www.rekabet.gov.tr/File>, (15.01.2016).

Erdem, H. Ercüment: Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler, 09.04.2004 Tarihli Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu -II, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004.

Erdoğan, Feyiz; Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. 16. Bası, Ankara 2014.

Esin, İsmail G./**Lokmanhekim**, S. Tunç, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2000.

Esin, İsmail Gökhan, Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf nach deutschem und türkischem Kaufrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Verkäuferpflichten, Frankfurt am Main 1997.

Ettinger, Jochen/**Jaques**, Henning, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, München 2012.

Fleischer, Holger/**Körber**, Torsten, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 2001, s. 841-849.

Frey, Harold/Müller, Dominique, Preisanpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskaufen, in; Liber amicorum für Rudolf Tschäni, M & A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Zürich 2010, s. 192-226.

Gezder, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.

Göthel, Stephan R., in; **Göthel, Stephan R. (Edit.),** Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Bası, Köln 2015, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Götze, Cornelius, Auskunftserteilung durch GmbH-Geschaeftsführer im Rahmen der Due Diligence beim Beteiligungserwerb, ZGR 1999, s. 202-233.

Grossfeld, Bernhard, in; Staudinger Kommentar Internationales Gesellschaftsrecht, Neubearbeitung, Berlin 1998.

Gülergün, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayın No:83, Ankara 2003.

Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2008.

Haberstock, Otto, Risikoverteilung im Unternehmenskauf, in; **Birk, Dieter (Edit.),** Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath+Partners, München 2008.

Hachenburg, Max (Edit.) Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Bası, Berlin 1992, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Hassel, Frank, Der Einfluss der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Hamburg 2009 (yayınlanmamış doktora tezi).

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015.

Hensler, Martin, Material Adverse Change-Klauseln in deutschen Unternehmenskaufverträgen-(r)eine Modeerscheinung, in; Baums, Theodor/Lutter, Marcus/Schmidt, Carsten/Wertenbruch, Johannes (Edit.), Festschrift Für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006.

Hofmeister, Jörg, Grundlagen und Entwicklungen des internationalen Gesellschaftsrechts, WM 2007, s. 868-872.

Holfter, Marc, Öffentliche Übernahme durch Anschleichen unter besonderer Berücksichtigung der Meldepflichten nach dem WpHG, Berlin-Heidelberg, 2012.

Holzapfel, Hans Joachim /Pöllath, Reinhard, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Bası, Köln 2008.

Hommelhoff, Peter, Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilsverkauf, ZHR 1976, s. 271-300.

Hölters, Wolfgang (Edit.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Bası, Köln 2015, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

İnan, Ali Naim/Yücel, Özge İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2014.

İnan, Nurkut, Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, Rekabet Bülteni, Sayı 2, Yıl 2000, <http://www.esrc.com/article/1373/birlesme-ve-devralma-kurallarinin-temel-sorunlari>, (25.01.2016).

İnan, Nurkut/Piker, Mehmet B.: Rekabet Hukuku, El Kitabı, Ankara 2007.

Karahan, Sami/Ünal, Mücahit, Şirketler Hukuku, Konya 2012.

Karayağın, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.

Karsten Schmidt, in; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Cilt 1, 3. Bası, München 2010, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Karsten, Jung, Peter, Der Unternehmergesellschaft als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Tübingen 2002.

Karsten, Schmidt, Handelsrecht, 4. Bası, Köln – Berlin 1999.

Kästle, Florian/**Oberbracht**, Dirk, Unternehmenskauf-Share Purchase Agreement, 2. Bası, München 2010.

Kayar, İsmail, Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu, 04.04.2003 Tarihli Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu -I, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayın No:137, Ankara 2004.

Kayıhan, Şaban, Şirketler Hukuku, Ankara 2015.

Kayıhan, Şaban/**Eski**, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Cilt I, 2. Bası, Kocaeli 2015.

Kerger, Kai, Das Spannungsverhältnis von Informations- und Geheimhaltungspflichten des Vorstands einer börsennötierten Aktiengesellschaft als Zielgesellschaft eines Unternehmenskaufs, Frankfurt 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011.

Kırca, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004,

Klindt, Thomas/**Swoboda**, Jörg, Unternehmenskauf: Produktsicherheit als Teil der juristischen Due Diligence, DB 2005, s. 1203-1206.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2010.

Körber, Torsten, Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence bei Paketserwerb und Unternehmenskauf, NZG 2002, s. 263-272.

Kreck, Thomas, Die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf nach deutschem und englischem Recht, Köln 2001 (yayınlanmamış doktora tezi).

Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 4. Bası, Tübingen 2001.

Krüger, Dirk/**Kalbfleisch**, Eberhard, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen – Rechtliche und steuerliche Aspekt der Vorprüfung beim Unternehmenskauf, DStR 1999, s. 174-180.

Kulaksızoğlu, Şebnem: Birleşme ve Devralmaların Kontrolüne İlişkin Düzenlemeler Bağlamında Ciro Kavramı, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara Eylül 2002.

Kunz, Peter v./**Arter**, Oliver/**Florian**, S. Jörg (Edit.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Looschelders, Internationales Privatrecht-Art. 3-46 EGBGB, Berlin-Heidelberg 2004.

Lutter, Marcus/**Hommelhoff**, GmbH-Gesetz, 18. Bası, Köln 2012.

Maendle, Eduard, Betriebe als Teil der Volkswirtschaft, Wiesbaden 1978.

Menge, Petra,
http://www.aarcon.net/Unternehmensberatung/Media/AssetDeal_ShareDeal_DS_D_01-2010.pdf, (25.06.2015).

Merkt, Hanno, Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln, Heidelberg 1990.

Müller, Klaus J., Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, s. 2196-2199.

Niewiarra, Manfred, Unternehmenskauf, 3. Bası, Berlin 2006.

Nomer, Ergin, Devletler Hususi Huku, 21. Bası, İstanbul 2015.

Nomer, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Öztekin Gelgel**, Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008.

Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2011.

Oğuzman, M. Kemal /**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 10. Bası, İstanbul, 2012.

Öz, M. Turgut, Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, Ord. Prof. Sulhi Dönmezer'e Armağan, İHFM C. 52 S. 1-4 1986-1987, s. 345-386.

Özdemir-Kocasakal, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, MHB C. 30 S. 1-2 2010, s. 27-88.

Özkan, Ömer, Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, Akademik Bakış E-Dergisi, S. 4 Ekim-2004, s. 1-49.

Paslı, Ali, Anonim Ortaklığın devralınması, İstanbul 2009.

Pfeifer, Eva Christina, Rücktritt wegen Schlechtleistung beim Unternehmenskauf, Frankfurt 2014.

Picot, Gerhard (Edit.), Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Bası, München 2013, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011.

Quack, Karlheinz, Der Unternehmenskauf und seine Probleme, ZGR 1996, s. 350-365.

Reiche, Klaus Instrumente zur Verminderung der Informationsasymmetrie beim Unternehmenskauf, DstR 2000, S. 2056-2060.

Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Edit.), Internationales Vertragsrecht, 6. Bası, Köln 2004, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Rekabet Kurumu, 04.03.2003 Tarihli Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü Sempozyumu, Ankara, Rekabet Kurumu Yayın No:139.

Rittner, Fritz, Die werdende Juristische Person. Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Tübingen 1973.

Rödder, Thomas/Hötzel, Oliver/Mueller Thuns, Thomas; Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, München 2003.

Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.

Scheunemann, Marc P./von Mandelsloh, Cord/Preuss, Linda, Negativer Kaufpreis beim Unternehmenskauf, DB 2011, s. 201-205.

Schleifer, Patrick, No Material Adverse Change, in; **Tschäni, Rudolf** (Edit.), Merger & Acquisitions IV, Zürich 2004.

Schmoz, Alexander, Die Bedeutung von MAC-Klauseln für den deutschen Unternehmenskaufvertrag, Frankfurt am Main 2016.

Schröcker, Stefan, Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform, ZGR, 2005 s. 63-100.

Scroeder, Ulrich, Darf der Vorstand der Aktiengesellschaft dem Aktienkäufer eine Due Diligence gestatten, DB 1997, s. 216-2166.

Seibt, H. Christoph (Edit.), Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, München 2011, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 3, İstanbul 2002, s. 211.

Sevi, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. Bası, Ankara 2014.

Sinewe, Patrick (Edit.), Tax Due Diligence, Wiesbaden 2010, (Bu kitaba yapılan atıfta başta ayrıca ilgili bölüm yazarına yer verilmiştir).

Spill, Joachim, Due Diligence – Praxishinweise zur Planung, Durchführung und Berichterstattung, DStR 1999, s. 1786-1792.

Staub, Hermann/ Hüffer, Uwe, Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, 4. Bası, Berlin – New York 1988.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015.

Tan, Turgut: Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurulu'nun Yeri, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, 5 Kasım 1999, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Bası, İstanbul 1990.

Tandoğan, Haluk, Özel Borç İlişkileri Cilt 2, İstanbul 2010.

Tandoğan, Haluk, Özel Borç İlişkileri Cilt 2, İstanbul 2010.

Tekinalp, Gülören/Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası İstanbul 2011.

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Teoman, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Kitap 10, Hukuki Mütalaalar, 2000 – 2002, İstanbul 2003.

Tschäni, Rudolf/Wolf, Matthias, Vertragliche Gewährleistung und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in; **Tschäni, Rudolf** (Edit.), Merger & Acquisitions VIII, Zürich 2007.

Turan, Gamze, Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, TBBD S. 66, 2006, s. 27-50.

Verny, Arsene, Die Praxis des Unternehmensverkaufs in der Tschechischen Republik, 13/99, s. 2, https://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut_fit/publikationen/discussion_papers/1999/99-13-Verny.pdf, (25.06.2015).

Vischer, Markus, Earn out Klauseln in Unternehmenskaufvertraegen, SJZ 2002, s. 509-517.

Vischer, Markus, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SZJ 2005, s. 233-239.

von Bar, Christian, Internationales Privatrecht Besonderer Teil, C. 2, München 1991.

von Steiger, Fritz (Çev. Tahir Çağa), İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968.

Walser, Franz, Due Diligence im Unternehmenskauf, https://www.firmenboerse.com/fileadmin/images/neues/downloads/Due_Diligence_Unternehmenskauf.pdf, s. 40, (20.03.2016).

Watter, Rolf/Wieser, Charlotte, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, M & A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Zürich – St. Gallen 2010, s. 149-174.

Weigl, Gerald, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, s. 3; http://www.notare.bayern.de/fileadmin/files/notarhomepages/Weigl_Grob/unternehmenskauf.pdf, (15.07.2015).

Werner, Rüdiger, Haftungsrisiken bei Unternehmensakquisitionen – die Pflicht des Vorstands zur Due Diligence; ZIP 2000, s. 989-996.

Wittmann, Rita, Vertragliche Gewährregelungen beim Unternehmenskauf unter besonderer Berücksichtigung des Anteilskauf, Wien 2011 (yayınlanmamış doktora tezi).

Yaşar, Ali/Özkan, Ömer, Hakem Kararlarının Hukuki Niteliği: Yabancı, Yerli ve Milletlerarası Hakem Kararları, İTCÜSBD, Yıl 15 S. 29, 2016-2, s. 1-22.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Boçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Bası, İstanbul 2014.

Yılmaz, Halil, İhtirazi Kayıt İradesinin Açıklanması, TBBD S. 66 2006, s. 307-329.

Ziegler, Ole, Due Diligence im Spannungsfeld zur Geheimhaltungspflicht von Geschäftsführern und Gesellschaftern, DStR, 2000, s. 259-255.

Usluel-Gürbüz, Aslı E., Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırın Korunması, İstanbul 2009.

Atalay, Oğuz, Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması, DEÜHFD, Cilt 16 Özel Sayı 2014, Prof.Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan, s. 53-76.

Kaya, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001.