

Yabancı Mahkeme Kararları

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK . BORCUN NAKLİ .
İŞLETMENİN ALACAK VE BORÇLARIYLA DEVRİ .
UYGULANACAK HUKUK :a) İÇ YÜKLENMEDE;
b) DIŞ YÜKLENMEDE

Çeviren: : Dr. Cevdet YAVUZ*

(Bayan Detruche'e karşı Martini davası**)

Cenevre Hukuk Mahkemesi

1 Mayıs 1981

Başkan : M. Curtin

1. — İsviçre milletlerarası özel hukukunda, aynı borç statüsüne değişik hukukların uygulanması mümkün değildir.

Böylece, borcun nakli bir satım olarak gerçekleştiğinde, bu, iç hükümleri bakımından, asıl borçlunun (yani alıcının) borcuna uygulanacak hukuka göre değerlendirilmelidir (gerekçe B/a).

2. — Mukabil olarak, eski borçluyu borcundan kurtarma hükmüne sahip borcun nakli, dış hükümleri bakımından, borç statüsünün hukukuna değil fakat yüklenenin ikametgâhı veya mutad oturma yeri hukukuna tabidir (gerekçe B/b).

3. — Bir sözleşmeler bütününün devri (bir işletme veya malvarlığının devralınması) olduğunda, her sözleşme devralınmasını kendisine uygulanacak kanuna göre değerlendirmek, intikâlin külli oluşu düşüncesine aykırı olur. İntikâli düzenleyen hukuk, bu durumda ve sözkonusu olayda bir sözleşmenin hangi şartlarla devralınacağını söyleyecektir (gerekçe B/c).

4. — Eski borçlunun yeni borçlu ile birlikte müteselsil olarak iki yıl müddetle borçlu kalacağını bildiren BK. m. 181 f. 2, alacaklıların menfaatine konulmuş bir hükümdür.

İşletmenin devrini düzenleyen statüden sonuçlanan bu hüküm, devralınan alacaklıların zamanaşımına dokunmamaktadır: bu, temel

borç statüsünü düzenleyen kanuna tabi olarak kalır (gerekçe B/d).

Olaylar (Özet) :

1. — Carrara'da (İtalya) "Nemart" adı altında bir elbise ticareti işletmesi işleten Martini, 14 Kasım 1978'de, Veyrier'de (Cenevre) ikamet eden tacir Marinora Detruche'ü, kendisine Ocak 1975'den 2 Kasım 1975'e kadar sattığı ve teslim ettiği muhtelif elbiselerin değeri olarak 12.393.000 lireti faiziyle birlikte ödemesi için dava etmiştir.

2. — İsviçre ticaret sicili Gazetesinin 11 Şubat 1976 tarihli nüshasına göre, Bayan Detruche'ün (o devirde Bayan Waelti) elbise ticareti işletmesinin tescili muamelesi, 16 Kasım 1975'de kurulan ve aynı günde Cenevre ticaret Siciline tescil olunan Powell SA Ortaklığı tarafından alacak ve borçlarıyla devralınması sonucu 28 Ocak 1976'da iptal olunmuştur. Zaten Martini, kuruluşundan çok az sonra bu ortaklığın varlığından haberdar olmuştu. Şubat 1978'de Powell SA tasfiye olunmaktadır.

3. — Bayan Detruche, diğer hükümler arasında, BK. m. 181 f. 2'yi ileri sürerek Martini'nin talebine karşı koydu.

4. — Mahkeme, tarafları kişisel olarak dinledikten sonra, 31 Mayıs 1979 tarihli ve

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mâdeni Hukuk Asistanı.

** *Semaine Judiciaire* 1982, 54-61. Fransızca'dan tercüme edilen bu karar metninde yer alan Almanca deyim ve cümleler Fransızcaya çevrilmemiştir (Çevirenin notu).

takibeden 6 Haziran'da imzalanan kararla Martini'nin bütün taleplerini, onu masraflara mahkum ederek şu gerekçelerle red etti:

— Taraflar bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlardır ve bu, İsviçre hukuku lehinedir.

— Martini'nin talep ettiği meblağ, alacak ve borçlarla devralmanın ilanından önce daha evvel ifası istenebilir nitelikteydi. BK. m. 181 f. 2'nin öngördüğü 2 yıllık kaybettirici süre, sözkonusu ilan tarihinden itibaren, yani 11 Şubat 1976'dan itibaren işlemeye başlamıştır. O halde 14 Kasım 1978'de yapılan talep gecikmiştir.

5. — Martini, 6 Temmuz 1979'da, yani süresi içinde, masraflarla birlikte iptalini talep ettiği bu karar aleyhine istinaf yoluna başvurur. Davanın esas hakkında karar vermesi için Mahkemeye tekrar gönderilmesi gerekir.

Hukuki Esaslar :

B. — İstinaf talebi temelden mahrumdur.

a) İstinaf müracaatçısı, ilk hakim önünde Cenevre Hukuk Usulü K. m. 5'e uymaktan ve İtalya'da ikamet ettiği göre İtalyan hukukunun muhtevasını ispatlamaktan feragat ettiğini kabul etmekte, istinaf davalısı ile sözleşme yapmış olduklarını iddia etmektedir (**Frank Vischer**, *Droit international prive*, in *Traité de droit privé suisse*, cilt I, 4 s. 183/1 ve n. 5'teki atıflar; **Schönenberger/Jäggi**, *Allgem. Einleitung*, n. 237 ve 266; ATF 101 II 84 gerekçe 1 ve anılan kararlar).

İsviçre'li hakim, İsviçre kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanacak olan yabancı hukukun muhtevasını resen araştırmak zorunda değildir, meğer ki zorunlu olarak bu hukuku uygulamak mecburiyetinde olsun. Uygulanacak hukuku belirlemenin sözkonusu olmasında da geçerli olan irade özerkliği prensibinin hakim olduğu sözleşmeler hukukunda böyle bir mecburiyet yoktur (ATF in SJ 1980 s. 57 in fine s. 58; ATF 92 II 117 ve atıfları). Sonuç olarak ilk hakim, bu konudaki içtihadı uygun olarak tamamlayıcı sıfatla İsviçre hukukunu uygulamak zorundaydı (SJ 1963 s. 585; ATF Socot SA'ya karşı Soic (davası), 27 Kasım 1973 tarihli, s. 6 ve 7).

O halde tamamlayıcı sıfatla uygulanan İsviçre hukuku, sözkonusu satımdan sonuçlanan borç statüsünü, özellikle satıcı Martini'nin alacağını düzenlemektedir.

Eğer istinaf müracaatçısının iddia ettiği gibi, borcun iç yüklenmesi asıl borçlunun —yani alıcının— borcunu düzenleyen hukuka tabi ise, bu yüklenme zorunlu olarak aynı hukukun, yani İtalyan hukuku yerine tamamlayıcı sıfatla nazara alınan İsviçre hukukunun uygulanmasıyla değerlendirilecektir.

Gerçekten, aynı statüyle düzenlendiği kabul edilen borcun iç yüklenmesini İtalyan hukukuna tabi tutarak borç statüsünü, satım sözleşmesini düzenleyen olarak tamamlayıcı sıfatla uygulanan İsviçre hukukuna tabi tutmak sözkonusu olamaz. Zaten ilk hakim için müşahhas olarak böyle bir düalizm'i uygulamak imkânı gerçekleşemez; bu, gerek "her hukuk düzeni kendi kendine bir bütün teşkil eder" diye düşünen (Vischer, op. cit., s. 179/1-2) ve bu nedenle aynı borç statüsüne değişik hukukların uygulanmasını engelleyen doktrinle, gerek objektif bağlantıda sözleşmenin gene! ayrılması sistemini kesin olarak red eden federal içtihatça (ATF 78 II 74 gerekçe 5¹, 88 II 195 vd.; 91 II 44 vd.²; 100 II 18 vd.³) yasaklanmıştır —çünkü davalı, ileri sürdüğü hak düşümü veya zamanaşımı savunmasını düzenlemeye müsait olan İtalyan kanun hükümlerini hiç tedarik etmemiştir. İtalyan hukuku uygulansaydı bile, Mahkeme sonuçta tamamlayıcı sıfatla İsviçre hukukuna başvurmak zorunda olacaktı.

O halde tarafların geçerli olarak ve müşterek bir anlaşmayla İsviçre hukuku lehine bir hukuk seçimine başvurup başvurmadıklarını araştırmak faydasızdır.

b) İstinaf'ta Martini, işletmenin devrine ve zamanaşımına ilişkin İtalyan kanun metinlerini, bir Piza Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörünün ve La Spezial'da çalışan bir avukatın ekli hukuki istişaresiyle birlikte getirmektedir. Mamafih, Cenevre Hukuk Usulü K. m. 357 f. 2'nin uygulanmasında kabul edilebilir olan bu yeni belgeler, istinaf talebini temellendirecek nitelikte değildirler.

1) SJ 1952 s. 586.

2) SJ 1965 s. 534.

3) SJ 1974 s. 559.

Gerçekten İstinaf müracaatçısının iddiasının aksine olarak, eski borçluyu borcundan kurtarma hükmüne sahip borcun nakli, dış hükümleri bakımından, borç statüsünün hukukuna değil fakat yüklenenin ikametgâhı veya mutad oturma yeri hukukuna tabidir (**Vischer**, op. cit., s. 220, III, 2). Dış yüklenme sözleşmesi, kendisiyle yeni borçlunun borcu devraldığı sözleşmeden sonuçlanan iç yüklenme gibi, bağımsız tarzda bağlantılıdır ve kendi kanunuyla, yani, kendisine göre tipik edimi yapacak kişinin ikametgâhı veya mutad oturma yeri kanununun (ATF 92 II 115; 94 II 360⁴; 96 II 97), tartışmasız olarak karakteristik edimi sağlayan yüklenenin ikametgâhında mer'î olan kanunla belirlendiği normal bağlama kuralına uygun olarak düzenlenmelidir. Ancak önceden mevcut ilişkinin özel önemde olduğu ihtimalde, istisnai olarak, onu naklonulan borcu düzenleyen kanuna bağlayabiliriz (**Vischer**, op. cit., s. 221 in limine ve yazarın atıf yaptığı 9.10.1951 tarihli Federal Mahkeme kararı —Rechenbachya karşı Willi Forst G.m.b.H (davası), yayınlayan: **Keller/Schulze/Schaetzle**, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Internationalen Privatrecht, cilt II gerekçe b (aynı düşüncede.) Olayda böyle ilişkiler gerçekleşmediği için İsviçre hukuku uygulanmalıdır, çünkü borcu yüklenen Powell SA Cenevre'de ikametgâha sahiptir. Şu bir gerçek ki özel borcun naklinin bağlama şekli doktrinde tartışmalıdır. Schönenberger/Jäggi'ye göre (op. cit., n. 386) iç yüklenme sözleşmesinin bağımsız şekilde kendi sözleşmesel statüsüne bağlandığı kabul edildiğinde (ibidem, n. 385), en azından yüklenen ve alacaklı arasındaki dış yüklenme sözleşmesi ve hükümleri "nach dem Schuldstatut, unter dem die übernommene Schuld schon bisher bestand" değerlendirilir. Mamafih bu düşünce hiç bir şekilde gerekçelendirilmemiştir.

Mukabil olarak, yukarıda anılan Federal Mahkeme içtihadına uygun **Vischer**'in düşüncesi, "Internationales Vertragsrecht"de andığı (1962, s. 247 not 2) yazarlarca (yani **A. Briner**, Die Schuldübernahme im Schweizerischen IPR, Zurich 1947, s. 66 vd.; **Schnitzer**, Handbuch, s. 661; **Batiffol**, Les conflits de loi en matière de contrats, s. 437; **Nussbaum**,

Deutsches IPR, s. 267; **Wolff**, Das IPR Deutschlands, s. 154/4) benimsenmiştir. **Vischer** görüşünü şu şekilde gerekçelendirmektedir: Dış yüklenme sözleşmesinin özerk niteliği, bağımsız tarzda bağlanma şekli lehine de delil olur, —devir konusu alacağı düzenleyen hukuka tabi olan— alacağın temliki ile hiç bir benzerlik yoktur, çünkü dış yüklenme bir tasarruf muamelesi (Verfügung) değil fakat bir "Verpflichtungsgeschäft" teşkil eder (ibidem, s. 247/4).

Ayrıca yazar şunu müşahade etmektedir: tipik edim, yüklenenin edimi olduğu için, dış yüklenme sözleşmesi bu yeni borçlunun kanununa tabi olmalıdır; bu çözüm külli borç yüklenmenin bağlantısıyla uyumu temin etmektedir, ki bu uyum, özel veya külli— bir borç naklinin gerçek kapsamı sorunu çok sık olarak ihtilafli olduğundan zorunludur.

Yukarıdaki atıflar nazara alındığında, hakim doktrinin federal mahkeme içtihatlarıyla uyum halinde teklif ettiği çözümü kabul etmek zorunlu olmaktadır. O halde Mahkeme'ye göre olayda sözkonusu olan dış borç yüklenmenin hükümleri İsviçre hukukuna göre belirlenirler.

c) Borcun yüklenmesi, yüklenen ve devir konusu ticari işletmenin alacaklıları arasında hiç bir sözleşmeyi gerektirmeyen alacak ve borçlarıyla bir işletmenin devri çerçevesinde muamele gördüğünde, durum, daha iyi gerekçelerle böyledir. Bu hallerde yüklenenin alacaklılara karşı sorumluluğu, ipso jure, basın yoluyla işletmenin iktisabının ilân edilmesinden sonuçlanır; bu ilân, ne üçüncü kişilerle sözleşme yapma icabı ne de muhatapların kabulünü gerektiren bir ifade açıklamasıdır (FSJ 70 s. 8,5a; **Gauch-Schluemp-Tercier**, cilt II, n. 1961 ve anılan kararlar).

Bir sözleşmeler yığınının devri (bir işletme veya malvarlığının yüklenmesi) sözkonusu olduğunda, her sözleşme yüklenmesini kendisine uygulanacak kanuna göre değerlendirmek, intikalin külli olması fikrine aykırı düşer. İntikali düzenleyen hukuk, bu durumda ve sözkonusu olayda bir sözleşmenin hangi şartlarla yüklenileceğini söyleyecektir (**Vischer**, Droit int. privé, s. 221, IV, 2;

4). SJ 1970 s. 7.

Briner, op. cit., s. 84; **Schnitzer**, op. cit., s. 662). Borçlar hukuku konusunda "gesetlicher Schuldübergang"ın nadir olduğunu ileri süren **Schönenberger-Jäggi**, örnek olarak, BK. m. 181 anlamında bir işletmenin devrini anmaktadırlar ve tartışmaksızın açıkça Briner ve Schnitzer'in düşüncesine atıfta bulunmaktadırlar (op. cit., n. 384). O halde bundan onların, böyle bir devir çerçevesinde meydana gelen borç yüklenmesinin devrin kendisine göre gerçekleştiği kanuna tabi olduğunu düşündükleri sonucu çıkarılmalıdır.

d) Vischer gibi (Droit int. privé, s. 221, IV, 1) belirli bir sözleşmenin sözleşmesel yüklenmesini yüklenilecek bu sözleşmeyi düzenleyen hukuka bağlayan —devrin kendisine göre gerçekleştiği hukuki ilişki, kendine özgü statüye tabi ilişki için yapılan istisna— anılan yazarlar, bunun geçirimini biza-tihi kanun düzenlediğinde, aynı çözümü uygulamaktadırlar ("gesetzlicher Vertragsübergang", op. cit., n. 38); mamafih açıkça bu geçirimin "ausserhalb einer Gesamtnachfolge" gerçekleştiği ihtimalde durumun bu şekilde olduğunu belirlemektedirler; yani bir işletmenin devri durumunda bağlama bu devrin kendisine göre gerçekleştiği kanuna göre yapılır.

İmdi, olayda İsviçre hukukunun, her ikisi de Cenevre'de ikamet eden Morinora Det-ruche ve Powell SA arasında akdedilen sözleşmeye uygulanması ve yukarıda anılan metinde Vischer'in açıkladığı "intikal"i düzenlemesi isabetlidir.

Zaten bu yazara göre (Internationales Vertragsrecht, s. 250/5), kanun gereği olan sözleşme devrinde, bir tek sözleşmenin devri ile bir işletmenin yüklenilmesinden sonuçlanan "eines gesamten Vertragscomplexes"ın yüklenilmesi arasında ayırım yapmak gerekir. İlk durumda akdi hak ve borçların yeni hak sahibine geçmesi muamelenin tam veya mutlak (Selbstzweck) amacını oluşturur; halbuki ikinci durumda, başka borçlar arasında genel geçirimi zorunlu kılan hukuki ilişki önemli

olmaktadır; "külli intikal", bu ilişkinin, örneğin bir işletmenin devrinin sadece bir hükmü olmaktadır. "Daher darf bei der Universal-sukzession nicht der Uebergang jedes einzelnen Vertrages nach seinem besonderen Statut beurteilt werden".

Başka deyişle istinaf davalısı, muteber olarak, BK. m. 181 f. 2'de öngörülen 2 yıllık sürenin bitiminden itibaren sözkonusu olan borçtan kurtulmayı ileri sürebilir. Eski borçluyu hemen borçtan kurtaran âdi özel borç yüklenmesinin hükümlerine aykırı olarak (**Gauch-Schluemp-Tercier**, c. II, n. 1929), işletmenin devri, BK. m. 181 f. 2 gereği, devralanla iki yıllık süre esnasında müteselsilen borçlu olarak kalan devredeni otomatik olarak borçtan kurtarma hükmüne sahip değildir. Ancak, —hak düşümü veya kaybettirici (FJS 70, s. 14/2; **Becker**, n. 17/29 ad 181; **von Tuhr-Escher**, Allgem. Teil., II 399), yani zamanaşımı (**Bucher**, Schweiz. Obligationenrecht, Allgem. Teil., s. 538 in limine ve sayı 76'daki atıflar) diye nitelendirilen- bu sürenin bitiminden sonra borcun geçişinin borçtan kurtarıcı hükmü olacaktır (ATF 63 II 15). Bu hüküm alacaklılar lehine konulmuştur (**Gauch-Schluemp-Tercier**, n. 1965) ve işletmenin devrini düzenleyen statüden sonuçlanır. Mamafih yüklenilen alacakların zamanaşımını ilgilendirmez, bu sorun, temel borç statüsünü düzenleyen kanuna yani olayda İtalyan hukukuna tabi olarak kalır (**Vischer**, Droit int. privé, s. 218/7; ATF 75 II 61⁵; 78 II 148 gerekçe 2⁶; 99 II 317 gerekçe 2; **Vischer**, Internationales Privatrecht, s. 250/1 sondan önceki cümle). Mamafih bu borç statüsü, olayda olduğu gibi, devreden borçları BK. m. 181 f. 2'de öngörülen borçtan kurtarıcı sürenin geçmesiyle sona erdiğinde, ilgili alacaklı ve işletmeyi devralan arasındaki ilişkiler çerçevesinde önemi haizdir.

O halde aleyhine başvuruda bulunulan karar onanmalıdır.

5) SJ 1949 s. 4737.

6) SJ 1952 s. 613.