

Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında Tbk Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler

(The Notion of Due Diligence And Appreciations About Responsibility Of Seller in Corporation's Merger and Acquisition Contracts Within The Scope of The Provisions of Turkish Obligation Code)



Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN*

ÖZET

Şirket birleşme ve devralmaları ekonomik açıdan hacimli işlemlerdir. Alıcı bakımından karar verilmesi çok kolay olmayan bir süreci de beraberinde getirmektedir. Bu noktada due diligence kavramı ortaya çıkmaktadır. Due diligence, hedef şirketin vergisel, hukuki, finansal, çevresel, insan kaynakları vs. gibi pek çok alan bakımından durumunun net olarak ortaya çıkarılması amacıyla yapılan bir çalışmadır. Due diligence incelemesi alıcı konumunda olana tarafa şirketin devralınabilirliği konusunda isabetli karar verme imkânı sunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda veya Türk Borçlar Kanunu'nda due diligence incelemesi ve hukuki sonuçları hakkında herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak buna rağmen şirket birleşme ve devralmalarında "olmazsa olmaz bir şart" niteliğindedir. Şimdiye kadar Ticaret Hukuku alanında bilimsel çalışmalara konu olan due diligence kavramı Borçlar Hukuku alanında Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri bakımından değerlendirilmemiştir. Bu çalışma ile şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde due diligence süreci ve Türk Borçlar Kanunu genel ve özel hükümler bağlamında satıcının sorumluluğu ile ilgili hususlar kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Due Diligence, Şirket Birleşme ve Devralmaları, Satım Sözleşmesi, Satım Sözleşmesinde Ayıp, Satıcının Sorumluluğu.*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The mergers and acquisitions of corporations are voluminous proceedings. It also leads to a process which is not very easy to be decided by buyer. The notion of due diligence rises to surface at this point. Due diligence is a study which is made so that corporation's situation in respect to many fields, such as taxational, judicial, financial, environmental, human resources etc., is found out. The due diligence study gives buyer opportunity so as to make a well-directed decision about acquisition of corporation. No regulation is in existence about examination and legal results of due diligence in Turkish Obligation Code and Turkish Commercial Code. However, it has the characteristics of sine qua non in corporation's merger and acquisition. The notion of due diligence, which has been subject to scientific works in the field of Turkish Commercial Code up to this time, have not been examined in the field of related provisions of Turkish Obligation Code. In this study, the process of due diligence in corporation's merger and acquisition contracts and other issues about responsibility of seller in the context of general and special provisions of Turkish Obligation Code are examined.

Keywords: *Due Diligence, Corporation's Merger and Acquisition, Contract of Sale, Defect in Contract of Sale, The Responsibility of Seller.*

I. GİRİŞ

Türkiye ekonomisinde¹ son zamanlarda özelleştirme ve şirket evlilikleri (birleşmeleri ve devralmalar) çok önemli bir yer tutmaktadır. Rekabet kurumu tarafından

¹ Türkiye'nin son yıllarda büyüyen ekonomisi ile birlikte şirket alımları ve birleşmelerinin de sayısı hızla artmıştır. Deloitte'in hazırladığı rapora göre 2014 yılında 236 adet işlem gerçekleşirken, toplam işlem hacmi ise yaklaşık 21 milyar dolar olmuştur. Yabancı yatırımcıların işlem hacmi 2014 yılında yüzde 54 oranında artmıştır. Son yıllarda Türkiye piyasasına kesintisiz ilgi gösteren ancak 2013 yılında işlem hacmine yaptıkları katkı son on yılın en düşük seviyesine gerileyen yabancı yatırımcıların işlem hacmi 2014'te %54 oranında artış göstermiştir. Ancak yine de 113 işlem ile toplam 8 milyar dolarlık hacim yaratan yabancıların toplam işlem hacmindeki payı %38 seviyesinde kalmıştır. Özelleştirmeler hariç tutulduğunda ise yabancı yatırımcıların özel sektör işlem hacmindeki payı %65 olmuştur. Öte yandan, 2014 yılında Türk yatırımcılar 123 işlem ile 13 milyar dolarlık işlem hacmi yaratarak, toplam işlem hacminin %62'sini oluşturmuşlardır. Bu oran ile Türk yatırımcılar tarihsel olarak yıllık işlem hacmine en yüksek katkılarından birini gerçekleştirmiştir. İşlem hacminin önemli bir kısmı; özelleştirmeler ve az sayıda gerçekleşen büyük ölçekli özel sektör işlemlerine dayansa da, işlemlerin çoğunluğu orta ölçekli şirketler pazarında gerçekleşmiştir. Toplam işlem sayısının %76'sını oluşturan 50 milyon dolar ve altındaki 179 işlem, toplam işlem hacminin yalnızca %12'sini oluşturmuştur. Ortalama işlem hacmi yaklaşık 89 milyon dolar olurken, en büyük on işlem dışında kalan işlemlerde oluşan ortalama büyüklük ise yaklaşık 39 milyon dolar olarak gerçekleşmiştir. Ekonomiye bağlı olarak yıllık rakamlar değişiklik göstermesine rağmen, satın almalar ve birleşmelerin Türkiye ekonomisindeki rolü yadsınmaz. Satın alma ve birleşmelerde fiyat ve pazarlıkta tarafların kozlarını belirleyebilmeleri için hedef şirket üzerinde yapılacak mali ve hukuki due diligence (itinalı hukuki değerlendirme) etkili olacaktır. Deloitte'nin hazırlamış olduğu rapor için bkz. <http://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/mergers-and-acquisitions/articles/annual-turkishmareview20141.html>, E.T. 11.12.2015.

yayınlanan birleşme ve devralmayla ilgili bir raporda² 2014 yılı için kuruma 215 adet başvurunun yapıldığı ifade edilmiştir. Rekabet kurumu tarafından incelenen birleşme ve devralmaların, hedef şirketin veya oluşturulan ortak girişimin Türkiye kökenli olduğu işlemlerde bildirilen toplam işlem bedeli yaklaşık 22 milyar 90 milyon TL dir. Bu dönemde Rekabet Kurumu'na bildirilen ve gerçekleşen özelleştirmelerin toplam değeri ise yaklaşık 9 milyar 193 milyon TL'dir. Aynı dönemde tüm tarafları Türkiye Cumhuriyeti yasalarına göre kurulmuş şirketlerin gerçekleştirdikleri birleşme ve devralmaların toplam işlem değeri ise 6 milyar 186 milyon TL'dir. Bu rakamlar Türk ekonomisinde şirket evliliklerinin önemini ortaya koymaktadır. Aşağıdaki tabloda EY (Ernst&Young) isimli şirket tarafından hazırlanan raporda 2013 yılına ait değeri açıklanan en büyük 10 işlem gösterilmektedir.

Hedef Şirket	Sektör	Satın Alan Şirket	Ülke	Hisse Oranı	İşlem Değeri (Milyon ABD\$)
Toroslar EDAŞ	Enerji	EnerjiSA	Türkiye	%100,00	1.725,0
Haliçport	Ulaştırma	Sembol Uluslararası Yatırım-Ekopark Turizm-Fine Otelcilik Ortak Girişim Grubu	Türkiye	G/D	1.346,0
İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım (AYEDAŞ)	Enerji	EnerjiSA	Türkiye	%100,00	1.227,0
Başkent Doğalgaz Dağıtım	Enerji	Torunlar Gıda	Türkiye	%100,00	1.162,0
Kangal Termik Santrali	Enerji	Konya Şeker	Türkiye	%100,00	985,0
Yapı Kredi Sigorta	Finansal Hizmetler	Allianz SE	Almanya	%93,94	912,9
Salıpazarı Kruvaziyer Limanı	Ulaştırma	Doğuş Holding	Türkiye	G/D	702,0
Viko	İmalat	Panasonic	Japonya	%90,00	460,0
Alternatif Bank	Finansal Hizmetler	Commercial Bank of Qatar	Katar	%70,84	430,8
Show TV	Medya	Ciner Grubu	Türkiye	%100,00	402,0

G/D: Geçerli değil

² Bkz. Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2014, Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara 2015, Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan rapor. "Rekabet Kurumuna geçen yıl 215 birleşme ve devralma işlemi bildirildi. Rekabet Kurumu, 2014 Yılı Birleşme-Devralma Görünüm Raporu'nu internet sitesinde yayımladı. Buna göre, Kuruma geçen yıl toplam 215 birleşme ve devralma işlemi bildirildi. Bu işlemlerden 122'sinde hedef şirket veya oluşturulan ortak girişim, Türkiye yasalarına göre kurulmuş şirketler oldu. Bu dönemde 18 özelleştirme işlemi değerlendirmeye alındı. Geçen yıl Kurum tarafından incelenen birleşme ve devralmaların, hedef şirketin veya oluşturulan ortak girişimin, özelleştirmeler hariç Türkiye kökenli olduğu işlemlerde bildirilen toplam işlem bedeli, yaklaşık 22 milyar 90 milyon lira oldu. Bu dönemde Rekabet Kurumuna bildirilen ve gerçekleşen özelleştirmelerin toplam değeri ise 9 milyar 193 milyon lira seviyesinde gerçekleşti. Aynı dönemde tüm tarafları Türkiye Cumhuriyeti yasalarına göre kurulmuş şirketlerin gerçekleştirdikleri birleşme ve devralmaların toplam işlem değeri ise 6 milyar 186 milyon lira oldu. Yabancı yatırımcılar, 2014 yılında 56 ayrı işlemde Türk şirketlerine yatırım yaptı. Söz konusu yatırımcılar arasında işlem bazında yapılan sıralamaya göre, ilk sırayı 7'şer işlemlerle Lüksemburg ve Hollanda kökenli yatırımcılar aldı. Geçen yıl, Türk şirketlerinin devir konusu olduğu devralma işlemlerinde yabancı yatırımcılar, yaklaşık 10 milyar liralık yatırım gerçekleştirdi. Yabancı yatırımcıların ortak oldukları Türkiye kökenli 3 ortak girişim işleminin toplam işlem bedeli ise 48 milyon lira oldu. Ekonomik faaliyet alanı bakımından, hedef şirketin veya oluşturulan ortak girişimin, özelleştirmeler hariç Türkiye kökenli olduğu işlemler içinde en yüksek işlem değeri 3 milyar 295 milyon lira ile kendine ait veya kiralanın gayrimenkulün kiraya verilmesi veya işletilmesi alanında gerçekleşti. Geçen yıl Kuruma bildirilen birleşme ve devralma işlemleri, son bildirim tarihinden ortalama 16 gün sonra nihai karara bağlandı." <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fDiğer%2f2014+Birle%C5%9Fme+Devralma+G%C3%B6r%C3%BCn%C3%BCm+Raporu.pdf>, E.T. 01.11.2015.

Şirket birleşme ve devralmalarında tarafların müzakerelerde bulunmalarında hedef şirketin incelenmesinde due diligence kavramı oldukça önemli bir yere sahiptir. “Due Diligence” özellikle şirket evlilikleri genel adı altında ifade edilen şirketlerin devir veya satın alımlarında veya birleşmelerinde karar mekanizmalarının önemli bir ayağı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle “Due Diligence” kavramının içeriğinin ve işlevinin tam anlamı ile açıklanmadan kullanılmasının büyük sakıncaları ve anlaşmazlıkları beraberinde getireceği bir gerçektir. Bunun yanı sıra söz konusu kavramın öncelikle Türk Borçlar Kanunu açısından, daha sonra diğer kanunlarda yer alan kavram ve müesseselerle telif edilmesi gerektiği de açıktır. Aksi takdirde uluslararası uygulamalara paralel, ancak Türk Hukuku çerçevesindeki hukuki etkileri düşünülmemiş ya da beklenenin aksi sonuçlara yol açan durumların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle de öncelikle “Due Diligence” kavramı, amaçları, işlevleri, çeşitleri, uygulaması, şirket birleşme ve devralmalarındaki yeri ve önemi üzerinde durulacak ve özellikle şirket hisselerinin satımında satıcının sorumluluğuna etkileri arz ettiği önem açısından irdelenmeye çalışılacaktır.

II. DUE DILIGENCE KAVRAMI

“Due Diligence” ingilizce bir kavramdır. Türkçe’de “Due” kelimesi “uygun”, “gerekli”, “makul”, “Diligence” kelimesi ise “basiretli”, “tedbirli” anlamına gelmektedir. “Due Diligence” kavramı için “Black’s Law Dictionary”; “her olayın kendine özgü şartlarına ve özelliklerine göre değerlendirmek kaydı ile benzer şartların varlığı halinde makul ve tedbirli bir kişiden beklenebilecek şekilde basiretli, dikkatli, sürekli ve özenli olan faaliyet veya davranış” şeklinde bir tanımlama ihtiva etmektedir³. Due Diligence kavramı çok farklı anlamlarda kullanılabilir. Bugünlerde özellikle şirket birleşmelerinde veya şirketlerin kamuya açılmasında (halka arzedilmesinde) sık başvurulan bir kavram durumundadır⁴. Due Diligence kavramı, gerekli, makul ve lazım olan dikkat ve özen şeklinde tercüme edilebilir⁵. Due Diligence, devralınacak şirketin genel durumu hakkında detaylı ve sistematik bir veri veya iktisap analizidir

³ ÖZEKE, Billur, Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul 2006, s. 2.

⁴ HÖHN, Jakob, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich 2003, s. 1; MEIER, Eric Olivier, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich 2010, s. 77; ANGERSBACH, Carsten J., Due Diligence beim Unternehmenskauf, Baden-Baden 2002, s. 20, 22.

⁵ HÖHN, s. 1; GRIMM, Detlef / BOKER, Arndt, Die arbeits und socialversicherungsrechtliche Due Diligence, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2002, s. 199; MEIER, s. 77; Due diligence kavramının etimolojik kökeni ve gelişimi noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. LAJOUX, Alexandra R. / ELSON, Charles M., The Art of M&A Due Diligence-Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data, New York 2000, s. 3; EGGENBERGER, Jens, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due diligence Prüfung, Frankfurt a. M., 2001, Diss. Univ. Bonn 2000 (Europäische Hochschulschriften Bd. 3143), s. 49.

denilebilir. “Due Diligence” kavramı, doktrinde⁶ hukuki işlemlerde gerekli özen şeklinde de tanımlanmaktadır. “Due Diligence”, bir fonksiyon veya faaliyet olarak bir davranış ölçütünden çok, bütün hukuki işlemlerde sorumluluğun tesis edilebilmesi bakımından aranılan önemli bir unsur olarak kabul edilen gerekli özeni ifade etmektedir⁷. Uygulamada ise hem satın alma hem de birleşme işlemleri çerçevesinde hedef şirketin devralınmasından veya onunla birleşmeden önce onun ayrıntılı ve özel olarak incelenmesi anlamında kullanılmaktadır⁸.

Şirket birleşme ve devralmalarında alıcı ve satıcı tarafta öncelikle şirketin büyüme stratejisi göz önünde bulundurulurken, birleşme veya devralmanın şirkete ve hissedarlarına ne gibi faydalar sağlayabileceği tartışılmalıdır. Şirket evliliğine hazırlanan şirketler, piyasa ve sektör trendlerini gözden geçirerek, şirketin operasyonel ve finansal performansının ön değerlendirmesini yapmalıdırlar. Hazırlık sürecinde şirket operasyonlarında değer yaratan önemli faktörler saptanıp analiz edilerek, şirketin sektördeki konumu ve bu konumun şirket evliliğiyle nasıl iyileştirileceği tespit edilmelidir. Geleceğe yönelik potansiyel fırsatlar ve şirketin değerini negatif yönde etkileyebilecek konular değerlendirilerek, şirket evliliği işlemi için zaman planı oluşturulmalıdır. Tüm bu işlemler için de birleşme veya devralmayı düşünen şirketlerin profesyonel danışman şirketlerinden destek almaları da kaçınılmaz bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu danışmanlık şirketleri⁹ hedef şirketle ilgili alıcının ihtiyaç duyabileceği bütün konularda itinalı bir analiz, denetim, hedef şirketin değeri-

⁶ PULAŞLI, Hasan, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, Batider 2007, S. 2, C. 24, s. 211.

⁷ PULAŞLI, s. 211.

⁸ PULAŞLI, s. 211. “İşletmenin satın alınması veya iktisabından (Unternehmenstransaktion) önce ayrıntılı bir due diligence incelemesinin icra edilmesi her iki tarafın da çıkarımadır. Özellikle alıcının veya birleşmeye katılacak şirketin inceleme sürecinde edindiği bilgiler, taraflar arasındaki bilgi farkını azaltmakta ve böylelikle daha rasyonel bir müzakere ortamı ve daha yüksek bir fiyat önerilme olanağını da sağlamaktadır. Zir alıcı, işletmeyi kendi uzman kişileri vasıtasıyla değerlemesi karşısında indirim teklifinde bulunurken daha az ölçüsüz davranmak zorunda kalır. Ayrıca, tam ve özenli bir inceleme, satın alınan objenin alıcının işletmesine daha sonra daha iyi uyum sağlamasını, onunla entegre olmasını da kolaylaştırır. Bu da, özellikle şirketlerarası alış-satış anlaşmalarında, satış bedelinin bir bölümünün sabit, kalan bakiyenin ise satın alan şirketin mali performansı dikkate alınarak bir anlaşma (Earn-out-Klauseln) yapılmışsa, hiç şüphesiz satıcının çıkarına olabilir.” Bkz. PULAŞLI, s. 211.

⁹ 2002 yılında bir çalışmada gösterilen sıralamada 269 milyar Sterlin değerinde işleme Linklaters&Alliance danışmanlık şirketi birinci sırada yer almıştır. Freshfields Bruckhaus Deringer isimli şirket 268 milyar sterlinle ikinci sırada yer almıştır. Slaughter&May isimli şirket 230 milyar sterlinle üçüncü sırada, Sullivan Cromwell 200 milyar sterlinle dördüncü sırada ve Shearman Sterling isimli şirket de beşinci sırada yer almıştır. Bankalar da şirketlere bu anlamda danışmanlık yapmaktadırlar. Goldman Sachs isimli banka 1284,40 milyar ABD doları değerinde 420 transaksyon işlem adedi ile birinci sırada yer almıştır. Morgan Stanley Dean Witter isimli banka 1126, 92 milyar dolar değerinde 422 transaksyon işlem adedi ile ikinci sırada yer alırken Credit Suisse First Boston isimli banka 945, 05 milyar dolar değerinde 715 transaksyon işlem adedi ile üçüncü sırada yer almıştır. Bu sıralama için bkz. KUTLAN, s. 29.

nin belirlenmesi gibi konularda yapacağı çalışmalarla karar verecek birimin planlama ve karar alma aşamasındaki bilgi gereksinimini karşılar. Aşağıdaki tabloda¹⁰ 2000 ve 2011 yılları arasındaki Türkiye genelinde birleşme ve devralma'ya ilişkin istatistikî veriler yer almaktadır. Bu tablo, Türk ekonomisi bakımından due diligence kavramının ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Zira 15 milyar dolarlık işlem hacminin mevcut olduğu bir sektör ekonomik hayat için göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir.



III. ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şirket birleşmesini tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak birleşme kavramını düzenleyen TTK. m. 136 hükümünden hareketle birleşme, “*birden çok ticaret şirketinin, malvarlıklarını tasfiye etmezsin, işlerinden birinin bünyesinde veya yeni kurulan bir şirkette birleşmeleri ve birleşmeye katılan şirketlerin pay sahiplerine belirli bir değiştirme ölçüsüne göre birleşmenin gerçekleştiği şirkette pay sahibi olma imkânının sağlamasıdır*”¹¹. şeklinde tanımlanabilir. Birleşmede sadece bir “devralan” ve bir veya daha fazla “devrolunan” şirketler bulunur¹². Devralan ve devrolunan şirketlere birleşmeye katılan şirketler adı verilir. Devralan şirket, birleşme başlamadan önce mevcut olan ve faaliyette bulunan bir şirket olabileceği gibi direkt birleşme için kurulmuş bir şirket de olabilir. Birleşme, bir şirketin diğer bir şirketi veya şirketleri devralması şeklinde gerçekleşiyorsa bu tür birleşme Ticaret Kanunu tarafından “*devralma şeklinde birleşme*” diye isimlendirilmiştir (TTK. m. 136/1.

¹⁰ <http://www.besfin.com/tr/hizmet-detay.php?uid=10020>, E.T. 29/10/2015

¹¹ KARAHAN, Sami, Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Konya 2012, s. 157; TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, İstanbul 2015, s. 681; PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2014, s. 125; TSCHÄNI, Rudolf, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, Ein Handbuch zu Übernahmen, Fusionen und Unternehmenszusammenschlüssen, 2. Aufl., Basel 1991, § 1 N 1; WATTER, Jean Philippe, Unternehmensübernahmen, Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Fusion und verwandter Tatbestände, Zürich 1990, § 3 N 43.

¹² TEKİNALP, s. 681. Birleşme, bir devralan ve sadece bir devrolunan şirket arasında yapılmış ise “*iki taraflı birleşme*”, devralınan şirketler birden fazla ise “*çok taraflı birleşme*” den bahsedilir, bkz. TEKİNALP, s. 681.

bent a). Birleşen şirketlerin tamamı tasfiye sürecine girmeksizin malvarlığı değerlerini yeni kurulan şirketin bünyesinde birleştiriyorsa bu durum Ticaret Kanunu madde 136/1. bent b hükmünde “*yeni kuruluş şeklinde birleşme*” olarak ifade edilmiştir. Şirket birleşmeleri birtakım yararları olmasına rağmen piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz birtakım sonuçların meydana gelmesine sebep olabilmektedir. Genellikle birleşmeler sonrası kapasite artışı olmamakta iken piyasada rekabet eden süje sayısı, buna bağlı olarak da rekabet azalmaktadır ve özellikle de piyasada payı yüksek olan rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin zayıflamasına ve piyasadaki rekabetin hissedilir ölçüde azalmasına neden olabilmektedir¹³. Ayrıca ekonomik gücün belirli merkezlerde kalıcı olarak yoğunlaşması, ekonomik, sosyal ve siyasal yaşam üzerinde bir takım olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Tüm bu nedenlerle Rekabet Hukuku Mevzuatlarında piyasadaki rekabetin azalması sonucunu doğuran birleşmelerin kontrolüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır¹⁴.

IV. DUE DILIGENCE KAVRAMININ KAYNAĞI ABD SERMAYE PİYASASI HUKUKU

Due Diligence, kaynağı Amerika Birleşik Devletleri olan bir kavramdır. “Due Diligence” kavramı Amerika Birleşik Devletleri’nde Common Law’un¹⁵ da etkisi ile bir hukuki ilişkide gösterilmesi gereken ihtimam ve özenle ilişkili genel bir yükümlülük olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Due Diligence kavramı ABD’de genellikle ekonomi hukuku alanında kullanılmakta ve sermaye piyasası hukuku ve yatırımcıların korun-

¹³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. SEZEN, Ayşe, Birleşme ve Devralmalar, Uluslararası Rekabet ve Teknolojileri Birliği, Şubat 2007, s. 2, 3, www.urteb.org, E.T. 05.12.2015.

¹⁴ “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da öngörülen hüküm, 7. maddede “birleşme ve devralmalar” başlığı altında yer almaktadır. Bu hükmeye göre, “*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütününe 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 yasak olarak kabul edilmiştir. Birleşme ve devralmalara ilişkin olan 7. madde hükmü en genel anlamıyla piyasa yapısını kontrol etmeyi amaçlayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin altında yatan temel düşünce, ekonomik gücün belirli merkezler etrafında toplanmasının önüne geçilmesi ve piyasada yapısal değişime neden olan iktisadi yoğunlaşmanın engellenmesidir. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan, piyasalarda çok sesliliğin korunması ve ticari karar alma inisiyatifinin belirli merkezlerde toplanmasının önüne geçilmesidir. Dolayısıyla hukuki görünümü nasıl olursa olsun, iktisadi gücün kurumsal biçimde yoğunlaşması yoluyla piyasadaki rekabetin azalmasına neden olan her türlü kalıcı birliktelik, teorik olarak 7. madde kapsamında değerlendirilebilir.” Bkz. SEZEN, s. 3.

¹⁵ Amerika Birleşik Devletlerindeki Common Law’un büyük bir çoğunluğu üç ana kanun halinde derlenmiştir. Bunlar, Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code), Ortaklık Hukuku (Partnership Act) ve Model İş Ortaklıkları Kanunudur. (Model Business Corporation Act), LAJOUX / ELSON, s. 124; ÖZEKE, s. 3.

¹⁶ LAJOUX / ELSON, s. 4; ÖZEKE, s. 3.

masıyla ilgili bir husus olarak kabul edilmektedir¹⁷. Birleşme ve Devralma işlemlerinde bir süreç olan “Due Diligence” kavramının kaynağı olarak Amerika Birleşik Devletleri’nin sermaye piyasasını düzenleyen mevzuatı gösterilmektedir¹⁸. 1933 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Menkul Kıymetler Kanunu’nun 11. ve 12. bölümlerinde menkul kıymet ihracında ve borsa aracılığıyla halka arzlarda iki tür sorumluluk düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, halka arzlarda ve menkul kıymet ihracında izahnamede yer alan bilgilerin doğru olmaması veya beyan edilmesi gereken önemli bir bilginin yer almaması durumunda söz konusu işlemde yer alan kişilerin sorumlu olacakları kabul edilmiştir¹⁹. Sorumlu tutulacak kişilerin söz konusu bilgiler derlenirken ve sunulurken due diligence gösterdiklerini beyan ederek savunma yapma imkânına sahip oldukları kabul edilmektedir²⁰. Buna “due diligence savunması”²¹ adı verilmektedir. Söz konusu kişiler bu savunmada bulunurlarken kendilerinin yaptıkları “makul bir inceleme” sonucu izahnamenin yürürlüğe girdiği sırada içerdiği bilgilerin doğru olduğuna, izahnamede bulunması gereken önemli ve esaslı verilerin yer alması konusunda hiçbir ihmalin mevcut olmadığına inandıklarını ve buna böyle inanmaları için “makul gerekçelerinin” olduğunu ispat etmeye çalışacaklardır.

V. İSVİÇRE’DE DUE DILIGENCE

Amerikan şirketlerinin uluslararası alanda çok etkin olmaları ve dünya ekonomisinin globalleşmesiyle birlikte İsviçre Serbest Piyasası ve Şirketler Hukuku Amerika Birleşik Devletlerinin etkisinde kalmıştır²². İsviçre’de şirket birleşmelerinde artık rutin bir şekilde denetçi, vergi danışmanı, avukat ve diğer uzmanlardan oluşan bir

¹⁷ HÖHN, s. 2; MERKT, Hanno, Rechtliche Bedeutung der due diligence beim Unternehmenskauf, in Wirtschaftrechtliche Beratung 1996, s. 145; BOTTCHER, Lars, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb, Baden-Baden 2005, s. 30; RICHERT, Andreas, Die Due Diligence beim Unternehmenskauf mit internationalem Bezug, Hamburg 2004, s. 6; MEIER, s. 78; ANGERSBACH, s. 22.

¹⁸ Due Diligence” kavramının kaynağı ve geliştiği yer olarak ifade edilen ABD’deki söz konusu mevzuat “Menkul Kıymetler Piyasası Hukuku” (Securities Laws) olarak adlandırılmakta ve özellikle şirket birleşme ve devralmalarında önemli bir yol gösterici niteliğini haiz bulunması yanında kamuyu ve yatırımcıyı koruma ve bilgilendirme görevini üstlenmiş bir kurallar bütünü olma özelliğine de sahip bulunmaktadır. KUTLAN, Serhat, Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004, s. 5; ÖZEKE, s. 3.

¹⁹ ANGERSBACH, s. 22; MEIER, s. 78; HÖHN, s. 2.

²⁰ LAJOUX / ELSON, s. 4; ÖZEKE, s. 3.

²¹ HÖHN, s. 2; MERKT, s. 146; SHERMANN, William D., The Due Diligence Defense, 670 Practising Law Institute/Corporate Law and Practice Course Handbook Series (PLI/Corp), 283; HAFT, Robert J. / HAFT, Barry J., Due Diligence in Securities Transactions, Derfeld/New York/Rochester 1996, s. 4; ANGERSBACH, s. 22.

²² FLEISCHER, Holger / KORBER, Torsten, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in Betriebsberater 2001, s. 841; HÖHN, s. 3; MEIER, s. 83.

heyetle due diligence icra edilmektedir²³. Büyük hukuk büroları ve denetçi firmalar tarafından “due diligence soruları” ve “due diligence raporu” adı altında yeni düzenlemeler meydana getirilmiştir. Ancak bütün bunlara rağmen İsviçre tamamen kendine özgü bir şekilde “due diligence” adıyla hukuki bir müessese inşa edememiştir²⁴.

VI. ALMANYA’DA DUE DILIGENCE

Almanya’da da şirket devralmalarıyla bağlantılı due diligence kavramının genel bir tanımı yapılmamıştır. Almanya’da da due diligence kavramı Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’den ithal edilmiştir²⁵. Şirket devralma işlemlerinde due diligence kavramı esas olarak iki ana alan üzerinde ilerlemektedir. Bunlardan birincisi hukuki due diligence (Legal due diligence) ikincisi ise denetçiler tarafından yapılan due diligence dir.

VII. DUE DILIGENCE TÜRLERİ

Due Diligence çeşitli açılardan tasnife tabi tutulabilir²⁶. Buna göre due diligence, konusuna göre finansal due diligence, vergisel due diligence, çevresel, insan kaynakları ve kültürel, teknik, ticari ve hukuki due diligence şeklinde çeşitlendirilebilir. Due diligence, kapsamı bakımından tam due diligence ve sınırlı due diligence şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Due diligence, yapıldığı zaman dilimine göre ise, Pre-Signing Due Diligence (Ön Due Diligence), Post Signing/Pre Closing Due Diligence (Satış Sonrası veya Kapanış Öncesi Due Diligence) ve Post Closing (Kapanış Sonrası Due Diligence) şeklinde türlere ayrılmaktadır. Due diligence işlemine katılan kişilere göre, satıcı due diligence ve alıcı due diligence şeklinde türlere ayrılmaktadır.

A. FİNANSAL DUE DILIGENCE

Hedef şirketin geçmişini, rekabet-finansal durumunu ve performansını analiz etmek amacıyla yapılan incelemedir²⁷. Finansal due diligence aracılığıyla elde edilen

²³ MEIER, s. 84.

²⁴ MEIER, s. 84.

²⁵ MERKT, Hanno, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, Betriebsberater (“BB”), 1995, 1041; SCHMITZ, Winfried F., Due Diligence for Corporate Acquisitions, Association Internationale des Jennes Avocats, Brüksel 1996, s. 169.

²⁶ NOBEL, Peter, Aktien und Börsenrecht, Vielfalt und Einheit, in SZW 2/2008, s. 191; HÖHN, s. 20; MEIER, s. 106; KUSCHE, Michael Silvio, Die aktienrechtliche Zulässigkeit der Durchführung einer Due Diligence anlässlich eines Unternehmenskaufes, Frankfurt a. M., 2005, s. 44; TSCHÄNI, Rudolf, Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, Kap. 2 Nr. 19; VOGT, Gabriele, Die Due Diligence-ein zentrales Element bei der durchführung von Mergers & Acquisitions, in: Deutsches Steurrecht 2001, s. 2027.

²⁷ HÖHN, s. 21; MEIER, s. 107; KOCH, Wolfgang / WEGMANN, Jürgen, Praktiker-Handbuch Due Diligence, 2. Aufl., Stuttgart 2002, s.123; SCOTT, Cornelia, Due Diligence in der Praxis-Risiken

bilgilerle şirketin gelir tablosu hesapları, ara dönem ve yılsonu bilançoları ve planlama hesapları analiz edilebilir²⁸. Finansal due diligence kapsamında hedef şirketin kazanç durumu, finans ve malvarlığının aktüel ve tarihi analizleri gerçekleştirilir. Yine bu kapsamda iş planı ve bütçe değerlendirmesi de gerçekleştirilir. Finansal due diligence kapsamında hedef şirketin son yıllarda elde ettiği kârın tespit edilmesi çok önemlidir. Zira söz konusu kârın tespit edilmesi, hedef şirketin satın alınması kararında ve alım bedelinin belirlenmesinde önemli bir role sahiptir.

B. VERGİSEL DUE DILIGENCE

Vergisel due diligence, vergi uzmanı tarafından vergisel risklerin tanımlandığı ve hedef şirketin vergi hukuku açısından durumunun analiz edildiği, gizli kalmış vergisel yükümlülükler ve risklerin ortaya konulduğu türdür²⁹. Uygulama açısından ideal olan husus, vergi uzmanlarının hukukçu ve finans uzmanlarından oluşan bir takımla birlikte due diligence çalışması yapmalarıdır³⁰. Vergisel due diligence'in amaçlarından birisi de hedef şirketin satın alınmasında satım bedelinin isabetli bir şekilde tespit edilmesinde alıcıya net bir perspektif sunulmasıdır³¹. Vergisel due diligence incelemesi kapsamında hedef şirketin tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi halinde (Asset Deal) vergi süjesi (Steuersubjekt) devredilmediğinden kural olarak vergi riskleri devralan tarafı fazla ilgilendirmeyecektir³². Ancak aktif ve pasifleriyle birlikte devralma türünde dahi due diligence incelemesi yapılması, satın alma öncesi vergi

minimieren bei Unternehmenstransaktionen, Wiesbaden 2001, s. 64; Finansal Due Diligence kapsamında örnek bir çek listesi için bkz. **BERENS**, Wolfgang / **BRAUNER**, Hans U. / **STRAUCH**, Joachim, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 3. Aufl., Stuttgart 2002, s. 151; **GODEFROID**, Christoph, Kontrolle ist besser-Möglichkeiten und Grenzen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: Finanzierung Leasing Factoring (FLF) 2000, s. 90;

²⁸ **LAJOUX / ELSON**, s. 71; **HÖHN**, s. 21, 22; **MEIER**, s. 107; **KUTLAN**, s. 40; **ÖZEKE**, s. 20; **GARZTKE**, Ulrich, Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Rechte der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf, Hamburg 2003, s. 26; **KOCH/WEGMANN**, s. 123.

²⁹ **LAJOUX / ELSON**, s. 60; **KUTLAN**, s. 40; **ÖZEKE**, s. 20; **UEBELHART**, Peter / **JAGGI**, Michel, Steuerliche Due Diligence-Identifikation von steuerlichen Chancen und Risiken bei Transaktionen, ST 4/2006, s. 238; **HEIDINGER / ALBESEDER**, s. 60; **KRANEBITTER**, Gottwald, Due Diligence-Risikoanalyse im Zuge von Unternehmenstransaktionen, München 2002, s. 65; **BERENS / BRAUNER / STRAUCH**, s. 311; **KOCH / WEGMANN**, s. 119; **GODEFROID**, s. 94; **SCOTT**, s. 91; **KRÜGER**, Dirk / **KALBFLEISCH**, Eberhard, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen- Rechtliche und steuerliche Aspekte der Vorprüfung beim Unternehmenskauf, DStR 1999, s. 178; **BEISEL**, Daniel / **ANDREAS**, Friedhold E., Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, München 2007, § 25 vd.; **HÖHN**, s. 22, 23.

³⁰ **KRANEBITTER**, s. 81.

³¹ **BERENS / BRAUNER / STRAUCH**, s. 311.; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 231; **HÖHN**, s. 23.

³² **UEBELHART / JAGGI**, ST. 2006, 243; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 231; **ANGERSBACH**, s. 32.

planlaması, vergi risklerinin değerlendirilmesi, vergi ile ilgili mevcut olan fırsatların değerlendirilmesi gibi hususlar bakımından önem arz edecektir. Buna karşılık şirket hisse senetlerinin satın alınması durumunda (Share Deal) alıcı, asıl vergi süjesini, hedef şirketin vergi yükümlülüğünü ve risklerini de devralacağı için kapsamlı bir due diligence incelemesi alıcı açısından hayati önemi haiz olacaktır³³.

C. HUKUKİ DUE DILIGENCE³⁴

Hedef şirketin bütün hukuki işlemlerinin ve bu işlemlerin etkilerinin incelenmesidir. Hukuki due diligence'in amaçları arasında şirket faaliyetlerinin hukuksal açıdan kusurlu olup olmadığı, açık veya zımnî sorumluluk risklerinin olup olmadığına tespit edilmesi söz konusudur. Ayrıca hedef şirketin iç ve dış hukuksal yükümlülükleri incelenir³⁵. Diğer bir amaç ise birleşme veya devir işleminde alıcı konumunda olan tarafın esaslı nitelikte ve beyan edilmemiş yükümlülüklerle karşılaşmasını engellemektir³⁶. Hukuki due diligence veya diğer bir ifadeyle Legal due diligence, şirketler hukuku, iş hukuku, sözleşmeler hukuku, mameleki hukuk ve usul hukuku gibi çeşitli açılardan yapılacak bir incelemeyi bünyesinde barındırır. Hedef şirketin birçok davaları, ayrıca icra dosyaları bulunabilir. Hukuki due diligence'da mevcut davalardan hangilerinin kaybedilebileceği ve kaybedilen davalar sonucun-

³³ **ANGERSBACH**, s. 32; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 232. “Öte yandan, zararda olan bir şirketle kârlı durumda olan bir şirketin katılma yoluyla birleşmesi halinde, katılan şirketin tüzel kişiliği sona erecek ve zararları da, kârda olan katılan şirketin yeni bilançosuna ne derece etkili olacağı da önemlidir. Bu durum yakın zamanda Petrol Ofisi'nin özelleştirilmesi safhasında yaşanmış ve kamuoyunu oldukça meşgul etmişti. Bilindiği gibi, İş-Doğan Konsorsiyumu, Petrol Ofisi'nin satın alma finansmanını gerçekleştirmek için İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'yi 2000 yılında kurdu ve akaryakıt dağıtım sektöründe faaliyet gösteren kamu şirketi POAŞ'ın %51'ini Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB) ile imzalanan anlaşma ile 1.260 milyon ABD Dolarına satın aldı. Yatırım şirketi, bu finansmanı sağlamak için döviz cinsinden bankalardan kredi kullandı. Böylece İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin bilançosu kredi borcu ile büyüdü. 2002 yılında İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş. yine banka kredisi kullanarak, Petrol Ofisinin ÖİB'de kalan yüzde 25.83'lük hissesini de 240 milyon ABD Dolarına satın aldı. Böylece, İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin POAŞ'daki hissesi sermayenin %76.83'üne ulaştı. Aynı yıl İş-Doğan Petrol Yatırımları kredi borcu ile satın aldıkları POAŞ ile birleşme kararı aldı ve birleşme Aralık 2002'de tamamlandı. Birleşme öncesindeki son bilançolara göre kısa ve uzun vadeli toplam borcu sadece 567 milyon YTL olan Petrol Ofisi, birleşmeyle birlikte İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin borçlarını da (kendi satın almasında kullanılan krediler) yükledi. Birleşme ile Petrol Ofisinin toplam borcu o tarih itibarıyla 2.9 milyar YTL'ye çıktı. Bunun üzerine Gelir İdaresi Başkanlığı da bu birleşme operasyonu sürecindeki olası vergi kayıplarını inceledi. Nitekim POAŞ'ı kamudan devralan ve bu nedenle kredi borçlusunu olan İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin Petrol Ofisi A.Ş. ile birleştirilmesinde, satın almada kullanılan kredilerin kur farkının şirkete gider olarak yazıldığı ve bu durumun yarattığı vergi kaybının da 1.2 milyar YTL olduğu sonucuna varıldı.” Bkz. **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 232, 233.

³⁴ **HÖHN**, s. 68; **BEISEL / ANDREAS**, § 12 vd.; **KOCH / WEGMANN**, s. 112; **BERENS / BRUANER / STRAUCH**, s. 363; **HEIDINGER / ALBESEDER**, s. 27.

³⁵ **KUTLAN**, s. 40; **ÖZEKE**, s.18.

³⁶ **LAJOUX / ELSON**, s. 58; **ÖZEKE**, s.18.

da ortaya çıkabilecek zarar miktarı ortaya konacaktır. Hedef şirkete yönelik noter kanalıyla çekilmiş ihtarnameler, ya da şirketin hukuka aykırı uygulamaları nedeniyle açılacak muhtemel davalar da incelenmelidir. Bütün bunlarla birlikte hedef şirketin davacı olabileceği konular da unutulmamalıdır.

Hedef şirketin sahip olduğu marka/markaların, gerçekten şirkete ait olup olmadığı, usulüne uygun olarak gerekli tescillerin yapılıp yapılmadığı da hukuki due diligence kapsamında ele alınması gereken hususlardandır. Hedef şirketin, kredi veya finansal kiralama sözleşmeleri gibi şirketin finansmanı amacıyla yaptığı sözleşmelerin de hukuki due diligence kapsamında incelenmesi çok önemlidir. Bu sözleşmelerin özellikle hangi hallerde tek taraflı feshedilebileceği veya muacceliyet şartı gibi hükümleri dikkatle incelenmelidir. Örneğin, bazı sözleşmelerde, şirketin başka bir şirketle birleşmesi, şirket yönetiminin değişmesi, şirket hisselerinin belirli bir oranda devri, şirketin devredilmesi gibi durumlarda sözleşmenin tek taraflı feshedilebileceğine veya kredinin derhal geri ödenmesi gerektiğine dair hükümler bulunabilmektedir. Buna benzer hususlar hukuki due diligence kapsamında mutlaka ele alınmalıdır.

1) Sözleşmeler Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hedef şirketin müşterilerle, diğer şirketlerle ve çalıştırdığı personelleri ile arasındaki sözleşme ilişkilerinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi oldukça önemlidir. Kira sözleşmesi, bankalarla yapılan kredi sözleşmeleri gibi başlıca önemli sözleşmelerde mülkiyetin el değiştirmesi, sözleşmenin feshedilebilmesi veya sözleşmeden dönmeye ilişkin önem arz eden sözleşme hükümlerinin dikkatli bir şekilde incelenmesi zaruridir³⁷.

2) Malvarlığı Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hedef şirketin malvarlığında yer alan taşınır, taşınmaz veya fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan haklar ve lisanslar gibi konular da inceleme kapsamına alınmalıdır. Hedef şirketin taşınmaz mallarının eksiksiz bir şekilde tapu kayıtlarının mevcut olması aranmalıdır. Hedef şirkete ait taşınmaz mallar üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilip edilmediği incelenmelidir³⁸. Hedef şirketin fikri mülkiyet hakları kapsamında yer alan marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler gibi hususların da hukuki incelemeye tabi tutulmasında tarafların menfaati söz konusudur³⁹.

³⁷ MEIER, s. 112; PICOT, Gerhard / RUSSENSCHUCK, Viola, Legal Due Diligence, M&A Review 8-9/2002, s. 426.

³⁸ MEIER, s. 111; HÖHN, s. 107 vd.

³⁹ MEIER, s. 111; KUTLAN, s. 125.

3) İş Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hukuki due diligence incelemesi kapsamında İş Hukuku bakımından da, hedef şirketin çalışanları ile arasındaki iş sözleşmeleri, sözleşmenin feshi ihbar önelleri, rekabet yasağı, çalışanların verimlilikleri gibi konular incelenmektedir⁴⁰. Özellikle hedef şirket çalışanlarının kıdem tazminatları ve sosyal sigorta primleri bakımından yapılacak detaylı araştırmalar, devralacak tarafın sürpriz bir durumla karşılaşmasına engel olacaktır.

4) Usul Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hedef şirketin davacı veya davalı sıfatıyla taraf olduğu davalarda mevcut risklerin incelenmesi önem arz etmektedir. Mevcut davalarda dosyanın ilerleme sürecinin hedef şirketin lehine mi aleyhine ilerlediğinin tespit edilmesi sağlıklı bir hukuki due diligence için kaçınılmaz bir olgudur⁴¹.

D. ÇEVRESEL DUE DILIGENCE⁴²

Bu kapsamda hedef şirketin faaliyetleri ile çevresel faktörlerin incelenmesi ve bu bağlamda şirket faaliyetlerinin doğal çevreye etkileri, yasal uyumluluklar, ekolojik dengeye verilen zararlar gibi hususlar incelenmektedir. Çevresel due diligence incelemesinde temel amaç, hava, su, toprak ve çöp gibi unsurlarda çevresel risklerin tespit edilmesi ve üretim yapan tesislerin iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alanında gerekli incelemelerin yapılmasıdır⁴³.

E. İNSAN KAYNAKLARI BAKIMINDAN DUE DILIGENCE

İnsan kaynakları bakımından yapılan due diligence incelemesinde hedef şirketin sorumlu ve uzman personelleri ve şirket personelinin maliyeti gibi konular ele alınmaktadır. Esasen insan kaynakları bakımından en önemli mesele hedef şirketin kilit personeli ve bunların şirket performansına katkılarının belirlenmesidir⁴⁴. Hedef şirket personelinin bireysel kabiliyetleri, motivasyonları, yeni şirkete uyum sağlayabilme becerilerinin belirlenebilmesi oldukça önemli bir konudur. Zira şirket satın alma ve birleşmelerinde hedef şirketin personelinin ortaya çıkan yeni duruma alışmamaları esasen birleşmeden beklenilecek marjinal faydayı da azaltacaktır.

⁴⁰ BERENS / BRAUNER / STRAUCH, s. 376; MEIER, s. 113; KRÜGER / KALBFLEISCH, s. 177.

⁴¹ KOCH / WEGMANN, s. 118; MEIER, s. 113.

⁴² KOCH / WEGMANN, s. 81; HEIDINGER, Franz J / ALBESEDER, Werner, Due Diligence-Ein Handbuch für die Praxis, Wien 2001, s. 77; KRANEBITTER, s. 120; BERENS / BRAUNER / STRAUCH, s. 427; HÖHN, s. 24.

⁴³ SCOTT, s. 140; MEIER, s. 122.

⁴⁴ MEIER, s. 125.

F. TEKNİK DUE DILIGENCE

Teknik due diligence kapsamında hedef şirketin üretim kapasitesi, teknolojik alt yapısı ve ürünlerin serbest piyasa ekonomisindeki rekabet gücü gibi hususlar ele alınmaktadır⁴⁵. Teknik due diligence incelemesi bakımından üretim tesisi, üretim teknolojisi, yatırım planları ve bilgi-iletişim teknolojileri gibi konuları bünyesinde barındıran çalışmalar yapılmaktadır⁴⁶. Üretim teknolojisi bağlamında, hedef şirketin işletme materyalleri, iş güvenliği, personelin eğitim durumu, lojistik ve kalite yönetimi gibi konularda derinlemesine analizler yapılması gerekmektedir⁴⁷.

G. SATIŞ ÖNCESİ (PRE-SIGNING), SATIŞ SONRASI/KAPANIŞ ÖNCESİ (POST SIGNING/PRE CLOSING) ve KAPANIŞ SONRASI (POST CLOSING) DUE DILIGENCE

Due diligence incelemesinin yapılma zamanına göre satış öncesi, satış sonrası/kapanış öncesi ve kapanış sonrası şeklinde due diligence türlerinden bahsedilmektedir⁴⁸. Satış öncesi due diligence genellikle şirket satım sözleşmesi imzalanmadan önceki safhada gerçekleşir⁴⁹. Bu kapsamda genellikle taraflar niyet mektuplarını birbirlerine sunarlar. Satım öncesi due diligence incelemesinde alıcının satım sözleşmesinin gerçekleşmesiyle amacına ulaşip ulaşamayacağı, satım bedelinin isabetli bir şekilde tespit edilebilmesi gibi hedefler söz konusudur. Doktrinde bir görüşe göre⁵⁰, satım öncesi due diligence incelemesinde, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 214/2 (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 189/2) ve satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 219 (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 197) hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Satış sonrası/kapanış öncesi due diligence incelemesi ise zaman itibarıyla satış sözleşmesinin imzalanmasından sonra ancak sözleşmenin fiilen uygulanmasından önce yapılır⁵¹. Satıcı için post signing due diligence esasen devre konu şirket hak-

⁴⁵ MEIER, s. 126; KRANEBITTER, s. 135; KOCH / WEGMANN, s. 75.

⁴⁶ KRANEBITTER, s. 139.

⁴⁷ MEIER, s. 126; KRANEBITTER, s. 138.

⁴⁸ HÖHN, s. 29-32; GODEFROID, 46.

⁴⁹ HÖHN, s. 29-32; GODEFROID, 46.

⁵⁰ PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 223. "Taraflar sözleşme yapmamışlarsa, bu takdirde alıcı due diligence incelemesinde ortaya çıkan ayıpları daha sonra tekeffüle ilişkin taleplerden çıkaramaz; hatta satıcı bu ayıpların var olmadığını temin (garanti) etmiş olsa bile durum değişmez. Aynı şekilde, gerçekte alıcı tarafından bilinmeyen ancak teşhis edilebilecek nitelikteki maddi ayıplara ilişkin garanti sorumluluğu da söz konusu olmaz; burada alıcı satıcının teminatına güvenebilir." Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 223.

⁵¹ HÖHN, s. 31.

kinda güvenli bilgilerin alıcı tarafa sunulmasını sağlayan bir araçtır⁵². Post signing due diligence kural olarak satım menfaati ile ilgili değildir bilakis tarafların satım sözleşmesiyle hukuken bağlanmalarını sağlayan bir durumdur. Satım bedelinin belirlenmesi ve sözleşme şartlarının formüle edilmesi her zaman kolay bir şekilde tespit edilemeyebilir. Bu nedenle post signing due diligence incelemesinde hedef şirketin satım bedelinin tespiti ve hukuki tasfiyesi adına çalışmalar yapılır. Doktrinde⁵³ sözleşme sonrası (post signing) due diligence incelemesinde alıcının sadece yanlış (hata) nedeniyle sözleşmeyi iptal edebileceği veya sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak derecede önemli hukuki ve maddi ayıplarda sözleşmeden dönebileceği ifade edilmektedir.

Kapanış⁵⁴ sonrası (Post Closing) due diligence ise zaman bakımından sözleşmenin imzalanması ve icra edilmesinden sonra yapılan incelemedir⁵⁵. Post closing

⁵² HÖHN, s. 31. "Post Signing Due Diligence" için "Pre acquisition Due Diligence" ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. KUTLAN, s. 37, 38. "Esas Due Diligence süreci, Pre acquisition Due Diligence sürecidir ve anlaşmadan sonra pek çok kez ya post completion ya da post acquisition Due Diligence uygulanır. Tarafların olası bir transaksyona olumlu bakmaları halinde potansiyel alıcı potansiyel satıcıdan bir soru kataloğu yollayarak ön verileri talep eder. Bundan sonra bu iki tarafta Due Diligence proje ekipleri oluşturulur. Her iki taraf sorumluları saptar. Bu aşamadan sonra veri odaları kurulur. Veri odaları (data room) ya potansiyel alıcının mekanında ya da dışarıda, örneğin müşavir şirket ya da yatırımcı da bulunur. Bu karar alıcının ya da satıcının transaksyonun gizlilik derecesine göre belirlenir. Uluslararası transaksyonlarda özellikle hukuki due diligence için ana ülkede bir lider danışman (leader counsel), yerel ülkede bir yerel danışman (local counsel) saptanır. Veri odasında bu bilgilerin fotokopisinin çekilmemesi, dışarıya çıkartılmaması esastır. Uluslararası sözleşmelerde gerek hukuki konularda gerek vergisel ve finans konularda ana ülke ile yerel ülkenin mevzuatının karşılaştırılması ve verilerin uyumlu hale getirilmesi için uluslararası bilgiyi haiz yerel danışmanların koordine edilmesi gereklidir." Bkz. KUTLAN, s. 38.

⁵³ "...Öte yandan alıcı, akdedilen satım sözleşmesi nedeniyle ilke olarak Due Diligence anlaşması imzalanmasından sonra (postsigning Due Diligence) dikkat edilmeden de fark edilebilen ayıpları, satımın şartlarını değiştirmeksizin tam olarak icra etmekle yükümlüdür; bu nedenle, o amaca uygun olarak geciktirici şarta bağlı tatmin edici bir Due Diligence'da saklı tutabilir. Sadece hata sebebiyle sözleşmenin iptalinde veya sözleşmeden dönmenin haklı olduğu çok ağır, önemli hukuki ve maddi ayıplarda alıcı sözleşmeden dönebilir." Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 233, 234.

⁵⁴ "Hisse Alım Satım Sözleşmesinin içeriğinde tam bir mutabakat sağlanması halinde sözleşmenin tarafları sözleşmeyi imzalarlar. Ancak bu sözleşmenin imzalanması taraflara sadece sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi borcunu doğuran bir işlemdir. Sözleşmedeki ana yükümlülük devreden bakımından hisselerin devri, devralan bakımından ise kararlaştırılan bedelin ödenmesidir. Hisse Alım Satım Sözleşmesinin imzalanması ile devre konu hedef şirketin sahip olduğu hisseler veya malvarlığı hemen el değiştirmektedir. Sözleşmenin yürürlük kazanması veya ifa edilebilmesi genellikle taraflarca sözleşmenin imzalanması ile borcun ifası arasında bir süre öngörülmektedir. Söz konusu süre zarfında taraflar sözleşmede üstlenilen borçların yerine getirilmesini sözleşmede hüküm altına alınan veya kanundan kaynaklanan şartların gerçekleştirilmesi için üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmektedirler. Bu ön şartların yerine gelmesinin ardından ise taraflar sözleşmede üstlendikleri asıl borçlarını yerine getirmekle yükümlü olmaktadır. Uygulamada buna "Kapanış Günü" adı verilmektedir. Kapanış Günü tarafların sözleşme ile yerine getirmeyi üstlendikleri borçları ifa etme günü, işletmenin devredilmesine yönelik olan tasarruf işleminin tamamlanmasıdır. Bir başka anlatımla; Hisse Alım Satım Sözleşmesinin konusu olan işletmenin devrini sağlayacak hisselerin el değiştirmesi söz konusu olacaktır." Bkz. ÖZEKE, s. 29, 30.

⁵⁵ HÖHN, s. 32.

due diligence alıcıya devir konusu şirket kontrol etme imkânı sunmaktadır. Eğer şirket satım sözleşmesinde satıcı kendisinin sorumluluğuna sebep olacak bazı bilgileri gizlemişse post closing due diligence safhasında alıcının bunları tespit edebilme imkânı söz konusu olacaktır. Post closing due diligence esasen alıcıya hedef şirket üzerinde denetim fırsatı sunmaktadır. Alıcının yapmış olduğu denetim sonuçları ile sözleşme koşulları arasında uyumsuzluklar ortaya çıkarsa bu konularda tarafların tek-rar müzakereler yapmaları gerekecektir⁵⁶.

H. SATICI DUE DILIGENCE'İ VE ALICI DUE DILIGENCE'İ

Alıcı due diligence'ı türünde, satıcı, alıcıya incelenmesi gereken bütün belgeleri veri odasında (data room) incelemek üzere teslim etmektedir. Tarafların bu incelemeden amacı, inceleme konusu belge ve bilgilerin hukuki açıdan anlam ve önemini tespit etmektir. Aksi halde müşterinin bildiği ayıplara ilişkin TBK. m. 222 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır⁵⁷.

Satıcı due diligence'ında ise alıcılara sunulacak bilgilerin ortaya konulmasında inisiyatif tamamen satıcının elindedir. Satıcı, hedef şirketle ilgili gerekli incelemeleri kendisinin belirlemiş olduğu danışmanlar vasıtasıyla yaptırmakta ve bu incelemeleri muhtemel alıcılara sunmaktadır. Ancak, satıcı vermiş olduğu bilgilerin eksiksiz ve doğru olduğunu da garanti etmektedir.

VIII. ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARINDA SATIM SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Şirket birleşme ve devralmalarında, devreden ve devralan taraf hisse alım satım sözleşmesi imzalarlar. Bu sözleşme, hedef olarak belirlenen şirket veya işletmenin devrine ilişkin bir sözleşmedir ve hisse veya malvarlığı devri yoluyla bir işletme satın alınır. Devralma işleminin temelinde konusu malvarlığı veya hisse senedi olan bir satım sözleşmesi olduğu için, birleşme veya devralmalarda satıcının ayıba karşı kefedül sorumluluğu söz konusu olacaktır. Doktrinde birleşme sözleşmesinden, ortaklıklar hukuku sözleşmesi, yani Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş ve ortaklıklar hukukunda sonuç doğuran sözleşme kastedildiği ileri sürülmektedir⁵⁸. Bu görüşe göre, 6102

⁵⁶ KUTLAN, s. 37.

⁵⁷ PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 221.

⁵⁸ TEKİNALP, s. 707. "Birleşme sözleşmesi hukuken, her iki tarafa borç doğuran, birleşmenin tüm temel ilkelerini içeren, borçlar hukuku anlamında *borçlanma sözleşmesi* olarak nitelendirilebilecek ve taraflara birleşmenin hüküm ifade edebilmesi için gereken tüm işlemleri yapma borcu yükleyen, atipik nitelikte bir ortaklık sözleşmesidir. Sözleşme, her ne kadar yönetim organları tarafından imzalanmış olsa da hukuken ortaklıklar açısından sonuç doğurabilmesi ve birleşme işleminin gerçekleşebilmesi için genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu sebeple doktrinde birleşme sözleşmesinin geciktirici şarta bağlı bir sözleşme olduğu belirtilerek, genel kurul onayı olmaksızın sözleşmenin askıda

sayılı Türk Ticaret Kanunu, bu yönüyle eski Ticaret Kanunundan farklıdır. Zira eski Ticaret Kanunu'nda birleşme sözleşmesi terimi kullanılmış olmakla beraber, düzenlenmemiştir ve bu nedenle de birleşme sözleşmesi borçlar hukuku kapsamında kalmıştır. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre birleşme sözleşmesi bir ortaklıklar hukuku sözleşmesi olup, genel kurulun onayı sözleşmeye ortaksal nitelik kazandırır. Yine aynı görüşe göre, birleşme sözleşmesi iki veya çok taraflı olabilir, borç ve yükümlülükler içeren aynı niteliği haiz bir yapısal değişiklik yani organizasyon sözleşmesidir⁵⁹. Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar, devralma sözleşmesine, satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasını engellemeyecektir. Satım sözleşmesinin dışında irade fesadı halleri ve sözleşme müzakereleri hakkında genel hükümlerin uygulanmasını da engellemeyecektir⁶⁰.

IX. DUE DILIGENCE SAFHASINDA İRADE SAKATLIĞI SEBEPLERİNE DAYANARAK SÖZLEŞMEYLE BAĞLI OLMAMA

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda irade bozuklukları hali olarak yanıltma, aldatma ve korkutma halleri sayılmıştır. Sözleşmenin taraflarından birisi kanunda ifade edilen irade bozukluğu hallerinden birisine dayanarak sözleşmeyle bağlı olmadığını

hükümsüz olduğu görüşü ileri sürülmüştür." Bu konuda bkz. ÖZATLAN, Yurdal, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 18. Tez için bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>. E.T. 14. 12. 2015.

- ⁵⁹ TEKİNALP, s. 707. "Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda Ticaret Kanununda hüküm yoktur. Sözleşmenin niteliği, birleşmenin gerçekleşmesinden sonra bağlayıcılığının devam edip etmediği, irade bozukluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulanabilirliği, değiştirilip değiştirilemeyeceği ve ek sözleşme yapılıp yapılamayacağı konularında hüküm öngörmenin doğru olmadığı düşüncesiyle bunlar ve diğer sorunlar uygulama ile öğretiyeye bırakılmıştır. Gerekçede bunun sebebi olarak, söz konusu sorunların kanunla çözümünün hukuki gelişmeyi durduracağı, çözümleri gelişmelerin gerisinde bırakabileceği belirtilmiştir." Bkz. KARAHAN, s. 181.
- ⁶⁰ Bu konuda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 145. madde gerekçesinde bu görüşü destekleyen bir şekilde şu ifadeler kullanılmıştır: "Sözleşmenin, niteliği, birleşmenin gerçekleşmesinden sonra bağlayıcılığının devam edip etmediği, irade bozukluklarına ilişkin genel hükümlerin uygulanabilirliği, değiştirilip değiştirilemeyeceği ve ek sözleşme yapılıp yapılamayacağı konularında hüküm öngörmenin doğru olmadığı düşüncesiyle, bunlar ve diğer sorunlar uygulama ile öğretiyeye bırakılmıştır. Söz konusu sorunların kanunla çözümünü hukuki gelişmeyi durdurur, çözümleri gelişmelerin gerisinde bırakabilirdi. Kanun, birleşmenin önemine uygun düşen, yetki paylaşımını gözetken sözleşmeyi yapma ve onay kurları getirerek, sorunların çözümünde yön verici ve yol gösterici olmayı tercih etmiştir." Bkz. BAŞÖZ, Lütfü / ÇAKMAKÇI, Ramazan, Gerekçeli, Karşılaştırma Tablolu, Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2011, s. 175. "Birleşme sözleşmesi, borçlar hukukunun genel hükümlerine tâbi olup, irade sakatlıkları nedeniyle iptali veya geçersizliği talep edilebilir. Ayrıca birleşme sözleşmesinin genel kurullarca onaylanmadan önceki safhada, birleşmenin hazırlıklarının yürütülmesine ilişkin hükümler ile ortak giderler hakkındaki yan hükümlerin bağlayıcı olduğu gibi, culpa in contrahendo sorumluluğu da geçerlidir." Bkz. PULAŞLI, s. 148.

ifade edebilir. Sözleşmeyle bağlı olmamaktan kastedilen husus, irade bozukluğu haline istinaden sözleşmenin iptal⁶¹ edilmesidir.

A. ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMA SÖZLEŞMELERİNDE YANILMA VE ALDATMA HALLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Şirket birleşme ve devralmalarında yanılma, aldatma, korkutma hallerinden genellikle yanılma ve aldatma ile karşılaşılmaktadır. TBK. m. 30 hükmü, “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı olmaz.” şeklindedir. Buna göre, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptali için sözleşmenin taraflarından birisinin esaslı bir yanılma hali içerisinde olması zorunludur⁶². Eğer yanılma, esaslı nitelikte bir yanılma değilse kural olarak sözleşmenin iptali için bir gerekçe oluşturmaz. TBK. m. 31 hükmünde esaslı yanılma halleri sayılmıştır. Buradaki sayma örnek kabilindedir, sınırlı sayma tarzında değildir. Zira TBK. m. 31 hükmünde geçen “Özellikle” ifadesi örnek kabilinden sayma olduğunu göstermektedir.

Aldatma, bir kimsenin hukuki işlem yapmasını, özellikle de sözleşme yapmasını sağlamak için onda kasten yanılmış bir kanaat uyandırma veya mevcut olan yanlış

⁶¹ İptal, sözleşme kurulurken irade bozukluğu hali nedeniyle sakat bir hukuki işlemi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye yetkisi veren varması gerekli yenilik doğuran bir haktır. İrade fesadıyla sakat bir sözleşmenin iptal edildiği ana kadar hukuki sonuç doğurup doğurmadığı doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, irade fesadıyla sakat bir sözleşme, iradesi sakatlanan açısından geçersiz diğer taraf açısından geçerlidir. İsviçre Hukukunda geçersizliğin sadece bir taraf için sonuç doğurmasını ifade etmek üzere “bölünmüş geçersizlikten” söz edilmektedir. İkinci görüşe göre, irade fesadıyla sakat bir sözleşme, tıpkı butlan halinde olduğu gibi, baştan itibaren her iki taraf için de geçersizdir ancak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürme hakkı sadece iradesi fesada uğrayan tarafa tanınmıştır. İradesi fesada uğrayan taraf, bu hususu TBK. m. 39’da öngörülen bir yıllık süre içinde ileri sürmez ise sözleşme her iki taraf için de geçerli hale gelir. Bu konuda ileri sürülen “iptal teorisi” olarak da isimlendirilen üçüncü görüşe göre, sözleşme irade fesadı hali ile malul olsa bile başlangıçta geçerlidir ve tarafların her ikisi için de haklar ve borçlar doğurur. İradesi fesada uğrayan taraf iptal hakkını kullanırsa sözleşme taraflardan her ikisi için de geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelir. İrade fesadı halinde sözleşmenin iptali ile ilgili olarak söz konusu tartışmalar hakkında daha geniş bilgi için bkz. **BUZ**, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 86, 87; **GAUCH**, Peter / **SCHLUEP**, Walter R. / **SCHMID**, Jörg / **EMMENEGGER**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, s. 188 vd.; **SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 44 vd.; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 409 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2010, s. 428 vd.; **BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 22.

⁶² **GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER**, s. 161 vd.; **PALANDT**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., München 2008, s. 88, 89; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 393 vd.; **OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 94; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, C. I, s. 218; **EREN**, s. 378; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012, s. 171; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2015, 94; **HATEMİ / GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 90; **TEKİNAY**, S. Selahattin / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 427.

kanaati koruma veya sürdürme fiili şeklinde tanımlanmaktadır⁶³. Aldatma, sözleşmenin karşı tarafınca yapılmış ise taraf hilesinden, üçüncü bir kişi tarafından yapılmışsa üçüncü kişinin hilesinden bahsedilir. Üçüncü kişinin aldatması kural olarak sözleşmeyi etkilemez. Ancak, üçüncü kişinin aldatmasını karşı taraf sözleşmenin yapıldığı anda biliyor veya bilmesi gerekiyorsa aldatılan taraf sözleşmeyi iptal edebilir. Aksi takdirde üçüncü kişinin hilesinden haberdar olmayan sözleşmenin diğer tarafının hilesi söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda satıcı due diligence türünde satıcının yanlış bilgi vermesi veya bilgi vermesi gereken konularda susması gibi nedenlerle alıcının aldatılması söz konusu olabilir. Örneğin hedef şirket hakkında açılmış bir dava olmadığını ifade etmesine rağmen müddeabih değeri oldukça yüksek bir davanın söz konusu olması ve davanın kaybedilme riskinin de oldukça yüksek olması hallerinde satıcının hilesinden bahsedilebilecektir. Bu durumda da şirketi devralan alıcı, aldatma hükümlerine istinaden sözleşmeyi iptal ettirebilecektir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 203. maddesi senetle ispat zorunluluğunun istisnaları arasında "hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddialarını" da saymıştır. Buna göre davacı yazılı delille ispat zorunluluğu ile karşı karşıya kalmayacaktır. Bu durum da davacıya ispat bakımından kolaylık sağlayacaktır⁶⁴. Şirket birleşme veya devralma

⁶³ Aldatma kavramıyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMME-NEGGER, s. 181 vd.; PALANDT, s. 94, 95; ANTALYA, s. 236; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 94; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 444; OĞUZMAN / ÖZ, s. 94; KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU, s. 452; EREN, s. 397; AYAN, s. 179; AKINCI, s. 101.

⁶⁴ Davacının tacir olması ve devre konu işlemin meblağının çok yüksek olması gibi sebeplerle irade bozukluğu halleri nedeniyle devir sözleşmesinin iptali için açılan davada davacının yazılı delille ispat zorunda olmaması eleştirilere konu olabilir. Ancak HMK. m. 203 emredici niteliktedir ve yoruma açık olmayacak şekilde de net ve anlaşılabilir bir hükmüdür. Ticari satımlarda ayıp ihbarı bakımından da benzer bir tartışma söz konusudur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi istikrarlı bir şekilde TTK. m. 18/3 hükmündeki şekil şartına uyulmaksızın yapılan ayıp ihbarının geçerli olmayacağı şeklinde kararlar vermektedir. Ancak TTK. m. 18/3 hükmüne göre sadece diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe ve sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılmalıdır. TTK. m. 18/3 hükmünde ayıp ihbarı için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda da satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen hükümler arasında ayıp ihbarı için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak bütün bunlara rağmen Yargıtay 11. HD. istikrarlı bir şekilde tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranmakla yükümlü olması ve ticari satımlarda meblağın genellikle yüksek olması gibi gerekçelerle ticari satımlarda ayıp ihbarının TTK. m. 18/3 hükmündeki şekil şartlarından birisi ile yapılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bu kararlardan yola çıkılarak şirket birleşme ve devralmalarında irade fesadı hallerinde de yazılı delille ispat zorunluluğu aranmalı mıdır şeklinde sorular akla gelirse de HMK. m. 203 hükmü karşısında bu soruya olumlu cevap verilmesi mümkün değildir. Yargıtay 11. HD.'nin 28.06.2013 T., 2011/12729 E., 2013/13685 K. sayılı kararında "Dava, makine kırılması sigorta poliçesine dayalı rücu tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davaya konu makinedeki ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğu, tanık beyanlarına göre ayıp ihbarının süresinde yapıldığı, bilirkişi kurulunun dava açılması için 6 aylık ihbar süresinin geçtiğine dair görüşünün yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Taraflar tacir olduğundan somut olay bakımından uyuşmazlıkta T.T.K.nin 25/3. maddesinde öngörülen hükümler ile bu maddedeki atf uyarınca B.K.'nin 198. maddesinin 2. ve 3. fıkrasındaki

sözleşmesinin taraflarından birisi yanılma veya aldatma nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek isterse yanılma ve aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmek zorundadır. İptal hakkının kullanılması için dava açmak zorunluluğu söz konusu değildir. Geçerliliği açısından herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamış olan iptal beyanı karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sözleşme ilişkisini ortadan kaldırır.

İrade fesadı hallerinden birisi ile sözleşmenin iptal edilmesi halinde taraflar edimlerini yerine getirmek zorunda değildirler. Ancak daha önce yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi için taraflar talepte bulunabilirler. Bu konuda açılacak dava, verilen şey sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ise, aslında kaybedilmemiş olan mülkiyet hakkına dayalı aynî bir dava niteliğini taşıyacaktır.

Türk hukuk sisteminde taşınmaz mülkiyetinin nakli sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden bu tür devirlerde istihkak davası açılmalıdır⁶⁵. Davacı TMK. m. 683/II uyarınca açacağı istihkak davası ile diğer tarafa teslim ettiği taşınmazın zilyetliğini geri alacak ve TMK. m. 1025 hükmüne göre açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davası ile de tapu kütüğünde yolsuz olarak karşı taraf lehine gerçekleştirilen tescilin silinmesini ve malik olarak kütüğe kendi adının yazılmasını sağlayabilecektir⁶⁶. Mülkiyet hakkının kaybedilmesi nedeniyle istihkak davasının açılmayacağı hallerde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabilecektir⁶⁷. Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde edim filinin değil de edim sonucunun borçlanılmış olması esasen

düzenlemelerin nazara alınması gerekir. Davalı vekili, makinenin 10.10.2006 tarihinde davacının sigortalısının işyerine sağlam teslim edildiğini, yasal süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığını, ayıp ihbarının sözlü olarak yapıldığının tanıkla ispatının mümkün olmadığını, hükme esas alınan Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/60 D.İş sayılı dosyası raporunun ise makinenin tamirinden önce ve tamirinden sonra basılan poşetler üzerinde yapılan incelemeyle dayalı olduğunu, makinenin tamirinden önce basıldığı iddia edilen poşetlerin gerçekten tamirden önce basılan poşetler olduğuna dair dosya kapsamında delil bulunmadığını, bu sebeple makinedeki hasarın imalat hatası olduğuna dair tespitin kabul edilemeyeceğini bildirmiştir. Bu itibarla taraflar tacir olduğundan ayıp ihbarının T.T.K.nın 20/3. maddesinde hükme bağlanan usullerle ve T.T.K.nın 25/3. maddesinde öngörülen süreler içinde ve gizli ayıp olması halinde B.K.nın 198. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki belirtildiği üzere derhal yapılması gerektiğinin gözetilmesi gerekir. Mahkemece, anılan hususlar gözden kaçırılarak, davalı vekilinin itirazları üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Karar için bkz. www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 28.12.2015.

⁶⁵ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 436, 437; EREN, s. 414. Taşınmaz mülkiyetinin intikalinin sebebe bağlı olduğu konusunda daha geniş bilgi için bkz. AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 95 vd.; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 131; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. I, Konya 2014, s.206; SİRMEN, Lale A., Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 136; WILHELM, Jan, Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 2002, s. 287 vd.; SCHELLHAMMER, Kurt, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Wohnungseigentums und Grunbuchrecht, 2. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg 2005, s. 131 vd.

⁶⁶ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 437; OĞUZMAN / SELİÇİ, s. 211; AYAN, Eşya Hukuku, s. 435 vd.; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 346; SİRMEN, s. 249-256.

⁶⁷ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 437; ANTALYA, s. 257; EREN, s. 414; OĞUZMAN / ÖZ, s. 122; SEROZAN, Dönme, s. 146.

taraflar arasında ani edimli bir ilişki olduğunu gösterir. Bu nedenle iptal hakkının kullanılmasi ile ilgili olarak sürekli edimli ilişkilerde iptal hakkının kullanılması halinde ifa edilen edimlerin iadesi bakımından ortaya çıkan tartışmalar⁶⁸ şirket birleşme ve devralmalarında söz konusu olmayacaktır. Ancak şirket birleşme ve devralmaları sözleşmelerinde de işin niteliği nedeniyle iptal hakkının kullanılmasından sonra ifa edilen edimlerin iadesi çok kolay olmayacaktır. Devir veya birleşme konusu şirketin iadesi, normal bir taşınır veya taşınmaz malın iadesi gibi basit olmayacaktır. Taraflar, şirket birleşme ve devralma sürecinde gösterdikleri çabanın belki daha fazlasını iptal hakkının kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tasfiye durumunda da göstermek zorunda kalacaklardır. Bu nedenlerle tıpkı sürekli borç ilişkilerinde iptal hakkının kullanılması halinde iptalin olağanüstü fesih hakkına dönüşerek sadece ileriye doğru sonuçlar doğuracağı kabulünden hareket edilerek şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde de iptal hakkının ileriye doğru sonuçlar doğuracağı ifade edilebilir. Böylece geriye dönük tasfiye ilişkisi söz konusu olmayacak, iptal hakkının kullanılması, iptal tarihinden itibaren ileriye dönük olarak etkilerini doğuracaktır. Bu noktada şirket birleşme ve devir sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi olmadığı yönünde itirazlar olabilir. Ancak şirket birleşme veya devralma sözleşmesinin niteliği göz önünde tutulursa ifa edilen edimlerin iadesinin çok kolay olmayacağı noktasından hareketle böyle bir çözüm önerisinde birleşme veya devralma sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmaması bir an için göz ardı edilebilir. Bu bağlamda TBK. m. 34/II hükmü uyarınca hata halinde sözleşmenin diğer tarafının aldanan tarafın kasdettiği anlamda sözleşmeye devam edeceğini bildirmesi halinde aldananın sözleşmeyle bağlı olması ve yanılma halinde de yanılan tarafın TBK. m. 39/II uyarınca yanılmaya rağmen sözleşmeyle bağlı kalarak sadece diğer taraftan tazminat istemesi gibi imkanlar mevcuttur.

B. YANILMA VE ALDATMA HALİNDE SÖZLEŞMENİN İPTALI DİŞİNDA ALTERNATİF ÇÖZÜMLER

1) Yanılma Halinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Bir Şekilde Öne Sürülememesi (TBK. m. 34/II).

TBK. m. 34/II, esasen TMK. m. 2'de kaleme alınan "Dürüstlük Kuralı"nın özel bir hali olarak kabul edilebilir⁶⁹. TBK. m. 34/II, "Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin

⁶⁸ "Sürekli edimleri içeren borç sözleşmelerinde iptalin geçmişe etkili sonuçlar doğurması, taraflar için zor ve pratik olmayan durumlar yaratabilir. Özellikle taraflar edimlerini ifa etmişlerse, bunların iade ve tasfiye işlemleri bazen imkânsız, bazen de dürüstlük kuralına aykırı olabilir. Örneğin bir yıl uygulanmış kira veya hizmet sözleşmesinde durum böyledir. TBK. m. 34/I, TMK. m. 2 gereğince veya fiili sözleşme ilişkisi teorisi uyarınca bu gibi hallerde, iptalin geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını kabul etmek, menfaatler durumuna ve şartlara uygun düşer." Bkz. EREN, s. 415. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde iptalin olağanüstü bir fesih hakkına dönüşerek sadece "ex nunc" (ileriye doğru) sonuç doğuracağı da kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle iptal tarihine kadar geçen süre için sözleşmenin hükümsüz sayılmayacağı kabul edilmiştir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 442, 443.

⁶⁹ GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, s. 179.

yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Sözleşmede yanılmayan karşı taraf, iptal beyanının kendisine ulaşmasından sonra, derhal sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine göre yerine getirmeye hazır olduğunu beyan ederse, yanılanın iptal bildirimini herhangi bir hüküm ifade etmez⁷⁰. Şirket birleşme veya devralma sözleşmelerinde de yanılan tarafın iptal beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte eğer karşı taraf sözleşmeye yanılan tarafın kasdettiği anlamda devam edeceğini derhal bildirirse yanılma nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün olmayacaktır.

2) Aldatılan Tarafın Sözleşmeyi İptal Etmekten Vazgeçerek Tazminat Talep Etmesi

Aldatılan taraf, sözleşmeye açıkça veya zımnî bir şekilde icazet verirse veya aldatılma fiilinin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmezse taraflar arasındaki sözleşme geçerlilik kazanacaktır. Sözleşmenin bu şekilde geçerlilik kazanmasından sonra aldatılan tarafın diğer taraftan tazminat isteyebilip isteyemeyeceği hususu da ayrı bir tartışma konusudur. Bu tartışma, çalışma konusu bakımından da birleşme veya devralma sözleşmesinin aldatma nedeniyle iptali gündeme geldiğinde iptal hakkını kullanabilecek tarafın sözleşmeyi geçerli kılması halinde diğer taraftan tazminat isteyip isteyemeyeceği hususunda özellik arz etmektedir. Normal şartlar altında iptalden vazgeçerek sözleşmenin geçerli hale gelmesine kendi tutum ve davranışlarıyla sebep olan aldatılan, bizzat kendisinin gerçekleşmesine neden olduğu bir zararın tazminini isteyememesi gerekir⁷¹. Ancak TBK. m. 39/II hükmüne göre, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz⁷². Aldatılan tarafın, TBK. m. 39/II hükmü uyarınca tazminat is-

⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 443, 444. “Örneğin, A, yanlışlıkla 10.000 yerine 1000 diye yazdığını ileri sürerek sözleşmeyi iptal ettiği vakit, diğer taraf, 10.000 üzerinden borcunu ifaya hazır olduğunu hemen bildirirse, durum böyledir. Bu ihtimalde BK. m. 25/II'nin karşı tarafa yenilik doğuran bir hak bahşettiğini kabul etmek yerinde olur.” Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 444.

⁷¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 470.

⁷² “Hâkim görüşüne göre, bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır. İlke olarak, sözleşmeye (açıkça veya örtülü biçimde, özellikle bir yıllık iptal süresini susarak geçirmek suretiyle) icazet veren aldatılanın tazminat talebi düşer. İstisna olarak, aldatılan, sözleşmeyi iptal etmesi halinde kendisi aleyhine doğabilecek çok daha sakıncalı sonuçları önlemek için, bu yolu üstün tutmak zorunda kalmışsa, tazminat talebi saklıdır. Görülüyor ki, bu durumda, aldatılanın tazminat talep isteyebilmesi için mevcut hal ve şartlar altında sözleşmeyi iptal etmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır. A, her iki evin de aşağı yukarı aynı değerde olduğu hususunda B'yi kandırması ve bunun sonucu olarak, B, İzmir'deki evi ile A'nın İstanbul'daki evinin trampa edilmesine (BK. m. 232) razı olmuştur. İstanbul'a yerleşen B, daha sonra aldatıldığını öğrenirse, tekrar İzmir'e gidip yerleşmenin gerek iş hayatı, gerekse özel hayatı açısından doğurabileceği sakıncaları göz önüne alarak, sözleşmeye icazet verip, BK. m. 31/II gereğince tazminat istemekle yetenebilir.” Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 470, 471.

teyebilmesi için mevcut hal ve şartlara göre sözleşmeyi iptal etmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır⁷³.

Tüm bu nedenlerle, şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde de aldatılan taraf, eğer sözleşmeyi iptal etmesi haklı olarak kendisinden beklenilemeyecekse, sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edebilir. Buna mukabil, aldatılan taraf, TBK. m. 39/II uyarınca aldatan taraftan tazminat isteyebilecektir. Örneğin⁷⁴, devir konusu şirketin değerlendirme işlemi gerçekleşirken olması gerekenden fazla değerlendirme yapılmış ise, devralan bu durumu devir işleminden bir süre sonra öğrenmiş olsa da, devir işlemi iptal ettirmeksizin devir bedelinden bir kısmının kendisine iade edilmesini talep edebilir.

X. DUE DILIGENCE VE CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMELER

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada, taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluktur⁷⁵. Sözleşme kurulmadan önce, taraflar sözleşmenin içeriği, şartları, kapsadığı hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle kısa veya uzun görüşmeler yaparlar. Görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında hukuki bir ilişki

⁷³ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 471.

⁷⁴ “Federal Mahkemenin BGE 107 II 419 sayılı kararına konu olan olayda, esas sermayesi 300.000 İsviçre Frangı (CHF) olan bir anonim şirketin payları 300 nama yazılı paya bölünmüştür. Paylar için hisse senedi çıkartılmamıştır. Ortaklardan F. Neuman 20.12.1977 tarihinde akdedilen bir pay satış sözleşmesi (temlikname) ile kendisine ait olan tüm payları W. Grunner'e 250.000 CHF satın devreder. Taraflar, sözleşmenin II. başlığı altında, ‘satış fiyatının, tam olarak envanter zamanındaki değere ve stokların öz varlık düzeyine uygun olarak ortaya çıkmış’ olduğunu kabul ettiklerini beyan etmişlerdir. Satıştan bir yıl sonra alıcı Grunner, stoklarda satılamayan bir çok malın bulunduğunu ve devir bilançosunun da aşırı şekilde fazla bir değerlendirme yapılmış olduğunu ve bunları da satıştan sonra öğrendiği nedeniyle satış fiyatından indirim talebinde bulunur. Sonuçta Federal Mahkeme, sadece pay satış sözleşmesinin iptalini değil, aksine kısmi butlan nedeniyle sadece satış fiyatında fiili bir indirimin yapılabileceğine karar verir.” Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 227.

⁷⁵ Çeşitli tanımlar ve daha geniş bilgi için bkz. GONZENBACH, Rainer, Culpa in Contrahendo im Schweizerischen Vertragrecht, Bern 1987, s. 7; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, s. 204; WOLF, Manfred / NEUER, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, s. 413 vd.; PALANDT, s. 466 vd.; EREN, s. 1083; WELSER, Rudolf, Bürgerliches Recht, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besondere Teil, Erbrecht, Band II, 13. Aufl., Wien 2007, s. 16; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 976; SEROZAN, Rona, “Culpa in Contrahendo ve Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD. 1968, S. 3, s. 110; KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 9 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 408 vd.; ANTALYA, s. 132; YALMAN, Süleyman, Türk İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 38; ARIKAN, Mustafa, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, SÜHFD., C. 17, S. 1, Y. 2009, s. 70, 71.

kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir⁷⁶. Bu müzakereler esnasında taraflar arasında özen gösterme yükümlülüğü meydana gelir. Bu yükümlülük uyarınca taraflar arasında gerçekleri açıklamak, yanlış bilgi vermemek, karşı tarafın menfaatlerini ve tarafların mal ve şahıs varlıklarını korumak gibi ödevler doğar. Taraflardan birisi sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkan özen yükümlülüğüne aykırı davranır ve bu nedenle karşı tarafın zarar görmesine sebep olursa ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorunda kalır.

Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde tarafların due diligence çalışmaları esnasında, aralarında müzakereye başlamış olmaları nedeniyle, culpa in contrahendo sorumluluğu da gündeme gelecektir. Taraflar müzakere safhası niteliğinde olan due diligence incelemeleri esnasında özen yükümlülüklerine uygun davranmak zorundadırlar. Şirket birleşme ve devralmalarında tarafların müzakereleri sözleşmenin yapılması şeklinde olumlu bir neticeye ulaşmayabilir.

Ancak söz konusu bu müzakerelerde eğer satıcı tarafın kusurundan kaynaklanan nedenlerle diğer taraf herhangi bir zarara uğrarsa culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında satıcının sorumlu tutulması mümkündür. Örneğin, devir görüşmeleri esnasında satıcı taraf karşı tarafta sözleşmenin yapılacağına dair bir güven oluştursa ve bu güvene binaen alıcı taraf yeni işyeri kiralamak veya satın almak gibi bazı masraflarda bulunursa sözleşmenin kurulmaması nedeniyle alıcı taraf bu masrafların tazminini de isteyebilecektir⁷⁷. Aynı şekilde alıcı tarafın özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle satıcı taraf herhangi bir zarara uğrarsa culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde alıcının bu zararları tazmin etmesi gerekecektir.

⁷⁶ EREN, s. 1128; GONZENBACH, s. 71; YALMAN, s. 37; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, s. 209.

⁷⁷ “Sözleşme yapma niyeti olmadığı halde kötüniyetle ve aldatıcı davranışlarla başkasında böyle bir ümit yaratan kimse, sözleşmenin yapılmamasından doğan zararı tazmin etmelidir. Burada zarar gören görüşmecinin uğradığı zarar, esas itibarıyla sözleşmenin yapılacağına güvenden doğan menfi zarardır. Bu zararın içine yapılan seyahat giderleri, boşa geçirilen zaman, yapılacak sözleşmeye güvenerek başka bir kimse ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması, yaratılan güven nedeniyle karşı edimi sağlama hazırlıkları; bunun için bazı giderler yapılması, örneğin bu amaçla piyasadan mal satın alınması, bunun kiralanınan depoya konulması; faizle ödünç para bulunması; başka kişilerle sözleşme yapılması nedeniyle meydana gelen kayıp ve giderler girer.” Bkz. EREN, s. 1136.

XI. SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI VE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN DUE DILIGENCE SÜRECİNE YANSIMALARI

A. SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI VE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Satım sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu TBK. m. 219-231 hükümleri arasında kusurdan bağımsız yasal bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir⁷⁸. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, “Satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımasından veya bu şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksikliklerin bulunmasından satıcının sorumlu olması” biçiminde tanımlanabilir⁷⁹. TBK. m. 219 da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, “*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. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur.*” şeklinde kaleme alınmıştır.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), m. 35/2 hükmüne göre, satım konusu mallar, “(a) aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler”, “(b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlemesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın”, “(c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler”, “(d) ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle bir mutat şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler” sözleşmeye uygun mallar olarak kabul edilirler⁸⁰.

⁷⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 75.

⁷⁹ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Altıncı Tıpkı Basım, C. I /1, İstanbul 2008, s. 163; MEDICUS, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Aufl., München 1987, s. 17 vd.; FIKENTSCHE, Wolfgang / HEINEMANN, Andreas, Schuldrecht, München 2006, s. 404 vd.; PALANDT, s. 617 vd.; OECHSLER, Jürgen, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, München 2003, s. 56 vd.; MARX, Claudius / WENGLORZ, Georg, Schuldrechtsreform 2002, Das neue Vertragsrecht, Konstanz 2001, s. 38 vd.; MAULTZSCH, Felix / OETKER, Hartmut, Vertragliche Schuldverhältnisse, Frankfurt a. M., 2013, s. 40 vd.; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 123; RÄNTSCH, Jürgen Schmidt / MAIFELD, Jan / GÖRING, Anne-Meier / RÖCKEN, Matthias, Das neue Schuldrecht, Köln 2002, s. 441 vd.

⁸⁰ ATAMER, Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008, s. 320.

Satıcının, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, a) ayıbın sözleşmede yarar ve hasarın alıcıya geçmesi anında satılarda mevcut olması⁸¹, b) satılardaki ayıbın önemli olması⁸², c) satılardaki ayıbın gizli bir ayıp olması⁸³, d) sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmamış olması⁸⁴, e) alıcıya ait külfetlerin⁸⁵ yerine getirilmiş olması ve f) satılanın

⁸¹ Ayıp, hasarın geçmesinden önce mevcut olmalıdır. Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplar, daha öncesinde mevcut olan sebeplerden kaynaklanmadıkça, satıcıyı sorumlu kılmaz. Mesela hayvan daha önceden hasta ise ve bu hastalık sonucu sakat kalırsa satıcı bundan sorumlu olur. Buna karşılık, meyveler hasarın geçmesinden sonra normal olarak çürürse tekeffül söz konusu olmaz. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 175, **YAVUZ**, s. 128.

⁸² Satım konusu şeyde satım sözleşmesinde kastedilen tahsis ve kullanma yönü bakımından onun değerini veya elverişliliğini azaltan veya kaldıran bir eksiklik bulunmalıdır. Sözleşmede kastedilen tahsis ve kullanma amacı, taraflarından ortak niyetlerinden; bu anlaşılamazsa şeyin satıldığı çevrede işlerde yaygın görüşlerden, akdin özel şartlarından da çıkarılabilir. Akdin kurulmasında alıcının tek taraflı düşündüğü vasıflar ve tahsis yönü dikkate alınmaz. Satım konusu şeydeki eksiklik, maddi, hukuki veya ekonomik olabilir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 167, 168; **MEDICUS**, s. 19; **PALANDT**, s. 617; **YAVUZ**, s. 132.

⁸³ Sözleşmenin kurulması anında alıcı, mevcut olan ayıpları biliyorsa bunları kabul etmiş sayılır ve satıcının sorumluluğu yoluna gidilemez (TBK. m. 222). **TANDOĞAN**, s. 174; **YAVUZ**, s. 133; **GÜMÜŞ**, s. 91. **GÜMÜŞ**, aşikar ayıp ve aşikar olmayan ayıp nitelendirmesi ile doktrindeki açık ayıp, gizli ayıp kavramlarına farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 89, 91.

⁸⁴ TBK. m. 221 hükmüne göre, satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükmün lafzî yorumundan tarafların satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlayan bir anlaşma yapabilme imkânlarının olduğu kabul edilir. Ancak böyle bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için, satıcının, satılarda bulunduğunu bildiği bir ayıbı hile ile gizlememiş olması veya ayıplı mal devrinde ağır bir ihmal ile hareket etmemiş olması gerekir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 175, 176; **GÜMÜŞ**, s. 93, 94; **YAVUZ**, s. 133, 134.

⁸⁵ Alıcının ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerden istifade edebilmesi için kanunen kendisine yüklenen külfetler, satılanı gözden geçirme ve var olduğu iddia edilen ayıpları satıcıya bildirmektir. Alıcı, söz konusu bu külfetleri yerine getirmezse, satıcıyı ayıptan dolayı sorumlu tutan hükümlerden yararlanamaz. Ancak doktrinde bir görüşe (bkz. **TANDOĞAN**, s. 177) göre gözden geçirme ve bildirim külfetlerine ilişkin hükümler tacir olmayan alıcılar bakımından ağır sayılabilecek bir düzenleme içermektedir ve bu nedenle tacir olmayanlar için gözden geçirme biçimi ve süreler bakımından daha geniş davranılması gerekmektedir. Yine bu görüşe göre, tacir olmayan alıcılar gözden geçirme ve bildirim külfetlerini zamanında yerine getirmeseler bile, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı TBK. m. 112 vd. hükümlerine göre tazminat ve başka taleplerde bulunabilmelidirler. Alıcının gözden geçirme külfetini yerine getirebilmesi için satılarda fiilen ve doğrudan tasarruf edebilecek duruma gelmiş olması lazımdır. Gözden geçirme imkan bulunur bulunmaz yapılmalıdır. Hayvan satışlarında 9 günlük (TBK. m. 224) bir süre, ticari satımlarda da 8 günlük bir kesin süre (TTK. m. 23/c bendi) söz konusudur. Bildirim külfeti ise ayıbın tespit edilmesi halinde zaman geçirmeksizin satıcıya bu durumun bildirilmesi anlamına gelmektedir. Bildirimde satılanın mevcut haliyle kabul edilmeyeceği belirtilmelidir. Gözden geçirme ve bildirim külfetleri zamanında yerine getirilmezse alıcı satılanı kabul etmiş sayılır. Bkz. **YAVUZ**, s. 135-138; **TANDOĞAN**, s. 177-182.

alıcıya teslim⁸⁶ edilmiş olması şarttır⁸⁷. Buraya kadar bahsedilen şartlar satıcının ayıba karşı yasal sorumluluğunun şartlarıdır. Ayrıca satıcının özellikle bildirdiği niteliklerin satılarda olmaması nedeniyle sorumluluktan bahsedilebilmesi için a) satıcının satılanla ilgili bazı nitelikleri bildirmesi, b) nitelik bildiriminin ciddi olması ve c) alıcının külfetleri yerine getirmiş olması da gerekmektedir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartları gerçekleştikten sonra TBK. m. 227 alıcıya bir takım seçimlik haklar tanımıştır. Bu seçimlik hakları, sözleşmeden dönme, satış bedelinden indirim isteme, satılanın ücretsiz onarımını isteme ve satılanın ayıpsız bir benzeriyle (misliyle) değiştirilmesi şeklinde saymak mümkündür⁸⁸. Alıcının seçimlik hakları, yenilik doğuran hak niteliğindedir. Yenilik doğuran hak niteliğindeki seçimlik hakların kullanılması için teorik olarak dava açılması zorunlu olmasa da uygulama açısından dava açılmaksızın seçimlik hakların kullanılması fiilen bir anlam taşımayacaktır.

B. DUE DILIGENCE ÇALIŞMALARI BAĞLAMINDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

1) Genel Olarak

Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin olarak due diligence incelemelerinin ne şekilde bir etki sağlayacağı konusu önem arz etmektedir⁸⁹. Due diligence incelemesi kapsamında yapılan çalışmalarda alıcının muayene imkânı elde etmiş olması nedeniyle mevcut ayıpları

⁸⁶ MAULTZSCH / OETKER, s. 81; Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde (TBK. m. 221, 224, 228 ve 231) sorumluluğun söz konusu olabilmesi için satılanın alıcıya “devredilmiş” olması gerektiği anlaşılmaktadır. Devir ifadesiyle satılanın fiilen teslimi mi yoksa zilyetliğin devri mi kastedilmektedir, kanun hükmünden anlaşılamamaktadır. Bu hükümlerde geçen devir ifadesi, satılanın alıcıya teslim edilmesi olarak anlaşılmalıdır. Zira alıcının yerine getirmesi gereken külfetler, öncelikle satılanın kendisine fiilen teslim edilmiş olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle zilyetliğin teslimsiz devri hallerinden ziyade fiilen teslim anlaşılmalıdır. Bkz. YAVUZ, s. 141; GÜMÜŞ, s. 81. “Burada önemli olan nokta şudur, Kanun koyucu TBK. m. 207/1’de satıcının borcunu ‘zilyetliği devir’ olarak kabul etse bile, satıcının ayıplı ifa sorumluluğunun doğumu için, satılanın, alıcıya teslimi şarttır. Zira teslim olmadan, muayene ve ihbar külfetinin alıcıya yüklenebilmesi mümkün değildir. Biz daha önce belirttiğimiz gibi, TBK. m. 207/1’deki zilyetliğin devri kavramını, teolojik reduksiyon (amaca uygun sınırlama) ile teslim olarak okuyoruz. Ancak TBK. m. 219 vd.ndaki ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümlerine baktığımız zaman, Kanun Koyucu’nun kullandığı kavram, zilyetliğin devri kavramını ifade edecek şekilde devirdir (TBK. m. 221, 223, 224, 228, 231 vs.). Bu noktada söz konusu maddelerdeki devir kavramının da, teslim olarak okunması mutlak bir zorunluluktur.” Bkz. GÜMÜŞ, s. 81.

⁸⁷ YAVUZ, s. 126-141; TANDOĞAN, s. 167-176.

⁸⁸ MAULTZSCH / OETKER, s. 79 vd.; PALANDT, s. 625; YAVUZ, s. 147 vd.; TANDOĞAN, s. 186 vd.; GÜMÜŞ, s. 112 vd.

⁸⁹ HÖHN, s. 9, 10.

bildiği veya bilmesi gerektiği ifade edilebilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilirse, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Yine satıcının hedef şirketle ilgili gerekli incelemeyi bizzat kendi seçtiği danışmanlar aracılığıyla hazırlamış olduğu raporu alıcıların incelemesine sunması durumunda da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilebilecek midir? Bu nedenle öncelikle alıcı due diligence ve satıcı due diligence açısından meselenin incelenmesi gerekmektedir.

2) Alıcı Due Diligence’ında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Alıcı due diligence’ında, satıcı, alıcıya hedef şirketle ilgili bütün bilgi ve belgeleri sunmaktadır. Alıcı, “veri odası” (data room⁹⁰) şeklinde isimlendirilen yerde bu belgeleri kendisinin belirlediği veya danışmanlık hizmeti aldığı şirketin uzman personeli ile incelemektedir. Bu inceleme aşamasında alıcının hedef şirketle ilgili bütün bilgi ve belgelere ulaşma imkânı olduğundan şirket devralma sözleşmesi bakımından ayıp olarak nitelendirilebilecek bütün hususlara vakıf olduğu kabul edilmelidir.

Bu şekilde bir kabulden sonra alıcının sözleşme imzalandıktan sonra satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurma imkânı olmayacaktır. Zira TBK. m. 222/I hükmüne göre, satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Alıcı due diligence kapsamında, alıcının, devir konusu şirketle ilgili muayene imkânı elde etmiş olması ve incelemelerde bulunması satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu zayıflatacaktır. Zira, satıcı, alıcının mevcut ayıpları bildiğini veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi fark edebileceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir⁹¹. Eğer gizli bir ayıp söz konusu ise elbette satıcının sorumluluğu devam edecektir.

Ancak alıcı due diligence’ında satıcının hedef şirketin ayıplı olarak nitelendirilmesine sebep olacak bazı bilgi ve belgeleri vermemesi halinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹². Örneğin⁹³ satıcı, tarafı olduğu sözleşmele-

⁹⁰ “Data Room Rules”, “Rules of Data Room Procedure” şeklinde isimlendirilen veri odası kurallarıyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. **MEIER**, s. 271-273.

⁹¹ Benzer bir görüş şu şekildedir: “Eğer alıcı due diligence’ı satın sözleşmesi akdedilmeden yapılmışsa ve satıcı alıcıya incelemesi gereken tüm belgeleri sunmuşsa, alıcı satın konusunu bağımsız denetçilerce hazırlanan inceleme raporuna göre satın aldığı takdirde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak bağımsız denetçinin incelemesi, olağan bir incelemenin ötesinde bir muayene düzeyinde gerçekleştiğinden, satıcının sorumluluğu gerek aşıkâr ayıplar gerekse de açık ayıplar bakımından da ortadan kalkar (BK. m. 197 ve m. 198/II).” Bkz. **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008, 1. Baskı, C. 1, s. 139; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 221.

⁹² Satıcı inceleme için gerekli olan belgelerin tümünü ağır kusuruyla veya hile ile gizleyerek alıcıya sunmamışsa veya gizli ayıplar söz konusu ise satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu devam eder görüşü için bkz. **GÜMÜŞ**, 1. Baskı, s. 139.

⁹³ Örnek için bkz. **ÖZEKE**, s. 39. Bu örnekte satıcının aldatma fiili de söz konusudur. Alıcı, hem satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna hem de aldatma nedeniyle sözleşmenin iptali yoluna başvur-

ri alıcının incelemesine sunmuş ve içlerinden birinin feshedildiği bilgisini de alıcıya vermiş olabilir. Ancak satıcı sözleşmenin haksız nedenle fesih edildiği ve tazminat sorumluluğunun doğduğu iddialarına ilişkin olarak kendisine gönderilmiş ihtarnameyi alıcıya kasten vermemiş olabilir. Satıcının bu şekilde davranması, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bağlamında alıcının bilgisine sunulan tüm bilgi ve belgelerin işletme ile ilgili ayıpları görünür kıldığı iddiasının arkasına sığınmasını engelleyebilecektir⁹⁴. Alıcı due diligence'inin satım sözleşmesinin kurulmasından sonra ancak hakların devredilmesi safhasından önce yapılması durumunda da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkar. Eğer alıcı due diligence'ı satım sözleşmesi kurulduktan ve hakların da devredilmesinden sonra gerçekleşmişse kural olarak satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu devam eder. Zira bu aşamada yapılan due diligence incelemesi alıcının satım konusunu muayene etmesi gibi yorumlanmalıdır.

3) Satıcı Due Diligence'ında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Satıcı due diligence'ı şeklinde ifade edilen türde ise, satıcının hazırlatıp alıcıya sunmuş olduğu inceleme raporuna göre alıcı nihai kararı vermektedir. Satıcı due diligence'ında satıcının hazırlatıp alıcıya sunduğu inceleme raporunun alıcı tarafından kabul edilmesi, TBK. m. 221 anlamında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu zımnen ortadan kaldıran bir anlaşma olarak da yorumlanabilir⁹⁵. Ancak somut olayın şartlarına göre satıcı due diligence'ı satıcının bir vasıf vaadi olarak da nitelendirilebilir⁹⁶. Eğer satıcı due diligence'ı vasıf vaadi olarak nitelendirilirse satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olacaktır.

makta tercih hakkında sahiptir.

⁹⁴ ÖZEKE, s. 39.

⁹⁵ GÜMÜŞ, 1. Baskı, s. 140; Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşmaları hakkında geniş bilgi için bkz. BAŞALP, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 350 vd.

⁹⁶ GÜMÜŞ, 1. Baskı, s. 140. "Alıcının, hukuki işlemlerdeki mutad (olağan) özeni göstermesi halinde, karşı bir teminatın eksikliğinde satıcı maddi ayıptan dolayı sorumlu olmaz. Burada, bir due diligence icrasıyla ilgili 'mutad özenin' gösterilmesi gerekiyorsa, bu takdirde alıcı, bir Due Diligence incelemesiyle anlaşılacak maddi ayıplardan vazgeçmişse, satıcıya karşı bunlar için dava açamaz. Mutad özenin kapsamı hakkındaki soruya gelince; bunun ticarî geleneğe göre tespit edilmesi gerekir. İsviçre öğretisinde, ticari hayatın üzerinde her geçen gün artan Anglo-Sakson uygulamalarının ekonomi hukukunun etkisi ve özellikle Meger&Acquisitionen konularında faaliyette bulunan danışmanlık şirketlerinde bir Due Diligence Standardının mevcut olduğu gerçeği göz önüne alındığı ve satın alma ve birleşmelerde genel olarak bir due diligence incelemesinin yapıldığı belirtilmektedir. İsviçre bilimsel öğretisinde, due diligence incelemesinden kaçınılması halinde, açıkça alıcı şirket organının ortaklıklar hukukuna ilişkin özen yükümünü ihlal ettiği görüşü tartışmasız olarak benimsenmektedir. Bu bağlamda şirket organının göstermesi gereken özen, objektif ölçüler çerçevesinde mantıklı ve dikkatli bir kişinin benzer ticari işlemlerde aynı şartlar altında göstermesi gerekli özendir." Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 225.

4) Bağımsız Bir Şirket Tarafından Yapılan Due Diligence Çalışmalarında Şirketin Sorumluluğu

Alıcı veya satıcı tarafından yapılmış olması fark etmeksizin due diligence incelemesi eğer bir bağımsız şirkete yaptırılmış ise şirketin hazırlamış olduğu rapordan dolayı sorumluluğunun da tartışılması gerekmektedir. Due diligence incelemesi için birçok şirket danışmanlık hizmeti vermektedir. Danışmanlık yapan şirketin vermiş olduğu rapora istinaden birleşme veya devralmaya karar veren taraf, rapordan kaynaklanan bir nedenle zarara uğradığını iddia ederse due diligence incelemesi yapan şirketin sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı sorunun çözümü için öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği belirlenmelidir. Zira taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre soruna çözüm aranmalıdır. Danışmanlık hizmeti veren şirketle, due diligence incelemesi talebinde bulunan taraf arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, hizmet, eser veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Hizmet sözleşmesinde işçinin, hizmet edimini ifade, işverene sıkı biçimde bağımlı olması, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmeye engel olur. Bağımsız danışmanlık şirketinin due diligence incelemesi yapması ve bunu rapor halinde karşı tarafa sunması TBK. m. 470 vd. hükümleri anlamında bir eser olarak kabul edilebilir. Bu nedenle taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Eğer taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak nitelendirilirse, due diligence incelemesi yapan danışmanlık şirketinin TBK. m. 474 anlamında ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur. Ancak TBK. m. 502/2 hükmüne göre, vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır⁹⁷. Dolayısıyla TBK. m. 502/2 hükmüne istinaden taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak da nitelendirilebilir. Bu takdirde due diligence incelemesi yapan şirketin “vekilin özen borcundan⁹⁸” kaynaklanan sorumluluğundan bahsedilir.

⁹⁷ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, C. III, s. 384; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012, C. II, s. 124, 125; YAVUZ, s. 1160, 1161. TBK. m. 502/2 hükmünün iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesi getirip getirmedeği, hatta iş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşmelerin varlığına olanak tanıyıp tanımadığı hususundaki tartışmalarla ilgili olarak “İsviçre Federal Mahkemesinin en yeni içtihadında da, EBK. m. 386 f. 2'nin kaynağını oluşturan OR. Art. 394/II düzenlemesinin emredici olmadığı ve bu sebeple kendisine özgü yapısı olan (sui generis) iş görme sözleşmeleri yapılabileceği vurgulanmıştır. EBK. m. 386/f. 2'nin karşılığını oluşturan TBK. m. 502 f. 2, iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu yönünde yorumlar yapılmasına imkan vermeyecek bir ifade taşımaktadır.” şeklinde ileri sürülen görüş için bkz. YAVUZ, s. 1161. Karşı görüş için bkz. GÜMÜŞ, C. II, s. 125.

⁹⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 115. vd.

XII. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU VE İRADE FESADI HALLERİNİN BİRARADA BULUNMASI

Due diligence sürecinden sonra şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde bazen somut olayda yanıltma, aldatma, culpa in contrahendo ve satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceği ihtimaller söz konusu olabilir. Böyle bir durumda mağdur olan alıcı taraf, söz konusu hükümlerden hangisine dayanmalıdır sorusu gündeme gelmektedir. İrade bozukluğu halinde geçerli bir sözleşme kurulamayacağı için satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile irade fesadı hallerinin birarada bulunması imkânsızdır şeklindeki bir düşünceye rağmen irade fesadı halinde sözleşmenin geçerli bir şekilde varlığını devam ettirmesi imkânı da yadsınamayacağından hakların yarışmasından bahsedilebilir. Bu nedenle alıcı, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna istinaden dava açabileceği gibi irade fesadı hükümlerine istinaden de dava açabilir⁹⁹.

XIII. BİRLEŞME VE DEVRALMA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNU KALDIRMALARI (TBK. m. 221 ANLAMINDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI)

Taraflar due diligence incelemesinden sonra sözleşmeyi kurarken satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun olmadığı hususunda anlaşabilirler. TBK. m. 221 hükmü, sadece satıcının ağır kusurlu olması halinde sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağını aksi takdirde tarafların geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, eğer satıcının ağır bir kusurundan¹⁰⁰ bahsedilebilecek tarafların yapmış oldukları sorumsuzluk anlaşması geçerli olmayacaktır.

XIV. BİRLEŞME VE DEVRALMADAN SONRA ALICININ SEÇİMLİK HAKLARI

Birleşme ve devralma sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde alıcının seçimlik haklarından hangisini kullanacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Zira seçimlik haklar arasında yer alan ücretsiz onarım isteme, ayıpsız benzeri ile (misliyle) değiştirme gibi seçimlik hakların şirket

⁹⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. TANDOĞAN, C. I, s. 204, 205.

¹⁰⁰ “Ağır kusurun bir görünümünü oluşturan hileli davranıştan söz edilebilmesi için, satıcının, belli vasıfların varlığını veya eksikliklerin yokluğunu söylemesi veya susmasıyla bu hususta bir yanıltma uyarıdır. Bu suretle alıcıyı sözleşmeyi yapmaya veya sözleşmede kararlaştırılan şartlar altında yapmaya sevk etmek kasdının bulunması gerekir. TBK. m. 221’in bu düzenlemesi çerçevesinde, satıcının malın ayıplı olarak devredilmesinde ‘ağır ihmal’ göstermesi ve meslekten satıcının bilmesi gereken ayıpların farkında olmaması ağır kusur olarak nitelendirilecek ve sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılmasına yeterli olacaktır.” Bkz. YAVUZ, s. 135.

birleşme ve devralma sözleşmelerinde uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmeden dönme ve bedel indirimi seçimlik haklarının kullanılması işin niteliğine de uygun düşecektir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde de tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesinin ne şekilde olacağı da sorun teşkil edecektir. Bu nedenle seçimlik haklardan bedel indirimi talep edilmesi tarafların menfaatine olacaktır.

XV. SONUÇ

Şirket birleşmeleri ve devralmaları diğer bir ifadeyle şirket evlilikleri ticari hayat açısından önemli bir yere sahiptir. Due diligence incelemesi, şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinin kurulmasında hayati bir önemi haizdir. Due diligence incelemesiyle birlikte gerçekleştirilen şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde tarafların irade fesadı hallerine düşmeleri nedeniyle sözleşmenin iptali söz konusu olabilir. Ancak sözleşmenin iptali halinde ifa edilen edimlerin ne şekilde iade edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle TBK m. 34/II veya m. 39/II hükmündeki sözleşmeyi iptal etmeden ama iradesi fesada uğrayan tarafın da mağdur edilmesini önleyen çözümler alternatif olarak tercih edilmelidir.

Taraflar arasındaki sözleşme müzakerelerinde taraflardan birisinin kendi aralarında oluşan güven ilişkisini zedeleyen davranışlarda bulunması halinde culpa in contrahendo sorumluluğu da gündeme gelmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olması halinde de ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi imkânı mevcuttur.

Due diligence incelemesi yapan danışmanlık şirketlerinin sorumluluğu bağlamında şirketle due diligence incelemesi talep eden taraf arasındaki ilişkinin hukuki niteliği eser veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Buna göre eğer taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak kabul edilirse TBK. m. 474 bağlamında yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümleri çerçevesinde danışmanlık şirketinin sorumluluğuna gidilebilir. Şayet danışmanlık şirketi ile müşteri arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilirse, vekilin özen borcunu düzenleyen TBK. m. 506 hükmüne göre şirketin sorumluluğu yoluna gidilebilir.

Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. Eğer satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş ise alıcının üzerine düşen külfetleri yerine getirmesi kaydıyla sözleşmeden dönme, bedel indirimi, ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeri ile değiştirme şeklinde bazı seçimlik haklar söz konusu olacaktır. Söz konusu bu seçimlik haklardan, şirket birleşme ve devralma sözleşmesinin niteliği de göz önünde bulundurulursa, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması taraf menfaatlerine uygun olacaktır. Zira şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde ücretsiz onarım ve ayıpsız

misliyle değiştirme gibi bir ihtimal söz konusu olamaz. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında ise ifa edilen edimlerin iadesinin ne şekilde yapılacağı pratik açıdan sorunlar doğuracaktır.

KAYNAKÇA*

- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2015.
- AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ANGERSBACH, Carsten J., Due Diligence beim Unternehmenskauf, Baden-Baden 2002.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- ARIKAN, Mustafa, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, SÜHFD., C. 17, S. 1, Y. 2009, s. 69-89.
- ATAMER, Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012.
- AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. I, Konya 2014. (Eşya Hukuku)
- BAŞÖZ, Lütfü / ÇAKMAKÇI, Ramazan, Gerekçeli, Karşılaştırma Tablolu, Eski ve Yeni Kanun Maddeleri İle Birlikte Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2011.
- BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.
- BEISEL, Daniel / ANDREAS, Friedhold E., Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, München 2007.
- BERENS, Wolfgang / BRAUNER, Hans U. / STRAUCH, Joachim, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 3. Auflage, Stuttgart 2002.
- BOTTCHER, Lars, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb, Baden-Baden 2005.
- BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- EGGENBERGER, Jens, Gesellschaftrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due diligence Prüfung, Farnkfurt am Main, 2001, Diss. Univ. Bonn 2000 (Europäische Hochschulschriften Bd. 3143).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- FIKENTSCHER, Wolfgang / HEINEMANN, Andreas, Schuldrecht, München 2006.
- FLEISCHER, Holger / KORBER, Torsten, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 17/2001, s. 841 vd.
- GARZTKE, Ulrich, Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Rechte der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf, Hamburg 2003.
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg / EMMENEGGER, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008.
- GODEFROID, Christoph, Kontrolle ist besser-Möglichkeiten und Grenzen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: Finanzierung Leasing Factoring (FLF) 2000.
- GONZENBACH, Rainer, Culpa in Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.
- GRIMM, Detlef / BOKER, Arndt, Die arbeits und socialversicherungsrechtliche Due Diligence, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2002, s. 193-204.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, C. I, İstanbul 2008. (1. Baskı)

* Birden fazla eserinden yararlanılan yazarların eserleri ile ilgili kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012. (C. II)
- HAFT**, Robert J. / **HAFT**, Barry J, Due Diligence in Securities Transactions, Derfield/New York/Rochester 1996.
- HATEMİ / GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012.
- HEIDINGER**, Franz J / **ALBESEDER**, Werner, Due Diligence-Ein Handbuch für die Praxis, Wien, 2001.
- HÖHN**, Jakob, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich 2003.
- KARAHAN**, Sami, Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Konya 2012.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU**, Necip / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROAZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Cilt 1, İstanbul 2010.
- KRANEBITTER**, Gottwald, Due Diligence-Risikoanalyse im Zuge von Unternehmenstransaktionen, München 2002.
- KRÜGER**, Dirk / **KALBFLEISCH**, Eberhard, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen- Rechtliche und steuerliche Aspekte der Vorprüfung beim Unternehmenskauf, DStR 1999.
- KUSCHE**, Michael Silvio, Die aktienrechtliche Zulässigkeit der Durchführung einer Due Diligence anlässlich eines Unternehmenskaufes, Frankfurt a. M. 2005.
- KUTLAN**, Serhat, Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004.
- LAJOUX**, Alexandra R. / **ELSON**, Charles M., The Art of M&A Due Diligence-Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data, New York 2000.
- MARX**, Claudius / **WENGLORZ**, Georg, Schuldrechtsreform 2002, Das neue Vertragsrecht, Konstanz 2001.
- MAULTZSCH**, Felix / **OETKER**, Hartmut, Vertragliche Schuldverhältnisse, Frankfurt a. M. 2013.
- MEDICUS**, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Auflage, München 1987.
- MEIER**, Eric Olivier, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich 2010.
- MERKT**, Hanno, Rechtliche Bedeutung der due diligence beim Unternehmenskauf, in Wirtschaftsrechtliche Beratung 1996.
- NOBEL**, Peter, Aktien und Börsenrecht, Vielfalt und Einheit, in SZW 2/2008, s. 175 vd.
- OECHSLER**, Jürgen, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, München 2003.
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 2002.
- ÖZATLAN**, Yurdal, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- ÖZEKE**, Billur, Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul 2006.
- PALANDT**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008.
- PICOT**, Gerhard / **RUSSENSCHUCK**, Viola, Legal Due Diligence, M&A Review 8-9/2002, s. 426 vd.
- PULAŞLI**, Hasan, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, Batider 2007, S. 2, C. 24, s. 203-235. (Satın Alma ve Birleşme)
- PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2014.

- RÄNTSCH**, Jürgen Schmidt / **MAIFELD**, Jan / **GÖRING**, Anne-Meier / **RÖCKEN**, Matthias, Das neue Schuldrecht, Köln 2002.
- RICHERT**, Andreas, Die Due Diligence beim Unternehmenskauf mit internationalem Bezug, Hamburg 2004.
- SCHELLHAMMER**, Kurt, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Wohnungseigentums und Grundbuchrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2005.
- SCHMITZ**, Winfried F., Due Diligence for Corporate Acquisitions, Association Internationale des Jenes Avocats, Brüssel 1996.
- SCOTT**, Cornelia, Due Diligence in der Praxis-Risiken minimieren bei Unternehmenstransaktionen, Wiesbaden 2001.
- SEROZAN**, Rona, "Culpa in Contrahendo ve Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD. 1968, S. 3, s. 108-129.
- SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007. (Dönme)
- SEZEN**, Ayşe, Birleşme ve Devralmalar, Uluslararası Rekabet ve Teknolojileri Birliği, Şubat 2007, s. 2, 3, www.urteb.org, E.T. 05.12.2015.
- SHERMANN**, William D., The Due Diligence Defense, 670 Practising Law Institute/Corporate Law and Practice Course Handbook Series (PLI/Corp).
- SİRMEN**, Lale A., Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Altıncı Tıpkı Basım, C. I/1., İstanbul 2008. (Cilt I).
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010.
- TEKİNALP**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme, İstanbul 2015.
- TEKİNAY**, S. Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TSCHÄNI**, Rudolf, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, Ein Handbuch zu Übernahmen, Fusionen und Unternehmenszusammenschlüssen, 2. Auflage, Basel 1991.
- UEBELHART**, Peter / **JAGGI**, Michel, Steurliche Due Diligence-Identifikation von steuerlichen Chancen und Risiken bei Transaktionen, ST 4/2006.
- VOGT**, Gabriele, Die Due Diligence-ein zentrales Element bei der durchführung von Mergers & Acquisitions, in Deutsches Steuerrecht 2001.
- WATTER**, Jean Philippe, Unternehmensübernahmen, Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Fusion und verwandter Tatbestände, Zürich 1990.
- WELSER**, Rudolf, Bürgerliches Recht, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, Band II, 13. Auflage, Wien 2007.
- WILHELM**, Jan, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin 2002.
- WOLF**, Manfred / **NEUER**, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, München 2012.
- YALMAN**, Süleyman, Türk İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.