

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
HİSSE DEVİRLERİ**

Doktora Tezi

EBRU AKDUMAN

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
HİSSE DEVİRLERİ**

Doktora Tezi

EBRU AKDUMAN

Danışman: PROF. DR. SİBEL ÖZEL

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

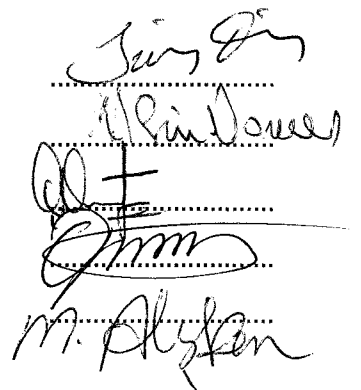
HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi EBRU
AKDUMAN'ın MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HİSSE DEVİRLERİ adlı tez
çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 25.01.2010 tarih ve 2010-1/27 sayılı kararıyla
oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 22.12.2010

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. SİBEL ÖZEL
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. ERGİN NOMER
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. GÖKHAN ANTALYA
4) Jüri Üyesi : PROF.DR.GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL
5) Jüri Üyesi : DOÇ.DR.MURAT ALIŞKAN


Jüri Başkanı
Prof. Dr. Ergin Nomer
Prof. Dr. Gökhan Antalya
Prof. Dr. Günseli Öztekın Gelgel
Doç. Dr. Murat Alışkan

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Ebru Akduman
Anabilim Dalı	: Hukuk
Programı	: Özel Hukuk
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Sibel Özel
Tez Türü ve Tarihi	: Doktora – Şubat 2010
Anahtar Kelimeler	: Hisse Devirleri

ÖZET

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HİSSE DEVİRLERİ

Globalleşmenin sonucu olarak artan ticaret ve yatırım hacmi, teknolojik ilerlemeler, değişen tüketici ihtiyaç ve talepleri; işletmelerin global piyasada daha iyi rekabet edebilmeleri için büyüme yolunu seçmelerine neden olmuştur. Birleşme ve devralmalar, bu büyümenin en etkili yollarından biri olarak kabul edilmektedir. Ortaklıklar, yabancı bir ülkede yeni bir ortaklık kurup sıfırdan başlamak yerine yerel ortaklıklarla birleşme veya bu ortaklıkları devralma yoluyla piyasaya girmeyi tercih etmektedirler. Bu çalışmanın konusunu, bir devralma türü olan yabancı unsurlu hisse devirleri oluşturmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle bir Türk limited veya anonim ortaklığın hisselerinin tamamen veya kısmen yabancı bir kişiye hisse satışı yolu ile devrinin aşamaları anlatılmış ve sonraki bölümlerde işbu yatırımlar kanunlar ihtilafı açısından ele alınmıştır. Türk hukukunda yer alan ilgili kanunî düzenlemeler; Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinden ABD ve İngiliz hukuku, kıta Avrupası hukuk sistemlerinden İsviçre hukuku ile AB hukukundaki mevcut durum incelenerek karşılaştırmalı hukuk açısından bir değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Ebru Akduman

Field : Law

Programme : Private Law

Supervisor : Professor Sibel Özel

Degree Awarded and Date : Doctorate – February 2010

Keywords : Share Transfers

ABSTRACT

SHARE TRANSFERS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The rising scale of trade and investments as a result of globalization, advances in technology and changing consumer demands caused businesses to expand their presence to better compete in a global marketplace. Mergers and acquisitions are both ideal ways through which these businesses have been able to accomplish just that. Companies have opted to merge with or acquire other already-established local companies to enter the marketplace instead of forming a brand new company of their own. The subject matter of this study, is the transfer of shares with a foreign element as a method of acquisition. In this context, we have first explained the phases of the transfer of all or some of the shares of a Turkish limited liability company or corporation to a foreign person, and later these investments are discussed in terms of conflict of laws. The respective legal regulations in Turkish law are evaluated in comparison with US and British law in the Anglo-American legal system, and Swiss law in the Continental European legal system and EU law.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM HİSSE DEVRİ İLE İLGİLİ HUKUKİ KAVRAMLAR

I. GENEL OLARAK	7
II. ORTAKLIK	7
A. Kavram.....	7
B. Vatandaşlık.....	12
C. İkametgâh.....	19
D. Ehliyet	21
III. HİSSE VE HİSSE SENEDİ.....	24
A. Genel Olarak	24
B. Limited Ortaklıklarda Hisse ve Hisse Senedi	26
C. Anonim Ortaklıklarda Hisse ve Hisse Senedi.....	27
IV. BİRLEŞME VE DEVRALMA	31
A. Genel Olarak	31
B. Birleşme	33
C. Devralma	42
1. Genel Olarak	42
2. Malvarlığının veya İşletmenin Devri	42
3. Ortaklık Hisselinin Devri.....	45
4. Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçların Devri ve Kontrolü.....	47
D. Ortak Girişim	48

İKİNCİ BÖLÜM HİSSE DEVRİ SÜRECİ

I. GENEL OLARAK	52
II. ÖNGÖRÜŞMELERİN YAPILMASI.....	52
A. Genel Olarak	52
B. Niyet Mektubu	53
1. Kavram	53
2. Amaç	54
3. Kapsam	56
4. Geçerlilik Şartları	58

5. Türleri	59
a. Asıl Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin Niyet Mektubu	59
b. Ön Sözleşme Niteliğinde Niyet Mektubu	61
c. Opsiyon Sözleşmesi Niteliğinde Niyet Mektubu	62
6. Hukukî Sonuçları	63
a. Genel Olarak	63
b. Haksız Fiilden Kaynaklanan Talepler	65
c. Sebepsiz Zenginleşmeden Kaynaklanan Talepler	66
d. Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Talepler	68
e. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Sorumluluğa İlişkin Talepler	70
C. Gizlilik Sözleşmesi	74
D. Münhasırlık Sözleşmesi	78
E. İnceleme	80
1. Kavram	80
2. Amaç	83
3. Türleri	85
a. Hukukî İnceleme	86
b. Ticarî İnceleme	89
4. İncelemenin Yapılışı	90
5. Hukukî Sonuçları	94
F. Fiyat Teklifi	95
III. HİSSE DEVİR SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI	97
A. Genel Olarak	97
B. Hisseyle İlgili Sözleşmeler	98
1. Hisse Taahhüdü Sözleşmesi	98
a. Amaç, Konu ve Kapsam	98
b. Taraflar ve Geçerlilik Şartları	100
2. Hisse Devir Sözleşmesi	101
a. Amaç, Konu ve Kapsam	101
b. Taraflar	104
c. Tasarruf İşlemleri İle İlişki	105
d. Geçerlilik Şartları	107
e. Ön Şartlar	108
aa. Genel Olarak	108
bb. Resmi Bildirim ve İzinlerin Alınması	111
aaa. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı	111
bbb. Hazine Müsteşarlığı	112
ccc. Rekabet Kurulu	114
ddd. Sermaye Piyasası Kurulu ve İlgili Menkul Kıymetler Borsası	124
eee. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu	130
fff. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu	130
f. Beyanlar ve Taahhütler	131
g. Yükümlülükler	141
h. Cezaî Şart	143
C. Ortaklıkla İlgili Sözleşmeler	145

1. Ortaklar Sözleşmesi.....	145
a. Amaç, Konu ve Kapsam	145
b. Taraflar	151
c. Ortaklık Esas Sözleşmesi İle İlişki	151
d. Geçerlilik Şartları.....	153
e. İhlal ve Sona Erme.....	153
2. Ortaklık Esas Sözleşmesi	154
a. Amaç, Konu ve Kapsam	154
b. Taraflar.....	157
c. Hukukî Nitelik	157
d. Geçerlilik Şartları	158
D. Teminat Sözleşmeleri.....	159
1. Genel Olarak.....	159
2. Teminat Amaçlı Opsiyon Sözleşmeleri.....	159
3. Yediemin Sözleşmesi	161
4. Banka Teminat Mektubu	163
E. Diğer Sözleşmeler	166
1. Genel Olarak.....	166
2. Ek Hisse Alım Opsiyonu Sözleşmesi.....	167
3. Teknik Bilgi Sözleşmesi.....	169
IV. HİSSE DEVİR İŞLEMLERİNİN TAMAMLANMASI	169
A. Genel Olarak	174
B. Limited Ortaklıklarda Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması.....	179
C. Anonim Ortaklıklarda Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması	177
1. Kapalı Anonim Ortaklıklarda Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması	179
2. HAAO'da Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması	185

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM HİSSE DEVRİNE UYGULANACAK HUKUK

I. GENEL OLARAK	190
II. VASIFLANDIRMA.....	191
A. Bağlama Konusunun Vasıflandırılması	191
1. Genel Olarak.....	191
2. Öngörüme Aşaması.....	192
3. Hisse ve Hisse Senedi.....	193
4. Hisse Devri	195
B. Bağlama Noktasının Vasıflandırılması	197
III. ÖNGÖRÜŞME AŞAMASINDA UYGULANACAK HUKUK	199
A. Genel Olarak	199
B. Haksız Fiile Uygulanacak Hukuk	201
C. Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk	203
D. Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk	204
E. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk.....	205

IV. ORTAKLIKLARA UYGULANACAK HUKUK	206
A. Genel Olarak	206
B. Ortaklıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti	207
1. Kuruluş Yeri Kriteri	207
2. İdare Merkezi Kriteri	209
C. Kapsam.....	211
1. Genel Olarak.....	211
2. Hisse Devrinde Ortaklıklara Uygulanacak Hukuk	215
V. SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK	216
A. Genel Olarak	216
1. Millî-Milletlerarası Sözleşme Kavramları.....	216
2. Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	219
a. Subjektif Yöntem.....	219
aa. Genel Olarak	219
bb. İrade Muhtariyeti İlkesi	219
cc. Hukuk Seçiminin Şekli	220
aaa. Genel Olarak	220
bbb. Açık veya Zımni Hukuk Seçimi	220
dd. Hukuk Seçimindeki Sınırlamalar.....	221
aaa. Atıf.....	221
bbb. Seçilen Hukukun İlişkili Olması	222
ccc. Kısmi Hukuk Seçimi	223
ddd. Hukuk Seçiminin Zamanı	224
eee. Özel Sözleşme Türleri	225
b. Objektif Yöntem.....	225
3. Kapsam.....	228
4. Kapsam Dışı Konular	229
a. Genel Olarak	229
b. Tarafların Ehliyeti.....	230
c. Sözleşmenin Şekli.....	231
d. Temsil İlişkisi	232
B. Hisse Devir Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk	233
1. Genel Olarak.....	233
2. Niyet Mektubuna Uygulanacak Hukuk.....	233
3. Hisseyle İlgili Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk	235
4. Ortaklıkla İlgili Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk.....	239
5. Hisse Devriyle İlgili Teminat Sözleşmelerine ve Diğer Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk.....	240
VI. HİSSE DEVRİNE UYGULANACAK HUKUK	242
A. Genel Olarak	242
B. Hissenin Bulunduğu Yer Hukuku	244
C. Hisse Senedinin Bulunduğu Yer Hukuku	248
D. Hisse Defterinin Bulunduğu Yer Hukuku.....	249
E. Hisse Devrinin Gerçekleştiği Yer Hukuku	250
F. Hakkın Bulunduğu Yer Hukuku	252
G. İlgili Aracı Kurumun Bulunduğu Yer Hukuku	253
H. Dolaylı Saklama Sisteminin Tâbi Olduğu Hukuk	257

I. Hakkı Doğuran Hukuk	258
VII. KAMU DÜZENİNİN ETKİSİ	260
A. Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni Kavramları	260
B. Uygulanacak Hukuk Açısından Kamu Düzeni	263
C. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni	265
D. Milletlerarası Tahkimde Kamu Düzeni.....	266
E. Hisse Devrinde Kamu Düzeni.....	267
VIII. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ	269
A. Kavram.....	269
B. Uygulanacak Hukuk Açısından Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	270
C. Milletlerarası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar	271
D. Hisse Devrinde Doğrudan Uygulanan Kurallar	273

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİSSE DEVRİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

I. GENEL OLARAK	276
II. VASIFLANDIRMA.....	277
III. UYUŞMAZLIKLARIN YETKİLİ MAHKEME TARAFINDAN ÇÖZÜMÜ	278
A. Genel Olarak	278
1. Milletlerarası Yetki.....	278
2. Yetki Anlaşması	284
a. Yetki Anlaşması İle Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkili Kabul Edilmesi	284
b. Yetki Anlaşması İle Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kabul Edilmesi	286
B. Hisse Devrinden Doğan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü.....	289
1. Genel Olarak.....	289
2. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü.....	290
3. Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü	290
4. Ortaklıkla Olan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü	293
IV. UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ	294
A. Genel Olarak	294
1. Milletlerarası Tahkim	294
2. Tahkime Elverişlilik	301
3. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk.....	304
a. Tahkim Anlaşmasının Şekline Uygulanacak Hukuk.....	304
b. Tahkim Anlaşmasının Taraflarının Ehliyetine Uygulanacak Hukuk	306
c. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk.....	306
4. Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Tahkim Yeri.....	308

5. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk	310
B. Hisse Devrinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü..	312
SONUÇ.....	315
KAYNAKÇA.....	319

KISALTMALAR

AB (EU)	Avrupa Birliği (European Union)
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
A.e./a.e.	Aynı eser
AET (EEC)	Avrupa Ekonomik Topluluğu (European Economic Community)
AT (EC)	Avrupa Topluluğu (European Community)
ATA	Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATM	Avrupa Toplulukları Mahkemesi
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAT	British American Tobacco
BGE	Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
BK	Borçlar Kanunu
Bank	Bankacılık Kanunu
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
Bkz./bkz.	Bakınız
BM (UN)	Birleşmiş Milletler (United Nations)
bs. (ed.)	baskı (edition)
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C	Case (Dava)
c.	cümle
C. (V.)	Cilt (Volume)
CA	Companies Act (İngiltere Ortaklıklar Kanunu)
CCM	City Code on Takeovers and Mergers (İngiltere Devralmalar Kanunu)
CMLR	Common Market Law Reports (Ortak Pazar Hukuku Raporları)
CoL II	Second Restatement of Conflict of Laws (Gözden Geçirilmiş ABD Kanunlar İhtilafı Kuralları II)
Çev.	Çeviren
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
dn.	dipnot

DYYK	Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
E.	Esas
ECR	European Court Reports (Avrupa Toplulukları Mahkemesi Raporları)
Ed.	Editör
ESHK	Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Munkasim Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat (Yabancı Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Şirketler Hakkında Kanun)
FusG	Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtstraegern, Fusionsgesetz (Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının ve Borçların Devri Hakkında İsviçre Federal Kanunu)
GÜ	Galatasaray Üniversitesi
GÜHFD	Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi
HAAO	Halka Açık Anonim Ortaklık
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBÜ	İstanbul Bilgi Üniversitesi
İBÜSBE	İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
ICSID	International Convention on Settlement of Investment Disputes (Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Konvansiyon)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında İsviçre Federal Kanunu)
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İÜ	İstanbul Üniversitesi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBF	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
İTO	İstanbul Ticaret Odası
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname

KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Karteller ve Diğer Rekabet Kısıtlamaları Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu)
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	madde
MBCA	Model Business Corporation Act (İngiltere Model İş Ortaklıkları Kanunu)
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO (ICC)	Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)
No./no.	Numara (Number)
OJ	Official Journal (AB RG)
OR	Obligationenrect (İsviçre Borçlar Kanunu)
ÖK	Özelleştirme Kanunu
PIL	Private International Law (İngiltere Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun)
pr.	paragraf
RG	Resmi Gazete
RK	Rekabet Kurulu
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	Sayı
s. (p.)	sayfa (page)
SEC	Securities and Exchange Commission (ABD Sermaye Piyasası Kurulu)
SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
STB	Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
T.	Tarih
TSG	Ticaret Sicil Gazetesi
TSM	Ticaret Sicil Memurluğu

TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TST	Ticaret Sicil Tüzüğü
TVK	Türk Vatandaşlık Kanunu
UCC	Uniform Commercial Code (ABD Yeknesak Ticaret Kanunu)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
UNIDROIT	International Institute For the Unification of Private Law (Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü)
v.	versus (karşı, aleyhinde)
vb.	ve bunun gibi
vd.	ve devamı
v.d.	ve diğerleri
vs.	ve sair
Y.	Yıl
Yar.	Yargıtay
YASED	Uluslararası Yatırımcılar Derneği
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YSGM	Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü
y.y.	yayımcı yok, yayım yeri yok

GİRİŞ

Globalleşmenin sonucu olarak artan ticaret ve yatırım hacmi, teknolojik ilerlemeler, değişen tüketici ihtiyaç ve talepleri, işletmelerin global piyasada daha iyi rekabet edebilmeleri için büyüme yolunu seçmelerine neden olmuştur. Birleşmeler (şirket evlilikleri, mergers) ve devralmalar (satın almalar, acquisitions, takeovers) bu büyümenin en etkili yollarından biri olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktadır. Özellikle, milletlerarası alanda ortaklıklar, yabancı bir ülkede yeni bir ortaklık kurup sıfırdan başlamak yerine önceden faaliyette bulunan millî ortaklıklarla birleşme veya devralma yoluyla piyasaya girmeyi tercih etmektedirler¹.

Bir birleşme ve devralmanın milletlerarası olarak değerlendirilmesindeki kriter, taraf ortaklıkların farklı ülkelerde yerleşik ve farklı ülke kanunlarına tâbi olmasıdır². Aynı ülke ortaklıkları arasında gerçekleşen birleşme ve devralmalar, yerli teşebbüslere dış piyasalarda daha iyi rekabet edebilme imkânı sağlarken milletlerarası birleşme ve devralmaların ülke ekonomisine, yabancı sermaye girişi, yeni istihdam alanları yaratılması, teknoloji transferi ve ihracat artışı gibi türlü yararları bulunmaktadır³.

Birlikte anılsa da milletlerarası birleşme ile milletlerarası devralma kavramları birbirinden farklı hukukî yapıları adlandırmaktadır. Milletlerarası birleşme, idare merkezleri farklı ülkelerde yer alan iki ortaklığın nispeten eşit oranda katılımı ile birliktelik oluşturmaktır. Milletlerarası devralma ise, genişleme amacı güden bir ortaklığın yabancı bir ülkede yerleşik bir ortaklığın çoğu zaman kontrolünü ele geçirecek oranda hissesini veya hisselerinin tümünü satın almasıdır⁴.

¹ Akyüz, Helin Berfin, **Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s. 33–35; Çelik, Orhan, **Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1999, s. 25–26; Sanlı, Kerem Cem, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara: Rekabet Kurumu, 2000, s. 314.

² Horn, Norbert, “Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law: An Introduction”, Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 5.

³ Budak, Ali Cem, “Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi”, **Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Hakkında Uluslararası Sempozyum**, İstanbul, 11–12 Mart 1993, s. 149.

⁴ Ffrench, Leigh H., **International Law of Takeovers and Mergers: The EEC, Northern Europe and Scandinavia**, Westport: Quorum Books, 1986, s. 199; Hitt, Michael A./Harrison, Jeffrey S./Ireland, R. Duane, **Mergers and Acquisitions: A Guide to Creating Value for Stakeholders**, NY: Oxford University Press, 2001, s. 146; Oesterle, Dale A., **The Law of Mergers and Acquisitions**, 3rd ed., NY: Thomson West, 2005, s. 2-5.

İlk önceleri ABD’de başlayan milletlerarası birleşme ve devralmalarla ilgili süreç daha sonraları batı ülkelerini de etkisine almış ve günümüzde giderek artan bir şekilde tüm dünyaya yayılmıştır. Birleşme ve devralmalar, ABD ve İsviçre’de seksenlerin sonunda artış göstermiş ve ekonominin zayıflaması ile 2001–2002 yıllarında gerilemiştir⁵. Türkiye’de birleşme ve devralmalar 20. yüzyılın ortalarından başlayarak yabancı sermayenin Türkiye’ye ilgi göstermesiyle, yabancı sermaye yatırımlarının artmasıyla ve serbest piyasa sistemine geçilmesi ile beraber seksenlerin ikinci yarısından itibaren artış göstermiştir⁶.

2008 yılında milletlerarası birleşme ve devralmalarda %28 düşüş yaşanmıştır. Bu dönemde, milletlerarası birleşme ve devralmaların en çok gerçekleştiği ülkeler ABD ve İngiltere olurken, gelişmekte olan ülkelere %15 artışa karşılık gelişmiş ülkelere %33 düşüş yaşandığı gözlenmektedir. Dünya genelinde yaşanan düşüşe paralel olarak milletlerarası doğrudan sermaye yatırımları 2008 yılında Türkiye’de %18 oranında düşmüştür. Türkiye’de 2008 yılı doğrudan sermaye yatırımlarının ülkelere göre dağılımına bakıldığında İngiltere (özellikle BAT’nin Tekel’in tütün kolunu özelleştirme kapsamında satın alması dolayısıyla) ve Lüksemburg (Migros’u alan özel hisse fonunun getirdiği sermaye dolayısıyla) %15’erlik payları ile toplam yatırımların 1/3’ünün kaynağı olmuşlardır⁷. 2008 yılı sonunda başlayan kötüleşme 2009 yılında daha keskin düşüşler göstermiştir. Türkiye’ye doğrudan yabancı sermaye girişleri %54, milletlerarası birleşme ve devralmalar %77 düşüş göstermiştir. Gelişmiş ülkelere beklenen %60 oranındaki düşüş kadar olmasa da gelişmekte olan ülkelere yatırımlarda %25 oranında düşüş olmuştur. Özelleştirme kapsamında Fransız Suez’in Kocaeli Doğalgaz Dağıtım Ortaklığı İzgaz’ın %90 hissesini satın alması, Enerjisa’nın Avusturyalı Verbund ve Ak Enerji’nin Çek Cumhuriyeti’nden CEZ ile ortaklıkları dolayısıyla yapılan yatırımlar, 2009 yılının ilk yarısında hem toplam yatırımlar hem de enerji alanındaki başlıca yatırımlar olmuştur. UNCTAD, global doğrudan sermaye yatırımları akışı açısından

⁵ Brechbühl, Beat, “Switzerland”, Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 455; Spillman, John, “The United States of America”, Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 517.

⁶ Tarihsel gelişim için bkz. Sarıkamış, Cevat, **Şirket Birleşmeleri**, İstanbul: Avcıol Basım Yayın, 2003, s. 81–100.

⁷ <http://www.yased.org.tr/webportal/Turkish/Yayinlar/Documents/UDYRaporu-mar09-2008degerlendirme-rev.pdf>, s. 3 (10.01.2010).

2010 sonu veya 2011’de başlayacak bir toparlanmanın muhtemel olduğunu öngörmektedir⁸.

Yabancı sermaye, ya Türkiye’de doğrudan doğruya yatırım yaparak yalnız veya Türklerle beraber ortaklık kurmakta (greenfield, komple yeni yatırım) veya mevcut bir ortaklıkla birleşmekte veya hisse senetlerini devralmaktadır. Yabancı yatırımcı, menkul kıymetler borsalarından hisse senedi satın almak yoluyla da yatırım yapabilmektedir (dolaylı yatırım, portföy yatırımı)⁹. 4875 sayılı ve 05.06.2003 tarihli Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (“DYYK”)¹⁰ m. 2 uyarınca, menkul kıymetler borsaları dışında hisse edinimi yoluyla mevcut bir ortaklığa ortak olmak veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı veya aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir ortaklığa ortak olmak, bir doğrudan yabancı yatırım şekli olarak kanunda yerini bulmuştur.

Milletlerarası anlamda birleşme ve devralmalar yoluyla yapılan yatırımlar, özellikle, bankacılık ve sigorta, kimya ve ilaç, telekomünikasyon ve medya, makine sanayi ve elektronik sektörlerinde yoğunlaşmıştır. Ayrıca, arge faaliyetleri yoğun endüstrilerde milletlerarası birleşme ve devralmalar yerel olanlara oranla daha sık ortaya çıkmaktadır¹¹.

Milletlerarası birleşme ve devralma öncesinde hedef ortaklığın değerlendirilmesi, güçlü ve zayıf yönlerinin belirlenmesi ve en uygun ortaklığın seçimi gibi karmaşık bir değerlendirme sürecinin başarı ile tamamlanması bir ön şart niteliğindedir. Ülke içinde gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar ile milletlerarası birleşme ve devralmalar arasındaki temel farklılık işbu değerlendirme sürecinin karmaşıklığından kaynaklanmaktadır. Milletlerarası birleşme ve devralmalarda, yatırımın yapılacağı ev sahibi ülkedeki sektörün detaylı analizinin yanı sıra politik,

⁸ <http://www.yased.org.tr/webportal/Turkish/Yayinlar/Documents/UDYRaporu-2009-ilk-yari.pdf>, s. 1–2 (10.01.2010).

⁹ Şirin, Ertunç, **Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Vergilendirme Rejimi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 9, s. 46; Yasaman, Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Ünal Tekinalp’e Armağan (“Armağan”)**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 699.

¹⁰ RG 17.06.2003–25141.

¹¹ Brechbühl, s. 455; Çelik, s. 30.

ekonomik ve kültürel analizlerin yapılması ve ayrıca, vergi, muhasebe sistemleri ve ev sahibi ülkenin hukukî yapısı hakkında araştırma yapılarak bilgi toplanması lazımdır¹².

Birçok milletlerarası birleşme ve devralmanın başarısızlıkla sonuçlanması esasında hedef ortaklığın beklentileri karşılayamamasından değil ülke mevzuatlarının farklılık göstermesindendir. Ayrıca, tüm ülkelerde birleşme ve devralmaları düzenleyen tek bir kanun yoktur ve ilgili hükümler türlü hukukî düzenlemeler altında dağınık olarak yer almaktadır. Günümüzde, milletlerarası iş hayatı bu engeli bertaraf etmek amacıyla gittikçe artan şekilde ortak bir yol izlemekte, ortak bir dil (genellikle İngilizce) kullanmakta, uyumlu muhasebe uygulamaları ve bir örnek hukukî düzenlemeler öngörmektedir. Bu yeknesak uygulama büyük ölçüde Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki birleşme ve devralma yapısı model alınarak oluşturulmaktadır¹³.

Ülkeler, sadece maddî hukukta değil birleşme ve devralmalarla ilgili kanunlar ihtilafı kurallarında da farklı düzenlemeler getirmiş ve hatta milletlerarası özel hukukta birleşme ve devralmaları düzenlememiştir. Günümüzde bu konuda yeknesak bir hukuk seçimi konusunda çalışmalar devam etmekte olup 13.12.2002 tarihli Aracı Kurumca Saklanan Hisseler Üzerindeki Bazı Haklara Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu (Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary) ("Lahey Konvansiyonu")¹⁴ bu amaçla akdedilmiştir.

Milletlerarası birleşme ve devralmaların Türkiye’de yoğunluk kazanmasından sonra söz konusu işlemler ile ilişkili olan türlü alanlarda hukukî düzenlemeler için gerekli adımlar atılmış ve mevzuatın oluşturulması için çalışmalar yapılmıştır. Ancak, ne var ki birleşme ve devralmalarla ilgili olarak geniş bir düzenlemenin bulunduğunu söylemek doğru değildir¹⁵.

¹² Cengiz, Emrah v.d., **Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejileri**, 2. bs., İstanbul: Beta Basım, 2007, s. 162-163.

¹³ Brechbühl, s. 456-457; Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 13; Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 1.

¹⁴ Konvansiyon metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=72 (10.01.2010).

¹⁵ Esin, İsmail/Lokmanhekim, Tunç, **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 2-4.

Milletlerarası birleşme ve devralmalar konusu başta milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku¹⁶ olmak üzere yabancılar hukuku, vatandaşlık hukuku¹⁷, medeni usul hukuku¹⁸, ticaret hukuku¹⁹, medeni hukuk²⁰, borçlar hukuku²¹, sermaye piyasası hukuku²², rekabet hukuku²³, bankacılık hukuku²⁴, özelleştirme hukuku²⁵, vergi hukuku²⁶ ve iş hukuku²⁷ gibi birçok alanla ilişkisi bulunan bir konudur. Diğer hukuk sistemlerinde de, başarılı bir birleşme ve devralma için hedef ortaklığın durumu ilgili tüm mevzuat açısından değerlendirilmektedir²⁸.

Bu çalışmanın kapsamını, bir ortaklığın tüzel kişiliğinin diğerinin içinde erimesi olarak özetleyebileceğimiz birleşme müessesinden ziyade bir tarafın bir ortaklığın kontrolünü hisse devri (share transfer) veya malvarlığı devri (asset transfer) vasıtasıyla tamamen veya kısmen devralması olarak ifade edebileceğimiz devralma yapısı oluşturmaktadır. Sadece yabancı unsurlu devralmalar kapsam içine dâhil edilmiş ve bunlar arasında, sadece bir Türk ortaklığının hisselerinin tamamen veya kısmen yabancı bir kişiye hisse satışı yolu ile devri durumları incelenmiştir. TTK’da tanımlanan anonim ortaklıklar ile limited ortaklıklar dışındaki tüm ortaklık türleri çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

İşbu kapsamda Türk hukuku sisteminde yer alan devralma müessesesi, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinden ABD ve İngiliz hukuku, kıta Avrupası hukuk sistemlerinden İsviçre hukuku ile AB hukukundaki mevcut durum incelenerek karşılaştırmalı hukuk açısından bir değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

Çalışmanın ilk bölümlerinde, yabancı sermaye yatırımları açısından bir Türk limited veya anonim ortaklığının ortağı (shareholder, stockholder, member) tarafından

¹⁶ 5718 sayılı ve 27.11.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”), RG 21.12.2007–26728.

¹⁷ 5901 sayılı ve 29.05.2009 tarihli Türk Vatandaşlık Kanunu (“TVK”), RG 29.05.2009–27256.

¹⁸ 1086 sayılı ve 18.06.1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (“HUMK”), RG 02/04.07.1927–622/624.

¹⁹ 6762 sayılı ve 29.06.1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu (“TTK”), RG 09.07.1936–9353.

²⁰ 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu (“TMK”), RG 08.12.2001–24607.

²¹ 818 sayılı ve 22.04.1926 tarihli Türk Borçlar Kanunu (“BK”), RG 08.05.1926–366.

²² 2499 sayılı ve 28.07.1981 tarihli Sermaye Piyasası Kanunu (“SerPK”), RG 30.07.1981–17416.

²³ 4054 sayılı ve 07.12.1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“RKHK”), RG 13.12.1994–22140.

²⁴ 5411 sayılı ve 19.10.2005 tarihli Bankacılık Kanunu (“BanK”), RG 01.11.2005–25983 (1. Mükerrer).

²⁵ 4046 sayılı ve 24.11.1994 tarihli Özelleştirme Kanunu, RG 27.11.1994–22124.

²⁶ 5520 sayılı ve 13.06.2006 tarihli Kurumlar Vergisi Kanunu (“KVK”), RG 11.06.2006–26205.

²⁷ 4857 sayılı ve 22.05.2003 tarihli İş Kanunu, RG 10.06.2003–25134.

²⁸ Whalley/Semler, s. 2.

yabancıya hisse devrinin aşamaları anlatılmıştır. Sonraki bölümlerde ise, kanunlar ihtilafı açısından işbu yatırımlar ele alınmış ve söz konusu yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi ve çözüm yöntemleri incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HİSSE DEVRİ İLE İLGİLİ HUKUKİ KAVRAMLAR

I. GENEL OLARAK

Bu bölümde, öncelikle, çalışmamızın sonraki bölümlerinde sıkça karşılaşıcağımız ortaklık, hisse ve hisse senedi kavramları ele alınacak, daha sonra çeşitli birleşme ve devralma yapıları karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Bu hukukî kavramlar, her bir ülkede farklı hukukî kalıplar içinde yer alabilmektedir. Milletlerarası ilişkilerde uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle milletlerarası özel hukukta bağlama kavramı veya bağlama noktası olarak ele alınan bu kavramların doğru şekilde nitelendirilmesi (vasıflandırma, classification, characterisation, qualification) gerekmektedir. Nitelendirmenin nasıl yapılacağı konusuna üçüncü bölümde vasıflandırma başlığı altında değinilecektir.

II. ORTAKLIK

A. Kavram

MÖHUK'ta tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukla (kişisel statü) ilgili ayrı bir hüküm öngörölmüş olmasına karşın, tüzel kişilikten ve bu başlık altında yer alan ortaklıktan ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklama yer almamıştır²⁹.

TMK'da kişiler, gerçek kişiler ve tüzel kişiler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. TMK m. 47 uyarınca, tüzel kişiler, başlı başına varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülennmiş olan bağımsız mal topluluklarıdır.

TMK m. 55 uyarınca, kamu tüzel kişileri ile ticaret ortaklıkları hakkındaki kanun hükümleri saklıdır. Kazanç paylaşma amacı gütmeyen dernekler ve vakıflar

²⁹ BK m. 520 vd. ile TTK m. 136 vd. hükümlerinde şirket ifadesi kullanılırken doktrinde şirket yerine ortaklık ifadesi kullanılmaktadır (bkz. Güven, Pelin, **Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme, Bölünme, Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü** ["Uygulanacak Hukuk"], Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 31).

kendi kanunlarına tâbi iken, kazanç paylaşma amacı güden ticaret ortaklıkları esas olarak TTK'daki hükümlere tâbidir. Adî ortaklıklar BK ile, özellik arz eden bazı ortaklıklar ise özel kanunlarla düzenlenmiştir. Örneğin, kapalı anonim ortaklıklar TTK hükümlerine tâbiyken HAAO statüsü kazanılması halinde SerPK hükümleri öncelikle uygulanmaktadır. Kooperatifler, bankalar, sigorta ortaklıkları, menkul kıymetler yatırım ortaklıkları ve aracı kurumlar, özellik arz eden diğer ortaklıkların belli başlıcalarıdır³⁰.

BK m. 520 uyarınca, ortaklık, bir sözleşmedir ki onunla iki veya daha çok kişi emeklerini ve mallarını, ortak bir amaca erişmek için birleştirme borcu altına girerler. Buna göre, ortaklık ilişkisi; kişi, sözleşme, sermaye ve müşterek amaç uğrunda eşit temel üzerinde birleşerek çalışmak (affectio societatis) şeklinde dört unsurdan oluşmaktadır.

TTK m. 136'da ticaret ortaklıkları; kollektif ortaklık, komandit ortaklık, anonim ortaklık, limited ortaklık ve kooperatifler olarak beş ayrı türe ayrılmışlardır. Adî ortaklık, kollektif ve komandit ortaklıklar kişi ortaklığıyken anonim ortaklık, limited ortaklık ve paylı komandit ortaklıklar ise sermaye ortaklığı olarak tasnif edilmektedir. TTK m. 137 uyarınca, bu ortaklıkların hepsi tüzel kişiliğe sahiptir. TTK m. 503 uyarınca, limited ortaklık; iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup ortaklarının sorumluluğu koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı ve esas sermayesi belirli olan ortaklık çeşididir. TTK m. 269 uyarınca, anonim ortaklık; bir unvana sahip, esas sermayesi belirli ve hisselerle bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız mamelekiyle sorumlu olan ortaklıktır. TTK'da ayrıca m. 466/4 hükmünde, gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştiraktan ibaret olan holding şeklindeki ortaklıklardan bahsedilmektedir. TTK Tasarısı³¹ m. 338 ile bir yenilik olarak tek kişilik anonim ortaklıklar öngörülmüştür. Buna göre, “Anonim şirketin kurulabilmesi için paysahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır”.

³⁰ Çevik, Orhan Nuri, **Anonim Şirketler (“Anonim Şirketler”)**, Gözden geçirilmiş güncelleştirilmiş 3. bs., Ankara: Seçkin Kitabevi, 1988, s. 139–141; Karahan, Sami, “Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması”, **BATİDER**, C. 21, S. 21, Aralık 2001, s. 28; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2009, s. 13.

³¹ TTK Tasarısı için bkz. Akugur, Mehmet, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı**, C. 1-2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.

Türk hukukunda, az sayıda ortağa sahip anonim ortaklıklara kapalı anonim ortaklık denilmektedir. Kapalı anonim ortaklık denilmesinin nedeni; halka açık olmaması ve hisselerinin genellikle nama yazılı olup belirli kişi ve grupların elinde olmasıdır. Genellikle bu tür ortaklıklarda, esas sözleşmeye konan hükümlerle hisse devri izne tâbi tutularak güçleştirilmekte, alım ve önalım gibi benzeri haklar vasıtasıyla ortaklığın yabancılaşmasına engel olunmaktadır³².

Buna karşın, büyük sayıda tasarruf sahiplerinin hisse senedi olarak katıldıkları anonim ortaklıklar, halka açık niteliktedir. SerPK m. 3 (g) uyarınca, “Halka açık anonim ortaklıklar, hisse senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklardır”. SerPK m. 11/1 uyarınca, “Ortak sayısı ikiyüzelliyi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arzedilmiş sayılır ve bu ortaklıklar halka açık anonim ortaklık hükümlerine tâbi olurlar”. SerPK burada kanunî bir varsayıma yer vermiştir.

SerPK m. 3 (c) uyarınca, “Halka arz, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulması, halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesi, hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesi, SPK’ya göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye arttırmaları dolayısıyla hisselerinin veya hisse senetlerinin satışlarıdır”. Bu tür anonim ortaklıklar, ortak sayısı 250’den az olsa dahi menkul kıymetlerini (sermaye piyasası araçları) halka arz eden anonim ortaklık (“HAAO”) haline gelmektedir. Halka açık anonim ortaklık hisselerinin halka arz yoluyla devri için İngilizce terminolojide, genellikle, “acquisition” yerine “takeover” ibaresi kullanılmaktadır³³.

SerPK m. 11/3 uyarınca, “SPK tarafından yapılan incelemelerde, bu Kanun’a tâbi ortaklıkların menkul kıymetlerinin ikinci el piyasasının oluştuğu anlaşıldığı takdirde SPK, bu ortaklıkların doğrudan ya da dolaylı ortak sayısını veya bilanço büyüklüğünü dikkate alarak, menkul kıymetlerine borsada işlem görme şartı getirebilir”. Hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar, halka açık anonim ortaklığın bir

³² Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku: Temel Esaslar (“Şirketler”)**, Güncellenmiş 7. bs., Adana: Karahan Yayınevi, 2008, s. 201.

³³ Horn, s. 4.

alt sınıfını oluşturmaktadır. Bu anonim ortaklıklar, TTK, SerPK ve SPK tebliğleri yanında borsa mevzuatına ve özellikle ilgili borsa başkanlığının tebliğlerine tâbidir³⁴.

İsviçre hukukunda, ortaklık ifadesinden ne anlaşılması gerektiği 18.12.1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında İsviçre Federal Kanunu (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht) (“IPRG”)³⁵’nda ayrı bir hükümle düzenlenmiştir. IPRG m. 150 uyarınca, ortaklık kavramı, organize olmuş kişi veya malvarlığı topluluğunu kapsamaktadır. Buradaki ortaklık kavramı, ticaret ortaklıkları dışında diğer kişi ve mal topluluklarını da kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanmaktadır. Organize olmamış topluluklar ise, IPRG’nin sözleşmelere ilişkin m. 116 vd. hükümlerine tâbidir. Ortaklıklar, 30.03.1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht) (“OR”)³⁶’nda düzenlenmiştir. Tek ortaklı yapılar, adî ortaklıklar (sociétés simples, Einfache Gesellschaft) ile komandit ortaklıklar (sociétés en commandite, Kommanditgesellschaft), kollektif ortaklıklar (sociétés en nom collectif, Kollektivgesellschaft) ve kooperatifler (sociétés cooperatives, Genossenschaften) şeklindeki kişi ortaklıklarının yanısıra limited ortaklıklar [sociétés à responsabilité limitée (Sarl, Sagl), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)], sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar (sociétés en commandite par actions, Kommanditaktiengesellschaften) ve anonim ortaklıklar [sociétés anonymes (SA), Aktiengesellschaften (AG)] İsviçre’deki başlıca ortaklık türleridir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve doktrinde, başka ortaklıkların faaliyetini kontrol edebilecek ve onların yönetim kurullarına hâkim olabilecek sayıda hisse senedine sahip ortaklıklar, holding ortaklık olarak kabul edilmektedir. Türk hukukundaki adî ortaklık yapısı ile ticaret ortaklıkları İsviçre OR’dan alınmadır³⁷.

³⁴ Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 144–146; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 266.

³⁵ Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. Karrer, Peter A., **Switzerland’s Private International Law**, Schulthess, 1994, s. 31-166.

³⁶ Kanun metninin Almancası için bkz. <http://www.admin.ch/ch/d/as/index.html> (10.01.2010); Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. **Swiss Code of Obligations: English Translation of Official Text**, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 2006, s. 1 vd.

³⁷ Brechbühl, s. 456; Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 1201; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 9.

AB hukukunda, ortaklıklar hukuku alanında mevcut farklılıklar giderilmeye çalışılmakta olup İngiltere dâhil üye ülkelerin ortaklıklar hukuku ile ilgili olarak çıkarılan millî hukukların uyumlaştırılması yolunda çalışmalar yapılmaktadır³⁸.

İngiliz hukukunda, ortaklıkların tasnifi kıta Avrupası hukuk sistemine yabancıdır. Kişi ortaklıkları; adî ortaklıklar (ordinary, simple, plain partnership) ve kollektif ortaklıkları (general partnership) kapsayan 1890 tarihli Kişi Ortaklıkları Kanunu (Partnership Act)³⁹ ve komandit ortaklıkları [limited partnership (LP), limited liability partnership (LLP)] kapsayan 1907 tarihli Sınırlı Sorumlu Kişi Ortaklıkları Kanunu (Limited Partnership Act)⁴⁰ ile düzenlenmiştir. Türk hukukundan farklı olarak burada kişi ortaklıklarının tüzel kişiliği yoktur. Sermaye ortaklıkları ise, 2006 tarihli Ortaklıklar Kanunu (Companies Act) (“CA”)⁴¹ ile düzenlenmiştir. Sermaye ortaklıkları, ortakların hisse veya taahhüdü ölçüsünde sınırlı sorumlu [company limited by shares, company limited by guarantee, private limited company (Ltd.), public limited company (PLC)] veya sınırsız sorumlu (unlimited company) olarak tasnif edilmiştir. Bunlar dışında, tek ortaklı yapılar (sole trader, sole proprietorship, individual proprietorship), kooperatifler (cooperative company) ve kamu yararı güden ortaklıklar [community interest company (CIC)] vardır. Bir bağlı ortaklığa ortak ve o ortaklığın yönetim kuruluna hâkim ortaklıklar ile ortaklığın esas sermayesinin ticarî değerinin yarısından fazlasına sahip ortaklıklar ise, holding olarak nitelendirilmektedirler⁴².

ABD’de, her eyaletin farklı kanunu olmakla beraber uyumlaştırma çalışmaları kapsamında model kanunlar çıkarılmıştır. Bu doğrultuda, ortaklıklar hukuku alanında eyaletlerin birçoğu 2006 yılında değişikliğe uğramış Model İş Ortaklıkları Kanunu (Model Business Corporation Act) (“MBCA”)⁴³,’yı adapte etmişlerdir. Ortaklıklar hukuku alanında, Fransız sistemine bağlı Louisiana dışında büyük ölçüde İngiliz

³⁸ Ortaklıklar hukukuna ilişkin hukukî düzenlemeler için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 10–11.

³⁹ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1890/cukpga_18900039_en_1 (10.01.2010).

⁴⁰ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1907/cukpga_19070024_en_1 (10.01.2010).

⁴¹ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/ukpga_20060046_en_1 (10.01.2010).

⁴² Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 1201; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 6–7; Tekil, Fahiman, **Anonim Şirketler Hukuku (“Anonim Şirketler”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1993, s. 5–6; Schönberg, Max Albers/Leemann, Mathias, “Switzerland”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 471.

⁴³ Kanun metni için bkz. <http://www.abanet.org/buslaw/committees/CL270000pub/nosearch/mbca/home.shtml> (10.01.2010).

hukukunun etkisinde kalınmıştır. Bu çerçevede, kişi ortaklıkları yanında limited ortaklıklar [limited liability company (LLC, LC, Ltd. Co.)] ve anonim ortaklıklar [stock corporation (Corp., Inc.)] kanunda yerini almıştır. Türk hukukundan farklı olarak burada kişi ortaklıklarının tüzel kişiliği yoktur. Anonim ortaklıklar ise, halka açık anonim ortaklıklar (publicly held corporation) ve kapalı anonim ortaklıklar (private, close corporation) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlar dışında, tek ortaklı yapılar, ticarî faaliyette bulunan bir tür vakıf niteliğindeki yediemince yönetilen girişimler (business trust) ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar (limited partnerships with shares, joint stock company) gibi birlikler mevcuttur. Eyaletlerin hukuklarını birleştirme hareketi, adî ortaklıklarda 1997 tarihli Yeknesak Kişi Ortaklıkları Kanunu (Uniform Partnership Act)⁴⁴, komandit ortaklıklarda 2001 tarihli Yeknesak Sınırlı Sorumlu Kişi Ortaklıkları Kanunu (Uniform Limited Partnership Act)⁴⁵, limited ortaklıklarda 2006 tarihli Yeknesak Limited Ortaklıklar Kanunu (Uniform Limited Liability Company Act)⁴⁶ ile gerçekleştirilmiş, anonim ortaklıklar için ise böyle bir yeknesak kanun kabul edilmemiştir. En tanınmış anonim ortaklıklar kanunu (corporation act), Delaware Eyaleti Kanunu⁴⁷'dur. ABD hukukunda, ayrıca, ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunmak kaydıyla ortaklıklar, yönetime etkili olabilecek şekilde hâkim ortaklık olarak başka ortaklıklara iştirak edebilmektedir. Bu tür ortaklıklar, holding olarak adlandırılmaktadır⁴⁸.

B. Vatandaşlık

Bir ortaklığın vatandaşlığının tespiti ve yabancı olup olmadığı, uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözümü açısından önem taşımaktadır. Tüzel kişilerin bu

⁴⁴ Kanun metni için bkz. http://international.westlaw.com/toc/default.wl?rs=WLIN9.09&ifm=NotSet&fn=_top&sv=Split&mt=WLIACademic&db=USCA&utid=5&vr=2.0&rp=%2ftoc%2fdefault.wl&sp=intmar-000 (10.01.2010).

⁴⁵ Kanun metni için bkz. http://international.westlaw.com/toc/default.wl?rs=WLIN9.09&ifm=NotSet&fn=_top&sv=Split&mt=WLIACademic&db=USCA&utid=5&vr=2.0&rp=%2ftoc%2fdefault.wl&sp=intmar-000 (10.01.2010).

⁴⁶ Kanun metni için bkz. http://international.westlaw.com/toc/default.wl?rs=WLIN9.09&ifm=NotSet&fn=_top&sv=Split&mt=WLIACademic&db=USCA&utid=5&vr=2.0&rp=%2ftoc%2fdefault.wl&sp=intmar-000 (10.01.2010).

⁴⁷ Kanun metni için bkz. http://international.westlaw.com/toc/default.wl?rs=WLIN9.09&ifm=NotSet&fn=_top&sv=Split&mt=WLIACademic&db=USCA&utid=5&vr=2.0&rp=%2ftoc%2fdefault.wl&sp=intmar-000 (10.01.2010).

⁴⁸ Conard, Alfred F./Gordon, Michael Wallace, "Business Enterprises", Ansay, Tuğrul/Clark, David S. (Ed.), **Introduction to the Law of the United States**, 2nd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 312-319; Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 1201; Kay, David N., "United States Of America", Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 497-498; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 7.

nedenle bir vatandaşlığının olması gerektiği yolundaki çoğunluk görüşünün aksine tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi vatandaşlığının olamayacağı yolunda görüşler de vardır⁴⁹.

Tüzel kişilerin vatandaşlığının tespiti şu üç noktada önem kazanmaktadır⁵⁰: i) Yerli ve yabancı tüzel kişiler arasındaki haklar, borçlar ve yükümlülükler açısından farklılıkların ortaya konması. ii) Diplomatik korunmanın kapsamının belirlenmesi. iii) İkili ve çok taraflı sözleşmelerde karşılıklı olarak sağlanan hak ve imtiyazlardan hangi ülke tüzel kişilerinin yararlanabileceğinin tespiti.

Milletlerarası ticarete, milletlerarası ortaklık veya çok milletli ortaklık ifadeleri daha sıklıkla kullanılırken milletlerarası özel hukuk açısından yabancı ortaklık ifadesinin kullanılması tercih edilmektedir⁵¹.

Milletlerarası ortaklık, ekonomik anlamda birden fazla ülke ile ilgili olan veya dünya çapında faaliyette bulunan ve aynı zamanda hem global hem de çok milletli ortaklıkları içine alan bir kavramdır⁵². Çok milletli ortaklık (transnational, multidomestic, multilocal, multinational corporation) ise, tek bir yönetim altında türlü ülkelerde üst yönetimleri (“hâkim ortaklık”) bu ülkelerin dışında yer alan yavru ortaklıklar (“bağlı ortaklık”) vasıtasıyla faaliyette bulunan ve çoğunlukla çok güçlü sermayeye sahip olan bir işletme olarak tanımlanmaktadır⁵³. Diğer bir tanımlama ise çok milletli ortaklığı, iki veya daha çok idarî merkeze sahip olan bir ortaklık olarak nitelendirmektedir⁵⁴. Çok milletli ortaklıkların teşekkül ettikleri ortaklıklardan ayrı bir tüzel kişilikleri bulunmamaktadır⁵⁵.

⁴⁹ Arat, Tuğrul, **Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 65-92; Aybay, Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, 2. bs., İstanbul: İBÜ Yayınları, 2008, s. 371; Aygül, Musa, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 54 vd.; Aybay, s. 13, s. 335, s. 369; Doğan, Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku (“Vatandaşlık”)**, Güncelleştirilmiş 8. bs., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 195-196; Nomer, Ergin, **Vatandaşlık Hukuku (“Vatandaşlık”)**, 17. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009, s. 39.

⁵⁰ Tekinalp, Gülören, “Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı”, **İÜHF 50. Yıl Armağanı (“50. Yıl Armağan”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973, s. 553.

⁵¹ Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 33.

⁵² Ball, Donald A. v.d., **International Business: The Challenge of Global Competition**, 11th ed., New York: McGraw-Hill, 2008, s. 6.

⁵³ Nomer, **Vatandaşlık**, s. 40.

⁵⁴ Özkan, Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Antalya: Naturel Yayıncılık, 2003, s. 105.

⁵⁵ Aygül, s. 72.

Türk hukukunda, tüzel kişilerin vatandaşlığının tespitinde kanunlarda yeterli açıklık getirilmemiştir. Doktrinde ise problem, daha çok tüzel kişilere uygulanacak hukuk (ortaklıklara uygulanacak hukuk, ortaklık statüsü, lex societatis) açısından ele alınmış ve hatta tüzel kişilerin vatandaşlığı konusu incelenirken bile sanki uygulanacak hukuk aranıyormuş gibi bir yöntem kullanılmıştır⁵⁶.

Türk hukukunda, ortaklıkların vatandaşlığından mı yoksa İsviçre hukukunda olduğu gibi ortaklıklara uygulanacak hukuktan mı sözedilmesinin daha doğru olacağı tartışma konusu olmakla beraber gerek ortaklığın vatandaşlığının gerekse ortaklığa uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kriterler benzerdir⁵⁷. Buna karşılık, ortaklıklara uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan vatandaşlık kriteri terk edilmiştir. Millî kanun prensibi, ortaklıklar için tercih edilmemektedir⁵⁸. Ortaklıklara uygulanacak hukuk, hâkimin kanunlar ihtilafı hukukunda kabul edilen bağlama noktası esas alınarak tespit edilirken vatandaşlık, vatandaşlığı söz konusu olan ülkenin hukukuna göre tespit edilecektir. Ortaklıklara uygulanacak hukuk bu durumda, hâkimin hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Oysa ki, Türk hukuku, vatandaşlık açısından Türk ve yabancı tüzel kişileri birbirinden ayırabilmekle beraber yabancı bir tüzel kişiye yabancı bir ülke vatandaşlığı veremez⁵⁹.

Vatandaşlığın tespitinde kullanılan kriterlerin başlıcaları şunlardır⁶⁰:

i) Ortaklığın kurulduğu ülke (kuruluş yeri, sicil yeri, lex incorporatonis, state of incorporation, registered office).

ii) Ortaklık esas sözleşmesinde yazılı idare merkezinin bulunduğu ülke (statüdeki merkez, statutory seat).

⁵⁶ Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 551.

⁵⁷ Moroğlu, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (“Nomer Armağan”)**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 413–414; Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 555.

⁵⁸ Rammeloo, Stephan, **Corporations in Private International Law: European Perspective**, New York: Oxford University Press, 2001, s. 13; Geniş bilgi için bkz. Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 562–567.

⁵⁹ Aygül, s. 33; Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 555–558.

⁶⁰ Arat, s. 22–29; Doğan, **Vatandaşlık**, s. 197–199; Çelikel, Aysel/Gelgel, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 14. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 27; Nomer, **Vatandaşlık**, s. 39–40; Rammeloo, s. 16; Tekinalp, Gülören, **Türk Yabancılar Hukuku (“Yabancılar”)**, Yenilenmiş 8. bs., İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 56; Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 558–567.

iii) Ortaklık faaliyetlerinin bulunduğu ve fiilen idare edildiği ülke (fiilî idare merkezi, gerçek idare merkezi, esas idare merkezi, efektif merkez, real seat).

iv) Kuruluş yeri hukuku ile idare merkezi hukuku birlikte (kümülatif sistem).

v) Sermayenin bulunduğu ülke.

vi) Kurucularının tâbi olduğu ülke.

vii) Kontrolü elinde bulunduran kişilerin tâbi olduğu ülke.

viii) Ortaklığın üçüncü kişilerle yaptığı işlemleri esas alan işlem (muamele) merkezi.

ix) Hâkimin yetkisi (eklektik sistem).

Kuruluş yeri, daha çok Anglo-Amerikan hukuk sisteminin uygulandığı ülkeler ile İsviçre⁶¹, Danimarka ve Hollanda'da kabul görmektedir. Bu sisteme göre, ortaklık hangi ülkenin hukukuna göre kurulmuşsa o ülkenin vatandaşlığını kazanır. Kuruluş yeri kriterinde, ortaklığın idare merkezi (central administration) ile kurulduğu yerin bir ve aynı yer olma zorunluluğu yoktur. Ancak, ortaklığın esas sözleşmesinde yazılı idare merkezi, kurulduğu ülkede bulunmalıdır⁶².

Genellikle kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edilen idare merkezi kriterine göre ise, ortaklığın idare merkezi nerede bulunuyorsa ortaklık o ülkenin vatandaşlığını kazanır. Bu kriteri kabul eden hukuklarda, ortaklığın idare merkezi ile kurulduğu yer bir ve aynı yer olmak zorundadır. Ortaklığın esas sözleşmesinde yazılı idare merkezi, kurulduğu ülkededir. İdare merkezi esas sözleşmede yazılı olandan başka bir merkeze kayarsa hâkim görüş, fiilî idare merkezinin esas alınması yolundadır⁶³.

⁶¹ Yurtdışında Mukim Kişiler Tarafından Taşınmaz Edinimine İlişkin İsviçre Federal Kanunu uyarınca, yabancı kavramı, İsviçre dışında yerleşik kişiler ve kurulmuş ortaklıklar ile esas sözleşmedeki idare merkezleri İsviçre olmakla beraber yabancı ülkelerde yerleşik kişiler tarafından kontrol edilen ortaklıkları kapsamaktadır (Tschani, Rudolf/Von Planta, Andreas/Oertle, Matthias, **Corporate Acquisitions and Mergers in Switzerland**, Hague: Kluwer Law International, 2000, s. 22).

⁶² Aygül, s. 22; Moroğlu, **Nomer Armağan**, s. 414-415; Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 572.

⁶³ Aygül, s. 24-26; Doğan, **Vatandaşlık**, s. 198-199; Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 560.

Ancak, idare merkezinin tespiti her zaman kolay olmayabilir. İdare merkezi olarak, ortaklığın işlerinin idare edildiği ve üçüncü kişilerle ilişkide bulunduğu işlem merkezinin mi yoksa işletmesinin fiilen bulunduğu yerin mi nazara alınması gerektiği tartışmalıdır. Hâkim anlayışa göre, tüzel kişinin işlem merkezi, işletme merkezi ve idare merkezi bir ve aynı kabul edilmektedir⁶⁴.

Çok milletli ortaklıkların idare merkezinin tespiti konusu, özellikle idare merkezi kriterini benimseyen ülkeler açısından önem taşımaktadır. Çünkü, çok milletli bir ortaklığın birçok yerde idare merkezi olması nedeniyle özellikle bağlı ortaklıklarının fiilî idare merkezlerinin tespitinde sorunlar çıkmaktadır. Hâkim ortaklığın bulunduğu ülkeler, kendi hukuklarını bağlı yabancı ortaklıklara uygulama eğilimindedirler. Bazı ülkelerde ise, çok milletli ortaklığın fiilî idare merkezinin araştırılması gerektiği ve bu yerin de her zaman esas işyerinin bulunduğu yer (main business, principal place of business) olmayabileceği görüşü hâkimdir⁶⁵. Birden fazla fiilî idare merkezinden en önemlisinin bulunduğu ülke hukuku tercih edilebilir. Eğer, fiilî idare merkezlerinden biri Türkiye’de bulunuyorsa bu idare merkezi en önemlisi olmasa dahi MÖHUK m. 9 (4) hükmünü uygulayarak Türk hukukunun dikkate alınabileceğinden tereddüt etmemek gerekir⁶⁶.

Türk hukukunda, ne TVK’da ne de diğer kanunlarda tüzel kişilerin vatandaşlığına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak, türlü kanunlardaki bir kısım hükümlerden tüzel kişiliğin vatandaşlığını tespitte faydalanılabilir. Nitekim, Türk hukukunda tüzel kişilerin vatandaşlığı hakkında doktrindeki görüşler işbu mevzuata dayalıdır⁶⁷.

MÖHUK’ta tüzel kişilerle ilgili tek bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, bu hüküm vatandaşlıkla ilgili değil tüzel kişinin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukla ilgilidir. İşbu MÖHUK m. 9 (4) hükmü uyarınca, “Tüzel kişilerin veya kişi ve mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, esas sözleşmelerindeki idare merkezi hukukuna

⁶⁴ Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 569–571; Tekinalp, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları (“MÖH”)**, 10. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 87–88.

⁶⁵ Aygül, s. 73–75; Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, **Devletler Hususi Hukuku**, 17. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 233.

⁶⁶ Nomer/Şanlı, s. 235.

⁶⁷ Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 567.

tâbidir. Ancak, fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir”.

ESHK⁶⁸’da vatandaşlık konusunda doğrudan bir hüküm yer almamakla beraber m. 1’de idare merkezinin bulunduğu ülkede kurulmak ibaresi bulunurken, m. 15’de yabancı ortaklığın idarî merkez muamelelerinin Türkiye’de toplanması halinde ortaklığın ya Türk ortaklığı haline geleceği veya kapatılacağı hükme bağlanmıştır. Anonim ve sermayesi paylara bölünmüş ortaklıklar açısından fiilî idare merkezi Türkiye’de ise o hukukun uygulanmasının ESHK m. 15’in emredici niteliği nedeniyle zorunlu olduğu da gözden kaçırılmamalıdır⁶⁹.

TTK’da ise, ticaret ortaklıklarının vatandaşlığı konusunda doğrudan bir hüküm yoktur. TTK m. 155/1 (3) ile TTK m. 279/2 (1) hükümlerinden anlaşılabileceği üzere idare merkezi, ortaklık esas sözleşmesinde gösterilir. Esas sözleşmede gösterilen idare merkezi gerçek idare merkezi değil ise sicil memuru TTK m. 34/3 kapsamında tescil talebini reddetmelidir.

Gerek TTK gerekse ESHK’daki ilgili hükümler değerlendirildiğinde, Türk hukukunda ortaklıkların vatandaşlığı konusunda kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulanan idare merkezi kriterinin kabul edildiği sonucuna varabiliriz⁷⁰. Ortaklıkların vatandaşlıklarının belirlenmesinde kuruluş yeri kriterinin kabul edilmesi gerektiği şeklinde görüşler de mevcuttur⁷¹. Nitekim, BanK, DYYK, 2644 sayılı ve 22.12.1934 tarihli Tapu Kanunu⁷², 6326 sayılı ve 07.03.1954 tarihli Petrol Kanunu⁷³ ile 5177 sayılı ve 26.05.2004 tarihli Maden Kanunu⁷⁴’nda, doğrudan tüzel kişiliğin vatandaşlığı düzenlenmemekle beraber kuruluş yeri kriterinin etkisini görmek mümkündür⁷⁵.

TTK m. 42/4 uyarınca, idarî merkezleri yurtdışında bulunan işletmelerin Türkiye’deki şubelerinin, kendi ülke kanunlarının ticaret unvanı hakkındaki hükümleri

⁶⁸ 1330 sayılı ve 30 Teşrinisani tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat (“ESHK”), RG 4 Kanunuevvel 1330- 2025.

⁶⁹ Tekinalp, **MÖH**, s. 93–94.

⁷⁰ Arat, s. 108; Aybay, s. 374; Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 28; Tekinalp, **Yabancılar**, s. 61.

⁷¹ Moroğlu, **Nomer Armağan**, s. 416–417.

⁷² RG 29.12.1934–2892.

⁷³ RG 16.03.1954–8659.

⁷⁴ RG 05.06.2004–25483.

⁷⁵ Geniş bilgi için bkz. Arat s. 111–118; Tekinalp, **50. Yıl Armağan**, s. 574–579.

mahfuz kalmak şartıyla yerli ticarî işletmeler gibi tescil olunacakları ve bu gibi şubeler için ikametgâhı Türkiye’de bulunan tam yetkili bir ticarî mümessil tayininin zorunlu olduğu ve birden fazla şube söz konusu ise ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubelerin yerli ticarî işletmelerin şubeleri gibi tescil olunacakları hükme bağlanmıştır. TTK m. 117/3 uyarınca, Türkiye’de idarî merkez veya şubesi bulunmayan yabancı işletme ad ve hesabına, geçici de olsa, yurtiçinde işlem yapanlar hakkında acentalık hükümleri uygulanacaktır. Ancak, yabancı ortaklıkların bu şekilde Türkiye’de ticarî faaliyette bulunabilmeleri, yabancı sermaye mevzuatına göre yatırım yapabilmeleri ve Türk mahkemelerinde dava açabilmeleri, icra takibi yapabilmeleri, aleyhlerine dava ve icra takibi açılabilmesi imkânları ortaklıkların vatandaşlık değil tanınması konusuyla ilgilidir. MÖHUK m. 9 (4) hükmüne göre, “Yabancı ülkede kurulmuş ve esas sözleşmesindeki idare merkezi orada bulunan bir ortaklık Türk hukuku açısından esas sözleşmedeki idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre geçerli şekilde kurulmuş ise Türkiye’de tanınır”. Bunun anlamı, kuruluş ülkesinde o ortaklığa bahşedilmiş tüzel kişilik ve ehliyetin tanınmasıdır⁷⁶.

Yabancı ortaklıkların tanınması konusu, milletlerarası birleşme ve devralma işlemlerinin gerçekleştirilmesinde ön şart niteliği taşımaktadır. Ancak, bu konuda henüz milletlerarası yeknesak bir düzenleme getirilememiştir. Konu daha çok ikili anlaşmalarla düzenlenmektedir⁷⁷. AB’de bu konuda yeknesak kurallar oluşturulamamış olmakla beraber Avrupa Toplulukları Mahkemesi (“ATM”)’nin kararlarıyla⁷⁸ yerleşim serbestîsi ile ilgili Avrupa Topluluğu’nu kuran Antlaşma (Treaty Establishing the European Community) (“ATA”)⁷⁹ m. 43–48 hükümleri kapsamında işletmeyle ilgili faaliyetlerin üye ülke ortaklığı tarafından kendi ülkesi dışında diğer bir üye ülkede

⁷⁶ Moroğlu, **Nomer Armağan**, s. 417–418; Tekinalp, Gülören, “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, **MHB: Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan (“Armağan”)**, S.1–2, 1999–2000, s. 919.

⁷⁷ Horn, s. 8–9.

⁷⁸ C–81/87 The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. (1988) ECR 5483, C–212/97 Centros Ltd. v. Erhvers-og Selskabsstyrelsen (1999) ECR I–1459, (1999) 2 C.M.L.R. 551, 584 (1999), C–208/00 Überseering BV v. Nordic Construction Company Buamanagement GmbH (2002) ECR I–9919 için bkz. <http://curia.europa.eu> (10.01.2010); Aygöl, s. 242 vd.; Ansay, Tuğrul, “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması”, **MHB: Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan**, Y. 23, S. 1–2, 2003, s. 1–19; Özel, Sibel, “Avrupa Birliği’nde Şirketlerin Yerleşim Serbestîsinin Lex Societatis İle Olan İlişkisi”, **Erdoğan Teziç’e Armağan (“Teziç Armağan”)**, İstanbul: GÜ Yayınları, No. 5, 2007, s. 909–913; Tekinalp, Gülören, “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, **MHB: Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan (“Armağan”)**, S.1–2, 1999–2000, s. 909–921.

⁷⁹ Konsolide metin için bkz. OJ 24.12.2002 – C325, s. 33–184.

yerleşilerek yapılması kolaylaştırılmıştır. ATA m. 48 uyarınca, bir üye ülkenin mevzuatına göre kurulmuş olan ve kuruluş yeri, idare merkezi veya iş merkezi AB içinde bulunan ortaklıklar üye ülke vatandaşı gibi muamele görürler⁸⁰.

ABD hukukunda da, 1971 tarihli Gözden Geçirilmiş Kanunlar İhtilafı Kuralları II (Second Restatement of the Conflict of Laws) (“CoL II”)⁸¹ bölüm 297 uyarınca, kuruluş yeri hukukuna uygun biçimde organize edilmiş ortaklıkların hukukî statüsü genellikle diğer eyaletler tarafından tanınmaktadır.

C. İkametgâh

İkametgâh (yerleşim yeri, lex domicilii) kavramı, hukuktan hukuka farklılık arz etmektedir. Genel olarak, ikametgâhın tespitinde iki unsur önem taşımaktadır⁸²: i) Kişinin belirli bir yerde oturması. ii) Sürekli kalma niyeti. Kişinin belli bir yerde sürekli kalma niyeti; orada taşınmaz mal edinmesi, işyerinin olması, çocuğunun okula gitmesi gibi bir takım olgulara bakılarak saptanır. Bu olguların, belirli bir durumda ikametgâhın saptanması bakımından ne ölçüde ağırlık taşıdığı mahkemenin takdirine kalmıştır.

TMK’da ikametgâh, yerleşim yeri olarak geçmektedir. Yerleşim yeri, TMK m. 19/1 uyarınca, bir kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir ve TMK m. 51 uyarınca, tüzel kişiler için kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.

TMK, bir kişinin aynı anda birden çok ikametgâhı olamayacağı ilkesini benimsemiştir. TMK m. 19/2 uyarınca, “Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz”. TMK m. 19/3 uyarınca, “Bu kural, sınaî ve ticarî kuruluşlar hakkında uygulanmaz”. HUMK m. 17 hükmü de bu düzenlemeyi destekler niteliktedir.

HUMK m. 17 uyarınca, gerçek veya tüzel bir kişinin çeşitli yerlerde şubeleri bulunduğu takdirde o şubenin işlemlerinden dolayı istisnalar dışında şubenin bulunduğu yerde de dava açılabilir. Aynı şekilde, ESHK m. 10 uyarınca, yabancı anonim ve

⁸⁰ Horn, s. 9; Tekinalp, Armağan, s. 911–912.

⁸¹ Kural metni için bkz. **Restatement of the Conflict of Laws Second**, St. Paul: American Law Institute Publishers, 1971, s. 1 vd.

⁸² Aybay, Rona/Dardağan, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, İstanbul: İBÜ Yayınları, 2005, s. 47.

sermayesi paylara bölünmüş ortaklıkların Türkiye’deki şube veya acentelikleri onların kanunî ikametgâhı sayılmaktadır ve buna göre, şube ve acentelerin bulunduğu yer mahkemesi yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş olan ortaklıklara karşı açılacak davalarda milletlerarası yetkiye sahiptir.

TMK m. 20 uyarınca, “Bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır”.

İsviçre IPRG m. 21 uyarınca, ortaklığın ikametgâhı sicil yeridir. Ortaklığın sicil yeri ise, esas sözleşmesinde gösterilen yerdir. Eğer ortaklığın esas sözleşmesinde sicil yeri gösterilmemişse ortaklığın fiilî idare merkezinin bulunduğu yer sicil yeri olarak kabul edilmiştir. Ortaklığın iş merkezi ise, ortaklığın tescil edildiği yerde veya şubesinin bulunduğu yerdedir.

AB hukukunda, 44/2001 sayılı ve 22.12.2000 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AT Konsey Tüzüğü (EC Council Regulation on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters) (“Brüksel Tüzüğü”)⁸³ m. 60 uyarınca, tüzel kişiler için ikametgâh, ortaklık veya tüzel kişinin sicil yeri, idare merkezi veya iş merkezinin bulunduğu yerdir.

AB hukuku ile karşılaştırmalı olarak yürüttüğümüz bu çalışmada AB tüzüklerine ve ilgili sair mevzuata yer verilmektedir. Bundan dolayı burada kısaca, AB hukukunun önemli bölümünü oluşturan tüzüklerin etkisinden bahsetmekte fayda görmekteyiz. Tüzükler, AB’nin organları tarafından çıkarılan hukukî kaynaklardır. Bu kaynaklar, diğer ikincil kaynaklardan farklı olarak, doğrudan uygulanır ve doğrudan etkiye sahip olurlar. Doğrudan uygulanmak demek üye ülkelerin herhangi bir işlemine, onayına ve iç hukuk içine alınmasına gerek olmaksızın hem üye ülkeler için hem de üye

⁸³ OJ 16.01.2001- L12, s. 1–23; Geniş bilgi için bkz. Briggs, **The Conflict of Laws**, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 56–96; Erdem, Bahadır, “Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü”, **Ünal Tekinalp’e Armağan (“Tekinalp Armağan”)**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 1009–1026; North, Peter/Fawcett, J. J., **Cheshire and North’s Private International Law**, 13th ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 204-341, s. 596-637.

lkelerde yerleşik kişiler veya üye ülke vatandaşları için ve AB içindeki her organ, kurum ve yetkili için geçerli olmak demektir. Bu durum, ATA m. 249/2 hükmünde şöyle ifade edilmiştir: “Topluluk tüzüğü genel bir geçerliliğe sahiptir. Bütün kısımlarıyla bağlayıcıdır ve her üye ülkede doğrudan doğruya geçerlidir”. Tüzüklerin, AB içinde herhangi bir kabul veya özel kanunî düzenlemeye gerek olmadan doğrudan uygulanmasının yarattığı en önemli etkilerden biri de AB içindeki hukukların uyumlaştırılmasına ve birleştirilmesine olanak sağlamasıdır⁸⁴.

Anglo-Amerikan hukukundaki ikametgâh kavramı, kıta Avrupası hukuklarında kullanılan vatandaşlık kavramına daha yakındır. ABD hukukunda, ikametgâhın temel unsuru, kişinin ait bulunduğu yer (residence) ve bu yeri belirsiz süre ile muhafaza etme niyetidir. İngiliz hukukunda, her kişi ancak tek bir ikametgâh sahibi olabilirken ABD hukukunda birden çok ikametgâh sahibi olmak mümkündür⁸⁵. İngiliz hukukunda ikametgâh⁸⁶, gerçek kişiler için doğumla kazanılan baba ve annenin ikametgâhıdır, ortaklıklar için ise tescil edildiği veya kurulduğu yerdir⁸⁷.

İngiliz hukukunda, iki ikametgâh kavramı görlmektedir⁸⁸: i) Aslî veya doğumla elde edilen ikametgâh (domicile of origin). ii) Seçilmiş ikametgâh (domicile of choice). Doğumla elde edilen ikametgâh, seçilmiş bir ikametgâh tesis edilmediği sürece devam etmektedir. Seçilmiş ikametgâhın gerçekleşmesi daimi yerleşme niyeti ile oturlan yerin fiilen değiştirilmesine bağlıdır. Gerçek kişilerde kabul edilen aslî ikametgâhın sonradan değiştirilmesi imkânı ortaklıklar için geçerli değildir.

D. Ehliyet

Tüzel kişinin ehliyeti denildiğinde, tüzel kişinin hak ve borçlara ehil olması ifade edilmektedir. Türk hukukunda, tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış

⁸⁴ Geniş bilgi için bkz. Tekinalp, Gülören/Tekinalp, nal, **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul: Beta Basım, 2000, s. 1 vd.

⁸⁵ Nomer/Şanlı, s. 124.

⁸⁶ Geniş bilgi için bkz. Clarkson, C. M. V./Hill, Jonathan, **The Conflict of Laws**, 3rd ed., New York: Oxford University Press, 2006, s. 18-41; Collier, John, **Conflict Of Laws**, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, <http://site.ebrary.com>, s. 37-59 (10.01.2010); Collins, Lawrence v.d. (Ed.), **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws**, V. 1-2, 14th ed., London: Sweet & Maxwell Limited, 2006, s. 122-177, s. 122-174; North/Fawcett, s. 153-164.

⁸⁷ Aygl, s. 177; North/Fawcett, s. 155.

⁸⁸ Aygl, s. 178; Nomer/Şanlı, s. 124; North/Fawcett, s. 154; O’Brien, John, **Smith’s Conflict of Laws**, London: Cavendish Publishing Limited, 1999, s. 3 vd.; Rammeloo, s. 65–90; Siegel, David D./Borchers, Patrick J., **Conflicts in a Nutshell**, 3rd ed., St. Paul, MN: Thomson West, 2005, s. 15–28.

gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki tüm haklara ve borçlara ehildirler. TMK m. 48–49 uyarınca, tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanmaktadır. Ortaklıkların hak ve fiil ehliyeti kapsamında yapacağı işlemler, organları aracılığıyla yapılmaktadır.

Ehliyetin kişiliğin bir unsuru olması ve ehliyet konusunun düzenlenişinde taraf menfaatinin ön planda tutulması nedeniyle ehliyet kişisel statü hâkimdir. Kişisel statüyü ise, gerçek kişilerde millî hukuk veya ikametgâh hukuku, tüzel kişilerde ise kuruluş yeri veya idare merkezi hukuku belirlemektedir.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde, ortaklığın hak ve fiil ehliyeti, iki nedenle kısıtlanabilmektedir⁸⁹: i) Ultra vires kuralı: Buna göre, ortaklık, ancak esas sözleşmesinde amaçlanan veya kendisine yetki verilen konularda bir hukukî işlem yapma yetkisine sahiptir. Aksi takdirde, yapılan işlem ortaklığı bağlamaz ve yoklukla maluldür. ii) Ortaklığın ortaklık statüsüne göre hak ve fiil ehliyeti olduğu halde ortaklığın yapmış olduğu işleme uygulanacak hukuka göre ehliyetin sınırlanması.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ehliyet, esas olarak, sözleşme veya işleme uygulanacak hukuka tâbi tutulmaktadır. ABD hukukunda ortaklık işlemleri, ortaklık hukukuna ait olan işlemler (yönetici ve ortaklar arasındaki ilişkiler gibi) ve ortaklığın harici işlemleri (ortaklığın bir sözleşmeye taraf olması, haksız fiil işlemesi gibi) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ortaklığın ikinci gruptaki işlemleri için, esas olarak, hak ve fiil ehliyeti, her bir işlemin tâbi olduğu hukuka göre tespit edilmektedir. Örneğin, ortaklık bir haksız fiil ika etmişse haksız fiil ehliyeti ika yeri kuralına göre tespit edilecektir. Çünkü, ABD hukukunda, ultra vires modası geçen bir doktrindir ve sadece iyiniyetli üçüncü kişileri korumak amacıyla uygulanması gerekli konularla sınırlıdır. İngiltere’de ise, ilgili kanun düzenlemelerinden ultra vires kuralı çıkarılmıştır⁹⁰. AB hukukunda benzer şekilde ultra vires, ortaklıklara ilişkin 68/151/AET sayılı ve 09.03.1968 tarihli Birinci Konsey Yönergesi (First EEC Council Directive)⁹¹ ile üçüncü kişileri koruma amacına yönelik olarak kaldırılmıştır.

⁸⁹ Aygül, s. 216–219; Collins v.d., s. 1346-1347; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 100–102.

⁹⁰ Aygül, s. 216–219; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 100–102.

⁹¹ OJ 14.03.1968-L65, s. 8–12.

Türk hukukunda, ehliyet konusunda iki temel anlayıştan kıta Avrupası hukuk sistemi tercih edilmiştir. Hâlihazırda, ticaret ortaklıkları, işletme konuları dâhilinde sınırlı işlem yapabilmektedirler. TTK m. 137 uyarınca, “Ticaret Şirketleri hükmî şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme konusunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler”. Buna göre, anonim ortaklıklarda medeni haklardan istifade ve bunları kullanma ehliyeti, esas sözleşmede yazılı işletme konusuyla sınırlandırılmıştır. TTK m. 271/2 uyarınca, ortaklığın medeni haklardan istifade ehliyetini sınırlaması nedeniyle konu maddesinin esas sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

TTK Tasarısı’nda, son gelişmeler dikkate alınarak ultra vires ilkesine yer verilmemiştir⁹². TTK Tasarısı’nın hâlen yürürlükte olan TTK m. 137 hükmüne karşılık gelen düzenlemesi, tüzel kişilik ve ehliyet başlığını taşıyan m. 125 (2) hükmüdür. Tasarı’nın ticaret şirketleri başlıklı ikinci kitabının genel hükümler bölümünde yer alan bu düzenleme, tüm ortaklık tipleri için geçerlilik arz etmektedir. Buna göre, “Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanunu’nun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanunî istisnalar saklıdır.” ifadelerine yer verilmiştir. TTK Tasarısı m. 125 (2) hükmünde geçen istisna kaydı, hâlihazırda yürürlükte olan TTK m. 137’de yer alan istisna kaydında olduğu gibi tasfiye hâline giren ortaklığın ehliyetine ilişkindir. TTK m. 439/1 hükmünde olduğu gibi Tasarı m. 533 (2) hükmünde, tasfiye hâline giren ortaklıkların ehliyeti, tasfiye amacıyla sınırlanmakta olup bu ortaklıkların gayesi, tasfiye gayesine dönüşmektedir. TTK m. 137’deki ultra vires ilkesinin kaldırılması sonucu Tasarı m. 331 ile TTK m. 271 hükmünde yer alan esas sözleşmede ortaklık faaliyet konusunun gösterilme şartı kaldırılmıştır.. Ayrıca, esas sözleşmenin asgarî zorunlu içeriğini belirten Tasarı m. 339 (2) (b)’deki açık düzenleme karşısında TTK m. 271 hükmüne gerek bulunmamaktadır⁹³. Tasarı m. 339 (2) (b) uyarınca, esas sözleşmeye esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde ortaklığın işletme konusu yazılacaktır. Bu hükme tekabül eden TTK m. 279/2 (2) hükmünde ise, ortaklığın amacıyla konusunu teşkil eden işlemlerin nev’i ve mahiyeti şeklinde bir ibare kullanılmıştır. Bu kaydın, ortaklığın ehliyetinin

⁹² TTK Tasarısı m. 125 hükmünün gerekçesi için bkz. Akkuş, s. 95.

⁹³ TTK Tasarısı m. 331 hükmünün gerekçesi için bkz. a.e., s. 211.

kapsamını belirleme yönünde herhangi bir işlevi yoktur. Söz konusu kayıtlar, sadece TTK m. 321 (Tasarı m. 371) kapsamında anonim ve limited ortaklıklarda yöneticilerin ortaklığı temsil yetkilerinin kapsamı ile sınırlarını belirlemeye yardımcı olmakta ve temsil yetkisini aşmış olan yöneticilere bu nedenle doğmuş olan zararın rücu edilip edilemeyeceği konusunda önem taşımaktadır⁹⁴.

III. HİSSE VE HİSSE SENEDİ

A. Genel Olarak

Hisse devirlerinden kaynaklanan kanunlar ihtilafı problemlerinin çözümü, öncelikle hisse ve hisse senedinin hukukî niteliğinin belirlenmesini gerektirir. Bu amaçla, öncelikle malların, taşınmaz (immovables) ve taşınır (movables) olarak sınıflandırılması; taşınır malın ise, maddî taşınır mal (tangible movables, choses in possession) ve gayrimaddî taşınır mal (intangible movables, choses in action) olarak sınıflandırılması önem arz etmektedir.

Esasen, fiziken varlığı bulunmayan gayrimaddî malların taşınması mümkün değildir. Bu nedenle, malların: i) Maddî taşınır mallar, ii) Maddî taşınmaz mallar ve iii) Gayrimaddî mallar olarak sınıflandırılması daha uygundur. Diğer taraftan, gayrimaddî mallara farazi bir bulunma yeri atfederek bunları taşınır malların içerisine yerleştirmek genel uygulamadır⁹⁵.

Patent, tasarım, ticarî marka, ticarî unvan ve telif hakları dâhil olmak üzere tüm fikrî ve sınâî haklar, borçlar ve hisseler (pay, share, stock) gayrimaddî malların başlıcalarıdır⁹⁶.

Hisse; yarı mal (quasi property), sözleşmesel hak ve diğer farklı şekillerde de nitelendirilmiştir. Halbuki, hissenin kesin tanımını yapmak güçtür. Hisseyi tanımlamada kullanılan kavramların çoğu belirsiz olduğundan karmaşıklığı arttırmaktan başka etkileri yoktur. Bu nedenle, hisseyi tanımlarken bu kavramlardan mümkün oranda

⁹⁴ TTK Tasarısı m. 371 hükmünün gerekçesi için bkz. Akuğur, s. 248.

⁹⁵ Collins v.d., s. 1117.

⁹⁶ Clarkson/Hill, s. 420; Collins v.d., s. 1118-1129; O'Brien, s. 567; Yiannopoulos, A. N., "Property", Ansay, Tuğrul/Clark, David S. (Ed.), **Introduction to the Law of the United States**, 2nd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 219-220.

kaçınmakta fayda vardır⁹⁷. Hakkın maddî taşınır mal kabilinden senede bağlanması halinde durum farklı değerlendirmeye tâbidir. Bu nedenle, hisseler üzerindeki mülkiyet hakkı ile hisse senetleri (pay senedi, share certificate, stock certificate) üzerindeki mülkiyet hakkı arasında bir ayırım yapılmalıdır⁹⁸.

TTK’da çoğu kez hisse ve hisse senedi kavramları birbirine karıştırılmış, bazen eş anlamlı kullanılmış, bazen de yanlış olarak hisse denilecek yerde hisse senedi denilmiş veya hisse senedi denilecek yerde hisse kavramı kullanılmıştır. Bunun nedeni, TTK’nın kaynağını teşkil eden İsviçre ve Alman hukuklarında hem hisse hem de hisse senedi kavramları için aynı kelimenin (aktie) kullanılmış olmasıdır⁹⁹.

Türk hukukunda, hisse, birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır¹⁰⁰: i) Ortaklık mevkii olarak hisse: Hisse, ortak sıfatından kaynaklanan hakların ve yükümlülüklerin oluşturduğu bir bütündür. Bu kullanım şekli, aynı zamanda, devre konu olma anlamında hisse kavramını ifade etmektedir. ii) Esas sermayenin bir parçası olarak hisse: Hisse, her bir ortağın ortaklık sermayesini oluşturmak üzere üstlendiği değerleri ve bu değerlerin sermaye içindeki oranını ifade etmek amacıyla kullanılır. iii) Hisse, hisse senedi anlamında kullanılabilir. iv) Ayrılma payı olarak hisse: Hisse, ortağın, ortaklıktan ayrıldığı sırada kendisine ödenmesi gereken bedel anlamında kullanılabilir. TTK Tasarısı’nda, hissenin işbu anlamlarında önemli bir değişiklik yoktur.

İsviçre OR m. 622/I uyarınca, hisse senetleri nama veya hamiline (registered or bearer) yazılıdır. Hissenin senede bağlanmasını öngören genel bir düzenleme mevcut değildir, fakat TTK’da olduğu gibi hisse senedinin gerekliliğini arayan bazı maddeler¹⁰¹ bulunmaktadır.

⁹⁷ Pomerance, Robert, “The Situs of Stock”, Cornell Law Quarterly, 1931–1932, <http://heinonline.org/HOL/Welcome>, s. 45 (10.01.2010); Roodt, Christa, “The Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary: The Hague Securities Convention”, South African Mercantile Law Journal, 1998, <http://heinonline.org/HOL/Welcome>, s. 87 (10.01.2010).

⁹⁸ Clarkson/Hill, s. 420; Ooi, Maisie, **Shares and Other Securities in the Conflict of Laws**, Oxford: Oxford University Press, 2003, s. 84.

⁹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 460; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 355.

¹⁰⁰ Demirkapı, Ertan, **Limited Ortaklıkta Payın Devri**, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008. s. 6–8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 459–460.

¹⁰¹ İsviçre OR m. 622/V, m. 644, m. 552h/III, m. 683, m. 688.

İngiliz ve ABD hukukunda, hisse senedi, hisse sahipliğinin temsil ve ispat vasıtası olmakla beraber hisse anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, hisse sahipliği sıfatı, hisse senetlerinin kaybı ve ortadan kalkması ile kaybedilmez¹⁰².

1952 tarihli ABD Yeknesak Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code) (“UCC”)¹⁰³ bölüm 8–313 uyarınca, hisse, genellikle hisse senedi ile temsil edilmektedir. UCC bölüm 8–102 uyarınca, ortaklık sermayesi, ortakların hak ve borçlarının toplamıdır ve her bir hisse, ortaklıktan kaynaklanan hak ve borçların bir parçasını temsil etmektedir.

İngiliz hukukunda, hisse, ortaklık ve hisse sahibi arasındaki kanunî ve sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan hak ve borçların toplamıdır. Hisse, hisse senedinden bağımsız olarak varlık gösterdiğinden dolayı hisse sahipliğine bağlı hak ve borçların kaynağı olarak ortaklık esas sözleşmesi ile ilgili kanun hükümleri gösterilmektedir¹⁰⁴.

İngiliz hukukunda, hisse, sahibine ortaklık üzerinde kâr, sermaye ve oy hakkı gibi bir takım haklardan oluşan özel bir gayrimaddî mal hakkı sağlamaktadır. Hisse sahipliğinden kaynaklanan bu hakların hiçbirisi hisseden ayrı devredilemez. Ortaklık malvarlığı ise, ortaklık tüzel kişiliğine aittir¹⁰⁵. Hisse senedini elinde bulunduran kişi genellikle ortaklık üzerinde hak ve yükümlülüklerle sahip olduğundan dolayı ortaklık hakları ile hisse senedi sahipliği arasında bir bağlantı kurulabilir¹⁰⁶.

B. Limited Ortaklıklarda Hisse ve Hisse Senedi

Çalışma konumuz sadece Türk hukukunda limited ortaklıklar ile anonim ortaklıkların hisselerinin devrini kapsadığından dolayı işbu iki ortaklık türüne ait hisse ve hisse senetlerinde özellik arz eden durumları burada kısaca özetlemekte fayda görmekteyiz.

¹⁰² Ooi, s. 45; Pomerance, s. 44.

¹⁰³ Kanun metni için bkz. <http://international.westlaw.com/toc/default.wl?rs=WLIN9.09&ifm=NotSet&fn=top&sv=Split&mt=WLIAcademic&db=USCA&utid=5&vr=2.0&rp=%2ftoc%2fdefault.wl&sp=intmar-000> (10.01.2010).

¹⁰⁴ Ooi, s. 45–46.

¹⁰⁵ A.e., s. 46–47.

¹⁰⁶ Johnson, A., “The Law Applicable to Shares”, Van Hutte, H., **The Law of Cross-border Securities Transactions**, London: Sweet & Maxwell, 1999, <http://books.google.com.tr/books?id=4ijkZpMQ7IgC&printsec=frontcover&output=html>, s. 24 (10.01.2010).

Türk hukukunda, limited ortaklıklarda hisse, ortak ile limited ortaklık arasında ortak sıfatından kaynaklanan tüm hak ve borçların oluşturduğu bütünü ifade eder¹⁰⁷.

Limited ortaklıklarda, TTK m. 518/3 hükmü uyarınca, her ortağın sermayeye katılım hissesinin tamamına karşılık düzenlenecek senetler kıymetli evrak değil sadece yazılı bir ispat aracı niteliğindedir. Kanun, bu belgenin hisse senedi olmadığını vurgulamış ve senet demekle yetinmiştir¹⁰⁸. TTK Tasarısı m. 593 (2) hükmünde, limited ortaklıklarda esas sermaye payına ilişkin olarak düzenlenen senetlerin ispat aracı olarak düzenlenebileceği gibi ayrıca nama yazılı olarak da düzenlenebileceği belirtilmiştir.

Anonim ortaklıklardan farklı olarak limited ortaklıklarda, esas sermaye payı ile ortaklık payı farklı kavramlardır. Limited ortaklıklarda anonim ortaklıklardakinin aksine her ortak, ancak bir hisseye sahip olabilir. Bu itibarla, limited ortaklıklarda esas sermaye, hisse ile değil ortak sayısı ile bölünmek esasına dayanır¹⁰⁹. Ancak, TTK Tasarısı m. 595 uyarınca, sermaye payı ve ortaklık payı kavramları, aynı terim kullanılarak ifade edilmektedir.

TTK m. 507/1 uyarınca, “Limited şirketin esas sermayesinin en az beşmilyar Türk lirası olması şarttır”. 2. fıkra uyarınca, “Ortakların koyacakları sermaye birbirinden farklı olabilir. Ancak, ortakların koyacakları sermayenin en az yirmibeşmilyon Türk lirası veya bunun katları olması lazımdır”. 3. fıkra uyarınca, “Bu maddede yazılı miktarlar, Bakanlar Kurulunca on katına kadar artırılabilir”.

C. Anonim Ortaklıklarda Hisse ve Hisse Senedi

Türk hukukunda, anonim ortaklığın esas sermayesi, ortaklığa katılan ortakların taahhüt ettikleri nakdî ve aynî değerlerden oluşur. Bu malvarlığının maliki, ortaklar değil tüzel kişi olan ortaklıktır. Ortaklar ise, sahip oldukları hisse miktarı oranında ortaklığa yaptıkları yatırımlar nedeniyle anonim ortaklığın tüzel kişiliği karşısında bir takım haklar elde eder ve borçlar yüklenirler. Bu anlamda hisse, hem anonim

¹⁰⁷ Arslanlı, Halil/Domaniç, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması Hisseli Komandit Şirketler (“Limited Şirketler”)**, C. 3, İstanbul: Temel Yayınları, 2009, s. 104, s. 214–215; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 904; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 427

¹⁰⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 904; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 355.

¹⁰⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 903; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 426–427.

ortaklıklarda ortaklık sıfatını hem de esas sermayeye katılım miktarını göstermektedir¹¹⁰.

TTK m. 269 hükmünden anlaşılacağı üzere, anonim ortaklıklarda hisse, ortaklık sermayesinin bir parçasını teşkil eder. Bu itibarla, bir bütünden yani sermayeden ne kadar haklar yaratılmak isteniyorsa, bütün (sermaye) o kadar birime (hisse adedine) bölünür¹¹¹.

Her hisse, diğerinden bağımsız olarak sahibine ilke olarak hissedarlık hakları bahşeder ve sermaye taahhüt borcu yükler. Hisse, hisse sahibinin anonim ortaklıktaki maddî ilişkisinin, haklarının ve borçlarının tümünün ifadesi olarak kullanılmaktadır¹¹².

Ortaklık sermayesinin belli bir kısmını temsil eden her birimin, TTK m. 279 (2) gereği taşınması gereken ve ortaklık esas sözleşmesi ile tespit edilen değerine itibari (“nominal”) değer denir. Bütün hisselerin nominal değerlerinin toplamı, ortaklık sermayesine eşit olmalıdır. İsviçre-Türk hukukunda nominal değerden yoksun hisse bulunmamaktadır. ABD hukukunda ise, aksine, nominal değerden yoksun hisseler kabul görmektedir¹¹³.

TTK m. 286/2 uyarınca, “Senetlerin itibari kıymetlerinden yüksek bir bedelle çıkarılmaları esas mukavelede bu hususta bir hüküm bulunmasına veya bunun umumi heyet tarafından karar altına alınmasına bağlıdır”. Burada, hissenin, nominal değerinin üzerinde bir bedelle satılması olanağı sağlanmıştır. Aradaki bedel farkına agio veya prim, bu türdeki hisseler de agiolu hisseler veya primli hisseler denilmektedir¹¹⁴.

Anonim ortaklıklarda TTK m. 272 uyarınca, “Özel kanunlarda aksine hüküm olmadıkça esas sermaye miktarı ellimilyar Türk lirasından aşağı olamaz. Bu miktar, Bakanlar Kurulunca on katına kadar arttırılabilir”. TTK m. 399 uyarınca, “Hisse senetlerinin itibarî kıymeti en az bir Yeni Kuruştur. Bu kıymet ancak en az birer Yeni

¹¹⁰ Pulaşlı, **Şirketler**, s. 357.

¹¹¹ A.e., s. 356.

¹¹² A.e.

¹¹³ Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi**, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 130; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 364-365.

¹¹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 474; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 364-365.

Kuruş olarak yükseltilebilir. Bu fıkra da belirtilen miktar Bakanlar Kurulunca yüz katına kadar artırılabilir”.

Anonim ortaklıklarda esas sermaye gibi hisselerin sayısı da sabittir ve bu sayı ancak esas sermayenin arttırılması veya azaltılması ile değişebilir. Bir hisse sahibinin, birden fazla hisseye sahip olması mümkün olduğu gibi bir hissenin birden fazla sahibi de olabilir. Başka bir deyişle, hisse sahiplerinin sayısı kadar hisselerinin olması şart değildir¹¹⁵.

Anonim ortaklıklarda hisse senedi ihracı, TTK’da zorunlu kılınmamakla beraber SerPK m. 3 (g)’den anlaşılacağı üzere HAAO’lar, hisse senedi ihraç etmek zorundadırlar. Bu zorunluluğun halka açılmanın bir sonucu olarak benimsendiğini söylemek mümkündür. Halka açılma neticesinde hisse sahipliği kazanacak çok sayıda kişinin ortaklık haklarını kullanmak ve devretmek bakımından daha kolay ve pratik bir ortamda hareket etmeleri imkânı büyük ölçüde hisse senetleriyle sağlanmaktadır¹¹⁶. İsviçre hukukunda, HAAO’da hisseler, hisse senedine bağlı şekilde düzenlenen menkul değerlerdir¹¹⁷.

Anonim ortaklıklarda, hisse, senede bağlanmamışsa çıplak hisse olarak adlandırılır. Senede bağlanmamış hisse de aynen hisse senedi gibi iki türdür¹¹⁸: i) Hamiline yazılı hisse. ii) Nama yazılı hisse.

Türk hukukunda, hisse, senede bağlanmışsa çıkarılan hisse senetleri kıymetli evraktan sayılır. Bu nedenle, tıpkı diğer kıymetli evrak türlerinde görüldüğü gibi hak ile senet iç içe geçmekte, hak senetsiz ileri sürülemeyeceği gibi devredilemez bir hal almaktadır. Limited ortaklıklarda ise, senet sadece ispat aracı olduğundan hakkın

¹¹⁵ Pulaşlı, *Şirketler*, s. 357.

¹¹⁶ Bahtiyar, s. 208; Taşdelen, Nihat, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s. 24, s. 179-180.

¹¹⁷ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 39.

¹¹⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 466.

senetten ayrı ileri sürülebilmesi ve devri mümkündür¹¹⁹. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise, hisse, hisse senedinden bağımsız olarak varlık göstermektedir¹²⁰.

TTK m. 559 uyarınca, “Kıymetli evrakta mülkiyet veya sair bir aynî hak tesisi maksadıyla kıymetli evrakın devri için herhalde senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır. Bundan başka, emre yazılı senetlerde ciro, nama yazılı senetlerde yazılı bir devir beyanına ihtiyaç vardır. Bu beyan, kıymetli evrakın üzerine yazılabileceği gibi ayrı bir kâğıt üzerine de yazılabilir. Kanun veya sözleşme ile başka kişilerin, bu arada, bilhassa borçlunun da devre iştirakleri mecburi kılınabilir”.

TTK m. 409/1 uyarınca, “Hisse senetleri, hamiline veya nama yazılı olur”. Nama yazılı hisse senetleri, Yargıtay¹²¹ ve doktrinde çoğunluğun görüşü¹²² uyarınca, kanunen emre yazılı senettir. Nama yazılı senede, “emre değildir, namadır” kaydı (rekta kaydı, nama olma kaydı, menfi emre kaydı) konulursa emre senet gerçek nama yazılı senet haline getirilebilir¹²³.

Uygulamada, bir anonim ortaklıkta ortak sayısı az ama hisse sayısı fazla ise hisselerle ilgili hukukî işlemlerde kolaylık sağlamak üzere her hisse için bir hisse senedi çıkarılması yerine bir kişinin elinde toplanacak birçok hisse senedi yerine çıkarılan ve birden fazla hisseyi tek bir evrakta toplayan kıymetli evrak niteliğinde hisse sertifikaları (“küpür”) çıkarılmaktadır¹²⁴.

Anonim ortaklıklarda, hisse senedi çıkarılmamış, onun yerine TTK m. 411 kapsamında ilmuhaber çıkarılmış olabilir. İlmuhaberler (geçici senet, ara senet), hissenin nama veya hamiline hisse senedine bağlanmadan önce bunların yerini tutmak

¹¹⁹ İmregün, **Kıymetli Evrak**, s. 11; Öztan, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncelleştirilmiş 16. bs., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 34; Poroy, Reha, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Genişletilmiş 15. bs., İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 23; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 357.

¹²⁰ Ooi, s. 45–46.

¹²¹ Yar. 11. HD 09.07.2007 T., 2006/8112 E. ve 2007/10405 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 08.11.2004 T., 2004/1848 E. ve 2004/10978 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

¹²² Eriş, Gönen, **Anonim Şirketler Hukuku (“Şirketler”)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995, s. 664–665; Moroğlu, Erdoğan, “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları”, **Makaleler I (“Makale”)**, 2. bs., İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 261–262; Pulaşlı, Hasan, **Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri (“Senet”)**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1992, s. 19; Taşdelen, s. 33; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 663; Yasaman, Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku (“Menkul Kıymet”)**, İstanbul, y.y., 1992, s. 38; Aksi görüş için bkz. İmregün, Oğuz, **Kıymetli Evrak Hukuku (“Kıymetli Evrak”)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003, s. 13; Poroy, s. 69.

¹²³ Öztan, s. 42; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 651; Yasaman, **Menkul Kıymet**, s. 35.

¹²⁴ Taşdelen, s. 178–179.

üzere ortaklık tarafından çıkarılan ortaklık haklarını bünyesi içerisinde taşıyan ve doktrinde çoğunluk görüşüne göre, kıymetli evrak niteliğindeki geçici senetlerdir¹²⁵.

IV. BİRLEŞME VE DEVRALMA

A. Genel Olarak

Çeşitli hukuk sistemlerinde, birleşme ve devralma kavramları, genellikle aralarındaki fark gözetilmeksizin birbirleri ile iç içe veya aynı anlamda kullanılmaktadır. Halbuki, birleşme, iki ortaklığın genellikle hisse değişimi vasıtasıyla tek bir ortaklık haline dönüşmesi ve bir ortaklığın tüzel kişiliğinin bir diğerinin içerisinde erimesi iken devralma, bir ortaklığın başka bir ortaklığın hisselerini veya malvarlığını tamamen veya kısmen satın alması olarak tanımlanabilir. Devralmada, hedef ortaklığın hisseleri veya malvarlığı devralan ortaklığa geçerken birleşmede, bünyesinde birleşilen ortaklığın hisseleri birleşen ortaklıklar arasında bölüşülmektedir¹²⁶.

Birleşme ve devralmada, en azından iki taraf bulunmaktadır: i) Diğer ortaklığa birleşme veya devralma önerisi götüren devralan alıcı taraf (buyer, purchaser, acquirer, transferee, offeror, bidder). ii) Birleşme veya devralma önerisi götürülen hedef ortaklık (target company) ve hedef ortaklıktaki hisselerini devreden satıcı taraf (seller, vendor, transferor, acquiree, offeree).

Birleşme ve devralma işlemlerine genellikle dört şekilde başlanır¹²⁷: i) Hedef ortaklığın yönetimi ile ilişki kurularak koşulları görüşmek için masaya oturulur ve görüşmeler birleşme veya devralma kararı ile sonuçlanır. ii) Hedef ortaklığın ortakları ile ilişki kurularak onların hisselerini satın alma teklifinde bulunulur (“teklif yoluyla devralma”)¹²⁸. iii) Hedef ortaklığın hisse senetleri dolaşımında ise, ortaklık kontrolünü ele geçirmeye olanak verecek sayıda hisse senedi piyasadan toplanır (“açık pazar yoluyla

¹²⁵ Arslanlı, Halil/Domaniç, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (“Anonim Şirketler”)**, C. 2, İstanbul: Temel Yayınları, 2009, s. 1277; Kendigelen, Abuzer, “Adi Şirketler, Ticaret Şirketleri ve Kooperatiflere İlişkin Payların Devrinde Şekil”, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl: Makalelerim (“Makale”)**, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 233; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 696-698; Aksi görüş için bkz. İmregün, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar (“Anonim Ortaklık”)**, İstanbul: Yasa Yayıncılık, 1989, s. 360.

¹²⁶ French, s. 199; Sherman, Andrew J./Hart, Milledge A., **Mergers and Acquisitions from A to Z**, 2nd ed., NY: Amacom, 2005, <http://site.ebrary.com/lib/kadirhas/Doc?id=10120169&ppg=1>, s. 11 (10.01.2010).

¹²⁷ Sarıkamış, s. 32-33.

¹²⁸ Geniş bilgi için bkz. a.e., s. 46-50.

devralma”)¹²⁹. iv) Hedef ortaklık, birleşme veya devralma kararı almak ve gerekli işlemleri gerçekleştirebilmek amacıyla ortaklara çağrıda bulunarak onları temsilen hisse senetleri ve vekâletnamelerini toplar¹³⁰.

Birleşme ve devralma süreci, ortaklık yöneticileri (directors, officers) tarafından yürütülmektedir. Yöneticilerin, bu sürecin başarılı bir şekilde sonlandırılmasında ve doğru kararlar alma, sadece ortaklık menfaatlerini gözetme, ortakların onayını sağlama, resmi mercilerin izinlerini alma ve tâbi olunan ülke hukuku tarafından öngörülen benzeri gereklilikleri yerine getirme konusunda özen ve sadakat yükümlülüğü (duty of care and loyalty) söz konusudur¹³¹.

Bu nedenle, birleşme ve devralma stratejisini geliştiren ve bunu uygulamaya koyan ortaklık yönetimi, birleşme ve devralma ile ilgili malî, idarî ve hukukî sorunların çözümlenmesi ve gerekli formalitelerin tamamlanabilmesi için dışarıdan bir uzman kuruluştan hizmet alma talebinde bulunabilir. Bu uzman kuruluş, bir hukukî, vergisel ve malî danışmanlık kuruluşu veya bir yatırım bankası olabilir¹³².

Türk hukukunda, birleşme ve devralma halleri, özellikle TTK ve BK’da düzenlenmiş bulunmaktadır. TTK’da devralma ile kastedilen katılma yoluyla birleşme olup bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu çalışmada, devralma ile kastedilen TTK’daki birleşme türü değil bir ortaklığın malvarlığının veya hisselerinin tamamen veya kısmen devridir.

Rekabet hukuku anlamında ise, birleşme ve devralmaların kapsamı çok daha geniştir. 1997/1 sayılı ve 01.01.1997 tarihli Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında RK Tebliği¹³³ (“Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği”) m. 2 uyarınca, birleşme ve devralma sayılan durumlar şunlardır:

“a) Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi.

¹²⁹ Geniş bilgi için bkz. Sarıkamış, s. 50–52.

¹³⁰ Geniş bilgi için bkz. a.e., s. 52–53.

¹³¹ Von Dryander, Christof, “Business Combination Agreements”, Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 133, s. 136.

¹³² Brechbühl, s. 457; Sarıkamış, s. 39.

¹³³ RG 12.08.1997–23078.

b) Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi.

c) Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadî varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler”.

ABD’de birleşme ve devralmalar, federal kanunlarla ve eyalet kanunlarıyla ayrı ayrı düzenlenmiştir. Federal kanunlar, daha çok halka açık ortaklıklara ait menkul kıymetlerin çıkarılması, ticareti ve devri konuları ile millî rekabet politikasını düzenlemektedir¹³⁴. Eyalet kanunları ise, daha çok birleşme ve devralma sözleşmeleri ile benzer iş ortaklıklarına ilişkin sözleşmelerin yapılmasını ve yönetim kurulunun yetkilerini (conduct of the board of directors) düzenlemektedir¹³⁵.

B. Birleşme

Birleşme, teknik ve hukukî anlamda bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa kendiliğinden ve küllî halefiyet yoluyla geçmesi, bu suretle, malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak infisah eden ortaklığın ortaklarının hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre (“değiştirme birimi”) bünyesinde birleşilen ortaklıkta kendiliğinden ortaklık hissesi kazanmasıdır¹³⁶.

Kapalı ortaklıklarda, ortak sayısı fazlaysa ve muhalif ortaklar bulunuyorsa hisse devir sözleşmesinin imzalanması zordur. HAAO’da, durum benzerdir. Bu nedenle, bu tür ortaklıklarda, hisse devrinden ziyade birleşme yöntemi tercih edilmektedir¹³⁷.

¹³⁴ Bkz. İkinci Bölüm, Sermaye Piyasası Kurulu ve İlgili Menkul Kıymetler Borsası, s. 124 vd.

¹³⁵ Simpson, Scott V./Flint, George M./Potter, Nicholas F., “United States”, Lees, Clare (Ed.), **International M&A Law**, London: Euromoney, 1991, s. 213; Werry, Clare, “United Kingdom”, Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 519.

¹³⁶ Robert, “Conflicts of Law Aspects of Mergers and Acquisitions – British Law”, Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 141; Sarıkamış, s. 40; Yasaman, **Armağan**, s. 700.

¹³⁷ Miller, Edwin L., **Mergers and Acquisitions: A Step-By-Step Legal and Practical Guide (“M&A 1”)**, New Jersey: John Wiley&Sons Inc., 2008, s. 14.

TTK m. 146 hükmü, genel olarak ticaret ortaklıklarının birleşmesini düzenlemiştir. Bu hükmü göre, birleşme, iki veya daha fazla ticaret ortaklığının birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı kurmaları (tam birleşme, gerçek anlamda birleşme, füzyon, konsolidasyon, combination, consolidation) veya bir veya daha fazla ticaret ortaklığının mevcut diğer bir ticaret ortaklığına katılmasıdır (katılma, iltihak, absorption, annexion). Anonim ortaklıkların birleşmesinde, TTK m. 451–452 ile öngörülen özel hükümler öncelikle uygulanmaktadır. Aynı şekilde, Ticaret Sicil Tüzüğü (“TST”)¹³⁸ m. 79 uyarınca, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, iki veya daha çok ticaret ortaklığının aktif ve pasiflerini birleştirerek tüzel kişiliklerini sona erdirmek kaydıyla yeni bir ticaret ortaklığı meydana getirmeleri veya bir veya daha fazla sayıda ticaret ortaklığının tüzel kişiliklerini sona erdirerek aktif ve pasiflerini mevcut diğer bir ticaret ortaklığının aktif ve pasifleriyle birleştirip o ortaklığa katılmaları ile olur.

TTK m. 147 ile m. 146 için önemli bir uygulama şartı öngörülmektedir. Buna göre, birleşme sadece aynı tür ortaklıklar arasında gerçekleşebilir. Bu açıdan, kollektif ve adî komandit ortaklıklar ile anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar aynı türden kabul edilmektedir. Anonim ortaklık ile anonim ortaklığın, limited ortaklık ile limited ortaklığın bu hüküm çerçevesinde birleşmesinde sakınca yoktur.

Birleşme sözleşmesi, malvarlığının birleşmesi, tasfiyesiz infisah ve hisse sahipliğinin devamı birleşme işleminin başlıca unsurlarıdır. Devralma yoluyla birleşmede, devralan ortaklığın bünyesinde birleşileceği için o ortaklığın tasfiyesine gerek yoktur. Sadece, devreden ortaklık hukukî kimliği ortadan kaldırılarak (“tasfiyesiz infisah”) aktif ve pasifi ile devralan ortaklığın bünyesine katılmaktadır. Devreden ortaklık ortaklarına ödeme ya devralan ortaklığın hisse senetleri verilerek yapılır veya nakit veya borçlanılarak ödeme yapılarak onların devreden ortaklıktaki ortaklıkları kaldırılır¹³⁹.

¹³⁸ RG 08.02.1957–9530.

¹³⁹ Sarıkamış, s. 41.

Birleşme sürecinde sırasıyla gerçekleştirilmesi gereken işlemler ise şunlardır¹⁴⁰: i) Öncelikle, birleşme niyetinde olan ortaklıkların yönetimleri birleşme yönünde bir karar alır ve birleşme ile ilgili koşulları taşıyan bir ön sözleşme hazırlayarak birleşme sözleşmesini ve birleşme işlemlerinin gerçekleştirilmesi esnasında gerekli diğer belgeleri imzalamaları için kendilerine yetki verilmesi için birleşmeyi kararlaştırmaya yetkili ortaklık kurullarına başvururlar. Her iki ortaklık kurulları ayrı ayrı toplanır. ii) Ortaklık kurullarından birleşme için yetki alınmasından sonra ortaklıkların yönetimleri, bir ara bilançoyla ayrı ayrı yetkili ticaret mahkemesine başvurur. Devralan ortaklığın devreden ortaklıkların malvarlığı kadar sermaye arttırımı yapması ve bu malvarlığının bilirkişilerce incelenmesi gerekir. TTK m. 299 hükmü kaldırıldığından anonim ortaklıklarla ilgili TTK m. 293 c. 3 (tedrici kuruluştaki bilirkişilerin seçimi) ve m. 303/2 c. 2 (ani kuruluştaki ayın türünden sermaye konulması veya devralınması halinde bunu değerlendirecek bilirkişilerin mahkemece tayini) hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği söylenebilir¹⁴¹. iii) Daha sonra, yönetim tarafından bir birleşme sözleşmesi hazırlanır, birleşme ile varlığı sona erecek ortaklıkların bilançoları ve borçlarının ödeme planı çıkarılır ve ikinci ortaklık kurullarında onaylanır. iv) Birleşme kararının hüküm ifade etmesi için birleşme sözleşmesinin, bilançoların ve ödeme planının TTK m. 149 uyarınca, ticaret siciline tescil ve ilan olunması gerekmektedir. Devreden ortaklığın devir tarihi itibarıyla düzenlenmiş olan malî tabloda gösterilmiş olan borçlarını devralan ortaklığa ödemeyi taahhüdü (“ödeme taahhütnamesi”, “borç beyannamesi”) de, ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir. v) Esas sözleşme değişiklikleri izne tâbi anonim ortaklıklarda, esas sözleşme değişikliği ve sermaye arttırımının gerçekleştirilmesi için izin talebiyle Sanayi ve Ticaret Bakanlığı (“STB”)’na başvurulması gerekir. vi) Devralan ortaklığın sermayesinin artırılmasına ilişkin karar alınması için üçüncü ortaklık kurulları toplanır ve sermaye arttırımı ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Devralan ortaklığın sermaye arttırımı işlemleri tamamlanır ve devreden ortaklığın ortaklarına hisse senetleri verilerek birleşme işlemi sonuçlandırılır. vii) İşlemlerin tamamlanması, bünyesinde birleşilen ortaklığın birleşmeden sonraki durumunun ticaret siciline tescil ve ilan ile birleşme

¹⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 108–126; Pulaşlı, *Şirketler*, s. 74–80; Sarıkamış, s. 111–115; Yasaman, Hamdi, *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi (“Birleşme”)*, Ankara: BTAE, 1987, s. 61–94; Zeybek, s. 66–68.

¹⁴¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 118.

sonucu ortadan kalkan ortaklıkların sicil kayıtlarının silinmesi ve bunun ilanı ile gerçekleştirilmiş olur. Birleşme kararı, ilandan itibaren üç ay sonra hüküm ifade eder. Ancak, ilandan evvel borçlar ödenmiş, bir bankaya yatırılmış veya alacaklılar tarafından rıza gösterilmiş ise birleşme kararı ilandan itibaren hüküm ifade edebilir.

Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birden çok ticaret ortaklığı birleşerek yeni bir ortaklık oluştururlar. Yeni kurulan ortaklık devralan ortaklık, infisah eden kurucu ortaklıklar ise devreden ortaklık durumundadır. Bu yöntemde, birleşen ortaklıklar yeni bir ortaklık kurmak amacıyla tasfiyesiz infisah ederler, malvarlıkları bir bütün halinde yeni kurulan ortaklığa devredilir. Hisseleri birleşen ortaklıkların ortaklarına verilen ortaklık, yeni ortaklıktır. Burada, ortaklıklar, kendi tüzel kişiliklerini kaybederek sicilden terkin edilmekte ve ortaya birleşen ortaklıkların tüzel kişiliğinden bağımsız bir tüzel kişiliği olan yeni bir ortaklık çıkmaktadır. Birleşen ortaklıklar, yeni ortaklığın kurulmasında kurucu sıfatıyla tüm kuruluş işlemlerini yaparlar. Kuruluş işlemleri açısından TTK'nın yeni kuruluşla ilişkin maddeleri göz önünde tutulmaktadır¹⁴². Yeni kuruluş yoluyla birleşme prosedürü, aynen bir önceki paragrafta anlatıldığı şekildedir. Burada, farklı olarak, yeni ortaklığın kuruluş hazırlıklarının yapılması, özellikle, esas sözleşmenin noter tasdikiyle imzalanması gerekmektedir. Ayrıca, esas sözleşmenin de birleşme sözleşmesiyle beraber ortaklık kurullarında onaylanması gerekmektedir.

Sermaye artırımını yapacak olan ortaklığın HAAO olup olmamasına göre uygulayacağı prosedür ve tâbi olacağı hükümler farklılık arz etmektedir. Yeni sermaye koyma yolu ile sermaye artırımını; kapalı anonim ortaklıklarda, TTK m. 391 vd. hükümleri ile HAAO'da ise, SerPK m. 12 vd. ve Seri I ve 26 sayılı Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Hakkında SPK Tebliği ("Kurul Kaydı Hakkında SPK Tebliği")¹⁴³ uyarınca yapılmaktadır. Kurul Kaydı Hakkında SPK Tebliği m. 2 (f) uyarınca, "Taraflardan birinin halka açık olması halinde birleşme nedeniyle hisse senedi ihracı bu Tebliğ kapsamındadır". Yine bu Tebliğ m. 12/2 uyarınca, "Birleşme sözleşmesinin genel kurulda onaylanmasından önce SPK'dan izin

¹⁴² Akyüz, s. 50; Erdem, Halil Ercüment, **Türk ve AT Hukukunda Birleşme ve Devralmalar ("Birleşme")**, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 47; Zeybek, s. 68-69.

¹⁴³ RG 15.11.1998-23524.

alınması ve birleşmenin onaylanmasından sonra da ihraç edilecek hisse senetlerinin SPK kaydına alınması zorunludur”.

Seri I ve 31 sayılı Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar SPK Tebliği (“Birleşme Hakkında SPK Tebliği”)¹⁴⁴, HAAO’nun taraf olduğu birleşme ve devralma işlemlerini düzenlemektedir. Birleşme için Birleşme Hakkında SPK Tebliği m. 3 hükmünde, TTK’daki tanımlamalara paralel tanımlar yapılmıştır. Tebliğ hükümlerinin incelemesinden HAAO’nun taraf olduğu birleşmelerde, şu şartların yerine getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır¹⁴⁵: i) Türlerin aynı olması. ii) Borca batık olmama. iii) Yetkili organların ön kararı. iv) Bilirkişi incelemesi. v) Birleşme oranının saptanması. vi) Uzman kuruluş incelemesi. vii) Birleşme sözleşmesi. viii) Yönetim kurulu raporu. ix) Kurul onayı. x) RK onayı. xi) Genel kurul kararı. xii) SPK kaydına alınma. xiii) Hisse senetlerinin teslimi.

TTK m. 151 uyarınca, birleşmede tasfiyesiz infisah eden ortaklıkların malvarlığı küllî halefiyet yoluyla yeni kurulan ortaklığın malvarlığını oluşturur. Örneğin, anonim ortaklıklarda devralan veya yeni kurulan ortaklık, infisah eden ortaklıklara ait taşınmazların mülkiyetini sicile tescilden önce iktisap eder. Fikrî ve sınaî haklar, kendilerine özgü devir şekillerine uyulmasına gerek olmaksızın birleşmede devralan ve yeni kurulan ortaklığa geçer. Menkul mallarda devralan veya yeni kurulan anonim ortaklığın teslimsiz aslî zilyetliği söz konusu olur. Alacaklar konusunda da temlik işlemlerinin yapılmasına gerek yoktur¹⁴⁶.

Geniş anlamda birleşmede (konzern), devreden ortaklık hukukî bağımsızlığını devam ettirebilir ancak, hisse senetlerinin tamamı veya kontrole olanak verecek miktarı devralan ortaklığın eline geçer veya kurulan bir holding her iki ortaklığın da hisse senetlerinin sahibi olur. Başka sektörlerde veya coğrafi alanlarda faaliyet gösteren iki ortaklığın birleşmesinde fiziksel birleşme gerçekleştirilemeyeceği için devreden ortaklık, devralan ortaklığın bir kurumu durumuna getirilir veya her iki ortaklık hukuksal varlıklarını bir holding çatısı altında devam ettirirler. Dar anlamda birleşmede

¹⁴⁴ RG 14.07.2003–25168.

¹⁴⁵ Geniş bilgi için bkz. Erdem, Halil Ercüment, “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi”, **GÜHFD (“GÜHFD 2”)**, S. 2, 2002, s. 167–186.

¹⁴⁶ Çilingir, Ali İhsan Özgür, “TTK’ya Göre Anonim Şirketlerin Birleşmesinde Küllî Halefiyet İlkesi”, **Vergi Dünyası**, S. 252, Ağustos 2002, s. 145.

ise, bünyesinde birleşilen ortaklık dışındaki taraf ortaklıklar hukukî mevcudiyetlerini kaybederler¹⁴⁷.

RKHK m. 7 ve Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği m. 2/1 (a) hükmü, birleşme olarak kabul edilen halleri düzenlerken ne bir tanım getirmiş ne de başka bir kanun hükmüne atıf yapmıştır. Bu nedenle, TTK’da düzenlenen birleşme halleri burada geçerli olacağı gibi TTK’da öngörülmemekle beraber örneğin, Özelleştirme Kanunu (“ÖK”) veya BanK gibi özel kanunlarda düzenlenen birleşme ve devralma halleri de kapsam içindedir. Rekabet hukuku açısından önemli olan bir işletmenin veya kişinin diğer bir işletmenin karar mekanizması üzerindeki kontrolünün, malvarlığının veya malvarlığının kullanım haklarının el değiştirmiş olmasıdır. Bu nedenle, rekabet hukuku anlamında birleşmeden söz edebilmek için öncelikle bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün varlığı gerekir¹⁴⁸.

İsviçre OR uyarınca, birleşme; anonim ortaklıklar arasında veya sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar arasında veya anonim ortaklıklar ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar arasında veya kooperatifler arasında mümkündür. Fakat, İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararı¹⁴⁹ doğrultusunda ticaret sicil müdürlükleri, limited ortaklıklar arasındaki birleşmeleri ve farklı türdeki ortaklıklar arasındaki birleşmeleri de geçerli kabul etmektedirler¹⁵⁰.

11.06.2004 tarihinde İsviçre’de; Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının ve Borçların Devri Hakkında Federal Kanun (Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtstraegern, Fusionsgesetz) (“FusG”)¹⁵¹ yürürlüğe girmiştir. FusG, İsviçre OR’deki boşlukları doldurmakta ve öncelikle uygulanmaktadır. İsviçre OR’de sadece belli bazı ortaklıklar arasında birleşme mümkünken FusG’de tüm ortaklık türleri arasında birleşme kabul edilmiştir¹⁵². İsviçre FusG’de, ayrıca, farklı ülke ortaklıklarının birleşmesi de düzenlenmektedir. İsviçreli bir

¹⁴⁷ Sarıkamış, s. 40–41; Yasaman, Armağan, s. 695.

¹⁴⁸ Esin/Lokmanhekim, s. 115–116.

¹⁴⁹ BGE 115 II 415 vd. için bkz. <http://www.bger.ch> (10.01.2010).

¹⁵⁰ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 42;

¹⁵¹ Kanun metninin Almancası için bkz. <http://www.admin.ch/ch/d/as/index.html> (10.01.2010); Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. **Swiss Merger Law: Federal Law on Merger, Demerger, Conversion and Transfer of Assets and Liabilities**, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 2003.

¹⁵² http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_fusionsgesetz.html (10.01.2010).

ortaklık ile İsviçreli olmayan bir ortaklığın birleşmesi m. 3 vd. hükümlerinde öngörülen şartların yerine getirilmesi halinde gerçekleşebilmektedir¹⁵³.

FusG uyarınca, birleşmeler iki şekilde düzenlenmiştir: i) Yeni kuruluş yoluyla birleşme. ii) Devralma yoluyla birleşme. Birleşmenin asıl özelliği, mal ve borçların yeni kurulan veya devam eden ortaklığa nakli için ayrı ayrı işlem yapılmasına gerek kalmamasıdır (principle of universal succession). Birleşme için alacak ve borçlularının onayı gerekmekte ve devreden ortaklık, tasfiyesiz infisah etmektedir¹⁵⁴.

İsviçre FusG, birleşme halinde izlenmesi gereken usulü de geniş olarak düzenlemektedir. Buna göre, birleşen ortaklıkların kurulları, ortaklara hitaben birleşmeyi açıklayan ve haklı kılan bir rapor hazırlarlar. Birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşme bilançosu özel bir denetçi tarafından denetlenir ve birleşme, ortaklık kurulları tarafından onaylanır. Sonrasında, birleşmenin ortaklık yönetim kurulu tarafından sicile tescil ve ilan olunması gerekmektedir¹⁵⁵.

AB hukukunda, aynı üye ülkeye ait ortaklıkların birleşmesine ilişkin millî kanunların uyumlaştırılması ve millî kanunlarında kanunî birleşmeleri tanımayan üye ülkeler için bu konuyu düzenleyen mevzuat oluşturma yükümlülüğünün getirilmesi amacıyla 78/855/AET sayılı ve 09.10.1978 tarihli Kurucu Anlaşma'nın m. 54/3 (g) hükmü temelinde Halka Açık Sınırlı Sorumlu Ortaklıkların Birleşmesi Hakkında Üçüncü Yönerge (Third EEC Directive based on Article 54/3 (g) of the Treaty Concerning Mergers of Public Limited Liability Companies)¹⁵⁶ ("Millî Birleşmeler Hakkında AET Yönergesi") kabul edilmiştir. Yönerge, sadece halka açık ortaklıklar bakımından hüküm ifade eder. Bununla beraber üye ülkeler, Yönerge hükümlerini kapalı ortaklıkları da kapsayacak şekilde genişletmiştir¹⁵⁷. 2005/56/AT sayılı ve 26.10.2005 tarihli Sınırlı Sorumlu Ortaklıklar Arası Sınırötesi Birleşmeler Hakkında Onuncu Yönerge (Tenth Directive on Crossborder Mergers of Limited Liability

¹⁵³ Brechbühl, s. 459, s. 484; Martinius, s. 45; Tschani, Rudolf, "Yeni İsviçre Birleşme Kanunu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2005, s. 94.

¹⁵⁴ Scharer, Heinz/Kurer, Peter/Oechslin, Eveline, "Switzerland", Lees, Clare (edit.), **International M&A Law**, London: Euromoney, 1991, s. 157; Schönberg/Leemann, s. 477-478; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 42; Tschani, s. 91-92.

¹⁵⁵ Brechbühl, 459-460; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 42-43; Tschani, s. 93.

¹⁵⁶ OJ 20.10.1978 - L 295, s. 36-43.

¹⁵⁷ Cansevdi, Hürrem, **Avrupa Birliği'nin Şirketler Hukuku Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumunu**, İstanbul: İktisadî Kalkınma Vakfı Yayınları, 2003, s. 26.

Companies)¹⁵⁸ (“Milletlerarası Birleşmeler Hakkında AT Yönergesi”) ise, farklı üye ülkelerde kurulu ortaklıklar arasındaki birleşmeleri kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Milletlerarası Birleşmeler Hakkında AT Yönergesi uyarınca, üye ülkelerin bu Yönerge uyarınca çıkarılacak kanunlarının şu konuları düzenlemesi zorunludur¹⁵⁹: i) Birleşme için karar prosedürü. ii) Alacaklıların, tahvil sahiplerinin ve ortakların korunması. iii) Muhalif azınlık hisse sahiplerinin korunması.

Gerek Millî Birleşmeler Hakkında AET Yönergesi gerekse Milletlerarası Birleşmeler Hakkında AT Yönergesi iki tür birleşmeyi kapsamaktadır: i) Katılma yoluyla birleşme. ii) Yeni ortaklık kurma yoluyla birleşme. AB hukukunda, katılma yoluyla birleşme, bir veya daha fazla sayıda ortaklığın tasfiyeye gitmeksizin bir araya gelmesi ve ele geçirilen ortaklık veya ortaklıkların ortaklarına katılan ortaklığın hisselerinin verilmesi karşılığında tüm varlık ve yükümlülüklerini birbirlerine transfer ettikleri bir işlemdir. Yeni bir ortaklık kurma yoluyla birleşme, çok sayıda ortaklığın tasfiyeye gitmeksizin bir araya gelmesi ve ortaklarına yeni ortaklığın hisselerinin verilmesi karşılığında tüm varlık ve yükümlülüklerini yeni kurdukları ortaklığa transfer ettikleri bir işlemdir. Bu işlemlerin ortak özellikleri, birleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ele geçirilen ortaklığın tüm varlık ve yükümlülüklerinin otomatik olarak devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçmesi ve ele geçirilen veya birleşmeye giden ortaklığın ortaklarının devralan veya yeni ortaklığın ortakları haline gelmesidir. Devreden veya birleşmeye giden ortaklıklar, tasfiyeye gidilmesine gerek olmaksızın otomatik olarak sona ermektedir¹⁶⁰.

Millî Birleşmeler Hakkında AET Yönergesi uyarınca, öncelikle asgarî içeriği Yönerge ile belirlenen bir birleşme projesi hazırlanmalı ve bu proje ilan edilmelidir. Bu projeye ek olarak yönetim, projeyi açıklayan ve gerekçelendiren bir rapor hazırlamalıdır. Daha sonra değişim oranlarının uygunluğu hakkında bağımsız uzmanların onayı alınmalıdır. Nihayet proje, yönetim kurulunun ve uzmanların

¹⁵⁸ OJ 25.11.2005-L 310, s. 1–9.

¹⁵⁹ Zaman, Niek, “Crossborder Mergers in Europe”, **European Journal of Law Reform**, V. 8, No. 1, s. 125–126, s. 133–134, <http://heinonline.org/HOL/Welcome> (10.01.2010).

¹⁶⁰ Cansevdi, s. 27; Ffrench, s. 10–11; Zaman, s. 133.

hazırladığı raporla birlikte her bir ortaklık kurulunun onayına sunulmalı ve ağırlaştırılmış çoğunluk ile kabul edilmelidir¹⁶¹.

TTK'nın ilgili hükümleri Millî Birleşmeler Hakkında AET Yönergesi hükümleri ile uyumlu olmakla beraber Türk mevzuatında birleşme konusu, genel hatlarıyla işlenmiştir ve Yönerge'nin bu konuda kapsamlı ve ayrıntılı hükümler içermesi uyumlaştırmayı gerekli kılmaktadır¹⁶². Bu doğrultuda TTK Tasarısı'nda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Birleşme sözleşmesinin içeriği somutlaştırılmış, birleşme projesi kavramına yer verilmiş, değişim biriminin belirlenmesi konusunda hüküm getirilmiş ve birleşme sürecinin bağımsız denetim kuruluşunca denetlenmesi öngörülmüştür.

ABD hukukunda birleşme, Türk hukukuna benzer özellikler göstermekte olup birleşen ortaklıklardan infisah eden ortaklığın mal ve borçlarının devam eden ortaklığın mal ve borçlarına eklenmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁶³. MBCA uyarınca, birleşmelerde takip edilmesi gerekli dört aşama vardır: i) Birleşme hüküm ve şartlarını içeren birleşme planının hazırlanması. ii) Birleşme planının yönetim kurulunca onaylanması. iii) Birleşme planının ortaklarca onaylanması. iv) Birleşme sözleşmesinin ilgili devlet merciine sunulması. MBCA'yı uygulamayan eyaletlerde, karar nisap oranlarındaki farklılıklar dışında aynı prosedür izlenmektedir. Birçok eyalette, kısa şekilde birleşme (short-form merger) olarak adlandırılan ortaklık ile bağlı ortaklık arasında gerçekleşen birleşmelerde, ortakların onayı aranmamaktadır¹⁶⁴.

ABD hukukunda, tek aşamalı birleşmeye (one-step merger) alternatif olarak iki aşamalı birleşme (two-step merger) de mümkündür. İki aşamalı birleşmede, devralan ortaklık, öncelikle devreden ortaklığın çoğunluk hisselerini satın alır ve sonra azınlık hisselerine sahip ortakların hisselerini ele geçirir (squeeze-out merger, freeze-out merger). Değerleme haklarına (appraisal rights) sahip olanlar dışında azınlık hisselerine sahip ortaklar, hisselerini devretmek zorundadır. Ayrıca, azınlık hisselerine sahip olan

¹⁶¹ Geniş bilgi için bkz. Ffrench s. 11–17; Moustaki, Guy/Engammare, Valerie, “Avrupa Birliği Şirketler Hukuku”, Sezgin Huysal, Ayşegül (Çev.), **MÜHFAD**, C. 14, S. 1–2, s. 268–269.

¹⁶² Cansevdi, s. 96.

¹⁶³ Bainbridge, Stephen M., **Mergers and Acquisitions**, NY: Thomson West, 2008, s. 49.

¹⁶⁴ Bainbridge, s. 50; Miller, **M&A** 1, s. 14–15.

ortaklar, çoğunluk hisselerini eline geçiren devralan ortaklığın azınlık hisselerini de almasını talep hakkını haizdir (sell-out)¹⁶⁵.

C. Devralma

1. Genel Olarak

Devralma işlemi, genellikle bir işletme üzerinde hâkimiyet sağlayabilme yetkisinin kazanılması olarak özetlenmektedir¹⁶⁶. Bu yetkinin kazanılması ise, özellikle iki yolla (mal devri veya hisse devri) mümkün olabilmektedir¹⁶⁷. RKHK m. 7 ve Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği m. 2/1 (b) hükmü, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri ve kontrolünü de devralma işlemleri arasında saymıştır.

Bir devralma işleminin temelini, esasen işletme üzerinde söz sahibi olunmasını sağlayan hisselerin veya malvarlığının devredilmesi borcu (taahhüt işlemi) oluşturmaktadır. Hisselerin veya malvarlığının devredilmesi ve bu devri sağlayacak hukukî işlemlerin yapılması ise tasarruf işlemi olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁸.

2. Malvarlığının veya İşletmenin Devri

Ticarî işletmeler dâhil olmak üzere her tür işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri, BK m. 179'da düzenlenmiştir. BK m. 180 hükmünde ise, bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi düzenlenmiş ve bu halin esas itibarıyla BK m. 179 hükmüne tâbi olacağı belirtilmiştir. Her iki hükümde de, işletmenin devri veya birleşmesi, işletmeyi işleten ortaklıkları ve onların ortaklarını, kısacası kişi unsurunu etkilememekte, ilgili ortaklıklar ve ortaklar aynı kalmakta devam etmektedirler¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Bainbridge, s. 23–27; Martinius, s. 43; Miller, *M&A* 1, s. 14–15; Oesterle, s. 5; Spillman, s. 518, s. 529.

¹⁶⁶ Sudarsanam, Sudi, *Creating Value from Mergers and Acquisitions: The Challenges*, London: Financial Times Prentice Hall, 2009, s. 438.

¹⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm, Rekabet Kurulu, s. 114 vd.

¹⁶⁸ Esin/Lokmanhekim, s. 29.

¹⁶⁹ Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 10. bs.'den 12. tıpkı bs., Ankara: BTHAE Yayınları, 2008, s. 41.

Malvarlığı veya işletmenin devrinde bir sözleşme¹⁷⁰ yapılmaktadır. Bu sözleşme, kural olarak bir şekle tâbi değildir. Ancak, malvarlığına ait unsurlar, ayrı ayrı ve kendi devirlerine ait şekle uymak şartıyla devredilebilmektedir. Bu borçlandırıci işlem dolayısıyla hedef ortaklık, aktif içinde bulunan taşınırın mülkiyet ve zilyetliklerini devir, taşınmaz malları tapu memuru önünde tescil, kıymetli evrakı ciro (endorsement) ve alacağı temlik etme (written assignment) borcu altındadır. Buna karşılık, borçların devri, ayrı ayrı borcun nakli işlemlerini yapmayı gerektirmemektedir. Devrin alacaklılara bildirilmesi ve ilan yapılması, borçların alıcıya geçmesi için yeterlidir. BK m. 179 uyarınca, alacaklıların borçlu tarafta değişiklik nedeniyle karşılaşmaları muhtemel zararlarını önlemek amacı ile devreden önceki borçlunun yeni devralanla birlikte iki yıl süre ile zincirleme sorumlu olduğu kabul edilmiştir¹⁷¹. Malvarlığı veya ticarî işletme, birden fazla kişiye birden fazla devir sözleşmesi ile devredilebilir. Aktiflerin tek kişiye veya birden fazla kişiye devredilmiş olması bir farklılık oluşturmamaktadır¹⁷². Ticarî işletmenin devri, genellikle bir satış sözleşmesine dayanacağından sözleşmeyle ilgili ayıp ve zapta karşı teminat hükümleri (BK m. 194, m. 189 vd.) burada da uygulanmaktadır¹⁷³.

Devir sözleşmesinin malvarlığının tümünü konu edinmiş olması gerektiği konusundaki kural, malvarlığına dâhil olan hakların hepsinin devredilmesini gerekli kılmamaktadır. Devredilen unsurların aslî unsurlar olması ve ticarî işletmenin işletme olarak devamını mümkün kılması yeterlidir. Malvarlığının tümüne yakın değerdeki aktiflerin devredilmesi, diğer bir ifade ile saklı tutulan kısmın malvarlığının veya işletmenin önemli bir kısmını oluşturmaması gerekir. Tartışmalı olmakla beraber

¹⁷⁰ Örnek malvarlığının devri sözleşmesi için bkz. Stilton, Andrew, **Sale of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements**, London: Sweet&Maxwell Limited, 2006, Appendix 2, Precedent 3, s. 590–648, Precedent 4, s. 650–710.

¹⁷¹ Acemoğlu, Kevork, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971, s. 128-129; Arkan, s. 42-45; Erdem, **Birleşme**, s. 48-49; Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 11. tıpkı bs., İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 1205; Martinius, s. 23; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş 6. bs.'dan 7. tıpkı bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 973-977; Yasaman, **Birleşme**, s. 14.

¹⁷² Acemoğlu, s. 41.

¹⁷³ Arkan, s. 44.

çoğunluk görüşüne göre, sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme BK m. 179 hükmü karşısında geçersizdir¹⁷⁴.

Rekabet hukuku anlamında, önemli olan kontrolün devridir. Devralma sonucunda, devralmayı gerçekleştiren teşebbüsün ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar payının piyasanın %25'ini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirosunun 25 trilyon TL.'yi aşması halinde RK'dan izin alınması zorunludur.

İsviçre hukukunda, malvarlığının devrinin birleşmeden farkı, burada sadece işletmenin varlık ve borçlarının devredilmesi ve devre konu olan işletmenin ortaklarını etkilememesidir. Diğer taraftan, birleşmede olduğu gibi malvarlığının devri için de ticaret siciline tescil şarttır¹⁷⁵.

İsviçre hukukunda, hisse devri, malvarlığı devrine oranla daha kolay bir prosedür öngörmesi nedeniyle tercih edilmektedir. Hisse devir sözleşmesinin imzalanması, hisse senetlerinin devri ve hedef ortaklığın yönetim kurulunun onayı hisse devri için yeterlidir. Malvarlığının devrinde ise, her bir malvarlığı unsuru için özel şartların yerine getirilerek ayrı ayrı devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu ise, hem zahmetli hem de uzun bir süreçtir. Hisse devrinde alıcı, ortaklığı tüm malvarlığı ve borçlarıyla beraber devralır. Malvarlığı devrinde ise, sadece devir sözleşmesinde belirtilen malvarlığı veya işletme devredilir, diğer malvarlığı ve borçlar hedef ortaklığın üzerinde kalır. Hisse devrinde alıcı, ortaklığın alacaklı ve borçlularıyla doğrudan ilişkiye girmez. Hâlbuki malvarlığının devrinde alıcı, devraldığı borçlardan doğrudan sorumludur. Malvarlığı veya işletmenin devri, gelir vergisine tâbiyken hisse devrinde istisnalar dışında herhangi bir vergi yükümlülüğü yoktur. Ancak, hisse devrinde peştamallık (goodwill payment, goodwill deposit, goodfaith deposit), vergiden düşülebilen malvarlığı veya işletmenin devrinde bu mümkün değildir. Hisse devrinde, hedef ortaklıkla üçüncü kişilerin taraf olduğu sözleşmelerin (kira sözleşmeleri hariç), ortak değişimi için onay şartını öngören hükümler (change of control clause) içermedikçe, alıcıya devri gerekmemekteyken malvarlığı veya işletmenin devrinde, bu

¹⁷⁴ Acemoğlu, s. 31; Arkan, s. 42; Tekinay, Selahattin Sulhi v.d., **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 281, dn. 2; Yasaman, **Birleşme**, s. 14.

¹⁷⁵ Schönberg/Leemann, s. 474; Tschani, s. 96.

sözleşmelerin (ortaklık çalışanlarıyla yapılmış hizmet sözleşmeleri hariç) devri ve sözleşme taraflarının onayının alınması gerekmektedir. Malvarlığının devrinde, devreden, devralanla birlikte üç yıl süre ile zincirleme sorumludur¹⁷⁶.

İngiliz hukukunda, alıcı, sorumluluğunun devraldığı mallarla ve bazı konularla sınırlanabilmesi nedeniyle malvarlığı devrini tercih edebilmektedir. Satıcı ise, ortaklık üzerinde hak sağlayan hisse devrinden ziyade bazı ortaklık mallarını satmayı tercih edebilmektedir. Diğer taraftan, satıcı tarafından genellikle hisse devri malvarlığının devrine tercih edilmektedir. Şöyle ki; i) Hisse devrinde satıcının sorumluluğu, beyan ve taahhütleriyle sınırlıdır. ii) Vergi açısından hisse devri, işletmenin devrine oranla daha avantajlıdır. iii) Malvarlığının devrinde, her bir malvarlığı unsuru için özel şartların yerine getirilerek ayrı ayrı devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. iv) Hisse devri, malvarlığı devrinden farklı olarak hedef ortaklıkla sözleşme yapmış olan üçüncü kişilerin, sözleşmede aksini öngören bir hüküm bulunmadıkça, onayını gerektirmemektedir¹⁷⁷.

ABD hukukunda, benzer şekilde, bir ortaklık, malvarlığı devri yoluyla devredilebilmektedir. Malvarlığının devrinde, her bir malvarlığı unsuru için özel şartların yerine getirilerek ayrı ayrı devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Vergi açısından da, hisse devri, işletmenin devrine oranla daha avantajlıdır¹⁷⁸.

3. Ortaklık Hissesi Devri

Hisse devri, çoğu zaman bir tarafın bir ortaklığın kontrolünü ele geçirmek amacıyla o ortaklığın hisselerini tamamen veya kısmen devralması olarak tanımlanabilir. Hisse devri işlemleri ve geçerlilik şartları, ülkeden ülkeye değişmektedir.

¹⁷⁶ Brechbühl, s. 468–470; Howson, Peter, **Due Diligence: The Critical Stage in Mergers and Acquisitions**, Hants: Gower Publishing Limited, 2003, s. 68, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010); Picot, Gerhard, “The Implementation of Mergers and Acquisitions Under Business Law Aspects: The Formation of the Transaction Agreement”, Picot, Gerhard (Ed.), **Handbook of International Mergers and Acquisitions Preparation: Implementation and Integration**, New York: Palgrave Macmillan, 2002, s. 68–69; Scharer/Kurer/Oechslin, s. 154–155; Schönberg/Leemann, s. 474, s. 478, s. 481; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 30–33.

¹⁷⁷ Werry, s. 490, s. 498; Spillman, s. 525–526.

¹⁷⁸ Bainbridge, s. 18; Spillman, s. 522, s. 525–526; Wilkonson, David/Waterhouse, Field Fisher, “Legal Documentation: Where to Start”, Reuvid, Jonathan (Ed.), **Mergers&Acquisitions: A Practical Guide for Private Companies and their UK and Overseas Advisers (“Where to Start”)**, London: Kogan Page Limited, 2007, s. 178.

Aynı şekilde, devir ilişkisinin taraflarına, hisse senedinin ve ortaklığın türüne göre hisse devri farklılık arz etmektedir¹⁷⁹.

Eğer hedef ortaklık, kapalı bir ortaklık ise ve ortak sayısı nispeten az ise devralma, genellikle iki taraf arasında hisse devri üzerine yapılacak özel görüşmelerle (privately negotiated share purchase, private sale) ve sonrası, satıcı ile alıcı arasında hisse devir sözleşmesi imzalanmasıyla gerçekleşmektedir. Kapalı ortaklıklardaki hisse devri, devralmalarda en basit yöntemdir. Eğer hedef ortaklık halka açık bir ortaklık ise, ortakların sayısının fazlalığı nedeniyle devralma, genellikle halka arz yoluyla (open market acquisition of shares, public sale, public bid, public takeover, public tender) gerçekleşmektedir. Burada, bir alıcı ve birden fazla satıcı söz konusudur. Günümüzde yaygınlaşan açık arttırma yoluyla satımlarda (auction sale) ise, bir satıcı ve birden fazla potansiyel alıcı bulunmaktadır¹⁸⁰.

Özellikle halka açık ortaklıklarda, ortaklara hisse senetlerini satmaları hususunda teklif yapılmadan önce bu ortaklığın yönetimi ile ilişki kurularak yönetimin onayı alınmaktadır. Hedef ortaklık yönetimi devralmaya sıcak bakarsa iki taraf beraber devralmanın temel ilkelerini kararlaştırır. Bu ilkeler üzerinde anlaşmaya varılırsa ortaklara devralma teklifi götürülür. Bu tür ortaklık devirleri, dostça devralma (friendly takeover) olarak nitelenir. Devralmaya hedef ortaklık yönetiminin sıcak bakmaması veya yönetimle devralma koşullarında anlaşma sağlanamaması halinde bile ortaklara devralma teklifi götürülebilir. Bu tür devralmalar, düşmanca devralma (hostile takeover) olarak adlandırılmaktadır¹⁸¹.

AB'ye üye ülkeler, hâlihazırda devralmalar konusunda ilgili mevzuatlarını yenileme konusunda çekimserdir. Özellikle, devralma uygulamasının henüz

¹⁷⁹ Martinius, s. 19–20; Geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması, s. 169 vd.

¹⁸⁰ French, s. 199; Hazen, Thomas Lee/Markham, Jerry W., **Mergers, Acquisitions and Other Business Combinations: Cases and Materials**, NY: Thomson West, 2003, s. 19; Martinius, s. 14; Miller, **M&A 1**, s. 13–14; Sarıkamış, s. 46; Wilkonson/Waterhouse, Wilkonson, David/Waterhouse, Field Fisher, “Legal Documentation: Purchase of a Company (Share Sale)”, Reuvid, Jonathan (Ed.), **Mergers&Acquisitions: A Practical Guide for Private Companies and their UK and Overseas Advisers (“Share Sale”)**, London: Kogan Page Limited, 2007, s. 183.

¹⁸¹ Brechbühl, s. 475; Horn, s. 5; Martinius, s. 16; Picot, s. 97; Sarıkamış, s. 35–36.

yerleşmemiş ve değişim sürecinde olmasından dolayı detaylı ve yeknesak bir düzenleme getirilmesi arzu edilmemektedir¹⁸².

4. Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçların Devri ve Kontrolü

Kontrolden ne anlaşılması gerektiği Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği'nde açıklanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, kontrolün unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: i) Belirleyici etki uygulanması. ii) Farklı araçların kullanılması. iii) Süreklilik.

Doğrudan yatırımlarda yatırımcı, yatırımın denetimi ve yönetimine tamamen hâkimdir. Dolaylı yatırımlarda ise, yatırımcının yatırım yaptığı ortaklığın denetim ve yönetiminde etkili olması gerekli bulunmadığı gibi çoğu zaman söz konusu da olmamaktadır¹⁸³.

Kontrol ayrı ayrı veya beraber olabilir. Buna göre, bir teşebbüsün diğeri üzerinde uyguladığı etki, tek başına kontrole imkân vermiyor ve belirleyici etki, ancak başka teşebbüslerle beraber ortak hareket ederek uygulanabiliyorsa beraber kontrol söz konusu olmaktadır. Müşterek ve beraber devralma; tek başına kontrole imkân vermeyen kısmi devralmalar, ortaklık kurmalar, karşılıklı hisse devirleri ve hatta birleşmelerde görülebilen bir durumdur¹⁸⁴.

Bir teşebbüs üzerinde belirleyici etkinin sağlanması, o teşebbüs üzerinde kontrolün sağlanması anlamına gelir. Belirleyici etkiden anlaşılması gereken, bir teşebbüsün diğeri bir teşebbüsün ticarî politikalarını kendi menfaatleri doğrultusunda etkileyebilme durumudur¹⁸⁵. Kontrolün hangi araçlarla ve nasıl sağlanacağı önemsizdir, hukukî veya fiilî araçlar olabilir. Bunların başında; azınlık hakları, oy sözleşmeleri, imtiyazlı paylar, hisse üzerinde intifa hakkı kurulması, yönetim sözleşmeleri veya çağrı yoluyla vekâlet veya hisse senedi toplama gösterilebilir¹⁸⁶. Ayrıca, kontrolden söz edebilmek için bu durumun az çok uzun bir süre devam etmesi gerekmektedir¹⁸⁷.

¹⁸² French, s. 10.

¹⁸³ Şirin, s. 9.

¹⁸⁴ Akyüz, s. 53–54.

¹⁸⁵ Sanlı, s. 327–328.

¹⁸⁶ Geniş bilgi için bkz. Erdem, **Birleşme**, s. 56–70.

¹⁸⁷ Erdem, **Birleşme**, s. 54.

D. Ortak Girişim

Birleşme ve devralmaların karmaşık yapısı nedeniyle taraflar amaçlarına ulaşmak için bazen alternatif yöntemleri tercih edebilirler. Bunlar arasında, stratejik işbirliği (strategic alliance) ve ortak girişim (joint venture) en çok tercih edilen alternatif yöntemlerdir¹⁸⁸.

Stratejik işbirliği, ortak girişimlere oranla daha esnek ve kurallara bağlı olmayan bir yapıdır. Ortak girişimde, çoğu zaman ayrı bir ortaklık kurulmaktayken stratejik işbirliğinde, taraflar arasındaki sözleşme ve ilişki daha basittir¹⁸⁹.

Bugün ülkelerin tümünün mevzuatına uygun kesin ve açık bir ortak girişim tanımı yapmak hemen hemen imkânsızdır¹⁹⁰. Bununla beraber, ortak girişimi belli bir ticarî işlemde kâr etmek isteyen iki veya daha fazla kişinin bu yolda teknik, ticarî ve malî bilgi ve imkânlarını birleştirmeleri olarak ele alabiliriz.

Ortak girişimin farklı ülke vatandaşları arasında kurulması halinde milletlerarası ortak girişimler ortaya çıkar. Gelişmekte olan ülkeler, yabancı yatırımlar için ortak girişimlerin kurulmasını tercih etmektedirler. Bunun nedeni, bu ülkelerin doğrudan yabancı yatırım ithalini tedirginlikle karşılamalarıdır. Bu nedenle, ülkeler; özellikle ağır sanayi, temel hammaddeler ve kamu hizmetleri söz konusu olduğunda yabancı yatırımcının çoğunluk hisselerine sahip olmasını engellemektedirler¹⁹¹.

İsviçre hukukunda, ortak girişim, ticaret hukuku ile sözleşmeler hukuku genel kurallarına tâbi şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, ortak girişim; iki veya daha fazla kişi

¹⁸⁸ Gaughan, Patrick A., **Mergers: What Can Go Wrong and How to Prevent It**, New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 2005, s. 319, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010).

¹⁸⁹ Geniş bilgi için bkz. Gaughan, s. 326-334.

¹⁹⁰ Geniş bilgi ve farklı tanımlar için bkz. Dayınlarlı, Kemal, **Joint Venture Sözleşmesi ("JV")**, 3. bs., Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007, s. 4 vd.; Gaughan, s. 319-326; Kaplan, İbrahim, **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı: Joint Venture**, 2. bs., Ankara, s. 5 vd.; Seçkin Yayıncılık, 2007; Korkut, Ömer, "Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı", **Legal Hukuk Dergisi**, Nisan 2007, s. 1152-1153; Öztürk, Pınar, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s. 1 vd.; Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören, "Joint Venture", **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan**, Ankara: Türkiye İş Bankası, 1988, s. 143-176; Yılmaz, Lerzan, "Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukukî Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı", **Mahmut R. Belik'e Armağan ("Armağan")**, İstanbul, 1993, s. 475-491.

¹⁹¹ Öztürk, s. 6-8, s. 52.

veya ortaklık tarafından bunlara ait ortaklıklardan bağımsız şekilde kurulmuş ve kontrol edilmekte olan yaygın bir ortaklık çeşididir¹⁹².

AB ortaklıklar hukukunda, ortak girişim, genellikle iki veya daha çok birbirinden iktisaden bağımsız teşebbüs tarafından kurulan ve kontrol edilen bir ortaklık olarak tanımlanmaktadır¹⁹³.

Türk hukukunda, ortak girişimi tümüyle ele alan bir kanunî düzenleme mevcut değildir. Ortak girişim, çeşitli hukukî düzenlemelerde dağınık olarak yer almaktadır. Örneğin, KVK mükerrer m. 6 hükmünde tanımlanan ve vergi hukukumuzda geniş olarak düzenlenen iş ortaklığı, adî ortaklığın ve dolayısıyla ortak girişimin özel bir türünü oluşturmaktadır. 4734 sayılı ve 04.01.2002 tarihli Kamu İhale Kanunu¹⁹⁴ ile yeni kavramların ihale alanına getirildiğini görmekteyiz. Bunlardan ortak girişim, m. 4 hükmünde “İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları” olarak tanımlanmıştır. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği¹⁹⁵ (“DYYK Uygulama Yönetmeliği”) m. 9 hükmü, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri ve iştirak edebilecekleri ortaklıkları sayarken BK’da düzenlenen adî ortaklığı da saymış ve ortak girişimin kanunun uygulaması açısından adî ortaklık sayılacağını belirtmiştir.

Ortak girişim, bir ticaret ortaklığı kurmak veya daha önce kurulmuş olana katılmak suretiyle oluşturulabilir (sermayeye katımlı ortak girişim, equity joint venture, corporate joint venture). Ayrıca, ortak girişimin sadece sözleşmeye dayalı olarak konsorsiyum veya diğer şekillerde bir iş sahibine karşı ortaklarca belli bir işin yapılmasının müstereken taahhüt edildiği bir iş ortaklığı olarak da kurulması mümkündür (sözleşmeye dayalı ortak girişim, non-equity joint venture, contractual joint venture)¹⁹⁶. Ortak girişimler, faaliyetleri ve taraflar arasındaki ilişki bakımından da türlere ayrılmaktadır¹⁹⁷.

¹⁹² Tschani/Von Planta/Oertle, s. 45–48.

¹⁹³ Kaplan, s. 22.

¹⁹⁴ RG 22.01.2002–24648.

¹⁹⁵ RG 20.08.2003–25205.

¹⁹⁶ Geniş bilgi için bkz. Altay, Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009; Dayınlarlı, **JV**, s. 272-305; Öztürk, s. 19–24;

Ortak girişim kavramının, teşebbüsler arasındaki ortak faaliyete yönelik her türlü anlaşmadan birleşmelere kadar geniş bir kullanım alanı vardır. Ancak, rekabet hukukunda, ortak girişim sözleşmeleri, rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeler ile birleşmeler arasında kalan bölgeyi belirlemekte kullanılmaktadır. Ortak girişim sözleşmelerini rekabeti kısıtlayıcı diğer sözleşmelerden ayıran özellik, rekabeti kısıtlayıcı sözleşmelerin süre ve konularının sınırlı olmasına karşılık ortak girişim sözleşmelerinin uzun süreli ve çok türlü konularda yapılabilmesidir¹⁹⁸.

Birleşme ve devir sözleşmeleri, RKHK m. 7, 10 ve 11 hükümlerine tâbidir. Ortak girişim ise, RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, ortak girişimin yasaklanabilmesi için iki veya daha fazla ortaklık tarafından ortaklaşa kontrol ediliyor olması, taraf ortaklıklardan bağımsız olarak çalışmasını sağlayacak yeterli insani ve maddî kaynaklara sahip olması ve ortaklar arasındaki rekabeti sınırlayıcı olması gerekir. ABD hukukunda, ortak girişim, Türk hukukunda olduğu gibi rekabet hukuku açısından Sherman¹⁹⁹ ve Clayton²⁰⁰ Kanunları kapsamında denetime tâbidir²⁰¹.

Birleşmede, işletme ve ortaklıklar birleşirken ortak girişimde, her biri ayrı faaliyet alanına sahip kişilerin teknik, ticarî ve malî bilgi ve imkânları birleşmektedir²⁰². Birleşmede, birleşen ortaklıklar veya katılan ortaklık, yeni ortaklığın kurulması veya katılmanın tamamlanması ile birlikte tasfiyesiz infisah etmekte ve tüzel kişiliklerini kaybetmektedir. Ortak girişimde ise, birleşme türlerindeki aksine ortaklığı kuran tarafların insifah ve tüzel kişiliğini kaybetmesi söz konusu olmamakta, bağımsız hukukî varlıkları hiçbir değişikliğe uğramadan devam etmektedir²⁰³. Birleşme veya devir halinde, işletmenin kontrolü bir işletme veya kişinin eline geçer. Ortak girişimde ise, her

Korkut, s. 1157–1159; Tekil, Fahiman, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku (“Adi Şirketler”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1996, s. 79.

¹⁹⁷ Geniş bilgi için bkz. Dayınlarlı, **JV**, s. 64-84; Öztürk, s. 24–27; Korkut, s. 1157–1160.

¹⁹⁸ Akıncı, Ateş, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Ankara: Rekabet Kurumu, 2001, s. 109; Geniş bilgi için ayrıca bkz. Kayıhan, Lerzan, **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler**, Ankara: Rekabet Kurumu, 2003, s. 1 vd.

¹⁹⁹ Kanun metni için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf> (10.01.2010).

²⁰⁰ Kanun metni için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf> (10.01.2010).

²⁰¹ Gaughan, s. 322.

²⁰² Tekil, **Adi Şirketler**, s. 78.

²⁰³ Kaplan, s. 36; Tekil, **Adi Şirketler**, s. 78.

ortak diğ erinin temsilcisidir ve kontrol en az iki kişi veya işletmenin elindedir²⁰⁴. Ortak girişim, birleşme ve devralmalardan farklı olarak sürelidir²⁰⁵.

Anglo-Amerikan hukukunda, özellikle sözleşmeye dayalı ortak girişim, partnership (bir tür kişi ortaklığı) kurumuna benzetilmektedir. Ancak, partnership kurumundan farklı olarak ortak girişim, süreklilik arz etmek zorunda değildir, tek bir iş için kurulabilir. Sermaye ortaklıkları (corporation), partnership'e ortak olamazken ortak girişime ortak olabilirler. Ayrıca, partnership'den farklı olarak ortakların ortak girişimi temsil yetkisi yoktur, sadece ortakların birbirlerinin temsilcisi olduğı kabul edilmektedir. Partnership'de, ortaklar teşebbüse ve onun malvarlığına müştereken malikken ortak girişimde, ortaklığı tahsis edilen malların mülkiyeti ortaklarda kalır. Partnership'de, her ortak diğ er ortaklara karşı haksız fiil benzeri sorumluluğı dayanan bir dava açabilir. Ortak girişimde ise, bu davanın yanısıra sözleşmeden doğ an sorumluluğun yerine getirilmediğı iddia edilerek hak talep edilebilir²⁰⁶.

Konsorsiyum, iki veya daha çok gerç ek veya tüzel kişinin belli bir işi yapmak amacı ile ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları iş in bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğ erlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmeleri olarak tanımlanabilir²⁰⁷. Ortak girişim ise, konsorsiyumdan farklı olarak belirli bir iş in veya hizmetin müştereken yerine getirilmesi için kurulur. Ortak girişimde ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu olurken konsorsiyumda, ortakların bu sorumluluğı sadece kendi taahhüt ettikleri iş le ve kendi taahhüt ettikleri miktarla sınırlıdır²⁰⁸. Ayrıca, ortak girişimlerde kâr amacı mutlakdır, konsorsiyumlarda ise, her zaman kâr amacı güdülmemektedir²⁰⁹.

²⁰⁴ Akyüz, s. 54; Tekinalp/Tekinalp, s. 151.

²⁰⁵ Gaughan, s. 319.

²⁰⁶ Dayınlarlı, **JV**, s. 60-63; Öztürk, s. 2, s. 9-11; Tekinalp/Tekinalp, s. 144, s. 155; Yılmaz, **Armağ an**, s. 478, s. 480.

²⁰⁷ Tekinalp/Tekinalp, s. 162.

²⁰⁸ Öztürk, s. 12.

²⁰⁹ Tekil, **Adi şirketler**, s. 78.

İKİNCİ BÖLÜM

HİSSE DEVRİ SÜRECİ

I. GENEL OLARAK

Birleşme ve özellikle devralma süreci, uzun ve külfetli bir süreçtir. Sürecin uzun veya kısa olmasında bir taraftan alıcı ve hedef ortaklığın konumu ve yönetimlerinin devralmaya bakış açısı diğer yandan da hedef ortaklığın büyüklüğü, şube sayısı, faaliyet konularının azlığı veya çokluğu, tedarikçilerinin sayısı ve konumları önemli rol oynamaktadır²¹⁰.

Aralarında bazı farklılıklar olmakla beraber tüm birleşme ve devralma türlerinde süreç benzerdir ve dört ana aşama söz konusudur²¹¹: i) Öngörüşmelerin yapılması (preliminary discussions, contacts). ii) Hisse devir sözleşmelerinin kurulması (negotiation and signing). iii) Hisse devir işlemlerinin tamamlanması (closing, completion, settlement) ve iv) Entegrasyon (integration, post-closing).

Bu aşamalarda ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve çözüm yollarını incelediğimiz üçüncü bölüme geçmeden evvel hisse devrindeki aşamaların bu bölümde ayrı ayrı ele alınmasında fayda görmekteyiz. Şöyle ki, uygulanacak hukukun tespitinde bir bağlama konusu oluşturan hukukî kavram ve işlemlerin doğru olarak vasıflandırılması gerekmektedir.

II. ÖNGÖRÜŞMELERİN YAPILMASI

A. Genel Olarak

Bu aşamada; temel stratejinin saptanması, ön araştırmalar ve sonrası genel değerlendirme yapılması esastır. Devralma işlemlerine niyet mektubunun imzalanması

²¹⁰ Pulaşlı, Hasan, “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, **BATİDER (“Due Diligence”)**, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 216.

²¹¹ Brechbühl, s. 457–458; Esin/Lokmanhekim, s. 6; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 81–82; Kutlan, Serhat, **Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence**, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2004, s. 27–28; Martinius, s. 14–16; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 216–218; Spillman, John, “The United States of America”, Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 517–518; Werry, s. 489; Whalley/Semler, s. 2; Yasaman, **Birleşme**, s. 37.

ile başlanmaktadır. Sonrası, hedef ortaklık tarafından devir işlemlerinin tamamlanması için gereken işler, hazırlanması gerekli belgeler, görev dağılımı²¹² ve zamanlamayı içeren ayrıntılı bir iş planı (time table, work schedule, to do list)²¹³ düzenlenmektedir. Son olarak, hedef ortaklık üzerinde bir inceleme (due diligence investigation) yapılmakta ve elde edilen veriler değerlendirilerek bir fiyat teklifi verilmektedir. Yine bu aşamada, tarafların karşı tarafla ilgili olarak öğrendikleri bilgileri açıklamalarına engel olmak amacıyla bir gizlilik sözleşmesi yapılabileceği gibi tarafların üçüncü kişilerle aynı konuda görüşmeler yapmalarına engel olmak amacıyla bir münhasırlık sözleşmesi de yapılabilmektedir²¹⁴.

Günümüzde, açık arttırma yoluyla devralma, daha karışık ve emek isteyen bir süreç olmakla beraber, alıcılar arasındaki rekabet sonucu daha yüksek fiyat teklifleri imkânı sağladığından dolayı çok yaygın hale gelmiştir. Özellikle, kamu kuruluşu niteliğindeki ortaklık veya işletme devirlerinin büyük bir bölümünde, birçok alıcıdan davet gönderilerek teklif alınmakta ve sonra da açık arttırma yapılmaktadır. Burada, alıcı tarafın belirlenmesi ve hedef ortaklık hakkındaki bilgilerin sağlanması gibi işlemler, genellikle bir yatırım bankası veya özel sermaye kurumu (private equity house) tarafından yürütülmektedir²¹⁵.

B. Niyet Mektubu

1. Kavram

Niyet mektubu, sözleşme öncesi görüşmelerin bir unsurunu oluşturmakta olduğundan dolayı sözleşmeler hukuku kapsamında kabul edilebilmektedir. Niyet mektubu, genel bir ifadeyle; kurulması planlanan hukukî yapının ana hatlarını ortaya koymak üzere gönderen tarafından yapılan bir irade açıklaması olarak tanımlanabilmektedir²¹⁶.

²¹² Görev dağılımı için bkz. Sherman/Hart, s. 176.

²¹³ Örnek iş programı için bkz. a.e., s. 59–61.

²¹⁴ Bainbridge, s. 70; Brechbühl, s. 457; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 81; Martinius, s. 14–15; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 216–218; Spillman, s. 517–518.

²¹⁵ Bainbridge, s. 70; Martinius, s. 15–16; Miller, **M&A 1**, s. 24; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 212; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 85.

²¹⁶ Bainbridge, s. 76; Dinar, Cem, **Niyet Mektubunun Hukukî Niteliği ve Bağlayıcılığı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 5; Oesterle, s. 307.

Anglo-Amerikan hukuku tarafından getirilmiş bir kavram olan niyet mektubunun İngilizce karşılığı olarak memorandum of understanding, principles of understanding, heads of agreement, heads of terms, term sheet, principles of agreement, side letters, letter of comfort ve letter of intent gibi terimler kullanılmaktadır. Ancak, niyet mektubunu esas olarak letter of intent kavramı karşılamakta olup diğer sözleşme öncesi hazırlık çalışmalarından saydığımız bu hukukî yapılar çalışma konumuz olan niyet mektubundan farklılık göstermektedirler²¹⁷. Şöyle ki; diğer hukukî yapılarda sadece iki veya çok taraflı irade beyanı söz konusuysa niyet mektubunda tek taraflı irade beyanı da olabilmektedir²¹⁸.

2. Amaç

Niyet mektubunun öncelikli olarak hizmet ettiği amaç, iki veya daha fazla tarafın bir projeyi veya işlemi başlatmak ve harekete geçirmek konusunda karşılıklı attıkları ilk adımı göstermektir. Dolayısıyla, niyet mektubu, tarafların asıl sözleşmenin hangi noktalarında anlaşmaya vardıklarını ve hangi noktalarının henüz aydınlatılmadığını göstermeye yaramaktadır²¹⁹.

Niyet mektubu ile gönderen taraf ve muhatap arasında asıl sözleşme öncesi bir borç ilişkisi oluşmaktadır. Niyet mektubunun özel yapısı, bir taraftan gönderenin sözleşme görüşmelerinin olumlu biçimde ilerlemesi ve asıl sözleşmenin akdedilmesi konusundaki ilgisini belgelerken diğer taraftan da mevcut durumu genel hatları ile tespit etmeye yaramaktadır²²⁰.

Asıl sözleşmenin konusunu oluşturacak işi, projeyi ve sözleşmesel anlayışı tanımlama açısından niyet mektubu, sözleşme görüşmeleri esnasında taraflara yol gösteren işlevsel bir köprü olmaktadır. Ayrıca, tarafların inceleme raporları hazırlanmadan ve asıl sözleşmenin görüşülüp akdedilmesi için gereken masraflar yapılmadan evvel bir niyet mektubu imzalamalarında fayda vardır²²¹.

²¹⁷ Dinar, s. 13–25; Rankine, Denzil/Howson, Peter, **Acquisition Essentials: A Step-by-step Guide to Smarter Deals**, London: Financial Times Prentice Hall, 2006, s. 31; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 180.

²¹⁸ Dinar, s. 24.

²¹⁹ A.e., s. 11–12.

²²⁰ A.e., s. 109.

²²¹ Esin/Lokmanhekim, s. 9.

Genellikle, kısalığı nedeniyle hiçbir zaman hisse devir sözleşmesi ve diğer devirle ilgili sözleşmelerdeki hususları tamamen kapsayamayacağı gerekçesiyle niyet mektubu gereksiz görülmektedir. Ayrıca, ortaklığın devredileceği bilgisinin önceden kamuya sızması birçok sorunları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, özellikle hedef ortaklığın halka açık olması halinde niyet mektubu hazırlanmamaktadır. Diğer taraftan, özellikle kapalı ortaklıkların devrinde niyet mektubunun gerekli olduğu görüşünde olanlar da az değildir²²².

Taraflarca, niyet mektubunun niteliğinin açıkça belirlenmesinde fayda vardır. Aksi takdirde, niyet mektubunun niteliği hâkim tarafından belirlenecektir. Birçok hukuk sisteminde, niyet mektubunun bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir²²³. Amerikalı ve İngiliz bazı yazarlar, niyet mektubunun hukukî etkisinin bugüne kadar açıkça tespit edilemediğini ve mahkemenin her münferit olaya göre metni yorumlayacağını ifade etmektedirler²²⁴. Gönderen taraf, yanlış anlaşılmalardan korunmak istiyorsa niyet mektubuna mutlaka, “bağlayıcı değildir/bağlayıcıdır” veya “yapmış olduğumuz beyanlarla bağlı olmadığımızı/olduğumuzu belirtiriz” veya benzeri bir madde eklemelidir²²⁵.

Niyet mektubunda²²⁶; satıcının devretme yetkisi, ortaklık defter ve kayıtlarına ulaşabilme, devralma işlemlerinin olumsuz sonuçlanması halinde tarafların birbirlerinden aldıkları mal ve belgelerin iadesi, devralmanın ortaklık çalışanlarına etkisi, peştamallık, devralmadan vazgeçme cezası (break-up fee, cancellation fee, walk-away fee)²²⁷, gizlilik (confidentiality), münhasırlık (exclusivity, standstill, lock-out), hisse devir sözleşmesi gibi niyet mektubunu kesinleştiren asıl ve nihai belge ve sözleşmeler, devir işlemlerinin tamamlanma şartları, devir sürecinde işletmenin

²²² Miller, **M&A 1**, s. 43–44; Niyet mektubunun avantaj ve dezavantajları için bkz. Rankine/Howson, s. 33–34.

²²³ Issitt, Martin, “England and Wales”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 122; Martinius, s. 15; Werry, s. 490; Oesterle, s. 307; Kay, 498; Picot, s. 63; Rankine/Howson, s. 35–36; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 180.

²²⁴ Anson, William Reynell/Guest, Anthony Gordon, **Anson’s Law of Contract**, 28th ed., Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 58.

²²⁵ Dinar, s. 30; Tshani/Von Planta/Oertle, s. 84.

²²⁶ Geniş bilgi ve örnek niyet mektubu için bkz. Miller, Edwin L., **Mergers and Acquisitions: A Step-By-Step Legal and Practical Guide (“M&A 2”)**, New Jersey: John Wiley&Sons, Inc., 2008, <http://media.wiley.com/assets/1502/27/appendix2C.doc> (10.01.2010); Sherman/Hart s. 52–58.

²²⁷ Örnek sözleşme hükmü için bkz. Von Dryander, s. 135.

yönetimi, ilan ve medya haberlerindeki sınırlamalar ve masraflar gibi konular her zaman bağlayıcı olarak kararlaştırılmaktadır²²⁸.

3. Kapsam

Günümüzde, niyet mektubunun içeriğini kesin hatlarla belirlemek mümkün değildir. Taşınmazların devrini de kapsayan ticarî işletmenin devralınması işlemlerinde dahi taraflar, birbirlerine niyet mektubu gönderebilmektedirler²²⁹. Buradaki taşınmaz devrine ilişkin niyet mektubunun sadece bir niyetten ibaret olduğu ve tarafların, kanunî şartları yerine getirmedikçe taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemini gerçekleştiremeyecekleri kabul edilmektedir²³⁰.

Niyet mektubu, mümkün olduğunca ana hususları içermeli, çok detaylı düzenlenmemelidir. Devir konusu, satım bedeli, ne şekilde ve ne zaman ödeneceği, satım bedelinin tekrar ayarlanması (price adjustment), satım bedelinin alıkonulması, ortaklık bilgi ve belgelerine ulaşabilme imkânı, bu bilgi ve belgelerin projeden dönülmesi halinde iadesi, beyan ve taahhütler, münhasırlık, gizlilik, projenin feshi, projeden dönme tazminatı ve zamanlama kararlaştırılması gereken ana noktalar²³¹.

Sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde, aslî edim yükümlülüklerinin yanı sıra yan (tali, ikinci derece) edim yükümlülükleri söz konusu olabilir. Bu yan edim yükümlülükleri, aslî edimin tam ve eksiksiz olarak ifa edilmesine yardım ederler veya alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer kişi ve malvarlığı değerlerinin olası zararlardan korunmasına (“koruma yükümlülükleri”) hizmet ederler. Örneğin, niyet mektubunda, taraflar, hazırlık aşamasına ilişkin bazı hak ve yükümlülükler - yer bulmak için incelemelerde bulunma, kredi aracılığı yapma, üretime hazırlık, malzeme satın alma, personel istihdamı gibi - hakkında anlaşmaya varabilirler²³². Bu çerçevede sözü edilen, bir ön sözleşme veya asıl sözleşmenin kendisi olmayıp yan edim yükümlülükleri içeren bağımsız anlaşmalardır. Bu tür hazırlık aşamasına ilişkin düzenlemeler, esasında muhatabın kendiliğinden alması gereken önlemlerdir. Ancak, niyet mektubunda çeşidi

²²⁸ Issitt, s. 122; Kay, s. 498; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 180.

²²⁹ Esin/Lokmanhekim, s. 9.

²³⁰ Dinar, s. 9.

²³¹ Brechbühl, s. 476; Schönberg/Leemann, s. 472; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 84; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 180–181.

²³² Dinar, s. 87–88; Rankine/Howson, s. 32.

ve kapsamı itibariyle dürüst bir tacirin alması gereken önlemlerin ötesinde hak ve yükümlülükler öngörülmesi halinde bu tür önlemlerin gönderen mi yoksa muhatap tarafça mı alınacağıнын ticarî hayat ve güven prensibi çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir²³³. Niyet mektubunda, asıl sözleşmenin hazırlık aşamasına ilişkin edimlere karşılık bir bedel ödenmesi öngörülebilmektedir. Bu tür anlaşmalara genellikle BK'da yer alan iş görme sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Ancak, burada tarafların arzularının doğru biçimde yorumlanması gerekmektedir. Şöyle ki; taraflar hazırlık aşamasına ilişkin edimlerin bedelinin asıl sözleşme bedeline dâhil edilmesini arzu edebilirler. Bunun aksine hazırlık aşamasındaki edimler için hiçbir bedel ödenmeyeceği de kararlaştırılabilir²³⁴.

Niyet mektubunda bir süre belirlenebilmektedir. Bu süre zarfında anlaşmaya varılamaması halinde başka kişilerle devralma görüşmeleri yapılabilecektir. Belirli bir geçerlilik süresi belirlenmemesi halinde niyet mektubu, gönderence tek taraflı feshini öngören hükümler içerebilmektedir²³⁵.

Niyet mektubuna, kararlaştırılan süre içerisinde tarafların üçüncü kişilerle aynı konu hakkında herhangi bir görüşme yapmalarını yasaklayan bir münhasırlık hükmü konulabilir²³⁶. Bazı görüşler doğrultusunda, niyet mektubunda bu şekilde bir hüküm yer almasa dahi tarafların niyet mektubu ile belirlenen süre içerisinde aynı konular hakkında başka kişi veya kişilerle sözleşme görüşmeleri yapmayacaklarına ilişkin bir söz vermiş oldukları kabul edilmelidir. Aksi görüş ise, sözleşme yapma serbestisine başka potansiyel sözleşme tarafları ile görüşme serbestisinin de dâhil olduğunu savunmaktadır²³⁷.

Taraflar, sözleşme öncesi görüşmeler esnasında edinilen gizli bilgilerin açıklanmasını engelleyici nitelikte ayrı bir gizlilik sözleşmesi yapabilirler veya niyet mektubuna buna ilişkin bağlayıcı etkiyi haiz bir hüküm koyabilirler²³⁸.

²³³ Dinar, s. 89.

²³⁴ A.e., s. 71–73.

²³⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 10; Rankine/Howson, s. 32.

²³⁶ Bkz. İkinci Bölüm, Münhasırlık Sözleşmesi, s. 78 vd.

²³⁷ Dinar, s. 85–86.

²³⁸ Bkz. İkinci Bölüm, Gizlilik Sözleşmesi, s. 74 vd.

Niyet mektubunda, devralmanın ortaklık çalışanları üzerindeki etkisi açıkça düzenlenmelidir. Özellikle, küçük çaplı kapalı ortaklıklarda ve teknoloji sektöründe faaliyet gösteren ortaklıklarda, ortaklığın devamı ve işlerin başarılı şekilde yürütülmesi için çalışanların işi bırakmaması esastır. Bu durumda, devralmadan haberdar çalışanların daha büyük bir organizasyonda yer almayı istememesi ve geçiş döneminden endişe duyması nedeniyle iş değiştirme eğilimlerinin engellenmesi gerekmektedir. Bunun için, prim ve sair alıkoyma yöntemleri (stay bonuses and employee retention arrangements) uygulanmaktadır²³⁹.

Yabancı unsurlu devralmalarda, niyet mektubunda, hukukî uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk, yetkili ve görevli mahkeme, tahkim, sözleşmede ve yazışmalarda kullanılacak lisan gibi hususlar da düzenlenmektedir²⁴⁰.

Niyet mektubu, ne kadar titizlikle düzenlenirse düzenlensin yine de içerdiği hususların, özellikle satım bedelinin, tekrardan gözden geçirilmesi gerekmektedir²⁴¹.

4. Geçerlilik Şartları

Bazı görüşler doğrultusunda, niyet mektubu, bir tarafın diğer tarafa yönelmiş olduğu tek taraflı beyanını içeren bir metindir²⁴². Bu metinde, muhatabın bu mektubu aldığını veya kabul ettiğini bildirmesi ve bu kabul beyanını mektubun bir kopyası üzerine yazması talep edilmektedir²⁴³. Bu kapsamda niyet mektubu, teklif metnini de içeren ve teklif yazısının bir kopyası üzerine onayın verildiği mesafe satım sözleşmeleri ile aynı niteliği taşımaktadır. Buna karşılık, bazı görüşler, niyet mektubunun daima tek taraflı olmadığını, iki veya daha fazla taraflı da olabileceğini savunmaktadırlar²⁴⁴.

²³⁹ Çalışanları alıkoyma yöntemleri için bkz. Miller, **M&A 1**, s. 46–48; Sherman/Hart, s. 56–57; örnek prim planı için bkz. Miller, **M&A 2**, <http://media.wiley.com/assets/1502/26/appendix2D.doc> (10.01.2010).

²⁴⁰ Esin /Lokmanhekim, s. 11.

²⁴¹ Sherman/Hart, s. 51–52.

²⁴² Lutter, M., **Der Letter of Intent**, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1998, s. 10; Hochloch, G., **Der Letter of Intent: Zur Rechtlichen Bedeutung Von Absichtserklärungen**, NJW, 1982, s. 2856; Schwenzer, I., **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern, 2000, pr. 28, N. 28.09 (Dinar, s. 6'dan naklen).

²⁴³ Siebourg, P., **Der Letter of Intent**, Dissertation, Bonn, 1979, s. 2 vd.; Kurz, P., **Der Letter of Intent in der Praxis**, Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte, 1997, s. 201 (Dinar, s. 7'den naklen).

²⁴⁴ Watter, R., **Unternehmensübernahmen: Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Föson und Verwandter Tatbestände**, Zürich, 1990, s. 131; Beisel/Klumpp, **Der Unternehmenskauf**, 3. Auflage, München, 1995, s. 18; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, **Unternehmenskauf: Unternehmensverkauf, Zivilrechtliche und Steuerrechtliche Gestaltungspraxis**, München, 2003, s. 45; Schütze/Weipert/Günther, **Münchener Vertrashandbuch**, Band 2, Handels-und Wirtschaftsrecht, 3. Auflage,

Kanun veya taraflarca bir şekil öngörölmüş olmadıkça veya icabı yapan kabul için bir şekle uyulmasını şart koşmadıkça, kabul beyanı bir şekle tâbi değildir. Kabul beyanının açık veya zımni (“kapalı”) olması mümkündür. Sukut (“susma”) fiili, ilke olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Susmanın susan kişiye BK m. 1/2 kapsamında olumlu bir irade beyanı olarak atfedilebilmesi için olayın özelliği ile mevcut hal ve şartlar açısından susan kişinin TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı gereğince veya kanun hükmüne göre olumlu bir davranışta bulunması icap etmelidir. Taraflar, daha önce aralarında yapmış oldukları bir sözleşmede susmanın kabul sayılacağını kararlaştırmışlarsa bu halde, muhatabın susması zımni değil açık kabul sayılır. Bazen, taraflar arasında yerleşmiş bulunan iş ilişkileri de susmanın kabul sayılacağını gerektiren bir teamöl yaratmış olabilir²⁴⁵.

5. Türleri

a. Asıl Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin Niyet Mektubu

Niyet mektubu ile içeriği kısmen veya tamamen belirlenmiş bir sözleşmenin kurulması niyeti ortaya konulmakta olup sonuca ulaşmak için görüşmelerin ciddi olarak sürdürüleceği taahhüt edilmektedir²⁴⁶.

Niyet mektubu, bir sözleşmenin yapılması için icap olarak görülemeyeceği gibi bir sözleşmenin kendisi olarak da görülemez. Bilindiği üzere, teklif, kurulacak sözleşmenin esaslı unsurlarını belirli veya belirlenebilir biçimde içermiyorsa veya bunları içerse bile sözleşmenin kurulması açısından kesin bağlanma iradesi olmadan yapılmışsa bu teklifi icap olarak nitelendirmek mümkün değildir. Diğer bir deyişle, irade beyanı, sadece bir görüşme yapma amacını taşıyorsa bu irade beyanı icap değil icaba davettir²⁴⁷. Bu nedenle, niyet mektubunda, BK m. 18/1 hükmü doğrultusunda, tarafların gerçek niyeti tespit edilmelidir²⁴⁸.

München, 1993, s. 108; Kramer, E., **Berner Kommentar: Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht**, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1 a, Inhalt des Vertrages Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern, 1991; Gauch/Schluep/Jaeggi, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Ohne Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band I, 5. Auflage, Zürich, 1991 (Dinar, s. 7’den naklen); Esin/Lokmanhekim, s. 9.

²⁴⁵ Eren, s. 229–232.

²⁴⁶ Dinar, s. 4.

²⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 50; Tekinay v.d., s. 84-85; Eren, s. 220-221.

²⁴⁸ Dinar, s. 39, s. 64–65.

Güven prensibi çerçevesinde, bir kişinin davranışını kendisine yapılmış bir irade beyanı saymakta haklı görünen kişiye karşı, sözü edilen davranış, bir irade beyanının unsurlarını ve özellikle de hukukî sonuca yönelmiş arzuyu taşımasa bile irade beyanı varmışçasına sonuç doğuracaktır. Aynı şekilde, niyet mektubunda söz konusu edilmiş olan yükümlülükler bir tarafça gerçekten yerine getirilir ve diğer tarafça da bunlar kabul görürse bu andan itibaren bağlanma arzusunun açıkça mevcut olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır²⁴⁹.

Genellikle, niyet mektubunda, yapılması planlanan asıl sözleşmedeki tüm noktaların tespit edilmesi söz konusu olamamaktadır. Tarafların niyet mektubunda düzenlemedikleri veya düzenlemeyi ileriye bıraktıkları ikinci derece noktalarda uyuşmazlık çıktığı takdirde hâkim, BK m. 2'deki dürüstlük kuralı uyarınca, tarafların farazi ortak niyetlerini belirlemelidir²⁵⁰.

Uygulamada, taraflar, niyet mektubunu bir takım şartlara bağlı kılabilirler. Tarafların yaptıkları işlemin hüküm doğurmasını gelecekteki bir olgunun gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine bağladıkları durumlar, geciktirici (erteleyici, taliki) şart²⁵¹; yaptıkları işlemin hükümlerinin son bulmasını ilerideki bir olgunun gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine bağladıkları durumlar, bozucu (infisahi) şart²⁵² olarak nitelendirilmektedir. Ancak, gönderen veya muhatapta sözleşmeyi kurma konusunda bağlanma iradesi yok ise şart gerçekleşse dahi sözleşme akdedilmeyebilir. Niyet mektubuna konulan bu şartların muhatabın kendisine ilişkin (“iradî şart”)²⁵³ veya kendisi dışında gelişecek (“tesadüfî şart”)²⁵⁴ sebeplerle veya her

²⁴⁹ Dinar, s. 67.

²⁵⁰ Eren, s. 434-435.

²⁵¹ Geniş bilgi için bkz. Eren, s. 1124-1125; Oğuzman/Öz, s. 880; Pulaşlı, Hasan, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları (“Şartlı İşlem”)**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 143 vd.; Sirmen, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara: BTAE Yayınları, 1992, s. 129 vd.; Tekinay v.d., s. 330-331.

²⁵² Geniş bilgi için bkz. Eren, s. 1125; Oğuzman/Öz, s. 881; Pulaşlı, **Şartlı İşlem**, s. 179 vd.; Sirmen, s. 156 vd.; Tekinay v.d., s. 330-331.

²⁵³ Pulaşlı, **Şartlı İşlem**, s. 39; Sirmen, s. 67; Oğuzman/Öz, s. 879; Tekinay v.d., s. 331-332; Antalya, Gökhan, **Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım (“Şartlı Satım”)**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1993, s. 48-49.

²⁵⁴ Şartın gerçekleşmesi örneğin, tabiat olaylarına veya üçüncü kişinin yapmasına veya yapmamasına bağlı ise (bkz. Pulaşlı, **Şartlı İşlem**, s. 47; Sirmen, s. 73; Oğuzman/Öz, s. 879-880; Tekinay v.d., s. 331-332; Antalya, **Şartlı Satım**, s. 48).

ikisinin bir arada bulunduğu (“karma şart”)²⁵⁵ sebeplerle yerine getirilememesi söz konusu olabilmektedir²⁵⁶.

b. Ön Sözleşme Niteliğinde Niyet Mektubu

Bir kişi, bir sözleşmede ileride yine bu sözleşmeye taraf kişiyle veya üçüncü bir kişi ile belirli bir sözleşmeyi yapmayı taahhüt ederse, bu taahhüdün yer aldığı sözleşmeye ön sözleşme veya sözleşme yapma vaadi (pactum de contrahendo) denir. Kanun koyucu, BK m. 22’de ön sözleşmeyi düzenlemiş olmasaydı bile tarafların irade serbestisi ilkesi gereğince bu tarz bir sözleşmeyi yapmaları her zaman mümkündür²⁵⁷.

Sıkça rastlanmamakla beraber muhatabın niyet mektubuyla yalnızca kendisini yükümlülük altına sokan bir ön sözleşme ilişkisine girdiği durumlar mevcuttur²⁵⁸. Bir ön sözleşmenin niyet mektubu aracılığıyla kurulabilmesi için öncelikle sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel şartların gerçekleşmiş olması ve sözleşmeye ilişkin esaslı noktaların tespit edilmiş olması gerekmektedir²⁵⁹.

Ön sözleşmede, niyet veya buna benzer kavramların kullanılmış olması tarafların irade beyanları ile bağlı olmadıkları anlamına gelmez. Bu tür esnek ibarelerin kullanılması, tarafların beyanlarıyla hukuken bağlı olma arzularının var olup olmadığının anlaşılmasını zorlaştırmaktadır²⁶⁰. Niyet mektubunu gönderen tarafta bağlanma iradesi bulunmamasına karşılık muhatabın bağlanma iradesine sahip olması durumunda, muhatabın niyet mektubunda açıklananlardan ne anladığının dikkate alınması gerekmektedir. Diğer deyişle, sorun, güven prensibi çerçevesinde çözümlenmelidir²⁶¹.

Bir ön sözleşmeden söz edilebilmesi için ileride yapılacak sözleşmenin borç doğuran bir sözleşme olması gerekmektedir. Taahhüt edilen sözleşme, bir tasarruf işlemi ise bu taahhüdün yer aldığı sözleşme bir ön sözleşme değil asıl sözleşmedir²⁶².

²⁵⁵ “Kamu hukuku ile ilgili izinlerin alınması” veya “ üçüncü kişilerin onaylaması” şartları gibi (bkz. Sirmen, s. 74; Pulaşlı, **Şartlı İşlem**, s. 48; Oğuzman/Öz, s. 880; Tekinay v.d., s. 331-332).

²⁵⁶ Dinar, s. 43.

²⁵⁷ Eren, s. 276-277; Oğuzman/Öz, s. 148; Tekinay v.d., s. 142.

²⁵⁸ Dinar, s. 31.

²⁵⁹ Dinar, s. 49; Picot, s. 64.

²⁶⁰ Dinar, s. 49.

²⁶¹ A.e., s. 50.

²⁶² Eren, s. 277.

Türk-İsviçre hukukunda, genellikle tarafların birbirlerine ileride borç doğurucu bir sözleşme yapmayı vaad etmeleri gereksiz bir yöntem olarak görülmektedir²⁶³.

Ön sözleşme, ileride asıl sözleşmeyi yapmayı birbirlerine karşılıklı olarak taahhüt eden taraflar arasında yapılıyorsa buna iki taraflı ön sözleşme, taraflardan birinin ileride asıl sözleşmeyi üçüncü bir kişiyle yapmayı taahhüt etmesine ise tek taraflı ön sözleşme denilmektedir²⁶⁴. Tek taraflı ön sözleşme, hak sahibine kendisi böyle bir yükümlülük altına girmeksizin yükümlülük altına giren taraftan bir hukukî işlemin yapılmasını talep etme olanağını vermektedir²⁶⁵.

Ön sözleşmede, vaad eden, borçlanmış olduğu edimi yerine getirmez ve asıl sözleşmeyi kurmazsa alacaklı, mahkemeye başvurabilmektedir. Bu durumda, alacaklı, borçludan ifayı veya ifanın gerçekleşmemesi halinde bu yüzden uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilmektedir²⁶⁶.

c. Opsiyon Sözleşmesi Niteliğinde Niyet Mektubu

Opsiyon hakkı, opsiyon sahibinin belirli hakları talep etmeye yönelik tek taraflı irade beyanıdır. Opsiyon hakkının kullanılmasıyla karşı tarafın herhangi bir irade açıklamasında bulunmasına gerek olmaksızın kapsam ve şartları önceden tayin edilmiş bir sözleşmenin kurulması veya hükümlerinin değiştirilmesi sonucu doğmaktadır. Bu hakkı doğuran sözleşmeye opsiyon sözleşmesi denilmektedir²⁶⁷.

Opsiyon sözleşmesi, tek tarafa yüklediği yükümlülük açısından bağlayıcı bir icap olarak da yorumlanabilir. Ancak, bunun için: i) İcabın, yapılması düşünülen asıl sözleşmenin esaslı tüm unsurlarını belirli veya belirlenebilir bir biçimde ortaya koyması ve muhatabın basit bir evet cevabının sözleşmenin kurulmasına yetmesi gerekmektedir. ii) İcapta bulunan, muhatabın niyet mektubunu onaylamasını veya kabul etmesini hukukî açıdan bağlayıcı olarak görmelidir²⁶⁸.

²⁶³ Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri ("Borçlar Hukuku 1")**, C. I/1, 5. bs.'den 6. tıpkı bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 244.

²⁶⁴ Eren, s. 277.

²⁶⁵ Dinar, s. 50.

²⁶⁶ Eren, s. 281.

²⁶⁷ Opsiyon sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Antalya, Gökhan, "Opsiyon Akdi ve Opsiyon Hakkı", **Facultatis Decima Anniversaria: 10. Yıl Armağanı ("Armağan")**, 1993, s. 193-213.

²⁶⁸ Dinar, s. 56.

6. Hukukî Sonuçları

a. Genel Olarak

Sözleşme öncesi görüşmeler yapmak başlı başına yükümlülükler içermektedir. Niyet mektubunu gönderen taraf, görüşmeler sonucunda gelinecek noktadan veya sözleşmenin akdedilmesinden sebepsiz olarak vazgeçmemekle yükümlüdür²⁶⁹. Aynı şekilde, muhatabın yanlış davranışı sonucunda sözleşmenin kuruluşu gerçekleşmez ve bu nedenle, niyet mektubunu gönderen taraf, zaman kaybından ve üçüncü bir kişinin yaptığı teslimatlardan kaynaklanan zararlara uğrarsa, muhatap, bu zararları tazmin etmelidir²⁷⁰.

Günümüzde, ne Türk-İsviçre ne de ABD hukukunda, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan kusur sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural yoktur. Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk, sadece kusuruyla hataya düşüp de sözleşmeyi iptal edene, hile ve ikrahta bulunana ve yetkisiz temsilciye karşı kanunda açıkça öngörülmüştür (BK m. 3, m. 5, m. 26, m. 31/2, m. 36, m. 39, m. 192/2, m. 205/3, m. 243, m. 464/2, MK m. 452). İster açık bir kanun hükmüne isterse kanunun ruhuna ve dürüstlük kuralına aykırı davranılmış olsun sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışların tümü bakımından bunlardan doğan sorumluluğun haksız fiil hükümlerine (BK m. 41 vd.)²⁷¹ mi, yoksa borca aykırılık hükümlerine (BK m. 96 vd.)²⁷² mi tâbi olacağı, yoksa kendine özgü bir sorumluluk türü²⁷³ olarak mı nitelendirileceği konusu tartışmalıdır. Türk hukukunda, doktrin ve Yargıtay'ın görüşünün²⁷⁴ sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluğun bir sözleşme sorumluluğu olduğu yönünde olduğu söylenebilir.

Taraflarca, sözleşme görüşmelerinin hitamında asıl sözleşmenin akdedilmemesinin sonuçlarının niyet mektubunda mümkün olduğu kadar açık ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu sayede, taraflar olası bir problem

²⁶⁹ Dinar, s. 28.

²⁷⁰ A.e., s. 32.

²⁷¹ Görüşler için bkz. Eren, s. 1085, dn. 442; Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 20. bs., İstanbul: Beta Basım, 2008, s. 307.

²⁷² Eren, s. 1086; Serozan, Rona v.d., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul: Filiz Kitabevi, Gözden geçirilip genişletilmiş 4. bs., 2006, s. 251; Tekinay v.d., s. 979.

²⁷³ Görüşler için bkz. Eren, s. 1087, dn. 448.

²⁷⁴ Yar. 19. HD 01.12.2005 T., 2005/2865 E. ve 2005/11959 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

karşısında sorumluluklarının ne olduğunu mektup metninden rahatlıkla çıkartabilirler. Aksi takdirde, tarafları zorlayıcı uzun ve zahmetli bir süreç söz konusudur²⁷⁵.

Taraflarca, niyet mektubunda, sorumluluklarına dair herhangi bir düzenlenme getirilmemişse şu hususlara dikkat edilmelidir²⁷⁶: i) Öncelikle, niyet mektubunu gönderen kişide oluşan sebepsiz zenginleşme, kendisinden alınarak zarara uğrayan muhataba iade edilmelidir. ii) Sebepsiz zenginleşme (unjust enrichment) ile ilgili olmayan zararlar ise, vekâletsiz iş görmeye (negotiorum gestio), haksız fiile (tort) ve sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan kusur sorumluluğuna (culpa in contrahendo) ilişkin kurallara göre tazmin edilebilmektedir²⁷⁷.

Sözleşmenin ihlali, kural olarak müsbet zararın tazminine esas olduğu halde, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk, kural olarak sadece menfi zararların tazminini gerektirir. Diğer bir deyişle, yalnızca muhatapta oluşan durumla orantılı ve gönderenin niyet mektubu aracılığıyla oluşturduğu güven sonucu ortaya çıkan zararlar tazmin edilmektedir. Örneğin, gönderen taraf, karşı tarafı zarara uğratmak kastı ile hareket etmişse muhatabın sözleşmenin akdedilmesi amacıyla yapmış olduğu hazırlık masraflarını karşılamakla yükümlü olacaktır²⁷⁸. Ya da muhatap, sözleşmenin akdedileceği düşüncesine varan bir zorlama içerisinde olmasa da gönderen, muhatabın iş ve harcama yapmasına izin verirse muhatabın zararını vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında tazmin edecektir²⁷⁹.

BK m. 26 ve 39 hükümleri, istisnaî durumlarda, müsbet zararın da tazminine imkân vermektedir. Hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, hâkimin zarar gören taraf lehine daha fazla tazminata karar verebileceği ifade edilmektedir. Esasen, sadece bu hükümlere göre değil hakkaniyetin gerektirdiği tüm durumlarda müsbet zararın tazminine imkân verilmelidir²⁸⁰.

²⁷⁵ Dinar, s. 32.

²⁷⁶ A.e., s. 31.

²⁷⁷ Bkz. İkinci Bölüm, Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Sorumluluğa Dayanan Talepler, s. 70 vd.

²⁷⁸ Brechbühl, s. 475; Dinar, s. 27; Martinius, s. 32.

²⁷⁹ Dinar, s. 28.

²⁸⁰ Tekinay v.d., s. 980.

b. Haksız Fiilden Kaynaklanan Talepler

BK m. 41/1 uyarınca, bir kişiye ister kasden ister ihmal yoluyla olsun haksız şekilde zarar veren kişi, bu zararın tazminiyle yükümlüdür. BK Tasarısı²⁸¹ m. 49/1 hükmünde, kast ve ihmalin kusurun çeşitlerinden olduğu göz önünde tutularak söz konusu hüküm, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu şeklinde değiştirilmiştir.

BK m. 41/2 uyarınca, bir kişiyi ahlâka aykırı bir fiil ile kasden zarara uğratan bir kişi, bu zararın tazminiyle yükümlüdür. BK m. 41/2 hükmündeki ahlâka aykırılık kavramı, çok geniş yorumlanabilir. Mahkemeler, bunun sakıncalarını gidermek ve kavramın sınırlarının çizilmesini sağlamak durumundadırlar. Planlanan bir sözleşmenin akdedilmesinden kaçınmak, BK m. 41/2 kapsamında ahlâka aykırı bir durum değildir. Ahlâka aykırılığın varlığını kabul etmek için niyet mektubunu gönderenin belirli bir kastının varlığı gerekmektedir. Gönderen, muhatabın boşa gidecek masraflar yapmasına yol açmış ve bu sebeple, muhatabın zarara uğramasına neden olmuş ve tüm bu davranışlarını da bilinçli olarak yerine getirmiş ise bu unsur, subjektif unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Niyet mektuplarında, subjektif unsurun ispatlanması oldukça zor ve hatta imkânsızdır. Ahlâka aykırı fiil, aynı zamanda hukuka da aykırı ise sorumluluk için BK m. 41/2 hükmüne dayanmaya gerek yoktur. Bu durumda, hukuka aykırı fiilde sorumluluğu düzenleyen BK m. 41/1 uygulanır²⁸².

Haksız fiilden kaynaklanan zararlar, menfi ve müspet zararlardır. Menfi zarar, geçerliliğine güvenilen bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğranılan zarardır. Müspet zarar ise, sözleşmenin hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa edilmemesinden doğan zarardır²⁸³.

²⁸¹ BK Tasarısı için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, Ankara: Ankara Açık Cezaevi, 2005.

²⁸² Dinar, s. 143–144.

²⁸³ Eren, s. 1013-1015; Oğuzman/Öz, s. 339-340; Tekinay v.d., s. 855.

b. Sebepsiz Zenginleşmeden Kaynaklanan Talepler

BK m. 61, ifa sonucu gerçekleşen sebepsiz zenginleşmeleri üç başlık altında düzenlemektedir²⁸⁴: i) Mevcut olmayan veya geçersiz sebebe dayanan zenginleşmede, diğer sebepsiz zenginleşmelerden farklı olarak borçlu olmadığı şeyi rızasıyla ifa eden taraf, hataen ifada bulunduğunu ispat etmek şartıyla zenginleşenden iade talebinde bulunabilir. Geçersiz sebebe dayanan zenginleşme, BK m. 62’de ayrıca ele alınmıştır. ii) Gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşmede, kazandırma yapılırken ortada bir hukukî sebep bulunmamakla beraber ileride gerçekleşecek bir sebep göz önüne alınmıştır, bu sebebin gerçekleşmemesi üzerine oluşan sebepsiz zenginleşme çeşididir. iii) Sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmede, kazandırma yapıldığı anda geçerli bir sebep olmakla beraber sonradan bu sebep ortadan kalkmakta ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak kazandırmanın iadesi talep edilebilmektedir.

İşbu ifa sonucu sebepsiz zenginleşme türleri, hemen hemen tüm kıta Avrupası hukuk sistemlerinde aynı mantık ve esaslarla benzerlik göstermektedir²⁸⁵. İfa dışı sebepsiz zenginleşmeler ise, Alman-İsviçre hukuklarında benimsenmiştir. Bunlar, müdahaleden ve dış etkiden doğan zenginleşmeler ile harcamadan doğan zenginleşmeler olarak sınıflandırılmaktadırlar²⁸⁶.

Anglo-Amerikan hukukunda, geri alma (restitution) ve sebepsiz zenginleşme, aynı hukuk alanını kapsamaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise, sözleşme benzeri ve geri alma statüsünün kapsamına, sebepsiz zenginleşme dışında vekâletsiz iş görme kurumu da dâhil edilmektedir²⁸⁷.

Sözleşmesel ilişkiyi tamamlayan ama onunla yarışmayan sebepsiz zenginleşme talebi, aynı unsurların haksız fiilin hukukî olgularını oluşturması halinde onunla seçenekli olarak yarışabilmektedir²⁸⁸. Gerçek vekâletsiz iş görmede, kanunen kabul edilen bir borç ilişkisi meydana geldiği için sebepsiz zenginleşme söz konusu

²⁸⁴ Geniş bilgi için bkz. Öz, Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61–66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle (“Sebepsiz Zenginleşme”)**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1990, s. 81–108; Reisoğlu, Safa, s. 241–246; Serozan v.d., s. 323–328; Tekinay v.d., s. 736–742.

²⁸⁵ Öztekin Gelgel, Günseli, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul: Beta Basım, 2006, s. 239.

²⁸⁶ Oğuzman/Öz, s. 770–775.

²⁸⁷ North/Fawcett, s. 768.

²⁸⁸ Eren, s. 812; Serozan v.d., s. 315.

olmayacaktır. Ancak, BK m. 413/3 uyarınca, işi yapanın, masrafları karşılanmadığı takdirde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunacağı kabul edilmiş, böylelikle sebepsiz zenginleşme müessesesine bu alanda tamamlayıcı bir işlev tanınmıştır. Doktrinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yarışacağı, davacının talebini bu iki müesseseden birine dayandırabileceği kabul edilmektedir²⁸⁹.

Niyet mektubunda, hazırlık aşamasına ilişkin edimlerin ifasının, açıkça veya zımnen, sözleşmenin akdedilmesi için şart olarak öne sürüldüğü durumlarda, karşı tarafın malvarlığı değerlerinde artış oluşması kaçınılmazdır. Bu edimlerin ifası, olumlu sonuç vermemişse, muhatap, gönderen taraftan gönderende oluşmuş olan kazandırmayı talep edebilir. Ancak, muhatap, dürüstlük kuralına aykırı olarak asıl sözleşmenin gerçekleşmesini önlemeye çalışmışsa bu kazandırmayı talep etmesi mümkün değildir²⁹⁰.

Zenginleşme miktarının hesaplanmasında iki kriter mevcuttur²⁹¹: i) Objektif değerlendirmeye göre, gerçekleştirilen edimin her iki taraf açısından da ne değer ifade ettiği göz önüne alınarak bir değer tespit edilmesi gerekmektedir. Elde edilen kazandırmanın tespiti, ancak anılan edimin niyet mektubunda öngörüldüğü gibi gerçekten yapılmış olması ve oluşuma objektif olarak bakıldığında gönderen taraf için bunun hangi kazandırmaları beraberinde getirdiği göz önüne alınarak yapılmalıdır. ii) Aksi düşünce, sübjektiflik esasına götürür ve gerçek tespit yerine tarafların edimler için takdir ettikleri değere göre hesaplama yapılmış olur.

Vekâletsiz iş görmede olduğu gibi muhatap, söz konusu edimleri yerine getirmeyi, özellikle gönderenin sözleşmenin akdedilmesi yolunda olumlu karar vermesini sağlamak amacıyla teklif etmişse hukukî taleplerinden vazgeçme isteğinde olduğu ve harcamalarını karşı taraftan talep etmeyeceği kabul edilebilir. Ancak, gönderen, muhatapın yapmış olduğu bu faaliyetler sonucunda elde ettiklerini kullanarak

²⁸⁹ Eren, s. 813-814; Serozan v.d., s. 317; Oğuzman/Öz, s. 748.

²⁹⁰ Dinar, s. 136-137.

²⁹¹ A.e., s. 138.

başka bir tarafla sözleşme görüşmeleri yapıyorsa karşılığı ödenmeksizin sağlanan bir kazandırma söz konusudur²⁹².

c. Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Talepler

İngiliz ve ABD hukukları dışında modern hukuk sistemlerinin hemen hepsinde vekâletsiz iş görmeye ilişkin kurallar, Roma hukukundaki negotiorum gestio’da bulunmaktadır. Roma hukukunda, negotiorum gestio kapsamındaki davaların başlıca şartı, gestor’un başkasına ait bir işi veya işleri görmüş olmasıdır. Diğer taraftan, başkasının işini onun menfaatine olarak görme iradesinin bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır²⁹³.

Vekâletsiz iş görme, Türk BK’da; sözleşmeler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmeler olarak sınıflanan borç kaynaklarından hiçbirine tam olarak yerleştirilememektedir. Roma hukukunda, vekâletsiz iş görme, sözleşme benzeri (quasi contractus) kategorisine dâhil edilmişti²⁹⁴. Günümüzde, vekâletsiz iş görmenin hukukî niteliğine dair pek çok görüş ileri sürülmüştür²⁹⁵: i) Öncelikle, vekâletsiz iş görmenin, sözleşme benzeri kategorisine dâhil edilmesinin birçok sakıncaları ifade edilmiştir. ii) İş sahibinin yararına vekâletsiz iş görmenin niteliğini, hukuka aykırı fiil ve sebepsiz zenginleşme kategorisine koyan görüşler mevcuttur. iii) Kendi menfaatine vekâletsiz iş görmeyi ise, bazı görüşler, vekâletsiz iş görme dahi kabul etmemekte ve sebepsiz zenginleşme, haksız fiil veya eşya hukukuna ait esaslardan hareket etmektedirler. Bu durumu, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye sokanlar da mevcuttur. iv) Türk doktrini, vekâletsiz iş görmeyi kaynağı sözleşme dışı borç ilişkisi olan nevi şahsına münhasır bir hukukî müessese olarak görmektedir.

Niyet mektubunda, hazırlık aşamasındaki bir edimin başkası adına bir iş olup olmadığının ve bu edimin taraflardan hangisinin sorumluluk alanına girdiğinin tespiti önemlidir. Hazırlık aşamasındaki edimler, esasen muhatabın kendisine ait işleri olarak

²⁹² Dinar, s. 139.

²⁹³ Özdemir, H. Gökçe, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme**, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2001, s. 16–17, s. 36.

²⁹⁴ A.e., s. 79.

²⁹⁵ Görüşler için bkz. a.e., s. 78-94.

değerlendirilir. Ancak, olağan karşılanamayacak türden edimlerde başkası adına vekâletsiz iş görme hali söz konusudur²⁹⁶.

Gönderen, asıl sözleşmenin yapılmasının şartı olarak belli hazırlık edimlerinin gerçekleştirilmesini talep etmişse işin yapılması hususundaki muvafakatından şüphe etmemek gerekmektedir. İş sahibinin, iş görenin vekâleti olmaksızın hazırlık aşamasında gerçekleştirdiği işlere BK m. 38 uyarınca sonradan açıkça icazet vermesi halinde işbu işler geçerli kabul edilip vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır²⁹⁷.

BK m. 410 uyarınca, “Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse, o işi sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmaya mecburdur”. Diğer taraftan, vekâletsiz iş görmede, iş görenin başkasının menfaatine hareket iradesini taşıması veya işin başkasına ait olduğunu bilerek faaliyette bulunması şart değildir. İş görenin iradesinin işin fiilî sonucuna yönelmiş olması yeterlidir. Diğer şart ise, vekâletin olmaması, başka bir deyişle, iş görenin işi yapmaya yetkili bulunmamasıdır²⁹⁸. Gerçek vekâletsiz işgörme, vekâletsiz olarak işgören tarafından iş sahibi menfaatine yapılan iş anlamına gelmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörme ise, işgörenin iş sahibinin menfaatine değil tam tersi kendi menfaatine bir iş görmesini ifade eder²⁹⁹.

ABD hukukunda, 1937 tarihli Gözden Geçirilmiş İade Kuralları (Restatement of the Law of Restitution)³⁰⁰, vekâleti olmadan başkasının işini gören bir kişinin yaptığı masrafların ödenmesini isteyebileceği halleri sözleşme benzeri ilişkinin bir grubu olarak bir araya toplamaktadır.

BK m. 414 uyarınca, “Kendi menfaati için yapılmamış olsa bile iş sahibi yapılan işten hâsıl olan faydaları temellük etmek hakkını haizdir. Temellük ettiği faydalara göre, işi yapan kimsenin masrafını tazmin ve yapmış olduğu taahhütlerden onu tahlis eder”. Muhatabın hazırlık aşamasındaki işler için yaptığı harcamaların

²⁹⁶ Dinar, s. 97–98.

²⁹⁷ A.e., s. 100–101.

²⁹⁸ Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/Acar, Faruk, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7. bs., İstanbul: Beta Basım, 2008, s. 791–793.

²⁹⁹ Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (“Borçlar Hukuku 2”)**, C. II, 4. tıpkı bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1989, s. 676–677.

³⁰⁰ Kural metni için bkz. **Restatement of the Law of Restitution**, St. Paul: American Law Institute Publishers, 1937, s. 1 vd.

tazmini için BK'nın bu hükümleri uygulanabilmektedir. BK m. 413/1 uyarınca, iş sahibi, iş görmenin kendi menfaatinin gereği olduğu durumlarda, iş görenin bu nedenle yapmış olduğu tüm masrafları faiziyle ödemek ve iş göreni aynı ölçüde taahhüt ettiği tüm borçlardan kurtarmak yükümlülüğündedir. Açıkça belirtilmemekle beraber, bu miktar TMK m. 4 çerçevesinde hakkaniyete göre belirlenmelidir.

e. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Sorumluluğa Dayanan Talepler

Sözleşmenin kurulmasından önceki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa Latince bir tabirle culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluk adı verilmektedir. Buna, Türkçe'de sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk demek mümkündür.

Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk müessesesi, görüşmeler esnasında kusursuz olan kişiyi diğer tarafın kusurlu davranışlarına katlanmak zorunda bırakan ve hakkaniyete uymayan bir durumun oluşmasını önlemeyi amaçlamaktadır³⁰¹. Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi ABD hukukunda da, tarafların niyet mektubunun hükümlerine aykırı davranışlarının hukukî sonuçları tartışılırken sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk kurumundan yararlanılmaktadır³⁰².

Bir sözleşmesel ilişki kurmak amacıyla görüşmelere başlayan kişiler arasında TMK m. 2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan bir güven ilişkisi doğmaktadır. Çünkü, görüşmecilerden her biri veya onların yardımcıları, karşı tarafın ve onun koruma alanındaki üçüncü kişilerin kişi ve malvarlığı değerleri üzerinde etkili olabilecek bir konuma geçmişlerdir. Görüşme aşamasında dürüst davranma yükümlülüğü; sözleşmenin yapılması hususunda ciddi bir niyetle görüşmeler yapmayı, sözleşmenin yapılması ve şartlarının belirlenmesi hususundaki kararlara etki edecek konularda aldatıcı davranışlarda bulunmamayı, gerekli bilgileri karşı tarafa vermeyi, yanlış bilgi

³⁰¹ Serozan v.d., s. 250; Ulusan, İlhan, "Culpa in Contrahendo Üzerine", **Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan**, C. 1, İstanbul: İÜSBF Yayınları, 1982, s. 284-287; Yılmaz, Hamdi, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur Culpa in Contrahendo ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", **Yargıtay Dergisi ("Yargıtay")**, C. 11, S. 3, Temmuz 1985, s. 235-236.

³⁰² Esin/Lokmanhekim, s. 13.

vermemeyi, karşı tarafın bilmesi gereken hususları açıklamakta kusurlu davranmamayı, karşı tarafın şahsını ve malını zarardan koruyucu önlemleri almayı kapsamaktadır³⁰³.

Bir niyet mektubunu gönderenin, yapılması planlanan asıl sözleşmedeki aslî edim yükümlülüklerinin tespiti önem taşımaktadır. Çünkü, ancak bu sayede gönderen, kendi sorumluluk sınırlarını bilebilir. Ayrıca, muhatabın güvenle hareket edebileceği sınırların da tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü, yapılması planlanan asıl sözleşmenin akdedileceğine duyulan aşırı güvenden niyet mektubunu gönderen sorumlu değildir. Aynı şekilde, muhatabın süre açısından erken ve nitelik açısından uygun olmayan hazırlıkları yapmasından gönderen sorumlu tutulamaz³⁰⁴. Bir uyuşmazlık durumunda, niyet mektubunun muhatabı, kural olarak, gönderenin yükümlülüğünü kanıtlamak zorundadır. Ancak hâkim, gönderen tarafın tüm davranışlarını bağımsızca değerlendirerek karara varmalıdır³⁰⁵.

Sözleşme görüşmelerinde, bir taraf, diğerinin menfaatlerini korumak için dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenebilecek özeni göstermekle yükümlüdür. Gönderen taraf, muhatap ile sözleşme yapma niyeti olmaksızın ve yalnızca rekabet anlamında başka sözleşme görüşmelerindeki pozisyonunu sağlamlaştırmak için görüşüyorsa yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır. Bundan başka, gönderen taraf, sözleşme için olmazsa olmaz şart olan önlemleri almakta pasif davranıyorsa ve gerekli girişimleri yapmıyorsa ve bu yüzden, sözleşmenin başarısızlıkla sonuçlanması pek muhtemelse yükümlülüğünü ihlal etmiş demektir. Gönderen, henüz açık olan sözleşme noktaları üzerinde kendi menfaati açısından görüşme yapıyorsa yükümlülüğünü ihlal etmiş olmamaktadır. Hâlbuki, asıl sözleşme ile ilgili tespit edilmiş noktaları tekrar ortaya atamaz ve tartışmaya açamaz. Çünkü muhatapla bu noktalarla ilgili olarak güven ilişkisi içindedir³⁰⁶.

Sözleşme görüşmeleri esnasındaki yükümlülüklerin ihlali halinde ihlal eden taraf, tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak, işbu sözleşme görüşmelerinden

³⁰³ Geniş bilgi için bkz. Eren, s. 1083-1095; Oğuzman/Öz, s. 321-324; Reisoğlu, Safa, s. 306; Uluşan, s. 287-291; Tekinay v.d., s. 975-980; Uluşan, s. 289-291; Yalman, Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s. 45-49, s. 87-98; Yılmaz, Yargıtay, s. 234.

³⁰⁴ Dinar, s. 112.

³⁰⁵ A.e., s. 122.

³⁰⁶ A.e., s. 111-122.

kaynaklanan sorumluluk, tarafların görüşme yapma ve sona erdirmeye serbestisini engellememelidir³⁰⁷.

Gönderen, sözleşme yapmama serbestisini kullanmak istiyorsa muhatabı bu değişiklikten haberdar etmek zorundadır. Bu sayede, muhatap en azından devam etmeyi planladığı hazırlıklarını sürdürmeyi bırakacak ve buna ilişkin olası zararlarını engelleyecektir. Sözleşme görüşmelerinin haksız yere kesilmesi veya sözleşmenin akdedilmesinden haksız yere kaçınılması, gönderenin muhatapta oluşturduğu güveni zedeleyen bir durum olup yükümlülüğün ihlalidir. Bazı muhalif yazarlarca, sözleşmenin yapılmasından haksız yere kaçınma, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluktan ayrı olarak değerlendirilmelidir³⁰⁸.

Muhatap, niyet mektubunu onaylamazsa ve imzalamazsa, gönderen taraf, kabul süresinin sonuçsuz olarak sona ermesinden dolayı niyet mektubundan kaynaklanan tüm güven yükümlülüklerinden kurtulmuş olur. Niyet mektubunda, karşı tarafın kabul etme süresi ile ilgili herhangi bir bilgi yer almıyorsa BK'daki süreler geçerli sayılacaktır. BK m. 5/1 uyarınca, hazır olmayanlar arasındaki icapta, icapta bulunan zamanında ve düzenli bir şekilde gönderilmiş bir kabul haberinin beklenebileceği süre boyunca icabı ile bağlıdır. BK m. 3 uyarınca, icapta bulunan icabın kabulü için bir süre tayin etmişse kabulün tayin edilen bu süre içerisinde icapta bulunana ulaşmış olması gerekir.

Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğun oluşabilmesi için taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmuş veya kurulmamış, geçerli veya geçersiz olmasının bir önemi yoktur³⁰⁹.

Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğun oluşabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi yeterlidir³¹⁰: i) Zarar: Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğun oluşabilmesi için öncelikle bir zararın mevcut olması gereklidir. ii) Sözleşme görüşmelerine başlayan kişinin hedeflenen sözleşmeden ve somut özel ilişkiden dolayı dürüstlük ilkesinden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali. iii) Kusur: Sözleşme görüşmelerinde yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafın kusurlu olması

³⁰⁷ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 83.

³⁰⁸ Dinar, s. 116.

³⁰⁹ Yalman, s. 84.

³¹⁰ Geniş bilgi için bkz. a.e., s. 84–106.

aranmaktadır. Zarara uğrayanın kusurunun varlığı ise, zarara sebebiyet verenin ödeyeceği tazminatın azalmasına sebep olabilir. Dolayısıyla, muhatap taşıyacağı rizikoyu en aza indirmek için gerekli özeni göstermek zorundadır³¹¹. iv) İlliyet bağı: İlliyet bağı ise sorumluluğun aslî unsuru ve tazminat hukukunun temel ilkesidir. Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğun anlam ve amacı, yalnızca muhatapın haklı olarak duyduğu bir güvenin sonucu uğradığı menfî zararlarının tazminini haklı göstermektedir³¹². Bu nedenle, gönderenin teklifi ile ona güvenerek muhatap tarafından alınan önlemler arasında yalnızca genel olarak bir illiyet bağı değil, aynı zamanda, uygun bir illiyet bağı mevcut olmalıdır. Bu nedenle, muhatapta güven duygusunun yanı sıra sözleşmenin akdedileceği düşüncesinin de yerleşmiş olması gerekmektedir³¹³. v) İyiniyet.

Tazminatın kapsamına gelince; muhatap, öncelikle, hazırlık edimleri için yapmış olduğu harcamaları tazminat olarak isteyebilir. Ayrıca, bu dönemde kendisine yöneltmiş diğer icapları reddetmesinden dolayı kaçırdığı fırsatlar için de zarar verenden tazminat talep edebilir. Diğer deyişle, tazminat, karşı tarafın sözleşmenin yapılacağı inancıyla yaptığı masrafları ve diğer imkânları değerlendirmemesinden kaynaklanan menfî zararını karşılamalıdır ve zarar veren taraf, zarar göreni görüşme öncesi malî durumuna kavuşturmalıdır. Bu bağlamda, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğa dayalı olarak talepte bulunulması halinde tazminat miktarı, vekâletsiz iş görme kurallarına göre hesaplanacak tazminat miktarından daha yüksektir³¹⁴.

Muhatap, haksız yere hazırlık edimlerini yerine getirmekten kaçınır, kesin olarak öngörülmüş süre ve tarihlere uymaz ve bundan dolayı, sözleşmenin akdedilmesi başarısızlığa uğrarsa niyet mektubunu gönderen, sözleşme görüşmelerinde güvenin kötüye kullanılması sonucu uğradığı zararları muhataba tazmin ettirebilir. Bu durumda, muhatap, gönderenin gecikmenin neden olduğu ve üçüncü bir kişinin sözleşmedeki

³¹¹ Dinar, s. 128.

³¹² Dinar, s. 123; Yalman, s. 122–133.

³¹³ Eren, s. 492; Reisoğlu, Safa, s. 153, s. 320; Yalman, s. 98–99.

³¹⁴ Dinar, s. 128; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 83.

edimleri üstlenene kadar geçecek zaman kaybından kaynaklanan tüm zararlarını tazmin etmek zorundadır³¹⁵.

Sözleşme tarafları, yapacakları bir sorumsuzluk sözleşmesi (sorumlu olmama şartı, âdemi mesuliyet, mesuliyetten beraat şartı) ile borçlunun sorumluluğunu daraltabilmektedirler. Taraflar, bu tür sözleşmelere, daha sözleşme kurulurken bu yolda bir kayıt koyabilecekleri gibi sonradan da bu konuda anlaşmaya varabilirler. BK m. 99/2 uyarınca, sorumsuzluk sözleşmesi ancak hafif kusura ilişkin olarak yapılabilir. Ancak, alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk devlet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından kaynaklanıyorsa hâkim, sorumsuzluk şartını hükümsüz sayabilir. Borca aykırı davranışla sorumluluk doğduktan sonra borçlunun tazminat yükümlülüğünü bertaraf etmek veya azaltmak için tarafların yapacakları sözleşmeler ise, birer sulh ve ibra teşkil etmektedirler³¹⁶.

Muhatabın hazırlık edimleri için yapmış olduğu harcamaların hiçbirinin gönderen tarafından karşılanmayacağı konusundaki sorumsuzluk sözleşmesinin sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğa dayanan muhtemel taleplerin tümünü kapsayıp kapsamayacağı konusunda genel bir karara varmak mümkün değildir. Bu durumda, niyet mektubunun metni ve somut şartlar yorumlanmalıdır³¹⁷.

C. Gizlilik Sözleşmesi

Taraflar, sözleşme görüşmeleri esnasında edinilen gizli bilgilerin açıklanmasını önlemek amacıyla ayrı bir gizlilik ve kamuya açıklamama sözleşmesi (confidentiality and non-disclosure agreement) yapabilirler veya niyet mektubuna buna ilişkin bağlayıcı etkiyi haiz bir hüküm (confidentiality clause) koyabilirler³¹⁸.

Gizlilik sözleşmesi, genellikle inceleme sürecine başlanılmadan evvel devreden ile devralan arasında, hedef ortaklığın kendini güvence altına almak istemesi nedeni ile

³¹⁵ Dinar, s. 128.

³¹⁶ Eren, s. 1044–1045; Karahasan, Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, Genişletilmiş 6. bs., İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 274.

³¹⁷ Dinar, s. 130.

³¹⁸ Esin/Lokmanhekim, s. 12; Oesterle, s. 305–306; Örnek gizlilik hükmü ve sözleşmesi için bkz. Miller, **M&A 2**, <http://media.wiley.com/assets/1502/24/appendix2B.doc> (10.01.2010); Rankine/Howson, s. 33; Stilton, Appendix 2, Precedent 5, s. 712–716.

araştırma ve inceleme esnasında edinilen bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmasını engellemek amacıyla devralma sürecinde ilk imzalanan belge olmaktadır³¹⁹.

Gizlilik sözleşmesi, esasen devreden ve devralan taraf arasında imzalanmakla beraber bunlar adına bilgi ve belgeleri sunan kişileri ve ortaklık danışmanlarını bağlayan hükümler içerebilmektedir³²⁰.

Gizlilik yükümlülüğü, bazen niyet mektubunun bir hükmü olarak düzenlenmektedir. Gizlilik hükmü veya gizlilik sözleşmesi yapılmadığı takdirde önemli ve gerekli bilgilerin verilmesi esnasında taraflar, bu bilgilerin gizli tutulmaları gerektiği konusunda karşı tarafa uyarıda bulunabilirler. Niyet mektubunda, muhatabın bilgi vermeye hazır olduğu şeklinde bir düzenleme getirilmişse bu aynı zamanda, gizliliğin korunması yükümlülüğünün varlığını göstermektedir³²¹.

Gizlilik sözleşmesinde, esasen devreden üzerinde yükümlülükler öngörülmektedir. Devreden de kendisi hakkında gizli bilgiler sunacak olması halinde iki tarafın da gizlilik yükümlülükleri söz konusudur³²².

Gizlilik ilkesinden kaynaklanan yükümlülükler gerek kasden gerekse ihmal suretiyle aykırı davranmak tarafları bu tür davranışlardan kaçınma ve tazminat ödeme gibi talepler ile karşı karşıya getirebilir. Çünkü, gizlilik sözleşmesinde, birleşme veya devralma gerçekleşmese dahi ileride edinilen bilgilerden haksız şekilde yararlanılmasını önleyici tedbirler ve şartlar yer almakta, cezaî şart ve tazminatlar öngörülmektedir. Taraflarca, bu şekilde bir düzenleme yapılmasa dahi hâkimce tazminata hükmedilebilmektedir³²³.

Gizlilik sözleşmesi içeriğinde; açıklanan bilgilerin gizli tutulması, bu bilgilerin proje için gereken ölçüde kullanılması, elde edilen bilgilerin sadece işlemin gerçekleştirilmesi için bilgi sahibi olması gereken kişiler ve hedef ortaklıkla gizlilik

³¹⁹ Miller, **M&A 1**, s. 41; Oesterle, s. 305; Pack, Heinrich, “Due Diligence”, Picot, Gerhard (Ed.), **Handbook of International Mergers and Acquisitions Preparation: Implementation and Integration**, New York: Palgrave Macmillan, 2002, s. 157; Werry, s. 534; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 178.

³²⁰ Rankine/Howson, s. 29.

³²¹ Dinar, s. 87; Oesterle, s. 305.

³²² Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 179.

³²³ Pulaşlı, **Şirketler**, s. 74-75; Rankine/Howson, s. 30-31.

sözleşmesi imzalamış üçüncü kişiler dışında kimseye açıklanmaması hususlarında düzenlemeler yer almaktadır³²⁴.

Hedef ortaklık hakkındaki gizli bilgilerin açıklanmaması yükümlülüğünün bazı istisnaları vardır³²⁵: i) Bilgiler devralanın hatası olmaksızın kamuda aleniyet kazanmış ise, ii) Devralan, hedef ortaklık açıklamadan çok evvel bu bilgileri edinmiş olduğunu ispatlarsa, iii) Devralan, bu bilgileri üçüncü kişilerden veya hedef ortaklık dışında başkaca yollardan temin ettiğini ispatlarsa, iv) Hedef ortaklığa ait bilgiler devralanın artık bu bilgileri almak istemediğine dair açıklamasından sonra iletilmişse, v) Bilgilerin açıklanması kanun tarafından öngörülmüşse, artık bu bilgiler gizliliğini kaybetmektedir.

Gizli bilgilerin kapsamı çok geniş olduğundan daraltmakta fayda olabilir. Bu nedenle, gizli bilgiler; üzerinde gizli bilgi uyarısı bulunan tüm yazılı belgeler ile yine gizli bilgi uyarısını içeren yazılı belgelerle teyid edilen sözlü bilgiler olarak tanımlanabilmektedir³²⁶. Özellikle, büyük ortaklıklardaki kalabalık personel yapısı nedeniyle bu bilgilerin akışının kontrolünün imkânsız olduğu ve bu nedenle, ortaklığın haksız zarara uğramasının pek muhtemel olduğu gerekçesiyle sözleşmenin kapsamını daraltan yan hükümler (residual clause) konulabilmektedir³²⁷.

Gizlilik sözleşmesinde, devralmanın başarıyla tamamlanamaması halinde devralanın, inceleme sürecinde tanışmış olduğu hedef ortaklık üst düzey çalışanları ve yöneticilerine ileride kendi işletmelerinde pozisyon teklif etmesini yasaklayan bir hüküm (non-solicitation clause) konulabilmektedir. Halka açık ortaklıklarda ise, gizlilik sözleşmelerine devralma tamamlanmadan devralanın edindiği bilgileri kullanarak kötüniyetli halka arz yapmasını önleyici hükümler (stanstill provision) konulabilmektedir. Son olarak, edinilen bilgilerin gizli tutulacağı süre kararlaştırılmalıdır. Bu süre, genellikle iki-beş yıl olarak belirlenmektedir ve bazı bilgilerin ise, sürekli gizli tutulması gerekebilmektedir. Nadiren olmakla beraber süre kararlaştırılmamış ise, süre ilgili kanuna göre belirlenmektedir³²⁸.

³²⁴ Miller, **M&A 1**, s. 41; Oesterle, s. 306.

³²⁵ Miller, **M&A 1**, s. 41; Rankine/Howson, s. 30; Werry, s. 490; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 179.

³²⁶ Miller, **M&A 1**, s. 41.

³²⁷ A.e., s. 42.

³²⁸ Miller, **M&A 1**, s. 42-43; Rankine/Howson, s. 30; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 179.

Gizlilik sözleşmesi üzerinde tarafların uzlaşması zaman alabilmekte ve bu durum, inceleme sürecini kötü yönde etkileyebilmektedir³²⁹. Devralan, hedef ortaklığın ticarî sırlarını ve bunların değerini öğrenene kadar bir fiyat teklifi verememektedir. Devreden ise, fiyat teklifi verilmedikçe ve devralma şartları üzerinde en azından prensipte anlaşmaya varılmadıkça hedef ortaklık hakkındaki gizli bilgileri devralana açıklamak istememektedir³³⁰.

Özellikle, teknoloji sektöründe faaliyet gösteren ortaklıkların devrinde gizlilik son derece önemli ve hassas bir konudur. Hedef ortaklık, fikrî haklarını korumak için ortaklık hakkındaki gizli bilgilere ulaşabilecek herkesle bir gizlilik sözleşmesi yapmalıdır. Diğer taraftan, bu gizlilik sözleşmeleri yüzde yüz koruma sağlayamamaktadır. Özellikle, devralmanın başarıyla sonuçlanmaması halinde gizlilik sözleşmesinin devralanca ihlalinin ispatı son derece güçtür. Bu nedenle, gizli bilgilerin hedef ortaklıktan devralana akışı ustalıkla takip edilmelidir. Örneğin, ilk önce daha az hassas bilgiler açıklanmalı ve en gizli bilgilerin verilmesi son aşamaya bırakılmalıdır. Devralan bir rakip ortaklık ise, açıklama sürecine son derece sıkı sınırlandırmalar getirilmelidir³³¹.

İsviçre’de, hedef ortaklığa ait gizli bilgilerin devreden tarafından açıklanması kanunen bazı durumlarda engellenmiştir³³². 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu (Schweizerisches Strafgesetzbuch)³³³ m. 161 uyarınca, ortaklık içerisinde biri (insider) olarak edindiği gizli bilgilerden kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlayan her kişi, bu nedenle cezaya maruz kalabilmektedir. Yine SR m. 162 uyarınca, kanun veya sözleşme ile gizli tutulması öngörülen ticarî veya üretim sırlarını açıklayan her kişi, bu nedenle cezalandırılabilir.

³²⁹ Rankine, Denzil/Stedman, Graham/Bomer, Mark, **Due Diligence: Definitive Steps to Successful Business Combinations**, London: Financial Times Prentice Hall, 2003, s. 161.

³³⁰ Miller, **M&A 1**, s. 40.

³³¹ Miller, **M&A 1**, s. 40–41; Rankine/Howson, s. 31; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 178.

³³² İsviçre’de ortaklık içerisindekilerin ticareti hakkında geniş bilgi için bkz. Clarence, Peter, “Switzerland”, Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Insider Trading: The Laws of Europe, the United States and Japan**, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, s. 271–282.

³³³ Kanun metninin Almancası için bkz. <http://www.admin.ch/ch/d/as/index.html> (10.01.2010); Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. **Swiss Penal Code: Selected Provisions Relevant to Business: English Translation of Official Text**, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 2008, s. 1 vd.

İngiliz hukukunda, genel olarak gizlilik yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Hedef ortaklığın yöneticileri ile devralanın güvenilir olma ve ortaklığın menfaatine davranma yükümlülüğü, bazı durumlarda, ortaklığa ait bilgileri açıklamamalarını gerektirebilmektedir. Devreden, üçüncü kişilerle ve varsa diğer potansiyel alıcılarla yapmış olduğu gizlilik ve münhasırlık sözleşmeleri nedeniyle hedef ortaklık hakkında açıklama yapma konusunda sınırlandırılmış olabilir³³⁴. Ayrıca, ortaklık içerisindekilerin ticaretini (insider trading) engellemek ve kontrol etmek amacıyla başta CA ve 1985 tarihli Devralmalar Kanunu (City Code on Takeovers and Mergers) (“CCM”)³³⁵ olmak üzere birçok hukukî düzenleme getirilmiştir³³⁶.

ABD’de, gizlilik sözleşmeleri dışında rekabet ve ortaklık içerisindekilerin ticaretine ilişkin düzenlemeler, hedef ortaklık hakkında bilgi temininde kısıtlamalara yol açabilmektedir³³⁷. ABD Sermaye Piyasası Kurulu (Securities and Exchange Commission) (“SEC”), özellikle ortaklık içerisindekilerin ticaretini düzenleyen mevzuatın ihlali halinde birçok hukukî, idarî ve cezaî yaptırım öngörmektedir³³⁸. Ayrıca, hedef ortaklık, 1985 yılında değişikliğe uğrayan Ticarî Sırlar Hakkında Yeknesak Kanun (Uniform Trade Secrets Act)³³⁹ çerçevesinde bir takım hukukî korumalardan faydalanabilmektedir³⁴⁰.

D. Münhasırlık Sözleşmesi

Çoğu zaman, devralma sürecinde hedef ortaklığa bir süreliğine (lock-out period) diğer alıcılarla iletişim kurma yasağı getiren bir münhasırlık sözleşmesi

³³⁴ Werry, s. 503.

³³⁵ Kanun metni için bkz. <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf> (10.01.2010).

³³⁶ İngiltere’de ortaklık içerisindekilerin ticareti hakkında geniş bilgi için bkz. Crystal, Michael/Atherton, Stephen “United Kingdom”, Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Insider Trading: The Laws of Europe, the United States and Japan**, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, s. 171–211.

³³⁷ Spillman, s. 533–534

³³⁸ ABD’de ortaklık içerisindekilerin ticareti hakkında geniş bilgi için bkz. McLaughlin, Joseph T./Macfarlane, Margaret A. Helen, “United States of America”, Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Insider Trading: The Laws of Europe, the United States and Japan**, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, s. 285–325.

³³⁹ Kanun metni için bkz. <http://international.westlaw.com/toc/default.wl?rs=WLIN9.09&ifm=NotSet&fn=top&sv=Split&mt=WLIAcademic&db=USCA&utid=5&vr=2.0&rp=%2ftoc%2fddefault.wl&sp=intmar-000> (10.01.2010).

³⁴⁰ Oesterle, s. 307.

imzalanmaktadır. Taraflar, ayrı bir münhasırlık sözleşmesi yapabilecekleri gibi niyet mektubuna buna ilişkin bağlayıcı etkiyi haiz bir hüküm de koyabilmektedirler³⁴¹.

Bu yasak sayesinde, devralan, hukukî incelemeyi yürütebileceği ve devralmayı tamamlayabileceği öncelikli bir süre (genellikle otuz-altmış gün) kazanmaktadır³⁴². Diğer taraftan, devreden, bu süre zarfında diğer alıcıların hedef ortaklığa olan ilgilerini yitirme riskiyle karşı karşıyadır³⁴³. Bu nedenle, devreden, genellikle münhasırlık yükümlülüğü altına girmek istememekte veya daha iyi bir teklif olasılığında kolaylıkla sözleşmeden dönebilmektedir. Sonuç olarak, münhasırlık sözleşmesinin işlerliği ve yararı tartışmalıdır³⁴⁴.

Devralan, yasak süresince diğer fırsatları kaçırabilir. Ayrıca, devralan, uygun ortaklığı belirlemek ve sonrası bu hedef ortaklık üzerinde inceleme faaliyetlerinde bulunabilmek için bir takım harcamalar yapmaktadır. Başka alıcıların ortaya çıkması halinde devreden tarafın, satım bedelini yükseltme riski de gözardı edilmemelidir. Bu nedenle, münhasırlık hükmüne aykırılık halinde hedef ortaklık, devralanın yapmış olduğu masraflar ile beraber bir tazminat ödemekle yükümlüdür³⁴⁵.

Münhasırlık yükümlülüğüne alternatif olarak, taraflar arasında, devralmanın tamamlanması için azamî gayret gösterme (best-efforts clause), üçüncü kişilerle irtibat kurmama (no-shop clause, no-talk clause)³⁴⁶ veya görüşmeme (no-negotiation covenant) veya birleşmeme (no-merger clause) şeklinde yükümlülükler öngörülebilmektedir. İrtibat kurmama yükümlülüğünde, hedef ortaklık, yeni teklifler arayamamakla beraber kendiliğinden gelen teklifleri değerlendirmekte serbesttir, görüşmeme yükümlülüğünde ise, bu tür görüşmeler de yasaklanmıştır. Birleşmeme yükümlülüğünde ise, hedef ortaklık, diğer alıcılarla görüşmeler yapabilir fakat birleşme veya devralma işlemini gerçekleştiremez³⁴⁷.

³⁴¹ Hanzen/Markham, s. 133; Rankine/Howson, s. 32–33; Rankine/Stedman/Bomer, s. 161; Örnek münhasırlık sözleşmesi için bkz. Stilton, Appendix 2, Precedent 7, s. 726–731.

³⁴² Rankine/Stedman/Bomer, s. 161.

³⁴³ Miller, **M&A 1**, s. 28; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 181.

³⁴⁴ Miller, **M&A 1**, s. 44.

³⁴⁵ Bainbridge, s. 76–77; Hazen/Markham, s. 121, s. 129–131; Rankine/Stedman/Bomer, s. 161; Wilkonson/Waterhouse, **Where to Start**, s. 181.

³⁴⁶ Örnek sözleşme hükmü için bkz. Von Dryander, s. 134–135.

³⁴⁷ Bainbridge, s. 77; Hazen/Markham, s. 132–134.

Özellikle ABD hukukunda, münhasırlık hükümleri, bağlayıcı değildir. Aksi takdirde, bu hükümler hedef ortaklık yöneticilerinin güven sorumluluğu (fiduciary duty)³⁴⁸ ile çelişmektedir. Şöyle ki; ortaklık yöneticileri, devralmanın hedef ortaklık menfaatlerine uygun olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü altındadır ve bu nedenle, devir teklifi her zaman geri çekilebilmektedir. Aynı şekilde, diğer teklifleri değerlendirme ve bu yolda görüşmeler yapma, yönetimin görev kapsamı içinde değerlendirilebilmektedir. Yönetim kurulu, bu şekilde karar vermese dahi ortaklar kurulunun değişen şartlar çerçevesinde devralma işlemlerine son vermesi ve münhasırlık sözleşmesine taraf devralana yaptığı devir teklifini geri alması mümkündür. Tam tersi durum, başka deyişle, yönetimin münhasırlık sözleşmesine uymaması ve satışı sona erdirmesi, ortaklarca onaylanmayıp yönetimin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Bu nedenle, yönetimin münhasırlık sözleşmesi ile bağlı kalması fakat, devir hakkında olumlu veya olumsuz görüşünü ortaklara bildirmesi tercih edilmektedir³⁴⁹.

E. İnceleme

1. Kavram

İnceleme aşamasını karşılayan İngilizce kavram due diligence'dir. Due diligence, bir iş veya işlemin gerçekleştirilmesinde makul ve tedbirli bir kişiden beklenen davranış olarak tanımlanmaktadır. Alıcı tarafından, hedef ortaklığın malvarlığının veya menkul kıymetlerinin incelenmesi için de due diligence kavramı kullanılmaktadır³⁵⁰.

Türkiye'de diğer ülkelerde olduğu gibi due diligence ve ilgili diğer terminolojiyi Türkçeleştirmek çabası içine girilmemiştir. Kavramın yapılan tercümelerinin anlam ve kapsam bütünlüğü bakımından yetersiz olmasından dolayı kavram, genellikle özgün hali ile kullanılmaktadır³⁵¹.

³⁴⁸ Örnek sözleşme hükmü için bkz. Von Dryander, s. 137–138.

³⁴⁹ Bainbridge, s. 79; Hazen/Markham, s. 133–134; Martinius, s. 23; Spillman, s. 525.

³⁵⁰ <http://dictionary.lp.findlaw.com/scripts/results.pl?co=dictionary.lp.findlaw.com&topic=fb/fbbc884a28031d944e2e5e1839468649> (10.01.2010); Hazen/Markham, s. 21.

³⁵¹ Kutlan, s. 14.

Due diligence kavramının kaynağının Anglo-Amerikan hukuku olduğu belirtilmektedir³⁵². Kavramın özellikle İngiliz ortaklık hukukundaki yansıması, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hususunda kendisini göstermiş ve objektif bir borç olan özen sorumluluğu (duty of diligence), aynı şartlar altında dikkatli ve basiretli bir yöneticinin seçeceği hareket tarzına uygun surette dikkat ve özenin gösterilmesi borcu olarak tanımlanmıştır³⁵³. Due diligence kavramı, ABD’de hukukî ilişkide gösterilmesi gereken ihtimam ve özenle ilgili genel bir yükümlülük olarak tanımlanmaktadır³⁵⁴. Due diligence kavramı, özellikle ortaklık hukuku alanında MBCA’da, tüm yöneticiler için genel bir ihtimam ve dikkat borcu olarak düzenlenmektedir. Söz konusu ihtimamın derecesi ise, aynı pozisyondaki herhangi bir kişinin aynı şartlar altında göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğü olarak belirtilmiştir.

Birleşme ve devralma işlemlerinin aşamalarından biri olan inceleme, özünde yukarıda belirtilen nitelikleri barındırmakla beraber farklı bir görev üstlenmiştir. Birleşme ve devralma işlemlerindeki inceleme aşamasının kaynağı olarak ABD sermaye piyasası mevzuatı gösterilmektedir. İlgili mevzuatta, due diligence kavramına ilişkin herhangi bir tanım ve açıklama yer almamakla beraber bu kavram sermaye piyasasında işlem yapan kişilerin sorumluluklarına ilişkin düzenlemelerle ilişkilendirilmiştir³⁵⁵. Şöyle ki; halka arz esnasında işlemde yer alan ve bahsi geçen suçlama ile karşı karşıya kalan kişiler, sorumluluktan kurtulabilmek amacı ile ihmallerin mevcut olmadığını ve sorumluluklarını ortadan kaldırmak için de bir takım faaliyetlerde bulunduklarını ispatlamalıdır. Söz konusu faaliyetlerin özünü de, makul ölçülerde tedbirli ve dikkatli bir kişiden beklenmesi gereken özen çerçevesinde hareket etmek suretiyle izahnamede yer alan bilgi ve beyanların doğru olması için uygun bir denetim ve inceleme yaptıkları hususu oluşturmaktadır³⁵⁶.

Due diligence kavramının anlamı, zaman içinde değişikliğe uğramış ve günümüzde risklerin tanımlanması, aydınlatılması ve sınırlandırılması amacıyla

³⁵² Pack, s. 154.

³⁵³ Davies, Paul L., **Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law**, 8th ed., London: Sweet&Maxwell, 2008, s. 490.

³⁵⁴ Pack, s. 156.

³⁵⁵ Hazen/Markham, s. 21; Kutlan, s. 5, s. 15; Martinius, s. 33; Pack, s. 154–156; Whalley/Semler, s. 523.

³⁵⁶ Özeke, Billur, **Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İBÜSB, 2006, s. 5; Miller, **M&A 1**, s. 49.

yapılması gereken araştırma, inceleme ve denetleme faaliyeti olarak tanımlanmaya başlamıştır³⁵⁷. ABD sermaye piyasasında öngörüldüğü gibi sadece menkul kıymet alım ve satım işlemlerinde değil bilgi edinmenin, risklerin aydınlatılması ve bu suretle sorumlulukların kontrol edilebilmesi açısından önem arzettiği tüm işlemlerde kullanılan bir uygulama haline gelmiştir³⁵⁸.

Türk hukukunda, ABD hukukundakine benzer şekilde sermaye mevzuatında due diligence ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. SerPK m. 7 uyarınca, sermaye piyasasında işleme konu olan araçların halka arz edilmesi esnasında çıkarılan izahname ve sirkülerdeki bilgilerin gerçeği yansıtmaması halinde ihraçcının sorumluluğu gündeme gelmektedir. Aynı hüküm uyarınca, kendilerinden beklenen özeni göstermeyen aracı kurumlar da, zararın ihraççılara tazmin ettirilemeyen kısmı için sorumlu tutulabilmektedirler. İhraççıların bahsi geçen sorumluluğuna sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri de, özen borcuna aykırılık nedeniyle TTK m. 336 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olmaktadır.

Devralma işlemlerinin genelinde, devralan taraf, devir konusu malvarlığının ait olduğu veya hisselerin sermayesini temsil ettiği tüzel kişiliğe ait işletme hakkında bilgi edinmek ve bu bilgilerden hareketle hedef ortaklık ve dolayısıyla, devre konu malvarlığı veya hisseler ile ilgili riskleri tespit etmek istemektedir. Uygulamada, her ne kadar inceleme aşaması, niyet mektubunun imzalanmasından sonra ve hisse devir sözleşmesinin imzasından evvel yer almakta ise de devir sözleşmesinin imzalanmasından sonra ve sözleşmenin ifasından önceki aşamada da yapılabilmektedir. Bazen de inceleme, devir sözleşmesinin ifasından sonra gerçekleşmektedir³⁵⁹. Ancak, sözleşmenin imzasından sonra yapılan inceleme sonucunda, genellikle satım bedelinin tekrar ayarlanması gerekmektedir³⁶⁰.

Devralan, inceleme sonucu tespit ettiği risk ve verileri, devre konu işletmeye ilişkin değerlemeyi yaparken nazara alıp fiyat teklifini bunları da hesaba katarak

³⁵⁷ Pack, s. 156.

³⁵⁸ Kutlan, s. 23.

³⁵⁹ Özeke, s. 31; Rihm, Thomas, "Swiss Aspects of M&A Share Transactions", **ICCLR**, 2001, 12 (9), <http://login.westlaw.co.uk>, s. 240 (10.01.2010).

³⁶⁰ Miller, **M&A** 1, s. 211; Picot, s. 71; Tshani/Von Planta/Oertle, s. 84.

hazırlamaktadır³⁶¹. Bu nedenle, işletmeyi devralmayı planlayan taraf, işlemin konusunu oluşturan hedef ortaklık ile ilgili bilgi ihtiyacını karşılamak amacı ile hedef ortaklık üzerinde hukukî, malî ve operasyonel incelemeler başta olmak üzere gerçekleştirilecek işlemin barındırdığı özelliklere göre türlü alanlarda geniş bir analiz ve inceleme faaliyeti yürütmekte olup bu faaliyet due diligence incelemesi olarak adlandırılmaktadır³⁶².

2. Amaç

Devralan açısından, incelemenin amacını şu şekilde sıralamak mümkündür³⁶³:

i) Hedef ortaklık hakkında bilgi edinmek. ii) Potansiyel riskleri ve imkânları araştırmak ve analiz etmek. iii) Devralmaya karar vermek ve satım bedelini belirlemek. iv) Devralma belgelerini hazırlamak. v) Hukukî durumu tespit etmek. vi) Delil temin etmek.

İnceleme aşamasında, öncelikle devir işleminin konusunu oluşturan hedef ortaklıkla ilgili olarak malî, ticarî ve özellikle hukukî konularda incelemeler yapılarak hedef ortaklığa ait işletmeye özgülenmiş olan malvarlıkları veya hedef ortaklığın sahip olduğu hisselerin değerlerinin tespit edilip uygun bir fiyat teklifi verilmesi amaçlanmaktadır³⁶⁴.

Kanunların ve iş ilişkilerinin giderek daha karmaşık bir hale bürünmesinden ötürü devralma için bir takım feragat ve izinlerin alınması gerekebilmektedir³⁶⁵. Bu anlamda, inceleme, izlenmesi gereken aşamaları ve zamanlamayı netleştirerek devralma sürecinin gereksiz uzamasını önleyici bir rol oynamaktadır.

Devralan açısından, devralmalarda dört ana risk söz konusudur³⁶⁶: i) Devredenin hisselerin maliki olmamasından ve bunları serbetçe devir kabiliyeti bulunmamasından dolayı devrin gerçekleşmemesi. ii) Yeni piyasalara girmede ve rekabet gücünü arttırmada hukukî ve sözleşmesel sınırlamalar nedeniyle hedef

³⁶¹ Esin/Lokmanhekim, s. 16; Kutlan, s. 30–31.

³⁶² Kutlan, s. 24; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 117.

³⁶³ Hazen/Markham, s. 22; Kutlan, s. 30; Picot, s. 65; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 214–215; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 75; Werry, s. 502.

³⁶⁴ Whalley/Semler, s. 525.

³⁶⁵ Resmi kuruluşların izni, tedarikçi veya müşterilerin onayı, çalışanların hisse opsiyonu haklarından feragati, vs. (bkz. Rankine/Stedman/Bomer, s. 148).

³⁶⁶ Whalley/Semler, s. 523–524.

ortaklıktan faydalanılamaması. iii) Devralma nedeniyle hedef ortaklığın ruhsatlarının iptali vs. nedenlerle faaliyetlerine devam edememesi. iv) Devralma sonrası hedef ortaklık çalışanlarının, müşterilerinin ve ana tedarikçilerinin entegrasyonunun sağlanamaması. Bu nedenlerle, özellikle İngiltere’de, devralanın bu risklerini kapsayan sigortalar yapılmaktadır. Diğer ülkelerde ise bu uygulama henüz yeterince yerleşmemiştir³⁶⁷.

Anglo-Amerikan hukukunda, risk, devralan tarafın üzerindedir ve devralan için yeterli bir hukukî koruma öngörülmemektedir (caveat emptor prensibi, sorumluluğun alıcıya ait olması prensibi). Bu nedenle, birleşme ve devralma sözleşmeleri, devralan lehine uzun ve karmaşık biçimde düzenlenmektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise, devralanı koruyucu kanunî hükümler öngörülmüştür. Yine de, bu hükümlere dayanarak hak talebinde bulunulduğunda tatmin edici bir sonuca ulaşmak zordur. Çünkü, birçok kıta Avrupası ülkesindeki özellikle medeni ve borçlar kanunları, çok eski tarihlidir ve bu nedenle, günümüzün karmaşık milletlerarası satım sözleşmeleri için yetersiz kalmaktadır. Aynı zamanda, bu kanunların birleşme ve devralmalardaki uygulamasına ilişkin pek fazla içtihat yoktur³⁶⁸.

İnceleme, hedef ortaklık ile ilgili risklerin ortaya çıkması halinde bunların azaltılması veya ortadan kaldırılmasına ilişkin tedbirlerin alınması ve tarafların sorumluluk alanlarının sınırlandırılmasında etkin bir role sahiptir³⁶⁹. Devralmalarda, sadece devredenin beyan ve taahhütlerine dayanmaktansa ilgili problemlerin önceden belirlenmesi yolu tercih edilmektedir. Şöyle ki; uyuşmazlık halinde dava yoluna başvurmak daha masraflı ve zaman alıcıdır. Dava sonucunda, mahkeme, devralan lehine karar verse dahi devralan yapmış olduğu masrafların ancak %50-%75’ini geri alabilmektedir. Ayrıca, sadece devredenin beyan ve taahhütlerine dayanılması halinde devredenin hile veya hatasının tespiti güçtür. Çoğu zaman devreden, iyi niyetlidir fakat ortaklığa ilişkin problemleri belirlemek için gerekli profesyonel araçlara sahip

³⁶⁷ Geniş bilgi için bkz. Martinius, s. 41 (genel olarak); Brechbühl, s. 481 (İsviçre); Werry, s. 510–512 (İngiltere); Spillman, s. 541 (ABD).

³⁶⁸ Martinius, s. 18, s. 36; Spillman, s. 521.

³⁶⁹ Esin/Lokmanhekim, s. 23; Picot, s. 65.

olmayabilir. Bu durumda, devir öncesi yapılan inceleme ile ortaklığa ilişkin henüz tespit edilmemiş problemlerin ortaya çıkarılmasında fayda vardır³⁷⁰.

İsviçre hukukunda, tarafların çatışan menfaatlerini en aza indirmek için üç alternatif yol önerilmektedir³⁷¹: i) Devralan, asıl devir sözleşmeleri imzalanana kadar hedef ortaklığa ait bilgi ve belgelere sınırlı ulaşımına sahiptir, fakat devreden tarafından ayrıntılı olarak beyan ve taahhütte bulunulur. ii) Devralan adına inceleme, uzman danışmanlar tarafından yürütülür. iii) Devralan, gizlilik sözleşmesinin imzalanması sonrası hedef ortaklığın bilgi ve belgelerine sınırsız ulaşımına sahiptir, fakat devreden beyan ve taahhütlerinin kapsamı nispeten dardır.

İnceleme, devralmaların başarısında etkin bir role sahiptir. Hatalı bir devralma, devralan için bir yıkım olabilmekte, başarılı bir devralma ise, devralanı piyasada daha iyi bir konuma taşıyabilmektedir³⁷². Bu nedenle; usandırıcı, ürkütücü, zaman alıcı ve masraflı bir süreç olmakla beraber inceleme süreci devralmalarda vazgeçilmezdir³⁷³.

3. Türleri

İnceleme ve araştırma faaliyetlerinin yoğunlaştığı alanlara göre, inceleme türleri şu şekilde iki ana başlık altında sınıflandırılabilir³⁷⁴: i) Hukukî inceleme (legal due diligence) ii) Ticarî inceleme (business due diligence) başlığı altında toparlayabileceğimiz finansal, operasyonel ve stratejik inceleme. Bu sınıflandırma, bu iki ana disiplin ile sınırlı kalmamakta ve söz konusu işlemin özelliğine göre türlü alanlara yayılabilmektedir.

Hukukî inceleme; devralanın hukuk danışmanları tarafından yürütülmekteyken ticarî inceleme; bağımsız denetim kuruluşları, muhasebeciler veya devralan bünyesinde çalışan uzmanlar ile yöneticiler tarafından yapılmaktadır. Hukukî inceleme; projenin başarıyla sonuçlanmasını engelleyebilecek nitelikteki hukukî hususları tespit edip devralmayla ilgili belgelerin nasıl düzenleneceği konusuna ışık tutmakta iken incelemenin ticarî yönü; hedef ortaklığın geçmiş malî performansı, taraf ortaklıkların

³⁷⁰ Rankine/Howson, s. 109; Rankine/Stedman/Bomer, s. 147–148; Whalley/Semler, s. 525.

³⁷¹ Brechbühl, s. 476.

³⁷² Rankine/Stedman/Bomer, s. 151–154.

³⁷³ Sherman/Hart, s. 64.

³⁷⁴ Kutlan, s. 38–43; Özeke, s. 17; Rankine/Howson, s. 70; Sherman/Hart, s. 64.

finans ve insan kaynaklarının birleşmesi, devralma ile erişilebilecek işletme, üretim ve dağıtım sinerjisi ölçeklerinin belirlenmesi ve devralmanın finanse edilmesi gibi stratejik ve malî hususlarla ilgilenmektedir³⁷⁵.

a. Hukukî İnceleme

Hukukî inceleme; hedef ortaklığın hukukî yapısının ve doğmuş veya doğacak sorumluluklarının belirlenmesi, hukuken açık veya örtülü risklerinin olup olmadığının tespit edilmesi ve asıl sözleşmenin temelini oluşturma amacını taşıyan bir inceleme sürecidir³⁷⁶. Bu inceleme sürecinin asıl amaçlarından bir diğeri de, hedef ortaklık tarafından yapılan beyanların doğruluğunu teyit etmek amacıyla ortaklıktan bilgi temin edilmesidir³⁷⁷.

Hukukî inceleme, genellikle ticarî ve finansal incelemenin akabinde gerçekleştirilmektedir. Böylelikle, prosedürün devamında etkili olan ticarî inceleme raporunun olumsuz olması halinde hukukî inceleme ile vakit kaybedilmesi önlenmektedir³⁷⁸.

Hukukî açıdan kusursuz ve eksiksiz faaliyetler sürdüren bir işletme, en değerli olanıdır diye bir durum yoktur. Ekonomik faaliyetler, kâfi fiyatları mümkün kılmıyorsa veya söz konusu hedef ortaklık ürünleri, çok küçük bir piyasaya sahipse bu hedef ortaklığın hukukî bir sorununun olmaması satın alma için yeterli değildir³⁷⁹.

Yönetim, emeklilik, insan kaynakları, çevre, fikrî haklar, bilişim teknolojisi ve vergi gibi birçok hukukî inceleme konusu diğer inceleme raporlarıyla ortak konu oluşturduğundan hukukçuların raporlarını hazırlarken diğer uzmanlarla fikir alışverişinde bulunmalarında fayda vardır³⁸⁰.

³⁷⁵ Sherman/Hart, s. 64; Miller, **M&A 1**, s. 49–50.

³⁷⁶ Howson, s. 68; Kutlan, s. 119; Özeke, s. 18.

³⁷⁷ Bainbridge, s. 74.

³⁷⁸ Rankine/Howson, s. 64.

³⁷⁹ Kutlan, s. 119.

³⁸⁰ Howson, s. 69.

Hukukî incelemenin sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi için talep edilen bilgi ve belgelerin neler olduğunun mümkün olduğu kadar ayrıntılı olarak ifade edilmesinde fayda vardır. Bu bilgi ve belgelerin başlıcaları şunlardır³⁸¹:

i) Tüm değişiklikleri içeren ortaklık esas sözleşmesi, ticaret sicili kayıtları, yönetim kurulu kararları, ortaklar kurulu kararları, hisse defteri (shareholders' ledger, shareholders' register) vb. hedef ortaklık ve her bir iştirakin kuruluş, işleyiş ve ortaklık yapısına ilişkin belgeler, bu kapsamda devredenin, hisselerin sahibi olduğunu ve bu hisseler üzerinde herhangi bir sınırlama bulunmadığını gösteren belgeler.

ii) Bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri, sosyal sigorta ödemeleri (social security payments), emeklilik planları (pension plan)³⁸², hisse opsiyonu planları (stock option plan) ve diğer teşvik primi planları (equity incentive plan)³⁸³, üst düzey yöneticilerin özgeçmişleri³⁸⁴ vb. ortaklık çalışanlarına ilişkin belgeler³⁸⁵; mevcut çalışanlar ile ilgili olarak doğmuş ve doğması muhtemel kıdem ve ihbar tazminatı yükümlülüklerinin finansal inceleme esnasında bilânçolarda ortaya çıkan verilerle karşılaştırılması; mevcut ve eski ortaklık çalışanları ve danışmanlık firmaları ile yapılmış gizlilik, rekabet, hizmet ve iş geliştirme sözleşmeleri³⁸⁶.

iii) Ortaklık, distribütörlük, pazarlama, kredi, faktoring, leasing, teknik bilgi, lisans, proje ve yatırım ve işbirliği, cari hesap ve garanti sözleşmeleri, akreditifler, siparişler, başka ortaklık hisse veya mallarının satın alımı, ortak girişim vb. hedef ortaklığın iştirakleri de dâhil olmak üzere üçüncü kişilerle akdetmiş olduğu tüm sözleşmeler; özellikle tarafların ilgili sözleşme kapsamındaki hak ve borçları, borca aykırılığın hukukî sonuçları, cezaî şart, sona erme sebepleri ile sözleşmelerin devralana devredilmesinin mümkün olup olmadığı veya hedef ortaklığın birleşme veya devralma

³⁸¹ Geniş bilgi ve örnek hukukî inceleme soru listesi için bkz. Esin/Lokmanhekim, s. 19–20; Hazen/Markham, s. 23–28; Howson, s. 68–76, s. 239–242; Miller, **M&A 1**, s. 51–64; Miller, **M&A 2**, <http://media.wiley.com/assets/1502/19/appendix2F.doc> (10.01.2010); Özeke, s. 18–20; Pack, s. 174–175; Rosenbloom, s. 169–207; Rankine/Howson, s. 107–112, s. 197–200; Rankine/Stedman/Bomer, s. 147–181, s. 215–219; Rosenbloom, s. 149–207; Sherman/Hart, s. 69–77; Stilton, Appendix 2, Precedent 8, s. 734–741; Whalley/Semler, s. 524, s. 528–539.

³⁸² Geniş bilgi ve emeklilik planları hakkında örnek inceleme soru listesi için bkz. Howson, s. 141–147, s. 248; Issitt, s. 131–132; Kay, s. 507–508; Rankine/Stedman/Bomer, s. 197–202.

³⁸³ Örnek hisse opsiyonu planları ve diğer teşvik primi planları için bkz. Miller, **M&A 2**, <http://media.wiley.com/assets/1502/29/appendix3B.doc> (10.01.2010).

³⁸⁴ Geniş bilgi ve yönetim hakkında örnek inceleme soru listesi için bkz. Howson, s. 125–140, s. 247.

³⁸⁵ Geniş bilgi ve insan kaynakları hakkında örnek inceleme soru listesi için bkz. a.e., s. 104–124, s. 245–246.

³⁸⁶ Miller, **M&A 1**, s. 58.

işlemi sonucunda ortaklık yapısının veya yönetiminin değişmesi halinde taraf olunan sözleşmelere etkisinin ne olacağı hususunun belirlenmesi.

iv) Derdest veya muhtemel davalar, icra takipleri, tahkim yargılamaları vb. hukukî uyuşmazlıklar hakkında açıklamalar ve belgeler.

v) İşletmenin veya herhangi bir iştirakinin maliki olduğu taşınır ve taşınmazlar ve bunların kullanımına ilişkin kira, intifa, vb. sözleşmeler, malvarlıkları üzerindeki her tür rehin, ipotek, vb. sınırlamalar.

vi) Hedef ortaklığın çevre mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerinin olup olmadığı, başvuruların yapıp gerekli izinlerin alınıp alınmadığı, ilgili rapor ve analizlerin hazırlanıp hazırlanmadığı, yeterli organizasyona, teknik alt yapıya ve güvenlik sistemlerine sahip olup olmadığı, çevre mevzuatının ihlal edildiğine ilişkin ihbar olup olmadığı, vb. çevresel hususlar³⁸⁷.

vii) Markalar, patentler, teknik bilgi, endüstriyel tasarım, ticaret unvanı, telif hakları ve bunlara ilişkin lisans veya devir sözleşmeleri, tescil belgeleri, vb. fikrî ve sınai haklara dair bilgi ve belgeler³⁸⁸.

viii) Yazılım, bilgisayar, vb. bilgi sistemlerine ilişkin bilgi ve belgeler³⁸⁹.

ix) Sigorta poliçeleri, sigorta kapsamındaki riskler, ödenecek prim tutarına dair belgeler.

x) RK tarafından yürütülmüş önsoruşturma ve soruşturmalar, RK'ye yapılan bildirimler, antitröst kanunlarına uygunluk, tüketici şikâyet ve talepleri, vb. rekabet ve tüketici hukukuna ilişkin hususlar.

xi) Hedef ortaklığın faaliyetleri ile ilgili ruhsatlar, resmi raporlar, başvurular, izin ve onaylar.

³⁸⁷ Geniş bilgi ve çevre meseleleri hakkında örnek inceleme soru listesi için bkz. Howson, s. 165–177, s. 251; Rankine/Stedman/Bomer, s. 183–196.

³⁸⁸ Geniş bilgi ve fikrî haklar hakkında örnek inceleme soru listesi için bkz. Howson, s. 191–200, s. 256; Miller, **M&A 1**, s. 64–77; Miller, **M&A 2**, <http://media.wiley.com/assets/1502/22/appendix2G.doc> (10.01.2010).

³⁸⁹ Geniş bilgi ve bilişim teknolojisi hakkında örnek inceleme soru listesi için bkz. Howson, s. 178–185, s. 252; Rosenbloom, s. 303–332.

xii) Hedef ortaklığın vergi mevzuatı açısından durumu, hâlihazırdaki vergisel yükümlülükleri ve riskleri, devrinden sonra oluşturulacak vergi politikası³⁹⁰.

xiii) Eğer varsa, hedef ortaklığın yurtdışındaki faaliyetleri, malları, bağlı ortaklıkları ve diğer ilişkileri³⁹¹.

Hukukî inceleme, hedef ortaklığın yukarıda sayıldığı gibi tüm faaliyetlerini kapsamak zorunda değildir. İnceleme için özel ilgi alanları belirlenebilmektedir³⁹².

b. Ticarî İnceleme

Ticarî incelemede³⁹³; finansal, operasyonel ve stratejik açıdan devralmanın başarısı tayin edilmektedir ve bu çerçevede, hedef ortaklık incelenmektedir.

i) Finansal inceleme³⁹⁴; hedef ortaklığın finansal tabloları, kâr ve zarar tabloları ve bilânçoları üzerinde yapılmaktadır. Finansal inceleme ile hedef ortaklığın malî tablosu çizilmekte ve ortaklığa biçilen değer öncelikle bu veriler ışığında oluşturulmaktadır.

ii) Operasyonel inceleme³⁹⁵; hedef ortaklığın üretim, yönetim, pazarlama, bilgi teknolojileri, insan kaynakları, araştırma ve geliştirme gibi operasyonları ile doğrudan ilgili teknik konularda yapılmaktadır. Operasyonel incelemede, hedef ortaklığın üretim sistemleri ve ürünlerin dağıtımı ile ilgili hizmetlerin araştırılması sonucunda işin yürütülmesi hakkında geniş bir bilgi edinilmekte ve ayrıca hedef ortaklığın yapılacak

³⁹⁰ Geniş bilgi ve örnek vergisel inceleme soru listesi ve raporu için bkz. Kutlan s. 68–119; Howson, s. 146–164, s. 249–250; Rosenbloom, s. 209–251.

³⁹¹ Bu incelemenin o ülkenin hukukçuları tarafından ve o ülkenin kanunlarına göre yapılması gereklidir. Milletlerarası avukatlar inceleme listesine eşdeğer şekilde o ülkede yapılması gerekli araştırmaları ve yöneltmesi gerekli soruları tespit etmeli ve millî kanunların devralma üzerindeki etkilerini belirlemelidirler (bkz. Rankine/Stedman/Bomer, s. 169).

³⁹² Hukukî inceleme raporunun kapsamı için bkz. Rankine/Stedman/Bomer, s. 203–209.

³⁹³ Geniş bilgi ve örnek ticari inceleme soru listesi için bkz. Howson, s. 77–104, s. 243–244; Miller, **M&A 1**, s. 49; Miller, **M&A 2**, <http://media.wiley.com/assets/1502/17/appendix2E.doc> (10.01.2010); Rankine/Howson, s. 76–95; Rankine/Stedman/Bomer, s. 3–78.

³⁹⁴ Geniş bilgi ve örnek finansal inceleme soru listesi ve raporu için bkz. Howson, s. 45–67, s. 236–238; Kutlan, s. 43–68; Pack, s. 162–166; Rankine/Howson, s. 96–107, s. 187–191; Rankine/Stedman/Bomer, s. 81–144, s. 209–215; Rosenbloom, Arthur H., **Due Diligence for Global Deal Making**, Princeton: Bloomberg Press, 2002, s. 101–148.

³⁹⁵ Borghese, Robert J./Borghese, Paul F., **M&A from Planning to Integration: Executing Acquisitions and Increasing Shareholder Value**, New York: McGraw-Hill, 2002, s. 61–62; Geniş bilgi ve örnek operasyonel inceleme soru listesi için bkz. Rosenbloom, s. 51–99.

yatırımlar bakımından ihtiyaçlarının belirlenmesi ve ortaklığın büyümesi açısından olası fırsatların neler olduğu belirlenebilmektedir.

iii) Stratejik inceleme³⁹⁶ ile amaçlanan ise; hedef ortaklığın rekabet gücünün saptanması, hedef ortaklığın içinde yer aldığı sektör ve piyasanın gelecekteki durumunun analiz edilmesi, stratejik planlamanın doğrulanması ve bu yolla risklerin azaltılması ve hedef ortaklığın değerlemesine yardımcı olunmasıdır. İşbu amaçla, stratejik inceleme, özellikle hedef ortaklığın içinde yer aldığı sektörün yapısı, sektörün büyüme hızı, büyüklüğü, piyasada yer alan lider ortaklıklar karşısındaki konumu, müşteri yapısı ve sayısı, satış organizasyonunun yapısı, muadil ürünlere karşı geliştirdiği stratejiler gibi hususlar üzerinde yoğunlaşmalıdır.

4. İncelemenin Yapılışı

İnceleme süreci, genellikle, devralan tarafından yürütülmekle birlikte devreden, devralana yardımcı olmak ve incelemenin gerçekleştirilmesini hızlandırmak amacıyla kendiliğinden, muhtemelen ortaklık danışmanları veya bağımsız uzman kişiler vasıtasıyla ortaklık bilgilerini içeren bir inceleme raporu hazırlayabilmektedir. Bunun yanı sıra devreden, kısa bir dönem önce ortaklığı tam bir inceleme yürütmeksizin devraldıysa veya devralanın, satın bedelini tamamen veya kısmen başka ortaklıktaki hisseleri ile ödemesi halinde inceleme yapmak isteyebilir³⁹⁷.

Uygulamada, inceleme için devralan tarafından bir ekip kurulmakta ve inceleme, bu ekip danışmanlığında ve uzman kişiler aracılığı ile yürütülmektedir. Devralma işlemlerinin genelinde inceleme, hedef ortaklık tarafından sağlanacak bilgi ve belgeler üzerinden yürütülmektedir. Devralan tarafın danışmanlarınca incelemeye konu bilgi ve belgelere ilişkin talepler, bir liste (questionnaire and checklist) halinde hedef ortaklığa gönderilmektedir³⁹⁸.

İncelenmesi ve analizi gereken konuların bir birleşme ve devralma ile elde edilmesi hedeflenen işin mahiyetine ve hedef ortaklığın faaliyet gösterdiği alana göre değişiklik arz etmesinden dolayı incelenmesi gerekli konuların neler olacağı veya

³⁹⁶ Borghese/Borghese, s. 52–54; Pack, s. 166–169.

³⁹⁷ Martinius, s. 35; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 221–222; Rankine/Stedman/Bomer, s. 156.

³⁹⁸ Bainbridge, s. 74–75; Werry, s. 502.

olması gerektiği konusunda kesin kurallar konulması çok mümkün değildir³⁹⁹. Ancak, inceleme sürecinden maksimum düzeyde getiri elde edilmesi için detaylı ve işin gösterdiği özellikler dikkate alınarak bir soru listesinin hazırlanması ve bu liste kapsamı dâhilinde hedef ortaklıktan gerekli olan tüm bilgi ve belgelerin toplanmasında fayda vardır.

İnceleme sürecinde, inceleme yapan uzmanlar, genellikle iç ve dış olmak üzere iki tür veriden yararlanmaktadırlar: İç veriler, özellikle hedef ortaklığın muhasebe, personel, hukuk, pazarlama, satış gibi bölümlerinden elde edilen bilgileri kapsamaktadır. ii) Dış verilere ise, hedef ortaklığın içinde bulunduğu veya bulunmayı hedeflediği piyasa ve sektör ile ilgili makroekonomik analizler, hedef ortaklığın faaliyet gösterdiği sektöre ilişkin yayınlar, raporlar, istatistikî bilgiler gibi nitelikleri itibarıyla kamuya açık bilgileri inceleyerek ulaşılabilirler⁴⁰⁰.

Devralan tarafından inceleme soru listesinin hazırlanmasından ve proje ekibinin kurulmasından sonra listede talep edilen bilgi ve belgelerin inceleme aşamasına geçilmektedir⁴⁰¹. Bu süreçte, devreden tarafından soru listesinde istenilen belgeleri hazırlamak ve sorulanları cevaplandırmak üzere bir ekip kurulabilmektedir⁴⁰².

İnceleme soru listesinin hedef ortaklığa ulaşmasını müteakip talep edilen bilgi ve belgelerin devralanın incelemesine sunulması türlü şekillerde gerçekleştirilmektedir: i) İlki, belgelerin bir kopyasının devralanın danışmanlarına verilmesi olabilir. Bu yöntem, özellikle, söz konusu belge ve bilgilerin ticarî sırlar içermesi ve hedef ortaklığın gizlilik kaygıları nedeniyle tercih edilmeyen bir yöntem olmakla beraber devralanın danışmanlarına belgeler üzerinde detaylı inceleme yapma imkânı vermektedir. ii) Son yıllarda sıklıkla kullanılmaya başlanan diğer bir yöntem, devralan tarafından hazırlanan talep listesinde yer alan bilgi ve belgelerin bir veri odasında (data room) toplanarak devralanın temsilcilerince belirli sürede incelenmesidir. Özellikle

³⁹⁹ Sherman/Hart, s. 68.

⁴⁰⁰ Kutlan, s. 33–35; Pack, s. 157.

⁴⁰¹ Özeke, s. 24.

⁴⁰² Sherman/Hart, s. 63.

yatırım bankaları aracılığıyla yapılan açık arttırma yoluyla satımlarda sanal inceleme odası kurulması tercih edilmektedir⁴⁰³.

Devralmanın tamamlanmadan açıklanması, bazen ortaklıkların piyasa değerini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu nedenle inceleme, gizli yürütülmektedir. Bir gizlilik sözleşmesi ile devralınacak ortaklığın yapısıyla ilgili olarak tarafların birbirlerine aktardıkları her türlü ticarî, malî, hukukî, vergi ve çevreye ilişkin konulara ait bilgi, belge vs. verilerin gizli kalması sağlanabilmektedir. Gizlilik sözleşmesinde, devralma gerçekleşmese dahi inceleme sonucu edinilen verilerden haksız şekilde yararlanılmasını önleyici tedbirler ve şartlar yer almaktadır⁴⁰⁴.

Gizli tutma mükellefiyetinin ve buna aykırılığın sonuçlarının, taraflar arasında kararlaştırılmaması durumunda devreden, hedef ortaklık açısından önem arz eden ve gizli kalmasını tercih ettiği belgeleri, devralanın incelemesine sunmaktan kaçınabilmektedir. Hedef ortaklığın bir takım hassas bilgileri vermek istememesi anlaşılır olmakla beraber bu bilgilerin devralanın menfaatine aykırı bir durum oluşturması halinde son dakika pazarlıklarının yapılması ve hatta daha kötüsü, sözleşmenin başarısızlıkla sonuçlanması muhtemeldir⁴⁰⁵. Bu nedenle, devreden tarafa güven sağlamak ve bunun sonucu, hedef ortaklık hakkında gerekli tüm bilgileri elde edebilmek için bir gizlilik sözleşmesi yapılmasında fayda vardır⁴⁰⁶.

Devralan tarafın inceleme ekibi, belgelerin incelenmesi sırasında veya akabinde genel müdür, malî işler müdürü, insan kaynakları müdürü başta olmak üzere ortaklığın kilit çalışanlarıyla (key officers) görüşmelerde bulunabilmektedir. Fakat, hedef ortaklık, devralmayı çalışanlarından saklamak isteyebilir ve özellikle ortaklığın üst düzey çalışanlarının devralmadan haberdar edilmemesi incelemeyi engelleyici niteliktedir⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Brechbühl, s. 478; Martinius, s. 35; Miller, **M&A 1**, s. 26–27; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 215, s. 221; Rankine/Howson, s. 110; Örnek veri odası kuralları için bkz. Stilton, Appendix 2, Precedent 5, s. 712–716; Werry, s. 502.

⁴⁰⁴ Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 205; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 74.

⁴⁰⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 20–21; Rankine/Stedman/Bomer, s. 162.

⁴⁰⁶ Pack, s. 156–157.

⁴⁰⁷ Brechbühl, s. 478; Rankine/Stedman/Bomer, s. 162; Rankine/Howson, s. 65.

Hedef ortaklığın bir ortak girişim veya diğer iş ortaklığına bağlı olarak gizlilik sözleşmeleri imzalamış olup olmadığı ve bu nedenle, hedef ortaklığa ilişkin bilgilerin açıklanmasından evvel üçüncü kişilerin onayının alınması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı da belirlenmelidir⁴⁰⁸.

İnceleme sürecinde başka zorluklarla da karşılaşılabilir. Birden fazla devralan tarafın olması halinde devreden herkese eşit imkân tanımak istemesi, süreci uzatabilmektedir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, açık artırma yoluyla satımlarda ihaleye katılanlardan sadece birine inceleme izni verilirse eşit işlem ilkesi uyarınca bunun tüm katılanlara uygulanması gerekmektedir⁴⁰⁹.

Milletlerarası birleşme ve devralmalarda en büyük risk, iletişimdeki bozukluktur. Çünkü bu projelerde en azından bir ikinci dil devreye girmektedir. Bu nedenle, ilgili sözleşmelerde hangi dilin esas alınacağına dair bir hüküm yer almalıdır. İncelemenin projede geçen dillerin hepsini iyi derecede bilen danışmanlar tarafından yürütülmesi bu riski azaltmaktadır⁴¹⁰.

İnceleme çalışmalarının sona ermesine yakın devralan adına incelemeyi yürütenler ile hedef ortaklık yöneticileri, açık olmayan hususların netleştirilmesi için bir araya gelirler. İşbu soru ve cevap bölümünün tamamlanmasından sonra incelemeyi yapan kişiler, varsa eksik bilgi ve belgelerin tamamlanması gereğini devredene bildirirler ve kendilerine temin edilen bilgi ve belgeler üzerinde incelemelerini tamamladıktan sonra devralana ilgili raporlarını sunarlar⁴¹¹.

İnceleme raporu (due diligence memorandum, due diligence report), iki şekilde kaleme alınabilmektedir⁴¹²: i) İlk yöntemde, sadece önem arz eden bazı hukuken riskli ve problemli noktalar belirtilmekte, uzun ve fazla kapsamlı bilgilerin değerlendirilmesi sırasında detayda kaybolunması önlenmek istenmektedir. ii) Diğer yöntemde ise, devreden tarafından temin edilen her bilgi ve belge, inceleme talep listesindeki sınıflandırmaya uygun olarak değerlendirilmekte ve kapsamlı bir rapor

⁴⁰⁸ Rankine/Stedman/Bomer, s. 162; Rankine/Howson, s. 65.

⁴⁰⁹ Brechühl, s. 462; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 228; Rankine/Stedman/Bomer, s. 162; BGE 133 II 232 vd. için bkz. <http://www.bger.ch> (10.01.2010).

⁴¹⁰ Rosenbloom, s. 150–151.

⁴¹¹ Esin/Lokmanhekim, s. 21–22.

⁴¹² Esin/Lokmanhekim, s. 22; Martinius, s. 35.

oluşturulmaktadır. Bu yöntemin uygulanması halinde rapora hukuken riskli ve problemli olabilecek hususların belirtildiği bir özetin (executive summary) eklenmesinde fayda vardır.

İnceleme raporu, devralan tarafından değerlendirilecektir. Bu aşamada, devralan, devrin kendi stratejik amaçlarına uygun olup olmadığına ve devrin iptalini gerektirebilecek riskler olup olmadığına karar vermektedir. Olumlu karar vermesi halinde devir projesine devam edilecektir⁴¹³.

5. Hukukî Sonuçları

Devreden tarafından yürütülen incelemede devreden, inceleme raporundaki bilgilerin doğru ve eksiksiz olduğunu devralana garanti etmektedir. Devralan tarafından yürütülen incelemede ise, devralan tarafından hazırlanan inceleme raporu devredene sunulmakta ve rapordaki bilgilerin doğru ve eksiksiz olduğu teyid ettirilmektedir⁴¹⁴.

Devralana işletme ile ilgili tüm bilgi ve belgelerin kendisine sunulanlardan ibaret olduğu konusunda güvence sağlamak amacıyla devreden, incelemeler sırasında verdiği bilgi ve belgelerin tam ve doğru olduğu, hedef ortaklık hakkında herhangi bir bilgiyi temin etmekten kaçınmamış olduğu yolunda beyan ve taahhütlerinin bir beyan mektubu (disclosure letter) veya hisse devir sözleşmesi vasıtasıyla alınmasında fayda vardır⁴¹⁵.

İnceleme soru listesi, hedef ortaklığın tüm faaliyetlerini kapsamak zorunda değildir. İnceleme için özel ilgi alanları belirlenebilir. Bu nedenle, yaygın olarak işe başlama mektubunda (engagement letter) devralan ile incelemeyi yürütecek danışman tarafından incelemenin kapsamı belirlenmektedir⁴¹⁶. Bu şekilde danışman, devralanın devredene karşı beyan ve taahhütleri kapsamında hak iddiasında bulunamaması halinde danışmana karşı ileri sürebileceği mesleki ihmal iddialarına karşı sorumluluk alanını sınırlandırmış olmaktadır⁴¹⁷.

⁴¹³ Kutlan, s. 112.

⁴¹⁴ Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 221–222.

⁴¹⁵ Issitt, s. 123; Oesterle, s. 341; Rankine/Stedman/Bomer, s. 158–159; Geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir Sözleşmesi, Beyanlar ve Taahhütler, s. 131 vd.

⁴¹⁶ İnceleme raporunun kapsamı için bkz. Rankine/Stedman/Bomer, s. 203–209.

⁴¹⁷ Rankine/Stedman/Bomer, s. 158.

İnceleme sonrası hisse devir sözleşmesinin akdedilmemesi halinde devralan, incelemede ortaya çıkan ayıplar için teminata ilişkin BK m. 197 hükmüne dayanamamaktadır ve hatta devreden, bu ayıpların var olmadığını temin etmiş olsa bile durum değişmemektedir. İnceleme, hisse devir sözleşmesi akdedildikten sonra icra edilirse devreden sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda devralan, hata sebebiyle veya çok ağır ve önemli hukukî ve maddî ayıplarda sözleşmeden dönebilmektedir. Devralanın bu esaslı ayıpları bilmesine rağmen sözleşmeyi akdetmesi halinde haklarından feragat ettiği kabul edilebilmektedir. Fakat devreden ayıpların mevcut olmadığı yönünde beyanda bulunması veya kasden susması halinde devralanın ayıpları bilmesinin veya bilmesi gerektiğinin bir önemi yoktur⁴¹⁸.

F. Fiyat Teklifi

Eğer devralan, ön sözleşmeyi bozmayı gerektirecek sebeplerin olmadığını ve işlemin kendi stratejik çıkarlarına uygun olduğunu düşünüyorsa bağlayıcı teklif (fiyat teklifi, fiyat bandı) sunmaktadır.

Ön fiyat teklifi, inceleme sonucu yapılan değerlemede, genellikle devralanın lehine olarak ortalama %5 oranında yükselmektedir. Fiyat belirlemek için öngörülen türlü yöntemler (valuation methods, pricing methods) vardır ve her biri farklı bir sonuca götürebilmektedir⁴¹⁹.

Hisse, genellikle üç değere göre işlem görmektedir⁴²⁰: i) Nominal değer: Hisse senedinin üzerinde yazılı olduğu değerdir. ii) Piyasa değeri (cari değer, rayiç değer, pazar değeri): Hissenin borsada veya borsa dışında alım-satım değeridir. iii) İhraç değeri (çıkarılış değeri, emisyon değeri): Hissenin ilk çıkarılışında belirlenen değeridir. Bunlar dışında hisselerin; gerçek değeri (ortaklığın özvarlığının hisse adedine bölünmesi ile bulunan değer), borsa değeri (hisselerin borsada işlem görmesi halindeki alım-satım değeri) ve muhasebe değeri (hissenin iktisap tarihindeki maliyeti) vardır. Değer kelimesi yerine fiyat da kullanılabilir. Devir teklifinde bulunan ortaklık

⁴¹⁸ Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 223–224.

⁴¹⁹ Ortaklık değeri ile fiyat belirleme yöntemleri için bkz. Çelik, s. 84–93; Gaughan, s. 159–199; Miller, **M&A 1**, s. 31–35; Pack, s. 178–181; Rankine/Howson, s. 113–138; Sankamış, s. 128–151; Sherman/Hart, s. 131.

⁴²⁰ Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 856–857, s. 910.

yönetimi, genellikle hedef ortaklık hisselerinin satım bedelini belirlerken piyasa fiyatını dikkate almaktadır⁴²¹.

Fiyat teklifinin bir icap mı yoksa bir icaba davet mi olduğu tespit edilmelidir. BK m. 3 uyarınca, icap, icapta bulunanın muhataba bir sözleşmenin yapılmasını teklif ettiği bir irade beyanıdır. İcabın en belirgin iki unsurundan biri, icabı yapanın icabı ile bağlı olması, diğeri ise, muhatabın icabı kabul etmesi halinde taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmasıdır. İcaba davet durumunda ise, davette bulunan, bu daveti ile sadece muhatabı icapta bulunmaya yönlendirmektedir. BK m. 7/1 uyarınca, icabı yapan kişi, beyanında açıkça teklifi ile bağlı olmadığını belirtirse veya bağlı olmama niyeti, durumun ve işin özelliğinden anlaşılıyorsa icap, bağlayıcı olmayacak ve icaba davet olarak değerlendirilecektir.

Fiyat teklifi, diğer hususlarda da anlaşılması şartıyla yapıldığından teknik anlamda, bir icap olarak nitelendirilemez ve sözleşmeyi kurucu bir etkiye sahip değildir. Ancak, teklifin sadece devralanın fiyat beklentisi ve taraflar arasında asıl sözleşme için görüşmelerin başlatılması olduğu açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde, hataen bir sözleşme kurulmasına veya karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşme kurulmasına zemin hazırlanmış olmaktadır⁴²².

Genellikle, inceleme sonrası devre ilişkin hususlar yeniden görüşülüp devreden devralanın fiyat teklifini uygun bulması üzerine hisse devir sözleşmesi hazırlanmaktadır. Bazen devralan, devredene inceleme aşamasından evvel herhangi bir fiyat teklifinde bulunmaksızın sadece birleşme veya devralmaya ilişkin niyetini ortaya koyan bir niyet mektubu göndermektedir. Bu durumda, inceleme aşamasını müteakiben taraflar, devralan tarafından bir fiyat teklifinde bulunulması gerekmeksizin genellikle, yine devralan tarafından düzenlenen ve satım bedelini ihtiva eden bir taslak devir sözleşmesi üzerinde görüşmelere başlamaktadırlar⁴²³.

⁴²¹ Sarıkamış, s. 48.

⁴²² Esin/Lokmanhekim, s. 26.

⁴²³ A.e., s. 27.

III. HİSSE DEVİR SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI

A. Genel Olarak

Bu süreçte, hisse taahhüdü sözleşmesi ve hisse devir sözleşmesi başta olmak üzere devir ile ilgili borçlandırııcı sözleşmelerin imzalanması, uygulanacak hukuk ile yetkili mahkemenin seçimi ve gerekli resmi izinlerin alınması esastır⁴²⁴.

Tarafların, sözleşme taslakları üzerinde anlaşmaya varmalarını takiben imza aşamasına geçilmektedir. Sözleşmelerin imzalanması, devreden açısından, hisselerin devri ve devralan açısından ise, satım bedelinin devredene ödenmesini öngören borçlandırııcı bir işlem niteliğindedir. Genellikle, hisse taahhüdü ve hisse devir sözleşmelerinde, sözleşmenin imza tarihi ile ifa tarihi arasında belirli bir süre öngörülmekte olup bu süre zarfında taraflar, sözleşmede öngörülen hisse devir işlemlerinin tamamlanabilmesi için gerekli resmi izin ve onayları almakta ve diğer ön şartları yerine getirmektedirler. Bu nedenle, sözleşmelerin imzalanması, sözleşme konusu hisselerin mülkiyetinin el değiştirmesi konusunda henüz bir değişiklik meydana getirmez. Bu sözleşmelerin borç doğurucu etkileri, geciktirici şartın gerçekleşmesine bağlıdır⁴²⁵.

Genellikle, devirle ilgili sözleşme ve belgelerin taslakları devralan tarafından hazırlanmakla beraber açık arttırma yoluyla satımlarda yaygın uygulama, bunların hedef ortaklık tarafından hazırlanmasıdır⁴²⁶.

Bu bölümde, hisse devriyle ilgili sözleşmeler, sırasıyla dört ana başlık altında incelenecektir: i) Hisseyle ilgili sözleşmeler. ii) Ortaklıkla ilgili sözleşmeler. iii) Teminat Sözleşmeleri. iv) Diğer sözleşmeler.

⁴²⁴ Brechbühl, s. 457; Esin/Lokmanhekim, s. 6; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 81; Martinius, s. 15; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 216–217; Spillman, s. 518.

⁴²⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 110–111.

⁴²⁶ Miller, **M&A 1**, s. 27.

B. Hisseyle İlgili Sözleşmeler

1. Hisse Taahhüdü Sözleşmesi

a. Amaç, Konu ve Kapsam

Hisse taahhüdü sözleşmesi ile taraflar, karşılıklı olarak tasarruf işlemi niteliğindeki hisse devrini gerçekleştirmeyi taahhüt etmektedirler⁴²⁷.

Devir vaadinde, öncelikle hissenin belirli olması gerekmektedir. Bunun için, taahhüt edilen hissenin, hangi ortaklıkta ortak sıfatı sağladığının ve hissenin nominal değerinin belirtilmesi gerekmektedir⁴²⁸.

Sözleşmenin konusunu ortağın ortaklıktaki hisselerinin tümü veya bir kısmı oluşturabilmektedir. Hisselerin bir kısmının devri öngörülüyorsa bunun hisse taahhüdü sözleşmesinin içeriğinden açıkça anlaşılması gerekmektedir⁴²⁹.

Mevcut olmayan ve ileride çıkarılacak hisselerin taahhüdü mümkündür. Bunun için, hissenin belirlenebilir olması ve ortak değişiminin kuruluş veya sermaye artırımı öncesinde gerçekleşmeyeceği, aksine hissenin ortaklığın kurulmasından sonra veya sermaye artırımının yapılmasından sonra devredileceğinin açıkça kararlaştırılması zorunludur⁴³⁰.

Mevcut olmayan hisselerin devrinde sıkça kullanılan yöntem, sermaye arttırımıdır. Hedef ortaklığın yapacağı sermaye arttırımı sırasında devralan, arttırılacak olan sermaye bedelini taahhüt etmek suretiyle hedef ortaklığa ortak olmaktadır. Bu yapıda, mevcut hisselerin el değiştirmesi (novation of existing shares) değil yeni çıkarılacak olan hisselerin devralan tarafından edinileceği (subscription) taahhüt edilmektedir⁴³¹.

TTK m. 394 uyarınca, mevcut ortaklar, sermaye arttırımı sonucu çıkarılacak yeni hisselerin bedellerini, ortaklıkta sahip oldukları hisseleri oranında öncelikle taahhüt ederek bunlara malik olma hakkına (“rüçhan hakkı”) sahiptirler. Hisse taahhüdü

⁴²⁷ Demirkapı, s. 78.

⁴²⁸ A.e., s. 79.

⁴²⁹ A.e., s. 82.

⁴³⁰ A.e., s. 81.

⁴³¹ Esin/Lokmanhekim, s. 58.

sözleşmesinin icrası için öncelikle mevcut ortakların işbu rüçhan haklarından feragat etmeleri gerekmektedir. TTK Tasarısı m. 461 (2) hükmünde, rüçhan haklarının genel kurul kararıyla haklı sebeplerin varlığında sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir.

Her ne kadar hisse taahhüdü sözleşmesini mevcut ortaklar, devreden sıfatıyla, kuruluş sonrası veya sermaye artırımı sonucu ortaklıkta hisse sahibi olacak üçüncü kişi de, devralan sıfatıyla imzalamakta ise de burada, gerçekten bir hisse devir sözleşmesi söz konusu değildir. Burada, esasen BK m. 110 anlamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusudur. Her ne kadar uygulamada, ortaklığın da taraf olarak yer aldığı hisse taahhüdü sözleşmeleri varsa da bu şekil pek tercih edilmemektedir⁴³².

Tarafların yükümlülükleri⁴³³, hisse taahhüdü sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmalıdır. Devredenin aslî yükümlülükleri; ortaklar kurulu veya yönetim kurulu ve ortaklar genel kurulu toplantılarında ortaklığın yeni hisseler çıkarması için gereken şekilde oy kullanmak, ortaklığın sermaye artırımı yaparak yeni hisseler çıkarmasını sağlamak, sahibi olduğu hisselerle ilişkin rüçhan haklarından feragat etmek ve ortaklığın yeni hisseleri devralana teklif ve devretmesini sağlamaktır. Alıcının aslî yükümlülüğü ise, hisse taahhüt sözleşmesinde belirlenen sermaye taahhüt bedelinin yapılacak olan sermaye artırımının karşılığı olarak hedef ortaklığa girmesini sağlamaktır.

Hisse taahhüt sözleşmesinin icrası için; ortaklık esas sözleşmesinde sermaye artırımına ilişkin değişikliklerin yapılması ve bu suretle yeni hisselerin çıkartılması için gerekli işlemlerin gerçekleştirilmesi, ortaklar kurulu kararının alınması, varsa imtiyazlı hisse sahipleri genel kurulunun ilgili sermaye artırımını onayladıklarına dair karar almaları, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş HAAO söz konusu ise yönetim kurulunun sermaye artırımına ve rüçhan haklarını kısıtladığına dair karar alması, resmi makamlardan gerekli izinlerin alınması gibi bazı ön şartların yerine getirilmesi öngörülebilmektedir⁴³⁴.

⁴³² Esin/Lokmanhekim, s. 59.

⁴³³ Geniş bilgi için bkz. Demirkapı, s. 141–152.

⁴³⁴ Esin/Lokmanhekim, s. 63.

b. Taraflar ve Geçerlilik Şartları

Hisse taahhüdü sözleşmesinin tarafları, şekli ve geçerliliği için hisse devir sözleşmesi ile aynı şartlar aranmaktadır⁴³⁵. Sadece burada, devri vaat eden tarafı oluşturmak için ortak sıfatına sahip olmak zorunlu değildir⁴³⁶.

Hisse taahhüdü sözleşmesinin taraflarını kural olarak devreden ortak ve hisseyi devralmak isteyen kişi oluşturmakta ve üçüncü kişinin fiili taahhüt edilmektedir. Sermaye artırımını sonucu yapılacak hisse devirlerinde, hisse taahhüdü sözleşmesinin doğrudan ortaklık tarafından veya mevcut ortaklarla beraber ortaklık tarafından imzalanması durumunda, ortaklık bizzat sermaye arttırmak ve yeni çıkan hisseleri devralana teklif ve devir etmek borcu altına girmektedir⁴³⁷.

Hisse devrinde, devredeninin temerrüdü halinde BK m. 101–108 hükümleri uygulanmaktadır. Teslim borcu muaccel olan devreden taraf, devralan tarafından kendisine verilen süre sonunda da borcunu ifa etmezse devralanın ifadan vazgeçip müsbet zararın tazminini isteyebilmesi veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilmesi için bu yollardan birini seçtiğini derhal devredene bildirmesi gerekmektedir. BK m. 187–188, ticarî satımlara ilişkin özel bir düzenlemedir. Burada, devredeninin temerrüde düşmesini sağlamak için uygun bir süre tayini gerekli değildir⁴³⁸. Devreden, aynen ifayı istediği takdirde bunu dava yoluyla elde edebilir veya aynen ifadan vazgeçmesi halinde müsbet zararını istemesi veya sözleşmeden dönerek menfi zararını talep etmesi de mümkündür. Devralanın, hisse devri işlemine katılmama şeklindeki temerrüdü borçlu temerrüdüdür. Devralanın, satım bedelini ödememesi halinde uygulanabilecek BK m. 211–212 hükümleri, genel kuraldan daha avantajlı bir rejim öngörmüştür. Buna göre, satım bedelini ödemede temerrüde düşen devralana karşı devreden, herhangi bir süre vermeksizin derhal sözleşmeden dönebilir, yeter ki sözleşmenin aynen ifasından vazgeçtiğini devralana derhal bildirsın. Ancak, bedel ödenmeden mal teslim edilmişse malın geri alınmasına, sözleşmede aksi

⁴³⁵ Bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir Sözleşmesi, s. 101 vd.; Çevik, Orhan Nuri, **Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması (“Limited Şirketler”)**, Gözden geçirilmiş 4. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 220; Öz, Turgut, “Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri”, **İÜHFİM: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan (“Armağan”)**, C. LII, S. 1–4, s. 366; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 915; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 443–444.

⁴³⁶ Eren, s. 159; Tandoğan, **Borçlar Hukuku 1**, s. 79; Yavuz/Özen/Acar, s. 47.

⁴³⁷ Esin/Lokmanhekim, s. 59.

⁴³⁸ Öz, **Armağan**, s. 369; Serozan v.d., s. 228–242; Yavuz/Özen/Acar, s. 74–85.

kararlaştırılmadıkça, izin verilmemektedir. Tarafları hisse taahhüdü sözleşmesi ile yükledikleri yükümlölükleri yerine getirmeye zorlamak amacıyla, ayrıca, hisse taahhüdü sözleşmesinde, cezaî şart öngörülelebilmektedir⁴³⁹.

Devrin imkânsızlaşması halinde devredenin, genel hükümlere göre, sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu ise, devri vaat edenin devrin imkânsız hale gelmesinden dolayı kusuru varsa BK m. 96 vd. uyarınca zararı tazminle sorumlu olacağı; devir, kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşmışsa BK m. 117/1 gereğince borcun sona ereceğı ve tazmin yükümlölüğünün söz konusu olmayacağı, ancak karşı alacağın da istenemeyeceğı anlamına gelmektedir⁴⁴⁰.

2. Hisse Devir Sözleşmesi

a. Amaç, Konu ve Kapsam

Hisse devir sözleşmesi (hisse alım-satım sözleşmesi, share transfer agreement, share purchase agreement, share sale agreement, stock purchase agreement)⁴⁴¹, hisse devrinin borçlandırıcı aşamasını oluşturmaktadır. Hisse devir sözleşmesi, devir işleminin amacına ulaşmasını ve bu işlemin yürütölmesini sağlayan bir araçtır⁴⁴².

Hisse devir sözleşmesinin konusu, hedef ortaklık üzerindeki yetkiyi temsil eden ve sağlayan hisselerin, tasarruf yetkisini haiz ortak tarafından kısmen veya tamamen bir bedel karşılığında devralana devredilmesidir. Hisse devir sözleşmesinin imzalanmasıyla beraber devir işlemlerinin tamamlanması aşamasında hisselerin devri borcunun doğduğu açıktır⁴⁴³.

İleride çıkarılacak olan hisseleri konu alan devir sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğunun benimsenmesi, mevcut olmayan bir hisseyi konu alan devir sözleşmesinin yapılmasına olanak tanımaktadır⁴⁴⁴.

⁴³⁹ Demirkapı, s. 154; Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, s. 162–163; Yavuz/Özen/Acar, s. 176–181.

⁴⁴⁰ Demirkapı, s. 159; Öz, **Armağan**, s. 369–370; Oğuzman/Öz, s. 311.

⁴⁴¹ Örnek hisse devir sözleşmesi için bkz. Sherman/Hart, s. 199–228; Stilton, Appendix 2, Precedent 1, s. 454–520, Precedent 2, s. 522–588.

⁴⁴² Öz, **Armağan**, s. 364.

⁴⁴³ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 39.

⁴⁴⁴ Demirkapı, s. 193–195.

Devralanın amacı, maddî ve gayri maddî mallar ve hakların oluşturduğu ve ekonomik bütünlük arz eden bir işletmenin ekonomik geleceği hakkında karar alma ve bu kararları eylemli bir biçimde uygulayabilme yetkisini veren hisselerini almaktır⁴⁴⁵. Hisselerin tümünün devri halinde işletmenin ekonomik geleceğini belirleme yetkisini devralma amacı çok açıktır. Buna mukabil, sadece %1 gibi çok küçük bir hissenin devri ise, işletmenin ekonomik geleceğini belirleme yetkisini sağlayamayacağı için burada, bir devir amacı yoktur. Yargıtay'ın, münhasıran hisselerin devredilmesinin bir işletme devri olarak kabul edilip edilemeyeceği konusuna açıklık getiren bir kararı yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi⁴⁴⁶ ise, ortaklık üzerinde kontrol sağlayacak oranda hisse devrini, basit bir hisse devri olarak değerlendirmiş ve işletmenin satışı ile aynı şey olmadığı kanısına varmıştır. Doktrinde ise, bu tür hisse devirleri, genellikle işletmenin devri olarak nitelendirmekte ve taşınır devrine ilişkin kanunî düzenlemeler kapsamında değerlendirmektedir⁴⁴⁷.

Hisse devir sözleşmesinin konusunun iyi tespit edilmesi, devredenın sözleşme çerçevesinde devirden doğan sorumluluklarının saptanmasında ve özellikle ayıba karşı teminat borcunun tanımlanmasında önem arz etmektedir. Hisse devir sözleşmesinin esas konusu, hisseler değil bizzat işletmenin kendisidir. Aksi halde, devredenın sorumluluk kapsamını sadece hisseler oluşturacaktır ve işletmenin ve işletmeyi meydana getiren maddî ve gayri maddî unsurlardaki herhangi bir ayıptan devredenın sorumlu tutulması imkânsız hale gelebilecektir⁴⁴⁸.

Taraflar, BK'daki sözleşme serbestisi çerçevesinde TTK ve diğer ilgili kanunların emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla hisse devir sözleşmesini düzenleyebilmektedirler. Aynı zamanda, hedef ortaklık esas sözleşmesi ile getirilen kısıtlayıcı hükümler de gözardı edilmemelidir.

Hisse devir sözleşmesinin kapsamı, iki esas unsurdan oluşmaktadır: i) Devre konu hisse. ii) Devir iradesi. Bunlar dışındaki hususların, hisse devir sözleşmesinde

⁴⁴⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 30.

⁴⁴⁶ BGE 29 II 155 ve BGE 107 II 419 için bkz. <http://www.bger.ch> (10.01.2010).

⁴⁴⁷ Brechbühl, s. 464; Esin/Lokmanhekim, s. 31.

⁴⁴⁸ Esin/Lokmanhekim, s. 44.

bulunmasının zorunlu olmadığı kabul edilmektedir⁴⁴⁹. Uygulamada, hisse devir sözleşmesinin kapsamını; genellikle hedef ortaklığın ve işletmenin ana yapısı ve işleyişi, devredilecek hisse bilgileri, projenin yapısı ve zamanlama, satım bedeli ve ödeme biçimi, satım bedelinin tekrar ayarlanması, devir nedeniyle hedef ortaklıkta yapılması gerekli değişiklikler, tarafların hak ve yükümlülükleri, hak ve yükümlülüklerin ihlali durumunda tazminat hakkının kapsamı, hedef ortaklık ile ilgili malî, hukukî, ticarî hususlar hakkında satıcının beyan ve taahhütlerinin nelerden oluştuğu, söz konusu beyan ve taahhütlerin doğru olmaması halinde sorumluluğun kapsamı ve sonuçları, devir işleminin tamamlanmasına ilişkin ön şartlar ve bu şartların tamamlanması için tarafların üstlendikleri yükümlülüklerin kapsamı, rekabet etmeme yükümlülüğü ve devir sonrası yükümlülükler oluşturmaktadır⁴⁵⁰.

Taraflar, genellikle standard bir devir sözleşmesi akdetmektedirler⁴⁵¹. Standard bir hisse devri sözleşmesinin giriş bölümünde; taraf bilgileri yer almakta ve devamında sözleşmenin arka planı (recitals), pazarlık konuları, ödeme şekli ve zamanı, beyanlar ve taahhütler, tanımlar, ön şartlar ve tazminat başlığı altında türlü maddeler sıralanmaktadır. Sözleşmenin son bölümünde; genellikle uygulanacak hukuk, uyuşmazlık çözümü, masraflar, tebligat ve sözleşmenin hitamı gibi idarî konuları düzenleyen hükümler (boilerplate provisions) yer almaktadır⁴⁵².

Hisse devir sözleşmesinin ayrılmaz parçasını oluşturan ekler, önem arz etmektedir. Şöyle ki; ekler, devir işleminin özelliğine göre inceleme raporuna paralel ayrıntılar içermekte olup bir uyuşmazlık halinde önemli birer kaynak teşkil etmektedirler. Hisse devir sözleşmesiyle beraber ayrı bir beyan mektubu hazırlanabilmektedir. Beyan mektubu, devreden beyan ve taahhütleri ile uygulanacak istisnaları içeren ve sözleşmede yazılı diğer hususlara ilişkin ayrıntılara yer veren bir belgedir⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Demirkapı, s. 216.

⁴⁵⁰ Oesterle, s. 326; Rankine/Howson, s. 166–167; Sherman/Hart, s. 174, 181; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 85; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 185.

⁴⁵¹ Bainbridge, s. 71.

⁴⁵² Rankine/Howson, s. 167–178.

⁴⁵³ Kutlan, s. 130.

Niyet mektubundan farklı olarak hisse devir sözleşmesi, taraflar arasında bağlayıcılık teşkil etmektedir. Taraflar, hukuken geçerli bir sebepleri olmaksızın devir işlemini yerine getirmezlerse doğacak olan zararlardan sorumlu olacaklardır. Borca aykırılık durumunda, tazminat miktarı, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir. Borcun yerine getirilmemesi halinde, hem kusurlu (BK m. 96 vd.) hem de kusursuz imkânsızlık (BK m. 117 vd.) söz konusu olabilmektedir. Hisse devrinde, devreden, ortakların devri onaylayacağını garanti etmişse veya ortaklarca devrin reddinden dolayı sorumlu tutulabileceği bir davranışta bulunmuşsa devralanın tazminat hakkı doğmaktadır⁴⁵⁴.

b. Taraflar

Hisse devir sözleşmesinde, devreden ve devralan olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Devreden ve devralan tarafında, bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir.

Devir için, devreden tasarruf yetkisinin bulunması esastır. Diğer bir deyişle, devreden hem hedef ortaklığın ortağı olması ve hem de tasarruf yetkisinin sınırlanmamış bulunması gerekmektedir⁴⁵⁵.

Tarafların ehliyetleri, hisse devir vaadi sözleşmesinde olduğu gibi burada da önem arz etmektedir. Tarafların işlemi kendi başlarına yapabilmeleri, tam ehliyetli olmalarına bağlıdır. TMK m. 15 uyarınca, tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukukî işlemler hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. TMK m. 16 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar bakımından hisse devri için yasal temsilcilerinin izni gerekecektir. Taraflardan birinin veya hepsinin tüzel kişi olması halinde, devre ilişkin işlemler, söz konusu ortaklığı temsil eden gerçek kişi veya kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durumda, temsilcinin yetki belgesinin varlığı ispat açısından gereklidir⁴⁵⁶.

Hisse devir sözleşmesinin taraflarından birinin veya ikisinin birden tacir olması veya olmaması, hisse devir işleminin bir ticarî satış işlemi mi yoksa bir adî satış işlemi mi olarak değerlendirilmesi gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Ticarî ve adî

⁴⁵⁴ Pulaşlı, *Şirketler*, s. 447-448.

⁴⁵⁵ Demirkapı, s. 214.

⁴⁵⁶ Demirkapı, s. 95, s. 215; Esin/Lokmanhekim, s. 34.

satış işlemi arasındaki en belirgin fark, TTK m. 25 (3) – (4) hükmünde belirtildiği şekilde satım konusunun ayıplı olması halinde alıcının tâbi olduğu ayıp ihbar süreleri ile ayıp halinde alıcının sahip olduğu imkânları kullanmasına ilişkin süreler bakımındandır⁴⁵⁷.

ABD hukukunda, hisseleri devreden ve devralan dışında hedef ortaklık da devir sözleşmesine taraf olabilmektedir. Hisse devir sözleşmesinde, hedef ortaklığın sözleşmenin imzasından devir işlemlerinin tamamlanmasına kadar olan süreçte ortaklığı nasıl yöneteceği, münhasırlık şartı ve benzer konular düzenlenmektedir⁴⁵⁸.

c. Tasarruf İşlemleri ile İlişki

Hisse devir sözleşmesi, hissenin devrini sağlamayı taahhüt olup borçlandırıcı bir işlem olarak kabul edilmektedir. Tasarruf işlemi niteliği ise, ancak devreden ortaklığa başvurarak devrin gereğinin yapılmasını istemesinde görülebilir. Bu da, yetkili organın kararını takiben yeni ortağın hisse defterine kaydıyla hüküm ifade edebilecektir⁴⁵⁹. Bazı görüşler, taraflar arasındaki hisse devir sözleşmesini, askıda bir devir işlemi olarak değerlendirmekte olup burada, borçlandırıcı değil bir tasarruf işlemi olduğunu savunmaktadırlar⁴⁶⁰.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, mallar üzerindeki hakkın doğumu için sözleşmesel ilişki yeterlidir⁴⁶¹. Türk-İsviçre hukuk sisteminde, mallar üzerindeki hakkın doğumu için taraflar arasındaki sözleşmeye bir de tasarrufî işlemler eklenmektedir. Burada, tarafların alım ve satım, rehin veya intifa hakkını tesisi için yaptıkları sözleşme bir taahhüt işlemi olup taraflara taahhütlerini yerine getirme konusunda bir borç yüklemektedir. Bu işlem, mal üzerindeki hakkın doğumu için yeterli değildir, kanunun aradığı bir takım tasarruf işlemlerinin yerine getirilmesini gerektirmektedir⁴⁶².

TTK'da, hissenin m. 415, m. 416/2, m. 559/2 ve m. 595 hükümlerine uygun olarak devrinin gerçekleşmesinde borç sebebi belirtilmemektedir. Halbuki, hisse devri,

⁴⁵⁷ Esin/Lokmanhekim, s. 34

⁴⁵⁸ Miller, **M&A 1**, s. 198.

⁴⁵⁹ Öz, **Armağan**, s. 365; bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması, s. 169 vd.

⁴⁶⁰ Arslanlı/Domaniç, **Limited Şirketler**, s. 241.

⁴⁶¹ Çelikel, Aysel, **Menkul Eşya Üzerinde Ayni Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972, s. 120.

⁴⁶² Çelikel, s. 3.

hisse senede bağlanmış olsun veya olmasın veya senede bağlanmışsa senedin türüne bakılmaksızın devreden ile devralan arasında bir borçlandırıcı işlemin varlığını gerektirmektedir⁴⁶³. Hisse devri bakımından kıyasen uygulanacağını kabul ettiğimiz alacağın temlik işleminin bu işleme sebep teşkil edecek borçlandırıcı işlemten bağımsız ve soyut (“mücerret”) veya sebebe bağlı (“illi”) olduğu konusunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁶⁴. Borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi arasındaki ilişki hakkında kanunî bir düzenlemenin olmaması farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hâkim görüş, tasarruf işleminin mücerret olduğu yönündedir⁴⁶⁵. Çünkü, alacağın veya hissenin iyiniyetle edinilmesi mümkün değildir. Kanunda, sadece işlemin üçüncü köşesini oluşturan borçlunun iyiniyetini koruyan bir düzenleme (BK m. 165) yer almaktadır, hakkı edinen kişi ve onun halefleri bakımından boşluk bulunmaktadır⁴⁶⁶. Gerek limited ortaklık hissesi gerekse anonim ortaklık çıplak hissesi, iyiniyetle kazanılamamaktadır. Halbuki, anonim ortaklık hissesinin senede bağlanması bu ilkeyi değiştirmektedir. Bunun sebebi, senedin eşya hukuku ilkelerine tâbi olmasıdır⁴⁶⁷. Ancak, bazı görüşler, taşınır olmalarına rağmen hisse senetlerinde mücerretlik ilkesinin hâkim olduğunu belirtmektedirler. Ayrıca, nama yazılı hisse senetlerinde cironun ve alacağın temlikinin mücerretliği sebebiyle mücerretliği kabul zorunluluğu bulunduğuna göre hisse senetlerinde aksi sonuca varmak doğru değildir⁴⁶⁸.

Hisse devrinin mücerret bir işlem olarak kabulü, borçlandırıcı sözleşmede ortaya çıkan geçersizliğe rağmen tasarruf işleminin geçerli kabul edilmesini sağlamaktadır. Bu durumda, hisse, devralanın malvarlığında iadesi gereken bir değer olarak kabul edilmektedir. İade talebinin kaynağını sebepsiz zenginleşme hükümleri oluşturmaktadır⁴⁶⁹. BK m. 63/1 uyarınca, iyiniyetli haksız zenginleşen bakımından elinde bulunanın iadesi, kötüniyetli haksız zenginleşen bakımından zenginleşmenin tamamıyla iadesi esası getirilmiştir. Ortaklık hissesi nedeniyle ortaya çıkan zenginleşme bakımından ise, her iki durumda da zenginleşmeye konu değer aynen iade edilir ancak,

⁴⁶³ Kendigelen, **Makale**, s. 213; Sarıkaya, Ahmet Selim, “Anonim Şirketlerde Pay Kazanımı ve Devri”, **Yaklaşım Dergisi** (“Yaklaşım Nisan”), Y. 14, S. 160, Nisan 2006, s. 234; Taşdelen, s. 110.

⁴⁶⁴ Geniş bilgi için Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 181–218.

⁴⁶⁵ Arslanlı/Domaniç, **Limited Şirketler**, s. 242, s. 271; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 919; Taşdelen, s. 139.

⁴⁶⁶ Demirkapı, s. 205–206.

⁴⁶⁷ Taşdelen, s. 138.

⁴⁶⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 667.

⁴⁶⁹ Demirkapı, s. 203.

kötüniyetli zenginleşen bakımından aynen iade yanında oluşan değer kaybından kaynaklanan bir tazminat borcu ortaya çıkabilmektedir. Değer üzerinden iade ilkesinin de, aynen iade ilkesini tamamlayacak şekilde uygulanmasında fayda vardır⁴⁷⁰.

Hisse devrinin illi bir işlem olduğu kabul edilirse, geçersiz devir sözleşmesi, tasarruf işlemi de geçersiz kılar ve ortak sıfatının devralana geçtiği kabul edilemez⁴⁷¹. Bu durumda, devredenın açacağı dava, bir istihkak davası olacaktır. Ancak, bu gibi hâllerde, hisse devrinin hükümsüzlüğü asıl sözleşmenin yokluğuna veya hükümsüzlüğüne veya kabilî iptal olmasına ve taraflar veya menfaati bulunan üçüncü kişilerce bu hususların ispatına bağlıdır⁴⁷².

d. Geçerlilik Şartları

Tarafların ehliyetsizliği, işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve genel ahlâka aykırılığı ve imkânsızlığı, muvazaalı olması ve şekle aykırılığı sözleşmeyi geçersiz kılan hallerdir. Geçersizlik halleri, hâkim tarafından re'sen dikkate alınabileceği gibi üçüncü kişilerce de ileri sürülebilmektedir⁴⁷³. Devir işleminin, özellikle hata, hile ve ikrah sebebine dayalı şekilde iptal edilebilir bir işlem olarak ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda, ilgilinin iptal beyanıyla işlem baştan itibaren hükümsüz hale getirilebilmektedir⁴⁷⁴.

TTK m. 520/5 uyarınca, limited ortaklıklarda, “Hisse devri veya devir vaadi hakkındaki sözleşme, yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterce tasdik ettirilmiş olmadıkça ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmez”. Hisse devri sözleşmesinin noterden düzenlenmesi, emredici bir hüküm olup buna aykırı düzenlenen sözleşmeler hükümsüz olduğu gibi bu sözleşmeler uyarınca tarafların birbirlerine verdikleri senetler dahi geçersizdir. Taraflar, verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler ve eğer, hisse defterine kayıt yapılmışsa bu kaydın düzeltilmesini isteyebilirler. Şekle aykırılığın ileri sürülmesi, somut olayın şartları gereğince hakkın

⁴⁷⁰ Çelikel, s. 86–87; Demirkapı, s. 207–209.

⁴⁷¹ Arslanlı/Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 1317; Demirkapı, s. 203; Tandoğan, **Borçlar Hukuku 1**, s. 96.

⁴⁷² Çelikel, s. 87.

⁴⁷³ Eren, s. 301; Oğuzman/Öz, s. 70-132; Tekinay v.d., s. 375-376.

⁴⁷⁴ Demirkapı, s. 241.

kötüye kullanılması sayılabiliyorsa şekle aykırı işlemin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁷⁵.

Anonim ortaklıklarda, hisse senedi bir taşınır olarak değerlendirildiğinde konu olduğu satım sözleşmesi, taşınır satım sözleşmesi gibi herhangi bir şekle bağlı değildir⁴⁷⁶. Çıplak hisse açısından hisse devri, aynı zamanda devredenın ortaklığa karşı sahip olduğu hakların devri anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, burada alacağın temlikine ilişkin BK hükümleri uygulanmalıdır. Devreden, tıpkı alacağın temlikinde olduğu gibi hisseleri devralanla yazılı bir devir sözleşmesi yapmalıdır. Yazılı şekil, bir geçerlilik şartıdır. Bedeli tamamen ödenmemiş hisselerin devri, hem alacağın temliki (BK m. 162 vd.) hem de borcun nakli (BK m. 173) hükümlerine tâbi olup devre ortaklığın onayı şarttır⁴⁷⁷.

İsviçre hukukunda ise, kanunî bir zorunluluk olmamakla beraber hisse devir sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmaktadır. Ancak, limited ortaklık hisselerinin devri söz konusu ise, hisse devir sözleşmesi noter önünde yapılmak zorundadır⁴⁷⁸. Diğer ülkelerde de, genellikle hisse devir sözleşmeleri için noter tasdiki aranmaktadır⁴⁷⁹.

e. Ön Şartlar

aa. Genel Olarak

Devir sözleşmelerine, devir işlemleri için bir tamamlanma tarihi (deadline) konulabilmekte ve borcun doğumu veya ifası o tarihe kadar belli şartların (ön şartlar, conditions precedent) gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlanabilmektedir. Gerek devreden gerekse devralan, imkânları dâhilinde bu şartların en kısa sürede yerine getirilmesi için gerekenleri yapmakla yükümlüdürler⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Demirkapı, s. 219–226; Kendigelen, **Makale**, s. 237–238; Öz, **Armağan**, s. 367; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 445; Sarıkaya, Ahmet Selim, “Mevcut 6762 Sayılı TTK ve Yeni Taslakta Limited Şirketlerde Pay Devri”, **Yaklaşım (“Yaklaşım Mart”)**, Y. 14, S. 159, Mart 2006, s. 236.

⁴⁷⁶ Tandoğan, **Borçlar Hukuku 1**, s. 102–103; Taşdelen, s. 111–112.

⁴⁷⁷ Bkz. İkinci Bölüm, Anonim Ortaklıklarda Devir İşlemlerinin Tamamlanması, s. 179 vd.

⁴⁷⁸ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 39, s. 88.

⁴⁷⁹ Picot, s. 96.

⁴⁸⁰ Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 190–191.

Kural olarak, kanun tarafından öngörülmedikçe ve ticarî olarak gerekli olmadıkça taraflar, devri şarta bağlamaktan kaçınmaktadırlar⁴⁸¹. Örneğin, İngiliz hukukunda, birleşme ve devralmalar, rekabet hukuku açısından denetime tâbidir. Ayrıca, İngiliz Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, millî güvenliği ilgilendiren savunma sektöründe olduğu gibi kamu menfaatini ilgilendiren sektörlerde, birleşme ve devralmaları denetleyebilmektedir. Kamu ve finans hizmetleri gibi sektörlerde, ek ruhsat ve izinler gerekebilmektedir⁴⁸².

Hisse devir sözleşmesinde yer alan ön şartların başlıcaları; devir işlemlerinin tamamlanması tarihine yakın bir zamanda ortaklığın yeminli malî müşavirce denetlenmiş malî bilânçolarının hazırlanması ve bu bilânçoların önceden belirlenen net malvarlığı değerini ve/veya son bilânçodan itibaren faaliyet sonuçlarının önceden belirlenen meblağda olduğunu teyid etmesi, hisse devrinin hedef ortaklığın yönetim kurulunca onaylanması, resmi izin ve bildirimlerin yapılmış olması, diğer ortakların ve üçüncü kişilerin gerekiyorsa onayının alınması, ticaret siciline gerekli tescillerin yapılması ve hisse devir sözleşmesine ek sözleşmelerin yapılmasıdır⁴⁸³.

BK m. 149–153 uyarınca şart, bir hukukî işlemin etkisinin bağlandığı, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olgu olarak tanımlanmaktadır⁴⁸⁴. Bir sözleşmenin içerdiği borçların tamamı şarta bağlı olabileceği gibi sadece bir kısmı da şarta bağlı olabilmektedir⁴⁸⁵.

Tarafların yaptıkları işlemin hükümlerinin tümünün veya bir kısmının geçersiz kılınmasını ilerideki bir olgunun gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine bağladıkları durumlarda, bozucu (infisahi) şarttan söz edilmektedir. İşlemin hükümlerinin tümünün veya bir kısmının hüküm doğurması ilerideki bir olguya bağlı ise, geciktirici şarttan bahsedilmektedir⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Rankine/Howson, s. 175.

⁴⁸² Issitt, s. 125–127.

⁴⁸³ Esin/Lokmanhekim, s. 38; Rankine/Howson, s. 176; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 85; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 190.

⁴⁸⁴ Pulaşlı, Hasan, “Şart Kavramı ve Anonim Şirketler Hukukundaki Şarta Bağlı Haklar”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaşgünü Armağanı (“Armağan”)**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 493.

⁴⁸⁵ Eren, s. 1116.

⁴⁸⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 36.

Bozucu şarta bağlı bir borçlandırıcı işlem, yapıldığı anda borç doğacak ve muaccel olacak, alacaklı tarafından borcun ifası talep edilebilecek ve hatta borçlu ifaya zorlanabilecek ve bu borç hakkında zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Bozucu şarta bağlı bir sözleşme, şart gerçekleşinceye kadar şarta bağlı olmayan bir sözleşme gibi normal sonuçlarını doğuracaktır. Bozucu şartın gerçekleşmesi üzerine, şarta bağlanmış olan işlem, artık hüküm doğurmayacaktır. Bozucu şartla yapılan hisse devir sözleşmeleri, özellik arz etmektedir. BK m. 152/2 kapsamında, bu tür ani edimli sözleşmelerde, bozucu şartın gerçekleşmesinin geriye etkili olduğu kabul edilebilmektedir. Bu takdirde, bozucu şartın gerçekleşmesi, sözleşmeden dönmeden kaynaklanan sonuçlara benzer sonuçlar doğurmaktadır. Böyle bir sözleşme uyarınca, bir taraf karşı tarafa bir kazandırmada bulunmuşsa bu kazandırmanın iadesinin sona eren sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme hükümlerine mi yoksa sona eren sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan iade yükümlülüğüne göre mi talep edileceği konusu tartışmalıdır⁴⁸⁷.

İşlemin geçerliliğinin geciktirici şarta bağlanması halinde, işlem bir bütün olarak şeklen tamamlanmış olmakla beraber yürürlüğe giremeyecek ve geçerli bir işlemden beklenen sonuçları meydana getiremeyecektir. BK m. 149/2 uyarınca, taraflar, aksini kabul etmiş olmadıkça şartın etkisi geriye yönelik değildir. Başka deyişle, sözleşme ile düzenlenmiş bir işlemin geçerliliği ve yürürlüğe girmesi geciktirici bir şarta bağlanmış ise, ancak geciktirici şartın gerçekleşmesi anından itibaren sözleşme hükümlerini icra edebilmektedir. Aynı şekilde, borcun ifası geciktirici şarta bağlanmış ise, ancak geciktirici şart gerçekleşince borç doğmakta ve muaccel hale gelmektedir.

Hisse devir sözleşmesinde, devredenin hisseleri devretme ve devralanın da satım bedelini ödeme borcu, geciktirici veya bozucu şarta bağlanabilmektedir. Tarafların sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ifasını geciktirici şarta bağlamaları durumunda, ancak ön şart olarak belirlenen hususların yerine getirilmesi halinde hisseleri devir borcu ve satım bedelini ödeme borcu, şarta bağlanmış olan sözleşmeden kaynaklanan diğer borçlarla beraber muaccel hale gelmektedir. Tarafların hisse devir sözleşmesinden kaynaklanan borçların ifasını bozucu şarta bağlamaları halinde ise, söz

⁴⁸⁷ Esin/Lokmanhekim, s. 37.

konusu sözleşme tüm maddeleriyle bir bütün halinde imza anında hüküm doğurmakta ve tarafların borçları muaccel hale gelmektedir. Taraflar arasında belirlenmiş olan şartlardan bir veya birkaçının gerçekleşmemesi halinde, tarafların borçlarını ifa etme yükümlülükleri sona ermektedir⁴⁸⁸.

Bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, tazminat sorumluluğuna yol açarken, bir ön şartın gerçekleştirilememesi, devir işleminin sonuçlandırılmaması neticesini doğurmaktadır⁴⁸⁹. Aynı şekilde, bir ön şart gerçekleşmediğinde, beyan ve taahhütlerde olduğu gibi, devralanın sadece sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur, tazminat talebinde bulunamamaktadır⁴⁹⁰.

bb. Resmi Bildirim ve İzinlerin Alınması

aaa. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

Birleşme ve devralmalar, genellikle sermaye ortaklıkları arasında yapılması, sermaye devirleri ve artırımlarını gündeme getirmesi, ortaklıkların esas sözleşmelerinde değişiklik yapmayı gerektirmesi dolayısıyla kanunî izne tâbidir⁴⁹¹.

4884 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik TTK m. 273 ve 2003/3 sayılı STB İç Ticaret Tebliği ("STB İç Ticaret Tebliği")'nin 2007/1 sayılı STB İç Ticaret Tebliği ile değişik m. 5 uyarınca, "Bankalar, katılım bankaları, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, lisanslı depoculukla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbi ve halka açık şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri STB'nin iznine tâbidir".

⁴⁸⁸ Esin/Lokmanhekim, s. 37–38.

⁴⁸⁹ Oesterle, s. 331.

⁴⁹⁰ Rankine/Howson, s. 175; Oesterle, s. 331.

⁴⁹¹ Sarıkamış, s. 110.

bbb. Hazine Müsteşarlığı

DYYK Uygulama Yönetmeliği m. 5 uyarınca, DYYK kapsamındaki ortaklıklar ve şubeler: i) Sermaye ve faaliyetlerine ilişkin bilgileri, yıllık bazda ve her yıl en geç mayıs ayı sonuna kadar, ii) Sermaye hesabına yapılan ödemelere ilişkin bilgileri, ödemeyi takip eden bir ay içinde, iii) Mevcut yerli ve yabancı ortakların, kendi aralarındaki veya ortaklık dışındaki herhangi bir yerli veya yabancı yatırımcıya yaptıkları hisse devirlerine ilişkin bilgileri, hisse devrinin gerçekleşmesini müteakip en geç bir ay içinde adı geçen Yönetmelik ekinde yer alan ilgili formlar çerçevesinde Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü (“YSGM”)’ne bildireceklerdir.

Yönetmelik ayrıca, DYYK kapsamında olmayan yerli sermayeli ortaklıklar tarafından: i) Ortaklığa yabancı bir yatırımcının iştirak etmesi, ii) Ortaklığın yaptığı sermaye artışına ortaklık dışındaki bir yabancı yatırımcının iştirak etmesi suretiyle hisse devrinin gerçekleşmesi ve ortaklığın DYYK kapsamına girmesi halinde, hisse devrine ilişkin bilgilerin adı geçen yönetmelik ekinde yer alan form çerçevesinde ve hisse devrinin gerçekleşmesini müteakip en geç bir ay içinde YSGM’ye bildirileceğini düzenlemektedir.

Yabancı yatırımcılar, genel olarak Türk yatırımcılara açık olan tüm sektörlerde yatırımda bulunabilmektedirler. Ancak, yabancılara; kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı açısından ve mesleki standartları korumaya yönelik olarak bazı sektörlerde yatırım yapması sınırlamalara tâbidir. Örneğin, yabancılara ortaklığı; radyo ve televizyon sektöründe %25, havacılık, deniz taşımacılığı ve liman hizmetlerinde %49 ile sınırlıdır⁴⁹². 5684 sayılı ve 03.06.2007 tarihli Sigortacılık Kanunu⁴⁹³ m. 9 uyarınca, “Doğrudan veya dolaylı olarak bir sigorta veya reasürans ortaklığının sermayesinin %10, %20, %33 veya %50’sini bulacak ya da aşacak şekilde hisse edinimleri ile bir ortağa ait hisselerin söz konusu oranları bulması veya bu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran hisse devirleri Hazine Müsteşarlığı’nın iznine tâbidir”. 4632 sayılı ve 28.03.2001 tarihli Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu⁴⁹⁴ m. 8 uyarınca, “Bir gerçek veya tüzel kişinin, şirketin sermayesinin doğrudan veya dolaylı

⁴⁹² Geniş bilgi için bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 143–190; Tekinalp, *Yabancılar*, s. 129–169.

⁴⁹³ RG 14.06.2007–26552.

⁴⁹⁴ RG 07.04.2001–24366.

olarak %10 veya fazlasını temsil eden payları edinmesi ile bir ortağa ait payların şirket sermayesinin %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu doğuran hisse edinimleri ile bir ortağa ait hisselerin söz konusu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran hisse devirleri Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakanlığın iznine tâbidir. Yönetim ve denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren veya intifa hakkı tanınan hisse senetlerinin devri, yukarıdaki oransal sınırlara bakılmaksızın Bakanlığın iznine tâbidir”.

İsviçre’de, bankacılık, sigortacılık, havacılık, iş bulma, sinemacılık, medya, telekomünikasyon gibi bazı sektörlerde yabancı yatırımlar için onay veya bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Hisse devrinde, hedef ortaklık ortaklarının veya kontrolünün değişmesi halinde ruhsat değişikliği de söz konusu olabilmektedir⁴⁹⁵.

İngiliz hukukunda, benzer şekilde, devralmalarda sektörel sınırlamalar söz konusudur. Örneğin; bankacılık, radyo ve televizyon, sigortacılık, gazetecilik ve su sektöründe veya hedef ortaklığın ülke dışında mallarının ve bağlı ortaklıklarının bulunması durumunda devralma, bir takım devlet izinlerine tâbidir⁴⁹⁶.

ABD’de, bankacılık, sigortacılık, telekomünikasyon, radyo-televizyon yayıncılığı, gemicilik, ticarî havacılık, taşımacılık, savunma, sağlık, enerji ve tabi kaynaklar gibi bazı sektörlerde, gerek federal gerekse eyalet kanunlarıyla yabancı yatırımcı için özel bir takım bildirim ve raporlama yükümlülükleri öngörülmüştür. Ayrıca, millî güvenliğe karşı tehlike oluşturması durumunda, ABD başbakanlığı tarafından bir ABD’li ortaklığın yabancıya devri, idarî emirle engellenebilmektedir⁴⁹⁷.

5444 sayılı ve 29.12.2005 tarihli Kanun⁴⁹⁸ ile değişik Tapu Kanunu m. 35 uyarınca, yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinimine dair yeni bir kanunî çerçeve çizilmiştir. Yeni düzenleme, sadece yabancı özel kişilerin ve ticarî ortaklıkların Türkiye’de mülk edinebilmesini, alıcı bazında 2.5 hektarın (Bakanlar Kurulu izniyle 30 hektar) aşılmamasını, çeşitli nedenlerle (sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikler, özel koruma alanları, flora ve fauna özelliği, stratejik ve askerî

⁴⁹⁵ Brechbühl, s. 473, s. 484; Schönberg/Leemann, s. 476.

⁴⁹⁶ Karen, “United Kingdom”, *A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union*, Surrey: City&Financial Publishing, 2008, s. 836.

⁴⁹⁷ Martinius, s. 46; Spillman, s. 520, s. 543.

⁴⁹⁸ RG 07.01.2006-26046.

alanlar) mülk edinilemeyecek alanları belirlenmesinde il yüzölçümünün binde beşini geçmemek kaydıyla Bakanlar Kurulu'nun yetkili kılınması esaslarını getirmektedir.

Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik⁴⁹⁹ m. 11 uyarınca, yabancı sermayeli olduğu YSGM'ye bildirilen ortaklıklara ilişkin bilgileri YSGM, aylık olarak Tapu ve Kadastro Müdürlüğü'ne göndermektedir. Tapu ve Kadastro Müdürlüğü, ortaklıkların sahip oldukları taşınmazlara ilişkin bilgileri valiliklere bildirmekte valilikler ise, Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü, Genel Kurmay Başkanlığı ve yetkilendireceği komutanlıklar ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün görüşlerini alıp değerlendirmelerin olumsuz olması halinde taşınmazın tasfiyesi için aynı Yönetmelik m. 14 uyarınca, Maliye Bakanlığı'na bildirimde bulunmaktadır. Ortaklığın taşınmazı ve sınırlı aynî hakkı, Maliye Bakanlığı'nca verilen süre içerisinde tasfiye etmemesi halinde bunlar, Maliye Bakanlığı tarafından genel hükümlere göre tasfiye edilmekte ve tasfiye harcamaları düşüldükten sonra, bedeli, hak sahibi adına açılacak bir banka hesabına yatırılmaktadır. İşlemlerin sonucu, hak sahibi ve ilgili valiliğe yazılı olarak bildirilmektedir. Aynı Yönetmelik m. 12'de, yeni yabancı ortak iştirak eden mevcut yabancı sermayeli ortaklıklar için de aynı prosedür uygulanmaktadır.

İsviçre'de, günümüzde ticarî taşınmazlar üzerindeki yabancı yatırımlara ilişkin sınırlamalar tamamen kaldırılmıştır. Ancak, benzeri engeller özel amaçla taşınmaz alımlarında halen mevcuttur. Örneğin, yabancı yatırımcılar 3000 m2 üzerinde özel amaçla taşınmaz edinemezler. Sigortacılık, havacılık, televizyon ve radyo sektöründe de taşınmaz edinimine dair özel kısıtlamalar vardır⁵⁰⁰. ABD'de, bazı eyalet kanunlarıyla özellikle zirai taşınmaz ve tabi kaynakların yabancılar tarafından edinimi kısıtlamalara tâbi tutulmuştur⁵⁰¹.

ccc. Rekabet Kurulu

Birleşme ve devralmalar, piyasada rekabet koşullarının ortadan kalkmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle, kanunî ve bürokratik bir takım önlemler alınmıştır. Türk rekabet hukukunda, AB mevzuatı temel alınarak etkin ve sağlıklı piyasaların

⁴⁹⁹ RG 12.11.2008-27052.

⁵⁰⁰ Brechbühl, s. 473-474; Rihm, s. 7; Schönberg/Leemann, s. 475.

⁵⁰¹ Spillman, s. 543.

oluşturulması ve korunması için piyasalardaki tekelleşme ve kartelleşmeye karşı rekabeti koruyan ve bozmaya yönelik davranışları önleyen ve cezalandıran düzenlemeler yapılmıştır⁵⁰².

RKHK m. 7, yasak birleşme ve devralmaları düzenlemektedir. Buna göre, bir veya birden fazla teşebbüsün, hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin tümünde veya bir kısmında, herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün veya kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını veya ortaklık hisselerinin tümünü veya bir kısmını veya kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Burada yasaklanan, bir işletmenin kendi iç dinamiği ve başarısı ile hâkim duruma ulaşması değildir⁵⁰³.

RKHK m. 7 (a), iktisadî anlamdaki her türlü birleşmeyi kapsamakta ve birleşen teşebbüslerin kontrolünde meydana gelen değişiklikler konsantrasyon olarak değerlendirilmektedir. Doğal olarak, bu tür bir birleşme, bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşmesi kaydıyla teknik ve hukukî anlamdaki birleşmeleri de içine almaktadır. Ayrıca, a bendine göre birleşme olarak değerlendirilen bir durumun, birleşme ve devralma kavramları arasındaki genellik ve özellik ilişkisinin bir sonucu olarak aynı zamanda b bendi içerisinde değerlendirilmesi imkânı vardır⁵⁰⁴.

Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği m. 6/4 uyarınca, “Bir hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda, ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme ve devralmaların kanuna aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez”.

Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği m. 4 uyarınca, aynı Tebliğ m. 2’de belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda, birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar paylarının piyasanın %25’ini aşması halinde veya bu oranı

⁵⁰² Sarıkamış, s. 110, s. 118.

⁵⁰³ Akyüz, s. 70.

⁵⁰⁴ Sanlı, s. 324.

aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon TL.'yi aşması halinde RK'dan izin almaları zorunludur.

RKHK ve Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği'nde, birleşme ve devralmaların hangi yöntemlerle yapıldığı ve hangi işlemlerin birleşme ve devralma olarak nitelendirileceği belirtilmiştir. Ancak, burada gösterilen yöntemlerin dışında başka yöntemlerle de kontrol sağlanabilmektedir. Önemli olan, bir işletmenin veya kişinin, diğer bir işletmenin karar mekanizması üzerindeki kontrolünün, malvarlığının veya malvarlığının kullanım haklarının el değiştirmiş olmasıdır⁵⁰⁵.

Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği m. 2/2 uyarınca, “Kontrol; ayrı ayrı veya beraber, fiilen veya hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan haklarla, sözleşmelerle veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tümü veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanım hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklarla veya sözleşmelerle meydana getirilebilir”.

Rekabet hukuku anlamında, birleşme ve devralmadan bahsedilmek için bir işletmenin kontrolünün ya el ya da şekil değiştirmesi gerekmektedir. Kontrolün şekil değiştirmesi, tek kontrolden (sole control) ortak kontrole (joint control) geçme veya ortak kontrolden tek kontrole geçme şeklinde bir kontrol değişikliğini ifade etmektedir. Aynı gruba mensup veya aynı holding işletmesinin kontrolünde olan iki işletmenin birleşmesi veya birbirlerinin çoğunluk hisselerini devralmaları, rekabet hukuku anlamında birleşme ve devralma sayılmazlar ve izne tâbi değildirler. Yine işletmenin kontrolünde değişiklik yaratmayan, işletmede ortak kontrolün varlığına neden olacak özel yönetsel haklarla donatılmamış azınlık hissesi devirleri, birleşme olarak kabul edilmemiş ve izne tâbi kılınmamıştır⁵⁰⁶.

Ortaklar sözleşmesi, bir teşebbüs üzerinde özellikle organlarının oluşumunda veya organlar tarafından alınacak kararlarda belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar kazandırdığı yani kontrol imkânı verdiği ölçüde teşebbüslerarası birleşme ve devralma olarak değerlendirilmekte ve bu kapsamda incelenmektedir.

⁵⁰⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 115.

⁵⁰⁶ A.e., s. 116.

Süreklilik arz edecek şekilde oy hakkının uyumlu kullanılmasının öngörüldüğü veya stratejik önemi haiz kararlar bakımından kararların oybirliği ile alınacağını kararlaştırıldığı, sermaye dağılımı nedeniyle fiilen oyların uyumlu kullanılmasının gerektiği veya bazı ortaklara işletme politikasını ilgilendiren stratejik kararlarda onay verme veya veto hakkının tanındığı veya yönetim kurulu üyelerinin atanması hakkının tanındığı sözleşmeler, kontrol imkânı sağlayan sözleşmelerdir. Ortaklar sözleşmesi, yalnızca tarafların hâkim durum yaratacak şekilde bir başka işletme üzerinde kontrolü sağlaması açısından değil ayrıca, taraflar arasındaki rekabeti sınırlama açısından da önem taşıyabilmektedir. Bu durumda, ortaklar sözleşmesi, Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği m. 4 kapsamında RK denetimine tâbidir⁵⁰⁷.

Özetle, hisse devir sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşen hisse devri işlemi neticesinde işletmenin kontrolünde değişiklik meydana geliyor ve tarafların ciro veya pazar payları toplamı, öngörülen eşiklerin üzerinde ise RK'dan izin alınması söz konusu işlemin geçerlilik şartıdır. Söz konusu eşiklerin aşılmasına rağmen RK'dan izin alınmaması durumunda, sözleşme hükümsüz olacaktır. İşlemin izne tâbi bir birleşme ve devralma olarak nitelendirilmesi durumunda, RK'dan izin alıncaya kadar bu işlem askıda hükümsüzdür. İzin verilmemesi halinde bu askıda hükümsüzlük hali, kesin hükümsüzlüğe dönüşecektir. RK'ya yapılacak bildirim devralma işlemi gerçekleştiren kişi veya teşebbüsler, birlikte yapabilecekleri gibi taraflardan yalnız biri bu bildirim yapabilmektedir. RK, bildirim yapılmasından itibaren onbeş gün içinde bir ön inceleme yaparak birleşme ve devralma işlemine izin verir veya bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verir. Nihai inceleme kararı veren RK, birleşme ve devralma işleminin nihai karar alınana kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını bildirir. RK, onbeş günlük süre içinde birleşme ve devralmaya ilişkin başvuruya herhangi bir cevap vermediği veya herhangi bir işlem yapmadığı takdirde birleşme ve devralma sözleşmesi, bildirim tarihinden itibaren otuz gün sonra yürürlüğe girerek hukukî geçerlilik kazanmaktadır⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Okutan Nilsson, Gül, **Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri**, İstanbul: Çağa Yayınları, 2003, s. 451–452.

⁵⁰⁸ Geniş bilgi için bkz. Akyüz, s. 79–87; Erdem, **Birleşme**, s. 113–167; Güven, Pelin, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi (“Rekabet Hukuku”)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 251 vd.

Rekabeti engelleyici nitelikte olmayan ve fakat bildirimle tâbi birleşme ve devralmaların süresinde bildirilmesi veya süresinden sonra bildirilmesi veya hiç bildirilmeyip RK'nın re'sen veya şikâyet sonucunda inceleme başlatması hallerinde, devir sözleşmesinin geçerlilik süresinin başlangıcı bakımından herhangi bir farklılık ortaya çıkmamakta ve her halükarda, RK'nın vereceği izin kararı, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren geriye etkili olarak geçerli olmaktadır. Aradaki tek fark, bildirimle tâbi olup da süresinde bildirilmemiş olan birleşme ve devralma işlemi için RK tarafından RKHK m. 11 (b) hükmünde öngörülen idarî para cezasının uygulanacak olmasıdır.

RK tarafından izin verilmeyen devralmalar ise, kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmeler olarak nitelendirileceğinden bu geçersizlik, sözleşmenin yapıldığı tarihten yani baştan itibaren söz konusudur. Taraflar, bu sözleşmeye dayanarak birbirlerinden borçların ifasını talep edemezler. Buna rağmen, borçlar ifa edilmiş, hisseler veya malvarlığı devredilmiş ise bir sebepsiz zenginleşme durumu ortaya çıkmaktadır⁵⁰⁹. Ayrıca, RK: i) Para cezasına, ii) Birleşme ve devralma işleminin sona erdirilmesine, iii) Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiilî durumların ortadan kaldırılmasına, iv) Her türlü hissenin veya malvarlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, v) Bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine, vi) Hisse veya malvarlığının eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralanın, devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamamasına, vii) Gerekli görülen diğer tedbirlerin alınmasına hükmedebilmektedir.

Birleşme ve devralma işlemlerinin rakip işletmeler arasında yapılması halinde tarafların, karşılıklı olarak öngördükleri rekabet etmeme yükümlülükleri, RKHK m. 4 uyarınca bazı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sebeple, rakip işletme üzerinde kontrol değişikliği sağlamayan ve fakat rekabet sınırlamaları içeren azınlık hisse devirleri için de RK'ya bu kez menfi tespit ve muafiyet talep formu ile menfi tespit veya bireysel muafiyet için başvurulmalıdır⁵¹⁰.

İsviçre'de birleşmeler, 12.04.2004 tarihli Karteller ve Diğer Rekabet Kısıtlamaları Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu (Bundesgesetz Über Kartelle und

⁵⁰⁹ Bkz. İkinci Bölüm, Tasarruf İşlemleri İle İlişki, s. 105 vd.

⁵¹⁰ Esin/Lokmanhekim, s. 117–118.

Andere Wettbewerbsbeschränkungen) (“KG”)⁵¹¹ çerçevesinde kontrol edilmektedir. Buna göre birleşme: i) Önceden bağımsız olan girişimlerin kanunî birleşmesi. ii) Bir veya birden fazla teşebbüsün önceden bağımsız bir veya daha fazla teşebbüsün, tamamen veya kısmen hisse devri, sözleşme ve sair yollarla dolaylı veya dolaysız şekilde, kontrolünü elde etmesidir. Bir işletme, diğer bir işletmenin faaliyetleri üzerinde etkili ise diğer işletme üzerinde kontrol sahibi olduğu kabul edilir. Kontrol vasıtaları, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, işletme malvarlığının mülkiyetinin veya kullanma hakkının elde edilmesi veya işletmenin yönetim organlarının oluşturulmasında ve karar verme sürecinde kontrol yetkisini sağlayan sözleşmelerin yapılmasını içermektedir⁵¹².

İsviçre’de ortak girişimlerin rekabet kontrolüne tâbi olması için ortak girişimin sürekli olarak bağımsız bir tüzel kişilik olarak faaliyetlerini yürütmesi, iki veya daha fazla ortak tarafından yeni kurulmuş bir ortak girişim söz konusuysa ayrıca kontrol sahibi ortaklardan en azından birinin faaliyetlerinin ortak girişim üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir⁵¹³.

İsviçre KG m. 9 uyarınca, bir birleşme veya devralma, işlem sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin birleşme veya devralma öncesi yılda yıllık toplam cirolarının dünya çapında en az 1 milyar İsviçre Frangı veya ülke çapında 500 milyon İsviçre Frangı olması ve birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerden en azından ikisinin tek başına ülke çapında yıllık cirosunun en azından 100 milyon İsviçre Frangı olması halinde, rekabet hukuku açısından denetime tâbidir. Bir ortaklık piyasada hâkim durumdaysa, ilgili piyasada işbu ortaklığın katıldığı tüm birleşmeler, yukarıdaki eşiklere tbi olmaksızın İsviçre Rekabet Komisyonu’na bildirilmelidir. Bildirim üzerine devir işlemleri, bildirim tarihinin üzerinden bir ay geçmedikçe tamamlanamaz. Komisyon’un tam bir incelemeye karar vermesi üzerine bu süre dört aydır. Komisyon’un bu süre sınırlamalarını kaldırma yetkisi mevcuttur⁵¹⁴.

RKHK’ya kaynaklık eden 139/2004/AT sayılı ve 20.01.2004 tarihli Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü [EC

⁵¹¹ Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. http://www.admin.ch/ch/e/rs/c251_5.html (10.01.2010).

⁵¹² Tschani/Von Planta/Oertle, s. 25.

⁵¹³ A.e., s. 26.

⁵¹⁴ Rihm, s. 4; Bildirim prosedürü hakkında geniş bilgi için bkz. Tschani/Von Planta/Oertle, s. 26–29.

Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (Merger Control Regulation)] (“Birleşmelerin Denetimi Hakkında AT Tüzüğü”)⁵¹⁵,nde yoğunlaşmalar; birleşme, devralma ve ortak girişimleri de içerecek şekilde çok kapsamlı düzenlenmiştir. Diğer taraftan, sürekli olarak elinde menkul kıymet bulunduran kredi kurumlarınca yapılan bazı devralmalar, tasfiyeden kaynaklanan bazı devralmalar ve finans sektöründeki holdinglerin bazı devralmaları kapsam dâhilinde değildir⁵¹⁶.

Birleşmelerin Denetimi Hakkında AT Tüzüğü, rekabete aykırı durumları düzenleyen ATA m. 81–82 hükümlerinin yetersiz kalması üzerine çıkarılan 4064/89 sayılı ve 21.12.1989 tarihli Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü (Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings)⁵¹⁷,nün yerini almıştır.

Birleşmelerin Denetimi Hakkında AT Tüzüğü m. 2/3 uyarınca, bir hâkim durum yaratan veya bir hâkim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ortak piyasada veya onun önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyen bir yoğunlaşmanın ortak piyasayla bağdaşamaz olduğu öngörülmektedir. Birleşmelerin Denetimi Hakkında AT Tüzüğü kapsamına giren birleşme ve devralmaların AB Komisyonu’na bildirilmesi gerekmektedir⁵¹⁸.

Birleşmelerin Denetimi Hakkında AT Tüzüğü uyarınca, genellikle işlem sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, yıllık toplam cirolarının dünya çapında en az 5 milyar Avro olması ve birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerden en azından ikisinin tek başına ülke çapında yıllık cirosunun en azından 250 milyon Avro olması halinde ve ortaklıklardan her birinin ayrı ayrı faaliyetlerinin en azından 3/4’ünü tek bir üye ülkede gerçekleştirmesi kaydıyla ilgili

⁵¹⁵ OJ 29.01.2004-L 024, s. 1–22; Birleşmelerin Denetimi hakkında AT Tüzüğü ve diğer AB rekabet hukuku mevzuatı için bkz. Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 49–66; Van de Hel, Martijn, “European Union – EU Merger Control”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 516-522.

⁵¹⁶ Harvey, Neil/Nourry, Alex, “Takeovers and Mergers in the European Union: An Overview”, **A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union**, Surrey: City&Financial Publishing, 2008, s. 9.

⁵¹⁷ OJ 30.12.1989-L 395, s. 1–17.

⁵¹⁸ Geniş bilgi ve prosedür için bkz. Harvey/Nourry, s. 10–19.

birleşme ve devralma, rekabet hukuku açısından denetime tâbidir. Daha küçük ölçekli yoğunlaşmalar da, rekabet mezuatına konu oluşturabilmektedir⁵¹⁹.

Birleşmelerin Denetimi Hakkında AT Tüzüğü m. 3 uyarınca, halen en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya daha fazla teşebbüsün, başka bir veya daha fazla teşebbüsün hisselerini veya malvarlığını satın almak suretiyle sözleşmeyle veya başka herhangi bir şekilde, kısmen veya tamamen, doğrudan veya dolaylı olarak kontrolünü elde etmesi, devralma sayılmaktadır. Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği m. 2’de, işbu Tüzük’e paralel şekilde herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi şeklinde bir ifade kullanılmıştır. RKHK m. 7 ise, sadece devralma işleminden bahsetmekte ve kontrolün el değiştirmesinden söz etmemektedir. Birleşme ve Devralma Hakkında RK Tebliği’ndeki bu düzenleme, açık bir yetki aşımı oluşturmaktadır. Kanun’daki boşluğun RK tarafından çıkarılan Tebliğ ile değil fakat Kanun’da yapılacak bir değişiklik ile doldurulması daha doğrudur⁵²⁰.

İngiltere’de, 2002 tarihli Teşebbüsler Hakkında Kanun (Enterprise Act)⁵²¹ uyarınca, birleşme sonucunda bir kişi (grup ortakları, tek bir kişi olarak ele alınmaktadır) ülke çapında veya ülkenin büyük bir bölümünde tanımlanan mal veya hizmetlerin en azından %25’ini sağlıyorsa veya devralınan işin ülke içindeki cirosu 70 milyon İngiliz Sterlinini aşıyorsa Rekabet Komisyonu’nun denetimine tâbidir. Ayrıca, bir ortaklığın diğer ortaklık hisselerini kontrolü ele geçirecek oranda devralması (duruma göre ortaklığın %15 veya daha fazla hissesi bu kontrolü sağlamaktadır) hali de devralma sayılmaktadır. Eğer birleşme, Birleşmelerin Denetimi Hakkında AT Tüzüğü kapsamında değerlendirilebiliyorsa millî kanunlar uygulanmaz ve söz konusu birleşme üzerinde AT Komisyonu yetkilidir⁵²².

ABD’de rekabet hukukuyla (competition law, antitrust law) ilgili getirilen ilk düzenleme, Sherman Kanunu’dur. Clayton Kanunu ise, işbu Sherman Kanunu’nu

⁵¹⁹ Harvey/Nourry, s. 9–10.

⁵²⁰ Erdem, **Birleşme**, s. 48; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 150–152.

⁵²¹ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020040_en_1.htm (10.01.2010).

⁵²² Davies, s. 857–858; Issitt, s. 125; Werry, s. 492.

tamamlamak amacıyla çıkartılmıştır. Clayton Kanunu m. 7 uyarınca, ticaretle uğraşan bir kişi, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, ticaretle uğraşan diğer bir kişinin hissesini veya diğer bir sermaye payını veya Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)’nun denetimine tâbi olan bir kişi, ticaretle uğraşan bir başka kişinin malvarlığını ülkenin herhangi bir bölgesinde sürmekte olan herhangi bir ticarî alandaki veya ticarî faaliyetteki rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya tekel yaratıcı etkiye sahip olacak şekilde kısmen veya tamamen devralamaz. RKHK m. 7’den farklı olarak burada, yönetim üzerinde etkili olma kriteri, bir işlemin denetime tâbi olması için yeterli olmamakta ayrıca, söz konusu ortaklığın sermaye hissesinin veya malvarlığının bir kısmının da ele geçirilmiş olması aranmaktadır⁵²³. 1976 tarihinde Hart Scott Rodino Kanunu (“HSR”)⁵²⁴ ile Clayton Kanunu’na bildirim ve izne tâbi birleşme ve devralma eşikleri eklenmiştir. HSR m. 7 (A) uyarınca, devralmanın taraflarından birinin malvarlığı veya yıllık net satışları 100 milyon dolar veya üzerinde ve diğerininki de 10 milyon dolar ve üzerinde ise ve de böyle bir devralma sonucunda yatırımcı tarafın diğerinin oy hakkı veren hisselerinin veya malvarlığının minimum 10 milyon dolarlık kısmını veya %15’ini ele geçirecek olması halinde ön bildirimde bulunulması gerekmektedir⁵²⁵.

Clayton Kanunu m. 7’de, yasak kapsamına girmeyen bazı işlemler sayılmıştır. Buna göre, yatırım amacıyla veya olağan işlerin yürütülmesi amacıyla yapılan alımlar, yasak kapsamında değildir. Taşıma ortaklıkları için ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Bazı makamlarca verilen yetkilere dayanan işlemler de, yasak kapsamı dışındadır. Yasama meclisi de çıkardığı kanunlarla bazı grupları veya sanayi sektörlerini rekabet mevzuatı incelemesinden muaf tutmuştur. Örneğin, 1966 tarihli Banka Birleşmeleri Kanunu (Bank Merger Act)⁵²⁶ ile bankalar rekabet kanunu incelemesinden muaf tutulmuştur⁵²⁷. Türk hukukunda, BanK m. 19 ile benzer bir muafiyet getirilmiştir. Buna göre, bankaların işbu BanK hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde TTK ve devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının %20’sini geçmemesi kaydıyla RKHK m. 7, 10 ve 11 hükümleri uygulanmaz.

⁵²³ Karaman, Tuba, “Amerikan Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar”, **GÜHFD**, S. 2, 2002, s. 354–355.

⁵²⁴ Kanun metni için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf> (10.01.2010).

⁵²⁵ Prosedür için bkz. Karaman, s. 366–380; Kay, s. 500–502; Spillman, s. 520.

⁵²⁶ Kanun metni için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf> (10.01.2010).

⁵²⁷ Karaman, s. 360–362.

ÖK m. 18’de sayılan özelleştirme yöntemlerinden satış, RKHK m. 7 uyarınca, birleşme ve devralma olarak kabul edilen durumlar kapsamındadır. Zira özelleştirme yöntemlerinden satış, kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi yanında bu kuruluşların hisselerinin tümünün veya bir kısmının bedel karşılığında devredilmesini de kapsamaktadır⁵²⁸.

01.04.1998 tarih ve 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukukî Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurulu’na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁵²⁹ (“Özelleştirme Hakkında RK Tebliği”) m. 2 uyarınca, “Bir teşebbüsün ortaklık hisselerinin veya diğer hak ve araçların tümünün veya bir kısmının teşebbüsün üzerindeki kontrolü değiştirecek veya karar organlarını etkileyecek şekilde veya mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin özelleştirme yolu ile her türlü devri bu Tebliğ hükümlerine tâbidir”.

Bu Tebliğ uyarınca, özelleştirmelerde şu üç unsur aranmaktadır: i) Teşebbüsün kontrolünün el değiştirmesi. ii) Teşebbüsün karar organlarının etkilenmesi. iii) Mal ve hizmet üretimine yönelik birimlerin devri.

Mahallî idareler dâhil kamu kurum veya kuruluşlarına yapılan devirler, mal veya hizmet üretimine yönelik olmayan taşınmazların devri, yurt dışı sermaye piyasalarında satışlar, halka arz, sermaye piyasalarına ilişkin mevzuattaki hükümler saklı kalmak kaydı ile süresi üç yılı aşmayan gecikmeli halka arzı içeren blok satışlar, çalışanlara devirler, borsada normal ve/veya teşebbüsün kontrolünde değişikliğe yol açmayan özel emir ile satışlar ile menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satışlar, Özelleştirme Hakkında RK Tebliği m. 2 uyarınca, Tebliğ kapsamı dışındadır.

Özelleştirme işlemlerinde biri ön bildirim diğeri de RK’dan izin alınmasına yönelik bildirim olmak üzere çift bildirim öngörülmektedir. Ön bildirim ve RK’nın görüşü ihale koşullarının kamuoyuna duyurulmasından önceki bir aşamada, izin ise

⁵²⁸ Erdem, **Birleşme**, s. 106.

⁵²⁹ RG 12.09.1998–23461.

ihale işleminin sonuçlanmasından sonra ve Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun devir kararından önce gerçekleşmektedir⁵³⁰.

ddd. Sermaye Piyasası Kurulu ve İlgili Menkul Kıymetler Borsası

Birleşme ve devralmaya konu ortaklıkların HAAO statüsünde olması halinde bu ortaklıklarla ilgili değişikliklerin SerPK hükümlerine tâbi olmasından dolayı birleşme ve devralmalar, bu yönü ile sermaye piyasasını ilgilendirmekte ve bu alanla ilgili kanunî ve bürokratik düzenlemeler mevcut olabilmektedir. Satım bedeli karşılığında nakit yerine devralanın başka ortaklıktaki hisselerinin verilmesi halinde de aynı durum söz konusudur⁵³¹.

HAAO hisselerinin devri halinde hisse taahhüdü sözleşmesi, hisse devir sözleşmesi veya ortaklar sözleşmesinde ortaklık esas sözleşmesinin değiştirilmesi öngörülebilir. Bu şekilde bir esas sözleşme değişikliği öngörülen durumlarda SerPK m. 11/9 uyarınca, SPK'dan izin alınması gerekmektedir.

SerPK m. 11/4 uyarınca, “Bu Kanun kapsamına giren ihraççılardan anonim ortaklık niteliğini haiz olmayanlar, sermaye piyasası araçlarını halka arz etmeyenler, aktif toplamı, brüt satış hasılatı, ihraç veya halka arz tutarı SPK'nın belirleyeceği miktardan az olanlar veya diğer sermaye piyasası araçlarını ihraç veya halka arz edenler, SPK tarafından bu Kanun'a tâbi olmalarından kaynaklanan yükümlülüklerinden kısmen veya tamamen muaf tutulabilirler. Bu muafiyet şartları, ihraççıların, SPK kaydından çıkma veya çıkarılma esasları ile halka arz işlemlerinden kısmen muafiyet şartları SPK tebliğleri ile belirlenir”. SerPK m. 3 (h) uyarınca, “İhraççılar; anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dâhil kamu iktisadî teşebbüsleri, mahallî idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelerdir”. SerPK m. 3 (c) uyarınca, “İhraç, sermaye piyasası araçlarının, ihraççılar tarafından çıkarılıp halka arzedilerek ve halka arz edilmeksizin satışdır”. Kapalı anonim ortaklıkların hisse senetleri dışında kalan

⁵³⁰ Geniş bilgi için bkz. Erdem, **Birleşme**, s. 109–112.

⁵³¹ Sarıkamış, s. 110; Whalley/Semler, s. 4.

sermaye piyasası araçlarının ihracı ve halka arz edilmeksizin satışı da, böylece, SerPK kapsamı dâhiline alınmıştır⁵³².

HAAO’da yeni sermaye koyma yolu ile sermaye arttırımı, SerPK m. 12 vd. ve Kurul Kaydı Hakkında SPK Tebliği’ne göre yapılmaktadır. Buna göre, yeni çıkarılan hisse senetlerinin yeni kurulan herhangi bir HAAO’da olduğu gibi SPK tarafından istenen işlemler yapılarak SPK’ya kaydettirilmesi gerekmektedir.

Seri VIII ve 39 sayılı Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Hakkında SPK Tebliği (“Kamuya Açıklama Hakkında SPK Tebliği”)⁵³³ uyarınca, HAAO’lar, sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırım kararlarını etkileyebilecek önemli olay ve gelişmeleri kamuya açıklamakla yükümlüdürler. Bu değişikliklerin ortaya çıktığı veya öğrenildiği anda ilgili borsaya bu özel durum hakkında açıklamanın ulaştırılması zorunludur. İhraç ettiği sermaye piyasası araçlarından hiçbir borsada işlem görmeyen ortaklıklar ise, özel durumlar ve özel durumlardaki değişiklikler ile ilgili açıklamalarını SPK’ya yapacaklardır.

Kamuya Açıklama Hakkında SPK Tebliği m. 5 (a) uyarınca, hisse veya malvarlığı devri ile ilgili olan değişiklikler şunlardır:

i) Sermaye yapısında, hisselerin sahip olduğu oy haklarında veya esas sözleşme ile tanınan haklarda meydana gelen değişiklik veya sermaye piyasası mevzuatı uyarınca vekâlet toplanması veya bir sözleşme nedeniyle veya sair yollarla yönetimin kontrolünün doğrudan veya dolaylı el değiştirmiş olması.

ii) Bir gerçek veya tüzel kişinin veya bu gerçek veya tüzel kişi ile beraber hareket eden diğer gerçek veya tüzel kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklıktaki toplam oy hakkının veya sermayenin en az %5, %10, %15, %20, %25, 1/3, %50, 2/3 ve %75’ine veya daha fazlasına sahip olması veya ortaklıktaki toplam oy hakkının veya sermaye payının söz konusu oranların altına düşmesi.

⁵³² Sumer, Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 2. bs., İstanbul: Alfa Basım, 1999, s. 6.

⁵³³ RG 20.07.2003–25174.

iii) Alış veya satış bedeli SPK tebliğleri uyarınca kamuya açıklanan son bilânçodaki maddî duran varlıkların toplam net değerinin en az %25 veya aktif toplamının %10 ulaşan maddî duran varlık satışları, alışları veya bir ortaklığa aynî sermaye olarak konulması; söz konusu oranlara ulaşıldıktan sonra son bilânço aktif toplamının %5 ve katlarına veya maddî duran varlıkların toplam net değerinin %10 ve katlarına ulaşan veya aşan maddî duran varlık alınması veya bir ortaklığa aynî sermaye olarak konulması.

iv) Ortaklığın yönetim kurulunca başka bir ortaklığın devralınması veya başka bir ortaklığa devrolunması veya yeni bir ortaklık kurulması suretiyle birleşme hususunda karar alınması.

v) Edinilen veya elden çıkarılan finansal duran varlıkların alış veya satış bedellerinin SPK tebliğleri uyarınca kamuya açıklanan son bilânçolarındaki aktif toplamının %5'ine ulaşması, başka bir ortaklığın sermayesinin veya toplam oy hakkının %10 veya daha fazlasının elde edilmesi veya elden çıkarılması, tutarı söz konusu oranların altında kalmakla beraber faaliyeti önemli ölçüde etkileyecek finansal duran varlık edinilmesi veya elden çıkarılması hakkında karar alınması, varsa finansal duran varlık satışlarından elde edilen karların sermayeye eklenmesine ilişkin karar alınması veya ortaklıkça finansal duran varlığın sermaye artırımına kısmen veya tamamen katılma veya katılmama kararı alması.

vi) Ortaklık yönetim kurulunca, kâr dağıtımı, sermaye artırımını, esas sözleşme değişikliği gibi ortaklar genel kurulunca karara bağlanması tüm konularda genel kurula sunulacak önerilere ilişkin karar alınması, genel kurul toplantılarının tarihinin, yerinin ve gündeminin belirlenmesi, gündem maddeleri ile gündem dışı konuların genel kurulda görüşülerek karara bağlanması, genel kurulun toplanamaması.

vii) Ortaklar veya üçüncü kişiler tarafından ortaklığın hisse senetlerine veya ortaklık tarafından diğer ortaklıkların hisse senetlerine yönelik olarak çağrıda bulunarak hisse senedi veya vekâlet toplanmasına karar verilmesi, SPK tebliğleri uyarınca, çağrıda

bulunma zorunluluğunun ortaya çıkması, bu zorunluluktan muaf tutulma veya çağrıda bulunma başvurusunda bulunulması, başvurunun sonuçlanması⁵³⁴.

viii) Ortakların yeni hisse alma hakkı kullanımı ile yeni hisse alma hakkı kullanımından sonra kalan hisselerin satışının veya veya bedelsiz hisse alma haklarının kullanımının, hisse senedi dağıtımının yer ve tarihlerinin belirlenmesi.

Kamuya Açıklama Hakkında SPK Tebliği m. 5 ilk alt bentte yer alan durumlar arasında, yönetim kontrolünün doğrudan veya dolaylı el değiştirmesi yer almaktadır. Ortaklar sözleşmesi, yönetimdeki kontrolün elde edilmesini veya paylaşılmasını sağlayan bir sözleşme olarak bu hükmün kapsamına girebilir. Ortaklar sözleşmesinin taraflarının toplam sermaye ve oy oranları, ikinci alt bentteki oranların üzerine çıkarsa sözleşme taraflarının kimliğinin ve sahip oldukları toplam sermaye oranının açıklanması gerekmektedir. Üçüncü bentteki oy sözleşmesi, ortaklığın hâkimiyetini elinde tutan ortaklar arasında yapılmakta ve yönetim kurulu üyeleri de bu ortaklar tarafından atanmakta ise yönetim kurulu üyelerinin veya denetçilerin ve bu yolla ortaklığın sözleşmenin varlığından haberdar olmaları beklenir. Böylece, ortakların kendi aralarında imzaladıkları ortaklar sözleşmesinin gizliliği, HAAO bakımından bir ölçüde ortadan kalkmaktadır⁵³⁵. Aynı şekilde, Kamuya Açıklama Hakkında SPK Tebliği m. 2 çerçevesinde, sermaye piyasası mevzuatına tâbi bir ortaklığın alacağı iştirak, ortaklık, yatırım kararları doğrultusunda imzalayacağı bir niyet mektubunun bu kapsamda kamuya açıklanması mecburiyeti söz konusu olabilmektedir.

Seri IV ve 8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Hakkında SPK Tebliği (“HAAO Hakkında SPK Tebliği”)⁵³⁶ m. 17 uyarınca, “Blok veya münferit alımlar veya diğer herhangi bir yöntemle tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber doğrudan veya dolaylı olarak halka açık bir ortaklığın sermayesinin ve oy haklarının %25’ine veya daha fazlasına veya bu orana bağlı olmaksızın yönetim kontrolünü sağlayan hisselerle sahip olanlar, diğer ortaklara ait hisse senetlerini de satın almak için çağrıda bulunmak

⁵³⁴ Geniş bilgi için bkz. Zeybek s. 69–70.

⁵³⁵ Okutan Nilsson, s. 420–423.

⁵³⁶ RG 09.03.1994–21872.

zorundadırlar”. HAAO Hakkında SPK Tebliği m. 17 uyarınca, SPK, aşağıdaki durumların varlığı halinde ve takdir yetkisi kendisinde olmak üzere muafiyet koşullarının gerçekleştiği sonucuna varırsa, ilave hisse satın alınmasına ilişkin çağrı yapma zorunluluğuna muafiyet getirilebilir:

i) Ortaklığın hisse senetlerinin ve oy haklarının iktisabının ortaklığın malî yapısının güçlendirilmesi bakımından zorunlu olan bir sermaye veya yönetim yapısı değişikliği gereğince gerçekleştirilmesi.

ii) Ortaklığın hisse senetlerinin ve oy haklarının iktisabının, ortaklık sermayesinin en az 2/3’sine sahip olan ortakların veya temsilcilerinin hazır bulunduğu ortaklar genel kurulunda onaylanması.

iii) Ortaklığın hisse senetlerinin ve oy haklarının iktisabına rağmen ortaklık sermaye dağılımı gereğince ortaklık kontrolünde hiçbir değişiklik olmaması.

iv) Ortaklığın hisse senetlerinin ve oy haklarının, hukukî zorunluluklar sonucunda iktisap edilmesi veya oranların istenmeden aşılması durumunda çağrı yapma zorunluluğunu gerektiren kısmın SPK tarafından belirlenecek asgarî sürede elden çıkarılacağına taahhüt edilmesi.

01.01.1998 tarihli İsviçre Menkul Kıymetler Borsası Hakkında Kanun (Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel)⁵³⁷, İsviçre’de kurulu ve İsviçre borsasında işlem gören halka açık ortaklıkların hisse devirlerini düzenlemektedir. Menkul kıymetlerin halka arz etmeksizin satışı (creeping tender offers) bu Kanun kapsamında değildir. Bu hisse satışlarında İsviçre OR uygulanmaktadır⁵³⁸.

İsviçre’de, halka arz yoluyla satışları Devralma Kurulu (Takeover Board)’na bildirim yükümlülüğü vardır. Devralana ait ortaklıktaki hisse miktarının toplam oyların %5, %10, %20, %33,5, %50 veya %66,5’ünü oluşturması halinde halka arz etmeksizin satışlarda dahi bildirim yükümlülüğü vardır⁵³⁹.

⁵³⁷ Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. http://www.six-swiss-exchange.com/trading/regulation/rules_federal_en.html (10.01.2010).

⁵³⁸ Geniş bilgi ve prosedür için bkz. Brechbühl, s. 460–463; Rihm, s. 2; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 48–62.

⁵³⁹ Brechbühl, s. 461; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 48.

İsviçre’de, halka açık bir ortaklığın oy haklarının %33,5 (1/3) veya daha fazlasını sağlayan hisselerle sahip olanlar, istisnâî durumlar haricinde (opting-up, opting-out) ortaklığın kayıtlı tüm diğer hisse senetlerini de satın almak için çağrıda bulunmak zorundadırlar (mandatory offer). Oy hakkının %98’inden fazlasına sahip olunması halinde ise geri kalan hisselerin iptali istenebilmektedir⁵⁴⁰.

AB’de, hisseleri tamamen veya kısmen üye ülkelerden birinde borsaya kayıtlı ortaklıkların devrinde, 2004/25/AT sayılı ve 21.04.2004 tarihli Devralma Teklifleri Hakkında Yönerge (EC Directive on Takeover Bids)⁵⁴¹, (“Devralmalar Hakkında AT Yönergesi”) uygulanmaktadır⁵⁴².

Devralmalar Hakkında AT Yönergesi, İngiltere’de, CCM ile hayata geçirilmiştir. CCM, esas olarak, Birleşik Krallık, Manş adaları veya Man adasında sicile kayıtlı idare merkezi bulunan ve hisseleri, bu yerlerdeki borsalara kayıtlı bulunan halka açık ortaklıkların devrini kapsamaktadır. CCM, aynı zamanda, borsada kayıtlı olmayan halka açık ortaklıklar ile halka açık ortaklıkların bazı özelliklerini taşıyan kapalı ortaklıklara da uygulanmaktadır. CCM’nin bazı hükümleri, sınırlı olmakla beraber, diğer ortaklıklara da uygulanabilmektedir⁵⁴³. CA ve CCM, sadece, İngiliz menşeli ortaklıklar arasındaki birleşme ve devralmalar için geçerlidir⁵⁴⁴.

ABD’de devralmalar, 1968 tarihli Devralmalar Hakkında Federal Kanun (Williams Act) (“Williams Kanunu”) ile değişik 1934 tarihli Sermaye Piyasası Kanunu (Securities Exchange Act)⁵⁴⁵ ile federal seviyede düzenlenmiştir. Williams Kanunu, ne devralmayı tanımlamış ne de bu Kanun’un kapsamına giren devralma hallerini belirtmiştir. Halka açık ortaklık hisselerinin halka arz yoluyla satışının, Kanun’un kapsamına girdiği açıktır. Burada, ABD SEC’nin Kanun’u diğer tüm devralmalara da uygulama amacıyla esnek davranması söz konusudur. Mahkemeler, Williams Kanunu m. 14/d hükmünün uygulanacağı devralma türlerini belirlemede sekiz kriter (“Wellmann Test”) kullanmaktadırlar: i) Halka açık ortaklık ortaklarının etkin ve

⁵⁴⁰ Brechbühl, s. 462, s. 474; Rihm, s. 3; Schönberg/Leemann, s. 476; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 53–54.

⁵⁴¹ OJ 30.04.2004- L 142, s. 12–23.

⁵⁴² Geniş bilgi için bkz. Harvey/Nourry, s. 19–28.

⁵⁴³ Cardale, Mark/Ainsworth, Lesley, “United Kingdom”, Lees, Clare (edit.), **International M&A Law**, London: Euromoney, 1991, s. 161; Davies, s. 858; French, s. 205; Issitt, s. 126; Sudarsanam, s. 440; Werry, s. 494–495.

⁵⁴⁴ Pennington, s. 150.

⁵⁴⁵ Kanun metni için bkz. <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf> (10.01.2010).

yaygın olarak, ii) Hedef ortaklığın önemli miktardaki hissesini, iii) Piyasa rayicinin üstünde bir fiyatla, iv) Alınabilecek minimum veya maksimum hisse miktarı şartına bağlı olarak, v) Belli bir satım süresiyle sınırlı şekilde, vi) Satma yükümlülüğü altında, vii) Büyük miktarda hisse senedinin toparlanması üzerine satım programının halka duyurulması yoluyla satmasıdır. Bir girişimin devralma sayılabilmesi için bu kriterlerin hepsinin mevcudiyeti aranmamaktadır. Bu kapsamda değerlendirilebilecek hisse satışlarının SEC’ye bildirim yükümlülüğü vardır⁵⁴⁶.

eee. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu

BanK m. 18 uyarınca, “Bir kişinin bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin %10’unun ve daha fazlasını temsil eden hisseleri edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin %10, %20, %33 veya %50’sini aşması sonucunu veren hisse edinimleri ile bir ortağa ait hisselerin, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren hisse devirleri, BDDK iznine tâbidir. Yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren hisselerin tesisi, devri veya yeni imtiyazlı hisse ihracı bu oransal sınırlara bakılmaksızın BDDK’nın iznine tâbidir”.

fff. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

3984 sayılı ve 13.04.1994 tarihli Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (“Radyo ve TV Hakkında Kanun”)⁵⁴⁷ m. 29 (h) uyarınca, “Bir özel radyo ve televizyon yayın kuruluşunda yabancı sermayenin oranı, ödenmiş sermayenin %25’ini geçemez. Aynı Kanun m. 29 (ı) uyarınca, bir özel radyo ve televizyon yayın kuruluşunda ortak olan gerçek veya tüzel yabancı kişi, bir başka radyo ve televizyon kuruluşuna ortak olamaz”. Radyo ve TV Hakkında Kanun m. 29 (j) uyarınca, “Radyo ve televizyon yayıncılığıyla uğraşan bir ortaklığın devralınması ve bir başka ortaklıkla birleşmesinde,, birleşmeden önce Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’ndan izin alınmalıdır”.

⁵⁴⁶ Bildirim ve prosedür hakkında geniş bilgi için bkz. Simpson/Flint/Potter, s. 213–220.

⁵⁴⁷ RG 20.04.1994–21911.

ABD hukukunda, benzer şekilde eğer hedef ortaklık, radyo veya televizyon istasyonuna sahipse devralma, Federal İletişim Komisyonu (Federal Communications Commission)'nın iznine tâbidir⁵⁴⁸.

f. Beyanlar ve Taahhütler

İnceleme ile elde edilen veriler çerçevesinde işlem konusu hedef işletmenin tanımı yapılmakta ve işletmenin nitelikleri belirlenerek hisse devir sözleşmesinin içeriği oluşturulmaktadır. İnceleme süreci sonucunda tespit edilen bazı hususların getireceği olası risklerden korunmak için beyan mektubunda veya hisse devir sözleşmesinde devreden tarafından bazı beyanlarda (representations, statements) bulunmakta ve bu beyanların eksik veya yanlış çıkması halinde zararın tazmin edileceği yolunda taahhütte (warranties) bulunmaktadır. Beyanlar, devreden devralana hedef ortaklık hakkında inceleme aşamasında sunduğu bilgi ve belgelerin tam ve doğru olduğu ve hedef ortaklık ile ilgili olarak hiçbir bilgi ve belgeyi vermekten kaçınmadığı yönündeki ifadeleridir⁵⁴⁹.

Devreden beyan mektubu, beyan ve taahhütler olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Beyan bölümünde, devreden, sağladığı bilgi ve belgelerin doğruluğu ölçüsünde sorumluluktan kurtulmaktadır ve bunlara ilişkin herhangi bir taahhüt altında değildir. Beyanlar bölümü ile taahhütler bölümü, genellikle birbirlerinden farklı hususları içermektedir. Devreden, beyan mektubunun ekine sorumluluk kapsamı dışındaki bilgilerin listesini ve belgeleri ekleyebilir (exhibits). İnceleme raporu, bu ek listenin hazırlanmasına yardımcıdır⁵⁵⁰.

İngiliz hukukunda, devreden tüm bildiklerini açıklama zorunluluğu öngören genel bir düzenleme yoktur. Diğer taraftan, bir taahhüdün doğru ve yanıltıcı olmaması için bir beyanda bulunulması gerekiyorsa devreden, beyanda bulunmuş sayılmaktadır. 2000 tarihli Malî Hizmetler ve Piyasa Kanunu (Financial Services and Markets Act)⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Hazen/Markham, s. 22.

⁵⁴⁹ Bainbridge, s. 72; Esin/Lokmanhekim, s. 23; Howson, s. 71; Picot, s. 91; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 224; Rankine/Howson, s. 110–111, s. 172; Rankine/Stedman/Bomer, s. 173; Örnek beyan mektubu için bkz. Oesterle, s. 328–329 ve Stilton, Appendix 2, Precedent 25, s. 826–829; Tshani/Von Planta/Oertle, s. 84; Whalley/Semler, s. 525; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 188–189.

⁵⁵⁰ Martinius, s. 37; Werry, s. 505.

⁵⁵¹ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000008_en_1 (10.01.2010).

bölüm 397/1 uyarınca, karşı taraftan kendisiyle bir yatırım anlaşması yapması amacıyla bilgi saklanması veya yanlış bilgi verilmesi cezaî suç oluşturmaktadır.

Genellikle devreden tarafından düzenlenmekle beraber devralanın da beyan mektubu düzenlemesi mümkündür. Satım bedeli nakit ödeniyorsa bu beyan ve taahhütler nispeten kısadır fakat hisse devri karşılığında devralanın başka ortaklıktaki bazı hisseleri verilmekte ise daha detaylı bir beyan mektubu düzenlenmektedir⁵⁵².

Sorumluluğun alıcıya ait olması prensibini savunan Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, devreden sorumluluğuna ilişkin yeterli bir hukukî düzenleme mevcut olmadığından dolayı devralan, devredenden daha detaylı ve uzun beyan mektubu hazırlamasını talep edebilmektedir⁵⁵³. Aynı şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi, ortaklık üzerinde kontrol sağlayacak orandaki hisse satışlarını dahi basit bir hisse devri olarak değerlendirmiş ve hukukî korumadan mahrum bırakmıştır. Doktrinde çoğunluk, bu tür hisse satışlarını işletmenin devri olarak nitelendirmekte ve taşınır devrine ilişkin kanunî düzenlemeler kapsamında saymaktadır. İsviçre’de, hisse devirlerinde hukukî korumanın tartışmalı olmasından dolayı devralan, sadece devreden beyan ve taahhütleri kapsamında hak iddia edebilmektedir. Ancak, hedef ortaklığın piyasa değerinde düşme halinde devreden beyan ve taahhütleri alınmış olmasa dahi devralanın devir işlemlerini feshetme hakkı vardır⁵⁵⁴.

Beyan ve taahhütlerin iki fonksiyonu vardır⁵⁵⁵: i) Hedef ortaklık hakkında bilgi toplamak. ii) Yanlış ve eksik bilgiler için devralana tazminat hakkı (indemnities) sağlamak.

Devreden tarafından beyan mektubu verilmemiş ise hedef ortaklık hakkında yanlış ve eksik bilgi ortaya çıkması halinde devreden ihmal ve hilesine dayanılabilmekle beraber bu hususun ispatı çok zordur. Bu durumda, söz konusu riski

⁵⁵² Miller, **M&A 1**, s. 215.

⁵⁵³ Werry, s. 504.

⁵⁵⁴ Brechbühl, s. 464; Esin/Lokmanhekim, s. 31; BGE 29 II 155 ve BGE 107 II 419 için bkz. <http://www.bger.ch> (10.01.2010).

⁵⁵⁵ Rankine/Howson, s. 172; Rankine/Stedman/Bomer, s. 173; Werry, s. 504; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 189.

bertaraf amacıyla devralan, baştan satım bedelinin daha düşük belirlenmesini talep edebilmektedir⁵⁵⁶.

Taraflarca beyan mektubunu destekleyici nitelikte ek düzenlemeler öngörülebilmektedir. Örneğin, beyanların doğruluğu hakkında hedef ortaklığın hukuk ve malî danışmanlarının görüşü alınabilmekte olup beyanların doğru olmadığının tespiti halinde bunların ihmalden dolayı sorumluluklarına gidilebilmektedir. Bazen de, yanlış beyan verilmesi, sözleşmeyi sona erdirmeye sebebi olarak kararlaştırılabilmektedir. Bu hükmün anlam ifade etmesi için, beyanın yanlış olduğunun en geç devir işlemlerinin tamamlanması tarihinde ortaya çıkması ve devrin iptalinin en geç devir işlemlerinin tamamlanmasından sonraki bir-iki hafta içinde gerçekleştirilmesi gerekir. Satım bedelinin tekrar ayarlanması, satım bedelinin ileride ortaklığın başarı şartına bağlı olarak belirlenmesi, üçüncü kişi tarafından teminat sağlanması, sigorta yapılması, bazı mal ve yükümlülüklerin devirden hariç tutulması kararlaştırılabilecek diğer önlemlere örnektir. Bir diğer önlem de, satım bedelinin kısmen veya tamamen yediemin tarafından muhafaza edilmesi (retention) ve beyanların yanlış olduğunun tespiti halinde devralanın bu bedeli geri alabilme imkânıdır. İşbu muhafaza süresi, genellikle 6–18 ay olarak belirlenmektedir⁵⁵⁷. Taraflar, bu imkânlar dışında eksik ve yanlış beyan halinde devreden tarafından tazminat ödenmesine de karar verebilmektedirler. Hisse devir sözleşmesinde, beyan ve taahhütlerin ihlalden kaynaklanan tazminatın hedef ortaklığa mı yoksa devralana mı ödeneceği açıkça kararlaştırılmalıdır⁵⁵⁸.

İsviçre OR m. 205 uyarınca, satıcının yanlış ve eksik beyanı halinde m. 200 hükmündeki şartlar mevcutsa alıcı, sözleşmenin feshini veya uygulamada daha yaygın olarak karşılaşıldığı üzere tazminat veya satım bedelinin indirilmesini talep edebilmektedir⁵⁵⁹.

İngiliz hukukunda, devreden yanlış beyanda bulunması durumunda ve bunun sonucu, işletmenin değer kaybı söz konusuysa devralan, tazminat talebinde bulunabilmektedir. Bu tür sözleşmesel zararlarda tazminat miktarı, genellikle işletmenin

⁵⁵⁶ Bainbridge, s. 72; Rankine/Howson, s. 178; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 189.

⁵⁵⁷ Bainbridge, s. 72-73; Martinius, s. 38-39; Picot, s. 90-91, s. 94; Rankine/Howson, s. 169-170, s. 178, s. 185; Spillman, s. 537-540; Werry, s. 507; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 189-190.

⁵⁵⁸ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 87.

⁵⁵⁹ Brechbühl, s. 465; Schönberg/Leemann, s. 474-475.

taahhüt edilen değeri ile gerçek piyasa değeri arasındaki fark oranındadır. 1967 tarihli Gerçeğe Aykırı Beyanlar Hakkında Kanun (Misrepresentation Act)⁵⁶⁰ uyarınca, devralmanın iptali ve devralanın, sözleşmenin imzalanmasından evvelki durumuna getirilmesi talep edilebilmektedir⁵⁶¹.

ABD hukukunda, satıcı tarafından aldatılan alıcı, sözleşmenin feshi veya tazminat taleplerinde bulunabilmektedir. Ancak, bunun için satıcının alıcıdan kasden önemli bir gerçeği saklamış olması gerekmektedir. Alıcı, borsadaki hisse devirlerinde dolandırıcılık konusunda gerek eyalet gerekse federal kanunlarla korunmaktadır⁵⁶².

Beyanlarının yanlış ve eksik olduğunun ortaya çıkması halinde devreden, genellikle beyan mektubunu düzeltmek yerine yeni bir beyan mektubu ile doğru bilgiyi sağlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir⁵⁶³.

Devreden, beyan mektubunda sorumluluk kapsamını daraltabilmektedir. Örneğin, sadece bilgisi dâhilindeki (knowledge exception) veya önem arzeden (material exception) konularda sorumlu olduğunu belirtebilir. Ancak, devreden zarara kasden veya ihmal sonucu sebebiyet vermişse sorumluluk kapsamına ilişkin sınırlamalar geçerli kabul edilmemektedir. Devralan, sorumluluk kapsamına girmeyen hâllerde devirden vazgeçme veya tazminat hakkını kullanamamaktadır. Uygulamada, devralan, devreden bildiği veya bilmesi gereken tüm durumlardan sorumlu olması gerektiği konusunda ısrar etmektedir.⁵⁶⁴

Devreden sorumluluğu, belli bir süreyle sınırlıdır. Genellikle, kanunî süre, altı-oniki yıl olmakla beraber taraflarca sözleşmede, bu süre iki-altı yıla indirilebilmektedir. Özellikle ABD hukukunda, halka açık ortaklıkların hisse devrinde, devreden beyanlarından sorumluluğu, genellikle devir işlemlerinin tamamlanmasına kadar geçerlidir. Bir yandan, devreden, belli bir miktarın altındaki (de minimis, basket, deductibles) zararlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilmekte bir yandan

⁵⁶⁰ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1967/cukpga_19670007_en_1 (10.01.2010).

⁵⁶¹ Werry, s. 508.

⁵⁶² Spillman, s. 536, s. 539.

⁵⁶³ Rankine/Stedman/Bomer, s. 173.

⁵⁶⁴ Brechbühl, s. 465, s. 478; Hanzen/Markham, s. 23; Martinius, s. 19; Miller, **M&A** 1, s. 215–218; Oesterle, s. 330; Werry, s. 505.

da, ödenecek tazminata bir alt sınır (floor) ve üst sınır (cap) konulabilmektedir. Beyan edilen hususlarda, kanun, vergi oranları ve muhasebe politikası gereği değişiklik olduğu takdirde devredenin sorumluluğu yoktur. Devralan, başka yollardan tazminat almışsa veya devir işlemlerinin tamamlanmasından sonra devredenin kontrolü dışında gelişen olaylardan ötürü zarara uğramışsa yine devredenin sorumluluğuna gidilememektedir. Devreden, ihlale üçüncü kişilerin yol açması halinde rücu edebilmektedir⁵⁶⁵.

Uygulamada, beyan ve taahhütler, özellikle şu hususları kapsamaktadır⁵⁶⁶:

i) Devre konu hisse veya mal ve haklar üzerinde tasarruf yetkisinin varlığı ve bir sınırlama bulunmadığı.

ii) İşletmenin faaliyeti için zaruri olan hukukî izin ve onayların bulunduğu.

iii) Bildirilenlerden başka herhangi bir davada taraf olunmadığı.

iv) Ortaklığın açıklanmayan herhangi bir muaccel veya müaccel veya şarta bağlı borcunun bulunmadığı.

v) Marka, lisans ve patentlerin geçerli olduğu ve herhangi bir itirazla karşılaşmadığı ve terkin gerektirecek bir sebebin bulunmadığı.

vi) Ortaklığın taraf olduğu sözleşmelerin geçerli olduğu ve feshini gerektirecek bir borca aykırılık yaratılmadığı.

ii) Vergi ve diğer kamu borçlarının bulunmadığı.

iii) Tapu sicilinde görünmeyen ve mülkiyet hakkı üzerinde etki yaratabilecek herhangi bir hak ve sınırlamanın bulunmadığı.

iv) İşletmeye tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmazların iyi durumda olduğu ve işletmeye etki edebilecek herhangi bir arızanın bulunmadığı.

v) Tüm hukukî defterlerin mevcut olduğu ve mevzuata uygun tutulduğu.

⁵⁶⁵ Brechbühl, s. 465; Kay, s. 499; Martinius, s. 37–38; Rankine/Howson, s. 182, s. 184; Spillman, s. 521, s. 530, s. 538; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 87; Werry, s. 507; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 189–190.

⁵⁶⁶ Brechbühl, s. 479, s. 504; Esin/Lokmanhekim, s. 39; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 86; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 189; Örnek beyan ve taahhüt hükmü için bkz. Brechbühl, s. 479; Werry, s. 505–506.

vi) İş sözleşmeleri ile emeklilik planlarının uygunluğu.

vii) Gerekli sigorta poliçelerinin mevcudiyeti.

viii) Malî bilgilerin doğruluğu.

Türk hukukunda, hedef ortaklığın beyan ve taahhüt edilen nitelikleriyle gerçekte mevcut nitelikleri arasında fark olması halinde bu durum, borçlar hukuku alanında ayıp olarak nitelendirilmekte ve devredenin sorumluluğunun kapsamı devir sözleşmesi çerçevesinde satıcının ayıba karşı teminat borcu olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁶⁷. BK m. 197 uyarınca, “Satıcı, alıcıya karşı satılanın zikir ve vaat ettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi, maddî veya hukukî sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale ve ehemniyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir”. Diğer deyişle, satıcının ayıba karşı teminat borcu; i) Satılan ile ilgili olarak beyan ve vaat edilen niteliklerden dolayı sorumluluk ve ii) Sözleşme gereğince satılandan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikleri bulunmasından (lüzumlu nitelikler) dolayı sorumluluk olmak üzere iki türdür.

Satıcının, ayıba karşı teminat borcunun beyan ve vaat edilen niteliklerden kaynaklanması için satılanın hukukî, ekonomik veya maddî nitelikleri veya niteliklerden herhangi birini açıkça beyan ve vaat etmiş olmalıdır⁵⁶⁸.

Lüzumlu niteliklerden⁵⁶⁹ dolayı ayıba karşı teminat bakımından satılanın ayıplı sayılması için şu şartlar aranmaktadır⁵⁷⁰:

i) Satılan şeyde, satım sözleşmesinde kastedilen normal kullanma tarzı veya tahsis olunduğu amaç itibarıyla değerini veya elverişliliğini kaldıran veya azaltan noksanlıkların bulunması gereklidir.

ii) Ayıp önemli olmalıdır.

⁵⁶⁷ Esin/Lokmanhekim, s. 41.

⁵⁶⁸ Yavuz/Özen/Acar, s. 109–110.

⁵⁶⁹ Bulunması gereken lüzumlu nitelikler bir işletme açısından tanımlanamaz. Bunun sonucu olarak, lüzumlu niteliklerdeki eksiklikler nedeniyle satıcının sorumluluğuna gidilmesi çok zor hatta imkânsızdır (bkz. Esin/Lokmanhekim, s. 42).

⁵⁷⁰ Tandoğan, **Borçlar Hukuku 1**, s. 167–176; Yavuz, Cevdet, **Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul: Beta Basım, 1989, s. 60–103; Yavuz/Özen/Acar, s. 99–109.

iii) Satılan şeydeki ayıp, gizli olmalıdır. BK m. 197 uyarınca, satıcı, alıcının satım zamanında malumu olan ayıptan mesul olmadığı gibi satılanı kâfi derecede muayene etmekle fark edebileceği ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mesul olur. Devralan tarafından yürütülen inceleme sonucunda devralan tarafından bilinen veya öngörülebilir nitelikteki ayıpların mevcut olmadığı devreden tarafından hisse devir sözleşmesinde temin edilirse yani devreden bu yönde bir beyan ve taahhütte bulunursa sorumluluğunun gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Aynı şekilde, inceleme sonucunda devralan, hedef işletmenin devirde hedeflenen amacı gerçekleştirmeyi sağlayacak vasıfları taşıyıp taşımadığını tespit edebilme imkânına sahip olsa da devreden hisse devir sözleşmesinde hedef işletme ile ilgili özel nitelik bildirimlerinde bulunması mümkündür. Böyle bir durumun varlığı halinde kuşkusuz devreden, beyan ve taahhütte bulunduğu işletme vasıflarının mevcut olmamasından dolayı sorumludur. Çünkü, BK m. 194 uyarınca, satıcı, satım konusu şeyle ilgili olarak zikir ve vaat ettiği vasıfların satım konusu şeyde bulunmaması halinde sorumlu olacaktır. İsviçre OR m. 200/1 uyarınca, satıcı, satım esnasında alıcının bilgisi dâhilinde olan ayıplardan sorumlu değildir. OR m. 200/2 uyarınca, alıcının olağan dikkat sonucu bilmesi gerekli ayıplardan dolayı satıcı, ancak alıcıda böyle bir sakatlık bulunmadığı inancını uyandırmışsa sorumludur.

iv) Satılan şeydeki ayıp, hasarın geçmesinden önce mevcut olmalıdır. BK m. 183 uyarınca, hasar, kural olarak sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmektedir. Bu kuralın uygulanması için satım sözleşmesinin kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış ve satılanın belirlenmiş olması, satılanın uğradığı zararda satıcının herhangi bir kusurunun bulunmaması ve son olarak da halin icaplarından, sözleşmeden veya özel kanun hükümlerinden doğan istisnaların gerçekleşmemiş bulunması gereklidir⁵⁷¹. Kural olarak, hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar nedeni ile satıcı sorumlu tutulamaz. Hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplardan satıcının sorumlu olabilmesi için bu ayıpların önceden mevcut sebeplere dayanması gereklidir.

⁵⁷¹ Yavuz/Özen/Acar, s. 59-63.

v) Ayıba karşı teminat borcu, sözleşme ile kaldırılmamış olmalıdır. Ancak, BK m. 196 uyarınca, satıcı, satılanın ayıbını hile ile gizlemiş ise satımda teminat hükmünü iskat ve tahdit eden her şart batıldır.

vi) Alıcı, hukukî külfetlerini yerine getirmiş olmalıdır. BK m. 198 uyarınca, alıcı, satılanı teslim aldıktan sonra örf ve âdete göre imkânı olur olmaz muayene edip ayıp olması halinde bu durumu derhal satıcıya bildirmekle sorumludur. Ticarî satımlarda ise, TTK m. 25/3 uyarınca, “Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı, 2 gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değilse alıcı, emtiayı teslim aldıktan sonra 8 gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur”. Her halükarda, muayene ve ihbar külfetleri en geç ayıp ile ilgili zamanaşımı süreleri içinde yerine getirilmelidir. Bu süreler, adî satışlarda 1 yıl, ticarî satışlarda ise 6 aydır. Bir görüşe göre, tekrar satma amacına yönelmeyen hisse devri, ticarî bir satış olarak değil de bir adî satış olarak değerlendirilmeli ve dolayısıyla, BK’daki adî satış hükümlerine ve 4077 sayılı ve 23.02.1995 tarihli Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanun (“TKHK”)⁵⁷²,a tâbi tutulmalıdır⁵⁷³. TKHK m. 4/1 uyarınca, “Ambalajında, etiketinde, tanıtmaya ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddî, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir”. TKHK m. 4/2 uyarınca, “Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hâllerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir”.

⁵⁷² RG 22221 – 03.03.1995.

⁵⁷³ Esin/Lokmanhekim, s. 34.

TKHK m. 4/4 uyarınca, “Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tâbidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise, üç yıllık zamanaşımına tâbidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz”. Genel kabul gören görüşe göre, taraflardan birinin tacir olduğu sözleşmelerin ticarî satış olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁵⁷⁴. Çünkü, TTK m. 21/1 c. 1 uyarınca, “Bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır”. Kaldı ki; tacir tüzel kişi ise adî alanı yoktur bütün borçları ticarî sayılır. Ayrıca, TTK m. 3 uyarınca, “Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticarî işlerdendir”. Ticarî ve adî satış işlemi arasındaki en belirgin fark, TTK m. 25 (3) – (4) hükmünde belirtildiği şekilde, satım konusunun ayıplı olması halinde alıcının tâbi olduğu ayıp ihbar süreleri ile ayıp halinde alıcının sahip olduğu imkânları kullanmasına ilişkin süreler bakımındandır⁵⁷⁵.

İsviçre OR m. 201 uyarınca, devralan, devir konusu ortaklığı mümkün olan en kısa sürede incelemelidir. Devralmanın karmaşık yapısı nedeniyle doktrinde bu sürenin en az iki ay olması gerektiği ileri savunulmaktadır⁵⁷⁶. Bu inceleme sürecinin devralana, hedef ortaklığı önceden bir muayene etme imkânı verdiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira devreden, inceleme sonucunda hedef ortaklığın bünyesinde mevcut olan ayıpların artık gizli ayıp olma niteliğini yitirerek açık ayıp haline dönüştüğünü ileri sürebilecektir⁵⁷⁷. Şu iki ihtimalde devreden, devralanın yeterli dikkati gösterseydi işletmedeki ayıpları fark edebileceğini ileri sürememektedir⁵⁷⁸: i) Devreden, talep edilen tüm bilgi ve belgeleri devralanın incelemesine hazır etmekle beraber hedef işletmenin ayıplı olduğunu gösteren veya ayıplı olarak nitelendirilmesi ihtimalini

⁵⁷⁴ Arkan, s. 63–64; Eriş, Gönen, **Ticari İşletme ve Şirketler (“İşletme”)**, C. 1–2, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s. 196, s. 628; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. bs.’den 12. tıpkı bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 68–69.

⁵⁷⁵ Arkan, s. 85.

⁵⁷⁶ Brechbühl, s. 464.

⁵⁷⁷ Martinius, s. 35; Özeke, s. 38.

⁵⁷⁸ Özeke, s. 38; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 227.

barındıran bazı hususları bilerek devralanın incelemesine sunmamış olması veya söz konusu maddî ayıpların mevcut olmadığını belirtmesi. ii) Devir konusu işletme ile ilgili talep edilen bilgi ve belgeler üzerinde yapılan inceleme sırasında yeterli dikkat sarf edilse bile işletme ile ilgili ayıpların ortaya çıkarılmasının mümkün olmaması. Devralanın yeterli dikkati sarf edip etmediğinin belirlenmesinde ortaya çıkan ayıpların inceleme sürecinde belirlenebilir olup olmadığının dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olaya ve ayıbın niteliğine göre değerlendirilmesi gerektiği gözardı edilmemelidir⁵⁷⁹.

Ayıptan sorumluluk hükümlerinin hisse devir sözleşmesinde, kapsamlı olarak düzenlenmemesi halinde devralan sorun yaşayabilmektedir⁵⁸⁰. Şöyle ki; i) Devir konusunun iyi tespit edilmesi gerekir. Aksi takdirde, devreden, işletmeyi değil malvarlığı veya hisseleri sattığı gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. ii) Ayıbın, hasar ve yararın geçtiği anda yani sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olduğunu ispatlamak yaşayan bir organizma olan işletme söz konusuysa zor olacaktır. iii) Ayıbın gizli olması zorunluluğu, yapılan hukukî ve finansal inceleme sonucunda ciddi surette tehlikeye girecektir. iv) Muayene ve ihbar külfetleri ve bunlara ilişkin süreler, devralanı zora sokan diğer öğelerdir. v) Devralanın BK m. 202 vd. hükümler çerçevesindeki hakları yani satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesi ve sözleşmeden dönme imkânı işletmenin devrine uygulanabilir nitelikte değildir. Satım bedelinin tenzili ise, işletmenin objektif ve subjektif değerinin hesaplanması sonucunda mümkün olabilecektir. İşletmenin objektif değerini hesaplamak ise son derece güçtür.

Yaşayan bir ekonomik organizma olan işletmenin devralanın işletmeyi incelemesi ile devir işlemi arasındaki zaman diliminde değişiklik yaşamaması neredeyse imkânsızdır. Bu sebeple, bir taraftan hukukî inceleme sonucunda elde edilen niteliklerin tanımlanması, diğer taraftan da inceleme sonrasında meydana gelen değişikliklerin sözleşmede ifade edilmesi gerekmektedir. Uygulamada, önemli olumsuz değişikliklere ilişkin hükümler (material adverse change clauses) olarak ifade edilen bu hükümler ile incelemeye başlayıp devir işlemlerinin tamamlanmasıyla sona eren tüm aşamaların sözleşme ile düzenlenmesi sağlanmakta ve devredenın beyan ve taahhütleri devir

⁵⁷⁹ Özeke, s. 39.

⁵⁸⁰ Esin/Lokmanhekim, s. 44-45.

işlemlerinin tamamlanması aşamasında tekrardan alınmaktadır⁵⁸¹. Bu hükümler ile ayrıca, devralma kapsamında akdedilen sözleşmelerin yapılmasından sonra ve devir işlemlerinin tamamlanmasından evvel hedef ortaklıkta önemli bir değişiklik ortaya çıkması halinde devralana sözleşmeyi bozma imkânı tanınmaktadır⁵⁸².

İsviçre hukukunda, devreden, devir işlemlerinin tamamlanmasına kadar devralmaya konu ortaklığın olağan şekilde faaliyetlerinin yürütülmesinden sorumludur. Bu dönemde, önemli kararları almadan evvel devralanın onayına sunmalı, ortaklık mallarının satışından veya kâr dağıtımından kaçınmalıdır. Devralan ise, hedef ortaklığı takip etmeli, herhangi bir ihlali fark eder etmez devredeni uyarmalıdır. Derhal ihbar yapılmaması halinde aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça devralan tazminat talep etme hakkını kaybetmektedir⁵⁸³.

g. Yükümlülükler

Yükümlülükler (covenants), devreden tarafından hedef ortaklığa ait bir takım yükümlülükler altına girilmesi ve bunlardan kaynaklanabilecek zararların tazmin edileceğinin beyan mektubunda veya hisse devir sözleşmesinde kabul edilmesidir⁵⁸⁴.

Yükümlülükler iki türdür: i) Olumlu yükümlülüklerde devreden, yapma yükümlülüğü altındadır. ii) Olumsuz yükümlülüklerde ise, yapmama yükümlülüğü söz konusudur. Devreden devralana; ortaklık bilgilerine ulaşma imkânının sağlanması, devrin gerçekleştirilmesi için gereken şartların (resmi izinler, ortaklar kurulu onayı, vs.) yerine getirilmesi, sözleşmelerin imzası ile devir işlemlerinin tamamlanması aşaması arasındaki dönemde hedef ortaklığın yönetilmesi, hedef ortaklığa ait gizli bilgilerin korunması, devir işlemlerinin tamamlanmasından sonra belli bir süre hedef ortaklığın faaliyet konusu ve bölgesinde rekabet etmeme (non-competition), hedef ortaklığın müşterilerine iş teklif etmeme (non-solicitation) veya görüşmeme (non-dealing), hedef

⁵⁸¹ Esin/Lokmanhekim, s. 45–46; Werry, s. 509; Oesterle, s. 328, s. 360; Picot, s. 92–94; Spillman, s. 532; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 87; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 189.

⁵⁸² Hanzen/Markham, s. 135; Issitt, s. 123; Kay, s. 500; Miller, **M&A 1**, s. 29.

⁵⁸³ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 87–88.

⁵⁸⁴ Rankine/Stedman/Bomer, s. 173.

ortaklık üst düzey çalışanlara iş teklifinde bulunmama şeklinde vermiş olduğu sözler yükümlülükler birer örnektir⁵⁸⁵.

Yükümlülükler arasında en dikkat çekicisi, rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Taraflar, devir işleminin tamamlanmasından sonra belli bir süre boyunca devreden, hisseleri veya malvarlığı devre konu olan işletme ile bu işletmenin sözleşmede tanımlanan faaliyet alanı içinde rekabet etmemesi yönünde anlaşmaya varabilmektedirler. Rekabet etme yasağının süresi, hisselerin tümünün devredildiği ve bir teknik bilgi veya müşteri çevresi transferinin söz konusu olduğu durumlarda genellikle iki-üç yıl olarak tespit edilmektedir. Hisselerin kısmen devri halinde rekabet yasağı, ortaklığın devamı süresince geçerlidir. Örneğin, devreden belli bir coğrafi alanda devredilen işletmeye rakip yeni bir ortaklık kurmaması, aynı konuda faaliyet gösteren bir işletme ile doğrudan ve dolaylı bir işbirliğine girmemesi, bu tür bir işletmede yönetim kurulu üyesi, danışman, denetçi veya başka bir sıfatla iş görmemesi veya doğrudan veya dolaylı olarak bir menfaatinin bulunmaması, devre konu ortaklığın müşterileri ve mal ile hizmet tedarikçileri ile ilişki kurmaması sıklıkla karşılaşılan rekabet sınırlamalarıdır⁵⁸⁶. Uygulamada, rekabet yasağına veya rekabeti sınırlamaya dair sözleşmede kararlaştırılan hükümler, aynı zamanda devreden bağlı ortaklık ve iştirakleri veya kontrol ettiği işletmeler için de geçerlidir⁵⁸⁷.

Yükümlülükler, tarafların hukuken kabul edilebilir menfaatlerini koruma amacı gütmeli, kamu yararına aykırı olmamalı, kapsam, coğrafi alan ve süre bakımından sınırlandırılmalı ve makul ölçüde olmalıdır⁵⁸⁸.

İngiliz hukukunda, yükümlülükler, rekabete aykırı olarak değerlendirilmektedir. Yükümlülükler, genellikle devir işlemlerinin tamamlanmasından itibaren en fazla iki yıl süreyle, makul ve hedef ortaklığın değerini korumak için gerekli olandan daha az zahmetli oldukları takdirde geçerlidirler⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Rankine/Howson, s. 173-174; Oesterle, s. 330-331; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 188.

⁵⁸⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 49-50.

⁵⁸⁷ Geniş bilgi için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=kararliste> (10.01.2010).

⁵⁸⁸ Rankine/Howson, s. 174-175; Schönberg/Leemann, s. 479; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 87.

⁵⁸⁹ Issitt, s. 130; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 188.

ABD hukukunda, rekabet yükümlülüğü, geçerlilik alanı, süresi ve şartı bakımından makul ölçüde ise kabul edilmektedir. Ayrıca, rekabet yasağına ilişkin anlaşmaların rekabeti engelleyici şekilde rekabet kanunlarına aykırı olmaması gerekmektedir⁵⁹⁰.

Hisse devir sözleşmesinde, yükümlülüklerin ihlalden kaynaklanan tazminatın hedef ortaklığa mı yoksa alıcıya mı ödeneceği açıkça kararlaştırılmalıdır⁵⁹¹. Ayrıca, tazminat miktarının tavanı (cap) ve tabanı (floor) ile tazminat talep edilemeyecek zarar miktarı (deductibles) gibi hususların da açıkça belirtilmesinde fayda vardır⁵⁹².

h. Cezaî Şart

Devir işlemlerinde, ifası öngörülen bazı borçların hiç veya gereği gibi ifa edilmemeleri durumunda, aynen ifa veya ifa etmeme sebebiyle talep edilebilecek tazminat miktarının tespiti amacı ile diğer tarafın malvarlığında meydana gelen azalmanın hesaplanması bazen güç hatta, imkânsız olabilmektedir. Bu güçlüğü aşmak için uygulamada, genellikle borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde belirli bir miktar nakdin cezaî şart (penalty clause) olarak karşı tarafa ödenmesi öngörülmektedir⁵⁹³. Bazı durumlarda, alım opsiyonu (call option) veya satım opsiyonu (put option), birer cezaî şart gibi düzenlenmektedir⁵⁹⁴.

Borcun ihlali halinde, alacaklı, genellikle borçluyu aynen ifaya veya tazminat vermeye zorlayabilmektedir. Fakat, bu durumda, alacaklının hem zarara uğradığını hem de uğradığı zararın miktarını ispat etmesi gerekmektedir. Oysa borçlu, cezaî şart ödemeyi taahhüt etmişse alacaklı, herhangi bir zarara uğradığını iddia etmek veya zararın miktarını ispat etmek zorunda kalmadan tazminat elde etmek imkânı bulmaktadır. Cezaî şart ödenmesi kararlaştırılması halinde, alacaklı, zarara uğramamış olsa dahi bunu talep edebilmektedir. Temerrüde düşen borçlunun, cezaî şart ödemekle

⁵⁹⁰ Kay, s. 505-506.

⁵⁹¹ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 87.

⁵⁹² Kay, s. 499.

⁵⁹³ Esin/Lokmanhekim, s. 46,

⁵⁹⁴ A.e., s. 48.

yükümlü tutulabilmesi için kusurlu olması aranmaktadır. Burada, ispat yükü yer değiştirmiş olup borçlu, kusursuzluğunu ispatla mükelleftir⁵⁹⁵.

BK m. 158/1 uyarınca, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde cezaî şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, alacaklı ya borcun aynen ifasını veya cezaî şartın ödenmesini isteyebilir. Bu halde, alacaklı borcu ifa etmeyen borçludan aynen ifa yerine cezaî şartı isteyebilmek için önceden ihtarda bulunmalıdır. Bu, ifanın yerine geçen cezaî şart olarak adlandırılmaktadır. Fakat, BK m. 158/2 uyarınca, cezaî şart ifanın sözleşmede belirtilen zamanda ve yerde gerçekleştirilmemesi hali için kararlaştırılmışsa, alacaklı, hem aynen ifayı hem de cezaî şartı talep edebilmektedir. Ayrıca, BK m. 158/1 hükmü emredici olmadığından dolayı ikinci fıkra haricinde de taraflar, hem ifanın hem de cezaî şartın istenebileceğini kararlaştırabilirler.

Kural olarak, taraflar, cezaî şartın miktarını tayinde serbest olmakla beraber BK m. 161/3 uyarınca hâkim, adî işlerde fahiş gördüğü ceza miktarını indirebilmektedir. Doktrinde⁵⁹⁶ tartışmalı olmakla beraber hâkimin cezaî şartın aşırı olup olmadığını resen inceleyip gerektiğinde indirim yapmak zorunda olduğu Yargıtay⁵⁹⁷ tarafından kabul edilmektedir. Aşırı cezaî şartın indirilmesini öngören bu kuralın zayıf durumda bulunan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik kamu düzenine ilişkin ve/veya doğrudan uygulanan bir kural olduğu genellikle kabul edilmektedir⁵⁹⁸.

TTK m. 24 hükmü, tacir sıfatını haiz borçluların cezaî şartın indirilmesi talebinde bulunamayacaklarını öngörmüştür. Hisse devirlerinde olduğu üzere ticarî uyuşmazlıklarda ilgili sözleşmede yer verilen cezaî şartın miktarı, tacir sıfatını haiz borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecedeysen ve borçlunun ekonomik kişilik hakkını, ticarî faaliyetini ihlal edecek şekilde aşırı ise hâkim, bu sefer BK m. 20/2

⁵⁹⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 46-47.

⁵⁹⁶ Reisoğlu, Safa, s. 413; Tunçomağ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul: İÜ Yayınları, 1963, s. 135-140.

⁵⁹⁷ Yar. 15. HD 28.12.1989 T., 1989/1938 E. ve 1989/5496 K.; Yar. 13. HD 02.05.1994 T., 1994/3591 E. ve 1994/4278 K. sayılı kararlar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁵⁹⁸ Çelikel/Erdem, s. 15; Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 31; Özdemir Kocasakal, s. 254; Reisoğlu, Safa, s. 414.

hükmüne dayanarak aşırı gördüğü cezaî şartı takdir yetkisini kullanarak indirebilmekte veya tamamen kaldırabilmektedir⁵⁹⁹. Yargıtay⁶⁰⁰ kararları, bu yöndedir.

Cezaî şartın fer'î mahiyette bir borç olması nedeniyle kural olarak asıl borcun hükümsüz olması halinde cezaî şart da buna bağlı olarak hükümsüz olmaktadır⁶⁰¹. Cezaî şart ve hisse devir sözleşmesinde yer alan benzeri şartlar; aşırıya kaçmamalı, kapsam, coğrafi alan ve süre ile sınırlandırılmalı ve kural olarak süresi üç yılı geçmemelidir⁶⁰².

C. Ortaklıkla İlgili Sözleşmeler

Birleşme ve devralmalar, genellikle, sermaye devirleri ve artırımlarını gündeme getirmekte olup ortaklıkların esas sözleşmelerinde değişiklik yapmayı gerektirmektedir⁶⁰³. Bu nedenle, bu bölümde, ortaklık esas sözleşmesi ile esas sözleşmede yer verilemeyen bazı hususları düzenlemek amacıyla akdedilen ortaklar sözleşmesinin incelenmesinde fayda görmekteyiz.

1. Ortaklar Sözleşmesi

a. Amaç, Konu ve Kapsam

Ortakların üzerinde anlaştıkları hak ve yükümlülüklerinin bazılarının ortaklık esas sözleşmesinde düzenlenmesine resmi mercilerce izin verilmemesi veya ortakların bu hususların bazılarının ortaklık esas sözleşmesinde yer almasını tercih etmemeleri halinde bu hak ve yükümlülüklerini tespit etmek ve düzenlemek amacıyla ortaklar arasında bir ortaklar sözleşmesi (shareholders agreement)⁶⁰⁴ yapılabilmektedir. Ortaklar sözleşmesinin; hisse taahhüdü, hisse devir veya ortak girişim sözleşmesi ile beraber tek bir belge olarak düzenlenmesi de mümkündür⁶⁰⁵.

⁵⁹⁹ Demir Gökyayla, s. 189.

⁶⁰⁰ Yar. 19. HD, 19.04.2007 T., 2006/11401 E. ve 2007/3998 K. sayılı karar; Yar. 19. HD, 25.01.2006 T., 2005/4447 E. ve 2006/389 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁶⁰¹ Esin/Lokmanhekim, s. 46.

⁶⁰² Tschani/Von Planta/Oertle, s. 87.

⁶⁰³ Sarıkamış, s. 110.

⁶⁰⁴ Geniş bilgi için bkz. Okutan Nilsson, s. 1 vd.

⁶⁰⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 67.

Ortaklar sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olmasından dolayı ortaklar tarafından serbestçe şekillendirilebilmektedir⁶⁰⁶. Ortaklar sözleşmesi, çoğu kez bir ortaklık sözleşmesi niteliğini taşımakta olup taraflar arasında bir adî ortaklık oluşturmaktadır⁶⁰⁷. BK m. 520 uyarınca, ortaklık sözleşmesi, sözleşme taraflarının ortak bir amaca erişmek için güçlerini birleştirdikleri bir sözleşmedir. Aksi görüş, ortaklık çatısı altında karşılıklı hak ve borçlar üstlenen tarafların amacının genellikle bir adî ortaklık kurmak değil münhasıran anonim ortaklık ortağı olarak hak ve yükümlülüklerini belirlemek olduğunu savunmaktadır⁶⁰⁸.

Uygulamada, esas sözleşmede yer verilemeyen hükümler ile ortakların birbirlerine karşı kişisel taahhütleri, ortaklığın performansı, cezaî şart, oy verme taahhütleri, rekabet yasağı, ortaklığın finansmanı, ortakların birbirlerine hisse satma veya birbirlerinden hisse satın alma zorunluluğu, sadakat yükümlülüğü, bu taahhütlere aykırılığın neticeleri ve benzeri hükümlerin bir ortaklar sözleşmesi ile düzenlenmesi yoluna gidilmektedir. Esas sözleşme ile düzenlenebilen ve ortaklığın sermayesine aynî sermaye konulmasının söz konusu olduğu takdirde ortaklığa aynî sermaye olarak konulan mallara, ortaklar kurulu ve yönetim kuruluna, oy hakkına ve kullanılmasına ilişkin esaslara, ortaklık yönetimine ve denetçilere ilişkin hükümler ile benzeri hükümlere de ortaklar sözleşmesinde yer verilebilmektedir⁶⁰⁹.

TTK m. 405 hükmünde yer alan, ortaklara kural olarak sermaye koyma borcu dışında herhangi bir borç yüklenemez ve ortakların borcu koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlıdır yolundaki düzenleme (“tek borç ilkesi”) nedeniyle ortaklar, birbirlerine ve ortaklığa karşı ek yükümlülükler getirmek istedikleri takdirde ortaklar sözleşmesi yapma yoluna gitmektedirler. Ortaklar, kendi aralarında veya ortaklığa karşı ortaklar sözleşmesi ile borçlar hukukuna tâbi yükümlülükler üstlenmektedirler. Bu tür yükümlülükler, ortaklar sözleşmesine taraf olan ortağın rızası ile kabul edilmiş olup onu kişisel bir borç altına soktuğundan dolayı tek borç ilkesine aykırı düşmemektedir⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Okutan Nilsson, s. 73, s. 110.

⁶⁰⁷ A.e., s. 80.

⁶⁰⁸ Esin/Lokmanhekim, s. 67.

⁶⁰⁹ A.e., s. 66–67.

⁶¹⁰ Okutan Nilsson, s. 40–41.

Ortaklar sözleşmesinin tarafları, ortaklığın tüm veya bir kısım ortaklarıdır. Bunlar, kural olarak beraberce hisse çoğunluğunu veya hisselerin tümünü kontrol etmektedirler. Hisse çoğunluğunu elinde bulundurmayan ortakların yaptıkları sözleşmeler ise, yönetime doğrudan etki etme imkânından yoksun olacakları için çok sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadırlar⁶¹¹.

Bazen, tarafların, sahip oldukları hak ve yükümlülükleri, sadece, birbirlerine karşı değil aynı zamanda ortaklığa karşı ileri sürebilmelerine olanak tanımak ve ortaklığın da bunlara karşı hak sahibi olmasını sağlamak için ortaklığın da ortaklar sözleşmesine taraf olduğu görülmektedir. Ancak, bu tür bir ortaklar sözleşmesi, emredici hüküm niteliğindeki ortaklığın ortaklarına karşı eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır⁶¹².

Ortaklar sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olmasının önemli bir sonucu, sözleşmenin zorunlu içeriğinin bulunmamasıdır. Bu durum, ortaklar sözleşmesini esas sözleşmeden ayıran önemli unsurlardan biridir⁶¹³. Bir yandan sözleşme serbestisinin sağladığı geniş hareket alanı, diğer yandan da her ortaklığın gereksinimlerinin farklı olması, ortaklar sözleşmesi hükümlerinin çeşitliliğine yol açmaktadır. Ortaklar sözleşmesinde yer alabilecek hükümlerin tam bir listesini vermek imkânsızdır⁶¹⁴. Bununla beraber, aşağıda ortaklar sözleşmesine konulabilecek hükümlerden önem arz edenlere⁶¹⁵ kısaca değinmekte fayda vardır:

i) Ortaklar, ortaklar sözleşmesi yoluyla en başta ortaklar kurulu ve yönetim kurulu kararlarının oluşmasına ilişkin olarak ne şekilde hareket edeceklerini ve ortaklığın işleyişini düzenlemektedirler. Yatırım ve üretim stratejileri, iş planları buna örnektir. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve bunların temsil ve imza yetkilerinin belirlenmesi, ortaklığın işleyişi ile ilgili en önemli konulardan biridir ve ortaklar sözleşmesi ile detaylı olarak düzenlenebilmektedir. Denetçilerin nasıl ve kimler arasından seçileceği, TTK m. 347 vd. hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla ortaklar

⁶¹¹ Esin/Lokmanhekim, s. 68.

⁶¹² A.e.

⁶¹³ Okutan Nilsson, s. 110.

⁶¹⁴ A.e., s. 111.

⁶¹⁵ Geniş bilgi için bkz. a.e., s. 208–260.

sözleşmesinde belirlenebilmektedir. Ortaklar sözleşmesinde, ortaklık için bağımsız bir dış denetçinin tayin edilmesi ve bunun nasıl belirleneceği öngörülebilmektedir⁶¹⁶.

ii) Taraflarca, ortaklar sözleşmesi ile öngördükleri konulara ilişkin hususların hukukî açıdan zorunluluk arzemesi dahi ortaklar kurulu ve/veya yönetim kurulu tarafından oylanarak bir karara bağlanması ve bu kararın geçerliliği için bazen ağırlaştırılmış toplantı ve/veya karar nisapları aranması uygulamada sıklıkla başvuru olan bir yöntemdir⁶¹⁷.

iii) Tarafların ortak olarak birbirlerine karşı borçlarının hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline binaen ortaklar sözleşmesinde, cezaî şart kararlaştırılabilmektedir⁶¹⁸.

iv) Ortaklar, birbirleri ve ortaklık ile aralarındaki rekabete ilişkin hususları bir rekabet yasağı sözleşmesi veya ortaklar sözleşmesi ile düzenleyebilmektedirler (rekabet hukuku açısından yan sınırlamalar)⁶¹⁹.

v) Alım ve satım opsiyonları; hisse taahhüdü sözleşmesi, hisse devir sözleşmesi veya ortaklar sözleşmesi ile veya ayrı bir opsiyon sözleşmesi şeklinde düzenlenebilmektedir. Alım ve satım opsiyonları, ortaklar sözleşmesinde iki farklı amaca yönelik olarak öngörülmektedir: i) İlki, teminat amaçlı opsiyon hakkıdır. Bu hak, taraflardan birinin borca aykırı davranması durumunda uygulama alanı bulur ve cezaî niteliktedir. ii) İkinci tür opsiyon hakkı ise, ortaklardan birinin belirli bir sürenin geçmesiyle veya belirli şartlar gerçekleşince ortaklıktan çıkmasına yöneliktir. Bu tür opsiyon hakkına, risk sermayesi yapılarında rastlanmaktadır. Teminat amaçlı opsiyonlarda, genellikle sözleşme ihlali olarak adlandırabileceğimiz tetikleyici olgunun yerini burada, bir süre sonra yatırımın geri dönüşü almaktadır ve opsiyon bedeli cezalandırıcı olmaktan ziyade ticarî tercihler ve görüşmelerle belirlenmektedir⁶²⁰. Bazen, taraflar, ortaklık sözleşmesinin ihlali söz konusu olmamakla beraber bazı konularda anlaşamamakta ve ortaklık kilitlenmektedir (deadlock). Bu durumda,

⁶¹⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 69–71.

⁶¹⁷ A.e., s. 71–73.

⁶¹⁸ A.e., s. 73–74.

⁶¹⁹ Geniş bilgi için bkz. Erdem, Halil Ercüment, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, **GÜHFD (“GÜHFD 1”)**, S. 1, 2002, s. 310–346; Esin/Lokmanhekim, s. 79.

⁶²⁰ Esin/Lokmanhekim, s. 74–75.

tarafına alım veya satım opsiyonu tanınabilmekte veya ortaklığın tasfiyesine karar verilebilmektedir. Bu tür opsiyon hakkında, hisseler için realist değerler ödenmelidir⁶²¹.

vi) Ortaklardan birinin hisselerini üçüncü bir kişiye devretmesini engellemek veya en azından kontrol altına almak için ortaklar sözleşmesinde sıklıkla devir sınırlamaları ve engelleri öngörülmektedir. Hisse devir sınırlamaları, uygulamada genellikle ortaklıkların yabancılaşmasını önlemek, rakip ortaklıklara hisse devrini engellemek ve millî piyasayı kontrol eden ortağı ortaklık içinde tutarak performansı maksimize etmek için başvurulmuş bir yoldur. Bu sınırlamalara esas sözleşme ve teminatlar ile işlerlik kazandırılabilir. Ortaklar sözleşmesi ile öngörülen yapıya aykırı devirlerin ortaklık önünde bağlayıcılık arz edip etmeyeceği tartışmaya açık bir konudur. Hisse devir sınırlandırmaları, tek borç ilkesine aykırılık sorunu doğurabileceğinden bunların uygulamada sıklıkla esas sözleşmeye değil ortaklar sözleşmesine dâhil edildiği görülmektedir⁶²². Bu sınırlamalar, belli bir süre ile yapılabileceği gibi süresiz olarak da yapılabilmektedir⁶²³. Ortaklar sözleşmesi ile ortaklık esas sözleşmesindeki devir sınırlamaları, hem ortaklık hem ortaklar hem de üçüncü kişiler açısından mutlak etkilidir. Ortaklıkla ortaklar veya ortakların kendi arasında tamamen borçlar hukuku çerçevesinde hisse devrini sınırlayan veya yasaklayan nisbi etkili sözleşmeler yapılabilmektedir. Bu sözleşmeler, sadece taraflar arasında geçerli olup üçüncü kişileri etkilememektedir⁶²⁴.

Hisse devri sınırlamalarının başlıcaları şunlardır: i) Teklif etme yükümlülüğü (right of first refusal): Teklif etme yükümlülüğü, hissenin üçüncü bir kişiye devrinden önce mevcut ortaklara teklif edilmesi yükümü olarak nitelendirilmektedir. Anılan kişilere, önalım hakkında olduğu gibi yenilik doğurucu bir hak tanınmaktadır⁶²⁵. Teklif edilen hisselerin bedeli, devreden veya devralan tarafça belirlenmektedir. Üçüncü kişilere devrin yapılabilmesi için üçüncü kişilerin verdiği fiyat teklifinin mevcut ortakların fiyat teklifinden daha yüksek ve avantajlı olması gereklidir⁶²⁶. ii) Önalım

⁶²¹ Esin/Lokmanhekim, s. 75–76.

⁶²² A.e., s. 76–79.

⁶²³ Sarıkaya, Ahmet Selim, “Anonim Şirketlerde Nama Yazılı Payların Devrinin Ana Sözleşme İle Kısıtlanması”, **Yaklaşım Dergisi** (“Yaklaşım Ağustos”), Y. 14, S. 164, Ağustos 2006, s. 228.

⁶²⁴ Taşdelen, s. 308.

⁶²⁵ Sarıkaya, **Yaklaşım Ağustos**, s. 228.

⁶²⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 77.

(şu'fa) hakkı (preemption right): Önalım hakkı, hissesini üçüncü bir kişiye satmak isteyen ortağın hisselerinin tek taraflı irade beyanıyla kendisine devredilmesini talep etme yetkisidir⁶²⁷. Diğer deyişle, hisselerini devretmek üzere üçüncü kişi ile anlaşılan ortak, diğer ortakların önalım hakkı ile karşılaşabilmektedir. Önalım hakkı, tüm ortaklar yararına öngörülelebilmekle birlikte kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve belirli gruptaki ortaklar gibi birtakım kişiler yararına da düzenlenebilmektedir. Ayrıca, ortak olmayan fakat ortaklık ile bir şekilde ilgili olan üçüncü kişiler lehine de önalım hakkı tanınabilmektedir⁶²⁸. Esas sözleşme veya ortaklar sözleşmesinde düzenlenen önalım hakları konusunda, özel bir kanunî hüküm bulunmadığı için TMK ve BK'nın önalım hakkına ilişkin hükümleri uyarlama yoluyla uygulanmaktadır⁶²⁹. Önalım hakkının kullanılması ile beraber hisselerini üçüncü kişiye devretmek isteyen ortakla önalım hakkını kullanan ortak arasında, satım benzeri devir borcu doğuran bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bunun sonucunda, hisselerini devretmek isteyen ortak, hem diğer ortağa hem de üçüncü kişiye karşı, devir borcu altına girmektedir. Hisselerini devreden ortağın bu devir borcuna aykırılığı halinde sözleşmede caydırıcı mekanizmalarla yeterince korunmamış olan taraf, muhtemelen tazminat ile yetinmek zorunda kalacaktır⁶³⁰. iii) Geri alım (vefa) hakkı: Hak sahibine daha önce yükümlülük altına giren kişiye sattığı veya bağışladığı şeyi aynı bedelle ve tek taraflı bir irade beyanıyla satın alabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır⁶³¹. iv) Satım hakkı: Burada, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali durumunda diğer taraf, elindeki hisseleri satmaya hak kazanmakta ve ihlal eden taraf, söz konusu hisseleri devralma borcu altına girmektedir. v) Alım hakkı: Burada, sözleşmeyi ihlal eden tarafa hisselerini opsiyon hakkı sahibine devretme borcu yüklenmekte ve bunun karşılığında diğer tarafa söz konusu hisseleri devralma hakkı tanınmaktadır⁶³². vi) Devredenin; sahip olduğu hisseleri sadece kendi dâhil olduğu hisse grubundaki ortaklara veya onun doğrudan veya dolaylı iştiraklerine devredebilmesi ve devralanın; aynı grupta yer alan hisselerle uygulanan tüm yükümlülükler ile aynı şekilde bağlı olduğunu beyan etmesi, doğrudan

⁶²⁷ Esin/Lokmanhekim, s. 78; Sarıkaya, **Yaklaşım Ağustos**, s. 228; Tandoğan, **Borçlar Hukuku 1**, s. 274; Taşdelen, s. 301.

⁶²⁸ Bahtiyar, s. 244.

⁶²⁹ A.e., s. 245.

⁶³⁰ Esin/Lokmanhekim, s. 78.

⁶³¹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku 1**, s. 275; Taşdelen, s. 302.

⁶³² Bkz. İkinci Bölüm, Teminat Amaçlı Opsiyon Sözleşmeleri, s. 159 vd.

veya dolaylı olarak ortaklıkla aynı işle iştital etmemesi ve belirli bir piyasada faaliyet gösteren veya göstermeyen kişilere devir yasağı ve devirden önce ortaklık yonetim kurulunun devreden ve devralan ile ilgili uygun ve gerekli gorduğu bilgi ve belgeleri talep etme hakkı ve ortaklar sözleşmesi ile esas sözleşme hükümlerine uygun olmayan hisse devirlerini hisse defterine kaydetmekten imtina hakkı hisse devrine yönelik diğer sınırlamalardır⁶³³.

b. Taraflar

Ortaklar sözleşmesi, ortaklığın tüm veya bir kısım ortakları arasında yapılabileceği gibi üçüncü kişiler de sözleşmeye taraf olabilmektedirler. Bazen, tarafların sahip oldukları hak ve yükümlölükleri sadece birbirlerine karşı değil aynı zamanda ortaklığa karşı ileri sürebilmesine olanak tanımak ve ortaklığın da, bunlara karşı hak sahibi olmasını sağlamak için ortaklığın da ortaklar sözleşmesine taraf olduğu görölmektedir⁶³⁴.

c. Ortaklık Esas Sözleşmesi ile İlişki

Ortaklar sözleşmesi ile esas sözleşme, çoğu kez bir arada varolmakta ve aynı konuları düzenleyen hükümler içerebilmektedir. Ortaklar sözleşmesinin hukukî nitelik ve etkisinin esas sözleşmeden farklı olarak sadece borçlar hukuku çerçevesinde doğmasının önemli bir sonucu, ortaklar sözleşmesinde yer alan hükümlerin esas sözleşmenin sağladığı yaptırım gücüne sahip olmamaları ve ortaklıklar hukukunun öngördüğu yaptırımlara bağlanamamalarıdır. Ortaklar sözleşmesinde öngörülen düzenlemelerin esas sözleşmeye aktarılması çözüm olarak önerilmektedir. Ancak, tek borç ilkesine aykırı düzenlemeler, esas sözleşmeye konulamazlar. Bunlar, ancak bir borç sözleşmesi olan ortaklar sözleşmesinde geçerlilik kazanabilmektedirler⁶³⁵.

Ortaklar sözleşmesinden doğan borçların esas sözleşmeye yansıtılmasında kullanılan yöntemlerden biri, esas sözleşmede ortaklar sözleşmesine atıfta bulunulmasıdır. Ancak, esas sözleşmede ortaklar sözleşmesine yapılacak atıf, kamuya açıklık bakımından ve tüm ortakların aynı zamanda sözleşmeye taraf olup olmadığı

⁶³³ Esin/Lokmanhekim, s. 79.

⁶³⁴ Esin/Lokmanhekim, s. 68; Okutan Nilsson, s. 75.

⁶³⁵ Okutan Nilsson, s. 112–113.

noktasından sorun yaratabileceği gibi esas sözleşmeye konulmasına izin verilmeyen unsurların dolaylı olarak sözleşmeye dâhil edilmesi sonucunu yaratma tehlikesi nedeniyle problemler yaratabilmektedir. Diğer taraftan, üçüncü kişileri değil ortaklığın içişlerini ve ortaklar ile ortaklık arasındaki ilişkileri ilgilendiren hususlarda ortaklar sözleşmesine atıf yapılması düşünülebilir⁶³⁶. Esas sözleşmede ortaklar sözleşmesine atıfta bulunulmasına izin verilen hükümlerden biri, bağlam hükümleridir. Ortaklar sözleşmesi ile kurulan düzenin devam etmesi, hisseyi devralan kişilerin katılımının sağlanmasına bağlıdır. Hisse devrinin hisse defterine kaydının ancak ortaklar sözleşmesinden doğan borçların da devri üzerine mümkün olacağının öngörülmesi bu yönde zorlayıcı olabilmektedir⁶³⁷.

Ortaklar sözleşmesi ile esas sözleşmenin aynı konuyu farklı şekilde düzenlemesi durumunda, düzenlemeye tâbi konu ve aradaki farklılığın çeşidine göre şu farklı sonuçlara varılmaktadır⁶³⁸: i) Ortaklar sözleşmesindeki hüküm, esas sözleşmenin yasakladığı bir sonucu ortadan kaldırmaya çalışıyor ve adeta kanunu dolanır gibi esas sözleşme hükmünü dolanıyorsa bu hüküm geçersiz kabul edilmektedir. ii) Ortaklar sözleşmesindeki hükmün, esas sözleşmenin yasakladığı bir sonucu ortadan kaldırmaya çalışıyor olması dışında ortaklar sözleşmesinin esas sözleşmeden farklı bir içeriğe sahip olması, onu geçersiz hale getirmemektedir. Çünkü, anılan sözleşmeler farklı hukukî niteliklere ve işlevlere sahiptirler. Esas sözleşmenin ilgili hükmü, gerçek anlamda bir esas sözleşme hükmü niteliğinde değil bir borç sözleşmesi hükmü niteliğinde ise birbiriyle çelişen iki borç sözleşmesi bulunmaktadır. Bu çelişki, tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkarılması yoluyla giderilebilecektir. iii) Geçerliliği şeklen esas sözleşmede öngörülmesine bağlanmış düzenlemelerin⁶³⁹ esas sözleşmede değil de ortaklar sözleşmesinde düzenlenmesi halinde ortaklar sözleşmesinin şekil nedeniyle geçersiz olduğu söylenememektedir. Diğer taraftan, ortaklar sözleşmesi ile öngörülen bu menfaatler, ortaklığın borcu sayılamamaktadır. Ortaklığın bu tür hükümler içeren bir ortaklar sözleşmesine taraf olması, ortaklığın bu sözleşmenin uygulanmasını sağlama amacı taşıdığı anlamına gelebilmektedir.

⁶³⁶ Okutan Nilsson, s. 316.

⁶³⁷ A.e., s. 317.

⁶³⁸ A.e., s. 317–323.

⁶³⁹ Örneğin; TTK m. 401 uyarınca imtiyaz hakları, TTK m. 279/2 ve TTK m. 300/2 uyarınca kurucu, yönetim kurulu üyeleri ve diğer kişilere ortaklık kazancından sağlanacak özel menfaatler.

d. Geçerlilik Şartları

Bir borç sözleşmesi olması nedeniyle ortaklar sözleşmesi, TMK ve BK'nın sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili genel hükümlerine tâbidir. Taraflar, ortaklar sözleşmesini BK m. 19/1 hükmündeki sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde düzenleyebilmektedirler. Buna göre, “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe tayin olunabilir”. Ortaklar sözleşmesi, içindeki tahkim şartı gibi özel hükümler yazılı şekil şartını veya başka bir özel şekli gerektirmedikçe ne yazılı şekle ne de tescil zorunluluğuna tâbidir⁶⁴⁰.

Sözleşme serbestisi, ancak hukuka uygun şekilde kullanılabilir. Hukuka aykırılık, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur. BK m. 19/2 uyarınca, kanun hükmü, emredici nitelikte ise veya ahlâkî, kamu düzenini veya kişi haklarını korumayı amaçlıyorsa böyle bir hükme aykırılık, hukuka aykırılık halini oluşturmaktadır. Hukuka aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açtığı hususu, BK m. 20/1 hükmüyle teyid edilmiş ve hukuka aykırılığın yanı sıra ahlâka aykırılık ve sözleşme konusunun imkânsızlığı da butlana yol açan sebepler arasında sayılmıştır. Ayrıca, ortaklar sözleşmesinin geçerliliği, bir yandan TTK hükümleri bir yandan da kamu düzeninin yansımaları olan anonim ortaklığın temel nitelikleri ve anonim ortaklığa hâkim ilkeler dikkate alınarak takdir edilmelidir⁶⁴¹.

e. İhlal ve Sona Erme

Ortaklar sözleşmesinin ihlali⁶⁴² halinde borca aykırılığın türüne göre, borçlar hukukuna dayalı yaptırımlar uygulanmaktadır. Üç grup borca aykırılık söz konusudur⁶⁴³: ii) Borçlu temerrüdü. iii) Kötü ifa. i) İmkânsızlık. Buna paralel olarak, şu yaptırımlar uygulanabilecektir⁶⁴⁴: i) Borcun ifasının mümkün olduğu hâllerde: Yani borçlu temerrüdü ve sözleşmenin müsbet ihlali durumunda aynen ifanın talep edilmesi mümkün ve asıldır. Zarara uğrayan, ifadan vazgeçip müsbet zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek menfî zararının tazminini de talep edebilmektedir. ii) İmkânsızlık

⁶⁴⁰ Okutan Nilsson, s. 74.

⁶⁴¹ A.e., s. 114–115.

⁶⁴² Önemli borca aykırılık durumları için bkz. a.e., s. 346–398.

⁶⁴³ Eren, s. 993–1009; Reisoğlu, Safa, s. 305.

⁶⁴⁴ Eren, s. 986–993; Okutan Nilsson, s. 344–345; Reisoğlu, Safa, s. 341–350.

halinde: Eğer imkânsızlık borçluya atfedilemeyen bir sebepten ileri geliyorsa borç sona ermekte olup menfaat durumu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre düzenlenmelidir. İmkânsızlık, borçluya atfedilebilen bir sebepten kaynaklanmışsa borçlu, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe karşı tarafın zararını tazmine mecburdur.

Ortaklar sözleşmesi, bir borç sözleşmesi olduğundan dolayı borç sözleşmesinin sona ermesine ilişkin kurallara tâbidir. Ortaklar sözleşmesini sona erdiren durumları şu şekilde sıralamak mümkündür⁶⁴⁵: i) İfa. ii) Borcun borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşması. iii) İflas veya borçlunun borç ödeyemez duruma düşmesi. iv) Tarafların anlaşması. v) Sürenin bitimi. vi) Feshi ihbar. vii) Haklı sebebe dayalı fesih. viii) Borçlu temerrüdü. ix) Taraflarca kararlaştırılan sona erme durumları.

2. Ortaklık Esas Sözleşmesi

a. Amaç, Konu ve Kapsam

İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde, ortaklık esas sözleşmesinin (articles of association, articles of incorporation, company by laws, corporate charter) tanımı yapılmamıştır. Fakat TTK’da, esas sözleşmenin düzenlenmesi, içeriği, değiştirilmesi, ortaklığın ehliyeti, organları ve organların yetkileri gibi birçok konuya ilişkin olarak öngörülen türlü hükümlerde⁶⁴⁶ doğrudan veya dolaylı olarak bu belgeden söz edilmektedir⁶⁴⁷.

Bir tanıma göre ortaklık esas sözleşmesi, ortaklığın temel düzenini oluşturan, ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile ortakların ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tâbi, katılıma açık çok taraflı bir sözleşmedir⁶⁴⁸.

Esas sözleşme yoluyla belli sayıda kişi, ortak bir amacı gerçekleştirmek için sermayelerini bir araya getirmek konusunda iradelerini açıklamaktadırlar. Bu sözleşme, ortaklığın anayasası durumundadır ve ortaklığın organlarını, ortakları ve ortaklığın tüzel

⁶⁴⁵ Okutan Nilsson, s. 398–403.

⁶⁴⁶ Örneğin, TTK m. 34, m. 271, m. 274, m. 275, m. 278-287, m. 298, m. 300, m. 303, m. 314, m. 316, m. 319, m. 321, m. 333, m. 336-344, m. 347 vd., m. 368-373, m. 381-410, m. 416 vd., m. 434, m. 441.

⁶⁴⁷ Bahtiyar, s. 7.

⁶⁴⁸ Bahtiyar, s. 8; Moroğlu, Erdoğan, “Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukukî Niteliği”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (“Oğuzman Armağan”)**, s. 515.

kişilik kazanması üzerine objektif nitelik kazanan hükümleriyle üçüncü kişileri bağlamaktadır⁶⁴⁹.

Esas sözleşmede yer almaları zorunlu olan kayıtlar, TTK m. 279 hükmünde eksik ve yetersiz biçimde sayılmıştır. TTK'nın diğer bazı hükümlerinde, başkaca zorunlu kayıtlara yer verilmektedir. TTK m. 300/2 hükmünde yer alan ve ticaret siciline tescili ve Ticaret Sicil Gazetesi ("TSG")'de ilanı zorunlu olan hususlar da, esas sözleşmede yer alması zorunlu kayıtlardır. STB İç Ticaret Tebliği m. 3 (A) (aa), esas sözleşmede yer alması gereken bazı zorunlu kayıtlar bakımından açıklık getirmektedir. Öte yandan, başta anonim ortaklıkları düzenleyen SerPK olmak üzere özel bazı anonim ortaklık türlerini düzenleyen özel kanunlarda da ilgili anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde yer alması zorunlu başkaca kayıtlar öngörülmektedir.

Esas sözleşmede, zorunlu kayıtlar yanında emredici hükümlere, ahlâka ve adaba aykırı veya imkânsız olmamak şartıyla gereksinim duyulan ihtiyari düzenlemelere yer verilebilmektedir. Uygulamada, ihtiyari hükümlerin önemli bir bölümünü ortaklar ile üçüncü kişiler lehine anonim ortaklığa karşı ve ortaklar arasında birbirlerine karşı talep (alacak) hakları ihdas eden ve borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olan düzenlemeler oluşturmaktadır⁶⁵⁰.

Esas sözleşmeyi düzenleme serbestîsini sınırlandıran en önemli özelliklerden biri, tek borç ilkesidir. Bu ilkeye aykırı bir biçimde ortakların yükümlülüklerinin kapsamını belirli veya belirsiz biçimde arttırarak ortağa herhangi bir verme, yapma veya yapmama edimi yükleyen esas sözleşme hükümleri batıl kabul edilmektedir. Ancak, bu hükümlerin gerçek anlamda bir esas sözleşme hükmü olmayıp taraflar arasındaki bağımsız bir borç sözleşmesi hükmü niteliği taşıdığı kabul edilebilirse bu hükümler, bir esas sözleşme hükmü olarak değil bir adî borç sözleşmesi hükmü olarak geçerli olabilmektedirler⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Moroğlu, **Oğuzman Armağan**, s. 515.

⁶⁵⁰ Moroğlu, **Oğuzman Armağan**, s. 518–519; Bahtiyar, s.102.

⁶⁵¹ Geniş bilgi için bkz. Okutan Nilsson, s. 101–104.

Ortaklık esas sözleşmesi ile hisselerin devri yasak edilebileceği gibi daha ağır şartlara da bağlı tutulabilmektedir. Hisse devri sınırlamalarının başlıcaları⁶⁵²; teklif etme yükümlülüğü ve önalım hakkıdır. Bu sınırlamalar, genellikle ortaklar sözleşmesinde de yer almakta olup esas sözleşme ile bu hususlara işlerlik kazandırılmaktadır. Hak sahibine, başkasına satılan hisseleri hakkını kullanmak suretiyle öncelikle edinebilme olanağı sağlayan veya hissesini devredecek kişiye bazı kişi veya gruplara öneride bulunma zorunluluğu getiren bu tür esas sözleşme hükümlerine yalnızca Türk hukukunda değil birçok kıta Avrupası ülkesinde rastlanmaktadır⁶⁵³.

Uygulamada, hemen hemen tüm esas sözleşmelerde, TTK'nın emredici olan veya olmayan hükümlerine aynen alınmak veya yollama yapılmak suretiyle yer verildiği görülmektedir. Söz konusu kanun hükümleri, daha sonra yürürlükten kaldırıldıkları veya değiştirildikleri takdirde bu hükümler, emredici nitelikteki yeni kanun hükümlerine aykırı olmamak şartıyla esas sözleşme hükmü olarak geçerliliklerini korumaktadırlar⁶⁵⁴.

TTK m. 271/2 uyarınca, ortaklığın medeni haklardan istifade ehliyetini sınırlaması nedeniyle konu maddesinin esas sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin; her nevi ithalat, bilumum dâhili ticaret, sanayi, her nevi ticaret gibi deyimlerle bu şart yerine getirilmiş olmaz. Bu tür deyimler, ancak, amaç şartını yerine getirebilmektedir. Amaç maddesi, ortaklık faaliyetlerini genel olarak ifade etmekteyken konu maddesi, özel ve somut olarak göstermektedir. Bir ortaklığın birden fazla konu ile iştigal etmesi mümkündür. Bu durumda, ortaklığın faaliyet konusu, ayrı ayrı ve açık olarak esas sözleşmede gösterilmelidir⁶⁵⁵. TTK Tasarısı m. 331 ile TTK m. 271 hükmünde yer alan, esas sözleşmede ortaklık faaliyet konusunun gösterilme şartı kaldırılmıştır. Bunun sonucu olarak, ortaklığın sadece konusu ile ilgili olarak haklara sahip olabileceği ve borçlar üstelenebileceği yolundaki ultra vires ilkesi, uygulama kabiliyetini yitirmektedir⁶⁵⁶.

⁶⁵² Bkz. İkinci Bölüm, Ortaklar Sözleşmesi, s. 145 vd.

⁶⁵³ Bahtiyar, s. 243.

⁶⁵⁴ Bahtiyar, s. 303; Moroğlu, **Oğuzman Armağan**, s. 519–520.

⁶⁵⁵ Top, Zuhul, “Anonim Şirketlerin Kuruluşunda ve Ana Sözleşme Değişikliklerinde Yeni Düzenlemeler”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 131, Kasım 2003, s. 217.

⁶⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Birinci Bölüm, Ehliyet, s. 21 vd.

b. Taraflar

Esas sözleşme, ortaklığın anayasası durumundadır ve ortaklığın organlarını, ortakları ve ortaklığın tüzel kişilik kazanması üzerine objektif nitelik kazanan hükümleriyle üçüncü kişileri bağlamaktadır⁶⁵⁷. Esas sözleşme, sadece o sırada hisseye sahip olan, sözleşmeyi imzalayan veya sözleşme değişikliğine olumlu oy veren ortakları değil mevcut ve gelecek tüm ortakları bağlayan ve ortaklıksal nitelikte yükümlülükler öngören bir sözleşmedir⁶⁵⁸.

c. Hukukî Nitelik

Esas sözleşmenin hazırlanışı ve kabulü, herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesinin yapılmasından farksızdır. Ancak, esas sözleşmenin sadece, kendisini imzalamış olan kurucular bakımından değil mevcut ve gelecek tüm ortaklar açısından bağlayıcı olması, esas sözleşmenin sadece kurucuların değil sözleşmeye imza dahi koymamış ortakların iradesiyle üstelik tüm tarafların rızası ile değil oyçokluğuyla değiştirilebilmesi ve benzeri özellikler, esas sözleşmenin hukukî niteliğinin herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesinden farklı olduğunu göstermektedir⁶⁵⁹.

Esas sözleşmenin tüm hükümleri, tüzel kişiyi ve onun iç ve dış ilişkilerini düzenleyen hükümlerden ibaret değildir. Esas sözleşmenin içinde yer almakla birlikte bazı hükümler, gerçek bir esas sözleşme hükmü niteliği taşımamakta olup bir borç sözleşmesi, daha doğrusu bir ortaklar sözleşmesi niteliğindedir. Ortaklar ile üçüncü kişilerin ortaklığa karşı ve ortakların birbirlerine karşı talep haklarını içeren borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olan bu düzenlemeler, sadece tarafları ve onların hukukî halefleri arasında hüküm doğuran, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile objektif hukuk kuralı niteliği kazanmaları ve TTK m. 38–39 hükümlerine göre üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmeleri söz konusu olmayan, değiştirilmeleri veya kaldırılmaları tüzel kişinin genel kurulunun sermaye ve oyçokluğu ile alacağı tek taraflı esas sözleşme

⁶⁵⁷ Bahtiyar, s. 11; Moroğlu, **Oğuzman Armağan**, s. 515.

⁶⁵⁸ Bahtiyar, s. 13; Okutan Nilsson, s. 113.

⁶⁵⁹ Okutan Nilsson, s. 82–83.

değişikliği kararına bağlı bulunmayan ve ancak talep hakkı sahibi olan üçüncü kişi veya ortakların muvafakatleri ile kaldırılıp değiştirilebilen düzenlemelerdir⁶⁶⁰.

Bazı görüşler, esas sözleşmenin kurucular arasında bir adî ortaklık ilişkisi oluşturan bir borç sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Bu adî ortaklığın amacı, tüzel kişinin kurulmasıdır. Tüzel kişinin kuruluşu ile birlikte adî ortaklığın amacı elde edilmiş olmakta ve adî ortaklık sona ermektedir. Kuruluştan itibaren esas sözleşme hükümleri objektif hukuk kuralı haline gelmektedir. Bu objektif kurallar, sadece kurucuları değil tüzel kişinin organlarını, mevcut ve gelecek ortakları ve TSG’de ilan edilmiş olmak şartıyla ortaklıkla doğrudan veya dolaylı ilişki kuran üçüncü kişileri bağlamaktadır. Tüzel kişiliğin tescilinden önce sözleşmesel karakterini koruduğu için esas sözleşmeye BK’nın genel hükümleri ile adî ortaklığa ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Oysa tescilden sonra esas sözleşme, özel kurallara tâbi olmaktadır⁶⁶¹.

d. Geçerlilik Şartları

Anonim ortaklık esas sözleşmesinin geçerli olabilmesi için TTK m. 277 uyarınca, ortak olan en az 5 kurucu tarafından yazılı şekilde düzenlenip imzalanması ve TTK m. 279/1 uyarınca, kurucuların imzalarının noterlikçe onanması zorunludur. Aksi halde, esas sözleşme geçersiz olur ve kurucuları bağlamayacağı gibi TTK m. 280 kapsamında STB tarafından izin işlemine ve TTK m. 34 kapsamında Ticaret Sicil Müdürlüğü (“TSM”) tarafından ticaret siciline tescil ve ilan işlemine esas alınamaz. Limited ortaklık esas sözleşmesinin geçerli olabilmesi için TTK m. 505 uyarınca, yazılı şekilde yapılması ve tüm kurucuların imzalarının noterce tasdiki gereklidir. TTK m. 504 uyarınca, limited ortaklıklarda ortak sayısı ikiden az ve elliden çok olamaz. TTK m. 511 uyarınca, inceleme sonucu kanunî şartları haiz bulunduğu tespit edilen limited ortaklık, ticaret siciline tescil ve ilan olunur.

⁶⁶⁰ Moroğlu, **Oğuzman Armağan**, s. 524.

⁶⁶¹ Bahtiyar, s. 31; Moroğlu, **Oğuzman Armağan**, s. 522–523.

D. Teminat Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

Taraflar, sözleşme ile öngörülen mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi halinde sözleşmesel borcu ifadan imtina eden diğer tarafı efektif bir şekilde yaptırıma tâbi kılmak için yine, sözleşme ile bazı teminat mekanizmaları kurmayı tercih etmektedirler. Bu teminatlar, birleşme ve devralma işlemlerinde sıklıkla opsiyon sözleşmeleri ve buna bağlı yediemin mekanizmaları veya teminat mektupları temeline dayanmaktadırlar⁶⁶².

2. Teminat Amaçlı Opsiyon Sözleşmeleri

Uygulamada, opsiyon hakları, devir işlemleri kapsamında yapılan sözleşmeler içinde yer alabilecekleri gibi bu sözleşmelere ek ayrı bir opsiyon sözleşmesi ile de düzenlenebilmektedirler. Opsiyon, doğumu şarta bağlanmış bir yenilik doğuran haktır. Hisse taahhüdü sözleşmesi ve hisse devir sözleşmesinde yer alan teminat amaçlı opsiyon hakları, devreden beyan ve taahhütlerine aykırılığı halinde birer denkleştirici unsur özelliği taşımaktadırlar⁶⁶³.

Opsiyon hakları, devir işlemleri kapsamında yapılan sözleşme hükümlerini taraflardan birinin ihlal etmesi durumunda diğer tarafın elindeki hisseleri satmaya hak kazandığı ve bunun karşılığında sözleşmeyi ihlal eden tarafın söz konusu hisseleri devralma borcunun doğduğu satım opsiyonu şeklinde ortaya çıkabileceği gibi sözleşmeyi ihlal eden tarafa hisselerini opsiyon hakkı sahibine devretme borcu yükleyen ve bunun karşılığında, ihlal etmeyen tarafa, söz konusu hisseleri devralma hakkı veren alım opsiyonu şeklinde de ortaya çıkabilmektedir⁶⁶⁴:

i) Alım opsiyonu, yenilik doğuran hakkın sahibine diğer tarafın hisselerini devralma hakkı sağlamaktadır. Devralanın alım opsiyonu hakkını kullanması, devre konu veya taahhüt edilen hisseler için devralan tarafından ödenen satım bedelinin tekrar ayarlanması şeklinde olacaktır. Ayrıca, işletmenin belirli dönemler sonunda değerlemesinin yapılarak oluşacak satım bedeli ile devralma işleminin başında ödenen bedel arasındaki farka karşılık ileride çıkarılacak hisselerin devreden tarafından bedelsiz

⁶⁶² Esin/Lokmanhekim, s. 94.

⁶⁶³ A.e., s. 94-95.

⁶⁶⁴ Esin/Lokmanhekim, s. 94-95; Hanzen/Markham, s. 131.

veya çok düşük bir bedel karşılığında devredilmesi hususunda devralan tarafa alım opsiyonu tanıma yoluna gidilebilmektedir⁶⁶⁵. Hisselerin piyasa değeri üzerinden alınması halinde, tasfiye amacı güçlenmekte ve bu suretle borca aykırı davranan taraf, bu düşük bedel karşılığında ortaklıktan ihraç edilmektedir. Hisseleri çok düşük bedelle satın alma imkânı verilmesi durumunda, alım opsiyonunun cezaî şart niteliği son derece belirgin bir hal almaktadır. Alım opsiyonu sözleşmesi, bir iştirak sözleşmesi (TMK m. 736) veya alacağın temlik vaadi şeklinde yapılabilir. Aralarındaki fark, iştirak sözleşmesinin gerçek anlamda bir sözleşme olmasına rağmen temlik vaadinin bir ön sözleşme olması ve temlik vaadinde, kural olarak her iki tarafın da alım opsiyonu sözleşmesi yapılmasını talep etme hakkına sahip olmasıdır. Alım opsiyonu hakkının kullanılmasından önceki bir dönemde opsiyon hisselerinin üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda, opsiyon hakkı sahibinin haklarının ne olacağı tartışmalıdır. Bu durumda, opsiyon hakkı sahibinin üçüncü kişiye karşı bir talep hakkı yoktur ve sadece devredene karşı sözleşmedeki yükümlülüklerini ihlal etmesi sebebiyle tazminat talep etme hakkına sahip olabilecektir. Uygulamada, taraflar, bu riski bertaraf etmek amacıyla gerek ortaklar sözleşmesinde ve gerekse ortaklık esas sözleşmesinde devir sınırlamaları getirmekte ve bunun aksine yapılacak hisse devirlerinin hiçbir hüküm ifade etmeyeceğini öngörmektedirler. Ayrıca taraflar, opsiyon hisselerinin yedimeine teslimi gibi opsiyon hisselerinin üçüncü kişiye devrini engelleyecek mekanizmalara başvurumaktadırlar⁶⁶⁶.

ii) Satım opsiyonuna sahip olan taraf, bu hakkını kullanarak belirlenmiş olan bedel ve diğer sözleşme hükümleri çerçevesinde kendi hisselerinin devralınması yükümünü doğuran bir borçlandırıcı işlemin meydana gelmesini sağlayabilmektedir. Satım opsiyonu, genellikle sonradan iştirak eden veya azınlık olarak bir ortaklıkta ortak olan tarafı korumak amacı ile başvurulmuş bir mekanizmadır. Satım opsiyonunun hangi durumlarda kullanılacağı, satım opsiyonu bedelinin miktarı veya hesaplama yöntemi daha baştan ortaklar sözleşmesi ve opsiyon sözleşmesi ile düzenlenmektedir. Satım hakkının kullanılmasının sonucunda, borca aykırı davranan taraf, diğer ortaktan yoksun kalmakta olup hisseleri piyasa değeri üzerinden satın alma zorunluluğu altına

⁶⁶⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 98–99.

⁶⁶⁶ A.e., s. 96–99.

girmektedir. Ortak olmak için ödenen bedel veya hisselerin piyasa değerinin çok üstünde bir bedel karşılığında satılması halinde, satım opsiyonu cezaî şart olarak nitelendirilebilmektedir. Satım opsiyonunun kullanılmasından sonra elde edilen bedelin teminat altına alınması gerekmektedir. Uygulamada, bu amaçla, yedieminlik veya teminat mektubu kurumlarından⁶⁶⁷ yararlanılmaktadır⁶⁶⁸.

3. Yediemin Sözleşmesi

BK'da ve başka bir kanunda ayrıca düzenlenmediğinden isimsiz sözleşmelerden biri olarak adlandırılabilen yediemin sözleşmesine (escrow agreement) özellikle Anglo-Amerikan hukukunda rastlanmaktadır. Bu sözleşme, bir takım özellikleriyle saklama, bir takım özellikleriyle ödünç, bir takım özellikleriyle de yedieminliğe benzese de hepsinden ayrılan yönleri vardır. Bu mekanizma ile tarafların vadeye veya şarta bağlı yükümlülüklerinin ifasının mümkün merteye tarafların etki alanından çıkartılması hedeflenmektedir⁶⁶⁹.

Asıl ilişkinin tarafları, birbirlerine karşı, bir yediemin ile anlaşarak yediemin sözleşmesi kurulması taahhüdünde bulunabilirler. Yedieminin şahsı ve yedieminlik şartları üzerinde anlaşma sağlandıktan sonra yedieminin de katılımıyla üç taraflı bir ilişki olan yedieminlik sözleşmesi kurulmaktadır⁶⁷⁰.

Yediemin sözleşmesi, birleşme ve devralma işlemlerinde iki farklı amaç için kullanılmaktadır: i) Tarafların devir işlemlerinin tamamlanması için yerine getirmeleri gereken karşılıklı edimlerinin eşzamanlı ifası⁶⁷¹. ii) Satım, alım ve ek hisse alım opsiyonları ile beraber işlemek üzere kurulan ve ilgili opsiyonun kullanılmasıyla doğan opsiyon konusu hisselerin devir ve teslimi yükümlülüğünün ifası⁶⁷².

Yediemin ilişkisinde yediemin aracısı (escrow agent), banka gibi bir tüzel kişi veya noter gibi bir gerçek kişi olabilmektedir. Yediemin aracısı, hisse devir sözleşmesinde devreden devralana karşı yapmış olduğu beyan ve taahhütleri

⁶⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm, Yediemin Sözleşmesi, s. 161 vd. ve Banka Teminat Mektubu, s. 163 vd.

⁶⁶⁸ Esin/Lokmanhekim, s. 95-96.

⁶⁶⁹ Esin/Lokmanhekim, s. 99; Örnek yediemin sözleşmesi için bkz. Stilton, Appendix 2, Precedent 27, s. 838-845.

⁶⁷⁰ Esin/Lokmanhekim, s. 100.

⁶⁷¹ Bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması, s. 169 vd.

⁶⁷² Bkz. İkinci Bölüm, Teminat Opsiyonu Sözleşmeleri, s. 159 vd. ve İkinci Bölüm, Ek Hisse Alım Opsiyonu Sözleşmesi, s. 166 vd.

kapsamında kendisine tevdi ettiği hisse senetlerini yediemin sözleşmesi hükümleri uyarınca saklamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kapsamı, yediemin sözleşmesinde ayrıntılarıyla belirtilmelidir. Örneğin, saklanan şeylerin hangi durumlarda ve hangi tarafa teslim veya iade edileceği, saklanan şeylerin getirisinin (hisselere isabet eden kâr payı) kime ait olacağı, saklanan şeylere dair hak ve yükümlülüklerin (oy hakkı) nasıl ve kimin tarafından kullanılacağı, yediemin aracısının alacağı ücret, uyuşmazlıkların çözümünde izlenecek yollar ve benzeri hususlar yediemin sözleşmesi ile düzenlenmektedir⁶⁷³.

Yediemin sözleşmesinin en önemli hükmü, saklanan şeylerin ne zaman ve hangi şartlar altında taraflardan hangisine verileceğidir. Bunun için, taraflardan birinin talebinin yeterli olacağı öngörülebileceği gibi ikisinin müşterek imzası, yetkili mahkeme veya hakem kararı ve belirli objektif şartların gerçekleşmesi de aranabilmektedir. Bu şartlardan birinin meydana gelmesi durumunda, yediemin elinde bulunan hisseleri veya nakdi, sözleşme ile belirlenen tarafa vermekle mükelleftir⁶⁷⁴.

Yediemin mekanizması, alım opsiyonunun kullanılması halinde devreden söz konusu hisselerin devri hususunda isteksiz davranması riskine karşı ifayı çabuklaştırabilmektedir. Alım opsiyonu ile beraber işleyecek yediemin mekanizmasında, opsiyona konu hisseleri temsil eden hisse senetlerinin devreden tarafından devir maksadıyla ciro edilerek muhafaza edilmeleri için yediemine teslimi gereklidir. Alım opsiyonunun, devreden ve devralan arasındaki asıl ilişkiye ve yedieminle olan üçlü ilişkiye uygun olarak kullanılması halinde bu hisse senetlerinin devri, yediemin tarafından gerçekleştirilmektedir⁶⁷⁵.

Satım opsiyonu ile beraber çalışan yediemin mekanizmasına uygulamada, daha ender rastlanmaktadır. Bu hukukî yapının temelini, BK m. 90 vd. hükümlerinde düzenlenen alacaklı temerrüdü oluşturmakta ve buna göre, tek taraflı beyanı ile karşı

⁶⁷³ Esin/Lokmanhekim, s. 100–101.

⁶⁷⁴ A.e., s. 102.

⁶⁷⁵ A.e., s. 101.

tarafı elindeki hisseleri satın alma borcu altına sokan taraf, hisselerini devir maksadıyla bir yedimeine tevdi ederek üzerine düşen yükümlülüğü ifa etmiş olmaktadır⁶⁷⁶.

Ek hisse alım opsiyonu ile beraber işleyen yediemin mekanizması, yediemin mekanizmasının söz konusu bu iki amacını birleştiren bir yapıdır. Ek hisse alım opsiyonunda, satım bedeli için cezaî şart amacına yönelik olan alım opsiyonundaki devir bedeline nazaran daha makul bir fiyat öngörülebileceğinden ek hisse alım opsiyonuna devreden tarafından direnç gösterilmesi ihtimali daha düşüktür⁶⁷⁷.

4. Banka Teminat Mektubu

Banka teminat mektubu (bank guarantee letter), muhataba güven vermeyi amaçlayan hukukî işlemlerin özel bir çeşidini oluşturmaktadır⁶⁷⁸. Banka tarafından teminat mektubunun düzenlenip muhataba verilmesi icaptır, muhatabın teminat mektubunu kabul etmesi ile de taraflar arasında bir sözleşme meydana gelmektedir⁶⁷⁹.

Millî hukuk düzenlerinde, banka teminat mektupları konusunda bir hukukî düzenleme yoktur. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından MTO'nun Akdî Teminatlar İçin Yeknesak Kuralları⁶⁸⁰ adı altında bir düzenleme yapılmış ancak bu düzenleme banka teminat mektupları ile bağdaşmadığından Talep Garantilerine İlişkin Bir Örnek Kurallar⁶⁸¹ yürürlüğe konulmuştur.

Bu mektupların kefalet veya garanti sözleşmesi şeklinde düzenlenmesinin mümkün olması veya bu iki tür hukukî ilişkiyi kapsayacak şekilde karma bir teminat ilişkisinin kurulabilmesi veya sui generis bir sözleşme olarak da kabul edilebilirliği, banka teminat mektubunun hukukî niteliğinin tespitini zorlaştırmaktadır⁶⁸².

⁶⁷⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 101.

⁶⁷⁷ A.e., s. 102.

⁶⁷⁸ Geniş bilgi için bkz. Doğan, Vahit, **Banka Teminat Mektupları ("Teminat")**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005; Kurkela, Matti S., **Letters of Credit and Bank Guarantees Under International Trade Law**, NY: Oxford University Press, 2008.

⁶⁷⁹ Doğan, **Teminat**, s. 99.

⁶⁸⁰ Geniş bilgi için bkz. **ICC Uniform Rules for Contract Guarantees**, ICC Publication nr. 325, 1978; Reisoğlu, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4. bs., Ankara: Cem Web Ofset, 2003, s. 513–517.

⁶⁸¹ Geniş bilgi için bkz. **ICC Uniform Rules for Demand Guarantees**, ICC Publication nr. 458, 1992; Reisoğlu, Seza, s. 518–523.

⁶⁸² Barlas, Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1986, s. 40–48; Doğan, **Teminat** s. 30–36.

Türk bankası tarafından dışarıda yerleşik kişilere teminat mektubu verilmesi veya yabancı banka tarafından Türkiye’de yerleşik kişilere teminat mektubu verilmesi halinde milletlerarası banka teminat mektubu söz konusu olmaktadır⁶⁸³.

Banka teminat mektupları, üç köşeli hukukî ilişkilerdendir⁶⁸⁴: i) Lehdar ile muhatap arasındaki temel sözleşme. ii) Lehdar ile banka arasındaki teminat mektubu temin etme sözleşmesi. iii) Banka ile muhatap arasındaki garanti sözleşmesi. Yabancı ülkedeki muhataba Türk bankasınca teminat mektubu verilmesi halinde (dolaylı teminat mektubu) ilişkiye garantör banka veya muhabir banka olarak ikinci bir banka daha katılmaktadır. Kural olarak, taraflar arasındaki bu sözleşmeler hukuken birbirinden bağımsız nitelikli sözleşmelerdir. Ancak, aralarında kaçınılmaz olarak iktisadî bir ilişki bulunmaktadır⁶⁸⁵.

Teminatın konusuna göre üç tür teminat mektubu kabul edilmektedir: i) Geçici teminat mektubu (bid bond, tender guarantee). ii) Kesin teminat mektubu (performance bond, final guarantee, definite letter of guarantee). iii) Avans teminat mektubu (advance payment guarantee). Bunlar dışında: i) Rizikonun niteliği (saf garanti sözleşmesi, yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi). ii) Ödeme talebinin şekli (ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektubu ve şartlı banka teminat mektubu). iii) İkinci bankanın devreye girmesi (doğrudan banka garantisi ve dolaylı banka garantisi). iv) Süre (vadeli teminat mektubu ve vadesiz teminat mektubu). v) Diğer (cayılabilir teminat mektubu, cayılamaz teminat mektubu, ödeme amaçlı teminat mektubu, belge eksikliğini güvence altına alan teminat mektubu, kontragaranti) gibi türlü ayrımlar yapılmaktadır⁶⁸⁶.

Milletlerarası ticarî ilişkilerde teminat mektupları, genellikle bankanın muhatabın teminat mektubu metninde belirtilen yükümlülüğünü yerine getireceğini garanti ettiği, kayıtsız şartsız, gayri kabil-i rücu ve bankaya yapılacak ilk yazılı talep üzerine protesto keşidesine, mahkeme kararına veya borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın derhal ödeme yapma yükümlülüğü altına sokan kesin teminat mektubu

⁶⁸³ Vastıflandırma hakkında geniş bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, Vastıflandırma, s. 191 vd.

⁶⁸⁴ Kurkela, s. 20.

⁶⁸⁵ Doğan, **Teminat**, s. 349.

⁶⁸⁶ Barlas, s. 13–25; Doğan, **Teminat**, s. 61–91; Reisoğlu, Seza, s. 137–197; Teminat mektubu örnekleri için bkz. Reisoğlu, Seza, s. 527–536.

şeklinde düzenlenmektedir. Kesin teminat mektuplarında, genellikle bir sözleşmeye atıf yapılmakta, sözleşmenin ifası garanti edilmekte ve lehdarın sözleşmeden doğan yükümlülüğünü kısmen veya tamamen yerine getirmemesi halinde muhatap, tazmin talebinde bulunma hakkını elde etmektedir⁶⁸⁷. Uygulamada, devralmalarda tarafların aralarındaki sözleşmelerden doğan çeşitli yükümlülüklerini yerine getirmemeleri ihtimaline karşı bir teminat sağlama amacıyla benzer banka teminat mektupları düzenlenmektedir. Devredenin beyan ve taahhütlerinin ihlali halinde devralan lehine düzenlenmiş olan banka teminat mektubu nakde çevrilmektedir⁶⁸⁸.

Teminat mektubunda garanti edilen risk, lehdar ile muhatap arasındaki ilişkinin geçerliliğinden tamamen bağımsızdır. Bu nedenle, garanti veren banka, sözleşmenin geçersiz olması halinde de sorumlu olmaya devam etmektedir⁶⁸⁹.

Kural olarak, bankalar, kendilerinden teminat mektubu talebinde bulunan kişilerden konragaranti almadan teminat mektubu vermemektedirler. Teminat mektubunu veren banka, doğrudan teminat mektuplarında muhataptan güvence almakta, dolaylı teminat mektuplarında ise, ilk banka ikinci bankaya kendi güvencesini vermektedir. Her iki durumda da, konragaranti söz konusudur⁶⁹⁰.

Bankanın ödemededen imtina edebilmesi için riskin doğmadığı veya risk doğmuş olsa bile muhatabın tazmini talep etme hakkını kötüye kullandığı iddiasını kesin ve likid delillerle ispat etmesi lazımdır. Uygulamada, lehdar veya banka, mahkemeden ihtiyatî tedbir kararı almak suretiyle ödemeyi durdurma yoluna gitmektedir. Bu durum, Türkiye’de yatırım yapan yabancıların Türk bankalarına güvensizliğine yol açmaktadır⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ Esin/Lokmanhekim, s. 103–104.

⁶⁸⁸ A.e., s. 103.

⁶⁸⁹ Doğan, **Teminat**, s. 128-129; Esin/Lokmanhekim, s. 104; Kurkela, s. 28.

⁶⁹⁰ Doğan, **Teminat**, s. 87.

⁶⁹¹ Esin/Lokmanhekim, s. 106.

E. Diğer Sözleşmeler

1. Genel Olarak

Birleşme ve devralma işlemlerinde, tarafların birbirleri ile veya taraflardan birinin hedef ortaklık ile bazı ek sözleşme ilişkilerine girmesi sık rastlanır bir durumdur. Uygulamada, sıklıkla teknik bilgi aktarımı, dağıtım veya tedarik gibi konularda sözleşmeler yapıldığı görülmektedir. Bunun yanında, kredi, yönetim ve danışmanlık sözleşmeleri ile ortakların ortaklığa katkıda bulunmaları sağlanmaktadır. Ayrıca, ortaklar sözleşmesi ile genellikle ortaklığın bir ortağıyla kuracağı sözleşme ilişkisinin diğer ortakların onayına tâbi olacağı düzenlenmektedir. Bu tür ilişkiler ve bunların tâbi olacağı hükümler, ek sözleşmeler başlığı altında önceden kararlaştırılmakta ve ortaklar sözleşmesi veya hisse devir sözleşmesine eklenerek daha baştan öngörülebilir ve hesaplanabilir yapılar kurulmaktadır. Yan noktaları düzenleyen bu tür sözleşmelerin yanı sıra tarafların ilişkinin temelini kuran hisse devir sözleşmesine bağlı olarak ek hisse alım sözleşmesi yapmaları da söz konusu olabilmektedir⁶⁹². Önemine binaen aşağıda bu sözleşmelerden bazılarına değinilecektir.

2. Ek Hisse Alım Opsiyonu Sözleşmesi

Taraflar, devralana hisse devir sözleşmesi ile satın aldığı hisselerle ilave olarak ortaklığın belirli miktarda hissesi veya geri kalan hisselerinin tümü için bir ek hisse alım opsiyonu verilmesini kararlaştırabilirler. Bu çerçevede devreden, devralan tarafından tek taraflı irade açıklaması ile ek hisse alım opsiyonunun kullanılması durumunda hisseleri devralana devretme ve buna karşılık, devralan, ek hisse alım sözleşmesinde kararlaştırılmış olan satım bedelini ödeme borcu altına girmektedir. Ek hisse alım sözleşmesinin taraflarının amacı, teminat amaçlı opsiyon sözleşmelerinden farklı olarak devir işlemleri kapsamında yapacakları sözleşmelerde öngörülen borçların ifasını teminat altına almak değil işletmenin belirli kârlılık oranları ve performansları gerçekleştirmesi üzerine devralana daha fazla hisse alma imkânı sağlamaktır⁶⁹³.

Ek hisse alım opsiyonunun kullanımının herhangi bir süre ile sınırlandırılmaması, ortaklığın ticarî geleceği bakımından bir belirsizlik yaratacağından

⁶⁹² Esin/Lokmanhekim, s. 107.

⁶⁹³ A.e., s. 108.

dolayı, uygulamada, taraflar ek hisse alım opsiyonu sözleşmesinde bu süreyi açıkça belirleme yoluna gitmektedirler. Süresi içinde kullanılmayan ek hisse alım opsiyonu, sürenin bitimi ile kendiliğinden sona ermektedir⁶⁹⁴.

2. Teknik Bilgi Sözleşmesi

Teknik bilgi (know-how) sözleşmesi, teknik bilgiyi sağlayana diğer tarafa belirli bir teknik bilgiyi açıklama ve teknik bilgiyi kullanımına izin verme ve buna karşılık, teknik bilgi alana belirli bir bedel ödeme borcu yükleyen bir sözleşmedir⁶⁹⁵.

Birçok durumda, taraflar, ortağı oldukları ortaklığa hiç çekinmeden sahip oldukları bilgileri aktarmaktadırlar. Oysa, ortaklık ilişkisinin sona ermesinden sonra özellikle patent ile korunmayan teknik bilginin diğer ortağın eline geçmesi ve teknik bilgi sözleşmesine hukuken taraf olmayan diğer ortağın bu bilgileri salt kendi çıkarına kullanması riski, ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple, taraflardan birinin ortağı olduğu ortaklık ile ayrıntılı bir teknik bilgi sözleşmesi yapması önerilmektedir⁶⁹⁶.

Teknik bilgi sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş olup uygulamanın ortaya çıkardığı ve geliştirdiği bir sözleşmedir. Teknik bilgi sözleşmesi, bünyesinde satım, kira, hizmet, eser, ortaklık sözleşmesi gibi kanunda düzenlenen türlü sözleşmelerin unsurlarını barındırmakla beraber bu sözleşme türlerine dâhil edilememektedir. Bu nedenle, isimsiz sözleşmeler kategorisinde ele alınmalıdır⁶⁹⁷.

Hukukî işlemler ve özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hakkında BK'da düzenlenen genel hükümler, teknik bilgi sözleşmesine de aynen uygulanabilmektedir. Bu nedenle, teknik bilgi sözleşmesinin kurulması için BK m. 2 uyarınca, tarafların tüm esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları gerekmektedir. Teknik bilgi sözleşmesinin esaslı unsurları şunlardır⁶⁹⁸: i) Teknik bilgi. ii) Bedel. iii) Tarafların anlaşması.

⁶⁹⁴ Esin/Lokmanhekim, s. 109.

⁶⁹⁵ Geniş bilgi için bkz. Baş, Mustafa, **Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000; Ögüz, Tufan, **Know-How Sözleşmesi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001; Erbay, İsmail, **Know-How Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

⁶⁹⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 105.

⁶⁹⁷ Baş, s. 24; Erbay, s. 102; Ögüz, s. 33-34.

⁶⁹⁸ Erbay, s. 102.

Sözleşmenin kurulması, BK m. 1 kapsamında değerlendirilmelidir. Teknik bilgi sözleşmesi, diğer sözleşmeler gibi icap ve buna uygun kabul beyanıyla kurulmaktadır. Taraflar, sözleşme serbestisi kapsamında bizzat teknik bilgi sözleşmesini kurabilecekleri gibi BK m. 22 kapsamında ileride sözleşme kurabileceklerine dair bir ön sözleşme de yapabilmektedirler⁶⁹⁹.

Türk hukukunda, teknik bilgi sözleşmelerini doğrudan düzenleyen hükümler bulunmamakla beraber 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷⁰⁰ ile değişik 24.06.1995 tarih ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK (“Patent Hakkında KHK”)⁷⁰¹ ile RKHK’da bu sözleşmelere ilişkin bazı ipuçları bulmak mümkündür⁷⁰².

Patent Hakkında KHK m. 89/1 uyarınca, “Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, bir patent başvurusunu veya patenti devir eden veya lisansını veren, devir alan veya lisans alan, patent konusu buluşun normal bir kullanımı için zorunlu olan teknik bilgileri vermekle yükümlüdür”. Patent Hakkında KHK m. 89/2 uyarınca, “Devir alan veya lisans alan kişi, kendisine verilen gizli bilgilerin açıklanmasını önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür”. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, patentin kullanımı için gerekli olan gizli teknik bilgilerin lisans alana verilmesi, patent lisansından ayrı olarak teknik bilginin konu olduğu bir sözleşmenin yapılması ile olmaktadır⁷⁰³.

RKHK, tüm özel hukuk sözleşmelerinin serbest rekabet düzenini bozucu hükümler içermesini yasaklamaktadır. Ayrıca, RKHK, m. 5 hükmü ile ekonomik ve teknik gelişmeye katkıda bulunan, tüketicinin yararına olan sözleşmeler olabileceğine işaret etmekte olup bu sözleşmelere grup muafiyeti tanınmasına ve bunun şartlarını gösteren özel tebliğlerin çıkarılmasına imkân tanımaktadır.

⁶⁹⁹ Erbay, s. 102–103.

⁷⁰⁰ RG 26.06.2004–25504.

⁷⁰¹ RG 27.06.1995–22326.

⁷⁰² Baş, s. 24.

⁷⁰³ A.e., s. 25.

IV. HİSSE DEVİR İŞLEMLERİNİN TAMAMLANMASI

A. Genel Olarak

Hisse devir işlemlerinin tamamlanması olarak adlandırabileceğimiz tasarrufi aşamada; sözleşmelerin ifası, tescil ve ilan dâhil diğer tasarrufi devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi, ek sözleşmelerin imzalanması, gerekirse yeni yöneticilerin atanması söz konusudur⁷⁰⁴.

Hisse devri, genellikle, borçlandırıcı ve tasarrufi işlem olmak üzere iki aşamalıdır: i) Hisse devir sözleşmesi. ii) Hissenin ve hisseye bağlı hak ve borçların devralana geçmesi için gerçekleştirilmesi gereken devir işlemleri.

Devir hususu, kanunen öngörülen şekil şartına tâbi olarak devir vaadi sözleşmesine⁷⁰⁵ de konu edilebilmektedir. Borçlandırıcı işlem kapsamında henüz iktisap edilmemiş veya ileride kurulacak ortaklık hisselerinin devrini taahhüt de mümkündür. Ancak, bu hisselerin devri ortaklık kurulduktan veya sermaye artırımını sonrasında tamamlanabilmektedir. Söz konusu hisselerin devrine onay, kuruluş (formation, establishment) veya sermaye artırımını (allotment of new shares) sonucu oluşacak yetkili organ tarafından verilecektir. Sermaye artırımını sonucu taahhüt edilen yeni hisselerin devrinde, hedef ortaklığın sermayesi hisselerine ilişkin olarak taahhüt edilen bedel miktarında arttırılmaktadır⁷⁰⁶.

Borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi arasındaki ilişki hakkında kanunî bir düzenlemenin olmaması, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hâkim görüş, tasarruf işleminin bu işleme sebep teşkil edecek borçlandırıcı işlemten bağımsız olduğu yönündedir. Aksi görüşe göre, hisse devrine temel teşkil eden sözleşme, şekil noksanı veya irade fesadı gibi bir sebeple geçerli değilse hisse devri de geçerli değildir⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Brechbühl, s. 457–458; Esin/Lokmanhekim, s. 6; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 81; Martinus, s. 15; Pulaşlı, **Due Diligence**, s. 217; Spillman, s. 518.

⁷⁰⁵ Bkz. İkinci Bölüm, Hisse Taahhüdü Sözleşmesi, s. 98 vd.

⁷⁰⁶ Öz, **Armağan**, s. 368–369; Demirkapı, s. 193–195.

⁷⁰⁷ Bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir Sözleşmesi, s. 101 vd.

Borçlandırıcı işlemle yani hisse devir sözleşmesiyle yüklenilen kişisel borçtan kurtulmak için tasarruf işleminin kanunda veya esas sözleşmede belirtilen şekilde gerçekleştirilmesinin yanında tarafların ehliyetli olmaları ve devreden hissesi üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir⁷⁰⁸.

Hisse devir işlemlerinin tamamlanması aşamasında yerine getirilmesi esas olan bazı durumları aşağıda kısaca özetlemekte fayda vardır:

i) Sözleşmenin imzalanması üzerine hedef ortaklığın hisseleri veya malvarlığı hemen el değiştirmemektedir. Taraflarca, genellikle sözleşmenin imzalanması ile borcun ifası arasında bir süre öngörülmektedir. Söz konusu süre zarfında taraflar, sözleşmede hüküm altına alınan veya kanundan kaynaklanan şartları⁷⁰⁹ yerine getirmektedirler⁷¹⁰. *Ön şartların* tamamlanmasının ardından taraflar, sözleşmede üstlendikleri asıl borçlarını yerine getirmekle yükümlü olmaktadır⁷¹¹.

Hisse devrinin esas sözleşme değişikliğini gerektiren bir işlem olmadığı Yargıtay ve doktrinde benimsenmektedir⁷¹². Ancak, devir işleminden önce, esas sözleşme tadili ile yönetim kurulu üye sayısı, sermaye arttırımı ve benzeri değişikliklere gidilmesi gerekebilmektedir. Ortaklık, faaliyet alanı itibarıyla, kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri STB'nin iznine tâbi olan anonim ortaklıklar kapsamına giriyorsa STB'nin esas sözleşme değişikliklerine ilişkin izni alınmalıdır. İzni takiben ortaklar genel kurulu toplanarak esas sözleşme değişikliğini görüşüp buna ilişkin kararı ticaret sicilinde tescil ve ilan etmektedir⁷¹³.

ii) Taraflar, aralarında yapacakları bir *gündem* ile devir işlemlerinin tamamlanması için birbirlerine karşı yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerini sıralayıp bunları yerine getirdiklerini kanıtlayan belgelerin birbirlerine veya varsa, yedimeine karşılıklı olarak tevdiini öngörebilmektedirler⁷¹⁴.

⁷⁰⁸ Taşdelen, s. 119–120.

⁷⁰⁹ Bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir Sözleşmesi, s. 101 vd.

⁷¹⁰ Esin/Lokmanhekim, s. 110–111; Sherman/Hart, s. 182.

⁷¹¹ Esin/Lokmanhekim, s. 120.

⁷¹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 919.

⁷¹³ Esin/Lokmanhekim, s. 121–122.

⁷¹⁴ Devir işlemlerinin tamamlanmasına ilişkin örnek gündem için bkz. Miller, **M&A** 2, <http://media.wiley.com/assets/1502/30/appendix2H.doc> (10.01.2010); Stilton, Appendix 2, Precedent 11, s. 752–762.

iii) Hisse devir sözleşmesindeki ana yükümlülük, devreden bakımından *hisselerin devri* ve devralan bakımından kararlaştırılan *satım bedelinin ödenmesidir*.

Hisse taahhüdü sözleşmesi veya hisse devri sözleşmesi uyarınca, hisseleri satın alan yeni ortak, devir işlemlerinin tamamlanması aşamasında hisse senetlerinin kendine tevdi karşılığında bu hisselerin satım bedelini, devredenin hesabına geçirmelidir. Taraflar, önceden satım bedelinin nasıl ödeneceği konusunda, yani, ödeme şekli üzerinde anlaşmalıdırlar⁷¹⁵. Satım bedeli, nakden (cash offer) veya çek ve bono, havale, akreditif ve sair yollarla ödenebilmektedir. Taksitle ödeme mümkündür ancak bu durumda devreden, devralandan teminat isteyebilmektedir. İsviçre ve ABD hukukunda, özellikle halka açık ortaklıkların hisselerinin devrinde, satım bedeli karşılığında nakit yerine alıcının başka ortaklıktaki hisseleri verilebilmektedir (share for share transaction, share for share exchange, quasifusion)⁷¹⁶. İnceleme sonucu tespit edilen riskler, satım bedelinin şartlı ödenmesini beraberinde getirebilmektedir. Örneğin, satım bedelinin hedef ortaklığın gelecekteki kazançlarına bağlı olarak ödenmesine (earn-out) karar verilebilmektedir⁷¹⁷. Başka bir alternatif, devredenden alınacak teminat tutarlarının yükseltilmesidir⁷¹⁸. Günümüzde ödeme şekli olarak tahvil ve imtiyazlı hisse senedi ihracı (loan stock and preference share), diğer yöntemler kadar sık kullanılmamaktadır. Yüksek tahvil ihracı (junk bonds) yoluyla ödeme yolu, genellikle küçük firmalar tarafından büyük firmalar ile birleşebilmek için tercih edilmektedir⁷¹⁹.

Devir işlemlerinin tamamlanması sonrası düzenlenen bilançolarda, malvarlığının azaldığı veya arttığı tespit edilirse, satım bedelinin tekrar ayarlanması (post-sale price adjustment) mümkündür⁷²⁰. Taraflar arasında, fiyatın tekrardan ayarlanmasına ilişkin bir hüküm de içeren satım bedelinin alıkonulmasına ilişkin bir sözleşme (hold-back agreement) yapılabilmektedir. Burada, satım bedelinin bir kısmı nakden, geri kalanı ise taksitler halinde ödenmektedir. Devredenin beyan ve

⁷¹⁵ Ödeme şekilleri için bkz. Çelik, s. 70–76; Miller, **M&A 1**, s. 90–115; Sudarsanam, s. 378–383; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 41.

⁷¹⁶ Brechbühl, s. 460, s. 471, s. 480–481; Martinius, s. 28, s. 41; Miller, **M&A 1**, s. 13; Rankine/Howson, s. 168–169; Spillman, s. 527, s. 539; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 44; Werry, s. 499; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 186.

⁷¹⁷ Brechbühl, s. 480; Çelik, s. 76; Kutlan, s. 127; Martinius, s. 40; Miller, **M&A 1**, s. 13; Oesterle, s. 342; Sherman/Hart, s. 194; Spillman, s. 539–540; Werry, s. 509; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 187; Earn-out avantajları ve dezavantajları için bkz. Rankine/Howson, s. 171–172.

⁷¹⁸ Kutlan, s. 127; Werry, s. 509; Spillman, s. 539.

⁷¹⁹ Çelik, s. 74–76.

⁷²⁰ Issitt, s. 124; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 188.

taahhütlerine aykırılığı halinde devralan, mahkemeye gitmek yerine bakiyenin ödenmesi talebini reddetme imkânına sahiptir⁷²¹.

İsviçre hukukunda, bir ortaklığın hisse senetlerinin o ortaklığın denetimini ele geçirecek oranda borçlanılarak satın alınması durumu (buy-out) ayrıca düzenlenmiştir. Burada, hisseler, ya üçüncü kişilerce kaldıraçlı satın alma (leveraged buy-out) ya da ortaklık yöneticileri tarafından yönetimce satın alma (management buy-out) şeklinde kredi yoluyla satın alınmaktadır. Yaygın olarak, hisseler, bu amaçla kurulacak bir ortaklık tarafından satın alınmaktadır (acquisition vehicle)⁷²². Türk hukukunda, borçlanarak satın alma ilişkisi kabul edilmekle beraber ayrı bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle, ilgili işlemlerin TTK, BK, SerPK, KVK ve İş Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁷²³. 80'li yıllarda gerek Avrupa gerekse ABD⁷²⁴'de, devralmaların hızlı ve etkili bir yolu olarak kabul gören borçlanarak satınalma, genellikle birleşme ve devralmalar ile birlikte ele alınırsa da satınalma işleminin finansmanında yüksek tutarda kredi kullanılması, bu yöntemi diğerlerinden ayırmaktadır⁷²⁵.

TTK m. 286/2 hükmü ile hissenin nominal değerinin üzerinde bir bedelle satılması olanağı sağlanmıştır. Uygulamada, genellikle hisseler, nominal değerlerinin üstünde bir bedelle taahhüt edilerek çıkarılmaktadır. Örneğin, nominal değeri 1000 YTL. olan bir hisse karşılığında 1400 YTL. ödenmesi gerektiği sermaye arttırımı yapan hedef ortaklığın genel kurul kararında öngörülebilmektedir. Bu durumda, aradaki 400 YTL.'lik fark, emisyon primi olarak nitelendirilmekte ve ortaklığın kanunî yedek akçelerine eklenmektedir⁷²⁶.

iv) Taraflar, edimlerinin eş zamanlı ifasını sağlamak için nakit ve hisselerin el değiştirmesine yardımcı olarak, uygulamada, tarafsız üçüncü bir kişiyi (*yediemin aracısı*) atayabilmektedirler. Bu yediemin aracısı, tarafların devir işlemlerinin tamamlanması için gereken yükümlülüklerini yerine getirmeleri üzerine devralanın

⁷²¹ Martinius, s. 40.

⁷²² Sudarsanam, s. 268; Zeybek, Yasemin, **Borçlanarak Gerçekleştirilen Şirket Satınalmaları**, Ankara: SPK Yayınları, 1996, s. 9; Geniş bilgi için bkz. Sarıkamış, s. 206–216; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 63–67.

⁷²³ Zeybek, s. 65.

⁷²⁴ ABD hukukunda borçlanarak satınalma hakkında geniş bilgi için bkz. Miller, **M&A 1**, s. 295–302.

⁷²⁵ Zeybek, s. 9.

⁷²⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 58; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 364–365.

evvelden kendisine vermiş olduğu imzalı talimata dayanarak nakdin satıcının hesabına geçirilmesi işlemini gerçekleştirmekte ve söz konusu hisse senetlerini devralana tevdi etmektedir⁷²⁷.

v) Taraflar, devir işlemlerinin tamamlanması aşamasında, hedef ortaklığın yetkili kurulunun *devralanın hisse defterine kaydına* ilişkin olarak aldığı kararının bir kopyası ile devralanın hisse defterine ortak olarak kaydını gösteren ilgili sayfanın noter onaylı kopyasının devralana verilmesini kararlaştırabilirler⁷²⁸.

vi) Ortaklık malvarlığının mülkiyetinin devralana geçmesi için gereken tapu ve sair belgeler, hedef ortaklığın ortaklarının ve yöneticilerinin beyan ve taahhütlerinin devir işlemlerinin tamamlanması tarihi itibarıyla geçerli olduğuna ve bu tarih itibarıyla ortakların ve ortaklığın tüm yükümlülüklerini ifa ettiklerine ilişkin beyanları, çalışanlara ait iş sözleşmeleri, yöneticilerin ve çalışanların varsa ortaklığa karşı iddialarından feragatları, bazı çalışanların ve yöneticilerin istifa mektupları, alacaklıların borcun nakline onayı, devreden ile hedef ortaklık arasındaki tedarik sözleşmesi ve kira sözleşmesi, devreden tarafın hukuk danışmanının sözleşmelerin geçerli şekilde imzalandığına ve beyan ve taahhütlerin geçerliliğine ilişkin yazısı, devreden tarafın malî danışmanının bilânçoları tasdiki ve bilânço tarihi ile devir işlemlerinin tamamlanması tarihi arasında ortaklığın ticarî pozisyonunda herhangi önemli bir değişikliğin olmadığına ilişkin yazısı devir işlemlerinin tamamlandığı günde ibraz edilecek diğer belgelerdendir⁷²⁹. Devralmanın büyüklüğüne göre başkaca belgelere de ihtiyaç olabilmektir⁷³⁰.

Devir işleminin kanunun öngördüğü şekilde tamamlanması üzerine devreden, ortaklık sıfatını kaybetmekte ve devralan, onun yerine hedef ortaklıkla ortaklık ilişkisine girmektedir. Diğer bir deyişle, devralan, tüm hukukî sonuçlarıyla devredenin bıraktığı hissenin sahibi olmaktadır. Devralan, devredenin şahsından doğan hak ve borçlar hariç,

⁷²⁷ Esin /Lokmanhekim, s. 122–123; Martinius, s. 40; Werry, s. 509; Spillman, s. 539.

⁷²⁸ Esin /Lokmanhekim, s. 122–123; Rihm, s. 2; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 184.

⁷²⁹ Rihm, s. 2; Sherman/Hart, s. 195–196; Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 184.

⁷³⁰ Wilkonson/Waterhouse, **Share Sale**, s. 192.

hisse sahibi olması dolayısıyla sahip olduğu bütün hakları iktisap etmekte ve bütün borçları yüklenmektedir⁷³¹.

Devir işlemlerinin tamamlanması sonrası entegrasyon süreci başlamaktadır. Bu aşamada, yeni bir iş planı hazırlanmakta, organizasyonel ve hukukî değişiklikler gerçekleştirilmekte, insan kaynakları değerlemesi ve planlaması yapılmakta ve özetle, devreden ortaklığın devralan ortaklıkla bütünleşmesi sağlanmaktadır⁷³².

Her bir ülkede, hisse devirlerinin ne şekilde yapılacağı, örneğin ortaklar defterine kayıtlı mı yoksa hisse senetlerinin devriyle mi geçerlilik kazanacağı konusu ortaklıkların tâbi olduğu hukuk kapsamında değerlendirilmelidir⁷³³.

Türk hukukunda, hisse devirleri, farklı ortaklık türleri ve ortaklık hisseleri için farklı şekillerde olmak üzere TK'da m. 415, m. 416, m. 518 ve m. 520 hükümleri ile düzenlenmiştir. Aşağıdaki bölümlerde, limited ortaklıklar ile anonim ortaklıklara ilişkin özel durumların ayrı ayrı ele alınmasında fayda görmekteyiz.

B. Limited Ortaklıklarda Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması

Limited ortaklıklarda sermaye, anonim ortaklıkların aksine birbirine eşitliği zorunlu olmayan ortak sayısına eşit hisselerle bölünmüştür. TK m. 518/4 uyarınca, hisse hakkında düzenlenecek senetlerin sermaye payının tümüne ait olması şarttır.

Ortağın, ortaklığa koymuş olduğu bu katılma payı, kural olarak bölünmez bir bütün oluşturmaktadır. Ancak, esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça ortaklık hissesinin devir için veya mirasın paylaştırılması amacıyla bölünmesi mümkündür (TTK m. 521, m. 524). Hisse, ancak 25 milyon TL. ve bunun katlarına bölünebilmektedir. Burada bölünen, temel katılım hissesidir ve bu bölme, yalnızca bölünen kısmın devri ile yeni ortak edinilmesi için olur⁷³⁴.

Sermaye payı, kural olarak ortaklık hissesini belirlemektedir. Diğer deyişle, her ortağın ortaklığa karşı hak ve borçları, taahhüt ettiğı sermaye miktarına göre

⁷³¹ Öz, **Armağan**, s. 381.

⁷³² Geniş bilgi için bkz. Martinius, s. 42–44 (genel olarak); Brechbühl, s. 481–483 (İsviçre); Werry, s. 512–513 (İngiltere); Spillman, s. 541–542 (ABD).

⁷³³ Johnson, s. 14.

⁷³⁴ Öz, **Armağan**, s. 360.

belirlenmektedir. Bu kural, emredici nitelikte olmadığından aksi kararlaştırılabilmektedir. Taahhüt edilen sermaye payı, malî haklardan esas sermayenin arttırılmasına katılma hakkının (“yeni hisse alma hakkı”) ve ortaklığa sermaye koyma borcunun oranını belirlemektedir⁷³⁵.

TTK m. 518/3 hükmü uyarınca, her ortağın sermayeye katılım hissesinin tamamına karşılık düzenlenen senetler, kıymetli evrak değil sadece yazılı bir ispat aracı niteliğinde olduğundan kıymetli evrakın devrine ilişkin ilkeler, burada uygulama alanı bulmaz. Kanun, bu belgenin hisse senedi olmadığını vurgulamış ve senet demekle yetinmiştir. Bu nedenle, ortaklık hissesinin devri için ortaklık senedi üzerindeki zilyedliğin nakli zorunlu olmadığı gibi tek başına ortaklık senedi üzerindeki zilyedliğin nakli de limited ortaklık hissesinin devri için yeterli değildir⁷³⁶.

Limited ortaklıklarda hisse devri, TTK m. 518 ve m. 520 hükümlerince düzenlenmiştir. Ortaklık hissesinin devrine ilişkin olarak kanunkoyucu, en açık düzenlemeyi limited ortaklık hissesinin devri konusunda yapmıştır. Nitekim, limited ortaklığı düzenleyen hükümlerde, bir yandan ortaklık hissesinin devredilebileceği açıkça öngörülürken öte yandan da hem devir sözleşmesinin tâbi olduğu şekil hem de devrin ortaklığa karşı hangi şartlarla geçerlilik kazanacağı, bir başka deyişle hisseleri devralanın hangi şartlarla ortak sıfatını elde edeceği hükme bağlanmıştır⁷³⁷.

Limited ortaklıklarda hisse devri iki aşamalıdır⁷³⁸:

i) Devreden ve devralan arasında yapılan hisse devir sözleşmesi⁷³⁹.

ii) Ortaklığa bildirim üzerine ortakların devri onaylaması ve hisse defterine kayıt: TTK m. 520/1 uyarınca, “Bir hissenin devri ortaklık hakkında ancak ortaklığa bildirilmek ve hisse defterine kaydedilmek şartı ile hüküm ifade eder”. TTK m. 520/2 uyarınca, “Devir hususunun hisse defterine kaydedilebilmesi için ortaklardan en az ¾’ünün devre muvafakat etmesi ve bunların da esas sermayenin en az ¾’üne sahip olması şarttır”. Devir sözleşmesi ile onayın aynı anda gerçekleştirilmesi mümkündür.

⁷³⁵ Öz, **Armağan**, s. 348.

⁷³⁶ Kendigelen, **Makale**, s. 236.

⁷³⁷ A.e.

⁷³⁸ Demirkapı, s. 213.

⁷³⁹ Bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir Sözleşmesi, s. 101 vd.

Ortaklık onayının devir sözleşmesinden evvel alınması da mümkündür⁷⁴⁰. TTK Tasarısı m. 595, devrin geçerliliği için sadece ortaklar kurulunun onayını şart öngörmektedir.

Ortaklığa bildirimin kimin tarafından yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. Bazı görüşlere göre, bildirim, taraflardan birinin ortaklıktan ayrılmak diğerinin ortaklığa girmek isteğinin açıklanması niteliğinde olduğundan kural olarak her iki tarafça da yapılabilir⁷⁴¹. Bir başka görüşe göre, taraflardan biri tek başına bildirimde bulunabilmelidir⁷⁴². Çünkü taraflar, devir sözleşmesinde zaten iradelerini açıklamışlardır. Burada önemli olan, bu durumdan ortaklığın haberdar edilmesidir. Diğer bir görüşe göre, bildirim, mutlaka hissesini devreden ortak tarafından yapılmalıdır⁷⁴³. Devralan, devirden kaçınan borçlusuna karşı mahkemeye başvurarak onun beyanı yerine geçen bir ilam alarak ortaklığı harekete geçirebilmelidir. Bildirim, şekle bağlı olmaksızın ortaklık tüzel kişisine yönelik yapılmalıdır. Devir talebi, ortaklar kurulunda görüşülür. Ortaklar, hisse devrini kabul etmedikleri takdirde devir işlemi, ortaklık yönünden geçerli değildir⁷⁴⁴.

Ortaklar kurulunun kararına rağmen ortaklık müdürü, hisse defterine kayıt yapmıyor veya diğer bir memurun yaptığı kaydı tasdik etmiyorsa devir alan ortağın bunun hükmen yapılmasını talep etme hakkı mevcuttur. Hisse defterine kayıt edilmemiş olan devirlerin daha sonraki bir aşama olan sicil memurluğu kayıtlarının devir, tashih ve tescilinin istenmesi mümkün değildir⁷⁴⁵. Hisse defterindeki kayıt, ortaklık sıfatının ispatı açısından, sadece, aksi ispat edilebilir bir karine oluşturduğu gibi ortaklık sıfatının iktisap edildiği, hisse defterinden başkaca belgelerle de ispat edilebilmektedir⁷⁴⁶.

Kanun hükmünden, ortaklığa karşı hisse devrinin ileri sürülebilmesi için hisse defterine kaydının gerektiği anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarına göre, ortaklığa karşı ortaklık hakkı, ancak hisse devrinin hisse defterine kaydı üzerine ileri

⁷⁴⁰ Arslanlı/Domaniç, **Limited Şirketler**, s. 249; Demirkapı, s. 212.

⁷⁴¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 916.

⁷⁴² Arslanlı/Domaniç, **Limited Şirketler**, s. 238; Moroğlu, **Makale**, s. 253.

⁷⁴³ Öz, **Armağan**, s. 371–372.

⁷⁴⁴ Çevik, Orhan Nuri, **Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması (“Limited Şirketler”)**, Gözden geçirilmiş 4. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 220–222.

⁷⁴⁵ Çevik, **Limited Şirketler**, s. 222; Demirkapı, s. 385; Öz, **Armağan**, s. 369; Sarıkaya, **Yaklaşım Mart**, s. 237.

⁷⁴⁶ Eriş, **Şirketler**, s. 674; Kendigelen, Abuzer, “Pay Sahipliği Sıfatının İspatı Kazanılması ve İspatı”, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (1986–2001): Hukukî Mütalaalar (“Hukukî Mütalaa 1”)**, C. 2, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 282; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 913.

sürülebilmektedir⁷⁴⁷. Doktrinde çoğunluk görüşü, Yargıtay’ın görüşünü benimsemekle beraber bazı görüşler, ortak sıfatının geçişinin ortaklığın onayı ile tamamlandığı ve hisse defterine kaydın kurucu değil bildirici olduğunu savunmaktadırlar⁷⁴⁸. TTK Tasarısı bu tartışmaları ortadan kaldırmış ve ortaklık sıfatının geçişi için ortaklar kurulunun onayını yeterli görmüştür.

Sermaye hissesi, sermayenin dışında yönetim ve temsil yetkilerini de içerdiğinden ve bir bütün halinde hukukî münasebet devir edildiğinden kanun, hem tarafları hem de ortaklığı düşünerek bazı devir sınırlamaları getirmiştir. Nisbi nitelikte emredici hüküm olduğundan dolayı TTK m. 520 hükmünde öngörülen devir şartları, hafifletilememektedir. Buna göre, hissenin devri, ortaklık esas sözleşmesi veya ortaklar sözleşmesi ile daha ağır şartlara bağlanıp yasaklanabilmektedir. Kanun, ayrıca hisse devrini ortakların onayına bağlı tutmak suretiyle kanunen bağlamalı hale getirmiştir. Hedef ortaklıkla üçüncü kişilerin taraf olduğu bazı ticarî sözleşmelerin ortak değişimi için onay şartını içeren hükümleri de hisse devrinde kısıtlama oluşturmaktadır⁷⁴⁹. Türk hukukunda, çoğunluk hisselerine sahip ortakların gücü; azınlık hisselerine sahip ortakların hakları, kanuna ve esas sözleşmeye uygun hareket etme zorunluluğu, dürüstlük kuralları, hisse sahiplerinin eşit işleme tutulması ilkesi, hakların sakınılarak kullanılması ilkesi, müktesep haklar, ağırlaştırılmış nisaplar gibi türlü düzenlemelerle sınırlandırılmıştır⁷⁵⁰. Aynı şekilde, İsviçre hukukunda, %10 azınlık hissesine sahip ortaklar, uygun görmedikleri devirleri engellemek veya geciktirmek için türlü olanaklara sahiptir⁷⁵¹.

1976/1 sayılı “Limited Şirketlerde Pay Devri İşlemleri Hakkında İç Ticaret Sirküleri”⁷⁵², den anlaşılacağı üzere, STB, hisse devri ve ortağın değişmesinin mutlaka

⁷⁴⁷ Yar. 11. HD. 19.12.2006 T., 2005/9891 E. ve 2006/13581 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 14.10.2004 T., 2003/13238 E. ve 2004/9823 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 12.04.2004 T., 2003/9479 E. ve 2004/3835 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁷⁴⁸ Arslanlı/Domaniç, **Limited Şirketler**, s. 77, s. 229, s. 240; Çevik, **Limited Şirketler**, s. 222; Demirkapı, s. 211; Eriş, **İşletme**, s. 2667; Kendigelen, **Makale**, s. 238; Öz, **Armağan**, s. 355, s. 376; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 913, s. 917; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 447.

⁷⁴⁹ Çevik, **Limited Şirketler**, s. 217, s. 226; Esin/Lokmanhekim, s. 76–79; Hazen/Markham, s. 21–22; Issitt, s. 127; Kay, s. 502; Martinius, s. 20; Moroğlu, **Makale**, s. 254–255; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 919; Pulaşlı, **Şirketler**, s. 442; Sarıkaya, **Yaklaşım Mart**, s. 236; Spillman, s. 528; Taşdelen, s. 114, s. 227–309; Tekil, Fahiman, **Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku (“Limited Şirketler”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1994, s. 70–71.

⁷⁵⁰ Aygül, s. 212.

⁷⁵¹ Brechbühl, s. 475.

⁷⁵² RG 20.04.1976–15565.

esas sözleşmenin değiştirilmesini gerektirmediği görüşündedir. Limited ortaklıklarda anonim ortaklıklarda olduğu gibi devrin esas sözleşme değişikliğini gerektiren bir işlem olmadığı Yargıtay⁷⁵³ ve doktrinde⁷⁵⁴ çoğunluk tarafından benimsenmektedir. Bu nedenle, devir sözleşmesinin veya devre muvafakate ilişkin ortaklar kurulu kararının tescil ve ilanı da zorunlu değildir. Sadece TTK m. 519/2 uyarınca, her takvim yılı başında değişiklik varsa TSM'ye ortaklara ilişkin bir listenin verilmesi yoksa, değişiklik olmadığının bildirilmesi gerekli ve yeterlidir. TTK Tasarısı m. 594'de bu bildirim gerekliliği kaldırılmıştır. İmzalanan hisse taahhüdü sözleşmesi veya hisse devir sözleşmesi sonucunda ortaklığın esas sözleşmesinde değişiklik yapılması gerekiyorsa devir işlemlerinin tamamlanması aşamasında esas sözleşme değişikliğinin tescil ve ilanına ilişkin ticaret sicil gazetesinin bir örneğinin veya TSM'den alınan tescil yazısının devreden ortak veya ortaklık tarafından devralana sunulması istenebilmektedir⁷⁵⁵.

İsviçre OR m. 776 uyarınca, esas sözleşmeye ortakların ad ve soyadları ve koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarları yazılmış ise devir ortaklarının ad ve soyadlarında değişikliğe neden olacağından esas sözleşmenin değiştirilmesi gerekmektedir. Ortakların ad ve soyadları esas sözleşmeye yazılmamış olmakla birlikte hisse devri ile temel katılma paylarında bir değişiklik meydana geliyorsa yine, esas sözleşme değişikliği gerekmektedir⁷⁵⁶. İsviçre hukukunda, birleşme sözleşmelerinden farklı olarak hisse devirlerinin ticaret siciline tescil zorunluluğu yoktur. Fakat, fikrî ve sınâî hakların devri ve yeni yönetim üyeleri ve denetçiler, sicile bildirilmelidir. Taşınmaz devri söz konusuysa ilgili tapu müdürlüğüne bildirimde bulunulmalıdır⁷⁵⁷.

⁷⁵³ Yar. 11. Tic. D. 06.02.1962 T., 3199 E., 512 veya 511 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁷⁵⁴ Arslanlı/Domaniç, **Limited Şirketler**, s. 252; Öz, **Armağan**, s. 385; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 919; Kendigelen, **Makale**, s. 238; Tekil, **Limited Şirketler**, s. 49–50, dn. 80; aksi görüş için bkz. Çevik, **Limited Şirketler**, s. 225.

⁷⁵⁵ Esin/Lokmanhekim, s. 121.

⁷⁵⁶ Pulaşlı, **Şirketler**, s. 448.

⁷⁵⁷ Tschani/Von Planta/Oertle, s. 89.

C. Anonim Ortaklıklarda Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması

1. Kapalı Anonim Ortaklıklarda Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması

Anonim ortaklıklarda hisse devri, borçlandırıcı ve tasarruflı işlem olmak üzere iki aşamalıdır: i) Hisse devir sözleşmesi⁷⁵⁸. ii) Hissenin ve hisseye bağlı hak ve borçların devir alana geçmesi için yapılması gereken tasarruflı işlemler.

Borçlandırıcı işlemle yani hisse devir sözleşmesiyle yüklenilen kişisel borçtan kurtulmak için senedin türüne göre tasarruf işleminin kanunda veya esas sözleşmede belirtilen şekilde gerçekleştirilmesinin yanında, tarafların ehliyetli olmaları ve satıcının hisse senedi üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir⁷⁵⁹.

Hisse devrinin mutlaka esas sözleşme değişikliğini gerektiren bir işlem olmadığı Yargıtay ve doktrinde benimsenmektedir⁷⁶⁰. Ancak, devir işleminden önce esas sözleşme tadili ile yönetim kurulu üye sayısı, sermaye artırımı ve benzeri değişikliklere gidilmesi gerekebilmektedir. Ortaklık faaliyet alanı itibarıyla kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri STB'nin iznine tâbi olan anonim ortaklıklar kapsamına giriyorsa STB'nin esas sözleşme değişikliklerine ilişkin izni alınmalıdır. İzni takiben ortaklar genel kurulu, toplanarak esas sözleşme değişikliğini görüşür ve buna ilişkin kararı ticaret sicilinde tescil ve ilan olunur. Devir işlemlerinin tamamlanması aşamasında esas sözleşme değişikliğinin tescil ve ilanına ilişkin ticaret sicil gazetesinin bir örneğinin veya sicilden alınan tescil yazısının satıcı ortak veya ortaklık tarafından sunulması istenebilmektedir⁷⁶¹.

Anonim ortaklıklarda, ortaklık esas sözleşmesinden, SerPK'dan ve diğer bazı özel kanunî düzenlemelerden doğan zorunluluklar dışında hisselerin senede bağlanması zorunlu değildir. Hisselerin senede bağlanması, devirde uyulması gereken şartlar bakımından farklar yaratmaktadır⁷⁶².

⁷⁵⁸ Bkz. İkinci Bölüm, Hisse Devir Sözleşmesi, s. 101 vd.

⁷⁵⁹ Taşdelen, s. 119–120.

⁷⁶⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 919.

⁷⁶¹ Esin/Lokmanhekim, s. 121–122.

⁷⁶² Erdem, **Birleşme**, s. 51.

TTK’da, hisse senedine bağlanmamış hisselerin (“çıplak hisseler”) devrine ilişkin özel bir hüküm yoktur. Çıplak hisseler açısından hisse devri, aynı zamanda, devredenin ortaklığa karşı sahip olduğu hakların devri anlamına gelmektedir⁷⁶³. Dolayısıyla, burada, alacağın temlikine ilişkin BK hükümleri uygulanmalıdır. Devreden, tıpkı alacağın temlikinde olduğu gibi hisseleri devralan tarafla yazılı bir devir sözleşmesi yapmalıdır. Yazılı şekil, bir geçerlilik şartıdır. Doktrin⁷⁶⁴ ve Yargıtay kararları⁷⁶⁵, bu yöndedir. Bedeli tamamen ödenmemiş hisselerin devri, hem alacağın temliki (BK m. 162 vd.) hem de borcun nakli (BK m. 173) hükümlerine tâbidir ve devre ortaklığın onayı şarttır⁷⁶⁶.

Hisse, senede bağlanmışsa çıkarılan hisse senetleri kıymetli evraktan sayılmaktadır⁷⁶⁷. TTK m. 559 uyarınca, “Kıymetli evrakta mülkiyet veya sair bir aynî hak tesisi maksadıyla kıymetli evrakın devri için herhalde senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır. Bundan başka, emre yazılı senetlerde ciro, nama yazılı senetlerde yazılı bir devir beyanına ihtiyaç vardır. Bu beyan kıymetli evrakın üzerine yazılabileceği gibi ayrı bir kâğıt üzerine de yazılabilir. Kanun veya sözleşme ile başka kişilerin bu arada, bilhassa borçlunun da devre iştirakleri mecburi kılınabilir”. Bu hüküm, devir açısından kıymetli evrakı emre, nama ve hamiline olmak üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutmaktadır.

TTK m. 409 uyarınca, “Hisse senetleri bedelleri tamamen ödenmek şartıyla hamiline düzenlenebilir fakat bu konuda ortaklığın esas sözleşmesinde açık hüküm bulunması gerekir”. TTK m. 415 uyarınca, hamiline yazılı hisse senetlerinin devri, ortaklık ve üçüncü kişiler hakkında teslim ile hüküm ifade etmektedir. Ayrıca, hisse defterine kaydına gerek yoktur. Bu niteliği nedeniyle, hamiline yazılı hisse senetlerinin devri sınırlandırılmaz ve yasaklanamaz⁷⁶⁸. Taraflar, ileride zilyetliğin naklinin devri

⁷⁶³ İmregün, Oğuz, **Bilirkişi Raporları (1983–1984) (“Bilirkişi Raporları”)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s. 99.

⁷⁶⁴ Arslanlı/Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 1325; Erdem, **Birleşme**, s. 51; İmregün, **Bilirkişi Raporları**, s. 99; Kendigelen, **Makale**, s. 230; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 462.

⁷⁶⁵ Yar. 11. HD 13.12.2001 T., 2001/765 E., 2001/1011 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 26.03.2002 T., 2001/10867 E. ve 2002/2773 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁷⁶⁶ Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 870; Erdem, **Birleşme**, s. 51; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 463.

⁷⁶⁷ Taşdelen, s. 118; Öztan, s. 34.

⁷⁶⁸ Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 879; Taşdelen, s. 173.

amacıyla yapılmadığı iddiasına karşılık hisse devrini ispatlayabilmek için bu senetleri ciro veya temlik beyanı aracılığıyla da devredebilmektedirler⁷⁶⁹.

TTK m. 416 uyarınca, esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça nama yazılı hisse senetlerinin devri, ciro edilmiş senedin alıcıya teslimi ile olur. Nama yazılı hisse senetleri, Yargıtay⁷⁷⁰ ve doktrinde⁷⁷¹ çoğunluğun görüşü uyarınca, kanunen emre yazılı senettir ve devri, beyaz ciro dâhil ciro ve teslim ile gerçekleşebilir. Buna karşılık, nama yazılı hisse senedinin ayrıca ciro edilmeden BK m. 162 vd. hükümleri çerçevesinde, ayrı bir yazılı temlik beyanına müsteniden devredilmesi mümkündür. Ancak, temlikname veya temlik beyanı ile devredilen hisse senetlerinin tedavül güvenliği azdır. Çünkü, burada, ciroda olduğu şekilde alıcının iyiniyeti korunmamakta ve hatta satıcıya karşı ileri sürülebilecek kişisel defiler alıcıya karşı da ileri sürülebilmektedir⁷⁷². Nama yazılı senede, emre değildir, namadır kaydı (rekta kaydı, nama olma kaydı, menfi emre kaydı) konulursa emre senet, gerçek nama yazılı senet haline getirilebilmektedir⁷⁷³. Kanun, gerçek nama yazılı hisse senedinin devri için temlik beyanı ile senedin teslimini öngörmektedir.

Hisse senedi çıkarılmamış, onun yerine nama yazılı ilmühaber geçici çıkarılmış ise, bunların devri, nama yazılı hisse senetlerinin yerine çıkarılanlar için TTK m. 411/1 uyarınca, ciro ve teslimle, gerçek nama yazılı hisse senetlerinin yerine çıkarılanlar için temlik beyanı ve teslimle, hamiline yazılı hisse senetlerinin yerine çıkarılanlar için TTK m. 411/2 uyarınca, temlik beyanı ve teslimle mümkün olacaktır. Bedeli tamamen ödenmiş olmak kaydı ile hamiline yazılı hisse senedi yerine çıkartılan hamiline yazılı ilmühaberler, gerçek anlamda hamiline yazılı kıymetli evrak niteliğine sahip

⁷⁶⁹ Kendigelen, **Makale**, s. 231.

⁷⁷⁰ Yar. 11. HD 09.07.2007 T., 2006/8112 E. ve 2007/10405 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 08.11.2004 T., 2004/1848 E. ve 2004/10978 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁷⁷¹ Eriş, Gönen, **Anonim Şirketler Hukuku ("Şirketler")**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995, s. 664–665; Moroğlu, **Makale**, s. 261–262; Pulaşlı, Hasan, **Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri ("Senet")**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1992, s. 19; Taşdelen, s. 33; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 663; Yasaman, Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku ("Menkul Kıymet")**, İstanbul, y.y., 1992, s. 38; Aksi görüş için bkz. İmregün, **Kıymetli Evrak**, s. 13; Poroy, Reha, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Genişletilmiş 15. bs., İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 69.

⁷⁷² Moroğlu, **Makale**, s. 265–267.

⁷⁷³ Öztan, s. 42; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 651, s. 689; Yasaman, **Menkul Kıymet**, s. 35.

olduklarından bunların devri açısından hamiline yazılı hisse senedi hakkındaki açıklamalar aynen geçerlidir⁷⁷⁴.

Uygulamada yaygın olarak kullanılan küpürler, kıymetli evrak olup kapsadıkları hisse senedinin türüne göre kanunî şekle riayetle devredilebilmektedirler⁷⁷⁵.

Limited ortaklıklarda hisse devri, diğer ortakların izniyle mümkün iken anonim ortaklıklarda, kural olarak, böyle bir izne ihtiyaç olmaksızın serbestçe hisse devredilebilmektedir. Ancak, hedef ortaklığın taraf olduğu bazı ticarî sözleşmelerde ortak değişimi halinde izin alma şartını içeren hükümler kısıtlama oluşturmaktadır. Ayrıca, bağlam hükümlerinin söz konusu olduğu hâllerde, hisse devrinde sınırlamalarla karşılaşmaktadır. Nama yazılı hisse senetlerinin devrini kısıtlayan veya yasaklayan hükümler bağlam oluştururlar ve bu tür senetlere, bağlı nama yazılı hisse senedi (restricted registered share certificates) denir. Bağlam, ortaklar sözleşmesi ile esas sözleşmeye konulan hükümlerle sağlanır⁷⁷⁶. Diğer taraftan, Türk-İsviçre hukukunda, %10 azınlık hissesine sahip ortaklar uygun görmedikleri devirleri engellemek veya geciktirmek için türlü olanaklara sahiptir⁷⁷⁷.

Bağlı nama yazılı hisse senedi, kanunen emre yazılı senetlerdendir ve devri diğer nama yazılı hisse senetlerinin devri gibi olur. Fakat fark, ortaklığın bağlam hükmüne dayanarak devri kabul etmeme yetkisini kullanmasında ortaya çıkar. Anonim ortaklıklarda, hisselerin çoğunluğunun devrinde devreden, maddî ve hukukî ayıplardan ve malvarlığındaki eksikliklerden sorumludur. Bağlı nama yazılı hisse senetlerinde ise, devreden, ayrıca taahhütte bulunmadıkça işletmedeki ayıp ve eksikliklerden sorumlu değildir⁷⁷⁸.

⁷⁷⁴ Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 904; Kendigelen, **Makale**, s. 233; Taşdelen, s. 176–178.

⁷⁷⁵ Taşdelen, s. 178–179.

⁷⁷⁶ Bahtiyar, s. 243; Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 887; Esin/Lokmanhekim, s. 76–79; Hazen/Markham, s. 21–22; Issitt, Martin, “England and Wales”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 127; İmregün, **Anonim Ortaklık**, s. 363; Kay, s. 502; Martinius, s. 20; Moroğlu, **Makale**, s. 255; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 674; Pulaşlı, **Senet**, s. 136; Sarıkaya, **Yaklaşım Nisan**, s. 236; Sarıkaya, **Yaklaşım Ağustos**, s. 228–230; Spillman, s. 528; Yasaman, **Menkul Kıymet**, s. 44–45; Taşdelen, s. 159, s. 162–168.

⁷⁷⁷ Aygül, s. 212; Brechbühl, s. 475.

⁷⁷⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 469.

TTK m. 416/2 uyarınca, “Nama yazılı hissenin veya hisse senedinin devrinin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için devrin bildirim üzerine ortaklık tarafından hisse defterine kayıt edilmesi gerekir”. TTK m. 417/4 uyarınca da, “Şirkete karşı ancak pay defterinde kayıtlı bulunan kimse ortak sıfatını haizdir”. Yargıtay kararlarına göre, nama yazılı hisse senetlerinin devrinde, ortaklığa karşı ortaklık hakkı, ancak, hisse defterine kayıt üzerine ileri sürülebilmektedir⁷⁷⁹. Doktrinde çoğunluk görüşü, Yargıtay’ın görüşünü benimsemekle beraber bazı görüşler, ortak sıfatının senedin ciro ve teslimi ile alıcıya geçmiş olduğunu ve sonradan yapılan kaydın kurucu değil, sadece, mevcut durumu açıkladığı ve bildirici olduğunu savunmaktadırlar⁷⁸⁰. TTK Tasarısı m. 490/2 hükmünde, hisse defterine kayıt şartı kaldırılmıştır. Buna göre, hukukî işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı hisse senedinin zilyedliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilmektedir.

Hisse defteri, tutulması zorunlu olmakla beraber noter tasdikine tâbi olmayıp beyana tâbi bir defterdir (TTK m. 66, m. 69). Yönetim kurulu tarafından tutulduğundan dolayı (TTK m. 325) hisse defterine kayıt, yönetim kurulu kararına müsteniden yapılabilir. Yönetim kurulu karar almamış veya karar almasına rağmen hisse defterine kayıt etmemiş ise, devralanın hisse senetlerinin kendisine aidiyetinin tespiti veya ortaklık sıfatının kabulü ile hisse defterine tesciline karar verilmesi için eda davası açması gerekmektedir⁷⁸¹. Yargıtay kararları⁷⁸² da, bu doğrultudadır. Hisse defterindeki kayıt, ortaklık sıfatının ispatı açısından sadece aksi ispat edilebilir bir karine oluşturduğu gibi ortaklık sıfatının iktisap edildiği hisse defterinden başkaca belgelerle de ispat edilebilmektedir⁷⁸³.

⁷⁷⁹ Yar. 11. HD 09.07.2007 T., 2006/8112 E. ve 2007/10405 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 23.01.2006 T., 2005/552 E. ve 2006/340 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 08.11.2004 T., 2004/1848 E. ve 2004/10978 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁷⁸⁰ Eriş, *İşletme*, s. 2439; Eriş, *Şirketler*, s. 673–674; Kendigelen, *Hukukî Mütalaa 1*, s. 282; Kendigelen, Abuzer, “Hisse Senetleri Üzerinde Mülkiyet Hakkı ve Pay Sahipliği Sıfatının İspatı”, *Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (1986–2001): Hukukî Mütalaalar (“Hukukî Mütalaa 2”)*, C. 2, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 290; Moroğlu, *Makale*, s. 252; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 651–652, s. 665–667, s. 669, s. 671; Pulaşlı, *Senet*, s. 82.

⁷⁸¹ Eriş, *İşletme*, s. 2439; Eriş, *Şirketler*, s. 674; Moroğlu, *Makale*, s. 253; Öz, *Armağan*, s. 369; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 672–673.

⁷⁸² Yar. 11. HD 29.03.1994 T., 1994/3325 E. ve 1994/2423 K. sayılı karar; Yar. 11. HD 26.11.1985 T., 1985/5289 E. ve 1985/6428 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

⁷⁸³ Eriş, *Şirketler*, s. 674; Kendigelen, *Hukukî Mütalaa 1*, s. 276; Moroğlu, *Makale*, s. 253; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 616, s. 669, s. 671.

Hisse defterine kayıt için bildirimin ortaklığa kimin tarafından yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. Bazı görüşlere göre, bildirim, taraflardan birinin ortaklıktan ayrılmak diğerinin ortaklığa girmek isteğinin açıklanması niteliğinde olduğundan kural olarak her iki tarafça yapılması gerekir⁷⁸⁴. Bir başka görüşe göre, taraflardan biri de, bildirimde bulunabilmelidir. Çünkü, taraflar, devir sözleşmesinde zaten iradelerini açıklamışlardır. Burada önemli olan, bu durumdan ortaklığın haberdar edilmesidir⁷⁸⁵. Diğer bir görüşe göre, bildirim, mutlaka hissesini devreden ortak tarafından yapılmalıdır. Devralan, devirden kaçınan borçlusuna karşı mahkemeye başvurarak onun beyanı yerine geçen bir ilam alarak ortaklığı harekete geçirebilmektedir. Bildirim, şekle bağlı olmaksızın ortaklık tüzel kişisine yönelik yapılmalıdır⁷⁸⁶.

İsviçre hukukunda, hamiline yazılı hisse senetlerinin devri için bir hisse devir sözleşmesi yapılmalı ve hisse senetleri devralana teslim edilmelidir. Hak sahipliğinin geçerli bir şekilde alıcıya geçmesi için devreden hissellerin sahibi olması veya devre yetkisi olması veya en azından devralanın hisseleri devredenden hisse sahibi veya satışa yetkili kişi olduğu inancıyla devralması gerekmektedir. Nama yazılı hisse senetleri de, aynı şekilde devredilir ancak bunların bir de ciro edilmesi aranmaktadır. Bağlı nama yazılı hisse senetleri, ancak yönetim kurulunun onayı üzerine devredilebilmektedir. Ayrıca, üçüncü kişilere karşı hak iddia edilebilmesi için alıcının ortaklık hisse defterine kaydı gerekmektedir. Ortaklık defterine kayıt, kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Eğer çıplak hisse söz konusu ise, alacağın temliki hükümleri uygulanmaktadır. Bu durumda, yazılı sözleşme yapılması zorunludur ve hak sahipliğinin devri için hisselerin yetkili satıcıdan devralınması gerekmekte olduğundan alıcının iyiniyeti korunmamaktadır⁷⁸⁷.

İsviçre hukukunda, yönetim kurulu, esas sözleşmede veya kanunda belirtilen hâllerde hisse devrinin hisse defterine kaydı için yapılan talebi kabul etmeyebilmektedir. Kapalı ortaklıklarda, hisse devrinin yönetim kurulunca reddi imkânı kanunen sınırlandırılmıştır. Borsaya kayıtlı ortaklıklarda ise hisse devri, yönetim

⁷⁸⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 916.

⁷⁸⁵ Arslanlı/Domaniç, **Limited Şirketler**, s. 238; Moroğlu, **Makale**, s. 253.

⁷⁸⁶ Öz, **Armağan**, s. 371–372.

⁷⁸⁷ Brechbühl, s. 466–467; Moroğlu, **Makale**, s. 257, dn. 28; Schönberg/Leemann, s. 476–477; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 39.

kurulunca, ancak, ortaklık esas sözleşmesindeki ortaklık yüzdeleri aşıldığı takdirde reddedilebilmektedir⁷⁸⁸.

İngiliz hukukunda, hisse devri, yazılı hisse devir formu (stock transfer form) ile yapılmaktadır. Bu form, mühürlü ve devreden tarafından imzalanmış olmalıdır. Devralan, hisseleri devralmadıkça bu formu imzalamaz. Hisse devri, yönetim kurulunca ve bazı durumlarda ortaklarca, onaylanmalı, hisse defterine devralanın ismi kaydedilmeli ve devralana hisse senedi teslim edilmelidir. Hisseleri borsada işlem görmeyen ortaklıkların esas sözleşmesine hisse devrini sınırlayan hükümler konabilmektedir⁷⁸⁹.

ABD hukukunda, hisse devri, sadece, hisse senedinin teslimi ve ciro su veya yazılı devir beyanıyla mümkündür. Hamiline yazılı hisse senetleri geçerli kabul edilmemekte ve yeni ortak mutlaka hisse defterine kaydedilmektedir⁷⁹⁰.

2. HAAO’da Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması

HAAO’da hisse senetlerinin devren kazanılması, tıpkı kapalı anonim ortaklıklarda olduğu gibidir. Anonim ortaklıklarda, hisse senetlerinin menkul kıymet borsalarında devri ve tedavülü, TTK’nın bir önceki bölümde açıklanan hükümlerine tâbi olmakla beraber uygulamadaki gereksinimleri karşılamak amacıyla sermaye piyasası mevzuatında bu konuda bazı özel düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Örneğin, SerPK m. 7/4 uyarınca, ortaklık sıfatı, hisse senedinin teslimiyle kazanılmaktadır.

İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği (“İMKB Yönetmeliği”)⁷⁹¹ m. 9 (m) uyarınca, nama yazılı hisse senetlerinin devir ve temlikinde beyaz cironun kabul edildiğine dair yönetim kurulu kararının kotasyon başvurusu dilekçesi ile birlikte borsaya verilmesi öngörülmüştür. İMKB Kotasyon Yönetmeliği m. 13 (g) uyarınca, borsa kotuna alınabilmek için esas sözleşmenin borsada işlem görece menkul kıymetlerin devir ve tedavülünü kısıtlayıcı veya senet sahibinin haklarını kullanmasına engel olacak kayıtlar içermemekte olması gerekmektedir.

⁷⁸⁸ Schönberg/Leemann, s. 476; Tschani/Von Planta/Oertle, s. 40.

⁷⁸⁹ Davies, s. 856; Issitt, s. 127; Werry, s. 491, s. 495–497.

⁷⁹⁰ Kay, s. 502; Spillman, s. 522.

⁷⁹¹ RG 25502 - 24.06.2004.

SerPK m. 3 (c) uyarınca, “Halka arz, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulması, halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesi, hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesi, SPK’ya göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye arttırmaları dolayısıyla hisselerinin veya hisse senetlerinin satışlarıdır”.

Hisse senetlerinin halka arz yoluyla satışında, şu yol izlenmektedir⁷⁹²: i) Öncelikle, SPK’dan izin istenir (SerPK m. 4/1). ii) Bir izahname düzenlenir ve ticaret siciline tescil ve ilan edilir (SerPK m. 6/1–2). iii) Sirküler yoluyla hisse senetlerini almaya davet yapılır (SerPK m. 6/1). iv) Halka arz yoluyla satış, SPK tarafından verilen izinde belirtilen süre içerisinde yapılmaz ise satın alınmayan hisseler satmayı taahhüt edenlerce satın alınır (SerPK m. 7/3).

SerPK m. 4 uyarınca, “İhraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının SPK’ya kaydettirilmesi zorunludur”. SPK’da kayda alınan sermaye piyasası araçlarının, bu kapsamda hisse senetlerinin, ihraç ve halka arz yoluyla satışına aracılık ve daha önce ihraç edilmiş hisse senetlerinin alım ve satımı, halka arza aracılık sözleşmesi (underwriting sözleşmesi)⁷⁹³ vasıtasıyla aracı kurumlarca (securities intermediary) yapılmaktadır⁷⁹⁴. İhraççıların yeni sermaye piyasası araçlarını bizzat kendilerinin halka arz etmeleri ve pazarlamaları mümkündür. Ancak, sermaye piyasası araçlarının halka satışının izahnamede gösterilen esaslar ve belirlenen satış süresi içinde yapılması gerekmektedir. İhraççıların sermaye piyasası araçlarının halka arzını doğrudan doğruya kendilerinin yapması, komisyon ödemeyeceği için ihraç masraflarının daha düşük olmasını sağlamaktadır. Ancak, geniş kitlelere ulaşmakta zorluk çekileceği ve ayrıca, satış süresinin uzamasına neden olacağı ve hatta, sermaye piyasası araçlarının tamamen satılamaması sonucunu doğuracağı için uygulamada, bu yola pek itibar edilmemektedir. Bu tür rizikoları bertaraf etmek amacıyla uygulamada,

⁷⁹² Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 908–909.

⁷⁹³ Geniş bilgi için bkz. Ayoğlu, Tolga, **Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 181–348.

⁷⁹⁴ Taşdelen, s. 181.

halka arzlar daha çok uzman pazarlama şirketlerinden yararlanılarak bir aracı kurum vasıtasıyla yapılmaktadır⁷⁹⁵.

Aracılık sözleşmesi, dört şekilde yapılabilir⁷⁹⁶: i) Aracı kurum, yalnızca sermaye piyasası araçlarının halka satışı için aracılık faaliyetinde bulunmayı taahhüt etmektedir (en iyi gayret aracılığı sözleşmesi, best effort underwriting): Burada, aracı kurum, sermaye piyasası araçlarının satışını doğrudan temsilci sıfatıyla müşterinin ad ve hesabına yapmaktadır. Burada, hisse devrinin tarafları ihraççı ile hisseyi alan yatırımcıdır. İhraçta, hisse sahipliğinin kazanılması için kanunî devir şekillerine ihtiyaç yoktur. Satın alma taahhüdünde bulunan üçüncü kişinin taahhüdünden doğan borcunu tam ve nakden ödemesi karşılığında aracı kurum tarafından hisse senetleri kendisine teslim edilmektedir. İkinci el piyasasındaki hisse senetlerinin satışında ise, kanunî devir şekline riayet zorunludur⁷⁹⁷. ii) Aracı kurum, halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının satılacağını, satılmayan kısmın kendisi tarafından satın alınacağını taahhüt etmektedir (bakiyeyi yüklenim sözleşmesi, stand-by underwriting). iii) Aracı kurum, sermaye araçlarının tümünü, satış başlamadan önce tam ve nakden bedelini ödeyerek satın almaktadır (tümünü yüklenim sözleşmesi, firm commitment underwriting). iv) Aracı kurumca, kısmi bakiye yüklenimi ve kısmi tümünü yüklenim şeklinde bir aracılık üstlenilmektedir. Bakiyeyi yüklenimde satılmayan kısım, tümünü yüklenimde sermaye piyasası araçlarının tümünün mülkiyeti aracı kuruma geçmektedir. Aracı kurum, burada, sermaye piyasası araçlarını önce ihraççıdan satın alarak daha sonra da kendi adına ve hesabına halka satmaktadır. Aracı kurum, hisse sahipliğini ihraçta aslen ve ikinci el piyasasında kanunî şekle riayetle kazanmaktadır. Aracı kurum, hisse senetlerini yatırımcıya devrederken kanunî şekil şartlarına uymakla mükelleftir⁷⁹⁸. Aynı durum, aracı kurumun kendi adına ve müşterisi hesabına dolaylı temsilci olarak (komisyoncu) hareket etmesi halinde de söz konusudur⁷⁹⁹.

HAAO'da özellik arzeden bir diğer durum, hisse senetlerinin borsada alım ve satım işlemlerine konu edilmesidir. Bir anonim ortaklığın hisselerinin borsada işlem

⁷⁹⁵ Pulaşlı, *Şirketler*, s. 204–205.

⁷⁹⁶ Ayoğlu, s. 210–225; Taşdelen, s. 182.

⁷⁹⁷ Taşdelen, s. 182–183.

⁷⁹⁸ Ayoğlu, s. 220; Taşdelen, s. 183.

⁷⁹⁹ Taşdelen, s. 183.

görmesi için sadece halka açık olması yetmez ayrıca borsaya kaydolması gerekmektedir. Borsada işlem gören HAAO'nun artması, bu senetler üzerinde işlem yapılmasını çok külfetli bir hale getirmiştir⁸⁰⁰.

Günümüz ticaret uygulamaları sonucunda, hisse senetleri ile diğer menkul kıymetler, ortaklık tarafından (doğrudan saklama sistemi, direct holding system) değil de daha çok bir takas ve saklama bankasında (clearing and depository bank) muhafaza edilmekte ve elektronik ortamda devredilmektedir (dolaylı saklama sistemi, indirect holding system). Dolaylı saklama sistemi, doğrudan saklama sistemine oranla daha elverişli ve daha az masraflıdır. Yatırımcı, bu ortamda sadece aracı kuruma talimat vererek türlü yargı bölgelerinden hisseleri alıp satabilmekte veya bunları teminat olarak kullanabilmektedir⁸⁰¹. Ancak, hisselerin kaydileştirilmesi pek tabi ki risk ve hukukî belirsizliği arttırmaktadır. Çünkü, genellikle yatırımcının malvarlığı, doğrudan mal hakkından (direct property right) farklı olarak aracı kurumun malvarlığı ile karışmış (commingled) durumdadır ve ancak bir uyuşmazlık halinde mallar, birbirinden ayrılmaktadır. Yatırımcının alacaklıları, yatırımcının aracı kurumdaki hesabını bloke ettikleri takdirde aracı kurum, risk altına girmektedir. Aracı kurumlar arasındaki uluslararası kademeleşme (multi-tiered indirect holding system) nedeniyle bu durum, sistemdeki diğer aracı kurumları da olumsuz şekilde etkilemektedir⁸⁰².

Dolaylı saklama sisteminde, sistemi işleten (operator) dışında ayrıca yatırımcının hisse hesabını tutan yatırım bankası veya borsa acentası gibi aracı kurumlar (intermediary) yer almaktadır. Bu kişiler, sisteme katılanlar (participants) olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu hisselerin birden fazla sistemde kayıtlı olması halinde, genellikle hisselerin ilk olarak kaydedildiği sistem işletmecisi esas alınmaktadır⁸⁰³.

Doğrudan saklama sisteminde, yatırımcı ile hisse senetlerini ihraç eden ortaklık arasında doğrudan bir ilişki vardır. Yatırımcı ya ortaklık tarafından tutulan hisse defterinde kayıtlıdır ya da hamiline yazılı hisse senetlerinin sahibidir. Bu geleneksel

⁸⁰⁰ Taşdelen, s. 180.

⁸⁰¹ Ooi, s. 87.

⁸⁰² http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 19 (10.01.2010); Roodt, s. 85–86.

⁸⁰³ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 13 (10.01.2010); Ooi, s. 88–89.

sistemin sakıncaları nedeniyle dolaylı saklama sistemi ortaya çıkmıştır⁸⁰⁴. Bu sistemde, yatırımcı ile ihraç eden arasında herhangi bir ilişki yoktur. Burada, yatırımcı, sadece işletmeci veya aracı kuruma karşı hisseden kaynaklanan haklarını ileri sürebilme ve bazı sistemlerde, söz konusu hisseleri karşılayan miktarda hisse senedinin tarafına devrini talep etme hakkını haizdir⁸⁰⁵. Yatırımcının söz konusu hisseler üzerindeki hakları, ilgili aracı kurumun defterlerinde kayıtlıdır ve aracı kurumlar arasındaki kadeleşme nedeniyle aynı hakların kaydı, hisselerin esas ve kayıtlı sahibi olan aracı kuruma gelene kadar tüm ilgili aracı kurumlarda tutulmaktadır. Hisseler üzerindeki bu hakların devri, çoğu zaman hisse senetleri üzerinde değil aracı kurum tarafından tutulan hisse kayıtları üzerinde başka bir devir prosedürüne gerek olmaksızın gerçekleşmektedir⁸⁰⁶.

Türk sisteminde, hâlihazırda birçok menkul kıymet, İMKB Takas ve Saklama Bankası A.Ş. (“Takasbank”)’da fiziki olarak saklanmakta ve borsada kaydi olarak işlemlere konu olmaktadır⁸⁰⁷. İngiliz hukukunda, benzer şekilde borsada hisse devirleri, Merkezi Elektronik Çözüm Sistemi [Centralized Electronic Settlement System (CREST)] vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir⁸⁰⁸. Başta New York Saklama Emanet ve Takas Ortaklığı [Depository Trust & Clearing Corporation (DTCC)] olmak üzere benzer yerel merkezi menkul kıymetler takas ve saklama kuruluşları (national central securities depository) mevcuttur. Euroclear and Clearstream ise, en önemli uluslararası merkezi menkul kıymetler takas ve saklama kuruluşudur (international central securities depository)⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 2, s. 14 (10.01.2010).

⁸⁰⁵ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 13-14 (10.01.2010); Ooi, s.97.

⁸⁰⁶ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 2-3, s. 17-18 (10.01.2010); Roodt, s. 84.

⁸⁰⁷ Taşdelen, s. 180, s. 188.

⁸⁰⁸ Issitt, s. 127; Johnson, s. 13.

⁸⁰⁹ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 12 (10.01.2010); Johnson, s. 14; Taşdelen, s. 180, s. 188.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HİSSE DEVRİNE UYGULANACAK HUKUK

I. GENEL OLARAK

Türk ortaklıkların hisselerinin kısmen veya tamamen yabancıya devrinde birçok kanunlar ihtilafı meselesinin ortaya çıkması olağandır. Bu nedenle, muhtemel uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun ve uyuşmazlık çözüm yollarının mümkün mertebe önceden belirlenmesinde fayda vardır.

Globalleşme sonucu, milletlerarası birleşme ve devralmalar artmış olup uluslararası yatırım bankaları ile hukuk firmalarının da etkisiyle yeknesak kuralların ve model devralma sözleşmelerinin oluşturulması yolunda bir uygulama başlamıştır. Devralma sözleşmeleri, genellikle Anglo-Amerikan hukukundaki örnekler esas alınarak düzenlenmekte ve İngilizce dilinde yapılması tercih edilmektedir. Bu doğrultuda, tüm ülkelerce kabul gören model sözleşmeler oluşturulmaktadır. Bu sözleşmelerde tüm hususlar etraflıca düzenlenmekte ve sözleşmeye uygulanacak hukukun ayrıca belirlenmesine dahi ihtiyaç kalmamaktadır. Bu şekilde, milletlerarası birleşme ve devralmalar hukuku olarak adlandırabileceğimiz tüm ülkeler için geçerli bağımsız bir hukuk sistemine doğru gidilmektedir⁸¹⁰.

Günümüzde, milletlerarası birleşme ve devralmalara ilişkin tüm hukukî meselelere taraflarca ilgili sözleşmelerde ayrıntılı düzenlemeler yapılarak ve ayrıca, hukuk seçimi vasıtasıyla istenilen hukuk sisteminin kontrolü sağlanarak çözüm arayışı vardır. Bununla beraber, taraflarca öngörülen bu düzenlemeler, milletlerarası eşya hukuku, milletlerarası ticaret hukuku ve milletlerarası iş hukuku gibi milletlerarası hukuku ilgilendiren birçok meselede çözümsüz kalabilmektedir. Bu nedenle, taraflarca özellikle hukuk seçiminin şartları ve kapsamı ile hukuk seçimi yapılmadığı takdirde hangi hukukun uygulanması gerektiği, devralmanın şartları ve taşınır mallar, fikrî haklar ve diğer malvarlığının devri, devralmada tarafların temsili, noter tasdiki gibi şekli gereklilikler, malvarlığının devrinden kaynaklanan sorumluluklar, hedef ortaklığın

⁸¹⁰ Picot, s. 66-67.

devamı, istihdam, finansman ve ortaklıklar hukukuna ilişkin konular dikkate alınmalıdır⁸¹¹.

Hisse devri; öngörüşmelerin yapılması, hisse devir sözleşmelerinin kurulması ve hisse devir işlemlerinin tamamlanması başlığı altında üç temel aşamadan oluşmaktadır⁸¹². Bu bölümde, buna paralel olarak her bir aşama için uygulanacak hukuk, ayrı ayrı şu başlıklar başlık altında incelenecektir: i) Öngörüşme aşamasında uygulanacak hukuk. ii) Ortaklıklara uygulanacak hukuk. iii) Hisse devir sözleşmelerine uygulanacak hukuk. iv) Hisse devirlerine uygulanacak hukuk.

Genel olarak, hisse devrine uygulanacak hukuk, ortaklığın tâbi olduğu hukuk izin verdiği müddetçe ve bu hukuka uygun olduğu ölçüde geçerlilik arz etmektedir. Bu önemine binaen ortaklıklara uygulanacak hukuku ayrı başlıkta incelemekte fayda görmekteyiz.

Hisse devri kapsamında uygulanacak hukuk konusu bu doğrultuda incelenmeden evvel söz konusu ilişkinin hukukî niteliğinin tespiti gerekmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları, diğer hukuk kuralları gibi maddî içeriklerine uygun şekilde uygulanabilmeleri için doğru vasıflandırma yapılmalıdır. Bu vasıflandırma gereği, hem bağlama konusu hem de bağlama noktası için geçerlidir⁸¹³.

II. VASIFLANDIRMA

A. Bağlama Konusunun Vasıflandırılması

1. Genel Olarak

Her kanunlar ihtilafı kuralında zorunlu iki unsur bulunmaktadır⁸¹⁴: i) Belirli bir hayat ilişkisi, yani bağlama konusu (juridicial concept, category). ii) Bağlama konusunun belirli bir hukuk düzenine tâbi tutulmasında göz önüne alınan olay, yani bağlama noktası (bağlama noktası, bağlama kavramı, bağlama sebebi, connecting factor).

⁸¹¹ Picot, s. 150–151.

⁸¹² Bkz. İkinci Bölüm, s. 52 vd.

⁸¹³ Nomer/Şanlı, s. 101.

⁸¹⁴ Aybay/Dardağan, s. 134; Nomer/Şanlı, s. 101.

Vasıflandırma meselesi, hukuk düzenlerinin belirli hayat ilişkilerini farklı şekilde nitelendirmesinden kaynaklanmaktadır. Uygulanacak vasıflandırma şekline göre söz konusu hukukî ilişki veya hukukî kurum, farklı kanunlar ihtilafı kuralları ve muhtemelen farklı hukuk sistemlerine tâbi olmaktadır⁸¹⁵.

Hangi hukuka göre vasıflandırma yapılacağı konusunda lex fori (hakimin hukuku, mahkemenin hukuku) başta olmak üzere lex causae (kanunlar ihtilafı kurallarının tatbikini emrettiği maddî hukuk), bağımsız yorum, karma yorum ve nitelendirmeyi somut olaya göre çözmek şeklinde türlü çözüm metodları önerilmektedir⁸¹⁶.

Türk hukuku, bağlama konusunu vasıflandırmada⁸¹⁷ diğer birçok hukukî sistemde olduğu gibi lex fori metodunu tercih etmektedir. Lex fori metoduna göre vasıflandırma, hâkimin kendi iç maddî hukukuna göre yapılmakta, başka deyişle o hukukun söz konusu ilişki veya kurum için öngördüğü hukukî kalıp kabul edilmektedir. Hâkim, yabancı hukuka ait bir hukuk kuralı veya kurumu nitelendirirken kendi hukukunda aynı nitelikte veya en yakın benzerlikte olan kural veya kurumu vasıflandırmalı ve bu vasıflandırmayı, yabancı hukuk kuralına ve kuruma uygulamalıdır⁸¹⁸.

2. Öngörüşme Aşaması

Sözleşme görüşmeleri esnasında, öncelikle bir niyet mektubu gönderilmekte, gizlilik ve münhasırlık sözleşmeleri imzalanmakta ve sonrası, hedef ortaklığın inceleme aşamasına geçilmektedir. Bu süreçte çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk kavramları gündeme gelmektedir.

Sözleşme görüşmeleri esnasında meydana gelen zararların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazmini mümkündür. Sebepsiz zenginleşme ile ilgili

⁸¹⁵ Nomer/Şanlı, s. 102–103.

⁸¹⁶ Aybay/Dardağan, s. 136–139; Clarkson/Hill, s. 458–462; Collins v.d., s. 38; Nomer/Şanlı, s. 104.

⁸¹⁷ Bağlama konusunu vasıflandırma yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz. Clarkson/Hill, s. 458–464; Collins v.d., s. 38–41; Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 83–92; Nomer/Şanlı, s. 101–109; North/Fawcett, s. 58–71; Scoles, Eugene F. v.d., **Conflict of Laws**, 4th ed., St. Paul, MN: Thomson West, 2004, s. 124–126; Tekinalp, **MÖH**, s. 39–41.

⁸¹⁸ Çelikel/Erdem, s. 83; Nomer/Şanlı, s. 104.

olmayan zararlar ise, haksız fiil, vekâletsiz iş görme veya sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin kurallara göre tazmin edilebilmektedir.

Sebepsiz zenginleşme; vekâletsiz iş görme, haksız fiil, sözleşmeden doğan alacak hakkı ve aynî hakla ilişkili ve bazen de karıştırılabilen bir ilişkidir. Bu nedenle, bir olayın sebepsiz zenginleşme hukukî kategorisine girip girmediğinin vasıflandırılması, milletlerarası özel hukuk metodolojisinin doğru işleyebilmesi için önemlidir⁸¹⁹.

Hukukî kategorinin tespitinde vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılması, yaygın olarak kabul edilen bir görüştür. Diğer taraftan, sözleşmeye dayalı bir ilişkide veya haksız fiile dayalı bir ilişkide sebepsiz zenginleşmenin var olup olmadığının araştırılmasında vasıflandırmanın var olduğu iddia edilen hukukî ilişkinin hukukuna göre yani lex causae uyarınca yapılmasının daha uygun olacağı görüşü savunulmaktadır⁸²⁰.

3. Hisse ve Hisse Senedi

Genel olarak, vasıflandırmada, lex fori metodu tercih edilmekle beraber istisna olarak, malların vasıflandırılmasında malın bulunma yeri hukuku (lex rei sitae, lex situs) kullanılmaktadır⁸²¹. Bu nedenle, hisse ve hisse senetlerinin bulunduğu yerin yani situs'un tespiti, hukukî niteliklerinin belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Hisse ve hisse senedinin vasıflandırılması, malların vasıflandırılmasından farklılık göstermektedir. İngiliz doktrin ve mahkeme kararlarındaki tartışmalardan anlaşılacağı gibi bu konu çok karışık ve belirsiz bir hal almıştır⁸²². Özellikle, gayrimaddî malları maddî mallara ilişkin çerçeveye oturtma çabaları bu karışıklığın nedenidir. Çünkü, gayrimaddî malları maddî mallardaki gibi situs'a göre vasıflandırmaya çalışmak, gayrimaddî malın niteliğinden ötürü belirsizliğe yol açmaktadır. Gayrimaddî mallarda situs'un belirlenmesi, ayrı bir vasıflandırma konusudur. Hisselerin situs'u; kuruluş yeri hukuku (lex incorporationis), hisse defterinin

⁸¹⁹ Öztekin Gelgel, s. 65.

⁸²⁰ Özel, Sibel, "Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi", **MHB: Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan ("Çelikel Armağan")**, S.1-2, 1999-2000, s. 745.

⁸²¹ Clarkson/Hill, s. 419; Collins v.d., s. 1116-1117.

⁸²² Geniş bilgi için bkz. Ooi, s. 61-84.

muhafaza edildiği yer hukuku (law of the place of the register), hisse senedinin bulunduğu yer hukuku (law of the place of the certificate, lex cartae sitae) veya devrin gerçekleştiği yer hukuku (place of the transaction, lex loci actus) gibi diğer bağlama noktalarına gönderme yapmaktadır⁸²³. Halbuki, hisseleri kendine özgü ayrı bir başlık altında kategorize etmek ve bunlar için uygun bir bağlama noktası belirlemek süreci basitleştirecektir⁸²⁴.

İngiltere’de Macmillan Inc. v. Bishopsgate Investment Trust plc and others davasında (“Macmillan davası”)⁸²⁵, bir Delaware ortaklığı olan Macmillan Inc.’in kontrol hissesi Londra’da yerleşik davacı bay Maxwell’e aittir. Davacı Macmillan Inc.’in, New York menşeli Berlitz International Inc.’da 10.6 milyon hissesi vardır. Daha sonra, bu hisseler, bay Maxwell’e ait başka bir ortaklığa (“Bishopsgate Investment Trust”) yediemin sözleşmesi (nominee agreement) altında devredilmiş ve ortaklık hisse defterine kaydedilmiştir. Sonrası, bu hisseler üzerinde bay Maxwell ve ailesine ait ortaklıkların borçlarına karşılık rehin konulmuştur. Bu rehinler, Londra menşeli üç ayrı banka lehine, hisse senetlerinin kısmen bankalara veya bu amaçla kurulan ortaklıklara ibrazı ile gerçekleştirilmiştir. Sonrası, bu rehinler Berlitz International Inc.’in hisse defterine kaydedilmiştir. Davada, Berlitz International Inc. Hisselerinden kayanaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespiti için hisselerin vasıflandırılması ve situs’unun belirlenmesi gerekmektedir.

Macmillan davasında, hâkim Staughton, hisse senedini maddî mal olarak nitelendirirken⁸²⁶ hâkim Auld, senede bağlı olsun olmasın tüm hisseleri maddî mal kapsamında değerlendirmektedir⁸²⁷. Hâkim Staughton’ın görüşü, hisse senetlerine, bulunduğu yer hukuku uygulanırken diğer hisseler, ortaklığın kurulduğu yer hukuku (ortaklık statüsü) uygulanması yönündedir. Hâkim Auld’un görüşüne göre, tüm hisseler hisse senedinin bulunduğu yer olan devrin gerçekleştiği yer hukukuna tâbidir. Hâkim

⁸²³ Ooi, s. 83.

⁸²⁴ A.e., s. 84.

⁸²⁵ Dava metni için bkz. <http://international.westlaw.com> (10.01.2010).

⁸²⁶ (1996) 1 WLR 387, 400.

⁸²⁷ (1996) 1 WLR 411.

Aldous, hâkim Auld gibi hisse senedine bağlı olsun olmasın tüm hisseleri aynı şekilde değerlendirmekte fakat kuruluş yeri hukukuna tâbi tutmaktadır⁸²⁸.

Hissenin hisse senedine bağlı olup olmadığının tespiti, vasıflandırma açısından önem arz etmektedir. Hisse senedi sahipliğinin hisse sahipliği anlamına gelip gelmeyeceği yani hissenin senede bağlı olup olmadığının tespiti, genellikle ortaklık statüsüne göre yapılmaktadır⁸²⁹. Macmillan davasında tartışıldığı üzere, hisse, senede bağlanması halinde maddî mal olarak nitelendirilmelidir. Maddî mal olarak nitelendirilmesi halinde, hissenin hisse senedinden ayrı vasıflandırılması gereği önemini kaybetmektedir⁸³⁰.

İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları, hisseyi hisse senedinden ayrı değerlendirmektedir. Ayrıca, hamiline yazılı hisse senetleri, nama yazılı hisse senetlerinden ayrılmaktadır. Hamiline yazılı hisse senetleri, bulundukları yer hukukuna tâbidir⁸³¹.

Hisselerin bir takas ve saklama bankasında muhafaza edildiği durumları ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Burada, hisse üzerindeki hakkın niteliğini vasıflandırmada, takas ve saklama bankasıyla bankaya hisselerini yatıran taraf veya bankadaki hisseler üzerinde hak kazanan taraf arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yapılmalıdır. Diğer taraftan, söz konusu hissenin vasıflandırılması Macmillan davasındaki gibi ortaklığın kuruluş yeri hukukuna veya hisse devrinin gerçekleştiği yer hukukuna göre yapılmalıdır⁸³².

4. Hisse Devri

Hisse devrinin hukukî niteliğinin tespiti ayrı bir tartışma konusudur. Çünkü, bir hukukî ilişki, mallar üzerinde doğrudan doğruya hükmetmek yetkisini veren bir takım haklar doğurmaları sebebiyle söz konusu hakkın tâbi olduğu herhangi bir kanuna tâbi

⁸²⁸ (1996) 1 WLR 387, 400, 411.

⁸²⁹ Collins v.d., s. 1117; Ooi, s. 326.

⁸³⁰ Ooi, s. 65–66, s. 84.

⁸³¹ A.e., s. 75–76.

⁸³² Guynn, R.D./Marchand, N.J., “Transfer or Pledge of Securities held through Depositories”, Van Hutte, H., **The Law of Cross-border Securities Transactions**, London: Sweet & Maxwell, 1999, <http://books.google.com.tr/books?id=4ijkZpMQ7IgC&printsec=frontcover&output=html>, s. 56; Ooi, s. 77.

tutulabildiği gibi tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçları ile ilgili olduğu için akdî olarak vasıflandırılarak sözleşmenin tâbi olduğu kanuna da tâbi tutulabilmektedir⁸³³.

İngiltere’de Macmillan davasında, yüksek mahkeme tarafından bu ayrıma dikkat çekilmiştir. Burada, hisse devrinin taraflar arasındaki sözleşmesel hak olarak ayrı 3. kişilere karşı ileri sürülebilecek bir hak olarak ayrı olarak vasıflandırılması uygun görülmüştür⁸³⁴:

i) Bağlama konusu bir hukukî ilişkinin sözleşme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, hangi sözleşmelerin ve hangi uyuşmazlıkların bu kapsamda yer alacağı konusu bir vasıflandırma meselesidir⁸³⁵. Hisse devri sürecinde birçok sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması söz konusudur. Hisse devrinin işbu sözleşmesel boyutu ve taraflar arasındaki hukukî ilişkinin vasıflandırılması, genellikle tercih edildiği üzere hâkimin hukukuna göre yapılmalıdır. Gerek hisse devir sözleşmelerinin gerekse öngörüşmeler aşamasında taraflarca hazırlanan sözleşme ve sair belgelerin bu doğrultuda, lex fori metoduna göre vasıflandırılması uygun olacaktır.

ii) Davacı Macmillan Inc., söz konusu hisse devrinin yediemin sözleşmesini ihlal ettiğini ileri sürmüş ve yüksek mahkeme önünde geri alma iddiasında bulunmuştur. Geri almaya uygulanacak hukuk, menfaatin edinildiği yer hukuku veya işlemle en yakın ilişkili yer hukuku olan İngiliz hukukudur. Yüksek mahkeme, olayı geri alma hakkı olarak değil de hisse senetleri üzerindeki hak sahipliği olarak vasıflandırmıştır. Bu durumda, uygulanacak hukuk hâkim Millet’in görüşü uyarınca, devrin gerçekleştiği yer hukuku olan New York hukukudur⁸³⁶. Çünkü, hisse devri Berlitz Inc.’in New York’daki hisse defterine kayıt ile gerçekleşmiştir. Diğer üç hâkim, uygulanacak hukukun hisselerin bulunduğu yer hukuku olduğuna karar vermişlerdir. Hâkim Statughton, hisselerin situs’unun ortaklığın kurulduğu yer, nama yazılı hisseler için kuruluş yerinden başka yerde muhafaza ediliyorsa hisse defterinin muhafaza edildiği yer ve hamiline yazılı hisseler için devir esnasında hisse senetlerinin bulunduğu yer olduğunu

⁸³³ Çelikel, s. 2; Ooi, s. 158; Scoles v.d., s. 1101; bkz. Üçüncü Bölüm, Hisse Devir Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, s. 233 vd.

⁸³⁴ (1996) 1 WLR 387, 404, 412, 419, 420; Ooi, s. 68.

⁸³⁵ Farklı hukuk sistemlerinde hisse devri kapsamında imzalanan sözleşme ve belgelerin hukukî niteliği için bkz. İkinci Bölüm, s. 52 vd.

⁸³⁶ (1995) 3 All ER 779.

savunurken⁸³⁷ hâkim Auld'un görüşü benzer yöndedir⁸³⁸. Hâkim Auld, farklı olarak hisse defterinin ortaklığın kurulduğu yerde bulunduğu düşüncesindedir. Hâkim Aldous, hisse üzerindeki hak sahipliğinin lex situs'a yani ortaklığın kuruluş yeri hukukuna tâbi olduğu görüşündedir⁸³⁹.

B. Bağlama Noktasının Vasıflandırılması

Bağlama konusunun belirli bir hukuk sistemine tâbi tutulmasını sağlayan vakıalar⁸⁴⁰, ele alınan olayın belirli bir hukuk düzeni ile sahip olduğu ilişkilerden ibarettir. Olayda ağırlık noktasını teşkil eden veya ona kendi ağırlığını veren veya onu karakterize eden ilişki, uygulanacak hukuk düzeninin tespitinde esas alınır, başka bir deyişle, bağlama noktası olarak kullanılır⁸⁴¹.

Görünüşte aynı bağlama noktalarının kullanılmasına rağmen ifade ettikleri anlam, bazen farklı olabilir. Bu bağlama noktalarının hangi hukuk düzenine ait ise o hukuk düzeni tarafından vasıflandırılması gerekmektedir. Bu durumda, Türk hâkimi, Türk kanunlar ihtilafı kuralının kullandığı bağlama noktasını Türk hukukuna göre yorumlayacaktır ve bağlama noktasının lex fori'ye göre vasıflandırılması konusunda uyumsuzluk yoktur denilebilir⁸⁴².

Yoruma ihtiyaç göstermeyen tek bağlama noktası vatandaşlıktır (lex patriae). Bir kişinin vatandaşlığı, daima vatandaşlığı söz konusu olan ülke hukukuna göre tayin edilmektedir⁸⁴³.

Bağlama noktasının lex fori'ye göre tayininde diğer bir istisna, atıf halidir. Hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukukun kanunlar ihtilafı sistemi, konuyu hâkimin hukukuna veya üçüncü bir ülkenin hukukuna göndermiş ise bu kuralın

⁸³⁷ (1996) 1 All ER 602a-b.

⁸³⁸ (1996) 1 All ER 608c-d.

⁸³⁹ (1996) 1 All ER 620.

⁸⁴⁰ Bağlama noktasını vasıflandırma yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz. Clarkson/Hill, s. 465–466; Çelikel/Erdem, s. 92–94; Tekinalp, **MÖH**, s. 29–30.

⁸⁴¹ Örneğin, tarafların vatandaşlığı, ikametgâhı, akdin inikadı yeri veya haksız fiilin meydana geldiği yer (Nomer/Şanlı, s. 109).

⁸⁴² Clarkson/Hill, s. 465; Nomer/Şanlı, s. 111.

⁸⁴³ Çelikel/Erdem, s. 93–94; Nomer, **Vatandaşlık**, s. 26.

dayanağı olan bağlama noktası lex fori'ye göre değil gönderen ülkenin hukukuna göre yapılır⁸⁴⁴.

İkametgâh kavramı, hukuktan hukuka farklılık arz etmektedir. Son zamanlarda, ülke sınırlarının daha çok aşıldığı ve dolayısıyla milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin çoğaldığı ülkelerde mutad mesken (olağan oturma yeri, habitual residence) kavramı, tercih edilmektedir. Mutad mesken, millî bir kavramdan çok milletlerarası müşterek bir anlayışa varmayı mümkün kılan milletlerarası bir kavram muamelesi görmektedir⁸⁴⁵. 864/2007 sayılı ve 11.07.2007 tarihli Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (EC Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations) (Roma II Tüzüğü)⁸⁴⁶ m. 23 (1) ile mutad mesken açıklanmıştır. Buna göre, “Tüzel kişiler veya tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar ve diğer topluluklar için prensip olarak idare merkezi, mutad mesken olarak anlaşılabilecektir”. m. 21 (2) uyarınca, “Bu tüzel kişiliğin veya tüzel kişiliği olmayan topluluğun işlediği haksız fiilde mutad mesken hukuku tespit edilirken, şubenin bulunduğu veya diğer kuruluşlarının bulunduğu yer de mutad mesken kabul edilebilecektir”.

Hisse devirlerinde, gerek vasıflandırmada gerekse uygulanacak hukukun tespitinde bir bağlama noktası olan situs'un özel bir önemi vardır. Situs'un sözlük anlamı, fiziksel olarak bulunulan yer veya durumdur. Fakat mal, yedieminlik ve ikametgâh ve benzeri birçok kavramda olduğu gibi hukuk terminolojisinde, terimlerin anlamı, yeni durumları da kapsayacak şekilde genişletilip kullanılmaktadır. Hukuk dilinde, taşınmaz maddî malların situs'u esas anlamına uygun şekilde fiziken bulundukları yerken şahsî mallarda bu sahibinin bulunduğu yerdir⁸⁴⁷. Hisse, hisse senedinden farklılık arz etmekte olup ortaklık ve ortak arasındaki hak ve borçlardan oluşan bir ilişki olduğundan dolayı gerçek situs'undan bahsetmek mümkün değildir. Bu

⁸⁴⁴ Çelikel/Erdem, s. 93–94.

⁸⁴⁵ Nomer/Şanlı, s. 125.

⁸⁴⁶ OJ 31.07.2007 – L 199, s. 40–49.

⁸⁴⁷ Pomerance, s. 46.

farklılık dolayısıyla, bunların aynı anda birden fazla yerde bulunması ve farklı amaçlarla birden fazla hukuka tâbi olması mümkündür⁸⁴⁸.

III. ÖNGÖRÜŞME AŞAMASINDA UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Niyet mektubunun ihlali dâhil olmak üzere sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğun hangi hukuka tâbi olduğu; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme veya sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluktan yola çıkarak tespit edilebilecektir.

Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sistemi, gerek usul hukuku ve maddî hukuku ayrımı gerekse kavram ve hukukî statü açısından farklılıklar taşımaktadır. Örneğin; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme ilişkileri, bazı hukuklarda sözleşme dışı borç ilişkileri altında yer alırken bazılarında sözleşme benzeri hukukî statüsü içinde yer almaktadır⁸⁴⁹.

Roma II Tüzüğü m. 1 c. 1 uyarınca, “Bu Tüzük özel hukuka ve ticaret hukukuna ait sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilafı meselelerine uygulanacaktır”. Tüzük’de sözleşme dışı borç ilişkileri kapsamına dâhil olan konular; haksız fiil, vekâletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme olarak ele alınmıştır. Haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin genel kuralın yanında istisna kuralları getirilmiş ve en önemlisi bazı haksız fiil türleri özel hükümlerle düzenlenmiştir.

Roma II Tüzüğü m. 1 c. 2 uyarınca, Tüzük; idarî meseleler, gümrük ve vergi uyuşmazlıklarına uygulanmayacaktır. Yine m. 1 (2) uyarınca, hangi konuların Tüzüğün kapsamına dâhil edilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “Aile hukuku ve nafaka dâhil benzeri ilişkiler, miras hukukundan doğan ilişkiler çek vs. gibi kıymetli evrak hukukundan doğan yükümlülükler, ortaklık organlarının ortaklık, vakıf veya tüzel kişinin borçlarından sorumlu kişilere veya kanunî sorumlularına, devletin fiillerinden doğan sorumluluğa, trust üzerinde tasarrufta bulunan yediemin ve yararlanıcısına, son

⁸⁴⁸ Pomerance, s. 46–47.

⁸⁴⁹ Öztekin Gelgel, s. 2.

olarak da, nükleer zararlardan doğan sorumluluğa Tüzük hükümleri uygulanmayacaktır. Özel hukuk tüzel kişileri veya tüzel kişiliği olmayan topluluklar, ortaklıklar veya kuruluşların organı olarak veya sorumlu kişisi olarak bu faaliyetlerinden doğan sorumluluğa da bu Tüzük uygulanmayacaktır”. m. 1/3 uyarınca, “m. 21–22 hükmüne hâlel getirmemek kaydıyla usule ve delillere ilişkin konular, bu Tüzüğün kapsamı dışındadır”.

Roma II Tüzüğü giriş bölümü m. 19 uyarınca, “Tüzük, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olacaktır”. Giriş bölümü m. 21–22 uyarınca, “İngiltere, İrlanda ve Danimarka, iç hukuklarındaki gerekli düzenlemeleri yaparak bu Tüzüğü uygulayacaktır”.

Roma II Tüzüğü m. 15, uygulanacak hukukun kapsamına giren konuları düzenlemiştir. Buna göre, “a) Sorumlu kişilerin belirlenmesi dâhil, haksız fiil sorumluluğunun şartları ve sınırları. b) Sorumluluktan kaçınma, sorumluluğun sınırı ve sorumluluğun bölünmesi. c) Talep edilen tazminatın mevcudiyeti, niteliği ve değerlendirilmesi. d) Mahkemenin zararı engellemek ve tazminatı garantilemek amacıyla yetkisi dâhilinde alabileceği önlemler. e) Tazminat hakkının veya tazminatın devir kabiliyeti. f) Tazminata hak kazananlar. g) Başkasının fiilinden sorumluluk. h) Sorumluluğun sona ermesi ve zamanaşımı kuralları sözleşme dışı sorumluluğa uygulanacak hukuka tâbidir”.

Roma II Tüzüğü m. 21 uyarınca, “Sözleşme dışı borç ilişkisinin şekli geçerliliği, sözleşme dışı borç ilişkisini idare eden hukuka tâbidir veya bu fiilin yapıldığı yer hukukuna tâbidir”.

Roma II Tüzüğü m. 21 uyarınca, “Sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk, karineler ile ispat yükünü de idare edecektir”.

Roma II Tüzüğü m. 24 ile atıf reddedilmektedir. Buna göre, “Tüzük’te gösterilen bağlama kuralları ile yetkilendirilen hukukun maddî hükümleri uygulanacaktır”.

Roma II Tüzüğü m. 25 uyarınca, “Eğer uygulanacak hukukun bağlı olduğu ülke, kısmi hukuk düzenleri olan bir ülkeyse, her bir kısmi hukuk düzeni Tüzüğün gösterdiği hukuka ilişkin düzenleme yapmışsa bu düzenleme dikkate alınır”.

B. Haksız Fiile Uygulanacak Hukuk

Son yıllarda, haksız fiillerin⁸⁵⁰ fiilin gerçekleştiği yer veya zararın meydana geldiği yer hukukuna değil en yakın ilişkili hukuka tâbi kılınması gerektiği yönünde görüşler ağırlık kazanmaya başlamıştır. Hatta, haksız fiile tarafların seçtiği hukukun uygulanabileceği şeklinde ortaya çıkan bir eğilim de yeni bazı kanunlarda yer almaktadır⁸⁵¹. Nitekim, MÖHUK’da bu doğrultuda bir düzenleme getirilmiştir.

MÖHUK m. 34 uyarınca, “(1) Haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir. (2) Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. (3) Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır. (4) Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir. (5) Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler”.

İsviçre PIL m. 132 (II) (1) (a) uyarınca, “Taraflar, haksız fiilin vukuundan sonra istedikleri zaman hakimin hukukunun uygulanacağı yolunda anlaşabilirler”. Hukuk seçiminin yokluğu halinde, PIL m. 133 uygulanmaktadır. m. 133 (b) (1) uyarınca, “Zarar veren ve zarar görenin müşterek mutad meskeni olması halinde bu yer hukuku uygulanacaktır”. m. 133 (b) (2) uyarınca, “Tarafların müşterek mutad meskeninin yokluğu halinde, haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır. Eğer zarar, haksız fiilin gerçekleştiği yerden başka bir yerde meydana gelmiş ise, zarar verenin bu durumu öngörmüş olması kaydıyla zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır”. m. 133 (b) (3) uyarınca, “Uyuşmazlık taraflar arasında önceden mevcut bir hukukî ilişkiyi ihlal ediyorsa bu ilişkiye uygulanacak hukuk, haksız fiile uygulanacaktır”.

⁸⁵⁰ Haksız fiil hakkında geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm, Niyet Mektubu, s. 53 vd.

⁸⁵¹ Aybay/Dardağan, s. 236; Tekinalp, MÖH, s. 429.

Roma II Tüzüğü m. 4 (1) uyarınca, “Aksi bu Tüzük’te belirtilmedikçe haksız fiilden kaynaklanan sözleşme dışı sorumluluğa, haksız fiile sebebiyet veren olayın gerçekleştiği yer veya bu olayın dolaylı etkilerinin meydana geldiği yer dikkate alınmaksızın haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku uygulanmaktadır”. m. 4 (2) uyarınca, “Eğer zarar meydana geldiğinde tarafların mutad meskenleri aynı ülkede ise bu hukuk haksız fiile de uygulanacaktır”. m. 4 (3) uyarınca, “Somut olayda 1–2. bentlerden daha sıkı ilişkili bir hukuk mevcut ise, o hukuk uygulanacaktır”. m. 4 (4) uyarınca, “Diğer ülkeyle daha sıkı ilişki bulunması halinde, taraflar arasındaki söz konusu haksız fiille yakından bağlantılı sözleşme ve mevcut başka bir ilişkiye dayanılabilmektedir”.

İngiliz hukukunda, haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları 1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (Private International Law - Miscellaneous Provisions Act)⁸⁵² (“PIL”) bölüm 3 m. 10 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükümle, ortak hukukun (common law) bazı kanunlar ihtilafı kuralları iptal edilmiştir. Diğer taraftan, m. 13 uyarınca, hakaret, sahtekârlık ve benzer fiiller için ortak kurallar uygulanmaya devam etmektedir.

İngiltere PIL m. 11 (1) uyarınca, “Haksız fiillere, haksız fiili oluşturan olayların meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır”. Bu genel kuralın uygulanmasında haksız fiili oluşturan unsurların tümünün aynı ülkede gerçekleştiği varsayımından hareket edilmektedir. Buna karşın, m. 11 (2) haksız fiili oluşturan olayların birden fazla farklı ülkede vukuu bulması durumuna ilişkin değişik ihtimalleri belirtmektedir. Buna göre, “(a) Bir kişiye cismani zarar verilmesinden veya cismani zarar sonucu ölümünden doğan bir davada zarardan yakınan kişinin o anda bulunduğu ülke hukuku yetkilidir. (b) Maddî bir zarara ilişkin bir davada, zararın meydana geldiği zaman malların bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. (c) Diğer hâllerde, en bariz olay veya olayların meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır.” PIL m. 12 (1) hükmü ile istisna bir kurala yer verilmiş ve öncelikle en ilişkili ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

⁸⁵² http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/Ukpga_19950042_en_1.htm (10.01.2010).

İngiltere PIL m. 14 (3) (b) hükmünden, haksız fiillere uygulanacak hukuk belirlenirken usul hukuku bağlantısı da kurulmakta olduğu anlaşılmaktadır. Başka deyişle, davaya bakacak mahkeme, haksız fiilin ika yeri veya zarar mahkemesiyse söz konusu uyuşmazlığa ika yeri veya zarar yeri hukuku uygulanacaktır. Bu genel kural, ancak daha uygun bir başka hukuk olması halinde istisnaen uygulanmayacaktır.

C. Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk

Sebepsiz zenginleşme⁸⁵³ davalarında uygulanacak hukuku belirleyecek kanunlar ihtilafını saptamakta üç eğilim kendini göstermektedir⁸⁵⁴: i) Tek bir bağlama noktasıyla bütün sebepsiz zenginleşme ilişkisini düzenlemek. ii) Sebepsiz zenginleşmenin meydana geliş sebebine (lex causae) göre, farklı kategoriler için farklı kurallar öngörmek. iii) Esnek bir yaklaşımla türlü bağlama noktalarını referans alarak her dava için saptanacak en yakın ilişkili hukuku tespit etmek.

Sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği yer (lex loci condictionis), uzun süre sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde başvurulacak en önemli bağlama noktası olmuştur. Ancak, günümüzde genellikle sebepsiz zenginleşmenin kaynağı esas alınmaktadır⁸⁵⁵.

MÖHUK m. 39 uyarınca, “(1) Sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler, zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Diğer hâllerde, sebepsiz zenginleşmeye zenginleşmenin gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır. (2) Taraflar, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler”.

İsviçre IPRG m. 128 uyarınca, “(1) Sebepsiz zenginleşme temeline dayalı talepler, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesine temel oluşturan mevcut veya varsayılan hukukî ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. (2) Böyle bir hukukî ilişkinin yokluğunda, sebepsiz zenginleşme temeline dayalı talepler, zenginleşmenin meydana geldiği ülke hukukuna tâbi olur; taraflar başvurulacak mahkemenin hukukunun uygulanması konusunda anlaşabilirler”. Bu kural tesis edilirken sebepsiz

⁸⁵³ Sebepsiz zenginleşme hakkında geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm, Niyet Mektubu, s. 53 vd.

⁸⁵⁴ North/Fawcett, s. 768–769; Özel, **Çelikel Armağan**, s. 750.

⁸⁵⁵ Aybay/Dardağan, s. 240; Briggs, s. 209–210.

zenginleşmenin edim zenginleşmesi ve edim dışı zenginleşmesi çeşitliliği dikkate alınmıştır. Ayrıca, edim dışı meydana gelen sebepsiz zenginleşme davalarında sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği yeri bulmanın zor olacağı endişesiyle taraflara lex fori lehine hukuk seçimi imkânı da getirilmiştir⁸⁵⁶.

Roma II Tüzüğü m. 10 (1) uyarınca, “Sebepsiz zenginleşmenin dayandığı fiil, taraflar arasında daha önce mevcut olan bir ilişkiye dayanıyorsa bu ilişkinin tâbi olduğu hukuk sebepsiz zenginleşmeye uygulanacaktır”. m. 10 (2) uyarınca, “Eğer zarar meydana geldiğinde tarafların mutad meskenleri aynı ülkede ise, bu hukuk sebepsiz zenginleşmeye de uygulanacaktır”. m. 10 (3) uyarınca, “Uygulanacak hukukun 1–2 bentlere göre tespit edilememesi halinde, sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır”. m. 10 (4) uyarınca, “Somut olayda daha sıkı ilişkili bir hukuk mevcut ise, o hukuk uygulanacaktır”.

ABD hukukunda, esnek yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre, sebepsiz zenginleşme davalarında uygulanacak hukuk, tek veya sebebe göre belirlenen bağlama noktaları ile önceden tespit edilmemekte ve ilişki bir bütün olarak ele alınarak en yakın ilişkide olduğu hukuk sistemine tâbi tutulmaktadır⁸⁵⁷. CoL II m. 221 (2) uyarınca, “Taraflar arasındaki ilişkinin sebepsiz zenginleşmeye bağlı olması halinde bu ilişkinin ağırlık merkezi: i) Sebepsiz zenginleşmenin veya menfaatin elde edildiği yer. ii) Sebepsiz zenginleşme veya menfaati sağlayan fiilin işlendiği yer. iii) Tarafların vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni, kuruluş yeri, iş merkezi. iv) Gayrimenkul ve menkul gibi zenginleşme ile önemli bağlantısı bulunan eşyanın zenginleşme anında bulunduğu yerdir”.

D. Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk

Niyet mektubunda, hazırlık aşamasındaki bir edimin, başkası adına bir iş olup olmadığının ve bu edimin taraflardan hangisinin sorumluluk alanına girdiğinin tespiti önemlidir. Hazırlık aşamasındaki edimler, esasen, muhatabın kendisine ait işleri olarak

⁸⁵⁶ Özel, Çelikel Armağan, s. 761–762.

⁸⁵⁷ Öztekin Gelgel, s. 66–67.

değerlendirilmektedir. Ancak, olağan karşılanamayacak türden edimlerde başkası adına iş görme hali söz konusudur⁸⁵⁸.

Roma II Tüzüğünde, vekâletsiz iş görme konusu m. 11’de düzenlenmiştir. m. 11 (1) uyarınca, “Uyuşmazlık taraflar arasında önceden mevcut bir hukukî ilişki sonucunda ortaya çıkmışsa bu ilişkiye uygulanacak hukuk sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacaktır”. m. 1 (2) uyarınca, “1. bende göre uygulanacak hukuk tespit edilemez ise sözleşme dışı ilişkinin neden olduğu zararın meydana geldiği sırada tarafların mutad bir meskeni mevcut ise sözleşme dışı borç ilişkisine mutad mesken hukuku uygulanacaktır”. m. 1 (3) uyarınca, “1–2. bende göre uygulanacak hukuk tespit edilemez ise, sözleşme dışı ilişkinin meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır”. m. 1 (4) uyarınca, “Bu sayılan hukuklar dışında daha ilişkili olduğu açıkça tespit edilen bir hukuk varsa bu hukuk vekaletsiz iş görme ilişkisine de uygulanacaktır”.

İngiliz hukukunda, vekâletsiz iş görme kurumu mevcut değildir. Bu nedene dayanarak talepte bulunulabilmesi tartışmalı olmakla beraber sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk alternatifleri, aynen vekâletsiz iş görme için de önerilebilir⁸⁵⁹.

E. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk

Sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi mi, haksız fiil mi, vekâletsiz iş görme mi, sebepsiz zenginleşme mi oluşturduğu konusu tartışmalıdır. Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk müessesesi⁸⁶⁰, bu tartışmalara nokta koyup görüşmeler esnasında kusursuz olan kişiyi diğer tarafın kusurlu davranışlarına katlanmak zorunda bırakan ve hakkaniyete uymayan bir durumun oluşmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Günümüzde, ne Türk-İsviçre ne de ABD hukukunda, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan kusur sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural yoktur. Bununla beraber, bu müessese, birçok hukuk sisteminde hukuken beninsenmiştir ve hatta, başta Roma II Tüzüğü olmak üzere birçok mevzuatta yer almaya başlamıştır.

⁸⁵⁸ Vekâletsiz iş görme hakkında geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm, Niyet Mektubu, s. 53 vd.

⁸⁵⁹ North/Fawcett, s. 768.

⁸⁶⁰ Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk hakkında geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm, Niyet Mektubu, s. 53 vd.

Roma II Tüzüğü m. 12 (1) uyarınca, “Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğa uygulanacak hukuk, sözleşme yapılsın veya yapılmazın sözleşmeye uygulanacak hukuktur veya sözleşme yapılmış olsaydı o sözleşmeye uygulanması söz konusu olan hukuktur”. Roma II Tüzüğü m. 12 (2) uyarınca, “Eğer uygulanacak hukuk, 1. bende göre tespit edilemiyorsa: a) Zarara yol açan olay ile bu olayın dolaylı sonuçlarının gerçekleştiği yer dikkate alınmaksızın zararın meydana geldiği yer. b) Zararın meydana geldiği sırada tarafların mutad bir meskeni mevcut ise bu yer. c) Bu sayılan hukuklar dışında daha ilişkili olduğu açıkça tespit edilen bir hukuk varsa bu hukuk, culpa in contrahendo’ya uygulanacaktır”.

IV. ORTAKLIKLARA UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Ortaklığa ait hisselerin nasıl devredileceği konusu, ortaklıklara uygulanacak hukukun (ortaklık statüsü) uygulama alanı içindedir. Bu nedenle, hisse devirlerinde ortaklıklara uygulanacak hukukun rolünü değerlendirmeden evvel aşağıda ortaklıklara uygulanacak hukukun kapsamı ve tespitine ilişkin kriterler hakkında bilgi vermekte fayda görmekteyiz.

Milletlerarası özel hukukta ortaklıklara uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktası, genellikle kuruluş yeri, ortaklık esas sözleşmesindeki idare merkezi ve fiilî idare merkezi kriterinin tercih edilmesine bağlı olarak belirlenmektedir⁸⁶¹. Ayrıca, savaş dönemlerinde kullanılmış olan hisse ve sermaye ekseriyetine sahip kişilerin vatandaşlıklarına dayanan kontrol kriteri, tüzel kişilik kavramına aykırılığı sebebiyle ortaklığın üçüncü kişilerle yaptığı işlemleri esas alan işlem merkezi kriteri de, değişkenliği sebebiyle tercih edilmemektedir⁸⁶².

⁸⁶¹ Aygöl, s. 57; Çelikel/Erdem, s. 206–207; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 101; Tekinalp, **MÖH**, s. 88; Tekinalp, **Armağan**, s. 909.

⁸⁶² Tekinalp, **MÖH**, s. 87–88.

B. Ortaklıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Kuruluş Yeri Kriteri

Kuruluş yeri kriterine göre, tüzel kişi hangi hukuka göre kurulmuşsa hak ve fiil ehliyeti açısından o hukuka yani kuruluş yeri hukukuna tâbi olmaktadır⁸⁶³. Ortaklığın, kurulduğu yerle gerçek bir ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Ortaklığın bu ülkede kurulması ve bir resmi adresinin bulunması yeterlidir. Bu nedenle, ortaklık kurulduğu ülkeden başka bir yerde faaliyette bulunduğu zaman ve idarî merkez değişikliği halinde kuruluş yeri hukuku bakımından herhangi bir sorun çıkmamaktadır⁸⁶⁴.

Kuruluş yeri kriterine göre; ortaklığın kurulduğu yer, ortaklığın yetkili bir kurum tarafından tutulan sicile kaydedildiği yer olarak anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kuruluş yeri kriterine sicil yeri kriteri de denilmektedir⁸⁶⁵.

Bazı ülkeler (vergi cennetleri), başka bir ülkede kurulmuş bir ortaklığın kendi ülkelerinde yeniden kurulmasına izin verebilmektedirler. Böyle bir durumda, birden fazla ülkede kurulmuş bir ortaklık (multiple incorporation) söz konusudur. Bu durumlarda, alternatif olarak, ortaklığın ticarî faaliyetlerinin merkezinin bulunduğu kuruluş yeri hukuku, ortaklığın ilk önce kurulduğu ülkenin hukuku ve yakın ilişkili kuruluş yeri hukukunun uygulanması önerilmektedir⁸⁶⁶.

Kuruluş yerinin kolayca belirlenebilmesi, bu kriterin öncelikli olarak tercih edilmesine neden olmaktadır. Ancak, kanuna karşı hileye neden olabilecek durumlara yol açması gibi bazı sakıncaları bulunmaktadır⁸⁶⁷. Örneğin, bazı ülkelerdeki katı düzenlemelerden kaçınmak amacıyla hiçbir zaman ticarî faaliyette bulunulmayacak olan lehe düzenlemeler öngören bir yerde sahte yabancı ortaklık (pseudo foreign corporation) olarak adlandırılan bir ortaklık kurulabilmektedir. Bazı ülkeler, bu sakıncaları azaltmak amacıyla türlü önlemler almak yoluna gitmektedirler. Örneğin, sahte yabancı ortaklıklar için bunların lex fori'ye tâbi olması veya bunlar için özel bir

⁸⁶³ Rammeloo, s. 16.

⁸⁶⁴ Tekinalp, **MÖH**, s. 90–91.

⁸⁶⁵ Rammeloo, s. 16.

⁸⁶⁶ Geniş bilgi için bkz. Aygül, s. 96–98.

⁸⁶⁷ Kuruluş yeri kriterinin tercih nedenleri ve sakıncaları için bkz. Aygül, s. 103 vd.

rejim oluşturulması önerilmektedir⁸⁶⁸. Bu durumda, kuruluş yeri kriterinde ortaklığın kurucularına tanınan irade muhtariyeti ilkesiyle ortaklığın tâbi olacağı hukuku serbestçe tayin etme ilkesi pratikte işlevini yitirmektedir. Bu yaklaşım, kuruluş yeri kriterini idare merkezi kriterine yaklaştırmaktadır⁸⁶⁹. AB’de idare merkezi kriterini savunan ülkelerde sahte yabancı ortaklık kavramı mevcut değildir. Çünkü, bu ülkeler esas idare merkezinin bulunduğu yerde kurulmuş olmayan ortaklıkları tanımamaktadır. Kuruluş yeri kriterini benimseyen ülkelerde ise yabancı sahte ortaklıklarla ilgili birçok problem ortaya çıkmaktadır⁸⁷⁰.

İsviçre, İngiltere ve ABD’de kuruluş yeri kriterinin benimsendiği görülmektedir⁸⁷¹. İsviçre’de kuruluş yeri kriteri benimsenmiştir. Ancak, IPRG m. 156–159 hükümlerinde uygulanması kısıtlanmıştır⁸⁷². IPRG m. 154 (III) (1) (1) uyarınca, ortaklıklara, tescil ve ilan gereklerine yoksa, hukukuna uygun olarak kuruldukları yer hukuku uygulanmaktadır. IPRG m. 154 (III) (1) (2) uyarınca, işbu gerekleri yerine getirememiş ortaklıklara, fiilen faaliyetlerinin yürütüldüğü yer hukuku uygulanmaktadır. İngiliz hukukunda, kuruluş yeri kriteri herhangi bir tereddüde yer olmaksızın mahkeme kararlarında ve doktrinde kabul edilmiştir. Gerçek kişilerin kişisel statüsü, kıyas yolu ile ortaklıklara da uygulanmaktadır. Gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetleri, ikametgâh hukukuna tâbi tutulmuştur. Ortaklıklara da, aynen, ikametgâh hukuku uygulanmaktadır. Ortaklıkların ikametgâhı, tescil edildiği veya kurulduğu yerdir. İngiliz hukukunda, ortaklığın birden fazla ikametgâhının olması kabul edilmediği halde birden fazla idare merkezinin olabileceği kabul edilmektedir. İngiltere’de kurulan bir ortaklık, tüzel kişiliğini kaybetmeden idare merkezini başka bir ülkeye nakledebilmektedir⁸⁷³. ABD hukukunda, kuruluş yeri kriteri yıllar boyu yerleşmiş bir içtihat olarak kabul edilmektedir. Bu kriter, iç işleyiş doktrini (internal

⁸⁶⁸ Geniş bilgi için bkz. Aygül, s. 99–103.

⁸⁶⁹ Özel, **Teziç Armağan**, s. 908; Özel, Sibel, “Avrupa Adalet Divanı’nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan (“Ansay Armağan”)**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 469.

⁸⁷⁰ Ebke, W. F., “Company Law and The European Union: Centralized Versus Decentralized Lawmaking”, **The International Lawyer**, V. 31, 1997, s. 969.

⁸⁷¹ Özel, **Ansay Armağan**, s. 471, s. 475; Rammeloo, s. 96 vd.; Scoles v.d., s. 1219; Johnson, s. 9.

⁸⁷² Aygül, s. 184–186.

⁸⁷³ Aygül, s. 177–179; Geniş bilgi için bkz. Clarkson/Hill, s. 18–41; Collier, s. 37–59; Collins v.d., s. 1335–1338.

affairs doctrine) olarak anılmaktadır ve ortaklığın iç işleyişinden doğan uyuşmazlıkların ortaklığın kuruluş yeri hukukuna uygun olarak çözülmesi olarak tanımlanmaktadır⁸⁷⁴.

2. İdare Merkezi Kriteri

İdare merkezi kriterinde, tüzel kişinin zorunlu organları arasında yer alan ortaklar genel kurulunun, yönetim kurulunun ve denetim kurulunun toplandığı, çalışmalarını yaptığı yer fiilî idare merkezi olarak kabul edilmektedir ve tüzel kişinin hak ve fiil ehliyetini tespitte bu yer dikkate alınmaktadır⁸⁷⁵. Ortaklıklara idare merkezinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması, en yakın ilişkili hukukun uygulanması anlamına gelmektedir⁸⁷⁶. İdare merkezinin tanımlanmasında, işletme merkezi, işlem merkezi, esas sözleşmedeki merkez ve fiilî idare merkezi gibi kavramlar esas alınmaktadır⁸⁷⁷.

İdare merkezi kriterine göre, fiilî idare merkezinin tespit edilememesi halinde fiilî idare merkezinin esas sözleşmede gösterilen idarî merkez olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Çünkü, bu kriteri kabul eden ülke hukuklarında, ortaklık, nerede kuruluyor ve varlık kazanıyorsa ortaklığın idare merkezi de orada bulunmak zorundadır. Ortaklığın esas sözleşmedeki idare merkezinin bulunduğu ülke hukukunun öngördüğü kuruluş formalitelerine uyulmamış olması halinde ortaklık yok sayılmaktadır⁸⁷⁸.

İdare merkezi hukuku; kişinin menfaatlerini en iyi şekilde koruyan hukuk olması, tüzel kişiye ilişkin kamu menfaatlerini âdil ve dengeli bir şekilde koruması, işlem güvenliğini sağlaması ve kamu yararı nedeniyle tercih edilmektedir. Diğer taraftan, tespit edilmesinin zor olması gibi sakıncaları da bulunmaktadır⁸⁷⁹.

MÖHUK m. 9 (4) uyarınca, “Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, esas sözleşmelerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak, fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir”. MÖHUK m. 9 (4) c. 2 ile esas sözleşmedeki idare merkezi kriterine bir istisna getirilmiştir. Esas

⁸⁷⁴ Dammann, J. C., “Exercising Free Choice in Corporate Law” (“**Free Choice 1**”), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=437100, s. 2 (10.01.2010); Ooi, s. 25; Scoles v.d., s. 1232.

⁸⁷⁵ Johnson, s. 9–10; Tekinalp, **MÖH**, s. 88.

⁸⁷⁶ Rammeloo, s.11.

⁸⁷⁷ Geniş bilgi için bkz. Aygöl s. 60–71.

⁸⁷⁸ Tekinalp, **MÖH**, s. 88.

⁸⁷⁹ İdare merkezi kriterinin tercih nedenleri ve sakıncaları için bkz. Aygöl, s. 81 vd.

sözleşmedeki idare merkezi, Türkiye dışında bulunan bir ortaklığın fiilî idare merkezi Türkiye’de ise ortaklığın hak ve fiil ehliyetine Türk hukukunun uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca, esas sözleşmede idare merkezi gösterilmemiş ise fiilî idare merkezine göre hareket edilmelidir⁸⁸⁰. Bu istisna kuralı, hem tek taraflıdır hem de emredici nitelikte değildir. Tek taraflı milletlerarası özel hukuk kurallarının çok taraflı hale getirilerek uygulanması şeklindeki genel eğilime uyulursa, esas sözleşmedeki idare merkezi yabancı ülkede olan, fakat bu idare merkezi dışında, gene, başka bir yabancı ülkede bir de fiilî idare merkezi bulunan yabancı tüzel kişinin ehliyetini tespitte fiilî idare merkezi hukuku uygulanabilmektedir⁸⁸¹.

Esas sözleşmedeki idare merkezi hukuku, kuruluş yeri hukukuna bazı noktalarda yaklaşılsa bile tam olarak örtüşmemektedir. MÖHUK’ta kabul edilen esas sözleşmedeki idare merkezi hukuku, ne kuruluş yeri kriterinin benimsenmesinde önemli bir gerekçe olan ortaklığın kurulduğu ülkenin hukukuna tâbi olması ve bu hukukun değişmemesi avantajına sahiptir ne de idare merkezi kriterinin kabul edilme gerekçesi olan objektif bir bağlama noktası olma özelliğine sahiptir⁸⁸². Bu eleştirilere ve istisna hükmü dolayısıyla AB mevzuatı ile yaşanan uyumsuzluğa rağmen, Türk hukukunda ortaklıklara uygulanacak hukuku tespit eden genel bağlama kuralı esas sözleşmedeki idare merkezidir. Tescilde doğruluk ilkesi nedeniyle Türk hukukunda, ortaklık esas sözleşmesindeki idare merkezi ile kuruluş yerinin aynı olması gerekmekte ise de, idare merkezinin fiilî veya başka bir ifade ile gerçek iş merkezi biçiminde anlaşılması ve böylece, kuruluş yeri ile idare merkezinin birbirlerine tamamen yabancılaşmaları da mümkündür⁸⁸³.

İdare merkezi kriteri daha çok kıta Avrupası hukukunda benimsenmektedir⁸⁸⁴. Ortaklıklara uygulanacak hukuk konusunda, AB’de, yeknesak bir düzenleme olmadığı için her üye ülke, kendi kanunlar ihtilafı kurallarını belirlemeye ve doğrudan uygulanan kurallarını saptamaya yetkilidir. Ancak, benimsenen kriterlerin AB’nin temel serbestîlerine aykırı olmaması gerekir.

⁸⁸⁰ Ansay, s. 17.

⁸⁸¹ Tekinalp, **MÖH**, s. 93.

⁸⁸² Ana sözleşmedeki idare merkezi hukuku kriterinin sakıncaları hakkında geniş bilgi için bkz. Aygül, s. 190–204.

⁸⁸³ Ansay, s. 5.

⁸⁸⁴ Johnson, s. 9; Rammeloo, s. 174 vd.

Ortaklıklara uygulanacak hukuk tespit edilirken irade muhtariyeti veya sıkı ilişkili hukuk gibi kavramlar önemli iken AB hukukunda ortaklıklara uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacak bu bağlama noktalarının ortaklıkların serbest dolaşımına bir engel teşkil edip etmeyeceği konusu ayrıca önem arz etmektedir. ATM kararları uyarınca; idare merkezi kriterine göre, idare merkezinin nakli durumunda söz konusu ortaklığın kurulduğu ülkedeki kişiliği ile hak ve fiil ehliyetine sahip bir tüzel kişi olarak kabul edilmemesi ve yeniden kurulmasının öngörülmesi veya idare merkezi naklinin ortaklıkların sona ermesi için bir sebep olarak kabul edilmesi yerleşim serbestisini düzenleyen ATA m. 43 ve 48 hükümlerinin ihlali anlamını taşımaktadır. Kuruluş yeri kriterinin ise, ATA m. 43 ve 48 ile bir çelişkinin olmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁸⁸⁵. Aynı şekilde, ABD CoL II bölüm 297 uyarınca, bir eyalette kurulmuş bir ortaklık diğer eyaletlerce tanınmalıdır.

AB hukukunda, ortaklıkların yerleşim serbestisini kullanabilmesi için bir üye ülke hukukuna göre kurulmuş olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla, kuruluş yeri kriteri, bu bağlamda belirleyici rol üstlenmektedir. Bununla birlikte, AB, idare merkezi kriterini bertaraf eden bir düzenleme getirmemiştir. Örneğin, 2157/2001 sayılı ve 08.10.2001 tarihli Avrupa Ortaklığı Hakkında AT Tüzüğü (EC Council Regulation on the Statute for an European Company)⁸⁸⁶ m. 7 uyarınca; Avrupa Ortaklığı kurucuları, kayıtlı merkezin bulunduğu üye ülkede idare merkezi tesis etme borcu altındadır. Kayıtlı merkezdeki yetkili mahkeme, bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmek zorundadır. Aksi durumda, m. 12 uyarınca, tescil işlemi yapılmayacaktır. Aynı Tüzük m. 8 uyarınca, kayıtlı merkez başka bir üye ülkeye nakledilmedikçe, idare merkezi de nakledilemeyecektir⁸⁸⁷.

C. Kapsam

1. Genel Olarak

Ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanına hangi konuların dâhil olması gerektiğine dair milletlerarası alanda yeknesak bir anlayış bulunmamaktadır.

⁸⁸⁵ Aygöl, s. 135–142.

⁸⁸⁶ OJ 10.11.2001-L294, s. 1–21.

⁸⁸⁷ Özel, *Teziç Armağan*, s. 913.

Bazı hukuk sistemlerinde, ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı açıkça belirlenmiş bazılarında ise, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır⁸⁸⁸.

Birçok ülke, ülkesinde faaliyette bulunan yabancı ortaklığa uygulanacak hukukun ortaklığın ortaklarının, alacaklılarının ve diğer yatırımcılarının menfaatleri için yeterli koruma sağlamadığı kanısına vardığı takdirde kendi hukukunu uygulama yoluna gitmektedir. Bu nedenle, özellikle ortaklığın kamuya açıklama yükümlülüğü ve benzeri sorumluluklarına faaliyette bulunduğu ülke hukukunun uygulanması daha uygun görülebilmektedir⁸⁸⁹.

Ortaklıklara uygulanacak hukuk; öncelikle tüzel kişinin ehliyetinin kapsamını, başka deyişle, hangi haklardan yararlanabileceği, hangi borçları yüklenebileceği, hak ve borçlara getirilen sınırlamaların neler olacağı, hak ve borçların kimler marifetiyle kullanılacağı konularını belirlemektedir⁸⁹⁰.

Ortaklıklara uygulanacak hukuk; hak ve fiil ehliyetinin başlangıcı, devamı ve sona ermesi kapsamında ortaklıkların kuruluşu, ortaklığın hukukî yapısı, adı, unvanı, işleyişi, hangi haklara sahip olduğu, yükümlülükleri, iç ilişkileri, organları, organların işleyişi, sözleşme yapma ehliyeti, ortaklık hukukunun ihlalden doğan sorumluluk, üçüncü kişilere karşı sorumluluk, ortaklık borçlarından doğan sorumluluk, temsil yetkisi, ortaklıkların sona ermesi ve dava ehliyeti gibi türlü konuları düzenlemektedir⁸⁹¹.

Ortaklıklara uygulanacak hukuk, ortaklığın kurulmasına ve tüzel kişiliğin oluşturulmasına ilişkin tüm konulara uygulanmaktadır⁸⁹². Ortaklığın kurulabilmesi için gerekli şekli formaliteler ve bunlara uyulmamasının sonuçları, ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir. Bu şekli kurallara uyulmamasının sonuçları, yani, bu nedenle, ortaklığın tüzel kişilik kazanıp kazanamayacağı, uygulanacak yaptırım ve üçüncü kişilerin bu netice karşısındaki durumları kuralın uygulama alanı içindedir. Bir ortaklığın kurulabilmesi için gerekli asgarî ortak sayısı, tek kişi ile ortaklık kurulup

⁸⁸⁸ Aygöl, s. 207.

⁸⁸⁹ Horn, s. 9.

⁸⁹⁰ Pennington, s. 150; Şanlı, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları** ("Uyuşmazlık Çözümü"), 3. bs., İstanbul: Beta Basım, 2005, s. 11.

⁸⁹¹ Tekinalp, **MÖH**, s. 94–95.

⁸⁹² Scoles v.d., s. 1221; Collins v.d., s. 1345; Pennington, s. 149–150.

kurulamayacağı ve ortakların koyması gerekli asgarî sermaye miktarı, ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir⁸⁹³.

Ortaklık esas sözleşmesinde yer verilmesi gerekli şartların neler olduğuna⁸⁹⁴, ortaklıklara uygulanacak hukuk karar verecektir. Bu bağlamda, ortaklığın unvanı, isminin nasıl belirleneceği, idare merkezi, kuruluş yeri, adresi, kurucuların ismi ve adresleri, işletmelerin esas sözleşmede gösterilmesinin zorunlu olup olmadığı kuralın uygulama alanı içindedir⁸⁹⁵. Tüzel kişiliğin tescilinden önce kuruluş esas sözleşmesi, sözleşmesel karakterini koruduğu için buna, BK'nın genel hükümleri ve adî ortaklığa ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Oysa tescilden sonra, sözleşme, özel kurallara tâbi olmaktadır⁸⁹⁶. Bu nedenle, çoğunluk görüşünce, tescil öncesi esas sözleşme, sözleşmelere uygulanacak hukuka tâbidir⁸⁹⁷.

Ortaklığın iç işleyişi kapsamında değerlendirilebilecek tüm hususlar, ortaklıklara uygulanacak hukuka tâbidir. Ortaklığın iç işleyişi; ortakların diğer ortaklarla, yöneticilerle, çalışanlarla ve ortaklık alacaklıları ile ilişkilerinden kaynaklanan durumları ifade etmektedir. Ortaklığın; ortakları, yöneticileri, şubeleri ve resmi görevlilerle ilişkisi de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁸⁹⁸.

Ortaklığın yönetimi, yöneticilerin hakları ve sorumlulukları gibi konular ortaklığın iç işleyişi kapsamında öncelikle incelenmesi gerekli konulardır. Ortaklığın düalist sistem veya monist sistemden hangisine göre yönetileceği⁸⁹⁹, ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir. Buna göre, yöneticilerin seçim veya

⁸⁹³ Aygöl, s. 207–208.

⁸⁹⁴ TTK m. 506 uyarınca limited ortaklıkların esas sözleşmesinde bulunması gerekli zorunlu şartlar; ortaklığın unvanı ve ortaklık merkezinin bulunacağı yer, ortaklığın konusu, ana sermaye ve her ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarları, ortaklığın yapacağı ilanların şekli ve ortaklık süresidir. TTK m. 279 uyarınca, anonim ortaklıkların esas sözleşmesinde bulunması gerekli zorunlu ve ihtiyari şartlar; ortaklığın unvanı ve ortaklık merkezinin bulunacağı yer, ortaklığın konusu ve amacı, sermayenin türü ve miktarı, ortaklıktaki hisse adedi ve nominal değeri, hisselerin ödeme şekilleri ve şartları, kurucularla yönetim kurulu üyelerine ortaklık kazancından sağlanacak özel menfaatler, ilk ortaklık yönetici ve denetçilerinin seçimi, hak ve sorumlulukları, imza yetkilileri, ortaklık süresi, ilanların şekli ve ani kuruluş halinde her ortağın taahhüt ettiği sermayenin türü ve hisse miktarıdır.

⁸⁹⁵ Scoles v.d., s. 1228; Tekinalp, **MÖH**, s. 94.

⁸⁹⁶ Bahtiyar, s. 31; Moroğlu, **Oğuzman Armağan**, s. 522–523.

⁸⁹⁷ Collins v.d., s. 1350.

⁸⁹⁸ Aygöl, s. 209; Collins v.d., s. 1347–1349; Ebke, s. 966; Rammeloo, s. 138; Scoles v.d., s. 1221, s. 1227; Siegel/Borchers, s. 226.

⁸⁹⁹ Sermaye şirketlerinin yönetiminde iki temel sistem kabul edilmektedir. Monist (one tier) sistemde, ortaklığı yöneten organ tek bir. İngiltere, İsviçre ve Türk hukukunda bu sistem benimsenmiştir. Düalist (two tier) sistemde ise, yönetim, yönetim kurulu ve gözetim kurulu arasında paylaşılmıştır. Almanya ve Avusturya'da, bu sistem benimsenmiştir (Aygöl, s. 212).

atama usulüne göre mi belirleneceği, yöneticilerin yetkileri, yönetici seçilebilme şartları gibi konuların tümü ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir. Çalışanların yönetime katılma haklarının olup olmadığı⁹⁰⁰, var ise hangi şekilde ve ne tür yetkilere sahip olarak yönetime katılabilecekleri ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir⁹⁰¹. Yöneticilerin sadakat borcu, kusurlu veya kusursuz davranışları ile ortaklığa verdikleri zarardan sorumlulukları ve sorumluluk dereceleri, ortaklıklara uygulanacak hukuka göre tespit edilir. Yine, yöneticilerin görevlerinden azledilmeleri veya görevlerini bırakmaları halinde hangi haklara sahip oldukları ve tazminat talepleri de kuralın uygulama alanı içindedir⁹⁰². Ortaklıklara uygulanacak hukuka göre ortakların veya yöneticilerin ortaklığın işlemlerinden veya borçlarından dolayı sorumluluğu varsa, lex fori'nin ülkesinde bu şekilde bir sorumluluk tanınmasa bile ortakların ve yöneticilerin sorumlulukları tanınmalıdır⁹⁰³.

Genellikle, ortakların oy kullanmak⁹⁰⁴, ortaklığı denetlemek ve bilgi almak⁹⁰⁵, hissesi oranında ortaklık gelirlerinden istifade etmek⁹⁰⁶ gibi haklarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ortakların işbu hakları ve yetkileri, ortaklıklara uygulanacak hukuka tâbi konulardır⁹⁰⁷. Azınlık hisse sahiplerinin hangi haklara ve yetkilere sahip olduğu da, ortaklıklara uygulanacak hukuka tâbidir⁹⁰⁸.

Ortaklar genel kurulunun hangi şartlar altında ve hangi sürelerle yapılacağı, toplantı ve karar nisapları ortaklıklara uygulanacak hukuka tâbidir⁹⁰⁹. Ortaklık bilânçosunun ilanı, ortaklar arasında yapılan sözleşmelerin ortaklığa etkisi, sermaye

⁹⁰⁰ Genellikle ortaklara büyük yetkiler ve haklar bahşeden İngiltere ve benzeri hukuk sistemleri, çalışanlara yönetime katılma hakkı tanımazken veya çok düşük seviyede yönetime katılmalarına izin verirken, ortaklara daha az hak ve yetki tanıyan Almanya ve Hollanda gibi hukuk sistemleri, çalışanlara daha çok yönetime katılma hakkı tanımaktadırlar (Aygül, s. 214).

⁹⁰¹ Collins v.d., s. 1348; Ebke, s. 966; Rammeloo, s. 186; Scoles v.d., s. 1228.

⁹⁰² Aygül, s. 214–216; Collins v.d., s. 1348; Scoles v.d., s. 1221, s. 1227; Siegel/Borchers, s. 226.

⁹⁰³ Rammeloo, s. 115.

⁹⁰⁴ TTK m. 533 uyarınca, limited şirketlerde oy hakkından mahrumiyete dair ana sözleşmeye konan kayıtlar hükümsüzdür. TTK m. 385/2 uyarınca, anonim ortaklıklarda hisse sahibinin genel kurula katılma hakkından doğan üyelik, oy kullanmak, iptal davası açmak, kar payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek ortakların bu sıfatla sahip oldukları müstesna haklardır.

⁹⁰⁵ Ortaklar ancak TTK m. 362-363'de belirtilen şekilde bilgi alma hakkına sahiptir. Bilgi alma hakkı, ana sözleşme ile veya ortaklık organlarından birinin kararıyla bertaraf veya tahdid edilemez.

⁹⁰⁶ TTK m. 533/1 uyarınca, limited ortaklık ana sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ortaklar, sermaye koyma borçlarını yerine getirdikleri nispette, yıllık bilânçoya göre, elde edilmiş olan safi kardan pay alırlar. TTK m. 455/1 uyarınca, anonim şirketlerde her hisse sahibi, kanun ve ana sözleşme hükümlerine göre hisse sahiplerine dağıtılmaya tahsis olunan safi kazanç hissesi nispetinde iştirak hakkını haizdir.

⁹⁰⁷ Collins v.d., s. 1348-1349; Ebke, s. 966; Johnson, s. 12.

⁹⁰⁸ Aygül, s. 212; Johnson, s. 12.

⁹⁰⁹ Aygül, s. 211; Collins v.d., s. 1348; Ebke, s. 966.

artırımı yoluyla ortaklığa yeni ortak alınması, hisselerin ne şekilde düzenleneceği, ortaklığın hisse senedi çıkarması veya geri alması da ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir⁹¹⁰.

Ortaklığın sona erme sebepleri, ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir. Hukuk sistemlerinde, ortaklığın sona erme sebepleri farklı şekillerde düzenlenmiştir. Ortaklığın sona erme sebepleri olarak; ortaklığın butlanına karar verilmesi, ortaklığın belli süreliğine kurulmuş olması ve sürenin dolması, ortaklığın başka bir ortaklıkla birleşmesi veya bölünmesi, sermayesinin veya ortak sayısının yetersiz kabul edilmesi gibi sebeplerdir. Ortaklığı sona erdiren bu sebeplerin varlığı ve şartların oluşup oluşmadığı, ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir⁹¹¹.

2. Hisse Devrinde Ortaklıklara Uygulanacak Hukuk

Hisse devrinin nasıl gerçekleştirileceği ve ortaklığa karşı bu hisseden doğan hak ve borçlar, devir işlemi nerede gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin ortaklıklara uygulanacak hukukun uygulama alanı içindedir⁹¹². Aynı şekilde, taraf ortaklıkların birleşme ve devralmada yer alma konusundaki ehliyetleri ve yönetim organlarının ve ortaklarının bu konudaki yetkisi, ortaklık statüsüne tâbidir⁹¹³.

İngiltere’de Macmillan davasında, hisse devirlerine ilişkin uyuşmazlıklarda ortaklığa karşı hisse devrinin ileri sürülmesinde ortaklık statüsünün uygulanacağı kabul edilmiş fakat taraflar arasında hisse devrinin geçerliliği sözleşmesel niteliği nedeniyle hisse devir sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi kılınmıştır.

İngiliz hukukunda, çoğunluk, hissenin bulunduğu yer hukuku olması nedeniyle hisse devirlerine, ortaklık statüsü olarak kabul edilen kuruluş yeri hukukunun uygulanacağı kanaatindedir⁹¹⁴. Kuruluş yeri hukukunun, önceden tahmin edilebilmesi,

⁹¹⁰ Aygöl, s. 211; Ebke, s. 966.

⁹¹¹ Collins v.d., s. 1349; Aygöl, s. 219, s. 221; Scoles v.d., s. 1221; Siegel/Borchers, s. 226.

⁹¹² Collins v.d., s. 1181; Johnson, s. 23; Ooi, s. 324-325; Scoles v.d., s. 1227; Siegel/Borchers, s. 227; Simpson/Flint/Potter, s. 221.

⁹¹³ Issitt, s. 137; Pennington, s. 149-150.

⁹¹⁴ Ooi, s. 17.

kesinliği, değişmezliği ve uygulanmasındaki kolaylık diğer tercih sebepleri olarak gösterilebilmektedir⁹¹⁵.

Hisselerin nasıl devredileceği konusu, ortaklık statüsüne tâbi olup bu hukuka göre devir için hisse defterine kayıt öngörülüyorsa hisse defterinin bulunduğu yer, senetlerin teslimi öngörülüyorsa senetlerin bulunduğu yer hukuku hisse devrine uygulanacaktır⁹¹⁶. Başka deyişle, hisse devrine uygulanacak hukuk, ortaklığın tâbi olduğu hukuk izin verdiği müddetçe ve bu hukuka uygun olduğu ölçüde geçerlilik arz etmektedir. Ortaklıklara uygulanacak hukuk, her zaman önceliği haiz ve engelleyici niteliktedir⁹¹⁷. Amerika’da United Cigarette Machine Co. Inc. v. Canadian Pacific Railway Co. davasında⁹¹⁸, mahkeme, hisse devrinin deftere kaydedildiği yer ve hisse senetlerinin devredildiği yer hukukuna göre gerçekleşen nama yazılı hisselerin devrini ortaklık statüsüne aykırı olması halinde geçersiz kabul etmiştir⁹¹⁹. Aynı prensip, Cities Services Company v. McGrath davasında⁹²⁰, hamiline yazılı hisseler de uygulanmıştır⁹²¹.

Dolaylı saklama sisteminde, ortaklık statüsünden bir takım hukukî ve uygulamadan kaynaklanan nedenlerle ayrılma söz konusudur. Çünkü, burada devredilen hisse değil ilgili sistem işletmecisi veya aracı kurumdan hisseden kaynaklanan hakları talep imkânıdır. Bu haklar, ortaklığa karşı ileri sürülememektedir⁹²².

V. SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

1. Millî-Milletlerarası Sözleşme Kavramları

Türk ortaklıklarda yabancılara hisse devri sürecinde türlü sözleşmeler yapılmaktadır. Bu sözleşmeler, milletlerarası ve yabancılık unsuru taşıyan sözleşme

⁹¹⁵ A.e., s. 25.

⁹¹⁶ Collins v.d., s. 1188.

⁹¹⁷ Johnson, s. 6, s. 18, s. 23; North/Fawcett, s. 1246; Pomerance, s. 70.

⁹¹⁸ (1926) 12 FR 2d 634.

⁹¹⁹ Dava metni için bkz. için bkz. <http://www.lexisnexis.com> (10.01.2010).

⁹²⁰ (1952) 342 US 330.

⁹²¹ Dava metni için bkz. için bkz. <http://www.lexisnexis.com> (10.01.2010).

⁹²² Goode, Roy, “Security in Cross-Border Transactions”, Texas International Law Journal, 1998, <http://heinonline.org/HOL/Welcome>, s. 51–52 (10.01.2010); Ooi, s. 97, s. 103.

niteliğinde olup kanunlar ihtilafının konusunu oluşturmaktadırlar. Bu nedenle bu bölümde, hangi sözleşmelerin millî hangilerinin milletlerarası olarak nitelendirildiğinin açıklanmasında fayda görmekteyiz.

Hangi sözleşmelerin milletlerarası hangilerinin millî sayılacağı ve sözleşmelerin bu şekilde bir ayrıma tâbi tutulmasında esas alınacak kriterlerin neler olacağı konusunda farklı görüşler vardır: i) Bir görüşe göre, sözleşmenin yargı organlarına başvurulacak ülke hukuku dâhil birden çok hukuk sistemi ile olan ilişkisi esas alınmalı ve bu nitelikteki sözleşmeler milletlerarası karakterde sayılmalıdır. Bu ilişkiyi tayin ve tespit, sözleşmeyle ilgili kişisel veya coğrafi unsurlardan hareket edilmelidir. Buna göre, sözleşmenin tarafları farklı ülke vatandaşlığına veya farklı ülkelerde ikametgâha veya mutad meskene sahipse veya sözleşme konusu şey, hizmet veya ödemeler, bir ülkenin sınırlarını aşmakta ise, sözleşme milletlerarası niteliktedir⁹²³. ii) Bu konudaki yeni anlayış ve uygulamalara göre sözleşmenin maddî ve ekonomik karakteri ön planda tutulmalı ve milletlerarası ticareti ilgilendiren veya milletlerarası ticaretin yarar alanına giren sözleşmeler milletlerarası sayılmalıdır⁹²⁴.

AB üyesi ülkelerde, milletlerarası ve yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuk; 593/2008 sayılı ve 17.06.2008 tarihli Sözleşmeden Kaynaklanan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (EC Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations) (“Roma I Tüzüğü”)⁹²⁵,ne göre belirlenmektedir. AB üyesi ülkeler, Roma I Tüzüğü’nü kendi sistemine göre iç hukukuna dâhil etmek konusunda anlaşmaya varmışlardır. Roma I Tüzüğü m. 24 uyarınca, Tüzük, 80/934/AET sayılı ve 19.06.1980 tarihli Sözleşmeden Kaynaklanan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations)⁹²⁶,nun yerini almıştır. Ancak, Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü’nün kapsamında olmayan bölgelerde uygulanmaya devam edecektir.

⁹²³ Çelikel/Erdem, s. 8; Nomer/Şanlı, s. 5; Tekinalp, **MÖH**, s. 20.

⁹²⁴ Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 6; Şanlı, Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (“Uygulanacak Hukuk”)**, Ankara: BTHAE Yayınları, 1986, s. 32–33.

⁹²⁵ OJ 04.07.2008 – L 177, s. 6–16.

⁹²⁶ OJ 09.10.1980 – L 266, s. 1–19.

Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanı ile ilgili olan m. 1 (2) hükmünde, şu konular, kapsam dışı değerlendirilmiştir: “(a) Gerçek kişilerin ehliyeti. (b) Aile ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler, (c) Evlilik mal rejiminden kaynaklanan yükümlülükler. (d) Bono, çek, poliçe ve diğer kıymetli evraktan kaynaklanan yükümlülükler. (e) Tahkim sözleşmeleri ile yetki sözleşmeleri. (f) Tescil ile veya diğer bir şekilde kuruluş, ehliyet, iç organizasyon, tasfiye, yönetici ve ortakların tüzel kişilik veya ortaklığın borçlarından kişisel olarak sorumlulukları gibi ortaklıklara uygulanacak hukuk kapsamındaki konular. (g) Temsilci veya ortaklık organının temsil yetkisi. (h) Yedimlilik kurulması, yedimin veren, yedimin ve yararlanan arasındaki ilişki. (i) Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk. (j) Bazı sigorta sözleşmeleri.” Roma I Tüzüğü m. 1 (3) uyarınca, işbu Tüzük delil ve usule ilişkin konulara uygulanmaz.

İngiliz hukukunda, sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı meseleleri 1990 tarihli Sözleşmeler – Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun (Contracts – Applicable Law Act)⁹²⁷ ile düzenlenmiştir. Bu Kanun, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda Roma Konvansiyonu'nun uygulanacağını öngörmektedir⁹²⁸. Roma Konvansiyonu'nun yerini alan Roma I Tüzüğü giriş bölümü m. 45'de İngiltere'nin Tüzük ile bağlı olmadığı belirtilmiştir. Ancak İngiltere, 23.07.2008'de Avrupa Komisyonu ve Konseyi'ne Tüzük'e katılacağı yolunda bildirimde bulunmuştur. Avrupa Komisyonu, Tüzük'ün İngiltere'ye uygulanması için 22.12.2008'de karara varmış ve bu karar 16.01.2009'da resmileşmiştir⁹²⁹. Hâlihazırda, İngiltere'de sözleşmelere uygulanacak hukuk konusuna, Roma I Tüzüğü uygulanmaktadır.

⁹²⁷ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900036_en_1.htm (10.01.2010).

⁹²⁸ Clarkson/Hill, s. 172; Collins v.d., s. 1537; http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_en.htm#L1. (10.01.2010); North/Fawcett, s. 667.

⁹²⁹ http://www.lloyds.com/Lloyds_Worldwide/EU_insurance_update/Rome_I_Regulation.htm (10.01.2010).

2. Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti

a. Subjektif Yöntem

aa. Genel Olarak

Subjektif yöntem ile bugün kastedilen, sözleşmeye uygulanacak hukukun (sözleşme statüsü, *lex contractus*) tarafların iradelerine göre belirlenmesidir. Uygulanacak hukuk belirlenirken öncelikle, tarafların hukuk seçimi konusundaki açık veya zımni iradeleri esas alınmaktadır. Bu şekilde, tarafların iradeleri belirlenemediği takdirde, yine, taraf iradelerinden hareket edilerek taraflar hukuk seçimi yapmış olsalardı hangi hukuku seçerlerdi sorusu sorularak farazi iradeye göre uygulanacak hukuk belirlenmektedir⁹³⁰.

bb. İrade Muhtariyeti İlkesi

Milletlerarası nitelikli sözleşmelerde, taraf menfaatini gerçekleştirmek için ilk aşamada irade muhtariyeti ilkesi (*party autonomy*) kabul edilerek taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır. Yabancı unsurlu sözleşmelerin taraflarca belirli bir hukuk sistemine tâbi kılınması teorik ve pratik bakımdan gereklidir. Bu hukuk sistemi, taraflar arasındaki sözleşmenin genel hukukî çerçevesi ile geçerliliği ve bağlayıcılığını belirler. Tarafların sözleşmede düzenlemedikleri konular bu hukukun kuralları ile doldurulur. Bu nedenle, hukuk seçimi, taraflar arasındaki ilişkinin güven ve istikrarından başka ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tesbiti konusunda, yargı merciine ciddi kolaylıklar sağlamaktadır⁹³¹.

Seçimin açık veya zımni yapılabilmesi yanında seçilen hukukun sözleşmeyle ilişkisinin aranması veya bağlantı kriterinin öngörülmemesi irade muhtariyeti kuralının içeriğinde hukuk sistemleri arasında farklılıklar olduğunu göstermektedir⁹³².

⁹³⁰ Akıncı, Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk ("Uygulanacak Hukuk")**, İzmir: DEÜHF Yayınları, 1992, s. 17–18.

⁹³¹ Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 41.

⁹³² Özel, Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/2'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan ("Nomer Armağan")**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 577–578.

cc. Hukuk Seçiminin Şekli

aaa. Genel Olarak

Bazı hukuk sistemlerinde, hukuk seçimi anlaşması ister asıl sözleşmede bir şart olarak yer alsın ister ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenmiş olsun bağımsız bir anlaşmadır. Bazı hukuk sistemlerinde ise, hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliği asıl sözleşmeye bağlıdır ve asıl sözleşme geçersiz ise hukuk seçimi anlaşması da ona bağlı olarak ortadan kalkmaktadır⁹³³.

Taraflar, bazen bir takım genel işlem şartları veya standard sözleşmeleri, bir takım kod, kural, tüzük, yönetmelik, milletlerarası sözleşmeleri aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçebilirler. Bu seçimle, söz konusu kurallar, sözleşme hükmü haline gelirler. Buna, milletlerarası özel hukukta gönderme yoluyla sözleşmeye dâhil etme (incorporation by reference) denir. Bu hükümler, taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen veya böyle bir seçim yoksa mahkemece belirlenen hukukun emredici kurallarına uygun düştüğü ölçüde uygulama imkânı bulurlar⁹³⁴.

bbb. Açık veya Zımni Hukuk Seçimi

Birçok hukuk sisteminde kabul edildiği üzere hukuk seçimi, açık (express choice of law) veya zımni (tacit choice of law) olarak yapılabilmektedir.

MÖHUK m. 24 (1) uyarınca, “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir”.

İsviçre hukukunda, genellikle, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusu, sözleşmelerle ilgili IPRG m. 116-117’de düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşme serbestisi prensibi kapsamında taraf iradelerine tâbi olan konularda, tarafların seçtiği hukuk uygulanacaktır. Açık veya zımni hukuk seçimi mümkündür. Ancak, tarafların zımni

⁹³³ Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 47.

⁹³⁴ Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Beta Basım, C. 1–2, 2008, s. 33; Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 53.

iradeleri yolu ile uygulanacak hukuku seçtikleri “sözleşmenin hükümlerinden ve şartlarından” hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır.

Roma I Tüzüğü m. 3 (1) uyarınca, sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilir. Seçim açık veya zımni olarak yapılabilir. ABD hukukunda, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku açık veya zımni olarak kararlaştırabilmektedirler⁹³⁵. İngiliz hukuku da, benzer düzenleme getirmiştir⁹³⁶.

dd. Hukuk Seçimindeki Sınırlamalar

aaa. Atıf

Seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil maddî hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir. Hukuk seçiminin yokluğu halinde uygulanacak hukukun objektif olarak belirleneceği durumlarda da, esas olan tespit edilen hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanmasıdır.

MÖHUK m. 2 (3) uyarınca, “Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır”. MÖHUK m. 2 (4) uyarınca, uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır”.

İsviçre IPRG m. 14 uyarınca, uygulanacak hukuk, İsviçre hukukuna veya başka bir yabancı hukuka atıf yaptığında açıkça belirtilen hâllerde yapılan atıf dikkate alınacaktır⁹³⁷.

Roma I Tüzüğü m. 20 hükmünde, atıf reddedilmiş ve uygulanacak hukukun seçilen ülke hukukunun maddî hükümleri olduğu ve kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmayacağı belirtilmiştir.

⁹³⁵ Scoles v.d., s. 208.

⁹³⁶ O’Brien, s. 309, s. 311.

⁹³⁷ Turhan, Turgut, “İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, **AÜHFD**, S. 1–4, 1989–1990, s. 132.

1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun – Çeşitli Hükümler (Private International Law – Miscellaneous Provisions Act)⁹³⁸, 1984 tarihli Yabancı Zamanaşımı Süreleri Hakkında Kanun (Foreign Limitations Period Act)⁹³⁹ ile Sözleşmeler – Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun’dan anlaşılacağı üzere İngiliz hukukunda atıf reddedilmektedir. Diğer taraftan, menkul ve gayrimenkul malların devrinde, miras ve aile hukuku meselelerinde, uygulamada, atfın kabul edildiği görülmektedir. Ortaklıklar hukuku, sözleşmeler hukuku ve haksız fiil konularında ise, atıf söz konusu değildir⁹⁴⁰.

ABD hukukunda, özel birkaç durum dışında atıf reddedilmektedir⁹⁴¹. ABD hukukunda, CoL II’den anlaşılacağı üzere menkul (bölüm 245) ve gayrimenkullerin (bölüm 223) devrinde ve menkul terekenin intikalinde (bölüm 260, bölüm 263) atıf kabul edilmiştir.

Lahey Konvansiyonu m. 10 hükmünde atıf açıkça reddedilmiştir. Uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerine bakılmadan doğrudan ilgili maddî kuralları uygulanmaktadır.

bbb. Seçilen Hukukun İlişkili Olması

Sözleşme hükümleri ile sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uyumlu olması (connection), çok defa ileride uyuşmazlıkların çıkmasına mani olmaktadır. Aksi takdirde, tarafların koydukları sözleşme hükümleri ile taraflarca seçilen hukukun emredici kuralları çelişir ve tarafların öngördükleri pek çok sözleşme hükmü yine tarafların kendi seçtikleri hukuk sistemince geçersiz kılınır⁹⁴².

Seçilen hukuk ile başvurulacak yargı merciinin de aynı olması, pratik bakımdan ciddi kolaylıklar sağlamaktadır. Çünkü, herhangi bir yargı merciinin en iyi bildiği ve olaya en kolay tatbik edebileceği hukuk kendi hukukudur. Ayrıca, yargı mercii, doğrudan uygulanması gereken veya kamu düzenine ilişkin olan kuralları ile

⁹³⁸ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/Ukpga_19950042_en_1.htm (10.01.2010).

⁹³⁹ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1984/cukpga_19840016_en_1 (10.01.2010).

⁹⁴⁰ Clarkson/Hill, s. 473-474; Collier, s. 26-27; Collins v.d., s. 81-82; http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_en.htm#II.2. (10.01.2010); North/Fawcett, s. 71-73; O’Brien, s. 139-140.

⁹⁴¹ Scoles v.d., s. 138.

⁹⁴² Şanlı, *Uyuşmazlık Çözümü*, s. 42.

çeliştiği ölçüde tarafların seçtiği hukuk kurallarını uygulamaz. Bu da, seçilen hukukun bazı hükümlerinin uygulanmaması sonucunu doğurur. Tarafların hukuk seçimi konusundaki iradelerini sınırlayan ve ancak sözleşme ile ilişkisi olan hukuk seçimine izin veren ülke mahkemelerine gidildiğinde sözleşmesel ilişkiye tarafların seçtiği hukukun değil yargı yeri ülkesinin milletlerarası özel hukuk hükümlerinin yetkili kıldığı hukukun uygulanması söz konusudur⁹⁴³.

Diğer taraftan, günümüzde, birçok milletlerarası sözleşmede ve millî hukuklardaki yeni düzenlemelerde, seçilen hukukun taraflarla ve işlemle bir ilişkisi olması şartını zayıflatan ve hatta kaldıran bir yol izlenmektedir. Örneğin, Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde ve Roma I Tüzüğü'nde böyle bir ilişki zorunluluğu getirilmemiştir.

Bununla beraber, Amerikan mahkemeleri, seçilen hukukun taraflarla ve işlemle bir ilişkisi olmasını aramaktadır⁹⁴⁴. Aynı şekilde, ABD UCC bölüm 1-105 ve CoL II m. 187/2 hükümlerinden yola çıkarak denilebilir ki, tarafların ikametgâhı hukuku, sözleşmenin kuruluş ve ifa yeri hukuku aynı hukuk ise, tarafların başka bir hukuk üzerinde anlaşması geçersizdir. Bu durumda, sözleşmeyle ilişkili olma şartı gerçekleşmemiş kabul edilmektedir⁹⁴⁵. Diğer taraftan, ABD CoL II bölüm 187/2, taraflarca makul bir sebep gösterilebilirse sözleşmeyle ilgisiz bir yer hukukunun da seçilebilmesine olanak tanımaktadır. İngiliz hukukunda ise, hukuk seçimi, genellikle sözleşme ile ilişkili olmakla beraber tarafların niyeti iyiniyetli ve yasal olduğu müddetçe ve kamu düzenine aykırılık arzetmedikçe geçerli kabul edilmektedir⁹⁴⁶.

ccc. Kısmi Hukuk Seçimi

Taraflar, sözleşmeden doğan hak ve borçlarını parçalayarak farklı hukuk sistemlerine tâbi kılabilmekte veya sözleşmenin muhtelif kısımlarını farklı hukuk uygulayabilmektedirler. Ancak, zorunlu olmadıkça bu tür hukuk seçimlerini tercih etmemek gerekir. Çünkü, bu tür hukuk seçimlerinde seçilen hukuk sistemleri arasında veya seçilen hukukun ilgili hükümleri arasında tek bir sözleşmesel ilişkiden doğan sorunların çözümü konusunda bir ahenk yaratmak çok defa zordur. Aynı şekilde,

⁹⁴³ Şanlı, *Uyuşmazlık Çözümü*, s. 43-44.

⁹⁴⁴ Kay, s. 510-511; Scoles v.d., s. 953, s. 974, s. 980; Siegel/Bochers, s. 208; Spillman, s. 542.

⁹⁴⁵ Scoles v.d., s. 977.

⁹⁴⁶ Collins v.d., s. 1562.

sözleşme yapımı sırasında tek bir işle ilgili türlü sözleşmesel ilişkilerin tek bir hukuka bağlanması uyumsuzlukların ortaya çıkmasını önleyici nitelikte olup uyumsuzlukların çözümü noktasında da kolaylık sağlayacaktır⁹⁴⁷.

MÖHUK m. 24 (2) uyarınca, “Taraflar seçilen hukukun sözleşmenin tümüne veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler”. İsviçre IPRG’de kısmi seçimin kabul edilip edilmediği konusunda bir açıklık yoktur. Diğer taraftan, kısmi hukuk seçimini yasaklayan herhangi bir hüküm de içermemektedir⁹⁴⁸. Roma I Tüzüğü m. 3 (1) c. 3 uyarınca, seçilen hukukun sözleşmenin tümüne veya bir kısmına uygulanacağı kararlaştırılabilir.

ddd. Hukuk Seçiminin Zamanı

Hukuk seçiminin zamanı konusunda, herhangi bir sınırlama getirilmemekte ve seçimin sözleşmenin kuruluşunda veya daha sonraki bir tarihte yapılabileceği kabul edilmektedir. Taraflar, önceden yaptıkları hukuk seçimini daha sonra yine anlaşarak değiştirebilmektedirler. Bu konudaki tek sınırlama, sonradan yapılan hukuk seçiminin o tarihe kadar üçüncü kişiler lehine tanınan hakları ihlal etmemesi şartıdır.

MÖHUK m. 24 (3) uyarınca, “Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerlidir”. İsviçre IPRG m. 53 (b) (2) uyarınca, evlilik malları rejimi hakkında seçilen hukuk her zaman değiştirilebilir. Aynı şekilde, üçüncü kişilerin hakları muhafaza edilmek kaydıyla diğer sözleşmelerde de hukuk seçiminin sonradan değiştirilmesi mümkündür⁹⁴⁹. Roma I Tüzüğü m. 3 (2) uyarınca, taraflar seçilen hukuku sözleşmenin akdinden sonra değiştirebilirler. Ancak, bu durum sözleşmenin şeklen geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını aksi yönde etkilememelidir.

Tarafların uygulanmasını kararlaştırdıkları hukukta zaman içinde değişiklik meydana gelebilir. Seçilen hukukun intikal hükümlerine göre seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler geçmişe etkili değilse sözleşme, yapıldığı tarihte yürürlükte

⁹⁴⁷ Şanlı, *Uyumsuzluk Çözümü*, s. 50.

⁹⁴⁸ Dessomentet/Stoffel, s. 311; Schönberg/Leemann, s. 483; Turhan, s. 128.

⁹⁴⁹ Dessomentet/Stoffel, s. 311.

bulunan hukuka tâbi olacaktır. Eğer bu değişiklikler geçmişe etkili ise tarafların hak ve borçları bundan etkilenir. Bu nedenle, taraflar sözleşmenin yapıldığı sırada yürürlükte olan hukuk kurallarının uygulanmasını istiyorlarsa sözleşmede açık olarak bunu belirtmelidirler. Diğer bir ifade ile, bu durumda uygulanacak hukuku sabitlemelidirler. Ancak, kamu düzenine ilişkin hükümler veya doğrudan uygulanan kurallar söz konusu ise tarafların bu yöndeki iradeleri dikkate alınmayacaktır⁹⁵⁰.

eee. Özel Sözleşme Türleri

İsviçre IPRG, bir takım sözleşme türleri (hizmet sözleşmesi) açısından hukuk seçimini bazı şartlara bağlayarak taraflara tanıdığı uygulanacak hukuku seçme serbestisini sınırlarken bazı sözleşme türleri (tüketici sözleşmesi) açısından da hukuk seçimini büsbütün yasaklamış bulunmaktadır⁹⁵¹.

ABD hukukunda, hukuk seçiminin zayıf tarafın menfaatlerini zedeleyecek şekilde güçlü taraf lehine kararlaştırılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, sigorta, tüketici ve iş sözleşmelerinde hukuk seçimi bazı sınırlamalara tâbidir⁹⁵².

b. Objektif Yöntem

Taraflarca hukuk seçiminin yapılmaması halinde uygulanacak hukukun objektif esaslara göre tespiti söz konusudur. Farazi iradenin belirlenmesinde karşılaşılan güçlükler ve bu görüşün dayandığı esaslara yapılan eleştiriler sonucunda, sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslardan hareket edilerek tespit edilmesi önerilmiştir. Bu görüşe göre, uygulanacak hukuk, taraf iradeleri dışında diğer menfaatler dikkate alınarak belirlenmektedir⁹⁵³.

Objektif yöntemde amaç, sözleşmeyi en sıkı ilişkide bulunduğu hukuka tâbi kılmaktır. En sıkı ilişkili hukuk, bazı hukuk sistemlerinde açıkça hükme bağlanmış bazılarında ise, bu ilişkiyi tesis edecek karineler veya bağlama noktaları yardımıyla en sıkı ilişkili hukuk objektif açıdan tespit edilmiştir⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 151; Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 48.

⁹⁵¹ Dessomentet/Stoffel, s. 311; Turhan, s. 129–131.

⁹⁵² Scoles v.d., s. 954, s. 962–963, s. 966; Siegel/Bochers, s. 206–207.

⁹⁵³ Tekinalp, Gülören, “Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, **E. E. Hırş’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1986, s. 445–446.

⁹⁵⁴ Özel, **Nomer Armağan**, s. 579–580.

En sıkı ilişkili hukuku tespitte karakteristik edim kavramı karine olarak kullanılmaktadır. Karakteristik edimin tespiti tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir sorun doğurmaz iken iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde güçlükler ortaya çıkmaktadır. Bu durumda belirleyici ölçüt paranın karşısındaki edim olmaktadır. Karakteristik edimde, her somut sözleşme için karakteristik edimin tespitinden ziyade önceden belirlenmiş türlü kategori sözleşmeler için o kategoriye özgü karakteristik edimlerin tespiti yoluna gidilmektedir⁹⁵⁵.

MÖHUK m. 24 (4) uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde⁹⁵⁶ sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en yakın ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî ve veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde ikametgâh hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en yakın ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak, halin tüm şartlarına göre sözleşmeyle daha yakın ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

MÖHUK’da taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Özellikle, iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerinde kamu menfaatine öncelik tanımak ve zayıf tarafı korumak esas olduğundan bu ve benzeri sözleşmelerin ayrıca düzenlenmesi gereği duyulmuştur⁹⁵⁷.

İsviçre IPRG m. 117 (b) (1) uyarınca, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda objektif bağlama kuralı olarak en yakın ilişkili olunan hukuk kabul edilirken, m. 117 (b) (2) hükmünde en yakın ilişkinin belirlenmesinde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni dikkate alınmıştır. Karakteristik edim borçlusunun meslekî veya ticarî bir faaliyetinin icrası ile ilgili bir sözleşmenin olması durumunda ise, iş merkezinin bulunduğu yer hukuku dikkate alınmaktadır.

⁹⁵⁵ Özel, **Nomer Armağan**, s. 583.

⁹⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**.

⁹⁵⁷ Geniş bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, s. 330–344.

İsviçre IPRG m. 117 (b) (3) hükmünde, belirli sözleşme kategorileri için karakteristik edimin hangi tarafın edimi olacağı açıklanmıştır. Buna göre: i) Mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmelerde devredenin edimi. ii) Bir şeyin veya bir hakkın kullanımını amaçlayan sözleşmelerde kullandırmanın edimi. iii) Vekâlet, iş ve benzer hizmet sözleşmelerinde icra edilen hizmet. iv) Muhafaza sözleşmelerinde muhafaza edenin edimi. v) Garanti veya kefalet sözleşmelerinde garanti veren veya kefilin edimi, karakteristik edim olarak varsayılacaktır. İsviçre düzenlemesi, karakteristik edimin tespitinde paranın özel bir anlamı olmadığını vurgulamaktadır. İsviçre hukukunda, iki edimin de karakteristik olduğu durumlarda veya karakteristik edimin tespit edilebilmesine rağmen başka bir hukukun daha sıkı ilişki tesis ettiği durumlarda, türlü kriterler yardımıyla yapılan değerlendirme sonucu bulunan daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması kabul edilmektedir⁹⁵⁸.

İsviçre hukukunda, menkul malların satımı sözleşmeleri, IPRG m. 118’de özel olarak düzenlenmiş ve Menkul Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 15.06.1955 tarihli Lahey Konvansiyonu (Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods)⁹⁵⁹,na tâbi kılınmıştır. Yine IPRG m. 119, taşınmaz veya onun kullanımı ile ilgili sözleşmeler için ayrı bir düzenleme yaparak taşınmazın bulunduğu yer hukukunu esas almıştır. IPRG m. 122 ise, fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili özel bir düzenleme getirmiş ve ilgili sözleşmeleri fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devredenın mutad meskeni hukukuna tâbi kılmıştır. IPRG m. 120–121, tüketici ve iş sözleşmeleri için özel hükümler getirmiştir.

Roma I Tüzüğü m. 4 (2) uyarınca, taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanır. Roma I Tüzüğü m. 4 (3) uyarınca, sözleşme şartlarının değerlendirilmesi sonucunda bir başka hukuk ile daha yakın bir ilgisi olduğunun anlaşılması durumunda bu hukuk uygulanacaktır. Aynı şekilde, m. 4 (4) uyarınca, m. 4 (1) – (2) hükmü kapsamında uygulanacak hukuk tespit edilemez ise, daha yakın ilişkili hukuk uygulanacaktır. Roma I Tüzüğü’nde de belirli taşıma sözleşmeleri, tüketici

⁹⁵⁸ Turhan, s. 137.

⁹⁵⁹ Konvansiyon metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31 (10.01.2010).

sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri ve bireysel iş sözleşmeleri ayrı başlık altında düzenlenmiştir.

ABD CoL II bölüm 188/1’de, tarafların hukuk seçmemeleri halinde sözleşmenin en sıkı ilişkili ülke hukukuna tâbi olacağı kural olarak belirlenmiştir. İngiliz hukukunda da, aynı görüş benimsenmektedir⁹⁶⁰.

3. Kapsam

MÖHUK uyarınca tespit edilen sözleşmeye uygulanacak hukuk; sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine veya hükümlerinden birinin mevcudiyetine ve geçerliliğine, sözleşmenin ifasındaki bozukluklara, sözleşme görüşmelerinden ifaya kadar sözleşmenin yerine getirilme şartlarına hâkimdir⁹⁶¹.

Roma I Tüzüğü m. 12 (1) uyarınca; sözleşmenin yorumu, ifası, yükümlülüklerin ihlalinin sonuçları, bazı yükümlülüklerin sona erdirilmesi ve bir takım edimlerin icrasının öngörülmesi ve sınırlandırılması, sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçları gibi konular uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmelidir. Roma I Tüzüğü m. 10 uyarınca, bir sözleşmenin veya sözleşme hükmünün varlığı ve geçerliliğinin tespiti, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yapılır.

ABD hukukunda, sözleşmenin geçerliliği, ifası ve ihlalinin sonuçları sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbidir. Ehliyet ve şeklen geçerlilik, tartışmalı olmakla beraber sözleşmenin geçerliliği konusu kapsamında, aynen, sözleşmeye uygulanacak hukuka kılınabilmektedir⁹⁶².

MÖHUK m. 32 (1) uyarınca, “Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir”.

⁹⁶⁰ O’Brien, s. 312.

⁹⁶¹ Nomer/Şanlı, s. 326.

⁹⁶² Scoles v.d., s. 955; Siegel/Borchers, s. 207.

4. Kapsam Dışı Konular

a. Genel Olarak

MÖHUK uyarınca, tarafların ehliyeti, sözleşmenin şekli ve temsil ilişkisi sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamı dışında değerlendirilmektedir.

Tespit edilen yetkili kanun, borçlandırııcı işlemin yalnız hükümlerine ait konulara mı hâkim olmalı yoksa ehliyet ve şekil meselerini de mi kapsamalıdır? İsviçre-Türk hukukunda, sözleşme veya işlemin her unsurunun kendi tâbi olduğu kanuna tâbi olması esası benimsenmiştir. Genel olarak, sözleşmeye ehliyet, kişisel statüye, sözleşmenin şekli ise, yapıldığı yer hukukuna tâbidir⁹⁶³. Anglo-Amerikan hukuku ise, ehliyet, şekil ve sözleşmenin hükümlerinin tek bir kanuna tâbi olmasına taraftar gözükmektedir⁹⁶⁴. Türk hukukunda da, bu doğrultuda görüşler mevcuttur⁹⁶⁵.

İsviçre hukukunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk, birçok konuyu kapsamakla beraber bazı hususlar hariç bırakılmıştır. Sözleşmenin şekli ve tarafların ehliyeti bunların başlıcalarıdır.

İngiliz hukukunda, hukuk seçimi söz konusu olsa dahi mahkemelerde uygulanacak usul kuralları (procedure) lex fori'ye tâbidir. Bu nedenle, tazminat miktarı, delil vasıtaları vesair dava yöntemleri, lex fori'nin usul hukukuna göre belirlenmektedir⁹⁶⁶. Tazminat miktarından farklı olarak, zararda illiyet bağının tespitinde lex causae uyarınca belirlenen maddî hukuk uygulanacaktır⁹⁶⁷. Aynı şekilde, ABD hukukunda taraflar, hak ve yükümlülüklerinin geçerliliği, kapsamı veya icrasına ilişkin maddî hukuk kurallarını (substance) belirleyebilirler, mahkemenin uygulayacağı usul hukuku kuralları ise, lex fori tarafından belirlenir⁹⁶⁸.

Tarafların irade beyanlarının geçerliliği genellikle sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olmakla beraber birçok hukuk düzeninde taraf sözleşme iradesinin bu

⁹⁶³ Çelikel, s. 106–107.

⁹⁶⁴ Clarkson/Hill, s. 211; Scoles v.d., s. 955.

⁹⁶⁵ Çelikel, s. 108–109.

⁹⁶⁶ Clarkson/Hill, s. 466; Collier, s. 11, s. 60; Collins v.d., s. 177; http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_en.htm#III.1. (10.01.2010); North/Fawcett, s. 80; O'Brien, s. 113.

⁹⁶⁷ Briggs, s. 37; Clarkson/Hill, s. 468; North/Fawcett, s. 98–100; O'Brien, s. 124–126.

⁹⁶⁸ Scoles v.d., s. 128; Siegel/Borchers, s. 6.

hukuka göre tespiti makul değil ise ilgilinin kişisel statüsüne göre tespiti kabul edilmiştir⁹⁶⁹. MÖHUK m. 32 (2) hükmü, genel kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre, “Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır”. İsviçre hukukunda, aynı şekilde, IPRG m. 123 hükmü uyarınca, icaba muhatab olanın susmasının hukukî sonuçları, muhatabın mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Roma I Tüzüğü’ne göre, tarafların sözleşme iradesinin sözleşme statüsüne göre tespiti makul değil ise, ilgilinin ikametgâh hukukuna göre de tespit edilebilmektedir.

b. Tarafların Ehliyeti

Milletlerarası karakterli sözleşmelerde, tarafların sözleşme yapma ve sözleşmelerden doğan hak ve borçlara ehil olma ehliyetlerini tâbi oldukları hukuk sistemine göre değerlendirmek daha doğrudur. Taraflar, sözleşmeye uygulanmak üzere alışık oldukları veya uygun buldukları bir hukuk sistemini seçmek suretiyle ehliyete ilişkin ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları önleyemezler. Kural olarak, milletlerarası hukuk sistemlerinde sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, tarafların hak ve fiil ehliyetine uygulanmamaktadır⁹⁷⁰. Anglo-Amerikan hukuku ise, ehliyetin sözleşme statüsüne tâbi kılınmasına taraftar gözükmektedir⁹⁷¹.

MÖHUK m. 9 (1) hükmü uyarınca, “Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir”. MÖHUK m. 9 (2) hükmü uyarınca, “Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan kişi işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır”. MÖHUK m. 9 (4) hükmü uyarınca, “Tüzel kişilerin veya kişi ve mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, esas sözleşmelerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak, fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir”.

İsviçre IPRG m. 34 (II) (1) uyarınca, hak ehliyeti İsviçre hukukuna tâbidir. Dipper taraftan, m. 34 (II) (2) uyarınca, hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesine

⁹⁶⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Kapsam, s. 228 vd.

⁹⁷⁰ Şanlı, *Uyuşmazlık Çözümü*, s. 14.

⁹⁷¹ Clarkson/Hill, s. 211; Scoles v.d., s. 955.

ilişkin hususlar, ehliyetin varolduğunu farz eden hukukî ilişkiye uygulanacak hukuka tâbidir. IPRG m. 35 uyarınca, fiil ehliyeti ikametgâh hukukuna tâbidir. İkametgâh hukukuna göre kazanılan bu ehliyet, sonradan ikametgâhın değişmesi ile kaybedilmez.

Roma I Tüzüğü, gerçek kişilerin ehliyetini sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakmakla beraber m. 13 uyarınca, aynı ülkede hazırlar arasında yapılan bir sözleşmede bu ülke hukukuna göre ehliyetli taraf, kişisel statüsüne göre ehliyetsiz olduğunu ancak karşı taraf sözleşmenin akdi esnasında bu durumu biliyorsa veya bilmemesi ihmalden kaynaklanıyorsa ileri sürebilmektedir.

c. Sözleşmenin Şekli

MÖHUK m. 7 uyarınca, “Hukukî işlemler yapıldıkları ülke hukukunun veya o işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir”. Bununla beraber, bazen ifa yeri hukukunda öngörülen şekil, tamamen kamu düzeninin korunmasına hizmet edebilir ve farklı yöndeki düzenlemeler geçerli sayılmayabilir⁹⁷².

İsviçre IPRG m. 124 (b) (1) uyarınca, sözleşme, sözleşmeye uygulanacak hukuk veya inikat yeri hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılırsa şekil açısından geçerli olacaktır. IPRG m. 124 (b) (2) uyarınca, sözleşme farklı ülkelerdeki kişiler arasında yapılmışsa, şeklen bu ülkelerden birinin hukukuna uygun biçimde akdedilmesi yeterlidir. IPRG m. 124 (b) (3) uyarınca, tarafları korumak amacıyla uygulanacak hukuk özel bir şekil öngörmüşse ve başka bir hukukun uygulanmasını yasaklamışsa, sözleşmenin şeklen geçerliliği münhasıran uygulanacak hukuka göre tespit edilir. IPRG m. 125 uyarınca, ifanın tarzı ve ifanın bu tarza uygun olarak yapılıp yapılmadığı, ifa yeri hukukuna tâbidir. Bu kapsamda, teslim veya ödemenin yapılacağı günler, saatler, süreler, malın teslim olunmaması halinde yapılacak işlemlerin neler olduğu, malın muayenesi, tartılması gibi konularda ifa yeri hukuku yetkili olacaktır.

İngiliz hukukunda, Roma I Tüzüğü m. 11 (1) hükmünde belirtildiği gibi sözleşmenin şeklen geçerliliği, alternatif olarak yapıldığı yer hukukuna veya

⁹⁷² Şanlı, *Uyuşmazlık Çözümü*, s. 22.

sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbidir⁹⁷³. ABD hukukunda, sözleşmenin şekil şartlarının kural olarak sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olması kabul edilmektedir⁹⁷⁴.

Roma I Tüzüğü m. 11 (1) uyarınca, sözleşmenin şeklen geçerliliği, tarafların sözleşmenin imzası anında aynı ülkede bulunmaları kaydıyla yapıldığı ülke hukukuna veya o sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukuka tâbidir. Yine m. 11 (2) uyarınca, tarafların sözleşmenin imzası esnasında farklı ülkelerde bulunması halinde ilgili sözleşmenin şeklen geçerliliği, sözleşmenin yapılması anında tarafların bulunduğu ülke veya ikametgâh hukukları veya o sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukuka tâbidir.

Şekil meselesinin hangi hukuka tâbi olacağı konusunda, hangi hususların şekil, hangi hususların esasa ait olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, bir uyuşmazlık çıktığı takdirde esas işlemin tâbi olduğu hukuka göre karar verilmelidir⁹⁷⁵.

d. Temsil İlişkisi

MÖHUK m. 30 (1) uyarınca, “Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir”. MÖHUK m. 30 (2) uyarınca, “Temsilcinin bir fiilin temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır”. MÖHUK m. 30/3 uyarınca, “Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir”.

İsviçre IPRG m. 126 uyarınca, eğer temsil bir sözleşmeye dayanıyorsa temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişki, bu sözleşmeyi idare eden hukuka tâbidir. Temsilcinin fiil ve işlemlerinin temsil olunanı üçüncü kişilere karşı bağlayıp

⁹⁷³ Clarkson/Hill, s. 209; Collier, s. 11, s. 254-255; Collins v.d., s. 1605.

⁹⁷⁴ Scoles v.d., s. 955

⁹⁷⁵ Çelikel, s. 111-112.

bağlamadığı, temsilcinin iş merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre, eğer temsilcinin iş merkezi yoksa veya üçüncü kişiler tarafından tayin edilemiyorsa, temsilcinin fiil ve işlemlerini tamamladığı yer hukukuna göre belirlenecektir. Temsilci, temsil olunana bir hizmet sözleşmesi ile bağlı ise ve kendisinin bir ticarî işletmesi yoksa temsil olunanın işletmesinin bulunduğu yer, temsilcinin ticarî işletmesinin bulunduğu yer olarak kabul edilecektir⁹⁷⁶.

B. Hisse Devir Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

Öngörüşmelerin başarıyla tamamlanması halinde başta hisse taahhüdü sözleşmesi ve hisse devir sözleşmesi olmak üzere, devir ile ilgili borçlandırıci sözleşmelerin imzalanması ve bu kapsamda, özellikle uygulanacak hukuk ile yetkili mahkemenin seçimi gündeme gelmektedir. İkinci bölümde, hisse devriyle ilgili sözleşmeler; hisseyle ilgili sözleşmeler, ortaklıkla ilgili sözleşmeler, teminat sözleşmeleri ve hisse devriyle ilgili diğer sözleşmeler olmak üzere dört ana başlık altında incelenmiştir. Buna paralel olarak, bu bölümde, uygulanacak hukuku her bir sözleşme türü için ayrı ayrı incelemekte fayda görmekteyiz.

Hisse devri sözleşmelerinin kurulması aşamasından evvel sözleşme görüşmeleri aşamasında gündeme gelen niyet mektubuna uygulanacak hukuk, esasen, öngörüşmeler aşamasında uygulanacak hukuk başlığı altında incelenmiştir. Fakat, çoğu zaman münhasırlık ve gizlilik hükmünü içermekte olan niyet mektubu bazen iki taraflı sözleşme niteliğine bürünebilmektedir. Bu tür niyet mektubunun sözleşmesel nitelik taşımasından dolayı bu bölüm altında ele alınmasında fayda vardır.

2. Niyet Mektubuna Uygulanacak Hukuk

Öngörüşmeler aşamasında hazırlanan niyet mektubunun hukukî niteliği tartışmalıdır. Kanımızca, niyet mektubu ve ortaklık incelemesi sözleşmesel nitelik taşımakta olduğundan burada tekrar ele almakta fayda görmekteyiz.

⁹⁷⁶ Turhan, s. 140–141.

Kanımızca, niyet mektubunun bir sözleşme olarak değerlendirilmesi ve uygulanacak hukukun da bu doğrultuda tespit edilmesi daha uygundur. Şöyle ki; niyet mektubu, esasen gönderen tarafından hazırlanmakta ve onun tek taraflı irade beyanını içermektedir. Niyet mektubunda, gönderen, uygulanacak hukuk da dâhil olmak üzere devirle ilgili birçok konuyu taslak halinde düzenleme amacındadır. Muhatabın, niyet mektubunu kabulü halinde taraflar arasında bir anlaşma yapıldığı çok açıktır.

İster tek taraflı olarak kabul edilsin ister iki taraflı bir sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilsin niyet mektuplarında gönderen tarafından hukuk seçimine yer verilebileceği apaçıktır. Bu durumda, diyebiliriz ki; milletlerarası niteliği haiz niyet mektuplarında taraflar, ilişkilerinde geçerli olmasını istedikleri hukuk rejiminin seçimini sözleşmeyle hükme bağlamakta serbesttirler. Tarafların, bir hukuk seçiminde bulunmamış olmaları halinde ise, niyet mektubu, ister taraflar arasında asıl sözleşmesinin yapılmasına ilişkin bir anlaşma niteliğinde olsun ister ön sözleşme veya opsiyon sözleşmesi niteliğinde olsun uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarından hareketle tespit edilecektir.

Objektif yöntemde amaç, sözleşmeyi en sıkı ilişkide bulunduğu hukuka tâbi kılmaktır. En sıkı ilişkili hukuk, bazı hukuk sistemlerinde açıkça hükme bağlanmış bazılarında ise, bu ilişkiyi tesis edecek karineler veya bağlama noktaları yardımıyla en sıkı ilişkili hukuk objektif açıdan tespit edilmiştir⁹⁷⁷. En sıkı ilişkili hukuku tespitte karakteristik edim kavramı karine olarak kullanılmaktadır. Karakteristik edimin tespiti tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir sorun doğurmaz iken iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde güçlükler ortaya çıkmaktadır. Bu durumda belirleyici ölçüt paranın karşısındaki edim olmaktadır.

Niyet mektubu, sözleşme görüşmeleri aşamasında iki tarafa da borç yükleyen bir hukukî metindir. Burada, iki taraf da, asıl sözleşmelerin kurulması için gerekli olan hazırlık edimlerinin gerçekleştirilmesini amaçlamakta ve bu doğrultuda, dürüst bir tacirden beklenen önlemleri almakla yükümlü kılınmaktadırlar. Bu tür hazırlık aşamasına ilişkin edimler, esasında muhatabın kendiliğinden alması gereken önlemlerdir. Ancak, niyet mektubunda, çeşidi ve kapsamı itibariyle dürüst bir tacirin

⁹⁷⁷ Özel, **Nomer Armağan**, s. 579–580.

alması gereken önlemlerin ötesinde hak ve yükümlülükler öngörülmesi halinde bu tür önlemlerin gönderen mi yoksa muhatap tarafça mı alınacağını ticarî hayat ve güven prensibi çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Niyet mektubunda, asıl sözleşmenin hazırlık aşamasına ilişkin edimlere karşılık bir bedel ödenmesi öngörülebilmektedir. Hazırlık edimlerinin esasen muhatap tarafından gerçekleştirileceği ve bu edimlere karşılık gönderen tarafından bir ücret ödenmesi gerekebileceği hususlarından yola çıkarak niyet mektuplarında, karakteristik edim borçlusunun muhatap olduğunu söylemek mümkündür.

MÖHUK m. 24 (4) uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde⁹⁷⁸ sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en yakın ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde ikametgâh hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en yakın ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak, halin tüm şartlarına göre sözleşmeyle daha yakın ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur. Buna göre, Türk hukukunda, tarafların hukuk seçiminde bulunmamış olması halinde niyet mektubuna uygulanacak hukuk, muhatabın mutad meskeninin, işyerinin veya ikametgâhının bulunduğu yer hukuk diyebiliriz.

3. Hisseyle İlgili Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Bir hukukî ilişki, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçları ile ilgili olduğu için akdî olarak vasıflandırılarak sözleşmenin tâbi olduğu kanuna tbi tutulabildiği gibi mallar üzerinde doğrudan doğruya hükmetmek yetkisini veren bir takım haklar doğurmaları sebebiyle söz konusu hakkın tâbi olduğu herhangi bir kanuna da tâbi tutulabilmektedir⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ Geniş bilgi için bkz. Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 3 vd.

⁹⁷⁹ Çelikel, s. 2; Ooi, s. 158; Scoles v.d., s. 1101.

Hisse devir sözleşmelerini⁹⁸⁰ bu doğrultuda incelediğimizde, iki farklı yönünün olduğunu ve bu nedenle, iki farklı hukukun uygulanmasının söz konusu olabildiğini görmekteyiz: i) Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki,sözleşme serbestîsi kapsamında hisse devir sözleşmesine uygulanmak üzere taraflarca seçilen veya objektif olarak belirlenen hukuka tâbidir. ii) Hisse sahipliğinden kaynaklanan hakların ortaklığa ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve hak sahipliğini ilgilendiren diğer konular, hakkın tâbi olduğu hukuka tâbidir. Bu konular, taraflarca düzenlenememekte olup üzerinde hukuk seçimi yapılamamaktadır.

Hisse devir sözleşmesinde taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk belirlenmemişse, objektif esaslardan hareketle uygulanacak hukuk belirlenebilmektedir. Objektif yönüme göre uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle en yakın ilişkili hukuka bağladığı farzedilen karakteristik edim esas alınmakta ve karakteristik edimin para edimi dışındaki edim olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, hisse devir sözleşmelerinde karakteristik edim, devreden ortağın edimidir. Ancak, objektif esaslara göre, daha yakın ilişkili bir hukukun tespiti halinde bu hukuk uygulanmalıdır. Hisse devirlerinde, devreden ortağın mutad mesken hukukundan ziyade hisseleri tamamen veya kısmen devredilen hedef ortaklığın tâbi olduğu hukukun daha yakın ilişki oluşturduğu kanaatinde olduğumuzdan dolayı bu hukukun uygulanmasını tercih etmekteyiz. Bu şekilde, hisse devirlerinde, gerek tarafların birbirlerine karşı hak ve sorumluluklarında gerekse hisse devirlerine ilişkin diğer meselelerde sözleşmeye tek bir hukukun uygulanması mümkün olabilecektir. Nitekim, İsviçre hukukunda, bu şekilde bir düzenleme öngörülmüştür.

Taraflar hisse devir sözleşmesini hukuk seçimi dâhil olmak üzere serbestçe düzenleyebilmekle beraber ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerini göz ardı etmemelidirler. Örneğin, hisse devir sözleşmesinin şekli, hisse devrinin tamamlanması için gerekli formaliteler, genellikle, ortaklık statüsüne göre tespit edilen hukukun ilgili emredici hükümlerine tâbi olup taraflarca aksi düzenlenemeyecek konulardır.

⁹⁸⁰ Bu bölümdeki hisse devir sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkındaki açıklamalarımız aynen hisse taahhüdü sözleşmeleri için de geçerlidir.

İsviçre IPRG’de; birleşme, bölünme ve malvarlığının devri sözleşmelerine uygulanacak hukuk, ayrı kanunlar ihtilafı kuralı ile düzenlenmiştir. IPRG m. 163c uyarınca; birleşme sözleşmesi, şekle ilişkin hükümleri de dâhil olmak üzere, birleşen ortaklıklara uygulanan ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine uymak zorundadır. Bunun dışında, sözleşme serbestîsi prensibi kapsamında taraf iradelerine tâbi olan konularda tarafların seçtiği hukuk uygulanacaktır. Taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olması durumunda, birleşme sözleşmesi, en yakın ilişkide olduğu ülkenin hukukuna tâbi olacaktır. En yakın ilişkinin, hedef ortaklığın tâbi olduğu hukuk düzenine sahip olan ülkeyle mevcut olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce, bu düzenleme aynı şekilde hisse devirleri için de uygulanabilmelidir.

MÖHUK’ta özellik gösteren bazı sözleşmelere ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Örneğin, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerle ilgili olarak ayrı bağlama kuralları öngörülmüştür. Ancak, hisse devir sözleşmesi ile ilgili ayrı bir hüküm yer almamıştır.

Türk hukukunda, hisse devir sözleşmesinin ortaklıklar hukukuna ilişkin yönü, sözleşmenin taraflarının sözleşme serbestîsi kapsamında serbestçe sözleşme şartlarını belirlemelerinde bir sınır oluşturmaktadır. Bu nedenle, hisse devir sözleşmesinin, özellikle ortaklıklar hukukunu ilgilendiren kısımlarının hazırlanması, kapsamı, hüküm ve sonuçları gibi konularda, MÖHUK m. 9 (4) hükmünde yer alan ortaklıklara uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirme yapılmalı ve esas sözleşmedeki idare merkezi hukuku uygulanmalıdır. Hisse devir sözleşmesinin, sözleşmeler hukukuna ilişkin kısmı ise, MÖHUK m. 24 kapsamında tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi yapılmamış ise en yakın ilişkili hukuka tâbi olacaktır.

İngiliz hukukunda, sözleşmesel meselelere, Roma I Tüzüğü uygulanmaktadır. Roma I Tüzüğü m. 14 (1) uyarınca, devreden ile devralan arasındaki karşılıklı yükümlülükler, bunlar arasındaki devir sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbidir. Roma I Tüzüğü m. 14 (2) uyarınca, devir konusu hakkın tâbi olduğu hukuk; hakkın devredilebilirliğini, asıl borçlu ile olan ilişkiyi, asıl borçluya karşı hakkın ileri sürülme şartlarını ve asıl borçlunun ibrasını düzenlemektedir. Buna göre, gayri maddî malın

devrinin eşya hukukuna ilişkin yönü iki farklı hukuk tarafından düzenlenmektedir⁹⁸¹: i) Borcun asıl borçluya karşı ileri sürülebilmesi ve kimin borçlu olduğunun tespitine, hakkı doğuran hukuk uygulanır. ii) Devralanın alacağa hak kazanıp kazanmadığının tespiti ve devredene karşı hakkının ileri sürülmesi ise, tarafları ilgilendiren konular olduğundan dolayı devre uygulanacak hukuka (proper law of the assignment) tâbidir.

İngiliz hukukunda, hisse devirleri, Roma I Tüzüğü m. 1 (2) (f) hükmü uyarınca, Tüzüğün kapsamı dışında değerlendirilmiştir. Burada, Roma I Tüzüğü m. 14 hükmünün hisse devri gibi karmaşık bir yapının devrinde yeterli olamayacağı tartışmalarına dayanılmaktadır. Diğer taraftan, hisse devir sözleşmelerinde tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri için Roma I Tüzüğü uygulanabilmelidir. Bu durumda, taraflarca aralarındaki hak ve sorumluluklar hakkında serbestçe hukuk seçimi yapılabilir. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış ise, en yakın ilişkili hukuk olması itibariyle hedef ortaklığın kuruluş yeri hukukunun uygulanması gerektiği çoğunluk tarafından kabul görmektedir. Fakat, bu şekilde tespit edilen hukuk, 3. kişilere tesir edemez⁹⁸². Dolaylı saklama sisteminde, genel kurala istisna getirilmiştir. Aracı kurumlarda kayıtlı hisselerin devrinde hisse sahipliği, hakkın tâbi olduğu hukuka değil öncelikle taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen hukuka tâbi kılınmıştır⁹⁸³.

UCC sadece ABD’de geçerli olmakla beraber kanunlar ihtilafı alanında Avrupa ve uluslararası çaptaki hukukî reformlara önemli derecede etki etmiştir⁹⁸⁴. UCC bölüm 1–105 uyarınca, devir, devreden ve devralan arasındaki bir rızai sözleşme olup geçerliliği sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbidir. Taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme serbestisine sahiptir. Diğer taraftan, bazı görüşlerce, üçüncü kişileri ilgilendiren konuların tarafların kontrolüne bırakılmaması gerektiği savunulmaktadır⁹⁸⁵.

ABD hukukunda, hisse devirleri özellik arz ettiğinden ayrıca düzenlenmiştir⁹⁸⁶. Dolaylı saklama sistemi ile ilgili olarak düzenlenen UCC m. 8–110 (e) (1) hükmüne

⁹⁸¹ Ooi, s. 143.

⁹⁸² Briggs, s. 229-230; Collins v.d., s. 1185; Johnson, s. 6, s. 8; Goode, s. 49; Ooi, s 40-41.

⁹⁸³ Geniş bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, Hisse Devrine Uygulanacak Hukuk, s. 190 vd.

⁹⁸⁴ Ooi, s. 215.

⁹⁸⁵ Kay, s. 511; Scoles, v.d., s. 1103-1104.

⁹⁸⁶ Scoles v.d., s. 1107-1108.

göre, taraflar arasındaki ve taraflar ile üçüncü kişiler arasındaki hisse sahipliğine ilişkin uyuşmazlıklar, tarafların seçtiği hukuka tâbidir. Burada, üçüncü kişilerin, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi düzenleyen hukukla bağlı olmalarına muhalefet edilmektedir. Aynı şekilde, Lahey Konvansiyonu m. 4 (1) hükmü ile taraflara hisse devirlerine uygulanacak hukuku seçme konusunda serbesti tanınmıştır. Diğer taraftan, benzer endişeyi ortadan kaldırmak için, aynı hükümde, seçilen hukukun ilgili aracı kurumla ilişkili olması gereği öngörülmüştür⁹⁸⁷.

Özetle diyebiliriz ki; ABD hukuku dışında, tüm hukuk sistemlerinde benzer şekilde hisse devirlerine iki farklı hukuk uygulanmaktadır. Buna göre, taraflar, aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku sözleşme serbestisi kapsamında belirleyebilmektedirler. Fakat, hisse devirlerinin ortaklıklar hukukuna ilişkin yönü, örneğin, hak sahipliğinin ortaklığa karşı ileri sürülmesi, hisse devrinin nasıl gerçekleştirileceği, hisse devrinin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi ve hak sahipliği ile ortaklıklar hukukunu ilgilendiren benzeri konular, hakkın tâbi olduğu hukuka tâbidir, tarafların anlaşmasıyla bu hukuk değiştirilememektedir.

4. Ortaklıkla İlgili Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Ortaklar sözleşmesi ve ortaklık esas sözleşmesi, ortaklıklar hukukuna ilişkin sözleşmeler olduklarından dolayı esas olarak hedef ortaklığın tâbi olduğu hukuka tâbi olmalıdırlar⁹⁸⁸.

ATA'nın lafzından kuruluş yeri kriterinin kabul gördüğü ve gerçek idare merkezi kriterinin yerleşim serbestisine aykırılığı anlaşılmakla beraber ortaklıkların esas sözleşmelerinde ortaklığa uygulanacak hukuku seçebileceklerine ilişkin herhangi bir ipuçtu edinilememektedir. ATM'nin yerleşim serbestisine ilişkin kararlarından⁹⁸⁹ anlaşılması gereken, bir üye ülke ortaklığının diğer bir üye ülkede faaliyette bulunma serbestisi olup bu serbesti söz konusu ortaklığa uygulanacak hukukun ortaklıkça belirlenebileceği anlamına gelmemelidir. Aksi görüş, ATM'nin temel özgürlüklerin üye

⁹⁸⁷ Ooi, s. 136–137.

⁹⁸⁸ Collins v.d., s. 1350.

⁹⁸⁹ C–212/97 Centros Ltd. v. Erhvers-og Selskabsstyrelsen (1999) ECR I–1459, (1999) 2 C.M.L.R. 551, 584 (1999), C–208/00 Überseering BV v. Nordic Construction Company Buamanagement GmbH (2002) ECR I–9919 için ayrıca bkz. <http://curia.europa.eu> (10.01.2010)

ülkenin iç düzenini ilgilendiren meselelere uygulanamayacağına ilişkin kararlarıyla⁹⁹⁰ çelişmektedir⁹⁹¹. Amerikan mahkemelerinin görüşü benzer yöndedir⁹⁹². Şöyle ki; ortaklık, kuruluş yeri kanunu tarafından varlık kazandırılmış bir tüzel kişilik olup bu nedenle, ancak bu kanuna tâbi olarak faaliyet gösterebilir. Ortaklık esas sözleşmesinde yer verilmesi gerekli şartlar bu kanuna aykırı olmamalıdır. Buna rağmen, tarafların esas sözleşmede kuruluş yerinden farklı bir hukuku kararlaştırabilmelerine engel olunamamakla beraber böyle bir hukuk seçimini içeren esas sözleşmenin tescili mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, uygulamada, sözleşmeler hukukundan farklı olarak ortaklıklar hukukunda hukuk seçimine gidilmemektedir⁹⁹³.

Türk hukukunda, ortaklık esas sözleşmesi, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine tâbidir. Diğer taraftan, taraflar, yabancılik unsuru taşıyan bir ortaklar sözleşmesini yabancı hukuka tâbi tutabilecekleri gibi buna yetkili mahkeme veya tahkim şartı ekleyebilmektedirler. Böyle bir durumda hem yargı yerinin belirlenmesi hem de uygulanacak hukuk ile ilgili çözümü çok güç uyuşmazlıklar ortaya çıkabilecektir⁹⁹⁴. Kanaatimizce, ortaklar sözleşmesi ve ortaklık esas sözleşmesinin birbirini tamamlayıcı ve ayrılmaz bir bütün oluşturmasından dolayı her iki sözleşmeye de aynı hukukun uygulanması tercih edilmelidir. Bu hukuk da, Türk hukukunda kabul edildiği üzere ortaklığın tâbi olduğu hukuktur.

5. Hisse Devriyle İlgili Teminat Sözleşmelerine ve Diğer Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Hisse devrine ilişkin olarak teminat amaçlı akdedilen opsiyon sözleşmesi, yediemin sözleşmesi ve banka teminat mektubunda taraflarca uygulanacak hukuk tespit edilmemiş ise MÖHUK m. 24 kapsamında karakteristik edim borçlusu tespit edilip

⁹⁹⁰ C-20/87 Ministère Public v. André Gauchard (1987) ECR 4879, (1989) 2 CMLR 489, 500-501 (1989), C-204/87 Criminal Proceedings against Guy Bekaert (1988) ECR 2029, (1988) 2 CMLR 655, 660 (1988), C-298/84, Paolo Iorio v. Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato (1986) ECR 247, (1986) 3 CMLR 665, 671 (1986) için bkz. <http://curia.europa.eu> (10.01.2010).

⁹⁹¹ Dammann, **Free Choice 1**, s. 76-83; Geniş bilgi için bkz. Dammann, J. C., "The US Concept of Granting Corporations Free Choice Among State Corporate Law Regimes as a Model for the European Community" ("**Free Choice 2**"), s. 1-118, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=418660 (10.01.2010).

⁹⁹² American Fibre Chair Seat Corp., 193 N.E. 253, 255 [N.Y. 1934]; Helene A. Schack, Petitioner, Crown Heights Hospital, Inc., et al., Respondents, 49 N.Y.S.2d 658, 660 [N.Y. Supr. Court 1944] dava metinleri için bkz. <http://www.lexisnexis.com> (10.01.2010).

⁹⁹³ Dammann, **Free Choice 1**, s. 83-86.

⁹⁹⁴ Esin/Lokmanhekim, s. 69.

uygulanacak hukuku belirleme yoluna gidilmelidir. Ek hisse alım opsiyonu sözleşmesi ve teknik bilgi sözleşmesi başta olmak üzere, hisse devriyle ilgili olarak akdedilmesi öngörülen diğer tüm yan sözleşmelere uygulanacak hukuk da işbu genel hükümlere tâbidir.

Devralmalar kapsamında imzalanan banka teminat mektuplarında, banka ile muhatabın uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilmeleri mümkündür. Buna rağmen, tarafların banka teminat mektuplarına uygulanacak hukuku tespit ettikleri nadiren görülmektedir⁹⁹⁵. Taraflar, kendi iradeleri ile teminat mektubuna uygulanacak hukuku tespit etmemişlerse objektif bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespiti yoluna gidilecektir. Banka ile muhatap arasındaki teminat mektubu sözleşmesinde bankanın edimi karakteristik edimdir⁹⁹⁶. MTO tarafından düzenlenmiş olan Talep Garantilerine İlişkin Yeknesak Kurallar'a göre, garanti edenin faaliyette bulunduğu yer hukuku objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir. Garanti veren birden fazla işlem merkezine sahip ise, garantinin veya kontragarantinin düzenlendiği yer objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir. Türk bankasının muhataba doğrudan teminat mektubu vermesi halinde objektif esaslardan hareketle uygulanacak hukuk Türk hukukudur. Yabancı banka tarafından teminat mektubu verilmesi veya dolaylı teminat mektubu temin edilmesi halinde ise muhataba teminat mektubunu veren garantör yabancı bankanın işyeri hukuku uygulanmalıdır.

Yediemin sözleşmesinde, karakteristik edim borçlusu, genel kurala binaen para edimi borçlusunun karşısındaki taraf olan yediemindir. Yediemin sözleşmesine, ticarî bir sözleşme olduğundan dolayı MÖHUK m. 24'de öngörüldüğü üzere karakteristik edim borçlusu olan yedieminin işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır.

Teminat amaçlı opsiyon sözleşmesi ve ek hisse alım opsiyonu sözleşmesi, opsiyon hakkının kullanılması üzerine hisse devrini öngören sözleşmelerdir. Bu nedenle, hisse devir sözleşmeleri için yaptığımız açıklamalar aynen burada da geçerli olmaktadır. Özetle, opsiyon sözleşmelerinde, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak

⁹⁹⁵ Doğan, **Teminat**, s. 324.

⁹⁹⁶ A.e., s. 330.

hukuk belirlenmemişse objektif esaslardan hareketle uygulanacak hukuk belirlenebilir. Objektif yönetime göre uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle karakteristik edim esas alınmakta ve karakteristik edimin para edimi dışındaki edim olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, opsiyon sözleşmelerinde karakteristik edim, opsiyon hakkının kullanılması sonucunda hisseleri devreden tarafın edimidir. Ancak, objektif esaslara göre, daha yakın ilişkili bir hukukun tespiti halinde bu hukuk uygulanmalıdır. Hisse devirlerinde, devreden ortağın mutad mesken hukukundan ziyade hisseleri tamamen veya kısmen devredilen hedef ortaklığın tâbi olduğu hukukun daha yakın ilişki oluşturduğu kanaatinde olduğumuzdan dolayı bu hukukun uygulanmasını tercih etmekteyiz. Bu şekilde, hisse devirlerinde, gerek tarafların birbirlerine karşı ilişkilerinde gerekse hisse devirlerine ilişkin diğer meselelerde sözleşmeye tek bir hukukun uygulanması mümkün olabilecektir.

Teknik bilgi sözleşmesinde, yine genel kuralı uygulayıp hukuk seçiminin yokluğu halinde karakteristik edim boçlusunun tespiti gerekmektedir. Teknik bilgi sözleşmesi, teknik bilgiyi sağlayana diğer tarafa belirli bir teknik bilgiyi açıklama ve teknik bilgiyi kullanımına izin verme ve buna karşılık, teknik bilgi alana, belirli bir bedel ödeme borcu yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle, burada karakteristik edim borçlusu para edimi borçlusunun karşısında yer alan taraf yani teknik bilgiyi sağlayan taraftır. Bu durumda, teknik bilgi sözleşmesine ticarî bir sözleşme olduğundan dolayı MÖHUK m. 24'de öngörüldüğü üzere karakteristik edim borçlusu olan teknik bilgi sağlayanın işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır.

VI. HİSSE DEVRİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Bir hukukî ilişki bünyesinde iki farklı unsuru barındırmaktadır⁹⁹⁷: i) Söz konusu işlemle ilgili olarak tarafların birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini ifade eden sözleşmesel unsur (contractual element). ii) Mal üzerindeki hak sahipliğini ifade eden unsur (proprietary element)⁹⁹⁸.

⁹⁹⁷ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 4 (10.01.2010).

⁹⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, Hisseyle İlgili Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 235 vd.

Hisse devirlerini bu doğrultuda incelediğimizde, iki farklı yönünün olduğunu ve bu nedenle, iki farklı hukukun uygulanmasının söz konusu olabildiğini görmekteyiz: i) Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki sözleşme serbestisi kapsamında hisse devir sözleşmesine uygulanmak üzere taraflarca seçilen veya objektif olarak belirlenen hukuka tâbidir. ii) Hisse sahipliğinden kaynaklanan hakların ortaklığa ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve hak sahipliğini ilgilendiren diğer konular, hakkın tâbi olduğu hukuka tâbidir. Bu konular, taraflarca düzenlenememekte olup haklarında hukuk seçimi yapılamamaktadır.

Taraflar, hisse devir sözleşmesini, hukuk seçimi hükmü dâhil olmak üzere serbestçe düzenleyebilmekle beraber ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerini göz ardı edemezler. Özellikle, hisse devrinin tamamlanması için gerekli işlemler, genellikle ortaklık statüsüne göre tespit edilen hukukun ilgili emredici hükümlerine tâbi olup taraflarca sözleşmede aksi düzenlenemeyecek konulardır. Nitekim, Lahey Konvansiyonu'na göre, hisseler üzerindeki hak sahipliğinin niteliği ve buna dair hakların devir şekilleri maddî hukuka tâbi konular olup Konvansiyon kapsamı dışındadır⁹⁹⁹.

Türk hukukunda, hisse devir sözleşmesinin ortaklıklar hukukuna ilişkin yönü, sözleşmenin taraflarının sözleşme serbestisi kapsamında serbestçe sözleşme şartlarını belirlemelerinde bir sınır oluşturmaktadır. Bu nedenle, hisse devir sözleşmesinin, özellikle ortaklıklar hukukunu ilgilendiren kısımlarının hazırlanması, kapsamı, hüküm ve sonuçları gibi konularda, MÖHUK m. 9 (4) hükmünde yer alan ortaklıklara uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirme yapılmalı ve esas sözleşmedeki idare merkezi hukuku uygulanmalıdır. Hisse devir sözleşmesinin sözleşmeler hukukuna ilişkin kısmı ise, MÖHUK m. 24 kapsamında tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi yapılmamış ise en yakın ilişkili hukuka tâbi olacaktır.

İngiliz hukukunda, sözleşmesel meselelere Roma I Tüzüğü uygulanmaktadır. Buna göre, bir hukukî ilişkinin hem sözleşmesel hem de hak sahipliği boyutu vardır. ABD hukukunda ise, aksi şekilde, sadece taraflar arasındaki hak ve yükümlülükler değil

⁹⁹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, İlgili Aracı Kurumun Bulunduğu Yer Hukuku, s. 253 vd.

taraflar ile üçüncü kişiler arasındaki hisse sahipliğine ilişkin uyuşmazlıklar da hukuk seçimi serbestisi kapsamındadır. Lahey Konvansiyonu’nda ise hak sahipliğine ilişkin hemen hemen tüm konular taraflarca sözleşmede düzenlenebilmekle beraber seçilen hukukun aracı kurumla ilişkili olması şartı öngörülerek hukuk seçimi serbestisine sınırlama getirilmiştir¹⁰⁰⁰.

Ortaklık ve hisse yapılarının çeşitliliği nedeniyle hisse devirlerine uygulanacak hukuk konusunda tek bir çözüm önerisi ve tüm hisse devirlerine uygun ortak bir hukuk seçimi mümkün değildir. Örneğin; doğrudan saklama sisteminde hisselerin nasıl devredileceği konusu, ortaklık statüsüne tâbi olup bu hukuka göre devir için hisse defterine kayıt öngörülüyorsa hisse defterinin bulunduğu yer, senetlerin teslimi öngörülüyorsa senetlerin bulunduğu yer hukuku hisse devrine uygulanacaktır¹⁰⁰¹. Ancak, uygulanması öngörülen hukuk, ortaklığın tâbi olduğu hukuk izin verdiği müddetçe ve bu hukuka uygun olduğu ölçüde geçerlilik arz etmektedir. Ortaklıklara uygulanacak hukuk, her zaman önceliği haiz ve engelleyici niteliktedir¹⁰⁰². Dolaylı saklama sisteminde; ortaklık statüsüne istisna getirilmiştir. Burada, hisseleri devralan tarafın ortaklık önünde ortak olarak kaydının ortaklık statüsüne tâbi olmaya devam etmesi, fakat devre ilişkin diğer konulara istisnaen ilgili hisse hesabını muhafaza eden aracı kurumun bulunduğu yer hukukunun uygulanması daha doğru kabul edilmektedir¹⁰⁰³.

Hisse devirlerine uygulanacak hukuk konusunda ortaklık statüsüne alternatif şu görüşler ileri sürülmüştür: i) Hissenin bulunduğu yer hukuku. ii) Hisse senedinin bulunduğu yer hukuku. iii) Hisse defterinin bulunduğu yer hukuku. iv) Hisse devrinin gerçekleştiği yer hukuku. v) Hakkın bulunduğu yer hukuku. vi) İlgili aracı kurumun bulunduğu yer hukuku. vii) Dolaylı saklama sisteminin tâbi olduğu hukuk. viii) Hakkı doğuran hukuk.

¹⁰⁰⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, Hisseyle İlgili Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 235 vd.

¹⁰⁰¹ Collins v.d., s. 1188.

¹⁰⁰² Johnson, s. 6, s. 18, s. 23; North/Fawcett, s. 1246; Pomerance, s. 70.

¹⁰⁰³ Ooi, s. 102–104.

B. Hissenin Bulunduğu Yer Hukuku

Gayrimaddî mallar, fiziksel varlıkları olmadığından dolayı herhangi bir yerde bulunamazlar. Ancak, hukukî varlıklarından dolayı kanun, gayrimaddî mallar için bir situs belirleyebilir. Uygulamada, gayrimaddî malların mülkiyetin kazanıldığı veya ileri sürülebildiği yerde bulundukları kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, hisselerin situs'unun ortaklığın kurulduğu yerde olduğu baskın görüştür¹⁰⁰⁴.

Doğrudan saklama sisteminde, hisse devrinde geleneksel kural, hissenin bulunma yeri hukukunun uygulanması yolundadır. Situs; ortaklığın kurulduğu yer veya ortaklık statüsüne göre devir için hisse defterine kayıt gerekiyorsa (nama yazılı hisse senetlerinin devrinde) hisse defterinin muhafaza edildiği yer veya senedin teslimi yeterliyse (hamiline yazılı hisse senetlerinin devrinde) devir sırasında hisse senedinin fiziksel olarak bulunduğu yerdir¹⁰⁰⁵.

Dolaylı saklama sisteminde ise, geleneksel kuralı uygulamak uygun olmayabilir. Geleneksel kural uygulandığında her bir ilişki ayrı ayrı değerlendirilmelidir ve bu da birçok güçlüğü yol açmaktadır¹⁰⁰⁶. Şöyle ki, yatırımcının hakları sadece ilgili aracı kurumda kayıtlı olup dolaylı saklama sisteminde yer alan diğer kişilere karşı talepte bulunulduğu takdirde yatırımcının haklarına dair hiçbir kayıda rastlanamayacağı için takibat yapılamayacaktır. Bunun sonucu, ilgili aracı kurumun bulunduğu yer hukuku görüşü ortaya çıkmıştır¹⁰⁰⁷.

İngiltere'de Macmillan davasında, hisse senedine bağlı hisseler için geçerli özel durum dışında hisselerin ortaklığın kurulduğu yerde bulunduğu kabul edilmiştir. Hâkim Staughton, hisselerin situs'unun ortaklığın kurulduğu yer, nama yazılı hisselerde hisse defteri ortaklığın kurulduğu yerden başka yerde muhafaza ediliyorsa hisse defterinin muhafaza edildiği yer ve hamiline yazılı hisselerde devir esnasında hisse senetlerinin bulunduğu yer olduğunu savunurken¹⁰⁰⁸ hâkim Auld'un görüşü benzer

¹⁰⁰⁴ Ooi, s. 14; Scoles v.d., s. 1101; Collier, s. 251; Collins v.d., s. 1184, s. 1188; North/Fawcett, s. 1244-1246; Siegel/Borchers, s. 118.

¹⁰⁰⁵ Collins v.d., s. 1125-1126; Johnson, 23; http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 3-4, s. 27 (10.01.2010).

¹⁰⁰⁶ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 3-4, s. 27 (10.01.2010).

¹⁰⁰⁷ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 28-29 (10.01.2010).

¹⁰⁰⁸ (1996) 1 All ER 602a-b.

yöndedir¹⁰⁰⁹. Ancak, hâkim Auld, hisse defterinin ortaklığın kurulduğu yerde bulunduğu başka deyişle, hisse defterinin bulunduğu yerle ortaklığın kurulduğu yerin aynı olduğu düşüncesindedir. Hâkim Aldous ise, situs'u ortaklığın kuruluş yeri hukuku olarak sınırlamıştır¹⁰¹⁰.

Dolaylı saklama sisteminde, hisse senedinin nama veya hamiline olması uygulanacak hukukun tespiti açısından bir fark yaratmamaktadır¹⁰¹¹. Hatta, hâkim Aldous'un görüşüne göre, hissenin hisse senedine bağlı olup olmaması da bu sistemde önem arz etmemektedir¹⁰¹².

İngiltere'de Brassard v. Smith davasında¹⁰¹³, ortaklığın kurulduğu yerin hisselerin situs'u olarak kabul edilmesinin nedeni, bu hukukun hisseden kaynaklanan hakları ve ortaklık iç ilişkilerini düzenleyen en uygun hukuk olmasıdır. Ayrıca, ortaklıkla ilgili davalarda, genellikle ortaklığın kurulduğu yer hukuku mahkemeleri yetkili olup hisselerin situs'unun da hisseyle ilgili uyuşmazlıkların en etkin biçimde ele alınabileceği yargı bölgesinde bulunduğu kabulünde fayda vardır¹⁰¹⁴.

Dolaylı saklama sisteminde, günümüzde kabul gören görüş, aracı kurumca işlem gören hisselerle uygulanacak hukukun ilgili aracı kurumun bulunduğu yer hukuku olduğu doğrultusundadır. Çünkü aracı kurumda muhafaza edilen hisseler, ortaklık hisse defterine kayıtlı hisselerle benzerlik göstermekte olup situs'larının ilgili aracı kurumun bulunduğu yerde olduğu kabul edilebilir. Ayrıca, aracı kurumda hesabı olan yatırımcının sadece aracı kurum ile ilişkisi bulunmaktadır ve bu nedenle, aracı kurumun bulunduğu yer hukuku, bu ilişkiye uygulanacak en uygun hukuk olarak kabul edilebilmektedir¹⁰¹⁵.

Dolaylı saklama sisteminde, hisselerin ait olduğu ortaklığın kuruluş yeri hukukuna istisna getirilmiştir. Bunun başlıca nedeni, kuruluş yeri hukukunun farklı menşeli birçok senedin söz konusu olduğu ticarî işlemlere uygulanmasının uygun

¹⁰⁰⁹ (1996) 1 All ER 608c-d.

¹⁰¹⁰ (1996) 1 All ER 620.

¹⁰¹¹ Ooi, s. 97.

¹⁰¹² A.e., s. 75-76.

¹⁰¹³ Dava metni için bkz. <http://international.westlaw.com> (10.01.2010).

¹⁰¹⁴ (1925) AC 371.

¹⁰¹⁵ Aygöl, s. 212; Collins v.d., s. 1192; North/Fawcett, s. 1247-1248; Ooi, s. 101.

olmamasıdır. Dolaylı saklama sisteminde, ortaklığa karşı hisse sahipliği sıfatı değil sadece hisse üzerindeki malî ve kurumsal haklar devredilmektedir. Bu nedenle, hisseleri devralan tarafın ortaklık önünde ortak olarak kaydının ortaklık statüsüne tâbi olmaya devam etmesi, fakat devre ilişkin diğer konulara istisnaen aracı kurumun bulunduğu yer hukukunun uygulanması daha doğrudur¹⁰¹⁶.

İngiltere’de Re Harvard Securities Ltd (“Harvard”) davasında¹⁰¹⁷; Harvard, İngiliz menşei bir aracı kurumdur. Müşterilerine Avustralya’daki bankada kayıtlı Avustralya menşei hisseler ile İngiltere’deki bankada kayıtlı Amerika menşei hisseler satmıştır. Bu hisseler, beyaz ciro edilmiştir. Müşterilerle bu hisselerin devrine ilişkin olarak yapılan sözleşme İngiliz kanunlarına tâbi kılınmıştır. Daha sonra, Harvard iflas etmiş ve bu nedenle, kaydındaki hisselerin hangi müşteriye ait olduğu ve hangilerinin Harvard’ın alacaklılarının başvurabileceği malvarlığı olduğu konusu tartışılmıştır. Hâkim Neuberger, Amerikan menşei hisseler üzerindeki hak sahipliğinin bu hisselerin bir İngiliz aracı kuruma kayıtlı olması nedeniyle bu aracı kurumun bulunduğu yer hukuku olan İngiliz kanunlarına tâbi olması gerektiği görüşündedir¹⁰¹⁸.

İngiltere ve benzeri hukuk sistemlerinden farklı olarak Türk hukukunda ortaklık merkezi, esas sözleşmede yazılı idarî merkezdir. Bu merkez, ortaklığın kurulduğu sicil yeridir. Esas sözleşmede yazılı idare merkezi ile fiilî idare merkezi birbirinden farklı olamaz. Bu nedenle, Türk ortaklıklara ait hisselerin situs’unun esas sözleşmede yazılı ortaklık idare merkezinin bulunduğu yerde olduğunu söylemek mümkündür. Hisse devirleri, genellikle ortaklık idare merkezinin bulunduğu yerde gerçekleştirildiğinden ve hisse defteri de aynı şekilde ortaklık merkezinde muhafaza edildiğinden dolayı uygulamada, hissenin situs’unu ortaklık merkezine bağlamakla hisse defterinin bulunduğu yer veya hisse devrinin gerçekleştiği yere bağlamak arasında bir fark oluşmamaktadır. Türk hukukunda, borsada işlem gören hisseler ise, genellikle ortaklık merkezinde değil aracı kurumca muhafaza edilmektedir. Bu nedenle, dolaylı saklama sisteminde hisselerin bulunduğu yerin istisnaen aracı kurumun bulunduğu yer olarak kabulü daha uygundur.

¹⁰¹⁶ Ooi, s. 102–104.

¹⁰¹⁷ Dava metni için bkz. <http://international.westlaw.com> (10.01.2010).

¹⁰¹⁸ (1997) 2 BCLC 369, 375.

C. Hisse Senedinin Bulunduğu Yer Hukuku

Hisse ve hisse senetlerinin bulunduğu yerin tespiti, hukukî niteliklerinin belirlenmesinde önem arz etmektedir¹⁰¹⁹. Hisse, bazı görüşlerce, maddî taşınır mal gibi değerlendirilip hisse senedinin bulunduğu yer hukukuna tâbi kılınmıştır. Fakat, bu görüş, hisse ve hisse senedinin farklı kavramlar olduğu ileri sürülerek eleştiriye uğramıştır. Buna göre, hisselerin bulunduğu yer ile hisse senetlerinin bulunduğu yeri ayırmak gerekmektedir¹⁰²⁰.

Hisse senetlerinin situs'ları, fiziksel olarak bulundukları yer veya hisse defterinin muhafaza edildiği yer olarak kabul edilmektedir. Hisse defteri, genellikle ortaklık tarafından esas işyerinin bulunduğu yerde muhafaza edilmektedir¹⁰²¹.

Nama yazılı hisse söz konusu olduğunda, hisse ile hisse senedi arasında ayrım yapılmaktadır. Hissenin, hisse üzerindeki ortaklık hakları nerede ileri sürülebiliyorsa orada bulunduğu kabul edilirken hisse senetlerinin situs'u, fiziksel olarak bulundukları yerdir. Hamiline yazılı hisselerin ise, hisse senedinin fiziksel olarak bulunduğu yerde olduğu kabul edilmektedir¹⁰²².

İngiltere'de Macmillan davasında, hisse senedine bağlı hisseler farklı değerlendirilmiştir. Hâkim Staughton, hisselerin situs'unun ortaklığın kurulduğu yer, nama yazılı hisseler için hisse defteri ortaklığın kurulduğu yerden başka yerde muhafaza ediliyorsa bu yer ve hamiline yazılı hisseler için devir esnasında hisse senetlerinin bulunduğu yer olduğunu savunmaktadır¹⁰²³.

Dolaylı saklama sisteminde, hisse senetlerinin bulunduğu yer hukukunun uygunluğu tartışılabilir. Şöyle ki, bu tür hisse devirleri, genellikle elektronik ortamda

¹⁰¹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, Vasıflandırma, s. 191 vd.

¹⁰²⁰ Pomerance, s. 60-61.

¹⁰²¹ Collier, s. 251; Collins v.d., s. 1188; North/Fawcett, s. 1244.

¹⁰²² Johnson, s. 16.

¹⁰²³ (1996) 1 All ER 602a-b.

gerçekleştirilmekte olup hisse senetlerinin fiilen el değiştirmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, burada hakkı doğuran hukuk (lex creationis) uygulanmalıdır. Devir prosedürü, ortaklığa karşı hisse sahipliğinin ileri sürülmesi ve hisse defterine kayıt konuları ise, ortaklık statüsüne tâbi olmaya devam etmektedir¹⁰²⁴.

Kanımızca, Türk hukukunda anonim ortaklıklarda, hisse senede bağlanmışsa diğer kıymetli evraklarda olduğu gibi hak senetten ayrı ileri sürülemez ve devredilemez¹⁰²⁵. Hamiline yazılı hisse senetlerinin devri, ortaklık ve üçüncü kişiler hakkında teslim ile hüküm ifade etmektedir. Nama yazılı hisse senetlerinin devri ise, ciro ve teslim ile gerçekleşmektedir¹⁰²⁶. Her iki durumda da, devir için senedin teslimi esas olduğundan dolayı devrin gerçekleştiği anda hisse senedinin bulunduğu yer hukuku uygulanabilir. İngiliz hukukunda ise, nama yazılı hisse senetlerinin devrinde hisse defterine kayıt esas olduğundan dolayı nama yazılı hisse senetleri açısından uygulanacak hukuk hisse defterinin bulunduğu yer hukuku olarak savunulmuştur.

Gerek İngiliz doktrini ve mahkeme kararlarında gerekse Lahey Konvansiyonu'nda aracı kurumda kayıtlı hisselerin devrinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda aracı kurumun bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği kabul görmüştür. Türk hukukunda da aynı şekilde, aracı kurum tarafından yapılan hisse devirlerinin istisnâ bir durum oluşturduğunu, bu devirlerin özelliğine binaen hissenin türünün veya hisse senedine bağlı olup olmamasının uygulama açısından genelde bir fark yaratmadığını ve sonuç olarak, aracı kurumun bulunduğu yer hukukuna tâbi olduğunu söylemek mümkündür.

D. Hisse Defterinin Bulunduğu Yer Hukuku

Ortaklık hissesi üzerindeki haklar, genellikle, hisse senedi ile ispat edilmekte olup hisse defterine kayıt ile devredilmektedir¹⁰²⁷.

Esas işyerinin bulunduğu yer dışında şubelerde de hisse defteri muhafaza edilmesi halinde hisselerin devrin gerçekleştiği yerde bulunduğu kabul edilmektedir. Bu

¹⁰²⁴ Aygöl, s. 212; Collins v.d., s. 1193; North/Fawcett, s. 1244-1246; Ooi, s. 39, s. 108.

¹⁰²⁵ Geniş bilgi için bkz. Anonim Ortaklıklarda Hisse ve Hisse Senedi, s. 27 vd.

¹⁰²⁶ Geniş bilgi için bkz. Anonim Ortaklıklarda Hisse Devir İşlemlerinin Tamamlanması, s. 177 vd.

¹⁰²⁷ Johnson, s. 15-16; O'Brien, s. 570.

durumda, olağan iş hayatına göre hisse devri, hangi hisse defterine kaydedilmeli ise hisselerin o hisse defterinin muhafaza edildiği yerde bulundukları kabul edilmelidir¹⁰²⁸.

İngiltere’de Macmillan davasında, hâkim Millet’in görüşü uyarınca, hisselerin situs’u, hisse devrinin gerçekleştiği yer hukuku olan hisse defterinin muhafaza edildiği yerdir¹⁰²⁹. Hâkim Auld, benzer görüştedir. Şöyle ki; hisselerin situs’u, nama yazılı hisseler için kuruluş yerinden başka yerde muhafaza ediliyorsa bu yer ve hamiline yazılı hisseler için devir esnasında hisse senetlerinin bulunduğu yerdir. Her iki hâkimin görüşü, esasında uygulanacak hukukun hisse devrinin gerçekleştiği yere göre belirlenmesi yönündedir¹⁰³⁰.

E. Hisse Devrinin Gerçekleştiği Yer Hukuku

Hisse devrinin gerçekleştiği yer, çoğu zaman hisse senedinin bulunduğu yerle bir kullanılmaktadır. Ancak, bu durum, senede bağlı olmayan hisseler için geçerli değildir. Hatta, eğer hamiline yazılı hisse senedi veya ortaklık statüsüne göre hisseyi temsil ettiği kabul edilen bir senet söz konusu değil ise hisse senedinin bulunduğu yer, hissenin situs’u olarak kabul edilmemektedir¹⁰³¹.

Nama yazılı hisselerin devri, hisse defterine kayıt ile hamiline yazılı hisselerin devri ise, senedin teslimi ile gerçekleşmektedir. Bu durumda, senedin bulunduğu yer hukuku, nama yazılı hisseler için uygulanamaz¹⁰³².

Bir hissenin serbestçe devredilir olup olmaması veya devrinin hisse defterine kayıt gibi bir takım şartlara bağlanması ve devre ilişkin benzeri konular, ortaklık statüsüne tâbidir. Ortaklık statüsüne aykırı olmadıkça senedin bulunduğu yer hukuku, uygulama kabiliyetini haizdir¹⁰³³.

Beyaz ciro edilen hisse senetlerinin durumu ayrı olarak ele alınmıştır. İngiltere’de Colonial Bank v. Cady ile London Chartered Bank of Australia v. Cady

¹⁰²⁸ Collins v.d., s. 1188; Johnson, s. 15–16; North/Fawcett, s. 1245; O’Brien, s. 570.

¹⁰²⁹ (1995) 3 All ER 779.

¹⁰³⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, Vasıflandırma, Hisse Devri, s. 195 vd.

¹⁰³¹ Ooi, s. 35.

¹⁰³² A.e.

¹⁰³³ A.e., s. 36.

davalarında (“Cady davası”)¹⁰³⁴; bir New York demiryolu ortaklığında hisse sahibi olan bir İngiliz vatandaşının ölümü üzerine vaziyeti tenfiz edenler, söz konusu hisseleri beyaz ciro ederek ortaklık defterinde hisse sahibi olarak kaydedilmek üzere New York’taki aracı kurumlara göndermişlerdir. Aracı kurumlar, bu hisseleri borçlarına karşılık bankalara teminat olarak yatırıp akabinde iflas etmişlerdir. Vaziyeti tenfiz edenlerin bankalara dava açtıkları tarihte, söz konusu hisseler, halen murisin adına kayıtlıdır. Cady davasında, hâkim Herschell’e göre, ortaklık hissesinin devri ve hisse sahipliği sıfatının geçişi için gerekenler söz konusu ortaklığın kuruluş yeri olan New York kanunlarına göre kararlaştırılmalıdır¹⁰³⁵. Diğer taraftan, taraflar arasındaki işlemin geçerli bir devir veya rehin işlemi olup olmadığı ise, hisse senetlerinin devrinin gerçekleştirildiği yer olan İngiliz hukukuna tâbidir¹⁰³⁶.

Amerika’da Morson v. Second National Bank of Boston davasında¹⁰³⁷; bir Massachusetts ortaklığında hisse sahibi olan bir kişi, kızarkadaşına İtalya’da tatildayken hisselerini ciro eder ve hisse senetlerini teslim eder. Bu hediye, Massachusetts Hisse Devri Kanunu’na göre geçerlidir fakat İtalyan kanunlarına göre geçersizdir. Mahkeme, ortaklığın kuruluş yeri olarak Massachusetts kanunlarının uygulanması gerektiğine, hisse senetlerinin bulunduğu yer olan İtalyan kanunlarının uygulanmayacağına karar verir. Burada, hisse senedine sahip olmak ile hisseye bağlı haklara sahip olmak birbirinden ayrı değerlendirilmiştir. Çünkü, beyaz ciro edilen senetler, hisseleri tamamen temsil etme özelliğini haiz değildir. Olayda, bayanın hisse senetlerine sahip olduğu kabul edilmektedir. Esas uyuşmazlık konusu ise, bayanın ortaklığa karşı hisse sahipliğine hak kazanıp kazanmadığıdır. Buna, ancak ortaklık statüsü karar verebilmektedir.¹⁰³⁸.

İngiltere’de Macmillan davasında, New York’daki aracı kurumda kayıtlı hisseler, Maxwell ortaklıklarının borçlarına karşılık türlü bankalar lehine rehnedilmiştir. Bu rehinler, aracı kurumda alacaklı bankalar lehine kaydedilmiştir. Hâkim Millet, devrin gerçekleştiği yer hukukunu uygulayarak Macmillan’ın söz konusu hisseler

¹⁰³⁴ Dava metni için bkz. <http://international.westlaw.com> (10.01.2010).

¹⁰³⁵ (1890) LR 15 App. Cas. 269, 270.

¹⁰³⁶ Ooi, s. 37; Johnson, s. 7–8.

¹⁰³⁷ Dava metni için bkz. <http://www.lexisnexis.com> (10.01.2010).

¹⁰³⁸ (1940) 29 NE 2d 19; Ooi, s. 38.

üzerindeki haklarının bu hisse rehinlerine etkisine hisse rehinlerinin ilgili aracı kuruma kayıtlı oldukları yer hukuku olan New York kanunlarına göre karar verileceğini belirtmiştir¹⁰³⁹.

Birden fazla devir işlemi gerçekleştiği takdirde hisse devrinin gerçekleştiği yer, son devir işleminin gerçekleştiği yer olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁰. İngiltere’de Macmillan davasında, rehnedilen hisseler daha sonra aracı kurum kaydından çıkarılıp alacaklılar lehine Berlitz hisse defterine kaydedilmiştir. Hâkim Millet, bu işlemin hisse devrinin gerçekleştiği yer hukukunu tayinde son işlem olarak esas almıştır¹⁰⁴¹.

Dolaylı saklama sisteminde, ilgili aracı kurumun diğer aracılara ve şubelere uluslararası bir bilgisayar ağı üzerinden bağlı olması halinde hisse devrinin gerçekleştiği yeri belirlemek neredeyse imkânsızdır. Merkez bilgisayara girişin yapıldığı yerin mi yoksa işlemi yapan aracı kurumun bilgisayarına giriş yapılan yerin mi esas alınması gerektiği tartışmaya açıktır¹⁰⁴².

Kanımızca, Türk hukukunda anonim ortaklıklarda, gerek nama yazılı hisse senetlerinin gerekse hamiline yazılı hisse senetlerinin devrinde senedin teslimi esas olduğundan devrin gerçekleştiği anda hisse senedinin bulunduğu yer hukuku uygulanabilir. Hisse devri teslimle gerçekleşmekte olduğundan dolayı hisse senedinin bulunduğu yer ile devrin gerçekleştiği yer arasında aynı yere tekabül etmektedir.

F. Hakkın Bulunduğu Yer Hukuku

Hisse üzerindeki hakkın bulunduğu yeri (situs of interest) tespitinde türlü görüşler ortaya atılmıştır. Bunları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

i) Malın tâbi olduğu hukuku destekleyen görüş (property approach)¹⁰⁴³: Dolaylı saklama sisteminde, mal, ilgili aracı kurumun havuzunda (fungible pool, omnibus account) henüz kişilere tahsis edilmemiş ve bölünmemiş olarak muhafaza edilmekte olan hisselerdir. Bu nedenle, hisselerin ilgili aracı kurumun bulunduğu yerde olduğu

¹⁰³⁹ (1995) 1 WLR 978, 987, 995.

¹⁰⁴⁰ Ooi, s. 35, s. 119, s. 121.

¹⁰⁴¹ (1995) 1 WLR 978, 986, 987.

¹⁰⁴² Ooi, s. 121, s. 135.

¹⁰⁴³ A.e., s. 109-110.

ağırlıklı görüş olmakla beraber aynı zamanda dolaylı saklama sisteminin işletmecisinin bulunduğu yerde olduğu da kabul edilmektedir.

ii) Sözleşme ve malın tâbi olduğu hukuku destekleyen karma görüş (mixed contractual and property approach)¹⁰⁴⁴: Malın bulunduğu yer, mal üzerindeki hakkın niteliğine göre belirlenir. Hakkın niteliği, bunu doğuran sözleşmeye göre tayin edilir. Ancak, bu yöntem, aynı hisse için yapılmış birçok aracı kurum sözleşmesi olması ihtimaline binaen ticarî açıdan pek pratik değildir.

iii) Yediemin görüşü (trust approach)¹⁰⁴⁵: Uygulanacak hukuk, hisseleri muhafaza eden yedieminin bulunduğu yer veya yedieminin malvarlığının bulunduğu yere bağlanmaktadır.

G. İlgili Aracı Kurumun Bulunduğu Yer Hukuku

Dolaylı saklama sisteminde, situs'a uygulanacak hukuk vasıtasıyla uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinde, her bir kademeye (örneğin, hisseleri ihraç edenin, hisse hesabının kaydını tutanın ve hisselerin bulunduğu yer) ayrı ayrı bakılmaktadır (saydamlık görüşü, see-through approach, look-through approach). Bu görüşe göre, genel bir değerlendirme yapmak mümkün değildir ve aşama aşama değerlendirme yapılmalıdır. Başka deyişle, çok kademeli bir dolaylı saklama sisteminde devralanların hakları tek bir hukuka bağlı değildir ve ilgili aracı kurum ve dolayısıyla uygulanacak hukuk, işlemin dikkate alınması gereken bölümüne göre farklılık göstermektedir¹⁰⁴⁶.

Saydamlık görüşünün bir takım sakıncaları nedeniyle ve devrin geçerliliğinin tespiti için her bir kademeye göre değerlendirme yapmanın uygulamada zorluklara yol açması sonucu bazı alternatif çözümlere gidilmiştir. Bu alternatif görüşlerden ilgili aracı kurumun bulunduğu yer (place of the relevant intermediary, prima) hukukuna göre,

¹⁰⁴⁴ Ooi, s. 111-112.

¹⁰⁴⁵ A.e., s. 112-118.

¹⁰⁴⁶ A.e., s. 295.

hisse, birden fazla aracı kurumda kayıtlı ve birden çok yargılama sistemine tâbi olsa dahi hisse üzerindeki hakların geçerliliği tek bir hukuka tâbidir¹⁰⁴⁷.

Aracı kurum ile hesap sahibi arasındaki ilişkiyi yediemin ve lehdar arasındaki ilişkiye benzetebiliriz. Burada, hakkın niteliğinin; 01.07.1985 tarihli Yedieminlik Kurumuna Uygulanacak Hukuk ve Tanınması Hakkında Lahey Konvansiyonu (Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition)¹⁰⁴⁸, situs’a uygulanacak hukuk ve lex fori’den hangisinin kapsamına girdiği sorusu ortaya çıkacaktır¹⁰⁴⁹.

UCC m. 8, hisse sahipliği (security entitlement) kavramını düzenlemiştir. Buna göre, hisse sahipliği; aracı kurum ile aracı kuruma karşı hakkın sahibi kişi arasındaki hak ve borçları içeren ilişkiyi belirtmektedir. Hisse sahipliği, tam olarak maldan ziyade aracı kuruma karşı ileri sürülebilecek haklar bütünüdür¹⁰⁵⁰.

UCC m. 8–110 (e) uyarınca, “Aracı kurumun yargı bölgesi: 1. Hukuku, aracı kurum ve hisse sahibi arasındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen yer; 2. Açıkça seçilen bir hukuk yoksa hesap sözleşmesinde (account agreement) belirtilen yer; 3. 1 ve 2. bendin uygulanamaması halinde, hisse hesabında belirtildiği şekilde kaydı tutan ofisin bulunduğu yer. 4. Yukarıdaki bentlerin hiçbirinin uygulanamaması halinde aracı kurumun idare merkezinin bulunduğu yerdir”.

UCC m. 8–110 uyarınca, “(e) alt başlığına göre belirlenen aracı kurumun yargı bölgesindeki hukuk: (1) Aracı kurumdan hisse sahipliğinin devri; (2) Aracı kurum ile hisse sahibinin hisse sahipliğinden kaynaklanan hak ve borçları; (3) Aracı kurumun hisse sahipliği konusunda karşı talepte bulunan kişilere karşı sorumluluğu olup olmadığı; (4) Aracı kurumdan veya hisse sahibinden hisse sahipliğini devralan kişiye karşı, karşı talepte bulunup bulunulamayacağı konularına uygulanır”

Aracı kurumun yargı bölgesindeki hukuk, aynı zamanda hakkı doğuran hukuktur. Bu düzenleme ile aracı kurumdaki hisse sahipliğine ilişkin tüm konular tek

¹⁰⁴⁷ Roodt, s. 91; Ooi, s. 126.

¹⁰⁴⁸ Konvansiyon metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59 (10.01.2010).

¹⁰⁴⁹ Ooi, s. 128.

¹⁰⁵⁰ A.e., s. 216, s. 219.

bir hukuka bağlanmıştır. Söz konusu yargı bölgesindeki millî hukuka bağlanılmakla atıf reddedilmiş olmaktadır¹⁰⁵¹.

Avrupa ülkelerindeki son kanun düzenlemeleri, ilgili aracı kurumun bulunduğu yer hukukunu benimsemiştir. Hatta, bu kuralı içeren çok taraflı bir konvansiyon (Lahey Konvansiyonu) da yapılmıştır. ABD ve İsviçre, Lahey Konvansiyonu'nu 05.07.2006'da imzalamışlardır, birçok AB ülkesi de Konvansiyon'a katılma çalışmaları içerisinde.

Lahey Konvansiyonu, sadece aracı kurumca işlem gören hisselerle ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenlemek amacıyla yapılmıştır. Konvansiyon m. 3 hükmünde bu husus vurgulanmıştır. Bu yolla, aracı kurum elindeki hisselerin devri ile hak sahipliği konularında uluslararası standard bir hukuk seçimi kuralı getirmek istenmiştir¹⁰⁵².

Lahey Konvansiyonu m. 1 hükmünde, bir takım tanımlar yapılmıştır. Buna göre; hesap sahibi (account holder), aracı kurumda adına hisse hesabı kaydı tutulan kişidir. İlgili aracı kurum ise, hisse hesabı sahibi adına hesap kaydını tutan kişidir.

Lahey Konvansiyonu'nun kapsamı, doğrudan saklama sistemindeki hisse devirlerini de kapsayan UCC'den daha dardır. Lahey Konvansiyonu, ihtiyari doğrudan hisse devirleri (outright transfer) ile hissenin teminat olarak devri (transfer by way of security) ve hissedenden kaynaklanan menfaatlerin devrini (grant of security interest) kapsamaktadır. Lahey Konvansiyonu, bu konulara ilişkin olarak sadece kanunlar ihtilafı kurallarını düzenlemekte olup maddî hükümler de getiren UCC'den yine farklılık göstermektedir¹⁰⁵³.

Lahey Konvansiyonu'na göre tespit edilen hukukun ait olduğu ülke, Konvansiyon'a üye olmasa dahi bu hukuk geçerli olarak uygulanmalıdır. Diğer deyişle, açıklayıcı raporda, Lahey Konvansiyonu'nun genel olarak uygulanması (generally applicable, erga omnes) gereği üzerinde durulmuştur¹⁰⁵⁴. Konvansiyon'un m. 2 (1) hükmünde, m. 4 ve 5 uyarınca tespit edilen hukukun hangi hallere uygulanacağı

¹⁰⁵¹ Ooi, s. 223-224.

¹⁰⁵² http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 4 (10.01.2010).

¹⁰⁵³ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 4 (10.01.2010); Ooi, s. 283-284.

¹⁰⁵⁴ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 45 (10.01.2010).

sıralanmıştır. Buna göre, kapsam dâhilindeki konular şöyledir: “(a) Hisselerin hisse hesabına kaydından kaynaklanan hakların aracı kuruma ve üçüncü kişilere etkisi ve hukukî niteliği. (b) Aracı kurumda kayıtlı hisselerin devrinin aracı kurum ve üçüncü kişilere etkisi ve hukukî niteliği. (c) Hisselerin devrinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, eğer varsa, gerekli şartlar. (d) Bir kişinin aracı kurumda kayıtlı hisseleri üzerindeki hakkının sona erip ermediği veya başka kişinin hakkına öncelik taşıyıp taşımadığı. (e) Hesap sahibi veya başka kişi aleyhine aracı kurumda kayıtlı hisseler üzerinde hak iddia eden kişiye karşı aracı kurumun, eğer varsa, sorumluluğu. (f) Aracı kurumda kayıtlı hisseler üzerindeki hakların tahakkuku için, eğer varsa, gerekli şartlar. (g) Aracı kurumda kayıtlı hisselerin devrinin kâr payı, gelir payı veya diğer dağıtımları veya itfa, satım veya diğer kazançları kapsayıp kapsamadığı”. Özetle; Lahey Konvansiyonu özellikle şu konuları kapsamaktadır¹⁰⁵⁵: i) Hisse üzerindeki hakların rehni, rehnin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi (perfection) ve icrası (enforcement). ii) Hak sahipliği sıfatının veya hakların tahakkuku (realisation) ve ihtiyari olarak devrinin tamamlanması (completion). iii) Yarışan haklar arasında önceliğin (priority) tespiti.

Lahey Konvansiyonu m. 2 (3) hükmünde kapsam dışı konular şu şekilde sıralanmıştır: “(a) Safi akdî veya şahs olmak kaydıyla hisselerin, hisse hesabına kaydından kaynaklanan hak ve borçlar. (b) Tarafların aracı kurumda kayıtlı hisselerinin devrinden kaynaklanan akdî ve şahsî nitelikteki hak ve borçları. (c) Hisseyi ihraç edenin veya ihraçcının tescil bankası veya devir acentasının, hisse sahibi veya diğer kişilerle ilgili olarak hak ve borçları”. Lahey Konvansiyonu’na ilişkin açıklayıcı raporda, kapsam dışındaki konulara şu şekilde açıklık getirilmiştir¹⁰⁵⁶: i) Yatırımcının hisse üzerindeki hakkının niteliği ve devrin şekli. ii) Alt seviyede hakların sahipleri tarafından talep edilen haciz (upper-tier attachment). iii) Hisse senetlerinin çıkarılması ve ihracı (creation and issue) ile ihraçcının hisse sahibine ve üçüncü kişilere karşı hak ve yükümlülükleri. iv) Dolaylı saklama sisteminde yer alan diğer mallar.

Lahey Konvansiyonu, uygulanacak hukuku; aracı kuruma, hesaba, ihraç edene veya ilgili hisselerle bağlı olarak bir bulunma yeri tayin ederek tespit etmekten ziyade

¹⁰⁵⁵ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 4 (10.01.2010).

¹⁰⁵⁶ http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 4-5 (10.01.2010).

tarafllara hukuk seçimi serbestisi tanımaktadır¹⁰⁵⁷. Lahey Konvansiyonu m. 4 (1) uyarınca, Konvansiyon m. 2 (1)’de belirtilen konulara uygulanacak hukuk; taraflarca açıkça hisse hesabı sözleşmesine uygulanmak üzere tespit edilen hukuk veya bu sözleşmede açıkça bu konulara uygulanmak üzere başka bir hukuk gösterilmekte ise işbu hukuktur. Bu şekilde belirlenen hukuk aynı zamanda ilgili aracı kurumun sözleşmenin yapıldığı tarihte ofisinin bulunduğu yerin hukuku olması halinde uygulanabilmektedir.

Lahey Konvansiyonu m. 4’de öngörüldüğü şekilde uygulanacak hukuk tespit edilemez ise, m. 5’deki yedek kural (fall-back rule) uygulanır. Buna göre, sırasıyla uygulanacak hukuk: “(1) İlgili aracı kurumun m. 4 (1) uyarınca, faaliyetlerini yürüttüğü ofis olmak şartıyla hisse hesabı sözleşmesini akdettiği ofisin bulunduğu yer hukuku. (2) İlgili aracı kurumun kuruluş yeri hukuku. (3) İlgili aracı kurumun esas işyerinin bulunduğu yer hukukudur”.

İlgili aracı kurumun bulunduğu yer hukuku görüşüne göre, birden fazla aracı kurumun söz konusu olması halinde, uygulanacak hukukun tespitinde hangi tarafın aracı kurumunun ilgili aracı kurum olarak esas alınacağı problemi ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵⁸. Bu konuda önerilen çözümler şunlardır: i) Super prima görüşüne göre, uygulanacak hukuk, hakkın son sahibinin aracı kurumuna göre belirlenir. Ancak bu görüş, işlemin bir kademesindeki ilgili aracı kuruma göre belirlenecek hukukun, farklı hak ve işlemin söz konusu olduğu diğer kademelerde de esas alınmasının tereddüte yol açacağı iddiasıyla itiraza uğramıştır¹⁰⁵⁹. ii) Diğer çözüm ise, ilgili aracı kurumu hakkı doğuran hukuka göre belirlemektedir. Hakkı doğuran hukuk, genellikle devredenin aracı kurumunun bulunduğu yer hukukudur¹⁰⁶⁰.

H. Dolaylı Saklama Sisteminin Tâbi Olduğu Hukuk

Aracı kurumda hesabı olan bir yatırımcı, aynı sistemde kayıtlı diğer hesap sahiplerine hisselerini devrettiğinde uygulanacak hukuk, o sistemin tâbi olduğu hukuktur. Bu sonuca, hakkı doğuran hukukun uygulanması yoluyla da ulaşılabilir. Bir

¹⁰⁵⁷ Roodt, s. 91.

¹⁰⁵⁸ Ooi, s. 292.

¹⁰⁵⁹ A.e., s. 297.

¹⁰⁶⁰ A.e., s. 300.

yatırımcı, birden fazla dolaylı saklama sisteminde kayıtlı hesap sahibiyse esas olan, hakkın kaynağı olan sistemdir¹⁰⁶¹.

I. Hakkı Doğuran Hukuk

Hakkı doğuran hukuk ile kastedilen, işlemin konusu olan şeyin doğumuna dayanak olan hukuktur. Kanunlar ihtilafında, sözleşmeye konu gayrimaddî malların dayanağı sözleşme, hisselerin dayanağı hem sözleşme hem kanun, fikrî hakların dayanağı ise tek başına kanundur¹⁰⁶².

Hisse, senede bağlı olsun veya olmasın, ister doğrudan isterse dolaylı saklama sisteminde kayıtlı olsun, gayrimaddî mal olması nedeniyle hakkı doğuran hukuka tâbidir. Hisse senedine ise, maddî mal olması nedeniyle hakkı doğuran hukukun uygulanması uygun görülmemektedir¹⁰⁶³.

Hakkın devredilebilirliği ve nasıl devredileceği konularını hakkı doğuran hukukun düzenlemesi uygundur. Çünkü farklı bir hukukun uygulanması, hem borç hem de alacağın kapsamında değişikliğe yol açabilecek olup borçlu ve alacaklı açısından adaletsiz bir duruma yol açabilmektedir¹⁰⁶⁴.

Dolaylı saklama sisteminde hakkı doğuran hukuk, yediemin belgelerinin oluşumuna göre iki türdür: i) Dolaylı saklama sisteminin tâbi olduğu hukuk (lex creationis system): Dolaylı saklama sisteminin tâbi olduğu hukuk, 98/26/AT sayılı ve 1998 tarihli Ödemeleri Sonlandırmada Çözüm ve Menkul Kıymetlerde Çözüm Sistemleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (EC Directive of the European Parliament and of the Council on Settlement Finality in Payment and Securities Settlement Systems)¹⁰⁶⁵ m. 8 ve 1346/2000/AT sayılı ve 29.05.2000 tarihli Tasfiye Prosedürü Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC Council Regulation on Insolvency Proceedings)¹⁰⁶⁶ m. 9'da yer almaktadır. ii) Aracı kurumun tâbi olduğu hukuk (lex

¹⁰⁶¹ Ooi, s. 129–130.

¹⁰⁶² A.e., s. 131.

¹⁰⁶³ A.e., s. 138–139.

¹⁰⁶⁴ Collins, v.d., s. 1125; Ooi, s. 133.

¹⁰⁶⁵ OJ 11.06.1998 - L166, s. 45–50.

¹⁰⁶⁶ OJ 30.06.2000- L160, s. 1–18.

creationis intermediary): UCC m. 8 ve Lahey Konvansiyonu'nda, aracı kurumun tâbi olduğu hukuk uygulanmaktadır.

Hakkı doğuran hukukun uygunluğunu destekleyen görüşlere rağmen mahkemeler, bu kuralı uygulamakta çekimserdir. Hatta İngiliz mahkemesi, Macmillan davasında, nama yazılı hisselerde, kuruluş yeri hukukunu veya hisse defterinin muhafaza edildiği yer hukukunu, hamiline yazılı hisselerde ise, hisse senedinin bulunduğu yer hukukunu uygulayarak yaklaşımını ortaya koymuştur.

Macmillan davasında situs hukuku olarak tartışılan üç hukuk arasından kuruluş yeri hukuku, aynı zamanda hakkı doğuran hukuk olarak değerlendirilebilir¹⁰⁶⁷. Hâkim Staughton¹⁰⁶⁸ ve hâkim Aldous¹⁰⁶⁹, kuruluş yeri hukukunu hisseleri doğuran hukuk olduğundan dolayı situs hukuku olarak belirlediklerini belirtmişlerdir.

Macmillan davasında, Hâkim Auld, çoğunluk görüşünün aksine işlemin gerçekleştirildiği yer hukukunu situs hukuku olarak savunmuştur¹⁰⁷⁰. Hamiline yazılı hisse senetlerinde, hâkim Staughton¹⁰⁷¹ ve hâkim Auld¹⁰⁷², situs hukukunun hisse senedinin bulunduğu yer olduğu yönünde ortak görüş bildirmişlerdir. Hâkim Aldous ise, hisse, nama veya hamiline yazılı olsun veya olmasın her zaman kuruluş yeri hukukunun uygulanması gerektiği kanaatinde¹⁰⁷³.

Bazı görüşler, situs hukukunu hakkı doğuran hukuka tercih etmektedir¹⁰⁷⁴. Çünkü: i) Gayrimaddî mallar, sahibine borçluya karşı bir hak sağlamaktadırlar ve bu hakkın elde edilmesi, yargı yolu ile teminat altına alınmıştır. Hisseden kaynaklanan haklar, hakkın bulunduğu yer mahkemesinde ileri sürülebilmektedir. Örneğin, dolaylı saklama sisteminde, hesap sahibi, aracı kuruma karşı hakkını aracı kurumun mukim olduğu yer mahkemesinde ileri sürebilmektedir. ii) Situs hukukunun, hakkı doğuran hukuka tercih edilmesinin diğer nedeni, hakkı doğuran hukukun tek bir hakkın devrine uygun olmasıdır. Ortaklık birleşme ve devirleri gibi aynı anda birçok hakkın devrini

¹⁰⁶⁷ Ooi, s. 139.

¹⁰⁶⁸ (1996) 1 WLR 401.

¹⁰⁶⁹ (1996) 1 WLR 387, 424.

¹⁰⁷⁰ (1996) 1 WLR 387, 468.

¹⁰⁷¹ (1996) 1 WLR 387, 405.

¹⁰⁷² (1996) 1 WLR 411.

¹⁰⁷³ (1996) 1 WLR 425.

¹⁰⁷⁴ Collins v.d., s. 1193.

bünyesinde barındıran işlemlerde, her bir hakkı doğuran hukuku tespit edip devre izin verip vermediğini belirlemek uygulamada zorluklara yol açmaktadır.

VII. KAMU DÜZENİNİN ETKİSİ

A. Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni Kavramları

Kamu düzeni (public order, public policy) anlayışı; millî kamu düzeni, milletlerarası kamu düzeni ve milletlerüstü (transnational, supranational) kamu düzeni gibi sıfatlar almakta ve ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir. i) Milletlerarası kamu düzeni kavramı, millî kamu düzeni standartlarını bünyesinde barındırmakta ancak iç hukuktaki kısıtlamaların milletlerarası alanda çok katı biçimde uygulanmasına izin vermemektedir. Milletlerarası kamu düzeni, milletlerarası olarak adlandırılmakla beraber belirli bir ülkenin anlayışını yansıtmaktadır¹⁰⁷⁵. Millî kamu düzeni, kişilerin sözleşme ile kamu düzeni niteliği taşıyan bir kanun hükmünü bertaraf edememelerine sebep olurken milletlerarası kamu düzeni, yabancı bir kanun hükmünün hâkimin ülkesinde uygulanmasına engel olmaktadır. Ancak, millî ve milletlerarası kamu düzeni ayrımını kabul etmek, her iki ihtimalde esas alınacak kamu düzeni kriterlerinin, millî, ahlâki ve kültürel değerlerin farklılaşması demek değildir, sadece kamu düzeni kurallarının etkilerinin görüleceği alanın ve etki derecelerinin farklılaşması demektir. Milletlerarası kamu düzeni, millî kamu düzenine oranla daha dar bir uygulama alanına sahiptir¹⁰⁷⁶. ii) Milletlerüstü kamu düzeni kavramı, milletlerarası toplumun kabul ettiği değerler, etik standartlar ve ahlâki uzlaşmayı ortaya koymaktadır. Bu prensipler, kaynağını doğal hukukun temel kuralları, evrensel adalet prensipleri, milletlerarası genel hukukunun jus cogens kuralları ve ülkelerin çoğunluğu tarafından kabul edilmiş kamu düzeni anlayışında bulmaktadır¹⁰⁷⁷. Günümüzde, AB hukuku, milletlerüstü hukukun en tipik örneğini oluşturmaktadır. Bu düzen veya hukuk, üye ülkelerin millî hukuk sistemlerinden bağımsız olup kendine has bir kamu düzeni vardır. Millî mahkemeler, AB kamu düzeninin yorumu, sınırı ve kapsamında tereddüde

¹⁰⁷⁵ Dayınlarlı, Kemal, **Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkisi ("Kamu Düzeni")**, Ankara: Adalet Matbaacılık, 1994, s. 19, s. 68; Özel, Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri ("Tahkim")**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 175; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 384.

¹⁰⁷⁶ Altuğ, Yılmaz/Yasan, Mustafa, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul: Alkım Yayınları, 2003, s. 141-142; Clarkson/Hill, s. 202; Scoles v.d., s. 961; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 389.

¹⁰⁷⁷ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 19; Özel, **Tahkim**, s. 175-176; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 390.

düşüklerinde yani sözleşmeye uygulanacak hukukun uyumsuzlukla ilgili olarak öngördüğü çözümlerin veya taraflarca üzerinde anlaşma sağlanmış sözleşme hükümlerinin AB kamu düzenini bozup bozmadığı konusunda tereddüde düşüklerinde sorunu nihai çözüm için ATM'ye havale etmektedirler¹⁰⁷⁸.

Kamu düzeni kavramının değişkenliği nedeniyle belirli ve kesin bir tanımını yapmak güç olmakla beraber genel olarak Türk hukukunda, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılığın, genel ahlâk ve dürüstlük anlayışına aykırılığın, toplumun temel yapısına aykırılığın kamu düzenine aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷⁹. Yargıtay'ın görüşü de, bu doğrultudadır¹⁰⁸⁰.

İsviçre'de, diğer ülkelere göre kamu düzeninin etkisi yumuşaktır. Kamu düzeni, bir yabancı kanunu uygulayan İsviçre'li hâkim veya tahkim yeri İsviçre olan hakem kurulunun İsviçre kamu düzenine aykırılık tespit ettiği zaman ortaya çıkabilir. Ayrıca, yabancı mahkeme kararları ile yabancı hakem kararlarının tenfizi hususunda bu hüküm veya hakem kararının maddî kapsamı, millî kamu düzeni ile bağdaşmazsa talep edilen tenfiz reddedilebilir¹⁰⁸¹.

IPRG m. 17 uyarınca, yabancı hukukun uygulanması İsviçre kamu düzenine aykırı bir sonuç doğuracaksa bu hukuk uygulanmaz. İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰⁸², yabancı hukuk kuralının mutlaka İsviçre mevzuatının emredici hükümlerine aykırı olmasını aramaksızın İsviçre hukuk düzeninin temel ilkelerini ihlal eden ve İsviçre'de yürürlükte olan genel adalet duygusuna hoş görülemeyecek biçimde ters düşen yabancı hukuku uygulayabilir. Yabancı hukukun uygulanması ahde vefa ilkesini ihlal eder veya hakkın kötüye kullanılması yasağına veya iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturursa bu durum, İsviçre kamu düzeni ile bağdaşmadığından dolayı yabancı hukukun uygulanmasına kamu düzeni nedeniyle müdahale edilir.

Roma I Tüzüğü m. 21, uygulanacak hukukun lex fori'nin kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayabileceğini belirtmektedir. Son zamanlarda, AB ülkelerinin

¹⁰⁷⁸ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 385–387.

¹⁰⁷⁹ Altuğ/Yasan, s. 139; Nomer/Şanlı, s. 173–180.

¹⁰⁸⁰ YHGK 06.05.1998 T., 12-287 E. ve 325 K. sayılı kararı için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

¹⁰⁸¹ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 88.

¹⁰⁸² BGE 102 Ia 574–583 için bkz. <http://www.bger.ch> (10.01.2010).

birbirleriyle olan ilişkilerinde kamu düzeni müdahalesini ortadan kaldırmak veya akit ülkelerin kamu düzenlerini kendi kamu düzenlerine ithal etmek çabaları çerçevesinde bir Avrupa kamu düzeni kavramından söz edilmektedir¹⁰⁸³. Aynı şekilde Roma II Tüzüğü m. 26 hükmünde, uygulanan yabancı hukukun açıkça hâkimin kamu düzenini ihlal etmesi halinde uygulanmayacağı ifade edilmektedir.

İngiliz mahkemeleri, İngiliz kamu hukukuna aykırı yabancı kanunu uygulamayı reddetmektedir. Ancak, yabancı kanunun uygulanmasının İngiliz ahlâk ve görgü kurallarına, insan özgürlüklerine, adalete ve kamu menfaatlerine aykırılık oluşturması aranmaktadır¹⁰⁸⁴. İngiliz kamu düzeni, İngiltere'nin milletlerarası yükümlülüklerinin etkisindedir. Bu nedenle, İnsan Haklarına İlişkin Avrupa Konvansiyonu ile temel önemi haiz milletlerarası hukuk ilkelerinin açık biçimde ihlali kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır¹⁰⁸⁵. Örneğin, haksız yere dava açılmasına, tazminat ödeyerek bir kovuşturmanın durdurulmasına, ticaretin zorlaştırılmasına, düşman ülke ile ticaret yapılmasına, yabancı vergi makamlarını dolandırmaya, dost ülkenin suç kabul ettiği bir fiilin o ülkede uygun kabul edilmesine ilişkin sözleşmeler İngiliz kamu düzenine aykırı sayılmaktadır¹⁰⁸⁶. Yabancı vergi mevzuatı ile ceza kanunlarının ve diğer kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerin İngiltere'de uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir¹⁰⁸⁷.

Anglo-Amerikan hukukunda, usul hukukunun sınırları kıta Avrupası hukukuna nazaran çok daha geniş tutulmakta olduğundan dolayı kamu düzeni daha seyrek ortaya çıkmaktadır¹⁰⁸⁸. ABD hukukunda, hâkimler, ancak söz konusu yabancı kanun, adaletin temel prensiplerine, genel ahlâk anlayışına, köklü refah geleneğine ve kamu menfaatlerine aykırı ise uygulanmasını reddedebilir¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸³ Nomer/Şanlı, s. 168.

¹⁰⁸⁴ Nomer/Şanlı, s. 168; Clarkson/Hill, s. 201-203, s. 487-490; Collins v.d., s. 92.

¹⁰⁸⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_en.htm (10.01.2010).

¹⁰⁸⁶ Collier, s. 374.

¹⁰⁸⁷ Geniş bilgi için bkz. Briggs, s. 44-52; Collins v.d., s. 100; Clarkson/Hill, s. 238-239, s. 484-493; O'Brien, s. 151-171.

¹⁰⁸⁸ Nomer/Şanlı, s. 168.

¹⁰⁸⁹ Siegel/Borchers, s. 173; Scoles v.d., s. 965.

Amerikan mahkemelerine göre¹⁰⁹⁰, kamu düzenine aykırı durumun bir kanun hükmü ile düzenlenmiş olması önem derecesini belirlemede yardımcıdır. CoL II bölüm 187/2 uyarınca, tarafların hukuk seçiminin hukuk seçimi yapılmasaydı uygulanacak olan ve olayı çözümlenmede hukuku seçilen ülkeden önemli ölçüde daha fazla menfaati olan (materially greater interest) ülke veya eyalet hukukunun temel düzenine (fundamental policy) aykırı olmaması aranmaktadır. UCC, hukuk seçiminin geçersiz sayılması için sadece lex causae ülkesinin temel düzenine aykırılığı yeterli görmektedir. Bu temel düzen, yabancı kanunun uygulanmasına engel olan kamu düzeni kadar katı değildir¹⁰⁹¹. ABD hukukunda, seçilen hukukun lex causae'ye aykırı olmaması gerektiği yolundaki sınırlama yanında hukuk seçiminin lex fori'nin kamu düzenine de aykırı olmaması gerekmektedir¹⁰⁹².

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, gerek uyumsuzluğa uygulanacak yabancı hukukun sınırlarını belirlemede gerekse yabancı mahkemelerden verilen kararların tanınması ve tenfizi aşamasında gerekse hakem kararlarının icrası, iptal davası ve tenfiz davaları aşamalarında kararların geçerliliği için uyulması gereken bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir¹⁰⁹³.

B. Uygulanacak Hukuk Açısından Kamu Düzeni

Kamu düzeni, ister olumlu isterse olumsuz olsun kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak yabancı ülke kanununun kendisiyle değil bu kanunun doğuracağı etki ile ilgilenmektedir. Bu etki, uygulanacak kuralın kamu düzenine aykırılığı sebebiyle bertaraf edilmesi ve kuralın uygulanmasından beklenen hukukî sonucun elde edilmesine engel olunması (olumsuz etki) veya uygulanması gereken ve men edici bir nitelik arzeden kuralın kamu düzenine aykırılığı sebebiyle kamu düzenine uygun millî kanunların uygulanması (olumlu etki) şeklinde gerçekleşebilmektedir¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁰ Lowenfeld, Andreas F., **Conflict Of Laws ("COL")**, Newark, NJ: LexisNexis, 2002, s. 34-38; Scoles v.d., s. 143.

¹⁰⁹¹ Scoles v.d., s. 954, s. 961, s. 963-964, s. 982; Siegel/Bochers, s. 206, s. 208.

¹⁰⁹² Scoles v.d., s. 958.

¹⁰⁹³ Clarkson/Hill, s. 484; Özel, **Tahkim**, s. 173.

¹⁰⁹⁴ Altuğ/Yasan, s. 146; Aybay/Dardağan, s. 115-116; Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 27-28, s. 53; Nomer/Şanlı, 169.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin hukukî niteliği ve işlevi konusunda iki görüş vardır¹⁰⁹⁵: i) Kamu düzeni kuralları, bir bağlama kuralı gibi doğrudan doğruya olaya uygulanır. ii) Kamu düzeni kuralları, yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnasını oluşturur. Türk hukukunda, kanun hükmünden kamu düzeninin yabancı hukukun tatbikini önleyici niteliğinin istisna karakter taşıdığı anlaşılmakla beraber bu husus, gerek doktrinde¹⁰⁹⁶ gerekse mahkeme kararlarında¹⁰⁹⁷ teyid edilmektedir.

Türk hukukunda, kamu düzenine ilişkin hükümler türlü kanunlarda dağınık olarak bulunmaktadır. Bunlar, usule ilişkin düzenlemeler tarzında veya maddî hukuku ilgilendiren hükümler şeklinde görülmektedir. Ayrıca, her olayda kamu düzeninin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinin hâkimin takdirine bırakıldığı durumlar da az değildir¹⁰⁹⁸. Bu hükümlerden başlıcası, MÖHUK m. 5 hükmüdür. Buna göre, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz, gerekli görülen durumlarda Türk hukuku uygulanır”.

Kamu düzeni, bir kurallar bütünüdür. Bu kurallar, sadece kamu hukukunda değil aynı zamanda özel hukuk bölümünde de yer almaktadır. Kamu düzeni kavramı, kanun koyucu tarafından belirtilen ve tanımlanan bir kavram değildir. Kamu düzeni kriteri, her ülkenin politik, sosyal ve ekonomik koşullarına göre değişmekte olduğundan bir tasarrufun kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediği hususu ülkeden ülkeye az çok değişiklik göstermektedir. Kamu düzeni kuralları, zamanla aynı toplumda dahi değişebilen kurallardır¹⁰⁹⁹.

Doktrinde, kamu düzeni kurallarının tahdidî bir nitelik gösterdiğini kabul eden görüşler olmakla beraber kamu düzeni kurallarının tahdit edilemeyeceği, bu konuda hâkimin takdir yetkisi olduğu şeklindeki görüşler üstün gelmiştir. Kamu düzeni kuralları, toplumdan topluma değerler sistemindeki farklılık sebebiyle değişebileceği

¹⁰⁹⁵ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 20.

¹⁰⁹⁶ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 26–27; Nomer/Şanlı, s. 164.

¹⁰⁹⁷ Yar. 19. HD 17.05.2002 T., 2001/6649 E. ve 2002/3760 K. Sayılı karar; Yar. 9. HD 06.07.1992 T., 1992/1621 E. ve 1992/7890 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

¹⁰⁹⁸ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 54.

¹⁰⁹⁹ A.e., s. 6–7, s. 26.

gibi aynı toplum için daha önce geçerli olan bir kamu düzeni kuralı ilerleyen dönemlerde geçerliliğini yitirebilmektedir¹¹⁰⁰.

Kamu düzeninin uygulanması için bazı şartların yerine gelmesi gerekir. Kamu düzeninin istisnaî niteliği, kavramın hâkimin takdir yetkisinin varlığına rağmen amacını aşacak şekilde genişletici yorumuna engel olmaktadır¹¹⁰¹. Kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilmesi ve bu surette etkisini gösterebilmesi için kanunlar ihtilafı kurallarına göre esasen yetkili olan kanunun kamu düzenine aykırılığı tartışmaya lüzum kalmayacak şekilde açık olmalıdır¹¹⁰².

C. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni

MÖHUK m. 54 hükmünde, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de yetkili asliye mahkemesi tarafından tenfizi için gerekli şartlar sıralanmıştır. Bu şartlar arasında (c) bendinde, “Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” vardır. Yani, yabancı ülkede alınan ve o ülkede kesinleşen bir mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Burada kamu düzenine aykırılık MÖHUK m. 5 hükmünden daha dar yorumlanmalıdır. Buna göre, ancak tahammül edilemez, çok ağır aykırılıklar tanıma ve tenfize engel sayılmalıdır¹¹⁰³.

Yabancı mahkeme kararının Türkiye ile olan ilişkisi yoğunlaştıkça, karar ile Türkiye arasındaki ilişki sıkılaştıkça kamu düzenine aykırılığın denetlenmesinde daha katı davranılması zorunludur. Örneğin; davalı tarafın Türk ve davacı tarafın yabancı olması, davalı tarafın bir Türk kamu tüzel kişisi olması, tarafların milliyetlerine bakılmaksızın Türkiye’de ikamet ediyor olmaları gibi haller tanıma ülkesiyle ilişkiyi belirlemede birer kriterdir¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ Altuğ/Yasan, s. 142–144.

¹¹⁰¹ Nomer/Şanlı, s. 164–165; Tekinalp, **MÖH**, s. 49.

¹¹⁰² Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 28; Tekinalp, **MÖH**, s. 49.

¹¹⁰³ Demir Gökyayla, Cemile, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001, s. 190.

¹¹⁰⁴ A.e., s. 191.

D. Milletlerarası Tahkimde Kamu Düzeni

Kamu düzeni kavramının tanımı ve içeriğindeki belirsizlikler ve millî, milletlerarası, bölgesel, milletlerüstü gibi niteliklerle açıklanması nedeniyle özellikle tahkim prosedüründe içeriğinin ve niteliğinin çok iyi değerlendirilmesini gerektirmektedir¹¹⁰⁵.

Hakemlerin herhangi bir lex fori'ye sahip olmamaları ve dolayısıyla uymak zorunda oldukları bir millî kamu düzeninin bulunmaması, milletlerarası ticarî tahkimde kamu düzeni doktrininin yeri olmadığı anlamına gelmemektedir¹¹⁰⁶. Hakem, tahkimin cereyanı esnasında türlü kamu düzenleri ile karşılaşabilmektedir: i) Bunlardan ilki, milletlerüstü kamu düzenidir. ii) Hakem, ayrıca tahkim merkezinin bulunduğu yerin kamu düzenini dikkate almak zorundadır. ii) Hakem, diğer ülkelerin kamu düzenini dikkate alıp uygulamak zorunda kalabilmektedir¹¹⁰⁷.

UNCITRAL Model Kanun m. 34 (2) (b) (ii) uyarınca, iptal davasının açıldığı mahkemenin kamu düzenine aykırılık hakem kararının iptaline yol açmaktadır. New York Sözleşmesi, m. V (2) (b)'de, hakem kararının tanınma ve icrasının mezkur devletin amme intizamı kaidelerine aykırı olmasını bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, burada, ilgili ülkenin millî kamu düzeni anlayışına bakılması gerekmektedir. Her iki düzenleme, milletlerarası kamu düzeni veya milletlerüstü kamu düzeni anlayışını reddetmiştir¹¹⁰⁸.

İsviçre IPRG m. 190 (IX) (1) (2) (e), Federal Mahkeme önünde kamu düzeni nedeniyle hakem kararının iptali için başvuruyu kabul etmektedir. IPRG m. 27 (3) (1) hükmünde ise, İsviçre kamu düzeni ile açıkça bağdaşmayan bir yabancı kararın İsviçre'de tanınması talebinin reddedileceği belirtilmiştir.

MÖHUK m. 62 (1) (b) hükmünde, tahkim kararının genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olması yabancı tahkim kararlarının tenfizinin reddi sebebi olarak

¹¹⁰⁵ Kalpsüz, Turgut, “İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (“Milletlerarası Tahkim 2”)**, Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, C. I, Ankara: BTHAE Yayınları, 1997, s. 28; Özel, **Tahkim**, s. 130; bkz. Üçüncü Bölüm, Kamu Düzeninin Etkisi, s. 260 vd.

¹¹⁰⁶ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 393.

¹¹⁰⁷ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 74.

¹¹⁰⁸ Özel, **Tahkim**, s.174–175.

sayılmıştır. MTK m. 15 (A) (2) (b), tahkim kararının son iptal nedeni olarak kamu düzenine aykırılığı belirtmiş ve milletlerarası kabul görmüş olan ilkeyi aynen kabul etmiştir.

Esas bakımından kamu düzenine aykırılık sebebiyle millî mahkemelerce geçersiz kılınan hakem kararlarına oldukça ender rastlanmaktadır. Kuşkusuz, bunun önemli sebeplerinden biri, millî mahkemelerin milletlerarası ticarî tahkim konusundaki olumlu yaklaşımlarıdır¹¹⁰⁹.

E. Hisse Devrinde Kamu Düzeni

Türk ortaklığın hisselerinin yabancıya devrine uygulanacak hukukun olaya ilişkin hükümlerinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturması halinde bu hükümler uygulanmayacaktır.

Hisse devirlerine uygulanacak hukukun kamu düzeni nedeniyle uygulanmasının engellenmesi imkânı, Lahey Konvansiyonu'nda açıkça düzenlenmiştir. Lahey Konvansiyonu m. 11 (1) uyarınca, bu Konvansiyon'a göre tespit edilen hukukun uygulanmasının doğuracağı sonuç, açıkça lex fori'nin kamu düzenine aykırılık taşıyor ise işbu kanun uygulanmayabilir. Ancak, uygulamada, hisse ve hisse devirlerine ilişkin konularda millî kamu düzeninin müdahalesi çok sınırlı bir alandır¹¹¹⁰.

Türk ortaklığın hisselerinin yabancıya devrine uygulanacak hukukun olaya ilişkin hükümlerinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturması halinde bu hükümlere dayalı olarak verilmiş mahkeme veya hakem kararının tanınma ve tenfiz talebinin reddi, hakem kararının ise, ayrıca iptali söz konusudur. Hisse devrinde, ister ortaklık statüsü kapsamında isterse hisse devir sözleşmelerinde taraflar arasında ilişkiye uygulanacak hukuk kapsamında gündeme gelmiş olsun her iki durumda da uygulanacak hukukun ilgili hükmünün uygulanması Türk kamu düzenine aykırılığa yol açmamalıdır.

Yabancıya hisse devrinde uygulanacak hukuka kamu düzeni müdahalesinin hangi konularda gündeme gelebileceğini önceden belirlemek güçtür. Kamu düzeni müdahalesi, sadece aile hukuku ve miras hukuku gibi alanlarda değil hisse devirlerini

¹¹⁰⁹ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 413.

¹¹¹⁰ Roodt, s. 93.

yakından ilgilendiren ortaklıklar hukuku alanında da gündeme gelmektedir. Ortaklık haklarının ihlal edilmesi, azınlık haklarının ihlal edilmesi, yöneticilerin sorumluluğunun ortadan kaldırılması, yöneticilere dokunulmazlık sağlanması gibi ortaklıklar hukukunda kabul edilen temel prensiplere aykırı kabul edilen durumlar kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilecektir¹¹¹¹. İyiniyet kuralı, rüşvet ve yolsuzluğun yasaklanması, rekabet hukukunun ihlal yasağı, tarafların yükümlülük altına girebilmeleri için ehliyet sahibi olmaları, hakemlerin tarafsızlığı ve kararlarının gerekçeli olması gereği ise, gözardı edilmemesi gerekli milletlerarası kamu düzeni kavramları arasında yer almaktadır¹¹¹².

Rüşvet ve yolsuzluk durumları, ahlâka aykırı görülmekte olup buna ilişkin sözleşmeler, yabancılar arasında yapılsa bile hukuka aykırı kabul edilmektedir. Rüşvet bir suç olarak belirlendiğinde ülkenin kamu düzeninin bir parçasını oluşturmaktadır¹¹¹³. 17.12.1997 tarihli Yabancı Memurlara Rüşvet Verilmesiyle Mücadele Hakkında Konvansiyonu (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions)¹¹¹⁴, na taraf olan ülkelerde rüşvet ve yolsuzlukla ilgili sözleşmeleri hukuka aykırı saymak, aynı zamanda başka devletlere karşı yükümlülük kapsamına girmektedir. Türkiye, bu Konvansiyonu 26.07.2000 tarihinde onaylamış ve uygulama kanunlarını 11.01.2003 tarihinde yürürlüğe koymuştur.

Gerçekten, yukarıdakine benzer ahlâka aykırılık hâllerinin iç hukuk ilişkilerinde olduğu gibi milletlerarası özel hukuku ilgilendiren uyuşmazlıklarda da ortaya çıkması mümkündür. Ancak, yabancı mahkemeden verilen bir mahkeme kararının verildiği ülkedeki ahlâk anlayışına uygun olmasına rağmen Türk ahlâk anlayışına aykırı olması mümkündür. Yabancı mahkeme kararının Türk ahlâk

¹¹¹¹ Aygül, s. 226–230; Güven, s. 165.

¹¹¹² Lew, Julian/Mistlik, Loukas/Kröll, Stefan, **Comparative International Commercial Arbitration**, The Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 723; Redfern, Alan/Hunter, Martin, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, London: Sweet&Maxwell, 2003, s. 432; Scherer, Mathias, “The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters?”, Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Towards a Uniform Arbitration Law?**, New York: JP Juris Publishing Inc., 2005, s. 103.

¹¹¹³ Özel, **Tahkim**, s. 178.

¹¹¹⁴ Yürürlük T. 15.02.1999, Konvansiyon metni için bkz. <http://www.oecd.org/dataoecd/4/18/38028044.pdf> (10.01.2010).

anlayışına aykırı olup olmadığını hâkim tespit edecektir. Bunu yaparken faydalanacağı ölçü, Anayasa'nın sözü ve ruhu ile Türk hukukunun temel ilkeleridir¹¹¹⁵.

VIII. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ

A. Kavram

Milletlerarası özel hukuk alanındaki düzenlemelerde sadece özel hukuka ait menfaatlerin değil ekonomik, siyasi ve sosyal menfaatlerin de dikkate alındığı görülmektedir. Bu kapsamda, kamu yararını öngören, sosyal ve ekonomik yararları sağlama amacına yönelik olan doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci normlar, emredici kurallar, mandatory rules) gündeme gelmektedir¹¹¹⁶.

Doğrudan uygulanan kurallar, tarafların aksine sözleşme yapamayacağı, esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun doğrudan uygulama imkânı olan ve bu amaçla yürürlüğe girmiş olan kurallardır. Bu kurallar, kişilerarası eşit menfaat ilişkilerinde yabancı unsur olsun veya olmasın tüm olaylara uygulanmaktadır¹¹¹⁷.

Doğrudan uygulanan kurallar; işçinin ve kiracının korunması gibi zayıf olan tarafı koruma amacıyla getirilen kurallar olabileceği gibi ülkenin ekonomik ve sosyal politikalarının etkinliğini sağlamak amacıyla kamu yararını da dikkate alarak rekabetin korunmasına, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklara, dış ticaret ve kambiyo hukukuna, gümrük, ambargo, boykot gibi mevzuata, damping mevzuatına, bankacılık ve finans kurumlarıyla ilgili mevzuata, sermaye piyasası mevzuatına, sigorta hukukuna, Türk parasının kıymetini koruma veya dövizle ilgili mevzuata ilişkin kurallar da olabilirler¹¹¹⁸.

Doğrudan uygulanan kurallar¹¹¹⁹: i) Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları. ii) Lex causae'nin doğrudan uygulanan kuralları ve iii) Lex causae olarak da

¹¹¹⁵ Altuğ/Yasan, s. 139; Demir Gökyayla, s. 276; Nomer/Şanlı, s. 173–180.

¹¹¹⁶ Geniş bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 153–156; Nomer/Şanlı, s. 62–64, s. 187–189, s. 327–330; Özdemir Kocasakal, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul: GÜ Yayınları, 2001; Tekinalp, **MÖH**, s. 55.

¹¹¹⁷ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 30; Nomer/Şanlı, s. 327; Özel, **Tahkim**, s. 129, s. 164.

¹¹¹⁸ Özdemir Kocasakal, s. 117–137.

¹¹¹⁹ Nomer/Şanlı, s. 63; Tekinalp, **MÖH**, s. 361.

uygulanmayan bir üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları olarak üçlü bir ayrıma tâbi tutulmaktadır.

B. Uygulanacak Hukuk Açısından Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kuralların milletlerarası özel hukuk alanındaki önemi, yabancılık unsuru taşıyan hukukî olay veya ilişki ile ilgili olarak doğrudan uygulanan bir kural bulunması durumunda kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulamayacak olması ve doğrudan uygulanan kuralın uygulanacak olmasıdır¹¹²⁰.

İlgili mevzuatta açıkça doğrudan uygulanan kural olarak belirtilen hükümler varsa herhangi bir problem ortaya çıkmamaktadır. Ancak, bu şekilde bir açıklama yoksa ilgili hükmün amacı doğrultusunda doğrudan uygulanan kural olup olmadığı değerlendirilmelidir¹¹²¹. Bir kuralın emredici mi yoksa yedek kural mı olduğu konusu konulduğu ülke tarafından yorumlanmalıdır¹¹²².

Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 6 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren durumlarda o kural uygulanır.

Yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları ise, doğrudan uygulanan kurallar başlığı altında MÖHUK m. 31’de düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken sözleşmeyle yakın ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınmaktadır.

İsviçre IPRG m. 18 uyarınca, İsviçre hukukunda yeralan ve güttükleri özel amaç gereği emredici karaktere sahip olan kurallar, bu Kanun’a göre uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanırlar. İsviçre doktrini, ister kamu hukuku ister özel hukuk karakterli olsun işçileri koruyan kanunları, sosyal sigortalar, taşınmaz kirası ve

¹¹²⁰ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 30; Nomer/Şanlı, s. 327; Özel, **Tahkim**, s. 129, s. 164.

¹¹²¹ Dayınlarlı, **Kamu Düzeni**, s. 31; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 171.

¹¹²² Clarkson/Hill, s. 196.

satışı, insan hakları ile ilgili kanunları ve yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarını doğrudan uygulanan kanunlar olarak kabul etmektedir¹¹²³. IPRG m. 19 ile, yabancı hukukta yer alan doğrudan uygulanan kanun hükümlerinin de dikkate alınması sağlanmıştır. Buna göre, yabancı hukukun emredici kuralları, hukukî ilişki ile bağlantılı olması halinde amaçları da göz önüne alınmak suretiyle İsviçre hukuku ile bağdaşabilir bir sonucun doğması şartıyla hâkim tarafından dikkate alınabilecektir.

AB hukukunda, Roma I Tüzüğü m. 9 (2) uyarınca, lex fori'nin doğrudan uygulanan kurallarını uygulanacak hukuka rağmen uygulanmalıdır. Roma I Tüzüğü m. 9 (3) hükmünde, sözleşmeyle ilişkili üçüncü ülkenin değil sadece sözleşmeden kaynaklanan borçların ifa yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bunun için, söz konusu doğrudan uygulanan kuralların sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılması gerekmektedir. Ancak, bu takdirde ifa yerindeki doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabilecektir. Burada, uygulanabilir ifadesi tercih edilmekle söz konusu doğrudan uygulanan kuralların tanınma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır¹¹²⁴.

İngiltere, Roma I Tüzüğü m. 9 (2) hükmüne paralel şekilde lex fori'nin doğrudan uygulanan kurallarını uygulanacak hukuka rağmen uygulamaktadır. Ancak İngiliz hukukunda, tüketici ve iş hukukuna ilişkin kurallar dışında bu nitelikte pek bir düzenleme yoktur¹¹²⁵.

Roma II Tüzüğü m. 16 hükmünde, Tüzüğün hiçbir düzenlemesinin hâkimin hukukunun emredici kurallarını sınırlayamayacağı ve bu emredici kuralları dikkate almadan Tüzüğün gösterdiği kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

C. Milletlerarası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kuralların mahkemede uygulanması ile tahkim yargılaması arasında esaslı farklılıklar vardır. Devlet yargılamasında, lex fori'deki doğrudan uygulanan kuralların uygulanması tartışmasızdır. Tahkimde ise, uyuşmazlığın

¹¹²³ Dessomentet/Stoffel, s. 311; Turhan, s. 142.

¹¹²⁴ Özel, **Tahkim**, s. 165.

¹¹²⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_en.htm#II.4. (10.01.2010).

esasına uygulanacak hükümleri belirlemeye yarayan, kanunlar ihtilafı kurallarını da içeren bir hâkimin hukuku ve bunun doğal sonucu olarak hakem açısından yabancı kanun kavramı yoktur. Bu nedenle, doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu hukuk sistemine göre bir ayırım yapılması söz konusu değildir. Buradaki tek ayırım, taraflarca veya hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere yetkisi belirlenen *lex contractus*'a ait olan veya olmayan doğrudan uygulanan kurallar ayırımıdır¹¹²⁶:

i) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk içinde doğrudan uygulanan kurallar varsa dikkate alınmalıdır. Ancak, bazen bu kurallar tamamen iç hukuk meselerini düzenlemek amacıyla getirildiği ve milletlerarası uyuşmazlıklar için esas alınamayacağı ve buna bağlı olarak milletlerarası kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle uygulanmayabilir. Buna karşılık, AB rekabet hukuku gibi supranasyonal nitelikteki doğrudan uygulanan kurallar, mutlak olarak uygulanmalıdır¹¹²⁷.

ii) Üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, devlet yargısında mutlak olarak uygulama imkânına sahip değildir. Milletlerarası tahkim uygulamasında ise, genellikle hakemlerin tahkim yeri veya muhtemel tenfiz yeri mahkemesinin kontrolünü dikkate almaları gerektiği savunulmuştur. Bunlar dışındaki, üçüncü ülke konumundaki *lex contractus* dışındaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanabilmesi için hakemlerin bu kuralların hukukî niteliği konusunda dikkatli bir inceleme yapmaları gerekmektedir¹¹²⁸. Üçüncü ülke hukuk sistemlerinin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına yönelik en büyük engel, bu kuralların kamu düzenine aykırılığıdır. Tahkim yargılamasının özelliğinden dolayı, buradaki kamu düzeni kavramı, mahkemelerde geçerli kamu düzeni kavramından farklılık göstermektedir. Mahkemeler tarafından kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken ve fakat uygulanmaları *lex fori*'nin temel ilkelerine aykırı sonuçlara yol açacak olan yabancı hukuku bertaraf etmeye yol açan kamu düzeni engeli, hakem mahkemelerinde milletlerarası topluluk tarafından genel olarak kabul edilen temel prensiplere aykırı olan kanunlar karşısında ileri sürülebilir. Diğer deyişle, bir doğrudan uygulanan kural,

¹¹²⁶ Özdemir Kocasakal, s. 193; Özel, **Tahkim**, s. 167–168; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 393.

¹¹²⁷ Özel, **Tahkim**, s. 166.

¹¹²⁸ A.e., s. 169–170.

uluslararası toplum tarafından evrensel olarak kabul edilen ilkelere aykırı ise, hakem mahkemesince uygulanmayacaktır¹¹²⁹.

Tanıma ve tenfizin şartlarını sınırlayıcı olarak sayan MÖHUK m. 54 hükmünde, doğrudan uygulanan kurallara aykırılık, ayrı bir tanıma ve tenfiz engeli teşkil edecek şekilde düzenlenmemiştir. Ancak, bu konuda, yabancı hükmün kamu düzenine aykırılığına ilişkin (c) bendinden yararlanılabileceği isabetli olarak ifade edilmiştir. Diğer deyişle, yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi sonucunda Türk hukukundaki doğrudan uygulanan bir kuralın bu karar tarafından ihlal edilmesi söz konusuysa yabancı mahkeme kararı Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınmaz ve tenfiz edilmez¹¹³⁰. Aynı şekilde, doğrudan uygulanan kurallara uyulmaması bir iptal sebebi olmamakla beraber kamu düzenine aykırılık, hakem kararının icrasını önlemektedir. Buradaki kamu düzeni, lex fori'ye göre belirlenmektedir¹¹³¹.

D. Hisse Devrinde Doğrudan Uygulanan Kurallar

Hisse üzerindeki haklar ve bunların devrine ilişkin doğrudan uygulanan kurallar hakkında Lahey Konvansiyonu'nda özel bir düzenleme getirilmiştir. Lahey Konvansiyonu m. 11 (2) uyarınca, Konvansiyon'un uygulanacak hukukun belirlenmesi konusuna dair hükümleri, kanunlar ihtilafı kurallarına rağmen milletlerarası ilişkilerde dahi uygulanması öngörülen lex fori'ye ait kuralların uygulanmasını engelleyemezler. Bu emredici kurallar, temel değerlerin ifadesi olarak kabul edilmekte olup mahkeme önündeki uyuşmazlığa, kural olarak yabancı hukukun uygulanması gerekse dahi öncelikle uygulanmaktadır. Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ise, yeni bir belirsizliğe yol açacağından ve Konvansiyon'un amacına ulaşmasını engelleyeceğinden dolayı Konvansiyon'da uygulanması tercih edilmemiştir¹¹³².

Doğrudan uygulanan kurallar, diğer alanlarda olduğu gibi ortaklıklar hukuku alanında da bulunmaktadır. Örneğin; ortaklığın faaliyeti, iktisadî ve malî durumu hakkında bilgi verilmesi gibi aleniyete ilişkin kurallar, alacaklıların, ortakların ve

¹¹²⁹ Özdemir Kocasakal, s. 207-208.

¹¹³⁰ Demir Gökyayla, s. 278; Özdemir Kocasakal, s. 211.

¹¹³¹ Özel, **Tahkim**, s. 167-168.

¹¹³² http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2859&dtid=35, s. 48 (10.01.2010).

azınlığın korunması gibi kuralları sayabiliriz. HAAO hisselerinin devri söz konusuysa sermaye piyasası mevzuatında ve rekabet hukukunda öngörülen doğrudan uygulanan kurallar mevcuttur¹¹³³. Hisse devirlerinin ortaklıklar hukukunun bu emredici hükümlerine aykırı bir şekilde devri mümkün değildir. Aksi takdirde, bu tür hisse devirleri geçersiz sayılmaktadır. Aynı şekilde, hisse devri kapsamında sözleşmeler hazırlanırken doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınması gerekmektedir.

Sözleşmenin içeriğine ilişkin bazı unsurları belirleyen doğrudan uygulanan kurallara yaygın olarak rastlanmaktadır. Örneğin; i) Azamî fiyat düzenlemeleri, kredi faiz oranları ve fahiş cezaî şartta indirim öngörerek edimlerin miktarını kısıtlayan düzenlemeler¹¹³⁴. ii) Taraflar açısından özel hak ve yükümlülükler öngören düzenlemeler.

Borsada yapılan hisse devirlerinde, özellikle şekle ilişkin doğrudan uygulanan hükümler söz konusudur. 22.12.1986 tarihli Menkul Malların Uluslararası Satışına İlişkin Lahey Konvansiyonu (Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods)¹¹³⁵ m. 9 hükmünde, borsanın bulunduğu yer hukuku yasaklamadığı takdirde tarafların hukuk seçimi yoluyla sözleşmelerini yabancı bir hukuka tâbi tutabileceklerini, böyle bir seçimin yapılmadığı veya borsanın bulunduğu yer hukukunun buna imkân tanımadığı durumlarda borsanın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını kabul edilmiştir. Borsanın bulunduğu yer hukukunun, tarafların başka bir hukuku seçmelerine imkân tanınması halinde bile borsanın işleyişini düzenleyen kuralların taraflar için öngördüğü yükümlülüklerle uyulması zorunludur. Örneğin; borsanın bulunduğu yer hukuku, borsada kayıtlı ortaklıkların hisse senetlerinin satışına ilişkin sözleşmelerde bu ortaklıkları hisse senedi sahiplerine bilgi vermekle yükümlü tutabilir. Bu durumda, yabancı bir ortaklığın merkezinin bulunduğu veya devir sözleşmesinin tâbi tutulduğu ülke hukukunda böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığını gerekçe göstererek hisse senetlerinin işlem gördüğü borsanın bulunduğu yer hukuku ile

¹¹³³ Aygöl, s. 227.

¹¹³⁴ Bkz. İkinci Bölüm, Cezai Şart, s. 143 vd.

¹¹³⁵ Konvansiyon metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=72 (10.01.2010); Geniş bilgi için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: AÜ Yayınları, 1996, s. 162-196.

öngörülen bu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir¹¹³⁶. Aynı şey, borsada aracılık faaliyetinde bulunan kişi veya kurumlar ile onlar aracılığıyla işlem yapan kişiler arasındaki ilişkiler açısından da geçerlidir¹¹³⁷. Bu ilişkilerin esasına uygulanacak hukuk farklı dahi olsa borsanın bulunduğu yer hukukunda yeralan ve tarafların yükümlülüklerini düzenleyen emredici hükümlere uyulması zorunludur¹¹³⁸.

Edimlerin ifa edileceği yerde yürürlükte olan ve ifanın ne şekilde yapılabileceğini düzenleyen kuralların doğrudan uygulanan kural olarak müdahalesini dikkate almak zorunludur. Roma I Tüzüğü m. 12 (2) uyarınca, ifa yönteminin, ifanın yapıldığı yer hukukuna göre belirleneceği açıkça kabul edilmiştir. Bu nedenle, hisse devirlerinde, özellikle hisse bedelinin ödeneceği para biriminin belirlenmesi gibi ifanın teknik ayrıntılarına etkisi açısından ifa yeri hukuku önem arz etmektedir.

Yabancılar hukuku, doğrudan uygulanan kurallardan meydana gelmesi itibarıyla önem arz etmektedir. Kanunlar ihtilafında uygulanacak hukuk kamu düzenine aykırı ise bu hukuk uygulanmadığı halde yabancılar hukukunun doğrudan doğruya uygulanması zorunludur. Şöyle ki; yabancılar hukukuna milletlerarası hukuka aykırı düşen bir kısıtlama getirilemez¹¹³⁹.

¹¹³⁶ Mayer, Pierre, **Droit International Privé**, 5. ed., Paris, 1994, s. 669 (Özdemir Kocasakal, s. 166'dan naklen).

¹¹³⁷ Schnitzer, Adolf, **Obligations (en Droit International Privé): des Divers Espèces de Contrat**, F.J.S. 975, s. 6 (Özdemir Kocasakal, s. 166'dan naklen).

¹¹³⁸ Özdemir Kocasakal, s. 166.

¹¹³⁹ Tekinalp, **Yabancılar**, s. 16.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİSSE DEVRİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde her ülke uygulaması farklılık göstermektedir. Örneğin, ABD’de, dava yolu (litigation) tercih edilirken Çin ve Japonya, bu konuda çekimserdir, bazı ülkelerde tahkim (arbitration) yolu tercih edilirken bazılarında, arabuluculuk (mediation) ve diğer alternatif çözüm yollarına (alternative dispute resolutions) gidilmektedir. Bu tercihlerde, sözleşme veya hukukî ilişkinin konusunun gerçekleştiği ülke hukukunda tercih edilen ve alışılmış olan yöntemlere öncelik tanınmaktadır. Ayrıca, sözleşmelerin sınırötesi ifasının yol açtığı masraflar, davaların sonuçlanmasındaki gecikmeler ve imkân dâhilindeki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin işlerliği ve benzeri konular da göz önüne alınmaktadır¹¹⁴⁰. Genellikle alternatif çözüm yolları, dava yoluna tercih edilmektedir. Şöyle ki; mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yolları, daha az masraflı, esnek ve hızlı olmakla beraber iş hayatının gereği olan uzmanlık ve gizliliği de sağlamaktadırlar¹¹⁴¹.

Bu bölümde, öncelikle milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkların çözüm yolları arasında en yaygın olarak başvurulana yargı yolu ile tahkim yolu, genel olarak ele alınacak ve sonrası hisse devirlerindeki uygulamasına değinilecektir.

Hisse devirlerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yollarının incelenmesine geçmeden evvel milletlerarası usul hukuku kavramlarının vasıflandırılması konusuna kısaca değinmekte fayda vardır. Şöyle ki; bir hukukî kavramın usul hukukunda başka maddî hukukta başka şekilde yorumlanması mümkündür¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ Shippey, Karla C., **Short Course in International Contracts**, California: World Trade Press, 2000-2003, s. 113, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010); Arabuluculuk, tahkim ve dava yolunun avantaj ve dezavantajları için bkz. Shippey, s. 115-118.

¹¹⁴¹ Clarkson/Hill, s. 250; Cremades, Bernardo M., “Settlement of Disputes in Cross-Border Mergers&Acquisitions”, Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 94-95; Martinius, s. 45.

¹¹⁴² Nomer, Ergin, **Milletlerarası Usul Hukuku (“MUH”)**, İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 38.

II. VASIFLANDIRMA

Hukukî kavramlar, kendilerine tanınan nitelikler itibariyle maddî hukukun konusu içinde kabul edilebildiği gibi bunlara usuli nitelikler de tanınabilmektedir. Vasıflandırma, usul hukuku alanında kalındığı sürece prensip olarak lex fori'ye, maddî hukuk alanında ise lex causae'ye göre yapılmaktadır. Böylece, bir hukukî kavramın usul hukukunda başka maddî hukukta başka şekilde yorumlanması yani vasıf uyumsuzluğu söz konusudur. Bu tür vasıf uyumsuzluklarının çözümünde en çok kullanılan yöntem, lex fori'dir¹¹⁴³.

Bir hukukî kurumun veya kavramın usul hukukuna mı yoksa maddî hukuk alanına mı ait bulunduğu konusunda her ülke farklı anlayışta olabilmektedir. Örneğin, zamanaşımı, kıta Avrupası hukuklarında, maddî hukuka ait bir hukukî kurum olarak kabul edilirken Anglo-Amerikan hukukunda, bir usul hukuku müessesesi olarak görülmektedir¹¹⁴⁴. İsbat hukuku kuralları, kıta Avrupası hukuk sisteminde hem medeni kanunlarda hem de usul kanunlarında yer almaktadır. İngiliz hukukunda, isbat hukuku, usul hukukuna dâhildir¹¹⁴⁵.

Belirli bir hukukî uyumsuzluğun adlî mahkemeler mi yoksa idarî mahkemeler önünde mi görülmesi gerektiği problemi, yine vasıflandırmayı gerektirmektedir. Aynı şekilde, bir hukukî uyumsuzluğun hukuk mahkemelerinde mi yoksa ceza mahkemelerinde mi görüleceği sorusu, vasıflandırmaya giden bir uyumsuzluğa sebebiyet verebilmektedir. Bir uyumsuzluğun çekişmeli yargı içerisinde mi yoksa çekişmesiz yargı içerisinde mi halledileceği konusu, yine vasıflandırma ile karara bağlanacaktır¹¹⁴⁶.

Bazı kavramların hem maddî hem de usul hukukunda kullanıldıkları görülmektedir. Bunun en açık örneği, ikametgâh ve kamu düzeni kavramlarıdır. Vasıflandırmadaki kuralın doğal sonucu olarak ikametgâhın tayini, ilgili olduğu hukuk alanlarının kavramlarına göre yapılır. Bununla beraber bu ayrım, Türk milletlerarası özel hukukunda bir sorun yaratmamaktadır. Kamu düzeni bakımından aynı sonuca varmak kolay değildir. Çünkü yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınma ve

¹¹⁴³ Çelikel/Erdem, s. 422; Nomer, **MUH**, s. 38.

¹¹⁴⁴ Çelikel/Erdem, s. 422; Nomer, **MUH**, s. 39.

¹¹⁴⁵ Nomer, **MUH**, s. 41.

¹¹⁴⁶ A.e., s. 41.

tenfiz şartı olarak aranan kararın kamu düzenine aykırı olmama şartı ile yabancı kanunun uygulanmasına engel olan kamu düzeni engellemesinin uygulanma şartları farklıdır¹¹⁴⁷.

Usul hukukunda sistem kavramı olarak kullanılan maddî hukuk kavramları, vasıflandırılırken *lex fori* prensibine tâbi tutulmazlar. Usul hukukunda, birer medeni hukuk kavramı olarak kullanılan taraf ehliyeti ve dava ehliyeti buna örnek gösterilebilir. Taraf ehliyeti, maddî hukuktaki hak ehliyetinin, dava ehliyeti ise, fiil ehliyetinin usul hukukundaki ifade şekilleridir¹¹⁴⁸.

III. UYUŞMAZLIKLARIN YETKİLİ MAHKEME TARAFINDAN ÇÖZÜMÜ

A. Genel Olarak

1. Milletlerarası Yetki

Genel olarak, milletlerarası yetki yabancılık unsuru taşıyan davalarda bir ülke mahkemesinin diğer ülke mahkemelerine oranla yetkili olup olmadığı konusunu ele almaktadır¹¹⁴⁹. Milletlerarası yetki, kaynağı açısından değil konusunu oluşturan hukukî ilişki veya bu ilişkinin tarafları itibariyle milletlerarasıdır. Diğer deyişle, milletlerarası usul hukuku bir millî hukuktur¹¹⁵⁰.

Milletlerarası yetki konusu, MÖHUK'ta milletlerarası usul hukuku başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca, milletlerarası usul hukukuyla ilgili Türkiye'nin taraf olduğu birçok milletlerarası sözleşme bulunmaktadır¹¹⁵¹. MÖHUK m. 1 (2) uyarınca, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulduğundan konuya

¹¹⁴⁷ Çelikel/Erdem, s. 423.

¹¹⁴⁸ Nomer, **MUH**, s. 43.

¹¹⁴⁹ Çelikel/Erdem, s. 479; Nomer/Şanlı, s. 405.

¹¹⁵⁰ Nomer/Şanlı, s. 360–361.

¹¹⁵¹ Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler için bkz. Çelikel, Aysel v.d., **Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri**, C. 1-2, İstanbul: Beta Basım, 2005, s. 1 vd.; Kamacı, Mahmut, **Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Özel Hukuk Alanına Giren Çok Taraflı Diğer Uluslararası Sözleşmeler**, C. 1-2, Ankara: Adalet Yayınevi, 2006, s. 1 vd.; Özden, Bülent, **Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Basım, 1999, s. 1 vd.; Ruhi, Ahmet Cemal, **Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 7 vd.

ilişkin bir sözleşmenin bulunması durumunda öncelikli olarak işbu sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

Milletlerarası yetki ile bir ülkenin mahkemelerinin yetkili olduğu tespit edildikten sonra o ülkedeki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu ülke içi yetki kurallarıyla tayin edilmektedir¹¹⁵². MÖHUK m. 40 uyarınca, “Türk mahkemelerinin yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder”.

Türk hukuku açısından iç hukukta yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunması durumunda bu mahkemenin milletlerarası yetkisi de doğmuş olacaktır¹¹⁵³. Ancak, millî usul hukukundaki yer itibariyle yetkiyi tesis eden kuralların Türk mahkemelerinin yabancı mahkemeler karşısındaki ülke itibariyle yetkisini yani milletlerarası yetkisini tam olarak tesis ettiği söylenemez. Yer itibariyle yetkisizliğe rağmen milletlerarası yetkinin varlığı veya yer itibariyle yetkiye rağmen milletlerarası yetkinin yokluğu söz konusu olabilmektedir¹¹⁵⁴.

MÖHUK, iç hukukun yetki kuralları yanında bu kuralların yetersiz ve eksik kaldığı alanlar için tamamlayıcı nitelikte kurallar koyarak karma nitelikli bir milletlerarası yetki sistemi belirlemiştir¹¹⁵⁵. Örneğin, m. 41’de Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda, m. 42’de yabancıların kişi hallerine ilişkin davalarda ve m. 43’de miras davalarında mahkemelerin yetki kurallarını ayrıca düzenlemiştir.

İç hukuktaki yetki kurallarına¹¹⁵⁶ bakıldığında esas olarak HUMK’da, çeşitli hükümlerin yer aldığı görülmektedir. HUMK m. 24 uyarınca, diğer kanun hükümleri saklıdır. TMK, TTK, ESHK, İcra-İflas Kanunu, MTK ve diğer kanunlarda yetkiye ilişkin çeşitli hükümler öngörülmüştür.

HUMK’da yetki konusu, m. 9–27 arasında düzenlenmiştir. Tüm davalar için kural olarak uygulanan yetki kurallarına genel yetki kuralları, bazı davalar için kabul

¹¹⁵² Çelikel/Erdem, s. 479; Erdem, Bahadır, “22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (“Nomer Armağan”)**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 153; Nomer/Şanlı, s. 359.

¹¹⁵³ Nomer, **MUH**, s. 88; Nomer/Şanlı, s. 405, s. 437.

¹¹⁵⁴ Erdem, **Nomer Armağan**, s. 153.

¹¹⁵⁵ A.e., s. 153.

¹¹⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. bs., İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001, s. 540–546; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Değiştirilmiş 19. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 160-188.

edilen istisnâ yetki kurallarına özel yetki kuralları denilmektedir. İstisnai durumlar dışında kural olarak özel yetki kuralları genel yetki kuralını ortadan kaldırmaktadır¹¹⁵⁷.

HUMK m. 9/1 uyarınca, genel yetkili mahkeme, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça davanın açıldığı tarihte davalının ikametgâhı mahkemesidir. HUMK m. 9 uyarınca, yetkili mahkeme tespit edilirken ikametgâhın belirlenmesi TMK esas alınarak yapılacaktır. HUMK m. 9/2 uyarınca, davalının ikametgâhı belli değilse davaya Türkiye’de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır. HUMK m. 9/3 uyarınca, davalı birden fazla ise dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir.

HUMK m. 16 uyarınca, “Türkiye’de ikametgâhı olmayanlar aleyhine açılacak malvarlığına ilişkin davalar ise, Türkiye’de sakin oldukları yer mahkemesinde, Türkiye’de bilinen meskeni yoksa malvarlığının bulunduğu veya çekişme konusu olan şeyin bulunduğu veya teminatı varsa bu teminatın bulunduğu yer mahkemesinde açılacaktır”. Buna göre, davalının Türkiye’de menkul veya gayrimenkul malı, hisse senedi, poliçe veya bono gibi bir kıymetli evrakı, telif ve ihtira beratı gibi bir hakkı varsa ona karşı Türkiye’de dava, bu mal, senet ve hakların bulunduğu yerde açılacaktır¹¹⁵⁸.

MTK m. 3 uyarınca, “Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri veya işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir”.

Bazı milletlerarası sözleşmelerde de milletlerarası yetki kuralları yer almaktadır. Örneğin, nafakaya ilişkin La Haye sözleşmelerinde¹¹⁵⁹ milletlerarası yetkiyi tesis eden yetki hükümleri mevcuttur.

Milletlerarası yetkili mahkemenin tespitinde tarafların vatandaşlığı, örneğin, Türk vatandaşı olması, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmez. Diğer

¹¹⁵⁷ Kuru, s. 381–382.

¹¹⁵⁸ A.e., s. 408.

¹¹⁵⁹ Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair 15.04.1958 tarihli La Haye Sözleşmesi (RG 11.01.1973 – 14418) m. 3, Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 02.10.1973 tarihli La Haye Sözleşmesi (RG 16.02.1983 – 17961) m. 7.

deyişle, davada, tarafların vatandaşlığı milletlerarası yetkinin doğumunda prensip olarak rol oynamaktadır¹¹⁶⁰.

MÖHUK, hangi yetki kurallarının milletlerarası yetki bakımından kesin (münhasır) nitelik taşıdığını belirtmemiştir. Millî hukuk bakımından kesin yetki kuralı olarak kabul edilen her yetki kuralının milletlerarası usul hukuku bakımından da kesin yetki niteliği taşıması mümkün değildir. Milletlerarası usul hukuku bakımından kesin yetki, o davanın mutlak surette bir Türk mahkemesinde görülmesi gerektiğini ifade eder ki zaten bu aynı zamanda MÖHUK m. 54 (1) (b) hükmünde tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. HUMK m. 13'deki gayrimenkulun aynına ilişkin davalarda yetki kesindir. Ayrıca, MÖHUK m. 44'deki bireysel iş sözleşmeleri ve iş ilişkisi sözleşmelerinden, MÖHUK m. 45'deki tüketici sözleşmelerinden ve MÖHUK m. 46'daki sigorta sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda işçi, tüketici ile sigorta ettiren, sigortalı ve lehdar lehine Türk mahkemeleri kesin yetkili kabul edilmiştir¹¹⁶¹.

Türk mahkeme uygulamasının geliştirmiş olduğu istisnaî olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden iki durum söz konusudur¹¹⁶²: i) Kamu düzeni müdahalesi: Bugünkü milletlerarası yetki sistemimizde uygulanması pek beklenilemezse de kamu düzeninin müdahalesiyle özellikle kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkinin doğumu mümkündür. ii) Millî mahkemelere müracaat edememe: Yabancı olan tarafların Türk makamlarına ait sebeplerden dolayı kendi millî mahkemelerine müracaat edememeleri halinde yabancılara Türk yargısı açık tutulmalıdır.

AB hukukunda, milletlerarası usul hukukuna ilişkin olarak kabul edilmiş birçok mevzuat bulunmaktadır. Bunlar arasında, Brüksel Tüzüğü'ne değinmekte fayda vardır. Bu Tüzük, Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu (Brussels Convention on Jurisdiction and the Recognition and

¹¹⁶⁰ Nomer, **MUH**, s. 90.

¹¹⁶¹ Çelikel/Erdem, s. 507–510, s. 524–530; Erdem, **Nomer Armağan**, s. 166–167; Nomer/Şanlı, s. 459, s. 486.

¹¹⁶² Nomer, **MUH**, s. 105–107.

Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters)¹¹⁶³ (“Brüksel Konvansiyonu”)’nun yerini almıştır. 88/592/AET sayılı ve 16.09.1988 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lugano Konvansiyonu (Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters)¹¹⁶⁴ (“Lugano Konvansiyonu”), Brüksel Konvansiyonu hükümlerinin aynen üye ülkeler ile EFTA ülkeleri arasında da uygulanmasını sağlayan bir anlaşmadır.

ATA m. 249/2 uyarınca, “Topluluk Tüzüğü, genel bir geçerliliğe sahiptir. Bütün kısımlarıyla bağlayıcıdır ve her üye ülkede doğrudan doğruya geçerlidir”. Ancak, Brüksel Tüzüğü giriş bölümü m. 21’de, Danimarka’nın Brüksel Tüzüğü ile bağlı olmadığı açıkça belirtilmiştir, m. 22’de ise, Danimarka ve Brüksel Tüzüğü ile bağlı olan diğer üye ülkeler arasında Brüksel Konvansiyonu’nun uygulanmaya devam edeceği belirtilmektedir. Brüksel Tüzüğü giriş bölümü m. 23 ve m. 68’de, Brüksel Konvansiyonu’nun Brüksel Tüzüğü’nün kapsamında olmayan bölgelerde de uygulanmaya devam edeceği belirtilmektedir.

Brüksel Tüzüğü, Brüksel Konvansiyonu gibi esas olarak yabancılık unsuru içeren hukukî ve ticarî konularda üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi (bölüm 2) ile AB’ye üye ülkelerde verilen mahkeme kararlarının birbirlerinde tanınma ve tenfizini (bölüm 3) düzenlemektedir.

Brüksel Tüzüğü giriş bölümü m. 9’da belirtildiği üzere, herhangi bir üye ülkede ikamet etmeyen bir davalıya karşı açılacak davalarda yetki, davanın açılacağı üye ülkenin iç hukuk kurallarınca belirlenir. Brüksel Tüzüğü ile bağlı olmayan bir üye ülkede ikamet eden bir davalıya karşı açılacak davalarda yetki ise Brüksel Konvansiyonu uyarınca belirlenir.

¹¹⁶³ OJ 31.12.1972- L299, s. 32–42; Konsolide metin için bkz. OJ 26.01.1998- C27, s. 1–33; Geniş bilgi için bkz. Erdem, Bahadır, “Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşması’nın Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları İle Karşılaştırılması ve Uyumlaştırma Problemi”, **MHB: Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan (“Altuğ Armağan”)**, Y. 17–18, S. 1–2, 1997–1998, s. 183–215.

¹¹⁶⁴ OJ 25.11.1988-L319, s. 9–48.

Brüksel Tüzüğü; genel yetki kuralı, özel yetki kuralları, sigorta uyuşmazlıklarında yetki, tüketici uyuşmazlıklarında yetki, kesin yetki, yetki sözleşmeleri, yetki denetimi, dava şartları, bağlantılı davalar, derdestlik, geçici tedbirler, tanıma ve tenfiz, resmi belgeler, sulh, intikal hükümleri gibi türlü konulara ilişkin hükümler içermektedir.

Brüksel Tüzüğü m. 1 (2) uyarınca; kişi halleri, kişi ehliyetleri, gerçek kişilerin temsili, aile mal rejimine ilişkin konular kapsam dışındadır. Aynı şekilde, iflas, tasfiye, hukukî düzenlemeler, konkordato, benzer davalar, sosyal güvenlik ve tahkim konuları da Tüzük kapsamı dışında sayılmaktadır.

Brüksel Tüzüğü m. 2 uyarınca, herhangi bir üye ülkede ikamet eden kişilere karşı bu üye ülkenin mahkemelerinde vatandaşlıkları dikkate alınmaksızın dava açılabilmektedir. Brüksel Tüzüğü m. 59 uyarınca, ikametgâh şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine ise başvuru yapılan üye ülke mahkemesi tarafından karar verilecektir. Genel mahkemelerin yetkisini tespitte dikkate alınan ikametgâh kriteri, Brüksel Tüzüğü m. 22’de belirtilen kesin yetkili mahkemeler söz konusu olduğunda dikkate alınmayacaktır.

İsviçre hukukunda, İsviçre mahkemeleri ile idarî kurumlarının milletlerarası anlamda yetkisi IPRG’de düzenlenmiştir. IPRG m. 2 uyarınca, işbu Kanun’da aksi belirtilmedikçe davalının ikametgâhının bulunduğu yerdeki İsviçre mahkemeleri veya idarî kurumları yetkilidir. IPRG m. 3 uyarınca, işbu Kanun yetkili mahkemeyi belirtmemişse ve yurtdışında dava açmak imkânsız veya gereksiz ise davanın konusu olayla ilgili yerdeki İsviçre yargı ve idarî kurumları yetkilidir. Bu hükümlerin yanısıra, IPRG’de her bölüm içerisinde milletlerarası özel hukuk açısından İsviçre mahkemelerinin yetkisini ayrı ayrı düzenleyen hükümler mevcuttur. İsviçre, Lugano Konvansiyonu’na üye ülkelerden olduğundan dolayı Lugano Konvansiyonu IPRG’ye oranla öncelikle uygulanmalıdır¹¹⁶⁵.

¹¹⁶⁵ Dessemontet, François/Stoffel, Walter, “Private International Law”, Ansay, Tuğrul/Dessemontet, F. (Ed.), **Introduction to Swiss Law**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 302.

Aynı şekilde, İngiltere’de Brüksel Tüzüğü, öncelikle uygulanmaktadır. 1991 tarihli Hukuk Yargılaması ve Mahkeme Kararları Kanunu¹¹⁶⁶ ile değişik 1982 tarihli Hukuk Yargılaması ve Mahkeme Kararları Kanunu (Civil Jurisdiction and Judgments Act)¹¹⁶⁷ ise, Brüksel Tüzüğü atıfta bulunduğu müddetçe destekleyici anlamda uygulanmaktadır¹¹⁶⁸.

2. Yetki Anlaşması

Yetki anlaşması (forum selection), tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak aslında yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili hale getirmeleridir. Taraflar, bu konuda iki şekilde anlaşabilirler: i) Bir Türk mahkemesinin milletlerarası yetkili kabul edilmesi (HUMK m. 22). ii) Yabancı bir mahkemenin yetkili kabul edilmesi (MÖHUK m. 47).

Yetki anlaşması, konusu yalnız yetki olan ve asıl sözleşmeden ayrı bir yetki sözleşmesi olarak yapılabileceği gibi asıl sözleşmeyle beraber yetki şartı şeklinde bir yetki anlaşması da yapılabilir. Ayrı yapılan yetki sözleşmesi, asıl sözleşme ile aynı anda yapılabileceği gibi öncesinde veya sonrasında da yapılabilir¹¹⁶⁹.

a. Yetki Anlaşması ile Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkili Kabul Edilmesi

Yetki sözleşmesi, usul hukukuna ait bir sözleşme olup etki ve sonuçlarını usul hukukunda gösterir. Bu nedenle, yabancı bir ülkede yapılmış olan Türk mahkemelerinin yetkili kılınmasına ilişkin bir yetki sözleşmesinin geçerliliği de Türk usul hukuku kurallarına tâbi olacaktır¹¹⁷⁰. HUMK m. 22 uyarınca, Türk mahkemesinin yetkili kılınabilmesi için: i) Yazılı bir yetki sözleşmesinin yapılması, ii) Mahkemenin yetkisinin kamu düzeni esasına göre belirlenmemiş olması, iii) Sözleşmenin belirli bir uyuşmazlığa ilişkin olması. iv) Yetkili kılınan Türk mahkemesinin belirli olması gerekmektedir. Yetki şartının da aynı şekilde bu şartları haiz olması aranmaktadır.

¹¹⁶⁶ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1991/Ukpga_19910012_en_1.htm (10.012010).

¹¹⁶⁷ Kanun metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1982/cukpga_19820027_en_1 (10.01.2010).

¹¹⁶⁸ Geniş bilgi için bkz. Clarkson/Hill, s. 52–130; O’Brien, s. 179–180.

¹¹⁶⁹ Kuru, s. 556; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 178; Üstündağ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 6. bs., İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000, s. 212.

¹¹⁷⁰ Kuru, s. 555; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 178; Nomer, **MUH**, s. 109.

HUMK Tasarısı m. 22 ile mevcut hükümde değişiklik öngörülmektedir. Buna göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kişiler, yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Ayrıca, bu kapsamda belirtmek gerekir ki tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmeleri yapmaları da kabul edilmemiştir. HUMK Tasarısı m. 22 uyarınca, yetki sözleşmesi, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda yapılabilir. Buna göre, kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamamaktadır.

Türk usul hukukunda, yetki şartı veya yetki sözleşmesinin BK m. 13 vd. hükümleri kapsamında adi yazılı şekilde yapılması yazılı şekil açısından yeterli olacaktır¹¹⁷¹. Esasa ilişkin şartlardan mahkemenin belirli olması hususunda ise, Türk mahkemeleri yetkilidir şeklinde genel bir ifade değil örneğin, İstanbul mahkemeleri yetkilidir şeklinde belirli bir mahkemenin yetki anlaşmasında belirtilmiş olması gerekmektedir¹¹⁷². Ayrıca uygulamada taraflar, belirli olmaları şartıyla birden çok ülke mahkemesini yetkili kabul edebilmektedirler¹¹⁷³.

İç hukukta yetki anlaşmalarının etkisinin ne olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, belli bir veya birkaç mahkemeye güvensizlik ifade edeceği ve kamu düzenine aykırı olacağı gerekçeleriyle sadece olumlu yetki anlaşmasının yapılabileceği ve yetki anlaşmasının hem genel hem özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmayacağını belirtilmiştir¹¹⁷⁴. Yargıtay'ın günümüzdeki yerleşmiş içtihadı, bu yöndedir¹¹⁷⁵. Diğer bir görüş, durumun her olay için ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini ve olumsuz yetki anlaşması yapılabileceğini belirtmiştir¹¹⁷⁶. Bir

¹¹⁷¹ Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik ("Derdestlik")**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 61; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 106; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 179.

¹¹⁷² Akıncı, Ziya, "Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu", **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan ("Armağan")**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 4; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 179–180.

¹¹⁷³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 180.

¹¹⁷⁴ Kuru, s. 566; aynı yöndeki görüşler için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 107; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 180; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed, **Medeni Usul Hukuku**, 7. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 121.

¹¹⁷⁵ Yar. 6. HD 18.03.2008 T., 2008/702 E. ve 2008/3197 K. sayılı karar için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).

¹¹⁷⁶ Üstündağ, s. 217–219.

diğer görüş ise, yetki anlaşmasının genel yetkiyi kaldıramayacağını fakat özel yetkiyi kaldırabileceği yolundadır¹¹⁷⁷.

Doktrinde, Türk mahkemelerinin yetkili kılınması için davanın veya dava konusunun Türkiye ile herhangi bir ilişkisinin bulunmasının gerekmediği, tarafların vatandaşlıklarının önem taşımadığı, tarafların anlaşmasının milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli olduğu ve bunun milletlerarası özel hukuktaki düzenlemelerle uyumlu olduğu belirtilmektedir¹¹⁷⁸.

Bir Türk mahkemesinin veya Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi taraflarca anlaşma konusu yapılırsa Türk mahkemesince böyle bir yetki sözleşmesinin kabulü, verilecek Türk mahkemesi kararının mahkemelerinin yetkisi bu yetki sözleşmesiyle bertaraf edilmiş bulunan ülkede tanınıp tenfiz edilebilmesine bağlı değildir¹¹⁷⁹.

b. Yetki Anlaşması ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kabul Edilmesi

MÖHUK m. 47 uyarınca, “Yabancılık unsurunun söz konusu olduğu bir olayda mahkemenin yetkisinin münhasır yetki esasına göre belirlenmediği durumlarda taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda bir yetki sözleşmesi yapabilirler”. Bu maddede öngörülen şartlar, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis eden anlaşmanın Türk hukukunda nasıl ve hangi şartlar altında sonuç doğuracağı meselesi ile ilgilidir. Yoksa bu şartların varlığı veya yokluğu yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin doğumuna engel değildir. Yabancı ülke mahkemesi, kendi hukukunun şekil ve geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmış bir yetki anlaşmasıyla yetki kazanabilecektir¹¹⁸⁰.

Yetki anlaşması ile yabancı bir ülke mahkemesinin yetkili kılınması halinde yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye’de tanınma ve tenfiz edilme şansına

¹¹⁷⁷ Postacıoğlu, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 162.

¹¹⁷⁸ Akıncı, **Armağan**, s. 10; Akıncı, **Derdestlik**, s. 65; Kuru, s. 641; Nomer, **MUH**, s. 109–110; Nomer/Şanlı, s. 457.

¹¹⁷⁹ Nomer, **MUH**, s. 110.

¹¹⁸⁰ Akıncı, **Derdestlik**, s. 60; Nomer, **MUH**, s. 112.

sahip olup olmaması yetki sözleşmesinin geçerliliğine etkili değildir¹¹⁸¹. Diğer taraftan, yetkili mahkeme kararlaştırılırken ileride kararın icrasının söz konusu olacağı ülke hukukunun veya malvarlığının bulunduğu yer hukukunun dikkate alınması sonuç elde edilmesini kolaylaştıracaktır¹¹⁸².

Yetki sözleşmeleri, usul hukukuna ait sözleşmelerdir. Bu nedenle, hangi şartlara tâbi olarak bir milletlerarası yetki sözleşmesi yapılabileceğini lex fori tayin etmektedir. MÖHUK m. 47’de şekil şartı aranmamıştır. Bu nedenle, şekil serbestisi kapsamında işbu yetki anlaşmaları herhangi bir şekil şartına tâbi olmayacaktır. Diğer taraftan, MÖHUK m. 47 (1) c. 2 uyarınca, anlaşma yazılı şekilde yapılmamış ise ancak yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olmaktadır¹¹⁸³. Esasa ilişkin şartlar ise şöyledir: i) Öncelikle taraflar arasında yabancılık unsuru taşıyan bir uyumsuzluk olmalıdır. Tarafların hiçbir yabancılık unsuru bulunmayan bir olay veya ilişkide yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmaları uyumsuzluğu yabancı unsurlu hale getirmeyecektir¹¹⁸⁴. ii) Yetki anlaşmasının yapılabilmesi için kesin yetkinin söz konusu olmaması gerekir. Kesin yetki konusu milletlerarası özel hukukta usul hukukundakinden farklı anlaşılmaktadır. Milletlerarası özel hukuktaki yetki kuralı ile uyumsuzluğun sadece Türk mahkemesinde görülmesi amaçlanmışsa bu durumda yabancı bir mahkeme yetkili kılınamayacaktır¹¹⁸⁵. iii) Uyumsuzluk, borç ilişkisinden doğmalıdır. Borç ilişkisi sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğabilmektedir¹¹⁸⁶. iv) Uyumsuzluğun belirli olması gerekmektedir¹¹⁸⁷. v) MÖHUK m. 47’de mahkemenin belirli olması konusunda HUMK m. 22 düzenlemesine benzer bir şart aranmadığından ve yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi konusundaki yetki sözleşmesinin şekli ve geçerliliği, yetkili kılınan mahkemenin hukukuna göre belirleneceğinden dolayı

¹¹⁸¹ Nomer, **MUH**, s. 117; Nomer/Şanlı, s. 464.

¹¹⁸² Şanlı, **Uyumsuzluk Çözümü**, s. 71–72.

¹¹⁸³ Nomer, **MUH**, s. 113; Nomer/Şanlı, s. 460; Sargın, Fügen, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları (“Yetki”)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 179.

¹¹⁸⁴ Akıncı, **Derdestlik**, s. 63; Nomer, **MUH**, s. 114; Nomer/Şanlı, s. 461; Sargın, **Yetki**, s. 150.

¹¹⁸⁵ Nomer, **MUH**, s. 111; Nomer/Şanlı, s. 458; Sargın, **Yetki**, s. 152.

¹¹⁸⁶ Nomer, **MUH**, s. 114; Nomer/Şanlı, s. 461.

¹¹⁸⁷ Akıncı, **Derdestlik**, s. 64; Kuru, s. 656–657; Nomer, **MUH**, s. 115; Nomer/Şanlı, s. 461–462; Sargın, **Yetki**, s. 174–176.

tarafların iradesine önem vermek ve örneğin, İsviçre mahkemeleri yetkilidir şeklinde bir yetki şartı veya sözleşmesinin geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹¹⁸⁸.

Yabancı mahkemelerin yetkili kılınabilmesi konusunda esas alınan HUMK m. 22’de seçilen mahkemenin yetkisinin niteliği konusunda açık bir ifadeye yer verilmemiş olması nedeniyle ortaya çıkan görüş ayrılıkları 2675 sayılı ve 20.05.1982 tarihli önceki MÖHUK¹¹⁸⁹ m. 31 ile sona ermiştir¹¹⁹⁰. Yeni MÖHUK m. 47 (1) c. 3 ile de, benzer bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, “Yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkili kılınması halinde davanın yetkili Türk mahkemesinde görülmesi ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemesinde yetki itirazında bulunulmaması durumunda mümkündür”. Aynı şekilde, yabancı mahkemeden alınan kararın Türkiye’de tanınma ve tenfizinin reddi halinde dava Türk mahkemesinde görülebilmektedir. Yabancı mahkemede dava açılmakla beraber Türk mahkemesinde de tarafları, konusu ve sebebi aynı olan dava açılması durumunda ise HUMK m. 187/4 uyarınca, derdestlik itirazı söz konusu olabilecektir¹¹⁹¹.

Sonuç olarak, yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemenin yetkili kılınmasıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ortadan kaldırılmaktadır. Türk mahkemesinde dava açılması halinde yetki itirazında bulunulabilmektedir. Normalde iç hukukta yetki itirazı ileri sürüldüğü zaman HUMK m. 23 uyarınca, mahkemenin yetkili olmadığını iddia eden tarafın yetkili mahkemeyi bildirmesi zorunlu olduğu halde milletlerarası yetki ile ilgili itiraz durumunda yetkili mahkemenin bildirilmesi söz konusu değildir.

İsviçre IPRG m. 5 (IV) (1) hükmünde, yetki anlaşmaları düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar aralarındaki belirli bir ilişkiden kaynaklanan veya ileride ortaya çıkması muhtemel malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi

¹¹⁸⁸ Akıncı, **Derdestlik**, s. 66; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 197–198; Nomer/Şanlı, s. 461; Sargın, **Yetki**, s. 171; Farklı görüş için bkz. Kuru, s. 657.

¹¹⁸⁹ RG 22.05.1982–17701.

¹¹⁹⁰ Çelikel/Erdem, s. 532; Nomer, **MUH**, s. 116; Nomer/Şanlı, s. 463; Sargın, **Yetki**, s. 194; geniş bilgi için bkz. Krüger, Hilmar/Nomer, Ergin, “Türk Hukukunda Yetki Sözleşmeleri”, **İBD**, S. 1–3, 1990, s. 153–161; Nomer, Ergin, “Yetki Anlaşmaları ve Türk Uygulaması”, **Yargı Dünyası**, Y. 3, S. 1–2, 1998, s. 258–265.

¹¹⁹¹ Akıncı, **Derdestlik**, s. 35–39, s. 46; Altuğ, Yılmaz, **Türk Milletlerarası Usul Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s. 215–220; Doğan, Vahit, “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (“Armağan”)**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 137; Nomer, **MUH**, s. 83; Nomer/Şanlı, s. 434, s. 463; Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 138–143; Sargın, **Yetki**, s. 189.

belirleyebilmektedirler. Yetki anlaşması, yazılı, telegraf, teleks, faks veya taraflar arasındaki anlaşmayı yazılı olarak teyid eden herhangi bir iletişim yoluyla yapılabilmektedir. Aksi kararlaştırılmadıkça söz konusu mahkemenin yetkisi kesindir. İsviçre hukukunda, doktrinde, birleşme sözleşmesinde yer alan ve taraf iradeleri kapsamında bulunan konularda yetkili mahkeme konusunda, taraflar arasında yapılacak bir yetki anlaşmasının geçerli olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹².

Brüksel Tüzüğü m. 23 (1) uyarınca, taraflar, içlerinden biri veya fazlası, üye bir ülkede ikamet ediyorsa aralarındaki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi belirleyebilirler. Buradaki yetki, aksi belirtilmedikçe kesindir. İşbu yetki anlaşması: i) Yazılı şekilde yapılmış veya onanmış veya ii) Taraflar arasındaki uygulamaya uygun bir şekilde yapılmış veya iii) Milletlerarası ticarete, örf ve âdete uygun olarak ve tarafların bildiği veya bileceği veya bu tür sözleşmesel ilişkilerde genel olarak tanınan ve göz önüne alınan şekle uygun yapılmış olmalıdır.

B. Hisse Devrinden Doğan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü

1. Genel Olarak

Yabancılik unsuru taşıyan hisse devirleriyle ilgili uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme konusunda MÖHUK'ta ayrı bir hüküm yoktur. Bu konuda iç hukuktaki yetki konusundaki hükümlere atıf yapılmıştır.

Bu bölümde, hisse devirlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların yetkili mahkeme tarafından çözümü, birinci bölümde incelediğimiz hisse devri aşamalarına paralel biçimde şu başlıklar altında incelenecektir: i) Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar. ii) Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar. iii) Hedef ortaklıkla olan uyuşmazlıklar.

¹¹⁹² Güven, *Uygulanacak Hukuk*, s. 191.

2. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü

Taraflarca hisse devir sözleşmelerinin yapılmasından evvel bir takım hazırlık faaliyetleri yürütülmektedir. Bu dönemde, taraflar arasında haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğa dayalı bir takım uyuşmazlıkların gündeme gelmesi olağandır. Bu uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, genel yetki kuralına göre belirlenmektedir.

Haksız fiil konusunda ise, HUMK’da özel yetki kuralı getirilmiştir. HUMK m. 21 uyarınca, “Haksız bir fiilden mütevellit dava, o fiilin vukuu bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir”.

Haksız fiilin vuku bulunduğu yer kavramı, bir usul hukuku kavramı olduğundan dolayı Türk hukukuna göre belirlenecektir. Türk usul hukukunda, bunu haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı yer olarak anlamak doğru olur. Milletlerarası yetkinin doğumunda haksız fiil sebebiyle meydana gelen zarar, borçlar hukuku alanında haksız fiil sorumluluğunun doğumunda gerekli olan bir unsur olmakla beraber haksız fiilin bir unsuru olmadığından dolayı haksız fiile uygulanacak hukuktaki düzenlemeden farklı olarak mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis edici bir etkiye sahip değildir. Haksız fiilin meydana geldiği veya tamamlandığı yargı alanının dışında meydana gelmiş olan bir zarar tek başına milletlerarası yetkiyi tesis edememektedir¹¹⁹³.

HUMK Tasarısı m. 21 ile mevcut hüküm, yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, haksız fiilden doğan dava, öncelikle haksız fiilin işlendiği yerde açılabilir. Zarar, haksız fiilin işlendiği yerden farklı bir yerde gerçekleşmişse zararın gerçekleştiği yerde de dava açılabilir. Hükümde belirtilmiştir.

3. Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü

HUMK’da sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için genel yetkili mahkeme olan davalının ikametgâhı mahkemesi (m. 9) dışında ayrı bir yetki kuralı (m. 10)

¹¹⁹³ Kuru, s. 483; Nomer, **MUH**, s. 93; Nomer/Şanlı, s. 442–443.

öngörölmüştür¹¹⁹⁴. Buna göre, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda dava, genel yetkili mahkeme olan davalının ikametgâhı mahkemesi dışında sözleşmenin icra olunacağı yer veya davalı veya vekili dava zamanında orada bulunmak şartıyla sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde de açılabilir. Burada hüküm altına alınan sözleşmeler, konusu malvarlığı hakkı olan borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerdir¹¹⁹⁵.

HUMK Tasarısı m. 15 ile sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisine uygulama alanı bulamadığından dolayı bu hükümde yer verilmemiştir. Sözleşmenin ifa yeri mahkemesi ise, özel yetkili mahkeme olarak muhafaza edilmiştir.

Hisse devir sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, öncelikle davalı tarafın (uyuşmazlık konusuna göre devreden veya devralan tarafın) mukim olduğu yer mahkemesinde dava açılabilir.

Hisse devir sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi de ayrıca yetkilidir. Sözleşmenin ifa yeri, lex fori'ye göre değil sözleşmeye uygulanması gereken maddî hukuka göre tespit edilmektedir. Uygulanacak maddî hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları göstermektedir. MÖHUK m. 24 uyarınca, sözleşmeye Türk maddî hukuku tatbik edilmekte ise sözleşmenin ifa yeri BK m. 73'e göre belirlenecektir. Buna göre, taraflar açıkça veya zımni olarak borcun ifa edileceği yeri kararlaştırabilirler. Aksi takdirde: i) Para borçlarında borç alacaklının ikametgâhında, ii) Borç, parça borcu ise akdın inikadı zamanında bulunduğu yerde, iii) Bunlardan başka her borç, doğumu zamanında borçlunun mukim olduğu yerde ifa edilir. Borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgâhının değişmesi nedeniyle borcun ifasının önemli ölçüde güçleşmiş olması durumunda borç, alacaklının önceki ikametgâhında da ifa edilebilir. Tarafların borcun ifa edileceği yeri kararlaştırmaları halinde fiilen bir yetki sözleşmesi de yapılmış olacağı ve bu şekilde, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için milletlerarası yetkili bir mahkemenin tesis edildiği kabul edilmektedir¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁴ Geniş bilgi için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 95-96; Kuru, s. 433-453; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 111-121.

¹¹⁹⁵ Kuru, s. 433.

¹¹⁹⁶ Nomer, **MUH**, s. 92-93; Nomer/Şanlı, s. 441.

Hisse devri gibi sinallagmatik sözleşmelerden doğan davalarda yetkili mahkeme, dava konusu yapılan edimin ifa yerine göre belirlenmelidir. Hisse devir sözleşmesinden doğan uyuşmazlık hisse bedelinin ödenmesine ilişkin ise, para borcunun ifa edileceği yer mahkemesi yetkili olacaktır. Dava, sözleşme konusu hisse devrine ilişkin ise, bu edimin ifa edileceği yer¹¹⁹⁷ mahkemesi yetkili olacaktır. Davanın, sözleşme konusu herhangi bir edimle ilgisi olmayıp cezaî şartın iptali veya tenkisine, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine, kötü ifa veya ifa etmeme sebebiyle tazminata ilişkin olması hallerinde, dava, taraflardan herhangi birinin edimini ifa edeceği yer mahkemesinde açılabilir¹¹⁹⁸. Burada önemle belirtmek gerekir ki; HUMK m. 10 hükmüne istinaden sözleşmenin ifa yeri sıfatıyla Türk mahkemelerinde dava açılabilmesi için dava konusu edimin ifa yerinin Türkiye’de bulunması gerekir. İfa yerinin yabancı bir ülkede olduğu durumlarda Türk hukuku, yabancı mahkemeleri yetkili kılamaz¹¹⁹⁹.

Hisse devir sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ayrıca davalı veya vekili, dava zamanında orada bulunmak şartıyla sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde dava açılabilir.

İsviçre IPRG m. 112 (I) (1) (1) uyarınca, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, genel olarak davalının ikametgâhı mahkemesi yoksa, davalının mutad meskeni mahkemesidir. Ayrıca, IPRG m. 112 (I) (1) (2) uyarınca, davalının iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesi de buradaki faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklarda yetkiye sahiptir. IPRG m. 113 uyarınca, eğer bir borç İsviçre’de ifa edilecekse ve davalının ikametgâhı, mutad meskeni veya işyeri İsviçre’de değilse, dava ifa yerinin bulunduğu İsviçre mahkemesinde açılabilir¹²⁰⁰.

Brüksel Tüzüğü m. 5’de özel yetki kuralları getirilmiştir. Brüksel Tüzüğü m. 5 (1) (a) uyarınca, bir sözleşmenin veya bir sözleşmeden doğan talebin dava konusu olduğu durumlarda, ifanın gerçekleştirildiği veya gerçekleştirilmesinin gerektiği yer mahkemesinde dava açılabilir. Brüksel Tüzüğü m. 5 (1) (b) uyarınca, aksi

¹¹⁹⁷ Geniş bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, Hissenin Bulunduğu Yer Hukuku, s. 244 vd.

¹¹⁹⁸ Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 120.

¹¹⁹⁹ A.e., s. 121.

¹²⁰⁰ Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 191.

kararlaştırılmadıkça ifa yeri, mal satışı durumunda, malların teslim edildiği ve teslim edilmesi gereken üye ülke, hizmet sözleşmesinde ise, hizmetin sağlandığı veya sağlanması gerektiği üye ülkedir.

Yetki anlaşması başlığı taşıyan bir önceki bölümde tartıştığımız üzere taraflar, genelde hisse devri kapsamında yaptıkları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi yetki anlaşması yoluyla tayin edebilmektedirler. Fakat ortaklık esas sözleşmesi, ayrı bir yer teşkil etmektedir. Bir Türk ortaklığının esas sözleşmesi, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine tâbi bir hukukî işlemdir ve bununla ilgili uyuşmazlıklar genellikle Türk mahkemelerinin yetki alanında yer almaktadır. Oysa taraflar, yabancılık unsuru taşıyan bir ortaklar sözleşmesini yabancı hukuka tâbi tutabilecekleri gibi buna yetkili mahkeme veya tahkim şartı da ekleyebilmektedirler. Böyle bir durumda, hem yargı yerinin belirlenmesi hem de uygulanacak hukuk ile ilgili çözümü çok güç uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir¹²⁰¹.

4. Ortaklıkla Olan Uyuşmazlıkların Yetkili Mahkeme Tarafından Çözümü

Esas sözleşmenin değiştirilmesi, devralanın hisse defterine kaydı ve hisse devirlerinin ortaklıklar hukukunu ilgilendiren benzeri meselelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ortaklığa karşı dava açılması gündeme gelebilmektedir. Ortaklıklara karşı açılacak davalarda mahkemelerin yetkisi konusunda, hem ESHK m. 10’da hem de HUMK m. 17’de özel yetki hükümleri bulunmaktadır.

ESHK m. 10 uyarınca, yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş ortaklıkların Türkiye’deki şube veya acentelikleri onların kanunî ikametgâhı sayılmaktadır ve buna göre şube ve acentelerin bulunduğu yer mahkemesi, yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş olan ortaklıklara karşı açılacak davalarda milletlerarası yetkiye sahiptir.

HUMK m. 17 uyarınca, Gerçek veya tüzel bir kişinin çeşitli yerlerde şubeleri bulunduğu takdirde o şubenin işlemlerinden dolayı iflas davası hariç olmak üzere şubenin bulunduğu yerde de dava açılabilir. HUMK m. 17’de öngörülen bu yetki, kesin olmayıp şubenin işlemlerinden dolayı dava, merkezin bulunduğu yer mahkemesinde de

¹²⁰¹ Esin/Lokmanhekim, s. 69.

açılabilir. HUMK m. 17 hükmüne iki istisna getirilmiş bulunmaktadır: i) İflas davası. ii) Ortaklığın kendi işlerine yönelik olarak ortağı aleyhine ve ortağın bu sıfatla bir başka ortağa karşı açacağı dava. Bu iki halde kesin yetki söz konusu olduğundan dolayı bu davalar, sadece ortaklığın ikametgâhı olarak kabul edilen yer mahkemesinde açılabilmektedir.

İsviçre hukukunda, ortaklıklara ilişkin genel yetki kuralı dışında, birleşme ve bölünmeye ilişkin ayrı bir yetki kuralı getirilmiştir. IPRG m. 164a uyarınca, Birleşme, Bölünme, Nev'i Değiştirme ve Malvarlığının Devri başlıklı IPRG m. 105 kapsamında açılacak olan ortaklık hakları ve ortaklık hisselerinin tespitine ve korunmasına ilişkin davalar, devreden ortaklığın İsviçre'de tescil edildiği yer mahkemesinde açılabilir.

IV. UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

A. Genel Olarak

1. Milletlerarası Tahkim

Günümüzde tahkim, her şeyden önce ticaret ve ekonominin milletlerarası bir nitelik kazanmasının ve sınırötesi edim mübadelesindeki modern gelişmelerin bir sonucudur. Farklı vatandaşlıktaki taraflardan hiçbiri, karşı tarafın mensup olduğu ülkenin yargısına tâbi olmak istememektedir. Böylece, tahkim kaydı, aynı hukuk seçimi kaydı gibi milletlerarası ticarî uygulamanın ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir¹²⁰²

Tahkim yolu, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklıdır. Çünkü tarafları uzlaştırmaktan ziyade uyuşmazlığı bir takım kurallara göre çözen özel bir hukukî yoldur ve millî mahkemelerin denetimine tâbidir¹²⁰³.

Tahkim konusunda, 21.06.1985 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime ilişkin UNCITRAL Model Kanun (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ("UNCITRAL Model Kanun")¹²⁰⁴, birçok ülkede uygulamaya konmuştur.

¹²⁰² Bucher, Eugene, "İsviçre'de Milletlerarası Ticari Tahkim", Buz, Vedat (Çev.), **BATİDER**, C. XVII, S. 2, Y. 1993, s. 15.

¹²⁰³ Clarkson/Hill, s. 250.

¹²⁰⁴ Kanun metni için bkz. Lowenfeld, Andreas F., **International Litigation and Arbitration: Selected Treaties, Statutes and Rules ("Arbitration 1")**, 3rd ed., St. Paul, MN: Thomson West, 2005, s. 285-298.

Türkiye’de 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”)¹²⁰⁵, İngiltere’de 1996 tarihli Tahkim Kanunu (Arbitration Act)¹²⁰⁶, ABD’de 1925 tarihli Federal Tahkim Kanunu (Federal Arbitration Act)¹²⁰⁷ ve eyalet tahkim kanunları bu doğrultuda çıkarılan hukukî düzenlemelerdir.

MTK m. 1 uyarınca, “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır”. Yabancılık unsurunun söz konusu olmadığı durumlarda, HUMK hükümleri uygulanacaktır.

Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği durumlarda, taraflar, MTK hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi başka tahkim kurallarının uygulanmasını da kararlaştırmaktadırlar. Bu kapsamda, örneğin kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarının uygulanması öngörülebilmektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda MTK hükümleri uygulanırsa bile MTK’nın emredici hükümleri dışında taraflar istedikleri kuralları seçilebilmektedir.

İsviçre, İsviçreli olmayan taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda ve İsviçre ile esasen bir bağlantısı bulunmayan işlemlerde, diğer ülkelerden daha sık tahkim yeri olarak seçilmektedir¹²⁰⁸. Bugün İsviçre IPRG, İsviçre’de milletlerarası ticarî tahkime ilişkin tek ve nihai düzenlemeyi teşkil etmektedir. Ancak, taraflar, tahkime ilişkin IPRG yerine 1969 tarihli Kantonal Usul Hukuku hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar¹²⁰⁹.

İsviçre IPRG m. 176 (I) (1) uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yerinin İsviçre olduğu ve taraflardan en az birinin tahkim anlaşması yapılırken ikametgâhının veya mutad meskeninin İsviçre dışında bulunduğu tahkimlere IPRG bölüm 12 uygulanmaktadır.

Tahkim konusuyla ilgili olarak Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler bulunmaktadır. MÖHUK m. 1 uyarınca bu sözleşmeler öncelikli olarak

¹²⁰⁵ 4686 sayılı ve 21.06.2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”), RG 05.07.2001–24453.

¹²⁰⁶ Kanun metni için bkz. Lowenfeld, *Arbitration* 1, s. 237–284.

¹²⁰⁷ Kanun metni için bkz. Lowenfeld, *Arbitration* 1, s. 227–236.

¹²⁰⁸ Bucher, s. 15.

¹²⁰⁹ A.e., s. 17.

uygulanacaktır. 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York BM Sözleşmesi (New York UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) (“New York Sözleşmesi”)¹²¹⁰, sadece Türkiye’nin değil ABD, İngiltere ve İsviçre dâhil birçok dünya ülkesinin tahkim konusunda taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin en başlıca örneğidir. New York Sözleşmesi, 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun¹²¹¹; 21.04.1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Avrupa Cenevre Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration) (“Cenevre Sözleşmesi”)¹²¹², 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun¹²¹³; 14.10.1966 tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) (“ICSID”)¹²¹⁴ ise, 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun¹²¹⁵ ile onanarak Türkiye’de yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, ayrıca, birçok ülkeyle yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması konusunda ikili anlaşmalar yapmıştır¹²¹⁶. Türkiye ile ABD arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması¹²¹⁷ m. VI (3) (b) ile ICSID tahkim merkezinin yetkisi kabul edilmiştir. Fakat bunun için şu şartların yerine getirilmesi gerekmektedir: i) Uyuşmazlık, yatırımcı tarafından herhangi bir nedenle önceden kararlaştırılmış bir kuruma tevdi edilmemiş olmalıdır. ii) Yatırımcı, uyuşmazlığı ev sahibi ülke mahkemelerine veya yetkili adlî makamlarına getirmemiş olmalıdır.

Türkiye ile İsviçre arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması¹²¹⁸ m. 8 (2) uyarınca, yatırımcı ile yatırıma ev sahipliği yapan ülke

¹²¹⁰ İngilizce ve Türkçe kanun metni için bkz. Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Tahkim (“Tahkim”)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 321–330; Esin, İsmail/Lew, Julien/Wegen, Gerhard, **Materials on International Arbitration (“Arbitration”)**, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 253–259; Lowenfeld, **Arbitration 1**, s. 299–305.

¹²¹¹ RG 21.05.1991 – 20877.

¹²¹² İngilizce ve Türkçe kanun metni için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 331–344.

¹²¹³ RG 21.05.1991 – 20877.

¹²¹⁴ İngilizce ve Türkçe kanun metni için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 345–390; Lowenfeld, **Arbitration 1**, s. 309–329.

¹²¹⁵ RG 06.12.1988 – 19830.

¹²¹⁶ Geniş bilgi için Bırsel, Mahmut/Budak, Ali Cem, “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?**, Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, C. I, Ankara: BTHAE Yayınları, 1997, s. 190–198; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 159–673.

¹²¹⁷ RG 13.08.1989 – 20251.

¹²¹⁸ RG 06.10.1989 – 20304.

arasındaki uyuşmazlıklar görüşmeler yoluyla çözümlenecektir ve m. 8 (3) uyarınca, görüşmeler yoluyla 1 yıl içinde anlaşma sağlanamaz ise uyuşmazlık yatırımcının yazılı izin vermesi şartıyla ICSID tahkim merkezine götürülecektir. Bunun için, yatırımcının işbu 1 yıllık süre içerisinde ev sahibi ülkenin adlî mercilerine başvurmuş ve kesin karar almamış olması gerekir.

Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması¹²¹⁹ m. 8 uyarınca, taraflar arasındaki yatırım uyuşmazlığı 1 yıl içinde ev sahibi ülkenin millî hukukunun öngördüğü çözüm yolları ile giderilmeye çalışılır. Aksi takdirde, yatırımcının yazılı rızası ile ICSID tahkim merkezinde çözümlenecektir.

Tahkim, çeşitli başlıklar altında incelenmektedir. Zorunlu tahkimde, kanun veya diğer ilgili mevzuatla uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında tahkim yoluyla çözümü zorunlu tutulurken ihtiyari tahkimde, taraf iradelerine tâbi olan ve sulhe elverişli olan konularda tahkim yoluna başvurulabilmektedir¹²²⁰.

Taraflar, ihtiyari tahkim kapsamında aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için kurumsal tahkim yoluna¹²²¹ veya ad hoc tahkime¹²²² başvurabilirler¹²²³. Kurumsal tahkimde, tahkim usulüne uygulanacak kuralları içeren düzenlemeleri olan bir tahkim kurumunda tahkimin yürütülmesi söz konusu olurken ad hoc tahkimde, belirli bir tahkim kurumu bulunmamakta ve tarafların olaya özgü olarak belirlediği hakemler, seçilen tahkim kuralları uyarınca uyuşmazlığı çözümlemektedir. Ad hoc tahkimde

¹²¹⁹ RG 22.02.1995 – 22210.

¹²²⁰ Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 208.

¹²²¹ Örneğin, ICC tahkim, ICSID tahkim, Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, Amerikan Tahkim Birliği, İsviçre Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Mahkemesi, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu, TOBB Tahkim Merkezi, İTO Tahkim Merkezi.

¹²²² Örneğin, UNCITRAL tahkim.

¹²²³ Geniş bilgi için bkz. Collier, John/Lowe, Vaughan, **The Settlement of Disputes in International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2000, s. 45-185; Dayınlarlı Kemal, **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim (“Tahkim”)**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007, s. 1 vd.; Erdoğan, Feyiz, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim (“Tahkim”)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 136-161; Esin/Lew/Wegen, **Arbitration**, s. 5 vd.; Esin, İsmail/Lew, Julien/Wegen, Gerhard, **Milletlerarası Tahkim Mevzuatı (“Tahkim”)**, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 3 vd.; Kalpsüz, Turgut, **Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim (“Tahkim”)**, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1990, s. 1 vd.; Keser Berber, Leyla, **Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması (“ICC”)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999, s. 1 vd.; Keser Berber, Leyla, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu (“Tahkim”)**, İstanbul: Alfa Basım, 1999, s. 173-192; Lowenfeld, **Arbitration 1**, s. 72-195; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 69-99; Yılmaz, İlhan, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID (“ICSID”)**, İstanbul: Beta Basım, 2004, s. 1 vd.; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 1 vd.; Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 257 vd.; Şit, Banu, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005, s. 1 vd.

önceden belirlenmiş usul kurallarının yokluğu, tahkim sürecinin gizli yürütülmesinden ve seçilen hakemlerin doğru ve bağlayıcı karar verebileceğinden şüphe edilmesi kurumsal tahkimin tercih edilmesine neden olmuştur. Buna karşın, kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim prosedürleri üzerindeki bürokratik denetim ve müdahalesinden duyulan endişeler veya bu tür kurumların uluslararası sermayenin manivelası olduğuna ilişkin düşünceler ad hoc tahkimin tercih sebeplerini oluşturmaktadır¹²²⁴.

MTK'ya ilişkin ilk taslakta, tahkim sözleşmesi kavramına yer verilmişken ikinci taslakta, tahkim anlaşması başlığı kullanılmıştır. Kanunda sözleşme ile kastedilen husus, tarafların aralarında var olan maddî hukuk sözleşmesidir. Tahkim anlaşması kavramı ise, hem taraflar arasındaki tahkim sözleşmesini hem de tahkim şartını kapsayacak şekilde kullanılmıştır¹²²⁵.

MTK 4/1 c. 2 uyarınca, tahkim anlaşması, taraflar arasındaki asıl sözleşmeye konan bir tahkim şartı ile kararlaştırılabileceği gibi ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapılabilir. MTK m. 4/2 c. 2 uyarınca, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. Cenevre Sözleşmesi m. I (2) (a) uyarınca, taraflar, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme yaparak tahkime gitmeyi kararlaştırabilirler veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmak yerine aralarındaki asıl sözleşmeye bir tahkim şartı koyabilirler. UNCITRAL Model Kanun m. 7 (1) hükmünde de, aynı kural tekrarlanmıştır.

Tahkim, bir üst kavram olarak tahkim anlaşması ve hakem sözleşmesini kapsamaktadır: i) MTK m. 4 uyarınca, tahkim anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları bir anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, New York Sözleşmesi m. II (1)'den alıntıdır. ii) Hakem sözleşmesi ise, tahkim anlaşmasının taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki haklar ve

¹²²⁴ Cremades, s. 97; Nomer, **MUH**, s. 195; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 3; Nomer/Şanlı, s. 516.

¹²²⁵ Deren Yıldırım, Nevhis, **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları ("Tahkim")**, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2004, s. 21–22; Kalpsüz, Turgut, "Tahkim Anlaşması", **Ünal Tekinalp'e Armağan ("Armağan")**, C. 2, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 1030.

yükümlülükler gibi maddî hukuka ve usule ilişkin hukukî ilişkileri düzenleyen, hakem yargılamasının esas ve usullerini belirleyen, borçlar hukuku ve usul hukuku kapsamında yer alan bir sözleşmedir. Hakem sözleşmesi, tahkim anlaşmasının yerine getirilmesini sağlamaktadır. Tahkim anlaşmasının geçersiz olması hakem sözleşmesinin de geçersizliği sonucunu doğurmaktadır¹²²⁶.

Çoğunluğun görüşü, tahkimin özellikle doğurduğu sonuçlar bakımından usul hukuku sözleşmesi olduğu yolundadır. Bununla beraber, tahkim sözleşmesi, aynı zamanda bir maddî hukuk sözleşmesi olduğundan dolayı gerek kuruluşu gerekse geçerliliği bakımından BK'nın genel hükümlerine tâbi olmalıdır¹²²⁷.

İyi bir biçimde kaleme alınmış bir tahkim anlaşması mutlaka şu hususları içermelidir¹²²⁸: i) Tahkim konusu. ii) Tahkim yeri ve hakemlerin atanma usulü. Bunların yanı sıra, tahkim anlaşmalarında genellikle: i) Tahkimi yönetecek organ. ii) Tahkim usulüne uygulanacak hukuk. iii) Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmektedir.

Yine MTK'da ifade edildiği üzere taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların tümünün tahkim yoluyla çözümlenebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi bu uyuşmazlıklardan sadece belirli bir bölümünün tahkim yoluyla çözümlenebileceğini de öngörebilmektedirler. Esasında bu tür tahkim şartları, aynı dava içinde birden çok konuyu ilgilendiren uyuşmazlıklar olabileceği için uyuşmazlıkların çözümünü güçleştirmektedir¹²²⁹.

UNCITRAL Model Kanunu'nu örnek alan diğer kanunlarda olduğu gibi Türk hukukunda da, milletlerarası tahkim açısından uyuşmazlığın mutlaka bir sözleşmeden kaynaklanması aranmamaktadır. Taraflar arasındaki hukukî ilişki ister sözleşmeden kaynaklansın ister kaynaklanmasın fark etmemektedir. Bu nedenle, haksız fiilden,

¹²²⁶ Nomer/Şanlı, s. 514; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 673; Taşkın, Alim, **Hakem Sözleşmesi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000, s. 8–9.

¹²²⁷ Deren Yıldırım, **Tahkim**, s. 26; Kalpsüz, **Armağan**, s. 1042; Üstündağ, s. 935.

¹²²⁸ Lowenfeld, Andreas F., **International Litigation and Arbitration ("Arbitration 2")**, St. Paul, MN: Thomson West, 2006, s. 251.

¹²²⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 80–81.

sebepsiz zenginleşmeden veya kanundan kaynaklanan hukukî ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında da tahkime başvurulabilecektir¹²³⁰.

Doktrinde kabul edildiği üzere, tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tahkime konu teşkil eden mevcut ve ileride doğabilecek uyuşmazlığın doğumuna sebep olan veya olacak olan hukukî ilişkinin tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada mevcut olması şart değildir, belirlenebilir olması yeterlidir¹²³¹. Diğer taraftan, MTK m. 4 hükmünün lâfzî yorumundan muhtemel hukukî ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkime başvurulamayacağı sonucuna varılmaktadır¹²³².

Anlaşmanın yapıldığı anda belirli olması gereken uyuşmazlık değil taraflar arasındaki hukukî ilişkidir. Belirli bir hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın mutlaka doğmuş olması aranmadığından gelecekte doğacak uyuşmazlıklar da anlaşmaya konu olabilir. MTK m. 4 hükmündeki, tahkime konu uyuşmazlığın doğmuş ve doğabilecek bir uyuşmazlık olabileceği ilkesi UNCITRAL Model Kanun m. 7 (1) ile Cenevre Sözleşmesi m. I (1) (a) hükmünde aynen yer almaktadır. İngiliz hukukunda da, tahkim anlaşması bir sözleşmeden doğsun veya doğmasın mevcut veya ileride çıkacak uyuşmazlıkların hakemde çözülmesini öngören bir anlaşmadır. İsviçre IPRG m. 178 (III) (3) hükmünden milletlerarası tahkimde henüz doğmamış uyuşmazlıkların halli için geçerli bir tahkim anlaşması yapılabileceği anlaşılmaktadır.

MTK m. 5 uyarınca, “Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir”. Diğer deyişle, aralarında tahkim anlaşması bulunmamasına karşın taraflar, uyuşmazlık hakkında dava açılmasından sonra da tahkim yoluna başvurulmasını kararlaştırabilirler. İngiliz hukukunda, benzer şekilde tahkim sözleşmesinin uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da yapılması (submission agreement) mümkündür¹²³³.

¹²³⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 80; Deren Yıldırım, **Tahkim**, s. 22; Erdoğan, **Tahkim**, s. 203; Kalpsüz, Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim (“Milletlerarası Tahkim 1”)**, Ankara: BTHAE Yayınları, 2007, s. 34.

¹²³¹ Kalpsüz, **Armağan**, s. 1029; Kuru, s. 5940–5941; Nomer, **MUH**, s. 191; Nomer/Şanlı, s. 512–513.

¹²³² Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim 1**, s. 34.

¹²³³ Clarkson/Hill, s. 250.

Tahkimin en fazla uygulandığı uyuşmazlıklar, milletlerarası ticarî sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Uluslararası ticarî tahkimden kaynaklanan ve bazıları aşağıda incelenecek olan başlıca kanunlar ihtilafı meseleleri, şunlardır¹²³⁴: i) Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olup olmadığı. ii) Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk. iii) Tahkim usulüne uygulanacak hukuk ve tahkim yeri. iv) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk. v) Tahkim anlaşmasının mahkemenin yetkisine etkisi. vi) Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi.

2. Tahkime Elverişlilik

Yabancılık unsuru taşıyan hisse devri kapsamında imzalanan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulup başvurulamayacağı ile ilgili olarak tahkime elverişlilik (arbitrability) kavramı önem taşımaktadır.

Her millî hukuk hangi uyuşmazlıkların mutlak olarak devlet yargısında çözüleceğini ve hangi uyuşmazlıkların tahkime götürülemeyeceğini belirleme hakkına sahiptir¹²³⁵. Milletlerarası tahkimle ilgili millî hukuklar, tahkime elverişlilik meselesinde hangi hukukun uygulanacağı konusunda hüküm getirmemiş ve buna karşılık, doğrudan hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceğini veya çözümlenemeyeceğini belirtmiştir. Millî hukukların tahkime elverişlilik meselesindeki ikinci yaklaşımı, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri veya uzlaşabilecekleri haklar konusunda tahkime gitmelerine izin verilmesidir. Millî hukukların tercih ettiği bir başka yaklaşım ise, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda tahkime gidebileceklerini kabul etmek ancak belirli istisnaları da açıkça kanunda belirtmektir¹²³⁶.

Tahkime elverişlilik; objektif elverişlilik ve subjektif elverişlilik olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif elverişlilik, hangi uyuşmazlıkların¹²³⁷ tahkime elverişli olduğu

¹²³⁴ Clarkson/Hill, s. 250.

¹²³⁵ Collier/Lowe, s. 203; Özel, **Tahkim**, s. 39.

¹²³⁶ Collier/Lowe, s. 203; Özel, **Tahkim**, s. 51–52.

¹²³⁷ Konulara göre tahkime elverişlilik hakkında geniş bilgi için bkz. Özel, **Tahkim**, s. 39–50.

konusunu kapsarken subjektif elverişlilik ise, kimlerin tahkim anlaşması yapmaya ehil olduğu konusunu kapsamaktadır¹²³⁸.

Türk hukukunda HUMK m. 518 uyarınca, “Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesialde tahkim cereyan etmez.” hükmüne yer vererek sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri konuların tahkime elverişli olduğu kabul edilmiştir. HUMK Tasarısı m. 412, bu düzenlemeye ek olarak taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı hususunu ayrıca belirtmiştir.

Türk hukukunda, objektif bakımdan tahkime elverişliliği belirlemedeki kriter, uyuşmazlıkların sulh yoluyla halledilebilecek bir konu olup olmadığıdır ve bunun dışında, hakemlerin göz önünde tutmaları gereken husus, tahkime elverişliliği düzenleyen emredici bir hukuk kuralının bulunup bulunmadığıdır¹²³⁹.

MTK m.1 uyarınca, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda ve iki tarafın iradelerine tâbi olan konularda MTK hükümleri uygulanacaktır. MTK m. 15 (A) uyarınca, hakem kararlarına karşı açılacak iptal davasında mahkeme tarafından hakem ve hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmamasının tespiti bir iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. MÖHUK m. 62 (1) (c) uyarınca, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse tenfiz isteminin reddedileceği hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün mümkün olup olmadığı konusu, hâkim tarafından re’sen araştırılacak bir konudur.

Türk hukuku açısından dikkat edilmesi gerekli bir nokta da, HUMK m. 13 hükmünden hareketle kesin yetkili mahkemenin söz konusu olduğu diğer uyuşmazlıkların milletlerarası hakem yargılamasının dışına çıkarılmamasıdır¹²⁴⁰.

İsviçre IPRG m. 7 uyarınca, taraflar tahkime elverişli her konuda tahkim anlaşması yapabilirler. IPRG m. 177 (II) (1) uyarınca, malvarlığı ile ilgili olan her

¹²³⁸ Özel, **Tahkim**, s. 38.

¹²³⁹ Deren Yıldırım, Nevhis, “Tahkim ve Objektif Açıda Tahkime Elverişlilik”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan (“Armağan”)**, 2007, s. 55.

¹²⁴⁰ Deren Yıldırım, **Tahkim**, s. 30.

konuda tahkim yoluna başvurulabilir. Sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler ile aile hukukundan, miras hukukundan ve eşya hukukundan doğan para alacakları, kişilik haklarının ihlali, haksız rekabet, fikrî mülkiyet ve ortaklıklar hukukuna ilişkin talepler malvarlığı kapsamında sayılan durumlar arasında yer almakta ve bunlardan doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir¹²⁴¹.

Özetle, millî hukuklar kendi kapsamları açısından hangi konuların tahkime elverişli olduğunu saptamışlardır. Diğer bir mesele, hangi bağlama noktası yardımıyla tahkime elverişlilik meselesinin çözümleneceğidir. Burada, dört farklı aşamada tahkime elverişliliğin ele alınması gerekir¹²⁴²:

i) Hakem heyeti önüne gelen tahkime elverişlilik iddiasında tahkim yerinin maddî hükümleri büyük önem arz etmektedir. Bu noktada, kararın tenfiz edileceği ülkenin kamu düzeni kurallarının ihlal edilip edilmediği veya bu ülke hukukuna göre uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına bakılmıştır¹²⁴³.

ii) Taraflardan birinin tahkim anlaşmasının varlığına rağmen prosedüre katılmaması veya millî mahkemede uyuşmazlığın çözümü için dava açması halinde mahkeme, tahkime elverişlilik meselesini karara bağlamak zorundadır. Bir görüşe göre, burada tahkime elverişlilik meselesinin lex fori'ye göre belirlenmesi önerilmiştir. Bir başka görüş ise, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkime elverişlilik meselesine uygulanmasıdır. Bir diğer görüş ise, temeldeki ilişki ile en yakın ilişkili ülke hukukunun uygulanması yolundadır¹²⁴⁴.

iii) New York Sözleşmesi m. 5 (2) (a) ve UNCITRAL Model Kanun m. 36 (1) (b) (i) uyarınca, hakem kararının tanınması ve tenfizi için mahkemeye başvurulması halinde tahkime elverişlilik, lex fori'ye göre tespit edilecektir. Bir görüşe göre, uyuşmazlık konusunun söz konusu ülkenin meşru menfaatlerine bir etkisi yoksa lex fori

¹²⁴¹ Deren Yıldırım, **Armağan**, s. 59.

¹²⁴² Özel, **Tahkim**, s. 54-58.

¹²⁴³ A.e., s. 55.

¹²⁴⁴ Okezie, Chuckwumerije, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, Westport: Quorum Books, 1994, s. 56-58.

tahkime elverişlilik üzerinde söz sahibi olmamalıdır. Dolayısıyla, ticarî işlemle gerçek ve yakın ilişkisi olan ülke kendi hukukuna göre tahkime elverişliliği belirlemelidir¹²⁴⁵.

iv) UNCITRAL Model Kanun m. 34 (2) (b) (i) hakem kararının iptali davasında tahkime elverişsizliği bir iptal sebebi olarak görmüş ve bu meselenin iptal davasının açıldığı ülkenin hukukuna göre belirleneceğine hükmetmiştir. İptal davasının açılacağı mahkeme ise, tahkim yeri mahkemesidir.

3. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

Hakem kurulunun yetkisi ile tahkim anlaşmasının ve buna dayalı olarak verilen hakem kararının tanınması, tahkim anlaşmasının gerek şeklen gerekse esasen geçerli sayılmasına bağlıdır¹²⁴⁶.

a. Tahkim Anlaşmasının Şekline Uygulanacak Hukuk

Şekle dayanan geçersizlik halleri pek nadirdir. Çünkü, birçok hukuk sistemi sadece yazılılık şartını yeterli görmüştür¹²⁴⁷. Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, UNCITRAL Model Kanun ve onu izleyen milletlerarası tahkim kanunlarında tahkim anlaşmasının şekli ve geçerliliğine ilişkin türlü maddî hükümler bulunmaktadır. Aranılan şekil şartı yazılılıktır. Ancak, bu yazılılık şartı, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına cevap verir şekilde geliştirilmiştir¹²⁴⁸.

New York Sözleşmesi m. II (2) hükmüne göre, “Yazılı anlaşma teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup ve telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye derc edilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır”. UNCITRAL Model Kanun m. 7 (2) hükmü de, New York Sözleşmesi'ne paralel bir düzenleme getirmiştir.

Cenevre Sözleşmesi, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin şekli konusunda oldukça esnek bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, tahkim sözleşmesi veya şartı yazılı olmalıdır. New York Sözleşmesi'nden farklı olarak burada, teleks aracılığıyla yapılan haberleşme türüne de atıf yapılmıştır. Kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan

¹²⁴⁵ Okezie, s. 59.

¹²⁴⁶ Collier/Lowe, s. 206.

¹²⁴⁷ A.e., s. 206.

¹²⁴⁸ Özel, **Tahkim**, s. 62.

lkeler arasındaki ilişkilerde bunların kanunlarına uygun şekilde yapılan tahkim anlaşmaları da geçerli sayılacaktır.

MTK m. 4/2 c. 2 uyarınca, “Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması veya dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir”. New York Sözleşmesi’ndeki teati şartı burada aranmamıştır.

Diğer taraftan, New York Sözleşmesi’nde UNCITRAL Model Kanun ve MTK’da olduğu üzere dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması durumunda, yazılı bir tahkim kaydının varlığının kabul edileceğine ilişkin bir kural söz konusu değildir.

İsviçre IPRG m. 178 (III) (1), tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılmasını aramaktadır. Tahkim anlaşmasının, telgraf, teleks, faks veya anlaşmanın bir metinle ispatını mümkün kılan diğer bir haberleşme aracılığıyla yapılmış olması yeterlidir, tarafların imzası bile aranmamıştır. Burada, New York Sözleşmesi’nden farklı olarak teatiden bahsedilmemiştir.

İngiliz hukukunda, tahkim anlaşması: i) Taraflarca imzalanmış olmasa bile yazılı yapılmışsa, ii) Tarafların karşılıklı yazışmaları ile yapılmışsa, iii) Mevcudiyeti yazılı delillerle ispat edilebiliyorsa yazılı olarak yapılmış kabul edilmektedir. AA bölüm I m. 5’deki diğer hâllerde de anlaşmanın yazılı yapılmış olduğu kabul edilmektedir. Yazılı başka hükümlere sözlü olarak atıfta bulunulması halinde yazılı bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır¹²⁴⁹.

UNCITRAL Model Kanun, MTK ve İngiltere AA uyarınca, taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

¹²⁴⁹ Yeşin, Erdoğan, “İngiliz Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?**, Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, C. I, Ankara: BTHAE Yayınları, 1997, s. 105-126.

b. Tahkim Anlaşmasının Taraflarının Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi tahkim sözleşmesinde de gerçek kişi ve tüzel kişi olan tarafın tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine sahip bulunması gerekmektedir. Ehliyetsiz tarafın yaptığı tahkim sözleşmesi, hukuken geçersiz olmakta ve geçersizlik gerek hakem kararının iptaline gerekse tenfiz reddine sebep olmaktadır¹²⁵⁰.

Türk hukukunda BK m. 388/3 uyarınca, vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo tahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile sınırlandıramaz. Aynı şekilde, Tasarı'da yer verilmeyen HUMK m. 63'e göre, avukatın tahkim anlaşması yapabilmesi için özel bir yetkiye ihtiyacı vardır.

Vekilin tahkim anlaşması yapma konusunda özel yetkiye sahip olup olmaması meselesi, temsil statüsü olarak vasıflandırılmalıdır. Bu noktada, temsil statüsüne uygulanacak hukuka bakmak gerekmektedir¹²⁵¹. MÖHUK m. 30 (2) uyarınca, "Temsilcinin bir fiilin temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyerinin bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir".

c. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk; temel olarak taraf iradelerinin geçerliliğine veya geçersizliğine, başka deyişle tarafların bağlayıcı olarak tahkim anlaşması yapıp yapamayacağına karar vermektedir¹²⁵².

Tahkim anlaşmasının maddî geçerliliği dört aşamada inceleme konusu yapılabilmektedir¹²⁵³:

i) Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen bir taraf millî mahkemede dava açarsa karşı taraf tahkim itirazında bulunacak ve davanın reddini isteyecektir. Bu aşamada, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerine bir karar vermesi

¹²⁵⁰ Collier/Lowe, s. 204; Özel, **Tahkim**, s. 67; bkz. Üçüncü Bölüm, Ortaklıklara Uygulanacak Hukuk, s. 206 vd.

¹²⁵¹ Özel, **Tahkim**, s. 77.

¹²⁵² A.e., s. 79.

¹²⁵³ Collier/Lowe, s. 206; Özel, **Tahkim**, s. 79-86.

gerekmektedir. MTK m. 4/3 uyarınca, “Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir”.

ii) Hakem kurulu önünde ileri sürülen geçersizlik iddiasında öncelikle tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuka göre karar verilmektedir. Hukuk seçiminin yokluğunda New York Sözleşmesi m. V (1) (a) ile UNCITRAL Model Kanun m. 36 (1) (a) (i) hükmünde olduğu üzere çoğunlukla tahkim yeri hukuku esas alınmaktadır.

iii) İptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası iptal davası açılan mahkeme tarafından çözümlenecektir. UNCITRAL Model Kanun m. 34 (2) (a) (i), tahkim anlaşmasının esasına tarafların seçtiği hukukun uygulanacağını böyle bir seçim yoksa iptal davası açılan mahkemenin hukukunun uygulanacağını öngörmüştür.

iv) Hakem kararlarının tenfizi ve tanınması aşamasında New York Sözleşmesi tenfiz engeli olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğini öngörmüştür. m. V (1) (a) hükmüne göre, tenfiz hâkimi, bu meseleyi taraflarca seçilen hukuka veya hakem kararının verildiği yer hukukuna bakarak çözümleyecektir. Bu bağlama noktaları aynen MÖHUK m. 62 (1) (e) hükmünde de, kabul edilmiştir.

MTK m. 4/3 uyarınca, “Tahkim anlaşması, tarafların asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacaktır”. Bu kapsamda, tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın taraf iradelerine tâbi olan bir konuda olması, tahkim iradesinin olması, uyuşmazlığa ilişkin konunun belirli olması, tahkim anlaşmasının ahlâka aykırı olmaması gibi Türk hukukunda aranan şartların mevcut olması gerekmektedir¹²⁵⁴.

MTK m. 4/3 hükmü, İsviçre IPRG m. 178 (III) (2)’den alınmıştır. Buna göre, tahkim anlaşması, esas bakımından taraflarca seçilen uyuşmazlığa ve özellikle asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir. Burada, MTK’den farklı olarak alternatif bir seçim söz konusudur.

¹²⁵⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 599-604.

İngiliz hukukunda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca kararlaştırılmamış ise tahkim yeri hukuku, tahkim yeri hukuku belirlenmemişse sözleşmeyle en yakın ilişkili yer hukuku uygulanır¹²⁵⁵.

ABD hukukunda CoL II bölüm 187–188 uyarınca, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca kararlaştırılabilir aksi takdirde tahkim konusu iş ve işlemle en yakın ilişkili ülke veya eyalet hukuku uygulanmalıdır.

Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki asıl sözleşmeden bağımsız olup asıl sözleşmenin geçerli veya geçersiz olması tahkim şartının veya tahkim sözleşmesinin de aynı sonucu doğuracağı anlamına gelmez (tahkimin istiklali, severability, separability). MTK m. 474 ve İsviçre IPRG m. 178 (III) (3), bu kuralı teyid etmektedir. İngiliz hukukunda da, aynı prensip benimsenmiştir¹²⁵⁶.

4. Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Tahkim Yeri

Tahkim usulü, taraflarca veya hakemlerce seçilen kurallara tâbidir. Seçim yapılmamışsa genellikle tahkim yeri hukuku (lex arbitri), usulü belirleyecektir. Ayrıca, tahkim usulü konusunda ortak bir hukuk uygulaması gelişmektedir¹²⁵⁷.

Tahkim yeri; MTK'nın kapsamının, hakem kararının iptal sebeplerinin ve iptal davasının açılacağı yerin, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, tahkime elverişlilik ve hakem kararının tenfiz engellerinin bulunup bulunmadığının da belirlenmesinde önem taşımaktadır¹²⁵⁸.

Milletlerarası tahkim uygulamasında tahkim yerinden iki farklı durum anlaşılmaktadır¹²⁵⁹: i) Tahkimin hukuken kendisi ile irtibat halinde olduğu yer (seat of arbitration). ii) Tahkimle ilgili türlü işlemlerin yapıldığı yer (arbitration place).

MTK m. 9/1 uyarınca, “Tahkim yeri taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir”. İsviçre IPRG m. 176 (I) (3)

¹²⁵⁵ Clarkson/Hill, s. 252.

¹²⁵⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 90; Collier/Lowe, s. 213; Deren Yıldırım, **Tahkim**, s. 51–53; Kalpsüz, **Armağan**, s. 1041; Özel, **Tahkim**, s. 35; Yeşin, s. 111.

¹²⁵⁷ Clarkson/Hill, s. 253; Collier/Lowe, s. 235–236; Nomer, **MUH**, s. 193; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 2; Nomer/Şanlı, s. 514; Özel, **Tahkim**, s. 102.

¹²⁵⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 126.

¹²⁵⁹ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim 1**, s. 37.

uyarınca, tahkim yeri, taraflarca ve tayin ettikleri tahkim kurumunca kararlaştırılmaz ise hakemlerce belirlenir. Tahkim yerini belirlemede tahkimin gerçekte nerede cereyan ettiği (oturumların ve görüşmelerin yapıldığı, tarafların dinlendiği, tahkim kararının imzalandığı yer) sorusu, İsviçre hukuku açısından hiçbir değer taşımamaktadır.

UNCITRAL Model Kanun m. 20 uyarınca, taraflar, tahkim yerini serbestçe seçebilmekte ve seçim yapılmamışsa tahkim yeri hakem kurulunca belirlenmektedir. Aksi kararlaştırılmadıkça bazı özel nedenlerle hakem kurulu, toplantılarını uygun gördüğü başka herhangi bir yerde yapabilmektedir. Cenevre Sözleşmesi m. IV (1) (b) (ii) uyarınca, taraflar, tahkim yerini serbestçe seçebilmektedirler ve m. IV (4) (c) uyarınca, eğer tahkim yeri taraflarca seçilmemişse bu kez hakemler tahkim yerini seçebileceklerdir. UNCITRAL Tahkim Kuralları (UNCITRAL Arbitration Rules)¹²⁶⁰ ve MTO Tahkim Kuralları (Rules of Arbitration of the ICC)¹²⁶¹, hemen hemen aynı hükümleri içermektedir.

MTK m. 8 (A)/1 uyarınca, “Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını bu Kanun’un emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilirler veya bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler”. MTK m. 8 (A)/2 uyarınca, “Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu MTK hükümlerine göre yürütür”. Dolayısıyla, Türk hukukunda, irade muhtariyeti ilkesi MTK’nın emredici hükümleriyle sınırlandırılmıştır¹²⁶².

Taraflar, tahkim usulüne uygulanacak kuralları tahkim şartı veya sözleşmesinde kararlaştırabilecekleri gibi bu kuralları tahkim yargılaması başladıktan sonra da kararlaştırabilmektedirler¹²⁶³.

İsviçre IPRG m. 182 (VI) (1) (1) uyarınca, taraflar, tahkim usulüne uygulanacak hukuku ya serbestçe ya da milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak tayin edebilirler. IPRG m. 182 (VI) (1) (2) uyarınca, tahkim usulüne

¹²⁶⁰ Kural metni için bkz. Esin/Lew/Wegen, *Arbitration*, s. 231–250; Lowenfeld, *Arbitration 1*, s. 211–226.

¹²⁶¹ İngilizce ve Türkçe kural metni için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 391–426; Esin/Lew/Wegen, *Arbitration*, s. 5–35; Lowenfeld, *Arbitration 1*, s. 165–188.

¹²⁶² Kalpsüz, *Milletlerarası Tahkim 1*, s. 79; Özel, *Tahkim*, s. 101.

¹²⁶³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 121–122.

uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmemişse hakemlerce serbestçe ya da milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılarak belirlenebilir.

5. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku asıl sözleşmede, tahkim sözleşmesinde veya sonraki bir anlaşmayla kararlaştırabilmektedirler. Tarafların hukuk seçimi, açık veya zımni olarak gerçekleşmektedir. Hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde esasa uygulanacak hukuk konusunda genellikle hakem kurulu, karar vermektedir¹²⁶⁴.

Türk hukukunda MTK m. 12 (C)/1 c.1 uyarınca, “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir”. Cenevre Sözleşmesi m. VII (1) c. 1 uyarınca, “Taraflar, hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler”. İsviçre IPRG m. 187 (VIII) (1) (1) uyarınca, hakemler taraflarca seçilen hukuka göre karar verirler. UNCITRAL Model Kanun m. 28 (1) c. 1 uyarınca, “Hakem kurulu, taraflarca ihtilafın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk kurallarına uygun olarak karar verir”.

MTK m. 12 (C)/1 c. 2 uyarınca, “Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüller göz önüne alınır”. Bu hüküm esas itibarıyla UNCITRAL Model Kanunu m. 28 (4) hükmünden alınmıştır. Ancak, UNCITRAL Model Kanunu’nda taraflar arasındaki ilişkiye uygulanması söz konusu olan ticarî örf ve adetten bahsedilmektedir. MTK uyarınca göz önüne alınması söz konusu olan ticarî örf ve adet ise uygulanacak hukuka ait örf ve adettir¹²⁶⁵.

MTK m. 12 (C)/1 c. 3 uyarınca, seçilen hukuk aksi belirtilmedikçe uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen maddî hukuktur. Taraflar milletlerarası tahkimde uygulanacak usul hukukunu da serbestçe seçme imkânına sahiptirler. Bu

¹²⁶⁴ Clarkson/Hill, s. 255–256; Collier/Lowe, s. 247; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim 1**, s. 74; Özel, **Tahkim**, s. 124.

¹²⁶⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 170.

durumda, bir hukuk seçimi yapıldığında seçilen hukukun ticarî tahkim usulü için mi yoksa uyuşmazlığın çözümü için mi seçildiğinin belirlenmesi gerekmektedir¹²⁶⁶.

Türkiye’de gerçekleşen bir tahkim yargılamasında taraflar, millî hukuk dışında genel hukuk prensipleri, milletlerarası sözleşme hükümleri, UNIDROIT prensipleri gibi anasyonel kuralları seçebilmektedirler¹²⁶⁷.

MTK m. 12 (C)/3 uyarınca, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın hakkaniyet ve nesafet kurallarına (ex aequo et bono) göre veya hakemin dostane aracı (amiable compositeur) olarak karar vermesi suretiyle çözümünde anlaşmış da olabilirler. Bu şekilde karar veren hakemlerin kararlarında hareket ettikleri hakkaniyet ve nesafet kurallarını göstermeleri gerekir. Dostane aracılık ise, bir tahkim olup uyuşmazlığın halli yollarından biri olan uzlaşmadan farklıdır¹²⁶⁸.

UNCITRAL Model Kanun ve İsviçre IPRG’da benzer hükümler yer almaktadır. Cenevre Sözleşmesinde, farklı olarak hakemlerin hakkaniyet ve nesafete göre karar verebilmeleri tarafların bunu açıkça kararlaştırmış olmalarına bağlanmamıştır.

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemişlerse hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemeleri gerekmektedir. Farklı kriterler bulunmakla beraber esas olarak ya kanunlar ihtilafı kuralları yardımıyla dolaylı olarak maddî hukuk bulunur ya da kanunlar ihtilafı sistemi kaldırılarak doğrudan ilişkiyle bağlantılı veya uygun olduğu düşünülen maddî kurallar uygulanır¹²⁶⁹. MTK m. 12 (C)/2 uyarınca, “Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın ilişki içinde olduğu sonucuna vardığı ülkenin maddî hukuk kurallarına göre karar verir”. Bu hükmün esas aldığı İsviçre IPRG m. 187 (VIII) (1) (1) uyarınca, taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemişlerse hakemler uyuşmazlığın en sıkı ilişkide olduğu hukuka göre karar verirler. UNCITRAL Model Kanun m. 28 (2) uyarınca, “Tarafların bu yönde bir seçimde bulunmamış olması halinde, hakem kurulu, uygulanabilir bulunduğu kanunlar

¹²⁶⁶ Özel, **Tahkim**, s. 127.

¹²⁶⁷ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim 1**, s. 74; Özel, **Tahkim**, s. 128.

¹²⁶⁸ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim 1**, s. 77–78.

¹²⁶⁹ Özel, **Tahkim**, s. 131–132; Şanlı, **Uyuşmazlık Çözümü**, s. 215.

ihtilafı kurallarının belirlediği hukuku uygular”. Aynı şekilde, Cenevre Sözleşmesi m. VII (1) c. 2 uyarınca, “Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda hakemler uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kurallarının tayin ettiği hukuku uygulayacaklardır”. Buradan yola çıkarak, MTK kapsamındaki bir tahkimde hakemlerin esasa uygulanacak hukuku Türk kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle belirlemeleri söz konusu olabilir¹²⁷⁰.

B. Hisse Devrinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü

Hisse devri kapsamında imzalanan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için taraflar mahkemeye başvurmak yerine tahkim yoluna¹²⁷¹ başvurmayı tercih edebilmektedirler.

Hisse devir sözleşmesinden doğan borç ilişkilerinde zorunlu tahkime ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından taraflar ihtiyari tahkim yoluna başvurulabileceklerdir¹²⁷².

Milletlerarası birleşme ve devralmalarda, proje kapsamında birden fazla sözleşmenin imzalanması söz konusudur. Birbiriyle bağlantılı olan bu sözleşmelerde gecikmeyi, duplikasyon masraflarını ve aynı konuda birbiriyle çelişkili hakem kararları verilmesini önlemek için tahkim şartının birörnek düzenlenmesinde fayda vardır¹²⁷³.

Taraflar, aralarındaki ilişkiyi ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine hâle gelmemek kaydıyla hisse devri sözleşmesinde serbestçe düzenleyebilmekte hatta, hukuk seçimi ile yetkili mahkeme veya tahkim şartı öngörebilmektedirler. Türk hukukunda, ortaklıklar hukuku ve rekabet hukukunu ilgilendiren konularda genellikle taraf iradelerinin söz konusu olmaması nedeniyle hisse devir sözleşmelerinin bu boyutuyla ilgili olarak tahkim yoluna başvurunun mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Bunun dışında, hisse devri kapsamında imzalanan sözleşmelerin sözleşmeler

¹²⁷⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 171.

¹²⁷¹ Geniş bilgi için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 7 vd.; Erdoğan, **Tahkim**, s. 5 vd.; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim 1**, s. 5 vd.; Karataş, İzzet, **Uygulamada İhtiyari Tahkim**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1999, s. 25 vd.; Kuru, s. 5875–6227; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 1 vd.; Özel, **Tahkim**, s. 5 vd.; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 1 vd.

¹²⁷² Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 208.

¹²⁷³ Cremades, s. 98.

hukukuna ilişkin yönüyle ilgili olarak sözleşmeden doğan borç ilişkileri taraf iradelerine tâbi bir konu olduğundan tahkim yoluna başvuru mümkün olabilecektir¹²⁷⁴.

Sözleşme görüşmeleri aşamasında imzalanan niyet mektubundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim kararlaştırılabilmektedir. Tahkim anlaşması, niyet mektubu kapsamına giren ve bunun gerçekleştirilmesi ile ilgili düşünülebilen tüm talepleri ilgilendirmektedir. Diğer bir deyişle, ön sözleşme ve sözleşme görüşmeleri esnasında kusurdan doğan sorumluluk veya sözleşme dışı taleplerden vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden kaynaklanan talepler üzerinde de tahkim anlaşmasının etkinliği olmalıdır. Ancak, tarafların bu konuda sözleşmede açık bir ifadeye yer vermeleri ve fazla yoruma gidilmemesini sağlayacak düzenlemelerle kendilerini karşı tarafa karşı korumalarında yarar vardır¹²⁷⁵.

Türk hukukunda, ortaklık esas sözleşmesi, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine tâbi bir sözleşme olup bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, genellikle Türk mahkemelerinin yetki alanında yer almaktadır. Oysa, taraflar, yabancılık unsuru taşıyan bir ortaklar sözleşmesini yabancı hukuka tâbi tutabilecekleri gibi buna yetkili mahkeme veya tahkim şartı da ekleyebilmektedirler. Böyle bir durumda, hem yargı yerinin belirlenmesi hem de uygulanacak hukuk ile ilgili çözümü çok güç uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir¹²⁷⁶. Ortaklar sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olmasından dolayı ortaklar tarafından serbestçe şekillendirilebilmektedir¹²⁷⁷. Bu borç sözleşmesi, sadece tarafları bağladığından dolayı hisse devrinde devralan tarafın buradaki tahkim şartıyla bağlı olabilmesi için işbu ortaklar sözleşmesini taraf olarak imzalaması gerekmektedir¹²⁷⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi ve ATM, ortaklık esas sözleşmesine tahkim şartı konulabileceği ve hisse devri yoluyla ortaklığa sonradan katılan yeni ortakların bu hüküm ile bağlı oldukları yönünde karar vermiştir¹²⁷⁹. İsviçre’de, esas sözleşmeye

¹²⁷⁴ Cremades, s. 100; Güven, **Uygulanacak Hukuk**, s. 219–220.

¹²⁷⁵ Dinar, s. 83–84.

¹²⁷⁶ Esin/Lokmanhekim, s. 69.

¹²⁷⁷ Okutan Nilsson, s. 73, s. 110.

¹²⁷⁸ A.e., s. 75, s. 79.

¹²⁷⁹ Cremades, s. 100; BGE 124 III 83 için bkz. <http://www.bger.ch> (10.01.2010); C–214/89 Powell Duffryn plc. v. Wolfgang Petereit (1992) ECR 1755 için bkz. <http://curia.europa.eu> (10.01.2010).

sonradan eklenen tahkim şartı, esas sözleşme değişikliğine katılan ortaklar için bağlayıcıdır. Milletlerarası tahkim şartının eklenmesi için oybirliği aranmaktadır¹²⁸⁰.

İsviçre hukukunda, malvarlığına ilişkin konular tahkime elverişli olarak kabul edildiğinden bu kapsamda ortaklıklar hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklarda da, tahkim yoluna başvurulabilmektedir¹²⁸¹. Devir sözleşmelerinde genellikle uygulanacak hukuk ile uyuşmazlıkların çözümünde yetkiye ilişkin hükümler bulunmaktadır. Taraflar, uyuşmazlık çözümünde yetkili mahkemeden ziyade daha çok tahkim yoluna gitmeyi tercih etmektedirler¹²⁸².

ABD hukukunda, menkul kıymetlerle ilgili uyuşmalıklarda tahkim yolu açıktır. Aracı kurumlar ile yatırımcılar arasında imzalanan sözleşmelerde, genellikle tahkim şartına yer verilmektedir¹²⁸³.

¹²⁸⁰ Monti, Antonio, **Three Essays on International Commercial Arbitration: Arbitration and Corporate Law**, Lugano: ADV Publication House, 2003, s. 80–86.

¹²⁸¹ Deren Yıldırım, **Armağan**, s. 59.

¹²⁸² Tschani/Von Planta/Oertle, s. 88.

¹²⁸³ Özel, **Tahkim**, s. 44.

SONUÇ

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan hisse devirleri, çoğu zaman bir tarafın bir ortaklığın kontrolünü ele geçirmek amacıyla hedef ortaklığın hisselerini tamamen veya kısmen devralması olarak tanımlanabilmektedir. Hisse devri işlemleri ve geçerlilik şartları, ülkeden ülkeye değişmektedir. Aynı şekilde, devir ilişkisinin taraflarına, hisse senedinin ve ortaklığın türüne göre hisse devri farklılık arz etmektedir.

Birçok devralmanın başarısızlıkla sonuçlanması, esasında hedef ortaklığın beklentileri karşılayamamasından değil bu konuda ülke mevzuatlarının farklılık göstermesindendir. Diğer bir etken de, ülke içinde devralmaların tek bir kanunla düzenlenmemiş olup ilgili hükümlerin türlü hukukî düzenlemeler altında dağınık olarak yer almasıdır. Günümüzde, milletlerarası iş hayatı bu engeli bertaraf etmek amacıyla gittikçe artan şekilde ortak bir yol izlemekte ve yeknesak hukukî düzenlemeler öngörmektedir.

Ülkelerin sadece maddî hukuk kurallarında değil kanunlar ihtilafı kurallarında da farklı düzenlemeler getirilmiş veya milletlerarası özel hukukta birleşme ve devralmalar hiç düzenlenmemiştir. Bu durumun yol açtığı problemler nedeniyle zor olmakla beraber millî kanunların uyumlaştırılmasına gidilmiş ve bu yolda Lahey Konvansiyonu ile ilk adım atılmıştır.

Milletlerarası özel hukukta hisse devrine uygulanacak hukukun tespiti için, öncelikle, bağlama konusunun doğru vasıflandırılması gerekmektedir. Uyuşmazlık konusunun; hisse mi, hisse senedi mi yoksa hisseden kaynaklanan haklar mı olduğu net biçimde belirlenmelidir. Şöyle ki; uygulanacak hukuk, konuya göre değişiklik göstermektedir. Genellikle, gayrimaddî mal olarak nitelendirilen hisse veya hisseden kaynaklanan haklara hakkı doğuran hukuk uygulanırken hisse senetlerine de senedin bulunduğu yer hukuku uygulanmaktadır. Hisse devrinin taraflar arasındaki sözleşmesel boyutuna sözleşme statüsü uygulanırken üçüncü kişilere etkisine devir konusu malın tâbi olduğu hukuk uygulanmaktadır. Aynı şekilde, sözleşme görüşmeleri aşamasında ortaya çıkan ilişkilerin sözleşme ilişkisi mi, haksız fiil mi, sebepsiz zenginleşme mi,

vekâletsiz iş görme mi yoksa sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan özel sorumluluk türüne mi girdiğinin uygulanacak hukukun tespiti için netlikle nitelendirilmesi şarttır.

Taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku hisse devir sözleşmesinde sözleşme serbestîsine dayanarak açıkça belirleyebilmektedirler. Bu tarz bir hukuk seçiminin yokluğu halinde sözleşme statüsü objektif esaslara göre belirlenmektedir. Fakat, hisse devrinin ortaklığa ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve sair hisse sahipliğine ilişkin meseleler sözleşme statüsünün kapsamı dışında olup hakkın tâbi olduğu hukuk kapsamında değerlendirilmektedir.

Taraflar hisse devir sözleşmesini hukuk seçimi dâhil olmak üzere serbestçe düzenleyebilmekle beraber ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerini göz ardı etmemelidirler. Örneğin, hisse devir sözleşmesinin şekli, hisse devrinin tamamlanması için gerekli formaliteler, genellikle ortaklık statüsüne göre tespit edilen hukukun ilgili emredici hükümlerine tâbi olup taraflarca aksi düzenlenemeyecek konulardır.

Hisse devir sözleşmelerin imzalanması, devreden açısından hisselerin devri ve devralan açısından satım bedelinin devredene ödenmesini öngören borçlandırııcı bir işlem niteliğindedir. Hisse devir işlemlerinin tamamlanması olarak adlandırabileceğimiz tasarrufî aşamada ise; satım bedelinin ödenmesi, hisselerin el değiştirmesi ve devralanın yeni ortak olarak hisse defterine kaydı esastır. Sözleşmenin imza tarihi ile ifa tarihi arasında belirli bir süre öngörülmekte olup bu süre zarfında taraflar, sözleşmede öngörülen hisse devir işlemlerinin tamamlanabilmesi için gerekli resmi izin ve onayları almakta ve diğer ön şartları yerine getirmektedirler. Burada, uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle tasarrufî işlemin sebebe bağlı olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Buna, malın bulunduğu yer hukuku karar vermektedir. Tasarrufî işlemin mücerret olması kanunlar ihtilafının mevcut prensiplerine de daha uygun düşmektedir. Bu durumda, tasarrufu yapma borcunu meydana getiren hukukî ilişki sözleşme statüsüne tâbi olurken tasarruf işlemine farklı hukukun uygulanması gündeme gelmektedir.

Ortaklık ve hisse yapılarının çeşitliliği nedeniyle hisse devirlerine uygulanacak hukuk konusunda tek bir çözüm önerisi ve tüm hisse devirlerine uygun ortak bir hukuk

seçimi mümkün değildir. Örneğin; doğrudan saklama sisteminde hisselerin nasıl devredileceği konusu, ortaklık statüsüne tâbi olup bu hukuka göre devir için hisse defterine kayıt öngörülüyorsa hisse defterinin bulunduğu yer, senetlerin teslimi öngörülüyorsa senetlerin bulunduğu yer hukuku hisse devrine uygulanacaktır. Ancak, uygulanması öngörülen hukuk, ortaklığın tâbi olduğu hukuk izin verdiği müddetçe ve bu hukuka uygun olduğu ölçüde geçerlilik arz etmektedir. Ortaklıklara uygulanacak hukuk, her zaman önceliği haiz ve engelleyici niteliktedir. Dolaylı saklama sisteminde; ortaklık statüsüne istisna getirilmiştir. Burada, hisseleri devralan tarafın ortaklık önünde ortak olarak kaydının ortaklık statüsüne tâbi olmaya devam etmesi, fakat devre ilişkin diğer konulara istisnaen ilgili hisse hesabını muhafaza eden aracı kurumun bulunduğu yer hukukunun uygulanması daha uygun kabul edilmektedir.

Türk milletlerarası özel hukukunda, hisse devirlerine uygulanacak hukuk konusunda ayrı bir düzenleme getirilmemiştir. Bununla beraber bu konu, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde doktrin ve mahkeme kararlarında etraflıca tartışılmıştır. Bu tartışmalar ışığında Türk hukukunda benzer sonuçlara varmak mümkündür. Şöyle ki; hisse, hisse senedine bağlanmamışsa devreden, devir için tıpkı alacağın temlikinde olduğu gibi hisseleri devralanla yazılı bir devir sözleşmesi yapmaktadır. Çıplak hisse açısından hisse devri, aynı zamanda devredenin ortaklığa karşı sahip olduğu hakların devri anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bu hisselerin devrinden kaynaklanan uyuşmazlıklara hakkın tâbi olduğu ortaklık statüsünün uygulanması esastır. Hisse, hisse senedine bağlanmışsa hak senetten ayrı ileri sürülememektedir. Hamiline yazılı hisse senetlerinin devri, ortaklık ve üçüncü kişiler hakkında teslim ile hüküm ifade etmektedir. Nama yazılı hisse senetlerinin devri ise, ciro ve teslim ile gerçekleşmektedir. Her iki durumda da, devir için teslim ile zilyedliğin nakli esas olduğundan dolayı hisse devrine devrin gerçekleştiği anda hisse senedinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını söylemek mümkündür. Aracı kurum tarafından yapılan hisse devirleri ise, istisnaî bir durum oluşturmakta olup bu devirleri aracı kurumun bulunduğu yer hukukuna tâbi kılmak daha doğrudur.

Hisse devirlerine uygulanacak hukukun etki doğuracağı ülkenin kamu düzeni engeliyle karşılaşması mümkündür. Bu hükümler, ilgili ülkenin kamu düzenine açıkça

aykırılık oluşturmaları halinde uygulanmayacaktır. Milletlerarası kapsamdaki hisse devirlerinde kamu düzeni müdahalesinin hangi konularda gündeme gelebileceğini önceden belirlemek g c t r. Aynı şekilde, hisse devirlerinin özellikle ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine aykırı bir şekilde yapılması mümkün değildir. Ortaklıklar hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar da benzerleri gibi taraflarca aksine sözleşme yapılamayacak ve esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulama imkânı olan ve bu amaçla yürürlüğe girmiş olan kurallardır.

Taraflar arasında ve ortaklıkla hisse devrinden dolayı uyuşmazlık çıkması pek muhtemeldir. Bu uyuşmazlıkların çözümü için taraflar, yetkili mahkemeye veya birleşme ve devralmalarda genellikle tercih edildiği üzere tahkim yoluna başvurmayı tercih edebilirler. Hisse devirlerine ilişkin olarak Türk hukukunda özel yetki kuralları öngörülmemiş olduğundan yetkili mahkeme genel yetki kuralından hareketle tayin edilmektedir. Ayrıca taraflar, genelde hisse devri kapsamında yaptıkları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi yetki anlaşması yoluyla tayin edebilmektedirler.

Sonuc olarak, milletlerarası birleşme ve devralmalar konusu, çok karmaşık bir yapıyı haizdir. Bu problemin aşılması, gerek maddî hukuk gerekse kanunlar ihtilafı alanında tüm ülkelerde ortak bir özel düzenleme getirilmesiyle mümkün olabilir. Günümüzde, Lahey Konvansiyonu ile bu tür çalışmalar başlatılmış ve devam etmektedir. Bu  alışmalar sonucunda, birleşme ve devralma hukuku olarak adlandırılabilenimiz ayrı bir hukuk dalının ortaya çıkması muhtemeldir.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticarî İşletmenin Devri**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.
- Akıncı, Ateş, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Ankara: Rekabet Kurumu, 2001.
- Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Tahkim (“Tahkim”)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik (“Derdestlik”)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Akıncı, Ziya, “Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu, **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (“Armağan”)**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 1–27.
- Akıncı, Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (“Uygulanacak Hukuk”)**, İzmir: DEÜHF Yayınları, 1992.
- Akuğur, Mehmet, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı**, C. 1-2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Akyüz, Helin Berfin, **Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009.
- Altay, Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Altuğ, Yılmaz/Yasan, Mustafa, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan**, İstanbul: Alkım Yayınları, 2003, s. 139–149.
- Altuğ, Yılmaz, **Türk Milletlerarası Usul Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.
- Ansay, Tuğrul, “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması”, **MHB: Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan**, Y. 23, S. 1–2, 2003, s. 1–19.
- Anson, William Reynell/Guest, Anthony Gordon, **Anson’s Law of Contract**, 2th ed., Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Antalya, Gökhan, “Opsiyon Akdi ve Opsiyon Hakkı”, **Facultatis Decima Anniversaria: 10. Yıl Armağanı (“Armağan”)**, 1993, s. 193-213.
- Antalya, Gökhan, **Türk İsviçre Ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım (“Şartlı Satım”)**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1993.
- Arat, Tuğrul, **Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Arkan, Sabih, **Ticarî İşletme Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 10. bs.’den 12. tıpkı bs., Ankara: BTHAE Yayınları, 2008.

- Arslanlı, Halil/Domaniç, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması Hisseli Komandit Şirketler (“Limited Şirketler”)**, C. 3, İstanbul: Temel Yayınları, 2009.
- Arslanlı, Halil/Domaniç, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (“Anonim Şirketler”)**, C. 2, İstanbul: Temel Yayınları, 2009.
- Aybay, Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, 2. bs., İstanbul: İBÜ Yayınları, 2008.
- Aybay, Rona/Dardağan, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, İstanbul: İBÜ Yayınları, 2005.
- Aygül, Musa, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Ayoğlu, Tolga, **Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi**, İstanbul: Beta Basım, 2001.
- Bainbridge, Stephen M., **Mergers and Acquisitions**, New York: Thomson West, 2009.
- Ball, Donald A. v.d., **International Business: The Challenge of Global Competition**, 11th ed., New York: McGraw-Hill, 2008.
- Barlas, Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1986.
- Baş, Mustafa, **Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Birsel, Mahmut/Budak, Ali Cem, “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?**, Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, C. I, Ankara: BTHAE Yayınları, 1997, s. 171-250.
- Borghese, Robert J./Borghese, Paul F., **M&A From Planning to Integration-Executing Acquisitions and Increasing Shareholder Value**, New York: McGraw-Hill, 2002.
- Brechbühl, Beat, “Switzerland”, Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 455–485.
- Briggs, Adrian, **The Conflict of Laws**, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Bucher, Eugene, “İsviçre’de Milletlerarası Ticarî Tahkim”, Buz, Vedat (Çev.), **BATİDER**, C. XVII, S. 2, Y. 1993, s. 15–22.
- Budak, Ali Cem, “Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi”, **Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Hakkında Uluslararası Sempozyum**, İstanbul, 11–12 Mart 1993, s. 126–157.

- Cansevdi, Hürrem, **Avrupa Birliği'nin Şirketler Hukuku Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu**, İstanbul: İktisadî Kalkınma Vakfı Yayınları, 2003.
- Cardale, Mark/Ainsworth, Lesley, "United Kingdom", Lees, Clare (Ed.), **International M&A Law**, London: Euromoney, 1991, s. 160–174.
- Cengiz, Emrah v.d., **Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejileri**, 2. bs., İstanbul: Beta Basım, 2007.
- Clarence, Peter, "Switzerland", Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Insider Trading: The Laws of Europe, the United States and Japan**, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, s. 271–282.
- Clarkson, C. M. V./Hill, Jonathan, **The Conflict of Laws**, 3rd ed., New York: Oxford University Press, 2006.
- Collier, John, **Conflict of Laws**, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010)
- Collier, John/Lowe, Vaughan, **The Settlement of Disputes in International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Collins, Lawrence v.d. (Ed.), **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws**, V. 1-2, 14th ed., London: Sweet & Maxwell Limited, 2006.
- Conard, Alfred F./Gordon, Michael Wallace, "Business Enterprises", Ansay, Tuğrul/Clark, David S. (Ed.), **Introduction to the Law of the United States**, 2nd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 311-339.
- Cremades, Bernardo M., "Settlement of Disputes in Cross-Border Mergers&Acquisitions", Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 91-101.
- Crystal, Michael/Atherton, Stephen "United Kingdom", Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Insider Trading: The Laws of Europe, the United States and Japan**, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, s. 171-211.
- Çelik, Orhan, **Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009.
- Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 14. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009.
- Çelikel, Aysel v.d., **Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri**, C. 1-2, İstanbul: Beta Basım, 2005.
- Çelikel, Aysel, **Menkul Eşya Üzerinde Aynî Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Çevik, Orhan Nuri, **Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması ("Limited Şirketler")**, Gözden geçirilmiş 4. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

- Çevik, Orhan Nuri, **Anonim Şirketler (“Anonim Şirketler”)**, Gözden geçirilmiş güncelleştirilmiş 3. bs., Ankara: Seçkin Kitabevi, 1988.
- Çilingir, Ali İhsan Özgür, “TTK’ya Göre Anonim Şirketlerin Birleşmesinde Küllî Halefiyet İlkesi”, **Vergi Dünyası**, S. 252, Ağustos 2002, s.144–146.
- Dammann, J. C., “Exercising Free Choice in Corporate Law” (“**Free Choice 1**”), Social Science Research Network, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=437100, s. 1-88, (10.01.2010).
- Dammann, J. C., “The US Concept of Granting Corporations Free Choice among State Corporate Law Regimes as a Model for the European Community” (“**Free Choice 2**”), Social Science Research Network, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=418660, s. 1-118, (10.01.2010).
- Davies, Karen, “United Kingdom”, **A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union**, Surrey: City & Financial Publishing, 2008, s. 855-891.
- Davies, Paul L., **Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law**, 8th ed., London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Dayınlarlı Kemal, **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim (“Tahkim”)**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007.
- Dayınlarlı, Kemal, **Joint Venture Sözleşmesi (“JV”)**, 3. bs., Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007.
- Dayınlarlı, Kemal, **Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkisi (“Kamu Düzeni”)**, Ankara: Adalet Matbaacılık, 1994.
- Demir Gökyayla, Cemile, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001.
- Demirkapı, Ertan, **Limited Ortaklıkta Payın Devri**, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008.
- Deren Yıldırım, Nevhis, **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları (“Tahkim”)**, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2004.
- Deren Yıldırım, Nevhis, “Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan (“Armağan”)**, 2007, s. 47–61.
- Dessemontet, François/Stoffel, Walter, “Private International Law”, Ansay, Tuğrul/Dessemontet, F. (Ed.), **Introduction to Swiss Law**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 301-318.
- Dinar, Cem, **Niyet Mektubunun Hukukî Niteliği ve Bağlayıcılığı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Doğan, Vahit, **Banka Teminat Mektupları (“Teminat”)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Doğan, Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku (“Vatandaşlık”)**, Güncelleştirilmiş 8. bs., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

- Doğan, Vahit, “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (“Armağan”)**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 121–147.
- Ebke, W. F., “Company Law and the European Union: Centralized Versus Decentralized Lawmaking”, **The International Lawyer**, V. 31, 1997, <http://www.lexisnexis.com>, s. 961-982 (10.01.2010).
- Erbay, İsmail, **Know-How Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Erdem, Halil Ercüment, **Türk ve AT Hukukunda Birleşme ve Devralmalar (“Birleşme”)**, İstanbul: Beta Basım, 2003.
- Erdem, Halil Ercüment, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, **GÜHFD (“GÜHFD 1”)**, S. 1, 2002, s. 310–346.
- Erdem, Halil Ercüment, “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi”, **GÜHFD (“GÜHFD 2”)**, S. 2, 2002, s. 159–189.
- Erdem, Bahadır, “Medeni ve Ticarî Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü”, **Ünal Tekinalp’e Armağan (“Tekinalp Armağan”)**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 1009–1026.
- Erdem, Bahadır, “22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (“Nomer Armağan”)**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 149–181.
- Erdem, Bahadır, “Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları İle Karşılaştırılması ve Uyumlaştırma Problemi”, **MHB: Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan (“Altuğ Armağan”)**, Y. 17–18, S. 1–2, 1997–1998, s. 183–215.
- Erdoğan, Feyiz, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 11. tıpkı bs., İstanbul: Beta Basım, 2009.
- Eriş, Gönen, **Ticar İşletme ve Şirketler (“İşletme”)**, C. 1–2, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Eriş, Gönen, **Anonim Şirketler Hukuku (“Şirketler”)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.
- Ertunç, Şirin, **Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Vergilendirme Rejimi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Esin, İsmail/Lew, Julien/Wegen, Gerhard, **Materials on International Arbitration (“Arbitration”)**, İstanbul: Beta Basım, 2003.
- Esin, İsmail/Lew, Julien/Wegen, Gerhard, **Milletlerarası Tahkim Mevzuatı (“Tahkim”)**, İstanbul: Beta Basım, 2003.

- Esin, İsmail/Lokmanhekim, Tunç, **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul: Beta Basım, 2003.
- Ffrench, Leigh H., **International Law of Takeovers and Mergers: The EEC, Northern Europe and Scandinavia**, Westport: Quarum Books, 1986.
- Gaughan, Patrick A., **Mergers: What Can Go Wrong and How to Prevent It**, New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 2005, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010).
- Goode, Roy, "Security in Cross-Border Transactions", Texas International Law Journal, 1998, <http://heinonline.org/HOL/Welcome> s. 47–52 (10.01.2010).
- Güven, Pelin, **Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme, Bölünme, Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü ("Uygulanacak Hukuk")**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Güven, Pelin, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi ("Rekabet Hukuku")**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Guynn, R.D./Marchand, N.J., "Transfer or Pledge of Securities held through Depositories", Van Hutte, H., **The Law of Cross-border Securities Transactions**, London: Sweet & Maxwell, 1999, <http://books.google.com.tr/books?id=4ijkZpMQ7IgC&printsec=frontcover&ouptut=html> s. 47-72 (01.10.2010).
- Harvey, Neil/Nourry, Alex, "Takeovers and Mergers in the European Union: An Overview", **A Practitioner's Guide to Takeovers and Mergers in the European Union**, Surrey: City&Financial Publishing, 2008, s. 1-37.
- Hazen, Thomas Lee/Markham, Jerry W., **Mergers, Acquisitions and Other Business Combinations: Cases and Materials**, New York: Thomson West, 2003.
- Hitt, Michael A./Harrison, Jeffrey S./Ireland, R. Duane, **Mergers and Acquisitions: A Guide to Creating Value for Stakeholders**, New York: Oxford University Press, 2001.
- Horn, Norbert, "Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law: An Introduction", Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 3–29.
- Howson, Peter, **Due Diligence: The Critical Stage in Mergers and Acquisitions**, Hants: Gower Publishing Limited, 2003, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010).
- <http://books.google.com.tr> (10.01.2010).
- <http://curia.europa.eu> (10.01.2010).
- <http://dictionary.lp.findlaw.com> (10.01.2010).
- <http://ec.europa.eu> (10.01.2010).
- <http://eu.wiley.com> (10.01.2010).
- <http://heinonline.org> (10.01.2010).

<http://international.westlaw.com> (10.01.2010).
<http://papers.ssrn.com> (10.01.2010).
<http://site.ebrary.com> (10.01.2010).
<http://www.abanet.org> (10.01.2010).
<http://www.admin.ch> (10.01.2010).
<http://www.bger.ch> (10.01.2010).
<http://www.ejpd.admin.ch> (10.01.2010).
<http://www.hcch.net> (10.01.2010).
<http://www.hukukturk.com> (10.01.2010).
<http://www.lexisnexis.com> (10.01.2010).
<http://www.lloyds.com> (10.01.2010).
<http://www.oecd.org/home> (10.01.2010).
<http://www.opsi.gov.uk> (10.01.2010).
<http://www.rekabet.gov.tr> (10.01.2010).
<http://www.sec.gov> (10.01.2010).
<http://www.six-swiss-exchange.com> (10.01.2010).
<http://www.thetakeoverpanel.org.uk> (10.01.2010).
<http://www.usdoj.gov/atr/index.html> (10.01.2010).
<http://www.yased.org.tr> (10.01.2010).

ICC Uniform Rules for Contract Guarantees, ICC Publication nr. 325, 1978.

ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication nr. 458, 1992.

Issitt, Martin, “England and Wales”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 121-138.

İmregün, Oğuz, **Kıymetli Evrak Hukuku (“Kıymetli Evrak”)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.

İmregün, Oğuz, **Bilirkişi Raporları (1983–1984) (“Bilirkişi Raporları”)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.

İmregün, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar (“Anonim Ortaklık”)**, İstanbul: Yasa Yayıncılık, 1989.

Johnson, A., “The Law Applicable to Shares”, Van Hutte, H., **The Law of Cross-border Securities Transactions**, London: Sweet & Maxwell, 1999, <http://books.google.com.tr/books?id=4ijkZpMQ7IgC&printsec=frontcover&output=html>, s. 3-28 (10.01.2010).

Kalpsüz, Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim (“Milletlerarası Tahkim 1”)**, Ankara: BTHAE Yayınları, 2007.

- Kalpsüz, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, **Ünal Tekinalp’e Armağan (“Armağan”)**, C. 2, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 1027–1053.
- Kalpsüz, Turgut, “İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (“Milletlerarası Tahkim 2”)**, Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, C. I, Ankara: BTHAE Yayınları, 1997, s. 1–58.
- Kalpsüz, Turgut, **Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim (“Tahkim”)**, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1990.
- Kamacı, Mahmut, **Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Özel Hukuk Alanına Giren Çok Taraflı Diğer Uluslararası Sözleşmeler**, C. 1–2, Ankara: Adalet Yayınevi, 2006.
- Kaplan, İbrahim, **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı: Joint Venture**, 2. bs., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Karahan, Sami, “Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması”, **BATİDER**, C. 21, S. 21, Aralık 2001.
- Karahasan, Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, Genişletilmiş 6. bs., İstanbul: Beta Basım, 2003.
- Karaman, Tuba, “Amerikan Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar”, **GÜHFD**, S. 2, 2002, s. 351–387.
- Karataş, İzzet, **Uygulamada İhtiyari Tahkim**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Karrer, Peter A., **Switzerland’s Private International Law**, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.
- Kay, David N., “United States of America”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 497–511.
- Kayıhan, Lerzan, **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler**, Ankara: Rekabet Kurumu, 2003.
- Kendigelen, Abuzer, “Pay Sahipliği Sıfatının İspatı Kazanılması ve İspatı”, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (1986–2001): Hukukî Mütalaalar (“Hukukî Mütalaa 1”)**, C. 2, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 280–286.
- Kendigelen, Abuzer, “Hisse Senetleri Üzerinde Mülkiyet Hakkı ve Pay Sahipliği Sıfatının İspatı”, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (1986–2001): Hukukî Mütalaalar (“Hukukî Mütalaa 2”)**, C. 2, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 287–303.
- Kendigelen, Abuzer, “Adî Şirketler, Ticaret Şirketleri ve Kooperatiflere İlişkin Payların Devrinde Şekil”, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl: Makalelerim (“Makale”)**, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 212–240.
- Keser Berber, Leyla, **Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması (“ICC”)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

- Keser Berber, Leyla, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu ("Tahkim")**, İstanbul: Alfa Basım, 1999.
- Korkut, Ömer, "Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı", **Legal Hukuk Dergisi**, Nisan 2007, s. 1151–1164.
- Krüger, Hilmar/Nomer, Ergin, "Türk Hukukunda Yetki Sözleşmeleri", **İBD**, S. 1–3, 1990, s. 153–161.
- Kurkela, Matti S., **Letters of Credit and Bank Guarantees Under International Trade Law**, New York: Oxford University Press, 2008.
- Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 1, 6. bs., İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Değiştirilmiş 19. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Kutlan, Serhat, **Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence**, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2004.
- Lew, Julian/Mistelik, Loukas/Kröll, Stefan, **Comparative International Commercial Arbitration**, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Lowenfeld, Andreas F., **International Litigation and Arbitration: Selected Treaties, Statutes and Rules ("Arbitration 1")**, 3rd ed., St. Paul, MN: Thomson West, 2005.
- Lowenfeld, Andreas F., **International Litigation and Arbitration ("Arbitration 2")**, St. Paul, MN: Thomson West, 2006.
- Lowenfeld, Andreas F., **Conflict of Laws ("COL")**, Newark, NJ: LexisNexis, 2002.
- Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005.
- McLaughlin, Joseph T./Macfarlane, Margaret A. Helen, "United States of America", Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Insider Trading: The Laws of Europe, the United States and Japan**, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, s. 285–325.
- Miller, Edwin L., **Mergers and Acquisitions: A Step-By-Step Legal and Practical Guide ("M&A 1")**, New Jersey: John Wiley&Sons Inc., 2008.
- Miller, Edwin L., **Mergers and Acquisitions: A Step-By-Step Legal and Practical Guide ("M&A 2")**, New Jersey: John Wiley&Sons Inc., 2008, <http://eu.wiley.com/WileyCDA/Section/id-320099.html> (10.01.2010).
- Monti, Antonio, **Three Essays on International Commercial Arbitration: Arbitration and Corporate Law**, Lugano: ADV Publication House, 2003.
- Moroğlu, Erdoğan, "Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması", **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan ("Nomer Armağan")**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 413–419.

- Moroğlu, Erdoğan, “Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukukî Niteliği”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (“Oğuzman Armağan”)**, İstanbul: Beta Basım, 2000, s. 515–531.
- Moroğlu, Erdoğan, “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları”, **Makaleler I (“Makale”)**, 2. bs., İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 243-271.
- Moustaki, Guy/Engammare, Valerie, “Avrupa Birliği Şirketler Hukuku”, Sezgin Huysal, Ayşegül (Çev.), **MÜHFAD**, C. 14, S. 1–2, s. 268–269.
- Nomer, Ergin, **Milletlerarası Usul Hukuku (“MUH”)**, İstanbul: Beta Basım, 2009.
- Nomer, Ergin, **Vatandaşlık Hukuku (“Vatandaşlık”)**, 17. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.
- Nomer, Ergin, “Yetki Anlaşmaları ve Türk Uygulaması”, **Yargı Dünyası**, Y. 3, S. 1–2, 1998, s. 258–265.
- Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, **Devletler Hususi Hukuku**, 17. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009.
- Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Beta Basım, C. 1–2, 2008.
- North, Peter/Fawcett, J. J., **Cheshire and North’s Private International Law**, 14th ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.
- O’Brien, John, **Smith’s Conflict of Laws**, London: Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Oesterle, Dale A., **The Law of Mergers and Acquisitions**, 3rd ed., New York: Thomson West, 2005.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş 6. bs.’dan 7. tıpkı bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Okezie, Chuckwumerije, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, Westport: Quorum Books, 1994.
- Okutan Nilsson, Gül, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul: Çağa Yayınları, 2003.
- Ooi, Maisie, **Shares and Other Securities in the Conflict of Laws**, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Öğüz, Tufan, **Know-How Sözleşmesi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.
- Öz, Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61 – 66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle (“Sebepsiz Zenginleşme”)**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1990.
- Öz, Turgut, “Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri”, **İÜHFİM: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan (“Armağan”)**, C. LII, S. 1–4, 1987, s. 345–386.
- Özdemir, H. Gökçe, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme**, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2001.

- Özdemir Kocasakal, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul: GÜ Yayınları, 2001.
- Özden, Bülent, **Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Basım, 1999.
- Özeke, Billur, **Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İBÜSBE, 2006.
- Özel, Sibel, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri ("Tahkim")**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- Özel, Sibel, "Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan ("Ansay Armağan")**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 459–476.
- Özel, Sibel, "Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Yerleşim Serbestîsinin Lex Societatis İle Olan İlişkisi", **Erdoğan Teziç'e Armağan ("Teziç Armağan")**, İstanbul: GÜ Yayınları, No. 5, 2007, s. 905–914.
- Özel, Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/2'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **MHB: Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan ("Nomer Armağan")**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 577–617.
- Özel, Sibel, "Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi", **MHB: Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan ("Çelikel Armağan")**, S.1–2, 1999–2000, s. 733–768.
- Özkan, Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Antalya: Naturel Yayıncılık, 2003.
- Öztan, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncelleştirilmiş 16. bs., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Öztekin Gelgel, Günseli, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul: Beta Basım, 2006.
- Öztürk, Pınar, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Pack, Heinrich, "Due Diligence", Picot, Gerhard (Ed.), **Handbook of International Mergers and Acquisitions Preparation: Implementation and Integration**, New York: Palgrave Macmillan, 2002, s. 153–184.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed, **Medeni Usul Hukuku**, 7. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Pennington, Robert, "Conflicts of Law Aspects of Mergers and Acquisitions – British Law", Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 141–150.
- Picot, Gerhard, "The Implementation of Mergers and Acquisitions Under Business Law Aspects: The Formation of the Transaction Agreement", Picot, Gerhard (Ed.),

- Handbook of International Mergers and Acquisitions Preparation: Implementation and Integration**, New York: Palgrave Macmillan, 2002, s. 61–153.
- Pomerance, Robert, “The Situs of Stock”, Cornell Law Quarterly, 1931–1932, <http://heinonline.org/HOL/Welcome>, s. 43–71 (10.01.2010).
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, **Ticarî İşletme Hukuku**, Güncelleştirilmiş 11. bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 9. bs. dan 10. tıpkı basım, İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2009.
- Poroy, Reha, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Genişletilmiş 15. bs., İstanbul: Beta Basım, 2001.
- Postacıoğlu, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.
- Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku: Temel Esaslar (“Şirketler”)**, Güncellenmiş 7. bs., Adana: Karahan Yayınevi, 2008.
- Pulaşlı, Hasan, “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, **BATİDER (“Due Diligence”)**, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 201–235.
- Pulaşlı, Hasan, “Şart Kavramı ve Anonim Şirketler Hukukundaki Şarta Bağlı Haklar”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaşgünü Armağanı (“Armağan”)**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2001, s. 493–516.
- Pulaşlı, Hasan, **Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri (“Senet”)**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1992.
- Pulaşlı, Hasan, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları (“Şartlı İşlem”)** Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Rammeloo, Stephan, **Corporations in Private International Law: European Perspective**, New York: Oxford University Press, 2001.
- Rankine, Denzil/Howson, Peter, **Acquisition Essentials: A Step-by-step Guide to Smarter Deals**, London: Financial Times Prentice Hall, 2006.
- Rankine, Denzil/Stedman, Graham/Bomer, Mark, **Due Diligence: Definitive Steps to Successful Business Combinations**, London: Financial Times Prentice Hall, 2003.
- Redfern, Alan/Hunter, Martin, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, London: Sweet&Maxwell, 2003.
- Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 20. bs., İstanbul: Beta Basım, 2008.
- Reisoğlu, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4. bs., Ankara: Cem Web Ofset, 2003.

- Restatement of the Conflict of Laws Second**, St. Paul: American Law Institute Publishers, 1971.
- Restatement of the Law of Restitution**, St. Paul: American Law Institute Publishers, 1937.
- Rihm, Thomas, “Swiss Aspects of M&A Share Transactions”, **ICCLR**, 2001, 12 (9), <http://login.westlaw.co.uk>, s. 240–246 (10.01.2010).
- Roodt, Christa, “The Law Applicable to Certain Rights in respect of Securities Held with an Intermediary: The Hague Securities Convention”, *South African Mercantile Law Journal*, 1998, <http://heinonline.org/HOL/Welcome>, s. 83–96 (10.01.2010).
- Rosenbloom, Arthur H., **Due Diligence for Global Deal Making**, Princeton: Bloomberg Press, 2002.
- Ruhi, Ahmet Cemal, **Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.
- Sanlı, Kerem Cem, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara: Rekabet Kurumu, 2000.
- Sargın, Fügen, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları (“Yetki”)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Sarıkamış, Cevat, **Şirket Birleşmeleri**, İstanbul: Avcıol Basım Yayın, 2003.
- Sarıkaya, Ahmet Selim, “Anonim Şirketlerde Nama Yazılı Payların Devrinin Ana Sözleşme İle Kısıtlanması”, **Yaklaşım Dergisi (“Yaklaşım Ağustos”)**, Y. 14, S. 164, Ağustos 2006, s. 228–231.
- Sarıkaya, Ahmet Selim, “Anonim Şirketlerde Pay Kazanımı ve Devri”, **Yaklaşım Dergisi (“Yaklaşım Nisan”)**, Y. 14, S. 160, Nisan 2006, s. 233–235.
- Sarıkaya, Ahmet Selim, “Mevcut 6762 Sayılı TTK ve Yeni Taslakta Limited Şirketlerde Pay Devri”, **Yaklaşım Dergisi (“Yaklaşım Mart”)**, Y.14, S. 159, Mart 2006, s. 235–237.
- Scharer, Heinz/Kurer, Peter/Oechsli, Eveline, “Switzerland”, Lees, Clare (Ed.), **International M&A Law**, London: Euromoney, 1991, s. 148–160.
- Scherer, Mathias, “The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters?”, Gaillard, Emmanuel (Ed.), **Towards a Uniform Arbitration Law?**, New York: JP Juris Publishing Inc., 2005, s. 91-121.
- Schönberg, Max Albers/Leemann, Mathias, “Switzerland”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007, s. 471-484.
- Scoles, Eugene F. v.d., **Conflict of Laws**, 4th ed., St. Paul, MN: Thomson West, 2004.

- Serozan, Rona v.d., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden geçirilip genişletilmiş 4. bs., [İstanbul: Filiz Kitabevi](#), 2006.
- Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. bs., [İstanbul: Filiz Kitabevi](#), 2006.
- Sherman, Andrew J./Hart, Milledge A., **Mergers and Acquisitions from A to Z**, 2nd ed., New York: Amacom, 2005, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010).
- Shippey, Karla C., **Short Course in International Contracts**, California: World Trade Press, 2000-2003, <http://site.ebrary.com> (10.01.2010).
- Siegel, David D./Borchers, Patrick J., **Conflicts in a Nutshell**, 3rd ed., St. Paul, MN: Thomson West, 2005.
- Sirmen, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara: BTHAE Yayınları, 1992.
- Simpson, Scott V./Flint, George M./Potter, Nicholas F., “United States”, Lees, Clare (Ed.), **International M&A Law**, London: Euromoney, 1991, s. 212-226.
- Spillman, John, “The United States of America”, Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 517-545.
- Stilton, Andrew, **Sale of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements** London: Sweet&Maxwell Limited, 2006.
- Sudarsanam, Sudi, **Creating Value from Mergers and Acquisitions: The Challenges**, London: Financial Times Prentice Hall, 2009.
- Sumer, Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 2. bs., İstanbul: Alfa Basım, 1999.
- Swiss Code of Obligations: English Translation of Official Text**, [Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag](#), 2006.
- Swiss Merger Law: Federal Law on Merger, Demerger, Conversion and Transfer of Assets and Liabilities**, [Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag](#), 2003.
- Swiss Penal Code: Selected Provisions Relevant to Business: English Translation of Official Text**, [Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag](#), 2008.
- Şanlı, Cemal, **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (“Uyuşmazlık Çözümü”)**, 3. bs., İstanbul: Beta Basım, 2005.
- Şanlı, Cemal, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (“Uygulanacak Hukuk”)**, Ankara: BTHAE Yayınları, 1986.
- Şirin, Ertunç, **Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Vergilendirme Rejimi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Şit, Banu, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005.
- Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (“Borçlar Hukuku”)**, C. I/1, 5. bs.’den 6. tıpkı bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

- Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (“Borçlar Hukuku 2”)**, C. II, 4. tıpkı bs., İstanbul: Evrim Basım, 1989.
- Taşdelen, Nihat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Taşkın, Alim, **Hakem Sözleşmesi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- T.C. Adalet Bakanlığı, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, Ankara: Ankara Açık Cezaevi, 2005.
- Tekil, Fahiman, **Adî, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku (“Adî Şirketler”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1996.
- Tekil, Fahiman, **Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku (“Limited Şirketler”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1994.
- Tekil, Fahiman, **Anonim Şirketler Hukuku (“Anonim Şirketler”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1993.
- Tekinalp, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları (“MÖH”)**, 10. bs., İstanbul: Beta Basım, 2009.
- Tekinalp, Gülören, **Türk Yabancılar Hukuku (“Yabancılar”)**, Yenilenmiş 8. bs., İstanbul: Beta Basım, 2003.
- Tekinalp, Gülören, “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, **MHB: Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan (“Armağan”)**, S.1–2, 1999–2000, s. 909–921.
- Tekinalp, Gülören, “Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, **E. E. Hırş’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1986, s. 439–450.
- Tekinalp, Gülören, “Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı”, **İÜHF 50. Yıl Armağanı (“50. Yıl Armağan”)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973, s. 551–579.
- Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul: Beta Basım, 2000.
- Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören, “Joint Venture”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara: Türkiye İş Bankası, 1988, s. 143–176.
- Tekinay, Selahattin Sulhi v.d., **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tiryakioğlu, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: AÜ Yayınları, 1996.
- Top, Zuhale, “Anonim Şirketlerin Kuruluşunda ve Ana Sözleşme Değişikliklerinde Yeni Düzenlemeler”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 131, Kasım 2003, s. 215–220.
- Tschani, Rudolf, “Yeni İsviçre Birleşme Kanunu”, **ABD**, S. 1, 2005, s. 91–96.
- Tschani, Rudolf/Von Planta, Andreas/Oertle, Matthias, **Corporate Acquisitions and Mergers in Switzerland**, The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- Tunçomağ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul: İÜ Yayınları, 1963.

- Turhan, Turgut, “İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, **AÜHFD**, S. 1–4, 1989–1990, s. 119–149.
- Uluslan, İlhan, “Culpa in Contrahendo Üzerine”, **Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan**, C. 1, İstanbul: İÜSBF Yayınları, 1982, s. 275–319.
- Üstündağ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 6. bs., İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.
- Van de Hel, Martijn, “European Union – EU Merger Control”, Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007.
- Von Dryander, Christof, “Business Combination Agreements”, Horn, Norbert (Ed.), **Crossborder Mergers and Acquisitions and the Law**, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 131–140.
- Werry, Clare, “United Kingdom”, Martinius, Philip (Ed.), **M&A: Protecting the Purchaser**, The Hague: Kluwer Law International and AIJA, 2005, s. 489–514.
- Whalley, Michael/Semler, Franz-Jörg (Ed.), **International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence**, 3rd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2007.
- Wilkinson, David/Waterhouse, Field Fisher, “Legal Documentation: Where to Start”, Reuvid, Jonathan (Ed.), **Mergers&Acquisitions: A Practical Guide for Private Companies and their UK and Overseas Advisers (“Where to Start”)**, London: Kogan Page Limited, 2007, s. 177–183.
- Wilkinson, David/Waterhouse, Field Fisher, “Legal Documentation: Purchase of a Company (Share Sale)”, Reuvid, Jonathan (Ed.), **Mergers&Acquisitions: A Practical Guide for Private Companies and their UK and Overseas Advisers (“Share Sale”)**, London: Kogan Page Limited, 2007, s. 183–193.
- Yalman, Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.
- Yasaman, Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Ünal Tekinalp’e Armağan (“Armağan”)**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 695–712.
- Yasaman, Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku (“Menkul Kıymet”)**, İstanbul, y.y., 1992.
- Yasaman, Hamdi, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi (“Birleşme”)**, Ankara: BTHAE Yayınları, 1987.
- Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/Acar, Faruk, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7. bs., İstanbul: Beta Basım, 2008.
- Yavuz, Cevdet, **Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Mahn) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul: Beta Basım, 1989.

- Yeşin, Erdoğan, “İngiliz Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?**, Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, C. I, Ankara: BTHAE Yayınları, 1997, s. 105-126.
- Yılmaz, Hamdi, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur Culpa in Contrahendo ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi (“Yargıtay”)**, C. 11, S. 3, Temmuz 1985, s. 234–253.
- Yılmaz, İlhan, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID (“ICSID”)**, İstanbul: Beta Basım, 2004.
- Yılmaz, Lerzan, “Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukukî Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı”, **Mahmut R. Belik’e Armağan (“Armağan”)**, İstanbul, 1993, s. 475–491.
- Yiannopoulos, A. N., “Property”, Ansay, Tuğrul/Clark, David S. (Ed.), **Introduction to the Law of the United States**, 2nd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 209-231.
- Zaman, Niek, “Crossborder Mergers in Europe”, **European Journal of Law Reform**, V. VIII, No. 1, <http://heinonline.org/HOL/Welcome>, s. 123–136 (10.01.2010).
- Zeybek, Yasemin, **Borçlanarak Gerçekleştirilen Şirket Satınalmaları**, Ankara: SPK Yayınları, 1996.