PART 5

LEGAL DISPUTES THAT MAY ARISE IN COMPANY ACQUISITIONS

ŞİRKET DEVRALMALARINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK HUKUKİ İHTİLAFLAR

--

MERT KARAYILAN

ABSTRACT

A merger is a situation in which two or more companies are gathered under the roof of a single company and the shares of the new company are given in exchange for the shares owned by the partners in the companies. The purchase of a majority of the shares of a different firm by a company is also called an acquisition.

Although the terms merger and acquisition are used together in literature, these terms appear as different actions from each other. And while these actions are being carried out, disputes arise between the parties.

In this study, the process of company acquisitions is divided into stages; first of all, the legal disputes that may arise from the point of view of the parties in terms of confidentiality agreements; secondly, letters of intent; and thirdly, similar structures that were raised before the final contracts during the preparation phase will be addressed. Afterwards, the next serious phase for the parties, due diligence, and then the share purchase agreement, which is one of the basic contracts, are discussed and the issues that may cause legal disputes between the parties and their solutions are examined. In the last stage, which is when the acquisition and closing transactions are made, the seller's warranties on liability, penalty clause, third party claims, contract price and burden of proof issues will be evaluated as the cause of legal dispute between the parties.

KEYWORDS

ACQUISITIONS, LEGAL DISPUTES, FINAL AGREEMENTS, DUE DILIGENCE, CLOSURE.

ÖZET

İki veya daha fazla şirketin tek bir şirketin çatısı altında toplanarak, şirketlerdeki ortakların sahip oldukları hisseleri karşılığında yeni şirketin hisselerinin verildiği duruma birleşme (Mergers); bir şirketin, farklı bir şirketin paylarının çoğunluğunu satın alarak mülkiyetine geçirmesine de devralmalar (Acquisitions) adı verilmektedir.

Literatürde birleşme ve devralma terimleri beraber kullanılıyor olsa da bu terimler birbirinden farklı eylemler olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu bu eylemler gerçekleştirilirken taraflar arasında ihtilaflar gündeme gelmektedir.

Bu çalışmada; şirket devralmalarının süreci aşamalara ayrılmış olup öncelikle nihai sözleşmeler öncesi yani hazırlık aşamasında gündeme gelen gizlilik sözleşmeleri, niyet mektupları ve benzeri yapılar bakımından taraflar açısından ortaya çıkabilecek hukuki ihtilaflara değinilecektir. Daha sonra, taraflar açısından bir sonraki ciddi aşama olan hukuki inceleme (due diligence) aşaması ve ardından temel sözleşmeler aşamasından olan hisse satım sözleşmesi aşamasında taraflar arasında hukuki ihtilaflara sebebiyet verebilecek konular ve çözümlerine değinilmiştir. En son aşama olarak da devralma ve kapanış işlemlerinin yapıldığı aşamadaki, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, cezai şart, devirde üçüncü kişi talepleri, sözleşme bedeli ve ispat yükü konularının taraflar arasında hukuki ihtilafa sebebiyet vermesi değerlendirilecektir.

ANAHTAR KELİMELER

DEVRALMA, HUKUKİ İHTİLAFLAR, NİHAİ SÖZLEŞMELER, DUE DILIGENCE, KAPANIŞ.

PART 5

In this article, the process of company acquisitions is divided into stages; first of all, the legal disputes that may arise from the point of view of the parties in terms of confidentiality agreements; secondly, letters of intent; and thirdly, similar structures that were raised before the final contracts during the preparation phase will be addressed.

Bu makalede; şirket devralmalarının süreci aşamalara ayrılmış olup öncelikle nihai sözleşmeler öncesi yani hazırlık aşamasında gündeme gelen gizlilik sözleşmeleri, niyet mektupları ve benzeri yapılar bakımından taraflar açısından ortaya çıkabilecek hukuki ihtilaflara değinilecektir.

I. INTRODUCTION

Company acquisitions occur when one or more commercial enterprise or commercial company transfers its assets to a different commercial company, or when two different companies transfer their assets to a potential commercial company to be established in the same way[1]. In terms of Competition Law[2], this is one of the transactions that businesses are turning to as competition between businesses is rapidly increasing in today's world, and it has become more important for the businesses to increase their market value accordingly[3]. These transactions are one of the restructuring methods often resorted to by parties that want to increase their share in the market by collaboration, or want to buy out and take ownership of the majority of the shares of small businesses which continue their activities in the market and have a minor market share[4].

There are no specific behavioral obligations for the parties in acquisitions. But even though there are no such obligations, it is obvious that the parties must act within the framework of good faith. If they exceed this framework, it is inevitable that conflicts shall arise between the parties. And in merger and acquisition transactions, disputes are frequently encountered.

I. GİRİŞ

Şirket devralmaları, bir ya da birden fazla ticari işletmenin veya ticaret şirketlerinin söz konusu malvarlıklarını farklı bir ticaret şirketinin bünyesine devretmesi veya iki farklı şirketin malvarlıklarını aynı şekilde yeni kurulacak olan potansiyel bir ticaret şirketine devretmeleriyle ortaya çıkmaktadır[1]. Ayrıca bu işlem, Rekabet Hukuku bakımından günümüzün dünyasında işletmelerin, işletmeler arasında rekabetin hızla artması ve buna bağlı olarak işletmelerin piyasa değerlerini artırmak istemesinin önemli bir hal almasından[2] dolayı yöneldikleri işlemlerdir[3]. Bu işlemler, güç birliği yaparak pazardaki paylarını artırmak isteyen veya pazardaki payı az olan ve pazar koşullarında faaliyetlerini sürdürmekte olan küçük işletmelerin paylarının çoğunluğunu satın alarak mülkiyetine geçirmek isteyen tarafların sıkça başvurduğu yeniden yapılandırma yöntemlerinden biridir[4].

Devralmalarda taraflar bakımından belirli davranış yükümlülükleri bulunmamaktadır. Her ne kadar bu tarz yükümlülükler bulunmasa da tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket etmeleri gerektiği aşikârdır. Bu çerçeveyi aşmaları halinde de taraflar arasında ihtilafların çıkması kaçınılmazdır. Taraflar arasında ihtilafların çıktığı birleşme ve devralma işlemlerine ise uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır.

FOOTNOTE

1 **Hasan Pulaşlı,** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, p. 71.

2 **Helin Berfin Akyüz,** Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara 2007, p. 33.

3 **Serpil Altınırmak Gökbel,** "Birleşmelerde Başarı ve Başarısızlık", Ed. **Haluk Sumer/ Helmut Pernsteiner,** Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2004, p. 214.

4 **Esra Kayandan,** Birleşme ve Devralmalarda İnceleme Prosedürü (Due Diligence), İstanbul 2022, p. 1.

5 **İsmail G. Esin,** Birleşme ve Devralmalar, 3. Edition, İstanbul 2021, p. 44.

The acquisition process, as a whole, consists of many stages; such as the preparation stage, the due diligence stage, the stage where the main agreements are negotiated and signed, and finally, the closing stage where the transfer transactions are made. The legal disputes that may arise between the parties also vary according to the stage.

II. FINAL CONTRACTS/ DISPUTES AT THE PRE-SIGNING PHASE

A. Confidentiality Agreements

The pre-contracts stage is the first step of acquisitions, which is a legal process from beginning to end. At this stage, also called the preparatory step, the first steps are taken between the buyer and the seller. While these steps are being taken, **confidentiality agreements**, **letters of intent**, **and similar structures** that may be the subject of legal disputes between the parties occur[5].

Confidentiality agreements are the first legal documents to be signed before negotiations, aiming to ensure that the seller provides information about the business to the poten-

Devralma süreci bir bütün olup, nihai sözleşmeler öncesi (hazırlık) aşaması, hukuki inceleme (due diligence) aşaması, temel sözleşmelerin müzakere edilerek imzalandığı aşama ve son olarak devir işlemlerinin yapıldığı kapanış aşaması gibi birçok aşamadan oluşmakla beraber taraflar arasında çıkabilecek olan hukuki ihtilaflar da içinde bulunulan aşamaya göre değişiklik göstermektedir.

II. NİHAİ SÖZLEŞMELER/ İMZA ÖNCESİ AŞAMASINDA İHTİLAFLAR

A. Gizlilik Anlaşmaları

Sözleşmeler öncesi aşama, baştan sonuna kadar hukuki bir süreç olan devralmaların ilk basamağıdır. Hazırlık basamağı olarak da adlandırılan bu aşamada alıcı ve satıcı arasında ilk adımlar atılır. Bu adımlar atılırken taraflar arasında hukuki ihtilaflara konu olabilecek **gizlilik anlaşmaları, niyet mektupları ve benzeri yapılar** gündeme gelmektedir[5].

Gizlilik anlaşmaları, satıcı tarafın potansiyel alıcı olan tarafı bilgilendirmek amacıyla işletmeyle ilgili bilgiler vermesi ve bu bilgilerin veriliş sürecini kapsayan aşamanın tamamının gizli tutulmasını sağlamayı amaçlayan,

DİPNOT

1 **Hasan Pulaşlı,** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s. 71.

2 **Helin Berfin Akyüz,** Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara 2007, s. 33.

3 **Serpil Altınırmak Gökbel,** "Birleşmelerde Başarı ve Başarısızlık", Ed. **Haluk Sumer/ Helmut Pernsteiner,** Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2004, s. 214.

4 **Esra Kayandan,** Birleşme ve Devralmalarda İnceleme Prosedürü (Due Diligence), İstanbul 2022, s. 1.

5 **İsmail G. Esin,** Birleşme ve Devralmalar, 3. Baskı, İstanbul 2021, s. 44.

PART 5

tial buyer and that this information is kept confidential throughout the entire process[6]. In these contracts, legal disputes may arise on issues such as who will be responsible if the information given about the company, which is the subject of the documents, is not correct, which information will remain confidential and will be prevented from being leaked to third parties, and if the parties violate the exclusivity and confidentiality provisions. These legal disputes that arise can be resolved according to the law agreed by the parties, and the fact that the contracts are arbitrable provides an additional option to the parties in terms of resolving the legal disputes that arise.

B. Preliminary Interviews Phase and Letter of Intent

The letter of intent is a legal document with limited effect that determines the order in which the process from the confidentiality agreement to the signing of the final agreements will be carried out, and declares that the intentions of the parties regarding the acquisition have become serious. Legally binding letters of intent are shaped within the framework of the provisions that will be included, such as confidentiality, exclusivity, and contractual provisions regarding the binding effect. In this regard, in case of violation of these binding obligations, disputes may arise between the parties, and the party that has suffered due to violation of the agreements may claim compensation

müzakereler öncesinde imzalanan hukuki niteliği haiz ilk belgelerdir[6]. Bu sözleşmelerde; belgelerin konusu olan şirket ile ilgili verilen bilgilerin doğru olmaması durumunda kimin sorumlu olacağı, verilmiş olan hangi bilgilerin gizlilik kapsamında kalarak üçüncü kişiler bakımından öğrenilmesine engel olacağı, tarafların münhasırlık ve gizlilik hükümlerini ihlal etmesi gibi konularda hukuki ihtilaflar ortaya çıkabilecektir. Ortaya çıkan bu hukuki ihtilaflar, tarafların kararlaştırmış olduğu hukuka göre çözülebilecek olup, ayrıca sözleşmelerin tahkime elverişli olması durumu, ortaya çıkan hukuki ihtilafların çözümü bakımından taraflara ayrıca bir seçenek sunmaktadır.

B. Ön Görüşmeler Aşaması ve Niyet Mektubu

Niyet mektubu; gizlilik sözleşmesinin ardından nihai sözleşmelerin imzalanmasına kadar geçen sürecin hangi düzende yürütüleceğini belirleyen, tarafların devralma konusunda niyetlerinin ciddileşmiş olduğu, etkisi sınırlı olan hukuki bir belgedir. Niyet mektuplarının hukuki olarak bağlayıcılığı, gizlilik, münhasırlık, bağlayıcı etkiye ilişkin sözleşme hükmü gibi içerisine konulacak olan hükümler çerçevesinde şekillenmektedir. Bu bakımdan söz konusu bağlayıcı yükümlülüklerin ihlali durumunda taraflar arasında uyuşmazlıklar ortaya çıkabilecek olup anlaşmaların ihlal edilmesi sebebiyle zarara uğrayan taraf zararın tazminini talep edebilecektir. Bu hukuki ihtilafların çözümü ise hükümlerin bağlayıcı

FOOTNOTE

6 **Esin,** p. 45.

7 **Lara Candoğan,** Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Date of Access: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

8 **Mustafa Arıkan,** Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler, MÜHFHAD, V. XXII, N. 1, 2016, p. 265.

for the damage. The resolution of these legal disputes varies depending on whether the provisions are binding or not.

In the letter of intent stage, unlike the other stages, the process of legal examination of the company that is the subject of the contracts by the potential buyer is called *"due diligence"*. Although it is in the parties' discretion, whether the provisions in the letter of intent are binding, *"culpa in contrahendo"* responsibility still arises in case of one of the parties acting with a bad faith in a way that will damage the other party and cause legal disputes, whether the provisions are binding or not[7]. In this case, the parties, by acting in accordance with their obligations of diligence while fulfilling their debts, will be able to prevent legal disputes that may arise between them at the said stage.

III. DISPUTES DURING DUE DILIGENCE

The due diligence stage is a process that occurs once the parties have become more serious. The seller clearly reveals the status of the company by sharing legal, tax, and environmental information regarding the company to the potential buyer in accordance with the confidentiality agreement and letter of intent. In addition, this is a legal review process that does not have any regulations in the Turkish Code of Obligations (**"TBK"**) and the Turkish Commercial Code and is indispensable for the parties[8]. At this stage, if the parties violate the rights they have granted each other within the letter of intent, breach of the contract may occur, as the negotiations of the parties may not always end in a positive way. As mentioned in the subheading above, whether the provisions the parties have included in the letter of intent are binding or not varies both in terms of the problems that will arise in the event of a violation of the letter and in terms of solutions. However, regardless of whether the provision is binding or not, a *"culpa in contrahendo"* liability will arise if one of the parties acts in bad faith and causes legal disputes by causing harm to the other party.

Culpa in contrahendo refers to the obligations agreed upon in negotiations in which a contract-like trust relationship arises between the potential buyer and seller prior to

olup olmadığına göre değişiklik göstermektedir.

Niyet mektubu aşamasında farklı olarak potansiyel alıcı tarafından sözleşmelere konu olan şirketin, hukuki açıdan incelenmesi süreci *"due diligence"* şeklinde adlandırılmaktadır. Her ne kadar niyet mektubundaki hükümlerin bağlayıcı olarak seçilmesi tarafların iradesine bırakılmış olsa da, due diligence (hukuki inceleme) aşamasında taraflardan birinin kusurlu davranışıyla karşı tarafı zarara uğratacak şekilde hükümler bağlayıcı olsun veya olmasın dürüstlük kuralına aykırı şekilde hareket etmesi ve hukuki ihtilaflara sebebiyet vermesi durumunda *"culpa in contrahendo"* sorumluluğu gündeme gelmektedir[7]. Bu durumda, taraflar; borçlarını yerine getirirken özen yükümlülüklerine uygun şekilde hareket ederek, söz konusu aşamada aralarında çıkabilecek olan hukuki ihtilaflara engel olabileceklerdir.

III. DUE DILIGENCE AŞAMASINDA İHTİLAFLAR

Due diligence aşaması, tarafların daha ciddi bir aşamaya geçmiş olduğu, satıcının potansiyel alıcıya şirket ile ilgili, hukuki, vergisel, çevresel vs. bilgileri gizlilik anlaşması ve niyet mektubu kapsamında paylaşarak şirketin durumunun net bir şekilde ortaya çıkarıldığı, Türk Borçlar Kanunu (**"TBK"**) ve Türk Ticaret Kanunu'nda hakkında herhangi bir düzenleme mevcut olmayan ve taraflar açısından da vazgeçilmez olan bir hukuki inceleme sürecidir[8]. Bu aşamada tarafların niyet mektubuyla birbirlerine tanımış oldukları hakları ihlal etmeleriyle, ortaya borca aykırılıklar çıkabilecektir. Zira tarafların müzakereleri her zaman olumlu bir biçimde sonlanmayabilir. Yukarıdaki alt başlıkta bahsedildiği üzere, tarafların niyet mektubuna dahil etmiş oldukları hükümlerin bağlayıcı olup olmaması, mektubun ihlali durumunda hem ortaya çıkacak sorunlar açısından hem de çözümler açısından değişiklik göstermektedir. Ancak hükmün bağlayıcı olup olmadığına bakılmaksızın taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak hareket etmesi ve karşı tarafı zarara uğratarak hukuki ihtilaflara neden olması durumunda *"culpa in contrahendo"* sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Culpa in contrahendo, potansiyel alıcı ve satıcının; sözleşmelerin imzalanmasından önceki sözleşme benzeri güven ilişkisinin ortaya çıktığı görüşmelerde mutabık kalınan

DİPNOT

6 **Esin,** s. 45.

7 **Lara Candoğan,** Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Erişim: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

8 **Mustafa Arıkan,** Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler, MÜHFHAD, C.XXII, S.1, 2016, s. 265.

PART 5

the signing of contracts. For example; it is a type of responsibility that can be applied in the event that one of the parties acts against the rules of honesty and in a way that will cause damage to the other party, as a result of any party's faulty behavior (giving false information, not disclosing facts, avoiding information, etc.) during the negotiations. In the event of contradictions in the issues agreed on by the parties during the pre-contract negotiations, situations may arise that could impose liability for the failure to complete the acquisition agreement and the provisions of the tort, which may result in legal disputes[9].

IV. DISPUTES DURING THE SIGNING PHASE OF THE SHARE PURCHASE AGREEMENT

At this stage, negotiations are carried out in accordance with the reports obtained through due diligence made at the previous stage, and the most discussed issue in signing the contract is the precendents and obligations set out by the representation of the parties[10]. In this case, before the contract is signed, legal disputes arising may be likely, provided that the preconditions agreed upon by the parties are not fully and duly met. For instance; the parties may not fulfil the necessary conditions in accordance with the issues they have undertaken or result that the parties faced at the closing stage may not be satisfactory even if the parties fulfilled their obligations. Or the parties may not have fulfilled their responsibilities in order to create the necessary conditions or potential buyer may not satisfied with the legal review and audit process after the signature. Another problem is the amendment clauses in the merger and acquisition agreements added by the party who does not want to incur losses from the issues that may hinder the process between the signing of the contract and the closing stage[11]. In terms of the assurances these clauses will provide to the parties, which cover the conditions to be determined as a result of due dilingnce process conducted during the contract negotiations parties may be able to prevent legal conflicts that may arise, by eliminating the uncertainties that may cause problems in the future.

yükümlülüklere, örneğin; görüşmeler esnasında herhangi bir tarafın kusurlu davranışı (yanlış bilgi vermek, gerçekleri açıklamamak, bilgi vermekten kaçınmak vs.) sonucunda diğer tarafın zarara uğraması şeklinde taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın aleyhine sonuç doğuracak şekilde hareket etmesi durumunda başvurulabilecek bir sorumluluk türüdür. Sözleşme öncesi görüşmelerde tarafların mutabık kaldığı hususlarda aykırılıkların ortaya çıkması, devralma sözleşmesinin tamamlanamamasına ve haksız fiil hükümleri açısından sorumluluk yükleyebilecek durumlar ortaya çıkararak hukuki ihtilaflara neden olabilecektir[9].

IV. HİSSE SATIM SÖZLEŞMESİNİN İMZALANMASI AŞAMASINDA İHTİLAFLAR

Bu aşamada, bir önceki aşamada yapılmış due diligence üzerinden elde edilen raporlar uyarınca müzakereler yapılır ve sözleşmenin imzalanmasında en çok tartışılan husus da tarafların beyanıyla ortaya koyulan koşullar ve yükümlülüklerdir[10]. Bu durumda imzalanacak olan sözleşmenin öncesinde, tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı ön koşul olarak bahsedilebilecek koşulların tam ve gereği gibi sağlanmayarak ihlal edilmesinin hukuki ihtilaflara sebebiyet vermesi muhtemeldir. Bu ihtilaf konularının başında; tarafların vermiş oldukları beyanlar uyarınca gerekli şartları yerine getirip getirmediği ve getirse dahi bu yerine getirilen şartların hâlâ kapanış aşamasında bile tarafları tatmin eder olup olmadığı, gerekli şartların oluşabilmesi için ise tarafların üzerine düşen sorumlulukları yerine getirip getirmediği, imza sonrasındaki hukuki inceleme ve denetim sürecinden potansiyel alıcının tatmin olmaması, sözleşmenin imzalanması ile kapanışın gerçekleştirilmesi arasındaki süreci sekteye uğratabilecek değişikliklerden zarara uğramak istemeyen tarafların devralma sözleşmelerine koymuş oldukları esaslı değişiklik klozları gelmektedir[11]. Taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında gerçekleştirilen due diligence işlemi sonucunda tespit edilecek olan koşulları kapsayan bu klozların; taraflara sağlayacak olduğu güvenceleri bakımından, ileride sorunlara neden olacak belirsizlikleri ortadan kaldırarak ortaya çıkabilecek olan hukuki ihtilafların önüne geçebileceklerdir.

FOOTNOTE

9 **Candoğan,** Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Date of Access: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

10 **Merve Çek,** Birleşme-Devralma İşlemleri Çerçevesinde "Due Diligence ve Engagement Letter", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, p. 50.

11 **Candoğan,** Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Date of Access: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

12 **Çek,** p. 52.

13 See Section IV.

V. DISPUTES DURING ACQUISITION TRANSACTIONS AND CLOSING PHASE

The acquisition does not end with the signing of the target company's share purchase agreement between the buyer and the seller, the shares must be transferred to the buyer. The closing stage is the last phase in which the contractual acts are performed with the transfer of the shares of the target company to the buyer with disposotive transactions[12]. At this stage, it should not be forgotten that many transactions are made in addition to the disposotive transaction because it is these transactions that are the reason for the emergence of many conflicts at this stage. Since this stage is the last stage for the parties, there is a greater variety of issues that may lead to conflicts compared to other stages. Therefore, we will try to explain the issues that may cause conflict under the headings below.

A. Seller's Liability for the Defect

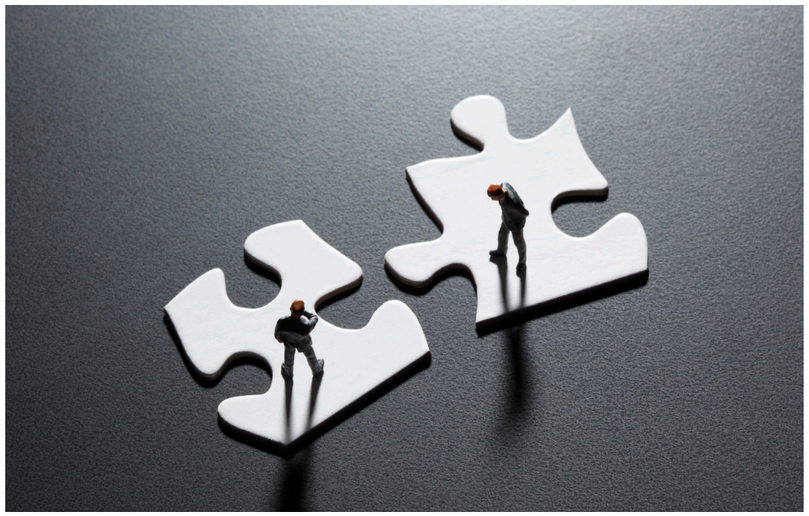
In acquisitions, a share purchase agreement is signed between the parties regarding the transfer of the company[13]. In this case, the seller's liability for the defect will arise in the event of the occurrence of a defect other than that represented or warranted in regards

V. DEVRALMA İŞLEMLERİ VE KAPANIŞ AŞAMASINDA İHTİLAFLAR

Alıcı ile satıcı arasında, hedef şirketin hisse satım sözleşmesinin imzalanması ile devralma süreci sonlanmayacak olup, hisselerin alıcıya devredilmesi gerekmektedir. Kapanış aşaması da hedef şirketin hisselerinin, tasarruf işlemiyle alıcıya devredilmesiyle beraber sözleşme edimlerinin ifa edilmiş olduğu son aşamadır[12]. Bu aşamada, tasarruf işleminin yanında birçok işlemin de yapıldığını unutmamak gerekmektedir. Zira birçok ihtilafın söz konusu aşamada ortaya çıkış sebebi bu işlemlerdir. Artık bu aşama taraflar için son bir basamak olduğundan, diğer aşamalara nazaran ihtilafların çıkabileceği konular bakımından çeşitlilik fazladır. Bundan dolayı ihtilafa sebep olabilecek konuları aşağıda ayrı başlıklar altında açıklamaya çalışacağız.

A. Satıcının Ayıptan Sorumluluğu

Devralmalarda taraflar arasında şirketin devrine ilişkin bir hisse satım sözleşmesi imzalanmaktadır[13]. Bu durumda sözleşmeye konu olan hedef şirketin niteliğinde beyan veya taahhüt edilmiş durumların dışında ayıbın ortaya çıkması durumunda satıcının ayıptan



DİPNOT

9 **Candoğan,** Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Erişim: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

10 **Merve Çek,** Birleşme-Devralma İşlemleri Çerçevesinde "Due Diligence ve Engagement Letter", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 50.

11 **Candoğan,** Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Erişim: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

12 **Çek,** s. 52.

13 Bkz. Bölüm IV.

PART 5

to the target company that is the subject of the contract. The situation in which the liability for the defect will arise is regulated in the TBK in article 219; "*The seller is not only responsible for* ***the absence of the qualities he has declared to the buyer,*** *but also for the presence of material,* ***legal or economic defects that affect the quality or are contrary to the quantity, eliminating or significantly reducing the value*** *for the use and the benefits expected from it by the buyer*". On the other hand, the liability of guarantee against the defect is regulated in the TBK from Article 219 to Article 231, and for the emergence of liability for the defect pursuant to these articles; (**i**) the defect should exist before the damage has passed to the buyer (**ii**) the buyer should fulfill the inspection and notification obligations (**iii**) the defect should be substantial and hidden (**iv**) the nonliability agreement should not be signed between the buyer and seller regarding the liability for the defect, in favor of the seller.

If these conditions are present, in addition to the dispute of the seller's responsibility for the defect that will arise, the conflict may also arise as to which of the alternative rights granted to the buyer in TBK Article 227 should be used. These alternative rights are; (**i**) rescission of contract, (**ii**) requesting a reduction in the sales price at the rate of defects (**iii**) repairment of the sold item (**iv**) replacement of the defective item with a non-defective one.

Here, the parties may also enter into an agreement with provisions that release the seller under TBK Article 221. This agreement continues to be valid in cases other than the seller's gross fault[14]. In this case, conflicts may also occur between the parties in terms of the liability of the seller. The emergence of the said conflict depends on the agreement of the parties, taking into account every possibility in terms of provisions that eliminate the liability of the seller.

B. Penal Clause

If the debtor does not fulfill his/ her main debt duly or at all, the ancillary performance that will occur with the violation of the debtor, depending on the main debt, is called the penal clause[15]. The penal clause carries a risk from the seller's point of view as the creditor will receive the amount in question, even if he/ she cannot prove the loss suffered in the event of a breach of the debt. In this respect, since legal disputes may arise between the parties regarding the subject of this clause, the emergence of a conflict between the parties will be prevented if both parties agree in advance on the ideas that have emerged by considering all the possibilities in their favor in detail.

C. Third-Party Claims in Transfer

It was stated that disputes may arise as a result of the violation of the representations and warranties of the parties in the takeover process. In this case, legal disputes will inevitably arise between the parties, since the claims made by the third parties in terms of the target company may be in a way that may cause the violation of the seller's representations and warranties[16]. It should also be noted that third-party claims also differ if they are made against the transfer of a commercial enterprise or the transfer of shares. For example, in a resolution of a dispute between the target company and a third party, if the relevant party requests to solve the dispute without taking it to court, problems will occur regarding whether the seller should be aware of the existence of this request and whether the seller can intervene in the dispute between the third party and the target company, even if he/ she is aware of it. In this respect, the parties will be able to prevent such problems with the provisions they have determined in the contract in detail.

There are no specific behavioral obligations for the parties in acquisitions. But even though there are no such obligations, it is obvious that the parties must act within the framework of good faith.

---

sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Ayıptan sorumluluğun hangi hallerde ortaya çıkacağı durumu TBK. m. 219'da; *"Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette* ***bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmaması sebebiyle*** *sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan,* ***kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan*** *maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur."* şeklinde düzenlenmiştir. Öte yandan ayıba karşı tekeffül sorumluluğu TBK m. 219'dan m.231'e kadar düzenlenmekte olup, bu maddeler uyarınca ayıptan sorumluluğun ortaya çıkması için; (**i**) ayıbın hasarın alıcıya geçmesinden önce mevcut olması, (**ii**) alıcının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması, (**iii**) ayıbın önemli ve gizli olması, (**iv**) ayıptan dolayı sorumluluk açısından satıcının lehine olarak sorumsuzluk anlaşması bulunmaması gerekmektedir.

Bu şartların mevcut durumda bulunduğu takdirde, ortaya çıkacak olan satıcının ayıptan sorumluluğu ihtilafının yanında TBK m. 227'de alıcıya tanınmış olan seçimlik hakların hangilerinin kullanılması gerektiği ihtilafı da ortaya çıkabilecektir. Tanınmış olan bu seçimlik haklar; (**i**) sözleşmeden dönme, (**ii**) ayıp oranında satış bedelinden indirim istenilmesi, (**iii**) satılan şeyin onarılması, (**iv**) ayıplı malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi şeklindedir.

Burada ayrıca taraflar TBK m. 221 uyarınca satıcının sorumluluğunu kaldıran hükümleri barındıran bir anlaşmada bulunabilirler. Bu anlaşma geçerliliğini, satıcının ağır kusurlu olmasının dışındaki hallerde sürdürmektedir[14]. Bu durumda da satıcının sorumluluğu açısından taraflar arasında ihtilaflar çıkabilecek olup, söz konusu ihtilafın ortaya çıkması ise tarafların; satıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran hükümler bakımından her olasılığı göz önünde bulundurarak anlaşmasına bağlıdır.

B. Cezai Şart

Borçlunun, asıl borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden üstlenmiş olduğu ve asıl borca bağlı olarak borçlunun ihlali ile ortaya çıkacak fer'i edime cezai şart denir[15]. Cezai şart, alacaklının borca aykırılık durumunda uğradığı zararını kanıtlayamasa bile, söz konusu miktarı alacağından satıcı açısından bir risk taşımaktadır. Bu bakımdan taraflar arasında bu şartın konusu bakımından hukuki ihtilaflar çıkabileceğinden, her iki taraf da detaylı olarak kendi lehine olacak şekilde bütün ihtimalleri düşünerek, ortaya çıkan fikirler üzerinde önceden anlaştıkları takdirde taraflar arasında ihtilafın ortaya çıkmasının önüne geçilmiş olacaktır.

C. Devirde Üçüncü Kişi Talepleri

Devralma işlemlerinde tarafların beyan ve taahhütlerinin ihlali sonucunda uyuşmazlıklar çıkabileceği belirtilmişti. Buradaki durumda ise üçüncü kişilerin, hedef şirket bakımından bulunmuş olduğu talepler satıcının beyan ve taahhütlerinin ihlaline sebebiyet verebilecek şekilde olabileceğinden, taraflar arasında hukuki ihtilafların çıkması kaçınılmazdır[16]. Üçüncü kişi taleplerinin de ticari işletme devrine veya pay devrine karşı yapılması durumunda farklılık gösterdiğini de belirtmek gerekmektedir. Örneğin hedef şirket ile üçüncü bir kişi arasında çıkan bir sorunun çözümünde ilgili kişi, bunu yargı yoluna götürmeden çözme talebinde bulunursa ve bu talebin varlığından satıcının da haberdar olmasının gerekip gerekmediği, haberi olsa dahi üçüncü kişi ile hedef şirket arasındaki bu anlaşmazlığa müdahale edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan taraflar, detaylı bir şekilde sözleşmede belirledikleri hükümlerle böyle sorunların önüne geçebileceklerdir.

Devralmalarda taraflar bakımından belirli davranış yükümlülükleri bulunmamaktadır. Her ne kadar bu tarz yükümlülükler bulunmasa da tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket etmeleri gerektiği aşikârdır.

FOOTNOTE

14 Vedat Buz, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, BATİDER, V. 35, Iss. 3, p. 72.

15 Selahattin Sulhi Tekinay, Tekinay Borçlar Genel Hükümler, 7th Edition, İstanbul 1993, p. 341.

16 Candoğan, Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Date of Access: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

DİPNOT

14 Vedat Buz, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, BATİDER, C. 35, S. 3, s. 72.

15 Selahattin Sulhi Tekinay, Tekinay Borçlar Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 341.

16 Candoğan, Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Erişim: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

PART 5

ONE OF THE PURPOSES OF THE PARTIES SHOULD, FIRST OF ALL, TO DETERMINE THE PROVISIONS THAT WILL PREVENT THE EMERGENCE OF ANY CONFLICT THAT MAY ARISE BETWEEN THEM IN A WAY THAT WILL NOT LEAVE ANY ROOM FOR DOUBT BY FORESEEING THE PREVIOUS STAGES, AND SHOULD BE ADDED TO THE CONTRACT.

D. Contract Price

One of the most common takeover disputes is disputes over the price of the subject of the contract. In such disputes, the seller determines the value of the subject of the contract according to his/ her own calculations and reveals an amount. The buyer, on the other hand, claims that the amount of the price determined as a result of these calculations is high on the grounds that it does not match his/ her own calculations and is excessive. Instead of risking the termination of the takeover process by causing disputes to come to the agenda, as in this case, the parties will be able to prevent disputes by deciding on alternative ways to be followed in various possibilities at the previous stages while determining the price in question.

E. Burden of Proof

Article 6 of the Turkish Civil Code states, *"Unless there is a contrary provision in the law, each party is obliged to prove the existence of the facts on which it bases its right"*. According to this regulation, the burden of proof is on the requester. The concept of the burden of proof plays an important role in the acquisition process, as there are too many disputed matters. Here, the situation that bears the burden of proof for the post-closing period, which party bears the burden of the disputes between the parties, which party should prove which issue in what way may arise as a dispute, and if the parties make the determination of the means of proof and the structuring of the burden of proof at an early stage, they will prevent the emergence of such conflicts[17].

VI. CONCLUSION

As a result, it is quite normal for companies to want to make acquisitions within the scope of their growth targets. However, because the takeover transactions have many legal pillars, it is evident that there is a possibility of legal disputes between the parties during the implementation of the said transactions. In this regard, one of the purposes of the parties should, first of all, be to determine the provisions that will prevent the emergence of any conflict that may arise between them in a way that will not leave any room for doubt by foreseeing the previous stages, and should be added to the contract.

D. Sözleşme Bedeli

En sık görülen devralma uyuşmazlıklarından biri de sözleşme konusunun bedeli üzerindeki uyuşmazlıklardır. Bu tür uyuşmazlıklarda satıcı, sözleşme konusunun değerini kendi yaptığı hesaplamalara göre belirleyerek bir tutar ortaya koymaktadır. Alıcı ise bu hesaplamalar sonucunda çıkan bedelin tutarının kendi hesaplarıyla uyuşmadığı ve fazla olduğu gerekçesiyle yüksek olduğunu ileri sürmektedir. Bu durumdaki gibi anlaşmazlıkların gündeme gelmesine sebebiyet vererek devralma sürecinin sonlanmasının riske atılmasının yerine, taraflar söz konusu bedel belirlenirken, çeşitli olasılıklarda izlenecek olan alternatif yolların, önceki aşamalarda kararlaştırarak ihtilafların önüne geçebileceklerdir.

E. İspat Yükü

Türk Medeni Kanunu madde 6'da bulunan; *"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."* şeklindeki düzenlemeye göre ispat yükü talepte bulunanın üzerindedir. Devralma işlemlerinde de ihtilaf konusu hususların çok fazla olması sebebiyle ispat yükü kavramı önemli bir rol oynamaktadır. Burada kapanış sonrası dönem için geçerli olarak ispat yükünü, taraflar arasında çıkan ihtilaflarda hangi tarafın omuzladığı veya hangi konuyu ne şekilde ispat etmesi gerektiği durumu ihtilaf olarak ortaya çıkabilecek olup, taraflar ispat vasıtalarının ve ispat yükünün yapılandırılmasının belirlenmesini erken aşamalarda yaptıkları takdirde söz konusu ihtilafların ortaya çıkmasını engellemiş olacaklardır[17].

VI. SONUÇ

Sonuç olarak, şirketlerin büyüme hedefleri kapsamında devralma işlemlerini gerçekleştirmek istemeleri gayet olağan bir durumdur. Ancak devralma işlemlerinin birçok hukuki ayağının olması sebebiyle, söz konusu işlemlerin hayata geçirilmesi sırasında taraflar arasında hukuki ihtilafların çıkabilme ihtimalinin olması da su götürmez bir gerçektir. Bu bakımdan, tarafların amaçlarından birinin öncelikle, aralarında çıkabilecek herhangi bir ihtilafı, önceki aşamalarda öngörerek şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya çıkmasını engelleyecek hükümlerin belirlenmesi ve sözleşmeye eklenmiş olması gerekmektedir.

FOOTNOTE

17 **Esin,** p. 477.

Even if the disputes that may arise are not foreseen between the parties, at least in this process, which is suitable for arbitration, it is important to agree on the provisions that will facilitate the process in case of arbitration, in order to prevent the takeover process from being interrupted.

Ortaya çıkabilecek ihtilafların, taraflar arasında öngörülememiş olması durumunda bile en azından tahkime elverişli olan bu süreçte, hakeme gidilmesi durumunda süreci kolaylaştıracak hükümler üzerinde önceden anlaşılması, devralmalar sürecinin sekteye uğramasını engellemek adına önem arz etmektedir.

TARAFLARIN AMAÇLARINDAN BİRİNİN ÖNCELİKLE, ARALARINDA ÇIKABİLECEK HERHANGİ BİR İHTİLAFI, ÖNCEKİ AŞAMALARDA ÖNGÖREREK ŞÜPHEYE MAHAL VERMEYECEK ŞEKİLDE ORTAYA ÇIKMASINI ENGELLEYECEK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ VE SÖZLEŞMEYE EKLENMİŞ OLMASI GEREKMEKTEDİR.

BIBLIOGRAPHY

ESRA KAYANDAN, Birleşme ve Devralmalarda İnceleme Prosedürü (Due Diligence), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6th Edition, Ankara 2020.

HALUK SUMER/ HELMUT PERNSTEINER, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul 2004.

HELİN BERFİN AKYÜZ, Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Adalet Yayınları, Ankara 2007.

İSMAİL G. ESİN, Birleşme ve Devralmalar, 3th Edition, İstanbul 2021.

LARA CANDOĞAN, Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Date of Access: 04.06.2022) https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

MERVE ÇEK, Birleşme-Devralma İşlemleri Çerçevesinde "Due Diligence ve Engagement Letter", İstanbul 2021 (Date of Access: 04.06.2022) https://acikerisim.medipol.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12511/8829/Cek-Merve-2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

MUSTAFA ARIKAN, Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler, MÜHFHAD, V. XXII, Iss. 1, 2016.

SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY, Tekinay Borçlar Genel Hükümler, 7th Edition, İstanbul 1993.

SERPİL ALTINIRMAK GÖKBEL, "Birleşmelerde Başarı ve Başarısızlık", Ed.

VEDAT BUZ, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekefful Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, BATİDER, V. 35, Iss. 3, 2019.

KAYNAKÇA

ESRA KAYANDAN, Birleşme ve Devralmalarda İnceleme Prosedürü (Due Diligence), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara 2020.

HALUK SUMER/ HELMUT PERNSTEINER, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul 2004.

HELİN BERFİN AKYÜZ, Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Adalet Yayınları, Ankara 2007.

İSMAİL G. ESİN, Birleşme ve Devralmalar, 3. Baskı, İstanbul 2021.

LARA CANDOĞAN, Şirket Birleşme ve Devralmalarında Ortaya Çıkabilecek Uyuşmazlıklar, (Erişim: 04.06.2022). https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1176580/350irket-birle351me-ve-devralmalarda-ortaya-305kabilecek-uyu351mazl305klar-.

MERVE ÇEK, Birleşme-Devralma İşlemleri Çerçevesinde "Due Diligence ve Engagement Letter", İstanbul 2021 (Erişim: 04.06.2022) https://acikerisim.medipol.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12511/8829/Cek-Merve-2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

MUSTAFA ARIKAN, Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler, MÜHFHAD, C.XXII, S. 1, 2016.

SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY, Tekinay Borçlar Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

SERPİL ALTINIRMAK GÖKBEL, "Birleşmelerde Başarı ve Başarısızlık", Ed.

VEDAT BUZ, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekefful Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, BATİDER, C. 35, S. 3, 2019.

DİPNOT

17 **Esin,** s. 477.