

ŞİRKET BİRLEŞME-DEVVALMA SÜREÇLERİ ÖZELİNDE VARLIK GÖSTEREN “*BREAK-UP FEE*” KLOZLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER^(*)

Prof. Dr. K. Berk KAPANCI^(**)

Öz: Şirket birleşme-devralmaları, gerek dünyanın birçok yerinde gerekse de Türkiye’de yaygın biçimde ve sıklıkla gündeme gelen uygulamalardır. Bu uygulamaların başarılı biçimde sonuca ulaştırılmaları, işlemlere taraf olanlar bakımından fevkalade önemlidir. Diğer taraftan, umulmayan bir aksilikle karşılaşıldığında nasıl hareket edileceği noktasında belirli planlamaların yapılması hususu da aynı derecede bir önemi haiz bulunur. Bunun sağlanması, ancak iyi kurgulanmış amaca uygun sözleşmesel düzenlemelerle mümkündür, öyle ki ancak bu şekilde birleşme-devralma süreçleri sağlıklı bir şekilde ilerletilebilecek, gündeme gelebilecek riskler de asgari bir düzeye indirilebilecektir. İşte bahsi geçen sözleşmesel düzenlemeler dahilinde sıklıkla yer verilen hükümlerden biri de “break-up fee” klotudur. Uygulamada farklı adlar altında anılabilecek olan bu klot, duruma göre ya yaratacağı dolaylı etkiyle birleşme devralma sürecinin başarıyla sonuçlandırılmasına hizmet eder ya da bu sürecin akamete uğraması durumunda oluşabilecek zarar riskinin bertaraf edilmesini hedef tutar. Bununla birlikte, sözü geçen klotların homojen ve tekil bir içerikte oldukları da söylenemez, daha çok ihtiyaca göre farklı görünümlere büründürülebilecekleri ifade edilebilir. Anılan bağlamda, Türk Hukuku özelinde bu klotların olası farklı görünümlerinin hukuki niteliklerinin ve bunlara uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi önem arz etmektedir. İşbu çalışmamız, şirket birleşme ve devralmaları süreçlerinde gündeme gelebilecek sözü geçen klotların farklı görünümleri üzerinden bu tespitlerin yapılmasına odaklanmaktadır.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 01.06.2023 - Makale Kabul Tarihi: 05.12.2023.

^(**) MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: berk.kapanci@mef.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-6540-5872>.

Anahtar Kelimeler: Şirket Birleşme-Devralmaları, Sözleşmesel Düzenlemeler, Break-Up Fee Klozu, Ceza Koşulu, Götürü Tazminat Anlaşması.

REMARKS ON THE LEGAL NATURE OF *BREAK-UP FEE* CLAUSES USED IN MERGERS AND ACQUISITIONS' PROCESSES

Abstract: Company mergers and acquisitions processes are common and frequent practices both in many parts of the world and in Turkey. The successful conclusion of such transactions is of utmost importance for their related parties, especially the high transaction amounts taken into consideration. On the other hand, it is equally important to plan how to proceed in the event of an unexpected disruptive situation. This can only be ensured through well-drafted, fit-for-purpose contractual arrangements. One of the contractual provisions frequently included in the aforementioned arrangements is the “break-up fee” clause. This clause specifically aims to successfully finalize a certain mergers and acquisitions process or to eliminate the risk of loss in the event of the failure thereof. However, it cannot be said that break-up fee clauses have a homogeneous and singular content. In the said context, it is important to determine the legal nature of the different possible appearances of these clauses and the legal provisions that are applicable to them under Turkish Law. Accordingly, this article focuses on the legal qualification of the different appearances of the aforementioned clauses used in mergers and acquisitions’ processes.

Keywords: Mergers and Acquisitions, Contractual Arrangements, Break-Up Fee Clauses, Penalty Clauses, Liquidated Damages.

I. GİRİŞ

Günümüzde şirket birleşme-devralmalarının gerek dünyanın birçok yerinde gerekse de Türkiye’de yaygın biçimde ve sıklıkla gündeme gelen uygulamalar oldukları rahatlıkla söylenebilir.¹

Bu uygulamaların başarılı biçimde sonuca ulaştırılmaları, ilgili uğurda yapılan işlemlere taraf olanlar bakımından fevkalade önemlidir. Diğer taraftan, umulmayan bir aksilikle karşılaşıldığında nasıl hareket edileceği noktasında belirli planlamaların yapılması hususu da aynı derecede (yüksek) bir önemi haiz bulunur.²

Böyle olunca da bu alandaki sözleşmesel düzenlemelerin yıllar içinde ciddi bir gelişme kaydettiklerini ve gitgide daha da iyileştirildiklerini söylemek yanlış olmaz. Ne de olsa ancak bu şekilde, yani iyi kurgulanmış amaca uygun sözleşmesel düzenlemelerle, birleşme-devralma süreçleri sağlıklı bir şekilde ilerletilebilecek, söz konusu olabilecek riskler de asgari bir düzeye indirilebilecektir.³

Sözü geçen sözleşmesel düzenlemeler dahilinde sıklıkla yer verilen hükümlerden biri de “*break-up fee*” klotudur.⁴ Türkçe, serbest çeviriyle yaklaşık olarak “*sona erme bedeli klotu*” olarak ifade edilebilecek ve yine uygulamada farklı adlar altında anılabilecek olan bu klot, en başta belirli bir birleşme-devralma sürecinin akamete uğraması durumundaki zarar riskinin bertaraf edilmesini hedef tutar, bundan başka yine ilgili sürecin başarıyla sonuçlandırılması amacına da hizmet edebilir.⁵ Ancak bu klotların homojen ve tekil bir içerikte oldukları da söylenemez, daha çok ihtiyaca göre taraflarca farklı görünümlere büründürülebilecekleri ifade edilebilir.^{6,7}

¹ Bu konuda genel olarak bkz. TOLOU Alborz, **La forfaitisation du dommage**, Schulthess, Zürich, 2017, N. 597; TANNÖ, N. 534 vd.; GYSI Markus, “Break Fee-Vereinbarungen bei Unternehmensübernahmen”, **Jusletter 29 October 2007**, N. 1-104, N. 1, www.jusletter.ch (Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

² GYSI, N. 1.

³ GYSI, N. 1.

⁴ ISLER Peter R., “Break-up Fee bei Unternehmenszusammenschlüssen”, **Der Allgemeine Teil und das Ganze: Liber Amicorum für Hermann Schulin**, Hrsg. Nedim Peter VOGT, Dieter ZOBL, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2002, ss. 83-97, s. 84.

⁵ HILGARD Mark C., “Break-up Fees beim Unternehmenskauf”, **Betriebs-Berater**, Heft 7, 2008, ss. 286-294, s. 286; TOLOU, N. 597; SCHNYDRIG Andrin / VISCHER Markus, “Die Transaktionsvereinbarung bei öffentlichen Übernahmen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2006, ss. 1192-1206, s. 1193; WARED Sarah, “Break Fees im Rahmen von Unternehmenstransaktionen”, **Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht**, 48. Jahrgang, N. 13, Juni 2019, ss. 161-165, s. 161; GÜREL, s. 155.

⁶ TSCHÄNI Rudolf / DIEM Hans-Jakob, “Die Pflichten des Verwaltungsrates des Zielgesellschaft bei Übernahmeangeboten”, **Mergers & Acquisitions VII**, Schulthess, Zürich, 2005, ss. 53-112, s. 95; GYSI, N. 6.

“*Break-up fee*” klotzlarının esas menşei Amerikan Hukukudur. İlgili klotzlar, uluslararası mahiyetteki birleşme-devralma işlemlerinin yaygınlaşmasıyla birlikte genel olarak yayılım göstermiş ve farklı hukuk sistemlerindeki aktörler tarafından da benimsenmişlerdir. Türk-İsviçre Hukukuna tabi uygulamalar bağlamında da, her ne kadar konuyla ilgili olarak bu sistemler dahilinde özel bir düzenleme yahut yerleşik bir yargı uygulaması mevcut bulunmasa da bu türden klotzlara birleşme-devralma süreçleri dahilinde sıklıkla yer verildiği gözlemlenmektedir.⁸

Dolayısıyla Türk Hukuku özelinde bu klotzların olası farklı görünümünün hukuki niteliklerinin ve bunlara uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi önem arz etmektedir. İşbu çalışmamız sözü geçen klotzların farklı görünümüleri üzerinden ilgili tespitlerin yapılmasına odaklanmaktadır.

Söz konusu tespitlerin temelde anonim şirketler esas alınarak yapılacağı belirtilmelidir, dolayısıyla aşağıdaki açıklamalarımız aksi yönde bir belirtmede bulunulmadıkça anonim şirketler özelinde dikkate alınmalıdır.

Aşağıdaki açıklamalarımız dahilinde öncelikle *break-up fee* klotzlarının temel çalışma zemini olan şirket birleşme-devralma süreçleri hakkında kısa bir hatırlatmada bulunulacak (II), akabinde *break-up fee* klotzlarının kavramsal özellikleri (III) ve temel işlevleri (IV) ele alınacak, akabinde de klotzun olası farklı alt görünümünün hukuki nitelikleri (V) üzerine açıklamalar verilecektir.

II. ÖN BİLGİ: ŞİRKET BİRLEŞME-DEVRALMA SÜREÇLERİ HAKKINDA KISA BİR HATIRLATMA

Genel çatı bir kavram olarak birleşme-devralma (geniş anlamda birleşme-devralma) denildiğinde akla birçok farklı kurgu olasılığı gelebilir. Konumuz özelinde bu kurgu olasılıklarıyla ilgili kısa bir hatırlatma yapılması, esasen ilgili kurgular özelinde gündeme gelebilecek ve yapılandırılacak *break-up fee* klotzları hakkındaki açıklamalarımızın verilmesini kolaylaştıracaktır.

Bilindiği üzere, şirket birleşme-devralma süreçleriyle son tahlilde asıl ve nihai olarak hedeflenen, belirli bir ticari işletme üzerindeki hâkimiyeti tesis ve suretle de ilgili işletme bağlamında geleceği belirleyebilme iktidarını şekillendirmektir.

⁷ Bazı somut düzenleme örnekleri için ayrıca bkz. HILGARD, s. 289; ISLER, s. 84 vd.

⁸ GYSI, N. 2, 4.

İlgili bağlamda, karşımıza çıkabilecek farklı kurgu olasılıkları şu şekilde sıralanabilir:⁹

- İlk olasılık, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu**¹⁰ ("**TTK**") çerçevesindeki **teknik hukuki anlamda şirket birleşmesi süreci** üzerinden istenilen sonuca ulaşılmasıdır (bkz. TTK m.136 vd.). Bu süreçte, şirket malvarlıkları, bu şirketlerden en az birinin tüzel kişiliğinin -tasfiyesi söz konusu olmaksızın- sona ermesi suretiyle bir bütün haline getirilmektedir. TTK çerçevesinde şirket birleşmeleri, devralma yoluyla birleşme veya yeni kuruluş yoluyla birleşme olmak üzere, iki alt türe ayrılır: **i- Devralma yoluyla birleşmede**, bir şirket (devralan şirket) diğerinin (hedef/katılan şirket) malvarlığını bütünüyle (küllî halefiyet) devralırken, **ii- yeni kuruluş yoluyla birleşmede** ise birden fazla şirket doğrudan yeni oluşturulacak bir başka şirket altında birleştirilir.¹¹
- İkinci olasılık, birleşme-devralma sürecinin bir **sermaye iştirak (taahhüdü) sözleşmesi (Share subscription agreement)** üzerinden yürütülmesidir. Bu olasılıkta mevcut bir şirket, var olan tüzel kişiliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmeksizin, şirkete yeni gelecek bir pay sahibinin (yatırımcı) taahhüdüyle sermayesini artırmakta, bu suretle sermaye artırımı süreci dahilinde yeni çıkarılacak payların doğrudan sahibi konumuna gelen yatırımcı yeni durumda şirketin kontrolünde (belirlenen biçimde ve oranda) söz sahibi olabilmektedir.¹²
- Üçüncü olasılık, birleşme-devralma sürecinin bir **ortak girişim (Joint venture) yapısı** üzerinden şekillendirilmesidir. Bu yapıda, taraflar yeni bir şirket tüzel kişiliği tesis ettikten sonra, sahip oldukları ticari işletmeleri aynı sermaye olarak bu şirkete getirmeyi tercih etmektedirler. Böylece taraflar yeni bir tüzel kişilik çatısı altında birleşmiş olurlar.

⁹ Bu konuda ayrıca bkz. ESİN İsmail G., **Birleşme ve Devralmalar**, 4. Geliştirilmiş Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2021, N. 61.

¹⁰ Resmî Gazete Sayı: 27846, Tarih: 14 Şubat 2011.

¹¹ Bu olasılık bağlamında özellikle bkz. POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I - Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, N. 141 vd.; KAPLAN İbrahim, "İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK'da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 146, 2020, ss. 313-328, s. 313 vd.; SUSUZ Kağan, "TTK m.134-158", **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Türk Ticaret Kanunu m.124-303**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2023, ss. 184-371, s. 199 vd.; YAVUZ Mustafa, "Ticaret Şirketlerinin Birleşme Usulü ve Süreci", **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, Sayı 7, Yıl 2016, ss. 24-34, s. 24 vd.

¹² Bu konuda özellikle bkz. ESİN, **Birleşme ve Devralmalar**, N. 388 vd.

- Dördüncü olasılık, birleşme-devralma sürecinin bir *pay devir (satış) sözleşmesi (Share purchase agreement, Share sales)* üzerinden gündeme gelmesidir. Bu yapı dahilinde, çoğunlukla bir satış sözleşmesi temelinde yani belirli bir satış bedeli karşılığında, var olan şirket paylarının tamamı veya şirketin kontrolünde söz sahibi olmaya imkân veren bir kısmı, bir veya birkaç pay sahibi tarafından bir başkasına devredilmektedir.¹³
- Beşinci olasılıkta ise, birleşme-devralma süreci bir *ticari işletme devir (satış) sözleşmesi (Asset purchase agreement, Enterprise sales)* üzerinden söz konusu olabilir. Yine çoğunlukla bir satış sözleşmesi tahtında gerçekleştirilen bu kurgu dahilinde, bir şirkete ait bulunan ticari işletme (özel malvarlığı) bütün unsurlarıyla bir başka şirkete devredilmektedir.¹⁴

Bu olasılıklara toplu olarak göz gezdirildiğinde, ilk olasılık (ve kapsamına giren iki alt türü) dahilinde var olan şirket tüzel kişiliğini (veya kişiliklerini) ilgilendiren bir farklılaşmanın olduğu, buna karşılık diğer dört olasılıkta ise (var olan, başlangıçtaki) şirket tüzel kişilik yapısı bakımından herhangi bir değişiklik meydana gelmeden birleşme-devralma sürecinin tamamlandığı tespiti rahatlıkla yapılabilir.¹⁵ Ne var ki bütün bu kurgularda asıl amaçlananın belirli bir ticari işletmenin kontrolünde (tamamen) söz sahibi olmak olduğu tekrar vurgulanmalıdır.

Yine bu olasılıklar arasında farklı bir ayırım ve gruplandırma, işlem taraflarının -birbirlerine göre olan- güç dengesi (*Stärkeverhältnis / Rapport de force*) durumlarına göre yapılabilir. Baştan söylenmelidir ki, elbette bu son değerlendirme bir genellemeyi içerir ve varsayımsaldır. Dolayısıyla değerlendirmenin yanlış çıkabileceği çeşitli olasılıklar bulunsa da, yapılan tespitler çoğu kez de doğruyu gösterecektir, bu nedenle anılmaya değerdir. Elbette, her somut durumda özel bir incelemenin yapılmasının daha doğru ve sağlıklı olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Bütün bu uyarılar yapıldıktan sonra, çoğu kez doğru sonuçlara varacak ilgili gruplandırmaya geçecek olursak, yukarıda anlatılan (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma süreçlerinin kendi içlerinde taraf güç durumları bakımından şöyle bir ikili ayırma tabi tutulabileceği söylenebilir:

¹³ Bu konuda özellikle bkz. ESİN, *Birleşme ve Devralmalar*, N. 239 vd.; ALTUNBAŞ SANCAK Zahide, *-Anonim Şirket Özelinde- Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayrıntı Doğan Sorumluluğu*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 22 vd.

¹⁴ Bu konuda özellikle bkz. ESİN, *Birleşme ve Devralmalar*, N. 403 vd.; ALTUNBAŞ SANCAK, s. 18 vd.

¹⁵ ESİN, *Birleşme ve Devralmalar*, N. 61.

- *i- TTK m.136 vd. anlamında devralma yoluyla birleşmede işlem taraflarının güç dengesi durumları, genelde ii- sermaye iştirak sözleşmesi, iii- pay devir sözleşmesi ve iv- ticari işletme devir sözleşmesi olasılıklarındaki taraf durumlarına benzerdir. Bu yapıların her biri farklı hukuki kurgular üzerinden şekillendirilse de, genel olarak, i- devralan konumundaki şirket, ii- sermayeye iştirak eden yatırımcı, iii- pay devralan kişi, iv- ticari işletmeyi devralan kişi çoğu kez işlemin (aynı zamanda bu konudaki teklifi de masaya getiren) daha güçlü tarafıdır, işlemin başarılı bir şekilde sonuçlandırılması da bu taraf açısından daha önemlidir. Belirtilen kişiler, anılan kurgular dahilinde çoğu kez (geniş anlamıyla) birleşme-devralma işlemlerinin başlaması için söz konusu olacak ilk hamleyi yapan taraflar olarak da kategorize edilebilirler. Diğer taraf (yani yukarıda değinilen olasılıklar çerçevesinde bakılacak olursa; i- hedef şirket, ii- hedef şirket ve/veya şirketin kontrol eden pay sahipleri, iii- pay devreden kişi, iv- ticari işletmeyi devreden kişi) ise, daha pasif biçimde konumlanan, kendisine birleşme-devralma sürecinin başlatılması bakımından teklif götürülen kişi pozisyonunda bulunur.*
- *i- TTK m.136 vd. anlamında yeniden kuruluş yoluyla birleşme ve ii- ortak girişim yapısı üzerinden şekillendirilen birleşme-devralma süreçlerinde ise taraf güç dengesi durumları birbirlerinininkine yakındır. Bu olasılıklarda tarafların ikisi de birleşme-devralma sürecinin sonuçlandırılmasını özel olarak arzu etmektedirler.*

Bu son ayırım, özel olarak *break-up fee* klozunun tek taraflı (ayırımın ilk ayağı) veya karşılıklı (ayırımın ikinci ayağı) olarak yükümlülük yükleyeceği olasılıkların tespit edilmesi bakımından bir anlam taşır. İlgili konuya özel olarak aşağıda (III) altındaki açıklamalarımız dahilinde yine temas edilecektir.

Break-up fee klozu, bu kurgulardan herhangi biri dahilindeki sözleşme/işlem yapıları bağlamında karşımıza çıkabilir. Aşağıdaki açıklamalarımız dahilindeki örneklerde, her seferinde hangi türden bir (geniş anlamıyla) birleşme-devralma kurgusuyla karşı karşıya bulunulduğu özel olarak ifade edilecektir.

III. BREAK-UP FEE KLOZUNA GENEL BAKIŞ: TERİM TERCİHİ VE KAVRAMSAL ÖZELLİKLER

Çalışmamızda terimsel olarak esas aldığımız “*Break-up fee*” klozu, özellikle şirket birleşme-devralma işlemleri çerçevesinde yapılan sözleşmelerde yaygın olarak kullanılan bir ifadedir. Yine benzer yapıdaki sözleşmesel

klozlara karşılık gelmek üzere “*Break fee*”, “*Termination fee*”, “*Failed cost agreement*”, “*Cancellation fee*”, “*Inducement fee*”, “*Broken deal fee*” gibi isimlendirmelerin de yapıldığı görülmektedir.¹⁶

Ne türden bir isimlendirmeye karşı karşıya olunursa olunsun, hukuki niteliğin tespitinde Türk Borçlar Kanunu¹⁷ (“*TBK*”) m.19 çerçevesinde önemli olan tarafların bu düzenlemeyi yapmaktaki gerçek amaçlarının ortaya çıkarılmasıdır. Sonuçta işlem tarafları, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ilgili türden bir klozun içeriğini, emredici hükümler nihai sınırları oluşturmak üzere, serbestçe belirleyebilirler. Dolayısıyla her bir somut durumda, bu inceleme titizlikle yapılmalı ve eldeki bulgular üzerinden bir değerlendirme sonucuna ulaşılmaya çalışılmalıdır.

Bu noktadaki tespitlere girilmezden evvel, ilgili klozun çok tekrarlanan örneklerinin -seçenekli- temel kavramsal özelliklerinin ortaya koyulması incelememiz açısından anlamlı olur. Buna göre *break-up fee* klozu, geniş anlamda şirket birleşme-devralma süreçlerini ilgilendiren işlemlerde, arzu edilen olumlu sonuca -bu kloz dahilinde ortaya koyulan çeşitli sebeplerden ötürü- ulaşılamadığında kararlaştırılan götürü bir para değerinin ödenmesini hedef tutar.¹⁸ Sözü geçen götürü değer ödenmesi kimi zaman, işlem sürecinin akamete uğramasına bağlı olarak oluşacak zararın karşılanmasına kimi diğer zaman da ilgili sonuca ulaşılmasını temin etmek amacıyla yönelik bulunur.¹⁹ Yine sonuca ulaşılmasındaki engel, taraflardan birine atfedilebilecek bir hareketten veya kontrol sahaları dahilindeki bir durumdan ileri gelebileceği gibi, ilgili durum onlara hiç atfedilemeyip bireysel kontrol sahalarının tamamen dışında da kalabilir.²⁰

Her durumda, *break-up fee* klozlarının -hangi türüyle karşı karşıya olunursa olunsun- geciktirici şarta bağlı bir yapılarının bulunduğu tespiti de yapılmalıdır.²¹ Şart olgusu, tarafların klozu şekillendirmesi dahilinde değişiklik gösterebilir. Bu şekillendirme, çoğu kez işlem taraflarının pozisyonları

¹⁶ SIEGER Jürgen / HASSELBACH Kai, “Break Fee-Vereinbarung bei Unternehmenskäufen”, *Betriebs-Berater*, Heft 13, 2000, ss. 625-631, s. 625; TSCHÄNI/DIEM, s. 95; GYSI, N. 4 dn. 1.

¹⁷ Resmî Gazete Sayı: 27836, Tarih: 4 Şubat 2011.

¹⁸ TOLOU, N. 596.

¹⁹ GYSI, N. 6.

²⁰ GYSI, N. 4.

²¹ GYSI, N. 6, 28.

arasındaki mevcut güç dengesiyle de yakından ilgilidir.^{22,23} Yine her durumda ilgili kloz son tahlilde neyi hedef tutarsa tutsun, şartın gerçekleşmesi dahilinde götürü olarak kararlaştırılmış bir para ediminin ödenmesi bu klozlar dahilindeki belirgin bir unsurdur. Bu para ediminin miktarı ise genel olarak toplam işlem tutarının (birleşme-devralma işlemleri neticesinde hedeflenen sonuç bağlamında) bir yüzdelik değeri olarak belirlenmektedir.^{24,25} Miktar unsuru, yapılacak hukuki nitelendirmede önemli bir yere sahiptir, öyle ki bu son unsur tarafların neyi amaçladıklarına ilişkin olarak açık bir fikri bünyesinde barındırmaktadır.²⁶ Aşağıda bu hususa tekrar gelinecektir. Bazı durumlarda da taraflar, anlaşmaları dahilinde hangi zarar/masraf türlerinin bu kloz kapsamında istenebileceğine yer vermekte ve ödemesi yapılacak para edimi miktarını da bir üst sınır olarak belirlemektedir.

Bu arada, *break-up fee* klozları, içeriklerinde öngördükleri şartın gerçekleşmesi dahilinde ilgili ödemenin sadece bir tarafa yapılmasını temin edebilecekleri gibi, duruma göre iki taraf açısından da farklı şartların gerçekleşmesiyle ilgili ödemeye hak kazanılmasını sağlayabilirler. İlk durumda tek taraflı (*unilateral / einseitig / unilatéral*), ikinci durumda ise karşılıklı (*reciprocal / beideseitig, gegenseitig / réciproque*) *break-up fee* klozlarından söz açılır.²⁷

- TTK m.136 vd. anlamında devralma şeklinde bir birleşme işlemi söz konusu olduğunda, şirket birleşmesi (bir şirketin diğerini) devralma(sı) yoluyla (i) gerçekleştiğinde, *break-up fee* klozu tek taraflı bir özellik gösterir ve bünyesinde birleşmenin gerçekleştiği (devralan) şirkete ilgili ödemeye hak kazandırır, diğer yönden bakıldığında da bu klozlarda borçlu konumunda olan da hedef şirket (*Target company / Zielgesellschaft / Société cible*) olacaktır.²⁸ Bu tür yapılarda, bünyesinde birleşme gerçekleşecek olan şirket daha güçlü bir konumda yer almakta, ayrıca

²² GYSI, N. 6.

²³ Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda (II) altındaki açıklamalarımız.

²⁴ SIEGER/HASSELBACH, s. 629; HILGARD, s. 290; TOLOU, N. 598; GYSI, N. 13; WARED, s. 163.

²⁵ İlgili yüzdelik değer, uygulamada (ülke bazında bakılmak üzere) genel olarak %0,5'le %5 arasında değişkenlik gösterdiği söylenebilir. Bu konuda örneklendirmeler için özellikle bkz. GYSI, Anhang - Tabelle 1; HILGARD, ss. 291-292; WARED, s. 163.

²⁶ TOLOU, N. 600; SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1194; GYSI, N. 14.

²⁷ SIEGER/HASSELBACH, s. 626; TSCHÄNI/DIEM, s. 95; GYSI, N. 10; WARED, s. 161.

²⁸ SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1193; GYSI, N. 10.

işlemlerin gerçekleştirilmesinde daha özel ve önde gelen bir menfaati bulunmaktadır. Nitekim birleşme teklifini masaya getiren de bu şirkettir (*Offerer / Anbieter / Partie offerante*). Duruma göre görece daha zayıf pozisyonda bulunan hedef şirket ise -birleşme sürecinden kendi elde edeceği olası öznel faydayı gözeterek- ilgili düzenlemeyi kabul etmektedir.²⁹

- TTK m.136 vd. anlamında yeni kuruluş suretiyle (ii) birleşme yapılarında ise, ilgili kloz çok kere karşılıklı olarak (iki tarafa da) yükümlülükler yükler.³⁰ Bunun gerekçesi de, ilgili durumda, olağan olanın birleşme sürecinin (güç olarak benzer durumda bulunan (*mergers of equals*)) her iki tarafın da özel olarak ve eş düzeyde (ayrı ayrı) menfaatlerine hizmet etmesi olarak açıklanabilir.^{31,32}

*Nadir de olsa, eğer yine birleşme süreci her iki tarafın da eşit derecede menfaatine ise, (TTK m.136 vd. anlamında) devralma yoluyla gerçekleştirilen birleşmeler dahilinde de yine bu türden karşılıklı klozlara rastlanabilir.*³³

Şurası bir gerçektir ki, lehine *break-up fee* klozu olan tarafın birleşme-devralma işlemleri özelinde taşıdığı riskler azalırken bu klozdaki şartlı edimin borçlusu olan tarafın durumu ise ekstra risklerin de yüklenilmesi söz konusu olacağı için ağırlaşmaktadır.

Özel bir geçerlilik gerekliliği bulunmasa da³⁴ bu klozların, ispat kolaylığı da gözetilerek birleşme-devralma işlemlerine ilişkin sözleşmelerde yazılı biçimde düzenlenmeleri ve bu işlemlere taraf şirketlerin yetkili yönetim

²⁹ Benzer bir güç dengesi ve menfaat durumu, çoğu kez (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma sürecinin i- sermaye iştirak sözleşmesi yahut ii- pay devir sözleşmesi üzerinden gerçekleştirildiği veya alternatif olarak iii- doğrudan şirketin işlettiği ticari işletmenin kendisinin devre konu edildiği olasılıklarında da mevcut bulunmaktadır. Yani bu türden yapılarda da, *break-up fee* klozu yine -meğerki aksi yönde bir güç dengesi ve menfaat durumu olsun-genel olarak tek tarafa (*somutlaştırarak olursak; i- sözleşmeye kimin taraf olacağına göre sermayesi artırılan şirket veya bu şirketin ilgili pay sahibi/sahipleri; ii, iii- devreden konumundaki kişi*) yükümlülük yükleyen bir özellik gösterir. Bu olasılıklardaki işlem yapısı ile ilgili olarak bkz. yukarıda (II) altındaki açıklamalarımız.

³⁰ SCHNYDRIG/VISCHER, ss. 1193-1194; GYSI, N. 10; WARED, s. 161.

³¹ GYSI, N. 10; WARED, s. 161.

³² Yine buradakine benzer bir menfaat durumunun da, birçok sefer ortak girişim yapısı üzerinden şekillendirilen (geniş anlamıyla) birleşme-devralma sürecine benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bu son olasılıklardaki işlem yapısı ile ilgili olarak da yine bkz. yukarıda (II) altındaki açıklamalarımız.

³³ GYSI, N. 10.

³⁴ Yine ve ayrıca bkz. SIEGER/HASSELBACH, s. 627; HILGARD, s. 289.

organları (veya bunların yetkili temsilcileri) tarafından imza altına alınmalarını mutata olmaktadır.³⁵

Gelelim *break-up fee* klotlarını harekete geçiren farklı şart olgularına. Bu olgular, söz konusu alanda harekete geçirici olgular (*Trigger events / Auslöser, auslösende Ereignisse / Événements déclencheurs*) olarak da adlandırılmaktadır.³⁶ Yine sözleşme özgürlüğü temel prensibi tahtında, tarafların tam olarak neyi amaçladıklarına göre şart olguları değişkenlik ve çeşitlilik gösterebilir.³⁷ Yaygın olarak karşılaşılan şart olguları ise şöyle sıralanabilir: TTK 136 vd. anlamında devralma yoluyla birleşmede hedef şirketin genel kurulunun birleşmeye yönelik onay kararını alamaması veya bu konuda gerekli esas sözleşme değişikliğini gerçekleştirmemesi, yine benzeri bir kurda hedef şirket yönetim kurulunun birleşmeye yönelik teklifi kabulü için gündeme almaması; geniş anlamda her türlü birleşme-devralma yapısında rakip başka bir şirketten (veya kişiden) gelen başka bir birleşme işlemi teklifinin öncelikle değerlendirmeye alınması, hedef şirkete yönelik olarak yürütülen hukuki inceleme sürecinde (*due diligence*) aksaklıklarla karşılaşılması, birleşme işleminin sonuca ulaştırılmasına yönelik adımların atılmaması veya sürecin akamete uğratılması...vb.³⁸ Birleşme-devralma işlemleriyle ilgili resmî makamlara (örnek olarak gerçekleştirilmek istenen birleşme-devralma işlemleri bağlamında Rekabet Kurumu'na yapılan başvurular düşünülün) yapılan izin başvurularının olumsuz sonuçlanması gibi durumlara ise, genelde bu türden bir klotlar dahilinde bir şart olgusu olarak pek yer verilmez, ne de olsa tarafların bu konuda doğrudan veya dolaylı bir etki yaratabilme olanakları hiç bulunmamaktadır.³⁹

IV. BREAK-UP FEE KLOTUNUN TEMEL İŞLEVLERİ

Şirket birleşme-devralma işlemleri, tercih edilecek model ve yöntem ne olursa olsun (*bu konuda özel olarak bkz. yukarıda (II) altındaki açıklamalarımız*), çoğu kez karmaşık birçok sürecin iç içe geçmesinden oluşur, bu nedenle de ilgili süreçlerin herhangi bir aşamasında işlemlerin akamete uğrama olasılığı da yüksek bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla da

³⁵ GYSI, N. 7, 39; HILGARD, s. 289; ISLER, s. 83.

³⁶ SIEGER/HASSELBACH, s. 629; HILGARD, s. 291; TOLOU, N. 596; TANNÖ, N. 39; ISLER, s. 84.

³⁷ SIEGER/HASSELBACH, s. 629; HILGARD, s. 291; TOLOU, N. 599; GYSI, N. 11.

³⁸ TOLOU, N. 599; HILGARD, s. 291; GYSI, N. 11; TANNÖ, N. 95.

³⁹ GYSI, N. 12.

taraf lar bu olumsuz durumun gerçekleşmesi olasılığ ına istinaden en baş ta malvarlıksal ve iş letmesel olanlar olmak üzere çeş itli menfaatlerini güvence altına almayı arzu ederler. İş bu noktada devreye giren sözleşmesel kloz lar dan biri de *break-up fee* klozudur.

Break-up fee klozunun sıklıkla dile getirilen ilk işlevi, **birleşme devralma süreçlerinde gerçekleştirilecek işlemlerdeki harcamalara dayalı malvarlıksal menfaatlerin güvence altına alınmasıdır (Cost protection measure / Kostenschutzmassnahme / Mesure de protection pour les coûts de transaction)**. Bilindiğ i üzere, normal şartlarda, birleşme-devralmalarda her bir taraf ilgili sürecin kendisi açısından doğ urduğ u masraflara katlanır, ki bu masraflar ciddi miktarlara ulaşabilmektedir. Süreç başarıyla tamamlandığı olasılıklarda, bu durum önemli bir sorun teşkil etmezken, süreç akamete uğradığı nda iş ler değ işir, boşa yapılmış masrafların bunları yapanın malvarlığ ında bir zarar (malvarlığ ındaki istek dış ı eksilme/azalma) oluşturacağı belirgindir. İş te *break-up fee* klozu da, ilgili sürecin bir nedenle akamete uğradığı kurgular için öngörölmekte, taraflardan birinin bu nedenle boşa yaptığı masrafları karşı tarafa yükletebilmesine imkân sağlamaktadır.⁴⁰ Diğ er taraftan özellikle, TTK m.136 vd. anlamındaki devralma yoluyla birleşmelerde (*ve keza ona güç dengesi bakımından benzerlik gösteren diğ er geniş anlamda birleşme-devralma olasılıklarında, bu konuda özellikle bkz. yukarıda (II) altındaki açıklamalarımız*), birleşme süreci akamete uğrasa bile, hedef şirket başlayıp yarıda kalan birleşme işlemi girişiminden (ne de olsa olağ an bir kurguda, gelecekte benzer yönde işlemlerin gerçekleşebilme olasılığı, birleşme girişimiyle piyasada hedef şirket özelinde bir farkındalık durumu meydana geleceğ inden, ilk duruma göre artış gösterecektir) zaten dolaylı olarak bir ekonomik menfaat sağlayacak ve varsa kendi yaptığı masrafları göz ardı edebilecek, buna karşılık bu şirketi devralmak üzere ilk planda harekete geçen (birleşmenin bünyesinde gerçekleştirilmesi planlanan) diğ er şirket benzer bir yarar da elde edmeden sadece boşu boşuna iş lem masrafı yapmış olacaktır. Böyle bir durum için *break-up fee* klozunun tasarlandığı kurgularda ise, birleşmenin bünyesinde gerçekleştirilmesi planlanan şirket özelinde yapılan masraflar diğ er tarafa (yani hedef şirkete) yükletilebilecek, bu şirketin durumu rahatlatılmış olacaktır. Ne de olsa sözü geçen kloz sayesinde, masraflar sözleşmesel bir talep temeline dayalı olarak

⁴⁰ SIEGER/HASSELBACH, s. 625; HILGARD, ss. 287, 291; TSCHÄNI/DIEM, s. 95; GYSI, N. 17; WARED, ss. 161, 164.

ve ispat bakımından da herhangi bir ek güçlkle karşılaşılmaksızın hedef şirkete karşılatılabilecektir.⁴¹

Bu arada ilgili durumda, break-up fee klozunun yokluğunda hedef şirket dışındaki rakip üçüncü kişilerin de bu durumdan bir fayda elde etmesi olasıdır. Ne de olsa, bunlar da olası (geniş anlamda) birleşme-devralma süreçlerine girmeyi isteyebilecekleri bir (hedef) şirketi, bu yönde herhangi bir araştırma masrafına katlanmak zorunda kalmaksızın keşfedebilecekler⁴² ve hatta bunun ötesinde, duruma göre belki yeniden bir hukuki inceleme (due diligence) yapılması masrafından bile ciddi bir tasarruf sağlayabileceklerdir. Bu noktada yine ilgili durum için öngörülen bir break-up fee klozu, rakip üçüncü kişilerin anılan biçimde, bünyesinde birleşmenin gerçekleştirilmesi planlanan şirketin yaptığı masraflardan karşılıksız (deyim yerinde olursa “havadan”) bir menfaat elde etmelerine de dolaylı bir engel oluşturur. Öyle ki, bu masraflar sözü geçen klozla zaten doğrudan hedef şirkete yansıtılabilecek, bu da hedef şirketin var olan malvarlığında ister istemez bir azalma meydana getirip olası başka bir birleşme-devralma işlemi bakımından çekiciliğini (en azından böyle bir klozun hiç olmadığı kurguya göre) düşürecektir.⁴³

*Break-up fee klozunun yine yaygın olarak bahse konu olan ve bu kez işletmesel menfaatleri gözeten ikinci önemli işlevi, bu klozun **doğrudan doğruya birleşme-devralma sürecinin kendisini (ve sürecin başarılı bir sonuca ulaştırılmasını) koruyucu bir tedbir özelliği göstermesidir (Deal protection measure / Massnahme der Erfolgsicherung der Transaktion / Mesure de protection pour la transaction elle-même)**. Sonuçta böyle bir klozun varlığı, klozdaki şartın gerçekleşmesi dahilinde ödeme yükümlülüğü altına girecek olan işlem tarafını işlemi başarılı biçimde tamamlamak noktasında teşvik etmektedir.⁴⁴*

Bu işlev, özellikle kloz dahilinde kararlaştırılan para ediminin miktarı yüksek olduğunda, dolayısıyla break-up fee bir ceza koşulu (Strafvereinbarung, Strafabrede / Clause pénale) özelliği arz ettiğinde, daha belirgin biçimde ortaya çıkıp seçilebilmekte, diğer olasılıklarda, yani break-up fee bir götürü tazminat (Schadenpauschalierung, pauschalierter Schadenersatz / Clause d'indemnité forfaitaire) özelliği gösterdiğinde ise geri plana çekilip silikleşmektedir.⁴⁵ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda (V) altındaki açıklamalarımız.

⁴¹ GYSI, N. 17.

⁴² TSCHÄNI/DIEM (s. 97), bu açıdan “break-up fee” olarak kararlaştırılan değer in aynı zamanda bir tür “finder’s fee” (aracılık bedeli) özelliği de taşıdığını belirtirler.

⁴³ GYSI, N. 18.

⁴⁴ TSCHÄNI/DIEM, s. 95; HILGARD, s. 287; GYSI, N. 20; WARED, ss. 161, 164.

⁴⁵ Ayrıca bkz. GYSI, N. 20.

Genelde mevcut bulunan bu temel işlevlerin yanı sıra *break-up fee* klotlarının başkaca çeşitli işlevleri de olabilir. Örnek olarak taraflar, yine sözleşmelerindeki bu klot üzerinden duruma göre, birleşme-devralma için arzu ettikleri en düşük işlem bedeline ulaşılmasını, diğer olası işlemler için teklif verme süreçlerinin yüksek bir bedel düzeyinden sürdürülmesini veya hedef şirketin piyasa değerinin belirlenmesini sağlamayı da arzu etmiş olabilirler.⁴⁶

V. BREAK-UP FEE KLOTUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Bakış

Daha önce de ifade edildiği üzere, *break-up fee* klotu dahilindeki taraf anlaşması her durumda geciktirici şarta bağlı bir yapı gösterir, ancak klotun hukuki niteliği her bir durumda tarafların neyi amaçladıklarına (elbette bu amaç hukuka veya ahlaka aykırı olmadıkça klot hüküm ve sonuçlarını doğurabilir) göre farklılık gösterebilecektir.⁴⁷

Bu çerçevede *break-up fee* klotları, duruma göre ceza koşulu veya götürü tazminat anlaşması özelliği taşıyabilirler, bu tespitin yapılmasında somut olayın özelliklerinin incelenmesi önem arz eder.⁴⁸ İlgili özellik, bu türden bir klotu bakıldığında çoğu zaman ilk bakışta açık ve net olarak seçilemeyebilir. Sonuçta anılan iki yan anlaşmanın birbirine paralel olarak görülebilecek pek çok ortak özelliği bulunmaktadır.⁴⁹ İlgili noktada tarafların anlaşmalarında kullandıkları ifadeler, onların izledikleri amacın ve dolayısıyla da anlaşmalarının hukuki niteliğinin ortaya çıkarılmasında ancak bir noktaya kadar fayda sağlayabilir. Bununla birlikte önemli olan, TBK m.19 çerçevesinde önemli olan onların gerçek arzularının ortaya çıkarılmasıdır. Dolayısıyla ilgili uğurda sözleşmelerin yorumuna ilişkin temel ilkeler dahilinde hareket edilmelidir.⁵⁰

Bilindiği üzere, söz konusu olan ceza koşulu olduğunda tarafların takip ettikleri amaç, belirli bir sonuca ulaşılması noktasında karşı taraf üzerinde baskı unsuru yaratılması iken, götürü tazminat anlaşmasında ilgili sonuç

⁴⁶ GYSI, N. 22.

⁴⁷ GYSI, N. 25-27, 28, 36.

⁴⁸ SIEGER/HASSELBACH, s. 626; TANNÒ, N. 613; HILGARD, ss. 287-288; ISLER, ss. 86-87, 96; TSCHÄNI/DIEM, ss. 95-96; GYSI, N. 29; WARED, s. 161; GÜREL, s. 156.

⁴⁹ ISLER, s. 88.

⁵⁰ GYSI, N. 29.

meydana gelmediğinde oluşabilecek (gerçek) zararın karşılanmasına odaklanılmaktadır.⁵¹

Pek tabii, pratik açıdan şu da söylenmelidir ki, anlaşmanın belirtilen hukuki niteliklerden hangisini haiz olduğunun tespitinde ise, en belirgin yol gösterici unsur kloz dahilinde belirledikleri (şartın gerçekleşmesi dahilinde ödenmesi gereken) bedel olacaktır.⁵² Şöyle ki, eğer bedel, şart olgusunun gerçekleşmesi dahilinde klozun lehtarını konumundaki işlem tarafının muhtemel zararı kadarsa ortada bir götürü tazminatı; buna karşılık ilgili zarar miktarının ötesinde, bu muhtemel değer hiç dikkate alınmaksızın belirlenmişse de bir ceza koşulunun bulunduğu -büyük bir olasılıkla, aksi yönde başka kuvvetli bir belirti bulunmuyorsa- ifade edilebilir.⁵³

Olası bir tartışmayı bertaraf etmek adına tarafların işlemlerine hangi hukuki niteliğe sahip bir klozu yerleştirmek istedikleri noktasında bir belirtmede bulunmaları düşünülebilir. Yani taraflar, break-up fee klozunun bir götürü tazminat anlaşması mı yoksa bir ceza koşulu mu olarak işleme eklendiğini açık olarak belirtebilirler. Böyle bir kurgu dahilinde klozun yapısı da ilgili amaca uygun olduğunda, yorum faaliyeti ciddi anlamda kolaylaşacaktır.⁵⁴

B. Ceza Koşulu Niteliği Gösteren Klozlar

Break-up fee klozları, şart olgusunun gerçekleşmesi dahilinde sözleşme cezasını ödemekle yükümlü olacak kimse (çoğu kez şirket) üzerinde baskı oluşmasını temin ederek birleşme-devralma işlemlerin arzu edilen sonuca ulaşılmasını amaçlayan ceza koşulu özelliği taşıdıklarında, bedel ödemesinin bağlandığı şart olgusunun türüne göre ortada gerçek (dar ve teknik anlamıyla) yahut da gerçek olmayan bir ceza koşulunun bulunduğu sonucuna varılabilecektir.⁵⁵ Bu iki olasılığı aşağıda ayrı ayrı ele alalım:

- Bilindiği üzere, **gerçek ya da dar ve teknik anlamıyla ceza koşulu** (*echte/unselbständige/eigentliche Strafvereinbarung, Strafabrede*) / *Clause pénale dépendante/proprement dite/au sens strict*) TBK m.179 vd.'da kanuni düzenlemesi de bulunan belirli bir hukuki işlem dahilindeki borçlu tarafın herhangi bir edim yükümlülüğüne aykırı davranışı

⁵¹ ISLER, s. 88.

⁵² SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1194; GYSI, N. 37.

⁵³ SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1194; GYSI, N. 14.

⁵⁴ GYSI, N. 37.

⁵⁵ TOLOU, N. 602; HILGARD, s. 288.

dahilinde istenebilir hale gelen (duruma göre ifaya eklenen veya seçimsellik özellikte) bir sözleşme cezasını (*Konventionalstrafe, Vertragsstrafe / Peine conventionelle, contractuelle*) içeren, ferî nitelikte bir anlaşmadır.⁵⁶

Eğer *break-up fee* klozu dahilinde ödenmesi gereken değer, ödemede bulunacak tarafın bir borcunu ihlal etmesine bağlı olarak doğum gösteriyorsa, ortada bu kloz içerisinden vücut bulan bir gerçek anlamda bir ceza koşulunun bulunduğu söylenebilir.⁵⁷ Örnek olarak TTK m.136 vd. anlamında bir devralma yoluyla birleşme işlemi dahilinde hedef şirket yönetim organının müzakerelerde -sözleşmede öngörüldüğü halde-münhasırlığı gözetmemesi halinde belirli bir ödemenin yapılacağı kararlaştırılmışsa, ortada bu türden bir ceza koşulunun bulunduğu söylenebilir.⁵⁸ Yine eğer birleşme işlemlerine ilk planda vücut veren sözleşme, hedef şirketin bir şekilde dolaylı kontrolünü elinde bulunduran (dolayısıyla genel kurul kararlarına doğrudan etki edebilecek) bir pay sahibi (*Kontrollaktionär / Actionnaire en contrôle*) ile yapılmışsa ve birleşme sürecinde gerekli bulunan genel kurul (karar organı) onayı elde edilemediği kurguda bir ödeme yükümlülüğünün doğacağı kararlaştırılmışsa, ortada gerçek anlamda bir ceza koşulunun varlığı söz konusu olacaktır.

- **Gerçek olmayan (veya bağımsız) ceza koşulu (unechte/selbständige/uneigentliche Strafvereinbarung (/Strafabrede) / Clause pénale indépendante/improprement dite)** ise, TBK'da özel olarak düzenleme konusu edilmemiş olmakla birlikte -genel kanuni sınırlar çerçevesinde bakıldığında⁵⁹- varlığına da herhangi bir itiraz yükseltilemeyen, sözleşme serbestisine dayalı olarak gündeme gelebilecek bir

⁵⁶ KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts*, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017, N. 81.03; BERGER Bernhard, *Allgemeines Schuldrecht*, 3. Aufl., Stämpfli, Bern, 2018, N. 1786 vd.; COUCHEPIN Gaspard, *La clause pénale*, Schulthess, Zürich, 2008, s. 5; ERDEM Mehmet, *La clause pénale*, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, Ankara, 2006, s. 12; KOCAAĞA Köksal, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 209; ESİN İsmail G., "Avukat Gözüyle; Cezai Şart Nedir, Ne Değildir ve Nasıl Kullanılmalıdır?" Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, Cilt I, OKTAY ÖZDEMİR Saibe / ALTOP Atilla / ARKAN SERİM Azra (Editörler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, ss. 911-928, s. 914 vd.

⁵⁷ TOLOU, N. 602; HILGARD, s. 288; ISLER, s. 87; TANNÖ, N. 615.

⁵⁸ TOLOU, N. 604; TANNÖ, N. 615. Ayrıca bkz. HILGARD, s. 287.

⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için özellikle bkz. MABILLARD Ramon, "Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2005, ss. 547-559, s. 554 vd.

kavramdır.⁶⁰ Bu türden bir anlaşma kapsamında, hukuken yükümlü olunmayan bir edim (verme, yapma veya yapmama) yerine getirilmediği veya gerçekleştirilmesine herhangi bir hukuki engelin bulunmadığı bir davranışta bulunulduğu takdirde yahut da bir kimsenin (doğrudan veya dolaylı olarak) kendi kontrolü altında bulunmayan dışsal bir olgunun gerçekleşmesi dahilinde, anlaşmada belirlenen sözleşme cezasını karşı tarafa ödenmesi taahhüt edilmektedir.⁶¹ Gerçek olmayan ceza koşulunda, kararlaştırılan sözleşme cezası başka bir asıl borca bağlı bulunmaz, yani ferî özellikten yoksundur.⁶²

Yukarıda da (bkz. **(III)** altındaki açıklamalarımız) ifade edilmişti, geniş anlamıyla birleşme-devralma işlemleri çoğu kez, ilk planda taraf şirketlerin yönetim organlarının birbirleriyle iletişimi üzerinden, bunların bir araya gelerek ilgili şirketleri ilzam edecek (bağlayacak) biçimde sözleşme yapımlarıyla gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte, karar organını konumundaki genel kurulda pay sahiplerinin birleşme-devralma süreci bakımından geliştirdikleri olumsuz tavır, işlemin nihayete ermemesine yol verebilir. Başlangıçta müzakere sürecini başlatan yönetim organı ise, evvel emirde şirketin karar organı genel kurulun iradesinin belirli bir yönde olmasını sağlayamaz. İşte tam olarak böyle olumsuz bir du-

⁶⁰ Bkz. EHRAT Felix R. / WIDMER Markus, "Art.151-163 OR", **Basler Kommentar, Obligationenrecht Art.1-529 OR**, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND, 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015, Art.160 OR, N. 3; PELLANDA Katja Roth, "Art.160 OR", **Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Hrsg. Andreas FURRER, Anton K. SCHNYDER, 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 2016, Art.160 OR, N. 19; GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / EMMENEGGER Susan, **OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 11. Aufl., Schulthess, Zürich, 2020, N. 3849; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.02a; KOLLER Alfred, "Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)", **Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Galler Baurechtstagung 1996**, Hrsg. Alfred KOLLER, St. Gallen, 1996, s. 1-67, N. 51 vd.; MABILLARD, s. 559; COUCHEPIN, s. 216; ERDEM, s. 43 vd.; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, s. 39 vd.; YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezaî Şart)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 89 vd.; KOCAAĞA, s. 209 vd.

⁶¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3849; KOLLER, AT, N. 81.05; KOLLER, **Konventionalstrafe**, N. 53; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.02a; TOLOU, N. 603; ISLER, s. 87; MABILLARD, ss. 547, 548; COUCHEPIN, s. 216; ERDEM, s. 43; TUNÇOMAĞ, s. 39; YAĞCIOĞLU, ss. 89-90; KOCAAĞA, ss. 209-210; GÜREL, s. 156.

⁶² KOLLER, AT, N. 81.05; KOLLER, **Konventionalstrafe**, N. 51; MABILLARD, ss. 550, 551; GYSI, N. 30-31; COUCHEPIN, ss. 217, 218; ERDEM, s. 44; TUNÇOMAĞ, s. 40; YAĞCIOĞLU, s. 90; KOCAAĞA, s. 212.

rumun oluşması olasılığına binaen bir *break-up fee* klozu öngörüldüğünde, ortada gerçek olmayan bir ceza koşulu anlaşması bulunacaktır.⁶³

Eldeki *break-up fee* klotunun hukuki niteliğinin bu şekilde gerçek veya gerçek olmayan ceza koşulu şeklinde tespit edilmesi, uygulama alanı bulacak hükümleri de etkileyecektir. Ortada gerçek bir ceza koşulu olduğunda, TBK m.179 vd. hükümleri doğrudan uygulama alanı bulurken; gerçek olmayan bir ceza koşuluna ancak bünyesine uygun düştüğü çerçevede TBK m.179 vd. hükümleri uygulama alanı bulabilir. Bu noktada gerçek anlamda ceza koşulunun zarardan bağımsız olarak istenebilmesine ilişkin TBK m.180/f.1'in ve yine ceza koşulu kapsamında yerine getirilmesi öngörülen aşırı (fahiş) sözleşme cezası tutarının indirilmesine ilişkin TBK m.182/f.3'ün gerçek olmayan ceza koşulu bakımından da kıyas⁶⁴ yoluyla uygulamaya sokulabileceğine şüphe duyulmamalıdır. Nitekim öğretideki ağırlıklı eğilim de bu yöndedir.⁶⁵

C. Götürü Tazminat Anlaşması Niteliği Gösteren Klotlar

Götürü tazminat anlaşması da, gerçek olmayan ceza koşuluna koşut biçimde, TBK'da özel düzenlemesi olmayan, bununla birlikte sözleşme serbestisi dahilinde de varlığından kuşku duyulmayan bir başka yan anlaşmadır.⁶⁶ Bu anlaşmadaki temel amaç ise, olası bir zararın meydana geldiği kurgularda, bu zararın karşılanmasıdır.⁶⁷ Dolayısıyla ilgili anlaşma dahilinde, ceza koşulundan farklı olarak zararın varlığı temel bir unsurdur, bununla birlikte zararın varlığının ispatı noktasında ise bu anlaşmanın lehtarına ciddi bir avantaj sağlanmakta, o normalde ispat etmekte yükümlü olduğu zarar

⁶³ TOLOU, N. 602, 603; TSCHÄNI/DIEM, s. 96; ISLER, s. 87; GYSI, N. 30; TANNÖ, N. 621 vd.; PELLANDA, **CHK**, Art.160 OR, N. 19.

⁶⁴ Doğrudan doğruya bir uygulamanın mümkün olabileceği yönünde görüşü için ayrıca bkz. MABILLARD, s. 554.

⁶⁵ Bu konuda özellikle bkz. TOLOU, N. 605; GYSI, N. 32; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3849; EHRAT/WIDMER, **Baskom.**, Art.160 OR, N. 3; PELLANDA, **CHK**, Art.160 OR, N. 19; KOLLER, **Konventionalstrafe**, N. 55; ERDEM, s. 44.; TUNÇOMAĞ, s. 40; YAĞCIOĞLU, ss. 91-92; KOCAAĞA, s. 211.

⁶⁶ Götürü tazminat anlaşmasıyla ilgili genel olarak bkz. KAPANCI Kadir Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 655-681, s. 655 vd.; KOCAAĞA, s. 176 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 92 vd.

⁶⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.06; PELLANDA, **CHK**, Art.160 OR, N. 18; TOLOU, N. 606; ISLER, s. 87.

miktarını somut olarak ortaya koyması gereği bulunmaksızın doğrudan anlaşmaya konu değer üzerinden talepte bulunabilmektedir.⁶⁸

Eğer *break-up fee* klozu dahilinde amaçlanan, birleşme-devralma sürecine ilişkin işlemin bir şekilde akamete uğraması halinde, bu duruma bağlı olarak oluşabilecek zararın karşılanması ise, ortada bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı söz konusudur.⁶⁹ Bu arada götürü tazminat anlaşması da, ödemenin yapılması bakımından gerçekleşmesi gerekecek şart olgusunun içeriğine göre, iki farklı yapıda karşımıza çıkabilir:⁷⁰ Bağımlı götürü tazminat ve bağımlı olmayan (bağımsız) götürü tazminat anlaşmaları.

- *Break-up fee* klozunun **bağımlı bir götürü tazminat anlaşması (unselbständige Schadenspauschalierung, unselbständiger pauschalierter Schadenersatz / Clause d'indemnité forfaitaire dépendante)** özelliği taşıdığı olasılıklarda, klozun harekete geçmesini sağlayan şart olgusu taraflardan birinin taraf olduğu sözleşmesel ilişkideki borca aykırı davranışdır.⁷¹ Bu durumda, götürü tazminat anlaşması çerçevesinde ödenecek götürü tazminat edimi, tali (ikincil) bir edim yükümlülüğü özelliği göstermektedir.⁷²

Örnek olarak TTK m.136 vd. anlamında bir devralma yoluyla birleşme işlemi dahilinde hedef şirket yönetim organının müzakerelerde - sözleşmede öngörüldüğü halde- münhasırlığı gözetmemesi halinde salt oluşacak zararın karşılanması için belirli bir ödemenin yapılacağı kararlaştırılmışsa, ortada bağımlı götürü tazminat anlaşması niteliği taşıyan bir *break-up fee* klozunun bulunacağıın altı çizilmelidir.⁷³

⁶⁸ Bu arada götürü tazminat anlaşması, homojen ve tekil bir yapıda karşımıza çıkmaz, yukarıda anılan ispat anlaşması mukabilinden mevcut bulunan götürü tazminat anlaşmasının yanı sıra, sorumluluğu belirli bir değerle sınırlandıran sorumsuzluk anlaşması mukabilinden bir götürü tazminat anlaşmasıyla karşılaşmak olasıdır. Konumuzu oluşturan *break-up fee* klorları özelinde de ise, bu ikinci alt türden (sorumsuzluk anlaşması) teşkil eden götürü tazminat anlaşmasıyla karşı karşıya gelinmeyecektir. Bu nedenle bağlı metindeki açıklamalarımızın ispat anlaşması (*Beweisvertrag / Accord de preuve*) alt türünden götürü tazminat anlaşmalarını ilgilendirdiği belirtilmelidir. Bu konuda özellikle bkz. KAPANCI, s. 667 vd.

⁶⁹ TOLOU, N. 606; HILGARD, ss. 287-288; ISLER, s. 88; TANNÒ, N. 626; GYSI, N. 33.

⁷⁰ TOLOU, N. 607.

⁷¹ TOLOU, N. 607.

⁷² TOLOU, N. 608.

⁷³ TANNÒ, N. 626; ISLER, s. 87.

- Buna karşılık, *break-up fee* klozunu sonuçları bakımından harekete geçiren şart olgusu, gerçekleşmesi dahilinde götürü tazminat edimini ödemekle yükümlü olacak tarafın kontrol sahasının tamamen dışında bir nedenden ileri geliyorsa bu kez ortada **bağımsız bir götürü tazminat anlaşmasının (selbständige Schadenspauschalierung, selbständiger pauschalierter Schadenersatz / Clause d'indemnité forfaitaire indépendante)** bulunduğu söylenmelidir.⁷⁴ Bu kez, götürü tazminat anlaşması dahilinde ödemesi gerçekleştirilecek götürü tazminat edimi, asli (birincil) bir edim yükümlülüğü özelliği gösterir,⁷⁵ aslında bu anlaşma da bas-bayağı bir bağımsız garanti taahhüdü (*nichtakzessorisches Garantieverprechen / Garantie indépendante*) (eğer bir üçüncü kişinin (çoğu kez hedef şirketin genel kurulu) davranışı esas alınarak bu taahhütte bulunulmuşsa da, aynı zamanda TBK m.128 anlamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt) özelliğini taşır.⁷⁶ Gerçekten de burada söz konusu olan, zarar meydana getirebilecek olumsuz bir olgunun (risk) bu sonuçlarının, oluşacak zarar karşılanmak suretiyle bertaraf edilmesi durumu gündeme gelir, yoksa ilk olasılıkta olduğu gibi bir borca aykırılık sonucunda oluşacak zararın tazmin edilmesi durumu değil.⁷⁷ Hatta vurguyu artırmak adına şu da belirtilmelidir ki, burada paragrafın hemen başında belirtildiği üzere zaten *break-up fee* klozunun tarafının herhangi bir borca aykırılığı da zaten söz konusu değildir. Bağımsız götürü tazminat anlaşmasında, olağan bir bağımsız garanti taahhüdünden temel fark ise - burada da yine zarar unsuru klozun sonuçları itibarıyla işlerlik gösterebilmesi için temel bir unsur olarak dikkate alınsa da- baştan götürü bir değerlin ödenmesinin de ayrıca kararlaştırılmış olmasında belirginleşir.

Örnek olarak, yine TTK m.136 vd. anlamında devralma yoluyla birleşmeye yönelik müzakere sürecinin hedef şirketin yönetim organı tarafından başlatıldığı, ancak karar organı konumundaki genel kurulda pay sahiplerinin birleşme süreci bakımından olumsuz bir tavır geliştirdikleri durum düşünülsün. Bu olasılıkta işlemin nihayete ermemesine yol veren ilgili durum için bir *break-up fee* klozu öngörüldüğünde, söz konusu kloz bağımsız bir götürü tazminat anlaşması niteliğine sahip olacaktır.⁷⁸

⁷⁴ TOLOU, N. 609; TANNÖ, N. 628 vd.

⁷⁵ TOLOU, N. 609; TANNÖ, N. 628.

⁷⁶ TOLOU, N. 609; TANNÖ, N. 628.

⁷⁷ Ayrıca bkz. ve karş. TANNÖ, N. 628.

⁷⁸ TOLOU, N. 609; TANNÖ, N. 629.

Bağımsız olsun veya olmasın, götürü tazminat anlaşması mukabilinden bir *break-up fee* klozuyla karşı karşıya bulunulduğunda, ağırlıklı görüş aşırı (fahiş) ceza koşulunun indirilmesine ilişkin TBK m.182/f.3 uygulamasını dışlar.⁷⁹ Gerçekten de hizmet ettikleri amaçlar birbirlerinden bu denli farklı iki temel kurgu için aynı hükmün uygulama alanı bulması (*yani götürü tazminat anlaşması bakımından benzeri benzere bağlayan bir kıyas yoluyla uygulama*) elverişli görülmez.⁸⁰ Bununla birlikte, hukuki nitelik götürü tazminat anlaşması olduğunda, somut durumda gerçek zarar miktarından daha fazla bir değerdeki götürü tazminat edimi, zarar miktarının azlığı ödeme yükümlüsü konumundaki tarafça ispat edilerek, başka bir yoldan kolaylıkla indirim tabi tutulabilir.⁸¹ Ne de olsa bağımlısı olsun bağımsız olsun, karşımızda zararı bir unsur olarak gözeterek ancak onun varlığı dahilinde işlerlik gösteren bir anlaşma bulunmaktadır. Zarar miktarının azlığı ise, ister istemez, götürü tazminat ediminin de azaltılması sonucunu beraberinde getirir. Ne zaman ki taraflar böyle bir azaltma imkânını sözleşmesel olarak düzenleme altına alıp ortadan kaldırırlar, o zaman zaten götürü tazminat anlaşması “semalarından” çıkış/sapış söz konusu olur ve anlaşmanın hukuki niteliği ceza koşuluna yaklaşır/dönüşür, böyle olunca da ortadaki anlaşma bakımından yukarıda bir önceki başlıkta ceza koşulu bakımından söylenenler geçerli olur.

*Öğretide bir görüş, aşırı (fahiş) bir götürü tazminat edimine TBK m.27 çerçevesinde (tam/kısmi) hükümsüzlük üzerinden doğrudan bir müdahalede bulunulabileceğini iddia eder.⁸² Bu görüşe metnin devamında belirteceğimiz gerekçelerle tam olarak katılm gösteremiyoruz. Zira sözü geçen türden bir durumda, tahmin yoluyla tespit edilebilecek olası gerçek zarar miktarını çok aşan ödeme yükümlülüklerini içeren anlaşmalar zaten ilk planda götürü tazminat anlaşması olarak dikkate alınamaz, burada anlaşmanın hukuki niteliği itibarıyla ceza koşulu teşkil edeceği ifade edilmelidir, böyle olunca da müdahale öncelikle bu konudaki özel hüküm olan TBK m.182/f.3 üzerinden gerçekleştirilmelidir. Gerçi eğer tacirlerin taraf olduğu bir sözleşme yapısından bahis açılıyorsa, ki *break-up fee* klozları bakımından durum tam olarak bu minvaldedir, TTK m.22 anılan türden fahiş bir değerle karşı karşıya bulunulduğu durumda TBK*

⁷⁹ Farklı yönde, ilgili maddenin kıyasen uygulama alanı bulabileceği ile ilgili olarak bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.17.

⁸⁰ Bu konudaki tartışma ve ileri sürülen farklı görüşler için bkz. TOLOU, N. 613 ve yine dn. 774, 775; GYSI, N. 35.

⁸¹ TSCHÄNI/DIEM, s. 96.

⁸² Bu yönde bkz. TANNÖ, N. 626.

m.182/f.3 uygulamasını dışlar, işte bu olasılıkta TBK m.27 yine genel bir kur-tarıcı olarak ihtiyaç sahibinin imdadına yetişebilir, hükmün uygulaması da ye-rinde ve anlamlı olur. Ancak yine başa ve ilgili görüşü doğrudan ileri sürenle-rin yaklaşım tarzına geri dönecek olursak, belirtilen ara değerlendirmeler ya-pılmaksızın ilgili sonuca doğrudan ulaşılması, takip edilen akıl yürütme süreci bağlamında, anılan yönlerden eksiklikler içermektedir.⁸³

VI. SONUÇ

Çalışmamızda temel olarak varılan sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Özellikle şirket-birleşme devralma süreçlerindeki işlemler çerçevesinde söz konusu olan *break-up fee* klozları homojen bir içerik arz etmez, ih-tiyaca göre farklı görünüm ve hukuki niteliklere büründürülebilirler.
- İlgili klozların dışarıdan ilk bakıldığındaki genel görünümleri ise şöyle ortaya koyulabilir: (Geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma süreci dahilinde, önceden tespit edilen bu süreci akamete uğratabilecek belirli bir olgunun (veya olguların) gerçekleşmesi, taraflardan birini (veya her ikisini) diğerine belirli bir götürü değeri ödeme yükümlüğü altına sokar.
- Bu arada *break-up fee* klozu sadece tek tarafa yükümlülük yükleyebile-ceği (yaygın olan) gibi, ilgili klozun ihtiyaca göre karşılıklı bir yapı arz etmesi de imkân dahilindedir. Bu konuda belirleyici olan, somut (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma sürecinde tarafların yapılan işlem-deki güç dengesi bakımından konumları ve onların (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma sürecinden nasıl bir beklentilerinin (menfaatle-rinin) bulunduğudur.
- Bu klozlarla takip edilecek nihai amaca gelinecek olursa, duruma ve ih-tiyaca göre taraflarca i- dolaylı bir baskı unsuru oluşturarak işlemin so-runsuz bir biçimde tamamlanmasının temin edilmesi ya da ii- işlemin akamete uğraması halinde oluşacak zararın karşılanmasının hedef tutu-labileceği söylenebilir.
- Belirtilen amaçlardan hangisinin takip edildiğine göre, *break-up fee* klo-zu bir tür ceza koşulu olarak karşımıza çıkabileceği gibi, bir tür götürü tazminat anlaşması hukuki niteliğini de taşıyabilir. Bu ilk tespit yapıldıktan sonra, *break-up fee* klozunu tetikleyen olgu incelenerek bu kloz-

⁸³ Ayrıca bkz. TOLOU, N. 613 dn. 775.

ların (her ikisi için de) gerçek veya gerçek olmayan alt türlerinden birinin varlığı saptanabilecektir. Buna göre de, son tahlilde uygulama alanı bulabilecek hükümler netlik kazanır.

- Pratik açıdan bakıldığında, *break-up fee* klozu özelinde ceza koşulu veya götürü tazminat anlaşması hukuki nitelendirmesinin yapılmasında en başta dikkate alınabilecek belirgin ve belirleyici unsur, kloz dahilinde kararlaştırılan götürü değerin miktarıdır. Eğer bu değer çok yüksekse, ceza koşulundan; yok salt zararı karşılamaya yetecek düzeydeyse de götürü tazminat anlaşmasından söz açılabilir. Elbette bu kıstas, tek başına değil de, hukuki nitelendirmenin yapılmasında somut olayı çevreleyen bütün koşullar dikkate alınarak kullanılmalı, buna göre bir değerlendirme sonucuna ulaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ALTUNBAŞ SANCAK Zahide, **-Anonim Şirket Özelinde- Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- BERGER Bernhard, **Allgemeines Schuldrecht**, 3. Aufl., Stämpfli, Bern, 2018.
- COUCHEPIN Gaspard, **La clause pénale**, Schulthess, Zürich, 2008.
- ERDEM Mehmet, **La clause pénale**, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, Ankara, 2006.
- ESİN İsmail G., **Birleşme ve Devralmalar**, 4. Geliştirilmiş Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021. (“Birleşme ve Devralmalar”)
- ESİN İsmail G., “Avukat Gözüyle; Cezai Şart Nedir, Ne Değildir ve Nasıl Kullanılmaktadır?” **Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan**, Cilt I, OKTAY ÖZDEMİR Saibe / ALTOP Atilla / ARKAN SERİM Azra (Editörler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, ss. 911-928. (“Cezai Şart”)
- EHRAT Felix R. / WIDMER Markus, “Art.151-163 OR”, **Basler Kommentar, Obligationenrecht Art.1-529 OR**, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND, 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015. (“BasKom.”)
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / EMMENEGGER Susan, **OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 11. Aufl., Schulthess, Zürich, 2020.
- GYSI Markus, “Break Fee-Vereinbarungen bei Unternehmensübernahmen”, **Jusletter 29 October 2007**, N. 1-104, www.jusletter.ch (Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).
- HILGARD Mark C., “Break-up Fees beim Unternehmenskauf”, **Betriebs-Berater**, Heft 7, 2008, ss. 286-294.
- ISLER Peter R., “Break-up Fee bei Unternehmenszusammenschlüssen”, **Der Allgemeine Teil und das Ganze: Liber Amicorum für Hermann Schulin**, Hrsg. Nedim Peter VOGT, Dieter ZOBL, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2002, ss. 83-97.
- KAPANCI Kadir Berk, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 655-681.
- KAPLAN İbrahim, “İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK’da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 146, 2020, ss. 313-328.
- KOCAAĞA Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts**, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017. (“AT”)
- KOLLER Alfred, “Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)”, **Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Galler Baurechtstagung 1996**, Hrsg. Alfred KOLLER, St. Gallen, 1996, ss. 1-67. (“Konventionalstrafe”)
- MABILLARD Ramon, “Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2005, ss. 547-559.

- POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I - Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kolektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- PELLANDA Katja Roth, “Art.160 OR”, **Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Hrsg. Andreas FURRER, Anton K. SCHNYDER, 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 2016. (“CHK”)
- SCHNYDRIG Andrin / VISCHER Markus, “Die Transaktionsvereinbarung bei öffentlichen Übernahmen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2006, ss. 1192-1206.
- SIEGER Jürgen / HASSELBACH Kai, “Break Fee-Vereinbarung bei Unternehmenskäufen”, **Betriebs-Berater**, Heft 13, 2000, ss. 625-631.
- SUSUZ Kağan, “TTK m.134-158”, **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Türk Ticaret Kanunu m.124-303**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2023, ss. 184-371.
- TOLOU Alborz, **La forfaitisation du dommage**, Schulthess, Zürich, 2017.
- TSCHÄNI Rudolf / DIEM Hans-Jakob, “Die Pflichten des Verwaltungsrates der Zielgesellschaft bei Übernahmeangeboten”, **Mergers & Acquisitions VII**, Schulthess, Zürich, 2005, ss. 53-112.
- TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul, 1963.
- WARED Sarah, “Break Fees im Rahmen von Unternehmenstransaktionen”, **Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht**, 48. Jahrgang, N. 13, Juni 2019, ss. 161-165.
- YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezaî Şart)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- YAVUZ Mustafa, “Ticaret Şirketlerinin Birleşme Usulü ve Süreci”, **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, S. 7, 2016, ss. 24-34.

