

M&A Yazı Dizisi – 1

Sınır Ötesi Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Yükselen Trend: Beyan ve Tekeffüller Sigortası

Yazarlar: Av. Zahide Altunbaş Sancak // Av. Sevinc Jafarova

Birleşme ve devralmalar sigortası olarak da bilinen beyan ve tekeffüller sigortası [**“Beyan ve Tekeffüller Sigortası”**], son yıllardaki yaygın kullanımı ile birlikte sınır ötesi birleşme ve devralmaların adeta vazgeçilemez bir unsuru haline gelmiştir. Yapılan araştırmalar, bu sigorta türünün Amerika Birleşik Devletleri’nde geçen sene gerçekleşen devralmaların yaklaşık olarak %50’sinde kullanıldığını göstermektedir. Yine, 2019 yılına ait istatistikler, Avrupa pazarında değeri 100 milyon Avro’yu aşan birleşme ve devralmaların %49’unda Beyan ve Tekeffüller Sigortası’nın kullanıldığını ortaya koymaktadır.

Türkiye’nin de dahil olduğu uluslararası birleşme ve devralma işlemlerinin sayısının artması ile beraber bahse konu sigorta türünün ülkemizde de popülerlik kazanacağı tahmin edilmektedir. Bu sigorta türünün ülkemizde gelişmesi ve kabul görmesi ile birlikte sözleşme tarafları ve taraf vekillerince de yoğun ilgi görmesi beklenmektedir.

Genel Olarak Beyan ve Tekeffüller Sigortası

Beyan ve Tekeffüller Sigortası, genel itibarıyla bir birleşme ve devralma işleminin tarafları için alternatif bir tazmin yöntemi olarak tanımlanabilir. Her işlemde olduğu gibi sigorta bu konuda da risk yönetim mekanizmasının önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

Beyan ve Tekeffüller Sigortası, esas olarak bir devir sözleşmesinde yer alan beyan ve tekeffüllerin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkan maddi zararın sigortalının sigorta teminatı kapsamında karşılanması için kullanılmaktadır. Bu sigortayı hem hisse devri [*share deal*] hem de varlık devri [*asset deal*] işlemlerinde satın almak mümkündür.

Beyan ve Tekeffüller Sigortası’nın esas işlevinin belirlenmesi açısından *“beyan ve tekeffül”* kavramını tanımlamak gerekirse; *“beyan”*, şirket ile şirketin faaliyetleri, işleri, aktifleri, yükümlülükleri ve mali durumu ile ilgili ifade edilen olgu anlamına gelirken, *“tekeffül”* sözleşmede yer alan olguların doğruluğuna dair verilen vaatler olarak tanımlanır ve bu vaatlerin doğruluğunu yansıtmaması halinde tazminat mekanizması ile desteklenir. Bununla beraber, hem Türk hukukunda hem de Almanya ve İsviçre’nin de dahil olduğu bazı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde *“beyan”* ve *“tekeffül”* aynı anlamı ihtiva etmekte olup sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, her ikisinin ihlali halinde de aynı hukuki çareler uygulama bulmaktadır. Taraflar, devralmanın türüne veya hedef şirketin faaliyetinin ne olduğuna bakmaksızın devir sözleşmesinde düzenlenen beyan ve tekeffüllere güvenerek işlemi gerçekleştirmektedirler. Sözleşmede düzenlenen beyan ve tekeffüller ile satıcı, alıcıda, bu hükümlerde kendisine açıklanan konularla ilgili riskin ortaya çıkması ve bu hükümlerin ihlal edilmesi halinde tazmin edileceği konusunda güven oluşturmaktadır. Bu nedenle, sözleşmelerde düzenlenen beyan ve tekeffüllerin, hedef şirketi ilgilendiren çeşitli konularda zarara katlanma yükümlülüğünün taraflardan hangisine ait olacağına belirlenmesine imkân tanıdığı söylenebilir.

Beyan ve Tekeffüller Sigortası ise, devir sözleşmesindeki tazminat hükümlerinin yerine geçerek veya onlara ilave olarak sigortalı [satıcı veya alıcı] üzerindeki zararlara katlanma yükümlülüğünün sigorta şirketine aktarılmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle Beyan ve Tekeffüller Sigortası, zarara katlanma riskinin paylaşılması konusunda geleneksel yöntemlere, özellikle uygulamada sıkça rastlanan yöntemlerden biri olan ve beyan ve tekeffüllerin ileride ihlal edilmesine karşın devir bedelinin bir kısmının yediemin hesabına [*escrow*] veya saklama sözleşmesi ile kararlaştırılan bir hesaba aktarılması uygulamasına alternatif olarak gösterilmektedir.

Satıcı-taraf Poliçesi ve Alıcı-taraf Poliçesi Karşılaştırması

Beyan ve Tekeffüller Sigortası kapsamında düzenlenen poliçenin alıcı taraf adına veya satıcı taraf adına satın alınması mümkündür. Her poliçe devir işleminin özelliklerine göre düzenlenmektedir.

Satıcı-taraf poliçeler, satıcının poliçe sahibi olduğu ve zarar gören üçüncü kişi alıcıya karşı satıcının sorumluluğunun sigortalandığı poliçelerdir. Buna göre, beyan ve tekeffüllerin ihlali halinde alıcı, tazmin talebini öncelikle satıcıya iletir ve bu zarar satıcı tarafından tazmin edilir. Satıcı daha sonra sigorta teminatının kapsamında olması şartıyla, alıcıya ödediği tazminat miktarı için sigorta şirketine rücu edebilir. Uygulamada satıcı-taraf poliçelerinin alternatif olarak, üçüncü kişi

yararına yapılan mesuliyet sigortası şeklinde düzenlendiği de görülmektedir. Bu kurguda, beyan ve tekeffüllerin ihlali sonucunda zarar gören lehtar [alıcı] her ne kadar sigorta şirketine kendisi başvurmasa da satıcının başvurusu üzerine, bu ihlal sonucunda uğradığı zararların tazmini, sigorta şirketi tarafından gerçekleştirilir. Ancak, satıcı-taraf poliçesi, devir sözleşmesinde satıcı tarafından verilen beyan ve tekeffüllerin kasıtlı olarak yanlış verilmesi ve satıcının hile ile hedef şirketi ilgilendiren hususları gizlemesi veya beyan etmemesi halinde koruma sağlamaz.

Alıcı-taraf poliçelerinde ise alıcı, sigorta ettiren taraf olarak satıcının beyan ve tekeffülleri ihlal etmesi dolayısıyla uğradığı zararların tazmini için bizzat sigorta şirketine başvurabilir. Beyan ve Tekeffüller Sigortası poliçelerinin büyük bir kısmı alıcı-taraf poliçelerinden oluşmaktadır. Alıcı-taraf poliçelerini satıcı-taraf poliçelerinden ayıran en önemli fark, satıcının hileli davranışı sonucu ortaya çıkan zararların, bu poliçede belirlenen sigorta teminatı kapsamında tazmin edilebilmesidir. Şöyle ki, satıcının sözleşme müzakerelerinde hileli davranış sergilenmesi veya gerçeği yansıtmayan bir beyanda bulunması halinde dahi alıcının zararları sigorta şirketi tarafından karşılanır.

Police Genel Şartları

Sigorta Teminatı: Sigorta teminatı genel olarak devir bedelinin %10'u şeklinde belirlenmektedir. Ancak, her sözleşmenin içeriğine bağlı olarak daha yüksek bir teminat oranının belirlenmesi de mümkündür.

Muafiyet Tutarı: Poliçelerde genellikle devir bedelinin yaklaşık %1 ila %3'ü arasında bir meblağ muafiyet tutarı olarak belirlenmektedir. Bunun anlamı sigorta şirketinin, poliçede belirtilen muafiyet tutarını yalnızca aşan zararlar için sigortalıya ödeme yapmakla yükümlü olmasıdır.

Poliçenin Geçerlilik Süresi: Poliçenin teminat sağladığı süre alıcı-taraf ve satıcı-taraf poliçeleri bakımından farklılık gösterir. Satıcı-taraf poliçelerinde poliçenin geçerlilik süresi devir sözleşmesindeki tazminat yükümlülüğünün devam ettiği sürelerle paralel olarak belirlenmekteyse de alıcı-taraf poliçelerinde poliçenin geçerlilik süresi daha uzun tayin edilebilmekte, hatta tazminat yükümlülüğü için öngörülen zamanaşımı süresinden sonra bile devam edeceği kararlaştırılabilmektedir. Poliçe geçerlilik süresi 12 [on iki] aydan 7 [yedi] yıla kadar uzamaktadır. Vergi konularına dair beyan ve tekeffüller için ise poliçe geçerlilik süresi genellikle ilgili kanuni zamanaşımı süresi kadar belirlenmektedir ve bu süre Türk hukukunda 5 [beş] yıldır.

Sigorta Primi: Son yıllarda sigorta şirketlerinin ürüne aşına hale gelmesi ve aralarındaki rekabetin artması sebebiyle primler oldukça düşmüştür. Buna göre, sigorta primleri genellikle toplam devir bedelinin %1 ila %2'si arasında değişmektedir. Ancak, şu sıralarda Covid-19 salgını ile risk faktörlerinin önemli ölçüde artması sebebiyle primlerin yükseldiği ve sigorta şirketleri tarafından poliçe kapsamı dışında tutulacak hususların genişletildiği gözlemlenmektedir.

Police Teminatından İstisna Tutulan Hususlar

Sınır ötesi birleşme ve devralmalarda tarafların hak ve yükümlülükleri hukuk sistemlerine ve işlemin gerçekleşeceği ülkenin hükümet rejimine bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle, özellikle uluslararası boyutta gerçekleşecek birleşme ve devralmalarda poliçenin kapsamı dışında tutulan hususlar dikkatlice müzakere edilmeli ve poliçede açıkça belirlenmelidir.

Beyan ve Tekeffüller Sigortası poliçeleri genel olarak kapsamlı bir teminat sağlamaktadır. Bununla birlikte, (1) taraflarca bilinen ihlaller, (2) para cezaları, (3) devir bedeli uyarlamaları ve geleceğe yönelik beyanlar, (4) belli bir kâr meblağının hedeflenmesi, (5) gelir tahmini ve (6) bazı esaslı beyan ve tekeffüllerin ihlali [örn. alıcı söz konusu esaslı beyan ve tekeffüllerin doğru olmadığı kanaatine varırsa sözleşmeyi yapmayacağıysa] dahil olmak üzere bazı konular sigorta teminatının kapsamı dışında bırakılmaktadır.

Yine, hukuki inceleme [due diligence] esnasında ortaya çıkan olası dava riski ve diğer riskler gibi poliçe sahibine [alıcı veya satıcı] özgü sorumluluklar da Beyan ve Tekeffüller Sigortası poliçesinin kapsamı dışında tutulmaktadır. Ayrıca, alıcı-taraf poliçelerinin aksine satıcı-taraf poliçelerinde, satıcının hileli davranış ve aldatmasından kaynaklanan ihlallerin sigorta teminatı dışında tutulduğunun altının tekrardan önemle çizilmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtilenlere ek olarak, sigorta şirketlerinin, her işlem özelinde poliçe sahibinin sigortalanabilir menfaati dahilinde görülmeyen konuları sigorta teminatının kapsamı dışında bırakmaya meyilli oldukları gözlemlenmektedir [örn. ürün garantisi ve bedensel yaralanma]. Nitekim, sigorta teminatı kapsamı dışında tutulan hususların genel itibarıyla (i) hukuki inceleme [due diligence] esnasında ortaya çıkan sorunlardan [örn. satış ve kullanım vergisi yükü] veya (ii) hedef şirkete ilişkin önemli bir konunun hukuki incelemenin yapılamaması veya özensiz bir şekilde yapılmasından kaynaklandığı görülmektedir.

Tarafların Beyan ve Tekeffüller Sigortası'nı Satın Almasındaki Önemli Etkenler

Tarafların, Beyan ve Tekeffüller Sigortası poliçesini satın almalarında çeşitli etkenler bulunmaktadır. Bunlar, taraflar arasındaki anlaşmanın özelliğine bağlı olarak her işlemde farklılık gösterse de özellikle aşağıdaki hususlar ön plana çıkmaktadır:

1. Zararları tazmin yükümlülüğünün üçüncü kişi sigortacıya geçmesi ile birlikte birleşme ve devralma işlemlerinin gelişmekte olan piyasalarda daha başarılı ve hızlı bir şekilde büyümesinin önu açılmıştır.
2. Beyan ve Tekeffüller Sigortası, karmaşık birleşme ve devralmaların müzakere ve kapanış aşamalarını kolaylaştırmak ve hızlandırmak için etkili bir yöntem olarak kullanılmaktadır.
3. Beyan ve Tekeffüller Sigortası, satıcıya şirketten sorunsuz bir şekilde çıkma ve satıcının, örneğin kapanıştan sonra kilit çalışan pozisyonu ile şirkette kalarak çalışması kurgusunda alıcıyla arasındaki ilişkiyi iyi bir şekilde sürdürme fırsatı sunmaktadır.
4. Beyan ve Tekeffüller Sigortası'nın alıcılar tarafından tercih edilmesinin en önemli sebepleri, sözleşmedeki düşük tazminat üst sınırlarının yükseltilmesi, kısa geçerlilik sürelerinin poliçe ile artırılması ve açık artırmalarda verilen tekliflerin daha avantajlı hale getirilmesinden oluşmaktadır.
5. Beyan ve Tekeffüller Sigortası poliçeleri tarafların beklentilerini karşılamakta ve beyan ve tekeffüllerin ihlallerinden kaynaklanan zararlarını poliçe teminatı ile karşılamaktadır. Özellikle hedef şirketin finansal sıkıntı yaşamakta olduğu ve satıcının beyan ve tekeffüllerin ihlali durumu için yeterli tazminat imkânı sağlamadığı birleşme ve devralma işlemlerinde, Beyan ve Tekeffüller Sigortası, poliçe sahibinin finansal durumunun korunması için alternatif çözüm sunmaktadır.
6. Beyan ve Tekeffüller Sigortası, alıcının hedef şirketin faaliyetlerini net bir şekilde anlamasına ve sözleşmenin kapanış aşamasından sonra kendini güvende hissetmesini sağlamaktadır.
7. Satıcı, bir kısmını bir yediemin [escrow] hesabına veya başka bir saklama hesabına yatırmadan, devir bedelinin tamamına sahip olabilmekte ve gelecekte alıcının diğer talepleri açısından da korunabilmektedir.

Özetle, Beyan ve Tekeffüller Sigortası'nın kullanılmasıyla, sözleşme müzakereleri boyunca ve kapanış sonrası dönemde tarafların konumu güçlenecektir.

Beyan ve Tekeffüller Sigortası'nın Türk Hukukundaki Yeri

Beyan ve Tekeffüller Sigortası türü Türkiye pazarında yeni yeni ortaya çıkmakta olup sigorta teminatının uygulandığı birleşme ve devralma işlemlerinin sayısı da bir o kadar azdır.

Sigortanın nadiren kullanılmasının birçok sebebi olmakla birlikte; en önemli sebebinin bu sigorta türünün henüz yasal zeminin düzenlenmemiş olması gösterilebilir. Nitekim, Beyan ve Tekeffüller Sigortası'nı doğrudan Türkiye pazarında sunan bir sigorta şirketi de bulunmamaktadır. Bu nedenle, taraflar poliçeyi yurtdışında kurulu sigorta şirketlerinden temin etmektedirler. Ayrıca, belirtilen nedenlerle piyasadaki sigorta şirketleri arasında rekabetin bulunmaması ve Türkiye pazarıyla ilgilenen yabancı sigorta şirketlerinin sayıca az olması sebebiyle Türkiye'de yapılan poliçelerde sigorta priminin oldukça yüksek tayin edildiği söylenebilir. Zira ekonomideki istikrarsızlık ve bölgesel güvenlik sorunları nedeniyle söz konusu yabancı sigorta şirketleri, Türkiye'de yapılan poliçelerde oldukça yüksek prim tutarları talep etme eğilimindedirler. Yukarıda açıklanan sebeplerle Beyan ve Tekeffüller Sigortası'nın Türkiye'de halen tam olarak kabul görmediği ifade edilebilir.

Bu içerik yalnızca bilgi verme amaçlı olup hiçbir surette hukuki tavsiye niteliği taşımamaktadır. Fikri mülkiyet hakları Güleriyüz & Partners Avukatlık Bürosu'na ait olan bu içeriğin yazılı izin alınmaksızın çoğaltılması, kopyalanması ve kullanılması yasaktır.

This content is solely produced for informative reasons and do not constitute legal opinion or advice under any circumstances. Güleriyüz & Partners Attorneys at Law is the sole owner of the intellectual property rights of this content and shall not be reproduced, copied, or used without written consent of Güleriyüz & Partners Attorneys at Law.