

2 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

**YENİ TÜRK TİCARET
KANUNUNA GÖRE
TİCARET ŞİRKETLERİNİN
BİRLEŞMESİ**

Hüsnü TURANLI

2014 -İZMİR

4 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ORİON KİTABEVİ

ISBN: 978-605-5145-24-8

© Orion Kitabevi, 2014

Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre

Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Hüsnü Turanlı

Baskı

Salamat Basım Yayın Ambalaj Sanayi Ltd.Şti

Zbeyda Hanım Mah.Sebze Bahçeleri Cad.Arpacıoğlu İŐhanı,

No:95/1 İskitler-Altındağ/ ANKARA

Tel:0312 34110 20

Orion Kitabevi

Selanik Cad. No:72 06640 Kızılay / ANKARA

Tel: 0 312 417 78 35

Faks: 0 312 425 06 82

www.orionkitabevi.com.tr- orion@orionkitabevi.com.tr

ÖNSÖZ

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, özellikle şirketler hukuku alanında köklü değişiklikler gerçekleşmektedir. Yeni Kanun'un getirdiği çağdaş anlayış, modern ilke ve esaslar, hem öğretiyi hem de uygulamayı derinden etkilemiştir. Bu değişim, ticaret hukuku alanında çalışan akademisyenler için araştırmaları açısından büyük bir fırsat yaratmıştır. Ben de bu fırsattan yararlanmayı amaçladım.

Şirketler hukukundaki yeni düzenlemelerde en çok dikkati çeken hususlardan biri de "şirket birleşmeleri"dir. Bu nedenle, şirket birleşmelerini, gerek Türk Ticaret Kanunu gerekse diğer kanunlarda birleşmeye ilişkin düzenlemeler ışığında incelemeye gayret ettim. Şirket birleşmeleri, hukuki olduğu kadar belki de daha çok iktisadi bir meseledir. Dolayısıyla, konuyu sadece Türk Ticaret Kanunu'ndaki boyutuyla ele almak yetersiz kalacağı için, mümkün olduğu kadar iktisadi boyutuna da değinmeye çalıştım.

Son olarak vurgulamak istediğim husus, Almanca kaynakları incelerken, Osman Nazım Kıyığı'nın 1999 basımlı Almanca-Türkçe ve Türkçe-Almanca Sözlüklerinden yararlandım. Her iki Sözlük de muazzam eserlerdir. Araştırmalarım esnasında kısmen de olsa yabancı kaynaklardan alıntılar yaptım. Akademik araştırmalarda yabancı dilin ve özellikle ticaret hukukunda Almanca bilmenin önemi tartışılmaz. Her hukukçu, İngilizce ve Almancayı iyi öğrenmelidir.

Çalışmam esnasında, ailemin desteği büyük oldu. Bu nedenle eşim Bilge'ye ve kızım Duygu'ya teşekkür borçluyum. Ayrıca değerli görüşleriyle her zaman ve özellikle de bu kitabı yazarken katkı sağlayan Sayın Hocam Prof. Dr. Selma Çetiner'e de müteşekkirim.

Dr. Hüsnü Turanlı

İzmir, 2014

6 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	5
GİRİŞ.....	25

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME HUKUKUNUN ESASLARI

BİRİNCİ KISIM

BİRLEŞME HUKUKUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR,
TANIMLAR VE ÇEŞİTLERİ

I.KONUNUN ELE ALINIŞ BİÇİMİ VE SİSTEMATİK.....	29
II. BİRLEŞME HUKUKUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR VE TANIMLAR.....	30
1. İŞLETME-ŞİRKET-FİRMA-TEŞEBBÜS	31
1.1. İşletme.....	31
1.2. Şirket.....	33
1.3. Firma.....	34
1.4. Teşebbüs	34
2. BİRLEŞME HUKUKUNDA YER ALAN KAVRAMLAR VE TANIMLARI.....	35
2.1. TTK m.135 Hükmü ile Tanımlanan Kavramlar	35
2.2. Birleşmenin Tanımı ve Diğer Kavramlarla Karşılaştırılması	36
2.2.1. Tanımı.....	36
2.2.2. Birleşme-Devralma (Takeover)	41
2.2.3. Birleşme-Satınalma (Acquisition)	42
2.2.4. Birleşme-Ortak Girişim (Joint Venture)	43
2.2.5. Birleşme-Konsorsiyum (Consortium)	44
2.2.6. Birleşme-Tröst (Trust).....	45
2.2.7. Birleşme-Kartel.....	45
2.2.8. Birleşme-Holding.....	45
III. BİRLEŞME NEDENLERİ.....	46
1. BÜYÜME	47
2. SİNERJİ	48
3. YÖNETİM ETKİNLİĞİ	49
4. ÖLÇEK EKONOMİSİ	50
5. ÇEŞİTLENDİRME (DIVERSIFICATION)	50

6. VERGİSEL AVANTAJLAR.....	50
7. TEKNOLOJİ TRANSFERİ	50
8. REKABET GÜCÜNÜ ARTIRMA.....	51
9. AKTİFLERİ ARTIRMA	51
IV. BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ.....	51
1. İKTİSADİ BOYUTUYLA BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ.....	51
1.1.Yatay Birleşme	51
1.2.Dikey Birleşme	52
1.3.Karma Birleşme	53
2. HUKUKİ BOYUTUYLA BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ.....	53
2.1. Devralma ve Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme.....	54
2.1.1. Devralma Yoluyla Birleşme	54
2.1.1.1. Tanımı	54
2.1.1.2. Sonuçları	54
2.1.2. Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme	55
2.1.2.1. Tanımı	55
2.1.2.2. Sonuçları	56
2.2. Diğer Birleşme Türleri.....	56
2.2.1. İki Taraflı ve Çok Taraflı Birleşme	57
2.2.2. İhraçlı Birleşme.....	57
2.2.3. Üç Yanlı Birleşme	57
2.2.4. Topluluk İçi Birleşme.....	57
2.2.5. Birleşme Benzeri Oluşum.....	57
2.2.6. Gerçek Olmayan Birleşme	58
2.2.7. Sınır Ötesi Birleşme.....	58
V. BİRLEŞME MODELLERİ	59
1. GENEL OLARAK	59
1.1.Kaynak Kanundaki Düzenlemeler	59
1.2. TTK'daki Düzenlemeler	60
2. İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ.....	60
3. TİCARİ İŞLETMELERİN TİCARET ŞİRKETLERİYLE BİRLEŞMESİ.....	61
4.TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRBİRİYLE BİRLEŞMESİ.....	61
4.1. Şirketlerin (Şahıs ve Sermaye Şirketleri) Birleşmesi.....	61

4.2. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Birleşmeye Katılması (Fusion einer Gesellschaft in Liquidation).....	64
4.3. Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık Halindeki Şirketlerin Birleşmeye Katılması (Fusion von Gesellschaften im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung).....	66
4.3.1. Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık.....	66
4.3.1.1. Sermaye Kaybı.....	67
4.3.1.2. Borca Batıklık	70
4.3.2. Sermaye Kaybına Uğrayan veya Borca Batık Şirketlerin Birleşmeye Katılması	73
4.3.3. Sermaye Kaybı veya Borca Batık Sermaye Şirketlerinin Şahıs Şirketleri İle Birleşmeleri.....	76

İKİNCİ KISIM

BİRLEŞMEYE HÂKİM OLAN İLKELER

I. MALVARLIKLARININ BİRLEŞMESİ.....	77
II. KÜLLİ HALEFİYET (UNIVERSAL ZUKSESSION- UNIVERSAL SUCCESSION)	77
III. TASFİYESİZ SONA ERME (AUFLÖSUNG OHNE LIQIDATION- TERMINATION WITHOUT LIQIDATION)	81
IV. ORTAKLIK HAKLARININ SÜREKLİLİĞİ, ORTAKLIK PAYI VE HAKLARININ KORUNMASI (PRINZIP DER MITGLIEDSCHAFTS-KONTINUITAT)	82
1. ORTAKLIK HAKLARININ SÜREKLİLİĞİ VE KORUNMASI.....	82
2. ORTAKLIK HAKLARINA BİR İSTİSNA: AYRILMA AKÇESİ (ABFINDUNG- COMPENSATION).....	84
2.1. Kavram Olarak Ayrılma Akçesi.....	84
2.2. Hukuki Niteliği.....	86
2.3.Ortaklık Payı ve Hakkı İle Ayrılma Akçesi Arasında Seçim Hakkı Tanınması.....	87
2.4.Tek seçenek Olarak Ayrılma Akçesinin Verilmesi (Ortaklıktan Çıkarılma).....	87
2.5. Ayrılma Akçesinin Kabulü Halinde Sözleşmenin Genel Kurulda Oylanması	88

10 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

2.6. Ayrılma Akçesinin Ödenmesi ve Ortaklıktan Ayrılma..... 88

2.6.1. Ayrılma Akçesiyle Ayrılan Ortak Hangi Şirketten

Ayrılmış Olacaktır? 88

2.6.2. Ayrılma Akçesi Hangi Şirket Tarafından ve Ne Zaman

Ödenmelidir? 89

2.6.3. Ayrılma Akçesi Nasıl Ödenmelidir? 89

2.7. Kaynak Kanunda Bir İstisna: Dernek Üyelerinin

Ayrılması..... 90

V. BİRLEŞMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN ORTAKLARINA EK YÜK YASAĞI (PRINZIP DESMEHRBELASTUBGSVER BOTS) 90

VI. ALACAKLILARIN VE ÇALIŞANLARIN KORUNMASI 90

1. ALACAKLILARIN KORUNMASI 90

1.1. Alacakların Teminat Altına Alınması 92

1.2. Ortakların Kişisel Sorumluluğunun Devam Etmesi..... 92

2. ÇALIŞANLARIN KORUNMASI 93

2.1. TTK Hükümleri Bakımından Çalışanların Korunması 94

2.2. İş Kanunu Hükümleri Bakımından Çalışanların Korunması ... 96

2.3. Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Bakımından Çalışanların

Korunması..... 96

3. GÖRÜŞÜMÜZ..... 97

3.1. Bilgilendirilme Hakları 97

3.2. İşin ve İş Sözleşmesinin Sürekliliği ve İş Güvenliği

İlkelerine Uyum 97

3.3. İşçilerin Haklarının Güvence Altına Alınması 97

3.4. Birleşmede Ortaklık İlişkisi Dışındaki İlişkilerin Durumu 98

VII. ŞEFFAFLIK (PRINZIP DER TRANSPARENT) 98

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME SÜRECİ

BİRİNCİ KISIM

BİRLEŞME ÖNCESİ DÖNEM VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK 99

II. BİRLEŞME ÖNCESİ SÜRECİN UNSURLARI 102

1. NİYET MEKTUBU (LETTER OF INTENT) 102

1.1. Hukuki Niteliği 102

1.2. İçeriği 104

2.GİZLİLİK ANLAŞMASI (NON DISCLOSURE AGREEMENT- CONFIDENTIALITY AGREEMENT)	104
2.1. Hukuki Niteliği	104
2.2. İçeriği	106
3. DUE DILIGENCE	106
3.1. Kavram.....	106
3.2. Due Diligence’ın Önemi.....	108
3.3. Due Diligence İşlemleri	109
3.3.1. Due Diligence Kontrol Listesi	110
3.3.1.1. Şirkete Ait Genel Hususlar	110
3.3.1.2. Finansal Hususlar	110
3.3.1.3. Yönetim ve İstihdam Konuları.....	111
3.3.1.4. Üçüncü Kişilerle İlişkileri.....	111
4.DUE DILIGENCE SÜRECİNDE SON AŞAMA:	
DEĞERLEME.....	111
4.1. Genel Olarak Değerleme Kavramı	111
4.2. Değerleme Çeşitleri.....	114
4.2.1. İşletme Değeri (Enterprise Value)	114
4.2.2. Defter Değeri (Book Value).....	114
4.2.3. Tasfiye Değeri (Liquidation Value)	115
4.2.4. Pazar Değeri (Market Value)	115
4.2.5. Devam Eden veya Nihai Değer (Continuing or Final Value) ..	116
4.3. Değerleme Yöntemleri	116
4.3.1. Nispi Değerleme Yöntemi.....	116
4.3.2. İndirilmiş Nakit Akışı Değerleme Yöntemi (Discounted Cash Flow-DFC- Valuation Method)	117
4.3.3. Malvarlığı Değerlemesi (Asset Valuation).....	117
4.4. Birleşme ve Satınalmalarda Değerlemenin etkileri.....	118
5. DUE DILIGENCE RAPORU	118
III. BİRLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN	
SORUMLULUK	119
1. HAKSIZ FİİL GÖRÜŞÜ.....	121
2. SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ	122
3. KENDİNE ÖZGÜ SORUMLULUK GÖRÜŞÜ	123
4. SORUMLULUK HALLERİ	123

12 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

4.1. Aydınlatma ve Bilgilendirme Yükümünün İhlali Sonucu	
Doğan Sorumluluk	123
4.2. Aldatma İle Sözleşme Yapma Umudu Doğması Sonucu	
Ortaya Çıkan Sorumluluk	124
4.3.Koruma yükümünün İhlalinden Kaynaklanan Sorumluluk	125
5. ZARARIN GİDERİMİ	125
5.1. Menfi Zararın Giderimi	125
5.2. Diğer Zararların Giderimi	126
6. İSPAT YÜKÜMÜ VE ZAMANAŞIMI	126

İKİNCİ KISIM

BİRLEŞME DÖNEMİ

I. GENEL OLARAK	127
II. DEĞİŞİM ORANININ BELİRLENMESİ	128
1. KAVRAM	128
2. DEĞİŞİM ORANININ HESAPLANMASI	129
2.1. Devralma Yoluyla Birleşmede	131
2.1.1. Yasaman'ın Önerisi.....	131
2.1.2. Pulaşlı'nın Önerisi	132
2.1.3. Kavak'ın Önerisi.....	132
2.1.4. SPK "Birleşme ve Bölünme Tebliği" Taslağında	
Önerilen Formül	133
2.1.5. Görüşümüz	133
2.2.Yeni Şirket Kurma yoluyla Birleşmede	134
2.2.1. Pulaşlı'nın Önerisi	134
2.2.2. Sağlam ve Şengel'in Önerisi.....	134
2.2.3. Görüşümüz	134
III. DENKLEŞTİRME AKÇESİNİN BELİRLENMESİ.....	135
IV. AYRILMA AKÇESİNİN BELİRLENMESİ.....	135
V. SERMAYE ARTIRIMINA GİDİLMESİ	137
1. GENEL OLARAK	137
2. ESASLAR	138
3.SERMAYE ŞİRKETLERİNDE DEVRALAN ŞİRKETİN	
KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ HALİNDE	
SERMAYE ARTIRIMI.....	140
3.1. Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabı.....	140

3.2. Limited Şirketlerde Şirketin Kendi Paylarını İktisabı.....	141
4. DEVRALAN ŞİRKETİN KENDİ ADINA FAKAT BU ŞİRKET HESABINA HAREKET EDEN KİŞİLERİN ELİNDE BULU NAN PAYLARIN AKİBETİ	142
VI. BİRLEŞMEDE ESAS ALINAN BİLANÇO	143
VII. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİ.....	143
1. HUKUKİ NİTELİĞİ	144
2. HAZIRLANMASI VE İMZALANMASI	144
2.1. Ticaret Şirketlerinde Yönetim Organları.....	144
2.1.1. Kollektif Ortaklıklarda.....	144
2.1.2. Komandit Ortaklıklarda	145
2.1.3. Anonim Şirketlerde	146
2.1.4. Limited Şirketlerde	147
2.1.5. Kooperatif Ortaklıklarda	147
2.2. Sözleşmenin Hazırlanması ve İmzalanması	148
3. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ.....	150
VIII. BİRLEŞME RAPORU.....	153
IX. İNCELEME HAKKI.....	156
1. İNCELEME HAKKININ NİTELİĞİ.....	156
2. İNCELEMAYA SUNULACAK BELGELER VE SUNULMA ŞEKLİ.....	157
X. MALVARLIĞINDAKİ ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER	158
XI. ARA BİLANÇO	160
XII. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN GENEL KURULDA GÖRÜŞÜLMESİ VE BİRLEŞME KARARININ ONAYLANMASI.....	162
1. GENEL KURULLARDA TOPLANTI VE KARAR NİSAPLARI.....	162
1.1. Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması	162
1.2. Toplantı ve Karar Nisapları.....	162
1.2.1. Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerde.....	163
1.2.1.1. Anonim Şirketlerde Toplantı ve Karar Nisapları.....	163
1.2.1.1.1. Olağan (Adi) Nisap.....	163
1.2.1.1.2. Özel Nisaplar	164

14 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

1.2.1.1.2.1. Genel Nitelikli Esas Sözleşmenin Değişirilmesi İçin Toplantı ve Karar Nisabı.....	164
2.2.1.1.2.2. Özel Nitelikli (Ağırlaştırılmış) Esas Sözleşme Değişikliği Nisabı.....	164
1.2.1.1.2.3. Oybirliği Gerektiren Kararlar	165
1.2.1.1.2.4. Tasfiyeden Dönülmesine İlişkin Karar İçin Özel Nisap	165
1.2.1.1.2.5. Birleşme İçin Özel Nisap	165
1.2.1.2. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerde.....	166
1.2.2. Sermaye Şirketlerinin Bir Kooperatif Tarafından Devralınması Durumunda Sermaye Şirketlerinde Karar Nisabı	167
1.2.3. Limited Şirketlerde Karar Nisapları.....	167
1.2.3.1. Olağan İşler İçin Karar Nisabı.....	167
1.2.3.2. Genel Anlamda Şirket Sözleşmesi Değişiklikleri İçin Özel Nisap	167
1.2.3.3. Önemli İşler İçin Karar Nisabı	167
1.2.3.4. Oy Birliği Gerektiren Kararlar.....	168
1.2.3.5. Birleşme Kararı İçin Özel Nisap.....	169
1.2.4. Kooperatiflerde Karar Nisapları	169
1.2.4.1. Olağan Karar Nisabı.....	169
1.2.4.2. Önemli Kararlar İçin Gerekli Nisap	169
1.2.4.3. Ağırlaştırılmış Nisap	170
1.2.4.4. Birleşmeye İlişkin Karar Nisabı.....	170
1.2.5. Kollektif ve (Adi) Komandit Şirketlerde Karar Nisapları	170
1.2.5.1. Genel Olarak Karar Nisabı.....	170
1.2.5.2. Oy Birliği İle Alman Kararlar.....	170
1.2.5.3. Birleşme Kararı İçin Özel Nisap.....	170
1.2.6. Sözleşmede Ayrılma Akçesinin Öngörülmesi Halinde Özel Nisap	171
1.2.7. Devrolunan Şirketin İşletme Konusunda Değişiklik Öngö rülmesi Halinde Karar Nisabı	171
XIII. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN TESCİL VE İLANI	171
XIV. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN FESHİ	175

XV. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ 176

İKİNCİ KISIM

BİRLEŞMENİN SONUÇLARI

I. DEVROLUNAN YA DA YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞMEDE KATILAN ŞİRKETLERİN İNFİSAHI	179
II. DEVROLUNAN YA DA YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞMEDE KATILAN ŞİRKETLERİN MAL VARLIKLARININ KÜLLİ HALEFİYET İLKESİNİN GEREĞİ OLARAK DEVRALAN YA DA YENİ KURULAN ŞİRKETE GEÇMESİ	179
III. DEVROLUNAN YA DA YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞMEDE KATILAN ŞİRKET ORTAKLARININ DEVRALAN YA DA YENİ KURULAN ŞİRKETİN ORTAĞI OLMASI.....	180
IV. BİRLEŞMEDE SEÇİMLİK YA DA ZORUNLU AYRILMA AKÇESİNİN ÖNGÖRÜLMESİ HALİNDE AYRILMA AKÇESİNİ ALAN ORTAKLARIN ŞİRKETTEN AYRILMALARI.....	180
V. İNFİSAH EDEN ŞİRKETLERİN ALACAKLILARIN DEVRALAN YA DA YENİ KURULAN ŞİRKETTEN ALACAKLARINI TALEP HAKLARININ DOĞMASI	180
VI. İNFİSAH EDEN ŞİRKETLERDEKİ ÇALIŞANLARIN KORUNMASI	181
VII. ORTAKLARIN KİŞİSEL SORUMLULUKLARININ DEVAMI.....	181
VIII. YÖNETİM ORGANLARININ DURUMU.....	182
IX. DAVA HAKLARI.....	182
1. DENKLEŞTİRMENİN TESPİTİ DAVASI.....	183
1.1. Genel Olarak Davanın Konusu	183
1.2. Davanın Niteliği.....	184
1.3. Davacı ve Davalılar.....	186
1.4. Denkleştirme Davasının Tüm Ortaklar Hakkında Hüküm Doğurması	186
1.5. Denkleştirme Davasının Giderlerinin Devralan Şirkete Ait Olması	187
2. İPTAL DAVASI.....	188
2.1. Genel Olarak İptal Davası.....	188

16 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

2.2. Birleşme Kararının İptali Davası.....	189
2.2.1. Özel Düzenleme.....	189
2.2.2. Şartları.....	190
2.2.3. İstisnai Bir Hal: Kararın Yönetim Organı Tarafından Verilmesi Halinde de İptal Davası Açılabilmesi	190
2.2.4. Dava Açma Süresi	191
2.2.5. Davacı ve Davalılar.....	191
2.2.6. Eksikliklerin Giderilmesi İçin Süre Verilmesi.....	192
3. SORUMLULUK DAVASI.....	192
3.1. Genel Olarak Hukuki ve Cezai Sorumluluk	192
3.2. Yapısal Değişikliklerle İlgili Özel Sorumluluk.....	193
3.3. Davacı ve Davalılar.....	195
3.4. Zamanaşımı	195

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKET BİRLEŞMELERİNE İLİŞKİN DİĞER

HUSUSLAR

BİRİNCİ KISIM

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN KOLAYLAŞTIRILMIŞ

BİÇİMDE BİRLEŞMESİ

I. KOLAYLAŞTIRILMIŞ BİRLEŞME VE ŞARTLARI	197
1. KOLAYLAŞTIRILMIŞ BİRLEŞME KAVRAMI (ERLEICHTERTE FUSIONS)	197
2.ŞİRKETLER TOPLULUĞU-HÂKİM ŞİRKET-BAĞLI ŞİRKET İLİŞKİSİ.....	198
3. KOLAYLAŞTIRILMIŞ BİRLEŞMENİN ŞARTLARI	200
3.1. Devralan Şirketin, Devrolunan Şirkette Oy Hakkı Veren Tüm Paylara Sahip Olması	200
3.2. Devralan Şirketin, Devrolunan Şirkette Oy Hakkı Veren Payların En Az Yüzde Doksanına Sahip Olması.....	201
4. SAĞLANAN KOLAYLIKLAR.....	202

İKİNCİ KISIM

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA BİRLEŞME

I. GENEL OLARAK	205
II. 6362 SAYILI KANUNUN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN ESASLARI.....	206

III. ÖNEMLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLERE İLİŞKİN ORTAK ESASLAR VE AYRILMA HAKKI TEBLİĞİ'NDE YER ALAN HUSUSLAR	206
1. BİRLEŞMENİN ÖNEMLİ İŞLEMLER ARASINDA YER ALMASI	207
2. BİRLEŞMEYE OLUMLU OY VERMEYEN PAY SAHİPLERİNİN AYRILMA HAKKI.....	207
2.1. Ayrılma Hakkı ve Kullanılması.....	207
2.2. Ayrılma Hakkının Kullanım Fiyatı	208
2.3. YK'nun Bazı Hallerde Ayrılma Hakkının Kullanılması Halinde İşlemin Yürütülmesini Durdurabilmesi.....	208
2.4. Ayrılma Hakkının Doğmadığı Haller.....	209
2.5. Ayrılma Hakkının Ayrılma Akçesinden Farkları	209
II. BİRLEŞME VE BÖLÜNME TEBLİĞİ ESASLARI	209
1. GENEL ESASLAR	209
2. BİRLEŞMEYE İLİŞKİN TEMEL İLKELER	211
2.1. Kamuyu Aydınlatma.....	211
2.2. Pay Sahiplerinin Korunması	211
2.3. İntifa Senedi Sahiplerinin Korunması	212
2.4. Denkleştirme Akçesinin Öngörülmesi.....	212
2.5. Ayrılma Akçesinin ve Ayrılma Hakkının Öngörülmesi	212
3. BİRLEŞME İŞLEMLERİ	212
3.1. Duyuru Metninin Hazırlanması ve Kamuya Duyurulması.....	212
3.2. Yönetim Organlarının Karar Alması ve Kurula Başvuru.....	212
3.3. Birleşmede Esas Alınacak Finansal Tablolar	213
3.4. Uzman Kuruluş Görüşününün Alınması	214
3.5. Kamunun Aydınlatılması	215
3.6. Birleşme Sözleşmesinin Hazırlanması	215
3.7. Birleşme Raporunun Hazırlanması	217
3.8. Finansal Durum Değişikliklerinin Bildirilmesi	218
4. ÖZELLİKLİ DURUMLAR.....	218
4.1. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Birleşmeye Katılması	218
4.2. Geçmiş Dönem Zararları Olan Bir Şirketin Birleşmeye Katılması	218

18 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

4.3. Ayrılma Akçesi	219
4.4. İki Şirketli Birleşmede Birleşen Şirketlerden Birinin Borsada İşlem Görmesi Halinde Birleşme Şartları	219
4.5. İki'den Fazla Şirketli Birleşmede Birleşen Şirketlerden Birinin Borsada İşlem Görmesi Halinde Birleşme Şartları	220
4.6. Payları Borsada İşlem Görmeyen Şirketin Devralan Şirket Olması Halinde Şirket Paylarına İlişkin Özel Kısıtlamalar	220
5. KOLAYLAŞTIRILMIŞ USULDE BİRLEŞME	221
5.1. Kolaylaştırılmış Usulde Birleşme Şartı	221
5.2. Tanınan Kolaylıklar	221

ÜÇÜNCÜ KISIM

ŞİRKET BİRLEŞMELERİNDE REKABET KURULUNUN İZİNİ

I. GENEL OLARAK	223
II. BİRLEŞME VE DEVRALMADA REKABET KURULUNUN İZİNİ	224
1. RKHK'A GÖRE HUKUKA AYKIRI BİRLEŞME VE DEVRALMALAR	224
1.1. Genel Olarak	224
1.2. Rekabet Kurulu Tebliğinde Yer Alan Esaslar	225
1.2.1. Tebliğ'de Yasaklanan "Hâkim Durum Yaratmaya veya Hâkim Durumu Güçlendirmeye Yönelik Birleşmeler" ve Kurul'un İzni	227
1.2.1.1. Hâkim Durum Ölçütleri	227
1.2.1.2. Kurul'un İznine Tabi Birleşme ve Devralmalar	228
1.2.1.3. Birleşme ve Devralmaların Kurul'a Bildirilmesi	229
1.2.1.4. Bildirimin Geçerlilik Tarihi	235
1.2.1.5. Kurul'un Değerlendirmesi	235
III. AVRUPA BİRLİĞİNDE BİRLEŞMELERİN DENETLENMESİ	236

DÖRDÜNCÜ KISIM

BİRLEŞMEDE VERGİLENDİRME

I. GENEL OLARAK	239
II. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU (KVK) ÇERÇEVE SİNDE VERGİLENDİRME	239
1. TASFİYE HÜKMÜNDE BİRLEŞME (VERGİLİ BİRLEŞME)	240

1.1. Hukuki Çerçevesi.....	240
1.2. Sonuç.....	242
2. DEVİR NİTELİĞİNDE BİRLEŞME	
(VERGİSİZ BİRLEŞME)	244
2.1. Hukuki Çerçevesi.....	244
2.1.1. Birleşme Sonucunda İnfisah Eden ve Devralan (Birleşilen) Şirketlerin Kanuni veya İş merkezlerinin Türkiye’de Olması.....	244
2.1.2. Müfeseh Şirketin Devir Tarihindeki Bilanço Değerlerini, Devralan Şirketin Bir Bütün (Kül) Olarak Devralması ve Aynen Kendi Bilançosuna Geçirmesi.....	245
2.2. Görüşümüz	246
III. GELİR VERGİSİ KANUNU (GVK) ÇERÇEVESİNDE	
VERGİLENDİRME	247
IV. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE	
VERGİLENDİRME	249
V. DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER	249
1. AMME ALACAKLARININ TAHSİLİNE İLİŞKİN	
KANUN	249
2. DAMGA VERGİSİ KANUNU	250
3. HARÇLAR KANUNU	250
BEŞİNCİ KISIM	
DÜNYADA VE TÜRKİYE’DE BİRLEŞME PERSPEKTİFLERİ	
I. BİRLEŞMELERİNİN (VE SATINALMALARIN)	
TARİHÇESİ	251
II. MUKAYESELİ HUKUKTA BİRLEŞME	252
1. BİRLEŞİK KRALLIK	252
1.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar	252
1.2. Hukuki Çerçeve	253
2. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ	255
2.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar	255
2.2. Hukuki Çerçeve	256
2.2.1. Birleşme Hukuku.....	256
2.2.1.1. Çevre Kanunları.....	257
2.2.1.2. Ticaret Kanunları.....	257
2.2.1.3. Menkul Kıymetler Kanunları (Securities Laws).....	258

20 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

2.2.1.3.1. Menkul Kıymet Değişimi Kanunu (Securities Exchange Act).....	258
2.2.1.3.2. Williams Kanunu (Williams Act)	259
2.2.1.3.3. Antitrust Kanunları	260
3. ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ	262
3.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar	262
3.2. Hukuki Çerçeve	262
4. İSVİÇRE	264
4.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar	264
4.2. Hukuki Çerçeve	264
5. FRANSA.....	267
5.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar	267
5.2. Hukuki Çerçeve	268
6. RUSYA	268
6.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar	268
6.2. Hukuki Çerçeve	269
7. AVRUPA BİRLİĞİ	270
7.1. Avrupa Şirketi Tüzüğü	270
7.2. Anonim Şirketlerin Sınır Ötesi Birleşmelerine İlişkin Yönerge	273
7.3. Birleşme ve Bölünme Yönergesi.....	276
7.4. AB Sözleşme Hukuku Yönergesi Hazırlık Çalışmaları.....	276
SONUÇ	277
KAYNAKÇA	279

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AR-GE	: Araştırma-Geliştirme
AB	: Avrupa Birliği
ACP	: Autorité de Controle Prudentiel (Basiretliliğin Denetimi Kurumu)
AEB	: Avrupa Ekonomik Bölgesi
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AG	: Aktiengesellschaften (Anonim Şirket)
AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AKÇT	: Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
AMF	: Autorité des Marché Financier (Finansal Pazar Kurumu)
ANC	: Autorité des Normes Comptables (Mali Normlar Kurumu)
AT	: Avrupa Topluluğu
AŞ	: Anonim Şirket
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BK	: Birleşik Krallık
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CV	: Continuing Value (Devam Eden Değer)
Dpn/dpn.	: Dipnot
DCF	: Discounted Cashflow (İndirilmiş Nakit Akışı)
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DYY	: Doğrudan Yabancı Yatırım
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
EBIT	: Earnings Before Interest and Taxes (Faiz ve Vergi Öncesindeki Kazançlar)
EBITDA	: Earnings Before Interest and Taxes and Depreciation and Amortization (Faiz ve Vergi ve Değer Kaybı ve Amortisman Öncesindeki Kazançlar)
Ed.	: Editör
EEA	: European Economic Area (Avrupa Ekonomik Bölgesi)
EC	: European Community (Avrupa Topluluğu)

22 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

EEC	:European Economic Community (Avrupa Ekonomik Topluluğu)
EFTA	:European Free Trade Association (Avrupa Serbest Ticaret Birliği)
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
EU	: European Union (Avrupa Birliği)
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Exe.	: Executive (İcracı)
FDI	: Foreign Direct Investment (Doğrudan Yabancı Yatırım)
FINMA	: Financial Market Supervisory Board (Sermaye Piyasası Denetim Kurumu)
FSMA	: Financial Services and Markets Act (Finansal Hizmetler ve Pazarlar Kanunu)
FusG	: Fusionsgesetz (Birleşme Kanunu)
GB	: Great Britain (Büyük Britanya)
GmbH	: Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Limited Şirket)
<i>GmbHG</i>	:Gesellschaften mit beschränkter Haftung-Gesets (Alman Limited Şirketler Kanunu)
GSMH	: Gayrı Safi Milli Hâsıla
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IFRS	:International Financial Reporting System (Uluslar arası Finansal Raporlama Sistemi)
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İsv. MK	: İsviçre Medeni Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
JV	: Joint Venture (Ortak Girişim)
K.	: Kanun
KAP	: Kamuyu Aydınlatma Platformu
KDV	: Katma Değer Vergisi
KDVK	: Katma Değer Vergisi Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KOBİ	: Küçük ve Orta Boy Ölçekli İşletmeler
KoopK	: Kooperatifler Kanunu
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu

Ltd.	: Limited
LO	: Limited Ortaklık
m.	: Madde
M&A	: Mergers&Acquisitions (Birleşme ve Satınalmalar)
MKK	: Merkezi Kayıt Kuruluşu
NAV	: Net Acquisition Value (Net Birleşme Değeri)
NDA	: Non Disclosure Agreement (Gizlilik Anlaşması)
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre BK)
ÖK	: Özelleştirme Kanunu
PECL	: Principles of European Contract Law: Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri)
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurulu
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SE	: Societa Europa (Avrupa Şirketi)
SESTA	: Stock Exchange and Securities Trading Act (Menkul Kıymetlerin Ticaretine İlişkin Kanun)
SPBKO	: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklık
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKa	: Sermaye Piyasası Kanunu
Şti.	: Şirketi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TOB	: Takeover Board (Devralma Kurulu)
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TSY	: Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
UFRS	: Uluslar arası Finansal Raporlama Sistemi
UK	: United Kingdom (Birleşik Krallık)
USA	: United States of America (Amerika Birleşik Devletleri)
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume (Sayı)

24 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

vs.	: ve saire
VUK	: Vergi Usul Kanunu
Y.	: Yıl
YK	: Yönetim Kurulu
YTTK	: Yeni Türk Ticaret Kanunu

YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ

GİRİŞ

Şirketler hukukunda, şirket birleşmeleri konusu, yeni TTK ile önemli ölçüde yeniden düzenlendi. Yeni TTK'nun kabul edildiği 01.07.2012 tarihinden bu yana, şirket birleşmeleri konusunda kapsamlı bir eser yayınlanmadı.

Ticari yaşamda, şirketlerin büyüme stratejilerinin başında birleşme ve satın almalar gelir. Özellikle büyüme kapasitesine sahip pazarlarda, şirketlerin yalnız başına rekabet edebilme şansları güçlü değildir. Bu nedenle de ya başka bir şirketle birleşip rekabet gücünü artırır ya da doğrudan doğruya başka bir şirketi satın alırlar. Bu işlemlerin ekonomik boyutuna çarpıcı bir örnek vermek gerekirse Dünyada 2000 yılına kadar 2,8 trilyon Euro değerinde bir Pazar oluşmuş¹, 2010 yılında Türkiye'de 29 milyar dolar düzeyine ulaşan şirket birleşme ve satın alma işlemi gerçekleşmiştir².

Birleşme ve satın alma kavramları genellikle bir arada kullanılmakla birlikte yapılması gereken işlemler ve sonuçları açısından önemli farklılıklar vardır. Bizim ele aldığımız şirket birleşmeleri, son yıllarda ülkemizde önemli bir şirket operasyonu olarak yerini almıştır. Şirket birleşmeleri, birleşme öncesi ve sonrasında birçok hukuki işlem gerektiren, oldukça karmaşık bir süreci içermektedir.

Türk hukukunda şirket birleşmelerine ilişkin olarak birçok kanunda değişik düzenlemeler vardır. Bu bağlamda, TTK m.134 ila 193 arasında, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hükümlerine yer verilmiştir. Öte yandan, 6362 sayılı SPKa, 1163 sayılı KoopK, 4054 sayılı RKHK, 5520 sayılı KVK, 193 sayılı GVK ve diğer bazı kanunlarda birleşmeye ilişkin düzenlemeler olduğunu görmekteyiz.

6102 Sayılı yeni TTK ile 6762 sayılı eski TTK ile karşılaştırıldığında şirket birleşmelerinin yeni Kanunda çok daha ayrıntılı düzenlendiği görülecektir. Eski TTK'da birleşmeye ilişkin hükümler, Şirketler Hukuku

¹ Ağaoglu, Cahit: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkileştirmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.18, S. 2, İstanbul, 2012, s.222.

² Lokmanhekim, Tunç/Eren, Saniye, Simge: Turkey, The Merger & Acquisitions Review, Law Business Research, London, 2011. s. 596 (Ed.Simon Robinson).

26 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Genel hükümleri (Eski TTK m.146-151) ve Anonim Şirketler Faslında (m.451-452) düzenlenmişti ve bu düzenlemeler arasında uyumsuzluk mevcuttu³. Yeni TTK'da ise şirket birleşmeleri, belirli bir şirket türünü gözetmeden tüm şirketleri kapsayacak biçimde genel olarak düzenlenmiştir. Nitekim TTK'nun 134/1.maddesinde ifade edilen "*Ticaret şirketlerinin birleşmelerine, bölünmelerine ve tür değiştirmelerine 134 ila 194.maddeler uygulanır*" hükmü, bahse konu maddelerin belirli bir şirket türüne değil tüm şirketlere uygulanacağına amirdir. Öte yandan aynı maddenin 2.fıkrasında yer alan "*Diğer kanunların, bu Kanunun 135 ila 194.maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır*" hükmü ile esasen diğer tüm kanunlardaki düzenlemelerde yer alan ve bu Kanuna aykırılık taşıyan hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı ifade edilmiştir⁴.

Yeni TTK'da birleşmeye ilişkin düzenlemelerin temel kaynakları 2004 tarihli İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ve AB'nin 09 Ekim 1978 tarih ve 78/855/EEC sayılı "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesi (Third Council Directive of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty Concerning Mergers of Public Limited Liability Companies (78/855/EEC)'dir⁵.

Avrupa Ekonomik Topluluğunun temel hukuki dayanağı olan 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması)'nın 3.Ana Başlığı (TITLE 3) "Kişilerin, Hizmetlerin ve Sermayenin Serbestçe Dolaşımı" altında 2.Bölümde "Şirket Kurma Hakkı" (The Right of Establishment) düzenlenmiştir. "Şirket Kurma Hakkı" Bölümünde, m.54/3g bendinde "Üye Devletlerin 58.maddenin ikinci fıkrası anlamında hem bahse konu şirket (halka açık anonim ortaklıklar) ortaklarının hem de üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak amacıyla talep ettikleri güvenceleri koordine etmek" şeklinde ifade edilebilecek bir ilke benimsenmiştir. Bu ilke ışığında düzenlenen 1978 tarihli Üçüncü Yönerge ile "şirket birleşmelerinin" Topluluk bünyesinde hukuki zemini tesis edilmiştir. TTK taslağı hazırlanırken de, söz konusu Yönerge ile 2004 tarihli İsviçre Birleşme Kanunu'nda yer alan hükümler büyük bölümüyle aynen alınmıştır. Dolayısıyla yeni TTK'daki şirket birleşmelerine ilişkin düzenlemeler esas itibarıyla AB ve İsviçre Hukuku kaynaklıdır.

³ Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'a Göre yazılmış 7.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.53.

⁴ Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2.Bası, İstanbul, 2012, s.135.

⁵ 78/855/EEC sayılı Yönerge, 05.04.2011 tarih ve 2011/35/EU sayılı "Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin Halka Açık Anonim Şirketlerin Birleşmesi" Yönergesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

6102 sayılı yeni TTK ile ticaret hukukumuzda birçok ilke yerleşmiştir. Bunlardan en önemlisi kanaatimce “kurumsal yönetim” ve bu ilkenin zorunlu kıldığı “şeffaflık, adillik, hesap verilebilirlik ve sorumluluk” esaslarıdır⁶. Söz konusu ilkelerden “hesap verilebilirlik”, özellikle TTK’nun ilk kabul edilen şekliyle birleşme hukukunda da belirgin olarak kendini göstermekte idi. Kanunun 2011 yılındaki ilk düzenlemesinde yer alan denetim ve hesap verilebilirlik ilkeleri, 2012 yılında 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Bu değişiklikler maalesef Kanunun ruhunu zedelemiş ve özellikle işlem denetçiliğinin kaldırılmasıyla birlikte bir bütünün tamamlayıcı parçalarından birisi yok edilmiştir. Birleşme hukukunda, 2011 yılında kabul edilen TTK’nun “Birleşme Sözleşmesi ve Birleşme Raporunun Denetlenmesi”ne ilişkin 148.maddesinin⁷, 6335 sayılı Kanun ile kaldırılmasının büyük bir hata olduğu düşünülmektedir.

Çalışmamızda şirket birleşmelerini mümkün olduğu kadar hukuki boyutuyla sınırlandırmaya gayret ettik. Bununla birlikte hukuki boyutu sadece TTK’daki hükümlerle sınırlandırmak mümkün değildir. Birleşmenin, rekabet hukuku ve vergi hukuku ile yakından ilgisi vardır.

Çalışmamız toplam üç bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümün Birinci Kısımında, genel olarak birleşme hukukunun esasları, bu bağlamda, birleşmeye ilişkin kavramlar, birleşmenin amaçları, çeşitleri ve birleşme ilkeleri ele alınmıştır. İkinci Kısımda ise, birleşmeye hâkim olan ilkelere yer verilmiştir.

İkinci Bölümün Birinci Kısımında, birleşme sürecinin ilk aşaması olan birleşme öncesi süreç incelenmiştir. Bu süreçte tarafların yükümlülükleri ve sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluk) ele alınmıştır. İkinci Kısımda ise birleşme sürecinin birleşme işlemlerine ilişkin kısmı incelenmiştir.

Üçüncü Bölümde, birleşmeye ilişkin diğer hususlar, bu çerçevede, kolaylaştırılmış birleşme, halka açık anonim ortaklıklarda birleşme, birleşmenin rekabet hukuku ve vergi boyutları ele alınmıştır. Son olarak, dünyada birleşme operasyonlarına ve mukayeseli hukukta birleşmeye ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Sonuç Bölümünde ise, çalışmanın çeşitli kısımlarında dile getirilen ve daha iyiyi arama çabasının sonucu olan önerilere yer verilmiştir.

⁶ Genel Gerekeçe m.89

⁷ Birleşmenin denetimi, Kaynak Kanun m.15’de düzenlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
BİRLEŞME HUKUKUNUN ESASLARI
BİRİNCİ KISIM
BİRLEŞME HUKUKUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR,
TANIMLAR VE ÇEŞİTLERİ

I. KONUNUN ELE ALINIŞ BIÇIMI VE SİSTEMATİK

Kitabımızın konusu olan “ticaret şirketlerinin birleşmesi” TTK’nun İkinci Kitabını teşkil eden “Şirketler Hukuku” Kitabında düzenlenmiştir. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme ticaret şirketlerinin yapısal değişikliğe uğradığı hukuki işlemlerdir. Birleşmenin, bölünme ve tür değiştirme ile aynı başlık altında düzenlenmesi, esasen bu üç hukuki işlemin, şirketlerin yapısal değişikliğe uğratması ve yapısal değişikliklerin, büyüyen ekonomik yapılanmalar, rekabetin zorunlu kıldığı ve yeniden yapılanmayla ilgili diğer düzenlemelere duyulan ihtiyaçtır⁸.

TTK’da yapısal değişiklikler adı verilen “birleşme, bölünme ve tür değiştirme” Kanununun 134 ilâ 194.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Nitekim 134.madde hükmünde *“Ticaret şirketlerinin birleşmelerine, bölünmelerine ve tür değiştirmelerine 134 ilâ 194 üncü maddelerin uygulanacağı ve diğer kanunların, bu Kanununun 135 ilâ 194 üncü maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklı olduğu”* belirtilmiştir.

Biz de birleşme konusunu incelerken, Kanunun öngördüğü düzenlemeye sadık kalmayı tercih ettik. Bu nedenle sistematik olarak, Kanunun sistematığına benzer bir yapıyı benimsedik.

Kanunun sistematığında, öncelikle birleşmeye ilişkin kavramlar düzenlenmiştir. Sonrasında, şirket birleşmesinin çeşitleri ve modelleri üzerinde durulmuştur. Bunu müteakip, şirket birleşmelerinin çeşitli aşamaları düzenlenmiştir. Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin ortak hükümler ise 191

⁸ Vogel, Alexander/Günter, Michael: Der Vertragsübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz JP/PJA 5/2012, s.591-612, s.599.

http://www.mll-legal.com/uploads/tx4epublication_/dervertragsuebergangbeivermoegensuebertragungen_nach_fusionsgesetz.pdf (20.01.2014)

30 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ila 193.maddelerde düzenlenmiştir. Ortak hükümlerde, her üç yapısal değişiklik için öngörülen denkleştirme, iptal ve sorumluluk davalarına yer verilmiştir.

Şirketler hukukunda birleşmeye ilişkin hükümler büyük çoğunlukla İşviçre Birleşme Kanunu'ndan alındığı için sözleşme öncesi sürece ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Oysaki günümüzde, birleşmelerin önemli bir bölümü, birleşme görüşmelerinin henüz başında yapılan yanlışlıklar, yanlış ve eksikliklerden ötürü başarısızlıkla sonuçlanmaktadır. Bu nedenle, sistematik olarak, birleşme sürecinin incelendiği İkinci Bölüm, esas olarak birleşme öncesi ve birleşme dönemi olarak iki kısma ayrılmıştır.

Birleşme konusu incelenirken, iktisadi boyutuna da kısaca değindik. Hukuki boyutu, karşımıza sadece şirketler hukuku değil aynı zamanda borçlar hukuku, rekabet hukuku, vergi hukuku gibi çok geniş hukuk disiplinlerini de inceleme zorunluluğu doğurdu. Birleşme hukukunun birer parçası olan, kolaylaştırılmış birleşme, halka açık anonim ortaklıklarda birleşme konularını, birleşmenin temel mevzuatından sonra ele aldık. Daha sonra da rekabet hukuku ve vergi hukuku bakımından birleşme ve sonuçlarını inceledik.

Araştırmalarımız esnasında, birleşmeyle karıştırılabilen birçok farklı kavramı da incelemeye çalıştık. Bu açıdan, bir tebliği ya da sözleşmeyi kalemeye alır gibi öncelikle, incelememiz açısından önem taşıyan kavramları ve tanımlarını derlemeyi tercih ettik. Böylece birleşme hukukuyla ilgili birçok kavram ve tanıma açıklık getirme olanağını bulduk. Öte yandan, incelemenin ilerleyen bölümlerinde kavram kargaşasının yaşanması da önlenmiş oldu.

II. BİRLEŞME HUKUKUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR VE TANIMLAR

Birleşme, hem iktisat hem de hukuk bilimleri tarafından farklı boyutlarıyla ele alınan, bir yanda şirket öte yandan işletme kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı hukuki bir işlemdir. Mevzuatta bir kavram birliği mevcut değildir. Bu nedenle, birleşme hukukunu kendi disiplini içinde ele alan düzenlemelerde farklı terim, kavram ve tanımlara yer verilmiştir. Öte yandan, birleşme hukuku içinde olduğu düşünülen ve birleşme işlemleriyle karıştırılabilen örneğin satınalma, devralma gibi işlemler, ortak girişim, holding vb. oluşumlar mevcuttur. Bu nedenle incelememizin önemli bir kısmı, kavram ve tanımlara ayrılmıştır. Öncelikle, şirketler hukuku ve iktisat biliminde sıklıkla kullanılan bazı kavramlara açıklık getirmeye çalıştık. Sonrasında münhasıran birleşme hukukunda

yer alan ve Kanununun 135.maddesinde düzenlenen bazı kavram ve tanımlara değindik.

1. İŞLETME-ŞİRKET-FİRMA-TEŞEBBÜS

Birleşme konusu içinde en çok karşımıza çıkan kavramlar şirket ve işletmedir. Öte yandan örneğin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, şirket veya işletme yerine "teşebbüs" kavramına yer verilmiştir. Bazı yazarlarca teşebbüsün, işletmeden daha dar bir kavram olduğu ileri sürülmüştür⁹. İktisadi kaynaklarda işletme ve şirket ve birbirinin yerine kullanılmaktadır. Netice itibariyle, iktisadi bakış açısıyla açısıyla şirket ve işletme arasında fazla bir fark olmadığı söylenebilir ancak hukuki boyutunda çok farklı kavramlardır.

1.1. İşletme

İşletme (business), "bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir şekilde bir araya getirilmesi" olarak tanımlanabilir¹⁰. Bir başka tanıma göre ise, işletme sermaye, emek ve idare (müteşebbis) üçlüsünün bir araya gelip belirli bir organizasyon içinde ve bir cüz-ü tam olarak faaliyet göstermesidir¹¹. Yine bir başka tanımda, işletmenin organizasyon özelliği daha ön plana çıkarılarak, "gelir temin etmek amacıyla emek ve sermayenin müstakil bir organizasyon teşkil edecek biçimde birleşmesi ve faaliyet geçmesi olarak ifade edilmiştir¹². İşletmenin bu tanım içinde "bir malvarlığı bütünü" olduğu da vurgulanmıştır¹³.

İşletme esasen iktisadi bir kavramdır¹⁴ ve çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulur: TTK m.11 bağlamında ticari işletme, esnaf işletmesi, büyüklüklerine göre küçük, orta ve büyük boy işletmeler, iş kolu esasına göre endüstri, ticaret ve hizmet işletmeleri vb. işletme türleri mevcuttur¹⁵.

⁹ Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 9.Bası, İstanbul, 2001, s.26: Arslanlı'ya atfen bkz. 2 no.lu atf.

¹⁰ Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 16.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s.26, Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 25.Baskı, Konya, 2013, s.12.

¹¹ Poroy/Yasaman, s.25.

¹² Paslı, Ali: Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.7.

¹³ Paslı, s.13.

¹⁴ Poroy/Yasaman, s.25 : Karayalçın'a atfen, bkz. 3 no.lu atf, Persteiner, Helmut : İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı, s. 590. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004)

¹⁵ Aslan, Yılmaz/Şenyüz, Doğan: İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4.Baskı, Ekin Basım, Yayın, Dağıtım, Bursa, 2012, s.3.

32 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Ticari işletme, TTK m.11/1’de “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletme*” olarak tanımlanmıştır¹⁶. Bu tanımda bazı ölçütlere yer verilmiştir. Bunlar, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedefleyen faaliyetler, süreklilik ve bağımsızlıktır¹⁷.

TTK m.11/2’de “Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır Bakanlar Kurulunca çıkarılacak Kararnamede gösterilir” hükmüne yer verilmiştir. Bu tanım, ticari işletme bakımından bir yenilik sayılmalıdır¹⁸. Ticari işletmenin esnaf işletmesinden ayrıldığı diğer bir nokta ise, ticari işletmeye “özülenen malvarlığı” unsurudur.

Ticari işletme, malvarlığı ile bir bütündür¹⁹. Malvarlığı sadece aktif değil aynı zamanda pasif unsurları da içermektedir. Bu çerçevede malvarlığı içine işletmenin alacaklarının yanı sıra borçları da girmektedir.

Söz konusu malvarlığının bir amaç etrafında teşkilatlanması ticari işletmeyi oluşturur²⁰. Ticari işletmenin devrini düzenleyen TTK m.11/3’de, devir sözleşmesinin işletmeye özülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği, yazılı yapılması gerektiği ve Ticaret Siciline tescil ve ilanının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Burada tescil ve ilanın kurucu mu yoksa bildirci mi olduğu konusundaki tartışma²¹, TTK m.26 hükmü uyarınca, 27.01.2013 tarih ve 28541 Sayılı

¹⁶ Karahan s.12, Arkan s.26, Bozer, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s.7.

¹⁷ Demirkapı, Ertan: Ticari İşletmenin Tespiti açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, S.1-2, s.378, Arkan, s.27-32, Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Yenilenmiş 4.Bası, Ankara, 2011, s.43 vd, Poroy/Yasaman, s.34, Aslan/Şenyüz, s.7, Bozer/Göle s.7, Arkan s.27 vd.

¹⁸ Demirkapı, s.376. Bununla birlikte, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak Kararnamede yer alacak sınırlar, gerçek kişi tacir bakımından bağlayıcı olmamalıdır çünkü Kanundaki ibare “sınır aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmak”tır. Dikkat edilirse burada “tutan” denilmemiştir. Dolayısıyla, esnaf işletmesi ile ticari işletmenin asıl ayıncı unsuru gelir sağlamak değil “gelir sağlayıcı faaliyetlerin organizasyonu” olmalıdır. Bakanlar Kurulunun yayınlayacağı Kararnamede gösterilecek miktar ayıncı ölçütlerden sadece biri olmalıdır.

¹⁹ Keşli, Ahmet: Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, Şirketler Hukuku (Ed.Sami Karahan), Mimoza Yayınları, Konya, 2012, s.168.

²⁰ Türk, Hikmet Sami: Ticari Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın no:185, Ankara, 1986, s.73. (Birleşme)

²¹ Bazı yazarlar, ticari işletmenin devrinin bildirci, bazı yazarlar ise kurucu olduğu görüşünde idi. Bildirci olduğu yönünde bkz. Şener, Oruç Hami/Uzunallı, Sevilay: Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.9, Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 23.Baskı, Konya, Eylül 2013, s.36: Yazar konunun tartışmalı olduğunu belirtmekteydi. Tescilin kurucu olduğu yönünde bkz. Bozer, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2011, s.19. Turanlı, Hüsnü: Ticari İşletmenin Devri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C.1, S.3, s.38-39.

RG’de yayımlanan “Ticaret Sicili Yönetmeliği” m.133/3’deki “ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder” hükmüyle sona ermiştir.

1.2. Şirket

Şirket (company, societa), Türk Hukukunda “ortaklık” kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılan bir terimdir²². Kanaatimizce “ortaklık” kavramı, adi ortaklık, kişi ortaklıkları -kollektif ortaklık, komandit ortaklık- gibi kişisel unsurların daha ağır bastığı şirket türleri için kullanılmalı, anonim ve limited ortaklıklar (ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar) için “şirket” terimi kullanılmalıdır. Nitekim İngiliz ve Amerikan Hukukunda şahıs ortaklığı için “partnership”, sermaye ortaklığı için “company” terimi kullanılmaktadır²³. Amerikan Hukukunda anonim şirketler için “Incorporation” terimi çok daha yaygın kullanılmaktadır. Görüşümüzü desteklemek açısından verebileceğimiz bir başka örnek ise 818 sayılı eski TBK’da geçen “adi şirket” ibaresinin 6098 Sayılı TBK’da “adi ortaklık” olarak değiştirilmiş olmasıdır. Buradaki değişim, “ortaklık” ile “şirket”in farklı oluşumlar olduğuna işaret etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nda şirket tanımına yer verilmemiştir. TBK m.620/1’de “Adi ortaklık sözleşmesi” tanımlanmıştır. Buna göre adi ortaklık sözleşmesi “iki veya daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme”dir. Bu tanımda “bir amaca” yerine “bir iktisadi amaca” denilmesi daha doğru olurdu.

Adi ortaklık bir ticaret şirketi olmamakla ve tüzel kişiliğe sahip bulunmamakla birlikte, TBK m.620/2’de “*bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabidir*” hükmüne ve TTK m.126/1’de “...*Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır*” hükmüne dayanılarak adi ortaklığın temel amacının iktisadi olduğu söylenebilir²⁴. Bu söylemler ışığında, şirketler için de temel olarak üç özellik ortaya çıkmaktadır. Bunlar, kişilerin bir araya gelmesi, iktisadi bir amaç taşımaları ve bir sözleşme yapmaları olarak özetlenebilir²⁵.

²²Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 12.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, Poroy, Giriş, s.3, Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.4 (Şerh).

²³ Poroy, (Tekinalp/Çamoğlu) Giriş, s.5.

²⁴ Aynı görüş için bkz. Pulaşlı, C.I. s.4. (Şerh)

²⁵ Pulaşlı, C.I, s.4. (Şerh)

34 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

TTK'da sınırlı sayı (numerus clauses) ilkesine tabi olarak kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif olmak üzere toplam beş şirket türünden bahsedilmiştir (m.124/1). Komandit ortaklık kendi içinde adi komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık olarak sınıflandırılmıştır. Genel tasnif içinde, kollektif ve komandit ortaklıklar (burada bahsedilen adi komandit ortaklıktır) şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ise sermaye şirketleri olarak ayrılmıştır (TTK m.124/2). Dolayısıyla Türk hukukunda bu sayılanlar dışında ortaklık türü olamaz. Aşağıda bahsedilecek ortak girişim (JV) bir adi ortaklık (contractual joint venture) olabileceği gibi bir anonim şirket yapısı içinde de kurulabilir (equity joint venture). Öte yandan holding de bir anonim şirket olarak teşkil edilebilir.

1.3. Firma

Şirket ile aynı anlamda kullanılan bir başka terim ise “firma”dır. İktisatçılar tarafından tercih edilen firma terimi, “ekonomik faaliyetleri yürüten birim, ekonomik aktör” anlamında kullanılmaktadır²⁶. Aynı görüş doğrultusunda firma, tüzel kişiliği bulunsun veya bulunmasın tüm ticari organizasyon şekillerini ifade etmektedir²⁷. Bu tanımıyla firmanın, şirketten daha kapsamlı bir yapılanma olduğu ileri sürülebilir²⁸.

1.4. Teşebbüs

Teşebbüs, 4054 sayılı RKHK m.3'deki tanımıyla “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler”dir. Bir başka tanıma göre ise teşebbüs “hukuki biçimine, finansman şekline ya da kazanç elde etme amacına tahsis edilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, ekonomik bir faaliyet gösteren her türlü birim”dir²⁹. Yine bir tanıma göre “Girişim (teşebbüs) belirli bir yasal, finansal, örgütsel ve ekonomik özelliğe sahip kuruluş” olarak ifade edilmektedir³⁰.

Öte yandan TTK m.198 hükmünde de “teşebbüs” kavramına yer verilmiştir. Buna göre, “bir sermaye ortaklığına iştirak edebilen her gerçek kişi, kişi birliği

²⁶ Paşlı, s.15.

²⁷ Paşlı, s.15.

²⁸ Şirket, Türk hukukunda tüzel kişiliğe sahip ve TTK m.124 bağlamında sınırlı sayı ilkesine tabidir. Oysaki firmanın, bahse konu görüş doğrultusunda tüzel kişiliği olmayan iktisadi yapılanmaları da kapsadığı söylenebilir. Bununla birlikte, uygulamada, firma ile şirket, birbirini yerine kullanılan iki terimdir.

²⁹ Göksoy, s.6.

³⁰ Aslan/Şenyüz, s.2.

*veya mal topluluğu, ekonomik bir amaca sahip bulunmasa bile, TTK'nun topluluk hükümleri açısından bir "teşebbüstür"*³¹.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı gibi teşebbüs kavramının tam bir tanımını yapmak oldukça güçtür. Bununla birlikte, "belirli ekonomik ve ticari faaliyetleri sürekli olarak gerçekleştiren, bağımsız bir yapıya sahip, piyasada mal veya hizmet üreten gerçek veya tüzel kişiler" teşebbüs kapsamında düşünülebilir³².

Kanaatimizce teşebbüs, işletme veya şirkete nazaran daha geniş kapsamlı bir kavramdır³³. Bununla birlikte özdeş olarak da kullanılmaktadır³⁴. Rekabet hukukunda şirket veya işletme yerine tüm bunları da içerecek biçimde teşebbüs kavramına yer verilmiştir³⁵.

2. BİRLEŞME HUKUKUNDA YER ALAN KAVRAMLAR VE TANIMLARI

2.1. TTK m.135 Hükümü ile Tanımlanan Kavramlar

İsviçre Hukukunda, birleşme, bölünme ve tür değiştirme, İsv. BK'nun bir parçası olarak değil ayrı bir Kanunla (FusG) düzenlenmiştir. FusG'nin 2.maddesinde, bu Kanuna özgü olarak çeşitli kavramların tanımı yapılmıştır. TTK'da ise, tanımlar, daha az kapsamlı olarak 135.madde hükmünde yer almıştır. Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin 134 ila 194. madde hükümlerinin uygulanmasında aşağıdaki kavramlara yer verilmiştir.

a) "Şirket", ticaret şirketlerini ifade etmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere şirket kavramı, teşebbüs, işletme ve firma ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak birleşme hukuku açısından ticaret şirketlerini ifade etmektedir³⁶.

b) "Ortak", anonim şirketlerin pay sahiplerini, limited şirketler ile şahıs şirketlerinin ve kooperatiflerin ortaklarını ifade etmektedir³⁷. Anonim şirketlerde sermayenin belirli olması ve paylara bölünmüş olması, ortak yerine pay sahibi

³¹ Tekinalp, s.545 (Yeni Hukuk).

³² Güven, s.126.

³³ Kılıç, Al Şengül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.7, Tekinalp s.545 (Yeni Hukuk).

³⁴ Türk, H.S. s.9. (Birleşme)

³⁵ Güven, s.129.

³⁶ FusG 2. maddenin a ile e fıkralarında sırasıyla tüzel kişi, hukuki varlık, kamu hukuku kurumları ve küçük ve orta boy işletmeler tanımlanmıştır.

³⁷ FusG 2.maddenin f fıkrasında "ortak" kavramı ile paysahipleri, kolektif ve komandit şirketlerde ortaklar, kooperatiflerin paya sahip olmayan ortakları ve dernek ortaklarının kastedildiği belirtilmiştir.

36 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

kavramının kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, birleşme hukuku içinde ortaklık hakları ve pay sahipliği hakları şeklinde iki sınıflandırma yapılmıştır.

c) “Ortaklık payı”, şahıs şirketlerindeki ortaklık payını, anonim şirketteki payı, limited şirketteki esas sermaye payını, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketteki ortaklık payını ifade etmektedir.

d) Genel kurul”, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerle kooperatiflerdeki genel kurulu, şahıs şirketlerindeki ortaklar kurulunu ve gereğinde ortakların tümünü ifade etmektedir.

e) “Yönetim organı”, anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticiyi ifade etmektedir.

f) “Şirket sözleşmesi”, anonim şirketlerde esas sözleşmeyi, şahıs şirketleriyle limited şirketlerde şirket sözleşmesini ve kooperatifte ana sözleşmeyi ifade etmektedir.

2.2. Birleşmenin Tanımı ve Diğer Kavramlarla Karşılaştırılması

2.2.1. Tanımı

TTK’da düzenlenen birleşme, kanunda ayrıca tanımlanmamış ancak tanıma ilişkin unsurlara yer verilmiştir³⁸. Birleşmenin tanımı konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre birleşme, “birden çok ticaret şirketinin, malvarlıklarını tasfiye etmeksizin, içlerinden birinin bünyesinde veya yeni kurulan bir şirkette birleşmeleri ve birleşmeye katılan şirketlerin pay sahiplerine belirli bir değiştirme ölçüsüne göre birleşmenin gerçekleştiği şirkette pay sahibi olma imkânının sağlanmasıdır”³⁹. Bir başka görüşe göre birleşme, “en az bir ortaklığın ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o or-

Öte yandan g fıkrasında “pay sahipleri” (Anteilsinhaber) ve “İnhaber” (Hamil) kavramlarının, Anonim şirketlerde pay sahipleri ve payı elinde bulunduran kişiler, intifa senedi sahipleri, limited şirket ortaklarını ve kooperatif ortaklarını kastettiği ifade edilmiştir.

³⁸ Burada belirtilmesi gereken bir başka husus, TTK’daki “birleşme hükümlerinin, “sözleşmeyle gerçekleşen birleşme olduğudur”. Diğer bir deyimle, “kanunen veya kanunun yetki verdiği bir mercii kararıyla gerçekleşen birleşmeler TTK’da düzenlenmemiştir”. Bkz. Göktürk, Kürşat: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, s.636.

³⁹ Keşli, s.157.

taklığa devrederek tasfiyesiz dağılması veyahut en az iki ortaklığın, ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmaları sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesidir⁴⁰.

Nihayet Tekinalp birleşmeyi “bir veya daha çok ticaret ortaklığının malvarlıklarının tasfiye edilmeksizin bir ticaret ortaklığı tarafından devralınması, devralınan malvarlıkları karşılığında, devralan ortaklığın paylarının devrolunan ortaklık veya ortaklıkların ortakları tarafından belirlenmiş bir değişim oranına göre devralanca kendiliğinden iktisap edilmesi ve bunların devralan ortaklığın ortağı olmaları” olarak tanımlamıştır⁴¹.

Birleşmenin çeşitlerine göre yapılan bir tanım 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı RG’de yayımlanan SPK Birleşme ve Bölünme Tebliği’nde yer almıştır. Buna göre, devralma şeklinde birleşme “*En az bir şirketin, aktif ve pasif malvarlığı unsurlarını bir bütün olarak başka bir şirkete devrederek tasfiyesiz sona ermesi ve devrolunan şirketin ortaklarına belirli bir değişim oranına göre hesaplanacak miktarda devralan şirketin paylarının verilmesi*” olarak tanımlanmıştır (m.4e). Tebliği’de yeni kuruluş şeklinde birleşme ise “*İki veya daha fazla şirketin, aktif ve pasif malvarlığı unsurlarını bir bütün olarak yeni kurulacak olan bir şirkete sermaye olarak koyarak tasfiyesiz sona ermesi ve sona eren şirketlerin ortaklarına sahip oldukları paylara karşılık gelen belirli bir değişim oranına göre hesaplanacak olan miktarda yeni kurulan şirketin paylarının verilmesi*” olarak tanımlanmıştır (m.4r).

Birleşmeye ilişkin olarak AB Mevzuatında da Türk hukukundakine benzer bir tanım ve sınıflandırmaya gidilmiştir. Mesela, AB’nin Şirket Birleşmelerine İlişkin Üçüncü Yönergesinin 3.maddesinde “devralma yoluyla birleşme”, 4.maddesinde ise “yeni şirket kurma yoluyla birleşme” tanımlanmıştır. Buna göre, “devralma yoluyla birleşme” “bir veya daha çok şirketin, tasfiyeye gitmeden ve tüm malvarlıklarını ve yükümlülüklerini, devrolunan şirket veya şirketlerin pay sahiplerine devralan şirket tarafından verilecek paylar ve bu payların nominal değerinin veyahut eğer bu payların nominal değeri yok ise gerçek değerlerinin %10’unu aşmayacak bir nakit miktarın ödemesi karşılığında devri” olarak tanımlanmıştır. “Yeni şirket kurma yoluyla birleşme” ise birkaç şirketin tasfiyeye gitmeden, tüm varlıklarının ve yüküm-

⁴⁰ Türk, H.S., s.37-38 (Birleşme).

⁴¹Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.611. (Yeni Hukuk)

38 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

lülüklerinin, bu şirketlerin kurduğu bir şirkete, bu yeni şirket tarafından verilecek paylar ve bu payların nominal değerinin veyahut bu payların nominal değeri yok ise gerçek değerlerinin /10'unu aşmayacak bir nakit miktarın ödenmesi karşılığında devri" şeklinde tanımlanmıştır.

AB mevzuatında "birleşme"ye ilişkin bir başka tanım ise 20 Ocak 2004 tarih ve 139/2004 Sayılı "Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmanın Denetimi" ne ilişkin Tüzük'ün 3.maddesinde yer almaktadır. Buna göre "yoğunlaşma (concentration)" yani "birleşme" sürekli bir temelde kontrol değişiminin,

a) "İki veya daha fazla bağımsız teşebbüsün veya bir kısmının birleşmesi,

b) En az bir teşebbüsü hâlihazırda kontrol eden bir veya daha fazla kişinin ya da bir veya daha fazla teşebbüsün, ister pay senetlerini ya da malvarlıklarını satma yoluyla, ister sözleşme ya da diğer bir yolla, bir veya daha fazla teşebbüsü doğrudan veya dolaylı biçimde kontrolü altına almaları" şeklinde gerçekleşmesi olarak tanımlanmıştır.

Daha önce de belirtildiği gibi, AB hukuku terminolojisinde birleşmenin geniş anlamda karşılığı olarak yoğunlaşma kavramına yer verilmiştir. Öte yandan, yoğunlaşma kavramı, daha ziyade rekabet hukuku alanında kullanılan bir kavramdır.

Amerikan kaynaklarında da birleşme, bir şirketin başka bir şirketle birleşmesi ve devrolunan şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesi olarak tanımlanmaktadır⁴².

TTK'da birleşmenin tanımına yer yerilmemiştir. Ancak TTK m.136'da, birleşmenin unsurları düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre,

1) Birleşme, bir şirketin diğerini devralması veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri şeklinde gerçekleşir.

2) Devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında devralan şirketin payları devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilir. Birleşme sözleşmesinde ayrılmak akçesine yer verildiği takdirde, devrolunan şirketin ortakları, kendilerine ödenen nakit karşılığında ortaklıktan ayrılabilir.

3) Devralan şirket, devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün olarak devralır.

4) Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir.

⁴² Reed/Lajoux /Nesvold, s.3, Sherman, J. Andrew: Mergers & Acquisitions From A to Z, Third Edition, New York, 2011, s.2-3, Devralınan şirkete "decedent", devralan şirkete "survivor" denilmektedir.

Birleşmeyle ilgili yukarıda açıklanan tanımlardan şöyle sonuçlara varılabilir:

1) Birleşmenin asıl unsuru malvarlıklarının birleşmesidir⁴³. Bununla birlikte, malvarlığının yanısıra ortaklar da aynı şirket çatısı altında birleşmektedir.

2) Kural olarak külli halefiyet ilkesi geçerlidir. Yani devralan veya yeni kurulan şirket, devrolunan veya yeni kuruluşta katılan şirketlerin malvarlığını, aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak devralır.

3) Devrolunan veya yeni şirket kurma yoluyla birleşmeye katılan şirketler tasfiyesiz sona erer ve sicilden silinir.

4) Dolayısıyla birleşme, devrolunan veya katılan şirketler açısından bir sona erme nedenidir⁴⁴.

Yukarıda açıklanan tanımlar çerçevesinde, Türk Hukukunda temel olarak iki türlü birleşme kabul edilmiştir. Bunlar; devralma yoluyla (takeover) ve yeni kuruluş (formation of a new company) şeklinde birleşme olarak sayılabilir⁴⁵. Kaynak İsviçre Birleşme Kanununda (FusG), devralma için “Absorptionsfusion/fusion par absorption/fusione mediante incorporazione”, yeni şirket biçiminde birleşme için de “Kombinationsfusion/fusion par kombination/fusione mediante combinazione” terimlerine yer verilmiştir⁴⁶. Latin kökenli olan ve İngilizcede de “fusion by Absorbtion” olarak ifade edilen “Absorbtionsfusion” terimi daha çok, birleşen iki şeyden birinin diğerini yutması yoluyla bir bütün oluşturması, yine İngilizce de “fusion by combination” olarak ifade edilen “Kombinationsfusion” terimi ise iki şeyin birleşme yoluyla bir bütün oluşturması anlamına gelmektedir.

⁴³ Yasaman, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 205, Ankara, 1987, s.5.

⁴⁴ Birleşme, devralma yoluyla birleşmede devrolunan, yeni şirket kurma yoluyla birleşmede katılan şirketler açısından bir sona erme halidir. TTK’da kolektif (m.243/1c) ve komandit (m.328’de kolektif şirketlere atıfla) şirketlerde birleşme sona erme hali olarak sayılmış, anonim ve limited şirketlerde ise ayrıca belirtilmeyerek “Kanunda öngörülen diğer hallerde” ifadesine yer verilmiştir. Öte yandan, kooperatifin, 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu m.81/1 5. bendinde “Diğer bir kooperatifle birleşmesi veya devralınması suretiyle” dağılacığı ifade edilmiştir.

⁴⁵ Nitekim yeni TTK m.136/1a bendinde şirket birleşmeleri, devralma ve yeni kuruluş şeklinde birleşme olarak ikili ayrıma tabi tutulmuştur. Bkz. Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat dizisi, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2011.

⁴⁶ Pulaşlı, C.I. s.111 (Şerh), Kunz, Peter V.: Das neue Fusionsgesetz (FusG), http://www.iwr.unibe.ch/content/ueber_uns/prof_peter_v_kunz/publikationen_von_prof_dr_peter_v_kunz/e7137/e7138/e7427/e8030/Artikel_Kunz_aus_Gesellschaftsrecht_I_ger.pdf (20.01.2014), s.212.

40 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

İktisadi kaynaklarda sıklıkla karşılaştığımız M&A yani Merger&Acquisition, Türkçeye “Birleşme ve Satınalma” olarak çevrilmektedir. M&A kısaltmasıyla daha çok Amerikan kaynaklarında karşılaşılmaktadır⁴⁷. Bir Amerikan kaynağında, M&A teriminin, devralma (takeover) ve şirketlerin yeniden yapılanması, kontrolü ve şirketin iktisabı da dâhil olmak üzere geniş bir alanı içine aldığı belirtilmiştir⁴⁸. İngilizce kaynaklarda ise, genel olarak “birleşme” için “merger” sözcüğü kullanılmaktadır⁴⁹. Amerikan hukukunda, merger kelimesinin yanı sıra consolidation kelimesi de birleşmenin karşılığı olarak kullanılmaktadır⁵⁰. Bunun birlikte bazı Amerikan kaynaklarında, birleşmenin karşılığı olarak “merger” kullanılırken, “consolidation” kelimesi, yeni şirket kurma şeklinde birleşme çeşidinin karşılığı olarak kullanılmaktadır⁵¹. Yine rekabete ilişkin kaynaklarda, birleşme yerine “yoğunlaşma” (concentration) kavramına da yer verilmektedir⁵².

Yabancı kaynaklarda devralma yoluyla birleşme için “absorption” yeni kuruluş yoluyla birleşme için de “amalgamation” terimi de kullanılmaktadır. İngiliz Kaynaklarında, devralan şirkete “transferee company”, devrolunan şirkete ise “transferor company” denilmektedir⁵³. Latince

⁴⁷ Göksoy, Yaşar Can: Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi-Maddi Hukuk Yönünden, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2003, s.2.

⁴⁸Demirkaplan, Özlem: Mergers and Acquisitions and Their Effects on Stock Performance: Evidence From Istanbul Stock Exchange, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İngilizce İşletme Ana Bilim Dalı, İngilizce İşletme Yönetim Programı, İzmir, 2009, s.6. 1.no.lu d.p.n.a atfen. Sudarsanam (1995, p.1) offers a wider definition by interpreting M&A as a “means of corporate expansion and growth”.

⁴⁹ Örneğin 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu (Company Act 2006) m.904 “Mergers and Merging companies” başlıklı maddesinde, bir şirketin diğer bir şirket tarafından devralınmasına “merger by absorption”, birden fazla şirketin yeni bir çatısı altında birleşmesine ise “merger by formation of a new company” denilmiştir. Bkz.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/27/chapter/2> (03.12.2013)

⁵⁰ Türk, H.S. s.4 (Birleşme).

⁵¹ Gaughan, Patrick A. “Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings”, 5.Edition, New Jersey, 2011, s.12-13. “A merger is a combination of two companies in which only one corporation survives and the merged corporation goes out of existence. A merger differs from a consolidation, which is a business combination whereby two or more companies join to form an entirely new company”, Reed/Lajoux/Nesvold, s.4.

⁵² Eryürekli, P.Pınar: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetimi (Merger Control), T.C.Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No:50, Ankara, 1999, s.37.

⁵³ Companies Act 2006, Cross Border Mergers <http://www.companieshouse.gov.uk/about/pdf/gpo7.pdf> (31.08.2013).

birleşmenin karşılığı “fusion” terimidir⁵⁴. Fransız hukukunda, birleşmenin karşılığı olarak “concentration” ibaresine yer verilmiştir⁵⁵.

Birleşme ile karıştırılan kavramlar genel olarak işlemsel açıdan devralma (takeover) ve satın alma (acquisition); yeni oluşumlar açısından ise ortak girişim (joint venture), konsorsiyum (consortium), tröst (trust), kartel ve holding olarak sıralanabilir.

2.2.2. Birleşme-Devralma (Takeover)

Birleşme ve devralma, literatürde bir arada kullanılan iki farklı kavramdır. Hukukumuzda, birleşme ve devralma kavramları genel olarak ayrı hükümlerde düzenlenmiştir. Birleşme, TBK m.203 hükmü ile işletmelerin birleşmesi, TTK m.136-158 hükümleri ile şirket birleşmeleri olarak düzenlenirken, devralma ise TTK m.11/3’de “ticari işletmenin devri”, BK m.202’de “malvarlığı ve işletmenin devralınması” ve RKHK m.7’de “Birleşme veya Devralma” başlıkları altında düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus TTK’da devralmaya ilişkin başlı başına bir hüküm bulunmamasıdır⁵⁶.

RKHK m.7’de devralma “herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi, RKHK bakımından devralma, birleşmeden çok farklı bir anlama sahiptir⁵⁷. Bununla birlikte her iki işlemde de ekonomi güç “merkezileşmekte”dir⁵⁸. Burada bir noktayı da vurgulamak gerekir. Devralma ile devralma yoluyla birleşme tamamen farklı iki hukuki işlemdir.

Birleşme ile devralma arasındaki diğer bir fark, birleşme sonucunda devrolunan veya yeni şirket bünyesinde birleşen şirketlerin tasfiyesiz olarak infisah etmesidir. Diğer bir deyimle devrolunan şirket sona erer, devralan şirket ise “çatı şirket” olarak varlığını sürdürür⁵⁹ Oysa devralmada, devralınan şirketin tüzel kişiliği devam eder, sadece kontrol sahibi değişir⁶⁰.

⁵⁴ Türk, H.S, s.3 (Birleşme).

⁵⁵ Göksoy, s.2.

⁵⁶ Paslı, s.162.

⁵⁷ Göksoy, s.4.

⁵⁸ Paslı, s.161.

⁵⁹ Çeker, Mustafa: Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, EÜHFED, C.XVI, S.3-4, 2012, s.111.

⁶⁰ Paslı, s.163.

42 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Birleşmede, bir bütün olarak devir ilkesi uyarınca, infisah eden şirketin/şirketlerin malvarlıkları devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Devralmada ise, malvarlığı, şirkette kalmaya devam eder, sadece kontrolü el değiştirir⁶¹.

Birleşmede taraflar arasında mutlaka bir sözleşmenin akdedilmesi gereklidir (TTK m.145). Devralmada ise, kontrolün ele geçirilmesi için bir sözleşme yapılması zorunlu değildir. Bazı hallerde kontrol, devralınacak şirket ortaklarının onayı olmadan da ele geçirilebilir⁶².

Birleşme işlemi, birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile tamamlanır ve devrolunan şirket veyahut yeni kuruluşta birleşen şirketler tasfiyesiz sona erer ve sicilden silinir. Burada tescil kurucu rol oynar (TTK m.153/1). Devralmada ise, işlemin ticaret siciline tescili kural olarak zorunlu değildir⁶³. Örneğin anonim şirketlerde payın devri vasıtasıyla devralmada, pay devrinin ticaret siciline tescili zorunlu değildir. Kural olarak devir serbestisi olmakla birlikte, devir konusu nama yazılı paylardan bedeli tamamen ödenmemiş olanların devri için şirket onayına ihtiyaç vardır (TTK m.491/1). Limited şirketlerde ise, esas sermayeyi temsilen sadece ispat aracı şeklinde veya nama yazılı pay senetleri düzenlenebilmektedir (TTK m.593/2). Esas sermaye payının devri için, kural olarak ortaklar genel kurulunun onayı gerekli olmakla birlikte sözleşme ile aksi de öngörülebilir (TTK m.595/2). Pay devrinin sicile tescili (TTK m.598) ise kurucu değil bildiricidir.

Birleşmede, devrolunan şirketin ortaklarına, devralan şirkette, belirlenen değişim oranına göre pay ya da ortaklık hakkı verilebilir veyahut ayrılma akçesi önerilebilir (TTK m.141/1). Devralmada ise devreden nakit veya devralan şirkette pay verilmesi gibi seçenekler mevcuttur.

Birleşmede alacaklıların korunması özel bir önem arz eder ve TTK m.157 hükmü ile alacakların teminat altına alınması hükme bağlanmıştır. Devralmada ise alacaklıların devir nedeniyle bir zarara uğramaları söz konusu değildir⁶⁴.

2.2.3. Birleşme-Satınalma (Acquisition)

Birleşme ve satınalma aynı anlamda kullanılan ve dolayısıyla karıştırılan kavramlardır. İlk bakışta birbirine benzemekle birlikte ayrıntılı incelendiğinde farklılıkları da görülecektir. Satın alma, bir şirketin ortaklık yapısı

⁶¹ Göksoy, s.5.

⁶² Paşlı, s.188.

⁶³ Paşlı, s.170.

⁶⁴ Paşlı, s.175.

değişmeden, paylarının tümünün bir başka şirket tarafından devralınması olarak tanımlanabilir⁶⁵. Satınalma, sonrasında bir birleşmenin söz konusu olmadığı, sadece mülkiyetin devrini içeren bir işlemdir. Birleşme ise, belirli bir hukuki prosedüre sahip teknik bir süreçtir⁶⁶. Bununla birlikte, birleşme ve satınalma, M&A kısaltmasıyla, uluslar arası literatürde birlikte kullanılmaktadır ve özellikle Amerika'da, klasik birleşme ve satınalma dışında buy-outs, buy-ins, divestitures, spin-offs ve strategic alliances gibi değişik uygulamaları da kapsamaktadır⁶⁷. Bu nedenle, Amerikan hukukunda birleşme ve satınalma konusunda, Kıt'a Avrupası ve Türk hukukunda olduğu gibi çok ayrıntılı ve prosedürel düzenlemelere yer verilmemiştir. Amerika'da, rekabete aykırılık taşımadığı sürece, birleşme ve satınalmanın pek çok türevi oluşturulabilir.

2.2.4. Birleşme-Ortak Girişim (Joint Venture)

Ortak Girişim (JV) doktrinde "iki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır" şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁸. Bir başka tanıma göre de "Müşterek teşebbüs ortaklığı, iki veya daha ziyade hukuken ve iktisadi olarak birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliğe haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır"⁶⁹.

Bu tanımlardan, ortak girişimin belli bir amacı elde etmek için geçici bir süre oluşturulan bir birliktelik olduğunu çıkarabiliriz. Dolayısıyla, birleşmenin temel unsurları olan bütünlük ve süreklilik JV'de öncelikli değildir. Buna karşın, ortak girişimi oluşturan tarafların bağımsız kalmaları önem taşıyor ve birleşmeden ayırıcı bir unsurdur⁷⁰.

Uygulamada sıkça karşılaşılmamasına rağmen Türk hukukunda ortak girişim kavramı hiçbir kanun metninde yer almamaktadır. 5520 Sayılı

⁶⁵ Yücebaş, s.28, Sherman, s.3, Sumer, Haluk/Göğüş, E.Handan Sümer: Füzyonlar ve Muhasebe Yöntemlerinde Meydana Gelen Gelişmeler, s.365. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004)

⁶⁶ Reed/Lajoux /Nesvold, s.4.

⁶⁷ Demirkaplan, s.8.

⁶⁸ Dayınlarlı, Kemal: Joint Venture Sözleşmesi, İkinci Baskı, Ankara, 1999, s.53, 77 no.lu atıftan alıntı.

⁶⁹ Erdem, s.71, 180 no.lu atıf, Kaplan, İbrahim: İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı,-Joint Venture, Ankara, 1973, s.6.

⁷⁰ Erdem, s.73.

44 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) m.2/7' de yer alan "iş ortaklıkları" başlığı altında "Yukarıdaki fıkralarda yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklıklarıdır. Bunların tüzel kişiliklerinin olmaması mükellefiyetlerini etkilemez" şeklindeki tanımın ortak girişimi kapsadığı düşünülebilir ama yeterliliği tartışılmalıdır⁷¹. Öte yandan 03.04.1986 tarih ve 19067 sayılı RG'de yayımlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:31) m.1'de 'İş ortaklıkları'nın tanımı yapılmış ve kapsamı açıklanmıştır⁷².

Özellikle yabancı sermaye yatırımları açısından yaygın bir uygulama olan ortak girişimin "contractual joint venture" yani "sözleşmeye dayalı ortak girişim" türü hukukumuzda adi ortaklığa benzemektedir⁷³. Bu tür ortak girişim genellikle tek iş için kurulur.

2.2.5. Birleşme-Konsorsiyum (Consortium)

Konsorsiyum (consortium), birden fazla şirketin, bir projenin gerçekleştirilmesi için bir araya gelmesidir⁷⁴. İlk bakışta ortak girişime benzemekle birlikte, konsorsiyumda iş ortakları, işin belli bir bölümünü taahhüt ederler. Nitekim 5520 S.K. m.2'nin gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir. Ancak birleşme noktasında ortak girişim için ileri sürülen görüşler konsorsiyum için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, konsorsiyumlar da belli bir projenin gerçekleştirilmesi için oluşturulan (geçici nitelikli) şirket birlikleridir⁷⁵.

⁷¹ 5520 S.K.'nin Gerekçesinde, 2.madde/son: *İş Ortaklıkları: Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucu iş ortaklığı şeklindeki kuruluşların sayısı giderek artmaktadır. Bu kuruluşlar kazanç paylaşımı amacıyla kurulan ortaklıklar olup, belli bir işin birlikte yapılmasını yüklenmektedirler. Bu noktada bir işin bölümlerini ayrı ayrı taahhüt eden (yüklenen) konsorsiyumlardan farklılaşmaktadırlar. Şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanununun 2 nci maddesinde sayılanlarla veya Kanununun 2 nci maddesinde sayılanların kendi aralarında oluşturdukları adi ortaklıkların, istenilmesi halinde iş ortaklıkları olarak da Kurumlar Vergisi mükellefiyeti tesis ettirilmesi imkânı getirilmiştir. Bu durumda söz konusu ortaklık tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın Kurumlar Vergisi mükellefi sayılacaktır*" şeklindeki gerekçe de JV'nin Türk Hukukunda hak ettiği yeri sağlamamaktadır.

http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Gerekceler/5520_Sayili_Kanun.pdf (28.08.2013)

⁷² Ortak girişimleri uygulamadaki özelliklerinin bir bölümü Tebliğ'de yer almakla birlikte yeterli değildir. Kanaatimizce, ortak girişim, bir özel sözleşme türü olarak Borçlar Kanunu Özel Borç ilişkilerinde yer alması gereken bir müessesedir.

⁷³ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) Giriş, s.13.

⁷⁴ Nazalı, s.49.

⁷⁵ Yücebaş Önder: Şirket Birleşmeleri ve Türkiye Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Ankara, 2005, s.17.

2.2.6. Birleşme-Tröst (Trust)

Tröst, Amerikan kaynaklı bir kavramdır. İngilizce “trust” sözcüğünün Türkçeleşmiş hali olan tröst, birçok işletmenin mali, iktisadi ve teknik güçlerinin bir araya getirilmesiyle oluşan bir mali bileşim olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Tröst kavramı her ne kadar şirket birleşmesinin unsurlarını taşıyorsa da, bunun ötesinde piyasada hakim durumu sağlamaya yönelik bir girişimdir. Tröstleşme, bir birleşme şekli olmakla birlikte daha çok bir anlaşmayı çağrıştırmaktadır. Nitekim Amerikan Hukukunda, rekabet hukukunun (competition law) karşılığı “antitrust law” olarak ifade edilir. Türk Hukukunda da, 4054 Sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)” m.4. ile “Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, eylem ve kararlar” yasaklanmıştır. Tröstün temel amacı, Piyasada hâkimiyet tesis etmektir. Bu açıdan, tröstü birleşmenin bir şekli olmakla birlikte, daha çok rekabeti engelleyici veya kısıtlayıcı bir oluşum olarak düşünmek gerekir.

2.2.7. Birleşme-Kartel

Kartel, aynı sektörde çalışan şirketlerin aralarındaki rekabeti kaldırmak, üretim miktarı ve fiyatları kararlaştırmak için yaptıkları bir ortaklıktır⁷⁷. Kartele katılan şirketler, anlaştıkları konularda birlikte hareket ederler⁷⁸. Karteller, anlaşma konularına göre fiyat kartelleri, satış kartelleri, üretim kartelleri vb. isimler alırlar⁷⁹.

Kartel de, aynı tröst gibi, çeşitli ülkelerde kanunla yasaklanmıştır. RKHK da, karteli yasaklamıştır.

2.2.8. Birleşme-Holding

Holding, son yıllarda ülkemizde adeta bir moda gibi çok sık kullanılan bir yapılanma türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁰. Genellikle anonim şirket hukukunda kullanılan holding, bir AŞ'nin diğer bir AŞ'ye ya da birden fazla AŞ'ye bunların yönetimine hâkim olacak şekilde katılması olarak tanımlanabilir⁸¹. SPK'nın 13. No.lu Tebliği'nde “holdinglerin öncelikle başka şir-

⁷⁶ Yücebaş, s.16, Nazalı ise birden fazla işletmenin, hem ekonomik hem de yasal bağımsızlıklarını kaybederek birleşmeleri sonucu oluşan teşebbüs olarak tanımlamıştır. Bkz. s.50.

⁷⁷ Yücebaş, s.20, Gönülaçan, Pınar: İşletmelerde Birleşme Yöntemleri ve Bir Uygulama Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Muhasebe Finansman Programı, İzmir, 1998, s.20.

⁷⁸ Nazalı, s.48.

⁷⁹ Nazalı, s.49.

⁸⁰ Eriş, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.16, Pulaşlı, C.I. s.275. (Şerh).

⁸¹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Anonim Ortaklık, s.234, Pulaşlı, C.I. s.276 (Şerh)

46 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ketlere ve kuruluşlara iştirak etmek amacıyla kurulan ortaklıklar olup, üretimde bulunmak veya iştirak yatırımcılığı dâhil çeşitli konularda faaliyet gösterdikleri” ifade edilmiştir⁸².

Holding, “saf holding” ya da “karma holding” gibi ayrımlara tabidir⁸³. Amaçları bakımından ise, yönetim ve kontrol amacı taşıyan, bunların yanı sıra yatırım amacı güden holdingler kurulabilir⁸⁴.

TTK m.519/4’de, holding için “*başlıca amacının başka işletmelere katılmaktan ibaret olduğu*” dile getirilmiştir. Görüldüğü gibi, holding, şirket birleşmeleri sonucu ortaya çıkan bir yapı değildir.

III. BİRLEŞME NEDENLERİ

Birleşme, kendisi bir hukuki işlem olmakla birlikte amaçları ağırlıkla iktisadidir. Bu bağlamda, birleşme ve satınalmanın iktisadi sebeplerine ilişkin birçok kuram geliştirilmiştir⁸⁵. Bunlar kısaca, etkinlik kuramı (efficiency theory), tekel kuramı (monopoly theory), değerlendirme kuramı (valuation theory), imparatorluk oluşturma kuramı (empire building theory), süreç kuramı (process theory), olumsuz etkilenme kuramı (disturbance theory) ve saldırma kuramı (raider theory) olarak sayılabilir. Başlıca amaçları büyüme, sinerji, pazar oluşturma ve verim olarak sayılmaktadır⁸⁶. Kurumsallaşma, rekabeti güçlendirme, yeni pazarlar yaratma, geliri artırma gibi amaçlar da mevcut olmakla⁸⁷ birlikte birleşmenin temel amacı büyümektir⁸⁸. Bunun yanı sıra, birleşme sonucu bir şirketin, başka iş alanlarına geçişi de mümkün olur⁸⁹.

Birleşmenin, genel anlamda rekabete de yararları vardır. Yerli firmaların birleşmeleri, dış piyasada daha iyi rekabet etmelerini sağlamakta, sınır ötesi birleşmeler ise, doğrudan yabancı yatırım, teknoloji transferi, ulusla-

⁸² Pulaşlı, C.I. s.275 (Şerh).

⁸³ Pulaşlı, C.I. s.276 (Şerh), Gönülaçan, s.23.

⁸⁴ Pulaşlı, C.I. s.277 (Şerh).

⁸⁵ Vos, Ad/Kelleher, Ben: Mergers and Takeovers: A Memetic Approach, University of Waikato, Department of Finance, s.2., Demirkaplan, s.15-22.

http://cfpm.org/jom-emit/2001/vol5/vos_e&kelleher_b.html (10.04.2014) s.2.

⁸⁶Roediger Tobias: Werte schaffen durch M&A-Transaktionen Erfolgsfaktoren im Post-Akquisitionsmanagement, Oestrich-Winkel, 2010, s.6.

⁸⁷ Yücebaş, s.1.

⁸⁸ Çolak, s.31, Yücebaş, s.26, Gaughan, s.14,125, Nazalı, Ersin: Vergisel ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri, 2.Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2012, s.41.

⁸⁹ Gaughan, s.15.

rarası ticaret hacminin genişlemesi gibi olanaklar sağlayarak ülke ekonomisine de katkıda bulunmaktadır. Öte yandan atıl vaziyetteki şirketlerin, etkin şirketlerle birleşmeleri, etkin hale gelmelerini, kaynaklarını iyi kullanabilmelerini sağlar⁹⁰. Birleşen şirketlerin kaynakları da büyüdüğü için AR-GE'ye daha fazla fon ayırmaları mümkün olur⁹¹. Bu da, üretim teknolojisini geliştirdiğinden maliyetlerde azalma ve daha etkin üretim yapılmasına olanak sağlar.

Şirketlerin ulusal ve uluslar arası rekabet ortamında karşılaştıkları riskler, Pazar payının korunması, artan maliyetlerin karşılanması, teknoloji transferi vb. birçok konu, şirketleri, ülke içi ve sınır ötesi birleşmeye yönlendirmektedir. Aşağıda başlıca birleşme nedenleri incelenmiştir. Bunlar arasında özellikle büyüme, sinerji ve kaynak tasarrufu öne çıkmaktadır.

1. BÜYÜME

İktisadi bakış açısı ile şirketlerin büyüme stratejileri iki ana noktada toplanmaktadır. Bunlar, içsel büyüme dışsal büyüme olarak özetlenebilir⁹².

İçsel büyüme, şirketin öz kaynaklarıyla veya borçlanma yoluyla kapasitesini artırması yani kendi olanakları ile büyümesidir⁹³. İşletmeler, elde ettikleri yeni kaynakları yeni yatırım alanlarına yönlendirirlerse içsel büyüme gerçekleşir⁹⁴. İçsel büyüme daha çok küçük şirketler tarafından tercih edilmektedir⁹⁵. Eğer bir şirket, kendi sanayi alanında büyümeyi hedefliyorsa iç büyüme uygun bir yöntem olmayabilir⁹⁶.

⁹⁰ Sarıkamış, Cevat: Şirket Birleşmeleri, Satın Almalar ve Yeniden Yapılanma, Avcıol Basım Yayın, İstanbul, 2003, s.102.

⁹¹ Yücebaş, s.27, Nazal, s.42.

⁹² Çolak, Mustafa: "Şirket Birleşmeleri ve Rekabete Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Ana Bilim Dalı, Kahramanmaraş, 2006, s.33, Gaughan, s.125, Yılgör, Ayşe Gül: Şirket Birleşme, Ele Geçirme ve Satın Alma İşlemlerinin Finansal Çerçevesi, s.382 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004)

⁹³ Çolak, s.33, Kandemir, Tuğrul: "Küresel Rekabet Ortamında Birleşme Satın Almaların İşletmeler Üzerine Finansal Etkisi ve İMKB'deki Birleşmeler Üzerine Bir Araştırma, Doktora Tezi, Afyonkarahisar Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar, 2003, s.97, Akyüz, Helin Berfin: Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara, 2007, s.33.

⁹⁴ Özkan, Nur: Küreselleşme Sürecinde Uluslar arası Şirket Birleşmeleri ve Satın almalarının Büyüme Stratejileri Açısından Analizi ve Bir Uygulama, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Uluslar arası İşletmecilik Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2010, s.23.

⁹⁵ Kandemir, s.97.

⁹⁶ Gaughan, s.125.

48 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Dışsal büyüme ise bir şirketin, başka şirket veya şirketleri ele geçirerek veya denetimi altına alarak büyümesidir⁹⁷. Dışsal büyüme, bir şirketin başka bir şirketi satın alması, birleşmesi ya da stratejik ittifak (strategic alliance) kurarak işbirliği yapması şeklinde gerçekleşebilir⁹⁸. Dolayısıyla **birleşme bir dışsal büyüme modelidir**.

Dışsal büyümenin içsel büyümeye göre üstünlükleri, büyümenin daha hızlı ve dengeli olması, daha az maliyetli olması, finansmanın daha kolay gerçekleşmesi, risk ve rekabet konularındaki avantajları olarak sıralanabilir⁹⁹. Finansal açıdan ise, pay senetlerinin değerini ve yönetim kademesinin refah düzeyini yükseltmek gibi iki amaç ileri sürülmüştür¹⁰⁰.

Büyüme, şirket birleşmelerindeki en büyük etkidir¹⁰¹. Bununla birlikte bazı yazarlar, büyümenin tek başına yeterli bir etken olamayacağını ileri sürmektedir. Bazı yazarlar, büyümenin avantajları kadar dezavantajları olduğunu belirtmektedirler¹⁰². Gökbel'e göre, "*Şirketlerin en çok önem verdiği birleşme amacı büyüme olmakla birlikte, bu daha çok kısa dönem başarısı olarak ortaya çıkar. Tek başına sürdürülebilir bir amaç olamaz. Bu nedenle şirketler uzun dönemde birleşme öncesi işlem moduna dönüş eğilimi içine girerler*"¹⁰³. Bununla birlikte, bir bütün olarak ele alındığında büyümenin işletme için kaçınılmaz bir hedef olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴.

2. SİNERJİ

Sinerji, sözlükte "bir karışımın etkisinin, karşımı oluşturan bileşenlerin bireysel etkileri toplamından fazla olması durumu" olarak tanımlanmıştır¹⁰⁵. Birleşmede, birleşme sonucu oluşan şirketin gücü, birleşmeye katılan

⁹⁷ Çolak, s.22, Kandemir, s.98, Akyüz, s.34 92 no.lu atıftan naklen Çelik, Orhan: Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999, s. 11, Özkan, s.26.

⁹⁸ Özkan, s.27.

⁹⁹ Akgüç, Öztin: Finansal Yönetim, Genişletilmiş 6.Baskı, Muhasebe Enstitüsü, Yayın No: 63, İstanbul, 1994, s.866-867, Nazal, s.42, Gönülaçan, s.39.

¹⁰⁰ Onat, Osman Kürşat: Devralma Yoluyla Şirket Birleşmelerinde Birleşme Sonrası Mali Performansın Oranlar Yöntemiyle Belirlenmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Isparta, 2006, s.4.

¹⁰¹ Sağlam, Necdet/Şengel, Salim: Şirket Birleşmeleri ve Muhasebeleştirilmesi, s.307 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

¹⁰² Bkz. Özkan, s.28.

¹⁰³ Gökbel Serpil Altınırnak: Birleşmelerde Başarı ve Başarısızlık, s.213. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

¹⁰⁴ Özkan, s.28.

¹⁰⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=ke-lime&guid=TDK.GTS.521e051969fdb0.03768661 (28.08.2013).

şirketlerin tek başlarına üretim, yatırım ve pazarlama güçlerinin toplamından daha fazladır¹⁰⁶. Diğer bir deyimle, bütün, parçaların toplamından fazladır¹⁰⁷.

Sinerji, birleşmenin önde gelen nedenleri arasındadır¹⁰⁸. Sinerji, birleşen şirketin pozitif “net birleşme değeri” (net acquisition value:NAV) edinmesine olanak sağlar. Sinerji, işletme sinerjisi ve mali sinerji olarak iki alt başlıkta ele alınmaktadır¹⁰⁹. Bunlardan “işletme sinerjisi” gelir artışı ve maliyet azalması, “mali sinerji” ise şirket birleşmesi ile sermaye maliyetinin azalması olarak özetlenebilir¹¹⁰.

Sinerjinin bir başka etkisi ise birleşme sonrası şirket karında gözlenebilir. İki şirketin birleşmeden sonraki karının, genel olarak, birleşme öncesinde net karlarının toplamından yüksek olduğu görülmektedir¹¹¹. Bunu bazı yazarlar “sinerji değeri” olarak adlandırmaktadır¹¹².

Sinerji, “yönetim masraflarının azaltılması”, “iyileştirilmiş üretim planlaması”, “bir üretim zincirinden yararlanma”, “yeni satış kanallarının devreye sokulması”, “vergi avantajlarından yararlanma” gibi konularda da etkili olabilir¹¹³.

3. YÖNETİM ETKİNLİĞİ

Birleşmeyle birlikte, işletmenin yönetim etkinliği artar, finans, pazarlama gibi alanlarda deneyimli, bilgili ve yetenekli yönetici gereksinimi karşılanmış olur¹¹⁴. Öte yandan yeterli verim gösteremeyen yöneticilerin, yeni ortaklarla yer değiştirmeleri ve dolayısıyla yönetimin daha etkin olması sağlanabilir¹¹⁵.

¹⁰⁶ Yücebaşı, s.26, Gaughan, s.15, Nazalı, s.41, Reed/Lajoux /Nesvold, s.27.

¹⁰⁷ Kutlan, s.260.

¹⁰⁸ Yılğör, s.383, Bilgin, F.Zeynep/Erdoğan, İrem Eren: Birleşme ve Devralmalarda Uluslararası Boyut ve Pazarlama Yansımaları, s. 437. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004)

¹⁰⁹ Gaughan, s.132, Yılğör, s.383-384.

¹¹⁰ Gaughan, s.133.

¹¹¹ Geray, Damla: Halka Açık Şirketler Açısından Birleşme İşlemlerinin Uygulanması ve Muhasebe Sorunları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002, s.4.

¹¹² Roediger, s.100.

¹¹³ Pulaşlı, C.I, s.131. (Şerh).

¹¹⁴ Nazalı, s.43, Gönülaçan, s.40.

¹¹⁵ Eryürekli, s.37, Geray s.5.

4. ÖLÇEK EKONOMİSİ

Ölçek ekonomisi, belli bir ürünün üretim maliyetinin azaltılması ya da fabrikanın daha akılcı kullanılması şeklinde sağlanabilmektedir¹¹⁶. Birleşme sonucunda şirketlerin faaliyet alanları büyüyecek ve daha büyük ölçekte faaliyet göstermeleri sağlanabilecektir¹¹⁷.

5. ÇEŞİTLENDİRME (DIVERSIFICATION)

Çeşitlendirme, firmanın mevcut sanayi kategorisi dışında faaliyet göstermesi demektir¹¹⁸. Bir başka deyişle, işletmelerin kendi pazarları dışında yeni pazarlara açılmaları, yeni üretim faaliyetlerine girişmeleri çeşitlendirmeye örnek olarak verilebilir¹¹⁹. İşletmelerin kendi başına yeni bir ürün geliştirme için yatırım riski almak yerine birleşme yoluyla paylaşım gitmeleri daha rasyoneldir¹²⁰. Öte yandan birleşen firma açısından mevcut faaliyet alanı dışında daha karlı bir başka faaliyet alanına geçmesi tercih edilebilir. Çeşitliliğin olası yararlarından biri de müşterek sigorta (coinsurance) etkisidir¹²¹. Müşterek sigorta etkisi, gelirleri bakımından birbiriyle nedensellik ilişkisi içinde olmayan firmaların, birleştikleri zaman her birinin gelir akışından daha az değişken gelir akışına sahip olması anlamına gelir¹²².

6. VERGİSEL AVANTAJLAR

Şirket birleşmelerinin önemli nedenlerinden biri de vergisel avantaj sağlamalarıdır¹²³.

7. TEKNOLOJİ TRANSFERİ

Günümüzde özellikle doğrudan yabancı yatırımın (DYY) en çekici getirisi olan teknoloji transferi, sınır ötesi birleşmelerle elde edilebilmektedir¹²⁴.

¹¹⁶ Güven, Pelin: Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Genişletilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.63.

¹¹⁷ Nazalı, s.41, Güven, s.63.

¹¹⁸ Gaughan, s.146, Yılgör s.385.

¹¹⁹ Özkan, s.25.

¹²⁰ Nazalı, s.45, Roediger, s.32.

¹²¹ Gaughan, s.150.

¹²² Gaughan, s.150, Gönülaçan, s.43.

¹²³ Gaughan, s.177, Sağlam/Şengel, s. 308, Göksoy, s.61, Güven, s.61, Gönülaçan, s.41.

¹²⁴ Sağlam /Şengel, s.308, Bilgin/Erdoğan, s.439.

8. REKABET GÜCÜNÜ ARTIRMA

Özellikle küçük işletmelerin birleşmelerinde, başlangıçta rakip sayısının azalması nedeniyle rekabetin de azalacağı düşünülebilir ancak küçük işletmelerin birleşip büyümeleri sonucu büyük işletmelerle rekabet de artar¹²⁵. Bir araştırmaya göre rekabet gücünün artırılması birleşmenin en büyük nedeni olarak tespit edilmiştir¹²⁶.

9. AKTİFLERİ ARTIRMA

Birleşme ile devralan veya yeni oluşan şirketin malvarlığı artar ve daha etkin olarak kullanılması sağlanır¹²⁷.

IV. BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ

Birleşme, iktisadi ve hukuki boyutlarıyla farklı şekilde sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.

1. İKTİSADİ BOYUTUYLA BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ

Birleşme, hem iktisadi hem de hukuki boyutları olan, dolayısıyla her iki disiplin tarafından çeşitli şekillerde sınıflandırmalara tabi bir kavramdır. Birleşmeyi iktisadi boyutuyla ele alan kaynaklar, yatay (horizontal), dikey (vertical) ve karma (conglomerate) olarak üç farklı şekilde sınıflandırmışlardır¹²⁸.

1.1. Yatay Birleşme

Yatay birleşme, aynı iktisadi sektörde faaliyet gösteren veyahut üretim ve dağıtım zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren şirketlerin veya işletmelerin birleşmesidir¹²⁹. Bazı yazarlar, bu tür birleşmenin daha çok rakip firmalar arasında olduğunu düşünmektedir¹³⁰.

¹²⁵ Aslan, İ.Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2010, s.207.

¹²⁶ Sevim, Adnan: Şirket Birleşmelerinde Kurumsal Kaynak Planlaması (Enterprise Resources Planning-EPR)'nın Önemi, s.333. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004), Güven, s.61.

¹²⁷ Eryürekli, s.37, Gönülaçan, s.51.

¹²⁸ Gaughan, s.13.

¹²⁹ Çolak, s.37, Nazal, s.46, Reed/Lajoux /Nesvold, s.18, Akyüz, s.37, Geray, s.6, Köktürk, Mehtap Sümersan/Kont Şirin Odabaş: Birleşme ve Satınalmalarda İnsan Kaynakları ve Pazarlama Sorunları, s. 560. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004), Göksoy, s.65.

¹³⁰ Gaughan, s.1, 156. Örneğin, 1998 yılında iki petrol şirketi, Exxon ve Mobil, bir dev birleşme (mega-merger) ile 82 milyar dolar tutarında birleşme gerçekleştirmiştir., Güven, s.116.

52 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Yatay birleşmenin amacı, genel olarak üretim ve dağıtım olanaklarının genişletilmesi ve dolayısıyla birleşme sonucu ortaya çıkan şirketin Pazar payının artırılmasıdır¹³¹. Bir diğer amacı ise çevresel belirsizliklere karşı önlem alabilmek ve rekabet gücünü artırmaktır¹³². Yatay birleşmeler, pazar yapısına doğrudan etkili olmaktadır.

Yatay birleşmeler, piyasa hâkimiyetine yol açma riskleri nedeniyle rekabete olumsuz katkı sağlayabilir¹³³. Aynı şekilde yatay birleşmenin, piyasadaki aktörlerin sayısını azaltıcı olması da rekabeti olumsuz yönde etkileyebilir. Bununla birlikte, piyasadaki hâkim yapıyı kırıncı etkiye de sahip olmaları nedeniyle rekabeti olumlu olarak da etkileyebilir.

Yatay birleşmeler, kaynak kullanımında ve taşıma işlerinde tasarruf, satış ve pazarlamada etkinlik sağlar¹³⁴. Yatay birleşmelere ülke içinde, "Osmanlı Bankası ile Garanti Bankasının birleşmesi" örnek olarak verilebilir¹³⁵.

1.2. Dikey Birleşme

Dikey birleşme, aralarında alıcı-satıcı ilişkisi¹³⁶ olan ya da iktisadi dönünün farklı aşamalarında faaliyet gösteren şirket veya işletmelerin birleşmesi olarak adlandırılmıştır¹³⁷. Bu birleşme türünde, işletmeler veya şirketler, kendilerine önceki veya sonraki adımlarında faaliyet gösteren işletme veya şirketlerle birleşme gerçekleştirir¹³⁸.

Dikey birleşmede, birleşmeye katılan şirketler arasında rekabet ilişkisi yoktur¹³⁹. Birleşen şirketler bağlantılı işkollarında faaliyet göstermektedir¹⁴⁰. Dikey birleşmenin genel olarak amacı daha çok üretim yatırımlarının riskini azaltmak ve maliyeti düşürmektir (cost efficiency)¹⁴¹. Bir başka amacı da kalite denetimini sağlamaktır¹⁴².

¹³¹ Onat, s.21, Yücebaş, s.21, Nazalı s.46, Göksoy s.67.

¹³² Nazalı, s.46.

¹³³ Sankamış, s.102, Nazalı, s.46, Erdem, H.Ercüment: Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Beta yayınları, İstanbul, 2003, s.37, Akyüz s.38., Güven s.116.

¹³⁴ Nazalı, s.46, Akyüz s.37, Gönülaçan, s.52.

¹³⁵ Nazalı, s.46.

¹³⁶ Gaughen, s.14, Nazalı, s.47.

¹³⁷ Onat, s.22, Yücebaş, s.21, Nazalı, s.46, Reed/Lajoux /Nesvold, s.19, Akyüz s.38, Geray, s.6, Köktürk/Kont, s.560, Göksoy, s.70, Gönülaçan, s.52.

¹³⁸ Yücebaş, s.23, Nazalı, s.47.

¹³⁹ Erdem, s.38.

¹⁴⁰ Akyüz s.38.

¹⁴¹ Nazalı, s.47, Erdem, s.38.

¹⁴² Reed/Lajoux /Nesvold, s.19.

RK'nun 2002/2 Sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti" Tebliğinde dikey anlaşmalar "Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar" olarak tanımlanmıştır¹⁴³.

1.3. Karma Birleşme

Aykırı birleşme olarak da adlandırılan¹⁴⁴ karma birleşmeler, birbiriyle ilişkisi olmayan alanlarda faaliyet gösteren işletme veya şirketlerin birleşmesiyle gerçekleşir¹⁴⁵. Amacı ekonomik çeşitlendirmeyi artırmak, atıl fonları etkin kullanmaktır¹⁴⁶. ABD'de, 1985 yılında gerçekleşen Philip Morris-General Food (5,6 milyar dolar), 1988'de Philip Morris-Kraft (13.44 milyar dolar) ve 2000 yılında Philip Morris-Nabisco (18,9 milyar dolar) birleşmeleri karma birleşmelere verilebilecek örneklerdir¹⁴⁷.

Bazı iktisadi kaynaklarda, yatay, dikey ve karma birleşmelerin yanı sıra, ürün genişletme, pazar genişletme ve saf karma birleşme de birer birleşme çeşidi olarak ele alınmaktadır¹⁴⁸. Bununla birlikte, bahse konu işlemlerin, yatay, dikey ve karma birleşme başlıklarına dâhil edilmesi mümkün olduğu için burada ele alınmayacaktır.

2. HUKUKİ BOYUTUYLA BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ

TTK m.136/1'de, devralma yoluyla ve yeni kuruluş şeklinde olmak üzere iki türlü birleşme öngörülmüştür. Her iki birleşme türünde de malvarlıklarının birleşeceği ve devralma yoluyla birleşmede devrolunan şirketin, tasfiyesiz biçimde sona ereceği ve sicilden silineceği belirtilmiştir (TTK m.136/4). Her iki birleşme çeşidinde de önkoşul en az iki şirketin birleşmeye katılmasıdır¹⁴⁹. Birleşmede ortaklık sayısının üst sınırı Kanunda öngörülmemiştir.

Birleşmeye katılabilecek oluşumlar açısından bakıldığında, "Geçerli Birleşmeler" kenar başlıklı TTK m.137 hükmü ile hangi birleşmelerin geçerli olduğu sayılmıştır¹⁵⁰. 6762 Sayılı eski TTK'da, ticaret şirketlerinin işletmeyle birleşmesi yer almamıştı. Yeni TTK'da m.194 hükmü ile devralınanın ticari

¹⁴³ RK'nun 2002/2 Sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti" Tebliği, 14.07.2002 tarih ve RG:24815.

¹⁴⁴ Erdem, s.39.

¹⁴⁵ Onat, s.24, Yücebaş, s.24, Gaughan, s.14, Nazalı, s.47, Geray, s.6, Göksoy, s.74, Güven s.120.

¹⁴⁶ Nazalı, s.47, Gönülaçan, s.54.

¹⁴⁷ Gaughan, s.14.

¹⁴⁸ Yücebaş, s.24, Nazalı, s.47-48, Akyüz s.39-40.

¹⁴⁹ Türk, H.S. s.45 (Birleşme), Tekinalp, s.608. (Yeni Ortaklık)

¹⁵⁰ TTK m.1534/1 hükmü gereği, "Kenar Başlıkları" metne dâhildir. Bu nedenle, m.137'nin kenar başlığı olan "Geçerli Birleşmeler" ibaresi esasen sınırlı sayıda birleşmeyi ortaya koymaktadır.

54 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

işletme olması kaydıyla ticaret şirketlerinin işletmelerle birleşmesi de ayrıca düzenlenmiştir. Buna karşılık, sayılan düzenlemeler dışında örneğin adi ortaklığın ve ön ortaklığın ticaret şirketleri ile birleşmesi mümkün değildir¹⁵¹.

2.1. Devralma ve Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme

2.1.1. Devralma Yoluyla Birleşme

2.1.1.1. Tanımı

Devralma yoluyla birleşme, bir veya birden fazla şirketin (veya ticari işletme) diğer bir şirkete tüm malvarlığı ile katılmasıdır (devralınmasıdır)¹⁵². Devralma yoluyla birleşmeye kanunda yer almayan ancak uygulamada görüldüğü biçimiyle “katılma” ya da iltihak” da denilmektedir¹⁵³.

Kanunda, devralma şeklinde birleşme için “Bir şirketin diğerini devralması” şeklinde yapılan tanımdan, devralma yoluyla birleşmenin iki şirket arasında gerçekleşeceği sonucuna varılabileceği için teknik olarak yetersiz bir tanım olduğu söylenebilir. Çünkü devralma yoluyla birleşme, birden fazla şirketin devralınması ile de sonuçlanabilir.

TTK m.136/2 hükmüne göre kabul eden şirket “devralan”, katılan şirket ise “devrolunan” diye adlandırılacaktır. Devralan ve devrolunan şirketlerin tümüne “birleşmeye katılan şirketler” de denilebilir¹⁵⁴.

2.1.1.2. Sonuçları

Devralma yoluyla birleşmenin sonuçları şöyle sıralanabilir:

1) Devrolunan şirketin malvarlığı karşısında, devralan şirkette sermaye artışı yapılır ve belirlenen değişim oranına göre devralan şirketin payları devralınan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilir (TTK m.136/3). Bu kişilerin ortaklık hakları ve payları devam eder. (Eğer birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesi öngörmüşse devrolunan şirket ortakları ayrılma akçesi olarak şirketten ayrılabilir).

2) Devralan şirket, devrolunan şirketin veya işletmenin malvarlığını bir bütün olarak iktisap eder (Külli halefiyet ilkesi)¹⁵⁵. (TTK m.136/4 c.1.)

¹⁵¹ Türk, H.S, s.50-52 (Birleşme).

¹⁵² Pulaşlı, C.I, s.115 (Şerh), Yasaman, s.35: Bu tip birleşmeye katılma da denilmektedir. Tekinalp, s.609 (Yeni Hukuk), Çeker, Mustafa: Ticaret Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, 2013, s.261.

¹⁵³ Tekinalp, s.609 (Yeni Hukuk).

¹⁵⁴ Tekinalp, s.609 (Yeni Hukuk).

¹⁵⁵ Yasaman, s.35.

3) Devrolunan şirket tasfiyesiz olarak sona erer ve ticaret sicilinden silinir (TTK m.136/4 c.2.)

4) Devralan şirketin tüzel kişiliğinde bir değişiklik olmaz ancak malvarlığı ve ortaklık yapısında değişiklik (artma) olur.

5) Bir sermaye şirketinin bir şahıs şirketini devralması durumunda, devrolunan şahıs şirketinin ortaklarının şirket borçlarından ikinci derecedeki sorumluluğu birleşmeden sonra da üç yıl devam eder (TTK m.158/2).

6) Kamuya arz edilmiş tahvil ve diğer borçlanma senetlerinde sorumluluk, izahnamede başka türlü bir düzenleme mevcut değilse, itfa tarihine kadar devam eder (TTK m.158/3).

2.1.2. Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme

2.1.2.1. Tanımı

Yeni kuruluş yoluyla birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin, malvarlığını, yeni kurdukları (sırf birleşme için kurulmuş¹⁵⁶) bir şirkete bir bütün halinde devretmeleri (küllü halefiyet) olarak tanımlanabilir¹⁵⁷. Bu birleşme şekli, TTK m.136/1b'de "şirketlerin yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri" olarak tanımlanmıştır. Yeni kuruluşta, katılan şirketler tasfiyesiz biçimde sona erer¹⁵⁸.

Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, TTK m.143 hükmü bağlamında *TTK ile 24.4.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun, aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri dışındaki maddeleri yeni şirketin kuruluşuna uygulanır*. Ancak, kolektif ortaklıkta ortakların tümünün gerçek kişi olma (TTK m.211), adi kolektif ortaklıkta ise bir kısım ortaklarının gerçek kişi olma zorunluluğu vardır (TTK m.304). Bu nedenle yeni kuruluş sadece AŞ, limited şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket veya kooperatif olabilir¹⁵⁹. Yeni kuruluşun kolektif ortaklık veya komandit ortaklık olması mümkün değildir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Tekinalp, s.609. (Yeni Hukuk)

¹⁵⁷ Pulaşlı, C.I, s.115 (Şerh), Erdem, s.46, Yasaman, s.35.

¹⁵⁸ Yasaman, s.35.

¹⁵⁹ Tekinalp, s.609 (Yeni Hukuk).

¹⁶⁰ Kaynak Kanun m.10 düzenlemesinde farklı bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, "Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, İsviçre MK ve BK.'nun hukuki varlıkların ortaklığına ilişkin hükümlerin birleşme sonucu gerçekleşen yeni ortaklığa da uygulanacağı, sermaye şirketleri için ortak sayısına ilişkin hükümler ve aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı" belirtilmiştir.

56 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Aynı sermaye hükümlerinin uygulanmamasının temel sebebi, birleşmeye hâkim ilkelerden biri olan külli halefiyet gereğince devrolunan veya yeni şirkete katılan şirketlerin malvarlıklarının bir bütün olarak devralan veya yeni kurulan şirket tarafından iktisap edilmesidir. Bir başka sebebi ise, *“birleşme raporundaki güvenlik sistemi ile aynı sermayenin denetiminin örtüşmesinin önlenmesidir”*¹⁶¹. Yeni şirketin kuruluşuyla ilgili olarak de yine TTK'nun şirket kuruluşuna dair hükümleri uygulanır¹⁶².

2.1.2.2. Sonuçları

Yeni kuruluş şeklinde birleşmenin sonuçları şöyle özetlenebilir:

1) Birleşmeye katılacak şirketler tarafından kurulacak yeni şirkete, katılan şirketlerin malvarlıkları bütün olarak devrolunur ve yeni şirketin malvarlığı bu şirketlerin malvarlıklarının toplamıdır¹⁶³. Yeni kuruluş, devralan ortaklık konumundadır¹⁶⁴.

2) Birleşmeye katılan şirketlerin ortakları, yeni kurulan şirkette, katılım payları oranında kendiliğinden (ipso iure) ortak olurlar. Bu kişilerin ortaklık hakları ve payları devam eder. (Eğer birleşme sözleşmesi ayrılma akçesi öngörmüşse devrolunan şirket ortakları ayrılma akçesi olarak şirketten ayrılabilir).

3) “Yeni kuruluş, birleşme kararı ya da onun tescilinin ürünü olarak meydana gelmez”¹⁶⁵. Yeni kurulan şirketin kuruluş işlemlerinin tamamlanması ve ticaret siciline tesciliyle tüzel kişilik kazanmasından sonra, birleşmeye katılan şirketler sona erer ve tasfiyesiz olarak ticaret sicilinden silinir.

4) Yeni kurulan şirketin sermayesi, katılan şirketlerin malvarlıklarından oluşur. Bu malvarlıkları, yeni şirketi tescili ile kendiliğinden iktisap edilir. Yeni kurulan şirketin bunların dışında ayrıca aynı veya nakdi malvarlığı yoktur¹⁶⁶.

2.2. Diğer Birleşme Türleri

Hukukumuzda teme olarak iki birleşme türü öngörülmekle birlikte, doktrinde taraf sayısına, katılan ortaklıkların ortaklarının ayrılma akçesi öde-

¹⁶¹ Tekinalp, s.609. (Yeni Hukuk)

¹⁶² Yasaman, s.36, Tekinalp, s.609. (Yeni Hukuk)

¹⁶³ Yasaman, s.36.

¹⁶⁴ Tekinalp, s.610. (Yeni Hukuk)

¹⁶⁵ Tekinalp, s.610. (Yeni Hukuk)

¹⁶⁶ Tekinalp, s.610. (Yeni Hukuk)

nerek ayrılma olanağı tanınmasına göre, şirketlerin hâkim-bağlı ortaklık statülerine göre farklı birleşme türleri de mevcuttur. Ayrıca, birleşme benzeri birleşme, gerçek olmayan birleşme, birleşme sayılmayan haller ve sınır ötesi birleşmelere de birer birleşme çeşidi olarak kısaca yer verilmiştir.

2.2.1. İki Taraflı ve Çok Taraflı Birleşme

Birleşmeye katılan şirketler iki taraflı ise bu birleşme türüne “iki taraflı birleşme”, çok taraflı ise “çok taraflı birleşme” adı verilir¹⁶⁷.

2.2.2. İhraçlı Birleşme

Yeni TTK’unda birleşmeyle ilgili getirilen önemli yeniliklerden biri de, devrolunan ortaklığın ortaklarına ayrılma akçesi ödenmesi ve böylece devralan veya yeni kurulan şirkette bu kişilere yer verilmemesidir (TTK m.141). Bu tür birleşmelerin İngilizce karşılığı olarak “squeeze out merger” terimi kullanılmaktadır¹⁶⁸.

2.2.3. Üç Yanlı Birleşme

Bu tür birleşmede ayrılma akçesinin yerine, devralan ya da yeni kurulan şirketin iştiraki olan bir ortaklıktan ortaklık payı verilebilir. Devralan ya da yeni kurulan şirket, bir Toplulukta hâkim ortak konumunda ise, bu durumda yavru ortaklıklardan da pay verilebilir¹⁶⁹.

2.2.4. Topluluk İçi Birleşme

Yeni TTK’da yer alan bir diğer yenilik ise “Sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış birleşmesi”dir (TTK m.155-156). Devralan şirketin, devrolunan şirketin ortaklık oy hakkı veren tüm paylarına sahip olması halinde basit birleşme usulü uygulanacaktır. En az yüzde doksanına sahip ise bu durumda azınlığın, Kanunda öngörülen biçimde tatmin edilmesi ve ek ödeme borcu ya da herhangi bir kişisel edim yükümlülüğü olmaması halinde de basit birleşme hükümleri uygulanacaktır¹⁷⁰.

2.2.5. Birleşme Benzeri Oluşum

Bir ticaret ortaklığının, başka bir ticaret ortaklığının paylarının tümünü veya büyük çoğunluğunu iktisap etmesi ve iktisap ettiği paylara karşılık kendi ortaklık paylarının bir bölümünü devrederse bu durumda birleşme

¹⁶⁷ Tekinalp, s.610. (Yeni Hukuk)

¹⁶⁸ Tekinalp, s.610. (Yeni Hukuk)

¹⁶⁹ Tekinalp, s.611. (Yeni Hukuk)

¹⁷⁰ Tekinalp, s.611. (Yeni Hukuk)

58 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

benzeri bir oluşum ortaya çıkar. Bu işlemin birleşmeden farkı, devralınan ortaklığın, yavru ortaklık olarak tüzel kişiliğinin devam etmesi, ortaklarının devralan şirkette ortak konumuna geçmesidir¹⁷¹.

2.2.6. Gerçek Olmayan Birleşme

“Bir ticaret ortaklığının, başka bir ortaklığın işletmesini devralması (BK m.202) ve bedel olarak da, devreden ortaklığın tasfiyesinden doğan tasfiye paylarının dağıtımını suretiyle ödemesi halinde gerçek olmayan bir birleşme söz konusu olur”¹⁷².

2.2.7. Sınır Ötesi Birleşme

Sınır ötesi birleşme, teknik anlamda bir birleşme çeşidi olmamakla birlikte, günümüzde doğrudan yabancı yatırımların (DYY) önemli bir bölümü sınır ötesi şirket birleşmeleriyle gerçekleştiğinden bu bölümde ele almakta yarar görülmüştür.

Sınır ötesi birleşmeler özellikle çok uluslu şirketlerin uluslar arası üretim ve dağıtım ağı kurabilmek için tercih ettiği bir birleşme şeklidir¹⁷³.

Tek bir pazarda faaliyet gösteren firmalar açısından sınır ötesi birleşmeler, yeni pazarlara girmek için en elverişli yollardan biridir¹⁷⁴. Avrupa Birliğinde sınır ötesi birleşmelere ilişkin bariyerler kaldırılmıştır. Asya pazarlarında ise belirli engeller devam etmektedir¹⁷⁵.

Türk hukukunda sınır ötesi birleşmelere ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Kaynak Kanunda (FusG), 163-164.maddelerde, yabancı şirketlerle birleşme konusu düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı şirkete uygulanacak hukuk düzeninin elverdiği ve gerekli şartları taşıması halinde, bir İsviçreli şirketi, yabancı bir şirketle devralma (Immigrationsabsorption:İçeri göç ile devralma) ya da yeni bir İsviçreli şirket kurmak için birleşme (Immigrationskombination: İçeri göç ile birleşme) gerçekleştirebilir (FusG m.163a). Öte yandan, yabancı bir şirketin, bir İsviçreli şirketi devralması (Emigrationsabsorption: Dışarı göç ile devralma) ve bir yabancı şirket oluşturabilecek şekilde birleşmelerine (Emigrationskombination: Dışarı göç ile birleşme) de imkân tanınmıştır. Ancak bunun gerçekleşmesi için, İsviçreli şirketin, birleşmeyi mütea-

¹⁷¹ Tekinalp, s.612. (Yeni Hukuk)

¹⁷² Tekinalp, s.612. (Yeni Hukuk)

¹⁷³ Akyüz, s.40.

¹⁷⁴ Gaughan, s.129.

¹⁷⁵ Gaughan, s.129.

kip malvarlığını yabancı şirkete devri ve ortaklık payları ve haklarının yabancı şirkete yeterince korunması şartları aranmıştır (FusG m.163b). Ayrıca, İsviçreli şirketin, İsviçre Kanunlarının, şirket devrine ilişkin hükümlerinin öngördüğü şartları sağlaması, şirket alacaklılarının, birleşme teklifinin yayımlandığı İsviçre gazetesine bir ilan vererek taleplerini bildirmeleri istenmiştir. Kaynak Kanunda, yabancı şirketlerle birleşme anlaşmasının, birleşmeye katılan şirketlerin tabi olduğu hukuk düzenlerinin emredici kurallarına uygun olması, diğer hususlarda ise taraflarca seçilen hukukun uygulanması öngörülmüştür (FusG m.163c). FusG m.164'de, Kanunun 46.maddesi hükmüne göre özel olarak uzman bir denetçi tarafından, alacaklıların taleplerinin güvence altına alındığını ya da karşılandığını belgeleyen bir rapor yayınlamaya kadar veyahut alacaklılar tarafından kayıt silinmeye onay verilinceye İsviçre Ticaret Odasına kayıtlı bir şirketin kaydının silinemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

V. BİRLEŞME MODELLERİ

1. GENEL OLARAK

1.1.Kaynak Kanundaki Düzenlemeler

2004 yılında kabul edilen İsviçre Birleşme Kanununda birleşme modelleri, önceki düzenlemeye göre çok daha kapsamlı hale getirilmiş, İsviçre BK'da yer alan ticaret şirketlerine ilişkin düzenlemelerle daha uyumlu, ekonominin dinamizm ve esneklik ihtiyaçlarına daha hızlı cevap verebilecek bir yapıya kavuşturulmuştur. Bu çerçevede, önceki düzenlemede öngörülen anonim şirket, limited şirket ve kooperatiflerin birleşmesi kaldırılarak kollektif ve komandit şirketler de dâhil tüm şirketlerin birbiriyle ve dernek ve vakıflarla da birleşmelerinin yolu açılmıştır¹⁷⁶. Ayrıca, sınır ötesi birleşme ve kamu şirketlerinin özel hukuk hükümlerine göre birleşmeye katılması da öngörülmüştür¹⁷⁷. Yeni Kanun, şirket birleşmelerinde büyük bir hareketlilik (mobility, Beweglichkeit) sağlamıştır.

Eski Birleşme Kanunu ile mukayese edildiğinde, yeni getirilen düzenlemelerin birleşmede şeffaflık (Transparenz), alacaklılar, çalışanlar ve azınlık açısından güvence sağladığı da görülmektedir. Öte yandan İsviçre şirketler hukuku ve AB birleşme kurallarıyla da uyum sağlanmıştır¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Nater, Mark Sven: Fusionsgesetz, s.2, <http://www.wenger-plattner.ch/files/downloads/files/a71f038ef815390358ca362bbfce4abb/Fusionsgesetz.pdf> (18.01.2014)

¹⁷⁷ Nater, s.4.

¹⁷⁸ Nater, s.4.

60 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Kaynak Kanun m.3' de birleşme şekilleri bir şirketin diğerini devralma yoluyla birleşme ve yeni şirket yoluyla birleşme olarak öngörülmüştür. Birleşme işlemiyle, tasfiyesiz sona erme ve külli halefiyet esasları da uygulanacaktır¹⁷⁹. Birleşme modellerini düzenleyen m.4 hükmüyle her türlü birleşme modeli olanaklı kılınmıştır. Bununla birlikte sınırlı sayı ilkesi saklı tutularak kanunda sayılan birleşme modelleri dışına çıkılmayacağı da belirtilmiştir¹⁸⁰.

1.2. TTK'daki Düzenlemeler

TTK'da, birleşme, m.136 ila 158 arasında düzenlenmiştir. Öte yandan m.191 ila 194 arasında, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ait ortak hükümlere yer verilmiştir. Yeni TTK'daki birleşme hükümleri, eski TTK'na göre çok daha kapsamlı, ayrıntılı ve düzenleyicidir. Eski TTK'da aynı türden şirketlerin birleşmesi öngörülmüş yeni TTK'da ise, bu şart kaldırılarak şahıs ve sermaye şirketlerinin birleşmesinin önü açılmıştır. Diğer bir deyimle "aynı türden birleşme" ilkesi terk edilerek "türler arası birleşme serbestisi" getirilmiştir¹⁸¹.

2. İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ

İşletmelerin birleşmesi, Borçlar Hukukunda ele alınan bir konudur. 6098 Sayılı TBK m.203'de, "İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesi" başlığı altında, "Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler. Bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık hâline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır." hükmü yer almıştır.

TBK'da işletmeleri birleşmesine ilişkin hüküm, konuya birleşme sürecinin işleyişi açısından değil, işletmelerin birleşmesi halinde alacaklıların hakları açısından yaklaşmıştır. Öte yandan işletmelerin birleşmesi konusunda TTK'da da herhangi bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, ticaret şirketlerine ilişkin birleşme hükümlerinin kıyas yoluyla, ticari işletmelere de uygulanması gerekmektedir¹⁸². Bu çerçeveden bakıldığında, devrolunan işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarının, külli halefiyet ilkesine uygun olarak bir

¹⁷⁹ Nater, s.4.

¹⁸⁰ Nater, s.4.

¹⁸¹ Çeker, Mustafa: Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4 (2012), s.112.

¹⁸² Keşli, s.168, Bkz. 5 no.lu atf, Al Kılıç Şengül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul, 2009, s. 14.

bütün halinde devri, devralınan işletmenin ticaret sicilinden silinmesi gibi hususlar ticari işletmelerin birleşmesi için geçerli olmalıdır.

3. TİCARİ İŞLETMELERİN TİCARET ŞİRKETLERİYLE BİRLEŞMESİ

Ticari işletmelerin ticaret şirketiyle birleşmesi, TTK m.194' de düzenlenmiştir. Buna göre, *ticari işletmeler, ticaret şirketiyle, onlar tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir* (m.194/1,1.cümle). Diğer bir deyimle, ticaret şirketleri ticari işletme tarafından devralınamayacağı gibi, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile yeni bir şirket bünyesinde birleşmesi de mümkün değildir¹⁸³.

4. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRBİRİYLE BİRLEŞMESİ

TTK m.137-139' arasında üç farklı şirket statüsünde birleşme öngörülmüştür. Bunlar, sırasıyla, şirketlerin (şahıs veya sermaye şirketleri) birleşmesi (m.137), tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye katılması (m.138) ve sermaye kaybı veya borca batılık halinde birleşmeye katılması (m.139) olarak belirtilebilir. TTK' da yer alan şirket birleşmeleri sınırlı sayı ilkesine tabidir¹⁸⁴. Dolayısıyla bu sayılanlar dışında bir birleşme modeli mümkün değildir.

4.1. Şirketlerin (Şahıs ve Sermaye Şirketleri) Birleşmesi

Eski TTK' da şirket birleşmeleri bakımından aranan şartlardan biri, aynı nevide olmalarıydı (Eski TTK m. 147) . Birleşme hükümleri bakımından kollektif ve komandit şirketler, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler aynı tür sayılmaktaydı. Eski düzenlemede şahıs veya sermaye şirketi şeklinde bir ayırım da mevcut değildi. Dolayısıyla, eski Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, limited şirket ile anonim şirketin birleşmesi için önce limited şirket anonim şirkete çevrilmesi sonra birleşme işleminin tamamlanması gerekmekteydi.

Yeni TTK' da, kollektif ve komandit şirketler şahıs şirketi, anonim ve limited şirketler sermaye şirketi olarak sınıflandırılmıştır (m.124/2). Kooperatifler her iki sınıfa da dâhil edilmemiştir. Öte yandan kooperatifler,

¹⁸³ İsv. Birleşme Kanununda, ticari işletmenin birleşmeye katılımına olanak tanınmamıştır. Gerekçe olarak da, ticari işletmenin ticaret şirketlerinde farklı yapıda olması ve ticari işletmenin Birleşme Kanununa göre malvarlığının devri yoluyla yeniden yapılabileceği olarak açıklanmıştır. Bkz. Çoşar, s.36.

¹⁸⁴ Şener, s.123.

62 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

TTK'da değil 1163 sayılı Kooperatifler Kanununda düzenlenmiştir. Doktrinde, kooperatifin hem şahıs şirketi hem de sermaye şirketi unsurlarına sahip olduğu kabul edilmiştir¹⁸⁵.

Yeni TTK m.137'de, aynı türden olma şartı kaldırılmış, şahıs ve sermaye şirketlerinin birleşmesinin yolu açılmıştır¹⁸⁶. Bilindiği gibi, TTK m. 124/1 hükmü gereği ticaret şirketleri, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir. Burada sınırlı sayı (numerus clauses) ilkesi geçerlidir yani Kanunda, bu sayılanlar dışında başka türlü bir ticaret şirketi türü öngörülmemiştir¹⁸⁷. Ayrıca, kanunda sayılan birleşme halleri dışında örneğin dernekler veya vakıfların birleşmeye katılmaları da öngörülmemiştir¹⁸⁸

TTK m.137/1 hükmüne göre, sermaye şirketleri;

- a) Sermaye şirketleriyle,
- b) Kooperatiflerle ve
- c) Devralan şirket olmaları şartıyla, kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilirler.

TTK m.137/2 hükmüne göre, şahıs şirketleri;

- a) Şahıs şirketleriyle,
- b) Devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle,
- c) Devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle birleşebilirler.

TTK m.137/3 hükmüne göre, kooperatifler;

¹⁸⁵ TTK m.124/2 hükmüyle kollektif ve komandit şirketler şahıs şirketi, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin sermaye şirketi sayılmaktadır. Bu çerçevede, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, birbirleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilirler. Dolayısıyla, örneğin bir kollektif şirketin bir limited şirketler birleşmesi durumunda, devrolunan şirket kollektif şirket, devralan şirket ise limited şirket olmak zorundadır.

¹⁸⁶ Kendigelen, s.137.

¹⁸⁷ Çoştan, s.31. TBK m.620-645 arasında düzenlenen adi ortaklık, bir ticaret şirketi değildir. Tüzel kişiliği yoktur. Ticaret siciline kaydı söz konusu değildir.

¹⁸⁸ Kaynak Kanunda, sermaye şirketlerinin, ticaret siciline kayıtlı derneklerle, devralan şirket olmaları kaydıyla birleşmelerine olanak tanınmıştır (FusG, m.4 1.d). Aynı maddede, kooperatiflerin devrolunan şirket olmaları ve hisse senedi çıkarmamaları kaydıyla, ticaret siciline kayıtlı derneklerle birleşmeleri mümkün kılınmıştır (m.4.3.e). Öte yandan, derneklerin, derneklerle birleşebilmeleri, ticaret siciline kayıtlı olmaları şartıyla, devrolunan konumunda olmak üzere sermaye şirketleriyle (m.4.4.a), devrolunan konumunda olmak kaydıyla kooperatiflerle (m.4.4.b) ve devralan konumunda olmak kaydıyla hisse senedi çıkarmamış kooperatiflerle birleşmeleri (m.4.4.c) düzenlenmiştir.

- a) Kooperatiflerle,
- b) Sermaye şirketleriyle ve
- c) Devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle birleşebilirler.

Kanunda, şirketlerin devralma yoluyla birleşmeleri halindeki kombinasyonlar düzenlenmekle birlikte (örneğin sermaye şirketinin sermaye şirketi ve kooperatifle birleşmesi, devrolunan şirket olması kaydıyla bir şahıs şirketiyle birleşmesi vb.) yeni şirket kurma yoluyla birleşmede yeni şirketin hangi tür olması gerektiği hususunda bir düzenleme mevcut değildir. İlk bakışta böyle bir düzenlemenin gerekli olmadığı da düşünülebilir. Gerçekten de bir anonim şirketle bir kollektif şirketin yeni şirket kurma yoluyla birleşmesinde, “yeni şirketin kollektif şirket (teorik olarak komandit şirket de olabilir) olmasında bir sakınca yoktur” şeklinde düşünmek mümkündür. Ancak, hukuk mantığı ile düşünüldüğünde, TTK m.137'nin gerekçelerinden yola çıkılarak, bir şahıs şirketi ile bir sermaye şirketinin yeni şirket kurma yoluyla birleşmesi durumunda, yeni şirketin sermaye şirketi olması, bir kooperatifin bir şahıs şirketiyle yeni şirket kurma yoluyla birleşmesi durumunda yeni kurulacak şirketin bir kooperatif ya da sermaye şirketi olması gerekmektedir. Bu bağlamda, yeni şirket kurma yoluyla birleşmede:

a) Devralma yoluyla birleşmede olduğu gibi, yeni şirket kurma yoluyla birleşmede de yeni kurulan şirket bir sermaye şirketi olmalıdır. Sermaye şirketlerinin devralan şirket olması zorunluluğu, sınırsız sorumlu bir ortaklığın bünyesine sınırlı sorumlu ortakların nitelikli çoğunluk kararı ile girmeleri büyük sorunlar doğuracaktır¹⁸⁹. Bu nedenle, sermaye şirketi ayakta kalan şirket olmalıdır.

b) Sermaye şirketlerinde oy hakkı sermaye payı ile sınırlıdır. Daha çok oyu olan ortakların, şahıs şirketi çatısına girmeleri sonucu tek oy hakkına düşmeleri adil değildir¹⁹⁰. Bu nedenle şahıs şirketi devrolunan şirket olmalıdır.

c) Kooperatifler, şahıs veya sermaye şirketi olarak nitelendirilmemiştir. Esasen bunların amacı kar paylaşmak değil 1163 S.K. m.1'de açıklandığı üzere “Ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak” tır. Böylesine kendine özgü bir yapının, sınırsız sorumlu bir şirket bünyesine katılmaması daha

¹⁸⁹ Tekinalp, s.616 (Yeni Hukuk) Maddenin gerekçesinde de aynı hususa yer verilmiştir.

¹⁹⁰ Tekinalp, s.616 (Yeni Hukuk).

64 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

doğru bir yaklaşımdır¹⁹¹. Bununla birlikte, bir kooperatif ile bir sermaye şirketinin birleşmesi durumunda, devralan şirketin sermaye şirketi olmasının zorunlu tutulması kanaatimizce daha doğru olacaktır. Bu düzenlemeden çıkarılabilecek bir başka sonuç ise, birleşmede, kooperatiflerin daha çok sermaye şirketi gibi kabul edilmiş olmasıdır. Gerçekten de, örneğin bir anonim şirket ile bir kooperatifin birleşmesinde devralan şirketin kooperatif olması mümkün kılınmış öte yandan bir kooperatifin bir şahıs şirketi ile birleşmesi durumunda, devralan şirketin kooperatif olması zorunlu tutulmuştur.

d) Gerekçede yer almamakla birlikte, TTK m.137 hükümleri, uygulamada sermaye şirketlerinin sayısının hızla artması buna karşılık şahıs şirketlerinin sayısının azalması, birleşme yoluyla gerçekleşen yeniden yapılanmalarla da sermaye şirketlerinin kurulması için zorlayıcı bir düzenlemedir.

Yeni şirket kurma yoluyla birleşme de bir bakıma devralma yoluyla birleşmeye benzetilmektedir. Yukarıda sayılan gerekçeler, yeni şirket kurma yoluyla birleşmede geçerli olmalıdır.

4.2. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Birleşmeye Katılması¹⁹² (Fusion einer Gesellschaft in Liquidation)

Tasfiye, bir şirketin fesih kararı veya infisahı ile sona ermesi durumunda, şirketin malvarlığının paraya çevrilmesi, alacakların tahsili, elde edilen gelirlerle öncelikle borçların ödenmesi, kalan mal varlığının ortaklara dağıtılması ve ticaret unvanının ticaret sicilinden silinmesini içeren bir süreçtir¹⁹³. Tasfiyeye giren şirketin unvanına “tasfiye halinde” ibaresi eklenir (TTK m.269/1, m.328, m.533/2 ve m.643).

Şirketin tasfiye sürecine girmesiyle birlikte organların varlıkları devam eder ancak yetkileri tasfiye amacıyla sınırlı hale dönüşür. Genel kurul, tasfiye sürecinin uzaması halinde olağan toplantılarını yapar ve her yıl için finansal tabloları onaylar¹⁹⁴. Tasfiye süreci, tasfiye memurlarınca yürütülür. Anonim şirketlerde esas sözleşme veya GK kararı ile ayrıca tasfiye memuru atanmış ise bu görevi YK yerine getirir (TTK m. 536/1).

¹⁹¹ Tekinalp, s.617 (Yeni Hukuk).

¹⁹² TTK m.138 başlığında “Birleşmeye Katılması” olarak ifade edildiği için Kitap başlığında da bu şekilde yer almıştır. Bu hususta, Moroğlu'nun düşüncesine katılıyoruz ve “Birleşmeye katılma” yerine “Birleşmesi” denilmesinin daha doğru olduğunu savunuyoruz. Bkz. Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 3. Bası, Ankara, 2005, s.72.

¹⁹³ Pulaşlı, C.II. s.1795 (Şerh), Bilgili/Demirkapı, s.282.

¹⁹⁴ Pulaşlı, C.II. s.1798 (Şerh), Bilgili /Demirkapı, s.288.

Tasfiye memurlarının ilk görevi, şirketin malvarlığını ve finansal durumunu gösteren bir envanter ve bilanço düzenlemek ve GK onayına sunmaktır (TTK m.540/1). Envanter ve bilançonun onaylanmasından sonra şirketin defterlerine el konulur (TTK m.540/2). Tasfiye memurları, TTK m.541’de düzenlendiği şekilde alacaklılara duyuru yapar ve alacaklarını bildirmeleri talep eder. Bildirimde bulunmayanlar için alacak tutarları Bakanlığın belirleyeceği bir bankaya depo edildikten ve henüz vadesi dolmamış ya da uyuşmazlık konusu olan borçlara karşılık gelen tutar notere depo edildikten sonra (TTK m.541) bilançonun aktifler hanesinde malvarlıkları paraya çevrilir ve borçlar ödenir. Kalan malvarlığı ise ortaklar arasından pay oranlarına göre dağıtılır.

TTK m.138/1 hükmü ile “*tasfiye hâlindeki bir şirket, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması şartıyla, birleşmeye katılabileceği*” öngörülmüş ayrıca bu fıkradaki şartlarının sağlandığının devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret siciline sunulan belgelerle ispatlanması da zorunlu tutulmuştur. Kaynak Kanun m.5’den aynen alınan madde hükmünde iki şartın varlığı öngörülmüştür. Bunlar, tasfiye sürecine giren şirketin henüz malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olması¹⁹⁵ ve tasfiye halindeki şirketin devrolunan şirket olmasıdır. Tasfiye halindeki bir şirket, artık amacı itibariyle tasfiye olmayı hedeflediğinden bir başka şirketi devralması düşünülemez¹⁹⁶.

Tasfiye halindeki şirketin henüz malvarlığının dağıtımına başlanmamış olması neyi ifade etmektedir?

Tasfiye memurlarının alacaklılara yaptığı bildirim ve bunu müteakiben banka ve notere yapılacak depo işleminden sonra şirketin aktifinde yer alan taşınmaz ve taşınır malların satılıp paraya çevrilmesi işlemine başlanır. Burada öncelikle şirket borçlarının kapatılması gerekir. Bu arada bir hususu daha belirtmek gerekir. Eğer şirketin aktifleri borçlarını karşılamaya yetmiyor ise tasfiye memurlarının durumu şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirmeleri ve mahkemenin iflasın açılmasına karar vermesi gerekir. Öte yandan tasfiye memurlarının, şirket ortaklarından henüz ödenmemiş pay bedellerinin ödenmesini de talep etmeleri gerekir (TTK m 542/1a). Tüm bu işlemler yapıp aktifler paraya çevrilip şirket borçları da kapatıldığında kalan miktarı ortaklara dağıtmaları gerekir. Ancak burada da dağıtım-

¹⁹⁵ “Mal varlığının dağıtılmaya başlanması durumunda ortaklık ve malvarlığının devamlılığı ilkeleri geçerliliğini yitirir” Bkz. Göktürk, s.638.

¹⁹⁶ Göktürk, s.638.

66 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

dan önce bir süre öngörülmüştür. TTK'nun m.543/2.fıkrası uyarınca alacaklılara 3.kez yapılan çağrı tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe kalan varlık dağıtılamaz. Bu nedenle, son çağrıdan sonra bir yıl daha beklenmeli ve sonrasında kalan miktar ortaklara, payları oranında dağıtılmalıdır. Esas sözleşme veya GK kararında aksine hüküm olmadıkça bu dağıtım para olarak yapılır (TTK m.543/3). İşte malvarlığının dağıtımından kast edilen husus budur.

Tekinalp, bu iki şartın yanısıra tasfiyenin iflas tasfiyesi olmaması ve ilgili ticaret ortaklığının mahkeme kararı ile feshine karar verilmemiş olmasını da ilave etmiştir¹⁹⁷. Benzer bir görüş çerçevesinde, iflas tasfiyesine girmiş şirketlerde artık malvarlığı üzerinde tasarruf imkânı ortadan kalktığından dolayı bu şirketlerin birleşmeye katılamaması gereklidir¹⁹⁸. Öte yandan mahkeme kararı ile sona eren şirketlerin tasfiye sürecinde iken birleşmeye katılıp katılmayacağı tartışılmalıdır. Göktürk, mahkeme kararının inşai nitelikte olduğundan bahisle bu kararın amacıyla bağdaşmayacağını ileri sürmüştür¹⁹⁹. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

4.3. Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık Halindeki Şirketlerin Birleşmeye Katılması (Fusion von Gesellschaften im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung)

4.3.1.Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık

Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde birleşme konusuna girmeden önce, şirketlerde sermaye, öz kaynaklar, bilanço kalemleri, sermaye kaybı ve borca batıklık kavramlarına kısaca değinmek gerekir.

Bilindiği gibi doktrinde şirket ya da ortaklık kavramının temel unsurları, kişi, sözleşme, ortak amaç, **sermaye** ve ortak amaç (affectio societatis) olarak sayılmaktadır²⁰⁰. Bu unsurlardan sermaye, bilançoda sabit rakam olarak gösterilen bir kalemdir²⁰¹. Esas sermaye ödenmiş sermaye değildir. Esas sermaye, nakdi sermaye olarak konuluyor ise ortakların bir kısmını peşin (anonim şirketlerde TTK m. 344 hükmü ve limited şirketlerde m.585 ile yapılan atıf uyarınca en az %25) kalanını sözleşmede öngörülen süre

¹⁹⁷ Tekinalp, s.618. (Yeni Hukuk)

¹⁹⁸ Göktürk, s.638-639.

¹⁹⁹ Göktürk, s.639.

²⁰⁰ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.61

²⁰¹ Türk, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki sonuçları, Nobel yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s.20.

içinde ödemeyi taahhüt ettikleri bir miktardır ve bilançoda tam olarak gösterilir. Esas sermayeyi muhasebesel değişikliklerle değiştirmek mümkün değildir.

Esas sermaye, sermaye şirketleri açısından ayrı bir öneme sahiptir çünkü sermaye şirketlerinde şirketin sorumluluğu esas sermaye ile sınırlıdır. Bunun için öz kaynaklar arasında esas sermayenin karşılığının olmasına ayrı bir önem verilmiştir. Kanunda esas sermayenin asgari miktarı hüküm altına alınmıştır (TTK m.332/1: Esas sermaye sistemini benimseyen anonim şirketler için asgari esas sermaye 50.000 TL, kayıtlı sermaye sistemini benimseyen anonim şirketler için 100.000 TL, TTK m. 580: Limited şirketler için asgari esas sermaye 10.000 TL olarak belirlenmiştir). Öte yandan mali durumun düzeltilmesi için esas sermayenin altına inilemez. (TTK m.473/5, TTK m.592 ile yapılan atıfla).

Sermaye şirketlerinde sermayenin korunması için bir dizi önlemler alınmış ve sermayenin azalım tutarına bağlı olarak farklı düzenlemeler getirilmiştir. Bu nedenle, TTK m.139'da söz edilen sermaye kaybı ve borca batıklık, anonim şirketler açısından, TTK m.376'da sermaye kaybı ve borca batıklık halleriyle sınırlı olarak özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Ayrıca, limited şirketlere ilişkin olarak TTK m.633'de, 376.maddeye atıfta bulunulmuştur.

Esas sermayenin içinde yer aldığı **öz kaynaklar** bir tanıma göre bilançoda pasif hanesinde gösterilen esas sermaye ve yedek akçeler toplamı ile bilanço zararı arasındaki farktır²⁰². Bir başka tanıma göre ise, ortaklığa ait net aktif toplamının pay sahiplerinin katılım katılma paylarıyla, katılma intifa senedi sahiplerince ve bizzat ortaklık tarafından karşılanan kısmıdır²⁰³.

Tekinalp, serbestçe kullanılabilir **öz varlığı**, "Esas sözleşme ve GK kararlarıyla herhangi bir özgülleme amacına bağlanmamış, ortaklığın istediği zaman istediği yerde kullanabileceği yedek akçe" olarak tanımlamıştır²⁰⁴.

4.3.1.1. Sermaye Kaybı

Sermaye kaybı konusunda öğretilerde değişik tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre sermaye kaybı, bir işletmenin net malvarlığının esas sermaye rakamından küçük olmasıdır²⁰⁵. Diğer bir tanıma göre de bilanço zararının,

²⁰² Türk, A., s.20.

²⁰³ Türk, A., s.25.

²⁰⁴ Tekinalp, s.621 (Yeni Hukuk).

²⁰⁵ Türk, A., s.16 49 no.lu atf.

68 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

bilançodaki tüm yedek akçelerin toplamını aşmasıdır²⁰⁶. Tekinalp, sermaye kaybını TTK m.139/1'e paralel olarak "bilanço zararının, şirket sermayesi ile kanuni yedek akçesinin toplamının yarısına ulaşması" olarak tanımlamıştır²⁰⁷. Burada bahsedilen sermayenin ödenmiş olup olmadığına önemi yoktur²⁰⁸. Hesaplama ise itibari değer esas alınır.

Anonim şirketlerde sermaye kaybı ve borca batıklık halini düzenleyen TTK m.376'nın 1. ve 2. fıkralarında ise iki farklı sermaye kaybından bahsedilmiştir²⁰⁹. TTK m.376/1'de "Sermaye ile kanuni yedek akçenin toplamının yarısının zarar nedeniyle karşılıksız kalması", 2.fıkırada ise "Son yıllık bilanço'ya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması" düzenlenmiştir. Her iki fıkrada da birtakım önlemler ve sonuçlar belirtilmiştir. Temel olarak, YK'nun sermaye kaybı halinde alması gereken önlemler belirlenirken son yıllık bilançonun esas alınması ve bu bilançoda görünen sermaye ile kanuni yedek akçelerle zararın karşılanması öngörülmüştür²¹⁰.

TTK m.376/1 hükmü uyarınca, son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, YK (limited ortaklıkta müdür veya müdürler kurulu), GK'ü hemen toplantıya çağırmalı ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunmalıdır. Sermaye kaybı, yıllık bilanço'ya dayanarak hazırlanacak bir ara bilançodan anlaşılabilir²¹¹. Dikkat edilmesi gereken husus, burada gizli yedek akçelerin hesaba katılmayacak olmasıdır²¹². Bir başka

²⁰⁶ Türk, A., s.18.

²⁰⁷ Tekinalp, s.620 (Yeni Hukuk)

²⁰⁸ Kayar, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Mimoza Yayınları, Konya, 1997, s.111.

²⁰⁹ İsv. BK m.725'de sermaye kaybı ve borca batıklık durumuna ilişkin düzenlemede sermaye kaybı haliyle ilgili olarak, sadece sermayenin yarısının kaybindan bahsedilmiştir. Buna göre, "1. Son yıllık bilanço'ya göre, sermayenin ve kanuni yedek akçelerin toplamının yarısının karşılıksız kalması halinde, YK'nun gecikmeksizin GK'ü toplaması ve iyileştirici mali önlemleri teklif etmesi zorunludur. 2. Borca batıklık durumu için kuvvetli bir şüphenin varlığı durumunda, lisanslı bir denetçi tarafından bir ara bilançonun çıkarılması zorunludur. Ara bilançoda, malvarlığı ister işletme değeri isterse tasfiye değeri üzerinden değerlendirilsin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması durumunda YK, bazı alacaklıların şirket zararının karşılanıncaya kadar diğer tüm alacaklıların alacaklarından sonraki sıraya konulmasını kabul etmedikleri takdirde durumu mahkemeye bildirmelidir. 3. Şirketin bir denetçisinin olmaması durumunda, lisanslı denetçinin, sınırlı bir denetim yapan denetçinin raporlama göreviyle uyumlu olması gerekir.

²¹⁰ Manavgat, Çağlar (Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Hayal): Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 574.

²¹¹ Pulaşlı, C.II. s.1089 (Şerh).

²¹² Türk, A, s.122, Pulaşlı, C.I. s.1089 (Şerh).

husus ise, sermaye ve kanuni yedek akçelerin en az yarısının zarar nedeniyle karşılıksız kalmasıdır. Yani, örneğin $\frac{1}{4}$ 'ü karşılıksız kalmış ise, TTK m.376/1 anlamında sermaye kaybı oluşmayacak ve GK'ü toplamaya gerek kalmayacaktır.

GK'un toplanmasından amaç, pay sahiplerinin, sermaye kaybından haberdar edilmesidir. Bunun yanı sıra, pay sahiplerine, mali durumun iyileştirilmesi için gereken önlemler hakkında bilgi vermek ve bir karar alınmasını da sağlamak gereklidir²¹³. Bu önlemler ilgili maddede sayılmamakla birlikte²¹⁴ maddenin gerekçesinde "Sermayenin artırılması, bazı üretim birimlerinin veya bölümlerin kapatılması ya da küçültülmesi, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi vs" gibi hususlara yer verilmiştir²¹⁵. Bu önlemlerden birisi de, şirketin, söz konusu sermaye kaybını karşılayacak ölçüde serbestçe kullanılabilir öz varlıkları olan bir şirketle birleşmesidir²¹⁶. Bu noktada, YK, TTK m.553 çerçevesinde yer alan sorumluluğunun gereği olarak, şirketin mali durumunun iyileştirilmesi için her olanağı dikkate almak durumundadır²¹⁷.

Sermaye kaybının daha ağırlaştığı bir başka hal ise, TTK m.376/2' de düzenlenen ve "Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar nedeniyle karşılıksız kalmasıdır". Şüphesiz ki, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının $\frac{2}{3}$ 'ünün zarar nedeniyle karşılıksız kalması hali, borca batıklık şüphesini uyandıran bir haldir²¹⁸. Böyle bir durumda da YK hemen bir ara bilanço düzenletmelidir²¹⁹. Burada aktiflerin satış fiyatı üzerinden bilanço hazırlanmalıdır²²⁰. Ayrıca YK, derhal GK'ü toplamalı ve GK'da, sermayenin (ve yedek akçenin) kalan üçte biri ile yetinme ya da sermayenin tamamlanmasına karar verilmelidir. Aksi takdirde şirket kendiliğinden sona erecektir. Burada belirtilen üçte biri ile yetinme, TTK m.376/2'nin gerekçesinde, "sermayenin azaltılıp zararın bünyeye dışına atılması, tamamlama ile

²¹³ Türk, A, s.111.

²¹⁴ Kaynak Kanunda da önlemlerden söz edilmemiştir. Bununla birlikte, YK'a, GK'ü toplama ve durumdan bilgilendirme görevi yüklenmiştir. Bkz. Von Salis, Ulysses : Kapitalverlust und Sanierungsfusion, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, hrsg. von Thomas Sprecher, EuropaInstitut, Zürich 2011, 149-181, s.8.

²¹⁵ Pulaşlı, söz konusu önlemleri iki kategoride toplayarak, "işletme organizasyonunun iyileştirmeye yönelik önlemler" ve "finansal nitelikli önlemler" olarak adlandırmıştır. Bkz. Pulaşlı, C.I. s.1092 (Şerh).

²¹⁶ Tekinalp, s.622. (Yeni Hukuk), Bilanço zararlarının kapatılması için sermayenin azaltılması ve "kuruncu birleşme" de birer önlemdir Bkz. Von Salis, s.10.

²¹⁷ Türk, A, s.112.

²¹⁸ Türk, A., s.150.

²¹⁹ Türk, A., s.152.

²²⁰ Türk, A., s.153.

70 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması veya bilanço açıklarının pay sahiplerinin tümünce veya bazı pay sahipleri tarafından kapatılması ya da bazı alacaklıların alacaklarını silmesi olarak” açıklanmıştır²²¹.

Sermayenin tamamlattırılması ne anlama gelmektedir? Burada önce sermaye azaltımı bununla eşzamanlı bir sermaye artırımı öngörülebilir. GK, esas sermayesini özkaynaklar düzeyine indirdikten sonra tamamlamaya karar verebilir²²².

GK, yukarıda bahsedilen iki karardan birini almadığı takdirde şirketin kendiliğinden sonra ermesi söz konusu olur.

Son olarak belirtilmesi gereken bir başka husus ise sermaye kaybında GK'un, YK'unu görevden alma seçeneğine sahip olmasıdır²²³.

4.3.1.2. Borca Batıklık

Borca batık bir şirketin de aynı sermaye kaybı yaşayan bir şirket gibi bir başka şirketler birleşmesi mümkündür. TTK'da “borca batıklık halinde birleşmeye katılma” düzenlenmekle birlikte, borca batıklık hali ne 139.maddede ne de 376.maddede tanımlanmıştır.

Tekinalp, borca batıklık durumunu “Ortaklığın aktiflerinin borçlarını karşılayamaması ve ortaklığın üçüncü kişilere karşı yükümlülüklerini yerine getirecek durumda bulunmaması”²²⁴, Manavgat ise, “şirketin aktiflerinin borçlarını karşılamaya yetmemesi hali” olarak tanımlamıştır²²⁵.

TTK m.376/3'ün gerekçesinde, borca batık olma hali “*şirket aktifleri -yıllık bilançoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil - fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması*” olarak tanımlanmıştır.

²²¹ Yargıtay, üçte bir sermaye ile yetinmenin esasen “basitleştirilmiş sermaye indirimi” olduğunu belirtmiştir. Bkz. Türk, A., s.157 44 no.lu dipnot.

²²² Türk, A., s.163.

²²³ Von Salis, s.13.

²²⁴ Tekinalp, s.621. (Yeni Hukuk)

²²⁵ Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s.585, Aynı tanım için Bkz. Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s.7, Yarıcı, Hülya: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Ulaşma Yoluyla Yenden Yapılandırılması, Legal Yayınları, İstanbul, 2007, s.49.

Borca batıklık, sermaye kaybına nazaran çok daha ağır bir durumdur. Borca batıklık, ödeme aczinin bir ileri aşamasıdır²²⁶. Borca batıklık durumunda İİK m.179 gereği, şirketin iflasına hükmedilir²²⁷.

TTK m.376/3 hükmü, borca batıklık durumuna ilişkin bazı önlemler öngörmüştür. Bu fıkranın amacı alacaklıların korunmasıdır²²⁸. Bu nedenle de kanun koyucu, TTK m.376/3 ile borca batıklık şüphesi uyandıran işaretler varlığı halinde birtakım işlemlerin yapılmasını zorunlu kılmıştır. Maddenin gerekçesinde, bu işaretlerin yıllık bilançodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin, erken teşhis komitesinin raporlarından ve/veya yönetim ile YK'nun belirlemelerinden ortaya çıkabileceği açıklanmıştır.

Böyle bir durumda yapılması zorunlu kılınan işlemler şöyle düzenlenmiştir:

1) Yönetim Kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartmalıdır. Ara bilanço, şirketin güncel veya yakın gelecekteki koşullar içinde borç ödeme olanaklarını belirlemeyi amaçlar²²⁹. Gerekçede, muhtemel satış fiyatları üzerinden ara bilanço çıkarılmasının amacının “Şirketin iflası için YK'nun mahkemeye başvurusuna gerek olup olmadığı ortaya koymak olduğu” belirtilmiştir. Bu bilançonun amacı ise, şirketin hâlihazırdaki borç ödeme olanaklarını ortaya koyabilmektir²³⁰. Bu maksatla muhtemel satış fiyatları dikkate alınır²³¹.

2) Bu bilançoların her ikisinden de aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirmeli ve şirketin iflasını istemelidir. Bilançolardan birisi, aktiflerin borçları karşılamaya yettiğini gösteriyor ise iflas başvurusuna gerek yoktur²³². Burada

²²⁶ Yarıcı, s.49.

²²⁷ 2004 Sayılı İİK m.179/1: *Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir.*

²²⁸ Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s.585.

²²⁹ Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s.585.

²³⁰ Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s.586.

²³¹ Manavgat, burada değer ile fiyat arasındaki kavram farklılığına dikkati çekmiş ve “değer”in “öz”e, “fiyat”ın ise “belirli bir varlığa üçüncü kişilerin atfettiği önem” olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s.586.

²³² Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s.587.

72 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

önemli olan bir başka husus ise, YK'nun ara bilançoları GK'a onaylatma zorunluluğu olmamasıdır.

3) İflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını (rangrücktritt) yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanını veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış ise iflas bildirim yapılmayacaktır²³³. Gerekçede "alacaklılar tarafından kabul edilen bu taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak düzeydeyse, kısa vadeli olmayıp süreklilik arz eder nitelikteyse ve taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara bağlanmamış ise mahkemeye bildirimde bulunulmamaacağı" ifade edilmiştir.

4) Şirket borçlarının alacaklılarının, alacaklarının sırasını en sona aldıkları ve bunun da borca batıklık durumunu ortadan kaldırması durumunda buna ek olarak bir birleşme söz konusu olur ise, TTK m.139 değil m.137 hükmü uygulanacaktır²³⁴. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirim olarak kabul olunacaktır.

5) TTK m.377'de, "iflasın ertelenmesi" düzenlenmiştir. Bu maddede "Yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklının yeni nakit sermaye konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebileceği" hükmü yer almıştır. Bu noktada, YK tarafından mahkemeye "birleşme sözleşmesi" bir proje olarak sunulabilir ve iflasın ertelenmesi talep edilebilir²³⁵. YK'nun, GK'a bir birleşme planı sunması, GK'da konunun görüşülmesi ve olumlu bir karar çıkması durumunda, iflasın ertelenmesinin istenmesi mümkün görülmektedir. Burada vurgulanması gereken diğer bir husus, birleşmeye katılacak şirketin, borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak özvarlığa sahip olduğu hususunda mahkemeye inandırıcı kanıtlar sunulmasıdır.

²³³ Alacaklıların bu işlemi kabul etmeleri durumunda da YK'nun GK'ı toplama ve bilgilendirme yükümü devam eder. Çünkü bu yapılandırma, esasen şirket aktiflerinde bir artma ortaya koymamakta sadece geçici bir rahatlama sağlamaktadır. Bkz. Von Salis, s.15.

²³⁴ Tekinalp, s.622. (Yeni Hukuk).

²³⁵ Tekinalp, s.622. (Yeni Hukuk).

4.3.2. Sermaye Kaybına Uğrayan veya Borca Batık Şirketlerin Birleşmeye Katılması

TTK m.139/1’de, “Sermayesiyle kanuni yedek akçelerinin yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe, tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir” hükmüne yer verilmiştir. İkinci fıkrada, bu şartın gerçekleşmiş olduğunu ispatlayan belgelerin, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulması da zorunlu tutulmuştur.

Kaynak Kanun’un 6.maddesine²³⁶ kısmen karşılık gelen bu hükmün temel amacı, sermaye kaybı veya borca batıklık yaşayan şirketlerin kurtarılmasıdır (Sanierungsfusion)²³⁷. Kaynak Kanununun 6.maddesi ayrıca, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılarının, alacaklarının sırasını, diğer tüm alacaklıların alacaklarından sonraki sıraya koymayı kabul etmeleri halinde, ilk cümlede yer alan “serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olma” şartının uygulanmayacağına hükmetmiştir. TTK m.139’da yer almayan bu hüküm, TTK m.376/3.fıkrasında, iflas kararı verilmeden önce mahkemeye sunulacak ve iflas kararını önleyebilecek bir tedbir olarak konulmuştur²³⁸.

TTK m.139/1’de her ne kadar sermaye kaybının, “sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamının yarısını zararlarla kaybolması” olarak tanımlansa da aynı maddede borca batıklık halinde bile birleşmenin öngörülmüş olması, sermaye kaybının üçte ikilik bir oranla gerçekleşmesi halinde haydi haydi birleşme kararının verilebileceğine işaret etmektedir²³⁹. Bu halde de YK, hazırlayacağı bir birleşme planını gerekçeleriyle birlikte GK’a sunmalı

²³⁶ FusG m.6: Sermaye kaybı yaşayan ya da borçları malvarlıklarını aşan şirketlerin birleşmeye katılması: 1) İtibari paylarının ya da sermaye ve kanuni yedeklerinin yarısını kaybeden veya borçları malvarlıklarını aşan bir tüzel kuruluş, sermaye kaybını karşılayabilecek ya da mümkünse bu açığı kapatabilecek miktarda serbestçe kullanılabilir özvarlığı olması kaydıyla başka bir tüzel kuruluş ile birleşebilir. Bu şart, birleşmeye katılan kuruluşların alacaklılarının alacaklarını, diğer bütün alacaklılardan sonraki sıraya koymaları halinde uygulanmaz. 2) Yüksek idari organ ya da yönetim organı, ticaret siciline, birinci fıkradaki şartın yerine getirildiğini teyit eden özel bir denetçinin onayladığı bir rapor sunmalıdır.

²³⁷ Tekinalp, s.619 (Yeni Hukuk) Göktürk bu birleşme modelini “iyileştirici birleşme” olarak nitelendirmiştir. Bkz Göktürk, s.639.

²³⁸ Görüldüğü gibi, İsviçre Birleşme Kanunundaki düzenleme, İsv. BK m.725 hükmü ile uyum içindedir.

²³⁹ Tekinalp, s.622. (Yeni Hukuk). Kendigelen, “çoğun içinde azın da bulunduğu” kuralı nedeniyle borca batıklık halinde birleşmenin öngörülmesinden dolayı ayrıca sermaye kaybı halinde de birleşmenin öngörülmesinin gereksiz olduğuna işaret etmiştir. Bkz Kendigelen, s.138.

74 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ve serbestçe kullanılabilir öz varlıkları olan bir şirketle, devrolma yoluyla birleşmeyi teklif etmelidir.

Tekinalp'e göre, sermaye kaybı sermaye şirketlerine özgü bir kavramdır²⁴⁰. Şahıs şirketlerinde sermayenin korunması ilkesi geçerli olmadığı için, sermaye kaybı yaşayan şahıs şirketleri olağan birleşme şartlarını taşır. Şahıs şirketleri bakımından borca batıklık durumunda bahse konu madde hükmü uygulanır²⁴¹. Oysaki kaynak Kanun 6.maddedeki düzenlemede, sermaye ve şahıs şirketleri açısından iki farklı düzenlemeye yer verilmiştir. Sermayesi paylara bölünebilen şirketler ki bunlar AŞ, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, limited şirket ve kooperatiflerdir- bu şirketler için itibari paylarının yarısının karşılıksız kalma hali, şahıs şirketleri içinse sermaye ve kanuni yedeklerinin yarısının karşılıksız kalmasından bahsedilmiştir²⁴².

Özel bir birleşme türü olarak düzenlenen TTK m.139/1 hükmü, finansal durumları kötü şirketlerin kurtarılması için bir olanak sağlamayı amaçlamıştır²⁴³. Bu tür birleşmeye "onarıcı veya kurtarıcı birleşme" de denilmektedir²⁴⁴. Sermaye kaybı veya borca batıklık durumunda birleşmeyi düzenleyen hükümde, karşı taraf için bazı şartlar öngörülmüştür. Buna göre, devralacak şirketin, sermaye kaybı veya borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edebilecek özvarlığa sahip bulunması zorunlu tutulmuştur.

Gerekçede "Serbestçe tasarruf edilebilir özvarlık ile sermaye ve belli bir harcanma amacına bağlanmamış yedek akçelerin anlaşılması gerektiği, toplam özvarlıktan sermaye, müstahdem ve işçiler için ayrılmış yedek akçeler gibi bir amaca bağlı ihtiyari yedek akçeler ve genel kanuni yedek akçenin harcamalar için kanunen tahsisli kısmı çıktıktan sonra kalan özvarlık üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği" belirtilmiştir. Bununla birlikte "ihtiyari yedek akçenin tahsis amacı genel kurulca kaldırılırsa o yedek akçenin de serbest özvarlığa ekleneceği" de ayrıca vurgulanmıştır.

²⁴⁰ Tekinalp, s.620. (Yeni Hukuk).

²⁴¹ Tekinalp, s.620. (Yeni Hukuk).

²⁴² Von Salis, s.18.

²⁴³ Tekinalp, s.619. (Yeni Hukuk).

²⁴⁴ Tekinalp, s.620. (Yeni Hukuk).

Serbestçe kullanılabilir öz varlık, şirketin her zaman ve hiçbir şarta bağlı kalmaksızın kullanılabileceği yedek akçelerdir²⁴⁵. Örneğin genel kanuni yedek akçelerin belirli bir amaç için ayrılmamış olan kısmı bu kapsamda sayılabilir²⁴⁶.

Sonuç olarak, birleşme için devralan şirketin, devrolunan şirketin sermaye kaybını veya borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe kullanılabilir özvarlığının bulunması gerekir. Kanun koyucu, bu şartın varlığını yeterli bulmayıp aynı zamanda bu durumu ispatlayan belgelerin devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulmasını da zorunlu tutmuştur (TTK m.139/2).

TTK m.376 hükmünün, anonim şirketlerde sermaye kaybı ve borca batıklık hallerini özel olarak düzenleyen bir madde olduğu yukarıda belirtilmişti. Aynı hüküm, limited ortaklıklara da kıyas yoluyla uygulanabilecektir (TTK m.633). Gerçekten de sermaye kaybı, sermaye şirketlerine mahsus bir kavramdır. Öte yandan borca batıklık durumu, şahıs şirketleri için de söz konusu olmakla birlikte esasen sermaye şirketleri için düzenlenen bir haldir. Her iki durumda da, şirket tarafından kısa zamanda tedbir alınması gerekmektedir.

Sermaye kaybı ya da borca batıklık halinde birleşme için öngörülen şartlar dikkate alındığından bu sürecin bilanço boyutu da dikkate değerdir. Bu çerçevede dört farklı bilançodan bahsetmek yanlış olmayacaktır. Bunlar sırasıyla, sermaye kaybı veya borca batıklığı gösteren şirket bilançosu, bu kaybı veya borca batıklığı karşılayacak serbestçe kullanılabilir özvarlığa sahip şirket bilançosu, bu şirketlerin birleşmesi halinde sermaye kaybının veya borca batıklığın giderildiğini ortaya koyan farazi bilanço (hypothetische Bilanz) ve birleşme sonrası açılış bilançosu (Eröffnungsbilanz) olarak özetlenebilir²⁴⁷.

Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde birleşmede değişim oranının hesaplanmasında, net özvarlıkları üzerinden hesaplama yapılmalıdır.

²⁴⁵ Tekinalp, s.621. (Yeni Hukuk).

²⁴⁶ TTK m.519/3'de "Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir" ifadesi de bunu açıklar.

²⁴⁷ Von Salis, s.20.

76 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

4.3.3. Sermaye Kaybı veya Borca Batık Sermaye Şirketlerinin Şahıs Şirketleri İle Birleşmeleri

TTK m.139/1 hükmü, sermaye kaybı ve borca batıklı yaşayan şirketlerin devrolunan şirket olmalarını öngörmektedir. Bu durumdaki şirketlerin şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket konumunda birleşmeleri söz konusu olabilir mi?

TTK m.137 hükmü, sermaye şirketlerinin şahıs şirketleriyle birleşmelerine ancak sermaye şirketlerinin devralan şirket olması durumunda cevaz vermiştir. Bunun gerekçesi de daha önce de belirtildiği gibi, ortaklarının sınırlı sorumlu olduğu bir ortaklığın, sınırsız sorumlu bir ortaklığa devriyle yaşanacak sorunların önlenmesidir. Öte yandan TTK m.139/1 hükmü, “*sermaye kaybı yaşayan veya borca batık bir şirketin, devrolunan şirket (birleşmeye katılan) statüsünde olması kaydıyla ve serbestçe tasarruf edilebilecek öz varlıkları olan bir şirketle birleşmesini*” zorunlu kılmaktadır²⁴⁸. Bu madde hükmüne göre, sermaye kaybı olan veya borca batık bir sermaye şirketi de ancak devrolunan şirket olması kaydıyla bir şahıs şirketiyle birleşebileceği sonucuna varılabilecektir. Yani bu halde de m.137 hükmü amir olmalı ve devralan şirket sermaye kaybı veya borca batıklık yaşayan sermaye şirketi olmalıdır.

²⁴⁸ Maddenin gerekçesinde, birinci fıkrada, “Batık şirket devralan veya devrolunan olabilir, eksik veya borca batık bilançonun devralan veya devrolunan şirket bulunması önemli değildir” denilmiştir.

İKİNCİ KISIM

BİRLEŞMEYE HÂKİM OLAN İLKELER

Şirket birleşmelerinde eski TTK düzenlemesinde mevcut olan tasfiyesiz sona erme ve külli halefiyet ilkeleri yeni düzenlemede de muhafaza edilmiştir. Yeni düzenlemede, ortakların, alacaklıların, özel hak sahiplerinin ve çalışanların da korunması amaçlanmıştır²⁴⁹.

I. MALVARLIKLARININ BİRLEŞMESİ

Birleşme işlemi, esasen malvarlıklarının birleşmesidir²⁵⁰. Malvarlıkları birleşmiyorsa m.136 anlamında birleşmeden söz edilemez²⁵¹. TTK m.136/4’de düzenlenen “Birleşmeyle devralan şirket, devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır” hükmü bu ilkeyi açıklamaktadır.

Devralma yoluyla birleşmede, birleşme sözleşmesini onaylayan kararının tescili ile devralan şirket, devrolunan şirketin malvarlığını kendiliğinden iktisap eder. Yeni kuruluş şeklindeki birleşmede ise, birleşmeye katılan şirketlerin birleşme sözleşmesini onaylayan kararlarının tescili ile yeni kurulan şirketin tescili eş zamanlı gerçekleşerek ile birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıkları, yeni kurulan şirkete kendiliğinden geçer. Bu durumda birleşen şirketlerin tasfiye olmaksızın tüzel kişiliği sona erer²⁵².

II. KÜLLİ HALEFİYET (UNIVERSAL ZUKSESSION- UNIVERSAL SUCCESSION)

Külli halefiyet, bir malvarlığının bir bütün (kül) olarak bir başkasına intikal etmesidir²⁵³. Tekinalp, külli halefiyet ilkesini “bir kişiye ait malvarlığı unsurlarının, kanunda öngörülmuş özel devir şekillerine uyulmaksızın tek bir olgu ile bir bütün halinde başkasına ve başkalarına geçmesi” olarak tanımlamıştır²⁵⁴. Burada özel devir şekillerine bakılmaksızın tek bir işlem ile

²⁴⁹ Coştan, Hülya: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009, s.1.

²⁵⁰ Tekinalp, s.613. (Yeni Hukuk)

²⁵¹ Bahtiyar, s.51.

²⁵² Pulaşlı, C.I.s.113 (Şerh).

²⁵³ Yasaman, s.22.

²⁵⁴ Tekinalp, s.613 (Yeni Hukuk).

78 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

devir söz konusudur²⁵⁵. Külli halefiyet ancak kanunun öngördüğü hallerde söz konusu olur²⁵⁶. Cüzi halefiyetin tersi bir anlam taşır²⁵⁷.

Malvarlığı kavramı, Türk ve İsviçre Hukuklarında aktifi ve pasifi ile bir bütünü ifade eder²⁵⁸. Alman Hukukunda ise sadece aktifleri içerir²⁵⁹.

TTK'da, ticari işletmenin malvarlığının kural olarak bir bütün halinde devri benimsenmiş ve TTK m.11/3'de "*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir*" şeklinde yeni bir hüküm vazedilmiştir. TTK m.11/3'de yer alan bu hükümle, malvarlığı içinde yer alan ve devri için özel kanunlarda düzenlenen zorunlu tasarruf muamelelerine gerek duyulan bazı varlıkların, söz konusu tasarruf muamelelerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek kalmadan bir bütün halinde devri ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği belirtilmiştir. Bu hükümle ile ticari işletmenin rehni dâhil hukuki muamelelerin tümü için ortak bir düzenleme getirilmiştir²⁶⁰.

TTK'da, ticari işletmenin devri için külli halefiyet ilke olarak benimsenmekle birlikte, devir sözleşmesinde malvarlığına dâhil bir kısım unsurların, sözleşme kapsamı dışında bırakılabileceği de hükme bağlanmıştır (TTK m.11/3 2.cümle). Malvarlığı unsurlarından aktiflerin bir kısmının sözleşme kapsamı dışında bırakılabilmesi mümkün olmakla birlikte pasiflerin bir kısmı ya da tümünün kapsam dışında tutulması mümkün değildir (TBK 202/1).

Yeni TTK hükümleriyle şirketlerin birleşmesi bakımından da külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir. TTK m.136/4 1.cümlede "*Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralır*" hükmü ile malvarlığının bir bütün olarak devri esas alınmıştır. Buradaki geçiş tek bir işlemle (uno actu) gerçekleşir²⁶¹. Burada amaç malvarlığının sürekliliğini sağlamaktır²⁶².

Eski TTK'da da birleşmede külli halefiyet ilkesi kabul edilmekle birlikte²⁶³ (Eski TTK m.151), anonim ortaklıkların birleşmesini düzenleyen eski

²⁵⁵ Tekinalp, s.613. (Yeni Hukuk)

²⁵⁶ Keşli, s.170, Yasaman, s.22, Tekinalp, s.613. (Yeni Hukuk).

²⁵⁷ Türk, H.S. s.177 (Birleşme).

²⁵⁸ Acemoğlu, Kevork: Borçlar Kanununun 179.maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971, s.14, Yasaman, s.7.

²⁵⁹ Acemoğlu, s.14.

²⁶⁰ Bu durumda, 1447 sayılı TİRK'na gerek kalmadığı ileri sürülebilir. Ancak, kişisel kanaatimiz, TİRK'nun da muhafaza edilmesi yönündedir.

²⁶¹ Türk, H.S. 161 (Birleşme).

²⁶² Pulaşlı, C I, s.112 (Şerh).

²⁶³ Güven, s.105.

TTK m.451/6 hükmü ile “Her iki şirket malları, ancak infisah eden bir anonim şirket mevcudunun pay sahiplerine dağıtılması caiz olduğu anda birleştirilebilir” denilerek, sona eren şirketin malvarlığının, kanundaki şartlar gerçekleşene kadar devralan şirketin malvarlığı ile karıştırılmayacağı hükme bağlanmıştı²⁶⁴. Yeni TTK’da, birleşmenin tescili ile sona eren şirketin malvarlığının kendiliğinden devralan geçeceği belirtilmiştir (TTK m.153/1). Burada sözü edilen birleşme devralma yoluyla birleşmedir. Yeni kuruluş şeklindeki birleşmede ise, birleşme sözleşmesinin ve yeni şirketin tescili ve dolayısıyla tüzel kişilik kazanmasıyla sona eren şirketlerin malvarlıkları kendiliğinden yeni kurulan şirkete geçer.

Külli halefiyet, kanaatimizce sonuçları açısından önem arz etmektedir. Sona eren şirket malvarlığı, bütün aktif ve pasifiyle, birleşme kararının tescili ile kendiliğinden devralan şirkete kendiliğinden geçer (TTK m.153/1)²⁶⁵. Buradaki tescil kurucudur (TTK m.153/1, ilk cümlede “birleşme birleşme sözleşmesinin tescili ile geçerlilik kazanır” ifadesi bunu ifade etmektedir).

TTK m.11/3 gereğince, malvarlığının devri için, zorunlu tasarruf muamelelerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek kalmadan birleşme sözleşmesinin tescili ile devralan şirket bu malvarlığını iktisap etmiş olur²⁶⁶. Burada tescil için özel işlemler yapılmaksızın yani tescilsiz iktisap söz konusudur²⁶⁷. Diğer bir deyimle tek bir işlem, birçok işlemin yerini almaktadır²⁶⁸.

Külli halefiyet ilkesinin bir diğer sonucu aktifler gibi pasiflerin de devralan (veya yeni kurulan şirket) tarafından kendiliğinden iktisap edilmesidir. Sona eren şirketin alacaklıları, devralan ya da yeni kurulan şirketin alacaklısı olur. Burada borçlu değişmiştir²⁶⁹. Bilindiği gibi, borcun üstlenilmesi, borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılacak bir iç borç üstlenme sözleşmesiyle ger-

²⁶⁴ Yasaman, s.24.

²⁶⁵ Yargıtay’ın birçok kararında külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak devrolunan şirketin tüm aktif ve pasiflerinin devralan şirkete geçeceği, külli halefiyet ilkesine bağlı olarak devrolunan şirketin borçlarından da devralan şirketin sorumlu olacağı ve taraf ehliyetinin tüzel kişilik sona erdikten sonra devralan şirkete ait olacağı vurgulanmıştır. Bkz. HGK’nun 20.03.1963 gün ve 1963/6-65E. 1963/31K. Sayılı Kararı, 4. HD’nin 23.05.1995 gün ve 1994/8253E. 1995/4358K. Sayılı Kararı, 13 HD’nin 07.05.2008 gün ve 2008/56E. 2008/6260K. Sayılı Kararı, 19 HD’nin 04.03.2008 gün ve 2007/6680E. 2008/19969K. Sayılı Kararı, 11. HD’nin 08.03.2011 gün ve 2009/9737E. 2011/2439K. Sayılı Kararı.

²⁶⁶ Külli halefiyet ilkesi, Kaynak Kanun olan İsv. Birleşme Kanunu’nda (FusG) da benimsenmiştir. Tek bir işlemle özel devir işlemlerine gerek kalmadan devir gerçekleşmektedir. Bkz. Vogel/Günter, s.595.

²⁶⁷ Yasaman, s.28, Bununla birlikte, malvarlığında yer alan ve özel kanunlar gereğince üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için özel sicillere tescili gereken unsurların sicildeki kaydının düzeltilmesi için devralan (veya yeni kurulan) şirket tarafından talepte bulunulması gereklidir. Bkz Türk, H.S. s.186-187 (Birleşme).

²⁶⁸ Türk, H.S. 165 (Birleşme).

²⁶⁹ Yasaman, s.28.

80 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

çekleşir (TBK m.195/1). İç üstlenme sözleşmesi, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılır ve üçüncü kişinin borçluyu borçtan kurtarma vaadini içerir²⁷⁰. Öte yandan, üçüncü kişi, alacaklı ile bir dış üstlenme sözleşmesi yapar ve borçlunun yerine yeni borçlunun geçmesi ve borcundan kurtulması mümkün olur (TBK m.196/1). İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir (TBK m.196/2). Burada dikkat edilmesi gereken husus, alacaklının iç üstlenme sözleşmesini açık veya örtülü şekilde kabul etmesidir. Yani eğer alacaklı iç üstlenme sözleşmesini kabul ederse diğer bir deyişle yeni borçlu tarafından borcun ifasını kabul ederse ya da onun borçlu sıfatıyla yaptığı diğer bir işleme rıza gösterirse borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır (TBK m.196/3). Buna göre, borcun devri için alacaklının rızasına ihtiyaç vardır. Külli halefiyet ilkesi, bu genel kuralın bir istisnasıdır. Dolayısıyla malvarlığı veya işletmenin devri veya şirketlerin birleşmesinde alacaklının rızasına gerek yoktur. (Külli halefiyet ilkesi, işletmenin devri ve birleşmesi ile şirketlerin birleşmeleri konularında, kanun gereği benimsenen bir ilkedir). Alacakların güvenceye bağlanması halinde, devrolunan (veya yeni şirkette birleşen) şirket/şirketlerin sona ermesi ile güvenceler de yeni oluşumda devam eder²⁷¹. Örneğin güvence bir taşınmaz ipoteği bu durumda tapudaki kayıt, devrolan şirketlerden birine ait bir işletmenin rehni söz konusu ise, bu durumda ticaret sicilindeki kayıt düzeltilmelidir.

Alacak, bir kefil veya rehin ile güvence altına alınmışsa, bu durumda ne yapılmalıdır? TBK m.198/2 gereğince, "Borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişi veya kefilin sorumluluğu, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder". Kanaatimizce, burada da pasiflerin devri için borçlunun rızasının alınmasına gerek olmadığı düşüncesine paralel olarak, rehin veya kefilin sorumluluğu ortadan kalkmacaktır²⁷².

Birleşme sürecinden alacaklıların yanısıra etkilenebilecek bir başka taraf ise şirket çalışanlarıdır. Malvarlığı içinde çalışanlara ait alacak hakları da bulunmaktadır. Dolayısıyla çalışanlarının haklarının sürekliliği bakımından külli halefiyet ilkesi büyük önem arz eder²⁷³.

²⁷⁰ Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Gözden Geçirilmiş 10.Bası, Vedat Kitapçılık, 2013, s.587.

²⁷¹ Yasaman, s.28.

²⁷² Aynı görüş için bkz. Yasaman s.29.

²⁷³ Zeytinoglu, Emin: İşletmelerde İşveren Değişikliğinin İş Sözleşmelerine Etkileri, (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004) s.183.

TTK'da ticari işletmenin devrini düzenleyen m.11/3 hükmü, malvarlığının bir bütün halinde devrini düzenlemekle birlikte sözleşme ile bir kısım mal varlıklarının kapsam dışında bırakılabileceğini öngörmüştür. Aynı şekilde, birleşmede de devrolunan veya yeni kurulan şirkette birleşen ve sona eren şirketlerin bir kısım malvarlıklarının birleşme sözleşmesi dışında bırakılması mümkün müdür? Kanaatimizce böyle bir durum birleşme bakımından söz konusu değildir. Çünkü şirket birleşmesini düzenleyen hükümlerde, m.11/3'de olduğu gibi malvarlığının aktif ve pasifleriyle devrinde, bütünlük ilkesinin aksinin sözleşmeyle öngörülebileceği belirtilmemiştir. Kaynak Kanunda da malvarlığının bir bütün olarak intikali kabul edilmiştir²⁷⁴.

III.TASFİYESİZ SONA ERME (AUFLÖSUNG OHNE LIQUIDATION- TERMINATION WITHOUT LIQUIDATION)

Şirketlerin sona ermesi, İnfisah ve fesih olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. İnfisah, kelime anlamı itibariyle bozulma, hükümsüz kalmaktır²⁷⁵. İnfisah, kanunda ve/veya esas sözleşmede öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi ile bir karar alınmasına ya da bir ihbarda bulunulmasına gerek olmaksızın ortaklığın kendiliğinden (ipso iure) sona ermesidir²⁷⁶. İnfisah, sebebin gerçekleşmesinden itibaren ileriye doğru sonuç doğurur. İnfisah şartlarının oluşması durumunda bunun tespiti talep edilebilir. Fesih ise, kanun ve/veya esas sözleşmede yer alan sebeplerden birine dayanarak bu yetkiye sahip olanlar tarafından ortaklığın sona erdirilmesidir²⁷⁷.

Tasfiye, şirketlerin infisah ve fesih ile sona ermesini müteakip, malvarlığının satılarak şirket borçlarının ödenmesi ve kalan miktarın da ortaklar arasında tasfiye paylarına göre pay edilmesi sürecidir. Tasfiye, şirketin sona ermesi ile tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silinmesi arasında geçen ve şirketin tüm iç ve dış ilişkilerini sonlandırdığı bir dönemdir²⁷⁸.

TTK hükümlerine göre sona eren şirketler tasfiye sürecine girer²⁷⁹. Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda tasfiyesiz olarak da sona ererler²⁸⁰. Bunlardan biri de birleşmedir. Birleşmede en az bir şirket tasfiyesiz sona

²⁷⁴Gersbach, Andreas: Fusionsgesetz (FUSG), Die Besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung, s.2. Metinde "hepsi ya da hiçbiri" "alles oder nichts" olarak ifade edilmiştir.

²⁷⁵ Kavak, Ahmet: Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s.27, 55 no.lu atıftan naklen alıntı, Devellioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Aydın Kitapevi, s.522.

²⁷⁶ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s.807.

²⁷⁷ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s.813.

²⁷⁸ Yasaman, s.19, Kılıç, s.24.

²⁷⁹ Türk, H.S. s.133 (Birleşme).

²⁸⁰ Kavak, s.29.

82 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

erer²⁸¹. Bu işlemde, devrolunan (veya yeni kurulan şirkete katılan) şirket/şirketler, tasfiyeye girmezler. Sona erme ve tüzel kişiliğin ortadan kalkması aynı zamanda gerçekleşir.

Tasfiye ile birleşmenin, bir bakıma karşıt kavramlar olduğu söylenebilir²⁸². Çünkü ilkinde tasfiye olan şirket hukuken ve fiilen ortadan kalkar. Birleşmede devrolunan veya yeni kurulan şirkete katılan taraf hukuken ortadan kalkmasına rağmen malvarlığı unsurları ortadan kalkmaz ve devralan ya da yeni kurulan şirketin bünyesinde varlığını sürdürür²⁸³.

Tasfiyesiz sona erme ilkesi ilk bakışta, sona eren şirketlerin ortaklarını, ortaklık payları ve hakları, alacaklılarını ise alacakları bakımından mağdur eden bir ilke görünümündedir. Bu düşüncede bir haklılık payı bulunmakla birlikte, meydana gelen bu sakıncayı gidermek için her iki kesimin de haklarının korunmasına ilişkin birçok düzenlemeler getirilmiştir²⁸⁴.

IV. ORTAKLIK HAKLARININ SÜREKLİLİĞİ, ORTAKLIK PAYI VE HAKLARININ KORUNMASI (PRINZIP DER MITGLIEDSCHAFTS KONTINUITAT)

1. ORTAKLIK HAKLARININ SÜREKLİLİĞİ VE KORUNMASI

Şirket birleşmesi, hukuki bir işlem olmakla birlikte, finansal, yönetimsel, iktisadi ve sosyal boyutları da önemlidir. Birleşme sonucunda şirketlerin bir bölümü ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşmede, katılan şirketlerin tümü sona erer ve malvarlıkları, aktif ve pasifiyle devralan ya da yeni kurulan şirkete geçer. Ama sona eren sadece şirketin tüzel kişiliğidir, devrolan ya da katılan şirketlerin ortakları, alacaklıları ve çalışanları varlıklarını muhafaza eder. Dolayısıyla bu sayılan kişilerin (gerçek veya tüzel) haklarının korunması temel ilkedir²⁸⁵.

Ortaklık haklarının sürekliliği, devrolunan şirketin ortaklarının, devrolan şirketteki katılım paylarının değerinin karşılayacak ve şimdiye kadarki

²⁸¹ Pulaşlı, C.I, s.113 (Şerh), Türk, H.S. s.121 (Birleşme), Bahtiyar, s.51, Göktürk, s.637.

²⁸² Yasaman, s.20, Türk H.S. s. 146 (Birleşme), Kılıç, s.25.

²⁸³ Kılıç, s.42.

²⁸⁴ Bu düzenlemelere örnek olarak, devrolunan veya katılan şirketlerin ortaklarına denkleştirme ödemesi, değişim oranına göre pay ve ortaklık hakları tanınması (m.140), ayrılma akçesi (m.141), ortaklara ve alacaklılara birleşme sözleşmesi ve raporu ile son üç yılın yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarının ve gereğinde ara bilançonun incelenmesi hakkı (m.149), alacaklılar bakımından ise alacaklarını üç ay içinde devralan veya yeni kurulan şirketten talep etmeleri (m.157/1) gibi hükümler gösterilebilir.

²⁸⁵ Schadle, Martin/Pernsteiner: Finansal Açıdan Şirket Birleşmeleri,. (Çev. Ogün Erdoğan, Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004), s.286, Kunz s.193.

payının verdiği haklara eşit hakları içeren bir devralan şirket payının kendiliğinden devam etmesini ifade eder²⁸⁶. Devrolunan ve sona eren şirketin ortaklarının bu şirketteki hakları sona ermekte ancak devralan şirkette ortaklık payı veya hakları kazanmaktadır²⁸⁷. Bununla birlikte, devrolunan şirkette mevcut azınlık hakları, devralan şirkette, aynı oranda pay sahipliği hakkının verilmemesi nedeniyle ortadan kalkabilir²⁸⁸.

TTK m.140'da, ortaklık payı ve haklarının korunması düzenlenmiştir. Kaynak Kanun m.7'deki esaslar-*"Bir sermaye şirketinin bir başka şirketi devralması halinde, pay senedi sahibi olmayan ortaklara en az bir paya hak kazanır"* hükmü dışında- TTK m.140'da yer almıştır.

Şirket birleşmelerinde, devrolunan şirketin veya yeni kuruluş şeklinde birleşmede katılan şirketlerinin tümünün sona ermesi nedeniyle bu şirketlerin ortakları açısından, devralan veya yeni kurulan şirkette ortaklığı sürdürme hakkı doğar²⁸⁹. Burada mutlak olmayan bir eşitlik söz konusudur. TTK m.140/1'de düzenlenen *"Devrolunan şirketin ortaklarının, mevcut ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerde devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları vardır"* hükmü de bu ilkeyi ifade etmektedir.

Birleşme sürecindeki en önemli konulardan birisi, sona eren şirketin ortaklarının ortaklık haklarının, devralan veya yeni kurulan şirkette, hak kaybına yol açmayacak biçimde sürdürülmesidir²⁹⁰. Bunu sağlamanın en etkin yolu birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının gerçek değeri ve belirlenen değişim oranının doğru tespitidir²⁹¹. Nitekim bu düşünce, TTK m.140/1 son cümlesinde yer alan *"Bu istem hakkı, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının değeri, oy haklarının dağılımı ve önem taşıyan diğer hususlar dikkate alınarak hesaplanır"* hükmüyle de yerini bulmuştur. Burada ifade edilen diğer hususlar, ortağın imtiyazlık paylardan doğan hakları, veto hakkı, esas sözleşme ile tanınan özel hakları, intifa senetleri ve oydan yoksun paylar gibi hususlardır.

Kanun koyucu, ortaklık paylarının değerlendirilmesinde olabilecek bazı kayıpları da dikkate alarak *"Ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir"* şeklinde bir hükümle bir denkleştirme ödemesini de öngörmüştür (TTK m.140/2). Eğer

²⁸⁶ Gerekçe, m.140/1. Gerekçede pay sahipliği kavramına yer verilmiştir. Pay sahipliği, anonim şirketlere özgüdür. Bu nedenle daha genel anlamda ortaklık hakları denmesi daha doğrudur. Buna değiş-tirme birimi de denilmektedir. Yasaman, s.32, Türk H.S. (Birleşme) s.185, Tekinalp, s.622 (Yeni Hukuk).

²⁸⁷ Pulaşlı, C.I, s.112 (Şerh).

²⁸⁸ Bilgili/Demirkapı, s.73.

²⁸⁹ Pulaşlı, C.I, s.120. (Şerh).

²⁹⁰ Tekinalp, s.622. (Yeni Hukuk)

²⁹¹ Pulaşlı, C.I, s.121 (Şerh), Tekinalp, s.614. (Yeni Hukuk)

bu değerlendirme ve dolayısıyla belirlenecek değişim oranı hakkaniyet ölçüsünde değilse, “devrolunan veya katılan şirketlerin ortakları, birleşme kararının ilanından itibaren iki ay içinde birleşmeye katılan şirketlerden birinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden bir denkleştirme akçesinin ödenmesi talebinde bulunabilirler” (TTK m.192/1).

2. ORTAKLIK HAKLARINA BİR İSTİSNA: AYRILMA AKÇESİ (ABFINDUNG- COMPENSATION)

2.1. Kavram Olarak Ayrılma Akçesi

Eski TTK döneminde, devrolunan şirketin birleşmeye karşı olan ve GK’da olumsuz oy ortaklarının, birleşme kararının onaylanması durumunda, şirket paylarının gerçek değerinin ödenip ortaklıktan ayrılmaları söz konusu değildi²⁹². Yeni TTK’da, ortaklık haklarının sürekliliği birleşme hukukunun temel ilkelerinden olmakla birlikte, birleşmeye karşı olan ve genel kurulda birleşme sözleşmesine karşı oy kullanan şirket ortaklarına, kendi paylarının ve ortaklık haklarının karşılığı olan tutarın nakden ödenmesi ve şirkette çıkmalarının sağlanması amacıyla “ayrılma akçesi” adı altında bir yeni bir hak tanınmıştır. Ayrılma akçesi sadece devrolunan veya yeni kuruluş kelindeki birleşmede katılan şirket ortaklarına tanınan bir haklardır. Eski Kanunda emredici görünen “ortaklığın sürekliliği” ilkesine yeni Kanunda bir istisna getirilmiştir²⁹³.

Ayrılma akçesi esasen şirketler hukukunda yeni bir kavram değildir. Örneğin 1163 sayılı KoopK’nun 17.maddesinde “kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortakların haklarının neler olduğu kooperatif anasözleşmesinde gösterilir. Bu haklar ortağın ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanır” şeklinde ifade edilen husus ayrılma akçesinin kendisidir. TTK’nda ise “ayrılma akçesi”ne sadece birleşme değil aynı zamanda limited şirket hükümlerinde de yer verilmiştir. TTK m.641/1’e göre, ayrılma akçesi, limited şirkette, ortağın şirketten ayrılması durumunda ortağa ait esas sermaye payının ayrılma tarihindeki değerini karşılayan nakit ve/veya ayın değeridir²⁹⁴. Ayrılma akçesi limited şirketten çıkan ya da çıkarılan ortağa ödenir. Ayrılan ortak, ayrılma akçesini talep hakkına sahiptir²⁹⁵. Ayrılma akçesinin türü ve tutarı, şirket sözleşmesinde yer alması halinde bağlayıcıdır (m.577/1k).

Yeni TTK’da anonim şirketler hukukunda yer alan ve anonim şirkette haklı sebeplerle fesih halini düzenleyen 531.maddeden de kısaca söz etmek gerekir. Bu madde hükmüne göre “Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az

²⁹² Develi, s.447, Kendigelen, s.139.

²⁹³ Çeker, s.114, aynı ilke ve istisnası kaynak Kanunda da mevcuttur. Bkz. Gersbach, s.3.

²⁹⁴ Tekinalp, s.385 (Yeni Ortaklık).

²⁹⁵ Tekinalp, s.385 (Yeni Ortaklık).

onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, **davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir**". Dikkat edilirse hükümde mahkemenin "fesih yerine, davacı pay sahiplerinin paylarının, karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerinin ödenmesi ve şirkette çıkarılması" şeklinde bir karar verebileceği düzenlenmiştir. Hükümde açıkça "ayrılma akçesinden" söz edilmemekle birlikte pay sahibine, hükümdeki düzenleniş biçimiyle payın gerçek değeri üzerinden yapılan ödeme aslında bir ayrılma akçesi ödemesidir. Dolayısıyla, "ayrılma akçesi" sadece birleşme hukukuna özgü bir kavram değildir.

Yeni TTK'da, devrolunan ortaklığın ortaklarına, birleşmeye katılmama ve dolayısıyla ortaklıktan ayrılma ya da devralan ortaklıkta yer almaları istenmeyen ortakları, ortaklıktan çıkarma yolu açılmıştır. Her iki durumda da ayrılan ortağa "ayrılma akçesi" adı verilen bir ödeme yapılması öngörülmüştür²⁹⁶. Burada vurgulanması gereken bir husus, Kaynak Kanunda düzenlenen hükümden farklı olarak TTK m.141/1'de, "ayrılma akçesinin, ortaklık paylarının gerçek değerine denk olması" esasının getirilmiş olmasıdır. Gerekçe'de belirtildiği gibi, gerçek değer uygulamaya ilişkin bir husustur ancak gerçek değer hesaplanmasında "yaşayan bir şirket" esas alınmalıdır²⁹⁷.

Görüldüğü gibi ayrılma akçesi, gerek TTK m.141/1 gerekse TTK m.641/1'e göre, ortakların ayrılması nedeniyle ortaklık haklarının gerçek değerinin karşılığı olarak ödenecek bir tutardır. Gerçek değer dışında örneğin "payın vergisel değeri"nin ödenmesi kararlaştırılmaz²⁹⁸.

Ayrılma akçesinin amacı, devrolunan şirkette veya yeni kuruluş yoluyla birleşmeye katılan şirketlerde, birleşmeye karşı olan ortakların, istemedikleri bir ortaklık içinde yer almalarını önlemek, öte yandan da ağır bir oy nisabına bağlı olarak azlığın belirli durumlarda, birleşme dışında kalmasını sağlamak ve böylece tam bir hâkimiyet tesis etmektir²⁹⁹. Sonuç olarak, ayrılma akçesi, birleşmeye karşı olan ve birleşme nedeniyle devrolunan şirketten ayrılmak isteyen ortaklara tanınan bir haktır.

²⁹⁶ Kaynak Kanunda "ayrılma akçesi" 8.maddede "tazminat" başlığı altında düzenlenmiştir.

²⁹⁷ Gerekçe m.141/1, Pulaşlı, C I, s.125 (Şerh).

²⁹⁸ Bilgili/Demirkapı, s.76.

²⁹⁹ Tekinalp, s.628, (Yeni Hukuk) "Squeeze out" adı da verilen bu işlemle küçük pay sahiplerinin şirket dışına çıkarılması sağlanmaktadır Bkz. Kunz s.193.

TTK m.141/1 hükmü uyarınca, “birleşme sözleşmesinde, birleşmeye katılan şirket ortaklarına, devralan şirkette, pay ve ortaklık hakları ile ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanınabilir”. Ayrıca, “birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesinin verilmesi öngörülebilir” (TTK m.141/2).

Ayrılma akçesini verilmesinin kararlaştırılması halinde, birleşme sözleşmesinde bu hususa yer vermek gerekir (TTK m.146/1f). Ayrıca birleşme raporunda da, ayrılma akçesinin tutarının ve ortaklık hakları yerine ayrılma akçesinin verilme sebeplerinin yer alması öngörülmüştür (TTK m.147/1 d).

Ayrılma akçesi ile ilgili bir başka husus, birleşmeye karşı olan devralan şirket ortaklarına da bu hakkın tanınıp tanınmayacağı meselesidir. Ayrılma akçesini düzenleyen m.147/1’de “ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi”nden bahsedilerek bu hakkın sadece devrolunan ortaklığın ortaklarına tanındığı açıkça belirtilmiştir. Esasen devralan ortaklığın birleşmeye karşı olan ortakları bakımından ayrılma imkânı her zaman mevcuttur çünkü devralan şirketin yakın bir zamanda infisahı söz konusu değildir. Birleşme sonrasında, şirket değerinin artacağı da dikkate alındığında ortaklıktan ayrılmak için uygun bir zamanı beklemek ve eğer devralan şirket bir anonim ortaklık ise payın devrini kolaylıkla gerçekleştirmek, bir limited şirket veyahut bir şahıs şirketi ise, kanunda düzenlenen ortaklıktan ayrılma usulünü uygulamak mümkündür.

Ayrılma akçesinin, devrolunan şirkette sadece birleşme kararına olumsuz oy veren ortak veya pay sahiplerine mi yoksa böyle bir hak tanındığında olumlu oy veren ortakların da bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda m.141’de tam bir açıklık mevcut değildir. Gerek ayrılma akçesinin bir seçimlik hak olarak tanınması durumunda gerekse seçimlik hak değil de zorunlu olarak ayrılma akçesinin kabulü durumunda sadece olumsuz oy veren ortakların ayrılma akçesi olarak ayrılmaları kabul edilmelidir³⁰⁰.

2.2. Hukuki Niteliği

Kaynak Kanunda ayrılma akçesinin karşılığı olarak “abfindung=tazminat” terimi kullanılmıştır. Ayrılma akçesi bir tazminat olmadığı gibi sermaye iadesi de değildir. Ayrılma akçesi, birleşmeye katılmak istemeyen ortağa ödenecek ve “şirket paylarının gerçek değerine denk gelen” (TTK m.141/1) bir değerdir. Hukuki niteliği itibarıyla bir alacak hakkıdır³⁰¹. Sahibine kanuni talep hakkı verir³⁰².

³⁰⁰ Karşı görüş için bkz. Göktürk, s.645.

³⁰¹ Bilgili/Demirkapı, s.75.

³⁰² Tekinalp, s.385 (Yeni Ortaklık).

Devralan ya da yeni kurulan şirkette serbestçe tasarruf edilebilir yedek akçe olması durumunda nakit olarak ödenmelidir. Bahse konu yedek akçenin bulunmaması durumunda ise, ödemenin ertelenmesi ya da başka bir şirketten ortaklık payı önerilebilmesi de mümkündür. Bununla birlikte, nakdi veya pay senedi alma tercihi ayrılacak ortağa bırakılmalıdır.

Ayrılma akçesinin birleşmede öngörülmesi zorunlu değildir. Nitekim m.141/1'e göre, birleşmeye katılan şirketlerce, ortaklaşa verilecek bir kararla seçimlik bir hak olarak tanınabilir. Ya da m.141/2 uyarınca birleşmeye katılan şirketler sadece ayrılma akçesi verilmesini de kararlaştırabilirler.

2.3. Ortaklık Payı ve Hakkı İle Ayrılma Akçesi Arasında Seçim Hakkı Tanınması

Birleşmeye katılmak istemeyen ortaklara ayrılma akçesinin verilmesi kanunen zorunlu tutulmamıştır. Yani verilmesi zorunlu bir hak değildir.³⁰³ Bununla birlikte, birleşme sözleşmesinde böyle bir seçim hakkı tanınması durumunda, artık bu kanuni bir hakka dönüşür³⁰⁴.

Seçim hakkına birleşme sözleşmesinde yer verilmesi durumunda, birleşmeye olumlu oy veren ve dolayısıyla devralan şirkette ortaklık payı ve hakkı tanınan ortaklarla birleşmeye olumsuz oy veren ve ayrılma hakkı tanınan ortaklar arasında, eşit işlem ilkesini ihlal edici bir statü farkı yaratılmaması gerekir³⁰⁵. Ayrıca ayrılma akçesinin cinsi (ayrılma akçesi genel olarak nakdi olmakla birlikte, başka bir ortaklığın payları da verilebilir³⁰⁶), süresi, kullanma şartları vb. konular da sözleşmede yer almalıdır.

2.4. Tek seçenek Olarak Ayrılma Akçesinin Verilmesi (Ortaklıktan Çıkarılma)

TTK m.141/2 hükmüne göre, *“birleşmeye katılan şirketlerin, birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesi verilmesini de öngörebilecekleri”* belirtilmiştir. Burada sözü edilen durum, devrolunan şirkette birleşmeye karşı oy veren ortaklara, devralan şirkette ortaklık payı ve hakları ile ayrılma akçesi arasında bir seçim hakkı değil sadece ayrılma akçesi hakkının tanınmış olmasıdır. Diğer bir deyimle, birleşmeye karşı olan ortakların, birleşme kararının kabulü ile devralan ortaklıkta ortaklık payı ve hakkı iktisap etmeleri engellenmektedir. Öte yandan azlıkta kalan pay sahipleri açısından şirketten ihraç yolu da açılmaktadır.

³⁰³ Tekinalp, s.629 (Yeni Hukuk).

³⁰⁴ Tekinalp, s.629. (Yeni Hukuk).

³⁰⁵ Tekinalp, s.629 (Yeni Hukuk).

³⁰⁶ Tekinalp, s.611. (Yeni Hukuk).

88 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

İlk anda sadece ayrılma akçesinin öngörülmesi birleşmeye karşı olan ortakların adeta cezalandırıldığı düşüncesini uyandırabilir. Ancak, birleşme sözleşmesinin sadece ayrılma akçesini öngörmesi halinde sözleşmenin, devrolunan şirketin oy haklarını sahip ortakları tarafından GK'da %90 oranında bir oyla kabul edilmesi gerekecektir (TTK m.151/5³⁰⁷). Gerekçede bu husus şöyle açıklanmıştır: *“Bu nisapla onaylanmak şartıyla birleşme sözleşmesi belirli ortakların, devralan şirkette pay sahibi olmalarına engel olup onların ayrılma akçesi almalarını zorunlu olarak öngörebilir. Bu nisapla alınan bir karara çıkarılmaları birleşme sözleşmesinde ismen belirtilmiş bulunan ortaklar itiraz edemezler. Bu yüksek nisap, adeta onların haklarını kaldırmakta ve yüzde doksanınun istemediği bir kişinin şirkette kalmasına izin verilmemektedir. Türk hukukunda yeni olan bu çıkarma yetkisi, şirket iç barışını sağlamaya yöneliktir”*. Gerekçede, bu kuralın Amerikan hukukunda düzenlenen “squeeze out” yani azlığı sıkıştırıp atma kuralına benzediği de dile getirilmiştir. Böylece, yine gerekçedeki tabiriyle “huzuru bozan” ortakların şirketten uzaklaştırılması için iyi bir fırsat verilmektedir.

2.5. Ayrılma Akçesinin Kabulü Halinde Sözleşmenin Genel Kurulda Oylanması

Devrolunan ortaklıkta, birleşme sözleşmesinin ayrılma akçesi öngörmesi durumunda, sözleşmenin devreden (devrolunan denmesi daha doğru olurdu) şirket şahıs şirketiye oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketiye şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanınun olumlu oylarıyla onaylanması şarttır (TTK m.151/5). Öte yandan, devrolunan şirkette birleşmeye olumlu oy veren ortaklar açısından, değişim oranının da sözleşmede yer alması gereklidir.

2.6. Ayrılma Akçesinin Ödenmesi ve Ortaklıktan Ayrılma

2.6.1. Ayrılma Akçesiyle Ayrılan Ortak Hangi Şirketten Ayrılmış Olacaktır?

Ayrılma akçesinin, kim tarafından, ne zaman ve ne şekilde ödeneceği hususunda Kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda kesin kurallar koymak doğru değildir. Bununla birlikte ayrılma akçesinin kimin tarafından, ne zaman ve ne şekilde ödeneceği birleşme sözleşmesinde ayrıntılı şekilde yazılmalıdır.

Ayrılma akçesiyle ayrılacak ortak, devralan şirketten değil devrolunan şirketten ayrılacaktır. TTK m.141/2'nin gerekçesine bakıldığında *“bu hükmün özelliği, birleşmeye karşı olan ortağın veya ortakların şirketten çıkarılmaları olanağını devredilen şirkete sağlamış olmasıdır”* ibaresi de ayrılacak ortakların devrolunan şirketten ayrılacağını vurgulamaktadır.

³⁰⁷ Kanunda yazılı “devreden şirket” ibaresi “devrolunan şirket” olarak anlaşılmalıdır.

2.6.2. Ayrılma Akçesi Hangi Şirket Tarafından ve Ne Zaman Ödenmelidir?

TTK m.141/1'in gerekçesinde " Ortaklar isterlerse, ortak olma durumlarını ilke gereği devralan veya yeni kurulan şirkette devam ettirirler, isterlerse birleşme sözleşmesinde öngörülen ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılırlar" ibaresine yer verilmiştir. Yani ayrılma işleminin, birleşmeden önce ve devrolunan şirketten ayrılma şekilde gerçekleşeceği belirtilmiştir. Ancak Kanunda bu konuda bir düzenleme mevcut değildir.

Birleşmeye karşı olan ortaklar, ister seçimlik ister zorunlu olarak ayrılma akçesi ödenerek devrolunan şirketten ayrılabilirler. Ayrılma akçesi Gerekçede yazıldığı şekilde devrolunan şirket tarafından ödenecek ise bu durumda devrolunan şirketin ayrılan ortakların paylarını iktisap etmesi gerekir. TTK 379.maddesinde anonim şirketlerin kendi paylarını %10 oranına kadar ivazlı iktisabına izin verilmiştir. Ayrılma akçesini alarak ayrılacak ortakların payı bu oranı geçtiğinde nasıl bir çözüm bulunabilir? Böyle bir durumda diğer ortakların bu payları edinmeleri önerilebilir³⁰⁸.

Ayrılma akçesinin devralan şirket tarafından ödenmesi de öngörülebilir. Bu durumda ayrılan ortaklar, birleşme kararının tesciline kadar devrolunan şirketin ortağı durumundadır. Tescille birlikte devrolunan şirket sona erer, malvarlığı da devralan şirket tarafından kendiliğinden iktisap edilir. Bu andan sonra devrolunan şirket sona ermiştir ve sicilden silineceği için artık devrolunan şirketin ödemesi mümkün değildir. Devralan şirket, bu kişilerin paylarını iktisap eder ve gerçek değeri üzerinden ayrılma akçesini öder³⁰⁹. Burada da TTK m.379'daki sınırlama uygulanacaktır. Öte yandan TTK m.520 hükmüne göre kendi paylarını iktisap eden şirket, bu ödemeyi karşılayacak tutarda yedek akçe ayırmalıdır.

2.6.3. Ayrılma Akçesi Nasıl Ödenmelidir?

Ayrılma akçesinin nakdi veya başka bir şekilde ödenip ödenemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir kısım yazarlar, devralan ya da yeni kurulan şirkette, serbestçe tasarruf edilebilir yedek akçelerin bulunması durumunda nakit olarak ödenmesi gerektiğini savunurken³¹⁰

³⁰⁸ Tekinalp, s.632 (Yeni Hukuk).

³⁰⁹ Kılıç, s.51.

³¹⁰ Kılıç, s.52. Kılıç'a göre, aksinin kabulü, ortağın sermaye payının iadesi anlamına gelir. Kanunda sermaye payının iadesi halleri istisnai olarak düzenlenmiştir. Doktrinde de genel olarak kabul edilen iki sermaye payı iadesi yolu vardır. Bunlar, tasfiye halinde tasfiye paylarının ödenmesi ve sermaye azaltılmasıdır.

90 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

bir kısım yazarlar ise “başka bir şirketin payı/pay senedi veya diğer bir menkul değeri ile ödeme yapılabileceğini öngörmektedir³¹¹. Kanaatimizce, ayrılma akçesi, serbestçe kullanılabilir yedek akçelerin olması durumunda nakit olarak ödenmelidir.

2.7. Kaynak Kanunda Bir İstisna: Dernek Üyelerinin Ayrılması

Kaynak Kanunda, ayrılma akçesinin yanısıra birleşmenin bir dernekle yapılması durumunda dernek üyelerine dernekten ayrılma hakkı tanınmıştır (m.19). Buna göre, birleşme nedeniyle dernekten ayrılmak isteyen üye, birleşme sözleşmesinin onaylanmasından sonraki iki ay içinde ek bir yükümlülük olmaksızın ayrılabilir³¹². Şüphesiz bu hak, birleşme sözleşmesine olumsuz oy kullanan üyeler için geçerlidir.

V. BİRLEŞMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN ORTAKLARINA EK YÜK YASAĞI (PRINZIP DES MEHRBELASTUBGSVERBOTS)

Birleşmede, katılan şirketlerin ortaklarının ortaklık yükümlülüklerinin kendi rızaları olmaksızın ağırlaştırılması mümkün değildir³¹³.

VI. ALACAKLILARIN VE ÇALIŞANLARIN KORUNMASI

1. ALACAKLILARIN KORUNMASI

Şirket birleşmelerinde ele alınması gereken konularda bir diğeri, devrolunan veya yeni şirkette birleşme yoluyla tasfiyesiz olarak sona eren şirketlerin alacaklılarının korunmasıdır. “Alacaklıların ve Çalışanları Korunması” üst kenar başlığı altında “Alacaklıların Korunması” kenar başlıklı TTK m.157’de birleşme sonucu ortadan kalkan şirket veya şirketlerin alacaklılarının korunmasına ilişkin bir düzenlenmiştir.

Birleşme ile ortaya çıkan yeniden yapılanma meselesi, birleşen şirket alacaklılarını da doğrudan etkilemektedir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki alacaklılara, birleşme itiraz hakkı tanınmamıştır³¹⁴.

Alacaklıların (yatırımcıların) zarara uğramasının önlenmesi, birleşmenin en önemli meselelerinden biridir³¹⁵. Olağan şartlarda, şirketin tasfiye sürecine

³¹¹ Çeker, s.114, Bilgili/Demirkapı, s.76, Tekinalp s.633 (Yeni Hukuk).

³¹² Kunz, s.195.

³¹³ Kunz, s.196, Juchli, Philipp: Die Verantwortlichkeit bei Umstrukturierungen nach Art. 108 FusG, Dissertation, der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft (Doktora Tezi, St.Gallen Üniversitesi, Ekonomi, Hukuk ve Sosyal Bilimler Yüksek Okulu (HSG), Gutenberg AG, Schaan 2011, s.19.

³¹⁴ Kurca, s.75. Kurca’nın da işaret ettiği gibi, eski TTK m150’de alacaklılara, birleşme kararının ilanından itibaren 3 ay içinde birleşmeye itiraz hakkı tanınmıştı (m.150/3). Aynı fıkrada “Birleşme kararı, itirazdan vazgeçilmesi, mahkemenin ret kararının kesinleşmesi ya da mahkemece takdir edilecek teminat şirket tarafından yatırılıncaya kadar hüküm ifade etmez” hükmüne yer verilmişti.

³¹⁵ Türk, H.S. s.140 (Birleşme), Kunz s.197. Yazar bu ilkeyi “no protection no money” olarak tanımlamıştır.

girmesi halinde malvarlıklarının elde çıkarılması sonucu alacakların ödenmesi söz konusu iken, devralma yoluyla birleşmede birleşme sözleşmesinin ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşmede yeni kurulan şirketin tescili ile devrolunan ya da birleşen şirketler tasfiyesiz biçimde sona ererler. Alacaklılar, ilk etapta, alacaklı oldukları şirketin sona ermesi ile alacaklarının güvenliği konusunda kaygıya kapılabilirler. Öte yandan alacaklılar açısından, birleşme sonucu iki farklı olumsuzluk ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, devralan veya yeni kurulan ortaklığın güvenilirliği hakkında duyulan kaygı bir diğeri de bahse konu şirketlerin kendi alacaklılarıyla aynı statüye gelmeleridir. Dolayısıyla, sona eren şirket ortakları, devralan ya da yeni kurulan şirketten olan alacaklarının akıbeti hakkında endişe taşıyabilirler. Alacaklıların birleşmeye itiraz haklarının da olmaması³¹⁶, tasfiyesiz infisah eden şirket/şirketlerin alacaklılarına kapsamlı bir güvence sağlanmasını gerektiren bir başka husustur.

Doktrinde, Türk, "alacaklıların korunmasına yönelik önlemlerin, külli halefiyet ilkesinin gereği olarak, borcun el değiştirmesi konusundaki genel ilkeden (borçlunun rızasının alınması) sapılması nedeniyle ortaya çıkan eksikliğin giderilmesi ve sakıncaların ortadan kaldırılması amacıyla öngörüldüğünü" bir tespit olarak dile getirmiştir³¹⁷. Biz de, Türk'ün bu görüşüne katılıyoruz.

Alacaklıların haklı endişelerini gidermek için kanun koyucu çeşitli önlemler getirmiştir. Bunlardan ilki, alacaklıların bilgilendirilmesidir. Şirket birleşmelerinde, bölünme ve tür değiştirmeden farklı olarak alacaklılara da birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve son üç yılın finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını ve gerekirse ara bilançolarını inceleme hakkına sahiptir (TTK m.149/1)³¹⁸.

Alacaklıların korunması bağlamında bir diğer ilke ise, birleşme sonucu yeniden yapılanan şirketin sermaye yapısının korunmasıdır³¹⁹. Nitekim sermaye şirketlerinin şahıs şirketleriyle birleşmeleri durumunda devralan şirketin sermaye şirketi olması zorunluluğu sermayenin korunması ilkesinin bir gereğidir³²⁰. Kaynak Kanunda da alacaklıların bilgilendirilmesi ve güvence altına alınması kabul edilen bir husustur (m.25)³²¹.

³¹⁶ Şener, s.131, Kırcı, İsmail: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı 79, Aralık 2011, s.75.

³¹⁷ Türk, H.S. s.142 (Birleşme).

³¹⁸ Çoştan, bu düzenlemenin, alacaklıların korunmasına yönelik şekli yükümler niteliği taşıdığı belirtilmiştir. Bkz s.28.

³¹⁹ Çoştan, s.27, 29 "Maddi kurumsal koruma".

³²⁰ Çoştan, s.40.

³²¹ Kunz, s.191.

92 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

1.1. Alacakların Teminat Altına Alınması

TTK m.157 hükmü ile alacakların teminat altına alınması öngörülmüştür. Buna göre;

(1) Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde istemde bulunurlarsa, devralan şirket bunların alacaklarını teminat altına alır.

Söz konusu teminat için alacağın doğum sebebinin (kanun, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme) bir önemi bulunmamaktadır. Teminatın türü devralan şirket tarafından belirlenir³²².

(2) Birleşmeye katılan şirketler; alacaklılarına, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, yedişer gün aralıklarla üç defa yapacakları ilanla ve ayrıca internet sitelerine konulacak ilanla haklarını bildirirler.

Madde hükmünde “birleşmeye katılan şirketler” ibaresiyle hem devralan hem de devrolunan şirket alacaklılarına bildirim yapılması öngörülmüştür³²³. Birleşme anında muaccel olan alacaklar için teminat gerekmediğinden bu durumdaki alacaklar için bildirim, yapılmaz.

(3) Diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması hâlinde, yükümlü şirket teminat göstermek yerine borcu ödeyebilir.

Şirket alacaklıları, kendi aralarında bir önceliğe sahip değildir³²⁴. Alacağın türü de bir öncelik tanımaz. Bununla birlikte iflas durumunda İİK m.206 uyarınca belirlenen önceliğe göre alacak tahsil edilir.

Sonuç olarak yeni TTK’da eski TTK’daki ikili koruma sisteminden vazgeçilerek tüm ticaret şirketlerinde alacaklıların korunmasına ilişkin tek bir sistem benimsenmiştir³²⁵.

1.2. Ortakların Kişisel Sorumluluğunun Devam Etmesi

TTK 124.madde hükmüne göre şahıs şirketleri olarak sınıflandırılan kolektif şirket ve (adi) komandit şirketlerin komandite ortaklarının ve ayrıca bu şirketlerin sermaye taahhüdü borçlarını yerine getirmedikleri ölçüde komanditer ortakların, sermayesi payları bölünmüş komandite ortaklıklarda komandite ortakların şirketin borçlarından dolayı ikinci derecede, kişisel malvarlığıyla sınırsız sorumluluğu vardır. Öte yandan 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 29. ve 30.madde hükümlerine göre, Kooperatif ana sözleşmesine ortakların, kooperatif borçlarından dolayı kendi malvarlıklarıyla sınırsız (m.29) ya da belli bir miktarla sınırlı olarak (m.30) sorumlu olabileceklerine

³²² Kırca, s.75.

³²³ Kırca, s.75.

³²⁴ Çoştan, s.13.

³²⁵ Bahtiyar, s.55.

ilişkin bir hüküm konulabilir. Tüm bu sayılan hallerde şirket ortaklarının devirden sonra da sorumluluğu devam etmektedir³²⁶. TTK m.158 hükmüne göre;

1) Devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır.

2) Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz.

3) Kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam eder; meğerki izahname başka bir düzenleme içersin.

2. ÇALIŞANLARIN KORUNMASI

Çalışanların korunmasıyla ilgili olarak, Kaynak Kanun'un 27.maddesinde, İsv.BK'nun 333.maddesine atıf yapılmıştır. Öte yandan, TTK'nun birleşme hükümlerine kaynak teşkil eden, AET'nin 78/855/EEC sayılı Yönergesi'nin 12.maddesinde, AT'nin 77/187/EEC no.lu "Üye Devletlerin Teşebbüslerin, İşletmelerin ya da İşletmelerin Bir kısmının Devri Durumunda Çalışanların Haklarının Korunması Konusundaki Kanunlarının Yakınlaştırılması"³²⁷Yönergesine atıfta bulunulmuştur³²⁸. Atıf yapılan düzenlemelerde yer alan hususlar benzerdir. Bu benzerlikler temel olarak şöyle sıralanabilir:

- 1) Devirle birlikte, iş akdinden doğan hak ve yükümlülüklerin devralana geçeceği (Yönerge m.3/1),
- 2) Toplu iş sözleşmedeki şartların, sözleşme sona erene kadar aynen devam edeceği (m.3/2)
- 3) Bir teşebbüs ya da işletmenin devrinin, işçinin iş akdinin feshi için devralan veya devreden açısından geçerli bir sebep oluşturmayacağı (m.4/1)

³²⁶ Kırca, s. 76.

³²⁷İngilizce Adı: Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses.

³²⁸ 78/855/EEC no.lu Yönergeyi yürürlükten kaldıran 2011/35/EU no.lu Yönergenin 12.maddesinde, birleşmeye katılan şirketlerin çalışanlarının korunmasıyla ilgili olarak 2001/23/EC no.lu Yönergeye atıf yapılmıştır.

4) İşyerinin devri nedeniyle çalışma şartlarının işçi bakımından kötüleşmesi nedeniyle sözleşmenin feshinde işverenin sorumlu olacağı (m.4/2) gibi ilkeler yer almıştır.

2.1. TTK Hükümleri Bakımından Çalışanların Korunması

Gerek devralma gerek yeni şirket kurma yoluyla birleşmede, sona eren şirketlerin üçüncü kişilerle olan sözleşmeleri yeni şirkette devam eder. İş sözleşmeleri de devam eden sözleşmeler arasındadır³²⁹.

Çalışanların korunması, sadece birleşme değil aynı zamanda bölünme ve tür değiştirme durumunda da dikkate alınması ve ortak hükümlerle düzenlenmesi gereken bir meseledir. Ancak, kanun koyucu bu konuyu ortak hükümlere koymamış bununla birlikte şirket bölünmesine ilişkin faslı 159-179.maddeler içine yerleştirmiş (m.178) ve hem birleşme hem de tür değiştirmede çalışanların korunması konusunda, 178.madde hükümlerine atıf yapmıştır.

TTK m.178'de, "İş İlişkilerinin Geçmesi" kenar başlığı altında, bölünme nedeniyle sona eren şirketlerin çalışanlarının durumu düzenlenmiştir. TTK m.158'deki atıf nedeniyle aynı hükümler devrolunan ya da yeni şirket kurma şeklinde birleşme nedeniyle sona eren şirketlerin çalışanları içinde geçerlidir. Bu bağlamda, TTK m.178 hükmünü, birleşmenin sonuçlarına uyarlayacak olursak aşağıdaki düzenleme karşımıza çıkar:

1) *Devralma veya yeni şirket kurma yoluyla birleşmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.*

2) *İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.*

3) *Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.*

4) *Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.*

5) *İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.*

6) *Devreden şirketin birleşmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.*

³²⁹ Kunz, s.213.

Kaynak Kanunda “İş İlişkilerinin Devri, Alacakların Güvence Altına Alınması ve Kişisel Sorumluluk” (Übergang der Arbeitsverhältnisse, Sic-herstellung und Persönliche Haftung) başlıklı 27.maddesinde, her üç konu da ele alınmıştır. Bahse konu maddede iş ilişkilerinin devrine ilişkin hü-kümde, İsviçre Borçlar Kanunu’nun (Obligationenrechts) 333.maddesine atıfta bulunulmuştur. İsv.BK’nun 333.maddesindeki düzenleme şöyledir:

1) *İşveren, şirketi tümüyle ya da kısmen üçüncü kişilere devrederse, iş ilişkileri ve tüm hak ve yükümlülükleri, işçi itiraz etmezse, devir tarihi itibarıyla devralana geçer.*

2) *Devrolan iş ilişkisi bir toplu iş sözleşmesiyle düzenlendiği durumda, devralan taraf sözleşme daha önce yürürlükten kalkmadığı ya da sona ermediği sürece bir yıl boyunca sözleşme hükümleriyle bağlıdır. İşçi, devir işlemine itiraz ederse, iş ilişkileri kanuni ihbar süresinin (gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst) bitiminde sona erer; bu zamana kadar devralan ve işçi sözleşme hükümlerini ifayla yükümlüdür.*

3) *Önceki işveren ve devralan, işçinin devirden önce muaccel olmuş alacakları ile iş ilişkisinin normal olarak sona ereceği ya da işçinin devre itirazı ile sona erdiği tarih arasındaki sürede muaccel olarak alacaklarından müştereken ve müteselsilen so-rumludur.*

4) *Ayrıca, işveren, iş ilişkisinden doğan hakları, aksi kararlaştırmadıkça veya şartlar başka türlü zorunlu kılmadıkça üçüncü kişilere devredemez.*

5) *İşverenin, şirketi tamamen veya kısmen üçüncü kişilere devri durumunda, işçi temsilcisi kurumları, bunlar mevcut değilse işçilerin kendilerini, devirden önce makul bir süre içinde aşağıdaki hususlarda bilgilendirmekle zorunludur:*

a. *Devir sebebi,*

b. *Devrin, işçiler açısından hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları.*

Böyle bir devrin sonucu olarak işçileri etkileyen önlemler öngörüldüğü du-rumda, işçi temsilcisi kurumlara ya da bunlar mevcut değilse işçilerin kendilerine, söz konusu kararlar alınmadan önce danışılmalıdır.

Görüldüğü gibi, TTK m.178 ile İsv. BK m.333 arasında büyük benzerlikler vardır. Bununla birlikte, bazı ayrılıklar da mevcuttur. Örneğin, Kay-nak Kanunda, işçinin yanı sıra işçi temsilcisi kurumlar da bilgilendirme kapsamına almış (sendikalar vb. kurumlar) oysaki TTK’daki düzenle-mede bu kurumlar dikkate alınmamıştır. Öte yandan, devir konusunda ça-lışanların bilgilendirilmesi konusuna da TTK’da değinilmemiştir. Kanaati-mizce bu önemli bir eksiliktir. Çalışanların, birleşme sonrasında haklarının korunması, iş sözleşmesinin sürekliliği vb. konularda aydınlatılması gerek-lidir. Ayrıca, küçülme, hizmetlerin birleştirilmesi, işyeri değişikliği gibi ko-nularda bir planlama var ise bundan da haberdar olmaları gerekir.

2.2. İş Kanunu Hükümleri Bakımından Çalışanların Korunması

22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesinde "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri" konusu düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre;

1) İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

2) Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

3) Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

4) Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

5) Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz.

6) Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

7) Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.

2.3. Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Bakımından Çalışanların Korunması

Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısmı "Özel Borç İlişkileri" nin Altıncı Bölümü "Hizmet Sözleşmeleri"ne ayrılmıştır. Eski TBK'da yer verilmeyen "Hizmet İlişkinin Devri/İşyerinin tamamen veya bir bölümünün devri" kenar başlıklı 428.madde, yeni bir madde olup işçinin haklarının korunması konusunda önemli düzenlemedir. Buna göre "İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır".

Görüldüğü gibi, TBK 428.madde hükmü de, işyerinin devri durumunda, hizmet sözleşmesinin tüm hak ve borçlarıyla devralana geçeceğini, devirden önceki borçlardan devralan ve devreden iki yıl boyunca mütevellil olarak sorumlu bulunduğunu düzenlenmiştir.

3. GÖRÜŞÜMÜZ

Birleşmenin tamamlanmasıyla birlikte devrolan şirketin ortadan kalkmasının bir diğer sonucu, artık o işletmenin işverenin de değişmesidir. Çalışanlar yeni bir işveren ile karşı karşıyadır. Kanuni düzenlemeler, çalışanları koruyucu hükümler getirirse de çalışanlar bakımından işyerinin eskisi gibi olmayacağı kesindir. Bu nedenle, “işyeri ve işverene ilişkin değişikliklerin çalışanlara yansımaları klasik hukuki kalıplar içinde dondurulamaz”³³⁰.

3.1. Bilgilendirilme Hakları

Kaynak Kanunda, çalışanların birleşme konusunda bilgilendirilmesi esastır. TTK m.149’da “inceleme hakkı” düzenlenmiş ve “birleşmeye katılan şirketlere, birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve son üç yılın finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporlarını ortakların, intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunma” yükümü yüklenmiştir (m.149/1). Burada, genişletici bir yorumla “ilgililer” içinde çalışanların da yer aldığı düşünülebilir. Ancak, Kaynak Kanunda olduğu gibi TTK’da da işçi temsilcileri vasıtasıyla bilgilendirme yapılmasına ilişkin bir hüküm konulması daha uygun olurdu.

3.2. İşin ve İş Sözleşmesinin Sürekliliği ve İş Güvenliği İlkelerine Uyum

Çağdaş iş hukukuna hâkim ilkeler arasında önde gelenleri işin ve iş sözleşmesinin sürekliliği ve iş güvenliğidir³³¹. Gerek TTK m. 178/1 gerekse İş K m.6/1 hükümleri, işin ve iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin hükümler öngörmüştür. AB’nin 12.03.2001 tarih ve 2001/23/EC sayılı “İşyerinin ve İşletmelerin Devri Durumunda Çalışanların Haklarının Güvenliği Konusunda Üye Ülke Kanunlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönergede “işyerinin devri durumunda çalışanların hakları ve yükümlülüklerinin korunması” esas alınmıştır. Ayrıca, devirin, iş sözleşmesinin feshi için haklı bir neden oluşturmayacağı vurgulanmıştır.

3.3. İşçilerin Haklarının Güvence Altına Alınması

TTK m.178/3 hükmünün nasıl uygulanacağı tartışmalıdır. Burada söz edilen “eski işveren” birleşme ile tüzel kişiliği sona eren şirkettir. Bu nedenle

³³⁰ Okur, Ali Rıza: Şirket Birleşmelerinin Kıdem Tazminatına Etkileri, s.55 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

³³¹ Okur, s.55.

98 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

müteselsil sorumluluğun nasıl işletileceği anlaşılamamaktadır. Nitekim İş K. m.6/4'de "Birleşme halinde birlikte sorumluluğa dair hükmün uygulanmayacağı" belirtilmiştir. Aynı şekilde TTK m.178/5'de öngörülen "işçi alacaklarından muaccel olanların veya birinci fıkraya göre muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını talep edebilmeleri"ne ilişkin hükmün uygulamada sorun oluşturması olasıdır. Bunun yerine bu alacakların kanunen teminat altına alınması zorunlu kılınsa idi çalışanlar açısından daha koruyucu bir düzenleme olabilirdi.

3.4. Ortaklık İlişkisi dışındakilerin Durumu

Şirket ortakları ve pay sahiplerinin hakları konusu TTK m.140 ve 141'de düzenlenmiştir. Ancak sermaye şirketlerinde şirketlerde pay sahipliği ve ortaklık dışında şirketle ilişkisi olan kişilerin haklarına dair bir düzenleme mevcut değildir. Göktürk bu gibi durumda olanlar açısından özel bir düzenleme ihtiyacını vurgulamıştır³³².

VII. ŞEFFAFLIK (PRINZIP DER TRANSPARENT)

Şeffaflık ilkesi, esasen yeni TTK'nun temel ilkelerinden biri olmakla birlikte birleşme sürecinde özellikle önem verilen bir ilke durumundadır.

Şeffaflık, İsviçre'de 1990 sonrasında kabul edilen Şirketler Kanunu (Aktienrecht), Sermaye Piyasası Kanunu (das Börsenrecht) ve 2004 yılında kabul edilen Birleşme Kanununun (FusG) temel esaslarındadır³³³. Nitekim FusG m.1/2'de şeffaflık ilkesine yer verilmiştir. Bu bağlamda, birleşme sözleşmesinin GK'da görüşülmesi, birleşme sözleşmesinin ticaret sicilinde tescili ve ilan ile birleşmenin gerçekleşmesi (m.67) gibi hususlar şeffaflık ilkesinin sonucudur.

Sonuç olarak birleşme kararının tescili ile herkesin birleşme işlemi hakkında bilgi sahibi olması şeffaflık ilkesini açıkça ortaya koymaktadır³³⁴.

³³² Göktürk, s.642.

³³³ Kunz, s.190, "Informations Mechanismen".

³³⁴ Kunz, s.191.

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME SÜRECİ

BİRİNCİ KISIM

BİRLEŞME ÖNCESİ DÖNEM VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Daha önce de belirtildiği gibi, şirketlerin büyüme stratejileri satınalma ve birleşme olarak iki yöntemle gerçekleşir. Diğer firmaları satın alan şirketler, büyüme sürecinde artık şirket satın alınan şirketin büyüme stratejisi ile uyum sağlamadığı sonucuna varabilirler. Büyüme süreci, şirketin bazı parçalarını satma, aynı zamanda asıl faaliyet alanı (core business) üzerinde genişleme ve satın alma şeklinde eş zamanlı işleyebilir. Bununla birlikte satın alınan yanı sıra büyümek için başka bir seçenek de birleşmedir.

Birleşme, hukuki, ekonomik ve toplumsal boyutları olan, çok kapsamlı, oldukça uzun ve karmaşık bir süreç olmakla birlikte, bu özellikleri, temel niteliğini değiştirmemektedir. Diğer bir deyimle, tüm bu sürecin sonucu tarafların bir birleşme sözleşmesi hazırlaması ve yetkili organlarca sözleşmenin kabulüne ilişkin kararın tescil ve ilan edilmesidir. Dolayısıyla **birleşme süreci aslında bir sözleşme sürecidir**. Böyle bir süreçte, Borçlar Hukukunun genel hükümleri-her hukuki meselede olduğu gibi- öncelikle göz önüne alınması gereken normlardır.

TBK'nun 1.maddesinde bir sözleşmenin kurulması için *"tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları"* gerekli ve yeterli bulunmuştur. Hatta irade açıklamasının örtülü olması da mümkündür (TBK m.1/2).

Birleşme süreci, birleşme sözleşmesinin yanında birçok farklı işlemi içeren uzun ve karmaşık bir süreç olmakla birlikte sürecin belirleyici unsuru birleşme sözleşmesidir. Dolayısıyla birleşme, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşmesel (akdi) ilişki doğurur.

Birleşme sürecinin bir sözleşme süreci olduğu sonucuna varıldığında bu sürecin yönetimi de esasen bir sözleşme yönetimidir (Contract management).

100 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Bu süreçte sözleşmenin hazırlanmasından çok daha öncesinde taraflar arasında müzakereler başlamaktadır. Dolayısıyla, tarafların sözleşme yönetişimine yatkınlıkları, sürecin başarısında etkilidir.

Birleşmede, iki ya da daha çok tarafın borç altına girmesi söz konusudur. Diğer bir deyişle birleşme, çok taraflı borç yükleyen bir sözleşmedir³³⁵. Birleşme sözleşmesi bir tip sözleşme değildir. Kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme de değildir³³⁶. Öte yandan bir bileşik sözleşme de değildir³³⁷. Birleşme sözleşmesi, atipik, kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilebilir.

Birleşme düşüncesinin olgunlaşmasıyla birlikte, şirketlerin yönetim organları tarafından çeşitli piyasa araştırmalarına girilir. Birleşme düşüncesindeki taraflar, stratejik bir plan geliştirir ve sürecin tamamlanması için bir zaman cetveli hazırlarlar³³⁸. Bu zaman cetvelinde birleşme sürecinin her aşamasına yer verilir. Genellikle birleşme süreci beş aşamadan meydana gelmektedir³³⁹. Bunlar;

- a. Ön inceleme,
- b. Due diligence,
- c. Müzakereler,
- d. Sözleşmenin Düzenlenmesi,
- e. Yeniden düzenleme/değer araştırması.

Ön inceleme/ön görüşme sürecinin başlangıcı olan birleşme pazarlıkları çoğunlukla dostça bir ortamda gelişir³⁴⁰. Süreç genellikle bir yatırım bankası vasıtasıyla hedef şirketi (devralınacak şirket: target firm) belirleyen firma yöneticilerinin temasıyla başlar. Bu süreç kimi zaman çok hızlı cereyan eder. Buna en iyi örnek 68 milyar USD tutarındaki Wyeth A.Ş.'nin Pfizer'le birleşmesidir.

³³⁵ Eski TBK m.1'de "İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettiği takdirde akit tamam olur" şeklindeki düzenleme, yeni TBK m.1'de "Tarafların..." şeklinde ifade edilerek sözleşmenin ikiden çok taraf arasında yapılabileceği açıkça belirtilmiştir.

³³⁶ İlk bakışta, TTK m.146'da birleşme sözleşmesinin düzenlendiği düşünülse de bu doğru bir yaklaşım olmaz. Çünkü m.146'da birleşme sözleşmesinin asgari ve zorunlu içeriği düzenlenmiştir.

³³⁷ Bileşik sözleşme, nitelikleri itibarıyla birden çok bağımsız sözleşmenin niteliklerinin korunarak taraflarca birleştirilmesine dayanır. Bkz. Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.48.

³³⁸ Sherman, s.49.

³³⁹ Pulaşlı, C.I, s. 129 (Şerh).Kutlan'a göre ise birleşme süreci üç aşamalıdır. Bunlar, Ön çalışmalar süreci, transaksyon süreci ve entegrasyon süreci olarak özetlenebilir. Bkz. Kutlan, Serhat: Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 27-28. (Due Diligence).

³⁴⁰ Gaughan, s.20.

Kim zaman da- AT&T'nin 48 Milyar USD değerindeki TCI'ı satın alma sürecinde olduğu gibi- başarısızlıkla sonuçlanır³⁴¹.

Birleşme işlemleri henüz başlamadan önce birleşmeye katılacak şirketler arasında bir pazarlık süreci başlar³⁴². Kanunda, pazarlık sürecine ilişkin bir düzenleme yoktur³⁴³. Bununla birlikte, pazarlık süreci, birleşme işlemlerinin kaderini belirleyen önemli bir süreçtir ve genel olarak üç temel aşamadan meydana gelmektedir. Bunlar, niyet mektubu, taraflar arasında gizlilik anlaşması ve "due diligence" süreci olarak sıralanabilir. Öte yandan, taraflar arasında "ön anlaşma" ya da "mutabakat muhtırası" (MOU) adı verilen bir belge de imzalanması mümkündür³⁴⁴.

Hazırlık döneminde ekonomik sorunlar daha ağırlıklıdır³⁴⁵. Şirketlerin değişim oranlarının belirlenebilmesi için iyi bir değerlendirme yapılması çok önemlidir³⁴⁶. Bu açıdan, özellikle due diligence sürecinde, birleşmeye katılacak şirketlerin iyiniyetli davranmaları, ileride doğabilecek uyuşmazlık ve hukuki yollara başvurma ihtimalini azaltacaktır.

Birleşme öncesinde tarafların birbiriyle temasları, niyet mektubu, gizlilik anlaşması ve due diligence faaliyetlerini içeren süreç genel olarak birleşme öncesi süreç olarak adlandırılabilir³⁴⁷. Bu süreç, henüz birleşme işlemleri başlamadığı için hukuki açıdan bir sözleşme süreci değildir. Bununla birlikte taraflar arasında sözleşme yapmaya yönelik bir hukuki ilişki başlamıştır. Taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisi tesis edilmiş, bu güven ilişkisi kapsamında birçok konuda bilgi alışverişi yapılmıştır.

Tarafların, birleşme süreci öncesindeki ilk temasları genel olarak, birleşme konusundaki eğilimlerini yansıtan, iyiniyet içeren görüş teatilerinden oluşmaktadır. Bu temasların ilk yazılı şekli olan niyet mektubu, hukuken tarafları bağlayıcı bir belge değildir. Bununla birlikte, niyet mektubunun karşı tarafça kabulü ve görüşmelere başlanması aslında bir ön anlaşmadır. Ön anlaşma genel olarak yazılı yapılmadığı için hukuki bir anlam ifade etmeyebilir. Bununla birlikte, ön anlaşma sonrasında yapılan gizlilik anlaşması ise, birleşme sürecinin ilk bağlayıcı belgesidir. Gizlilik anlaşması, tarafların teati ettiği bilgi ve belgelerin gerek görüşme süreci gerek birleşme faaliyetleri ve gerekse birleşmenin

³⁴¹ Gaughan, s.21.

³⁴² Keşli, s.177.

³⁴³ Pulaşlı, C. I, s.127 (Şerh), Tekinalp (Yeni Hukuk) s.634.

³⁴⁴ Bektaş, s.45., Tekinalp, (Yeni Hukuk) s.634.

³⁴⁵ Yasaman, s.37.

³⁴⁶ Yasaman, s.37.

³⁴⁷ Tekinalp, s.634 (Yeni Hukuk).

102 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

tamamlanmasından sonraki süreçte üçüncü kişilerle paylaşılmasını engelleyen ve ihlali durumunda cezai şart da dâhil olmak üzere hukuki yaptırımları içeren bir anlaşmadır.

Due diligence süreci ise, gizlilik anlaşmasının imzalanmasını müteakip, genel olarak bir tutanakla tespit edilen bir bilgi ve belge teatisini içermektedir. Bu dönem, tarafların karşılıklı olarak sağladığı bilgi ve belgeler, belirlenen süre içinde incelenerek, birleşme konusundaki düşüncenin olumlu ya da olumsuz olarak kesinleşmesiyle sonuçlanır. Due diligence işlemleri, birleşme öncesi görüşmelerde en önemli aşamadır. Taraflar, bu aşamada, elde ettikleri bilgilerin analizi neticesinde gerçek anlamda birleşme düşüncesini olgunlaştırabilirler.

Taraflar, birleşme sözleşmesi henüz imzalanmadan önceki dönemde sözel veya yazılı olarak birçok görüşme yapmakta, niyet mektubu ve gizlilik anlaşmasını müteakip due diligence sürecinde bilgi ve belge paylaşımında bulunmakta ve dolayısıyla aralarında bir güven ilişkisi tesis edilmektedir. Bu ilişkinin kaynağı TMK m.2'de düzenlenen "doğruluk ve dürüstlük kuralı" dır³⁴⁸. Gerçekten de, bu süreçte, taraflar birbirlerine karşı iyi-niyetli davranmakla, doğru ve dürüst olmakla, birbirlerini aydınlatmakla, korumakla, gizlilik kurallarına uymakla ve zarar vermemekle yükümlüdürler. Aynı yükümlülükler, birleşme sürecinde de devam eder. Tek farkı, sözleşme görüşmeleri sürecinin bağlayıcı olmamasıdır. Taraflar istedikleri zaman, hiçbir yükümlülük altına girmeksizin görüşmelerden çekilebilirler. Bununla birlikte, sözleşme öncesi süreçte de bu sürece mahsus yükümlülüklerin ihlali söz konusu olabilir. İşte bu gibi hallerde, diğer taraf açısından doğan zararın tazmin edilmesi meselesi ortaya çıkmaktadır.

II. BİRLEŞME ÖNCESİ SÜRECİN UNSURLARI

1. NİYET MEKTUBU (LETTER OF INTENT)

1.1. Hukuki Niteliği

Niyet mektubu, birleşmeye taraf şirketlerden birinin (genellikle devralan şirket, acquiring company) diğerine "kurulmak istenen esas yapının ana hatlarını ortaya koyan yazılı bir irade açıklaması" olarak tanımlanabilir³⁴⁹. Niyet mektubu, görüşmelerin ciddi bir şekilde yürütülmesi açısından önem taşır³⁵⁰. Bununla

³⁴⁸ Bektaş, s.90.

³⁴⁹ Esin, İsmail G./Lokmanhekim S.Tunç: Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.9.

³⁵⁰ Bektaş, s.44, Doğan, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi, Yayın no:29, İstanbul, 2006, s.78.

birlikte niyet mektubu bir “Öneri (icap)” olarak nitelendirilemez³⁵¹. Daha çok bir “**icaba davet**” niteliğindedir. İcap ile icaba davet arasında önemli bir ayrım vardır. İcap yapıldığında artık icapta bulunan, bu irade beyanı ile bağlıdır. Buna karşılık, icaba davette, davet eden taraf, bu irade beyanı ile (diğer tarafın cevabı olumlu olsa bile) bağlı değildir³⁵².

Taraflar arasında niyet mektubu öncesinde sözlü temaslar da gerçekleşebilir ancak sözlü temasların gayri resmi noktadan resmi bir ilişkiye dönüşebilmesi için bir niyet mektubuna ihtiyaç vardır³⁵³. Niyet mektubu ile genellikle devralan taraf hedef işletmeye (devralınacak şirket, işletme) bir süre de tanımış olur³⁵⁴. Bununla birlikte niyet mektubu bağlayıcı bir belge değildir³⁵⁵. Bağlayıcı olmadığını belirtmek açısından genellikle “bağlayıcı değildir klozu (no binding clause)” eklenir³⁵⁶.

Niyet mektubu zorunlu bir uygulama değildir. Bununla birlikte, taraflar, due diligence süreci için önemli bir mali ve zamansal külfete girecektir³⁵⁷. Bu nedenle, böyle bir masrafa katlanmadan önce niyet bildirimini yazılı olarak yapılması önem taşır. Öte yandan niyet mektubu, bir iyiniyet göstergesidir³⁵⁸.

Niyet mektubu ne zaman gönderilmelidir? Niyet mektubu, genellikle devralan şirketin, devralınacak şirketin mali açıdan kısa bir due diligence sürecini tamamlamasını müteakip gönderilir³⁵⁹. Buradaki süreç, tarafların sözlü görüşmelerden sonra çok kısa bir sürede, mali konularda bilgi alış-verişi yaptıkları bir süreçtir. Esas due diligence süreci, niyet mektubunun gönderilmesi ve karşı tarafın mektuba olumlu cevap vermesi durumunda kararlaştırılacaktır³⁶⁰.

³⁵¹Yeni TBK’da icap yerine “öneri” benimsenmiştir (m.3). Ancak “öneri” teriminin “icap”ın karşılığı olduğu tartışılmalıdır. Öneri (İcap), “bir sözleşmenin yapılması için bir öneri içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanı” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan yola çıktığımızda, niyet mektubu icap gibi düşünülebilir. Ama niyet mektubu, daha çok bir müzakereye girişilmesini içerdiği için bir “icaba davet” olarak düşünülmelidir(Bkz. Oğuzman/Öz, C.1, s.52).

³⁵² Oğuzman/Öz, C.1, s.52, Doğan, s.78.

³⁵³ Reed/Lajoux/Nesvold, s.460, Sherman, s.50.

³⁵⁴ Miller, s.44, Reed/Lajoux/Nesvold, s.461. Bu süre içinde, tarafların 3.kişilerle birleşme veya satınalma görüşmesi yapmamları da öngörülebilir (no-shop agreement).

³⁵⁵ Miller, s.50, Reed/Lajoux/Nesvold, s.461, Sherman, s.50: Mektubun bağlayıcı olup olmadığı konusunda bir bildirimde bulunulması da yararlı olabilir. Esin/Lokmanhekim, s.11., Bektaş s.44.

³⁵⁶ Bektaş, s.44, Doğan, s.79.

³⁵⁷ Reed/Lajoux/Nesvold, s.462.

³⁵⁸ Reed/Lajoux/Nesvold, s.462.

³⁵⁹ Reed/Lajoux/Nesvold, s.462.

³⁶⁰ Reed/Lajoux/Nesvold, s.462.

1.2. İçeriği

Niyet mektubunun içeriği çok önemlidir. Hedef şirket, niyet mektubunun mümkün olduğu kadar ayrıntılı olmasını ister³⁶¹. Ayrıntı, devralan şirket bakımından da tercih edilebilir çünkü hem niyetinin ciddi olduğunu hem de başlangıçtan itibaren bazı zor konular (hard issues) dışında genel olarak uzlaşmaya hazır olduğunu da ima etmiş olur. Mektubun ayrıntılı olması, uzun olması anlamına gelmez³⁶². Kısa birkaç cümle ile birleşme niyeti ortaya konularak sürecin nasıl işleyeceği konusundaki görüşler bildirilebilir³⁶³. Bu haliyle mektup “bir yol haritası” olarak da değerlendirilmektedir³⁶⁴.

Niyet mektubunda, temel niyet ortaya konulduktan sonra, due diligence sürecinin ve tarafların teati edeceği bilgilerin gizli kalması, görüşmeler esnasında tarafların üçüncü kişilerle birleşme konusunda görüşme yapmayacağı (no-shopping term), görüşmelerden cayma durumunda cezai şart vb. konular yer alabilir³⁶⁵. Niyet mektubu kimi zaman bir anlaşma şeklinde de kaleme alınabilir³⁶⁶.

2. GİZLİLİK ANLAŞMASI (NON DISCLOSURE AGREEMENT-CONFIDENTIALITY AGREEMENT)

2.1. Hukuki Niteliği

Birleşmeye katılan şirketler, süreç içinde birbirlerine pek çok konuda, ticari sırları haiz bilgi, belge, görüş ve düşüncelerini aktarırlar. Dolayısıyla birleşme süreci fiilen birleşme işlemlerinin başladığı değil birleşme görüşmelerinin başladığı bir süreçtir. Bu süreçte, “gizlilik anlaşması”³⁶⁷ ya da diğer bir adıyla “sır saklama anlaşması”³⁶⁸ taraflar arasında imzalanması gereken ilk yazılı belgedir³⁶⁹. Anlaşmanın yazılı olması bir geçerlilik koşulu değil ispat vasıtasıdır. Gizlilik, başarı açısından, birleşme öncesi süreçte en önemli etkidir³⁷⁰.

³⁶¹ Miller, s.45.

³⁶² Miller, s.45.

³⁶³ Reed/Lajoux/Nesvold, s.461, Doğan, s.78.

³⁶⁴ Esin/Lokmanhekim, s.9.

³⁶⁵ Sherman, s.56.

³⁶⁶ Sherman, s.55-56.

³⁶⁷ Pulaşlı, C.I, s.127 (Şerh).

³⁶⁸ Bektaş, s.46.

³⁶⁹ Miller, s.40.

³⁷⁰ Gökbel, S.A., s. 217.

Tarafların, birbirlerine birleşme konusundaki niyetini bildirmesiyle birlikte birleşmeye katılan taraflar arasında, sözleşme öncesi görüşmelere başlamadan önce bir gizlilik anlaşması imzalanması gerekir³⁷¹. Gizlilik anlaşması, hem birleşmeye katılan şirketlerin korunmasını (içsel) hem de onların dışında üçüncü kişilere karşı korumayı (dışsal) amaçlar³⁷².

Gizlilik anlaşması ile taraflar teati edilen bilgileri, bilmesi gereken ilkesi (need-to-know) uyarınca üçüncü bir tarafla paylaşmayacaklarını ve aynı zamanda da aldığı bilgiyi sadece birleşme süreci için kullanacaklarını taahhüt eder³⁷³.

Gizlilik anlaşması çerçevesinde hangi bilgilerin gizli olduğu, bilgiyi sağlayan tarafça bildirilmelidir. Bununla birlikte, diğer tarafın söz konusu bilgiyi daha önce edinme veya üçüncü kişilerden alma ihtimali de mevcuttur. Böyle bir durumda bile, gizlilik bildiriminde bulunulmasıyla birlikte bahse konu bilginin paylaşımı anlaşmanın ihlali anlamına gelmektedir.

Gizli bilgilerin paylaşımında, “gizli” ibaresinin konulması ile bir kısım bilgilerin gizliliği de şerh edilmiş olur ancak teati edilen her bilgiyi “gizli” olarak tanımlamak doğru değildir. Burada hedef işletme açısından dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, anlaşmaya “artık bilgiler maddesi” (residuals clause) konulmamış olmasıdır. Diğer bir deyimle, bilgi sızması durumunda, şirketin çok büyük olması ve her bilgiyi karantina altına alma imkânsızlığı veya insanların kafasındaki bilgilere hâkim olamamak gibi gerekçelere yol açacak bir maddeden kaçınılmalıdır³⁷⁴.

Bağlayıcılığı olmamakla birlikte, Avrupa’da yeknesak bir sözleşme hukuku oluşturulması bakımından önemli bir çalışma olarak kabul edilen “Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL)”³⁷⁵ Madde 2.302’de, “Gizliliğin İhlali” başlığı altında “Görüşmeler esnasında taraflardan birinin diğer tarafa, gizli bilgi vermesi durumunda, sonuçta sözleşme yapılsın ya da yapılmassın, diğer taraf, bu bilgiyi açığa çıkarmama ya da kendi amaçları için kullanmama yükümlülüğü altındadır. Bu

³⁷¹ Keşli, s.177.

³⁷² Keşli, s.178, Pulaşlı, C.I, s.127 (Şerh).

³⁷³ Miller, s.41.

³⁷⁴ Miller, s.42.

³⁷⁵ “Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri” adlı belge, Avrupa’da sözleşme hukuku alanında tanınmış akademisyenlerin derlediği model kurallar setidir. Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından oluşturulmuştur. Hollandalı Hukukçu Ole Landonun önderlik ettiği bir ekip tarafından hazırlandığı için aynı zamanda Ole Lando İlkeleri olarak da bilinmektedir. Bkz. Esin, Meryem Kübra: Karşılıklı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s.56.

106 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

yükümlülüğün ihlali, karşılaşılan zararın tazmini ya da diğer tarafın elde ettiği menfaatin iadesini gerekli kılabilir” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Görüldüğü üzere, özellikle uluslar arası sözleşmelerde, taraflar arasında ayrıca bir anlaşma olmasa dahi, teati edilen gizli bilgilerin, diğer tarafın izni olmaksızın açıklanması durumunda zarar gören tarafın tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür³⁷⁶.

Gizlilik anlaşmasının mutlaka bir süresi olmalıdır. Bazı bilgiler ise, herhangi bir süreye bağlı kalmaksızın daima gizli kalmalıdır³⁷⁷.

2.2. İçeriği

Gizlilik anlaşmasında, genellikle bir giriş kısmından sonra, gizli bilginin tanımı, kullanımı, üçüncü kişilerle paylaşım şartları, fikri mülkiyet haklarının durumu, rekabet yasağı ve sözleşmenin sona ermesi gibi hususlar yer alır³⁷⁸. Ayrıca anlaşmanın ihlali durumunda uygulanacak cezai şart, tarafların sorumlulukları gibi hususlar da anlaşmanın bir parçasını oluşturur.

3. DUE DILIGENCE

3.1. Kavram

Due diligence, sözlük anlamı itibariyle “borçlunun üstlendiği bir edimi kendisinden beklenen makul özenle yerine getirmesi”dir. Bir başka deyişle “hukuki işlemlerde gösterilmesi gereken özen”dir³⁷⁹. Kökeni Latince olan “diligenta” yani “gerekli özen” anlamını taşır³⁸⁰. Bir yazara göre de due diligence “aşırı özen, aşırı itina” anlamına gelmektedir³⁸¹.

Bazı yazarlar bu süreci “inceleme safhası” olarak tanımlamaktadır³⁸². Şirketler hukuku bağlamında ise “bir hedef şirketin, bir malvarlığının ya da yeni piyasaya sürülen bir menkul kıymetin alıcı veya aracı tarafından yatırım amaçlı olarak araştırılması ve analiz edilmesidir³⁸³. Başlangıçta, halka açık şirketlerde sermaye ihracı (public underwritings) ile bağlantılı olarak kullanılan

³⁷⁶ Bektaş, s.46.

³⁷⁷ Miller, s.43.

³⁷⁸ Sherman, s.22-23.

³⁷⁹ Pulaşlı, C.I. s.128 (Şerh).

³⁸⁰ Pulaşlı, C.I. s.128 (Şerh).

³⁸¹ Kutlan, s.14. (Due Diligence).

³⁸² Esin/Lokmanhekim, s.15.

³⁸³ Garner, Bryan, Black’s Law Dictionary, Minnesota, 2001, s.203.

bir terimdi³⁸⁴. Kaynağı, Amerikan Sermaye Piyasası ve Yatırımcıyı Koruma Kanunu'na dayanır³⁸⁵. Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Act)'nin Sorumluluk İlkesine dair Bölüm 11'de halka arz ile görevli belirli kişiler için, pay senetlerinin satışında şirket araştırmasını due diligence bağlamında yapan kişilerin alıcıları yanlış yönlendirmesi durumunda karşılaşılabilecek tazminat sorumluluğu ile ilgiliydi³⁸⁶. Günümüzde daha geniş bir çerçevede, bir yatırımcı veya alıcının, bir yatırım veya hedef şirketle ilgili üstlendiği araştırma anlamına gelmektedir³⁸⁷.

Due diligence en yaygın olarak birleşme ve satın almalarda kullanılan bir kavramdır ve tarafların karar aşamasına yarayacak bilgi gereksinimini karşılar³⁸⁸. Bu sürecin temel işlevi, birleşme veya satın alınacak şirketin veya işletmenin kuruluşundan günümüze kadarki tüm faaliyetlerini araştırmak ve olası riskleri değerlendirmektir³⁸⁹. Köken olarak Anglo-Sakson hukukuna ait olmakla birlikte günümüzde şirket birleşme ve satın alma sürecinde yaygın olarak uygulanmaktadır.

Due diligence uygulaması temel olarak finansal raporların, yönetim ve operasyonların gözden geçirilmesi, devralınacak şirketin hukuki sorunlarının incelenmesi ve gelecekte bu sorunların ne gibi sonuçlar doğurabileceğinin hesaplanması gibi hususları içermektedir³⁹⁰. Bunların yanı sıra, vergi, üretim, insan kaynakları, hukuki yükümlülükler ve çevre gibi konularda bu süreçte alınır³⁹¹.

Due diligence sürecinde, şirketlerin, due diligence'i yerine getirecek işletme değerlendirme ekibine (business evaluation team) güvenmesi gerekir. Bir görüşe göre bu ekibin beş kritik alanda araştırma yapması önem taşır³⁹². Bunlar şöyle sıralanabilir:

³⁸⁴ Miller, s.49.

³⁸⁵ Kutlan, s.15. (Due Diligence).

³⁸⁶ Miller, s.49.

³⁸⁷ Miller, s.49.

³⁸⁸ Kutlan, s.24. (Due Diligence).

³⁸⁹ Reed, Stanley Foster/Lajoux Alexandra Reed/Nesvold H.Peter, The Art of M&A, A Merger/Acquisition/Buyout guide 1, 4.Baskı, s.381, Pulaşlı, C.I, s.128 (Şerh).

³⁹⁰ Reed/Lajoux/Nesvold, s.382, Sherman, Andrew J., Mergers and Acquisitions From A to Z, Third Edition, New York, 2011, s.67, Keuper, Frank / Häfner, Michael / von Glahn, Carsten : Der M&A-Prozess, Konzepte, Ansätze und Strategien für die Pre- und Post-Phase, Berlin, 2006, s.161.

³⁹¹ Kutlan, Serhat: Birleşme ve Devralmalarda (Mergers&Acquisitions) Controlling, s.257. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

³⁹² Zimmerer, Thomas W./Scarborough, Norman M/Wilson, Doug: Essentials of Entrepreneurship and Small Business Management, Pearson Education International, Edition 5, NJ, 2011, s.231.

- 1) Neden işletme sahibi işletmesini satmak istiyor?
- 2) İşletmenini fiziksel durumu nedir?
- 3) Şirketin üretim ya da hizmet potansiyeli nedir?
- 4) Hangi hukuki konular dikkate alınmalıdır?
- 5) İşletme finansal olarak sağlam mıdır?

Due diligence, bir olay değil bir süreçtir. Bu süreçte taraflar, sadece formale olarak birbirlerinin kilit sözleşmeleri, ticari defterleri ve kayıtları değil aslında tarihi, misyonu, değerleri, kültürü ve maddi manevi her türlü malvarlığı konularında birbirlerine nüfus ederler³⁹³. Türk Hukukunda Due diligence ile ilgili bir kanuni düzenlemeye mevcut değildir. Oysaki sözleşme sürecinin önemli bir parçasıdır ve kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır³⁹⁴. Özellikle sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk kapsamında due diligence sürecinin hukuki bir yapıya kavuşturulması önemlidir.

3.2. Due Diligence'in Önemi

Due diligence, birleşme ve satın alma süreci içinde, alıcının risk yönetimi bakımından önem taşır ve sözleşme görüşmelerinin devamı açısından önem taşır³⁹⁵.

Süreç, birleşme düşüncesinin oluşumundan itibaren başlar³⁹⁶ ve birkaç hafta ya da bazen birkaç yıl sürebilir³⁹⁷. Sürecin uzunluğu tarafların birbirlerine güvenmelerine, geçmişteki ilişkilerine ve birleşme düşüncesindeki samimiyetine göre değişebilir. Şirketlerin karmaşık yapıda olup olmadıkları da önemli bir etkidir.

Due diligence, birleşme sürecinde taraflara temel olarak üç yarar sağlar³⁹⁸:

- 1) Bu sürece katılan taraflar, araştırma yaptıkları şirketin finansal, işletmesel ve hukuki durumlarını ve riskli unsurları inceleme fırsatı elde ederler³⁹⁹. Sürecin tamamlanmasından

³⁹³ Sherman, s.67.

³⁹⁴ Pulaşlı, tarafların "due diligence sözleşmesi" yapabileceklerini not etmiştir Bkz.Pulaşlı, C.I. s.127 (Şerh). Gerçekten de due diligence süreci, bir yazılı belgeyle başlayabileceği gibi bir araya gelip bir MOU (mutabakat Muhtırası) imzalamaları ile de başlayabilir.

³⁹⁵ Pulaşlı, C.I. s.129 (Şerh).

³⁹⁶ Reed/Lajoux /Nesvold, s.382.

³⁹⁷ Reed/Lajoux /Nesvold, s.387.

³⁹⁸ Kutlan'a göre due diligence'in dört amacı vardır. Bunlar: Hedef şirketle ilgili bilgi ihtiyacının karşılanması, analiz, karar verme ve fiyat tespiti ve hukuki durumun tespiti. Bkz. Kutlan, s. 30. (Due Diligence).

³⁹⁹ Esin/Lokmanhekim, s.15.

(closing) sonra da bitirilmemiş konular olabilir. Bununla birlikte karar verme süreci (decision making process) bakımından yeterli veri birikimi sağlanmış olacaktır.

2) Taraflardan birinin diğerine karşı sonradan herhangi bir talebi ortaya çıkar ise, due diligence sürecindeki inceleme belgeleri bunu doğrulamaya yardımcı olur⁴⁰⁰.

3) Satın veya devralınacak işletmenin karlılık durumu, nakit akışı ve verimlilik analizi ancak iyi yönetilen bir due diligence süreciyle anlaşılabilir⁴⁰¹.

3.3. Due Diligence İşlemleri

Due diligence, her iki tarafta, çeşitli alanlarda uzman kişilerden oluşan birer görüşme takımının (negotiation team) oluşumunu gerektirir⁴⁰². Söz konusu takımlar, karşı tarafın aşağıda sayılan çeşitli konulardaki bilgi ve belgelerini incelemek ve sonuçta bir due diligence raporu hazırlamakla yükümlüdür⁴⁰³.

Due diligence, temel olarak iki farklı alanda yapılır. Bunlar işletme alanı (business due diligence) ve hukuki alan (legal due diligence) olarak özetlenebilir⁴⁰⁴. Bir başka ayırmada mali due diligence ve hukuki due diligence olarak da sınıflandırılmıştır⁴⁰⁵.

Due diligence uygulamasının nerede yapılacağı meselesi tarafların karşılıklı görüşmeleri ile çözümlenebilir. Genellikle devralınacak şirketin merkezi ve işletmesine yapılacak ziyaretler ve çalışanlarla yapılacak görüşmeler şirket hakkında bir ön fikir verebilir. Devralınan şirketin durumu daha hassastır⁴⁰⁶.

Due diligence için genellikle bir kontrol listesi (check list) üzerinden inceleme yapılır⁴⁰⁷. Satın alma sürecinde bu liste genellikle satın alan tarafından ha-

⁴⁰⁰ Reed/Lajoux/Nesvold, s.413.

⁴⁰¹ Pulaşlı, C.I, s.131 (Şerh).

⁴⁰² Kutlan, s.257.

⁴⁰³ Kutlan, s.258.

⁴⁰⁴ Miller, s.49, Kutlan, due diligence' i daha geniş bir perspektif ile ekonomik, piyasa açısından, finansal, vergisel, hukuki, teknik, çevresel ve insan kaynakları ve kültürel due diligence olarak işlevsel çeşitlere ayırmıştır. Bkz. Kutlan, s.38-43. (Due Diligence).

⁴⁰⁵ Alilovic Sascha & Kühne Daniela (Keuper/ Häfner/ von Glahn: M&A-Transaktionen im Rahmen, von IT-Outsourcing s.165.

⁴⁰⁶ Reed/Lajoux/Nesvold, s.394.

⁴⁰⁷ Sherman, s.71, Miller s.49.

110 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

zırlanmakta ve alıcıya empoze edilmektedir. Birleşme sürecinde ise, satın almadan farklı olarak tüm tarafların hazırladığı farklı listeler mevcuttur. Bununla birlikte, genellikle kontrol listelerinde standart kalemler yer alır.

3.3.1. Due Diligence Kontrol Listesi

Due diligence süreci için hazırlanan kontrol listelerinde aşağıdaki hususları yer alması arzulanır⁴⁰⁸:

3.3.1.1. Şirkete Ait Genel Hususlar

- a) Şirket Esas Sözleşmesi,
- b) Şirket iç Yönergesi,
- c) Genel Kurul ve Yönetim Kurulu toplantı, müzakere ve karar defterlerindeki tutanaklar,
- d) Pay sahipleri listesi, (Türk Hukukunda şirketlerdeki pay defterleri pay sahiplerine ait en son bilgileri içerir. Bununla birlikte anonim şirketlerde hamiline yazılı pay senetleri çıkarılmışsa güncel durumu bilmek olanaksızdır).
- e) Finansal raporlar,
- f) Tarafların yapmış olduğu sözleşmeler, kısa, orta ve uzun vadeli yatırım planları,
- g) Şirket paylarının satışını, temlikini ve üzerinde sınırlı ayni hak tesisini kısıtlayan her türlü anlaşma,
- h) Ön talep araştırmaları vb. belgeler.

3.3.1.2. Finansal Hususlar⁴⁰⁹

- a) Şirketin yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporları,
- b) Kredi ve ödünç sözleşmeleri, çıkarılan veya çıkarılması planlanan tahviller, intifa senetleri,
- c) Üçüncü kişilerle garanti sözleşmeleri,
- d) Geçmiş beş yıla dönük olarak:
 - 1) Denetim raporları,
 - 2) Denetimden geçmiş yıllık bilançolar,
 - 3) Denetimden geçmiş gelir tabloları,
 - 4) Nakit akış tabloları,
 - 5) Şirketin finansal durumuna ilişkin erken teşhis komitesi raporları,

⁴⁰⁸ Miller, s.51 vd., Reed/Lajoux /Nesvold, s.381, Sherman, s.74 vd.

⁴⁰⁹ Kutlan'a göre "Finansal inceleme sayesinde alıcı ve satıcı arasındaki bilgi dengesizliği azalır, ortaya çıkabilecek olası anlaşma bozucular tanımlanır, alış fiyatına etki eden faktörler belirlenir ve satış müzakeresi ve anlaşması için gerekli bilgiler hazırlanır". Bkz. Kutlan, s.43 (Due Diligence).

- e) Şirketin kamusal borçları,
- f) Şirketin fonları, yedek akçeleri, banka hesaplarındaki nakit durumu,
- g) Yabancı sermaye.

3.3.1.3. Yönetim ve İstihdam Konuları

- a) İş sözleşmeleri,
- b) Danışmanlık, yöneticilik vb. sözleşmeler,
- c) Sendika ve toplu iş sözleşmeleri,
- d) İş güvenliği raporları,
- e) SGK primleri, kıdem tazminatı vb. fonlar,
- f) Çalışanları özgeçmişleri.

3.3.1.4. Üçüncü Kişilerle İlişkileri

- a) Şirketlerin giriştiği angajmanlar (sözleşmeler, ihaleler, taahhütler)
- b) Büyüme planları, stratejik ortaklıklar, konsorsiyum, ortak girişim projeksiyonları,
- c) İsim hakkı, lisans, tek satıcılık, bayilik ve acentelik anlaşmaları,
- d) Sigorta sözleşmeleri,
- e) Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar.
- f) Kamu sektörüyle ilişkileri (Kamusal hizmetlere ilişkin anlaşmaları, imtiyaz sözleşmeleri, ruhsatlar, izinler)
- g) Hukuki ihtilafları.

4. DUE DILIGENCE SÜRECİNDE SON AŞAMA: DEĞERLEME

4.1. Genel Olarak Değerleme Kavramı

Değerleme, birleşme ve satınalma görüşmelerinde üzerinde en çok durulan konudur. Değerleme “belirli bir ölçüye göre malvarlığını oluşturan varlıkların değerlerinin saptanmasıdır”⁴¹⁰. Değerleme, birleşme sürecinin başlangıcında yapılmaktadır ve birleşmeye katılan tüm şirketleri kapsar⁴¹¹. Değerleme, özellikle devralınan şirketin gerçek değerinin tespiti bakımından önem taşımakla birlikte değişim oranının sağlıklı olarak belirlenebilmesi için devralan şirketin de değerlemesinin yapılması gerekir.

⁴¹⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) Anonim Ortaklık, s.701.

⁴¹¹ Persteiner, s.603.

112 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Due diligence sürecindeki en önemli konu, devrolunacak şirketin değerlendirilmesine ait verilerin doğru değerlendirilmesi ve bu verilere göre değerlendirilmesinin gerçekleşmesidir⁴¹². Birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının değerlendirilmesi, devrolunan ortaklığın ortaklarına tanınacak pay sahipliği ve ortaklık hakkını belirleyecek değişim oranının hesaplanmasında en önemli etkenlerdir⁴¹³. Bununla birlikte değişim oranı belirlenirken malvarlığının yanısıra oy haklarının dağılımı ve önem taşıyan diğer hususlar da dikkate alınır (TTK m.140/1).

Şirket değerlemesi, şirketin varlıkları, borçları ve özkaynaklarının bir bütün olarak değerlendirilmesini gerektirir. Şirket bilançosunda yer alan her aktif değer ve pasifler hanesindeki yükümlülükler tek tek belirlenerek toplam değere ulaşılır⁴¹⁴. Birleşme düşüncesi sadece somut malvarlıklarının birleşmesi üzerine inşa edilmez. Bu nedenle şirket değerlemesinde, şirketin malvarlığının yani somut değerlerin yanısıra ticari itibarı, iş bağlantıları, geleceğe yönelik beklentileri, uzun vadeli planları devralınacak şirketin devralan şirkete potansiyel katkıları, personel, müşteri çevresi gibi birçok etken de dikkate alınır. Şirket değeri, kar payı dağıtım kararına ek olarak şirketin yatırım ve finansal kararlarının (sermaye yapısı) fonksiyonel bileşimidir⁴¹⁵. Bu bağlamda yatırım kararları bilanço aktifini, finansal kararlar ise pasifini etkiler⁴¹⁶. Dolayısıyla şirket değerini belirlerken yatırım ve finansal kararları iyi analiz edilmelidir.

Değerleme, genellikle devralan tarafın yatırımcı bankası tarafından yapılır. Halka açık anonim ortaklıklarda, kamuyu aydınlatma yükümünden dolayı şirket değerlendirilmesi daha somut ölçütlere dayandırılabilir⁴¹⁷. Kapalı anonim ortaklıklar ve diğer şirket türlerinde ise değerlendirme süreci daha ayrıntılı bir inceleme gerektirir ve oldukça zordur çünkü bir referans değeri yoktur⁴¹⁸. İşletmenin denetimden geçmiş finansal raporları da olmayabilir. Bu nedenle yatırım bankası, birleşmeye tabi firmanın finansal durumunun normalleştirilmesi (normalization) için çalışma yapacaktır. Normalleştirme, genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri (GAAP: Generally accepted accounting principles) esas alınarak yapılır⁴¹⁹.

⁴¹² Gaughan, s.538, Sherman, s.144.

⁴¹³ Pulaşlı, C.I, s.121 (Şerh), Persteiner, s.603.

⁴¹⁴ Geray, s.17.

⁴¹⁵ Akgüç, s.3.

⁴¹⁶Kutukuz, Doğan: Finansal Açıdan Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtım Politikası ve Türkiye Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 1997 s.32.

⁴¹⁷ Geray, s.17.

⁴¹⁸ Miller, s.31.

⁴¹⁹ Miller, s.32.

Türk hukukunda “değerleme” konusu doktrinin yanı sıra bazı kanun hükümlerinde de yer almıştır. Bunlar, sırasıyla TTK m.78 ila 81 arasında düzenlenen “Değerleme İlkeleri”, 213 sayılı VUK m.258 ila 261 arasında “Değerleme Başlığı” altında yer alan ölçü ve yöntemler ile 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun (Özelleştirme Kanunu)’da m.18/B’de düzenlenen “Değer Tespiti” olarak sıralanabilir.

TTK m.78’de, finansal raporlarda yer alan varlıklarla ilgili değerlendirme ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler;

“a) Bir önceki dönemin kapanış bilançosundaki değerler ile faaliyet döneminin açılış bilançosundaki değerler birbirinin aynı olmalıdır.

b) Fiilî veya hukuki duruma aykırı olmadıkça, değerlemelerde işletme faaliyetinin sürekliliğinden hareket edilir.

c) Bilanço kapanış gününde, varlıklar ve borçlar teker teker değerlendirilir.

d) Değerleme ihtiyatla yapılmalıdır; özellikle de bilanço gününe kadar doğmuş bulunan bütün muhtemel riskler ve zararlar, bunlar bilanço günü ile yılsonu finansal tablolarının düzenlenme tarihi arasında öğrenilmiş olsalar bile, dikkate alınır; kazançlar bilanço günü itibarıyla gerçekleşmişlerse hesaba katılır. Değerlemeye ilişkin olumlu ve olumsuz farkların dönem sonuçlarıyla ilişkilendirilmesinde Türkiye Muhasebe Standartlarındaki esaslara uyulur.

e) Faaliyet yılının gider ve gelirleri, ödeme ve tahsilat tarihlerine bakılmaksızın yılsonu finansal tablolara alınır.

f) Önceki yılsonu finansal tablolarında uygulanmış bulunan yöntemler korunur.”

TTK m.78’deki değerlendirme ilkeleri, finansal tabloların hazırlanması aşamasında işletme varlıklarının değerlemesinde esas alınacaktır. Bu ilkelerin, birleşme sürecinde, tarafların yapacakları şirket değerlemesinde de dikkate alınması gerekir. Aynı şekilde, m.79’da düzenlenen “Varlıkların ve borçların değerlendirme ölçüleri” ile m.80’de düzenlenen “İktisap ve üretim değerleri”nin, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olması öngörülmüştür.

VUK’da, Üçüncü Kitap “Değerleme” başlığını taşır. VUK m.258’de değerlendirme, “Vergi matrahlarının hesaplanmasıyla ilgili iktisadi kıymetlerin takdir ve tespiti” olarak tanımlanmıştır. Öte yandan m.261’de değerlendirme ölçüleri olarak;

1. Maliyet bedeli;

2. Borsa rayici;

3. Tasarruf değeri;

4. *Mukayyet değer;*
5. *İtibari değer;*
6. *Vergi değeri;*
7. *Rayıç bedel,*
8. *Emsal bedeli ve ücreti sayılmıştır.*

Özelleştirme Kanunu m.18/B' de "değer tespit"inin nasıl yapılacağı açıklanmış ve başlıca değer tespit yöntemleri olarak:

1. *İndirgenmiş nakit akımları (net bugünkü değer),*
2. *Defter değeri,*
3. *Net aktif değeri,*
4. *Amortize edilmiş yenileme değeri,*
5. *Tasfiye değeri,*
6. *Fiyat/kazanç oranı,*
7. *Piyasa kapitalizasyon değeri,*
8. *Piyasa değeri/defter değeri,*
9. *Ekspertiz değeri,*
10. *Fiyat/nakit akım oranı sayılmıştır.*

4.2. Değerleme Çeşitleri

4.2.1. İşletme Değeri (Enterprise Value)

İşletme değeri, devralmak isteyen tarafın, değişim oranı için belirlediği fiyattır. İşletme değeri, işletmeye ait tüm malvarlığı ve borçları kapsar⁴²⁰. "Net aktif yaklaşımı" da⁴²¹ denilen bu değerlendirme çeşidinde şirketin aktif değerlerinden borçları çıkarılarak kalan değer şirket değeri olarak kabul edilmektedir.

4.2.2. Defter Değeri (Book Value)

Defter değeri, defterlerde kayıtlı malvarlıklarının gösterilen değeridir⁴²². Defter değerine aynı zamanda "net değer" veya "net malvarlığı değeri" de denilmektedir⁴²³. Bununla birlikte defter değeri işletmenin cari değerinden uzaktır⁴²⁴. Bilançonun aktiflerinde belirtilen değerler gerçek değer değilse, defter değeri şirketin gerçek değerini göstermeyecektir.

⁴²⁰ Miller, s.31.

⁴²¹ Kutlan, s.63.

⁴²² Gaughan, s.541.

⁴²³ Gaughan, s.541.

⁴²⁴ Aydın, Nurhan: Birleşme ve Satın Almalarda İşletme Değerlemesi, s.197 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

Defter değeri, şirketin taban değeridir (floor value). Gerçek değeri genellikle defter değerinin üzerindedir⁴²⁵. Bazı durumlarda ise defter değerinin altında da olabilir. Özellikle, devam eden bir dava nedeniyle belirsiz bir borç olması durumunda, şirket değeri, defter değerinin altına düşebilir. Defter değeri, sık kullanılmayan bir değerlendirme çeşididir⁴²⁶.

4.2.3. Tasfiye Değeri (Liquidation Value)

Tasfiye değeri bir şirketin tüm malvarlıkları satıldıktan ve tüm borçları ödendikten sonra kalan pay değeridir⁴²⁷. Tasfiye değeri defter değerinden daha gerçekçidir. Kimi zaman tasfiye değeri piyasa değerinden düşük olabilir çünkü tasfiye sürecinde malvarlıklarının satışı normalden hızlı gerçekleşebilir (fire sale)⁴²⁸. Öte yandan satış süreci uzadıkça satış değeri de düşebilir. Birleşme ve satın almada tasfiye değeri çok önem arz etmez⁴²⁹.

Tasfiye değeri özelleştirmede %21,9 oranında başvurulmuş bir değerlendirme çeşididir⁴³⁰. Tasfiye değeri, birleşmede uygulanması doğru olmayan bir değerlendirme çeşididir çünkü tasfiye değerine göre malvarlıkları, şirketin sona erdiği dikkate alınarak genellikle piyasa değerinin altında hesaplanır⁴³¹.

4.2.4. Pazar Değeri (Market Value)

Pazar değeri, birleşme için üzerinde mutabık kalınan değerdir. Genellikle pay senetleri, Pazar değeriyle ölçülür⁴³². Bu nedenle Pazar değeri “pay değeri” ile eş anlamlı olarak kullanılır. Pay değeri şirketin paylarının (stock) toplam değeridir⁴³³. Pazar değeri, payları borsaya kote edilmiş şirketler için daha belirleyici iken pazara sürülmemiş paylar bakımından şirketin gerçek değerini belirlemek kolay olmayacaktır.

Birleşme operasyonlarında, pazar değerini belirleyen birçok etken mevcuttur. Birleşmede devralan şirket, devrolunan şirkete, teşvik, kendisine katacağı değer ya da başka etkenlerle, pazara değerinin çok üstünde bir fiyat belirleyerek teklif götürebilir⁴³⁴.

⁴²⁵ Gaughan, s.541.

⁴²⁶ Gönülaçan, s.72.

⁴²⁷ Gaughan, s.541, Aydın, s.198, Kutlan, s.84 (Due Diligence).

⁴²⁸ Gaughan, s.542.

⁴²⁹ Aydın, s.198, Gönülaçan, s.76.

⁴³⁰ Aydın, s.208.

⁴³¹ Bilgili/Demirkapı, s.74.

⁴³² Aydın, s.198.

⁴³³ Miller, s.31, Gönülaçan, s.73.

⁴³⁴ Aydın, s. 199.

4.2.5. Devam Eden veya Nihai Değer (Continuing or Final Value)

Devam eden değer (CV: Continuing value), işletmenin belirli bir süre sonunda satılması beklenen değeridir⁴³⁵. Bu değer, nakit akışının belirli bir büyüme hızında beklendiği hallerde ölçülen değerdir.

4.3. Değerleme Yöntemleri

İşletme bilimi açısından değerlendirme yöntemi, bir işletmenin değerinin, ister tasfiye sonucunda isterse nakdi miktar (going concern value) olsun sadece ortaklarına sağladığı finansal faydalar esas alınarak belirlendiği düşüncesine dayanır⁴³⁶. Temel değerlendirme yöntemleri, nispi değerlendirme, indirilmiş nakit akışı ve malvarlığı değerlemesi olarak sayılabilir⁴³⁷.

4.3.1. Nispi Değerleme Yöntemi

Nispi değerlendirme (relative valuation), çeşitli değer ölçümlerinin kullanıldığı bir yöntemdir⁴³⁸. GAAP dışında kalan ölçümler, net gelir (net income), faiz ve vergi öncesi gelirler (EBIT: Earnings before interests and taxes) ve faiz, vergi, değer kaybı ve amortisman öncesi gelirler (EBITDA: Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization) olarak sıralanmaktadır. EBITDA, şirketi, geçmiş ve gelecekteki muhtemel nakit akışına göre değerlemek için kullanılır⁴³⁹.

Değerleme çarpanları, bu temel ölçümler hesaplandıktan sonra çıkarılır ve diğer işletmelerle mukayese edilir. Bu mukayeselerde;

- İşletme değerinin EBITDA'ya oranı,
- İşletme değerinin net gelire oranı,
- İşletme değerinin EBIT'e oranı,
- Toplam pay değerinin defter pay değerine oranı ölçülür⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Gaughan, s.543.

⁴³⁶ Miller, s.32.

⁴³⁷ Sherman, s.150 vd, Miller, s.32, Gaughan, s.543.

⁴³⁸ Miller, s.33.

⁴³⁹ Sherman, s.145.

⁴⁴⁰ Miller, s.33.

4.3.2. İndirilmiş Nakit Akışı Değerleme Yöntemi (Discounted Cash Flow-DCF- Valuation Method)

Bu yöntemde, “gelecekte gerçekleşmesi beklenen nakit akışları belirli bir oranla iskonto edilerek bugünkü değeri belirlenebilir”⁴⁴¹. İndirim oranı, genellikle hedef firmanın, borç yükü ve sermayedir⁴⁴². Bu yöntemde, yatırım dönüştürünün ne olacağı analiz edilir⁴⁴³ ve işletmenin gelecekteki performansı esas alınır⁴⁴⁴.

DCF yöntemi, M&A sürecinde en temel değerlendirme yöntemi kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Bu yöntem Türkiye’deki özelleştirmelerde en çok kullanılan yöntemdir⁴⁴⁶. Nitekim Tekinalp, birleşmeye esas değerlemenin, DCF, asset value ya da capitalized value gibi genel kabul görmüş yöntemlerden biri kullanılarak yapılmasını öngörmüştür⁴⁴⁷.

4.3.3. Malvarlığı Değerlemesi (Asset Valuation)

Hedef şirketin malvarlığı büyük çoğunlukla duran malvarlığına dayalı ise, devralan şirket daha çok malvarlığı üzerinden değerlendirme yapmak ister. Böyle bir durumda devralan şirket, değerlemeyi “üretim maliyeti (cost of reproduction)” ya da “ikame maliyeti (cost of replacement)” kullanarak yapabilir⁴⁴⁸. Üretim maliyetinde, cari fiyatla aynı malzemeleri kullanarak aynı malvarlığını oluşturmak, ikame maliyetinde ise, cari fiyatla orijinal malzemeleri kullanarak ikame etmek amaçlanır⁴⁴⁹.

Malvarlığı değerlendirme yönteminde maddi varlıkların yanı sıra maddi olmayan malvarlıkları da değerlendirme tabi tutulur. Örneğin, fikri mülkiyet hakları, işletme değeri (goodwill) gibi malvarlığı değerleri de dikkate alınır. Ancak maddi olmayan malvarlıklarının değerlendirilmesinde genellikle devralan şirketin ikna edilmesi güçtür⁴⁵⁰.

⁴⁴¹ Kutlan, s.65 (Due Diligence) 78 no.lu dn. Atfına binaen, Gönülaçan, s.78.

⁴⁴² Miller, s.34.

⁴⁴³ Miller, s.34.

⁴⁴⁴ Aydın, s.200.

⁴⁴⁵ Alilovic Sascha & Kühne Daniela (Ed.Keuper/ Häfner/ von Glahn): M&A-Transaktionen im Rahmen, von IT- Outsourcing s.165.

⁴⁴⁶ Aydın, s.208. Bu yöntem %90,6 oranında kullanılmaktadır.

⁴⁴⁷ Tekinalp, s.625 (Yeni Hukuk).

⁴⁴⁸ Sherman, s.150.

⁴⁴⁹ Sherman, s.150.

⁴⁵⁰ Sherman, s.151.

4.4. Birleşme ve Satınalmalarda Değerlemenin etkileri

Değerleme birleşmeye katılan tüm şirketler için yapılması gereken bir işlemdir. Değerleme sonucunda elde edilen veriler, birleşme kararını yakından etkiler. Aşağıda, birleşme ve satınalmalarda değerlemenin etkileri konusunda yapılan çalışmaların genel olarak ulaştığı sonuçlara değinilmiştir.

a) Devrolunan şirketin pay sahipleri birleşme anlaşmalarının pozitif dönüş elde ederler. Bu dönüşün izleri devralınan şirketin pay sahiplerinin prim kazancından da anlaşılabilir⁴⁵¹.

b) Devrolunan şirketin pay sahipleri, ihale tekliflerinden belirgin seviyede pozitif dönüş elde edebilirler. İhale süreci rekabetçi bir ortam yaratabilir ve devralan firmanın teklifi yükselebilir.

c) Devralınan şirketin hem pay sahipleri hem de imtiyazlı pay sahipleri (preferred stockholders) devralma sonucundan kazançlı çıkarlar. Genel olarak devralan firma, devralınan firmadan daha büyük olduğu için birleşen firmadaki payları eskisine oranla daha değerlidir.

d) Devralan firmanın pay sahipleri, birleşmeden sıfır kazanç bazen eksi kazanç elde ederler.

e) Devralan firmanın pay sahipleri, ihale teklifinden çok az dönüş elde ederler veya hiç dönüş elde edemezler.

5. DUE DILIGENCE RAPORU

Due diligence ekipleri, bu süreçteki incelemeleri sonucunda kendi şirketlerine sunulmak üzere bir "due diligence raporu" hazırlar. Due diligence raporu, bu süreçte tarafların gözden geçirme, analiz ve yorumlarının sonucunu kaleme döktükleri bir rapordur. İçeriğinde genel olarak taraflarca teati edilen belgeler ışığında, şirket profili, finansal tablolar, yıllık faaliyet raporları, riskler ve ulaşılan sonuç yer alır.

Due diligence raporu, hukukçuların, mali müşavirlerin ve gerektiğinde teknik kişilerin de kendi alanlarına ilişkin olarak hazırladığı müşterek bir rapordur. Bu raporda, özellikle, birleşme hedefleri doğrultusunda, tarafların birleşmeden beklentilerine uygunluk ve özellikle tarafların mali portresi büyük önem taşır. Yeni TTK m.72 ila 77 arasında, finansal tabloların hazırlanmasında esas alınacak ilkeler ortaya konulmuştur. IFRS kurallarına uygun olarak hazır-

⁴⁵¹ Gaughan, s.569.

lanan Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde hazırlanacak finansal tabloların TTK m.69'da yer alan ilkelere uygun olması (Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun, açık ve anlaşılır) ve gerçek resmi yansıtması gerekir. Birleşme için tarafların mali portreleri önem taşımakla birlikte, birleşmeye katılan şirketlerden bir kısmının sermaye kaybı ya da borca batık olması halinde de birleşme gerçekleşebilir (TTK m.139). Birleşme nedenlerine bağlı olarak, mali durumu iyi olmayan bir şirketin, borca batıklık durumunu telafi edebilecek serbestçe tasarruf edilebilir kaynaklara sahip bir şirketle birleşmesine Kanun tarafından cevaz verilmiştir. Burada önemli olan husus dürüst resim kuralının işlenmesidir.

Raporun hukuki boyutu da önem taşır. Birleşmeye katılacak şirketlerin, devam eden hukuki uyuşmazlıkları, alacaklılarla, şirket çalışanlarıyla ve üçüncü kişilerle ilişkileri ve şirketin gelecekte karşılaşılabileceği hukuki riskler, birleşme kararını etkileyebilir.

Due Diligence Raporunda şirketlerin işletme konularına bağlı olarak teknik ayrıntılara da yer verilebilir. Bu çerçevede, üretim, satış ve pazarlama kapasitesi, üretim tesislerinin durumu, atıl kapasite, yetişmiş insan gücü, yönetim kapasitesi, ticari itibar, bankalarla ve diğer finans kurumlarıyla ilişkileri, mahalli piyasayla bağı, siyasi otoritelerle ilişkileri, üçüncü kişilerle sözleşmesel ilişkileri, tüm bu konular Raporun bir parçasıdır. Due Diligence Raporu, tarafların teati ettikleri her konuya ait kısa bir sonuç, avantaj ve dezavantajları içermelidir. Nihai karar şirketlerin yönetim organlarına ait olmakla birlikte, Due Diligence Raporu, yönetim organlarını yönlendirecek bir rapor olmalı ve bir teklif sunmalıdır.

III. BİRLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK

Sözleşme öncesi süreç, henüz sözleşme kurulmadığı için sözleşme sürecinin unsurlarını taşımamaktadır. Bu dönemde tarafların sözleşmeye dayalı bir sorumluluğu henüz doğmamıştır. Bununla birlikte, görüşmelerin başlangıcından itibaren, taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisine dayanan bir ön sözleşme ilişkisi kurulmuştur ve bundan dolayı birtakım yükümlülükler doğmaktadır. Örneğin, tarafların birbirlerine karşı dürüst davranma, paylaşılan bilgileri saklama, birbirini koruma, birbirine karşı özen gösterme, yanıltıcı bilgi vermemeye, imkânsızlık haline rağmen müzakere yapma, sözleşme yapma niyeti olmadığı halde böyle bir kanaat yaratmama vb. Bu yükümlülüklerin ihlali ise bir zararı ve bir tazminat talebini de ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, birleşme öncesi süreçte, tarafların görüşmelerinden doğan kusuru neticesinde ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluğun niteliği önem taşımaktadır.

120 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Birleşme görüşmeleri sürecinde, tarafların kusurlu olarak birbirine verdiği zarardan doğan sorumluluk, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmeyen ancak doktrinde kabul gören “Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” kapsamına girmektedir⁴⁵². Bu sorumluluk türüne Latince “Culpa in Contrahendo”, Türkçede ise “sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk” denilmektedir⁴⁵³. Sözleşme öncesi sorumluluğun doğması için sözleşmenin kurulmuş olmasının bir önemi yoktur⁴⁵⁴.

Sözleşme öncesi görüşmelerde, tarafların dürüstlük kuralı gereğince birbirlerine doğru bilgi vermeleri, aydınlatmaları ve birbirlerine zarar vermemek için özen göstermeleri gerekir⁴⁵⁵. Taraflar, aralarındaki güven ilişkisinin gereği olarak birbirlerini koruma ve zarar vermeme yükümlülüğü altındadır⁴⁵⁶. Tarafların birbirleriyle ilk temas kurmalarından itibaren aslında bir hukuki süreç de başlamıştır. Bu ilişkinin kaynağı TMK 2’de belirtilen ve emredici bir nitelik taşıyan dürüstlük kuralıdır⁴⁵⁷. Buna göre “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”.

Dürüstlük kuralı, güven ilkesinin de dayanağıdır⁴⁵⁸. Taraflar, görüşmeler esnasında tesis edilen güven ilişkisini ve bundan kaynaklanan koruma yükümlülüklerini ihlal etmeleri, sözleşme yapma düşüncesinde olmadığı halde karşı tarafı aldatma ve onun üçüncü kişilerle birleşme ihtimalini bertaraf etmeleri

⁴⁵² Eren, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun hükümlerine Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara, 2012, s.1128, Esin/Lokmanhekim, s.13, Hage-Chahine, Najib: Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation, Northwestern Journal of International Law &Business, Volume 32, Issue 3, Summer 2012, s.458. Yazar, “Culpa in Contrahendo” kavramının, sözleşme öncesi sorumluluğa göre daha dar bir kapsamı olduğu görüşündedir. Buna gerekçe olarak da, ilkinin belirli sözleşme dışı sorumlulukları içermesine rağmen, diğerinin sözleşme öncesinde tarafların çeşitli davranışlarından doğan geniş bir sorumluluk yelpazesini içerdiğini belirtmiştir.

⁴⁵³ Eren, s.1129. Yalman, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda sözleşme Görüşmelerinde Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.17, 35, “Culpa in contrahendo” kavramı, Alman hukukçu Jhering tarafından geliştirilmiştir. Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 13.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s.79., Oğuzman/Öz, C.1, s.489.

⁴⁵⁴ Eren, s.1129, Doğan, s.68.

⁴⁵⁵ Bektaş, Sezercan: Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.90.

⁴⁵⁶ Eren, s.1128.

⁴⁵⁷ Esin/Lokmanhekim, s.13, Bektaş, s.90, Eren s.1129.

⁴⁵⁸ Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.6.

halinde sorumlu olurlar. Diğer bir deyişle, birleşme öncesinde birleşme sözleşmesine taraf olan şirketlerin culpa in contrahendo sorumluluktan doğan tazmin yükümlülüğü söz konusu olabilir⁴⁵⁹.

Doktrinde benimsenen sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk esası Yargıtay'ın çeşitli içtihatlarında da yer almıştır. Örneğin Yargıtay 19.HD'nin 28.04.2005 gün ve 2005/1932E. 2005/4790 sayılı Kararında, culpa in contrahendo sorumluluk kabul edilerek davacının, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa dayalı tazminat talebi yerinde bulunmuştur⁴⁶⁰.

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler vardır⁴⁶¹. Bu görüşler, haksız fiil, sözleşme ve kendine özgü bir sorumluluk türü olarak üç farklı grupta ele alınmıştır⁴⁶².

1. HAKSIZ FİİL GÖRÜŞÜ

Sözleşme öncesi sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna görüşünü savunanlar, henüz sözleşme kurulmadığı için ortaya çıkan kusur ve zarar ilişkisinde sözleşme hükümlerinin uygulanamayacağı dolayısıyla haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını savunmaktadır⁴⁶³.

Bu görüşe göre, sözleşme öncesi yükümlülükler genel yükümlülüklerdir. Genel yükümlülüklerin ihlali halinde, şartları oluşmuş ise haksız fiil sorumluluğuna başvurulmalıdır. Öte yandan bu aşamada henüz bir sözleşme kurulmadığı için bir sözleşme sorumluluğundan da söz edilemez. Bu nedenle haksız fiil hükümlerine başvurulmalıdır⁴⁶⁴.

TBK'nda haksız fiil 49.maddede düzenlenmiştir. Buna göre, haksız fiil sorumluluğunun doğması için, fiil, zarar, fiil ve zarar arasında uygun nedensellik bağı, hukuka aykırılık ve kusur gereklidir. Haksız fiil sorumluluğunun esas alınması halinde yardımcı kişinin sorumluluğu bakımından TBK m.66 hükmü uygulanacaktır. Dolayısıyla birleşme görüşmeleri esnasında adam çalıştıran, yardımcı kişilerin neden olduğu zararı gidermekle yükümlü olmakla birlikte, bu kişinin seçiminde, talimat verilmesinde, gö-

⁴⁵⁹ Pulaşlı, C.I. s.134 (Şerh), Doğan, s.69.

⁴⁶⁰ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (02.04.2014)

⁴⁶¹ Eren, s.1130 vd., Reed/Lajoux/Nesvold, s.463 "Tort liability". İsv.Fed.Mahk., borca aykırılık esaslarına tabi olacağını kabul etmiştir. Bkz. Esin/Lokmanhekim, s.14, 5. no.lu atıftan naklen, Bektaş, s.94, Oğuzman, /Öz, C.1, s.491.

⁴⁶² Oğuzman/Öz, C.1, s.491.

⁴⁶³ Yalman, s.50, 70, Eren, s.1130, Bektaş s.94.

⁴⁶⁴ Eren, s.1131.

122 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

zetim ve denetimde, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Burada kusurun varlığını ispat yükü zarar gördüğünü ileri sürene aittir. Sözleşme öncesi sorumluluğun haksız fiil görüşüyle açıklanması, zarar gören bakımından zorlu bir yaklaşımdır.

2. SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Sözleşme öncesi sorumluluğun, sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu görüşünü taşıyanlar ise, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte, taraflar arasında bir güven ilişkisinin doğduğunu dolayısıyla taraflara, özen, aydınlatma ve koruma yükümlülüklerinin de yüklendiğini ve bu yükümlülüklerinin ihlalinin sözleşme sorumluluğunu doğuracağını ileri sürmektedir⁴⁶⁵. Bu düşünceye göre, sözleşme öncesi ve sözleşme süreci bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bu görüşe yöneltilen temel eleştiri ise, sözleşme sorumluluğundan bahsedebilmek için ortada geçerli bir sözleşmenin varlığının gerekli olduğu düşüncesidir⁴⁶⁶.

Kanaatimizce, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk, sözleşme sorumluluğuna benzer bir sorumluluk türüdür⁴⁶⁷. Sözleşme görüşmelerinin başlangıcında da taraflar arasında bir güven ilişkisi ve adeta bir ön sözleşme doğmuştur. Dolayısıyla, güven ilişkisi gereği tarafların dürüstlük kurallarına uygun davranmaları ve özen göstermeleri beklenir⁴⁶⁸. Eren bu ilişkiyi “görüşme ilişkisi” olarak adlandırmıştır⁴⁶⁹. Due diligence süreci taraflar arasında bir hukuki ilişki doğurmaktadır. Ortada bir hukuki ilişkinin doğması halinde artık bir haksız fiilden söz edilemez. Bundan dolayı, birleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk da sözleşme benzeri bir sorumluluk türüdür.

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu kabul edildiğinde artık ispat yükümlülüğü de zarar görene değil zarar verene ait olacaktır. Burada zarar verdiği iddia edilen taraf, kusursuz olduğunu ispatla yükümlüdür⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Yalman, s.51, 73, Bektaş s.95, Eren s.1130.

⁴⁶⁶ Bektaş, s.95.

⁴⁶⁷ Aynı görüş için bkz. Eren, s.1132, Bektaş s.97.

⁴⁶⁸ Yalman, s.37 “Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kaynağı dürüstlük kurallarıdır”.

⁴⁶⁹ Eren, s.1132.

⁴⁷⁰ Eren, s.1131.

3. KENDİNE ÖZGÜ SORUMLULUK GÖRÜŞÜ

Sözleşme öncesi sorumluluğun hukuki niteliği konusunda ileri sürülen son görüş ise, bunun kendine özgü ve özel bir sorumluluk türü olduğu ve temelini TMK m.2'deki dürüstlük kuralından aldığı şeklindedir⁴⁷¹.

Türk Borçlar Kanununda sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk hali genel bir kuralla düzenlenmemiştir⁴⁷². Buna karşılık TBK'da yer alan bazı hükümler, sözleşme öncesi görüşmelerde uygulama alanı bulabilir⁴⁷³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, sözleşme öncesi görüşmelerden bir sorumluluğun doğabilmesi için bir zarar, zararlar eylem arasında uygun bir nedensellik bağı ve bir kusurlu davranışın varlığı gereklidir⁴⁷⁴. Görüşmelerden doğan sorumluluk, mutlaka görüşmelerin olumlu geçmesi ve sözleşmenin kurulmuş olmasına da bağlı değildir⁴⁷⁵. Görüşmeler, sözleşme kurulmadan da kesilebilir. Ancak görüşmelerin kesilmesinde karşı tarafa zarar verme niyeti mevcut ise bu durumda da bir sorumluluktan söz edilebilir⁴⁷⁶. Şüphesiz ki kusur sorumluluğunun doğmasında en önemli unsur bir zararın da ortaya çıkmış olmasıdır.

4. SORUMLULUK HALLERİ

4.1. Aydınlatma ve Bilgilendirme Yükümünün İhlali Sonucu Doğan Sorumluluk

Dar anlamda koruma yükümü olarak da adlandırılan⁴⁷⁷ aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü, özellikle birleşme işlemlerinde büyük önem arz eder. Birleşme öncesinde yer alan bilgi ve belge teatisi esnasında, taraflardan birinin kusurlu olarak aydınlatma yükümünün ihlali, yanıltıcı ve gerçek dışı bilgi ve belgeleri vermesi diğer tarafın zarar görmesine neden olabilir. Örneğin devralınan şirketin özkaynakları hakkında yanıltıcı bilgi vermesi, diğer şirketin daha fazla inceleme yapmadan kısa sürede karar vermesine, değişim oranının yanlış hesaplanmasına, devralınan şirketin zarar görmesine yol açabilir. Burada bahse konu yükümlülükler, ileride doğması olası zararları önlemeyi amaçlamaktadır⁴⁷⁸.

⁴⁷¹ Kılıçoğlu, s.83, Bektaş s.96, Eren s.1132.

⁴⁷² Yalman, s.13, Eren s.1133,

⁴⁷³ Eren, s.1133, Kılıçoğlu, s.81. Arıdemir, Arzu Genç: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.235.

⁴⁷⁴ Bektaş, s.99-100.

⁴⁷⁵ Eren, s.1130, Oğuzman/Öz, C.1, s.38.

⁴⁷⁶ Eren, s.1130.

⁴⁷⁷ Akyol, s.52.

⁴⁷⁸ Bektaş, s.91.

124 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü, TTK m.55’de düzenlenen “Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” kenar başlığı altında sayılan eylemlerle benzerlik göstermektedir. Özellikle devrolunan şirketin, kendini olduğundan daha değerli göstermek uğruna, ticari işletmesi, ürünleri, müşteri portföyü ve iş ilişkileri hakkında devralan şirkete gerçek dışı ve yanıltıcı bilgi vermesi, aynı şekilde, sahip olmadığı payelere sahipmiş gibi davranarak yanlış bir kanaat uyandırmak, aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelir. Bu bağlamda, zayıf yanlarının saklanması da dürüst bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalidir. Örneğin, devam eden hukuki ihtilaflar hakkında bilgi verilmemesi, ortaklar arasındaki önemli anlaşmazlıkların dile getirilmemesi dürüstlük kuralına aykırılıktır. Buradaki kusur, kasıt veya ihmalden kaynaklanabilir⁴⁷⁹. Öte yandan, sadece verilen bilgi ve belgelere dayanıp, tarafsız değerlendirme şirketleriyle anlaşma yapmaksızın karar veren devralan şirketin de ortak kusurundan söz edilebilir⁴⁸⁰.

SPKa’da yer alan aydınlatma yükümlülüğü, HAAO’da yatırımcının korunmasını hedefler. SPKa’da kamuyu aydınlatma ilkesi temel ilke konumundadır. Kanunun sistematiği içinde, kamunun aydınlatılmasına ilişkin esaslar, İkinci Bölümde (m.14-15) düzenlenmiş bununla birlikte kamuyu aydınlatma belgelerinde doğan sorumluluk ayrıca m.32’de özel olarak düzenlenmiştir. M.32/1’e göre, “... **birleşme, bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri...** gibi Kurulca kamuyu aydınlatma amacıyla düzenlenmesi öngörülen sair kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişiler bu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur. Bu maddede düzenlenen hallerden doğan tazminat talepleri için ise altı aylık bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir (m.32/6).

4.2. Aldatma İle Sözleşme Yapma Umudu Doğması Sonucu Ortaya Çıkan Sorumluluk

Başlangıçtan itibaren birleşme düşüncesi taşımayan bununla birlikte, piyasadaki diğer şirketlerle birleşme ve hâkim durum yaratma ihtimalini bertaraf etmek için aldatma niyetiyle birleşme görüşmelerine başlayan taraf, kasıtlı olarak bir sözleşme yapma umudu yaratmış ve diğer tarafın, birçok masraf yapmasına, zaman harcamasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla özellikle menfi zarar kapsamındaki zararın tazmini gerekir.

⁴⁷⁹ Eren, s.1135.

⁴⁸⁰ Eren, s.1136.

4.3. Koruma Yükümünün İhlalinden Kaynaklanan Sorumluluk

Koruma yükümü de dayanağını dürüstlük ilkesinden alır⁴⁸¹. Karşı tarafın yanılığa düşmesini önlenmesi ya da uyarılması, gizli ve sır niteliğindeki bilgilerin korunması bu kapsamda düşünülebilir. Bu çerçevede, karşı tarafın, iş ilişkilerinin, müşteri çevresinin, ürünlerinin ve ticari faaliyetlerinin korunması önem taşır.

Koruma yükümleri, karşılıklı bilgi ve belgelerin korunmasının yanı sıra sözleşme dışındaki menfaatlerinin ve kişilik değerlerinin korunmasını da kapsar⁴⁸².

5. ZARARIN GİDERİMİ

Birleşme öncesi görüşmelerden bir sorumluluk doğması için her şeyden önce bir zararın meydana gelmiş olması gerekir⁴⁸³. Doktrinde zarar, maddi-manevi, menfi-müspet, doğrudan-dolaylı zarar gibi çeşitli kategorilere ayrılmıştır. Birleşme görüşmeleri esnasında da taraflardan birinin diğer tarafa kusurlu bir davranışı ile verdiği zarar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bazı yazarlar, manevi zararın haksız fiile mahsus bir zarar türü olduğunu ve sözleşme görüşmeleri esnasında manevi zarardan söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁴⁸⁴. Biz bu görüşe katılmıyor ve şartları oluştuğunda manevi zararın da doğabileceğini düşünüyoruz⁴⁸⁵.

5.1. Menfi Zararın Giderimi

Birleşme öncesi süreçte ortaya çıkan zararların bir bölümü, doktrinde “menfi zarar” olarak nitelendirilen ve sözleşme kurulacağına ilişkin inanç nedeniyle alacaklının hâlihazır malvarlığı ile sözleşme görüşmeleri öncesindeki malvarlığı arasındaki fark ile tanımlanmıştır⁴⁸⁶. Birleşmede de, karşı tarafın birleşme niyeti olmadığı halde kötü niyetli olarak böyle bir beklenti yaratması sonucu uğranılan zarar menfi zarardır⁴⁸⁷. Bu kapsamda, birleşme görüşmeleri için yapılan masraflar, çeşitli bilgi ve belgelerin derlenmesi için zaman harcanması, seyahat masrafları vb. harcamalar menfi zarar içinde yer alan unsurlardır⁴⁸⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2012 gün ve 2012/19-184E.

⁴⁸¹ Akyol, s.45.

⁴⁸² Eren, s.1137.

⁴⁸³ Bektaş, s.99.

⁴⁸⁴ Arıdemir, s.239.

⁴⁸⁵ Aynı görüş için bkz. Bektaş, s.100.

⁴⁸⁶ Yalman, s.122.

⁴⁸⁷ Doğan, s.69.

⁴⁸⁸ Kılıçoğlu, s.80, Yalman, s.126.

126 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

2012/385K. Sayılı Kararında, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk çerçevesinde, menfi zararın talep edilebileceği ancak manevi zarara hükmedilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁸⁹.

Bazı yazarlar, sözleşme görüşmeleri esnasında daha uygun şartlarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasını da menfi zarar kapsamı içinde mütalaa etmektedir⁴⁹⁰. Burada, bir çeşit yoksun kalınan kardan söz edilmektedir. Gerçekten de, birleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte, gizlilik anlaşması ve bilgi/belge değişimi, tarafların üçüncü kişilerle yapmayı düşündükleri görüşmelerin ertelenmesine yol açar. Bununla birlikte, taraflardan birinin kusur nedeniyle sözleşme yapma aşamasına gelinebilmesi durumunda zarar görenin, üçüncü kişilerle sözleşme yapma fırsatının kaçırıldığını ileri sürerek doğmamış bir hukuki muamele sonucunda doğmamış bir kardan yoksun kaldığını iddia etmenin TMK m.2 hükmüyle uyuşmadığı düşünülmektedir⁴⁹¹.

5.2. Diğer Zararların Giderimi

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan zararlar menfi zararlarla sınırlı değildir. Aydınlatma, doğru bilgilendirme ve koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde menfi zararı aşan mahiyette müspet zararın da tazmini gereklidir.

6. İSPAT YÜKÜMÜ VE ZAMANAŞIMI

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında değerlendirildiğinde, zarar gören taraf sorumlu tarafın kusurlu olduğunu değil, sorumlu taraf kusursuzluğunu ispatla yükümlü olacak (TBK m.112) ve talep hakkı on yıllık zamanaşımına (TBK m.146) tabi olacaktır. Haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirildiğinde ise zarar gören taraf diğer tarafın kusurunu ispatla yükümlü olacak ve talep hakkı iki yıllık zamanaşımına (TBK m.72) tabi olacaktır⁴⁹².

⁴⁸⁹ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (02.04.2014)

⁴⁹⁰ Yalman, s.127.

⁴⁹¹ Aksi görüş için Bkz. Yalman, s.129.

⁴⁹² Kılıçoğlu, s.83.

İKİNCİ KISIM

BİRLEŞME DÖNEMİ

I. GENEL OLARAK

Birleşme sürecinde yapılan pazarlıkların olumlu olması halinde, birleşmeye katılan taraflar için yeni bir süreç başlar. Bu aşamada, artık due diligence süreci tamamlanmış, birleşmeye katılacak şirketler, hukuki, iktisadi ve sosyal açılardan birleşmenin değerlendirmesini tamamlamış, yönetim organlarınınca birleşme kararı ilke bazında verilmiş ve artık birleşme işlemlerine başlamış olurlar.

Bu süreçte, gerçekleştirilmesi gereken birleşme işlemleri şu aşamalardan meydana gelir:

- 1) Değişim oranının belirlenmesi,
- 2) Denkleştirme ödenecek ise bu tutarın belirlenmesi,
- 3) Ayrılık akçesinin tanınıp tanınmayacağına belirlenmesi,
- 4) Sermaye artışının belirlenmesi,
- 5) Ortaklık haklarının belirlenmesi (İmtiyazlı pay ve özel statüdeki ortaklık haklarının ne şekilde korunacağına belirlenmesi),
- 6) Birleşme sözleşmesinin hazırlanması ve imzalanması,
- 7) Birleşme raporunun hazırlanması,
- 8) Birleşme sözleşmesi ve birleşme raporu ile son üç yıllık finansman raporlarının ilgililerin görüşüne sunulması,
- 9) Birleşme sözleşmesi ile genel kurul kararı arasında altı aydan fazla bir süre geçmiş veya bu süreçte malvarlıklarında önemli bir değişiklik olması durumunda ara bilanço hazırlanması,
- 10) Genel kurulların toplanması ve birleşme sözleşmesine ilişkin kararın onaylanması,
- 11) Birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili,
- 12) Devrolan ya da yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşmeye katılan şirketlerin tasfiyesiz sona ermesi ve sicilden silinmesi.

128 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Bazı yazarlar, yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşmeye katılan şirketlerin birleşme sözleşmesi yerine “birleşme planı” hazırlamasını öngörmüştür⁴⁹³. Kanaatimizce, birleşme sözleşmesi hazırlandıktan sonra ayrı bir birleşme planına ihtiyaç yoktur.

Bu bölümde yukarıda zikredilen hukuki ve iktisadi boyutlu işlemleri ele almaya çalışacağız.

Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi, devrolan ya da birleşmeye katılan şirketlerin değerlerine göre değişim oranını belirlenmesidir. Değişim oranının belirlenmesi, devrolunan ortaklık/ortaklıkların ortaklarının pay ve ortaklık haklarının tespitini sağlar. Taraflar, değişim oranını belirlediğinde, aslında birleşme sürecinin büyük bir bölümü de tamamlanmış olur. Bundan sonraki aşamalar, GK’da ortakların bilgilendirilmesi, birleşme sözleşmesinin ve raporunun onaylanmasıdır. Gerektiğinde ara bilançonun hazırlanması, ayrılık akçesinin belirlenmesi, denkleştirme ödemesi ve sermaye artırımı konuları teknik konulardır. Bu süreçte, şirketlerin yönetim organlarının yanı sıra, hukuk müşavirleri ve mali müşavirler birlikte çalışmalı ve yönetim organlarını yönlendirmelidir. Özellikle, sona erecek ortaklıkların ortaklarının kaygıları giderilmelidir. Aynı şekilde, bu şirketlerin alacaklılarının da bilgilendirilmeleri önem taşır. Bu bölümde, iktisadi boyutlu bazı hususları da kısaca inceledik.

II. DEĞİŞİM ORANININ BELİRLENMESİ

1. KAVRAM

Birleşmede, devrolunan şirketin devralan şirkete geçecek malvarlığı karşılığında, bu şirkette ortak olanlara belirlenecek bir değişim oranında devralan şirkette ortaklık hakları ve payları verilir. Bu amaçla, devrolunan şirket ortaklarının ya da pay sahiplerinin, devrolunan şirketin malvarlığına karşılık devralan şirkette ortaklık hakkı ya da pay sahipliği hakkı için değişim oranının tespitine ihtiyaç vardır. Birleşmenin başarısı, bu oranın sağlıklı belirlenmesine bağlıdır⁴⁹⁴. Bu nedenle değişim oranı bir bakıma birleşme işleminin en önemli unsurudur⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Kırca, s.75.

⁴⁹⁴ Yasaman, s.46.

⁴⁹⁵ Tekinalp, s.623 (Yeni Hukuk).

Değişim oranı, en kısa tanımıyla devrolunan ve devralan şirketin pay değerleri oranıdır⁴⁹⁶. Bununla birlikte, değişim oranı sadece bir matematiksel oran tespiti değildir⁴⁹⁷.

Birleşme sürecinde, katılan şirketlerin (hem devralan hem de devrolunan) menfaatlerinin korunması açısından değişim oranının önemi büyüktür. Değişim oranı, devrolunan şirket ortaklarının, diğer ortaklıktaki paylarının belirlenmesini sağlar. Bu oranın gerçek değerinden yüksek olması devralan, düşük olması ise devrolunan şirket ortaklarının aleyhine sonuçlar doğurur. Değişim oranının, ortaklık haklarına zarar verecek şekilde belirlenmesi durumunda TTK m.191’de düzenlenen “denkleştirme davası” açılabilir.

Değişim oranı, birleşme planı ve sözleşmesinin ve birleşme raporunun bir parçasıdır⁴⁹⁸. Değişim oranı hesaplanırken birleşmeye katılan şirketlerin değerlendirme tarihi aynı olmalıdır⁴⁹⁹.

2. DEĞİŞİM ORANININ HESAPLANMASI

Değişim oranının belirlenirken, taraflar arasında kararlaştırılan devralınan firmanın değerlendirme bedeli önem taşır. Eğer bu bedel, gerçek değerinin üzerinde ise devralınan firma, altında ise devralan firma açısından pay başına kazanç (earning per share:EPS) doğar⁵⁰⁰.

Değişim oranının tespiti için öncelikle birleşmeye katılan şirketlerin birer birleşme bilançosunun hazırlanması gereklidir⁵⁰¹. Bu bilançolarda, her bir şirkete ait özvarlıkların gerçek değerleri (yaşayan değerleri⁵⁰²) ortaya konulmalıdır. Yasaman, bu bilançonun bir tasfiye bilançosu şeklinde hazırlanması gerektiği ve malvarlığının satış değerinin dikkate alınması gerektiği görüşün-

⁴⁹⁶ Gaughan, s.586, Örneğin, Nisan 2006’da, Alcatel ve Lucent, paya-pay birleşimi ilan ettiğinde, Lucent firmasının pay sahipleri, her bir paya karşılık 0,1952 Alcatel payı almıştır. Aynı tanım 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı RG. SPK Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Tebliğ (II-23.2), m.4d’de de yer almıştır.

⁴⁹⁷ Tekinalp, s.623 (Yeni Hukuk).

⁴⁹⁸ Tekinalp, s.623. (Yeni Hukuk).

⁴⁹⁹ Göktürk, s.643.

⁵⁰⁰ Gaughan, s.587.

⁵⁰¹ Tekinalp, s.624 (Yeni Hukuk).

⁵⁰² Tekinalp, s.624 (Yeni Hukuk), Pulaşlı, C.I. s.121 (Şerh).

130 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

dedir. Yasaman'a göre, gizli yedek akçelerle işletme değeri (good-will) aktifleşiyorsa bu da göz önüne alınmalıdır⁵⁰³. Tekinalp ise, şirketin tasfiyesiz infisah etmesi nedeniyle tasfiye değerinin değil, yaşayan şirket (going on) değerinin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur⁵⁰⁴.

Birleşmeye katılan şirketlerin belirledikleri bilanço ve değerlendirme yönteminin aynı olması gerekir. Değişim oranını belirlemek için hem devralan hem de devrolunan firma, değerlendirme yapar. Bu süreç sonunda, devralan firma, devrolunacak firmaya ödemeyi düşündüğü maksimum fiyatı, devrolunacak firma da talep ettiği maksimum fiyatı bildirir. Devrolunacak firmanın değeri esas alınarak pay bazında teklif yapılır. Değişim oranı, pay başına teklif ile devralan firmanın paylarının piyasa değeri arasındaki oran olarak belirlenir.

TTK m.140 hükmü, değişim oranının belirlenmesinde bazı esaslar öngörmüştür. Buna göre değişim oranı belirlenirken;

a) Birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının değeri dikkate alınmalıdır. Şirket değerlemesi, sadece devrolunan şirkete ait bir işlem değildir. Değişim oranı hesaplanırken, birleşmeye katılan tüm şirketlerin değerlendirilmesi yapılmalıdır. Değerleme, uluslar arası değerlendirme şirketlerinin benimsediği ve kabul görmüş değerlendirme yöntemlerinden biri kullanılarak yapılmalıdır. Değerleme yapılırken şirketlerin birleşme bilançosundaki aktif ve pasiflerinin tümü dikkate alınmalıdır⁵⁰⁵.

b) Oy haklarının dağılımı ve önem taşıyan diğer hususlar dikkate alınmalıdır⁵⁰⁶. Tarafların sermaye şirketleri olması durumunda oy haklarının dağılımında bir sorun yaşanmayacaktır. Oysaki bir kolektif şirketin bir anonim şirket tarafından devralınması durumunda, kolektif şirketin ortak sayısının şirketin örneğin net aktif değerine bölünmesi ile pay değerlerinin hesaplanması değişim oranının sağlıklı olarak bulunmasını engeller. Bir örnekle açıklamak gerekirse, 200.000 TL sermayeli bir anonim şirketin değerlendirme sonucu ortaya çıkan şirket net malvarlığı değeri 2.000.000 ise her payın gerçek değeri 10 TL'dir. Kolektif ortaklıkta 100.000 TL sermaye ve 10 ortak olduğunu düşünelim ve şirket değerinin de 1.000.000 TL olduğunu kabul edelim. Bu durumda kolektif ortaklıkta pay değerini 100.000 TL olarak buluruz ki bu bizi yanlış bir hesaba götürür. Yapılması gereken şey, kolektif ortaklığın değerinin anonim ortaklıktaki pay değerine bölünmesi yani bu

⁵⁰³ Yasaman, s.47.

⁵⁰⁴ Tekinalp, s.624 (Yeni Hukuk).

⁵⁰⁵ Tekinalp, s.624 (Yeni Hukuk).

⁵⁰⁶ Tekinalp, s.623 (Yeni Hukuk).

durumda kollektif ortaklığın pay sayısının 100.000 pay, değişim oranına esas sermayenin 100,000, değişim oranının da ½ olarak hesaplanması şeklinde olmalıdır. Sonuçta anonim ortaklıktaki her 2 paya karşılık kollektif ortaklığın ortaklarına 1 pay verilecektir (Verilecek pay adedi 100,000 olacak, kollektif ortaklığın ortakları da kendi şirketlerindeki pay oranına uygun olarak anonim ortaklıkta pay sahibi olacaklardır) . Artırılacak sermaye de 100.000 TL olacaktır. Hesaplama ancak bu şekilde yapıldığı takdirde ortakların ortaklık hakları korunmuş olur. Ortaklık hakları, sadece devrolunan şirketin ortaklarının hakları olarak değil birleşmeye katılan tüm şirketlerin ortaklarının ya da pay sahiplerinin ortaklık ve pay sahipliği hakları olarak düşünülmeli ve korunmalıdır.

c) Ayrıca devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir. Denkleştirme akçesi, bazı değerlerin küsurlu çıkması durumunda yuvarlama yapılarak elde edilen bir değerdir. Amacı, ortakların, değişim oranı ile ortaya çıkabilecek hak kayıplarını telefi etmektir.

Kanunda, yukarıda sayılanların yanı sıra “diğer hususlar”ın da dikkate alınması emredilmiştir. Değişim oranı belirlenirken, sadece pay değerleri değil aynı zamanda payın sağladığı yönetim hakları⁵⁰⁷, özel imtiyazlar ve diğer haklar da dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte azınlık hakları hüküm kapsamı dışındadır⁵⁰⁸. Tekinalp, diğer hususlar içinde birleşmenin yarattığı “sinerji etkisinin” de dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır⁵⁰⁹.

Devrolunan şirkette azınlık haklarına haiz bir pay sahibi, değişim oranına bağlı olarak devralan şirkette azınlık payını elde edemeyebilir.

2.1. Devralma Yoluyla Birleşmede

2.1.1. Yasaman’ın Önerisi

Değişim oranının hesaplanması bir finansman uzmanlığıdır. Bununla birlikte doktrinde, değişim oranını belirlenmesinde bazı hesaplama yöntemleri önerilmiştir. Örneğin, Yasaman şöyle bir formül önermiştir⁵¹⁰:

⁵⁰⁷ Develi, Bilge: 6120 sayılı Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, S. 1-2, s.446, Bilgili/Demirkapı, s.73.

⁵⁰⁸ Bilgili/Demirkapı, s.73.

⁵⁰⁹ Tekinalp, s.625 (Yeni Hukuk), aynı husus için Pulaşlı C.I. s.122 (Şerh).

⁵¹⁰ Yasaman, s.48.

132 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

$$X = a \times b / c.$$

Burada, X artırılabacak sermaye tutarını; a, devrolunan şirketin gerçek değerini; b, devralan şirketin bir pay senedinin itibari değerini; c ise devralan şirketin bir pay senedinin gerçek değerini temsil etmektedir. Bu hesaplama, birleşen şirketlerin pay senetlerinin itibari değerlerinin aynı olması durumunda geçerlidir⁵¹¹.

2.1.2. Pulaşlı'nın Önerisi

$$\text{Değişim Oranı} = \frac{\text{Devrolunan şirketin özvarlığı}}{\text{Devralan şirketin özvarlığı}}$$

Pulaşlı'ya göre özvarlık, sermaye+açık yedek akçeler + yeniden değerlendirme fonu toplamı- borçlar olarak tespit edilmelidir⁵¹². Öte yandan, devralan şirketin bir payının gerçek değeri, şirketin özvarlık değerinin, şirketin pay sayısına bölünmesiyle bulunacaktır. Bu formüle göre, devralınan şirketi özvarlığı toplamı kadar devralan şirkette sermaye artımına gidilmesi gerekecektir.

2.1.3. Kavak'ın Önerisi

Değişim oranının hesaplanmasında önerilen bir başka formül de şöyledir⁵¹³:

$$\text{Değiştirme birimi} = \frac{\text{Devrolan şirketin cari özsermayesi/Devrolan şirketin nominal sermayesi}}{\text{Devralan şirketin cari özsermayesi/Devralan şirketin nominal sermayesi}}$$

Sermaye artırım tutarı = Değiştirme birimi X devralan şirketin nominal sermayesi olarak öngörülmüştür.

⁵¹¹ Yasaman, s.49.

⁵¹² Pulaşlı, C.I, s.186 (Şerh).

⁵¹³ Kavak, s.55.

2.1.4. SPK “Birleşme ve Bölünme Tebliği” Taslağında Önerilen Formül

SPK tarafından taslak olarak hazırlanan “Birleşme ve Bölünme Tebliği” m.16’da şöyle bir formül önerilmiştir⁵¹⁴:

Devralan ortaklığın özkaynağı: A

Devrolunan ortaklığın (birden fazla ise ortaklıkların) özkaynağı: B

Devralan ortaklığın ödenmiş/çıkarılmış sermayesi: C

Devrolunan ortaklığın ödenmiş/çıkarılmış sermayesi: D

Ulaşılabilecek Sermaye = $C / (A/(A+B)) = E$

Sermaye artırım tutarı: E-C

Değişim Oranı = $(E-C) / D$

Bu formülü bir örnekle açıklayalım:

Devralan ortaklığın özkaynakları toplamı: 5000

Devrolunan ortaklığın özkaynakları toplamı: 3000

Devralan ortaklığın ödenmiş/çıkarılmış sermayesi: 2000

Devrolunan ortaklığın ödenmiş/çıkarılmış sermayesi:1500

Ulaşılabilecek sermaye: 3200

Sermaye artırım tutarı: 1200

Değişim oranı: 4/5.

Bu işlem sonucunda devralan şirket 1200 birim sermaye artırımına girmeli ve devrolunan şirketin ortakları, kendi payları oranında 1200 birim tutarındaki artımdan pay almalıdır. Diğer bir deyimle, sermaye artışı tutarı, her zaman devrolunan şirketin özmalvarlığı toplamı değildir.

2.1.5. Görüşümüz

Kanaatimizce değişim oranı, devralan ve devrolunan şirketlerin değerlemesi yapıldıktan sonra birleşme bilançosunda yer alacak özvarlık tutarına göre, her şirketin paylarının reel değerleri üzerinden (yani payların özvarlığa

⁵¹⁴SPK tarafından 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete’de II-23/2 sayılı “Birleşme ve Bölünme Tebliği” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Tebliğde bu formül yer almamıştır.

134 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

oranı) tespit edilecek pay değerlerine göre, payların nominal değerleri üzerinden hesaplanmalıdır. Bu bağlamda, yukarıda açıklanan hesaplama yöntemlerinden SPK'nın taslak Tebliğinde yer alan yöntem, değişim oranını en iyi açıklayan yöntemdir.

2.2. Yeni Şirket Kurma Yoluyla Birleşmede

Yeni şirket kurma yoluyla birleşme, finansal açıdan devralma yoluyla birleşmeden çok farklıdır. Burada, birleşmeye katılan şirketlerin tümü sona erdiğinden, yeni kurulan şirketin sermayesi, birleşmeye katılan şirketlerin toplam özvarlığı kadardır. Şirket yeni kurulduğu için sermaye ile özvarlık tutarları aynıdır. Bu durumda katılan her şirket, toplam özvarlığa katkı sağladığı oranda yeni şirkette pay sahibi olacaktır. Yeni kuruluş yoluyla birleşmede değişim oranının tespiti daha kolaydır.

2.2.1. Pulaşlı'nın Önerisi

Pulaşlı'ya göre, yeni şirket kuruluşunda katılan şirketlerin özvarlıklarının toplamının her şirketin özvarlığına oranı aynı zamanda söz konusu şirketin alacağı esas sermaye payını da göstermektedir⁵¹⁵.

2.2.2. Sağlam ve Şengel'in Önerisi

Yeni şirket kurma yoluyla birleşmede birleşme ve değişim oranlarına ilişkin olarak Sağlam ve Şengel tarafından şöyle bir formül önerilmiştir⁵¹⁶:

Birleşme oranı= Birleşen kurum özkaynağı/ Birleşen kurumlar özkaynakları toplamı.

Değişim oranı = Yeni ortaklıktaki sermaye payı/İştirakler dikkate alınmış sermayeler.

Yeni şirket kurma yoluyla birleşmede, yeni şirketin malvarlığı, birleşen şirketlerin malvarlıkları toplamından oluşmaktadır. Birleşmeye katılan şirketlerin ortakları da, toplam malvarlığı üzerinden elde edilen özkaynak toplamının belirlenen değişim oranı dikkate alınarak kendi şirketleri payları oranında yeni şirkette pay sahibi olacaktır.

2.2.3. Görüşümüz

Kanaatimizce yeni kuruluş yoluyla birleşmede, yeni kurulan şirketin özvarlığı ile sermayesi aynıdır ve dolayısıyla paylarının değeri gerçek değerdir. Dolayısıyla, birleşmeye katılan şirketler, katılım oranlar ölçüsünde

⁵¹⁵ Pulaşlı, C.I, s.187 (Şerh).

⁵¹⁶ Sağlam/Şengel, s.311.

pay sahibi olacaklar ve ortaklarına, kendi şirketlerindeki pay oranlarına göre yeni şirkette pay sahipliği ya da ortaklık hakkı verilecektir.

III. DENKLEŞTİRME AKÇESİNİN BELİRLENMESİ

TTK m.140/2 hükmüne göre, ortaklık payları ve haklarının korunması bağlamında, *“Ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir”*.

Denkleştirme akçesi, devrolunan şirketin malvarlığını değerlemesi ve sonrasında değişim oranının belirlenmesinde, kusurlu rakamları mümkün olduğunca atılması karşılığında ortaya çıkabilecek kayıpları önlemek ve hakaniyeti sağlamak için şirket ortaklarına pay başına nakden verilebilecek bir rakamı ifade eder. Bahse konu madde hükmünün gerekçesinde de *“denkleştirme akçesinin birleşmenin kavramsal bir ögesi olmayıp birleşmenin uygulanmasını kolaylaştıran bir araç olduğu”* ifade edilmiştir. Madde hükmünde yer alan *“onda birini aşmama şartı”na ilişkin bir açıklama gerekçede yer almamakla birlikte, muhtemel bir kötüye kullanımın ortadan kaldırılmasının amaçlandığı düşünülmektedir*⁵¹⁷.

Denkleştirme akçesinin kararlaştırılması durumunda bu ödemenin ne zaman yapılacağı sorusu akla gelmektedir. Denkleştirme akçesi, birleşme sözleşmesinin unsurlarından biridir. Birleşme işleminin tamamlanmasını müteakip, devralan şirketin malvarlığı iktisap edildikten sonra hazırlanacak açılış bilançosunda devralan şirketin serbestçe kullanılabilir özvarlığından YK tarafından kararlaştırılacak bir tarihte ödeme yapılmalıdır⁵¹⁸.

IV. AYRILMA AKÇESİNİN BELİRLENMESİ

Ayrılma akçesi, öngörülmesi halinde birleşme sözleşmesinin unsurlarından birisidir. Devralınan veya birleşmeye katılan şirketlerin (yeni kuruluş yoluyla) ortaklarına ortaklık pay ve hakları ile ayrılma akçesi arasında seçim yapmaları veya sadece ayrılma akçesi tanınarak ortaklıktan ayrılmaları yolunda farklı kararlar alınabilir (TTK m.141/1,2).

Seçimlik ya da zorunlu ayrılma akçesine karar verilmesi durumunda, bu ödemenin ne şekilde yapılacağı da birleşme sözleşmesinde yer almalıdır. Ayrılma akçesi nakdi olabileceği gibi başka şirketlerden pay veya değiştirilebilir tahvil de verilebilir. Nakden ödenmesinin kararlaştırılması durumunda bu

⁵¹⁷ Göktürk, s.643.

⁵¹⁸ Göktürk, s.643.

136 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ödeme için devralan şirkette serbestçe tasarruf edilebilir yedek akçenin bulunması da şart koşulmuştur⁵¹⁹.

Ayrılma akçesinin hesaplanmasında “gerçek değer” esası geçerlidir. Dolayısıyla, ayrılma akçesinin belirlenmesinde etkili unsurlarda birisi de şirket değerlemesinin doğru yapılmasıdır. Ayrılma akçesi, ilgili ortağın esas sermaye payının gerçek değeri üzerinden hesaplanmalıdır.

Birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine yer verilmesi durumunda, ödeme şeklinin belirlenmesinin yanısıra ödeme zamanı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Birleşme sözleşmesine ilişkin karar ilgili şirketlerce genel kurulda oylanıp kabul edilmeden ve ticaret siciline tescil edilmeden ayrılma akçesi hiçbir şekilde ödenemez. Çünkü ayrılma akçesi ödenip ayrılacak olan ortak, birleşme sözleşmesine olumsuz oy veren ortaktır ve bu durum da oylamadan önce belirlenemez⁵²⁰. Öte yandan, ticaret siciline tescilli müteakip devrolan şirket ortadan kalkmış olacağı için ayrılma akçesi olarak ayrılacak ortakların, tescil tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreçte hukuki statüleri de belirsiz olabilir. Bu nedenle, birleşme sözleşmesinde, ayrılma akçesinin ne zaman ödeneceği de dâhil tüm ayrıntıların açıkça ifade edilmesi gerekir. Özellikle;

- 1) Ayrılma akçesinin hesaplanış biçimi,
- 2) Sadece birleşme sözleşmesine olumsuz oy veren kişiler için seçimlik (veya zorunlu) olarak uygulanacağı,
- 3) Ödemenin nakdi veya diğer şirketlerden pay ya da değiştirilebilir tahvil şeklinde ödeneceği,
- 4) Ödemenin nakdi olması durumunda, devralan ya da yeni kurulan şirketin açılış bilançosunda yer alan ve serbestçe kullanılabilir yedek akçeden ödeneceği,
- 5) Seçimlik sistemde, ayrılma akçesi olarak ayrılacak ortakların kimliklerinin şirkete bildirileceği en son tarih,
- 6) Ayrılma akçesi ödeninceye kadar, ilgili ortakların haklarının teminat altına alınması sözleşmede yazılı olmalıdır.

⁵¹⁹ Gerekeçde açıkça belirtilen bu şart, ortaklara sermaye payı iadesi yasağının bir sonucudur.

⁵²⁰ Göktürk, seçimlik olması durumunda sözleşmeye olumlu oy veren ortağın da ayrılma akçesinden yararlanabileceğini, Kanunda bunun aksine bir hüküm olmadığını ifade etmiştir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü olumsuz oy veren ortakların niceliği belirlenebilir ancak olumlu oy veren ortaklara da bu hakkın tanınması durumunda birleşmeye evet diyen ortaklardan önemli bir bölümünün ayrılma akçesi talep etmesi durumunda birleşmenin gerçekleşmesi imkânsız olduğu gibi devrolunan şirketin affectio sociatis ilkesi de (ortaklık iradesi) ortadan kalkar.

V. SERMAYE ARTIRIMINA GİDİLMESİ

1. GENEL OLARAK

Sermaye artırımı, ortaklığın azalan sermayesinin artırmak, yeni pay çıkararak halka açık anonim ortaklığa dönüşmek⁵²¹ve şirketin kredisini yükseltmek gibi çeşitli amaçlarla uygulanan bir hukuki işlemdir. Sermaye artırımı, aynı zamanda, devralma yoluyla birleşmede uygulanacak bir adımdır. Yeni şirket kurma yoluyla birleşmede yeni kurulan şirketin sermayesi, sona eren şirketlerin öz varlıklarının toplamı olacağı için ayrıca sermaye artırımına gidilmesi söz konusu değildir.

Devralma yoluyla birleşmede, devralan şirket, sermayesini, devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli düzeyde artırmak zorundadır (TTK m.142/1). Birleşme sözleşmesinin GK'lar tarafından onaylanması ve tescil ile devrolunan şirketin malvarlığının ipsu iure (kendiliğinden) devralan şirkete geçmesi nedeniyle devralan şirket, birleşme kararının yanında sermaye artırım kararı da almalıdır. Dolayısıyla sermaye artırımı devralan şirket tarafından yerine getirilmesi gereken bir borçtur.

Eski TTK döneminde bu artırımın nakdi değil aynı sermaye artırımı olduğu savunulmaktaydı⁵²². Yeni TTK m.142/2 hükmü ile “*Aynı sermaye konulmasına ilişkin düzenlemelerle, halka açık anonim şirketlerde, yeni payların halka arzına dair hükümlerin, Sermaye Piyasası Kurulu kaydına alınmasına ilişkin olanlar müstesna, uygulanmayacağı*” açıkça ifade edilmiş⁵²³ ve bu tartışma son bulmuştur.

Sermaye artırımı, kaynak Kanunda 9.maddede düzenlenmiştir. Bu madde hükmünde “*İsv.BK'nun aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümleri ile 651.maddesinin 2.fıkrasındaki hükümlerin birleşmeye uygulanmayacağı*” belirtilmiştir. Benzer biçimde TTK m.142/2 hükmünde yer alan “*..yeni payların halka arzına dair hükümlerin Sermaye Piyasası Kurulu Kaydına Alınmasına ilişkin olanlar müstesna uygulanmayacağı*”na ilişkin düzenlemenin gerekçesi, 2499 sayılı eski SPK m.3c'de halka arz kavramının tanımı içinde “*bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder*” İbaresine yer verilmiş olmasıydı. Oysaki 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu m.3f'de yer alan halka arz tanımında bu ibareye yer verilmemiş dolayısıyla, m.142/2'deki “*yeni payların halka arzına dair hükümlerin Sermaye Piyasası Kurulu Kaydına Alınmasına ilişkin*

⁵²¹ Bahtiyar, s.264

⁵²² Yasaman, s.70.

⁵²³ Tekinalp, s.643 (Yeni Hukuk), Pulaşlı, C.I, s.140 (Şerh).

138 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

olanlar müstesna uygulanmayacağı” şeklindeki düzenlemenin geçerliliği kalmamıştır⁵²⁴.

Yeni TTK’da yeni kuruluş yoluyla birleşmede sermaye artımı ile ilgili olarak getirilen düzenlemeye göre “Bu Kanun ile 24.4.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun, aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri dışındaki maddeleri yeni şirketin kuruluşuna uygulanır” (m.143). Burada ifade edilen “asgari ortak sayısı” ile ne kastedildiği açık olmamakla birlikte, yeni TTK’da yer alan tek ortaklı anonim ve limited ortaklık hükümlerinin yeni şirket kurma yoluyla birleşmede uygulanmayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Gerçekten de yeni kuruluş yoluyla şirket kurmada, şirket sözleşmesinde “ortaklar” maddesinde yer alacak kişiler, temel olarak birleşmeye katılan şirketlerin ortakları olacaktır. Dolayısıyla tek ortaklı iki anonim şirketin yeni kurulan bir anonim şirket bünyesinde birleşmesi durumunda yeni şirketin en az iki ortaklı olacağı kuşkusuzdur. Şirketin kuruluşundan sonraki bir tarihte ortaklardan birinin diğer ortağın paylarını devralıp şirketin tek ortaklı bir yapıya dönüşmesi de ihtimal dâhilindedir.

2. ESASLAR

Sermaye artırımını, “hem ortaklık pay ve haklarının hem de alacaklıların korunmasına hizmet eder”⁵²⁵. Bu nedenle, birleşme sürecinin önemli aşamalarından biridir. Sermaye artırımının esasları şöyle özetlenebilir:

a) Devrolunan ortaklığın malvarlığı, birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile kendiliğinden devrolunan ortaklığa geçer. Bundan dolayı, devralan şirketin sermayesi, birleşme sözleşmesinin tescilinden önce artırılmış olmalıdır⁵²⁶.

b) Sermaye artırımını miktarı, devrolunan şirketin paylarının hiç birinin devralan şirkete ait olmaması durumunda, payların değişim oranına göre belirlenir⁵²⁷. Devralan şirketin, devrolunan şirkette iştiraki olması durumunda ise, sermaye artırımında bu paylar dikkate alınmaz⁵²⁸. Öte yandan sermaye artırım miktarı, hesaplanandan fazla da olamaz⁵²⁹.

⁵²⁴ Göktürk, s.656.

⁵²⁵ Pulaşlı, C.I, s.139 (Şerh), Tekinalp, s.642 (Yeni Hukuk).

⁵²⁶ Tekinalp, s.642 (Yeni Hukuk).

⁵²⁷ Tekinalp, s.642 (Yeni Hukuk).

⁵²⁸ Pulaşlı, C.I, s.140 (Şerh).

⁵²⁹ Tekinalp, s.643 (Yeni Hukuk).

c) Birleşme nedeniyle sermaye artırımında, devrolunan şirket ortaklarının rüçhan hakkı yoktur⁵³⁰. Bu esasen, birleşme işleminin doğal bir sonucudur. Çünkü sermaye artırımına karşılık gelen payların sahibi devrolunan şirketin ortaklarıdır ve sermaye artırımının amacı, bu kişilerin pay ve haklarının karşılık bulmasıdır. Çıkarılan yeni paylar, bugüne kadar şirkete ortak olmayan gerçek veya tüzel kişilere belirlenen değişim oranına uygun olarak sona eren şirketteki pay yüzdelerine göre verilecektir. Öte yandan “HAAO’larda çıkarılacak paylar halka arz edilemez, sadece SPK kaydına alınır”⁵³¹.

d) Birleşmeden kaynaklanan sermaye artırımında aynı sermaye artırımına ilişkin hükümlerin uygulanmaz. Esasen buradaki sermaye artırımını aynı veya nakdi sermaye artırımı olarak nitelendirmek de doğru değildir. Bu işlem, özkaynaklardan sermayeye ekleme, ortakların taahhüdü ya da şartlı sermaye artırımı gibi geleneksel bir sermaye artırım işlemi değildir. Burada, birleşme hukukunun doğal bir sonucu olan kendine özgü (sui generis) bir sermaye artışı işlemi söz konusudur. Devrolunan şirketin malvarlığı, bir bütün olarak ve kendiliğinden intikal ettiğinden dolayı, sermaye artışı bu malvarlığı devrinin zorunlu bir sonucudur. Artırılan sermayenin tamamı ödenmiş sermayedir⁵³². Hukuki gerekçesi, kendiliğinden intikal eden malvarlığının iktisabı karşılığında devrolan şirketin ortakların pay ve haklarının sürekliliği ve alacaklıların korunmasıdır.

e) Artırılacak sermaye karşılığı çıkarılacak pay miktarı GK tarafından oylanacak “Birleşme Kararı”nda yazılı olmalıdır⁵³³.

f) Sermaye artırımını tutarı, devralınacak net malvarlığına karşılık gelmelidir⁵³⁴. Ancak bu esas, sermaye artırım miktarının, iktisap edilen malvarlığı tutarında olması anlamına gelmez. Çünkü artırılacak tutar, belirlenen değişim oranı ile tespit edilir. Değişim oranı belirlenirken sadece devrolunan şirketin değil aynı zamanda devralan şirketin de sermayesi ve özvarlıkları toplamı dikkate alınmaktadır. Önemli olan belirlenen değişim oranı ile TTK m.140/1’de söz edilen “devralan ortakların istem hakkının malvarlığı değeri dikkate alınarak hesaplanması” ile bu esas vurgulanmaktadır.

⁵³⁰ Tekinalp, s.643 (Yeni Hukuk), Schadle/Pernsteiner, s.296, Pulaşlı, C.I, s.141 (Şerh).

⁵³¹ Tekinalp, s.643 (Yeni Hukuk).

⁵³² Pulaşlı, C.I. s.140 (Şerh).

⁵³³ Pulaşlı, C.I. s.140 (Şerh).

⁵³⁴ Pulaşlı, C.I. s.140 (Şerh).

3. SERMAYE ŞİRKETLERİNDE DEVRALAN ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ HALİNDE SERMAYE ARTIRIMI

3.1. Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabı

Bir ortaklığın kendi paylarını iktisabı beraberinde bazı riskleri de getirmektedir. Normal koşullarda pay sahipleri tarafından üstlenilen işletme riski, ortaklığın kendi paylarını iktisabı nedeniyle ortaklık tarafından paylaşılmış olur⁵³⁵. Öte yandan böyle bir iktisap aynı zamanda pay sahiplerine sermayenin iadesi yasağının hile ile delinmesi sonucunu da doğurabilir. Böyle bir durumda sermayenin korunması ilkesi de zarar görmüş olur. Dolayısıyla ortaklığın kendi paylarını iktisabı, ortaklık açısından istenmeyen bir durumdur.

Eski TTK'da şirketin kendi paylarını iktisabı veya rehin kabul etmesi mümkün değildi. Yeni TTK'da ise, anonim şirketler bakımından, şirketin, ivazlı olarak, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birine kadar olan payı iktisap veya rehin kabul edebileceği hükme bağlanmıştır (TTK m.379/1). Bu kural, kendi adına ancak şirket hesabına payları elinde bulunduranlar için de geçerlidir. Öte yandan söz konusu sınırlama sadece ivazlı alımlarda söz konusudur. Onda birlik değer hesaplamasında payların nominal değerleri dikkate alınmalıdır⁵³⁶. Ödeme, şirketin serbestçe tasarruf edilebilir kaynaklarından karşılanmalıdır. TTK m.379/2,3 ve 4.fıkralarında, iktisabın şartları düzenlenmiştir.

TTK m.382'de, kendi paylarını iktisap yasağının istisnaları düzenlenmiştir. Bu istisnalardan biri de, külli halefiyet gereği pay iktisabıdır (m.382/1 b). Dolayısıyla, bir bütün olarak devir kuralı çerçevesinde, kendi paylarının iktisabına bir sınırlama getirilmemiştir. Diğer bir deyimle, devrolunan şirkette iştiraki olan devralan şirket, bu payları bir sınıra tabi olmadan iktisap edebilecektir.

Sonuç olarak anonim şirketler açısından, devralan şirketin devrolunan şirkette payı olması durumunda, belirlenecek değişim oranı çerçevesinde kendi şirketinde pay olarak iktisap edilebilecektir. Böyle bir durumda, sermaye artışı belirlenirken şirketin kendi payları tutarındaki miktar artış dışında bırakılacaktır⁵³⁷.

Anonim şirketlerde, birleşme dolayısıyla iktisap edilen payların akıbetine gelince, kanun koyucu bu konuda da bir düzenleme getirmiştir. Buna

⁵³⁵ Sevi, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.452.

⁵³⁶ Sevi, s.454.

⁵³⁷ Aynı görüş için Bkz. Yasaman, s.77

göre, 382 nci maddenin (b) ilâ (d) bentleri ve 383 üncü madde hükümlerine göre, iktisap edilen paylar, şirket için herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her hâlde iktisaplarından itibaren üç yıl içinde elden çıkarılırlar. Şirketin ve yavru şirketin sahip oldukları bu payların toplamı şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşması durumunda bu kural uygulanmaz. (TTK m.384).

Görüldüğü gibi, kanun koyucu, şirketin birleşme ile de olsa şirket paylarının önemli bir bölümünü uzun süre elinde bulundurmasını sakıncalı görmüştür. Gerçekten de şirketin kendi paylarına sahip olması durumunda, pay sahipliği haklarının kullanımı imkânsızlaşır, azınlık pay sahiplerinin haklarını kullanmaları engellenebilir, şirket yönetimi, sadece belli kişilerin elinde kalabilir. Bu nedenle, en kısa sürede ya da en çok üç yıl içinde elde çıkarılması gerekir.

3.2. Limited Şirketlerde Şirketin Kendi Paylarını İktisabı

Limited şirketler, her ne kadar sermaye şirketi grubunda olsalar da tam bir sermaye şirketi görünümünde değildir. Örneğin limited şirketlerde, esas sermaye paylara bölünmemiştir (m.573, şirket tanımında paya bölünme esas getirilmemiştir). Esas sermayeyi temsil için çıkarılan pay senetleri, ya bir ispat vasıtası ya da nama yazılı pay senedi şeklinde olabilir (m.593/2). Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmedikçe esas sermaye payının devri ancak şirket ortaklar genel kurulunun onayıyla gerçekleşir (m.595/2). Görüldüğü gibi, limited şirketlerde ortakların şirket işleyişinde müdahalesi önemli ölçüdedir ve bu da sermaye şirketi özelliğini gölgede bırakmaktadır.

Limited şirketlerde şirketin kendi paylarını iktisabında, izin verilen miktar, anonim şirketlerde olduğu gibi esas sermayenin yüzde onu tutarındadır (m.612/1). Limited şirkete mahsus bir düzenleme olan “şirketten çıkma veya çıkarılma” durumunda ise farklı bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, Şirket sözleşmesinde öngörülen veya mahkeme kararıyla hükme bağlanmış bulunan bir şirketten çıkma ya da çıkarma dolayısıyla, esas sermaye paylarının iktisabı hâlinde, birinci fıkradaki üst sınır yüzde yirmi olarak uygulanır (m.612/2, ilk c.).

Limited şirketlerde, anonim şirketlerdeki gibi yüzde on sınırının uygulanmayacağı istisnai haller düzenlenmemiştir. Ayrıca, mevcut düzenlemede iktisabın ivazlı olup olmadığı konusunda da bir düzenleme yoktur. Ancak, yeni TTK'nun özüne baktığımızda, limited şirketlerdeki birçok hükümde anonim şirkete ait hükümlere doğrudan veya kıyas yoluyla atıfta bulunulduğunu görebiliriz. Kanun koyucu bazen bilerek susma bazen de özensizlikten

142 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

dolayı, anonim şirketler için koyduğu birçok kuralı limited şirketler bakımından öngörmemiştir. Bu durumda gizli kıyas yapmak gerekir⁵³⁸.

Anonim şirketin kendi payını iktisabı konusundaki hükümlerini, gizli kıyas yoluyla limited şirketlere de uyguladığımızda, birleşmede devralan limited şirketin, devrolunan şirkette pay sahibi olması durumunda, belirlenecek değişim oranına göre, kendi paylarına karşılık gelen pay kadar devralan şirket olarak pay iktisabı söz konusu olduğunda yine külli halefiyet ilkesinin bir istisna olarak uygulanacağını ve bir sınırlamaya gidilmeksizin kendi paylarını iktisap edebileceğini söyleyebiliriz.

Şirket birleşmelerinde devralan şirket, devrolunan şirkette pay sahibi ise, birleşme ile kendi paylarını iktisap eder hale gelecektir. Bu durumda sermaye artırımında, devralan şirket kendi paylarına karşılık gelen miktar kadar sermaye artımından indirim yapacaktır⁵³⁹. Diğer bir deyişle devralan şirketin devrolunan şirketteki iştiraklerinin toplamına karşılık gelen malvarlığı, zaten devralan şirkete ait olduğu için söz konusu malvarlığı, devralan şirket tarafından hiçbir şarta bağlı olmadan kendiliğinden iktisap edilir⁵⁴⁰ ve bu miktardaki malvarlığının belirlenen değişim oranına karşılık gelen pay değeri kadar bir değer sermaye artışında dikkate alınmaz. Burada da değişim oranına göre hesaplanan miktarda pay, devralan şirketin kendi payı olacaktır. Ancak bu payların da şirketin mülkiyetinde kalması risklidir. Bu nedenle en kısa sürede şirket bu payları elden çıkarmalıdır.

4. DEVRALAN ŞİRKETİN KENDİ ADINA FAKAT BU ŞİRKET HESABINA HAREKET EDEN KİŞİLERİN ELİNDE BULUNAN PAYLARIN AKİBETİ

Devrolunan şirketteki bir kısım payların devralan şirket hesabına fakat kendi adına üçüncü kişilerce muhafaza edilmesi durumu esasen bir dolaylı temsil ilişkisini göstermektedir (TBK. m.509). Bilindiği gibi dolaylı temsilde, temsilci kendi adına ancak temsil olunan kişinin hesabına hareket eder⁵⁴¹. Aralarında vekâlet ilişkisi olmakla birlikte doğrudan temsil ilişkisi yoktur.

Burada da devrolunan şirketteki bir kısım paylar, üçüncü kişiler tarafından kendi adlarına fakat devralan şirket hesabına muhafaza edilmektedir. Böyle bir durumda, bahse konu kişiler, TTK m.153/2 gereği **devralan şirkette**

⁵³⁸ Gizli kıyasla ilgili olarak bkz. Turanlı, Hüsnü: Limited Şirketler Hukukunda Gizli Kıyas, İzmir Barosu Dergisi, S.3, Eylül 2013, s.10-48.

⁵³⁹ Pulaşlı, C.I. s.139 (Şerh).

⁵⁴⁰ Tekinalp, s.91 (Yeni Hukuk).

⁵⁴¹ Kılıçoğlu, s.226.

ortaklık haklarına sahip olamazlar⁵⁴². Diğer bir deyişle bu kişiler devralan ortaklıkta ortak sıfatını kazanamazlar.

VI. BİRLEŞMEDE ESAS ALINAN BİLANÇO

Birleşme sözleşmesi hazırlanırken tarafların due diligence ve sonraki süreçte dikkate alacakları bilanço “birleşmeye esas oluşturan bilanço” dur (TTK m.148/1)⁵⁴³. Bu bilançodaki değerler, şirketin malvarlığının “yaşayan değer” ilkesine göre belirlenmiş değerlerdir. Birleşmeye esas alınan bilanço şirketin yıllık bilançosudur⁵⁴⁴. Yaşayan değer ilkesi, birleşmeye katılan tüm şirketlerin bilançolarında esas alınır ve devralınan şirketin bilançosu, devralınan şirket bilançosuna değişmeksizin intikal eder⁵⁴⁵.

VII. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİ

Birleşme sözleşmesi, birleşme sürecinin ilk bağlayıcı belgesidir⁵⁴⁶. Birleşmeye katılan şirketlerin, birleşme sürecinde yer alan tüm hususları ve temel ilkeleri içeren bir sözleşme yapmaları gerekir⁵⁴⁷.

Eski TTK’da birleşme konusunu düzenleyen m.146-151 hükümlerinde, birleşme sözleşmesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildi⁵⁴⁸. Bununla birlikte eski TTK m.451/8 ve m.452’de birleşme sözleşmesinden bahsedilmekteydi⁵⁴⁹. Eski düzenlemeye göre, birleşme sözleşmesinin yazılı şekilde olması ve imzalarının noterce onaylanması gerektiği⁵⁵⁰. Yeni TTK’da birleşme sözleşmesi m.145-146’da düzenlenmiştir⁵⁵¹. Yeni düzenlemede birleşme sözleşmesindeki imzaların noterce onayı aranmamıştır.

⁵⁴² (TTK m.153/2: *Devrolunan şirketin ortakları devralan şirketin ortağı olur. Ancak bu sonuç, devralan şirketin kendi adına fakat bu şirket hesabına hareket eden kişinin elinde bulunan paylar ile devrolunan şirketin kendi adına fakat bu şirket hesabına hareket eden kişinin elinde bulunan paylar için doğmaz.*

⁵⁴³ Kaynak Kanun m.15/1’de düzenlenmiştir.

⁵⁴⁴ Tekinalp, s.634 (Yeni Hukuk).

⁵⁴⁵ Pulaşlı, C.I. s.141 (Şerh). Bu nedenle, KVK m.19’da düzenlenen “vergisiz devralma”nın şirket birleşmelerinde uygulanan tek yöntem olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

⁵⁴⁶ Kunz, s.199.

⁵⁴⁷ Pulaşlı, C.I. s.132 (Şerh).

⁵⁴⁸ Yasaman, s.38.

⁵⁴⁹ Eski TTK m.451/8’de “devralma yoluyla birleşmede, devrolunan şirketin infisahının tescilinden sonra devralan şirkette infisah eden şirketin pay sahiplerine karşılık olarak verilecek hisse senetlerinin, birleşme sözleşmesi hükümlerine göre kendilerine teslim olunacağı”, m.452/1 ve 2’de ise, “yeni şirket kurma yoluyla birleşmede, imzaları noterce onaylanacak birleşme sözleşmesinin, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarınca onaylanması” öngörülmüştü.

⁵⁵⁰ Yasaman, s.38. ETTK m.452/1.

⁵⁵¹ Birleşme sözleşmesi kaynak Kanun 13.maddede düzenlenmiştir.

1. HUKUKİ NİTELİĞİ

Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde değişik görüşler mevcuttur. Bunlar, ortaklıklar hukuku işlem teorisi, örgüt sözleşmesi teorisi ve borç doğuran sözleşme teorisi gibi isimlerle anılmaktadır⁵⁵².

Birleşme sözleşmesi, “aynı karakterde olmayan atipik bir sözleşmedir”⁵⁵³. Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşme türlerinden farklıdır ancak niteliği itibarıyla her iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşme türüdür⁵⁵⁴. “Birleşme sözleşmesi” birleşmenin hukuki sebebidir⁵⁵⁵.

2. HAZIRLANMASI VE İMZALANMASI

Birleşme sözleşmesi, devralma yoluyla birleşmede devralan ve devrolunan şirket (veya şirketler) yeni kuruluş yoluyla birleşmede ise katılan şirketlerin yönetim organlarınınca imzalanmalıdır. Konuyu incelemeden önce şirketler hukukunda yönetim organlarının yapısına ve görevlerine kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

2.1. Ticaret Şirketlerinde Yönetim Organları ve Görevleri

2.1.1. Kollektif Ortaklıklarda

Kollektif ortaklıklarda, “ortaklardan her biri ayrı ayrı şirketi yönetme hakkı ve görevini haizdir. Ancak, şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir” (TTK m.218/1). Öte yandan, “Şirketi temsile yetkili olan kimse, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptir” (TTK m.233/1 ilk c.)

Kollektif şirket tipik bir şahıs şirkettir. Ortaklar, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malvarlığı ile (m.236/1) ancak ikinci derecede (m.237: birinci derecede şirket sorumlu) sorumludur. Ortakların söz konusu sorumluluğu şirketin ticari itibarını artırmakla birlikte⁵⁵⁶ kollektif şirket günümüzde tercih edilen bir şirket türü değildir.

Kollektif şirkette ortaklar kurulu mevcuttur ve önemli kararlar ortakların oy birliğiyle verilir (TTK m.223/1). Her ortağın bir oy hakkı vardır⁵⁵⁷ ve oy

⁵⁵² Yasaman, s.39 vd.

⁵⁵³ Pulaşlı, C.I, s.132 (Şerh).

⁵⁵⁴ Yasaman, s.45.

⁵⁵⁵ Göktürk, s.640.

⁵⁵⁶ Pulaşlı, C.I, s.323 (Şerh).

⁵⁵⁷ Pulaşlı, C.I, s.349 (Şerh).

vermek için mutlaka toplantıya gerek kalmadan mektup ya da başka bir vasıta ile de oy verilebilir. Nitekim birleşme de önemli kararlar arasında olduğu için, kural olarak *“birleşme sözleşmesinin ortakların oybirliği ile onaylanması gerekir”* (TTK m.151/2). Bununla birlikte, *“şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin tüm ortakların dörtte üçünün kararı ile onaylanması da mümkündür”* (TTK m.151/2 son c.).

Kollektif şirket, TTK m.137/2 gereği bir başka kollektif veya adi komandit şirketle devralan veya devrolunan şirket şeklinde, sermaye şirketleri ve kooperatifler ile devrolunan şirket olması şartıyla birleşebilir. Kollektif şirketin bir başka şirketle birleşmesi durumunda birleşme sözleşmesini yönetici ortak veya ortakların imzalaması yeterlidir.

2.1.2. Komandit Ortaklıklarda

Komandit ortaklık, TTK’da *“adi komandit ortaklık”* ve *“sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık”* olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Adi komandit ortaklık bir şahıs ortaklığıdır ve TTK’nun 304.maddesinde şöyle tanımlanmıştır: *“Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan, şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya birkaçının sorumluluğu sınırlandırılmamış ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış olan şirket komandit şirkettir”*. Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık ise TTK’nun 564.maddesinde şöyle tanımlanmıştır: *“Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya birkaçı şirket alacaklılarına karşı bir kollektif şirket ortağı, diğerleri bir anonim şirket pay sahibi gibi sorumlu olan şirkettir. Sermaye, paylara bölünmeksizin sermayesi sadece birden çok komanditerin sermayeye katılma oranlarını göstermek amacıyla kısımlara ayrılmış bulunuyorsa komandit şirket hükümleri uygulanır”*.

Her iki şirket türünde de *“komandite”* ve *“komanditer”* ortaklar mevcuttur⁵⁵⁸. Komandite ortaklar, gerçek kişi olma zorunluluğunun yanı sıra şirket borçlarından dolayı kollektif ortaklıkta olduğu gibi kişisel malvarlıklarıyla sınırsız sorumludur ve şirketi yönetmeye ve temsil etmeye yetkilidirler (TTK m.309/2)⁵⁵⁹. Buradaki yönetim tarzı ile kollektif şirketteki yönetim tarzı aynı esaslara tabidir⁵⁶⁰. Komanditer ortakların yönetimde bir görevi ya da müdahalesi olamaz ancak birleşme vb. yapısal değişikliklerde oy hakları mevcuttur (m.309/3). Dolayısıyla adi komandit ortaklıklarda, birleşme söz-

⁵⁵⁸ Pulaşlı, C.I. s.399 (Şerh).

⁵⁵⁹ Pulaşlı, C.I. s.401 (Şerh).

⁵⁶⁰ Pulaşlı, C.I. s.406 (Şerh).

leşmesini komandite ortaklar imzalar ancak sözleşmenin onaylanmasına ilişkin kararın oybirliğiyle onaylanması gerekir (m.151/2). Kollektif ortaklıkta olduğu gibi adi komandit ortaklıkta da şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin tüm ortakların dörtte üçünün kararı ile onaylanması da mümkündür (m.151/2 son c.). Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkta ise, adi komandit ortaklıkta olduğu gibi sadece komandite ortaklar yönetici olabilir (TTK m.571). TTK m.570’de yönetim kuruluyla ilgili sorumluluklar için AŞ hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Bununla birlikte paylı komandit ortaklıkta YK’nun oluşumu şart değildir ve sadece yöneticilerden söz edilmesi mümkündür⁵⁶¹.

Paylı komandit ortaklıkta da birleşme sözleşmesi yönetici konumundaki komandite ortak veya ortaklar tarafından hazırlanır ve imzalanır. Sözleşmenin onaylanmasına ilişkin karar ise GK tarafından onaylanmalıdır. Birleşme sözleşmesine ilişkin karar, *“sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle onaylanır”* (TTK m.151/1a). Burada söz edilen GK, hem komandite hem de komanditer ortaklardan oluşan GK olmalıdır. Öte yandan bu ortaklık türünde “komanditer ortaklar genel kurulu”ndan da söz edilmektedir⁵⁶². Ancak birleşme kararının sadece komanditerler genel kurulu tarafından onaylanması söz konusu değildir.

2.1.3. Anonim Şirketlerde

Anonim şirketlerde, şirketi yönetmeye ve temsile yetkili organ yönetim kuruludur⁵⁶³ (TTK m.365). YK, en az bir üyeden oluşan bir kurul organdır⁵⁶⁴. YK, şirket sözleşmesinde yazılı olan ve işletme konusuna giren tüm işlemleri yapmaya yetkilidir. Öte yandan işletme konusu dışında kalan işlemler de TTK m.371/2 şartları saklı kalmak kaydıyla şirketi bağlar.

Anonim şirketlerde YK’nun devredilemez görev ve yetkileri TTK m.375’de yer almıştır. Bu madde hükmü, YK’nun GK ile yetkisel ayrımını tanımlamaktadır. Diğer bir deyimle GK, YK’nun hükmünde belirtilen görev ve

⁵⁶¹ Pulaşlı, C.I. s.422 (Şerh), Bahtiyar, s.314.

⁵⁶²TTK m.572/2 hükmünde geçen “komandite ortak diğer komanditelerin ve genel kurulun izni...” ibaresi, şirket içinde komanditelerden ayrı olarak sadece komanditer ortaklardan oluşan bir GK olduğu sonucunu çıkarmamıza imkân sağlamaktadır. Bkz. Pulaşlı, C.I. s.423 (Şerh), Poroy (Tekinalp/Çamoglu), s.772. Bununla birlikte, komandite ortakların da pay sahibi olduğu göz önüne alındığında, oylamayı gerçekleştirecek GK’un sadece komanditer ortaklardan değil hem komandit hem de komanditer ortaklardan oluşması gerektiği kabul edilmelidir.

⁵⁶³ Pulaşlı, C.I. s.886 (Şerh).

⁵⁶⁴ Pulaşlı, C.I. s.888 (Şerh).

yetkilerini üstlenemez. Burada iki organ arasındaki görev ve yetki dağılımının mutlaklığından bahsetmek doğru bir yaklaşım olacaktır⁵⁶⁵. Öte yandan söz konusu hükümde yer almayan ancak şirketin yönetim ve temsiline ilişkin diğer hususlar da YK'nun görev ve yetkisindedir. Bu bağlamda birleşme sözleşmesinin hazırlanması ve imzalanması YK'unun devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkileri arasındadır⁵⁶⁶ (TTK m.145/1).

2.1.4. Limited Şirketlerde

Limited şirketlerde, yönetim ve temsil yetkisi müdür veya müdürler kuruluna aittir (TTK m.623-624). Müdürlerin devredilemez görev ve yetkileri TTK m.625'de düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde YK'nun görev ve yetkileri ile limited şirketlerde müdürlerin görev ve yetkileri bezer biçimde düzenlenmiştir. Birleşme sözleşmesinin hazırlanması ve imzalanması müdürler kurulunun görev ve yetkileri arasındadır.

2.1.5. Kooperatif Ortaklıklarda

Kooperatifler Kanunu, 24.04.1969 tarihli olup, 1971-2013 yılları arasında birkaç kez değişiklik yapılmakla birlikte Kanunun özüne ilişkin bir yenilik getirilmemiştir. Kooperatif, Kanunda şöyle tanımlanmıştır: *“Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir”* (KoopK m.1).

Görüldüğü gibi kooperatif, diğer ticaret şirketlerinden farklı bir amaca yöneliktir. Diğer ticaret şirketlerinde ticari işletme işletmek (m.211 kolektif şirket, m.304 komandit şirket) ve ekonomik amaç (m.331 anonim şirket, m.573 limited şirket) öngörülürken kooperatifte ortakların menfaatleri, meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçları, işgücü ve parasal katkılar, yardım, dayanışma ile sağlamak gibi daha yardımlaşmaya yönelik, ticari faaliyetten kısımen uzak amaçlar öngörülmüştür. Kooperatif, ticaret şirketi kimliğine haiz olmakla birlikte, şahıs ya da sermaye şirketi olarak vasıflandırılmamıştır (TTK m.124'de şahıs ve sermaye şirketi sınıflandırmasına dâhil edilmemiştir). Bununla birlikte, birleşme modelleri içinde, kooperatiflerin, kooperatif ve sermaye şirketleriyle devralan ya da devrolunan şirket olarak, şahıs şirketleri ile ancak devralan şirket olarak birleşebilecekleri düzenlenmiştir (TTK m.137/3).

⁵⁶⁵ Pulaşlı, C.I. s.948 (Şerh).

⁵⁶⁶ Tekinalp, s.636 (Yeni Hukuk).

148 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Diğer bir deyimle, kooperatifler birleşme hukuku bakımından sermaye şirketi gibi işlem görmektedir.

KoopK'da, birleşme ve devralma, şirketin dağılma nedenleri arasında yer almaktadır (KoopK m.81/5). Kanunun 84.maddesinde ise "birleşme suretiyle dağılma"ya ait düzenlemeler yer almaktadır. KoopK'da "kooperatifin ancak bir başka kooperatif ile birleşme ya da devralınması" öngörülmüştür (m.84/1). Bununla birlikte, TTK'nun 134/1'de yer alan "ticaret şirketlerinin birleşmelerine Kanununun 134 ila 194.maddeler uygulanır" ve 134/2'de yer alan "diğer kanunların, bu Kanununun 135 ila 194. maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır" hükmü ile kooperatiflerin diğer şirketlerle de birleşmesi mümkün kılınmıştır.

Kooperatiflerde de GK ve YK olmak üzere iki organ mevcuttur Kooperatifi yönetmek ve dışa karşı temsil etme görev ve yetkisi YK'a aittir (KoopK. m.55). YK'nun görev ve yetkileri bir madde olarak düzenlenmemiştir⁵⁶⁷. Bununla birlikte, YK, şirketin amacı ve konusu çerçevesinde her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. Şirketin bir başka şirketler birleşmesi durumunda da, birleşme sürecinin yürütülmesi, birleşme sözleşmesinin hazırlanması ve imzalanmasından YK sorumludur.

2.2. Sözleşmenin Hazırlanması ve İmzalanması

Birleşme Sözleşmesine dair hükümler (TTK m.145-146), kaynak Kanundan aynen alınmıştır (FusG m.12-13). *Sözleşme yazılı olarak hazırlanır, katılan şirketlerin yönetim organlarınca imzalanır ve genel kurullarınca onaylanır* (TTK m.145/1). Yazılı şekil, geçerlilik şartıdır⁵⁶⁸. Yazılı şekle uyulmaksızın alınan birleşme kararının ticaret siciline kaydı, sözleşmenin hükümsüzlüğünü ortadan kaldırmaz⁵⁶⁹. Sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanması gerekli değildir⁵⁷⁰.

Birleşme sözleşmesinin bağlayıcı ve geçerli olabilmesi için hem devralan hem de devreden şirketlerin genel kurullarında, kanunda belirtilen nisaplara uygun olarak kabul edilmesi gerekir⁵⁷¹. Dolayısıyla birleşme sürecinin özellikle sözleşme aşamasında katılan şirket ortaklarının bilgilendirilmesi ve sürece katılması önem taşır.

⁵⁶⁷ Bozkurt, Tamer: Ticaret Hukuku – Cilt II Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 6.Baskı, Ankara, 2012, s.451.

⁵⁶⁸ Pulaşlı, C.I, s.132 (Şerh).

⁵⁶⁹ TTK Gereğiçesi, m.145.

⁵⁷⁰ ETTK m.452/1'de birleşme sözleşmesindeki imzaların noter onayı zorunlu tutulmuştur.

⁵⁷¹ Pulaşlı, C.I, s.120 (Şerh).

Birleşme sözleşmesinin hazırlanması kural olarak yönetim organının uhdesindedir. TTK m.375’de anonim şirketlerde yönetim kurulunun, m.625’de limited şirketlerde müdürlerin vazgeçilmez ve devredilmez görev ve yetkileri arasında birleşme sözleşmesi yapma yetkisi yer almamıştır. Kollektif şirketlerde yönetim yetkisi tüm ortaklarda olmakla birlikte, önemli işler için oybirliği aranmıştır (TTK m.223). Komandit ortaklıklarda, yönetim yetkisi komandite ortaklarda olmakla birlikte, tür değiştirme, birleşme ve bölünme gibi yapısal değişikliklerde komanditer ortakların da oy hakkına sahip olduğu belirtilmiştir (TTK m.309). Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, anonim şirketlerin yönetim kurullarıyla ilgili maddelerine atıfta bulunulmuştur (TTK m.570). 1163 Sayılı KoopK 55.maddede düzenlenen yönetim kurulunun ödev ve yetkileri arasında birleşme sözleşmesi yapma yetkisi yoktur. Bununla birlikte, TTK m.145/1 hükmü gereği kooperatiflerde de YK, birleşme sözleşmesini hazırlamak ve imzalamakla görevli ve yetkilidir.

Kanaatimizce, birleşme yapısal bir değişiklik olduğu için olağanüstü işlem niteliğini taşır. Bu nedenle de kanun koyucu, sözleşmenin genel kurula sunulmasını ve m.151 gereği önemli işlerden sayılarak ağırlaştırılmış çoğunluk esasına göre oylanmasını öngörmüştür. Sermaye şirketleri açısından üst düzey yönetime ait bir işlemdir⁵⁷².

TTK m.367/1 hükmüne göre, AŞ’lerde YK’larının, “*esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabileceği*” belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce birleşme sözleşmesinin hazırlanması ve imzalanması, YK’nun bu kapsamda devredebileceği bir görev ve yetki değildir⁵⁷³. Esasen yapısal değişikliklere ilişkin konularda görev ve yetki devri söz konusu olmamalıdır.

Sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması bir YK faaliyetidir. Yönetim organlarının, birleşme fikrini, birleşme görüşmeleri öncesinde şirket içinde bir ön araştırma yaparak genel bir kanaat edinmeleri mümkündür. Genel kurulların hem öncesinde hem de sözleşmenin oylanması için iki kez toplantıya çağırılması mümkün olmakla birlikte gereksizdir⁵⁷⁴. Sonuç olarak sözleşmenin yönetim organları tarafından hazırlanması ve imzalanması için ayrıca yetkilendirmeye gerek yoktur.

⁵⁷² Göktürk, s.640.

⁵⁷³ Aynı görüş için bkz Pulaşlı c.I. s.134 (Şerh).

⁵⁷⁴ Aynı görüş için Yasaman, s.62.

3. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ

Eski TTK'da birleşme sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Yeni TTK m.146'da (FusG 13.madde, AB Üçüncü Yönergesi 5.madde), birleşme sözleşmesinin içermesi gerekli hususlarına yer verilmiştir. TTK m.146'da yer alan hususlar da zorunlu içeriği oluşturmaktadır. Buna göre, birleşme sözleşmesinin asgari olarak aşağıdaki hususları içermesi zorunlu tutulmuştur:

a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanları, hukuki türleri, merkezleri; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türü, ticaret unvanı ve merkezi.

Yeni şirket kurma yoluyla birleşmede, yeni kurulan şirketin, esas sözleşmesinin ve kuruluş işlemlerinin büyük ölçüde tamamlanmış olması gereklidir. Bu şirketin ortakları, birleşmeye katılan ve birleşme sözleşmesine ilişkin kararın GK'larda onaylanmasını müteakip birleşme kararlarının ve yeni şirketin ticaret siciline tescili ve ilaından sonra infisah eden şirketlerin ortaklarıdır.

b) Şirket paylarının değişim oranı, öngörülümüşse denkleştirme tutarı; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamalar.

Değişim oranı, malvarlıklarının üyelik payları ve haklarının sürekliliği ve korunmasında belirleyici unsurdur. Devrolunan şirket ortaklarının haklarının korunması bakımından değişim oranının gerçek değerler üzerinden tespiti önemlidir. Değişim oranıyla birlikte devrolunan ortaklığın bir payının devralan ortaklıkta kaç paya karşılık geldiği açıkça yazılmalıdır. Bu konu çok önemlidir çünkü birleşme sözleşmesi ortakların ve diğer ilgililerin incelemesine sunulduğunda devrolunan şirketin ortaklarının tümü devralan şirkette kaç paya sahip olduklarını bilmek isterler. Bununla birlikte, söz konusu hakların tam olarak sağlanabilmesi için payların yanısıra bu payların gerçek değerinin %10'unu aşmayacak oranda bir denkleştirme akçesinin de ayrıca nakden ödenmesi kararlaştırılabilir⁵⁷⁵ (TTK m.140/2).

⁵⁷⁵ AB Üçüncü Yönergesinde, bu değer payların nominal (itibari) değerinin ya da eğer bu payların nominal değeri yok ise gerçek değerinin %10'unu aşmayacak oranda bir denkleştirme akçesinin ödenmesi öngörülmüştür. Pulaşlı bu sınırlamanın haklı ve objektif olmadığını, çünkü değişim ilişkisinde ortaklık haklarının gerçek değerinin önemli olduğunu savunmuştur. Bkz. Pulaşlı, C.I, s.136 (Şerh).

Devrolunan şirketteki pay yapısı, devralan şirkette bunları karşılayacak payların niteliği bakımından önem taşır. Örneğin AŞ'lerde paylar, hamiline ve nama yazılı pay senetleri biçiminde çıkarılabilmektedir. Nama yazılı payların devri bazı sınırlamalara tabi tutulabilir (m.491-498). Pay grupları mevcut olabilir. Limited ortaklıklarda ise ek ödeme yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri vb. konular önem taşır. Tüm bu hususların dikkate alınması gerekir⁵⁷⁶.

c) *Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı haklar,*

Kaynak Kanun m.13/c'de imtiyazlı haklar için "Sonderrechte" terimi kullanılmış ancak bunlar tanımlanmamıştır⁵⁷⁷. TTK m.140/4'de "Devrolunan şirkette mevcut bulunan paylara bağlı imtiyaz hakları karşılığında, devralan şirkette eş değerde haklar veya uygun bir karşılık verilir" hükmü konulmuştur. TTK'da "imtiyazlı pay" anonim ve limited şirketlere özgü bir kavramdır. İmtiyaz; oyda, kar payında ve tasfiye payında imtiyaz olmak üzere üç farklı grupta söz konusu olabilir. Devrolunan şirkette imtiyazlı paylar hangi grupta ise devralan şirkette de aynı grupta tanınmalıdır. Bu haklar devralan şirkette mevcut değilse bunu telafi edebilecek uygun bir karşılık verilmelidir⁵⁷⁸.

TTK m.140/5'de "Devrolunan şirketin oydan yoksun paylarına sahip ortaklarına aynı değerde, oydan yoksun veya oy hakkını haiz paylar verilir" hükmü mevcuttur. 6362 sayılı SKPa ile "oydan yoksun hisse senedi" uygulaması kaldırılmıştır. Bununla birlikte, TTK m.434/2'e göre, oy hakkının sınırlandırılması mümkün olduğundan, oy hakkı kaldırılan paylar söz konusu olabilir⁵⁷⁹. Bununla birlikte, bu şekilde oydan yoksun bırakılan payların devirden sonra devralan şirkette de uygulanabilirliği mümkün görülmemektedir.

TTK m.140/6'da "Devralan şirket, devrolunan şirketin intifa senedi sahiplerine, eş değerli haklar tanımak veya intifa senetlerini, birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarihteki gerçek değeriyle satın almak zorundadır" hükmüne yer verilmiştir. Birleşme sözleşmesinde, devrolunan şirketin

⁵⁷⁶ Tekinalp, s.637 (Yeni Hukuk).

⁵⁷⁷ Pulaşlı, C.I, s.136 (Şerh).

⁵⁷⁸ Tekinalp, s.627 (Yeni Hukuk).

⁵⁷⁹ Tekinalp, s.626 (Yeni Hukuk).

152 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

intifa senedi sahiplerine bir seçimlik hak sunabileceği gibi, devralan şirkette aynı hakkın tanınması ya da söz konusu intifa senetlerinin gerçek değeri ile satın alınması da öngörülebilir. İntifa senedi sahiplerine seçimlik bir hak tanınması zorunlu değildir⁵⁸⁰.

d) *Şirket paylarının değiştirilme şekli*⁵⁸¹,

Değişim oranı ve sermaye artışı belirlendikten sonra, payların değiştirilme şeklinin de birleşme sözleşmesinde açıklanması gerekir.

e) *Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarih ve bu isteme ilişkin bütün özellikler,*

f) *Gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesi,*

Ayrılma akçesi, eğer taraflarca kararlaştırılmışsa birleşme sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur. Buradaki “gereğinde” ibaresi, ayrılma akçesinin kararlaştırılmış olması halinde birleşme sözleşmesine konup konmayacağı konusunda taraflara tanınan bir seçimlik hakkı değil tam tersine kararlaştırılmış olması halinde artık sözleşmenin zorunlu bir unsuru olduğunu belirtmeyi amaçlar. Sözleşmede ayrılma akçesi kararlaştırılmış ise, kim tarafından, ne şekilde ve ne zaman ödeneceği mutlaka açıklanmalıdır.

g) *Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarih,*

Birleşme işlemleri uzun bir zaman dilimine yayılabilir. Devrolunan şirketin devam eden faaliyetleri, üçüncü kişilerle sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerinin hangi tarihten itibaren devralan şirket hesabına sayılacağı, ilişki içinde olunan tarafa duyurulmalı ve sözleşmede de yer almalıdır. Öte yandan, yapılan işlemlerin hangi şirket adına yapıldığı vergisel boyutuyla da önem taşımaktadır⁵⁸².

h) *Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararlar,*

Devrolunan şirketin yönetim organının akıbeti bu maddede düzenlenmelidir. Diğer bir deyimle, devrolunan şirketin YK üyelerinin ya da yöneticilerinin, devralan şirkette de YK üyesi ya da yönetici olarak görev alıp almayacağı, alacak ise devralan şirketteki YK üyelerine ya da yöneticilerine tanınan hakların ve yararların neler olduğu yazılmalıdır.

⁵⁸⁰ Pulaşlı, C.I. s.136 (Şerh).

⁵⁸¹ Kaynak Kanun'da “şeklini” yerine “usulünü-die Modalitäten” terimi kullanılmıştır.

⁵⁸² Tekinalp, s.638 (Yeni Hukuk).

i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimleri.

Sınırsız sorumluluk, şahıs şirketlerinin ortaklarına özgü bir sorumluluk türüdür. Bir sermaye şirketinin bir şahıs şirketini devralması durumunda (aksi m.137 gereği mümkün değildir), devrolunan şahıs şirketinin ortaklarının, şirket alacaklılarına karşı sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilan tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar (m.158/2). Dolayısıyla, şahıs şirketiyle birleşmede, sona eren şahıs şirketinin ortaklarının adları da birleşme sözleşmesinde yer almalıdır⁵⁸³.

Birleşme sözleşmesinde, kanunen yer alması gereken unsurların yanı sıra, tarafların gerekli gördükleri diğer hususlar da ilave edilebilir. Sözleşmede özellikle aşağıdaki hususların da bulunması yararlı olabilir:

a) Devralma yoluyla birleşmede, birleşme sözleşmesinin tescili ile devrolunan şirketin malvarlığının bir bütün olarak devralan şirket tarafından kendiliğinden iktisap edileceği, yeni şirket kurma yoluyla birleşmede katılan şirketlerin malvarlıklarının, şirketin tescili ile birlikte yeni kurulan şirket tarafından kendiliğinden iktisap edileceği,

b) "Birleşmenin hangi tarihli mali tablo üzerinden gerçekleştirileceği"⁵⁸⁴,

c) Sözleşmenin en son imza tarihi,

d) Sözleşmeden dönülmesi durumunda uygulanacak yaptırım.

TTK m.146' da öngörülen maddelerden bir kısmı sadece sermaye şirketlerini ilgilendirmektedir (imtiyazlı pay, paya ilişkin özel durumlar vb.). Dolayısıyla, örneğin iki kolektif şirketin birleşmesinde bahse konu tüm maddelerin yer almasına gerek yoktur⁵⁸⁵.

VIII. BİRLEŞME RAPORU

Yeni TTK'nun ana ilkelerinden birisi de "şeffaflık"tır. Şeffaflık, yapılan işlemler hakkında şirket ortakları başta olmak üzere, şirket çalışanları ve ilgili üçüncü tarafların aydınlatılması, gerektiğinde sürece katkı sağlamaları ve yapılan işlemleri desteklememeleri durumunda geleceğe yönelik perspektif

⁵⁸³ Tekinalp, s.638 (Yeni Hukuk).

⁵⁸⁴ Sağlam./Şengel, s. 310.

⁵⁸⁵ Göktürk, s.641.

154 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

oluşturabilmeleri bakımından çok önemlidir. Şeffaflık, birleşme hukukunda da ana ilkelerden biri olarak benimsenmiştir.

Birleşmeye katılan şirket ortakları, birleşme sürecinin başından itibaren her aşamasında bilgi sahibi olmayabilir. Öte yandan özellikle yatırımcılar (alacaklılar), birleşme süreciyle yakından ilgilidir ve en azından birleşme sözleşmesinin kapsamı ve içeriği hakkında bilgi sahibi olmak isterler. İşte, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarıncı hazırlanacak olan birleşme raporu (TTK m.147) şirket ortakları başta olmak üzere tüm ilgilileri birleşme sözleşmesi hakkında bilgilendirmeyi amaçlayan bir belgedir. Tekinalp, bunu “bilgi verme ve şeffaflık belgesi” olarak tanımlamıştır⁵⁸⁶.

Birleşme raporu, birleşme sözleşmesinden çok daha geniş kapsamlıdır. Kanun koyucu, birleşme raporunda yer alması gereken hususları örnekleme yöntemiyle açıklamıştır. Burada sayılanların yanı sıra, birleşme modeline göre birçok farklı hususun da raporda yer alması öngörülebilir. Kanunda belirtilen asgari hususlar ise şöyle düzenlenmiştir (m.147/2).

- a) Birleşmenin amacı ve sonuçları,
- b) Birleşme sözleşmesi,
- c) Şirket paylarının değişim oranı ve öngörülmüşse denkleştirme akçesi; devrolunan şirketlerin ortaklarına devralan şirket nezdinde tanınan ortaklık hakları,
- d) Gereğinde ayrılma akçesinin tutarı ve şirket pay ve ortaklık hakları yerine ayrılma akçesi verilmesinin sebepleri,
- e) Değişim oranının belirlenmesi yönünden payların değerlemesine ilişkin özellikler,
- f) Gereğinde devralan şirket tarafından yapılacak artırımın miktarı,
- g) Öngörülmüşse, devrolunan şirketin ortaklarına, birleşme dolayısıyla yüklenecek olan, ek ödeme ve diğer kişisel edim yükümlülükleri ile kişisel sorumluluklar hakkında bilgi,
- h) Değişik türdeki şirketlerin birleşmelerinde, yeni tür dolayısıyla ortaklara düşen yükümlülükler,
- i) Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği,

⁵⁸⁶ Tekinalp, s.639 (Yeni Hukuk).

j) Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkileri,

k) Gerekliyse, ilgili makamlardan alınan onaylar hukuki ve ekonomik yönden açıklanır ve gerekçeleri belirtilir.

Aynı maddede, “yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşme raporuna yeni şirketin sözleşmesinin de eklenmesi” şart koşulmuştur (m.147/3).

Birleşme raporu sadece ortakların değil aynı zamanda yatırımcıları da yakından ilgilendirmektedir. Yatırımcılar (alacaklılar) bakımından birleşmenin bu kişilerin hakları üzerinde etkileri açıklanmalıdır⁵⁸⁷. Bilindiği gibi şahıs şirketlerinin ortakları, şirketin borçlarından dolayı ikinci derecede ancak kişisel malvarlıklarıyla ve sınırsız sorumludur. Şahıs şirketleri, sermaye şirketlerince ancak devrolunan şirket olmaları kaydıyla birleşme yapabileceklerinden ortaklarının sorumluluğu konusunda açıklayıcı bilgiye yer verilmelidir. Öte yandan, birleşme nedeniyle alacaklıların sözleşmeyi feshetme hakkının doğması⁵⁸⁸ ya da sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması gibi seçenekler hakkında da çözümler bulunmalıdır.

Raporda bulunması Kanunca öngörülen ve dikkati çeken hususlardan biri de i) bendindeki “sosyal plan”dır. “Sosyal plan”, şirket çalışanlarına ilişkin bir plandır⁵⁸⁹. Söz konusu planın kapsamı, birleşme hükümlerine kaynak teşkil eden AET’nin 78/855 no.lu Yönergesinin 12.maddesinde atf yapılan AET’nin 77/187 no.lu Yönergesinin 6.maddesi hükmünde yer almaktadır. Buna göre, birleşmeye katılan şirketlerin çalışanları, birleşmenin sebepleri, hukuki, ekonomik ve sosyal etkileri ve çalışanlarla ilgili önlemler konusunda işçi temsilcilerine bilgi verilmelidir.

Sosyal planda, birleşmenin, şirket çalışanları üzerinde olumlu ya da olumsuz etkileri, birleşme nedeniyle birtakım işyerlerinin taşınması, kapatılması, yer değiştirmesi, yeni işyerlerinin açılması, yer değişiklikleri nedeniyle işyerlerinde bulunan kreş, yemekhane, okul, alışveriş yerleri vb. sosyal tesislere ait planlamalar yer alır. Planda, birleşmenin olumsuz etkilerinin ne şekilde giderildiğine ilişkin açıklamalar da yer almalıdır.

Kanunda, “küçük ve orta ölçekli şirketlerde⁵⁹⁰ tüm ortakların onaylaması hâlinde, küçük ve orta ölçekli şirketler birleşme raporunun düzenlenmesinden vazge-

⁵⁸⁷ Pulaşlı, C.I. s.144 (Şerh).

⁵⁸⁸ Tekinalp, s.640 (Yeni Hukuk).

⁵⁸⁹ Tekinalp, s.640 (Yeni Hukuk), Pulaşlı, C.I. s.144 (Şerh).

⁵⁹⁰ Küçük ve orta boy ölçekli şirketler, TTK m.1522 ve 1523 hükümlerinde şöyle yer almıştır:

MADDE 1522- (Değişik: 26.6.2012-6335/33 md.)

156 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

çebilecekləri” de hükme bağlanmıştır (m.147/4). Bu hükmün hukuka uygunluğu tartışmalıdır. Çünkü birleşme raporu sadece ortakları değil aynı zamanda alacaklıları ve çalışanları da ilgilendiren bir rapordur. Dolayısıyla, ortakların onayı ile alacakların ve çalışanların bilgilendirilme hakları ortadan kaldırılmamalıdır.

IX. İNCELEME HAKKI

1. İNCELEME HAKKININ NİTELİĞİ

Yukarıdaki bölümde de bahsettiğimiz gibi yeni TTK’da, “standartlaştırma” “şeffaflık” ve “aydınlatma” gibi bazı ilkeler öngörülmüştür. İnceleme hakkı özellikle şeffaflık ve aydınlatma ilkelerinin bir gereğidir⁵⁹¹. Öte yandan her iki ilkenin hayata geçirilebilmesi için, m.1524 uyarınca denetime tabi sermaye şirketlerine, ticaret siciline tescilden itibaren üç ay içinde internet sitesi kurma ve şirketin kanunen yapılması gereken ilanlarının bu sitede yayınlama yükümlülüğü öngörülmüştür.

İnceleme hakkı, İsviçre Birleşme Kanunu (FusG)16.maddesinde ve AET’nin birleşme hükümlerine kaynak teşkil eden ve yürürlükten kaldırılan “Halka Açık AŞ’lerin Birleşmesine İlişkin 78/855/EEC sayılı Yönerge’nin⁵⁹² 11.maddesinde düzenlenmiştir. TTK m.149 hükmü, söz konusu düzenlemelerden alınmıştır. Ancak söz konusu düzenlemelerde inceleme hakkı sadece ortaklara tanınmışken TTK m.149/1d’de bunun kapsamı genişletilmiş ve ortakların yanı sıra intifa senedi sahiplerinin, şirket tarafından ihraç edilmiş menkul kıymet sahiplerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin de inceleme hakkı öngörülmüştür⁵⁹³.

İnceleme hakkı, maddenin gerekçesinde de yer aldığı gibi, şeffaflığın yanı sıra, ortaklara ve diğer ilgililere bilgi vermeyi, bu suretle haksız menfaat sağlanmasını ve kaybını önlemeyi, ortakların oy hakkını bilinçli olarak kullanmalarına yardım etmeyi amaçlar. Kural olarak şirket sözleşmesi veya GK

(1) Küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlayan ölçütler, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun görüşleri alınarak, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik, Resmî Gazetede yayımlanır. Bu ölçütler bu Kanunun ilgili tüm hükümlerine uygulanır.

C) Ölçeklerine göre sermaye şirketleri

MADDE 1523- (1) Bu Kanunun 1522 nci maddesine istinaden belirlenen küçük ve orta ölçekli işletme ölçütleri, sermaye şirketleri için de geçerlidir. Bu ölçütlerin üzerindeki sermaye şirketleri ise büyük sermaye şirketi sayılır.

⁵⁹¹ Pulaşlı, C.I. s.150 (Şerh).

⁵⁹² 78/855/EEC sayılı Yönergenin yerine 30.06.2011 tarihinde 2011/35/EU sayılı Yönerge yürürlüğe girmiştir.

⁵⁹³ Pulaşlı, C.I., s.150 (Şerh).

kararı ile ortakların bu haktan yoksun bırakılmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, kanun koyucu, orta ve küçük ölçekli şirketlerde, tüm ortakların onaylaması halinde inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçebileceğini hükme bağlamıştır (m.149/5). Kanaatimizce bu hüküm, inceleme hakkının sadece ortaklara değil aynı zamanda ilgili diğer kişileri de kapsadığı gerekçesiyle uygun olmamıştır⁵⁹⁴.

2. İNCELEMAYA SUNULACAK BELGELER VE SUNULMA ŞEKLİ

Birleşme sürecinde, birleşme faaliyetleri hakkında ortakların, alacaklıların, şirket çalışanları ve diğer ilgililerin bilgilendirilmesi birleşmenin temel ilkerindedir. Kanun koyucu, bu ilkenin hayata geçirilebilmesi bakımından, konuyu tarafların isteğine bırakmayıp emredici bir hükmü vazetmiş ve TTK m.149 hükmüyle inceleme hakkını düzenlemiştir. Buna göre;

“Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, merkezleriyle şubelerinde ve halka açık anonim şirketler ise Sermaye Piyasası Kurulunun öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde;

- Birleşme sözleşmesini,
- Birleşme raporunu,
- Son üç yılın yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını, gereğinde ara bilançolarını ortakların, intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bunlar ilgili sermaye şirketlerinin internet sitelerinde de yayımlanır.” (TTK m.149/1)

Aynı maddede, söz konusu kişilerin istedikleri takdirde anılan belgelerin suretleri ve varsa basılı şekillerinin alabilmeleri de öngörülmüştür (TTK m.149/2). Şirket bu belgeleri bastırmamış ise sayılan kişilerin belgelerin bastırılmasını talep etmeleri söz konusu değildir⁵⁹⁵.

Kanunda, “GK kararından önceki 30 gün içinde” ibaresi, toplantıdan 30 gün önce konulması gerektiğini ima etse de lâfzî düzenlemesi uygun olmamıştır. Göktürk’ün bu konuda önemli bir tespiti vardır. Belgelerin inceleme için sunulması noktasında, Kanunun amacından yola çıkarak “genel kurul kararından

⁵⁹⁴ Göktürk’ün de isabetli olarak belirttiği gibi, inceleme hakkı şirket için bilgilendirme amacından daha geniş biçimde kamuyu aydınlatmayı amaç edinmelidir. Bkz. Göktürk s.647, Aynı yönde Bkz. Kırca s.75. Ek olarak, Kanunun ilk şeklinde “küçük ölçekli” iken 6335 sayılı Kanun ile “ilk ve orta ölçekli” şeklinde değiştirilmiştir. Tekinalp, bu değişikliklerin, AB ile uyum sürecindeki tarama çalışmalarında sorun yaratabileceğini vurgulamıştır Bkz. Tekinalp s.642 (Yeni Hukuk).

⁵⁹⁵ Pulaşlı, C.I., s.151 (Şerh).

158 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

30 gün içinde incelemeye sunulması" ibaresinin aslında "genel kurul kararından önceki otuz gün boyunca incelemeye sunulması" şeklinde yorumlanması daha doğrudur olacaktır⁵⁹⁶.

Görüldüğü gibi kanunda inceleme hakkı, sadece ortaklara değil, aynı zamanda intifa senedi sahiplerine, birleşmeye katılan şirketlerin çıkardıkları menkul kıymet hamillerine, menfaati bulunan kişilere ve diğer ilgililere de tanınmıştır.

Kanun koyucu, inceleme hakkının etkin olarak kullanılabilmesi için, belgelerin nerede ve ne şekilde sunulacağına da ilgililere duyurulabilmesi için bir ek madde daha vazetmiştir. Buna göre, "Birleşmeye katılan şirketlerin tümü, bahse konu belgeleri sadece incelemeye sunmak değil aynı zamanda bu belgelerin ne şekilde ve nerelerde sunulacağını en az üç gün öncesinden TTSG, şirket sözleşmesinde "ilan" maddesinde belirtilen gazetelerde ve internet sitelerinde (internet sitesi kurma yükümlülüğü olan şirketler) ilan ile yükümlüdürler" (TTK m.149/4).

Düzenlemede, incelenecek belgeler konusunda sınırlı sayma değil örnekleme usulü benimsenmiştir. Kanunda yer alan birleşme sözleşmesi, birleşme raporu, son üç yılın finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporları kanunen öngörülen belgelerdir. Bunların yanısıra, özellikle birleşmenin yürürlük zamanı, kullanılan değerlendirme yöntemi ve gerekçeleri, değiştirme oranının nasıl hesaplandığı, devrolan şirket ortaklarının haklarının ne şekilde sürdürüleceği, devralan şirketin borçlarının nasıl ödeneceği, birleşme sonrasında çalışanların durumu, birleşme giderleri, yeni personel istihdamı olup olmayacağı gibi hususların da incelemeye sunulması gereklidir.

Denetime bağlı şirketlerin internet sitesinde incelemeye sunulacak belgelerin yayınlanması zorunludur. Aykırı davranış ise, m.1524/2 gereği GK'un birleşme kararının iptali sebebidir⁵⁹⁷. Ayrıca yine aynı hüküm gereği kusur bulunan yöneticiler ile YK üyelerinin sorumluluğuna yol açar.

X. MALVARLIĞINDAKİ ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER

Birleşme sözleşmesinin hazırlanmasından önce, sözleşme hükümlerinin birleşmeye katılan taraflarca ortaklaşa kararlaştırılması ve gerekir. Sözleşmenin hazırlanması ve sonrasında katılan şirketlerin genel kurullarında onaylanması bazen aylarca süren uzun bir dönemdir. Bu dönemde, şirketlerden biri ya da tümünün malvarlığında önemli değişiklikler meydana gelebilir. Bu

⁵⁹⁶ Göktürk, s.648, Öte yandan SPK Birleşme ve Bölünme Tebliği m.8/2'de "genel kurul toplantı tarihinden en az 30 gün önce kamuya duyurulması" şeklinde yer almıştır. Kendigelen de TTK'daki düzenlemeyi, "toplantıdan otuz gün önce" şeklinde yorumlamıştır. Bkz. Kendigelen, s.141.

⁵⁹⁷ Tekinalp, s.641 (Yeni Hukuk).

tür değişiklikler, katılan şirketlerin birleşme konusundaki düşüncesini de doğrudan etkileyebilir. Örneğin devrolunacak şirkette önemli bir taşınmazın satılması şirketin malvarlığında azalmaya neden olacaktır. Bu durum, değişim oranını etkilediği gibi devralan şirketin birleşme düşüncesinden vazgeçmesine de sebep olabilir. Kanun koyucu bu tür mülahazalarla, TTK m.150 hükmünü benimsemiştir. Buna göre, *“Birleşmeye katılan şirketlerden birinin aktif veya pasif varlıklarında, birleşme sözleşmesinin imzası tarihiyle, bu sözleşmenin genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında, önemli değişiklik meydana gelmişse, yönetim organı, bu durumu kendi genel kuruluna ve birleşmeye katılan diğer şirketlerin yönetim organlarına yazılı olarak bildirir”* (m.150/1).

Malvarlığında önemli bir değişiklik olan şirketin, birleşmeye katılan diğer şirket veya şirketlerin yönetim kurullarına bildiriminde bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak şirketin konuyu kendi genel kuruluna bildirmesi ve konunun gündeme taşınması zaman alan bir işlemdir. Böyle bir durumda şirketin genel kurulu “olağanüstü” bir toplantı için çağrı yapmalı⁵⁹⁸ ve aynı zamanda birleşmeye katılan şirketlere bildirimde bulunmalıdır.

Şirketin malvarlığında değişiklik, birleşme kararını etkileyecek düzeyde değilse, YK'nun herhangi bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Bununla birlikte önem derecesi, şirketin türüne göre değişebilir⁵⁹⁹.

YK tarafından yapılan bildirim sonrasında, birleşmeye katılan şirketlerin YK'ları malvarlığından değişiklikleri inceleyip, değişikliğin birleşmeyi etkileyebilecek bir öneme sahip olduğu sonucuna varırlarsa ya sözleşmeyi değiştirmek ya da birleşmeden vazgeçmek zorunda kalabilirler. TTK m.150/2 hükmüne göre *“Birleşmeye katılan tüm şirketlerin yönetim organları, bu durumda birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine veya birleşmeden vazgeçmeye gerek olup olmadığını incelerler; böyle bir sonuca vardıkları takdirde, onaya sunma önerisi geri çekilir. Diğer hâlde, yönetim organı genel kurulda, birleşme sözleşmesinde uyarlamaya gerek bulunmadığının gerekçesini açıklar”*.

Malvarlığındaki değişikliğin birleşme sözleşmesinde değişiklik yapılmasını gerektireceği sonucuna varıldığında yeni bir birleşme sözleşmesi hazırlanmalı ve inceleme süreci yeniden başlatılmalıdır. İncelemeyi müteakip birleşmeye katılan şirketlerin genel kurulları birleşme sözleşmesinin yeni şekline ilişkin kararı onaylamalı ve karar ticaret siciline tescil edilmelidir. Görüldüğü gibi, birleşme sürecinde YK'nun işlev ve sorumlulukları her aşamada mevcuttur. YK'ları, malvarlığındaki değişikliğin etkilerini titizlikle incelemek

⁵⁹⁸ Bilgili/Demirkapı, s.82.

⁵⁹⁹ Bilgili/Demirkapı, s.82.

160 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ve GK'a şirket menfaatlerini en iyi gözetecek çözümü önermekle yükümlüdür. Aksi takdirde YK'nun sorumluluğu gündeme gelebilir⁶⁰⁰.

Malvarlığındaki önemli değişikliklerin bildirilmesi zorunluluğu, aşağıda yer alan "ara bilanço" hazırlanması ile yakından ilgilidir.

XI. ARA BİLANÇO

Bilanço, bir şirketin mali durumunun özetidir. Gerek devralma gerekse yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birleşme düşüncesindeki şirketlerin, henüz birleşme görüşmelerinin başında, due diligence sürecinde karşılıklı olarak incelendikleri belgelerin başında son üç yıllık bilanço gelmektedir. Özellikle son yıla ait bilanço, şirket değerlemesi açısından önem taşır.

Taraflarca, birleşme öncesinde birleşmeye esas bilanço hazırlanır. Bu, şirketlerin yıllık bilançosudur⁶⁰¹. Bu nedenle bilançoda gösterilen rakamların gerçek değeri ortaya koyması, dürüst resim ilkesine uygunluk birleşme görüşmelerine aranan hususlardır. Bazı durumlarda, başlangıçtaki bilançonun güncelliğini kaybetmesi tehlikesi de doğabilir. Yukarıda, şirketlerin mal varlığındaki önemli değişikliklerin diğer şirketlere bildirilmesi gereğine işaret edilmişti. İşte kanun koyucu, "birleşme sözleşmesinin imzalandığı tarih ile bilanço günü arasında altı aydan fazla zaman geçmişse veya son bilançonun çıkarılmasından sonra, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişiklikler meydana gelmişse, birleşmeye katılan şirketlerin bir ara bilanço çıkarmak zorunda olduğunu" hükme bağlamıştır (TTK m.144/1)⁶⁰². Bu hükmün amacı, altı ayı aşan bir süreçte bilançoda olumlu ya da olumsuz yönde değer değişimleri olabileceği düşüncesi ve bu nedenle yeni bir bilanço ile son durumu görebilmektir⁶⁰³. Öte yandan altı aylık süre dolmuş olsa bile son bilançodan sonraki bir tarihte malvarlığında önemli bir değişiklik meydana gelmiş ise yine bir ara bilanço ile son duruma göre bir değerlendirme yapma ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Malvarlığındaki değişiklik aktif ya da pasif malvarlığında meydana gelebilir. Bununla birlikte özellikle pasif malvarlığının önemli oranda artması yani şirketin borçlarının yükselmesi, birleşmenin diğer tarafındaki şirket açısından önemli bir risktir.

⁶⁰⁰ Bilgili/Demirkapı, s.83.

⁶⁰¹ Bilgili/Demirkapı, s.79.

⁶⁰² Ara bilanço hazırlama zorunluluğu, AB'nin 2011/35/EU sayılı Yönerge'sinin 11/1 c bendinde de öngörülmüştür.

⁶⁰³ Pulaşlı, C.I. s.142 (Şerh).

Yukarıda belirtilen şartlardan birinin gerçekleşmesi durumunda birleşmeye katılan şirketlerin hazırlayacağı ara bilançoya, şirketlerin yıllık bilançolarının hazırlanmasında uygulanan hüküm ve ilkeler aynen uygulanır. Bu çerçevede, çıkarılacak ara bilanço için ayrıca “fiziki envanter çıkarılması gerekli olmadığı” gibi “şirketlerin son bilançolarında kabul edilen değerlemeler sadece o dönemde ticari defterlerdeki hareketler ölçüsünde değiştirilir. Bu değişikliklerde, amortismanlar, değer düzeltmeleri ve karşılıklar ile ticari defterlerden anlaşılmayan işletme için önemli değer değişiklikleri de dikkate alınır” (m.144/2). Bu madde hükmü, ara bilanço, sadece altı aylık dönemin geçmesi ve henüz birleşme sözleşmesinin tescil edilmemesi ya da malvarlıklarında önemli değişiklik olması halinde, şirketlerin son bilanço değerlerinin güncelleşmesi ve tarafların yönetim kurullarının, birleşmenin tescilinden önce son kez bilanço yenilemesi yapabilmelerine imkân sağlamayı amaçlamaktadır.

Ara bilançoda, şirketin son bilançosuna göre önemli değişikliklerin meydana gelmesi durumunda, taraflarca belirlenen değişim oranı da gözden geçirilmelidir. Öte yandan ara bilançodaki değerlerin, eskiye göre çok farklı olması durumunda birleşme düşüncesinden vazgeçilmesi de söz konusu olabilir. Örneğin bir şirketin önemli bir malvarlığını satması durumunda, karşı tarafın bu satıştan mutlaka haberdar olması ve hazırlanacak yeni bilançoyu incelemesi gerekir.

Ara bilançonun, altı aylık sürenin geçmemesi kaydıyla sadece malvarlığında önemli bir değişiklik meydana gelen şirket tarafından çıkarılması yeterlidir. Katılan tüm şirketlerin çıkartması gerekmez⁶⁰⁴. Altı aylık süre dolmuş ise bu durumda birleşmeye katılan tüm şirketlerin ara bilanço hazırlaması gerekecektir.

Şartları oluştuğunda ara bilançonun hazırlanması kanuni bir zorunluluk olmakla birlikte, birleşme sözleşmesine “ara bilanço hazırlanması için gerekli kıstaslar” konusunda bir madde eklenmesi de taraflarca kararlaştırılmalıdır. Kanundaki düzenlemede yer alan “malvarlığındaki önemli değişiklikler” ibaresinin taraflarca, birleşme sözleşmesine konulacak bir madde ile somutlaştırılması, ileride doğabilecek anlaşmazlıkların önlenmesi açısından da önemlidir.

Son olarak belirtilmesi gereken husus, devralma yoluyla birleşmenin yanı sıra yeni kuruluş yoluyla birleşmede de, birleşmeye katılan şirketlerden her birinin, TTK m.144/1 hükmüne göre malvarlıklarında önemli bir

⁶⁰⁴ Bilgili/Demirkapı, s.80, Tekinalp s.634 (Yeni Hukuk).

162 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

değişiklik meydana gelmesi ya da sözleşmenin imzalandığı tarih ile bilançolar arasında altı ay geçmesi durumunda ara bilanço hazırlamaları gereğidir.

XII. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN GENEL KURULDA GÖRÜŞÜLMESİ VE BİRLEŞME KARARININ ONAYLANMASI

1. GENEL KURULLARDA TOPLANTI VE KARAR NİSAPLARI

1.1. Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması

Birleşme sözleşmesi, şirketlerin olağan genel kurullarında ya da olağanüstü toplanan genel kurullarda gündem konusu olarak belirlenebilir. Birleşmeye katılan tüm şirketlerin genel kurullarında birleşme sözleşmesi görüşülür ve oylama yapılır. Bu maksatla, yönetim organları tarafından genel kurullara çağrı yapılması ve belirlenen yer ve zamanda birleşme sözleşmesinin görüşülmesi gerekir.

Genel kurulda müzakerelere başlamadan önce yönetim organınca hazırlanan birleşme raporu okunur⁶⁰⁵. Devralan şirketin genel kurulunda sadece birleşme sözleşmesi değil aynı zamanda esas sözleşme değişikliği ve sermaye artırımının da onaylanması gerekir. Devreden şirkette ise sadece birleşme sözleşmesinin onaylanması yeterlidir. Birleşme ile devreden şirketin infisahı söz konusu olacağına göre ayrıca infisah için bir karar alınması gerekli midir? Kanaatimizce, infisah birleşmenin doğal sonucudur ve kendiliğinden uygulama alanı bulur. Bu nedenle sadece birleşme sözleşmesinin onaylanması yeterli olacaktır⁶⁰⁶.

Genel kurullarda birleşme kararının oylanmasına ilişkin toplantı ve karar nisapları aşağıda incelenmiştir⁶⁰⁷.

1.2. Toplantı ve Karar Nisapları

Birleşme sözleşmesinin onaylanması konusunda, Kanunda özel bir düzenleme yer almıştır (TTK m.151). Devralan şirkette birleşmenin yanı sıra esas sözleşme değişikliği ve sermaye artımı da karar bağlanacaktır. Bu nedenle, kanunen öngörülen karar nisapları bulunmalıdır. TTK m.151’de, “devrolunan şirket” yerine “devreden şirket” ibaresine yer verilmiştir. Dolayısıyla her ikisi de aynı anlamı taşımaktadır. TTK m.151 hükmü uyarınca, yönetim

⁶⁰⁵ Yasaman, s.64.

⁶⁰⁶ Aksi görüş Yasaman s.64.

⁶⁰⁷ Kaynak Kanun m.18’de birleşme kararının GK’larda oylanmasına ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

organı, genel kurula birleşme sözleşmesini sunar. Birleşme sözleşmesi genel kurulda aşağıdaki nisaplarla kararlaştırılmalıdır.

1.2.1. Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerde

TTK m.124'de şirketler şahıs ve sermaye şirketleri olarak iki gruba ayrılmış ve kollektif ile komandit ortaklıklar "şahıs", anonim, limited ve sermaye paylara bölünmüş şirketler "sermaye şirketi" sınıfına dâhil edilmiş, kooperatifler ise bu ayrımın dışında tutulmuştur. Kanun koyucu, limited şirketi sermaye şirketi sınıfına dâhil etmiştir ve bu isabetli bir ayrımdır. Bununla birlikte, şahıs şirketine ait birtakım özellikler TTK m.151'de olduğu gibi bazı düzenlemelerde limited şirkete atfedilmiştir. Aşağıda, TTK m.151 hükümlerini incelediğimizde bu husus karşımıza çıkacaktır.

Anonim şirketlerde GK toplantı ve karar nisapları genel olarak TTK m.418 ila 424 arasında düzenlenmiştir. Ancak, değişik hükümlerde de toplantı ve karar nisapları öngörülmüştür. Buna göre AŞ'lerde toplantı ve karar nisapları şöyle sıralanabilir.

1.2.1.1. Anonim Şirketlerde Toplantı ve Karar Nisapları

1.2.1.1.1. Olağan (Adi) Nisap

Sermayenin 1/4'ünü karşılayan payların sahipleri ya da temsilcilerinin katıldığı ilk toplantıda katılan oyların çoğunluğu ile karar alınır. Eğer ilk toplantıda 1/4 nisabına ulaşılamazsa ikinci toplantıda, nisap aranmaksızın toplantıya katılanların oylarının çoğunluğu ile karar alınır (m.418). Bu hükümde, eski düzenlemeden farklı olarak nisabın toplantı süresince korunması zorunlu tutulmuştur. Söz konusu değişiklikle ilgili çeşitli görüşler mevcuttur. Örneğin, Bahtiyar, bu değişikliğin kararların birbirinden bağımsızlığı ilkesini zedelediğini, söz gelimi aynı gündemde dört maddeden üçünün oylanmasından sonra toplantı nisabının bozulması halinde önceden alınan kararların da geçersiz sayılacağını öne sürmüştür⁶⁰⁸. Pulaşlı ise, böyle bir durumda önceden alınan üç kararın geçerliliğinin etkilenemeyeceğini savunmuştur⁶⁰⁹.

Olağan karar nisabı, aynı zamanda pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa aşağıdaki konularda karar alınabilmesi için yapılacak genel kurul toplantılarında da uygulanır (m.421/5):

⁶⁰⁸ Bahtiyar, s.146.

⁶⁰⁹ Pulaşlı, C.I. s.782 (Şerh).

- i. Sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri.
- ii. **Birleşmeye**, bölünmeye ve tür değiştirmeye **ilişkin kararlar**.

Görüldüğü gibi, **pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde birleşme kararı olağan işlerden sayılıp TTK m.418 hükmüne tabidir.**

1.2.1.1.2. Özel Nisaplar

1.2.1.1.2.1. Genel Nitelikli Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi İçin Toplantı ve Karar Nisabı

Sermayenin en az yarısının temsil edildiği toplantıda oyların çoğunluğu ile karar alınır. İlk toplantıda bu nisap sağlanamazsa ikinci toplantıda sermayenin en az üçte birinin temsil edilmesi gerekir (m.421/1). Bu nisapla alınacak karar örnekleri şöyle sıralanabilir⁶¹⁰:

- i. AŞ unvan değişiklikleri,
- ii. Bağlam sebeplerinin hafifletilmesi,
- iii. YK üye sayısının artırılması veya azaltılması,
- iv. Esas sermayenin azaltılması vb.

1.2.1.1.2.2. Özel Nitelikli (Ağırlaştırılmış) Esas Sözleşme Değişikliği Nisabı

TTK m.421/3' de, bazı konulardaki esas sözleşme değişiklikleri için ağırlaştırılmış nisap düzenlenmiştir. Buna göre,

- i. Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi,
- ii. İmtiyazlı pay oluşturulması ve
- iii. Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına ilişkin kararlar

sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır. Bu nisaba ilk toplantıda ulaşılmadığı durumda izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır.

⁶¹⁰ Pulaşlı, C.I. s.784-785 (Şerh).

1.2.1.1.2.3. Oybirliği Gerektiren Kararlar

AŞ'lerde oy birliği gerektiren haller iki başlık altında sıralanabilir. Bunlar:

- i. Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük öngören kararlar,
- ii. Şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar, sermayeyi oluşturan tüm payların sahipleri veya temsilcilerinin oybirliği ile alınır (m.421/2).

1.2.1.1.2.4. Tasfiyeden Dönülmesine İlişkin Karar İçin Özel Nisap

Şirket süresinin dolması veya genel kurul kararı ile sona ermişse ve malvarlığı pay sahipleri arasında paylaşılmaya başlanmamışsa GK şirketin devamına karar verebilir. Burada karar sermayenin %60'ını temsil eden payların sahibi veya temsilcilerinin oylarıyla alınır (m.458)⁶¹¹.

1.2.1.1.2.5. Birleşme İçin Özel Nisap

TTK m.151/1a uyarınca, “bu Kanununun 421 inci maddesinin beşinci fıkrasının (b) bendi saklı olmak üzere, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle birleşme kararı onaylanır”.

Bu düzenlemede, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket aynı başlıkta ele alınarak “sermaye sahipliği” ve “pay oranları” esas alınarak, toplantı ve karar nisapları ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, toplantı nisabı sermayeyi temsil eden payların çoğunluğuna sahip paysahiplerinin veya temsilcilerinin katılımı, karar nisabı ise, bu payların temsil ettiği oyların dörtte üçünün olumlu oy vermesidir.

Birleşme kararı için toplantı nisabı, sermayeyi temsil eden payların sahipleri veya temsilcilerinin çoğunluğudur. Karar nisabı bu toplantıya katılan paysahibi veya temsilcilerinin yüzde yetmişbeşidir. Kanunda açıklık olmakla birlikte bu nisabın, izleyen toplantılarda da aranması gereklidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, 100.000 TL sermayeli ve sermayesi her biri 1 TL nominal değerli 100.000 paya bölünmüş bir AŞ'de en az 50.001 pay sahibinin toplantıya katılması, bu katılanlardan en az 37.501 pay sahibinin olumlu oy kullanması gerekir.

⁶¹¹ Bahtiyar, s.296.

166 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

AŞ'lerde bir diğer husus ise, esas sözleşme ile bazı paylara imtiyaz tanınmışsa ve GK tarafından esas sözleşmenin değiştirilmesine dair verilen karar, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikteyse imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda alınacak bir kararla onanmalıdır. Aksi halde bu kararlar uygulanamaz. (m.454/1). Burada karar yetersayısı, sermayeyi temsil eden payların %60'ının katıldığı toplantıda katılanların çoğunluğudur (m.454/3).

1.2.1.2. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerde

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket bir sermaye şirkettir. Şirketin komandite (sınırsız sorumlu) ve komanditer ortakları (sınırlı sorumlu) mevcuttur.

Sermayesi paylara bölünmüş şirketlerde birleşme için iki farklı nisap aranmıştır. Bunlardan ilki TTK m.151/1 a fıkrasında yer alan nisaptır. Buna göre "Esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçü" birleşme kararına olumlu oy vermelidir. Bu nisap, Kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, şirketin başka bir şirket tarafından devralınması halinde aranan nisaptır. Çünkü TTK m.151/3'de sermayesi payları bölünmüş komandit şirketin başka bir şirketi devralma halinde aranacak nisap ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre "*Bir sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin, başka bir şirketi devralması hâlinde, birinci fıkranın (a) bendindeki nisaba ek olarak, komanditelerin tamamının birleşmeyi yazılı olarak onaylamaları gereklidir*".

Görüldüğü gibi, kanun koyucu, sermayesi paylara bölünmüş şirketlerin bir başka şirketle birleşmesine ilişkin genel kurul kararını, devralan ve devrolunan şirket olarak iki farklı karar nisabı şeklinde düzenlemiştir. Şirket birleşmelerinde, devralan şirket ile devrolunan şirket statüsünün doğurduğu sonuçlar tümüyle farklı olduğu için, karar nisaplarında, özellikle ortakların sorumluluğuna bağlı olarak genel kurul karar nisaplarında da farklılar olması olağandır. Sermayesi payları bölünmüş komandit ortaklıklarda, komandite ve komanditer ortakların genel kuruldaki özel konumlarının da etkisi bu farklılıkları daha da güçlendirmektedir. Komandite ortaklar, şirketin sınırsız sorumlu ve yöneticisi konumundaki ortaklardır. Bu nedenle, kanun koyucu, bir SPBKO'nun başka bir şirketi devralması durumunda, komanditelerin sözleşmeyi oybirliğiyle onaylamalarını zorunlu tutmuştur.

1.2.2. Sermaye Şirketlerinin Bir Kooperatif Tarafından Devralınması Durumunda Sermaye Şirketlerinde Karar Nisabı

TTK m.137/3b fıkrası, kooperatiflerin sermaye şirketleriyle birleşmesine olanak tanımıştır. Yani anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, kooperatif tarafından devralınabilir. TTK m.151/1b fıkrası ile “Bir kooperatif tarafından devralınacak sermaye şirketlerinde, sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle” birleşme kararının kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Burada “sermaye şirketleri” denilerek limited şirket de dolayısıyla bu grup içine sokulmuştur. Oysaki aynı maddenin aşağıda yer alan 1c. fıkrası hükmü limited şirket için özel bir nisap getirmiştir. Bu nedenle, 151/1b fıkrasının, “sermaye şirketleri” yerine “anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket” olarak ifade edilmesi gerekirdi⁶¹².

1.2.3. Limited Şirketlerde Karar Nisapları

Limited şirketlerde GK’un toplantı ve karar nisapları anonim şirketlere göre epey farklıdır. Limited şirketlerde karar nisapları şöyledir:

1.2.3.1. Olağan İşler İçin Karar Nisabı

Kanun veya şirket sözleşmesinde aksi öngörülmediği takdirde, seçim kararları dâhil, tüm genel kurul kararları, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınır (m.620/1).

1.2.3.2. Genel Anlamda Şirket Sözleşmesi Değişiklikleri İçin Özel Nisap

Limited şirketlerde genel anlamda şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için, aksi esas sözleşmede öngörülmemişse esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararı yeterlidir (m.589/1).

1.2.3.3. Önemli İşler İçin Karar Nisabı

Aşağıdaki konularda genel kurul kararları, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir (m.621/1).

- a) Şirket işletme konusunun değiştirilmesi.
- b) Oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının öngörülmesi.

⁶¹² Kaynak Kanun m.18/1b’de, bir limited şirketin bir kooperatif tarafından devralınması halinde şirket ortaklarının tümünün onayı aranmıştır.

168 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

c) Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması.

d) Esas sermayenin artırılması.

e) Rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması.

f) Şirket merkezinin değiştirilmesi.

g) Müdürlerin ve ortakların, bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunmalarına genel kurul tarafından onay verilmesi.

h) Bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılması.

ı) Şirketin feshi.

1.2.3.4. Oy Birliği Gerektiren Kararlar

Limited şirkette, oy birliği gerektiren kararlara ilişkin özel düzenlemeler üç maddede öngörülmüştür. Bunlar:

a) TTK m.607 hükmüne göre “Şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir”.

b) 12.07.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanunun 52.maddesi ile TTK m.621/3 fıkrası olarak eklenen hüküm ile “**Bir ortağın şirketten çıkarılma sebeplerinin sonradan şirket sözleşmesine konulabilmesine dair sözleşme değişikliği, şirket sermayesini temsil eden tüm ortakların genel kurul toplantısında oy birliği ile karar almasıyla mümkündür**”.

c) TTK m.151/4 hükmüne göre “**limited şirketlerin bir anonim veya sermayesi payları bölünmüş komandit şirketi devralması durumunda eğer bu şirketlerde devralma ile ek yükümlülük veya kişisel edim yükümlülüğü öngörülüyorsa veya bunlar mevcut olup da genişletiliyorsa bu durumda limited şirket ortaklarının oy birliğine ihtiyaç vardır**”.

Kıyas yoluyla, TTK m.421/2’de düzenlenen “Anonim şirketlerde oy birliği ile verilecek kararlar” arasında yer alan “şirket merkezinin yurt dışına taşınması” hükmünün limited şirketlerde de uygulanması kabul edilmelidir.

1.2.3.5. Birleşme Kararı İçin Özel Nisap

TTK m.151/1 c hükmüne göre “*Limited şirketlerde sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların dörtte üçünün oylarıyla birleşme kararı alınır*”⁶¹³.

Limited şirketlerde yukarıda sayılan GK karar nisapları ile birleşmeye ilişkin karar nisabı arasında önemli bir fark vardır. Yukarıdaki nisaplarda hep esas sermaye payının temsili aranmakta iken⁶¹⁴, birleşme kararında, esas sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden payların yanısıra şirket ortaklarının da (kişi sayısı olarak) dörtte üçünün olumlu oy vermesi gerekir. Örneğin, 100.000 TL sermayeli ve 20 ortaklı bir limited şirkette, esas sermaye payının değeri 1000 TL olarak belirlenmiş olsun. Her esas sermaye payının 1 oyu olduğuna göre, birleşme kararının onaylanabilmesi için GK’da en az 75 oya sahip olması şartıyla 15 ortağın oyuna ihtiyaç vardır. **Kanuna göre bu iki şart bir arada bulunmalıdır. Limited ortaklığı, sermaye ortaklığı özelliğinden uzaklaştıran mevcut düzenlemenin uygun olmadığı kanaatindeyim**⁶¹⁵. Bunun yerine TTK m.621/1’deki karar nisabı birleşme için de öngörülebilirdi. Diğer bir deyişle birleşme kararının, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilmesi daha isabetli olurdu.

1.2.4. Kooperatiflerde Karar Nisapları

1.2.4.1. Olağan Karar Nisabı

Kooperatiflerde olağan karar nisabı, Kanun veya ana sözleşmede aksi öngörülmemişse, oyların yarısından bir fazlasıdır (1163 S.K. m.51/1).

1.2.4.2. Önemli Kararlar İçin Gerekli Nisap

Kooperatifin dağılması veya diğer bir kooperatifle birleşmesi ve anasözleşmenin değiştirilmesi kararlarında fiilen kullanılan oyların 2/3 ü çoğunluğu gereklidir. Anasözleşme, bu kararların alınması için oy çoğunluğu hakkında daha ağır hükümler koyabilir (1163 S.K. m.51/2).

⁶¹³ Kaynak Kanun m.18/1c’deki düzenlemeden aynen alınmıştır.

⁶¹⁴ Gerçekten de limited şirketlerde birleşme dışında ortakların sayısına bağlı nisap mevcut değildir. Aynı görüş için bkz. Bilgili/Demirkapı, s.84.

⁶¹⁵ Aynı görüş için bkz. Kendigelen, s.143.

170 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

1.2.4.3. Ağırlaştırılmış Nisap

Ortakların şahsi sorumluluklarının ağırlaştırılması veya ek ödeme yükümleri ihdası hakkında alınacak kararlar için bütün ortakların 3/4'ünün rızası gereklidir (1163 S.K. m.52/1)⁶¹⁶.

1.2.4.4. Birleşmeye İlişkin Karar Nisabı

TTK m.151/1d hükmüne göre *“Kooperatiflerde, verilen oyların üçte ikisinin çoğunluğuyla; ana sözleşmede ek ödeme ve başka edim yükümlülükleri ya da sınırsız sorumluluk kabul edilmiş veya bunlar mevcut olup da genişletilmişse kooperatife kayıtlı tüm ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanmalıdır”*.

1.2.5. Kollektif ve (Adi) Komandit Şirketlerde Karar Nisapları

1.2.5.1. Genel Olarak Karar Nisabı

Bu ortaklıklar şahıs ortaklıkları olduğu için genellikle kararlar çoğunluk esasıyla alınır. Örneğin, yönetim işleri, şirket sözleşmesi yapıldıktan sonra alınan bir kararla bir ortağa verilmişse o ortak, ortakların çoğunluğunun kararıyla görevden alınabilir (TTK m.220/1 ilk c.).

1.2.5.2. Oy Birliği İle Alınan Kararlar

Öte yandan önemli işlerde oy birliği esası aranmaktadır⁶¹⁷. Örneğin tasfiye memurlarının, önemli miktardaki malvarlığını toptan satabilmesi için ortakların oybirliğiyle kararına ihtiyaç vardır (TTK m.295/1).

1.2.5.3. Birleşme Kararı İçin Özel Nisap

Kanun koyucu, birleşme gibi yapısal değişiklik öngören kararları önemli kararlardan saydığı için oybirliği esasını düzenlemiştir. TTK m.151/2 hükmüne göre *“Kollektif ve komandit şirketlerde birleşme sözleşmesinin oybirliğiyle onaylanması gerekir. Ancak, şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanması öngörüülebilir”*.

⁶¹⁶ Ancak, kamu kuruluşlarından kredi alan kooperatiflerin kredi miktarının artırılmasından yararlanmak üzere alacakları kararlarda bu şart aranmaz ve 51 inci maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır (1163 S.K. m.52/2).

⁶¹⁷ Bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır (TTK m.223/son c.)

Kollektif ve komandit şirketlerin şahıs şirketi olmaları nedeniyle yapısal değişikliklerde tüm ortakların oybirliğinin aranması gereklidir. Bununla birlikte, şirket sözleşmesinde tüm ortakların dörtte üçünün kararıyla birleşme sözleşmesinin onaylanması da öngörülebilir. Sözleşmede, bu nisabın altında bir nisap kararlaştırılmaz⁶¹⁸.

1.2.6. Sözleşmede Ayrılma Akçesinin Öngörülmesi Halinde Özel Nisap

Kanun koyucu, şirket birleşmelerinde tarafların ayrılma akçesini kabul etmeleri ve dolayısıyla sözleşmede ayrılma akçesinin yer alması durumunda, genel kurullarda birleşmeye ilişkin kararın oylanmasını özel biçimde düzenlenmiştir. TTK m.151/5 hükmü ile *“Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüyor ise bunun, devreden şirket şahıs şirketi ise oy hakkını haiz ortaklarının⁶¹⁹, sermaye şirketi ise şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanınun olumlu oylarıyla onaylanması şarttır”⁶²⁰*. Bu düzenlemeye göre, ayrılma akçesinin kabulü halinde kollektif ve adi komandit şirketlerde ortakların oy birliğine, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde sermayeyi temsil eden oyların yüzde doksanına ihtiyaç vardır.

1.2.7. Devrolunan Şirketin İşletme Konusunda Değişiklik Öngörülmesi Halinde Karar Nisabı

TTK m.151/6 hükmüne göre *“Birleşme sözleşmesinde devrolunan şirketin işletme konusunda değişiklik öngörülmüşse, birleşme sözleşmesinin ayrıca, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış olması zorunludur”*. Bu hüküm çok anlaşılabilir değildir. Devrolunan şirket ortadan kalkacağı için işletme konusunun değişmesi de mümkün olmayacaktır⁶²¹.

XIII. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN TESCİL VE İLANI

Birleşme sözleşmesini içeren karar birleşen şirketlerin genel kurullarında görüşülüp kabul edildikten sonra, devralan ve devrolunan şirket veya şirketlerin temsilcileri tarafından ticaret siciline ayrı ayrı başvurularak birleşme kararı tescil ettirilmelidir. Dolayısıyla tescilden önce birleşmeye katılan tüm şirketlerin genel kurullarında birleşme kararının onaylanmasına kadar, daha

⁶¹⁸ Bilgili/Demirkapı, s.84.

⁶¹⁹ Kendigelen “bunlar şahıs şirketi olduğu için oy hakkını haiz ortak ifadesinin anlamsız olduğunu” vurgulamıştır. Bkz. Kendigelen, s.143.

⁶²⁰ Kaynak Kanunda %90 oranı, sadece zorunlu ayrılma akçesinin kararlaştırılması durumunda aranmaktadır. Bkz. Göktürk s.645, Dipnot. 41. Göktürk tespitinde haklıdır. Öte yandan, Kaynak Kanunda şahıs şirketine oybirliğine ilişkin bir düzenleme yoktur.

⁶²¹ Aynı görüş için bkz. Kendigelen, s.144.

172 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

önce kararı onaylayan şirketlerce ticaret siciline başvuru yapmanın bir anlamı olmayacaktır⁶²².

Kanun koyucu, tescil için bir süre öngörmemekle birlikte “ karar alınıp alınmaz” başvurunun yapılmasını zorunlu tutmuştur (m.152/1). Öte yandan devralan şirketin, birleşmenin “gereği olarak” sermayesini artırması durumunda buna ilişkin sözleşme değişikliği de ticaret siciline tescil edilmelidir (m.152/2). Esasen sermaye artırımı kararı ve birleşme kararı sicile eşzamanlı olarak tescil edilmelidir (TSY m.127/5). Birleşme anı, sözleşmenin tescil edildiği andır⁶²³. Birleşme kararının ticaret siciline tesciliyle birlikte devrolunan şirket infisah eder (m.152/3). Birleşme kararı, TTSG’de ilan olunur (m.154/1).

Devralma yoluyla birleşmede, birleşme sözleşmesi, hem devralan hem de devrolunan şirket tarafından ticaret siciline tescil ettirilmelidir. Nitekim TTK m.152/1’de “Birleşmeye katılan şirketler tarafından birleşme kararı alınır alınmaz, yönetim organları, birleşmenin tescili için ticaret siciline başvurur” denilmiştir. Dolayısıyla hem devralan hem de devrolunan şirketlerin GK tarihleri ve tescil zamanı birbirine mümkün olduğunca yakın olmalıdır. Ticaret Sicil Yönetmeliği m.127’de, önce devrolunan şirketin sözleşmeyi tescil ettirmesi gerektiği, devrolunan şirket tescil ettirmeden devralan şirketin tescil ettiremeyeceği yazılmıştır.

Kanundaki düzenlemede (m.153/1) “Birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır” ifadesine yer verilmiştir. Ancak burada, birleşme sözleşmesinin hangi şirketin tescili ile geçerlilik kazanacağı konusunda bir açıklık yoktur. Aynı fıkrada, “Tescil anında devrolunan şirketin bütünü aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer” ifadesi de mevcuttur. Devrolunan şirket tarafından ticaret siciline yapılan tescil kurucu etkiye sahiptir. Çünkü bu tescil ile birlikte devrolunan şirketin malvarlığı devralan şirkete geçmekte ve devrolunan şirket ticaret sicilinden silinmektedir. Burada devrolunan şirketin tüm aktif ve pasifleri, birleşme bilançosunda yer almamış olsa bile kendiliğinden devralan şirkete geçer⁶²⁴.

Ancak kanaatimce bu düzenleme isabetli değildir. Burada, öncelikle devralan şirketin birleşme sözleşmesini ticaret siciline tescil ettirmesi gerekir. Devrolunan şirketin birleşme sözleşmesini tescil ettirdiğini buna karşın dev-

⁶²² Göktürk, s.651, Pulaşlı, C.I. s.158 (Şerh).

⁶²³ Tekinalp, s.646 (Yeni Hukuk)

⁶²⁴ Pulaşlı, C.I. s.160 (Şerh).

ralan şirketin birleşme sözleşmesini ticaret siciline tescil ettirmedeğini farz ettiğimizde, bu durumda devrolunan şirketin malvarlığı başkaca bir işleme tabi olmaksızın devralan şirkete geçmiş olacak ancak devralan şirket tescil ettirmedeği için birleşme işlemi sakatlanmış olacaktır. Bu bakımdan en azından Yönetmelikte olması gereken düzenleme “Önce devralan şirketin birleşme sözleşmesini ticaret siciline tescili gerekir. Sonrasında devrolunan şirketin sözleşmeyi tescili ile malvarlığı kendiliğinden devralan şirkete geçer” şeklinde olmalıdır.

Öbür taraftan, devralan şirketin tescilinin kurucu ya da bildirici mi olduğu konusu tartışmalıdır. Devralan şirket tarafından ticaret siciline yapılan tescil bu noktadan sonra bildirici etkiye sahiptir⁶²⁵. Çünkü devrolunan şirket tarafından sözleşmenin tescili ile birlikte, devrolunan şirket veya yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıkları devralan ya da yeni kurulan şirkete kendiliğinden geçer⁶²⁶.

Burada belirtmemiz gereken bir başka husus, sicil müdürünün, kendisine tescil için sunulan belgeleri inceleme yükümlülüğüdür. Bilindiği gibi, TTK m.32/1 ile ticaret sicil müdürüne, “tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını inceleme yükümlülüğü” tevdi edilmiştir. Bu nedenle, sicil müdür, “genel anlamda”⁶²⁷ belgeleri denetler ve eksiklik var ise geçici tescil söz konusu olur (TTK m.32/4). Bu süreçte belge sahipleri, bu eksikliklerin makul bir süre içinde giderilmesini sağlar.

Birleşme sözleşmesine ilişkin kararın genel kurullarda onayını müteakip, şirket temsilcileri tarafından ticaret siciline sunulacak belgeler Ticaret Sicil Yönetmeliğinin 126 ve 127.maddelerinde düzenlenmiştir. Ticaret Sicil Yönetmeliğinin 126.maddesine göre;

⁶²⁵ Pulaşlı, C.I. s.160 (Şerh).

⁶²⁶ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından, 31.10.2012 tarih ve 28463 sayılı RG’de yayımlanan “Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ’de,

a) Birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi yapı değişiklikleri,

b) Ayni sermaye konulması veya ticari işletmelerin devralınması sonucunda, tapu ve gemi sicili ile fikrî mülkiyete ilişkin sicillerde ve benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların sahipliklerinde meydana gelen değişikliklerin ilgili sicillere bildirilmesi ve sicil kayıtları ile belgelerindeki gerekli değişikliklerin yapılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Tebliğ’in 4.maddesinde “Ticaret şirketlerinin Kanun hükümlerine göre birleşmelerinde devralan şirketin, bölünmelerinde ise bölünen şirket dışındaki bölünmeye katılan diğer şirketlerin kayıtlı olduğu müdürlükler tarafından; devrolunan veya bölünen şirketin malvarlığına dahil olan tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların, devralan şirketlerin adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, birleşme veya bölünme kararının tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere 5 inci maddede düzenlenen hususlar bildirilir” hükmü yer almaktadır.

⁶²⁷ Pulaşlı, c.I, s.159 (Şerh).

174 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

1) Devrolunan şirket aşağıdaki belgelerle birlikte ticaret siciline başvuruda bulunmalıdır:

a. Birleşme sözleşmesinin devralan ve devrolunan şirketlerin genel kurullarınca onaylanmasına ilişkin kararların noter onaylı örnekleri,

b. Birleşme sözleşmesinin bir örneği,

c. Denetime tabi şirketlerde denetçi tarafından, diğer şirketlerde ise yönetim kurulu tarafından onaylanmış son bilanço ve gerektiğinde ara bilanço,

ç. Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olunması halinde bu izin veya uygun görüş yazısı.

2) Devralan şirket birleşmenin tescili için aşağıdaki belgelerle birlikte ticaret siciline başvuruda bulunmalıdır:

a. Birleşme sözleşmesinin devralan ve devrolunan şirketlerin genel kurullarınca onaylanmasına ilişkin kararların noter onaylı örnekleri,

b. Birleşme sözleşmesinin bir örneği,

c. Birleşme sebebiyle yapılacak sermaye artırımının tescili için gerekli belgeler,

ç. Birleşmenin yeni kuruluş şeklinde yapılması halinde yeni şirketin kuruluş belgeleri,

d. Birleşmeye katılan şirketlerden her birinin, sermayelerinin karşılıksız kalıp kalmadığının, şirket özvarlıklarının tespitinin ve şayet devrolunan şirketin tapu, gemi ve mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı malvarlığının bulunması halinde bunların gerçeğe uygun değerlerinin tespitinin yapıldığı yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ya da denetime tabi şirketlerde denetçinin bu tespitlere ilişkin raporu,

e. Devrolunan şirketin tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve haklarının listesini ve bunların kayıtlı olduğu siciller ile söz konusu mal ve hakların ilgili sicillerdeki kayıtlarına ilişkin bilgileri içeren beyan,

f. Denetime tabi şirketlerde denetçi tarafından, diğer şirketlerde ise yönetim kurulu tarafından onaylanmış son bilanço ve gerektiğinde ara bilanço,

g. Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olunması halinde bu izin veya uygun görüş yazısı.

Tescile ilişkin düzenlemede, "devrolunan şirketin birleşme kararını tescil ettirmeden devralan şirketin tescil ettiremeyeceği" hükme bağlanmıştır (m.127/1).

Öte yandan “devrolunan şirketin birleşme kararı tescil edildikten hemen sonra devrolunan şirketin ticaret sicilinin tescili devralan şirketin ticaret siciline bildirilmesi” de zorunlu kılınmıştır (m.127/2).

Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birleşme sözleşmesi ile yeni kurulan şirket eşzamanlı olarak tescil edilmelidir (TSY m.127/5). Böylece, birleşmeye katılan şirketler de eşzamanlı olarak sona ermiş ve bu şirketlerin malvarlıkları tescil ile birlikte yeni şirket tarafından iktisap edilmiş olur. İlanla ilgili olarak, “birleşme kararını tescil eden müdürlüklerin kendilerine verilen ilan metnini, yedişer gün ara ile üç kez sicil gazetesinde ilan edilmesini sağlamaları ve ayrıca ilk ilanların birleşme kararının tesciline ilişkin ilanlarla birlikte aynı sicil gazetesinde yayımlanması” zorunlu tutulmuştur (m.127/7).

XIV. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Birleşme sözleşmesinin geçerli olması için genel kurullarda onaylanması gerekir. Sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması ile GK’da onaylanması arasındaki süreçte sözleşme askıda geçerlidir yani geçerliliği GK’da onaylanmasına bağlıdır⁶²⁸. Henüz genel kurula sunulmayan birleşme sözleşmesinin hukuken bir bağlayıcılığı yoktur. Birleşme sözleşmesi genel kurullarda onaylandıktan sonra, hem devralan hem de devreden şirket tarafından birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili gerekir. Yönetim kurulunca, birleşme sözleşmesine ilişkin kararın tescil edilmemesi, birleşmeye katılan diğer şirket/şirketlerin, sözleşmesinin ifasını talep hakkı verir⁶²⁹. Borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m.125/1 hükmü uyarınca, diğer şirket/şirketlerin, sözleşmeyi tescil ettirmeyen şirketten borcun ifasını talep hakkı vardır.

Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, katılan şirketlerin her biri, birleşme sözleşmesini kendi genel kurullarında onaylatmalıdır. Daha sonra, yeni kurulacak şirketin esas sözleşmesi ve birleşme sözleşmesi ticaret siciline tescil ettirilerek birleşmeye katılan şirketler tasfiyesiz olarak sona ererler ve malvarlıkları, tescili müteakip kendiliğinden yeni kurulan şirkete geçer. Bu birleşme biçiminde de, birleşme sözleşmesi ve yeni şirketin tescil için ticaret siciline başvurulmaması halinde diğer şirketler için ifa talep etme hakkı doğar.

Her iki birleşme türünde de, ifa borcunu yerine getirmeyen şirkete karşı ifa davası açılabilir mi?

⁶²⁸ Pulaşlı, C.I. s.133 (Şerh).

⁶²⁹ Yasaman, s.55.

176 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Hukuken böyle bir davanın açılmasına bir engel yoktur. Dava açılıp mahkemece ifa kararı verildiği takdirde, İİK'nun 30/1 maddesi uyarınca bu ilamın icraya konulması da mümkündür⁶³⁰. Aynı şekilde, icra emrine rağmen sözleşmeyi tescil ettirmeyen şirketin yöneticileri hakkında 3 aya kadar hapisle tazyik olanağı da vardır (İİK m.343). Ancak kanaatimizce, birleşme sözleşmesini tescil ettirmeyen şirket hakkında ifa davası açmak yerine TBK m.125/2 hükmüne göre, borcun ifasından (ve gecikme tazminatı) isteminden vazgeçtiğini bildirerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep edilmeli ya da sözleşmeden dönme seçeneği kullanılmalıdır. Çünkü birleşme sözleşmesinin tescil edilmemesi, ilgili şirketin birleşme konusundaki iradesinin değiştiğini göstermektedir.

XV. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Türk Borçlar Kanununda kesin hükümsüzlük halleri; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık ve imkânsızlık olarak sayılmıştır (m.27/1). Ayrıca, sözleşmenin temel şekli unsurlarındaki eksiklik de (örneğin yazılı yapılmaması) yokluk ile maluliyet sonucu doğurur.

Yokluk veya kesin hükümsüzlük herhangi bir zamanaşımına bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir⁶³¹. Sözleşmenin kurulması sırasında, iradeyi bozucu haller olarak Kanunda gösterilen nedenlerin ortaya çıkması durumunda (yanılma, aldatma ve korkutma TBK m.30-39), sözleşme yapan tarafın, yanılma veya aldatmayı öğrenme ya da korkutmanın etkisi ortadan kalktıktan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi gerekir, aksi halde sözleşmeyi onamış sayılır (TBK m.39).

TTK m.445'de, GK kararlarının iptali düzenlenmiştir. Kanuna, esas sözleşme ve özellikle iyiniyet kurallarına aykırılık hallerinde kararların iptal kurumuna tabi olduğu düzenlenmiştir. Öte yandan TTK m.447'de GK kararlarının hükümsüzlüğü düzenlenmiş ve "özellikle; a) Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, b) Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararları batıl" olduğu belirtilmiştir.

⁶³⁰ Yasaman, s.56.

⁶³¹ Kılıçoğlu, s.87.

Kanun koyucu, birleşme sözleşmesine ilişkin kararı iptali için TTK m.192'de özel bir düzenleme getirmiş ve TTK 134 ila 190.maddelerine aykırılık halinde birleşme kararının iptal edilebileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte, birleşme kararının, TTK m.445 ve 447 hükümlerine göre de iptali veya butlanının tespiti istenebilir. Örneğin birleşme sözleşmesinin iyiniyet kurallarına aykırı hükümler taşıması halinde iptali için mahkemeye başvurulabilir⁶³².

⁶³² Pulaşlı, C.I. s.134 (Şerh).

İKİNCİ KISIM

BİRLEŞMENİN SONUÇLARI

I. DEVROLUNAN YA DA YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞMEDE KATILAN ŞİRKETLERİN İNFİSAHI

Birleşme sözleşmesinin tescili ile birleşme hukuken geçerli hale gelir. Devralma yoluyla birleşmede devroluna şirket, yeni kuruluş yoluyla birleşmede katılan şirketler sona erer ve sicilden silinir.

II. DEVROLUNAN YA DA YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞMEDE KATILAN ŞİRKETLERİN MALVARLIKLARININ KÜLLİ HALEFİYET İLKEŞİNİN GEREĞİ OLARAK DEVRALAN YA DA YENİ KURULAN ŞİRKETE GEÇMESİ

Birleşme sözleşmesinin devrolunan şirket tarafından tescili ile birlikte devrolunan şirketin malvarlığı, aktif ve pasifiyle devralan şirkete geçer. Yeni kuruluş yoluyla birleşmede de birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıkları, birleşme sözleşmesinin ve yeni kurulan şirketin tescili ile birlikte yeni kurulan şirkete geçer. Burada belirtilmesi gereken bir başka husus, sadece malvarlığındaki aktif ve pasifler değil aynı zamanda devrolunan şirketin örneğin devam eden bir hukuki uyumsuzluğu mevcut ise, bu durumda devrolunan şirket ortadan kalkmış olduğundan dolayı devralan şirketin aktif veya pasif dava ehliyeti de devralan şirkete geçer.

Bir bütün halinde devrin yani külli halefiyetin hukuki sonuçlarından biri de taraf ehliyetinin devrolunan şirketten devralan şirkete geçmesidir. Devrolunan şirketin derdest davaları mevcut ise, aktif (davacı olma) ve pasif (davalı olma) dava ehliyeti, birleşmenin tescili ile birlikte devralan şirkete geçmektedir.

Son olarak devir ile birlikte, devrolunan şirketin taraf olduğu sözleşmeler de kendiliğinden devralan şirkete geçmektedir. Dolayısıyla devrolunan şirketin sözleşmesel ilişkileri, devralan şirket bünyesinde hiçbir değişikliğe uğramadan devam eder⁶³³.

⁶³³ Vogel/Günter, s.597.

III. DEVROLUNAN YA DA YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞMEDE KATILAN ŞİRKET ORTAKLARININ DEVRALAN YA DA YENİ KURULAN ŞİRKETİN ORTAĞI OLMASI

Birleşmenin hukuki sonuçlarından bir diğeri de, devrolunan ya da yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşmeye katılarak sona eren şirketlerin ortaklarının, yeni oluşumda, kural olarak ortaklık haklarını sürdürmesidir. Bu kuralın tek istisnası olan ayrılık akçesi daha önce incelenmişti. Öte yandan, devralan şirketin kendi adına ve fakat bu şirket hesabına hareket eden kişinin elinde bulunan paylar için ortaklık hakkı doğmaz (m.154/2 c.2.)⁶³⁴.

IV. BİRLEŞMEDE SEÇİMLİK YA DA ZORUNLU AYRILMA AKÇESİNİN ÖNGÖRÜLMESİ HALİNDE AYRILMA AKÇESİNİ ALAN ORTAKLARIN ŞİRKETTEN AYRILMALARI

Birleşmenin bir diğer sonucu, birleşme sözleşmesinin ayrılık akçesini öngörmesi halinde, devrolunan şirkette ya da yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşme sözleşmesine olumsuz oy veren ortakların, ayrılma akçesini alarak ortaklıktan ayrılmalarıdır.

V. İNFİSAH EDEN ŞİRKETLERİN ALACAKLILARININ DEVRALAN YA DA YENİ KURULAN ŞİRKETTEN ALACAKLARINI TALEP HAKLARININ DOĞMASI

Birleşmeyle birlikte devrolunan ya da katılan şirketlerin alacaklıları, birleşme süreci içinde değil birleşmenin geçerli kazanmasından sonraki üç ay içinde alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler (TTK m.157/1). Gerekçeye göre, alacaklıların korunması meselesinin, birleşmeden sonra ortaya çıkması nedeniyle alacaklılara geçerlilikten itibaren üç ay içinde, alacaklarının güvence altına alınmasını isteme hakkı tanınmıştır. Söz konusu olan, birleşmeden önce doğmuş alacaklardır.

Kanun koyucu, birleşmeye katılan şirketlerin, alacaklılarına, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, yedişer gün aralıklarla üç defa yapacakları ilanla ve ayrıca internet sitelerine konulacak ilanla haklarını bildirmelerini öngörmüştür (TTK m.157/2). Kanunda, ilanın yapılacağı kesin bir tarih öngörülmemiştir. Bununla birlikte, ilanun, incelemeden önceki bir tarihte yapılması daha uygun olacaktır.

⁶³⁴ Aynı husus kaynak Kanun'un 22.maddesinde ve AT 3.Yönergesinin 19.maddesinde düzenlenmiştir. Bkz. Pulaşlı, C.I. s.162 (Şerh).

Son olarak kanun koyucu, diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması hâlinde, yükümlü şirket teminat göstermek yerine borcu ödenebileceğini öngörmüştür (m.157/4).

VI. İNFİSAH EDEN ŞİRKETLERDEKİ ÇALIŞANLARIN KORUNMASI

Birleşme sonucunda infisah eden şirket veya şirketlerin çalışanlarının haklarının korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu çerçevede, TTK m.178'deki düzenleme gereği, bu kişilerin hizmet sözleşmeleri, kendilerinin bir itirazı olmadı takdirde devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülükleriyle birlikte devralana geçer.

VII. ORTAKLARIN KİŞİSEL SORUMLULUKLARININ DEVAMI

Şahıs şirketlerinde ortaklar, şirket borçlarından dolayı ikinci derecede ve kişisel malvarlıklarıyla sorumludurlar. Şirket birleşmelerinde, şahıs şirketlerinin devralınması durumunda, devralınan şirketteki ortakların şirket borçlarından dolayı ikinci derecedeki kişisel sorumluluğu, birleşme kararının ilan tarihinden itibaren üç yıl devam eder. Üç yıllık süre hak düşürücü değil zamanaşımı süresidir. Alacağın ilan tarihinden sonra vadesinin dolması (muaccel olması) durumunda üç yıllık süre vadenin olduğu tarihten itibaren başlar (m.158/2). Öte yandan, ortaklara yöneltilecek istem, üç yıldan daha önce zamanaşımına uğruyor ise bu durumda bahse konu süre geçerlidir.

Devralınan şahıs şirketlerinin ortaklarının sorumluluğu, birleşme kararının ilanından itibaren üç yıl devam etmekle birlikte, söz konusu ortakların ek yükümlülükleri, kişisel taahhütlerinin durumu ne olacaktır? TTK m.158/2'deki düzenleme sadece ortakların şirket borçlarından kaynaklanan ikinci derecedeki sorumluluğunu kapsar. Bu nedenle ortakların ek yükümlülüklerine uygulanamaz. Diğer bir deyişle ortakların kişisel taahhütleri birleşme işleminden etkilenmez.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, üç yıllık sürenin, şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmayacağıdır (m.158/2 son).

Son olarak kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk, izahnamede başka türlü düzenlenmemiş ise itfa tarihine kadar devam eder (m.158/3). Kendigelen'in haklı eleştirilerinden bir diğeri de şahıs

182 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

şirketlerinin ortaklarının sorumluluğuna yönelik bu maddede, şahıs şirketleriyle ilgisi olmayan bir hususun (kamuya arz edilen tahvil ve diğer borç senetleri) düzenlenmiş olmasıdır⁶³⁵.

VIII. YÖNETİM ORGANLARININ DURUMU

Tüzel kişiliğin son bulmasıyla birlikte YK üyeliği de sona erer⁶³⁶. Bir tüzel kişinin YK üyesi olması durumunda da sonuç aynıdır. Bazı yazarlar, birleşmede devrolunan şirkette YK üyesi olan bir ticaret şirketinin üyeliğinin, külli halefi olan devralan şirkete geçtiğinin kabulünün daha isabetli olduğu savunulmaktadır⁶³⁷. Bu düşüncenin gerekçesi ise, şirket ile YK üyeleri arasında vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir ilişki olduğu, devrolunan şirketin taraf olduğu sözleşmelerin devralan şirkette de devam ettiği ilkesidir. Bununla birlikte, YK üyeliği tüzel kişiliğini devamına bağlı olduğu için tüzel kişiliğin sona ermesiyle birlikte sona ermelidir. Devralan şirkette, yeni bir YK seçimi için Kanun'un öngördüğü şartlar içinde olağanüstü GK toplanarak devrolunan şirketteki YK üyelerinin seçilmesini engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır.

IX. DAVA HAKLARI

TTK'da anonim ortaklıkların GK kararları aleyhine yokluk ve butlanın tespiti (m.447) ve iptal (m.445-446) davasının açılması mümkündür⁶³⁸. YK kararları aleyhine ise yokluk ve butlan davası açılabilir (TTK m.391). İstisnai hal-ler dışında YK kararları aleyhine iptal davasının açılması mümkün değildir.

Kanun koyucu, GK kararlarının butlanının tespiti ve iptali davalarından farklı olarak ticaret şirketlerinin yapısal değişiklikleriyle (birleşme, bölünme ve tür değiştirme) ilgili olarak GK kararları aleyhine üç değişik dava çeşidi düzenlenmiştir. Bunlar birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin ortak hükümlerde yer alan "denkleştirme akçesinin belirlenmesi (m.191)", "iptal (m.192)" ve "sorumluluk (m.193)" davalarıdır. Yapısal değişikliklere ilişkin davaların ayrı bir başlık altında düzenlenmesinin temel amacı, bu değişikliklerin, Kanunun öngördüğü biçimde gerçekleşmesini sağlamaktır. Adından da anlaşılacağı gibi yapısal değişiklikler, ticaret şirketlerinin yapısını etkilemekte, Kanuna uygun olarak gerçekleştirilmediği takdirde tafisi zor zararlara yol açmaktadır. Özellikle, birleşme kararının iptalini düzenleyen TTK

⁶³⁵ Bkz. Kendigelen, s.147.

⁶³⁶ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s.467.

⁶³⁷ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s.467.

⁶³⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

m.192 hükmü, “TTK’nun 134 ila 190.maddelerinin ihlali halinde” iptal davası açılabileceğini belirtmektedir. Denkleştirme ve sorumluluk davaları da yapısal değişikliklerle ilgili olarak zarar gören kişilerin zararının tazminini amaçlamaktadır.

1. DENKLEŞTİRMENİN TESPİTİ DAVASI⁶³⁹

1.1. Genel Olarak Davanın Konusu

Birleşme sürecinde, ortaklık ve pay sahipliği haklarının korunabilmesi amacıyla, değişim oranının payların gerçek değerine uygun olarak tespiti, sözleşmede ayrılma akçesinin öngörülmesi halinde ayrılma akçesinin, ortaklık haklarını koruyacak şekilde gerçek değerinden ödenmesi, devralma yoluyla birleşmede devrolunan şirketin pay sahipleri ya da ortaklarına, ortaklık paylarının gerçek değerinin onda birini aşmamak kaydıyla denkleştirme ödenmesinin kararlaştırılabileceği daha önce belirtilmişti. Bahse konu işlemlerin ortak amacı birleşmenin devrolunan şirket ortaklarının olası kayıplarını önlemek ve mümkün olduğunca hakkaniyetli bir birleşme gerçekleştirebilmektir. Bununla birlikte **ortaklar açısından, ortaklık haklarının korunmadığı ya da ayrılık akçesinin hakkaniyete uygun olmadığı tespitinde mahkemece hakkaniyete uygun bir denkleştirme akçesinin tespiti için dava yolu öngörülmüştür.** TTK m.191/1 uyarınca⁶⁴⁰; *Birleşmede, bölünmede ve tür değiştirmede ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde, her ortak, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde, söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merke-*

⁶³⁹ Tekinalp, Kendigelen ve Ağaoğlu bu davayı “denkleştirme davası” olarak tanımlamıştır. Bkz Tekinalp, s.356 (Yeni Hukuk), Kendigelen, s.168, Ağaoğlu, s.227.

⁶⁴⁰ Kaynak Kanununun 9. Bölümünde, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin ortak hükümlere yer verilmiştir. 105.maddesinde “Pay sahipliği veya Ortaklık Haklarının Gözden Geçirilmesi” başlığı altında,

1) Bir birleşme, bölünme veya tür değiştirme işleminde, pay sahipliği veya ortaklık haklarının yeterince korunmaması ya da belirlenen ayrılma akçesinin makul olmaması halinde, birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararının ilanından itibaren iki ay içinde her ortak, mahkemeden makul ayrılma akçesinin tespitine ilişkin talepte bulunabilir.

2) Mahkeme kararı, davacı ile aynı hukuki durumda olmaları şartıyla tüm ortaklar için bağlayıcıdır.

3) Dava masrafları devralan şirket tarafından karşılanır. Özel şartların haklı kılması halinde mahkeme, dava masraflarının tümünün ya da bir kısmının davacı tarafından ödenmesine karar verebilir.

4) Pay sahipliği veya ortaklık haklarının korunmasının gözden geçirilmesi davası, birleşme, bölünme veya tür değiştirme davasının hukuki geçerliliğini etkilemez.

184 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

zinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilir. Denkleştirme akçesinin belirlenmesinde 140 ıncı maddenin ikinci fıkrası uygulanmaz.

Pulaşlı, denkleştirme akçesi davasının iki temel ilkesi olduğunu, bunlardan birincisinin pay ve ortaklık haklarının korunması, diğerinin ise eşit değerlik olduğunu belirtmiştir⁶⁴¹. Gerçekten de denkleştirme akçesinin davası, esas olarak birleşme işlemi sonucunda belirlenen pay ve ortaklık haklarının incelenmesini ve sonuçta bir hak kaybının tespiti halinde yeniden değerlendirme yapılmasını amaçlar.

Maddede düzenlenen “denkleştirme akçesi” davası, devrolunan ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşmede katılan şirketlerin ortaklarına ait bir dava hakkıdır. Dava, birleşme kararının TTSG’de ilanından itibaren iki ay içinde açılmalıdır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir. Dava, birleşme işlemine katılan şirketlerden herhangi birinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılabilir.

1.2. Davanın Niteliği

Dava, ilk bakışta bir tespit davası gibi görünse de aslında davacı, mahkemeden taraflarca belirlenen ortaklık hakları veya paylarının gereğince korunmadığının ya da ayrılma akçesinin uygun olmadığını tespitini ve aslında bu durumun düzeltilmesini sağlayıcı bir karar alınmasını talep eder. Dolayısıyla mahkeme önce bir tespit yapmak durumundadır. Örneğin, davacı, değişim oranının doğru olmadığını ileri sürmüştü, mahkemece atanacak bir bilirkişi vasıtasıyla değişim oranı gözden geçirilmelidir. Değişim oranı, sadece basit bir matematiksel formül ile belirlenebilecek bir oran değildir. Tarafların yönetim organları, şirketlerin yeniden değerlendirme yapılar hazırlanan bilançolarını esas alarak bir oran belirlemişlerdir. Konu bilirkişiye intikal ettiğinde, belirlenen değişim oranının birleşme sözleşmesindeki gerekçesi anlaşılabilir olmalıdır. Bilirkişi, değişim oranını etkileyen ve belirleyen unsurları gözden geçirip bir hesap hatası olduğunu tespit ettiğinde mahkeme, değişim oranının uygun olmadığı sonucuna varabilir. Ancak dava sadece bir tespit davası değildir. Bu tespitten ardından yapılması gereken bir başka inceleme doğru değişim oranının belirlenmesine yönelik olmalıdır.

Değişim oranının yeniden belirlenmesi, birleşme sözleşmesinin en azından “değişim oranı”, “sermaye artırım” “denkleştirme akçesi” “ayrılma ak-

⁶⁴¹ Pulaşlı, C.I. s.262 (Şerh).

çesi" gibi birçok maddesinin değişmesine de yol açar. Bu da "birleşme kararının" iptaline kadar giden karmaşık bir süreçtir. Dolayısıyla, Tekinalp'in çok doğru biçimde ortaya koyduğu bir yaklaşımla, denkleştirme akçesinin tespiti, sadece bir basit tespit davası değildir⁶⁴². Aşağıda detaylı biçimde görülecek iptal davası ve denkleştirme davası birbiriyle bağlantılı iki dava türüdür.

Denkleştirme davası, yine asliye ticaret mahkemesinde bir tespit davası olarak açılmalı (m.191/4'de "*ortaklık paylarının veya ortaklık haklarının korunmasını inceleme davası*" şeklinde ifade edilmiştir") ve mahkemede, birleşme işleminde devralınan ya da birleşmeye katılan dolayısıyla ortaklık ya da pay sahipliği haklarının zarar gördüğü ya da ayrılma akçesinin belirlenmesinde gerçek değerinin göz önüne alınmadığı hususu ispatlanmalıdır.

TTK m.192/4'de "*Ortaklık paylarının veya ortaklık haklarının korunmasını inceleme davası birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemez*" hükmüne yer verilmiştir. Şüphesiz ki dava, bir iptal davası değildir. Dolayısıyla mahkemede ele alınacak husus, ortakların haklarının zarar gördüğü kanaatine varıldığında zarar miktarına uygun bir denkleştirme akçesi ödenmesine karar verilmesidir. Ancak denkleştirme akçesi ödenmesine karar verilmesi, aynı zamanda değişim oranının (doğrusu ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış) ya da ayrılma akçesinin yanlış hesaplandığını da ortaya koymaktadır. Hem değişim oranı hem de ayrılma akçesi birleşme sözleşmesinin zorunlu bir unsur olduğuna göre bu konulardaki değişiklikler esasen birleşme sözleşmesinin geçerliliğini doğrudan etkilemekle birlikte birleşme sözleşmesinin de iptali istemi denkleştirme akçesi davasıyla birlikte açılmalıdır.

TTK m.140/2'e göre "Ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebileceği" düzenlenmiştir. Söz konusu maddede söz edilen "ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmama" halinin, denkleştirme akçesinin tespiti davasında bir ölçüt olarak alınmayacağı hükme bağlanmıştır⁶⁴³. Gerçekten de m.140/2 hükmü, değişim oranının belirlenmesinde, küsurlu rakamları mümkün olduğunca atılması karşılığında ortaya çıkabilecek kayıpları önlemek ve hakkaniyeti sağlamak için şirket ortaklarına pay başına nakden verilebilecek bir tutarı ifade ederken, m.191/1'de düzenlenen "denkleştirme akçesinin tespiti davasında" ortaklık haklarının zarara uğraması ya da

⁶⁴² Tekinalp, s.357 vd. (Yeni Hukuk).

⁶⁴³ Pulaşlı, C.I. s.263 (Şerh).

186 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ayrılma akçesinin uygun olmaması durumunda bu zararın karşılık gelen bir denkleştirme akçesinin saptanması talep edilmektedir.

TTK m.191/1 hükmünde, birleşme sürecinde m.140/2 uyarınca belirlenecek denkleştirme akçesinin ilgili ortaklar tarafından uygun bulunmaması halinde bu miktarın yeniden tespitine ilişkin bir talep hakkından söz edilmiştir. Kanaatimizce, m.191/1 hükmü numerus clauses ilkesine tabi olmayıp, birleşme sürecinde ortakların haklarının korunması bağlamında her türlü hak kaybından dolayı dava hakkı tanımaktadır.

1.3. Davacı ve Davalılar

Birleşmeye katılan tüm şirketlerin ortakları (ayrılma akçesi alıp ayrılacak ortaklar da dâhil olmak üzere) davacı olabilir. Madde hükmünde, ortakların “birleşme kararına olumsuz oy vermeleri ve tutanağa geçirtmeleri” şeklinde bir ifade yazılı değildir (İptal davasıyla ilgili m.192/1 hükmünde bu ibare mevcuttur). Tekinalp, denkleştirme davasında da aynı şartın geçerli olduğunu, karara olumlu oy veren ortağın sonradan o karara karşı dava açmasının hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacağını ileri sürmüştür⁶⁴⁴. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Denkleştirme davası, devralan veya yeni kurulan şirkete karşı açılır. Dava konusu menfaat kaybı, devralan veya yeni kurulan şirket bünyesinde varlığını sürdürmektedir. Öte yandan devrolunan şirket veya yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birleşmeye katılan şirketler infisah edeceğinden onlara karşı dava açılması mümkün değildir⁶⁴⁵.

1.4. Denkleştirme Davasının Tüm Ortaklar Hakkında Hüküm Doğurması

TTK m.191/2 hükmüne göre “*Davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları hâlinde, mahkeme kararı, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğurur*”.

TTK m.191/2 hükmü, davanın yenilik doğurucu bir dava (inşai dava) olduğunu göstermektedir⁶⁴⁶. Kural olarak yenilik doğurucu haklar mahkeme

⁶⁴⁴ Tekinalp, s.359 (Yeni Hukuk).

⁶⁴⁵ Tekinalp, S.359 (Yeni Ortaklık).

⁶⁴⁶ Yenilik doğurucu dava (inşai dava) HMK m.108’de düzenlenen bir dava türüdür. Bu hükme göre, “bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu hallerde açılan davaya yenilik doğurucu dava denir” Bkz. Pekantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 13.Bası, Ankara, 2012, s.396. Pulaşlı bu davayı “bir yeniden yapılandırma davası” olarak adlandırmıştır. Bkz. Pulaşlı, C.I.s.263 (Şerh).

dışı beyanlarla kullanılır⁶⁴⁷. Ancak burada davacı tarafın tek taraflı irade beyanı ile birleşme sözleşmesinde belirlenen değişim oranı ve ayrılma akçesinin kendi haklarını ihlal ettiğini düşünerek değiştirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu talebini mahkemeye yöneltmelidir.

İnşai davalara ticaret hukukunda, ortaklığın feshi, genel kurul kararlarının iptali örnek olarak verilebilir⁶⁴⁸. İnşai davalarda verilen hükümler de inşai etkilidir⁶⁴⁹. Öte yandan bu hükümler inter omnes etkilidir yani üçüncü tarafı da etkiler⁶⁵⁰. Maddenin ifadesini bulmuş şeklinde de, mahkemeden bir inceleme ve tespit yapılması istenmekle birlikte sonuçta mahkeme bir hak kaybı olduğuna karar verdiği durumda bu hükümden tüm pay sahipleri yararlanacaktır. Bu da davanın bir inşai dava olduğunu göstermektedir⁶⁵¹. Pulaşlı bu durumu bir “class action” olarak ifade etmiştir⁶⁵².

1.5. Denkleştirme Davasının Giderlerinin Devralan Şirkete Ait Olması

TTK m.191/3 hükmüne göre “davanın giderleri devralan şirkete aittir. Özel durumların haklı göstermesi hâlinde, mahkeme giderleri kısmen veya tamamen davacıya yükletilebilir”.

Kanun hükmünde “devralan ortaklık” denilmekle birlikte şüphesiz ki yeni kuruluş yoluyla birleşmede dava masrafları yeni kurulan şirkete ait olacaktır. Yani hüküm gereğince dava giderlerini davalı ödeyecektir⁶⁵³. Bu kuralın istisnası yine aynı fıkrada düzenlenmiş ve özel durumların haklı göstermesi halinde dava giderlerinin kısmen ya da tamamen davacıya yükletilebileceği belirtilmiştir. Bahse konu özel durumlara örnek olarak davanın kötüniyetle açılması gösterilebilir. Davanın kaybedilmesi halinde doğal olarak davacının masraflara katlanması gerekecektir.

⁶⁴⁷ Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012, s.381, Önen, Ergun: İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, No:1, Ankara, 1981, s.8.

⁶⁴⁸ Önen, s.115 vd.

⁶⁴⁹ Önen, s.182.

⁶⁵⁰ Önen, s.187.

⁶⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.398.

⁶⁵² Pulaşlı, C.I, s.263 (Şerh).

⁶⁵³ Tekinalp, s.360 (Yeni Hukuk), Gereğe’de, ortağın dava giderlerini karşılayamama gibi bir endişeyle hakkını aramaktan vazgeçmesi engellenmek istenmiştir.

2. İPTAL DAVASI

2.1. Genel Olarak İptal Davası

Anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptali müessesesi, eski TTK'nun 381 ila 384.maddeleri arasında, yeni TTK'da ise 445 ila 451.maddelerinde düzenlenmiştir. Limited şirketlerde genel kurul kararlarının iptaliyle ilgili olarak *“anonim şirketlerde genel kurul kararlarının butlan ve iptaline ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla limited şirketlere uygulanacağı”* belirtilmiştir (TTK m.622).

İptal gerekçeleri eski Kanundan aynen alınmıştır. Buna göre Genel kurul kararları aleyhine:

1. Kanun veya sözleşme hükümlerine aykırılık,
2. Özellikle dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde iptal davası açılabilir (TTK m.445/1).

Eski Kanunla yeni Kanun arasında iptal gerekçeleri bakımından bir fark olmamakla birlikte, genel düzenlemede Tekinalp'in vurguladığı çok önemli bir farklılık mevcuttur (Etki kuralı)⁶⁵⁴. Buna göre, yeni düzenlemede, pay sahibinin ileri sürdüğü iptal nedeni GK kararının alınmasında etkili değilse sebep kanuna aykırı olsa bile iptal edilemez. Bu değişiklikte davacının, iptale gerekçesinin, kararın alınmasına etkili olduğunu kanıtlaması gerekecektir aksi halde dava reddedilecektir.

İptal davasının gerekçeleri sınırlı sayı kuralına tabi değildir. Nitekim kanun koyucu *“özellikle”* demek suretiyle bunların dışında da iptal davası gerekçesi olabileceğine işaret etmiştir. Burada, kanuna aykırılık, kanunun *“emredici hükümlerine aykırılık”* olarak değil genel olarak *“kanunun yedek ve yorumlayıcı hükümleriyle nispi emredici hükümlerine sürekli olmayan aykırılık”* olarak düşünülmelidir. Emredici hükümlere aykırılık, kurucu-şekli hükümlere aykırılık ise yokluk, mutlak emredici hükümlere aykırılık ise geçersizlik (butlan) yaptırımına tabidir⁶⁵⁵.

İptal davası karar tarihinden itibaren üç ay içinde açılmalıdır. Bu hak düşürücü süredir ve bu süre içinde dava açılmazsa ya da açılan dava kesin hükümler reddedilirse artık iptal edilebilirlik ileri sürülemez. İptal davası

⁶⁵⁴ Tekinalp, s.227 (Yeni Ortaklık), s.350 (Yeni Hukuk)

⁶⁵⁵ Moroğlu, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.198.

“genel kurul kararının geçersiz olduğunun hükme bağlanması davası olduğundan dolayı yenilik doğurucu bir eda davasıdır”⁶⁵⁶. İptal kararı kabul edilip kesinleşirse geçmişe etkili olarak hüküm doğurur.

2.2. Birleşme Kararının İptali Davası

2.2.1. Özel Düzenleme

Yeni TTK’da ticaret şirketlerinde yapısal değişikliklerin iptaline ilişkin olarak, eski Kanunda yer almayan özel bir düzenleme mevcuttur⁶⁵⁷. TTK m.192’de “134 ilâ 190 ncı maddelerin ihlali hâlinde, birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş bulunan birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin ortaklarının; bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde iptal davası açabilecekleri” hükme bağlanmıştır⁶⁵⁸. İlanın gerekmediği hallerde iki aylık süre kararın tescili tarihinden başlar. Buradaki düzenleme özel bir düzenleme olup, diğer GK kararlarına iptaline göre farklı kurallar getirmiştir. Örneğin, GK kararlarının iptali davasında dava açma süresi karar tarihinden itibaren üç ay iken birleşme (ve diğer yapısal değişikliklerle ilgili) kararının iptaline ilişkin dava süresi, kararın TTSG’de ilanından itibaren iki ay olarak belirlenmiştir. Hem süre hem de sürenin başlangıcı konusundaki farklılığın anlamlı olduğu söylenemez⁶⁵⁹.

TTK m.192 çerçevesinde iptal davası açmak için birleşme kararının mutlak kanuna aykırı olması gerekmektedir⁶⁶⁰. Diğer bir deyişle birleşme kararı kanuna uygun bile olsa süreç içinde bazı hususlar yerine getirilmemiş ise iptal davası açılması mümkündür⁶⁶¹. Öte yandan, düzenlemede yer alan “134 ila 190. maddelerin ihlali” ibaresi, yapısal değişikliğe ilişkin iptal davasının sadece bu maddelerde yer alan hükümlerin ihlali halinde dava açılabileceğini, diğer gerekçelerle açılmayacağını ifade etmektedir. Yani TTK m.445’de yer alan gerekçelere dayanılarak (kanuna veya esas sözleşmeye ve özellikle iyiniyet kurallarına aykırılık) m.192/1 hükmü çerçevesinde iptal davası açılması mümkün değildir. Eğer söz konusu gerekçelerle dava açılması isteniyorsa bu durumda TTK m.445-446 hükümlerine göre dava açılması için bir engel mevcut değildir⁶⁶².

⁶⁵⁶ Moroğlu, s.219.

⁶⁵⁷ Tekinalp, s.234 (Yeni Ortaklık), s.349 (Yeni Hukuk).

⁶⁵⁸ Mezkûr madde, kaynak Kanun 106-107.m.den aynen alınmıştır.

⁶⁵⁹ Kendigelen de bu farkın anlamsız olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. s.172.

⁶⁶⁰ Tekinalp, s.235 (Yeni Ortaklık), s.350 (Yeni Hukuk).

⁶⁶¹ Tekinalp, s.236 (Yeni Ortaklık), s.351 (Yeni Hukuk).

⁶⁶² Tekinalp, s.350 (Yeni Hukuk).

190 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Son olarak iptal davası, sadece anonim şirketlerin değil tüm ticaret şirketlerinin birleşmeye ilişkin kararlarının iptalini düzenlemektedir⁶⁶³. Bu nedenle özel bir niteliği vardır⁶⁶⁴.

2.2.2. Şartları

İptal davasının şartları şöyle sıralanabilir:

1. TTK m.134 ila 190 hükümleri ihlal edilmiş olmalıdır.
2. Davayı sadece birleşmeye katılan şirketlerin ortakları dava açabilir.
3. Ortakların dava açabilmeleri için birleşme kararına olumsuz oy vermiş olmaları ve tutanağa geçirmiş olmaları gerekir.

2.2.3. İstisnai Bir Hal: Kararın Yönetim Organı Tarafından Verilmesi Halinde de İptal Davası Açılabilmesi

TTK m.392/2 hükmüne göre “kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi halinde de iptal davası açılabilir”.

Şirketler hukukunda, yönetim organlarının kararları butlan (ve yokluk) yaptırımına tabidir (TTK m.391, limited şirketlerde m.644/1 c ile m.391’e atıf yapılmıştır). Yönetim organlarının kararlarının iptali edilebilirliği konusunda pozitif bir düzenleme olmamakla birlikte kural olarak iptalinin talep edilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁶⁵. Kanun koyucu bu konuda bilinçli olarak bir hüküm getirmemiştir⁶⁶⁶. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Bununla birlikte, çok istisnai ve özel olarak düzenlenen hallerde yönetim kararlarının aleyhine iptal davası da açılabilir⁶⁶⁷. TTK m.192/2 de bu istisnalar arasındadır⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Tekinalp, s.349 (Yeni Hukuk).

⁶⁶⁴ Tekinalp, bu davayı özel yani “lex specialist” bir dava olarak nitelemiştir. Bkz. Tekinalp, s.350 (Yeni Hukuk).

⁶⁶⁵ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s.522.

⁶⁶⁶ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s.523.

⁶⁶⁷ Turanlı, Hüsnü: Yeni TTK Işığında Anonim Şirketlerde Yönetim Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, Sayı 1-2, s.953 vd. (Hükümsüzlük), Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s.522.

⁶⁶⁸ YK kararlarının iptaline ilişkin diğer istisnai haller, TTK m.460/5, SPKa m.18/6 ve m.93, KoopK m.16’da düzenlenmiştir. Bkz. Turanlı, s.956 (Hükümsüzlük), Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat) s.522.

2.2.4. Dava Açma Süresi

Anonim şirketlerde kural olarak, genel kurul kararlarının iptali davası için TTK m.446'da karar tarihinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre öngörülmesi iken birleşme kararlarının iptali davası için bu süre kararın TTSG'de ilanından itibaren iki ay olarak belirlenmiştir (m.192/1).

Normal şartlarda, sürenin başlangıç tarihi kararın TTSG'de ilanı olarak düzenlenmekle birlikte, TTK m.192/1'in son cümlesine göre "*İlanın gerekmediği hâllerde süre tescil tarihinden başlar*". Burada kast edilen husus, TTK m.156/1 ve 2.fıkrasında öngörülen hallerdir. Gerçekten de kolaylaştırılmış birleşmede, birleşme sözleşmesinin GK'a onaylanması zorunlu tutulmamıştır (m.156/1,2). Bu durumda, GK kararı olmadan (dolayısıyla ilan edilecek bir karar da olmayacaktır) doğrudan doğruya sözleşmenin tescili ile birleşme hükmü doğuracaktır⁶⁶⁹.

2.2.5. Davacı ve Davalılar

Birleşme kararının iptali davasının davacıları, birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarıdır⁶⁷⁰. Davacı ortak, davalı şirketin GK toplantısında birleşme kararına olumsuz oy vermiş ve bunu tutanağa geçirmiş olmalıdır⁶⁷¹ (Düzenlemede "olumlu oy vermemiş ve bunun tutanağa geçirtmiş olmalıdır" şeklinde ifade edilmiştir). Tekinalp, "iradesi ifsat edilerek olumlu oy veren ortaklarında iptal davası açabileceğini" ileri sürmüştür⁶⁷². Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Davalı, birleşme kararını alan ticaret şirkettir. Devralma yoluyla birleşmede devrolunan ortaklığın, yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşmeye katılan şirketlerin, birleşmenin tescili ile sona ermesi nedeniyle dava, devralan⁶⁷³ ya da yeni kurulan şirkete karşı açılır. Birleşme kararının yönetim organı tarafından verilmesi halinde iptal davasının açılabilmesi için davacı ortağın olumsuz oy vermesi şartı aranmaz. Çünkü ortağın YK kararına itiraz olanağı yoktur⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ Tekinalp, s.236-237 (Yeni Ortaklık), s.351 (Yeni Hukuk).

⁶⁷⁰ Kunz, birleşmede devrolunan şirket ortaklarını "potansiyel davacı" olarak nitelemiştir. Bkz s.106.

⁶⁷¹ Tekinalp, s.237 (Yeni Ortaklık), s.351 (Yeni Hukuk).

⁶⁷² Tekinalp, s.237 (Yeni Ortaklık), s.352 (Yeni Hukuk).

⁶⁷³ Tekinalp, s.237 (Yeni Ortaklık), s.351 (Yeni Hukuk).

⁶⁷⁴ Tekinalp, s.237 (Yeni Ortaklık), s.352 (Yeni Hukuk).

2.2.6. Eksikliklerin Giderilmesi İçin Süre Verilmesi

TTK m.192/3 hükmüne göre “Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin işlemlerde herhangi bir eksikliğin varlığı hâlinde, mahkeme taraflara bunun giderilmesi için süre verir. Hukuki sakatlık, verilen süre içinde giderilemiyorsa veya giderilememişse mahkeme kararı iptal eder ve gerekli önlemleri alır”.

İptal davasının açılmasından sonra mahkeme öncelikle, davanın, TTK m.134-190.maddelerinde öngörülen işlemlerden birinin eksikliğine dayanması halinde eksikliğin giderilmesi için davalı tarafa (hükümde “taraflara” denilmiştir) bunun giderilmesi için bir süre vermelidir. Kanunda sürenin ne kadar olacağı belirtilmemekle birlikte, eksikliğin niteliğine bağlı olarak makul süre verilmesi gerekmektedir. Mahkemece verilen süre içinde eksiklik giderilememişse bu durumda birleşme kararı iptal edilir ve gerekli önlemler alınır. Burada söz edilen önlemler genel iptal davasında öngörülmemiştir. Çünkü birleşme kararı, birleşmeye katılan tüm şirketleri, ortakları, alacaklıları ve menfaati olan diğer kişileri etkileyen çok yönlü bir karardır⁶⁷⁵.

3. SORUMLULUK DAVASI

3.1. Genel Olarak Hukuki ve Cezai Sorumluluk

Şirketler hukukunda sorumluluk, anonim şirket hükümlerini düzenleyen Dördüncü Kısım 11.Bölümde “Hukuki Sorumluluk” başlığı altında 549 ila 561.maddeler arasında⁶⁷⁶ ve 12.Bölümde “Cezai Sorumluluk” başlığı altında 562.maddede düzenlenmiştir. Hukuki sorumluluk çerçevesinde, 549 ila 552.maddelerde düzenlenen sorumluluk halleri özel sorumluluk halleridir⁶⁷⁷. TTK m.549 “Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur” şeklinde düzenlenmiştir. Burada sadece kuruluş aşamasında değil aynı zamanda sermaye artırımı veya azaltımı ile yapısal değişikliklere ilişkin işlemlerde gerçeğe aykırı bilgi ve belge düzenleyenler ve kusurlu olmaları kaydıyla bunlara katılanlar, ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmuştur. TTK m.550’de “sermaye hakkında yanlış beyanda bulunanların sorumluluğu, m.551’de “Aynı sermayenin veya

⁶⁷⁵ Tekinalp, s.238 (Yeni Ortaklık), s. 352 (Yeni Hukuk).

⁶⁷⁶ İsv. BK’da, AŞ’lerde hukuki sorumluluk m.752-760 arasında düzenlenmiştir.

⁶⁷⁷ Pulaşlı, C.II. s.1851 vd. (Şerh).

devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde yolsuzluk yapanların, doğan zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir. TTK m.552’de ise “SPK hükümleri saklı tutularak halktan para toplanması” yasaklanmıştır. Öte yandan 553.maddede kurucuların, YK üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu, 554.maddede ise denetçinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

3.2. Yapısal Değişikliklerle İlgili Özel Sorumluluk

Yukarıda bahsedilen sorumluluk hallerinden ayrı olarak, TTK’nun 193.maddesinde⁶⁷⁸, ticaret şirketlerinin yapısal değişikliklerinde, bu işlemlere katılan kişilerin kendi kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı özel bir sorumluluk hali düzenlenmiştir⁶⁷⁹. Buna göre, “*Birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Kurucuların sorumlulukları saklıdır*”. (TTK m.193/1)⁶⁸⁰.

Kanun koyucu, genel sorumluluk hallerinden ayrı olarak, yapısal değişikliklerle ilgili olarak, sadece birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri neticesinde, işleme katılan kişilerin, şirketlere, bu şirketlerin ortaklarına ve alacaklılarına verdikleri zararın giderimi amacıyla özel bir hüküm koymuştur. Düzenlemede, sorumluluk hali için temel olarak dört şart öngörülmüştür. Bunlar, **i)** Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış olmak **ii)** Kusurlu bir davranış **iii)** Uygun illiyet (nedensellik bağı) ve **iv)** Zarar olarak sıralanabilir. Kusuru ispat yükümlülüğü davacıdadır.

Görüldüğü gibi burada düzenlenen sorumluluk, haksız fiil sorumluluğudur⁶⁸¹. Düzenlemede özel bir sorumluluk hali öngörülmüştür⁶⁸².

TTK m.553’de öngörülen genel sorumluluk halinde “*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar*” hükmü ile TTK m.193 hükmünün ayrıldığı noktalar şöyle sıralanabilir:

⁶⁷⁸ Kaynak Kanunda sorumluluk 108.maddede düzenlenmiştir.

⁶⁷⁹ Tekinalp, s.238 (Yeni Ortaklık), s.353 (Yeni Hukuk), Pulaşlı, C.I. s.265 (Şerh).

⁶⁸⁰ Kaynak Kanunda sorumluluk davası 108.maddede düzenlenmiştir. Burada sorumluluğun doğması için “kasten veya ihmal sonucu şirketlere, ortaklara ve alacaklılara zarar verilmesi ” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

⁶⁸¹ Kaynak Kanun m.108’deki düzenleme de bir haksız fiil sorumluluğu şeklindedir. Bkz. Juchli, , s.XXXVIII.

⁶⁸² Juchli, s.5.

194 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

1) TTK m.553'de sorumlu kişiler bakımından sınırlama getirilerek "kurucu, YK üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" sayılmış, TTK m.193'de bir sınırlama getirilmemiştir⁶⁸³. Bu bağlamda, işlemlere herhangi bir aşamada, herhangi bir şekilde katılan herkes, başta yönetim kurulu ve yöneticiler, birleşme görüşmeleri için görevlendirilen kişiler, bunların atadıkları uzman kişiler, belirli bir amaçla görevlendirilen kişiler de kusurlu olmaları şartıyla sorumlu tutulabilirler. Örneğin, devrolunan şirketin değerlemesi aşamasında görev alan mali uzmanlar, şirketin hukuki uyumsuzluklarını inceleyen hukukçular, birleşme bilançosu ve ara bilançonun hazırlanmasında yaşayan değeri esas almayan mali uzmanlar, birleşmenin stratejik amaçlarını doğru hesaplayamayan, değişim oranının ve ayrılık akçesinin hesaplanmasında gerekli özeni göstermeyen yöneticiler, bu madde kapsamında sorumlu olurlar.

2) TTK m.553'de sorumluluk sebepleri açısından "kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali" halinde sorumlu oldukları belirtilmiş, TTK m.193'de ise "bu işlemlere herhangi bir şekilde katılmış olmak" yeterli görülmüştür. Buradaki sorumluluk sebepleri TTK m.553'den daha dar kapsamlıdır. TTK m.193'deki düzenlemenin amacı, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin m.134-190 hükümlerinin öngördüğü şekilde gerçekleşmesinin sağlanmasıdır⁶⁸⁴. Özellikle, ortakların ve alacaklıların haklarının korunması gibi maddi hukuka ilişkin konular ve birleşme sözleşmesinin usulüne uygun hazırlanması, onaylanması vb. usul hukukuna ilişkin konular, söz konusu maddelerde öngörüldüğü şekilde yerine getirilmelidir.

TTK'nun ilk kabul edildiği şekilde, 193.maddenin 2. fıkrasında "işlem denetçinin" sorumluluğu düzenlenmişti. 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçiliğinin kaldırılması nedeniyle 193/2 fıkra da yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanun koyucu, aynı düzenlemede TTK'nun bazı hükümlerini saklı tutmuştur. Bu bağlamda, 193/3'de TTK'nun 202 ilâ 208, 555, 557, 560 ıncı madde hükümleri saklı tutulmuştur. TTK m.202 ila 208 arasında, şirketler topluluğu hukukunda hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisinde özellikle hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk, 555.maddede "şirketin uğradığı zararın tazmini", 557.maddede "teselsül ve başvuru" 560.maddede ise "zamanaşımı" düzenlenmiştir. Ayrıca, aynı düzenlemede "bir sermaye şirketinin veya kooperatifin iflası hâlinde 556 ve 570 inci maddeler ile Kooperatifler Kanununun 98 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanacağı" belirtilmiştir.

⁶⁸³ Juchli, s.56.

⁶⁸⁴ Tekinalp, s.239 (Yeni Ortaklık), s.353 (Yeni Hukuk), Juchli, s.38.

TTK m.193 hükmü, TTK 549-562 hükümlerinin de uygulanmasına engel değildir. Örneğin, birleşme sürecinde hazırlanan belgelerin gerçeğe aykırı olması durumunda TTK m.549 ve m.562 hükümleri uygulanır⁶⁸⁵.

TTK m.193'de "*kurucuların sorumluluğu*" saklı tutulmuştur. Dolayısıyla, kurucuların sorumluluğu için m.553 hükmü uygulanır.

3.3. Davacı ve Davalılar

Sorumluluk davasında davacı taraf, birleşmeye katılan ve zarara uğrayan şirket, katılan şirketlerin ortakları ve alacaklılarıdır. Davalı taraf ise, birleşme sürecinin herhangi bir aşamasında sürece müdahil olmuş kişilerdir. Kaynak Kanunda davalılar için "*görevlerini yapmaları esnasında (Ihrer Pflichten verursachen)*" ibaresi kullanılmış ancak Türkçe metinde bu ibareye yer verilmemiş ve böylece sadece işlerin yapılması değil sürecin her anında verilen zararlardan sorumluluk hali doğmuştur⁶⁸⁶.

3.4. Zamanaşımı

Sorumluluk davasında, TTK m.560'da düzenlenen zamanaşımı hükmü uygulanacaktır. Buna göre, "*Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır*".

⁶⁸⁵ Tekinalp, s.239 (Yeni Ortaklık, s.353 (Yeni Hukuk).

⁶⁸⁶ Tekinalp, s.355 (Yeni Hukuk).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ŞİRKET BİRLEŞMELERİNE İLİŞKİN DİĞER
HUSUSLAR
BİRİNCİ KISIM
SERMAYE ŞİRKETLERİNİN KOLAYLAŞTIRILMIŞ
BİÇİMDE BİRLEŞMESİ

I. KOLAYLAŞTIRILMIŞ BİRLEŞME VE ŞARTLARI

1. KOLAYLAŞTIRILMIŞ BİRLEŞME (ERLEICHTERTE FUSIONS)
KAVRAMI

TTK'da, bazı hallerde sadece sermaye şirketlerine özgü olarak, birleşme süreci için öngörülen birçok işleme-örneğin birleşme raporu hazırlanması, inceleme hakkı sağlanması, sözleşmenin genel kurulda onaylanması gibi- gerek kalmaksızın, kolaylaştırılmış yoldan birleşmeye gidilmesi olanaklı kılınmıştır.

Kanunda 155-156.maddelerde düzenlenen kolaylaştırılmış birleşme⁶⁸⁷ hükümlerine göre, bu yöntem **sadece sermaye şirketleri** için öngörülmüştür⁶⁸⁸. Birleşen şirketlerden birinin şahıs şirketi veya kooperatif olması durumunda bu yöntem kullanılamaz⁶⁸⁹. Pulaşlı, bu tür birleşmelerin şirketler topluluğu (konzern) hukukuna ilişkin olduğunu ve tipik konzern içi birleşme olarak tanımlanabileceğini ifade etmiştir⁶⁹⁰.

Kolaylaştırılmış birleşme yönteminin kanunda düzenlenmenin temel nedeni, azınlık ortaklar açısından bir risk bulunmaması durumunda, normal

⁶⁸⁷ Kaynak Kanun m.23' den alınmıştır. Bkz. Pulaşlı, C.I. s174 (Şerh).

⁶⁸⁸ Bilgili/Demirkapı, s.85.

⁶⁸⁹ Pulaşlı, C.I.s.174 (Şerh).

⁶⁹⁰ Pulaşlı, C.I.s.174 (Şerh).

198 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

birleşmelerde uygulanacak birçok hükmün bu tür birleşmede gereksiz olmasıdır⁶⁹¹. Örneğin kolaylaştırılmış birleşmede, devralan şirketin sermaye artırımına gitmesine gerek kalmaz⁶⁹², çünkü zaten devrolunan şirketin malvarlığın ekonomik açıdan devralan şirkete aittir. Burada sadece hukuki bir işlemle malvarlığı birliği sağlanmaktadır⁶⁹³.

Kolaylaştırılmış birleşme, hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisinin olduğu halde uygulama alanı bulur. Bu nedenle öncelikle, hâkim-bağlı şirket ilişkisini gözden geçirmek gerekir.

2. ŞİRKETLER TOPLULUĞU-HÂKİM ŞİRKET-BAĞLI ŞİRKET İLİŞKİSİ

Kolaylaştırılmış birleşmeye gidilebilmesi için birleşmeye katılacak şirketler arasında hâkimiyet ilişkisi yani hâkim şirket-yavru şirket bağı olması gerekir⁶⁹⁴. Bu nedenle yeni TTK ile getirilen “şirketler topluluğu, hâkim şirket-bağlı şirket” kavramlarına da değinmekte yarar vardır.

TTK m. 195 ila 210 arasında düzenlenen “Şirketler Topluluğu”, “bir ya da daha fazla şirketin kendilerini kontrol altında bulunduran bir hâkim şirketle birlikte oluşturduğu topluluktur”⁶⁹⁵. TTK m.195 hükmü uyarınca bir ticaret şirketinin hâkim şirket sayılabilmesi için dört ölçüt öngörmüştür⁶⁹⁶. Bunlar kısaca;

1. *“Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olması,*
2. *Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olması,*
3. *Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturmaması,*
4. *Bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabilmesi durumudur.*

Bu sayılan ilişkilerden herhangi birine dâhil iki şirketten ilkinde “hâkim”, diğerine “bağlı” şirket adı verilir.

⁶⁹¹ Bilgili/Demirkapı, s.85, Pulaşlı, C.I. s.274 (Şerh), Şener, s.132.

⁶⁹² Yasaman, s.76. dipnot 43.

⁶⁹³ Yasaman, s.77.

⁶⁹⁴ Göktürk, s.652.

⁶⁹⁵ Pulaşlı, C.I. s.277 (Şerh).

⁶⁹⁶ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.244.

Ayrıca aynı maddenin 2.fıkrası hükmüne göre, “bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına kârinedir”.

Şirketler topluluğu ve hâkim şirket-bağlı şirkete ilişkin düzenlemelerin ana eksenini bu şirketler arasında yönetim ilişkisidir. Bu ilişki bağlamında en çok özellik arz eden hüküm, TTK m.202’de düzenlenen “hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması”dır⁶⁹⁷. Buna göre, hâkim şirket hâkimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamaz (m.202/1a ilk c.).

Hâkim-bağlı şirket ilişkisine değindikten sonra, bu ilişkinin teknik boyutu yani pay ve oy oranları konusuna da kısaca göz atmak gerekir. TTK m.196’da, pay ve oy oranlarına ilişkin emredici bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, “Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının veya payların itibarî değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki kendi payları, hesaplamada o şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür” (m.196/1).

Dikkat edilecek olursa hükümden, payların oranlanmasında “itibari” değerleri” esas alınır⁶⁹⁸. Örneğin, A şirketinin B sermaye şirketindeki paylarının toplam değeri 90.000 TL ve B şirketinin esas sermayesi 100.000 TL ise, A şirketinin B şirketindeki iştiraki %90’dır. Bu hesaplamada, B şirketinin kendi elindeki paylarıyla, C şirketi tarafından B hesabına alınan ve C şirketine bulunan payları, B’nin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülmelidir. Burada dikkati çeken bir diğer husus, şirketler grubunun başındaki hâkim şirketin mutlaka bir sermaye şirketi olması zorunluluğu yoktur. Nitekim “bir ticaret şirketi” ibaresi bunu göstermektedir. Son bir husus ise, sermaye şirketine hesaplama yapılırken, sermaye için “esas” veya “çıkarılmış” sermaye ibaresi kullanılmıştır. Yani sermayenin tamamının ödenmiş olması önemli değildir⁶⁹⁹.

Pay oranı yukarıdaki gibi hesaplanırken, kanun koyucu, oy oranı için de TTK m.195/2’de “Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki oy hakkının yüzdesi,

⁶⁹⁷ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.245.

⁶⁹⁸ İtibari değer, payın nominal değeridir Bkz. Pulaşlı, C.I. s.1333 (Şerh). Yani sermayenin paylara bölünmesi ile ortaya çıkan değerdir. TTK m. 476’da anonim şirketlerde payın “asgari itibari değerinin 1 kuruştan az olamayacağı” belirtilmiştir. Bu değer, ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Örneğin, 100.000 TL esas sermayeli bir anonim şirkette, pay değeri 1 TL olarak belirlenirse bu şirketin sermayesi 100.000 paydan müteşekkil olur.

⁶⁹⁹ Pulaşlı, C.I. s.291 (Şerh).

200 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ticaret şirketinin o sermaye şirketinde sahip bulunduğu paylardan doğan kullanılabilen oy haklarının toplamının, sermaye şirketindeki kullanılabilir tüm oy haklarının toplamına oranlanmasıyla bulunur. Hesaplama, sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki paylarından doğan oy hakları düşülür.” hükmünü vazetmiştir. Burada, “kullanılabilen oy hakları” ibaresi incelemeye değerdir. Bilindiği gibi oy hakkı, ortaklık veya pay sahipliği haklarının en başta gelenidir. Sermaye şirketlerinde her pay senedi en az bir oy hakkı sağlar. Oy hakkı, esas sözleşme veya ortaklık kararı ile kaldırılmayacağı gibi kullanılması da güçleştirilemez⁷⁰⁰. Öte yandan bazı paylara sağlanan özel imtiyazlardan biri de oy hakkında imtiyazdır. TTK m.479’da, “oyda imtiyazın eşit itibari değerli paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabileceği ve bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabileceği” düzenlenmiştir. Oy haklarının hesaplanmasında, hem iki şirketin oy hakları dikkate alınır⁷⁰¹.

3. KOLAYLAŞTIRILMIŞ BİRLEŞMENİN ŞARTLARI

3.1. Devralan Şirketin, Devrolunan Şirkette Oy Hakkı Veren Tüm Paylara Sahip Olması

TTK m.155 hükmüne göre, birleşmeye katılacak şirketlere ilişkin iki farklı durum öngörülmüştür. Bunlardan ilki, devralan sermaye şirketinin, devrolunan şirketin oy hakkı veren bütün paylarına sahip olması halidir⁷⁰². Buna göre “Devralan sermaye şirketinin devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına veya bir şirketin ya da bir gerçek kişinin veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi gruplarının, birleşmeye

⁷⁰⁰ Pulaşlı, C.I. s.1326-1327 (Şerh).

⁷⁰¹ Pulaşlı, C.I. s.291 (Şerh).

⁷⁰² Eski SPKa döneminde, halka açık anonim ortaklıklarda pay senetlerinin bir bölümü oy hakkı sağlayan bir bölümü ise oydan yoksun olabiliyordu. Eski SPKa m.14.a ile “Anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak şartıyla, kâr payı imtiyazı sağlayarak, oy hakkından yoksun paylar ihraç edebilir ve bunları temsil eden hisse senetlerini halka arz edebilecekleri” kabul edilmişti. Kurul tarafından, 21.01.2009 tarih ve 27117 sayılı RG’de yayımlanan “Oydan Yoksun Paylara İlişkin Esaslar Tebliği”nde, m.4e’de “Ortaklıkların sermaye artırımını ile ihraç edebilecekleri, oy hakkı hariç, sahibine kâr payından ve istendiğinde bedelsiz pay alma hakkında imtiyaz dışındaki diğer hususlarda imtiyaz ve diğer ortaklık haklarını sağlayan, istendiğinde belirli bir vade veya vadelerde, sabit veya değişken oranda ortaklığın oy hakkına sahip paylarını satın alma ve ortaklık payları ile değiştirme hakkı veren paylar” olarak tanımlanan oydan yoksun payların temel özelliği oy hakkı hariç diğer tüm haklara sahip olabilmeleri idi. Dolayısıyla, halka açık anonim ortaklıklarda oy hakkına sahip ve oy hakkına sahip olmayan paylar şeklinde bir sınıflandırma da mevcuttu. Yeni SPKa’da “oydan yoksun pay senetleri” düzenlenmemiş ve 21/1/2009 tarihli ve 27117 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliğ (Seri:I, No:36) de 22.06.2013 tarih ve 28685 sayılı RG’de yayımlanan Pay Tebliği (VII-128.1) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına sahip olması" halinde kolaylaştırılmış birleşme mümkündür (TTK m.155/1).

Aynı düzenleme çerçevesinde, ikinci seçenek ise, başkalarının, bir şirket ya da gerçek bir kişinin veyahut kanun veya sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi gruplarının hem devralan hem de devreden sermaye şirketlerinin oy hakkını haiz tüm paylarına sahip olmasıdır. Bu hükümde "kardeş yani aynı hâkimiyet altında bulunan yavru sermaye ortaklıklarının birleşmesi" ifade edilmiştir⁷⁰³.

Burada oy haklarına sahip olan şirket, birleşmeye devralan şirket olarak katılmak zorunda değildir⁷⁰⁴. Dolayısıyla bu seçenekte "yeni kuruluş yoluyla birleşme de mümkündür"⁷⁰⁵.

3.2. Devralan Şirketin, Devrolunan Şirkette Oy Hakkı Veren Payların En Az Yüzde Doksanına Sahip Olması

Kolaylaştırılmış birleşme için bir diğer seçenek ise, devralan sermaye şirketinin, devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil oy hakkı veren en az yüzde doksan oranında paylarına sahip olmasıdır. Buna göre "*Devralan sermaye şirketi, devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahipse, azınlıkta kalan pay sahipleri için;*

a) Devralan şirkette bu payların denk karşılığı olan paylar verilmesi şirket payları yanında, 141 inci maddeye göre, şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan nakdî bir karşılık verilmesinin önerilmiş olması ve

b) Birleşme dolayısıyla ek ödeme borcunun veya herhangi bir kişisel edim yükümlülüğünün yahut kişisel sorumluluğun doğmaması hâlinde birleşme kolaylaştırılmış usulde gerçekleşebilir (TTK m.155/2).

Bu seçenekte dikkati çeken husus, oy hakkı veren payların %10'una sahip yani azınlıkta kalan pay sahiplerinin haklarının korunması için iki şartın bir arada olması gerekliliğidir. Bir yandan azınlık pay sahiplerine, devralan şirkette bu payların denk karşılığı olan pay ya da nakdi karşılığının önerilmesi öte yandan da bu kişiler için ek ödeme borcu ya da bir kişisel edim yükümlülüğü ya da sorumluluğu doğmamalıdır.

⁷⁰³ Tekinalp, s.647 (Yeni Hukuk).

⁷⁰⁴ Göktürk, s.653.

⁷⁰⁵ Göktürk, s.653.

4. SAĞLANAN KOLAYLIKLAR

Sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış biçimde birleşmesinde sağlanan kolaylıklar TTK m.156'da düzenlenmiştir. Buna göre;

(1) Birleşmeye katılan ve 155 inci maddenin birinci fıkrasında öngörülen şartlara uyan sermaye şirketleri, birleşme sözleşmesinde, 146 nci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (f) ilâ (i) bentlerinde gösterilmiş bulunan kayıtlara yer verirler. Bu sermaye şirketleri, 147 nci maddede öngörülen birleşme raporunu düzenlemeye ve 149 uncu maddede düzenlenen inceleme hakkını sağlamakla yükümlü olmadıkları gibi, birleşme sözleşmesini 151 inci madde uyarınca genel kurulun onayına da sunmayabilirler.

(2) Birleşmeye katılan ve 155 inci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şartlara uyan sermaye şirketleri, birleşme sözleşmesinde, sadece, 147 nci maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (f) ilâ (i) bentlerinde gösterilmiş bulunan kayıtlara yer verirler. Bu şirketler 147 nci maddede öngörülen birleşme raporunu düzenlemeye ve birleşme sözleşmesini 151 inci madde gereğince genel kurula sunmaya da zorunlu değildirler. 149 uncu maddede öngörülen inceleme hakkının, birleşmenin tescili için ticaret siciline yapılan başvurudan otuz gün önce sağlanmış olması gerekir.

TTK m.155/1'de öngörülen şartlara uyan sermaye ortaklıklarının hazırlayacakları birleşme sözleşmesinde, TTK m.146/1'de belirtilen kayıtlardan a ve f ilâ i bentlerindeki yer alır⁷⁰⁶. Bu hüküm uyarınca, bir sermaye şirketi, bir başka sermaye şirketinin oy hakkı veren tüm paylarına sahip ise birleşme sözleşmesinde aşağıdaki hususlara yer vermelidir:

a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanları, hukuki türleri, merkezleri; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türü, ticaret unvanı ve merkezi,

b) Gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesi,

c) Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarih,

d) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararlar,

e) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimleri (Sermaye şirketlerinde sayılan sermaye paylara bölünmüş komandit şirketlerde komandite ortakların sorumluluğu sınırsız olduğundan bu bent muhafaza edilmiştir).

⁷⁰⁶ Şener, s.133.

Ayrıca bu şirketlerin TTK m.147’de öngörülen birleşme raporunu düzenlemek ve m.149’da düzenlenen inceleme hakkını sağlama yükümlülükleri de yoktur. Yine bu şirketler, birleşme sözleşmesini 151 inci madde uyarınca genel kurulun onayına da sunmak zorunda değildir. Sonuç olarak, TTK m.155/1 şartlarının gerçekleşmesi halinde birleşme süreci kısalmakta ve kolaylaşmaktadır⁷⁰⁷.

Sermaye şirketlerinin birleşmesinde sağlanan bir diğer kolaylık ise, TTK m.155/2 şartlarının varlığı halinde öngörülmüştür. Burada, m.155/1’deki düzenleme ile karşılaştırıldığında daha ağır şartlar öngörmekle birlikte genel birleşme hükümlerine göre birçok kolaylık tanınmaktadır.

TTK m.155/2 şartlarının varlığı halinde, **yanlışıklıkla** 147.maddenin 2.fıkrasının a,b,f ile i bentlerindeki kayıtlara yer verileceği belirtilmiştir⁷⁰⁸. Doğrusu 146.maddenin 1.fıkrasının a, b, f ile i bentleri olmalıdır⁷⁰⁹. Bu çerçevede, birleşme sözleşmesinde yukarıda beş bent halinde sayılan maddelerin yanı sıra “*Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devralanan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları*” (m.146/1b) maddesi de yer almalıdır. Bu madde, m.155/2a bendinin karşılığıdır.

⁷⁰⁷ Şener, s.133.

⁷⁰⁸ Şener, s.134.

⁷⁰⁹ Esasen TTK m.147’de düzenlenen “Birleşme Raporu” kolaylaştırılmış birleşmede zorunlu kılınmamıştır.

İKİNCİ KISIM

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA BİRLEŞME

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda ticaret şirketlerinin tabi olacağı kurallar Türk Ticaret Kanunu'nun İkinci Kitabı olan Şirketler Hukuku kitabında düzenlenmiştir. Buna karşılık, anonim şirketin bir türü olan "halka açık anonim ortaklıklar (HAAO)" 6362 sayılı SPKa ve bu Kanun çerçevesinde SPK tarafından çıkarılan Tebliğlerle düzenlenmiştir.

SPKa'nun 3/1e bendinde halka açık ortaklık "*Payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar*" olarak tanımlanmıştır. Öte yandan "*Halka Açık Ortaklık Statüsünün Kazanılmasını*" düzenleyen 16.m. hüküme göre "*Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar*" (m.16/1). Yani **bir anonim ortaklıkta 501 ve daha fazla** pay sahibi mevcut ise, halka açık bir anonim şirket sayılmakta ve SPKa'a tabi olmaktadır⁷¹⁰.

HAAO'larda birleşme konusu, 2499 sayılı eski SPKa döneminde Seri.1 No.31 sayılı "Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği" ile düzenlenmişti. Eski SPKa'da HAAO'larda birleşme esaslarına yer verilmemişti. Halbuki 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı SPKa'da ise HAAO'ların birleşmesine ilişkin birtakım ilkeler konulmuş, birleşme, ortaklığın önemli faaliyetleri arasında sayılmış (SPKa m.23/1a) ve Kurula, bu işlemlerle ilgili düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Öte yandan, 24.12.2013 tarih ve 28861 sayılı RG'de "Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Tebliği (II-23.1)" ve 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı RG'de "Birleşme ve Bölünme Tebliği (II-23.2)" yayımlanmıştır.

⁷¹⁰ 2499 sayılı eski SPKa m.11'de 250'den fazla pay sahibi olan şirketler HAAO sayılmaktaydı.

II. 6362 SAYILI KANUNUN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN ESASLARI

HAAO'ların birleşmelerine ilişkin olarak SPKa'da genel esaslara yer verilmiş, birleşme konusundaki ayrıntılı düzenleme, SPK tarafından yayımlanan "Birleşme ve bölünme Tebliği"nde yer almıştır.

6362 sayılı Kanunda birleşmeye ilişkin esaslar şöyle sıralanmıştır:

- 1) Birleşme işlemi önemli nitelikte bir işlemdir (m.23/1a).
- 2) Kurul, önemli nitelikteki işlemlerle ilgili uyulması zorunlu usul ve esasları belirlemeye yetkilidir (m.23/1d).
- 3) HAAO'da, birleşme kararının görüşüldüğü GK'da olumsuz oy veren ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahiplerine, paylarını ortaklığa satarak ayrılma hakkı tanınmıştır. Böyle bir durumda, ortaklık, söz konusu pay sahibinin payını, birleşme işleminin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı fiyatların ortalamasından satın almakla yükümlüdür (m.24/1).

Alman hukukunda benimsenen görüş, borsaya kotalı anonim şirketlerde, azıllık pay sahibinin paylarının devralınması ve ortaklıktan çıkarılması durumunda söz konusu payın borsa değerinin belirlenmesinde şirketten çıkarılmaya ilişkin GK kararından üç ay önceki dönemdeki ortalama değer esas alınması şeklindedir⁷¹¹.

- 4) Birleşme işlemlerinde kamuyu aydınlatma belgelerindeki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan, belgeleri imzalayanlar, müteselsilen sorumludur (m.32).
- 5) SPK, birleşme işlemlerinde yapılacak sermaye artırımında pay bedellerinin nakden ödenmesinin zorunlu olmadığı durumları belirlemeye yetkili kılınmıştır (m.12/1).

III. ÖNEMLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLERE İLİŞKİN ORTAK ESASLAR VE AYRILMA HAKKI TEBLİĞİ'NDE YER ALAN HUSUSLAR

SPK tarafından yayımlanan 24.12.2013 tarih ve 28861 sayılı RG'de "Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Tebliği (II-23.1)"nde birleşme önemli işlemler arasında sayılmıştır. Söz konusu Tebliğ'de yer alan birleşmeye ilişkin konulara değinmekte yarar görüyoruz.

⁷¹¹ Pulaşlı, C I, s.125 (Şerh).

1. BİRLEŞMENİN ÖNEMLİ İŞLEMLER ARASINDA YER ALMASI

SPK tarafından yayımlanan II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nde HAAO'ların önemli nitelikteki işlemlerde karar alması, ayrılma hakkının kullanılması ve zorunlu pay alma teklifine ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Tebliğ'in 5.maddesinde birleşme "önemli işlemler" arasında sayılmıştır (m.5/1a).

Tebliğ'in 6.maddesinde "önemlilik ölçütleri" ortaya konulmuş ancak "birleşme" işleminin de yer aldığı işlemlere ilişkin herhangi bir ölçüt belirtilmemiştir. Diğer bir deyişle birleşme, Tebliğ hükümleri bakımından hiçbir ölçüte bağlı kalmaksızın önemli bir işlemdir.

Tebliğ'in 7.maddesinde "önemli işlemlerin" GK'larda onaylanmasına ilişkin nisap öngörülmüştür. Buna göre, birleşme işleminin onaylanması için, şirket esas sözleşmesinde daha ağır nisap zorunlu kılınmamış olması kaydıyla, toplantı nisabı aranmaksızın ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranır (m.7/1).

2. BİRLEŞMEYE OLUMLU OY VERMEYEN PAY SAHİPLERİNİN AYRILMA HAKKI

Tebliğ'de, halka kapalı anonim ortaklıklarda söz konusu olan ayrılma akçesinin benzeri bir imkâna yer verilmiş ve ayrılma hakkı düzenlenmiştir. Ayrılma hakkı, ayrılma akçesine benzemekle birlikte, aralarında bazı farklılıklar vardır.

2.1. Ayrılma Hakkı ve Kullanılması

Tebliğ'in 9.maddesi uyarınca "Genel kurul toplantılarına katılan ve olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri veya temsilcileri paylarını ortaklığa satarak ortaklıktan ayrılma hakkına sahiptir".

Pay sahiplerinin ayrılma hakkını kullanabilmeleri için iki şart öngörülmüştür. Bunlar:

- 1) GK toplantısına katılmış olmak,
- 2) Toplantıda olumsuz oy kullanmış olmak.

Bununla birlikte, söz konusu iki şart olmaksızın da ayrılma hakkı kullanılabilir. Bunlar:

- 1) Pay sahibinin veya temsilcisinin önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılmasına haksız bir biçimde engel olunması,
- 2) Genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya

208 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

3) Gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmemesi hâllerinde, genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa kaydet-tirme şartı aranmaksızın birinci fıkra hükmü uygulanır (m.9/2).

TTK m.141'deki "ayrılma akçesi"nin karşılığı olan bu maddede ayrılma akçesinden farklı olarak pay sahibinin payını ortaklığa satarak ayrılma hakkı düzenlenmiştir.

2.2. Ayrılma Hakkının Kullanım Fiyatı

Ayrılma hakkının tutarı hakkında Tebliğ'in 10.maddesinde payları borsa-da işlem gören ve görmeyen ortaklıklar için değişik ölçütler getirilmiştir. Buna göre;

a) Payları borsada işlem gören ortaklıkların payları için ayrılma hakkı kullanım fiyatı, işlemin ilk defa kamuya açıklandığı tarihten önceki, açıklanan tarih hariç olmak üzere, otuz gün içinde borsada oluşan düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalamasıdır (m.10/1).

b) Payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların payları için ayrılma hakkı kullanım fiyatı ile bu fiyatın adil ve makul olduğunun tespiti amacıyla Kurulun ilgili düzenlemelerine göre hazırlanacak değerlendirme raporu, önemli nitelikteki işlemin görüşüleceği genel kurul toplantısı gündemi ile birlikte açıklanır (m.10/2).

Ayrılma hakkının bedelinin ödenme biçimi ise açıkça düzenlenmiş ve tam ve nakden ödenmesi zorunlu tutulmuştur (m.10/7).

2.3. YK'nun Bazı Hallerde Ayrılma Hakkının Kullanılması Halinde İşlemin Yürütülmesini Durdurabilmesi

Tebliğ'in 9.maddesinde düzenlenen ayrılma hakkının kullanılması bazı durumlarda şirket açısından telafi edilemeyecek zararlar doğurabilir. Dolayısıyla Tebliğ'de, GK kararına rağmen bazı hallerde YK tarafından işlemin gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre;

Ortaklık yönetim kurulu, önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısına ilişkin gündemin ilanından önce;

a) **Ayrılma hakkı kullanımları sonucunda ortaklığın katlanmak zorunda kalabileceği toplam maliyetin belirlenen tutarı aşması veya**

b) **Belirlenen orandan fazla paya sahip veya belirlenen nitelikteki ortakların olumsuz oy kullanması halinde genel kurul kararı alınmış olmasına rağmen söz konusu işlemin gerçekleştirilmeyeceğini** kararlaştırabilir.

Bu durumda; önemli nitelikteki işlemin onayına ilişkin gündem maddesi ile birlikte bu işleme ilişkin önceden belirlenen şartların genel kurul gündeminde açıklanmış olması ve işlemin onayına ilişkin gündem maddesinden sonra ayrı bir gündem maddesi ile işlemden vazgeçilebileceğinin belirtilmesi zorunludur. Vazgeçmeye ilişkin gündem maddesi oylanırken, bu Tebliğin 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen esaslara uyulmaksızın toplantıya katılan tüm ortaklar ve vekiller oy kullanabilir (m.9/5).

2.4. Ayrılma Hakkının Doğmadığı Haller

Tebliğ'in 12.maddesinde bazı hallerde ayrılma hakkının doğmadığı kabul edilmiştir. Bu hallerden birleşmeyi ilgilendirenler şöyle sıralanabilir:

- a) Kolaylaştırılmış usulde birleşme işlemleri (m.12/1e)
- b) Birleşme amaçlı ortaklığın taraf olduğu birleşme ve sona erme işlemleri (m.12/1i).

2.5. Ayrılma Hakkının Ayrılma Akçesinden Farkları

Ayrılma hakkı ile ayrılma akçesi, aralarında benzerlikler olmakla birlikte farklı kurumlardır. Farkları şöyle sıralanabilir:

a) Ayrılma akçesi ancak tarafların ortak iradeleri ile birleşme sözleşmesinde yer aldığı takdirde kullanılabilir. Ayrılma hakkı ise, ayrılma akçesinden farklı olarak kanunen öngörülen bir haktır.

b) Ayrılma akçesinin kural olarak nakit ödenmesi gerekir. Ancak nakdi ödeme dışında, başka şirketlere ait paylar veya menkul değerler de verilebilir⁷¹². Ayrılma hakkının ise nakden ödenmesi zorunludur.

c) Ayrılma akçesinin zorunlu tek seçenek olduğu durumda olumsuz oy veren ortak bakımından ayrılma zorunludur. Oysaki ayrılma hakkı, adından da anlaşılacağı gibi bir haktır. Kullanımı zorunlu değildir.

IV. BİRLEŞME VE BÖLÜNME TEBLİĞİ ESASLARI

1. GENEL ESASLAR

6362 sayılı yeni SPKa'nun yürürlüğe girmesinden sonra, SPK tarafından 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı RG'de yayımlanan "Birleşme ve Bölünme Tebliği (II-23.2)" ile HAAO'ların birleşme işlemleri yeniden kaleme alınmıştır. Tebliğ'de, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca taraflardan en

⁷¹² Pulaşlı, C.I. s.126 (Şerh).

210 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

az birinin halka açık ortaklık olduğu birleşme ve bölünme işlemlerinde uyulacak usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Tebliğ'in 4.maddesinde birleşme ve bölünmeye ilişkin temel kavramlara yer verilmiştir. Bununla birlikte, eski Tebliğ'den (Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği (Tebliğ Seri I, no.31) farklı olarak "**Birleşme amaçlı ortaklık**" adı verilen bir ortaklık türü tanımlanmıştır. Birleşme amaçlı ortaklık, adından da anlaşılacağı gibi sadece birleşme amacına sahip olan bir ortaklıktır. Bu tanıma göre birleşme amaçlı ortaklığın unsurları şöyle sıralanabilir:

1) **Kuruluş amacının sadece birleşme olması:** Birleşme amaçlı şirketler, önceden belirlenmiş bir süre ve yatırım stratejisi doğrultusunda, halka arz sonrası oluşacak sermayesini temsil eden payların en az yarısını halka arz etmek ve sonrasında halka açık olmayan bir ortaklık ile birleşmek amacını taşıyan ve birleşme amacı dışında herhangi bir faaliyeti olmayan şirketlerdir.

Görüldüğü gibi, birleşme amaçlı şirketlerin yatırım stratejisi, sermayeyi temsil eden payların en az yarısını halka arz etmek ve sonrasında halka açık olmayan bir anonim şirketle birleşmektir.

2) **Halka arz sonucu elde edilen gelirin yatırıma yöneltilmesi:** Birleşme amaçlı ortaklık, ana sözleşmesinde ve/veya halka açılma nedeniyle düzenlenen izahnamede belirtilen faaliyetler için halka arzdan elde ettiği gelirin azami yüzde onunu kullanır. Kalan miktarı, önceden belirlenmiş süre içerisinde hedeflenen birleşme işleminin gerçekleşmemesi halinde kurucular dışındaki ortaklara iade edilmesi amacıyla mevduat, devlet iç borçlanma senedi ve benzeri yatırım araçlarından bir veya birden fazlasına yatırım yapmak suretiyle değerlendirmeyi taahhüt eder. Şirket, bu çerçevede gerekli nakit yönetim politikasını halka açılma nedeniyle düzenlenen izahnamede kamuya da açıklar.

3) **Olumsuz Oy Kullanan pay sahipleri ya da sona ermesi halinde kurucular dışındaki tüm pay sahiplerinin paylarını geri alma taahhüdü:** Birleşme amaçlı şirket, birleşme işleminin onaylandığı genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan pay sahiplerine ve sona ermesi durumunda kurucular dışındaki tüm pay sahiplerine ait payları geri alacağını⁷¹³ izahnamede belirtilen esaslar çerçevesinde taahhüt etmektedir.

4) Ticaret unvanında "**birleşme amaçlı ortaklık**" ibaresi bulunmalıdır.

⁷¹³ SPK tarafından, 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı RG'de, II-22.1 sayılı "Geri Alınan Paylar Tebliği" yayımlanmıştır.

2. BİRLEŞMEYE İLİŞKİN İLKELER

Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde birleşmeye ilişkin hükümler, TTK m.136 ila 158'de yer alan hükümlere çok benzemektedir. İşlemlere geçmeden önce Tebliğ'de yer alan ilkelere değinmek gerekir. Bu ilkeler şöyle sıralanabilir:

2.1. Kamuyu Aydınlatma

Kamuyu aydınlatma ilkesi, HAAO'larda diğer ticaret şirketlerine göre çok daha önem atfedilen bir ilkedir. Halka açık ortaklıkların taraf oldukları birleşme ve bölünme işlemlerinde içeriği Kurulca belirlenerek kamuya açıklanan duyuru metninin hazırlanması ve Kurulca onaylanması zorunludur (m.5/1). Öte yandan "Kamuyu aydınlatma" başlıklı 8.maddede, birleşme ve bölünme işlemlerinin her aşamasında kamunun bilgilendirilmesi, birleşme ve bölünme kararının görüşüleceği GK toplantısından 30 gün önce KAP ve ilgili şirketlerin internet sitelerinde kamuya açıklanması zorunlu tutulmuştur.

2.2. Pay Sahiplerinin Korunması

Birleşmenin teme ilkelerinden olan pay sahipliği ve ortaklık haklarının korunması, HAAO'ların birleşmesinde de geçerlidir. Tebliğ'in 11.maddesinde düzenlenmiş şekliyle pay sahiplerinin korunması kapsamında devrolunan şirketin ortaklarının devrolunan şirkette sahip oldukları paylarını ve haklarını karşılayacak değerde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları vardır. Birleşme işlemine taraf şirketlerin karşılıklı iştirak halinde bulunması, devralan veya devrolunan şirketin kendi paylarını elinde bulundurması, devralan şirketin devrolunan şirkette ya da devrolunan şirketin devralan şirkette pay sahibi olması ve benzeri durumlar, bu istem hakkının hesaplanmasında dikkate alınır. Devrolunan şirkette mevcut bulunan imtiyazlı paylar karşılığında, devralan şirkette eş değerde haklar veya uzman kuruluş görüşü dikkate alınarak belirlenen bir karşılık verilir. Şu kadar ki, farklı bir imtiyaz öngörülmesi veya farklı bir imtiyaz öngörülmesi ile aynı anda karşılık ödenmesi de mümkündür. Devralan halka açık ortaklık açısından yeni imtiyaz oluşturulması veya mevcut imtiyazların kapsam ve konusunun değiştirilmesine yol açan işlemlere ilişkin Kurulun ayrılma hakkına ilişkin düzenlemeleri saklıdır.

2.3. İntifa Senedi Sahiplerinin Korunması

Tebliğ'de pay sahiplerinin yanısıra intifa senedi sahiplerinin haklarının korunması düzenlenmiştir. İntifa senedi sahiplerinin Devralan şirket, devrolunan şirketin intifa senedi sahiplerine eş değerli haklar tanımak veya intifa senetlerini, uzman kuruluş görüşü dikkate alınarak belirlenen değeriyle satın almak zorundadır (m.11/

2.4. Denkleştirme Akçesinin Öngörülmesi

Tebliğ'de, pay sahiplerinin haklarının korunması bağlamında payların değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan şirket paylarının birleşme işlemine esas alınan değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, TTK'nun 140.maddesi çerçevesinde bir denkleştirme ödemesi öngörülebileceği düzenlenmiştir (m.11/4).

2.5. Ayrılma Akçesinin ve Ayrılma Hakkının Öngörülmesi

HAAO'da da pay sahipliği ilkesinin devamlılığı esas olmakla birlikte, birleşme sözleşmesinde yer aldığı takdirde ayrılma akçesi de verilerek pay sahiplerinin ayrılması olanaklı kılınmıştır. Ayrıca, yukarıda da açıklandığı üzere, birleşmenin önemli işlemler arasında sayıldığı "Önemli İşlemler" Tebliğ'inde ayrılma hakkı da tanınmaktadır.

3. BİRLEŞME İŞLEMLERİ

3.1. Duyuru Metninin Hazırlanması ve Kamuya Duyurulması

Halka açık ortaklıkların taraf oldukları birleşme ve bölünme işlemlerinde içeriği Kurulca belirlenerek kamuya açıklanan duyuru metninin hazırlanması ve Kurulca onaylanması zorunludur. Duyuru metninin onaylanması; duyuru metninde, birleşme veya bölünme sözleşmesi ile bölünme planında, birleşme veya bölünme raporunda ve değişim oranlarına dayanak teşkil eden uzman kuruluş görüşünde yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurulca tekeffülü anlamına gelmez. Duyuru metinleri ve Kurulca kamuyu aydınlatma amacı ile düzenlenmesi öngörülen diğer belgeler için Kanunun 32 nci maddesinde yer alan sorumluluk hükümleri uygulanır (m.5/1).

3.2. Yönetim Organlarının Karar Alması ve Kurula Başvuru

HAAO'larda da her şeyden önce due diligence sürecinin tamamlanması ve tarafların birleşme konusunda mutabık kalmaları halinde, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarıncı birleşme kararı alınmalıdır (m.5/2). Birleşme işlemine ilişkin duyuru metninin onaylanması için bu Tebliğin Ek-

1'inde⁷¹⁴ yer alan belgelerle Kurula başvurulması zorunludur. Kurula yapılacak başvuruda, varsa sermaye artırımını ile esas sözleşme madde tadiline ilişkin yönetim organı kararlarının da sunulması gerekir (m.5/3).

3.3. Birleşmede Esas Alınacak Finansal Tablolar

Finansal tablolar, bu Tebliğ bağlamında, "Dipnotlarıyla birlikte finansal durum tablosu, kapsamlı gelir tablosu, nakit akış tablosu ve özkaynak değişim tablosunu" ifade etmektedir (m.4g).

Birleşme işlemlerinde birleşme kararının onaylanacağı GK toplantısının hesap döneminin sonundan itibaren dördüncü ayın başı ile sekizinci ayın

⁷¹⁴ Ek-1'de yer alan belgeler şunlardır:

- 1- Birleşme işlemine ilişkin yönetim organı kararları,
- 2- Birleşme işlemine taraf şirketlerin esas sözleşmeleri,
- 3- Sermaye artırımını veya esas sözleşme madde tadiline ilişkin yönetim organı kararları,
- 4- Duyuru metni,
- 5- Varsa ihraç belgesi,
- 6- Birleşme sözleşmesi,
- 7- Birleşmenin hukuki ve ekonomik gerekçelerini ortaya koyan birleşme raporu,
- 8- Uzman kuruluş görüşü,
- 9- Birleşme işlemine taraf şirketlerin birleşme işlemine esas finansal tabloları ve bağımsız denetim raporları,
- 10- Birleşme işlemine taraf şirketlerin sermayelerinin ödendiğini gösteren mali müşavirlik raporları,
- 11- Özkaynakların rayiç değerle değerlendirilmesi halinde, hazırlanan değerlendirme raporları,
- 12- Birleşme sözleşmesinde TTK'nın 141 inci maddesi uyarınca ayrılma akçesinin öngörülmesi halinde, ayrılma akçesinin değerinin tespitine ilişkin bilgi,
- 13- TTK'nın 140 ncı maddesi uyarınca ödenmesi planlanan denkleştirme ödemesinin tespitine ilişkin bilgi,
- 14- Mevcut imtiyazlı paylar veya intifa senetleri karşılığında eşdeğer haklar veya uygun bir karşılığın verilmesi halinde, söz konusu haklar veya karşılıkların tespitine ilişkin uzman görüşünü de içerecek şekilde bilgi,
- 15- Yeni kuruluş şeklinde birleşme işleminde yeni kurulacak şirketin esas sözleşme taslağı,
- 16- Devralma şeklinde birleşme işleminde devrolunan şirketin ortaklarına verilecek payların değerine veya bu payların değerine karşılık gelen nakde ilişkin bilgi,
- 17- Varsa Rekabet Kurumu'ndan alınan izin yazısı, işlemin Rekabet Kurumu'na başvuru olarak izin alınması gereken birleşme işlemi olmaması halinde, söz konusu duruma ilişkin şirket beyanı,
- 18- Birleşmeye taraf şirketlerin tabi oldukları özel mevzuat hükümleri uyarınca diğer resmi kurumlardan alınacak onay yazıları,
- 19- Kurulca istenecek diğer bilgi ve belgeler.

214 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

sonu arasında bir tarihte yapılması halinde son yıllık finansal tablo, bu dönem dışında yapılması halinde ise en az 6 aylık faaliyet dönemini kapsayacak ve finansal tablo tarihi ile genel kurul toplantı tarihi arasında altı aydan fazla süre geçmeyecek şekilde düzenlenecek ara dönem finansal tablolar" esas alınır (m.6/1).

Birleşme işlemine esas alınacak finansal tabloların, Kurulun muhasebe standartlarına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanmış ve bağımsız denetim standartları çerçevesinde özel bağımsız denetimden geçirilmiş olması zorunludur. Ancak, birleşme veya bölünme işlemlerine esas alınacak finansal tabloların Kurul düzenlemeleri uyarınca bağımsız denetiminin yapılmış olması halinde, özel bağımsız denetim koşulu aranmaz (m.6/2).

Birleşme işlemine esas alınacak finansal tablolara ilişkin bağımsız denetim raporunda olumsuz görüş bildirilmesi veya görüş bildirmekten kaçınması durumlarında, söz konusu finansal tablolar birleşme işlemine esas alınmaz. Birleşmeye esas alınacak finansal tablolara ilişkin bağımsız denetim raporunda olumlu görüş bildirilmesine rağmen Kurulca yapılacak inceleme sonucunda değişim oranını etkileyecek hususların tespiti veya bağımsız denetim raporunda şartlı görüş bildirilen ve değişim oranını etkileyecek hususların bulunması halinde, finansal tablolarda gerekli düzeltmelerin yapılarak bağımsız denetim raporunun yeniden hazırlanması gerekir (m.6/3)

Birleşme veya bölünme işlemlerine esas alınacak finansal tabloların tarihi ile birleşme veya bölünme sözleşmesinin veya bölünme planının imzalandığı tarih arasında, birleşmeye ya da bölünmeye taraf şirketlerin finansal durumlarında ve devre konu malvarlıklarının değerinde değişim oranını etkileyecek önemli bir değişiklik meydana gelmesi durumunda; bağımsız denetim kuruluşu tarafından söz konusu değişikliğin birleşme veya bölünme işlemine esas finansal tablolar üzerindeki etkisini gösteren ek rapor hazırlanır. Bu kapsamda, Kurula sunulan ve güncellenmesi gereken belgeler yeniden düzenlenerek Kurula iletilir (m.6/4).

3.4. Uzman Kuruluş Görüşünün Alınması

Birleşmeye katılan şirketlerin malvarlığı değerleri ve değişim oranını tespiti için uzman kuruluş raporu hazırlanması gereklidir (m.7/1). Raporda en az üç değerlendirme yönteminin kullanılarak değerlendirme yapılması da zorunlu kılınmıştır. Şirketlerin malvarlıkları arasında taşınmazların da bulunması durumunda, bahse konu raporda yer alan taşınmaz değerleri, taşınmaz değerlendirme şirketleri tarafından belirlenmelidir (m.7/3).

3.5. Kamunun Aydınlatılması

Kamunun aydınlatılması, daha önce de belirtildiği gibi HAAO'dan bakımından çok önem taşıyan ve SPKa'da özel olarak düzenlenen bir konudur. Aynı şekilde, birleşme ve bölünme işlemleriyle ilgili olarak da söz konusu Tebliğin 8.maddesinde "Kamunun Aydınlatılması" kenar başlığı altında, birleşme ve bölünme işlemlerinde her adım hakkında (yönetim organının karar alması, Kurula başvuru, uzman kuruluş görüşünün imzalanması, birleşme planının hazırlanması, birleşme sözleşmesinin imzalanması, birleşme raporunun hazırlanması gibi hususlarda) birleşmeye taraf şirketlerin internet sitelerinde (payları borsada işlem görmeyen HAAO için Kurulun ve ilgili ortaklıkların varsa internet sitelerinde) kamuya açıklanması zorunlu tutulmuştur. Aynı şekilde, birleşmeye ilişkin belgelerin⁷¹⁵, birleşme veya bölünme işleminin onaylanacağı genel kurul toplantı tarihinden en az 30 gün önce internet sitesinde yayınlanması gereklidir (m.8/2). Zikredilen bilgi ve belgelerin en az 5 yıl süreyle internet sitelerinde bulundurulması da zorunlu tutulmuştur (m.8/3).

3.6. Birleşme Sözleşmesinin Hazırlanması

Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından imzalanmış ve aşağıda belirtilen asgari unsurları içeren bir birleşme sözleşmesi hazırlanır (m.9/1):

- 1) Birleşme işlemine taraf şirketlerin ortaklık yapıları ve yönetim organı üyeleri ile şirketleri tanıtıcı genel bilgiler,
- 2) Birleşme işlemine esas alınan yönetim organları kararlarının tarih ve sayısı,
- 3) Birleşme işleminin hangi tarihli finansal tablolar üzerinden gerçekleştirileceği,
- 4) Birleşme işlemine esas teşkil eden uzman kuruluş görüşü,
- 5) Birleşme işlemine ilişkin olarak hazırlanan duyuru metnine Kurul'dan alınan onayın tarih ve sayısı,

⁷¹⁵ Söz konusu belgeler şunlardır: Kurul tarafından onaylanan duyuru metni, birleşme sözleşmesi veya bölünme sözleşmesi veya planı, birleşme veya bölünme raporu, son üç yıllık finansal raporları, uzman kuruluş raporu, birleşme sonrası tahmini açılış bilançosu, varsa son üç yıllık bağımsız denetim raporları, varsa ara dönem finansal raporları, varsa gayrimenkul değerlendirme raporları.

216 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

- 6) Varsa TTK uyarınca öngörülen ayrılma akçesine ilişkin bilgi,
- 7) Varsa TTK uyarınca öngörülen denkleştirme ödemesine ilişkin bilgi,
- 8) Devralma şeklinde birleşme işleminde;
 - Devralan şirketin artırılacak sermaye tutarı, değiştirme oranı ve devrolunan şirketin pay sahiplerine verilecek payların nevi ve nominal değeri,
 - Devralan şirketin birleşme işlemine taraf şirketlerin tahakkuk etmiş ve birleşme tarihine kadar tahakkuk edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer yükümlülüklerini yerine getireceğini bir taahhütname ile vergi dairesine yasal süresi içerisinde bildireceğini belirten hüküm,
 - Devrolunan şirketin üçüncü şahıslara olan borçlarının vadelerinde devralan şirket tarafından tam ve eksiksiz olarak ödeneceğini belirten hüküm,
 - Devrolunan şirketin vadesi geldiği halde alacaklıların müracaat etmemesi nedeniyle ödenmemiş olan borçları ile vadesi gelmemiş ve/veya ihtilaflı bulunan borçlarına ilişkin olarak TTK'nın 541 nci maddesi çerçevesinde hareket edileceğini belirten hüküm,
 - Devrolunan şirketin hangi tarih itibarıyla infisah edeceğini belirten hüküm,
- 9) Yeni kuruluş şeklinde birleşme işleminde;
 - Yeni kurulacak olan şirketin sermaye tutarı, değiştirme oranı ve infisah eden şirketin pay sahiplerine verilecek payların nevi ve nominal değeri,
 - Yeni kurulacak şirketin birleşme işlemine taraf şirketlerin tahakkuk etmiş ve birleşme tarihine kadar tahakkuk edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer yükümlülüklerini yerine getireceğini bir taahhütname ile vergi dairesine yasal süresi içerisinde bildireceğini belirten hüküm,
 - İnfisah edecek şirketin üçüncü şahıslara olan borçlarının vadelerinde yeni kurulacak şirket tarafından tam ve eksiksiz olarak ödeneceğini belirten hüküm,

- İnfisah edecek şirketin vadesi geldiği halde alacaklıların müracaat etmemesi nedeniyle ödenmemiş olan borçları ile vadesi gelmemiş ve/veya ihtilafli bulunan borçlarına ilişkin olarak TTK'nın 541nci maddesi çerçevesinde hareket edileceğini belirten hüküm,

- İnfisah edecek şirketin hangi tarih itibariyle infisah edeceğini belirten hüküm,

10) Mevcut imtiyazlı paylar veya intifa senetleri karşılığında verilecek eşdeğer haklar veya uygun bir karşılığı belirten hüküm,

11) Birleşme işleminin taraflara yüklediği borç ve yükümlülükler ile söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda tarafların katlanacağı sonuçları belirten hüküm,

12) Birleşmeye taraf şirketlerin yönetim organları tarafından genel kurulların toplantıya çağrılacağı azami süre, bu süre içerisinde genel kurul toplantısının gerçekleştirilememesi halinde birleşme sözleşmesinin geçersiz sayılacağını belirten hüküm,

13) Birleşmeye taraf şirketlerin tabi oldukları özel mevzuat hükümleri uyarınca diğer resmi kurumlardan alınacak onay yazılarının tarih ve sayısı,

14) Varsa birleşmeye taraf şirketlerin yönetim organları ile birleşmeye ilişkin uzman kuruluş görüşünü hazırlayanlara sağlanan özel menfaatler.

3.7. Birleşme Raporunun Hazırlanması

Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından aşağıda belirtilen asgari unsurları içeren bir birleşme raporu hazırlanır. Birleşme raporu birleşmeye taraf şirketlerin yönetim organları tarafından birlikte hazırlanabilir (m.9/2).

1) Birleşme işlemine taraf şirketleri tanıtıcı genel bilgiler,

2) Birleşme işlemine taraf şirketlerin esas faaliyet konuları ile söz konusu faaliyet sonuçlarına ilişkin bilgiler,

3) Birleşme işleminin amacı, hukuki ve ekonomik gerekçeleri ve muhtemel sonuçları,

4) Birleşme oranı ve payların değerlemesine ilişkin özellikler,

- 5) Birleşmenin, birleşme işlemine katılan şirketlerin çalışanları ve alacaklıları üzerindeki etkileri ve
- 6) Birleşme işlemi ile ulaşılmak istenen hedeflerin gerçekleştirilmesini önleme ihtimali bulunan muhtemel riskler.

3.8. Finansal Durum Değişikliklerinin Bildirilmesi

Birleşmeye katılan şirketlerin herhangi birinin finansal durumunda, birleşme sözleşmesinin imzalandığı tarih ile genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında önemli bir değişiklik meydana gelmiş ise; ilgili şirketin yönetim organı, bu durumu kendi genel kuruluna, birleşmeye katılan diğer şirketlerin yönetim organlarına ve Kurula yazılı olarak bildirir. Bu durumda, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları, birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine veya birleşmeden vazgeçilmesine gerek olup olmadığını inceler. Yapılan inceleme sonucunda birleşmeden vazgeçilmesi veya birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine karar verilmesi halinde, birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulması önerisi geri çekilir (m.10).

Birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine karar verilmesi durumunda, birleşme sözleşmesi ve buna bağlı bilgi ve belgeler yeniden düzenlenerek Kurula başvuruda bulunulur. Birleşme sözleşmesinin güncellenmesine gerek bulunmadığına karar verilmesi durumunda; söz konusu karar, gerekçesi ile birlikte genel kurulda birleşme sözleşmesinin görüşüleceği gündem maddesinden önce ayrı bir gündem maddesi olarak pay sahiplerinin bilgisine sunulur.

4. ÖZELLİKLİ DURUMLAR

Tebliğ'in 12.maddesinde birleşmeye ilişkin özellik arz eden durumlar sıralanmıştır. Söz konusu durumlardan ilk üçü, esasen halka kapalı anonim ortaklıklarda da geçerlidir.

4.1. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Birleşmeye Katılması

TTK m.138 hükmü aynen Tebliğ'de de yer almıştır. Buna göre, *“tasfiye halindeki bir şirket malvarlığı dağıtılmaya başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması kaydıyla birleşmeye katılabilir”* (m.12/1).

4.2. Geçmiş Dönem Zararları Olan Bir Şirketin Birleşmeye Katılması

Tebliğ'de, TTK'nun *“sermaye kaybı veya borca batıklık durumunda birleşmeye katılmayı”* düzenleyen 139.maddesi hükmünden farklı olarak *“geçmiş dönem zararları olan”* şirketin birleşmeye katılması düzenlenmiştir. Buna göre *“Birleşmeye esas finansal tablolarına göre geçmiş yıl zararları bulunan*

bir şirket, sadece bu geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek miktarda öz kaynağa sahip başka bir şirketle birleşebilir” (m.12/2).

4.3. Ayrılma Akçesi

Yeni SPKa kabul edildikten sonra sermaye piyasasında ikincil mevzuatın çıkarılmasında hızlı bir çabaya girişildiği gözlemlenmiştir. Yukarıda “Önemli İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Tebliği’nin birleşmeye ilişkin hükümleri incelenirken birleşme kararına olumsuz oy veren pay sahiplerinin ayrılma hakkından söz edilmişti⁷¹⁶. Birleşme ve Bölünme Tebliği’nin 12.maddesinde “Özellikli Durumlar” arasında “ayrılma akçesi”nden de söz edilmiştir. Buna göre, “TTK’nın 141 inci maddesi çerçevesinde ayrılma akçesinin öngörülmesi durumunda; ayrılma akçesinin Türk Lirası cinsinden nakit, menkul kıymet veya kısmen nakit kısmen menkul kıymet olarak belirlenmesi mümkündür. Ancak pay sahibinin talebi halinde ayrılma akçesinin nakden ödenmesi zorunludur. Ayrılma akçesinin tamamen veya kısmen menkul kıymet cinsinden belirlenmesi durumunda, menkul kıymetin borsada işlem gören bir menkul kıymet olması zorunludur. Ayrılma akçesi olarak önerilen menkul kıymet için esas alınan birim fiyat veya değişim oranı ile bu fiyatın veya değişim oranının tespitinde uzman kuruluş görüşü dikkate alınır ve hesaplanan birim fiyat veya değişim oranı duyuru metninde açıklanır” (m.12/3).

Kanaatimizce, Önemli İşlemlere İlişkin Tebliğ’de düzenlenen “ayrılma hakkı” ile ayrılma akçesi arasında birtakım farklar olmasına rağmen amaçları itibariyle birbirine yakın kavramlardır. Nitekim TTK m.141’de düzenlenen ayrılma akçesinden yararlanabilmek için de kanunda açıkça belirtilmemesine rağmen, devrolunan şirketin ortaklarının birleşme sözleşmesine ilişkin GK kararına olumsuz oy vermiş olmaları gerekir⁷¹⁷. Durum böyleyken, HAAO’ların birleşmesinde ayrılma akçesinin öngörülmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz.

4.4. İki Şirketli Birleşmede Birleşen Şirketlerden Birinin Borsada İşlem Görmesi Halinde Birleşme Şartları

Birleşme işlemine taraf olan şirketlerin sayısının iki olduğu, payları borsada işlem gören halka açık bir ortaklık ile payları borsada işlem görmeyen bir şirketin;

⁷¹⁶ Bkz s.

⁷¹⁷ Develi, s.453, Pulaşlı, “Birleşmede seçimlik veya zorunlu olan bu ayrılma hakkı, esas itibariyle birleşmeye muhalif olan devrolunan şirketin ortaklarına ait olup” ifadesini kullanmıştır. Bkz. C.I. s.125 (Şerh).

220 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

a) Devralma şeklinde birleşme işlemlerinde; payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın sermayesinin %100'den fazla artması ile sonuçlanacak şekilde,

b) Yeni kuruluş şeklinde birleşme işlemlerinde ise; payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın ortaklarına tahsis olunacak payların, yeni kurulacak ortaklığın sermayesinin yarısından azını oluşturacak şekilde bir birleşme işlemi yapılamaz (m.12/4).

4.5. İki'den Fazla Şirketli Birleşmede Birleşen Şirketlerden Birinin Borsada İşlem Görmesi Halinde Birleşme Şartları

Birleşme işlemine taraf olan şirketlerin sayısının ikiden fazla olduğu, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıklar ile payları borsada işlem görmeyen şirketlerin;

a) Devralma şeklinde birleşme işlemlerinde; payları borsada işlem görmeyen devrolunan her bir şirket için yapılacak sermaye artırımı tutarının, payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın birleşme öncesi sermayesini aşacak şekilde,

b) Yeni kuruluş şeklinde birleşme işlemlerinde ise; payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın ortaklarına tahsis olunacak payların, yeni kurulacak ortaklığın sermayesinde birleşmeye taraf olan her bir şirketin önceki hissedarlarına verilecek pay miktarından az olacak şekilde bir birleşme işlemi yapılamaz (m.12/5).

4.6. Payları Borsada İşlem Görmeyen Şirketin Devralan Şirket Olması Halinde Şirket Paylarına İlişkin Özel Kısıtlamalar

Payları borsada işlem görmeyen bir şirketin devralan taraf olduğu birleşme işlemlerinde; devralan şirketin birleşme öncesindeki payları, şirket paylarının borsada işlem görmeye başladığı tarihten sonraki 6 aylık dönemde borsada satılamaz. Söz konusu payların; devrolunan ve payları borsada işlem gören ortaklığın birleşme işleminin kamuya açıklandığı tarih itibariyle fiili dolaşımdaki pay miktarının en fazla yarısına tekabül eden miktarı şirket paylarının borsada işlem görmeye başladığı tarihten sonraki 6ncı ve 12nci aylar arasındaki dönemde, yine aynı miktardaki bölümü ise şirket paylarının borsada işlem görmeye başladığı tarihten sonraki 12nci ve 24 üncü aylar arasındaki dönemde borsada satılabilir. Bu fıkra kapsamında payları borsada işlem görmeyen şirket ortaklarının her birinin borsada ne kadarlık pay satışı yap-

bileceğinin belirlenmesinde, birleşme işleminin görüşüldüğü genel kurul tarihi itibarıyla payları borsada işlem görmeyen şirkette sahip olunan pay oranları dikkate alınır (m.12/6).

4.7. Bu maddenin altıncı fıkrası kapsamındaki payların ilgili sürelerde borsa dışında satılması durumunda, söz konusu payların borsada satılabilmesine ilişkin altıncı fıkra da belirtilen kısıtlamalar geçerlidir (m.12/7).

4.8. Bu maddenin dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları birleşme amaçlı ortaklıklar için uygulanmaz (m.12/8).

5. KOLAYLAŞTIRILMIŞ USULDE BİRLEŞME

5.1. Kolaylaştırılmış Usulde Birleşme Şartı

Tebliğ'de, hâkim-bağlı şirket ilişkisinin olduğu hallerde kolaylaştırılmış birleşme de öngörülmüştür. Ancak, TTK'daki hükümlerden farklı olarak oy hakkı veren payların yüzde yüzüne veya yüzde doksanına sahip olma şeklinde iki farklı düzenleme değil sadece yüzde doksanbeşine sahip olma hali düzenlenmiştir. Buna göre;

Bir veya birden fazla sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının %95 veya daha fazlasına sahip bir halka açık ortaklık tarafından devralınması suretiyle birleşmede, halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesini gerektirmeyen durumlarda veya halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesi gereken ancak halka açık ortaklık paylarının nakit karşılığının devrolunan şirketlerin ortaklarına seçimsiz hak olarak önerilmesi durumlarında, kolaylaştırılmış usulde birleşme uygulanabilir. (m.13/1).

5.2. Tanınan Kolaylıklar

Kolaylaştırılmış usulde birleşmede

- 1) Bağımsız denetim raporu,
- 2) Birleşme raporu
- 3) Uzman kuruluş görüşü aranmaz.
- 4) Ayrıca birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulması zorunlu değildir (m.13/2).

Hükümde, kolaylaştırılmış usulde birleşme işlemlerine ilişkin olarak içeriği Kurulca belirlenen ayrı bir duyuru metni hazırlanacağı da belirtilmiştir (m.13/3).

ÜÇÜNCÜ KISIM

ŞİRKET BİRLEŞMELERİNDE REKABET KURULUNUN İZİNİ

I. GENEL OLARAK

Şirket birleşmelerinin çeşitleri incelenirken, yatay, dikey ve karma olarak üç tür birleşmeden bahsedilmiş ve özellikle yatay birleşmelerin sakıncalarından biri olarak rekabeti bozucu etkisinden söz edilmişti⁷¹⁸. Birleşmenin teme amacı büyüme olmakla birlikte özellikle pazar genişlemesi yerine birleşme yoluyla büyüme kimi zaman devralan şirketin tekel gücüne erişmesiyle de sonuçlanabilmektedir⁷¹⁹. Gerçekten de rekabet hukuku açısından ele alındığında, aynı sektörde faaliyet gösteren şirketlerin bir araya gelmeleri, hâkim durum yaratılmasına ve hatta tekeli bir oluşuma yol açabilir ve rekabet açısından tehlikeli bir durum ortaya çıkarabilir⁷²⁰. Bu nedenle, çeşitli ülkelerde şirket birleşmeleri (ve devralmalar), denetime tabi kılınmıştır.

Türk hukukunda, 13.12.1994 tarih ve 4054 sayılı RKHK ile rekabetin korunması ilkesi çerçevesinde hâkim durum yaratmaya veya güçlendirmeye yönelik birleşme (ve devralmalar) yasaklanmıştır⁷²¹. Dolayısıyla birleşme sürecinde, birleşmenin yaratacağı sonuçlar iyi değerlendirilerek, hâkim durum yaratma ya da bu durumu güçlendirme sonucu doğurabilecek birleşmelerden kaçınmak, öte yandan birleşen şirketlerin finansal durumları dikkate alınarak Rekabet Kurulunun iznini gerektiren şartların oluşup oluşmadığının da doğru değerlendirilmesi, oluşması halinde Kurul'a başvurunun geciktirilmeden yapılması önem taşımaktadır.

Konuyu incelerken, sadece birleşme değil aynı zamanda devralma açısından da ele aldık çünkü rekabet hukukunda birleşme ve devralma bir bütün olarak denetime tabi kılınmıştır. Aralarındaki farklılıklara rağmen

⁷¹⁸ Bkz s.

⁷¹⁹ Eryürekli, s.37.

⁷²⁰ Akyüz, s.47, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) s.104.

⁷²¹ Pulaşlı, C.I. s.195 (Şerh).

rekabet hukukunda her iki hukuki işlem de aynı şartlara tabi olmakta ve belirli şartların varlığı durumunda her ikisi de izne bağlanmaktadır⁷²².

II. BİRLEŞME VE DEVRALMADA REKABET KURULUNUN İZİNİ

Türk hukukunda, ticari hayatta işletmelerin etkin şekilde rekabet edebilmeleri ve rekabeti engelleyici uygulamaların önlenmesi amacıyla 1997 yılında 4054 sayılı RKHK kabul edilmiş, birleşme ve devralmalar bu Kanun çerçevesinde kurulan Rekabet Kurumunun (RK) denetimine tabi tutulmuştur. Her birleşme (ve devralma) işlemi için RK'ya başvuru şart değildir. Ancak özellikle kontrolün ele geçirilmesi ile sonuçlanabilecek birleşme (ve devralmalar) RK tarafından incelenmeli ve izin alınmalıdır.

1. RKHK'A GÖRE HUKUKA AYKIRI BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

1.1. Genel Olarak

4054 Sayılı RKHK'da "birleşme ve devralmanın" tanımı yapılmamış ancak 7.maddesinde "Birleşme ve Devralma" başlığı altında, birleşme ve devralmanın hangi hallerde (rekabetin korunması açısından) hukuka aykırı ve yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre;

a. Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri,

b. Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır".

7.maddenin son hükmünde ise, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini, Kurul'un çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği hükme bağlanmıştır.

RKHK'nun 7.maddesi bir takım eleştirilere maruz kalmıştır. Örneğin Erdem, yasaklama için etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının da aranması gerektiğini savunmuştur⁷²³.

⁷²² Pash, s.161.

⁷²³ Erdem, s.288.

1.2. Rekabet Kurulunca Çıkarılan Tebliğde Yer Alan Esaslar

Rekabet Kurumu Başkanlığınca çıkarılan ve 07.10.2010 gün ve 27722 Sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2010/4 Sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in⁷²⁴ Amacı 1.maddede düzenlenmiştir. Buna göre, Tebliğ'in amacı, "4054 Sayılı RKHK m.7 gereğince *"hukuki geçerlilik kazanabilmesi için"* Rekabet Kuruluna Bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmalar ile bu işlemlerin bildirimine ilişkin usul ve esasların tespit ve ilanı" dır. Burada belirtilen hukuki geçerlilik şartı ile kast edilen, Kurul'a bildirim yapılmaması ve dolayısıyla izin alınmaması durumunda yapılan işlemin butlan yani geçersiz olduğudur.

Tebliğ, RKHK'nun 4.ve 7.maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır (m.3).

Tebliğ'in 5.maddesinde hangi hallerin birleşme ve devralma olarak kabul edildiği hükme bağlanmıştır. Buna göre,

"Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanununun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır".

Hükümde en çok üzerinde durulan kavram "kontrol" olmuştur. "Kontrol" ile ne anlaşılması gerektiği açıklanmamakla birlikte, aynı hükmün 2.fıkrasında "kontrol"ün nasıl elde edilebileceği açıklanmıştır. Buna göre, "Bu Tebliğ bakımından *kontrol*, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir *kullanma hakkı*, bir teşebbüsün *organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir*. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen

⁷²⁴ Kısaca "Birleşme Tebliği".

226 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir"⁷²⁵.

Kontrol, "her iktisadi yapı içinde, her çeşit teşkilatlanmada, kuruluş amacının ulaşılabilmesi için gereken **karar verme ve icra gücüne sahip olmak**" olarak tanımlanabilir. Bir şirkette, yönetim organı daha çok karar verme ve uygulama gücünü temsil ederken, **kontrol bu güce hâkim olmaktır**⁷²⁶. Bu bağlamda, yukarıdaki fıkrada, kontrol kavramının açılmış hali olarak kullanılan "bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama alanı" ibaresinin, karar verme ve icra gücü ile bağdaştırılması mümkündür.

Tebliğde yer alan belirleyici etkide bulunma hukuki bir işlemin yanı sıra fiili bir durumdan da kaynaklanabilir⁷²⁷. Fiili durum daha çok inançlı sözleşmeler, saman adam belirleme gibi hallerde karşımıza çıkar⁷²⁸.

Kontrol kavramının temelinde **karar verme ve icra gücü üzerinde hâkimiyet tesis etmek** olduğunu tespit ettikten sonra, buradaki hâkimiyet ile TTK'nun 195 ila 206. maddelerinde düzenlenen "şirketler topluluğu" alanında karşımıza çıkan hâkimiyet kavramının özdeş olup olmadığı da incelemeye değerdir.

TTK m.195'deki düzenlemede, bir şirketin başka bir şirket üzerindeki hâkimiyeti, şu hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda söz konusu olacaktır:

- 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahip olması,*
- 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olması,*
- 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturması veyahut bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabilmesi.*

Şirketler topluluğu içinde hâkim şirket statüsünün kazanılabilmesi için, iştiraki olan şirket içinde, öncelikle oy hakkının çoğunluğunun ele

⁷²⁵ Hükümde yer alan kontrolün ele geçirilebilmesine ilişkin düzenleme, AB'nin 4064/89 Sayılı Konsey Tüzüğü'nün 3.maddesi hükmüyle uyumludur.

⁷²⁶ Paslı, s.35.

⁷²⁷ Göksoy, s.239.

⁷²⁸ Göksoy, s.241.

geçirilebilmesi öngörülmüştür. Oy hakkı, şirket ortaklarının genel kurul kararlarına katılım hakkı olarak tanımlanabilir. Burada dikkati çeken konu, şirketlerde karar verme ve icra sürecinin sadece yönetim organları vasıtasıyla yürütülmediği hususudur⁷²⁹. Karar verme ve icra süreci, esasen hem genel kurul hem de yönetim organı tarafından, Kanunda öngörülen sınırlara bağlı kalınarak müştereken yürütülen bir süreçtir. Özellikle, yönetim organlarının seçimi, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi, fesih, birleşme, tür değiştirme gibi önemli kararlar genel kurullar tarafından alınmaktadır. Bu nedenle, oy haklarının çoğunluğunun ele geçirilmesi hâkimiyet tesisindeki ilk faktördür.

Görüldüğü gibi, şirketler topluluğu içinde hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisinin kurulmasında esas alınan hâkimiyet kavramı ile şirketin kendi içindeki kontrolün ele geçirilebilmesi noktasında öngörülen hâkimiyet tesisleri birbirine çok yakın kavramlardır. Dolayısıyla şirketler hukukunda hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki kontrolü ile birleşme veya devralmada söz edilen kontrol birbirine benzeştir.

Gerçekten de şirketler hukuku bakımından ele alındığında, “**bir şirketin karar verme ve icra gücünü kullanabilmek**” Tebliğ’in 5.maddesinde geçen kontrol kavramını en doğru ve öz biçimde açıklamaktadır.

Kontrol kavramına açıklık kazandırdıktan sonra, bir birleşme veya devralmanın, hangi noktada kontrolde kalıcı değişiklik yaratacağı hususuna da değinmek gerekir.

1.2.1. Tebliğ’de Yasaklanan “Hâkim Durum Yaratmaya veya Hâkim Durumu Güçlendirmeye Yönelik Birleşmeler” ve Kurul’un İzni

1.2.1.1. Hâkim Durum Ölçütleri

Hâkim durum, RKHK’nun 3. maddesindeki tanımıyla “ **Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüdür**”.

Hâkim durumun sağlanmasının bazı şartları mevcuttur. Bunlardan ilki, **sürekliliğin sağlanmasıdır**. Geçici süreyle elde tutulan hâkimiyet

⁷²⁹ Paslı, s.42.

halleri, hâkim durumun oluşumunu sağlamaz. AB’de bu sürenin beş yıldan uzun olması esas alınmıştır⁷³⁰. Öte yandan, **Pazar payının büyüklüğü, işletmenin kapasitesi** vb. ölçütler de hâkim durumun belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁷³¹.

Birleşme Tebliği’nde, hâkim durum yaratmak ya da güçlendirmek amacıyla yapılan birleşme ve devralmalar yasaklanmış ve birleşme ya da devralma sonucunda hâkim durum yaratabilecek ya da güçlendirebilecek haller için Kurul’a başvurularak izin alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Aşağıda, hangi hallerde birleşme ve devralmaların Kurul iznine bağlı olduğu açıklanmıştır.

1.2.1.2. Kurul’un İznine Tabi Birleşme ve Devralmalar

Rekabet Kurumu Başkanlığının 2010/4 sayılı Tebliği’nin 7.maddesinde (29.12.2012 tarihli ve 28512 sayılı RG’de yayımlanan 2012/3 sayılı Tebliğ ile değiştirilen maddesi) hangi hallerde Kuruldan izin alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre 01.02.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere;

(1) *Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;*

a) *İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL’yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL’yi veya*

b) *Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL’yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL’yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.*

Öncelikle, hükümde geçen “ciro” kavramının tanımını yapmak gerekir. “Ciro”, Tebliğ’in 8.maddesinin 6.fıkrasında “tek düzen hesap planına göre bildirim tarihinden bir önceki mali yılsonunda veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, bildirim tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan net satışlar” olarak tanımlanmıştır. Cironun hesabında, ürün pazarında değil Türkiye ya da Dünya pazarında elde ettikleri ciro esas alınacaktır⁷³².

⁷³⁰ Akyüz, s.72.

⁷³¹ Akyüz, s.72-73.

⁷³² Daha önceki Tebliğ’de (1997/1) Pazar payı eşiği de öngörülmüştü. Bkz. Güven, s.296.

Bu maddenin 2.fıkrasında, “*ortak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmeyeceği*” belirtilmiştir. Diğer bir deyişle izin müessesesi, esasen ciro ölçütünden daha çok, piyasanın etkilenmesine bağlı kılınmıştır. Öte yandan, “*yukarıda düzenlenen eşiklerin, bu Tebliğin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yılda bir Kurul tarafından yeniden belirleneceği*” de 3.fıkra düzenlenmiştir.

Tebliğ’in 8.maddesinde ciro eşığının hesaplanmasında dikkate alınacak hususlar açıklanmıştır. Buna göre;

(1) *Bu Tebliğin 7 nci maddesinin uygulanması bakımından, her bir işlem tarafının cirosunun hesaplanmasında aşağıdakilerin ciroları toplamı esas alınır:*

a) *İlgili teşebbüs,*

b) *İlgili teşebbüsün doğrudan ya da dolaylı olarak;*

1) *sermayesinin veya ticari varlığının yarıdan fazlasına sahip olduğu veya*

2) *oy haklarının yarıdan fazlasını kullanma yetkisine sahip olduğu veya*

3) *denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama yetkisine sahip olduğu veya*

4) *işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,*

c) *İlgili teşebbüs üzerinde (b)’de sayılan hak ve yetkilere sahip olan kişi veya ekonomik birimler,*

ç) *(c)’de sayılanların, (b)’de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,*

d) *(a)-(ç)’de sayılanların, (b)’de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler.*

1.2.1.3. Birleşme ve Devralmaların Kurul’a Bildirilmesi

Rekabet Kurumunun yayınladığı 2010/4 sayılı Tebliğin 10.maddesinde, izne tabi birleşmelerin kuruma bildirilmesine ilişkin usul düzenlenmiştir. Buna göre;

1) *Bildirim, taraflarca birlikte ya da taraflardan herhangi biri veya bunların yetkili temsilcileri tarafından yapılabilir. Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır.*

230 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

2) *Bildirim, bu Tebliğin ekinde yer alan Bildirim Formuyla⁷³³ yapılır. Ortak bildirimler tek bir formla yapılır. Bildirim Formu ve ekindeki belgeler, ayrıca*

⁷³³ BİRLEŞME VE DEVRALMALAR HAKKINDA BİLDİRİM FORMU (BİLDİRİM FORMU)

(1) Bildirim Formunda istenilen tüm bilgiler eksiksiz olarak doldurulmalıdır. Bununla birlikte;

a) İşlem taraflarından biri, ortak kontrole sahip olduğu bir teşebbüsün tam kontrolünü elde edecekse veya

b) Türkiye ve ilgili coğrafi pazarlar açısından her hangi bir etkilenen pazarda; yatay ilişkiler için işlem taraflarının pazar payları toplamı yüzde yirmiden, dikey ilişkiler için işlem taraflarından birinin pazar payı yüzde yirmi beşten azsa, söz konusu etkilenen pazar için,

Bildirim Formunun 6, 7 ve 8 numaralı maddelerinde istenen bilgilerin verilmesi gerekmektedir(1).

(2) Yukarıda yer verilen koşulların karşılanmadığının ortaya çıkması halinde ya da istisna olarak bu koşullar karşılanmasına rağmen, rekabet endişelerinin tam olarak incelenmesi için Kurum, Bildirim Formunun tamamının doldurulmasını isteyebilir. Kurum, Bildirim Formunun tamamlanmasına karar verdiği takdirde, bildirimde bulunan taraf veya temsilcilerini yazılı olarak bilgilendirir. Bu durumda Bildirim Formu eksik olarak kabul edilir ve tamamlanmış hali Kurumca alındığı tarihte bildirim yapılmış sayılır.

(3) Bildirim, taraflardan herhangi biri veya bunların temsilcileri tarafından yapılabilir. Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır. Yetkisiz kişiler tarafından yapılmış bildirimler geçersiz sayılır.

(4) Bildirime konu olan birleşme veya devralmaya ilişkin anlaşmanın nihai veya mevcut halinin bir kopyası Bildirim Formuna eklenmelidir. Söz konusu anlaşma Türkçe hazırlanmışsa, Türkçe tercümesinin de gönderilmesi gerekmektedir. Kurul, Türkçe tercüme esas alarak karar verir. Yeminli mütercim tarafından yapılmayan tercüme her sayfası teşebbüs yetkilisi veya temsilcisi tarafından onaylanır.

(5) Bildirim, istenen tüm bilgi ve belgeleri tam ve doğru olarak içermelidir. İstenen bilgi ve belgelerin bir kısmının tarafların elinde olmaması halinde, tarafların bunun nedenlerini belirtmek, söz konusu bilgi ile ilgili ellerindeki en sağlıklı tahmini verileri sağlamaları ve bu tahmini verileri dayandırdıkları kaynaklara dair açıklama yapmaları gerekmektedir. Tarafların ellerinde olmayan bilgi veya belgelerin nereden elde edilebileceğini de belirtmeleri gerekmektedir.

(6) Bildirim Formunda yanlış ya da yanıltıcı beyanda bulunanlar hakkında Kanunun 16 ncı maddesi çerçevesinde para cezası uygulanır.

1. Birleşme veya devralmanın kapsamı

1.1. İlgili teşebbüsleri, işlemin niteliğini (birleşme, devralma ya da ortak girişim), etkilenen pazarları ve işlem taraflarının faaliyet alanlarını içerecek şekilde birleşme veya devralma işlemi hakkında bilgi veriniz.

1.2. Birleşme veya devralma işleminin Kurum internet sayfasında duyurulmasında kullanılmak üzere, 1.1 numaralı maddede istenen bilgileri ticari sır içermeyecek şekilde özetleyiniz.

2. Taraflar

2.1. Bildirimde bulunan tarafın (tarafların) adı-ticari unvanı, adresi, telefon ve faks numaraları ile varsa internet adresini yazınız.

2.2. Bildirimin bir temsilci tarafından yapıldığı hallerde, temsilcinin adı, soyadı, adresi, telefon ve faks numaraları ile e-posta adresini yazınız.

2.3. Birleşme veya devralmanın diğer tarafının (taraflarının) adı-ticari unvanı, adresi, telefon ve faks numaraları ile varsa internet adresini yazınız.

2.4. Birleşme veya devralmanın taraflarından, gerektiği takdirde bağlantı kurulabilecek bir yetkilinin adı, soyadı, görevi, adresi, telefon ve faks numaraları ile e-posta adresini yazınız.

2.5. Tebligat adresini yazınız.

3. Birleşme veya devralmaya yönelik diğer bilgiler

3.1. Birleşme veya devralmanın gerçekleşmesi için öngörülen önemli işlemleri ve bunların planlanan veya beklenen tarihlerini yazınız.

3.2. Birleşme veya devralma işleminin ekonomik gerekçesini belirtiniz.

3.3. Tebliğin 8 inci maddesi bağlamında işlem taraflarının cirolarını ayrıntılı olarak yazınız.

3.4. Bildirime konu olan birleşme veya devralma işleminin değerini (duruma bağlı olarak satış bedeli veya işlem kapsamındaki mal varlıklarının değeri) belirtiniz.

3.5. İşlem taraflarının etkilenen pazarlarda son üç yılda gerçekleştirdikleri birleşme veya devralmalar hakkında bilgi veriniz.

4. Kontrol yapısı

4.1. İlgili teşebbüslerin işlemden önceki ve sonraki sahiplik, kontrol ve yönetim yapısını açıklayınız.

4.2. Birleşme veya devralma işlemine ilişkin olarak;

a) İlgili teşebbüsleri doğrudan ya da dolaylı kontrol eden her bir kişi veya ekonomik birimi,

b) İlgili teşebbüsler tarafından doğrudan ya da dolaylı kontrol edilen her bir kişi veya ekonomik birimi,

c) (a)'da belirtilenler tarafından doğrudan ya da dolaylı kontrol edilen ve etkilenen pazarlarda faaliyet gösteren her bir kişi veya ekonomik birimi,

Kontrolün niteliğini ve kontrolü sağlayan araçları da belirterek ve gerekiyorsa organizasyon şeması kullanarak gösteriniz.

4.3. İşlem taraflarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde on veya daha fazla oy hakkına, sermayesine ya da malvarlığına sahip olduğu ve etkilenen pazarlarda faaliyet gösteren diğer kişi veya ekonomik birimleri belirterek, bunların sermaye, hisse ve sahiplik yapısına ilişkin bilgi veriniz.

4.4. İşlem taraflarının yönetim yapısında yer alan ve aynı zamanda etkilenen pazarlarda faaliyet gösteren başka teşebbüslerin denetim veya yönetim kurullarında yer alan kişilerin adlarını, görevlerini de belirtmek suretiyle yazınız.

5. Pazar tanımları(2) ve pazar payları

Aşağıdaki tanımları göz önüne alarak, istenen bilgileri veriniz.

İlgili ürün pazarı

İlgili ürün pazarının tespitinde, tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir.

İlgili coğrafi pazar

İlgili coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri, tüketici tercihleri, giriş engelleri, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır.

Etkilenen pazarlar

Bildirim konusu işlemden etkilenme ihtimali olan ve

a) Taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu (yatay ilişki),

b) Taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu (dikey ilişki), ilgili ürün pazarları, etkilenen pazarları oluşturmaktadır.

5.1. Kurulun bu bildirimini değerlendirirken esas alması gerektiğini düşündüğünüz etkilenen pazarları tanımlayınız ve gerekçelerinizi belirtiniz. Bu pazarlara denk gelen NACE Rev.2 kodlarını yazınız (3).

5.2. Etkilenen pazarlar açısından ilgili coğrafi pazarları tanımlayınız ve gerekçelerinizi belirtiniz.

5.3. Türkiye ve ilgili coğrafi pazarlar açısından her bir etkilenen pazar için son üç yıla ait olmak üzere;

a) Satış değeri ve satış miktarı (birim olarak) bakımından pazarın toplam büyüklüğü (kaynak göstermek suretiyle),

b) İşlem taraflarına ait satış değeri ve satış miktarı bilgileri ile pazar payları,

c) Yüzde beşten fazla pazar payına sahip rakiplerin ticari unvanları ve pazar payları (kaynak göstermek suretiyle),

c) (c)'de belirtilen rakiplerin iletişim bilgileri, hakkında bilgi veriniz.

5.4. Etkilenen pazarların dışında, bildirim konusu işlemin önemli etkisinin olabileceği pazarların ürün ve coğrafi açıdan kapsamlarını tanımlayınız. Aşağıdaki durumlar, söz konusu pazarlara örnek olarak verilebilir:

a) İşlem taraflarından herhangi birinin yüzde yirmi beşten fazla pazar payının olması ve diğer işlem taraflarından birinin o pazar için potansiyel bir rakip olması. Bir teşebbüs, özellikle, pazara girmek için planlar yapmışsa ya da son iki yılda bu planları geliştirmiş veya gerçekleştirmeye çalışmışsa potansiyel rakip olarak kabul edilebilir.

b) İşlem taraflarından herhangi birinin yüzde yirmi beşten fazla pazar payının olması ve diğer işlem taraflarından birinin o pazar için önemli fikri mülkiyet haklarına sahip olması.

c) İşlem taraflarından herhangi birisinin, bir başka işlem tarafının faaliyette bulunduğu ürün pazarıyla yakından ilişkili komşu pazar niteliğindeki bir ürün pazarında bulunması ve bu pazarlardan her hangi birisinde tarafların münferit veya birleşik pazar paylarının yüzde yirmi beşten fazla olması. Ürünler birbirini tamamladığı takdirde(4) veya genellikle aynı nihai kullanım için aynı müşteri grubu tarafından satın alınan ürün gamına ait olduğu takdirde, ürün pazarları yakından ilişkili komşu pazarlar olarak kabul edilir.

6. Etkilenen pazarlara ilişkin bilgiler

6.1. Etkilenen pazarlara ilişkin olarak; ithalat koşulları (varsa kota veya tarife bilgileri ya da diğer kısıtlamalar) hakkında bilgi vererek, son üç yıla yönelik ilgili teşebbüslerin ithalat miktarları ile toplam ithalat miktarını belirtiniz.

6.2. İşlem taraflarına etkilenen pazarlarda mal veya hizmet temin eden en büyük beş sağlayıcının adı, adresi, telefon ve faks numaraları ile varsa internet adresi ve gerektiğinde bağlantı kurulabilecek bir yetkilisinin adı ve soyadını yazınız.

6.3. İşlem taraflarının etkilenen pazarlardaki en büyük beş müşterisinin adı, adresi, telefon ve faks numaraları ile varsa internet adresi ve gerektiğinde bağlantı kurulabilecek bir yetkilisinin adı ve soyadını yazınız.

6.4. Etkilenen pazarlardaki arz yapısına ilişkin olarak aşağıdaki hususları da kapsayacak şekilde bilgi veriniz.

a) Dağıtım kanalları hakkında bilgi veriniz.

b) Türkiye’deki son üç yıldaki (tahmini) toplam kapasiteye ilişkin bilgi veriniz. Bu döneme ilişkin olarak işlem taraflarından her birinin üretim kapasitesini, kapasite kullanım oranlarını ve üretim tesislerinin yerlerini belirtiniz.

c) İlgili teşebbüslerden veya rakiplerinden herhangi birinin yakın zamanda üretim ya da satış kapasitesini genişletme veya daraltma planları olup olmadığını (biliniyorsa) belirtiniz.

6.5. Etkilenen pazarlardaki talep yapısı hakkında (pazarın evreleri [büyüme, olgunluk, küçülme gibi], talebin tahmini büyüme oranı, müşteri tercihleri [satış öncesi ve sonrası hizmetler, marka bağımlılığı ve ağ etkileri gibi hususlar çerçevesinde], müşteri grupları, müşterilerin bölgesel dağılımı, münhasır dağıtım anlaşmaları ve uzun vadeli anlaşmaların önemi gibi pazarın talep yapısı bakımından önemli olan hususları içerecek şekilde) detaylı bilgi veriniz.

6.6. Etkilenen pazarlardaki teşebbüs birlikleri hakkında bilgi veriniz. Bu birliklerde temasa geçilebilecek kişinin adı, adresi, telefon ve faks numaraları ile varsa teşebbüs birliğinin internet adresini belirtiniz.

7. Pazar giriş koşulları ve potansiyel rekabet

7.1. Etkilenen pazarlara giriş koşulları ve potansiyel rekabet hakkında bilgi veriniz (yasal giriş engelleri, ölçek ekonomileri, ağ etkileri, fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan kısıtlamalar, hammadde ve tedarik kaynaklarına erişim, üretim, dağıtım sistemlerinin kurulması, reklam, marka bağımlılığı vb.)

7.2. Son beş yılda, etkilenen pazarlara yeni giren herhangi bir teşebbüs olduysa, bu teşebbüsün adı, adresi, telefon ve faks numaralarını ve tahmini pazar payı ile birlikte gerektiğinde görülebilecek bir yetkilisinin adı ve soyadını belirtiniz.

7.3. Yakın zamanda etkilenen pazarlara yeni bir teşebbüsün giriş yapacağı biliniyorsa, bu teşebbüsün adı ve irtibat bilgilerini belirtiniz.

8. Etkinlik kazanımları

Birleşme veya devralma sonucunda tüketici yararına olan etkinliklerin ortaya çıkacağını düşünüyorsanız, bu bölümde istenen bilgileri veriniz.

8.1. Birleşme veya devralma işlemi sonucunda ortaya çıkması beklenen etkinlikleri, mümkünse sayısallaştırarak belirtiniz.

8.2. Birleşme veya devralma işlemi sonucunda ortaya çıkması beklenen her bir etkinlik için;

a) Birleşme veya devralma işleminin bu etkinliği nasıl sağlayacağını, etkinlik kazanımı için gerekli süre ve masrafları belirtiniz.

b) Etkinliğin nasıl ölçüldüğüne ilişkin bilgi veriniz.

c) Tüketicilerin etkinlikten nasıl yararlanacağını detaylı olarak açıklayınız.

9. Ortak girişimler

9.1. Ana teşebbüslerden en az ikisi ortak girişimle aynı pazarda veya bu pazarın alt veya üst pazarında ya da bu pazarla yakından ilişkili komşu pazarda faaliyette bulunuyorsa;

a) Ortak girişimin oluşturulmasının bağımsız teşebbüsler arasında Kanunun 4 üncü maddesi çerçevesinde rekabeti kısıtlayan işbirliğine yol açmadığını düşünüyorsanız, bu görüşünüzün dayanaklarını açıklayınız.

b) (a)’da belirtilen görüşünüz saklı kalmak kaydıyla, Kanunun 5 inci maddesi çerçevesinde işleme muafiyet tanınmasını gerektirecek nedenleri açıklayınız.

10. Bildirime ilişkin diğer hususlar

234 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

elektronik ortamda hazırlanarak elden veya posta ile Ankara'da bulunan Kurum merkezine iletilir. Evraklar arasında kopyalar varsa, bildirimde bulunanların bunların asıllarına uygunluğunu onaylamaları gerekir.

(3) Bildirim, istenen tüm bilgi ve belgeleri tam ve doğru olarak içermelidir. Bu bilgilerde Kurul karar verene kadar oluşacak değişiklikler gecikmeksizin Kurula bildirilmelidir. Bildirim Formunda yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunanlar hakkında Kanununun 16 ncı maddesi uyarınca idari para cezası uygulanır.

(4) İzne tabi birleşme veya devralmalara ilişkin olarak yapılan bildirim hakkında Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde açıkça veya aynı maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde zımnen bir karar verilmeden önce birleşme veya devralma hukuken geçerlilik kazanamaz.

10.1. Bildirime konu olan birleşme veya devralma konusunda belirtmek istediğiniz diğer hususları yazınız.

11. Bildirimin ekleri

Yukarıda yer alan bilgilere ek olarak taraflar;

11.1. Bildirime konu olan ve birleşme veya devralmayı düzenleyen anlaşmanın nihai veya mevcut halinin bir kopyasını,

11.2. Birleşme veya devralmaya ilişkin diğer belgelerin bir kopyasını,

11.3. Bildirim Formunun 3.3 üncü maddesinde istenen bilgilere yönelik teşebbüslerin en son hesaplarını gösteren ve resmi makamlarca onaylanmış belgeleri,

11.4. İlgili teşebbüslerin etkilenen pazarlara yönelik (varsa) işlem taraflarınca veya üçüncü kişilerce yapılmış olan planlama, pazar araştırmaları ve bu konudaki diğer çalışmaları,

11.5. Birleşme veya devralmaya ilişkin verilecek taahhüt varsa, bunu detaylı olarak içeren imzalı taahhüt metnini,

11.6. Bildirimi yapanın yetkili olduğunu gösteren belgeleri bu Bildirim Formuna eklerler. Bildirim Formunda yer alan bilgilerin doğru olduğunu beyan ederiz.

Adı, soyadı

Tarih / İmza

(1) Etkilenen pazarlar, yatay ve dikey ilişkiler Bildirim Formunun 5 inci maddesinde tanımlanmıştır.

(2) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz

(3) NACE Rev.2 kodları için bkz. www.rekabet.gov.tr

(4) Bir ürünün kullanılması (tüketimi) esas olarak diğerinin kullanılmasını (tüketilmesini) gerektiriyorsa, örneğin zimbalar ile zimba telleri ve yazıcılar ile yazıcı kartuşları gibi, bu ürünler birbirini tamamlayan ürünler olarak kabul edilir.

(5) *Bildirilmesi zorunlu olan birleşme veya devralma işlemlerinin Kurula bildirilmemesi veya işlem gerçekleştirildikten sonra bildirilmesi halinde Kanununun 11 inci maddesi uygulanır.*

(6) *İzne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Kurulun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde Kanununun 16 ncı maddesi uyarınca idarî para cezası uygulanır. İdarî para cezası birleşme işlemlerinde tarafların herbirine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir.*

(7) *Birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirilme tarihi, kontrolün değiştiği tarihtir.*

1.2.1.4. Bildirimin Geçerlilik Tarihi

Tebliğin 11.maddesinde ise bildirim geçerlilik tarihi düzenlenmiştir. Buna göre;

1) *Bildirim, Kurul kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılır. Bildirim Formunda istenen bilgilerin yanlış, yanltıcı veya eksik olması ya da bu bilgilerde değişiklik yapılması halinde bildirim, bu bilgilerin tamamlandığı veya değiştirildiği tarihte yapılmış sayılır.*

2) *Mevzuat gereği bir kamu kurum veya kuruluşundan görüş alınması gerektiği hallerde Kanununun 10 uncu maddesindeki süreler, görüşün Kurul kayıtlarına intikaliyle başlar.*

Tebliğin 12.maddesinde birleşme ve devralmaların duyurulması düzenlenmiştir. Buna göre;

Kurum, bildirilen birleşme ve devralmaları, ilgili teşebbüsler ile faaliyet alanlarını içerecek şekilde internet sayfasında duyurur.

1.2.1.5. Kurul'un Değerlendirmesi

Tebliğ'in 13.maddesinde, kendisine bildirim yapılan birleşme ve devralmalar hakkında Kurul'un değerlendirme usul ve esasları düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul, şu esaslar çerçevesinde değerlendirme yapar:

a) Birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutulur.

236 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

b) Tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez.

c) Teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması,

Kanunun 4 üncü ve 5 inci maddeleri çerçevesinde de değerlendirilir.

d) Kurul, bu Tebliğin 7nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerine ya izin verir ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ eder. Bu durumda, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde Kanunun 40 ila 59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır. Kurul, izin kararında şart ve yükümlülük öngörebilir.

e) Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşırıp aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır.

III. AVRUPA BİRLİĞİNDE BİRLEŞMELERİN DENETLENMESİ

AET'ü kuran 25.03.1957 tarihli Roma Antlaşmasınının 85/1 maddesi hükmü ile işletmelerin rekabete aykırı anlaşmalar yapmaları yasaklanmıştır. Bununla birlikte, süreç içinde, Roma Antlaşmasınının 85.maddesinin, birleşme yoluyla rekabetin bozulmasına durumunda etkin bir denetleme sağlamadığı görüldüğünden, 21.12.1989 tarihinde 4064/89 sayılı "Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmanın Denetimi" (Control of Concentrations Between the Undertakings) AET Konsey Tüzüğü kabul edilmiştir. Tüzük kapsamına, kömür ve çelik sanayi dışındaki (bu alandaki birleşmelerin denetimi AKÇT Anlaşması ile düzenlenmiştir⁷³⁴) tüm sektörler dâhil edilmiştir.

⁷³⁴ Eryürekli, s.43.

1993 yılında Maastricht Antlaşması ile AET'dan AB'ne geçişi müteakip, 20.01.2004 tarihinde 139/2004 sayılı " Teşebbüsler arasındaki Yoğunlaşmanın Denetimine İlişkin Konsey Tüzüğü" kısaca "Birleşme Tüzüğü" kabul edilmiştir.

07.04.2004 tarihinde, 802/2004 sayılı, Komisyon Uygulama Tüzüğü kabul edilmiştir. Komisyon, 16.04.2008 tarihinde, 139/2004 sayılı Tüzüğe ilişkin "Birleştirilmiş Yargılama Bildirimi" (Consolidated Jurisdictional Notice) yayımlamıştır.

Toplam 26 maddeden oluşan Birleşme Tüzüğü m.3'de yoğunlaşmanın tanımı, m.4'de yoğunlaşmanın komisyona önceden bildirilmesi, m.5'de ise cironun (turnover) hesaplanma şekli düzenlenmiştir.

Tüzük m.5/5'de, teşebbüslerin fıkra 4 (b)'de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olmaları durumunda, ilgili teşebbüsün toplam cirosunun hesaplanmasında;

a) Müşterek teşebbüs ve ilgili her teşebbüs ya da onlardan herhangi biriyle fıkra 4 (b)- (e)'de belirtildiği gibi bağlantılı bir teşebbüs arasındaki ürün satışı veya hizmet tedarikinden kaynaklanan ciro dikkate alınmaz,

b) Müşterek teşebbüs ile üçüncü bir teşebbüs arasındaki ürün satışı veya hizmet tedarikinden kaynaklanan ciro dikkate alınır. Bu ciro ilgili teşebbüsler arasında eşit olarak paylaşılır.

DÖRDÜNCÜ KISIM

BİRLEŞMEDE VERGİLENDİRME

I. GENEL OLARAK

Birleşmenin en önemli nedenlerinden biri de vergi avantajlarından yararlanmaktır⁷³⁵. Çeşitli vergi kanunlarında yer alan birleşmeye ilişkin hükümler incelendiğinde, gerçekten de birleşme işleminin vergisel açıdan birçok avantaj sağladığı da görülmektedir. Bu Bölümde, birleşme işleminin vergisel boyutu incelenmiştir.

II. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU (KVK) ÇERÇEVESİNDE VERGİLENDİRME

13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK), şirket birleşmeleri konusunda, TTK'dan farklı ve anlaşılması zor düzenlemeler ortaya koymuştur. Türk'ün de isabetle belirttiği gibi vergi hukukunun bakış açısı değişiktir ve kullanılan terimlerde de bu değişiklik hemen belli olur⁷³⁶.

KVK'da, birleşme konusundaki düzenlemelere geçmeden önce şirketlerin vergilendirmesi konusundaki genel ilkeleri açıklamakta yarar vardır. Öncelikle, kanuni veya iş merkezleri Türkiye'de bulunan ve 1.maddede yazılı olan kurumlar (Sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadî kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler, iş ortaklıkları) tam mükellef olarak vergilendirilir. Bu da, bahse konu şirketlerin yurt içi veya yurt dışından elde ettikleri kazanç ve iratlar üzerinden Türkiye'de kurumlar vergisine tabi olması anlamına gelir (KVK m.3/1).

Kanuni ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye'de olmayan kurumlar ise dar mükellefiyet kapsamında vergilendirilir (KVK m.3/2).

KVK'nun Dördüncü Bölümü 17 ila 20.maddeleri arasında "Tasfiye, Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi" konuları düzenlenmiştir. Kanunda devir niteliği taşımayan birleşme ve devir nitelikli birleşme ayrı ayrı düzenlenmiş ve devir niteliği taşımayan, TTK'da düzenlenen şekliyle bir-

⁷³⁵ Akyüz, s.61.

⁷³⁶ Türk, Hikmet Sami: Ticari Ortaklıkların Birleşmesinde "Nevilerin Aynı Olması" Koşulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın no:186, Ankara, 1986, s.132. (Nevi)

240 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

leşme vergilendirilmiş (vergili birleşme), devir nitelikli birleşme ise vergilendirilmemiş (vergisiz birleşme) birleşme olarak sınıflandırılmış ve birleşmeden doğan kazançlar vergi dışında tutulmuştur⁷³⁷.

KVK m.18'de, "Birleşme" kenar başlığı altında, "Bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir" esası ortaya konulmuştur. Burada söz edilen birleşme, TTK'daki hem devralma yoluyla birleşme hem de yeni şirket kurma yoluyla birleşmeyi kapsar niteliktedir⁷³⁸.

KVK m.19/1 hükmü ise, "birleşme sonucunda infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye'de bulunması ve münfesihi kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından bir bütün halinde devralınması ve aynen bilançoya geçirilmesi halinde bu tür birleşmelerin devir niteliğinde olduğunu" öngörerek bu durumda KVK m.20'deki düzenlemenin uygulanacağına amirdir.

KVK m.18 ve m.19 hükümlerinde birleşme ve devir olarak iki farklı yaklaşım ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, m.18'da düzenlenen birleşme vergili modeldir. KVK m.19'daki devir ise vergisiz bir işlemdir. KVK m.19'daki devir ile TTK m.136 çerçevesinde devralma yoluyla birleşmedeki devir birbirinden farklıdır⁷³⁹.

1. TASFİYE HÜKMÜNDE BİRLEŞME (VERGİLİ BİRLEŞME)

1.1. Hukuki Çerçevesi

KVK m.18/1 hükmü uyarınca "bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir. Ancak, birleşmede tasfiye kârı yerine birleşme kârı vergiye matrah olur". Bu hüküm, TTK'nun birleşmeye ilişkin esaslarından farklılık göstermektedir. Öncelikle, TTK m.153/1 hükmü gereği, birleşme kararının tescili ile devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer. Diğer bir deyimle, sona eren şirket tasfiyeye girmeden sona erer ve sicilden silinir. Oysaki KVK m.18/1 hükmü ile birleşme sonucu infisah eden şirket tasfiyeye girmiş sayılacak ve tasfiye halini düzenleyen m.17 hükmüne tabi olacaktır. Bununla birlikte, m.17/4 hükmünde yer alan "tasfiye karı" yerine "birleşme karı" vergiye matrah oluşturacaktır⁷⁴⁰. Sonuçları açısından bakıldığında,

⁷³⁷ Gökbel, Doğan: Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırılması, s.31 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

⁷³⁸ Kavak, s.157.

⁷³⁹ Geray, s.28.

⁷⁴⁰ Gökbel, s.33.

KVK m.18/1 hükmü ile birleşme ile sona eren şirket/şirketlerin vergilendirilmesi⁷⁴¹ ve böylece birleşen şirketin bilançosundaki değerlerin devralan şirket tarafından doğrudan doğruya vergisiz biçimde sermayeye dönüştürülmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır⁷⁴².

KVK m.18/2 hükmü, “birleşme karı”nın tespitindeki esasları öngörmektedir. Buna göre, tasfiye kararının tespiti hakkındaki hükümler, birleşme kararının tespitinde de geçerlidir. Sona eren şirketin ortaklarına, devralan şirket tarafından doğrudan veya dolaylı olarak verilen değerler, şirketin tasfiyesi halinde ortaklara dağıtılan değerler yerine geçer. Devralan şirketten alınan değerler ise, VUK’daki esaslara göre değerlendirilir.

Son olarak KVK m.18/3 hükmü ile de, m.17 hükmü uyarınca tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevlerin, devralan şirkete ait olacağı öngörülmüştür.

KVK m.18/1 kapsamındaki birleşmede, katılan şirketler hem birleşme gerçekleşene kadarki dönem içindeki kazançlarından dolayı vergilendirmeye tabidir hem de birleşmeden sonra “birleşme karı” nedeniyle devralan ya da yeni kurulan şirket açısından vergi borcu doğar.

TTK m.140/1 gereği devralma yoluyla birleşmelerde, devralan şirket tarafından, devrolunan şirketin ortaklarına pay senedi veya ortaklık hakkı verilecektir. Bu maksatla, devralan şirketin sermaye artırımına gitmesi gerekir. Eğer devralan şirketin çıkaracağı pay senetleri için (anonim şirketlerde), pay bedelinin itibari değerinin üstünde bir rakam belirlenirse bu durumda birleşme priminden söz edilecektir. Bu durumda artırılan sermaye tutarı, devralınan malvarlığından daha az olacak ve şirkete gelir sağlayacaktır⁷⁴³. Yeni şirket yoluyla birleşmede ise, yeni kurulan şirketin esas sermaye payı, birleşen şirketlerin malvarlığı değeri olduğu için birleşme primi söz konusu olmayacaktır⁷⁴⁴.

TTK’da, kolaylaştırılmış birleşme olarak adlandırılan birleşme türünde ise, devralan şirkette, devrolunan şirketin iştiraki olduğu için, devralan şirketin pay senetlerinin devrolunan şirketin pay senetlerine göre daha değerli olması durumunda ortaya çıkan kar, kurumlar vergisi ve gelir vergisinden istisnadır⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ Akyüz, s.62.

⁷⁴² Geray, s.28.

⁷⁴³ Kavak, s.167.

⁷⁴⁴ Kavak, s.168.

⁷⁴⁵ Kavak, s.168.

1.2. Sonuç

KVK m.18 hükmünün yorumlanmasından çıkan sonuçlar şöyle özetlenebilir:

1) TTK'da öngörülen devralma yoluyla birleşme ve yeni şirket kurma yoluyla birleşme ayrımı dikkate alınmaksızın, birleşme ile infisah eden yani sona eren şirket/şirketler tasfiyeye girmiş olarak kabul edilmekte ve vergi matrahı için tasfiye karı olarak birleşme karı vergilendirilmektedir.

2) Birleşme kararının tespitinde, devrolunan şirketin ortaklarına, devralan şirket tarafından "verilen değerlerin" şirketin tasfiyeye girmesi durumunda ortaklara "dağıtılan değerler" yerine geçeceği belirtilmiştir. TTK'da, devralınan şirketin ortaklarına, devralan şirket tarafından "verilen şeyler" iki grupta toplanmaktadır. Bunlar, devralınan şirketin ortakları için öngörülen ayrılma akçesi (TTK m.141) ve devralan şirket tarafından yapılan sermaye artırımını ile şirketteki payları oranında önceden belirlenen değişim oranı kapsamında, tevdi edilen ve devralan şirkette ortaklık hakkı tanıyan paylardır (TTK m.142). Bu iki değer yanı sıra, TTK m.140/2 gereği, ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilmektedir. Bu miktarın da birleşme karı kapsamında değerlendirilmesi doğru olacaktır. Çünkü denkleştirme akçesi, devrolunan şirket ortaklarına sağlanan dolaylı bir değerdir. Gelir vergisi boyutuyla dağıtılan bu değerlerin şirket ortakları açısından menkul sermaye iradı olarak değerlendirilmesi mümkündür.

3) KVK m.18 ile devrolunan şirketin birleşme karı, şirketin tasfiyesi ile ortaya çıkan tasfiye karına eşdeğer olduğuna göre tasfiye kararının hesaplanmasında öngörülen ölçütler, birleşme kararının hesaplanmasında da öngörülmelidir. Buna göre, devrolunan şirket için birleşme karı birleşme döneminin sonundaki servet değeri ile birleşme döneminin başındaki servet değeri arasındaki olumlu fark olarak tanımlanabilir (KVK m.17/4'de yer alan tasfiye karı tanımından yola çıkılarak). Birleşme karı hesaplanırken, aynı tasfiye kararında olduğu gibi,

a. Birleşme dönemi öncesi ortaklara veya kurum sahiplerine birleşme esnasında avans olarak veya diğer şekillerde yapılan her türlü ödemeler birleşmenin sonundaki servet değerine,

b. Mevcut sermayeye ilave olarak ortaklar veya sahipleri tarafından yapılan ödemeler ile birleşme esnasında elde edilen ve vergiden istisna edilmiş

olan kazanç ve iratlar birleşme döneminin başındaki servet değerine eklenir (KVK m.17/4 a.1 ve 2 hükümlerine kıyasen).

1) KVK m.17/4 hükmü, bizi, birleşme döneminin başlangıç ve bitimine dair net bir dönem hesaplamasına zorlamaktadır. Birleşmelerde başlangıç ve bitime ilişkin belli bir dönemden bahsetmek olanaksızdır⁷⁴⁶. Birleşme döneminin başlangıcı ve sonu hakkında, tasfiye döneminin başlangıcı ve sonu ile ilgili KVK m.17/1a hükmünden yola çıkarsak, birleşme sözleşmesinin katılan şirketlerin genel kurulları tarafından onaylandığı tarihte (TTK m.145) başlayıp, birleşme kararının ticaret siciline tescili (TTK m.152) ile sona erdiğini söyleyebiliriz⁷⁴⁷. Tescil tarihi aynı zamanda, birleşme bilançosunun kesinleştiği tarihtir⁷⁴⁸.

2) KVK m.17/2 ile tasfiye beyannamesi verilmesi hükme bağlanmıştır. Kıyas yoluyla, hesap dönemi⁷⁴⁹ başından birleşme kararının tescil ve ilan edildiği döneme ait kıst dönemi beyannamesi ve birleşme dönemine ait birleşme beyannamesi verilmesi gerekecektir⁷⁵⁰. Kıst dönem beyanname, tescili izleyen aydan itibaren 4 ay içinde (4.ayın 25.günü akşamına kadar) verilmelidir (KVK m.14/3). Birleşme beyannamesi ise, kararın tescilinden itibaren 30 gün içinde devralan şirket veya yeni kurulan şirket tarafından verilir⁷⁵¹. Birleşme, kıst döneminden önce tamamlanırsa, kıst döneme ait beyannamenin, birleşme beyanname verme süresi içinde birleşme beyannamesiyle birlikte verilmesi gerekir⁷⁵². Beyanname, sona eren şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesine verilir. Devralan veya yeni kurulan şirket, birleşme beyannamesine göre hesaplanan vergi dâhil tüm vergiler ödenmeden, yeni ortaklarına pay senedi tevdi edemez⁷⁵³.

3) Birleşmeye katılan şirketlerin zarar etmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda, birleşmeden önceki döneme ait zararları KVK m.9 hükmü kapsamında, birleşme dönemindeki zararı ise birleşme karından mahsup edilebilir.

⁷⁴⁶ Akyüz, s.62.

⁷⁴⁷ Aynı görüş için bkz. Akyüz, s.62.

⁷⁴⁸ Akyüz, s.62.

⁷⁴⁹ Kurumlar vergisinde vergilendirme dönemi hesap dönemidir (KVK m.16/1, ilk cümle).

⁷⁵⁰ Akyüz, s.64. Dipnot 188'den alıntı: Şirin, Z.Ertunç: Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Vergilendirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s.70.

⁷⁵¹ KVK m.17/2 kıyasla.

⁷⁵² Akyüz, s.65, Kavak, s.179.

⁷⁵³ Akyüz, s.65.

2. DEVİR NİTELİĞİNDE BİRLEŞME (VERGİSİZ BİRLEŞME)

2.1. Hukuki Çerçevesi

KVK m.19'da, bazı şartlar altında gerçekleşen birleşmelerin *devir hükmilerine* tabi olması öngörülmüştür. Bu şartlar, birleşme sonucunda infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye'de bulunması ve münfesihi kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından bir bütün halinde devralınması ve aynen bilançoya geçirilmesi olarak belirtilmiştir. Bu şartları taşıması kaydıyla yapılan birleşmelerde *"sona eren şirketin sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançların vergilendirileceği, birleşmeden doğan kârların ise hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği"* hükme bağlanmıştır (m.20/1).

Kanunda, bu iki şartın "bir arada olmak kaydıyla" devir hükümlerini taşıyacağı hususunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, biz iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Görüldüğü gibi, birleşme türleri konusunda TTK ile KVK arasında önemli farklar vardır. TTK'da öngörülen devralma yoluyla birleşme ile burada bahsedilen devir aynı anlama gelmemektedir⁷⁵⁴. KVK'daki devir, TTK anlamında bir birleşme türü değil, belli özellikler taşıyan bir birleşmedir⁷⁵⁵. Bu çerçevede, KVK'a göre, birleşme iki şartın bir arada olması durumunda devir olarak nitelendirilmektedir. Devir niteliği taşıdığı için de artık m.18'deki "tasfiye" ve "tasfiye kararı"ndan dolayısıyla bu tür birleşmede bir "birleşme kararı"ndan da söz etmek mümkün değildir. Bu şartları yakından incelemek gerekir.

2.1.1. Birleşme Sonucunda İnfisah Eden ve Devralan (Birleşilen) Şirketlerin Kanuni veya İş merkezlerinin Türkiye'de Olması.

KVK m.19 hükmünden yararlanmak için, birleşmeye katılan tüm şirketlerin kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye'de olması yani her iki şirketin de tam mükellefiyete tabi olması gerekir⁷⁵⁶. Tam mükellef olmak, işletmenin hem Türkiye'de hem de Türkiye dışında elde edilen kazançlarının tamamı üzerinden vergilendirilmesi, dar mükellefiyet ise sadece Türkiye sınırları içindeki kazançlarının vergilendirilmesi anlamını taşır (KVK m.3/1,2).

⁷⁵⁴ Kavak, s.158, Türk, H.S, s.132 (Nevi).

⁷⁵⁵ Türk, H.S. s.132, (Nevi).

⁷⁵⁶ Kavak, s.176, Yavaşlar, Funda Başaran: Birleşen Sermaye Şirketi Ortaklarının Vergilendirilmesi, s.114 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

2.1.2. Münfesih Şirketin Devir Tarihindeki Bilanço Değerlerini, Devralan Şirketin Bir Bütün (Kül) Olarak Devralması ve Aynen Kendi Bilançosuna Geçirmesi.

Devrolunan veya yeni kuruluşta birleşen şirketlerin bilançolarının, hiçbir değişiklik yapılmadan devralan veya yeni kurulan şirketin bilançosuna eklenmesi gerekir⁷⁵⁷. Burada sona eren şirketin bilançosunun aktif ve pasif kalemlerdeki yer alan cari değerlerde hiçbir değişiklik yapılmaması önem taşır. Bu işlem ile devralınan kurumun bilançosunda yer alan aktiflerin cari değerleri ile kayıtlı değerleri arasındaki fark olarak bir gizli yedeğin ayrılması önlenmek istenmiştir. Burada bir vergi istisnası ya da muafiyeti söz konusu değildir⁷⁵⁸.

Devralan şirketin sona eren şirkette iştiraki olması yani sona eren şirketin paylarının bir bölümüne sahip olması durumunda doğal olarak bu pay oranında sermaye artışından düşülmesi nedeniyle acaba devir yoluyla birleşmede sorun yaşanır mı? Bu soruya verilecek cevap olumsuzdur. Yani böyle bir durumda da devir yoluyla birleşme mümkündür.

KVK m.20/1’de, Kanunda öngörülen şartlara uyulduğu takdirde, “münfesih kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançların vergilendirileceği, birleşmeden doğan kârların ise hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği” hükme bağlanmıştır. Bu şartlar şöyle sıralanmıştır:

a) Şirket yetkili kurulunun devre ilişkin kararının Ticaret Sicilinde tescil edildiği tarih, devir tarihidir. Sona eren kurum ile birleşilen kurum;

1) Devir tarihi itibarıyla hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesih kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesi ile

2) Devir işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde, münfesih kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesih kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesini, birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde münfesih kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verirler.

b) Birleşilen kurum, münfesih kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini münfesih kurumun birleşme

⁷⁵⁷ Geray, s.29.

⁷⁵⁸ Gökbel, s.32.

246 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde vereceği bir taahhütname ile taahhüt eder. Mahallin en büyük mal memuru, bu hususta birleşilen kurumdaki ayrıca teminat isteyebilir.

2.2. Görüşümüz

Devir niteliğindeki birleşmenin tasfiye hükümlerine tabi birleşmeden tek farkı, bu tür birleşmede sadece birleşme dönemine kadar doğan vergiden sorumlu olunması birleşme (devir) sonrasında sermaye kazancı doğmaması nedeniyle vergilendirmenin olmamasıdır. Bu çerçevede;

a) KVK m.19 ve m.20 hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, birleşme karı hesaplanmamakta ve vergilendirilmemekte, sadece birleşen şirketlerin birleşme sözleşmesinin tescil edildiği tarihe kadar olan faaliyetinden elde edilen kar vergilendirilmektedir.

b) Sona eren şirketin bilançosunun, devralan şirket bilançosuna hiçbir değişiklik yapılmaksızın eklenmesi gereklidir.

c) Devir nedeniyle yeniden değerlendirilmediğinden ortaya bir sermaye kazancı çıkmamakta ve dolayısıyla vergilendirme söz konusu olmamaktadır⁷⁵⁹.

d) Birleşmeye katılan şirketlerin birleşme kararının tesciline kadar meydana gelen kazançlardan dolayı vergileri kendileri tarafından birleşmeden sonraki doğan kazançtan dolayı ortaya çıkacak vergi ise devralan şirket tarafından ödenecektir.

e) Devralan şirketin bir başka yükümlülüğü, sona eren şirketin doğmuş ya da doğacak tüm vergi borçlarını ödeyeceğine dair bir taahhütname vermesidir. Bu taahhütname, sona eren şirkete ait olası vergi borçlarının ödeneceğine dair adeta bir güvence sağlar. Söz konusu hüküm KVK 20/1a 2) b.'de düzenlenmiş olmakla birlikte bir diğer dayanağı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'un "Birleşme, devir, bölünme ve şekil değiştirme hallerinde" başlıklı 36.maddesinde yer alan hükümdür. Buna göre,

Bu Kanun'un tatbiki bakımından;

a) İki veya daha ziyade hükmî şahsın birleşmesi halinde yeni kurulan hükmî şahıs,

b) Devir halinde devir alan hükmî şahıs,

⁷⁵⁹ Gökbel, s.35.

- c) Bölünme halinde bölünen hükmî şahsın varlıklarını devralan hükmî şahıslar,
 d) Şekil değiştirme halinde yeni hükmî şahıs,

Birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki hükmi şahıs ve şahısların yerine geçer.

f) Devir yoluyla birleşmeyle ilgili son olarak belirtilmesi gereken diğer bir husus, devralan şirketin, sona eren şirketin doğmuş ya da doğacak tüm vergi borçları için bir taahhütname vermesinin yanı sıra, “mahallin en büyük mal memuru, bu hususta **birleşilen kurumdan ayrıca teminat isteyebilmesidir**” (m.20/1a 2)b son). Dolayısıyla, talep halinde, devralan şirketin, devrolunan şirketin olası vergi borçlarına karşılık taahhütnameye ek olarak bir teminat göstermesi de gerekebilir.

III. GELİR VERGİSİ KANUNU (GVK) ÇERÇEVESİNDE VERGİLENDİRME

Öncelikle belirtmek gerekir ki gelir vergisi gerçek kişilerin geliri üzerinden alınan bir vergi türüdür (GVK m.1). Öte yandan KVK m.1’de kurumlar vergisine tabi kurumlar arasında konumuz itibariyle sermaye şirketleri ve kooperatifler sayılmış ancak şahıs şirketlerine yer verilmemiştir (KVK m.1). Dolayısıyla şahıs şirketleri kurumlar vergisinin kapsamına alınmamıştır. Şahıs şirketlerinin kazancı kurumlar vergisi kapsamına alınmamakla birlikte bu şirketlerin kazancı, ortakları üzerinden vergilendirilmektedir. GVK m.37’de “Ticari kazanç”ı düzenleyen hükme bakıldığında, “kollektif şirketlerde ortakların, adi veya sermayesi payları bölünmüş komandit şirketlerde ise komandite ortakların ortaklık karından aldıkları paylar şahsi ticari kazanç hükmündedir”. Aynı maddenin son cümlesinde 66.madde hükmü saklı tutulmuştur. 66.madde hükmüne bakıldığında, bu hükümde “serbest meslek erbabı”nın tanımlandığı, 2.fıkrasının 3.bendinde ise “Serbest meslek faaliyetinde bulunan kollektif ve adi şirketlerde ortaklar, adi komandit şirketlerde komanditeler”in bu işler dolayısıyla serbest meslek erbabı sayılacakları ifade edilmiştir. Serbest meslek kazancının tespiti de aynı Kanununun 67.maddesinde düzenlenmiştir. Birleşmede gelir vergisi boyutu bu bilgiler ışığında ele alınmalıdır.

GVK’da “Birleşme” başlığı altında bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte şahıs şirketlerinin gelirlerinin doğrudan gelir vergisi ile değil, yukarıda açıklandığı gibi ortaklarının kar payları üzerinden vergilendirilmesi esas alındığından birleşmeye katılan şahıs şirketlerinin de bu çerçevede vergisel boyutu burada incelenmelidir.

248 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Şirket birleşmelerinde ana esas devrolunan şirketin, birleşme kararlarının ayrı ayrı tescili sona ermesi ve malvarlığının devralan şirket tarafından kendiliğinden iktisap edilmesidir. Aynı şekilde yeni şirket kurma yoluyla birleşmede de, birleşme kararlarının ayrı ayrı tescili ve aynı anda yeni kurulan şirketin tescili ile katılan şirketlerin sona ermesi ve malvarlıklarının yeni kurulan şirket tarafından kendiliğinden iktisap edilmesidir. Yeni TTK m. 137/2 hükmü ile şahıs şirketlerinin şahıs ya da sermaye şirketleri ve kooperatifler ile birleşmeleri olanaklı kılınmıştır.

GVK 81/2.maddesinde birleşmede vergilendirmeden muafiyete ilişkin istisnai bir durum düzenlenmiştir. Buna göre “*Kazancı bilanço esasına göre tespit edilen ferdi bir işletmenin bilançosunun bir sermaye şirketine aktif ve pasifiyle bütün halinde devrolunması, devir alan şirketin bilançosuna aynen geçirilmesi ve devredilen ferdi işletmenin sahip veya sahiplerinin şirketten, devir bilançosuna göre hesaplanan öz sermayesi tutarında ortaklık payı alması (Bu ortaklık payını temsil eden hisse senetlerinin nama yazılı olması şarttır.) halinde ortaya çıkan değer artış kazancının vergilendirmeden muaf olduğu*” hükme bağlanmıştır. Burada dikkate edilirse, devralan taraf bir sermaye şirketi olmak zorundadır. Yani ferdi bir işletme bir şahıs şirketi tarafından devralınırsa ortaya çıkan değer artış kazancı vergiden istisna olamayacaktır. Düzenlemede, bu tür bir devralmanın gerektirdiği şartlar da ortaya konulmuştur.

Ticari işletmenin ticaret şirketleri tarafından devralınması TTK m.194 ile mümkün kılınmıştır. Aynı doğrultuda GVK m.81/2 ‘deki hüküm, ferdi işletmelerin sermaye şirketine devrolması halini düzenlemektedir. Bu halde, ortaya çıkan değer artış kazancının vergilendirilmeyeceği belirtilmiştir. Burada devralan sermaye şirketinin işletme sahibine, devralınan malvarlığı karşılığı vereceği hisse senetlerinin nama yazılı olması şart tutulmuştur. Söz konusu devir, KVK m.19’da düzenlenen devir ile aynı anlamı taşımaktadır. Burada da devrolunan işletmenin bilançosunun devralan şirket bilançosuna aynen geçirilmesi şartı yer almıştır. Devredilen ferdi işletmenin malvarlığının sermaye şirketine devri karşılığında işletme sahibine sermaye şirketinde “nama yazılı pay” verilecek ve ortaya çıkacak değer artışı kazancı vergilendirilmeyecektir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi durumunda, devrolunan şirketin malvarlığına karşılık olarak aynı değerinde pay ve ortaklık hakkı, birleşme nedeniyle sona eren şirket ortaklarına verilecektir. Bu durumda, yeni payların değeri, her halükarda eski payların değerinden yüksek olacak ve ortaya bir kazanç çıkacaktır. Bu kazanç bir “değer artış kazancı” olarak kabul edilir. Nitekim

m.80/4 hükmüne göre “ortaklık haklarının veya hisselerinin elden çıkarılması” değer artış kazancı olarak kabul edilmiştir.

Öte yandan, birleşen şirketlerin, GVK'nun 94.maddesinde belirtilen ödemeler nedeniyle tevkif ettikleri vergiye ait muhtasar beyannameyi, en geç birleşme beyannamesi ile birlikte vermeleri ve vergiyi de aynı sürede ödemeleri gerekir⁷⁶⁰.

IV. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE VERGİLENDİRME

25.10.1984 tarih ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK) m.1/1'e göre “Ticari, sınıî, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler” KDV'ye tabidir. Öte yandan m.2/1'e göre “Teslim, bir mal üzerindeki tasarruf hakkının malik veya onun adına hareket edenlerce, alıcıya veya adına hareket edenlere devredilmesidir”.

Birleşmede, devrolunan şirketin malvarlığının devri de teslim hükmündedir⁷⁶¹. Şirket birleşmelerinde, devrolunan veya yeni şirket oluşumunda yer alan şirket/şirketlerin malvarlığının emsal bedeli üzerinden, devrolunan veya yeni kuruluşa katılan şirket/şirketler tarafından verilen en son KDV beyannamesinde beyan edilerek ödenir⁷⁶². Devralan veya yeni kurulan şirket, faturada belirtilen KDV'yi indirim konusu yapar⁷⁶³.

KDVK m.17/4 c. ile KVK'a göre yapılan devir (ve bölünme) işlemleri, KDV'den istisna tutulmuştur⁷⁶⁴. Bu kapsamda, devir sonucunda infisah eden şirket tarafından yüklenilen ve indirilemeyen vergiler, devralan mükellefler tarafından mükerrer indirimde yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılır.

V. DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

1. AMME ALACAKLARININ TAHSİLİ USULÜ HAKKINDA KANUN

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanununun “Birleşme, Devir, Bölünme ve Şekil Değiştirme Halleri” başlıklı 36.maddesine göre;

Bu Kanununun tatbiki bakımından;

⁷⁶⁰ Kavak, s.168.

⁷⁶¹ Gökbel, s.39.

⁷⁶² Kavak, s.169. Dipnot 335, Can, Erol: İşletmelerin Devir ve Birleşmelerinde KDV Uygulaması, Yaklaşım, Aralık 1993, S.13, s.137.

⁷⁶³ Kavak, s.169.

⁷⁶⁴ Gökbel, s.39.

250 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

a) İki veya daha ziyade hükmî şahsın birleşmesi halinde yeni kurulan hükmî şahıs,

b) Devir halinde devir alan hükmî şahıs,

c) Bölünme halinde bölünen hükmî şahsın varlıklarını devralan hükmî şahıslar,

d) Şekil değiştirme halinde yeni hükmî şahıs,

Birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki hükmi şahıs ve şahısların yerine geçer.

Yukarıdaki hükümler uyarınca, devralama yoluyla birleşmede devralan şirket, yeni kuruluş şeklindeki birleşmede ise yeni kurulan şirket, devrolunan ya da birleşmeye katılan şirketlerin kamu alacaklarından sorumludur. Bu düzenlemenin amacı, kamu alacağı açısından güvence sağlanmasıdır.

2. DAMGA VERGİSİ KANUNU

01.07.1964 tarih ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na ekli 2 sayılı Tablo Damga Vergisinden istisna edilen kâğıtların neler olduğunu sıralamıştır. Bu listede IV no.lu Bölümde "Ticari ve Medeni İşlerle İlgili Kâğıtlar" 17.sıraya 20.6.2001 tarih ve 4684 sayılı Kanunun 22. m. ile eklenen ibare ile "Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan birleşme, devir ve bölünmeler nedeniyle düzenlenen kâğıtlar" damga vergisinden istisnadır.

3. HARÇLAR KANUNU

02.07.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'na, 20.6.2001 tarihinde, 4684. Sayılı Kanunun 23.m. ile eklenen 123/3 m. hükmüne göre, "Anonim, eshamlı komandit ve limited şirketlerin kuruluş, sermaye artırımı, birleşme, devir, bölünme ve nev'i değişiklikleri nedeniyle yapılacak işlemleri" bu Kanunda yazılı harçlardan istisna edilmiştir. Şahıs şirketlerinin birleşmesi durumunda ise, Kanunda yer alan harçların ödenmesi gerekir. Öte yandan, devrolunan şirkete ait taşınmazların devralan şirket adına tescili de, ekli 4 sayılı Tarifname m.13/c'de belirtildiği gibi harca tabidir.

BEŞİNCİ KISIM

DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE BİRLEŞME PERSPEKTİFLERİ

I. BİRLEŞMELERİNİN (VE SATINALMALARIN) TARİHÇESİ

Şirket birleşme ve satın almaları, Kıta Avrupası'ndan ziyade ABD ve İngiltere'de doğan ve büyüyen bir oluşumdur. Doğası itibariyle tam kapitalist rejimlere mahsus olan şirket birleşme ve satın alma operasyonunun tarihçesi 19.YY'a gitmektedir.

ABD'de şirket birleşme ve satın almaları, altı farklı dönemde yoğun yaşanmıştır. Bunlar, 1897-1904, 1916-1929, 1965-1969, 1984-1989, 1990-2000 ve 2003-2007 yıllarıdır. Küçük ve orta boy şirketlerden dönüşümle gerçekleşen çok uluslu şirket yapılanmalarının temeli şirket birleşmesine dayanır⁷⁶⁵.

Şirket birleşmelerinin tarihçesine bakıldığında, birleşme dönemleri ile ekonomik ve teknolojik patlamalar arasında bir paralellik olduğu görülmektedir. Ekonomik patlamalar, beraberinde şirket büyümelerini de getirir. Birleşme ve satın alma, şirketlerin iç ve organik büyümelerine göre daha hızlı işleyen bir süreçtir⁷⁶⁶. Aynı şekilde teknolojik patlamalar da (yeni buluşların teknolojiye kullanılması) şirket birleşme ve satın almalarında önemli bir etkidir. Harford'a göre, birleşme ve satın alma bakımından bu iki etken tek başına yeterli değildir, bunlara ek olarak sermaye akışkanlığı da gereklidir⁷⁶⁷. Harford, 1981-200 döneminde 35 ayrı birleşme ve satın alma işlemini incelemiş ve sermaye akışkanlığının bu birleşmeler üzerinde en büyük etken olduğunu tespit etmiştir.

Amerikan şirketlerinin birleşme ve satın alma süreci açısından en yoğun dönem beşinci dalğanın yer aldığı 1990-2005 yıllarıdır. 1990 yıllarda Amerikan ekonomisi savaş sonrası en büyük genişleme sürecine girmiş ve şirketler içsel (internal) büyümeden çok birleşme ve satın alma yoluyla

⁷⁶⁵ Gaughan, s.35.

⁷⁶⁶ Gaughan, s.36.

⁷⁶⁷ Harford, Jarrad, "What Drives Merge Waves", Journal of Financial Economics, no.2, September 2005, s.529-560, s.532.

252 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

büyüme tercih etmiştir. Bu dönemde hızlı finansal kazançlardan daha çok strateji üzerinde durulmuştur⁷⁶⁸.

1993-2004 yıllarında banka, finans, haberleşme ve yayıncılık sektöründe birleşme ve satın almalar, toplam rakamın %26,5'ini oluşturmaktadır⁷⁶⁹.

ABD'de, 1998 yılındaki Exxon- Mobil (78,9 milyar dolar) ve 2009 yılında gerçekleşen Pfizer-Wyeth (68 milyar dolar) büyük birleşmelere örnek olarak verilebilir. Öte yandan, ilaç sektöründe, 1993 yılında gerçekleşen Merck-Medco Containment Services Inc. birleşmesi de (6 milyar dolar) önemli birleşmeler arasındadır⁷⁷⁰.

Aynı dönemde Avrupa'da da birleşme ve satın alma süreci hızlı yürümüştür. Bu dönemde en çok birleşme ve satın alma İngiltere, Almanya ve Fransa'da gerçekleşmiştir⁷⁷¹.

Avrupa'da son yıllarda birleşme ve satın alma hacmi çok genişlemiştir. 2010 yılında 4553 işlem gerçekleşmiş ve bu işlemlerin toplam değeri 629,8 milyar Dolara ulaşmıştır⁷⁷².

2012 yılında dünyada birleşme ve satın alma hacmi 2,73 trilyon Dolar, ABD'de 971,1 milyar Dolar, Avrupa'da 762,8 milyar Dolar, Asya-Pasifik'de (Japonya hariç) 509,4 milyar Dolar, Japonya'da 112,5 milyar Dolar olarak gerçekleşmiştir⁷⁷³.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA BİRLEŞME

1. BİRLEŞİK KRALLIK

1.1. Genel Olarak Birleşme ve Satın Almalar

Birleşik Krallık, 2007 yılı yaz aylarında ortaya çıkan ekonomik inişten son yıllarda kurtulmaya başlamıştır⁷⁷⁴. 2010 yılında BK başka BK firmalarınca satın alınan BK firmalarının toplam değeri 12,6 milyar Sterlin tutarındadır. Aynı yıl denizaşırı ülkelerin BK firmalarına talebi ise 36,6 milyar

⁷⁶⁸ Gaughan, s.63.

⁷⁶⁹ Gaughan, s.64.

⁷⁷⁰ Gaughan, s.14.

⁷⁷¹ Gaughan, s.44.

⁷⁷² Robinson, Simon: European Overview, The Mergers&Acquisitions Review, (Ed.Simon Robinson) Law Business Research, London, GB, 2011, s.1.

⁷⁷³ http://www.institutionalinvestorchina.com/arfy/uploads/soft/130108/32320_0902282321.pdf (12.04.2014).

⁷⁷⁴ Robinson, Simon: United Kingdom, The Mergers&Acquisitions Review, (Ed.Simon Robinson) Law Business Research, London, GB,2011, s.628.

Sterline yükselmiştir. 2010/2011 döneminde GDF Suez Energy International firmasının International Power plc ile birleşmesi 17,2 milyar Sterlin tutarında bir işlemle sonuçlanmıştır⁷⁷⁵.

2010 yılında sınır ötesi işlemlerin büyük bir kısmı Amerika kıtasından gerçekleştirilmiştir. ABD'den toplam 19,1 milyar Sterlin (en büyük pay Cadbury'nin Kraft's tarafından 11,6 milyar Sterline satın alınması) tutarında bir alım olmuştur⁷⁷⁶.

2012 yılında BK, Avrupa'da birleşme ve satınalmanın en yoğun gerçekleştiği ülke olmuş ve toplam işlem hacmi 147,5 milyar Dolara ulaşmıştır⁷⁷⁷.

1.2. Hukuki Çerçeve

İngiliz Hukukunda 2006 tarihli Şirketler Kanunu (Companies Act), TTK'a benzer biçimde, İngiliz hukukunda kabul edilen şirket yapıları, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi gibi temel hususları düzenleyen bir belgedir⁷⁷⁸. Öte yandan Devralma ve Birleşmelere Ait Şehir Kanunu(City Code on Takeovers and Mergers)'nda BK Devralma ve Birleşme Paneli adlı denetleyici kurum'un çalışma esasları düzenlenmiştir.

Şirketler Kanunu'nun yanısıra 2000 tarihli Finansal Hizmetler ve Pazarlar Kanunu (FSMA) menkul kıymetler piyasasının işleyişini düzenler.

BK birleşmenin denetimi kuralları, 2002 tarihli Teşebbüs Kanunu (Enterprise Act)'nda düzenlenmiştir. İngiliz Hukukunda, sınır ötesi şirket birleşmeleri için 2007/2974 Sayılı Şirketler, Sınır Ötesi Birleşmeler Tüzüğü (The Companies, Cross Border Mergers Regulations) yürürlüktedir. Bu Tüzük, AB'nin 2005/56/EC Sayılı "Anonim Şirketlerin Sınır Ötesi Birleşmeleri" Tüzüğünü esas almıştır⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ Robinson, s. 628.

⁷⁷⁶ Robinson, s.629.

⁷⁷⁷<http://www.institutionalinvestorchina.com/arfy/uploads/soft/130108/323200902282321.pdf> (12.04.2014).

⁷⁷⁸ Robinson, s.630.

⁷⁷⁹ Robinson, s.630.

254 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

BK Devralma Kanunu'nda 2010 yılında önemli bir değişiklik yapılmış ve 26 no.lu Kural ile şirketin kamuya ait bir web sayfasında elektronik olarak denetlenmesi zorunluluğu getirilmiştir⁷⁸⁰.

BK birleşme kurallarına göre temelde üç türlü birleşme vardır. Bunlar;

1. Devrolma Suretiyle Birleşme (Merger by absorbtion): Bir ya da daha fazla şirketin, tüm malvarlığı ve borçlarıyla mevcut diğer bir şirkete katılması sonucu gerçekleşen birleşme türüdür. Burada, devrolunan şirket/şirketler, tasfiye olmaksızın sona erer.

2. Bütünüyle Sahibi Olduğu Bir Şirketin Devrolması Yoluyula Birleşme (Merger by Absorbtion of A Wholly Owned Company): Bir şirketin, sermayesini temsil eden pay senetlerinin ya da diğer menkul kıymetlerin tümüne sahip bir başka şirkete tüm malvarlığı ve borçlarını devrederek gerçekleşen birleşmedir. Burada, devreden şirket tasfiyesiz biçimde sona erer.

3. Yeni Bir Şirket Oluşumu İle birleşme (Merger by Formation of a New Company): Bir veya daha fazla şirketin, bu amaçla kurulan şirkete tüm malvarlığı ve borçlarını devrederek gerçekleşen birleşme türüdür. Burada, devreden şirketler tasfiyesiz biçimde sona erer.

Bir BK Şirketi, sınır ötesi birleşme için öncelikle Yüksek Mahkeme (High Court) veya Özel Yüksek Mahkemeye (İskoçya'da, Court of Session) müracaat etmeli ve birleşme öncesi hazırlık (pre-merger acts and formalities) işlemlerini bitirdiğini onaylatmalıdır. Mahkeme, şirket pay sahipleri (members) veya alacaklılarının (creditors) talebi üzerine, bu kişilerin birleşmeye ilişkin onayını isteyebilir. Şirket çalışanlarının da birleşme hakkında bilgilendirilmesi gerekir.

Birleşen BK şirketinin yöneticileri, Ticaret Sicil Memuruna (Registrar), Birleşme Formu CB01, Birleşme Anlaşması veya Anlaşmanın görülebileceği bir web sitesi adresinin teyit eden bir belge, ayrıca, Birleşme Tüzüğü 2007 m.11'e uygun olarak pahasahipleri ve alacaklıların toplantısına ilişkin bir mahkeme kararı vermelidir. Bu belgeler, şirketin ilk genel kurul toplantısından en geç iki ay önce verilmelidir.

⁷⁸⁰ Robinson, s.630.

Sınır ötesi birleşme formunda, birleşen şirketlere ait, şirket unvanı, sicil no.su, sicile kayıtlı olduğu adres, hukuki türü ve tabi olduğu hukuk, üye devlet, şirket belgelerinin hazırlandığı ticaret sicil müdürlükleri ve adresleri yazılı olmalıdır.

Ticaret Sicil Memuru, kendisine tevdi edilen belgelere ilişkin alındı makbuzunu, şirketlerin, birleşmenin görüşüleceği genel kurul toplantılarından en az 1 ay önce Londra Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlar.

Ön birleşme belgesi yayınlanınca, birleşmeye katılan şirketler müşterek olarak, devrolunan şirketin tabi olduğu ülkenin yetki alanı içindeki “yetkili makama (competent authority)” müracaat ederler. Eğer bu şirket bir BK şirketi ise bu durumda müracaat Yüksek Mahkeme veya Özel Yüksek Mahkemeye yapılır.

Eğer devrolunan şirket bir AEB⁷⁸¹ üyesi bir devlete tabi ise, birleşmenin tamamlandığına dair onay ilgili devletin yetkili makamlarınca verilir.

İngiltere’de, şirketlerin kuruluş ve tasfiyesini sağlamak, şirket bilgilerini kaydetmek ve yayınlamak üzere, İş, Yenilik ve Beceriler Departmanı (Department for Business, Innovation and Skills) altında kurulmuş “Companies House” adlı bir teşkilat faaliyet göstermektedir⁷⁸². Söz konusu teşkilat, Yüksek Mahkeme veya Özel Yüksek Mahkemeden yazıyı alınca, BK dışındaki ülkelerin ticaret sicillerine yazının bir nüshasını gönderir, devrolunan şirket İngiliz şirketi ise bahse konu şirketin sona erdiğine ve bu tarihten itibaren de ona ait malvarlığı ve borçların devrolunan şirkete geçtiğine karar verir.

2. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

2.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar

2010 yılında birleşme ve satınalma işlemlerinin toplam değeri 1 trilyon ABD Doları (Dolar) tutarında iken bu rakam 2011 yılının ilk çeyreğinde 451,5 milyar Dolara yükselmiştir⁷⁸³.

⁷⁸¹ Avrupa Ekonomik Bölgesi AEB (EEA); 1 Ocak 1994 yılında, Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA)’ne üye devletlerle AT’nun kurduğu ve Hırvatistan hariç AB Ülkeleri ile Lihtenştayn, İzlanda ve Norveç’in de üye olduğu bir kuruluştur. EFTA’ya üye devletler ise hâlihazırda Norveç, İsviçre, İzlanda ve Lihtenştayn’dır. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.efta.int (31.08.2013).

⁷⁸² <http://www.companieshouse.gov.uk/about/boardManagement.shtml> (31. 08. 2013).

⁷⁸³ Hall, Richard/Greene, Mark: United States, Mergers and Acquisitions, (Ed.Simon Robinson), Law Business Research, London, GB, 2011, s.655.

256 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

ABD’de son yıllardaki en belirgin birleşme ve satınalma örnekleri, 2002’de Microsoft’un 8,5 milyar Dolar ödeyerek Skype Technologies’i satın alması, IPO’nun LinkedIn adlı internet üzerinde meslek ağı şirketini 10 milyar Dolara satın alması, 2010 yılında Duke Energy’nin Progress Energy’i 26 milyar Dolara satın alması gösterilebilir. Öte yandan, UAL Corp and Continental Airlines ile UAL Airlines’ın birleşmesi 3 milyar Dolara mal olmuştur⁷⁸⁴.

2.2. Hukuki Çerçeve

Amerikan hukukunun temelini ortak hukuk (common law) oluşturmaktadır. Bununla birlikte Amerikan hukukunun ortak hukuk içinde özel bir yeri ve önemi vardır⁷⁸⁵. ABD’de bir hukuk birliği olmakla beraber hukuk bilimi daha çok belirli konular üzerinde (sözleşmeler, haksız fiil vb) yoğunlaşmaktadır.

Amerikan hukuk sistemi ikili yapıdadır⁷⁸⁶. Bu yapı, içinde federal ve eyalet (devlet) hukukunu barındırır. Federal hukuk sistemi, Anayasa ve ülke çapında bağlayıcı olan federal kanunlardan oluşmaktadır. Eyalet hukuku ise, eyalet sınırları içinde yürürlükte olan kanun ve diğer düzenleyici metinlerden oluşmaktadır.

Amerikan hukukunun iki temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlar, federal kanunlar ve federal devletlerin kanunları ve içtihat hukukudur⁷⁸⁷. Ortak hukuk, kökeni İngiliz Hukukuna dayanan, mahkeme içtihatları, gelenek hukuku ve genel ilkelerden oluşmaktadır⁷⁸⁸. Amerikan hukuku, ortak hukuk içinde ayrı bir yere sahiptir.

ABD’de, federal yargılama sisteminde, en üstte Yüksek Mahkeme (Supreme Court), onun altında Temyiz Mahkemeleri (Courts of Appeal) ve ilk derece mahkemeleri olarak da Bölge Mahkemeleri (District Courts) mevcuttur⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Hall/Greene, s.676.

⁷⁸⁵ Oğuz, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.293.

⁷⁸⁶ Outline of the US Legal System, Clark, George (Exe. ed.) A Publication of the United States Department of State, 2004, s.6, Hall/greene, s.656.

⁷⁸⁷ Oğuz, s.293 vd.

⁷⁸⁸ Outline, s.13.

⁷⁸⁹ Outline, s.40 vd.

2.2.1. Birleşme Hukuku

ABD’de birleşme hukukunda, devralma yoluyla birleşme (merger) ve satınalma yoluyla birleşme (acquisition) olarak iki birleşme modeli önerilmiştir⁷⁹⁰. Bu bağlamda satınalma yoluyla birleşme daha sık karşılaşılan bir yöntem olmuştur⁷⁹¹.

ABD’de, M&A konusu, birçok farklı hukuk dalını ilgilendirmektedir. Bunlar genellikle iki kategoride ele alınır: Birinci kategori genel nitelikli düzenlemeler, ikinci kategori ise belirli endüstrilerde belirli tipteki işlemleri etkileyen özel düzenlemeler⁷⁹².

Genel nitelikli düzenlemeler, özellikle antitröst (antitrust:tekelcilik karşıtı), çevre, menkul değerler (securities) alanlarına aittir. Özel nitelikli düzenlemeler ise, federal ve/veya eyalet bazında geçerli olan ve belirli bir endüstride rekabeti engelleyici olarak görülebilen işlemlere ilişkin düzenlemelerdir. Örneğin ulaştırma, yayıncılık, halk sağlığı, sigortacılık, iletişim, finansal hizmetler, kamusal nitelikli hizmetler ve hatta savunma alanlarındaki işlemlerin hangi düzeyde devlet müdahalesine ihtiyaç duyduğu belirlenmelidir⁷⁹³.

2.2.1.1. Çevre Kanunları

1970 yılların öncesinde ABD’de şirket satın alma operasyonlarında, yasal olarak, satıcı firmaların tehlikeli veya potansiyel olarak tehlikeli olabilecek materyallere ilişkin hiçbir bilgiyi açıklama zorunluluğu yoktu⁷⁹⁴. 1970’li ve 1980’li yılların başında sağlık ve çevreye ilişkin yasalar kabul edilmiş ve belirli koşullarda tehlikeli maddelerin varlığı, kullanımı ve açığa çıkmasının bildirilmesi konusunda yeni zorunluluklar öngörülmüştür. Temiz Su Yasası (Clean Water Act), Zehirli Maddelerin Denetimi Yasası (Toxic Substances Control Act=TSCA), Kaynakların Korunması ve Yeniden Kazanımı Yasası (Resource Conservation and Recovery Act=RCRA) ve Kapsamlı Çevresel Karşılık, Tazminat ve Sorumluluk Yasası (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act=CERCLA) gibi yasalar, kimyasal salınım ve diğer acil hallere ilişkin olarak devlet yetkililerinin bilgilendirilmesini zorunlu kılan yasalardır⁷⁹⁵.

⁷⁹⁰ Geray, s.11.

⁷⁹¹ Geray, s.13.

⁷⁹² Sherman, s.101.

⁷⁹³ Sherman, s.101.

⁷⁹⁴ Sherman, s.102.

⁷⁹⁵ Sherman, s.102.

258 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Bu karmaşık federal ve eyalet yasaları, bir birleşme veya satınalma sürecinde tarafların, çevre kanunlarından doğan sorumlulukların kim tarafından üstlenileceği sorununu yaratmaktadır⁷⁹⁶.

2.2.1.2. Ticaret Kanunları

Amerikan hukukunda federal bir Şirketler Kanunu mevcut değildir. Her eyaletin kendine ait bir Şirketler Kanunu vardır ve şirket birleşmeleri her eyaletin kendi şirket kanunlarında (Corporate Code) düzenlenmiştir⁷⁹⁷. Örneğin Delaware Eyaletinde “Delaware Genel Şirketler Kanunu” (Delaware General Corporate Law) yürürlüktedir. Diğer Eyaletlerin Kanunları da bu Kanuna benzer düzenlemeler getirmiştir⁷⁹⁸. Bahse konu Kanunun 251.maddesinde, yerli firmaların (Delaware eyaleti Ticaret Sicilinde kayıtlı) 252.maddesinde yerli ve yabancı (başka bir eyalette faaliyet gösteren) firmaların birleşmeleri düzenlenmiştir. Öte yandan aynı Kanunun 123.maddesinde bir firmanın başka bir firma tarafından satın alınması, 272.maddesinde ise malvarlığının satışı düzenlenmiştir.

ABD’de farklı eyaletlerin Kanunlarında aynı konuyla ilgili farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin, Kaliforniya Eyaleti Şirketler Kanununda satın almalarda pay sahipleri, Ohio, Pensilvanya ve Virjinya Eyaletleri Şirketler Kanunlarında ise yöneticilerin yetkileri Delaware Şirketler Kanununa göre daha fazla korunmuştur⁷⁹⁹.

ABD’de Amerikan Barolar Birliği (ABA) Şirketler, Bankacılık ve İşletme Hukuku Bölümü altında faaliyet gösteren Şirketler Hukuku Komitesi ile Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute)’nün Eyaletlerin Şirketler Kanunlarının içeriğine ilişkin müşterek çalışmaları sonucunda 35’den fazla Eyalette “Model İşletme Şirketler Kanunu” (Model Business Corporation Act) benimsenmiş ve bu çerçevede en yenilikçi hükümler hayata geçirilmiştir⁸⁰⁰. Örneğin Delaware Şirketler Kanununa göre, birleşmede iki şirketten biri diğer şirkete devrolunmakta ve sicilden silinmektedir⁸⁰¹.

⁷⁹⁶ Sherman, s.103.

⁷⁹⁷ Dale A. Oesterle,; Mergers and Acquisitions in a Nutshell, Second Edition, Thompson/West, 2006, s. 1.

⁷⁹⁸ Dale, s.2.

⁷⁹⁹ Dale, s.4.

⁸⁰⁰ Dale, s.4-5.

⁸⁰¹ Dale, s.5.

2.2.1.3. Menkul Kıymetler Kanunları (Securities Laws)

2.2.1.3.1. Menkul Kıymet Değişimi Kanunu (Securities Exchange Act)

Bu alanda en önemli Kanunlar 1934 tarihli Menkul Kıymetler Değişimi Kanunu (Securities Exchange Act) ve Williams Kanunu (Williams Act) olarak sıralanabilir⁸⁰².

Menkul Değerlerin Değişimi Kanununa göre, bir şirket tarafından önemli miktarda (önemli miktarda ile kast edilen şirket malvarlığının %10'unu aşan) malvarlığının satın alınması veya elden çıkarılması (şirket dâhil) durumunda 8-K Formunun doldurulup SEC (Security Exchange Commission: Menkul Kıymetler Komisyonu)'a 15 gün içinde iletilmesi gerekmektedir⁸⁰³. Bu Formda, satın alınacak veya elden çıkarılacak malvarlığının tanımı, ödenecek veya alınacak tutar, satın alınan malvarlığının maliklerinin kimlikleri, parasal kaynak vb. hususlar yer alır⁸⁰⁴.

Halka açık bir anonim şirketin bir başka şirketle birleşmesi (target company: satın alınacak veya devrolunacak şirket, hedef şirket) durumunda öncelikle S-4 Formunu doldurması ve SEC'e başvurması gerekmektedir⁸⁰⁵. Menkul kıymet değişimi (stock-for-stock transaction) durumunda her iki şirketin müşterek bir Form doldurması gerekir⁸⁰⁶. Bu formda aynı zamanda, birleşmenin (satınalmanın) hedef şirketin pay sahiplerinin onayına gönderildiğine dair bir ibare olmalıdır.

2.2.1.3.2. Williams Kanunu (Williams Act)

1968 tarihli Williams Kanunu (Williams Act), M&A alanında en önemli düzenlemelerden biridir. Kanunu 4 ana amacı şunlardır⁸⁰⁷:

- a) İhale tekliflerini düzenlemek: Kanunun yürürlükte olmadığı dönemde, hedef şirketlerin pay sahipleri, daha az avantajlı şartlardan kaçınmak için, paylarını bir an önce devretme çabası içindeydi.

⁸⁰² Gaughan, s.75.

⁸⁰³ Gaughan, s.75, <http://www.sec.gov/about/forms/form8-k.pdf> (11.09.2013)

⁸⁰⁴ Gaughan, s.75.

⁸⁰⁵ Gaughan, s.75, <http://www.sec.gov/about/forms/forms-4.pdf> (11.09.2013)

⁸⁰⁶ Gaughan, s.76.

⁸⁰⁷ Gaughan, s.77.

b) Pay iktisabı için usul ve bilgilendirme yapmak: Menkul kıymet değişimi sağlayan iktisapta, hedef şirketin pay sahipleri iktisap eden şirkette pay sahibi olacaktır. İktisap eden şirketin paylarının değerlendirilmesi (valuation), daha ayrıntılı verilerin varlığına bağlı olacaktır. Bu nedenle hedef şirketin pay sahipleri için daha ayrıntılı bilgilendirme olanaklı kılınmış olacaktır.

c) Pay sahiplerine, ihale teklifiyle ilgili karar sürecinde zaman tanımak: Kanun, pay sahiplerinin veri değerlendirmesi ve karar verebilmeleri için zaman tanınmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

d) Menkul kıymet piyasasında güven artırmak: Menkul kıymet piyasaları, yatırımcının güvenin artmasıyla daha çok sermaye çekebilirler.

Williams Kanununun 13 (d) Bölümü, pay sahipleri ve hedef şirket yöneticileri için, adeta bir erken uyarı sistemidir çünkü onları, çok yakın bir zamanda bir denetim olabileceği hususunda ikaz etmektedir⁸⁰⁸. Bir şirketin paylarının %5'i ve daha fazlasını satın almak isteyen bir yatırımcı, 13D adı verilen bir iş takvimi (Schedule) doldurmak zorundadır. Form, SEC'in veri tabanına (EDGAR: Electronic Data Gathering and Retrieval) gönderilir⁸⁰⁹. Schedule 13D Formunda aşağıdaki bilgiler yer alır:

- Menkul kıymeti halka arz eden şirketin unvanı, adresi,
- Yatırımcının adli sicil kayıtları dâhil kişisel bilgileri,
- İktisap edilen pay miktarı,
- Yatırımın amacı (şirket üzerinde kontrolü ele geçirmek mi, yoksa sadece yatırım mı?)
- Satın alma için ödenen fonun kaynağı.

2.2.1.3.3. Antitrust Kanunları

ABD'de birleşme ve satınalma konusu, antitrust kanunları ile denetime tabidir. Birçok birleşme girişimi, muhtemelen devletin müdahalesi ile karşılaşılacağı endişesinden dolayı tamamlanmamıştır. Antitrust kanunları arasında en bilinenleri 1890 Sherman Antitrust Kanunu, Clayton kanunu, 1914 Federal Ticaret Komisyonu Kanunu, 1950 Celler-Kefauver

⁸⁰⁸ Gaughan, s.77.

⁸⁰⁹ Gaughan, s.78.

Kanunu ve 1976 Hart-Scott-Rodino Antitrust İlerlemeler Kanunu sayılabılır.

Sherman Antitrust Kanunu'nun ilk iki Kısmı en önemli hükümleri içerir. Buna göre, Birinci Kısmı, ticareti kısıtlayan her türlü sözleşme, birleşme ve gizli anlaşmalar yasaklanmıştır. İkinci Kısmı ise, belirli bir sanayi dalında tekelliliği doğuracak her türlü girişim yasaklanmıştır⁸¹⁰.

Sherman Kanunu, ticareti kısıtlayıcı tekelliliği veya diğer girişimleri kanuna aykırı kabul etmiş ve cezai yaptırımlara tabi tutmuştur. Devlet ya da zarar gören taraf kanun yoluna başvurabilir. Birinci Kısmı, rekabeti engelleyici her türlü faaliyet alanı düzenlenmiştir. Bununla birlikte gelişen ticari ilişkiler nedeniyle bir süre sonra Sherman Kanunu yeterli bulunmamış ve Clayton Kanunu kabul edilmiştir.

Clayton Kanunu, Sherman Kanununu güçlendirmek için çıkarılmıştı. Önde gelen hükümleri arasında, İkinci Kısmı, müşteriler arasında fiyat ayrımı, maliyet ekonomisi gerekçesi dışında yasaklanmıştır. Üçüncü Kısmı, bağlayıcı sözleşmeler (tying contracts) yasaklanmıştır. Bağlayıcı sözleşmelerden amaç, örneğin bir müşterinin belirli bir firmadan diğer malları almaması durumunda o müşteri için önemli olan ürünleri satmaması şeklinde açıklanabilir⁸¹¹. Yedinci Kısmı, rekabeti azaltması durumunda rekabet halindeki şirketlerin pay satışının yasaklanması, Sekizinci Kısmı ise, rekabet halindeki firmaların yönetim kurullarında aynı üyelerin görev yapmalarını yasaklanması düzenlenmiştir.

1914 Federal Ticaret Komisyonu Kanunu ile FTC (Federal Trade Commission: Federal Ticaret Komisyonu) kurulmuştur. Kanunun beşinci Kısmı, haksız rekabete (unfair competition) ilişkin hükümler yer almaktadır. Clayton Kanunu ile yeterince düzenlenemeyen haksız rekabet konuları genişletilmiştir.

1950 Celler-Kefauver Kanunu, Clayton Kanununda düzenlenen ancak boşluk (loophole) bulunan hükümleri tamamlamak üzere çıkarılmıştır. Özellikle, rekabeti azaltıcı etkisi durumunda bir şirketin malvarlığının satın alınmasının yasaklanmasına dair konularda Clayton Kanununun yetersiz kalması üzerine çıkarılan bir Kanundur⁸¹².

⁸¹⁰ Gaughan, s.107.

⁸¹¹ Gaughan, s.108.

⁸¹² Gaughan, s.109.

1976 Hart-Scott-Rodino Antitrust İlerlemeleri Kanunu ile FTC ve Adalet Bakanlığı Antitrust Dairesinin, M&A tekliflerini önceden incelemeleri zorunlu kılınmıştır. Kanuna göre, bir birleşme veya satınalma, bahse konu makamlarca incelenmeden önce sonuçlanamaz⁸¹³.

Hart-Scott-Rodino Kanunu, 2000 yılında 21.YY Satınalma Reformu ve İlerlemesi Kanunu (21.Century Acquisition Reform and Improvement Act) ile güncellenmiştir. Birleşme ve satınalma işlemleri için izin alma sınırı, iki farklı ölçüt üzerinden dikkate alınmaktadır. Bildirim yükümlülüğü, eğer taraf ölçütü tutuyorsa işlem tutarı bazında 53,1 milyon dolar-212,3 milyon dolar olarak belirlenmiştir⁸¹⁴. Taraf ölçütünde ise, işleme katılan taraflardan birinin en az 100 milyon dolarlık net satışı veya malvarlığı varlığı ve diğer tarafın da en az 10 milyon dolar net satışı veya malvarlığı aranmaktadır. İşlem tutarı 200 milyon doları aşılıyor ise her halükarda rapor zorunluluğu vardır⁸¹⁵.

Birleşme öncesinde, FTC ve Antitrust Dairesine yapılan başvurudan sonra en az 30 günlük bir bekleme süresi vardır. İlgili makamlar daha ayrıntılı bir incelemeye gerek duymuşlarsa bu durumda 30 günlük bir ek süre daha beklenmesi gerekecektir⁸¹⁶. 30 günlük sürenin bitiminde ayrıca bir süreye bağlı kalmaksızın birleşme işlemlerine devam edilir.

3. ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ

3.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar

Almanya'da birleşme ve satınalma, 2009 yılında dibe inmiş ancak 2010 yılından itibaren toparlanmaya başlamıştır⁸¹⁷. 2010 yılında toplam işlem hacmi 36 milyar Euro civarında gerçekleşmiştir. Alman ENBW şirketinin Fransız Electricité de France şirketinin elinde bulunan %45 payının Baden Württemberg Federal Eyaleti tarafından satın alınmasıydı⁸¹⁸. Almanya'da farmaseptik, cihaz üretim firmaları ve hizmet sektöründeki firmaların M&A operasyonları dikkati çekmektedir.

⁸¹³ Gaughan, s.110, Miller, s.132, Reed/Lajoux /Nesvold, s.55, Sherman, s.108.

⁸¹⁴ Gaughan, s.110.

⁸¹⁵ Gaughan, s.110.

⁸¹⁶ Gaughan, s.111.

⁸¹⁷ Knepper, Heinrich/Möller, Christian: Germany, The Mergers & Acquisitions Review, s.255 (Ed. Simon Robinson), aw Business Research, London, 2011.

⁸¹⁸ Knepper/Möller, s.256.

3.2. Hukuki Çerçeve

Almanya Federal Cumhuriyeti, AB'nin "AŞ'lerin Sınır Ötesi Birleşmelerine İlişkin 2005/56/EC Sayılı Yönergesi"ni Alman Yeniden Yapılanma Kanunu (German Reorganisation Act:Umwandlungsgesetz) ile benimsemiştir. Bahse konu Kanun, Avrupa Şirketi (SE), anonim şirketler (Stock Corporations:AGs) ve limited ortaklıklara (KGaAs) ilişkin birleşmelere uygulanacaktır. Yeniden Yapılanma Kanununda, en son olarak AB'nin 2009/109/EC sayılı Yönergesine⁸¹⁹ uyum çalışması yapılmıştır.

Alman birleşme ve satınalma mevzuatı, Anglo Sakson mevzuatına göre daha az düzeyde bildirim ve raporlama zorunluluğu öngörür⁸²⁰

HAAO'ların devrine ilişkin ana kaynak, 2006 yılında AB Devralma Yönergesini⁸²¹ uygulamayı amaçlayan Devralma Kanunu'dur. Devralma Kanunu, HAAO'ların devralınmasında esas alınan adil ve şeffaf bir düzenlemedir.

Alman Anonim Şirketler Kanunu (Aktiengesets:Stock Corporation Act), hem halka kapalı hem de HAAO'ların devrine ilişkin hükümleri içermektedir.

Almanya'da şirket birleşmelerinin denetiminden sorumlu olan FCO (Federal Cartel Office: The *Bundeskartellamt*), Almanya Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığı altında olmakla birlikte siyasi otoriteden bağımsız olarak faaliyet göstermektedir. Alman hukukunda, birleşmenin denetimine ilişkin düzenlemenin kanuni dayanağı, Rekabet Kısıtlamalarının Önlenmesi Hakkında Kanunun (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*: Act against Restraints of Competition – "ARC") 7.bölümünde yer almaktadır.

Alman Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığı (AETB), Alman Dış Ticaret Kanununa (ADTK) göre, (*Aussenwirtschaftsgesetz*:Foreign Trade Act:FTA), Alman şirketlerinin önemli miktardaki hisselerinin, yabancı yatırımcılar

⁸¹⁹ Yönergenin tam adı: 2009/109/EC Of The European Parliament and of the Council of 16 September 2009 amending Council Directives 77/91/EEC, 78/855/EEC and 82/891/EEC, and Directive 2005/56/EC as

regards reporting and documentation requirements in the case of mergers and divisions: Avrupa Parlamentosunun ve Konsey'inin 16 Eylül 2009 tarih ve 2009/109/AT sayılı "Birleşme ve Bölünmelerde Raporlama ve Belgelendirme İhtiyaçlarına İlişkin olarak 77/91/AET, 78/855/AET ve 82/891 AET, ve 2005/56/AT Yönergelerini Değiştiren Yönergesi.

⁸²⁰ Roediger, s.18.

⁸²¹ Yönergenin adı: 2004/25/EC of The European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:142:0012:0023:EN:PDF> (05.04.2014).

tarafından iktisap edilmesini, kamu güvenliği gerekçesiyle gözden geçirmeye yetkilidir. Buna göre, merkezi Almanya'da kayıtlı bir şirketin sahibi konumunda ve AB veya EFTA dışından bir yabancı yatırımcının Alman şirketinin oy haklarının %25'den daha fazlasını iktisap etmesi halinde geçerli olur. Birleşmenin denetimi rejiminden farklı olarak FTA, bir bildirim ve yetki ihtiyacı içermez. Bununla birlikte AETB, ilgili satınalma işleminin gerçekleşmesinden üç ay içinde kendi kayıtlarına göre, araştırma başlatılabilir. Taraflar, yasal kesinlik kazanmak için AETB'dan itiraz olmadığına dair bir belge isteyebilirler. Bu durumda, AETB'nın, itirazın kaldırılması için başvuru tarihinden itibaren bir aylık süresi vardır. Eğer işlemin gerçekleşmesinden itibaren üç aylık süre geçmişse Bakanlığın araştırma yetkisi ortadan kalkar.

AETB, işlemin Alman kamu düzeni ya da güvenliğini tehdit edebileceği sonucuna ulaşırsa Federal Hükümetin onayı ile kısıtlamalar getirebilir ya da birleşmeyi yasaklayabilir. Bu hükmün Nisan 2009 yılında yürürlüğe girmesinden sonra buna dayanarak bir yasaklama kararı verilmediği görülmektedir. AETB, bu hükmün sadece kamu güvenliğinin korunması amacıyla çok istisnai hallerde uygulanmasını ve sanayi politikasının bir aracı olarak kullanılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Tarafların, AETB'nın kararı karşı, idare mahkemelerine başvuru hakkı vardır.

4. İSVİÇRE

4.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar

İsviçre'de 2010 yılında 266 civarında önemli birleşme ve satınalma gerçekleşmiştir⁸²². 2008 yılında Novartis, İsviçre şirketi Nestle/Alcon'un tedavüldeki paylarının %24,8'ini satın almıştı. 2010 yılında %52'sini toplam 28 milyar Dolara satın almak için başvurdu. Nisan 2011'de Novartis ve Alcon İsviçre Birleşme Kanununa göre devralma yoluyla birleşti. Novartis, Alcon'un kalan %23,2 payını kendi paylarından karşılayarak ve bir denkleştirme akçesi ödeyerek devralmıştır⁸²³.

4.2. Hukuki Çerçeve

İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationrecht: OR) şirket satışlarını, şirketlere ilişkin hak ve yükümlülükleri düzenleyen temel Kanundur⁸²⁴. Türk

⁸²² Olgiati, Lorenzo/Weber, Martin/Ah Choon, Jean Jacques/Can, Harun/Mamane, David: Switzerland, Mergers & Acquisitions, (Ed.Simon Robinson), London, GB, 2011, s.572.

⁸²³ Olgiati/ Weber/Ah Choon/Can/Mamane, s.578.

⁸²⁴ Olgiati/ Weber/Ah Choon/Can/Mamane, s.572.

Borçlar Kanunu (TBK) ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) hazırlanırken İsviçre Borçlar Kanunundan yararlanılmıştır. Bununla birlikte, TTK'da yer alan birleşme (bölünme ve tür değiştirme) hükümlerinin büyük bölümü, İsviçre Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devrine İlişkin Federal Kanun'dan (İsviçre Birleşme Kanunu: Fusionsgesetz-FusG) alınmıştır.

İsviçre firmalarının halka açılması ve menkul kıymetlerin satışı, Menkul Değerlerin Ticaretine İlişkin Federal Kanun (SESTA) ve İsviçre Hükümeti (Federal Konsey), İsviçre Sermaye Piyasası Denetim Kurumu (FINMA) ve Devralma Kurulu (TOB) tarafından yayımlanan Tebliğlerle (Ordinance) düzenlenmiştir.

01 Temmuz 2004 tarihli İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) çok geniş bir perspektifte hazırlanmıştır. Kanunun Giriş Bölümünde 1.7 maddesinde genel esaslar şöyle sıralanmıştır:

- Ara bilanço (Zwischenbilanz: Interim Balance Sheet) hazırlanması,
- Birleşme sözleşmesinin hazırlanması (Vertragsinhalt: Terms of the Contract),
- Ortaklık haklarının devamı (Kontinuitat die Mitgliedschaft: Continuity of Membership),
- Üst idari veya yönetim organlarının raporu (Bericht des obertsen Leitungs- oder Verwaltungsorgans: Report of higher administrative or managements Bodies),
- İşlem denetçilerince denetlenmesi (Prüfung durch besonders befahigten Revisor: Audit by a specially qualified auditor),
- Ortakların denetleme ve inceleme hakkı (Einsichtsrecht/Information der Gesellschafter: Right of Inspection/Information of Members),
- Küçük ve orta boy işletmeler için kolaylaştırılmış birleşme (Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen: Simplified procedure for small and medium size enterprises),
- İşçi temsilcileriyle görüşme (Konsultation der Arbeitnehmervertretung: Consultation with the representatives of employees)
- Genel kurul kararı (Beschlussfassung der Generalversammlung: Resolution of general board),

266 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

- Yeni kurulan şirketler için şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanması, (Gründungsvorschriften: Incorporation provisions),
- Ticaret siciline tescil, (Eintrag ins Handelsregister: Registration in the commercial registration office),
- Külli halefiyet (Universalsukzession: Universal succession),
- İş ilişkilerinin geçişi (Übergang der Arbeitsverhältnisse: Transfer of employment relationships),
- Alacaklıların korunması (Glaubigerschutz: Protection of creditors),
- Malvarlığı içindeki taşınmazların geçişi için noter onayı (Grünstucke: notary approval).

İsviçre Birleşme Kanunu'nun hükümleri ile TTK hükümleri arasında büyük farklar yoktur. Ancak Kaynak Kanunda birleşmeye katılım daha geniş tutulmuştur. Kanunun 2.maddesi "Kavram (Begriff: concept)" başlığı altında, yeniden yapılanma tiplerini düzenlerken, özellikle AŞ (AG) ve Ltd.Şti. (GmbH) yani sermaye şirketlerinin birleşmelerine yönelik yeniden yapılanmaların düzenlendiği ancak bunların yanı sıra, kolektif şirketler (Kollektivgesellschaften), sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler (Kommanditgesellschaften), kooperatifler (Genossenschaften), adi komandit ortaklıklar (Kommanditaktien-gesellschaften), dernekler (Vereine), vakıflar (Stiftungen), hayır kuruluşları (Vorsorgeeinrichtungen) ve kamu hukukuna göre kurulan kurumların da (Institute des öffentlichen Rechts) (özel hukuktan kaynaklanan işlemleri nedeniyle) bu kapsama alındığı ifade edilmiştir. Ayrıca adi ortaklıkların birleşmesinin bu Kanun hükümlerine tabi olmadığı da belirtilmiştir.

Kanunda ayrıca birleşmeye ilişkin ilkelere de yer verilmiştir. Bunlar kısaca, esneklik (flexibilität), birleşmeye katılanlar dışındakilerin bu bağlamda, azınlıkların (minderheits), ortakların (gesellschafter) alacaklıların (gläubiger) ve çalışanların (arbeitnehmer) korunması, şeffaflık (transparenz), hukuki güvenlik (rechtssicherheit) ve Avrupa Birliği ile uyum (Europacompatibilität) olarak sıralanmıştır. Bunlara ek olarak, birleşmenin iki veya daha çok şirketin katılımıyla olacağı, şirketlerden en az birinin veya katılımcı şirketlerin tümünün sona ereceği, ilke olarak sona eren şirket ortaklarının, birleşilen şirkette pay sahibi/ortak olacağı belirtilmiştir. Aynı maddede, küçük ve orta boy işletmelerin (kleine und mitlere unter-

nehmen) birleşmelerinin kolaylaştırılmış birleşmeye tabi olduğu, malvarlığının bir bütün olarak devri, birleşen şirketin ortaklarına nakit ödemesi veya pay verilmesi seçeneklerinin sunulması gibi ilkelere yer verilmiştir.

FusG m.7'de "denkleştirme ödemesi", m.8'de "ayrılma akçesi" düzenlenmiştir. Kanununun 10.maddesinde, sermaye artımında aynı sermayeye ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı, 11.maddede "ara bilanço", 12. ve 13.maddelerde "birleşme sözleşmesi", 14.maddede "birleşme raporu", 15.maddede "işlem denetçisi", 16.maddede "ortakların denetleme ve inceleme hakkı" düzenlenmiştir. Kanununun 17.maddesinde sözleşmenin imzalanması ve GK tarafından karar bağlanması arasında uzun bir zaman geçmesi ve bu süreçte malvarlığında önemli değişiklikler olması durumunda, yönetim organlarının GK'ü bilgilendirmesi ve birleşme raporunun gözden geçirilmesi ya da birleşmenin iptali seçeneklerinin karar bağlanması gerektiği belirtilmiştir. Kanununun 18-20.maddelerinde birleşme kararı, 21-22.maddelerde "birleşme kararının tescili", 23-24.maddelerde "kolaylaştırılmış birleşme", 25-26.maddelerde "alacaklıların korunması", 27-28.maddelerde "çalışanların korunması-işçi temsilcileriyle görüşme", 163.maddede ise "sınır ötesi birleşmeler" düzenlenmiştir. Kaynak Kanunda birleşme, bölünme ve tür değiştirmenin yanı sıra ayrı bir başlık olarak "malvarlığının devri" düzenlenmiştir (FusG m.69 vd.). Buna göre, ticaret siciline kayıtlı sülheler, malvarlığını, sicile kayıtlı olması zorunlu olmayan sülhelere devredebilmektedir. Birleşme Kanununun 73.maddesinde ise, tescilin kurucu olduğu ve tescil ile malvarlığını oluşturan aktif ve pasiflerin devralana bir bütün halinde (küllü halefiyet yoluyla) kendiliğinden geçeceği belirtilmiştir.

5. FRANSA

5.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar

Fransız birleşme ve satınalmaları, 2010 yılının ikinci yarısı ve 2011 yılının ilk yarısından sonra önemli bir ilerleme göstermiştir⁸²⁵. Özellikle enerji ve farmaseptik sektörlerinde önemli devralmalar gerçekleşmiştir. Bu kapsamda, Sperian, Honeywell tarafından 1,4 milyar Euro'ya devralınmış, Genzyme, Sanofi tarafından 14,2 milyar Euro'ya satın alınmıştır.

⁸²⁵ Martin, Didier: France, The Mergers&Acquisitions Review, Fifth Edition, (Ed.Simon Robinson), Law Business Research, London,GB, 2011, s.237.

Fransız birleşme ve satınalma faaliyetleri, küresel ekonomik eğilimlere (trendlere) ABD ve BK'a göre daha az reaktiftir. Bu nedenle, önümüzdeki dönemde de Fransa'da birleşme ve satınalma operasyonları oldukça mütevazı bir çizgide devam edecektir.

5.2. Hukuki Çerçeve

Fransız Ticaret Kanunu ve Medeni Kanunu, şirket alım-satımlarının hukuki çerçevesini ve tabanını oluşturmaktadır. Ayrıca Fransız Para ve Finans Kanunu ve Fransız Finansal Pazar Kurumu (Autorité des Marché Financier: AMF⁸²⁶)'nun Genel Kuralları, devralmaların AMF tarafından yürütülmesi için gerekli düzenlemeleri öngörür. Bu Kurul, Fransız HAAO'ların devralınması durumunda denetleyici bir rol üstlenir.

Fransız birleşmenin denetimi kuralları asıl olarak Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sınır ötesi birleşmeler için bu Kanun değil AB Sınır Ötesi Birleşmeler Yönergesi rejimi uygulanır.

Fransa'da bankacılık ve finans düzenlemelerine ilişkin bir reform planı Fransız Parlamentosu tarafından 11 Ekim 2010'da kabul edildi. Bu reform çerçevesinde aşağıdaki hususlarda düzenlemeler getirilmesi planlanmıştır:

a) Yeni Düzenleyici Kurumun (Otoritenin) Oluşturulması: COREFRIS. Söz konusu Kurum, Fransız finans sektöründeki denetleyici Otoritelerinden (Ekonomi Bakanı, Fransız Merkez Bankası-Banque de France Başkanı, ACP Başkanı, AMF Başkanı ve ANC Başkanı) oluşmaktadır. Ekonomi Bakanının başkanlık ettiği Kurum, finansal pazarların durum analiz etmekte ve sistematik riskleri değerlendirmektedir⁸²⁷.

b) Hızlı Satışlarda Kısıtlayıcı Önlemler ve Daha Fazla Şeffaflık: Firmaların hızlı el değiştirmelerini önlemeyi amaçlayan yeni düzenlemede satıcının öncelikle teminat alması öngörülmektedir.

c) Pazarın Kötüye Kullanımının Önlenmesi ve Şüpheli İşlemlerin Açığa Çıkarılması.

d) HAAO'da paysahiplerinin Haklarının Artırılması.

e) Birleşme Usullerinin Kolaylaştırılması.

⁸²⁶ Bu kurumla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.amf-france.org/> (05.04.2014).

⁸²⁷ Martin, s.239.

6. RUSYA

6.1. Genel Olarak Birleşme ve Satınalmalar

2010 yılında gerçekleşen 528 birleşme ve satınalma ile toplam 64,6 milyar Dolarlık işlem gerçekleşti. Ülke içi işlemlerin değeri 34,35 milyar Dolar sınır ötesi işlemlerin değeri ise 30,26 milyar Dolar civarındaydı⁸²⁸. En belirgin alanlar şöyle sıralanabilir:

a) Telekomünikasyon (Kyivstar-Ukrayna firmasının Vimpelcom-Rusya ile birleşmesi-12,8 milyar Dolar)

b) Kimya-petrokimya (Süleyman Kerimov başkanlığındaki yatırımcı grubun Uralkali'yi 9,8 milyar Dolara satın alması, Leonid Mikhelson'un SIBUR Holding'in %50'sini 3,7 milyar dolara satın alması),

c) Enerji (Severenergia'nın %51'inin Yamal Development tarafından Gazprom'dan 1,81 milyar Dolara satın alınması),

d) Yemek sektörü (Rusya'daki Unimlik ve Danone'nin birleşmesi-toplam 1,6 milyar Dolar),

e) Madencilik (Atomredmetzoloto'nun Uranium One (Kanada)'ı 1,5 milyar Dolara ve Mantra Resources (Tanzanya)'u 1,7 milyar Dolara satın alması).

f) Perakende Satış (Perakende zinciri Kopeyka'nın X5 Grubu tarafından 1,7 milyar Dolara satın alınması).

6.2. Hukuki Çerçeve

Rusya 22 Ağustos 2012 tarihinde DTÖ'ne üye olmuştur⁸²⁹. Rusya'da özel sektör, devlet sektörü ile karşılaştırıldığında, birleşme ve satınalma alanında çok az bir kapasiteye sahiptir⁸³⁰. Sözleşmelerde daha ziyade İngiliz hukuk gibi geçerli, bağlayıcı ve icra edilebilir hukukun uygulanması kabul edilmektedir. Rusya'da bir işletme devralındığında devralan bu işletmedeki bazı kilit personeli işten çıkarabilir⁸³¹.

⁸²⁸ Rachkov, Ilia/Maslennikov, Evgeny: Russia, The Mergers&Acquisitions Review, Fifth Edition, (Ed.Simon Robinson), Law Business Research, London,GB, 2011, s.490.

⁸²⁹ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (09.04.2014).

⁸³⁰ Rachkov/ Maslennikov, s.495.

⁸³¹ Rachkov/ Maslennikov, s.496.

270 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Rusya’da birleşme ve satınalmalar, üç aşamalı şekilde rekabet boyutu ile denetime tabidir. Bunlar, sözleşme öncesi onay, kapanışın bildirilmemesinden sonraki onay ve grup içi yapılanma sonrası onay (intra- group deal approval). Her üç onay süreci de AŞ’lerde oy haklarının %25,50 ve 75’inin satın alınması, LO’larda ise 1/3, 1/2 ve 2/3 oranındaki oy haklarının satın alınması halinde söz konusu olur⁸³².

7. AVRUPA BİRLİĞİ

7.1. Avrupa Şirketi Tüzüğü

AB’de şirketlerin birleşmesi ve satın alınması konusu, 08 Ekim 2001 tarih ve 2157/2001 sayılı “Avrupa Şirketine İlişkin Tüzük” (Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company-SE) ve 2005/56/EC sayılı Anonim Şirketlerin Sınır Ötesi Birleşmesine İlişkin Yönerge (Directive 2005/56/EC of The European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on Cross-Border Mergers of Limited Liability Companies) ile düzenlenmiştir⁸³³.

Avrupa Şirketi Tüzüğü’nün Giriş Bölümünün 1.maddesinde, iç Pazarın tamamlanması ve Topluluk bünyesinde ekonomik ve sosyal statüde getirdiği değişikliklerin sadece ticari engellerin kaldırılmasını değil aynı zamanda üretim yapılarının da Topluluk yapısına uyum göstermesini içerdiği, bu amaçla topluluk alanı içinde faaliyet gösteren şirketlerin sadece bölgesel ihtiyaçları karşılamakla sınırlı kalmayıp aynı zamanda Topluluk çapında yeniden yapılanma (reorganisation) planlanması ve gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Tüzüğü’nün 2.maddesinde ise, “böyle bir yeniden yapılanmanın, farklı üye Devletlerdeki şirketlerin birleşme (merger) yoluyla kendi kapasitelerini (potential) birleştirme seçeneği sunduğu öngörülmektedir. Bu seçenek ise sadece Antlaşma’da ortaya konulan rekabet kurallarıyla yerine getirilebilir” denilmektedir.

Tüzük temel olarak birlik içinde halka açık anonim şirketler (public limited liability companies) için model bir şirket (Societas Europaea:SE) yapısını ortaya koymayı amaçlamıştır. Bu yapı içinde, Avrupa şirketi, sermayesi paylara bölünmüş bir şirket olacak ve pay sahipleri, sadece taahhüt ettikleri pay ile sorumlu olacaklardır (m.1/2).

⁸³² Rachkov/ Maslennikov, s.496.

⁸³³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L: 2001: 294: 0001: 0021:en:PDF> (20.08.2013)

Tüzük'ün 2.Kısım'ının 2.Bölümü "SE'nin Birleşme Yoluyla Oluşumu" (Formation by Merger) başlığını taşımaktadır (m.17-30). Özellikle 20.maddede, birleşen şirketlerin birleşme sözleşmesinde hangi hususların yer alacağı açıklanmıştır. Buna göre, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları bir taslak birleşme sözleşmesi yapacak ve aşağıdaki hususlar sözleşmede yer alacaktır:

- a) Birleşmeye katılan her şirketin ve ayrıca oluşturulacak SE'nin unvanı ve sicile kayıt olduğu yer,
- b) Pay değişim oranı ve varsa tazminat tutarı,
- c) SE içinde payların tahsisi hükümleri,
- d) SE içinde pay sahiplerinin kar payını alma hakkına ilişkin ve bu hakkın kullanımını etkileyen herhangi bir özel şartın yürürlüğe gireceği tarih,
- e) Birleşmeye katılan şirketlerin işlemlerinin, muhasebe açısından SE işlemi olarak kabul edileceği tarih,
- f) SE tarafından pay sahiplerine ve pay dışında menkul kıymeti olan kişilere tanınan özel haklar veya bu kişilerle ilgili öngörülen yükümlülükler,
- g) Taslak birleşme sözleşmesi hükümlerini inceleyen uzmanlarla, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim veya denetim organlarına tanınan özel haklar.
- h) SE'nin esas sözleşmesi,
- i) 2001/86/EC Sayılı Yönerge esaslarına uygun olarak çalışanların katılımını düzenleyen usullere ilişkin bilgi.

Tüzük'ün 21.maddesinde, birleşmeye katılan şirketlerin kendi ülkelerinde, yayınlamakla zorunlu görülen bilgilerin yanı sıra aşağıdaki bilgileri de milli gazetelerinde (Türkiye'de Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi) yayınlamakla yükümlü kılınmıştır:

- a) Birleşmeye katılan şirketlerin tipi, unvanı ve kayıtlı olduğu ticaret sicili,

272 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

b) 68/151/EEC sayılı Yönergenin 3/2. Maddesinde yer alan belgelerin birleşmeye katılan şirketler tarafından doldurulması ve tescili, ayrıca tescil numarası,

c) İlgili şirketin alacaklılarının haklarını kullanabilmeleri için, 24.madde kapsamında yapılan düzenlemeler ve bu düzenlemelere ait tam bilgilere ücretsiz olarak erişim için gereken adres bilgileri,

d) İlgili şirketin azınlık pay sahiplerinin haklarını kullanabilmeleri için, 24.madde kapsamında yapılan düzenlemeler ve bu düzenlemelere ait tam bilgilere ücretsiz olarak erişim için gereken adres bilgileri,

e) SE için öngörülen unvan ve öngörülen ticaret sicili.

Tüzük'ün 24.maddesinde ise birleşmeye katılan şirketlerin, halka açık anonim şirketlerde olduğu gibi, ayrıca sınır ötesi birleşmenin özelliklerini de dikkate alarak aşağıdaki gurupların menfaatlerini gözeteceklerdir:

a) Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları,

b) Birleşmeye katılan şirketlerin pay sahipleri,

c) Birleşmeye katılan şirketlerdeki pay sahipleri dışında özel haklar tanınan menkul kıymet sahipleri.

Tüzük'ün 25.maddesinde, birleşmeye katılan şirketlerden her birinin tabi olduğu Üye Devletin hukuk düzeninin kuralları gereğince birleşme usulünün hukuka uygunluğunun araştırılması öngörülmüştür. Aynı şekilde, ilgili mahkeme, noter veya yetkili makam tarafından birleşme öncesi işlemlerin uygunluğunu onaylayan bir belge verilecektir. Burada yine katılan şirketlerden birinin tabi olduğu Üye Devlet hukuk düzeninin pay değişim oranını incelemesi ve değiştirmesine veya azınlık pay sahiplerinin tazminine ilişkin bir usul öngörmesi ve diğer Devletin böyle bir usulü öngörmemesi durumunda diğer Devlete tabi şirketin pay sahiplerinin bu usullere karşı dava hakkı olasılığını açıkça kabul etmesi halinde uygulanabilecektir. Böyle bir durumda, bahse konu yetkili makamlar, hukuki yola başvurulsa bile belgeyi verebilecektir. Bununla birlikte bu işlemin aşkıda olduğu da belgede belirtilmelidir. Verilecek karar da başvuruda bulunan şirket ve tüm pay sahipleri açısından bağlayıcı olacaktır.

7.2. Anonim Şirketlerin Sınır Ötesi Birleşmelerine İlişkin Yönerge

26 Ekim 2005 tarih ve 2005/56/EC Sayılı Anonim Şirketlerin⁸³⁴ (Limited Liability Companies) Sınır Ötesi Birleşmelerine İlişkin Yönergede, farklı Üye Devletlerde faaliyet gösteren anonim şirketlerin işbirliği ve bir araya gelmesinin (consolidation) bir ihtiyaç olduğu ancak Topluluk içinde şirket birleşmeleri bakımından birçok hukuki ve idari sorunla karşılaşıldığı vurgulanmış ve tek Pazarın tamamlanması ve işlevsel olabilmesi için şirket birleşmelerinin kolaylaştırılması gerektiği belirtilmiştir (Giriş Hükümleri m.1).

Yönerge özellikle farklı Üye Devletlerde faaliyet gösteren “anonim şirketleri”in birleşmelerinin kolaylaştırılmasını amaçlamıştır (Giriş Hükümleri m.2).

Yönergenin Giriş hükümleri 8.m’de, birleşmenin gerçekleşmesinden sonra artık geçersizliğini ileri sürmenin mümkün olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Yönergenin 1.maddesinde, “Kapsam” başlığı altında, “Bu Yönergenin, en az ikisinin farklı Üye Devletin hukukuna tabi olmak kaydıyla, bir Üye Devletin hukukuna göre kurulan ve tescil yeri, merkezi yönetimi veya ana iş merkezi (principal place) Topluluk sınırları içinde olan anonim şirketlerin birleşimine (bundan sonra sınır ötesi birleşmeler olarak adlandırılacaktır) uygulanacağı belirtilmiştir.

Yönergenin 2.maddesinde, “Tanımlar” başlığı altında, anonim şirketin tanımı yapılmıştır. Buna göre, anonim şirket;

a) 68/151/EEC Sayılı Yönergenin 1.maddesinde atıfta bulunulan şirket veyahut

b) Tüzel kişiliğe sahip, sermayesi paylara bölünmüş, sadece kendi borçlarını karşılamak üzere ayrı malvarlığına sahip ve ortaklarının ve 3.kişilerin menfaatlerinin korunması için, milli hukuku çerçevesinde, 68/151/EEC Yönergesinde öngörülen güvenceler gibi şartlara tabi şirket türüdür.

Tanımlar maddesinde, ayrıca “birleşme” kavramı da tanımlanmıştır. Buna göre,

⁸³⁴ Anonim şirket, Yönerge’deki “Limited Liability Company”in karşılığı olarak çevrilmiştir. Ancak birçok yabancı metinde, limited liability company’nin karşılığı “limited şirket”tir. Bununla birlikte, limited liability company, kelime anlamı itibarıyla “sınırlılığı sorumlu şirket”tir.

274 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

a) Birleşme; bir veya daha çok şirketin, tasfiye olmaksızın sona erecek, tüm malvarlıklarını ve yükümlülüklerini başka bir şirkete-devralan şirkete- kendi şirketini/şirketlerini temsil eden menkul kıymet veya paylar tutarında menkul kıymet veya pay çıkarılması ve eğer mümkünse, bahse konu menkul kıymetlerin veya payların nominal değerinin veyahut, itibarın değerinin yokluğu durumunda, gerçek değerinin %10'unu aşmayacak şekilde bir nakdi ödeme karşılığında devretmesi veya,

b) İki veya daha fazla şirketin tasfiye olmaksızın sona ererek, tüm malvarlıklarını ve yükümlülüklerini oluşturdukları bir şirkete-yeni şirkete- kendi şirketini/şirketlerini temsil eden menkul kıymet veya paylar tutarında menkul kıymet veya pay çıkarılması ve eğer mümkünse, bahse konu menkul kıymetlerin veya payların nominal değerinin veyahut, itibarın değerinin yokluğu durumunda, gerçek değerinin %10'unu aşmayacak şekilde bir nakdi ödeme karşılığında devretmesi, veyahut

c) Bir şirketin tasfiye olmaksızın sona ererek şirketi temsil eden tüm menkul kıymetler ve paylarını elinde tutan şirkete devretmesidir.

Görüldüğü gibi, AB Hukukundaki birleşmenin tanımı, Türk Hukukundan daha geniş kapsamlıdır.

Yönergenin 5.maddesinde, birleşme sözleşmesinde yer alması öngörülen hususlara yer verilmiştir. Bu çerçevede birleşme sözleşmesinde şu hususların yer almalıdır:

a) Sınır ötesi birleşmeye katılan şirketler ile birleşme sonucu oluşacak şirketin şekli, unvanı ve tescil edilen merkezi,

b) Şirket sermayesini temsil eden menkul kıymetler veya payların değişimine uygulanacak değişim oranı ve varsa nakdi ödeme miktarı,

c) Birleşme sonucu oluşan şirketin sermayesini temsil eden menkul kıymetler veya payların tahsisine ilişkin maddeler,

d) Sınır ötesi birleşmenin istihdam üzerindeki olası etkileri,

e) Şirketi temsil eden menkul kıymetler veya payların hangi tarihten itibaren sahibine kar payı hakkı ve bu hakkı etkileyen herhangi bir şartın gereçli olduğu tarih,

f) Birleşen şirketlerin yapmış olduğu işlemlerin, birleşme sonucu oluşan şirketin hesabına yapıldığı kabul edilen tarih,

g) Birleşme sonucu oluşan şirketin pay sahiplerine veya pay dışında menkul kıymet sahiplerine tanıdığı özel haklardan yararlanacakları veya yükümlülüklerin başlayacağı tarih,

h) Taslak birleşme sözleşmesi hükümlerini inceleyen uzmanlarla, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim veya denetim organlarına tanınan özel haklar,

i) Sınır ötesi birleşme sonucu oluşan şirketin esas sözleşmesi,

j) Madde 16 çerçevesinde, sınır ötesi birleşme sonucu oluşan şirkete, çalışanların katılımı konusunda kararlaştırılan düzenlemeler,

k) Sınır ötesi birleşme sonucu oluşan şirkete devredilen malvarlığı ve borçların değerlendirilmesi konusunda bilgi,

l) Sınır ötesi birleşmenin şartlarını tesis etmek için kullanılan birleşmeye katılan şirket hesapları.

Yönergenin 6.maddesinde, birleşmeye katılan şirketlerle ilgili kendi ülkelerinin milli gazetelerinde (national gazette- kast edilen ticaret sicili gazeteleri: Türkiye'de Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi) yayımlanacak hususlar ortaya konulmuştur. 7.madde de yönetim organının raporunda yer alacak hususlar, 8.maddesinde bağımsız uzman raporu, 9.maddesinde birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarının birleşme sözleşmesini onaylamaları, 10.madde de birleşmenin hukuka uygunluğunu gösteren ve mahkeme, noter veya başka bir yetkili makam tarafından onaylanan birleşme öncesi belgesi, 11.maddede, birleşmenin hukuka uygunluğunun araştırılması ele alınmıştır. 12.maddede, birleşmenin yürürlüğe giriş tarihi, 13.maddede tescil, 14.maddede ise birleşmenin sonuçları ele alınmıştır. Bu sonuçlar şöyle sıralanabilir:

a) Her şeyden önce devralınan (acquired company) şirketin tüm malvarlığı ve borçları devralan şirkete geçer.

b) Devralınan şirketin pay sahipleri devralan şirkette pay sahibi olur.

c) Devralınan şirket ortadan kalkar (m.14/1).

Aynı şekilde, iki veya daha fazla şirketin yeni bir şirket tarafından devralınması durumunda da, devralınan şirketlerin malvarlıkları ve borçları yeni şirkete geçecek, devralınan şirketin pay sahipleri yeni şirkette pay sahibi olacak ve devralınan şirketler ortadan kalkacaktır (m.14/2).

276 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Öte yandan, birleşen şirketlerle iş sözleşmesi veya iş ilişkisi olan çalışanların hak ve yükümlülükleri de, birleşmenin yürürlüğe girdiği gün devralan veya yeni oluşan şirkete devrolacaktır (m.14/4).

Burada önemle vurgulanan bir başka husus ise, devralan şirketin kendisi veya kendi adına ve şirket hesabına üçüncü kişi tarafından veyahut devralınan şirketin kendisi veya kendi adına ve şirket hesabına hareket eden üçüncü bir kişi tarafından devralan şirketin paylarının, devralınan şirketin payları ile takas edilmemesidir (m.14/5).

7.3. Birleşme ve Bölünme Yönergesi

AB’de 2009 yılında 2009/109/EC “Birleşme ve Bölünme” Yönergesi⁸³⁵ kabul edildi. Yönerge, 1976 tarihli ve 77/91/EEC HAAO’ların Kuruluşuna İlişkin İkinci Konsey Yönergesi, 78/855/EEC HAAO’lara İlişkin Üçüncü Yönerge, 82/891 HAAO’ların Bölünmesine İlişkin Altıncı Yönerge ve 2005/56/EC AŞ’lerin Sınır Ötesi Birleşmesi Yönergesindeki birleşme ve bölünme kurallarını basitleştirmeyi amaçlamıştır⁸³⁶. Bunun için, birleşme ve bölünmede raporlama ve belgelendirme konuları sadeleştirilmiş, hâkim şirket (parent company) ve bağlı şirketlerde (subsidiary) birleşme veya bölünmeye katılan şirketlerin pay sahiplerinin tümünün olumlu oy vermesi halinde birçok raporun kaldırılması ve şirketlerin internet ve e-posta kullanarak pay sahiplerine ilgili belgeleri göndermeleri öngörülmüştür.

7.4. AB Sözleşme Hukuku Yönergesi Hazırlık Çalışmaları

AB Komisyonu, 2010 yılında bir Yeşil Belge (Green Paper) yayımlamıştır. Bu belgede, Komisyon’un iç pazarı geliştirme amacı temelinde tüketici ve işletmeler için Avrupa sözleşme hukukuna doğru ilerleme sağlamak için yedi politika seçeneği öngörülmüştür. Yedi seçenekten ikisi daha öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki; Komisyon tarafından bir referans olarak kullanılmak üzere bağlayıcı olmayan sözleşme maddeleri oluşturmak (non-binding tool box of contractual terms) diğeri ise AB hukuku ile her Üye Devlet arasında ek bir tabaka oluşturacak bir Avrupa sözleşme hukuku enstrümanı oluşturmaktır. İlk seçenek, Konsey tarafından, ikinci seçenek ise Komisyon daha ilgi görmektedir⁸³⁷.

⁸³⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:259:0014:0021:EN:PDF> (10.04.2014)

⁸³⁶ Robinson, European Overview, s.4.

⁸³⁷ Robinson, European Overview, s.7.

SONUÇ

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme, şirketler açısından ayrı bir öneme sahiptir çünkü bu işlemler şirketlerde yapısal değişikliğe yol açar. Yeni TTK'nun ticaret şirketlerinin yapısal değişimlerine ilişkin hükümleri eski Kanuna nazaran çok daha ayrıntılı ve anlaşılır hükümlerdir. Öte yandan SPKa ve SPK'nun çıkardığı Birleşme ve Bölünme Tebliği, RKHK ve Rekabet Kurulu'nun Birleşme ve Devralmalara İlişkin Tebliği ve KVK'da birleşmeye ilişkin düzenlemeler de dikkate alındığında oldukça kazuistik bir yöntemle kaleme alındığı söylenebilir.

Birleşme hükümleri, yeni TTK'nun hazırlanmasında esas alınan ilkelere yansıtılmaktadır. Özellikle, şeffaflık, aydınlatma, külli halefiyet, ortakların, alacaklıların ve çalışanların haklarının korunması gibi ilkeler birleşme hükümlerinin temel kirşleridir. Bu çerçevede, ortakların ve diğer ilgililerin bilgilendirilmesi, alacaklılara bildirim, internet sitelerinde yayınlanması gibi işlemler şeffaflık ve aydınlatma, tek bir işlemle malvarlığının devri önemli yenilikler olarak sayılabilir. Bununla birlikte, yeni TTK'nun ilk kabul edilen şeklinde düzenlenen işlem denetçiliğinin 6335 sayılı Kanunla kaldırılmasıyla birlikte işlemlerin denetlenmesi de olanaksızlaşmış ve önemli bir eksiklik doğmuştur.

Birleşmeye ilişkin hükümler, genel olarak açık ve anlaşılır olmakla birlikte, yeni kuruluş biçimindeki birleşme türü yeterince düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, yeni kuruluş biçimindeki birleşmede, yeni kurulacak şirketin türü, birleşmeye karşı olan ortaklara ayrılma akçesinin tanınması, ara bilançoların hazırlanması gibi hususların düzenlenmesinde yarar görülmüştür. Öte yandan, yeni kuruluş biçimindeki birleşmede, birleşen şirketlerin ortaklarının gerçek veya tüzel kişi olma olasılığı dikkate alındığında yeni kurulan şirketin sadece AŞ, limited şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ya da kooperatif olması mümkündür. Yeni kurulan şirket, ortaklarının tamamı gerçek kişi olması gereken kollektif veya ortaklarının bir kısmının gerçek kişi olması gereken adi komandit ortaklık olamaz.

TTK m.149'da, birleşmeye katılan şirketler tarafından, GK kararından önceki otuz gün içinde, birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve son üç yılın yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarının, katılan şirket ortakları, menfaati bulunan kişiler ve diğer ilgililerin incelemesine sunulması zorunlu tutulmuştur. Burada "GK kararından önceki otuz gün içinde" yerine "en az otuz gün önce" şeklinde ifade edilmesi daha doğru olurdu. Bu düzenleme, aydınlatma ilkesi bakımından önemlidir. Bununla

278 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

birlikte, şirket çalışanlarına da süreç hakkında bilgi verilmesini sağlayacak bir düzenlemeye de yer verilmesi yararlı olacağı düşünülmektedir.

Birleşme sözleşmesinin GK'larda onaylanması meselesinde, limited şirketlerin TTK m.151/1c hükmündeki gibi, sermayenin en az dörtte üçünün temsil eden paylara sahip bulunmaları şartına ilaveten "tüm ortakların dörtte üçünün oyuyla" onaylanmasının, yeni sermaye şirketleri hukukunun özüne aykırı olduğu düşünülmektedir. Bu hüküm yerine, TTK m.621/1deki önemli işlere ilişkin " temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir" düzenlemesinin birleşme için de uygulanabilir olması daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Birleşme sözleşmesinin tescil ve ilanında, TSY m.127'deki düzenlemenin "Önce devralan şirket birleşme sözleşmesini tescil ettirmeli daha sonra devrolunan şirket tescil ettirmelidir" şeklinde değiştirilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyim. Çünkü devralan şirketin birleşme sözleşmesini tescili bildirici, devrolunan şirketin birleşme sözleşmesinin tescili ise kurucudur. Devrolunan şirketin tescil ettirmesi ile birlikte o şirketin malvarlığı kendiliğinden devralan şirkete geçmekte, devrolunan şirket ifisah etmekte ve sicilden silinmektedir. Birleşmenin tamamlanabilmesi için her iki şirketin de birleşme sözleşmesini tescil (ve ilan) gerektiğine göre, daha az riskli bir durumda olan devralan şirketin önce, daha riskli durumda olan devrolunan şirketin ise sonra tescil (ve ilan) ettirmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyim.

Birleşme işleminin tescili ile birlikte devrolunan ya da yeni kuruluş yoluyla ile birleşmede, birleşmeye katılan şirketler sona ermekte ve bu şirketlerin malvarlıkları bir bütün olarak devralan ya da yeni kurulan şirkete kendiliğinden geçmektedir. Bununla birlikte, devralan ya da yeni kurulan şirketlerin YK'ları tarafından en kısa sürede malvarlığı içinde yer alan tescilli malların yeni durumlarının bildirilmesi ve gerekli değişikliklerin yaptırılması gerekmektedir.

Birleşmeye karşı olan ve ayrılma akçesinin seçimlik veya zorunlu seçenek olarak birleşme sözleşmesinde yer alması durumunda ayrılma akçesi olarak ortaklıktan ayrılma ile karşı karşıya kalan ortakların ayrılma akçelerinin gerçek değeri üzerinden ve mümkün olduğu kadarıyla nakdi olarak ödenmesi için gerekli önlemlerin alınması önem arz etmektedir.

Birleşmede ortaklık haklarının korunması kadar önem taşıyan bir başka husus alacaklıların korunmasıdır. Bu çerçevede, devrolunan ya da

birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılarının teminat altına alınması ya da ödenmesi için önlem alınmalıdır.

Birleşme nedeniyle sona eren şirketlerin çalışanlarının da haklarının korunması önem arz etmektedir. İşçilerin, birleşmeye itirazı durumunda, hizmet sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresine kadar devam ettirilmesi ve koşullarının çalışan aleyhine ağırlaştırılmaması gerekir. İşçilerin sona eren şirketten doğana alacaklarının teminat altına alınması zorunludur.

Sonuç olarak, ticaret şirketlerinin birleşmelerine ilişkin yeni düzenlemeler, mevcut durumuyla eski düzenlemelere göre çok kapsamlı ve ihtiyacı karşılayacak niteliktedir. Bununla birlikte, olması gereken hukuk (de lege feranda) bakımından yukarıda değinilen konulardaki değişikliklerle daha da kapsamlı ve düzenleyici bir yapıya kavuşabilir.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork: Borçlar Kanununun 179.maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971.

Ağaoğlu, Cahit: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkleştirmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.18, S. 2, İstanbul, 2012.

Akgüç, Öztin: Finansal Yönetim, Genişletilmiş 6.Baskı, Muhasebe Enstitüsü, Yayın No: 63, İstanbul, 1994.

Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Akyüz, Helin Berfin: Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara, 2007.

Alilovic Sascha & Kühne Daniela (Ed.Keuper/ Häfner/ von Glahn): Der M&A-Prozess, Konzepte, Ansätze und Strategien für die Pre- und Post-Phase) M&A-Transaktionen im Rahmen, von IT-Outsourcing, s.145-165.

A. Oesterle, Dale: Mergers and Acquisitions in a Nutshell, Second Edition, Thompson/West, 2006.

Arıdemir, Arzu Genç: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 16.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012.

Aslan, İ.Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Basım, Yayın, Dağıtım, Bursa, 2010.

280 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

- Aslan, Yılmaz/Şenyüz, Doğan: İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4.Baskı, Ekin Basım, Yayın, Dağıtım, Bursa, 2012.
- Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.
- Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Yenilenmiş 4.Bası, Ankara, 2011.
- Aydın, Nurhan: Birleşme ve Satın Almalarda İşletme Değerlemesi, s.193-211 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'a Göre yazılmış 7.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- Bektaş, Sezercan: Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa, 2013.
- Bilgin, F.Zeynep/Erdoğan, İrem Eren: Birleşme ve Devralmalarda Uluslararası Boyut ve Pazarlama Yansımaları, s. 431-467. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- Bozer, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Bozkurt, Tamer: Ticaret Hukuku – Cilt II Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 6.Baskı, Ankara, 2012.
- Can, Erol: İşletmelerin Devir ve Birleşmelerinde KDV Uygulaması, Yaklaşım, Aralık 1993, S.13.
- Clark, George (Exe. Ed.): Outline of the US Legal System, A Publication of the United States Department of State, 2004.
- Coştan, Hülya: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Çeker, Mustafa: Ticaret Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, 2013.
- Çeker, Mustafa: Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4 (2012), s.100-120.
- Çelik, Orhan: Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999.
- Çolak, Mustafa: "Şirket Birleşmeleri ve Rekabete Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Ana Bilim Dalı, Kahramanmaraş, 2006.

- Dayınlarlı, Kemal: Joint Venture Sözleşmesi, İkinci Baskı, Ankara, 1999.
- Demirkapı, Ertan: Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, S.1-2.
- Demirkaplan, Özlem: Mergers and Acquisitions and Their Effects on Stock Performance: Evidence From Istanbul Stock Exchange, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İngilizce İşletme Ana Bilim Dalı, İngilizce İşletme Yönetim Programı, İzmir, 2009.
- Develi, Bilge: 6120 sayılı Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, S. 1-2, s.443-489.
- Doğan, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi, Yayın no:29, İstanbul, 2006.
- Eren, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara, 2012.
- Eriş, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- Erdem, H.Ercüment: Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Beta yayınları, İstanbul,2003.
- Eryürekli, P.Pınar: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetimi (Merger Control), T.C.Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No:50, Ankara, 1999.
- Esin, İsmail G./Lokmanhekim S.Tunç: Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- Ersin, Meryem Kübra: Karşılaştırmalı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Gaughan, Patrick A.: Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings, 5.Edition, New Jersey, 2011.
- Garner, Bryan: Black's Law Dictionary, Minnesota, 2001.
- Geray, Damla: Halka Açık Şirketler Açısından Birleşme İşlemlerinin Uygulanması ve Muhasebe Sorunları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002.
- Gökbel, Doğan: Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırılması, s.23-48. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

282 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

- Gökbel Serpil Altınırnak: Birleşmelerde Başarı ve Başarısızlık, s.213-230. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- Göktürk, Kürşat: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, S. 1-2 s.631-662.
- Göksoy, Yaşar Can: Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi-Maddi Hukuk Yönünden, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2003.
- Gönülaçan, Pınar: İşletmelerde Birleşme yöntemleri ve Bir Uygulama Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Muhasebe Finansman Programı, İzmir, 1998.
- Güven, Pelin: Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Genişletilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Hage-Chahine, Najib: Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 32, Issue 3, Summer 2012.
- Hall, Richard/Greene, Mark: United States, Mergers and Acquisitions, (Ed.Simon Robinson), Law Business Research, London, GB, 2011.
- Harford, Jarrad: What Drives Merge Waves, Journal of Financial Economics, no.2, September 2005, s.529-560.
- Juchli, Philipp: Die Verantwortlichkeit bei Umstrukturierungen nach Art. 108 FusG, Dissertation, der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
(Doktora Tezi, St.Gallen Üniversitesi, Ekonomi, Hukuk ve Sosyal Bilimler Yüksek Okulu (HSG), Gutenberg AG, Schaan 2011.
- Kandemir, Tuğrul: Küresel Rekabet Ortamında Birleşme Satın Almaların İşletmeler Üzerine Finansal Etkisi ve İMKB'deki Birleşmeler Üzerine Bir Araştırma, Doktora Tezi, Afyonkarahisar Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar, 2003.
- Kaplan, İbrahim: İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı,-Joint Venture, Ankara, 1973.
- Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 25.Baskı, Konya, Eylül, 2013.

- Karşlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012.
- Kavak, Ahmet: Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- Kayar, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Mimoza Yayınları, Konya, 1997.
- Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2.Bası, İstanbul, 2012.
- Keşli, Ahmet: Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, Şirketler Hukuku (Ed.Sami Karahan), Mimoza Yayınları, Konya, 2012.
- Kılıç Şengül Al: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 13.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Kırca, İsmail: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı 79, Aralık 2011, s.71-79.
- Kıyğı, Osman Nazım: Almanca Türkçe ve Türkçe Almanca Sözlük, Münih, 1999.
- Knepper, Heinrich/Möller, Christian: Germany, The Mergers & Acquisitions Review, (Ed. Simon Robinson), Law Business Research, London, GB, 2011.
- Köktürk, Mehtap Sümersan/Kont Şirin Odabaş: Birleşme ve Satınalmalarda İnsan Kaynakları ve Pazarlama Sorunları, s. 555-587. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- Kutlan, Serhat: Birleşme ve Devralmalarda (Mergers&Acquisitions) Controlling, s.247-263. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- Kutlan, Serhat: Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Kutukız, Doğan: Finansal Açıdan Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtım Politikası ve Türkiye Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 1997.
- Lokmanhekim, Tunç/Eren, Saniye, Simge: Turkey, The Merger & Acquisitions Review, Fifth Edition, (Ed.Simon Robinson).Law Business Research, London, GB, 2011.

284 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

- Martin, Didier: France, The Mergers&Acquisitions Review, Fifth Edition, (Ed.Simon Robinson), Law Business Research, London, GB, 2011.
- Moroğlu, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Nazalı, Ersin: Vergisel ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Oğuz, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Okur, Ali Rıza: Şirket Birleşmelerinin Kıdem Tazminatına Etkileri, s.49-72 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- Olgıati, Lorenzo/Weber, Martin/Ah Choon, Jean Jacques/Can, Harun/Mamane, David: Switzerland, Mergers & Acquisitions, (Ed.Simon Robinson), Law Business Research, London, GB, 2011.
- Onat, Osman Kürşat: Devralma Yoluyla Şirket Birleşmelerinde Birleşme Sonrası Mali Performansın Oranlar Yöntemiyle Belirlenmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Isparta, 2006.
- Önen, Ergun: İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, No:1, Ankara, 1981.
- Özkan, Nur: Küreselleşme Sürecinde Uluslar arası Şirket Birleşmeleri ve Satın almalarının Büyüme Stratejileri Açısından Analizi ve Bir Uygulama, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Uluslar arası İşletmecilik Programı, İzmir, 2010.
- Paslı, Ali: Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 13.Bası, Ankara, 2012.
- Persteiner, Helmut: İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı, s. 589-614. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 12.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiştir 9.Bası, İstanbul, 2001.
- Pulaşlı, Hasan: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012. (Genel).
- Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I,II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011 (Şerh) .
- Rachkov, Ilia/Maslennikov, Evgeny: Russia, The Mergers&Acquisitions Review, Fifth Edition, (Ed.Simon Robinson), Law Business Research, London,GB, 2011.
- Reed, Stanley Foster/Lajoux Alexandra Reed/Nesvold H.Peter: The Art of M&A, A Merger/Acquisition/Buyout guide 1, 4.Edition, New York, 2007.
- Robinson, Simon: European Overview, The Mergers&Acquisitions Review, (Ed.Simon Robinson) Law Business Research, London, GB, 2011.
- Robinson, Simon: United Kingdom, The Mergers&Acquisitions Review, (Ed.Simon Robinson) Law Business Research, London, GB,2011.
- Roediger Tobias: Werte schaffen durch M&A-Transaktionen Erfolgsfaktoren im Post-Akquisitionsmanagement, Oestrich-Winkel, 2010.
- Sağlam, Necdet/Şengel, Salim: Şirket Birleşmeleri ve Muhasebeleştirilmesi, s.305-326 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- V. Salis, Ulysses. : Kapitalverlust und Sanierungsfusion, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, hrsg. von Thomas Sprecher, EuropaInstitut, Zürich 2011, 149-181.
- Sarıkamış, Cevat: Şirket Birleşmeleri, Satın Almalar ve Yeniden Yapılanma, Avciol Basım Yayın, İstanbul, 2003.
- Schadle, Martin/Pernsteiner: Finansal Açıdan Şirket Birleşmeleri, s.285-303. (Çev. Ogün Erdoğan, Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004)
- Sevi, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Sevim, Adnan: Şirket Birleşmelerinde Kurumsal Kaynak Planlaması (Enterprise Resources Planning-EPR)'nın Önemi, s.327-360 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

286 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

- Sherman, Andrew J.: Mergers and Acquisitions from A to Z, Third Edition, New York, 2011.
- Sumer, Haluk/Göğüş, E.Handan Sümer: Füzyonlar ve Muhasebe Yöntemlerinde Meydana Gelen Gelişmeler, s.361-379 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).
- Şener, Oruç Hami/Uzunallı, Sevilay: Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. (Yeni Hukuk).
- Tekinalp, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, Vedat Kitapçılık, 2011 (Yeni Ortaklık).
- Turanlı, Hüsnü: Ticari İşletmenin Devri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2013, C.1, S.3, s.29-55 (Devir)
- Turanlı, Hüsnü: Yeni TTK Işığında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, Sayı 1-2. S.939-960 (Hükümsüzlük)
- Turanlı, Hüsnü: Limited Şirketler Hukukunda Gizli Kıyas, İzmir Barosu Dergisi, S.3, Eylül 2013, s.10-48.
- Türk, Hikmet Sami: Ticari Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No:185, Ankara, 1986. (Birleşme)
- Türk, Hikmet Sami: Ticari Ortaklıkların Birleşmesinde "Nevilerin Aynı Olması" Koşulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No:186, Ankara, 1986. (Nevi)
- Türk, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.
- Weber, Philippe: Die Vermögensübertragung, Europa Institut Zürich Band 53 Fusionsgesetz Herausgeber: Andreas Kellerhals / Jürg Luginbihl, Zürich,2004.
- Yarıcı, Hülya: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Legal Yayınları, İstanbul, 2007.
- Yalman, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda sözleşme Görüşmelerinde Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Yasaman, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No:20586, Ankara, 1987.

Yavaşlar, Funda Başaran: Birleşen Sermaye Şirketi Ortaklarının Vergilendirilmesi, s.111-135 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat dizisi, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2011.

Yıldır, Ayşe Gül: Şirket Birleşme, Ele Geçirme ve Satın Alma İşlemlerinin Finansal Çerçevesi, s.381-408. (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004)

Yücebaş, Önder: Şirket Birleşmeleri ve Türkiye Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Ankara, 2005.

Zeytinođlu, Emin: İşletmelerde İşveren Değişikliğinin İş Sözleşmelerine Etkileri, s.183 (Ed. Sumer, Haluk/Pernsteiner, Helmut: Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004).

Zimmerer, Thomas W./Scarborough, Norman M/Wilson, Doug: Essentials of Entrepreneurship and Small Business Management, Pearson Education International, Edition 5, NJ, 2011.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.pwc.com/en_GX/gx/financial-services/mergers-acquisitions-reports/pdf/pwc-sharing-deal-insight-feb-2012.pdf (20.05.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:294:0001:0021:en:PDF> (20.08.2013)

http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Gerekceler/5520_Sayili_Kanun.pdf (28.08.2013)

Türk Dil Kurumu Sözlüğü. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.521e051969fdb0.03768661 (28.08.2013).

Companies Act 2006, Cross Border Mergers <http://www.companieshouse.gov.uk/about/pdf/gpo7.pdf> (31.08.2013).

Companies Act 2006, Mergers,

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/27/chapter/2> (03.12.2013)

EFTA (European Free Trade Association) www.efta.int (31.08.2013).

Companies House, <http://www.companieshouse.gov.uk/about/board-Management.shtml> (31.08.2013).

Form 8-K <http://www.sec.gov/about/forms/form8-k.pdf> (11.09.2013)

Form S-4 <http://www.sec.gov/about/forms/forms-4.pdf> (11.09.2013)

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/27/chapter/2> (03.12.2013)

AET'nin 21.12.1989 tarih ve 4064/89 Sayılı Konsey Tüzüğü

288 | Yeni T.T. Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML> (06.01.2014)

Nater, Mark Sven: Fusionsgesetz, <http://www.wenger-plattner.ch/files/downloads/files/a71f038ef815390358ca362bbfce4abb/Fusionsgesetz.pdf> (18.01.2014)

Vogel, Alexander/Günter, Michael: Der Vertragsübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz.

http://www.mll-legal.com/uploads/tx_x4epublication/der_vertragsuebergang_beivermoegensuebertragungen_nach_fusionsgesetz.pdf (20.01.2014)

Kunz, Peter V.: Das neue Fusionsgesetz (FusG),

http://www.iwr.unibe.ch/content/ueber_uns/prof_peter_v_kunz/publikationen_von_prof_dr_peter_v_kunz/e7137/e7138/e7427/e8030/Artikel_Kunz_aus_Gesellschaftsrecht_I_ger.pdf (20.01.2014)

Gersbach, Andreas: Fusionsgesetz (FUSG), Die Besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung, [http://www.vondercrone.ch/publikationen/Beitrag_ZBGR_FusG_\(AG_16.04.04\).pdf](http://www.vondercrone.ch/publikationen/Beitrag_ZBGR_FusG_(AG_16.04.04).pdf) (20.01.2014)

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (02.04.2014)

[<ret.gtb.gov.tr/data/52946778487c8edf3cc2d904/Eyl%C3%BCI%202013%20%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BCIteni.pdf> \(23.03.2014\)](http://ictica-</p></div><div data-bbox=)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:142:0012:0023:EN:PDF> (05.04.2014).

<http://www.amf-france.org/> (05.04.2014).

Tekinalp, Ünal: Çıkıma Katılma, <http://arslanlibilimarsivi.Com/sites/default/files/makale/UnalTekinalp-CikmayaKatilma.pdf> (29.03.2014).

https://www.unctad.org/Sections/dite_dir/docs/WIR2013/WIR13_webtab17.xls (07.04.2014).

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (09.04.2014)

http://www.institutionalinvestorchina.com/arfy/uploads/soft/130108/32320_0902282321.pdf (10.04.2014)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:259:0014:0021:EN:PDF> (10.04.2014)

Vos, Ad/Kelleher, Ben: Mergers and Takeovers: A Memetic Approach, University of Waikato, [Department of Finance](http://www.departmentoffinance.com),

http://cfpm.org/jom-emit/2001/vol5/vos_e&kelleher_b.html (10.04.2014)

http://www.institutionalinvestorchina.com/arfy/uploads/soft/130108/32320_0902282321.pdf (12.04.2014)