

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE
ALACAKLILARIN KORUNMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AYBÜKE DEMİR

KOCAELİ 2013

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE
ALACAKLILARIN KORUNMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN: Aybüke DEMİR

TEZ DANIŞMANI: Yrd. Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU

KOCAELİ 2013

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE
ALACAKLILARIN KORUNMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan: Aybüke DEMİR

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 09.01.2014/ 1

Jüri Başkanı: Yrd. Doç. Dr. Fatma ÖZCAN

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Hakan ÇEBİ

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU

KOCAELİ 2013

İÇİNDEKİLER

ÖZET	4
KISALTMALAR	6
GİRİŞ	7

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK BİRLEŞME

1. BİRLEŞME KAVRAMI VE BİRLEŞMEYE HAKİM OLAN İLKELER.....	10
1.1. Birleşme Kavramı	10
1.2. Birleşmenin Şartları	11
1.3. Birleşmeye Hakim Olan İlkeler	13
1.3.1. Tasfiyesiz Sona Erme	14
1.3.2. Külli Halefiyet İlkesi	15
1.3.3. Pay Sahipliliğinin Devamı	18
1.3.3.1. Genel Olarak	18
1.3.3.2. Pay Sahipliliğinin Devamı İlkesi İstisnası: (Ayrılma Akçesi) ..	19
1.4. Alacaklıların Korunması İlkesi.....	21
1.5. Türler Arası Serbest Birleşme	22
2. TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN BİRLEŞMELER.....	23
2.1. Genel Olarak Birleşme Türleri	23
2.1.1. Devralma Şeklinde Birleşme	25
2.1.2. Yeni Kuruluş Şeklinde Birleşme	28
2.2. Özel Durumlu Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi.....	29
2.2.1. Tasfiye Halindeki Şirketlerin Birleşmeye Katılması.....	29
2.2.2. Sermayenin Kaybı veya Borca Batık Olma Halinde Birleşmeye Katılma.....	31
2.3. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde İzlenecek Usul	33
2.3.1. Hazırlık Aşaması	34
2.3.2. Karar Aşaması	39
2.3.3. Kesinleşme Aşaması.....	41
2.3.3.1. Tescil	41
2.3.3.2. Tescilin Hukuki Sonuçları	43

İKİNCİ BÖLÜM TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

1. TTK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA GENEL OLARAK ALACAKLILARIN KORUNMASI	46
1.1. Şirketler Hukukunda Alacaklıların Korunmasının Sebepleri.....	46
1.2. Şirket Malvarlığı ile Alacaklıların Korunması.....	48

1.2.1. Genel Olarak.....	48
1.2.2. Sermayenin Korunması	50
1.3. Sınırlı Sayı İlkesi ile Alacaklıların Korunması	53
1.4. Aleniyet ile Alacaklıların Korunması	54
2. TTK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI.....	55
2.1. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacaklıların Korunmasının Sebepleri.....	55
2.2. Alacaklıların Korunmasına İlişkin Düzenlemelerde Hak Sahibi Alacaklılar	58
2.3. Alacaklılar ile Birleşme Tarafı Şirketler Arasındaki Menfaat Dengesi	60
2.4. Alacaklılar Arasındaki Menfaat Dengesi.....	62
3. BİRLEŞME TARAFI ŞİRKETLERDEN TALEP EDİLEBİLECEK ALACAK KAVRAMI.....	64
3.1. Talep Edilebilecek Alacak Kavramı	64
3.2. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Alacaklar	65
3.2.1. Genel Olarak.....	65
3.2.2. Vergi Alacağı.....	67
3.2.2.1. Kurumlar Vergisi.....	67
3.2.2.2. Gelir Vergisi	69
3.2.2.3. Katma Değer Vergisi	71
3.2.2.4. Diğer Vergi Türleri ve Kamu Alacakları.....	72
3.3. Özel Hukuktan Kaynaklanan Alacaklar	73
3.3.1. Genel Olarak.....	73
3.3.2. Sözleşmeden Doğan Alacaklar	74
3.3.3. Haksız Fiilden Doğan Alacaklar.....	75
3.3.4. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklar	77
4. TTK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER	78
4.1. Genel Olarak.....	78
4.2. Emredici Hükümler Vasıtasıyla Koruma Şekilleri (Kurumsal Koruma)	81
4.2.1. Sınırlı Sayı İlkesi ile Koruma	81
4.2.2. Kuruluş Hükümleri ile Koruma.....	82
4.2.2.1. Atıflardaki İstisnalar	83
4.2.2.2. Aynı Sermaye Denetimine İlişkin Kuruluş ile Birleşme Hükümleri Arasındaki İlişki ve Değerlendirme	84
4.2.3. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacaklıların Şirket Malvarlığı ile Korunması	88
4.2.3.1. Sermaye ile Alacaklıların Korunması.....	88
4.2.3.2. Sermaye Artırımı ile Alacaklıların Korunması.....	89
4.3. Talebe Bağlı Koruma Şekilleri (Bireysel Koruma)	90
4.3.1. Teminat Talebi.....	90

4.3.1.1. Genel Olarak.....	90
4.3.1.2. Teminat Vasıtasıyla Korunmaya Elverişli Olmayan Talepler	97
4.3.1.2.1. Ayrılma ve Denkleştirme Akçesi.....	97
4.3.1.2.2. İfası Talep Edilebilir Alacaklar	98
4.3.2. Ortakların Şahsi Sorumluluğu	98
4.3.3. İnceleme Hakkı	101
4.3.4. Sorumluluk Davası	104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE
ÖZELLİK TEŞKİL EDEN DURUMLAR VE
ALACAKLILARA ETKİSİ

1. KOLAYLAŞTIRILMIŞ ŞİRKET BİRLEŞMELERİ	108
1.1. Sermaye Şirketlerinde Kolaylaştırılmış Birleşmeler	108
1.1.1. Hükmün Uygulama Alanı ve Şartları	108
1.1.2. Birleşmeye Katılan Sermaye Şirketlerine Sağlanan Kolaylıklar	109
1.1.3. Kolaylıkların Alacaklıların Korunmasına Etkisi	111
1.2. Küçük ve Orta Ölçekli Şirketlerde Kolaylaştırılmış Birleşme	112
1.2.1. Vazgeçilebilecek Hususlar	112
1.2.2. Vazgeçilebilecek Konuların Alacaklılara Etkisi.....	113
2. HALKA AÇIK ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ VE	
ALACAKLILARIN KORUNMASI	114
3. TİCARİ İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ VE ALACAKLILARIN	
KORUNMASI.....	118
SONUÇ.....	121
KAYNAKÇA	126

ÖZET

Dünya ekonomisinin devam eden ve gelişen süreci içerisinde şirketler, piyasadaki gücünü arttırmak, müşteri çevresini genişletmek ve var olan rekabeti indirgemek amacıyla, birleşme yoluna gitmektedirler. Şirket birleşmelerinden sadece, birleşme tarafı şirketler değil; birleşme tarafı şirket pay sahipleri, alacaklılar, çalışanlar ve diğer menfaat grupları da etkilenmektedir. Bu sebeple, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile birlikte şirket birleşmelerine ilişkin olarak getirilen yeni düzenlemeler de, alacaklıları doğrudan veya dolaylı olarak koruyan hükümlere de önemli ölçüde yer verilmiştir. Bu çalışmanın amacı, ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunmasına yönelik hükümleri, TTK ve yeri geldikçe ilgili kanun hükümleri çerçevesinde ayrıntılı olarak incelemektir. Tez kapsamında birinci bölümde genel olarak birleşme kavramına, şartlarına, ilkelerine ve usulüne yer verilmiş; ikinci bölümde, ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların durumu, talep edilebilecek alacak kavramı ve TTK hükümleri çerçevesinde alacaklıların korunmasına ilişkin hükümler ayrıntılı olarak incelenmiştir. Son olarak üçüncü bölümde, ticaret şirketlerinin birleşmesinde özellik teşkil eden durumlar ve bu durumların alacaklılara etkisi açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Birleşme, Ticaret Şirketleri, Alacaklı, Alacaklıların Korunması.

ABSTRACT

Due the world's growing economy, companies concentrate on merger activities in order to make its capitals and potencies stronger, spread their customer bases out and be competitive against their rivals. Not only merged companies, but also creditors, shareholders, employers and other private parties are affected from merger activities. Thus, new regulations, which protect creditors directly or indirectly against possible negative affects of merger activities, have been significantly added to relevant statutes and recently legislated Turkish Commercial Code (Code number: 6102). The purpose of this research is to make a present detailed review of the regulations which protect creditors by taking Turkish Commercial Code and other relevant statutes into consideration. In the first part of the thesis, the concept of merger and its provisos, principles and procedure are examined; In the second part, position of creditor during merger activities, the concept of claimed benefits and the regulations regarding protection of creditors are reviewed taking new rules cognizance of Turkish Commercial Code, into consideration In the final part of the thesis, merger activities with differentiated features and their effects to creditors are examined.

Key words: Merger, Commercial Companies, Creditor, Protection of Creditors.

KISALTMALAR

AT	: Avrupa Topluluğu
AATUHK	: Amme Alacakları Tahsisi Usulü Hakkında Kanun
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
b.	: bent
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
bkz	: Bakınız
BotschftFusG	: Botsch zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13.juni 2000.
c.	: Cümle
C.	: Cilt
dn	: Dipnot
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu
İBirK	: İsviçre Birleşme Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
KDVK	: Katma Değer Vergisi Kanunu
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	: Madde
mük	: Mükerrer
N.	: Numara
R.G	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
sec	: Section
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UmwG	: Umwandlungsgesetz
vd	: ve devamı
YTDHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Tüm dünyada süre gelen ekonomik gelişme ve büyüme, özellikle rekabet sebebiyle şirketlerin yürütmekte olduğu ticari faaliyeti zorlaştırırken; her geçen gün şirket sayısının artması, teknolojinin gelişmesi ve bu doğrultuda tüketicinin daha bilinçli bir konuma geçmesi şirketleri büyümeye, gelişmeye ve dünya standartlarında değişmeye yönlendirmektedir. Günümüzde dünyada var olan bu ekonomik gelişmenin avantajlarından faydalanmanın yanında dezavantajlarına da maruz kalan şirketler, gelişen ekonomi ve buna paralel olarak artan rekabetin olumsuz etkilerinden kaçınmak için çeşitli yollara başvurumaktadırlar. Bu sebeple başta anonim şirketler olmak üzere, şirketlerin başvurdukları bu yolların bir tanesi de şirket birleşmeleridir.

Gelişen bu rekabet ortamında şirketler, gerek ülkeleri içerisinde gerçekleştirdikleri gerekse de sınır aşan birleşmeler ile daha güçlü bir konuma gelmeyi, pazar paylarını arttırmayı ve ekonomik olarak iyileşmeyi hedeflemektedirler. Bununla birlikte, ekonomik kalkınmaya da hizmet eden şirket birleşmeleri, Türkiye dâhil olmak üzere birçok ülkede teşvik edilmektedir (Bahtiyar, 2008: s.78). Şirket birleşmeleri ile birleşen şirketlerin piyasadaki gücü artmakta, müşteri çevresi genişlemekte ve çoğu zaman ekonomik anlamda bir gelişme sağlanmaktadır. Dolayısıyla sağlanan teşvikler ve birleşme sonucunda gerçekleşen bu olumlu etkiler şirketleri birleşmeye sevk etmektedir (Al Kılıç, 2009: s. 2). Ancak şirket birleşmelerinden yalnızca şirket tüzel kişiliği ya da pay sahipleri etkilenmemekte, şirketlerin birleşme işleminden başta şirket alacaklıları, şirket çalışanları ve varsa şirkete karşı özel hak sahibi olanlar da etkilenmektedir (Al Kılıç, 2009: s.2). Dolayısıyla, şirket birleşmelerine ilişkin yapılan düzenlemelerde, birleşmenin verimli ve teşvik edici düzeyde hızlı bir prosedür ile yapılması ve bunun yanında bu işlemde etkilenecek olan menfaat sahiplerinin durumu da dikkate alınmalı, ve böylece gerekli denge sağlanmaya çalışılmalıdır.

Ticaret şirketlerinin birleşmeleri, 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu¹'nda (ETTK) düzenlemiş olmakla birlikte, düzenlemelerin çeşitli ülke hukuklarından alınmış olması sebebiyle kanun, bir bütünlük yakalayamamış ve yukarıda belirtilmiş olan dengeyi sağlamaktan uzak kalmıştır. Kaynağını İsviçre'nin Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu²'dan ve Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 tarih ve 78/855/EEC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi³ hükümlerinden alan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴'nun (TTK) birleşmeye ilişkin düzenlemeleri ile ETTK hükümlerine nazaran ilerleme sağlama ve uygulamada var olan sorunların çözülmesine yardımcı olabilecek hükümler getirmek hedeflenmiştir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, şirket tüzel kişiliği ile birleşme işleminden etkilenebilecek grupların menfaatlerinin dengelemesi hususu, şirket birleşmelerinin verimli olması açısından önem arz etmektedir. Bu menfaat sahiplerinin önemli bir kısmını şirket alacaklılarının oluşturması sebebiyle, TTK kapsamında gerek şirketler hukukuna ilişkin genel hükümlerde, gerekse birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin öngörülmuş olan pek çok hüküm gerekçesinde alacaklıların korunması da amaçlanmıştır (Çoştan, 2009: s. 2). TTK ile birlikte birleşme hükümlerinde getirilen köklü değişiklikler çerçevesinde doğrudan ya da dolaylı olarak alacaklıların korunması amacına yönelik düzenlemelerin ve birleşme işlemlerinden etkilenen menfaat grupları içerisinde esaslı bir yer teşkil eden alacaklıların durumunun

¹ RG. 09/07/1956 / 9353 Mülga: 01/07/2012. Çalışmanın devamında mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu "ETTK" olarak anılacaktır.

² Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), SR 221. 301. İsviçre'nin Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu. Çalışmanın devamında İsviçre'nin Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu "İBirK" olarak anılacaktır.

³ Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies. Çalışmanın devamında 78/855/EEC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi "Üçüncü Konsey Yönergesi" olarak anılacaktır.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31978L0855:en:NOT>

(Çevrimiçi erişim tarihi: 23.09.2013)

Yönergenin Türkçe çevirisi için bkz. YILDIZ, Şükrü, "Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC Sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S .1-2, Erzincan, 2000, s.623 vd.

⁴ RG. 14.02.2011 / 27846; Çalışmanın devamında 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu "TTK" olarak anılacaktır.

incelenmesi önem arz etmektedir. Bu sebepten ötürü, bu çalışmanın konusu ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması olarak belirlenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak birleşme kavramı üzerinde durulacak, ardından TTK kapsamında geçerli bir birleşmeden söz edebilmek için gerekli olan şartlara değinilecek ve birleşmeye hâkim olan ilkeler ile bu ilkelerin alacaklılar üzerindeki etkileri incelenecektir. Ardından, TTK uyarınca belirlenmiş olan birleşme türleri ve özel durumlu ticaret şirketlerinin birleşmesi durumu açıklanacak ve TTK 145 vd. hükümleri ile düzenlenmiş olan ticaret şirketlerinin birleşmesinde izlenecek olan usul açıklanacaktır.

İkinci bölümde, TTK hükümleri kapsamında genel olarak alacaklıların korunmasının ardından, tez konumuzun esasını teşkil eden ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması hükümleri incelenecektir. Bu kapsamda, şirketler hukukunda ve ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunma sebeplerinin açıklanmasıyla başlanacak, ticaret şirketlerinin birleşmesinde menfaat dengesi hususu ile devam edilecektir. Sonrasında ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması bakımından esas unsuru oluşturan “alacak kavramı” kaynakları ve talep edilebilirliği esas alınarak açıklanacaktır. Bununla birlikte TTK hükümleri kapsamında alacaklıların korunması hükümleri, talebe bağlı koruma şekilleri (bireysel koruma) ve emredici hükümler vasıtasıyla koruma şekilleri (kurumsal koruma) olmak üzere iki temel başlık altında ve TTK ile öngörülen koruma vasıtaları ile birlikte ayrıntılı olarak incelenecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ise, şirket birleşmelerinde özellik teşkil eden hususlar ifade edilecek; bu kapsamda, TTK m.155 ve m.156 uyarınca öngörülen kolaylaştırılmış usulde şirket birleşmeleri, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) ve ilgili alt mevzuat uyarınca halka açık anonim şirketlerin birleşmesi ve son olarak da ticari işletmelerin TTK m.194 hükmü uyarınca birleşmeye katılması hali alacaklıların korunmasına etkileri açısından incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK BİRLEŞME

1. BİRLEŞME KAVRAMI VE BİRLEŞMEYE HAKİM OLAN İLKELER

1.1. Birleşme Kavramı

Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesi temelinde ve İBirk'dan yararlanılarak kaleme alınan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak birleşmenin hukuki tanımı yapılmamış ancak TTK'nın 136. maddesi ve devamına dayanılarak doktrinde birçok tanım yapılmıştır⁵.

Şöyle ki; Türk tarafından birleşme, “en az bir ortaklığın, pay sahiplerine başka bir ortaklığın pay senetlerinden karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması veyahut en az iki ortaklığın, pay sahiplerine yeni kurulan bir ortaklığın pay senetlerinden verilmesi karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmaları sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık haline gelmesidir (H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi):37-38)” olarak tanımlanmıştır. Tekinalp ve Yasaman'a göre birleşme, “bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, ortaklık payı kazanmasıdır (Yasaman,1987: s.5; Poroy vd, 2010: N.141; Tekinalp, 2013: N. 24-03)”. Pulaşlı'ya göre ticaret ortaklıklarında birleşme, “birçok şirketin malvarlıklarını tasfiye etmeksizin ya içlerinden birinin bünyesinde ya da birleşecek şirketlerin yeni kurulan bir şirkette birleşmeleridir (Pulaşlı, 2012: §7,1). Bahtiyar'a göre birleşme ise, “birden çok şirketin içlerinden birinin veya yeni kurulacak bir şirketin çatısı altında, malvarlıklarını tasfiye etmeksizin bir araya gelmeleri ve birleşen şirket

⁵ “Birleşme” terimi İsviçre hukukunda “fusion” ; Alman Hukukunda ise “verschmelzung”; İngiliz Hukukunda ise “merger” olarak kullanılmaktadır.

ortaklarının, bir değişim ölçüsüne göre birleşilen ortaklıktan pay almalarıdır (Bahtiyar, 2012: s.50)”.

Bu tanımlar doğrultusunda birleşme, bir veya daha fazla ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketine devrolması, ya da en az iki ticaret şirketinin yeni bir şirket kurarak bu şirkete katılmaları sonucunda, tasfiyesiz bir şekilde sona eren bu şirketlerin malvarlıklarının, devralan veya yeni kurulan şirkete külli halefiyet yoluyla geçmesi ve bununla birlikte ortaklarına, devralan veyahut yeni kurulan şirket bünyesinde ortaklık payı verilmesi olarak tanımlanabilecektir⁶.

Ticaret şirketlerinin birleşmesine taraf olan şirketler bakımından TTK’da “devralan” ve “devrolunan” şirket kavramları esas alınmıştır. Nitekim TTK’nın 136. maddesinin ikinci fıkrasında, uygulamada yerleşmiş bulunan “kabul eden şirket” “devralan”; “katılan şirket” ise “devrolunan” şirket olarak ifade edilmiştir⁷. Ticaret şirketlerinin birleşmelerinde birden fazla devrolunan şirket söz konusu olabilirken; devralan şirket tektir. Bununla birlikte birleşme tanımlarında da belirtildiği üzere devralan şirket, devrolunan şirket ya da şirketlerin hak ve borçlarına külli halefiyet ilkesi gereğince halef olurken, devrolan şirketlerinde hukuki varlıkları tasfiyesiz bir şekilde sona ermektedir (Al Kılıç, 2009: s.70).

1.2. Birleşmenin Şartları

TTK kapsamında şirketlerin birleşmesinden söz edilebilmesi için bir takım şartların varlığı gerekmektedir. Şöyle ki, TTK anlamında geçerli bir birleşmenin söz konusu olabilmesi için, öncelikle birleşmenin ticaret şirketleri arasında

⁶ Bu tanımlara ek olarak çeşitli tanımlar için bkz. AL KILIÇ, s.9; YASAMAN, Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler Mütalâalar Bilirkişi Raporları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.51; KARAHAN, Sami, Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınları, 1. Baskı, Konya, 2012, s.157; GÜVEN, Pelin, Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.50; KAVAK, Ahmet, Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2009, s.49; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 8.Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2012, s. 57; ÇELİK, Orhan, Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999, s.127; AKBİLEK, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.25; ÖZEN, Arda, Şirket Birleşmelerinde Alacaklıların Korunması (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 4; GREEN, Milford B. Mergers and Acquisitions: Geographical and Spatial Perspectives, Routledge, 2012, s.2; GAUGHAN, Patrick A. ,Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings, John Wiley&Sons Inc, 2007, s.12; SHERMAN, Andrew J./HART, Milledge A., Mergers&Acquisitions from A to Z, Amacombooks, 2010, s.2.

⁷ TTK madde 136 gerekçesi.

gerçekleşmesi gerekmektedir. Birleşmenin ticaret şirketleri dışında yapılanmalarda veya işletmeler arası düzeyde yapılması durumunda, TTK açısından geçerli bir birleşme söz konusu olmayacaktır (Al Kılıç, 2009: s.10; Karahan, 2012: s.166). TTK’da genel olarak ticaret şirketleri kavramına ilişkin bir tanım yapılmamakla birlikte⁸ (Pulaşlı, 2012: §5,14) TTK m.124 hükmü ile ticaret şirketlerinin türleri sayılmıştır. Buna göre, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler, ticaret şirketleri olarak sayılmıştır (TTK m.124/I). TTK kapsamında geçerli birleşmeleri düzenleyen TTK m.137 hükmüne göre birleşebilecek şirketler ise, şahıs şirketleri, sermaye şirketleri ve kooperatifler olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla, “ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme” başlıklı istisnai nitelikte olan TTK m.194 hükmü dışında, birleşmenin TTK açısından geçerli olarak kabul edilebilmesi için, ticaret şirketleri arasında gerçekleşmesi gerekmektedir⁹. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, gerek devralma gerekse de yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde en az iki ticaret şirketinin var olması gerekmektedir. Nitekim birleşmenin taraflarından biri devrolunan şirket olurken diğer taraf devralan şirket konumunda olacaktır. Bununla birlikte TTK ile birleşmeye katılabilecek şirketler bakımından bir sınırlama getirilmemekle birlikte, çok sayıda şirketin birleşme tarafı olması durumunda uygulama açısından güçlükler ortaya çıkabilecektir.

Geçerli bir birleşmenin diğer bir şartı ise şirket malvarlıklarının birleşmesidir. Nitekim ticaret şirketlerinin birleşmesi, ekonomik açıdan şirketlerin malvarlıklarının ve işletmelerinin birleşmesi şeklinde gerçekleşmektedir (Pulaşlı, 2012: §7,3; Al Kılıç, 2009: s.11; Karahan, 2012: s.167). Ticaret şirketlerinin birleşmesinde birleşme tarafı şirketlerin malvarlıkları, tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşmektedirler. Bu birleşme, en az bir ticaret şirketinin malvarlığının daha önce var olan başka bir ticaret şirketine devrolması veyahut yeni kurulan bir şirkete devredilmesi şeklinde gerçekleşmektedir(Pulaşlı, 2012: §7,3; Al Kılıç, 2009: s.11; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.61; Karahan, 2012: s.167). Bununla birlikte devrolan şirketin ve şirketlerin malvarlıklarının devralan ya da yeni kurulan şirkete devri külli

⁸ Ticaret şirketini Pulaşlı, “*Bir veya birden fazla kişilerin, yazılı bir sözleşme ile, emek, mal veya haklarını ortak bir unvan altında iktisadi bir amaç uğrunda, kanundaki belirli tiplerden birine uygun olarak birleştirmeleriyle meydana gelen bir tüzel kişiliktir*” şeklinde tanımlamıştır. Ek tanımlar için bkz. KARAHAN, s.19; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s.43.

⁹ Geçerli birleşmeler ayrıntılı olarak daha sonraki bölümlerde incelenecektir.

halefiyet ilkesine göre yapılacaktır. Külli halefiyet ilkesi çalışmamızın ilerleyen başlıklarında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Tasfiyesiz infisah eden şirket ortaklarına devralan veya yeni kurulan şirket bünyesinde ortaklık payı verilmesi de birleşmenin bir diğer şartıdır. Nitekim malvarlığı ve işletmelerin birleşmesinin yanında, birleşmenin bir tarafı olan devrolunan şirketin ortaklarının da, devralan ya da yeni kurulan şirkette pay sahibi sıfatı kazanması gerekmektedir(Pulaşlı, 2012: §7,22; Al Kılıç, 2009: s.22; Karahan, 2012: s.168). Böylece devrolan şirketin ortaklarının ortaklık sıfatı, devralan ya da yeni kurulan şirkette devam etmekte ve birleşme işlemlerinde pay sahipliğinin devamlılığı sağlanmaktadır.

Son olarak, TTK kapsamında geçerli bir birleşmeden söz edilebilmesi için önem taşıyan bir unsur da birleşme sonucunda tek bir şirketin varlığını devam ettirmesidir (H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.39-40; Yasaman, 2006 (Sermaye Artırımı Sorunu): s.33; Yasaman, 2006 (Birleşme ve Bölünme): s.53; Özen, 2010: s.5; Çelik, 1999: s.128; Bahtiyar, 2008: s.77; (Karahan, 2012: s.169). Şöyle ki birleşme neticesinde, devrolunan şirket veya şirketler tasfiyesiz olarak sona ermekte ve ticaret sicilinden silinmektedir. Devralan şirket hukuki varlığını sürdürürken, yeni kurulan şirket ise hukuki varlık kazanmaktadır (TTK m.136).

1.3. Birleşmeye Hakim Olan İlkeler

TTK anlamında şirketlerin birleşmesinden söz edebilmek için yukarıda belirtilen şartların var olması yanında, birleşme işlemlerinin gerçekleştirilmesi sırasında bir takım ilkelere de uyulması zorunludur. Nitekim bu ilkelere uyulması hem birleşmenin hukuki olarak geçerlilik kazanması, hem de birleşme öncesinde meydana getirilmiş olan hukuki ilişkilerin devamlılığı ve alacaklıların korunması açısından önem arz etmektedir (H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi):s, 39-40).

Buna göre, birleşmeye hakim olan ilkeler; tasfiyesiz sona erme, külli halefiyet, pay sahipliğinin devamı, alacaklıların korunması ve türler arası serbest birleşme

ilkeleridir¹⁰(Al Kılıç, 2009: s.41; Pulaşlı, 2012: §7,2; Tekinalp, 2013: s.N.24-25; Karahan, 2012: s.158; Özen, 2010: s.9).

1.3.1. Tasfiyesiz Sona Erme

Şirketler hukuku genel uygulamalarında istisnai durumlar dışında sona erme, şirket malvarlığının tasfiyesini gerektirmektedir. Ticaret şirketlerinin yeniden yapılanmalarının bir türü olan birleşmede ise tasfiyesiz sona erme, aslolan tasfiye aşamasının bir istisnasını teşkil etmektedir. Tasfiye, ortaklık malvarlığının paraya çevrilerek, alacakların tahsil edilip, borçların ödenmesi sonucunda mevcut durumda bir miktar artarsa, bu miktarın tasfiye bakiyesi dağıtım hükümlerine göre dağıtılmasıdır(Bahtiyar, 2012: s.294; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.300; Karahan, 2012: s.158). Ancak tasfiye aşaması şirketin bütünlüğünü zedelemekte, tasfiye kârının vergilendirilmesi sorunu yaratmakta ve sonrasında yeniden kuruluş işlemleri, yeni masraflar ve beraberinde zaman kaybı getirmektedir(Bahtiyar, 2008: s.78). Dolayısıyla birleşme işlemlerinde devrolunan şirket veya şirketlerin tamamı tasfiye sürecine girmeksizin sona ermektedir. Böylece tasfiyesiz olarak sona eren bu şirketler varlıklarını devralan ya da yeni kurulan şirket bünyesinde devam ettirmektedirler (Al Kılıç, 2009: s.42; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.133; H.S. Türk, 1986 (Nevilerin Aynı Olması): s.231; Yasaman, 1987: s.18; Pulaşlı, 2012: §7,5; Çelik, 1999: s.133; Akbilek, 2009: s.30; Karahan, 2012: s.158).

Birleşme işlemlerinde tasfiye prosedürünün uygulanmamasının sebebi, birleşme ile gerçekleştirilmek istenen amaç ile doğrudan bağlantılıdır. Şöyle ki, birleşmede amaç, birleşmeye katılan şirketlerin gerek malvarlığı unsurlarının, gerekse şahıs varlığı unsurlarının devralan ya da yeni kurulan şirket bünyesinde devam ettirilmesidir. Oysa tasfiye işlemleri yapılırken şirketin aktifini oluşturan bu değerler öğelerine ayrıştırılarak dağıtılmaktadır (Al Kılıç, 2009: s.42; H.S.Türk,

¹⁰ Benzer ilkeler karşılaştırmalı şirketler hukukunda da yer almaktadır. Örneğin, Hollanda hukukuna göre yasal birleşmelerin üç temel sonucu bulunmaktadır. Buna göre: Devrolan şirket veya şirketlerin tüm malvarlıkları ve sorumlulukları otomatik olarak devralan ya da yeni kurulan şirkete geçecek; devrolan şirket, birleşmenin geçerli hale gelmesiyle birlikte tasfiye prosedürü olmaksızın sona erecek ve devrolan şirket pay sahipleri, devralan ya da yeni kurulan şirkette pay sahipliği kazanacaktır. Hollanda hukukunda birleşmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. RAAIJMAKERS, Geert T.M.J. /OLTHOFF, Thijs.P.H, “CreditorProtection in Cross-Border Mergers Unfinished Business”, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 1, s.34-39; s.34; Çevrimiçi Erişim tarihi: 04.07.2013

<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/59>

1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.133; Yasaman, 1987: s.18; Pulaşlı, 2012: §7,5; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.300). Bununla birlikte tasfiyesiz sona erme ilkesi birleşme işlemlerinin hızlı ve verimli yürütülmesine de yardımcı olmakla birlikte, özellikle sermaye şirketlerinin birleşme tarafı olduğu durumlarda alacaklıların korunması açısından önem arz etmektedir. Nitekim, kural olarak sona eren şirketler tasfiye aşamasına girdikten sonra, alacaklılar karşısında sınırsız olarak sorumlu olan şahıs şirketi ortakları, tasfiye döneminin bitmesinin ardından, şirket borçlarından dolayı sınırsız sorumlu olmaya devam etmektedir (TTK m.237, m.317, m.322/I, m.325). Ancak bu durum alacaklılara karşı sınırlı sorumlu olan sermaye şirketleri açısından söz konusu değildir (TTK m.329, m.564, m.573/II, m.602) . Dolayısıyla bu durumun telafisi açısından tasfiye dönemi alacaklıların yararına bir süreçtir (H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.134; Al Kılıç, 2009: s.57). Zira tasfiye aşamasında alacaklılara tasfiyeye ilişkin bildirim yapılacak ve tasfiye işleri sonrasında yapılan dağıtım aşamasında şirketin borçları ödenecektir (TTK m.536 vd., m.643, m.565). Bu sebepten ötürü tasfiyesiz olarak sona eren şirket alacaklıları açısından risk teşkil edebilecektir. Dolayısıyla devrolunan şirket veya şirketlerin alacaklıların korunması amacıyla bir takım düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Tasfiyesiz infisah sebebiyle zarar görme ihtimali bulunan alacaklıların menfaatlerinin korunmasına ilişkin düzenlemeler konusunda ayrıntılı inceleme ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

1.3.2. Külli Halefiyet İlkesi

Halefiyet kelime anlamı olarak, bir başkasının yerine geçmeyi ifade etmektedir. Hukuki anlamda ise, herhangi bir hukuki olay veya hukuki işlem sonucunda, bir kimsenin intikale müsait hukuki ilişkilerinin tamamen veya kısmen bir başka kimseye geçmesini ifade etmektedir (İnan vd, 2012: s.72; Karahan, 2012: s.159). Külli halefiyet kavramı ise, intikale elverişli malvarlığının ve bu malvarlığını oluşturan hukuki ilişkilerin, kısmen veya tamamen, hukuki bir olay sonucunda kanunun aradığı özel şartlara uyulmaksızın bir başka kişiye veya kişilere geçmesidir (İnan vd, 2012: s.72; Antalya, 2012: s.53; Serozan ve Engin, 2012: s.65; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.150; Öztan, 2013: s.18).

Kural olarak, hak ve borçların bir hukuk süjesinden başka bir hukuk süjesine geçirilmesi söz konusu ise bu hak ve borçların tek tek ve kendilerine özgü devir

işlemlerine uyularak geçirilmesi gerekmekte ise de, istisnai bazı durumlarda hak ve borçların tek tek değil külliye devrine imkân tanınmıştır. Külli halefiyetin gerçekleşebilmesi için kanunda bu hususun açık bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir (H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.150; Yasaman, 1987: s.22; Yasaman, 2006 (Birleşme ve Bölünme): s.56; İnan vd, 2012: s.73; Tekinalp, 2013: s. N.24-16). Nitekim TTK'nın 136. maddesinin 4. fıkrasında da külli halefiyet ilkesi "*Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralır. Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir.*" şeklinde belirtilerek kabul edilmiştir. TTK bakımından geçerli bir birleşmenin söz konusu olabilmesi için, tasfiyesiz sona eren şirket veya şirketlerin malvarlıklarının bir bütün olarak devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmesi gerekmektedir. Malvarlıklarının bir kısmının devredildiği durumlarda TTK açısından geçerli bir birleşmeden söz edilemeyecektir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde külli halefiyet ilkesi ile hedeflenen, birleşmede malvarlıksal sürekliliği sağlamaktır (Pulaşlı, 2012: §7,2). Buna göre birleşme neticesinde sona eren şirket veya şirketlerin malvarlıklarını oluşturan aktif ve pasiflerin tamamı, özel devir işlemlerine gerek kalmaksızın kendiliğinden, devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmektedir. Başka bir deyişle, bu durumda malvarlığının, devralan ya da yeni kurulan şirkete geçişi kendiliğinden olmakta, zilyetliğin nakli veya tapuda tescil gibi mülkiyetin naklini sağlayan işlemlerin yapılmasına gerek kalmamaktadır (Pulaşlı, 2012: §7,2; Al Kılıç, 2009: s.42; Özen, 2010: s.11; Yasaman, 1987: s.22; Yasaman, 2006 (Birleşme ve Bölünme): s.56; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.160; Çelik, 1999: s.134; Akbilek, 2009: s.33; Poroy vd, 2010: N.142a; Karahan, 2012: s.159; Tekinalp, 2013: N.24-16).

Bununla birlikte ticaret şirketlerinin birleşmesinde külli halefiyet ilkesi, tasfiyesiz sona erme ilkesinin de tamamlayıcısı durumundadır. Nitekim tasfiyenin söz konusu olmaması devrolunan şirket ya da şirketlerin malvarlıklarının dağıtılmasının önüne geçmektedir. Külli halefiyet ilkesi ile de malvarlığı bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır (Yasaman, 1987: s.26).

Külli halefiyet ilkesinin kabulü devrolunan şirket veya şirketlerin malvarlıkları açısından bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki, devrolunan şirket veya

şirketlerin, malvarlığı kapsamında bulunan taşınmazlar ve bunlar üzerindeki haklar, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın devralan ya da yeni kurulan ortaklığa intikal edecek ve daha sonra devralan ya da yeni kurulan şirket, tapu siciline yapacağı tek taraflı irade beyanı ile taşınmazların kendi adına tescilini sağlayabilecektir. Bu tescil kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir (Bahtiyar, 2012: s.51; Yasaman, 1987: s.26; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.179; Özen, 2010: s.12).

Devrolunan şirket veya şirketlerin malvarlığı kapsamındaki taşınır malların mülkiyeti açısından ise, devralan ya da yeni kurulan şirketin teslimsiz zilyetliği söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle, birleşme ile taşınır mallar devralan ya da yeni kurulan şirkete teslim edilmemiş olsa dahi, bunların mülkiyeti bu şirkete geçecektir (Yasaman, 1987: s.28). Yine fikri ve sınaî haklar da hiç bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden devralan ya da yeni kurulan şirkete devrolacak ve daha sonradan tek taraflı irade beyanı ile ilgili sicillere tescilleri talep edilecektir. Bu tescil de kurucu değil, açıklayıcı nitelik arz etmektedir.

Bununla beraber külli halefiyet ilkesi gereğince devralan ya da yeni kurulan şirket, infisah eden şirketlerin alacaklarının teminatlarına ve ferilerine de hak kazanacaktır (Yasaman, 1987: s.30; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.189; Özen, 2010: s.12). Aynı şekilde, birleşme neticesinde devrolunan şirket veya şirketlerin alacakları da kendiliğinden devralan ya da yeni kurulan şirkete geçecektir. Bu işlemin niteliği 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu¹¹ m.183 gereğince alacağın devridir. BK m.183 uyarınca alacaklı borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilecektir. Bununla birlikte birleşme ile birlikte devrolunan şirket veya şirketlerin borçları da devralan ya da yeni kurulan şirkete geçecektir ki bu durum alacaklılar açısından önem arz etmektedir. Nitekim devrolunan şirket borçlarının halefi, külli halefiyet ilkesi gereğince alacaklıların onayına gerek kalmaksızın devralan ya da yeni kurulan şirket olacaktır ki, bu durum devralan veyahut yeni kurulan şirketin ifa gücü hakkında bilgi sahibi olmayan alacaklı açısından risk teşkil edebilecektir.

¹¹ RG. 04.02.2011/ 27836. Çalışmanın devamında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “BK” olarak anılacaktır.

1.3.3. Pay Sahipliliğinin Devamı

1.3.3.1. Genel Olarak

Devrolunan şirket veya şirketlerin tasfiyesiz infisah ve külli halefiyet ilkeleri ile korunmak istenen malvarlığı bütünlüklerinin diğer bir ayağını da pay sahipliğinin devamı ilkesi oluşturmaktadır. Nitekim TTK m.141'de öngörülen ayrılma akçesinin söz konusu olduğu durumlar hariç, tasfiyesiz infisah eden şirketin sadece malvarlıklarının değil şirket ortaklıklarının da intikal etmesi gerekmektedir (Al Kılıç, 2009: s.46). Bu husus TTK kapsamındaki birleşmeyi, diğer malvarlığı devirlerinden ayırmaktadır (Yasaman, 1987: s.25; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.81; (Nevilerin Aynı Olması): s.234; Al Kılıç, 2009: s.47). Birleşmenin ticaret siciline tescili ile birlikte hem malvarlığı devralan ya da yeni kurulan şirkete külliyen intikal edecek, hem de TTK m.140 uyarınca devrolunan şirket veya şirketlerin pay sahipleri bu şirkette pay sahibi sıfatına haiz olacaktır (Al Kılıç, 2009: s.47). Bu ilke uyarınca tasfiyesiz şekilde sona eren şirketin ortakları, hesaplanan değişim oranına¹² göre devralan ya da yeni kurulan şirkette ortaklık hakları elde etmektedir (Yasaman, 1987: s.32; Al Kılıç, 2009: s.46; Özen, 2010: s.13; Akbilek, 2009: s.43; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.60; Bahtiyar, 2012: s.52; Poroy vd, 2010: N.144; Karahan, 2012: s.160; Tekinalp, 2013: N.24-17) (TTK m.140/I). Başka bir deyişle devrolan şirket ortaklarının pay sahipliği, değişim oranına göre hesaplanan bir devralan şirket payı ile devralan ya da yeni kurulan şirket nezdinde devam edecektir. Buradaki devamlılık yalnız parasal olarak değil, haklara ilişkin eşitlik bakımından da söz konusu olacaktır (Eriş, 2013: s.1909).

Birleşmede pay sahipliğinin devamı, devralan şirketin paylarının, bir değişim oranına göre, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir (TTK m.136/III). Aynı şekilde devrolunan şirketin ortaklarının, mevcut ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerinde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları vardır (TTK m.140/I c.1). Bununla birlikte, ETTK'da denkleştirme ödemesi öngörülmemekle beraber, 6102 sayılı TTK ile birlikte ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini

¹² Pay değişim oranı kavramı ve hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N.24-35 vd.

aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödemesinin öngörülebileceği düzenlenmiştir (TTK m.140/II). Denkleştirme akçesi, malvarlıklarının değerlendirilmesinde hemen hemen her zaman ortaya çıkan kusurun atılması karşılığında verilecek nakdi ifade etmektedir¹³.

TTK m.191 hükmü ile ortaklara, birleşmede, bölünmede ve tür değiştirmede ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde, söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilme hakkı tanınmış olup, hükme göre bu denkleştirme akçesinin belirlenmesinde TTK m.140/II hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bununla birlikte ortakların paylarının veya ortaklık haklarının incelendiği bu dava, birleşme kararının geçerliliğine de etki etmeyecektir (TTK m.191/IV).

Birleşme neticesinde pay sahipliğinin devamı ilkesi, alacaklılar açısından özellikle devrolunan şirketin şahıs, devralan şirketin ise sermaye şirketi olması ihtimalinde önem arz etmektedir. Nitekim şahıs şirketinin borçlarından ötürü sınırsız sorumlu konumda olan ortaklar birleşme neticesinde, sermaye şirketinde sınırlı sorumlu konuma gelecektir. Bu durumun alacaklılar açısından risk teşkil edebilme ihtimaline karşın ise, TTK m.158 hükmü ile bu borçların veya borçları doğuran sebeplerin birleşme kararının ilanından önce doğmuş olması şartı ile sorumluluklarının birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren 3 yıl süreyle devamı öngörülmüştür.

1.3.3.2. Pay Sahipliğinin Devamlılığının İstisnası: Ayrılma Akçesi

TTK ile kanun koyucu pay sahipliliğinin devamı ilkesine bir istisna getirmiştir. Nitekim TTK'nın 141. maddesi uyarınca, birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine¹⁴ denk gelen bir ayrılma akçesi

¹³ TTK m.140 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁴ Ayrılma akçesinin, kaynak İBirk'dan farklı olarak ortaklık paylarının gerçek değerine denk olması gerekmektedir. Bkz. TTK m.141 hüküm gerekçesi. Ayrıca ayrılma akçesinin hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N.24-52.

arasında bir seçim yapma hakkı tanıyabilirler¹⁵ (Al Kılıç, 2009: s.48; Pulaşlı, 2012: §7,32; Karahan, 2012: s.161; Tekinalp, 2013: N.24-42). Birleşme sözleşmesi ile böyle bir istisnanın öngörülmesinin sebebi, birleşmeye katılmak istemeyen ya da alınan birleşme kararını kendi menfaatlerine aykırı gören pay sahiplerini zorla devralan şirkette tutmanın hem pay sahibi açısından hem de birleşme kararı alan şirket açısından bir faydasının olmamasıdır¹⁶. Böylece, birleşme işlemine taraf olmak istemeyen pay sahiplerine paylarının gerçek değerleri verilmesi ile işleme taraf olmak zorunda bırakmadan ve şirketin birleşme prosedürünün var olan ilerlemesini de duraksatmadan şirketten ayrılmasına imkân verilmiştir (Develi, 2013: s.444).

ETTK’da birleşen şirket ortaklarına, paylarının gerçek değerlerini almak suretiyle şirketten çıkma hakkı tanınmamış ve bu sebepten ötürü birleşmeye razı olmayan ortaklar birleşme işlemine katılmak zorunda bırakılmıştı (Al Kılıç, 2009: s.48; Develi, 2013: s.447). Ancak 6102 sayılı TTK ile birlikte ortaklara yenilik doğurucu bir seçimlik hak tanınmıştır¹⁷. Buna göre ortaklar, pay sahipliğinin devam ilkesi gereği ortak olma durumlarını devralan veya yeni kurulan şirkette devam ettirebilecekleri gibi, istekleri doğrultusunda birleşme sözleşmesinde öngörülen ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılacaklardır. Bununla birlikte TTK, ayrılma akçesini ortaklara seçimlik hak olarak tanıyabilen şirkete, eğer birleşme sözleşmesinde belirtilmişse, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörerek bunun ortaklara bir zorunluluk olarak sunulmasına da imkân vermiştir (TTK m.141/II).

TTK m.141 hükmü incelendiğinde, seçimlik hak olarak çıkma hakkı verilen ya da m.141/II hükmünde göre şirketten çıkartılan ortakların, sadece devrolunan şirket veya şirketlerin ortakları olduğu görülmektedir (Al Kılıç, 2009: s.50; Özen, 2010: s.14; Develi, 2013: s.450; Pulaşlı, 2012: §7,34; Tekinalp, 2013: N.24-42). Devralan şirkette pay sahibi olan ortaklara ayrıca pay tahsisi yapılmasına gerek olmayacağından ötürü, ayrılma akçesini de, kendilerine pay tahsis edilecek olan devrolunan şirket ortakları alacaktır (Al Kılıç, 2009: s.50; Develi, 2013: s.450).

¹⁵ MOROĞLU, TTK’nın tasarı olduğu dönemde tasarıya ilişkin değerlendirmelerinde, m.141/I hükmünde yer alan “tanıyabilirler” ifadesinin “tanırlar” şeklinde değiştirilmesi; bu durumun şirketlerin takdirine bırakılmaması gerektiği görüşündedir. Bkz MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2009, s.84; BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, s.52.

¹⁶ TTK m.141 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁷ TTK m.141 hüküm gerekçesine bkz.

Kanun koyucu tarafından ayrılma akçesinin türü, talep edilme şekli ve hakkın kullanımı konusundaki süreye ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrılma akçesinin nakit olması şart değildir. Karşılık olarak başka bir şirketin payı, pay senedi veya bir diğer menkul değeri örneğin; hisse senediyle değiştirilebilir tahvil de verilebilir (Pulaşlı, 2012: §7,35; Karahan, 2012: s.163). Bununla birlikte ayrılma akçesine ilişkin talep, ayrılma hakkının kullanılmak istendiği ortaklığa yapılmalıdır (Develi, 2013: s.451). Kanunda herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte, öğretide bu talebin yazılı bir ihbar şeklinde yapılması gerektiği ileri sürülmüştür (Özdoğan, 2004: s.737 ve 753). Aynı şekilde ayrılma akçesinin talep edilmesine ilişkin olarak kanun koyucu bir süre şartı öngörmemekle beraber, doktrinde bu duruma ilişkin olarak çeşitli fikirler öne sürülmüştür¹⁸.

TTK m.141 hükmü uyarınca pay sahipliğinin devamlılığı ilkesine getirilen bu istisna ile birleşmeye katılmak istemeyen ya da birleşme sonucunda devralan ya da yeni kurulan şirketin huzuru açısından şirkette devam etmesi istenilmeyen ortak veya ortaklara, pay yerine paylarının gerçek değerlerine denk gelen bedelin ödenmesi imkânı sunulmuştur (Al Kılıç, 2009: s.51; Develi, 2013: s.444).

1.4. Alacaklıların Korunması İlkesi

Şirketler hukukunun genel uygulamalarında kural olarak sona eren şirketlerin tasfiye aşamasına girmekte, tasfiye aşamasının bitmesinden sonra şirket borçlarından dolayı sınırsız sorumlu olan şahıs şirketi ortakları, karşılanamayan şirket borçlarından ötürü alacaklılarına karşı sınırsız bir biçimde sorumlu olmaya devam etmektedir. Ancak şahıs şirketi alacaklıları açısından güvence niteliği taşıyan bu durum sermaye şirketleri açısından söz konusu değildir, dolayısıyla tasfiyesiz infisah ve külli halefiyet ilkeleri gereğince devrolunan şirkete ait bütün borçların, şirket alacaklıların onayına ihtiyaç duymaksızın, devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmesi sebebiyle, alacaklıların durumunun kötüleşmemesi için alacaklıların korunması gerekmektedir. İşte bu sebeplerden ötürü menfaatleri zedelenme tehlikesi içinde olabilecek alacaklılar açısından, ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması ilkesi öngörülmüştür (Al Kılıç, 2009: s.57; Pulaşlı, 2012: §7,120; Çelik, 1999: s.135; Karahan, 2012: s.164).

¹⁸ Ayrılma akçesinin talep edileceği süreye ilişkin olarak ileri sürülen görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DEVELİ, s.451 vd.

Alacaklıların korunmasına ilişkin olarak TTK'da, ETTK'ya nazaran daha farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Nitekim ETTK'da alacaklıların korunmasına ilişkin olarak iki farklı koruma sistemi düzenlenmişti. TTK'da ise iki farklı ülke sisteminden alınan uygulamalara son verilmiş alacaklılar ile şirket tüzel kişiliği ve şirket pay sahipleri arasında menfaat dengesini sağlama amaçlı tek bir sistem benimsenmesi hedeflenmiştir (Al Kılıç, 2009: s.59).

TTK ile şirket birleşmelerinde alacaklılar, şirket malvarlığının ve şirket sermayesinin korunması ile emredici hükümler vasıtasıyla genel olarak korunduğu gibi yine talep etmeleri halinde çeşitli koruma vasıtaları ile koruma altına alınmıştır. Şirket birleşmelerinde alacaklıları korumak adına TTK tarafından benimsenen bu koruma vasıtaları ise TTK 157. maddede düzenlenen "teminat talebinde bulunma hakkı", TTK m.158 ile düzenlenen "ortakların kişisel sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi", TTK m.149 ile düzenlenen "inceleme hakkı" ve TTK m.193 ile düzenlenen "sorumluluk" hükümleridir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması bu tezin esas tartışma konusu olup, ayrıntılı olarak ilerleyen bölümlerde incelenecektir¹⁹.

1.5. Türler Arası Serbest Birleşme

ETTK, şirket birleşmelerine ilişkin olarak, yalnızca aynı türden olan, ya da kanunun özel düzenlemesi gereğince öyle kabul edilen şirketler arasında gerçekleştirilen birleşmeleri geçerli birleşmeler olarak kabul etmiştir. Nevilerin aynı olması koşulu (H.S. Türk, 1986 (Nevilerin Aynı Olması): s.245 vd; Yasaman, 1987: s.33; Çelik, 1999: s.130; Akbilek, 2009: s.44; Poroy vd, 2010: N.150) olarak belirtilen bu şart (ETTK m.147), TTK tarafından türler arası serbest birleşme ilkesi ile kaldırılmıştır. Nitekim bu ilke uyarınca, aynı türden olmasalar bile, ticaret şirketlerinin birbirleri ile geçerli bir şekilde birleşmeleri mümkündür (Al Kılıç, 2009: s.65; Pulaşlı, 2012: §7,13; Karahan, 2012: s.166).

TTK ile birlikte her ne kadar türler arası serbest birleşme ilkesi kabul edilmiş olsa da, geçerli birleşmeleri düzenleyen TTK'nın 137. maddesi ile şirketlerin birleşmesine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Bu madde kapsamında geçerli olan birleşmelerin sınırlandırılmasında, birleşen şirketlerin şahıs veya sermaye şirketi olması hususu dikkate alınmıştır. Temel olarak bu sınırlama iki yasak kuralı

¹⁹ Bkz. İkinci Bölüm. 4

içermektedir. Bunlardan birincisi, şahıs şirketlerinin, sermaye şirketleri ile devralan konumunda birleşmemesidir(Al Kılıç, 2009: s.65; Pulaşlı, 2012: §7,13 ve §7,12). İkincisi ise, kooperatiflerin devrolunan şirket sıfatı ile şahıs şirketleri ile birleşmemesidir²⁰. Bununla birlikte ticaret şirketleriyle dernek ve vakıfların birleşmesine ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemekte birlikte, bir ticaret şirketiyle bir ticari işletmenin birleşmesi hususu ticari işletmenin devrolunan konumda olması şartı ile TTK m.194 hükmünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir ticari işletme ile bir ticaret şirketinin birleşmesi²¹ durumunda, ticari işletme birleşmesinin yalnızca devrolunan tarafı olabilecektir. Aynı şekilde, TTK ile düzenlenmiş olan tek ortaklı²² anonim ve limited şirketler de birleşme işlemine taraf olabileceklerdir (Tekinalp, 2013: N.8-11).

Sonuç olarak belirtebiliriz ki, ticaret şirketlerinin birleşmesinde, TTK ile ETTK'ya nazaran daha geniş bir düzenleme getirilmiş olmakla birlikte, her birleşme geçerli bir birleşme olarak kabul edilmemiş ve türler arası serbest birleşme ilkesi bazı noktalarda sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmanın, İsviçre hukukunun aksine, Türk hukuku açısından yerinde olup olmadığı tartışmaya açıktır²³. Ticaret şirketlerinin birleşmesi hususunda getirilen bu sınırlamalar gerek devralma şeklinde gerekse de yeni kuruluş şeklinde birleşmeler bakımından etkili olup, alacaklılara olan etkisine çalışmamızın ilerleyen aşamalarında değinilecektir.

2. TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN BİRLEŞMELER

2.1. Genel Olarak Birleşme Türleri

Birleşme türleri TTK'nın, m. 136/I²⁴ hükmünde düzenlenmektedir. Bu hüküm kaynağını İBirk ve Üçüncü Konsey Yönergesi'nden almış olup²⁵, Üçüncü Konsey

²⁰ TTK 137 hüküm gerekçesine bkz.

²¹ TTK kapsamında ticari işletme ile ilgili birleşmeler ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir. Ayrıca bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s.85; AL KILIÇ, s.21; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 24-24; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, §7, 14.

²² Tek ortaklı şirketlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Ünal, "Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.579-611; TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012; PULAŞLI, Hasan, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar", Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, S.1,2011, s.13-39; EROĞLU, Muzaffer, "Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler", Legal Hukuk Dergisi, S.64, Nisan, 2008, 1253-1268.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.113.

²⁴ TTK 136/I hükmü şu şekildedir:

Yönergesi m.3'de “devralma yolu ile birleşme”, m.4 de ise “yeni bir şirket kurulması yolu ile birleşme” düzenlenmiştir²⁶.

TTK ile birlikte daha önce de belirttiğimiz gibi şirket birleşmelerinde nevilerin aynı olması koşulu kaldırılmış ve şirket türleri bakımından “devralan” şirket esas alınarak bir düzenleme getirilmiştir (Karahana, 2012: s.170). Buna göre birleşmelerde, devralan taraf tek, devrolunan taraf ise bir veya daha fazla olabilecektir (Tekinalp, 2013: N.24-04). TTK m.137 hükmü²⁷ ile birlikte kanunen geçerli birleşmeler düzenlenirken, TTK m.136/I hükmü ile birleşme türleri hüküm altına alınmıştır. Buna göre TTK 136/I hükmü uyarınca ticaret şirketlerinin birleşmesi iki şekilde yapılabilmektedir. Bunlardan birincisi bir ticaret şirketinin diğerini devralması suretiyle birleşmedir ki, bu tür birleşme “devralma şeklinde birleşme” şeklinde adlandırılmıştır (m.136/I, b.a). İkinci birleşme türü ise, birden fazla ticaret şirketinin birleşerek, yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri şeklindedir, bu da “yeni kuruluş şeklinde birleşme” olarak adlandırılmıştır²⁸.

1) Şirketler;

a) Bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şeklinde birleşme” veya

b) Yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”, yoluyla birleşebilirler.

²⁵ TTK m.136 hüküm gerekçesine bakınız.

²⁶ Yönergenin uygulama alanına ve değerlendirmelere ilişkin bkz. YASAMAN, Hamdi, “AET İçinde Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin Üçüncü Yönerge Teklifi”, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler Mütalâalar Bilirkişi Raporları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.35-42; TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal, “Avrupa Topluluğu'nun Ulusal Düzeydeki Birleşmelere İlişkin Üçüncü Yönergesi”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1990, s.309-322.

²⁷ Geçerli birleşmeler başlıklı TTK m.137 hükmü şu şekildedir:

MADDE 137- (1) Sermaye şirketleri;

a) Sermaye şirketleriyle,

b) Kooperatiflerle ve

c) Devralan şirket olmaları şartıyla, kolektif ve komandit şirketlerle, birleşebilirler.

(2) Şahıs şirketleri;

a) Şahıs şirketleriyle,

b) Devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle,

c) Devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle, birleşebilirler.

(3) Kooperatifler;

a) Kooperatiflerle,

b) Sermaye şirketleriyle ve

c) Devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle, birleşebilirler.

²⁸ TTK'da yer alan bu terimlerin benimsenmiş ifadelerinin “devralma yoluyla birleşme” ve “yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme” şeklinde olduğu, dolayısıyla TTK yer alan bu terimlerin ifade edildiği şekilde değiştirilmesi gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. TÜRK, Hikmet Sami, “Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, 2005, s.25-26.

Devralma şeklinde birleşme ve yeni kuruluş şeklinde birleşme türleri ayrıntılı olarak incelenmelidir.

2.1.1. Devralma Şeklinde Birleşme

Devralma şeklinde birleşme, bir veya birden fazla ticaret şirketinin ya da bir ticari işletmenin, bütün aktif ve pasifleriyle birlikte herhangi bir işleme gerek kalmaksızın bir başka ticaret şirketi tarafından devralınması ve bu devir sonrasında devrolunan şirket veya işletmenin hukuki varlığının tasfiyesiz bir biçimde sona ermesidir (Karahana, 2012: s.171; Pulaşlı, 2012: §7,8; Al Kılıç, 2009: s.70; Tekinalp, 2013: N.24-05). TTK kapsamında geçerli bir birleşmede, devrolunan sıfatını taşıyan taraf bir ticari şirket, kooperatif veya bir işletme olabilirken, devralan sıfatını taşıyan taraf ise TTK m.137 hükmünce belirtilen şartları sağlamak koşulu ile yine bir ticari şirket veya kooperatif olabilecektir. Devralma şeklinde yapılan birleşmelerin tarafları TTK m.136/II’de “136 ilâ 158 inci maddelerin uygulamasında, kabul eden şirket “devralan”, katılan şirket “devrolunan” diye adlandırılır.” şeklinde belirtilmiştir. Devralan şirket, devrolunan şirket veya şirketlerin haklarının ve borçlarının halefi olup, bu şirket veya şirket ortaklarına kendi şirketinde bir değişim oranı uyarınca pay sahipliği tanımaktadır (Pulaşlı, 2012: §7,8; Al Kılıç, 2009:70; Yasaman, 1987: s.35; Bahtiyar, 2012: s.50; Yasaman, 2006 (Birleşme ve Bölünme): s.55; Güven, 2008: s.55; Çelik, 1999: s.127; Akbilek, 2009: s.47; Poroy vd, 2010: N.151a; Karahana, 2012: s.171)(TTK m.136/III). Devralma şeklinde birleşme türünde, birleşmeye katılan ve devrolunan konumunda bulunan şirket veya şirketlerin hukuki varlıkları tasfiyesiz bir şekilde sona ermekte ve ticaret sicilinden silinmektedir (Karahana, 2012: s.171). Devralan konumundaki şirket ise hukuki varlığını devam ettirmekte ancak şirketin sermayesi ile içyapısındaki duruma göre pay oranlarında bir değişiklik meydana gelebilmektedir.

Devralma yolu ile birleşmeler ana-yavru²⁹, ana-kardeş³⁰ şirketler arasında düz ve ters birleşme şeklinde de olabilir. Düz birleşme ana şirketin, yavru veya kardeş

²⁹ TTK m.195 uyarınca, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu tanım doğrultusunda, TTK m.195/IV hükmüne göre, hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.

şirketi devralmasını ifade ederken, ters birleşme yavru veya kardeş şirketin ana şirketi devralmasını ifade etmektedir³¹.

Devralma şeklinde gerçekleşen birleşmenin, TTK açısından geçerli bir birleşme olabilmesi için devrolunan ve devralan şirketin şahıs veya sermaye³² şirketi olması hususu incelenmelidir. TTK'nın m.137 uyarınca, devralma şeklinde birleşmelerde sermaye şirketleri; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla, kollektif ve komandit şirketlerle birleşeceklerdir (TTK 137/I). Dolayısıyla sermaye şirketleri olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler yine kendileri gibi sermaye şirketleri veya kooperatiflerle birleşecekse, bu şirketlerin devrolunan ya da devralan şirket konumunda olması, TTK açısından birleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu durumda sermaye şirketi devralan şirket olabileceği gibi devrolan şirket konumunda da olabilir. Bununla birlikte sermaye şirketleri, şahıs şirketi olan kollektif veya komandit şirket ile birleşecekse, bu durumda sermaye şirketini mutlaka “devralan” konumunda olması gerekmektedir. Nitekim TTK'nın benimsemiş olduğu türler arası serbest birleşme ilkesine getirdiği sınırlamalardan birisi, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin, şahıs şirketleri ile birleşmesi halinde ortaya çıkmaktadır. TTK'ya göre bir sermaye şirketi veya kooperatifin, bir veya birden fazla şahıs şirketini devralmak suretiyle birleşmesi geçerli kabul edilmişse de; bir şahıs şirketinin bir sermaye şirketini veya kooperatifi devralarak birleşmesi TTK açısından geçerli birleşmeler kapsamına alınmamıştır (Al Kılıç, 2009: s.76; Pulaşlı, 2012: §7,19; Karahan, 2012: s.173).

TTK açısından, bu sınırlama 137. madde gerekçesinde: “...*bir sınırsız sorumlu şirketin sınırlı sorumlu şirketi devralması kanunca uygun görülmemiştir. Çünkü, şirket borçlarından ortakların kişisel olarak sorumlu oldukları bir şahıs şirketinin anonim şirkete iltihak etmesiyle, sermaye şirketinin ortaklarının şirket borçlarından sorumlu tutulmayacakları bir konuma gelmeleri, şahıs şirketinin alacaklılarının korunmasını gerektirir, fakat anonim şirket pay sahiplerinin kollektif şirket ortağı*

³⁰ Kardeş sermaye şirketi, aynı hâkimiyet altında bulunan şirketler anlamına gelmektedir. TTK m.155 hüküm gerekçesine bkz.

³¹ TTK m.136 hüküm gerekçesine bakınız.

³² TTK 124/II uyarınca kollektif ile komandit şirket şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılır.

sıfatıyla sınırsız sorumlu olmaları halinde alacaklıların korunmasına gerek yoktur.”³³ şeklinde belirtilmiştir.

TTK'nın 137. maddesinin gerekçesi doğrultusunda türler arası serbest birleşme ilkesine getirilen bu sınırlamanın alacaklıların korunması sebebiyle getirilmiş olduğunun belirtilmesi doktrinde eleştirilmektedir³⁴. Şöyle ki, her ne kadar 137. maddenin gerekçesinde bu sınırlamanın alacaklıların korunması düşünülerek getirildiği belirtilmişse de; ortakları sınırlı sorumlu olan sermaye şirketinin, bir şahıs şirketi tarafından devralınması halinde, belirtilenin aksine bu ortaklar ikinci dereceden ve sınırsız sorumlu ortaklar konumuna gelecek ve dolayısıyla devrolunan sermaye şirketinin alacaklıları açısından daha avantajlı bir konum oluşacaktır. Bunun yanında, mehzaz kanun İBirk'da şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerini devralması suretiyle birleşmesine imkan tanınmamasının sebebi, İsviçre şirketler hukuku sisteminde, şahıs şirketlerinin tüzel kişiliğinin bulunmamasıdır. Nitekim İsviçre Birleşme Kanunu'nun m.3 hükmünün gerekçesinde, İsviçre'de tüzel kişiliği olmayan kollektif şirketin bir sermaye şirketini devralmasına izin verildiği takdirde, birleşmenin tasfiyesiz gerçekleşmesinden dolayı, tasfiye hükümlerini dolanmak isteyen sermaye şirketlerinin bu yöntemle başvurabileceği belirtilerek bu tarz birleşmelerin yasaklandığı ifade edilmiştir (Akdağ, 2005: s.502; Al Kılıç, 2009: s.80). Dolayısıyla Türk hukukunda şahıs şirketlerinin tüzel kişiliğinin bulunduğu dikkate alındığında (TTK m.125/I), tasfiye hükümlerinin dolanılmasının amaçlanması söz konusu olmayacağından ötürü, böyle bir sınırlama yoluna gidilmesine gerek olmadığı ileri sürülebilecektir (Akdağ, 2005: s.503).

Şahıs şirketleri ise daha önce de belirttiğimiz üzere, TTK m.137 uyarınca devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle ve kooperatiflerle, birleşebileceklerdir. Dolayısıyla şahıs şirketleri olan kollektif ve komandit şirketlerin yine kendileri gibi şahıs şirketleri ile birleşmeleri durumunda, bu şirketlerin devrolunan ya da devralan şirket konumunda olması, TTK açısından birleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

³³ TTK m.137 hüküm gerekçesine bakınız.

³⁴ Aynı yönde bkz. AKDAĞ, Necla Güney, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Değerlendirme”, YTHFD, C.II, İstanbul, 2005, s.501; MOROĞLU, s.85; AL KILIÇ, s.81; Bu sınırlamanın getirilmesi konusunda farklı yönde görüş için bkz. PULAŞLI, Hasan, “Türk Ticaret Kanun Tasarısı Sempozyumundaki Konuşma”, YTHFD, C.II, Sayı I, 2005, s.559-560.

2.1.2. Yeni Kuruluş Şeklinde Birleşme

Yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde, iki veya daha fazla ticaret şirketi tasfiye olmaksızın, yeni kuracakları şirkette malvarlıklarını külli halefiyet ilkesi uyarınca birleştirmektedirler (Pulaşlı, 2012: §7,10; Bahtiyar, 2012: s.51; Güven, 2008: s.56; Çelik, 1999: s.127; Akbilek, 2009: s.49; Poroy vd, 2010: N.159c; Karahan, 2012: s.174; Tekinalp, 2013: N.24-06; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.58). Bu durumda birleşen şirketlerin hukuki varlıkları sona ermektedir. Bununla birlikte bu şirketlerin pay sahipleri de yeni kurulacak şirkette, dağılan şirketlerin malvarlıkları oranına göre pay sahipliği sıfatı kazanmaktadırlar. Yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde, yeni kurulacak şirket “devralan” konumunda iken, birleşmeye katılan şirketler “devrolunan” konumundadır.

Sermaye şirketleri, tıpkı devralma şeklinde birleşmelerde söz konusu olduğu gibi, yeni kuruluş şeklinde birleşme yoluna gidecekse yeni kurulan şirket bir sermaye şirketi veya kooperatif olmalıdır. Dolayısıyla anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler yine kendileri gibi sermaye şirketleri veya kooperatiflerle yeni kurulan şirketin sermaye şirketi veya kooperatif olması halinde, geçerli bir şekilde birleşebileceklerdir (m.137/I, b.a). Yine sermaye şirketleri ve kooperatiflerin, şahıs şirketleri ile yeni kuruluş şeklinde birleşmesi durumunda, yukarıda açıkladığımız üzere, sermaye şirketlerinin mutlaka devralan konumunda, başka bir deyişle yeni kurulan şirket konumunda olması gerekecektir (m.137/I b.c; m.137/II b.b). Dolayısıyla yeni bir şirket kurmak amacıyla birleşen sermaye ile şahıs şirketlerinin kurabilecekleri şirket, yine bir sermaye şirketi ya da kooperatif olabilecektir. Nitekim yeni kuruluş şeklindeki birleşmelerde, yeni kurulan şirket “devralan” şirket konumunda iken, birleşen şirketler “devrolunan” şirket konumundadır. Bu sebepten ötürü, TTK gereğince şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerini ve kooperatifleri devralması mümkün olamayacağından, bir şahıs şirketi ile sermaye şirketinin veya kooperatiflerin birleşmesi suretiyle yeni kurulacak olan şirketin şahıs şirketi olması söz konusu olamayacaktır (Al Kılıç, 2009: s.88; Pulaşlı, 2012: §7,20; Karahan, 2012: s.175; Tekinalp, 2013: N.24-06; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.59).

Yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde şahıs şirketleri açısından ise, TTK uyarınca yine şahıs şirketleri, sermaye şirketi ve kooperatif çatısı altında birleşebileceği gibi, şahıs şirketi çatısı altında da birleşebileceklerdir (TTK m.137/II). Buna göre, kollektif ve komandit şirketler en az bir kollektif ya da komandit şirketle birleşecekse, yeni kurulacak olan şirket kollektif ya da komandit şirket olabileceği gibi, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket veya kooperatif de olabilecektir (TTK m.137/II, b.b). Bununla birlikte şahıs şirketleri, en az bir sermaye şirketi ya da kooperatif ile birleşecekse bu durumda, yeni kurulacak şirket daha önce de belirttiğimiz üzere, yalnızca bir sermaye şirketi ya da kooperatif olabilecektir (TTK m.137/II, b.c).

2.2. Özel Durumlu Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

2.2.1. Tasfiye Halindeki Şirketlerin Birleşmeye Katılması

Tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye katılmasına ilişkin TTK m.138 hükmünün kaynağını, İBirk m.5 ve Üçüncü Konsey Yönergesi m. 3/II teşkil etmektedir. Üçüncü Konsey Yönergesi m.3/II hükmünde, devralma şeklinde birleşmelere katılacak olan tasfiye haline girmiş şirketlerden, m.4/II hükmünde ise yeni kuruluş şeklinde birleşmelere katılacak olan tasfiye haline girmiş şirketlerden bahsedilmektedir (Al Kılıç, 2009: s.92; Pulaşlı, 2012: §7,134 ;Tekinalp, 2013: N.24-25). TTK m.138 hükmü³⁵ uyarınca tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılması için, birleşmeye katılacak olan bu şirketlerin, tasfiye edilmemiş; başka bir deyişle şirket malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olması gerekmektedir. Nitekim şirketlerin tasfiye paylarının dağıtılmasına başlanmamış olması, malvarlığının sürekliliğinin sağlanamaması sebebiyle birleşmeye engel teşkil edecektir (Pulaşlı, 2012: §7,135; Karahan, 2012: s.176). Dolayısıyla, TTK' m.138'de yer alan düzenleme gereğince, fesih kararının ardından tasfiye aşamasına giren, ancak şirket malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olan şirket, devrolunan şirket olmak şartıyla birleşmeye katılabilecektir.

Tasfiye haline giren bir şirketin birleşmeye katılabilmesi için TTK uyarınca iki şartın varlığı gerekmektedir. Buna göre tasfiye kararı alınmış olan şirketin

³⁵ Tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılması başlıklı TTK m.138 hükmü şu şekildedir:

MADDE 138- (1) Tasfiye hâlindeki bir şirket, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması şartıyla, birleşmeye katılabilir.

(2) (Değişik: 26/6/2012-6335/10 md.) Birinci fıkradaki şartların varlığı, devrolunan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulan belgelerle ispatlanır.

malvarlığının dağıtımına başlanmamış olması ve bu şirketin birleşme sırasında devrolunan şirket sıfatına sahip olması zorunludur (m.138/I). TTK'da belirtilen bu şartların ispatı hususu ise 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³⁶ ile değişikliğe uğramıştır. Nitekim değişiklik öncesinde kanun hükmü gereği, bu şartların bir işlem denetçisi tarafından hazırlanan işlem denetçisi raporu ile, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret sicili müdürlüğüne sunularak ispatlanması gerekirken; değişiklik sonrasında işlem denetçisi raporu³⁷ kaldırılmıştır. Buna göre TTK uyarınca bu şartların varlığı, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulan belgelerle ispat edilecektir³⁸ (m.138/II). Ancak bu ispatın ne şekilde ve kim tarafından yapılacağına ilişkin TTK hükmünde bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte yapılan bu değişiklik Kaynak İBirk m.5/II hükmüyle bir uyum içindedir. Şöyle ki, mehzaz kanunda da bu şartların varlığı için işlem denetçisi raporuna başvurulmamakta, bu şartların oluştuğu ise en üst yönetim veya idare organı tarafından ticaret sicili kayıtları ile ispatlanmaktadır (Al Kılıç, 2009: s.92 dn.55; Pulaşlı, 2012: §7,137; Çoştan, 2009: s.117, dn.374) (İBirk m.5/II).

ETTK'da öngörülmemesine rağmen TTK açısından, -her ne kadar kollektif ve komandit şirketlere ilişkin bir açıklık bulunmasa da- fesih kararı alıp, tasfiye aşamasına giren şirketlerin bu karardan dönmeleri mümkün kılınmıştır (m.548, m.643). Dolayısıyla bu düzenlemelerinin diğer bir sonucu da tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılabilesidir. TTK m.138 hükmünde belirtilmemişse de, fesih kararı alıp tasfiye aşamasına giren şirketin bu karardan dönme iradesini, yetkili organın toplanıp ve bu yönde karar almasının ardından şirketin merkezinin bulunduğu yer siciline tescil ettirmesi gerekmektedir. Nitekim birleşme kararının, aynı zamanda fesih kararının geri alınmasına ilişkin bir karar olarak

³⁶ RG. 30.06.2012/ 28339. 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun çalışmanın devamında "6335 sayılı Kanun" şeklinde anılacaktır.

³⁷ İşlem denetçisinin birleşme denetiminin amacı ve kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. USLUEL, Aslı Gürbüz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukukî Sorumluluğu"; Batıder, C.27, S.2, 2011, s.123-157.

³⁸ Yalnızca malvarlığının dağıtımına başlanmamış olması hususunun rapora bağlanmasının yeterli olduğu hakkındaki görüş için bkz. ÇOŞTAN, s.117, dn.374.

nitelendirilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür (Çoştan, 2009: s.118; Al Kılıç, 2009: s.93).

Tasfiye halindeki şirketlerin birleşmesinde diğer bir şart olan bu şirketlerin ancak devrolunan şirket konumunda birleşme tarafı olabilmesi hususu, doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmektedir (Moroğlu, 2009: s.87; Al Kılıç, 2009: s.94; Tekinalp, 2013: N.24-25). Nitekim şirket birleşmelerinde özellik arz eden hususlar arasında sermayenin kaybı veya borca batıklık halinde birleşme hali de yer almaktadır ve TTK m.139'da düzenlenmiş olan bu tip birleşmelerde “devralan” ya da “devrolunan” şirket ayrımı yapılmamıştır. Yine Moroğlu'na (Moroğlu, 2009: s.87) göre devrolunan şirket olması şartıyla ibaresi metinden çıkarılmalıdır. TTK m.548 maddesi hükmüne göre, tasfiye haline girmiş ve fakat malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olan bir şirket genel kurul kararıyla devam edebileceğine göre, bu devamın, bir şirketin devralınması veya bir şirketle yeni bir şirket çatısı altında birleşmesi suretiyle sağlanabilmesine herhangi bir engel bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılması halinde, devrolunan şirket olma zorunluluğu madde metninden çıkarılmalı ve bu şirketlere hem “devrolunan” hem de “devralan” şirket konumunda birleşmeye katılabilmesi imkânı verilmelidir (Al Kılıç, 2009: s.94).

2.2.2. Sermayenin Kaybı veya Borca Batık Olma Halinde Birleşmeye Katılma

Şirket birleşmelerinde özellik arz eden bir diğer husus ise, TTK m.139 hükmünde düzenlenmiş olan, sermayenin kaybı veya borca batıklık halinde bulunan şirketlerin birleşmeye katılmasıdır³⁹. Üçüncü Konsey Yönergesi'nde ise bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

TTK m.139/I hükmüne göre,” (1) *Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe, tasarruf edilebilen özvarlığı sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir*⁴⁰.” Burada şirketin sermayesiyle kanunî yedek akçeler

³⁹ Bu tür birleşmelerin onarıcı, kurtarıcı birleşmeler olarak da adlandırıldığına ilişkin bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 24-27.

⁴⁰ KENDİGELEN TTK m.139'a ilişkin olarak, borca batık bir şirketin dahi birleşmeye katılabileceğinin belirtilmesine rağmen, sermayesinin yarısını kaybetmiş olan şirketten söz edilmesinin, “çoğun içinde azın da bulunduğu” kuralı gereğince, sermayesini kısmen kaybetmiş

toplaminin yarısının bilânço zararlarıyla kaybolmasından kasıt, “eksi bilânço” olmakla birlikte; zararların bunun üstünde olması halinden kasıt ise borca batıklık durumudur (kırmızı bilanço)⁴¹. Sermaye kaybı ve borca batıklık durumuna ilişkin madde gerekçesine bakıldığında, bu durumun TTK m.376 hükmüne göre belirlenebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre esas sermaye veya çıkarılmış sermayenin yarısının kaybı; TTK m.376/I uyarınca, son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zararlar sebebiyle karşılıksız kaldığının anlaşılmasıdır. Borca batıklık ise, yine TTK m.376/III hükmüne göre, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu tarafından hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartılmasının ardından, bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılmasıdır. Başka bir deyişle, şirketin aktiflerinin pasiflerini karşılamaması ve şirketin üçüncü kişilere karşı yükümlülüklerini yerine getirebilecek durumda olmamasıdır (Tekinalp, 2013: N.24-30).

Sermayenin kaybı ya da borca batık şirketin birleşmeye katılabilmesi için de bazı şartların varlığı gerekmektedir. Öncelikle her ne kadar, açıkça belirtilmemiş olsa da, şirketin genel kurulunda eksilen sermayenin tamamlanmasına ya da kalan kısımla devam edileceğine ilişkin bir karar alması gerekmektedir. Nitekim, böyle bir karar alınmaması halinde şirket kendiliğinden sona erecektir (Al Kılıç, 2009: s.97; Çoştan, 2009: s.123)(TTK m.243/I). Sona ermiş olan şirketin de TTK m.139 hükmünde öngörülen şekilde birleşmeye katılması söz konusu değildir. Sermayenin kaybı veya borca batık şirketin birleşmeye katılabilmesi için gereken diğer bir şart ise bu şirketi devralan şirketin, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olması gerekliliğidir (TTK m.139/I). Serbestçe tasarruf edilebilir özvarlık ile kastedilen, sermaye ile birlikte belli bir harcama amacına bağlanmamış yedek akçelerin var olmasıdır⁴².

Tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılması durumunun aksine, TTK m.139 uyarınca sermayenin kaybı ve borca batık durumda olan şirket birleşmeye

bir şirketten ayrıca bahsedilmesine kesinlikle gerek olmadığı görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN, s.114.

⁴¹ TTK m.139/I hüküm gerekçesine bakınız.

⁴² TTK m.139/I hükmünün gerekçesine bakınız.

hem “devralan” hem “devrolunan” taraf sıfatıyla katılabilecektir. Bu durum doktrin tarafından eleştirilmektedir. Nitekim tasfiye halindeki şirketlerin durumunun, borca batık ya da sermayesini kaybetmiş olan şirketlerin durumundan çoğu halde daha iyi olduğu savunulmaktadır (Al Kılıç, 2009: s.94; Moroğlu, 2009: s.87).

TTK m.139/II uyarınca birinci fıkradaki şartların varlığı, başka bir deyişle kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığı sahip bulunan bir şirket ile birleşme işleminin yapıldığı hususu, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulan belgelerle ispat edilecektir.

Mehaz kanun İBirk gerekçesinde, çoğu birleşmenin alacaklıların haklarını ihlâl etmeyebileceğine, sonuçta iki veya daha fazla malvarlığının birleşmesiyle alacaklılar için daha güvenceli bir durum oluşabileceğine, alacaklıların korunmasının abartılmaması gerektiğine işaret edilmiştir (Pulaşlı, 2012: §7,120). Ancak, tasfiye halindeki şirket birleşmeleri ve sermayenin kaybı ya da borca batık şirket birleşmelerinin mali durumu düzeltmek amacıyla da yapıldığı dikkate alınırsa alacaklıların durumu açısından risk teşkil edebileceği dikkate alınmalıdır. Nitekim alacaklıların teminat talep etme hakkını düzenleyen TTK m.157 hüküm gerekçesinde borca batık durumda olan şirketlerin birleşmesinde, finansal durumu güçlü olan şirketin zararları kapatması sebebiyle oluşan durumun, şirketin alacaklıları açısından önem arz edebileceği de belirtilmiştir⁴³. Bu sebepten ötürü her iki birleşme durumunda da birleşme işleminin çeşitli şartlara bağlanmış olması alacaklıların durumu bakımından isabetli kabul edilebilecektir. Bu tip birleşmelerde oluşabilecek riskler karşısında TTK ile alacaklılara tanınan koruma vasıtalarının, işlevi ve etkisi ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.3. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde İzlenecek Usul

Ticaret şirketlerinin birleşme işlemleri, TTK gereğince belli bir usule bağlı olarak ve belirli aşamalar içerisinde gerçekleştirilmektedir. Bu aşamalar, ticaret şirketlerinin birleşme işlemlerinin temelini ve bu işlemlerin işleyiş hızının alacaklılara olan etkisini belirleyebilmek için incelenmelidir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde izlenecek usul hazırlık aşaması, karar aşaması ve kesinleşme aşaması olarak ayrılabilir (Al Kılıç, 2009: s. 103 vd.).

⁴³ TTK m.157 hüküm gerekçesine bkz.

2.3.1. Hazırlık Aşaması

Şirketler çoğu zaman birleşme yoluna ekonomik bir amaç için gitmektedirler. Dolayısıyla birleşme işlemlerinde şirketler, öncelikle aralarında mali konuların müzakeresini yapmakta ve bu konularda anlaşmaktadırlar. Birleşmeye hazırlık aşaması ile kastedilen, yönetim organlarının müzakereler yaparak, birleşmeye hâkim olan ilkelere anlaşmaları ve konuyu genel kurullara getirecek uygunluğa ulaştırmalarıdır (Bahtiyar, 2008: s.83; Pulaşlı, 2012: §7,37; Al Kılıç, 2009: s.103; Tekinalp, 2013: N.24-55). Birleşmenin gerçekleşmesi genellikle, bu mali konularda mutabakata varılması ile sağlanmaktadır. Her ne kadar bu duruma ilişkin ETTK ve TTK'da açık bir hüküm yoksa da birleşme öncesinde taraflar arasında bu görüşmelerin yapılması gerekmektedir (Karahan, 2012: s.177). Nitekim yapılan bu görüşmeler sonucunda, birleşme için devam edip edilmeyeceği hususunda karar verilecektir (Yasaman, 1987: s.37). Şirket birleşmelerinde şirketler arasında yapılan bu müzakereleri yapma yetkisi, şirketlerin yönetim organlarına aittir⁴⁴. Yönetim organları, birleşmeye ilişkin olarak gerekli hazırlıkları yapar, çeşitli olasılıkları değerlendirir ve birleşme sözleşmesi taslağını⁴⁵ düzenleyebilirler (Yasaman, 1987: s.62). Bu görüşmeler sırasında uygulamada genel olarak taraflar, aralarında bir gizlilik anlaşması yapmaktadırlar (Pulaşlı, 2012: §7,37; Poroy vd, 2010: N.151a; Karahan, 2012: s.178). Gizlilik anlaşması, birleşme projesinin üçüncü kişilerce öğrenilmesini önlemek ve birleşme sebebiyle tarafların birbirleri ile paylaşmak durumunda olduğu her türlü ticari, mali ve diğer konulara ait sırların gizli kalmasını sağlamak amacıyla yapılmaktadır (Pulaşlı, 2012: §7,37; Karahan, 2012: s.178). Bununla birlikte birleşmeye katılacak şirketlerin yönetim organlarının sözleşme öncesinde yapacağı müzakerelerde, şirketlerin malvarlığı değerleri ortaya konulacak⁴⁶ ve bu değerlemeler için şirketlerin yıllık bilançolarından yararlanılacaktır (Al Kılıç, 2009: s.107).

⁴⁴ Yönetim organları şahıs şirketleri için, “yöneticiyi” ifade ederken; anonim şirketler ve kooperatiflerde “yönetim kurul”unu, limited şirketlerde ise “müdür veya müdürleri” ifade etmektedir (TTK m.135/I).

⁴⁵ Üçüncü Konsey Yönergesi m.5 hükmünde de böyle bir taslaktan söz edilmiş ve asgari içeriği gösterilmiştir. Ayrıntılı Bilgi için Bkz. BAHTIYAR, “Türk Ticaret Kanunu İle Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri Ve Denetimi”, s.9.

⁴⁶ TTK'da malvarlığı değerlerinin nasıl tespit edileceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Malvarlığı değerlerinin tespiti için şirket yönetim kurulları tarafından, mahkemeye başvurarak bilirkişi talep edilmesi gerektiği yönünde görüşler için bkz. YASAMAN, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s.63; AL KILIÇ, s.107; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.151d.

Yapılan bu görüşmeler sonrasında taraflar, birleşme konusunda anlaştıkları takdirde, birleşme tarafı şirketlerin birleşmenin temel ilkelerini kapsayan bir “birleşme sözleşmesi” düzenlemesi gerekmektedir (TTK m.145). TTK uyarınca birleşme sözleşmesi birleşmeye katılacak şirketlerin yönetim organlarınca imzalanacak ve genel kurulları tarafından onaylanacaktır (TTK m.145 c.2). Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak ETTK ve TTK’da herhangi bir açıklık bulunmamasından ötürü doktrinde bir takım görüşler ileri sürülmüştür⁴⁷. Bu görüşler kapsamında ise baskın olan görüş birleşme sözleşmesinin, borçlandırıcı nitelikte bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir (Pulaşlı, 2012: §7,39; Al Kılıç, 2009: s.114; Karahan, 2012: s.181)⁴⁸. Birleşme sözleşmesinin düzenlenmesi öncesinde yönetim organları, şirket genel kurullarından birleşme sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmesine ilişkin talepte bulunacaktır. Birleşme sonrasında devrolunan şirketin sona erecek ve devralan şirketin ise yapısında değişiklikler meydana gelebilecek olmasından ötürü olağanüstü işlem niteliğinde olan birleşme sözleşmesinin, yönetim organları tarafından imzalanması için her ne kadar TTK’ da bir açık bir düzenleme bulunmasa da öğretide, şirket genel kurulları tarafından bir ön yetkinin⁴⁹ verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Pulaşlı, 2012: §7,37; Bahtiyar, 2012: s.53; Al Kılıç, 2009: s.104; Yasaman, 2006 (Sermaye Artırımı Sorunu): s.27). Aynı şekilde birleşme ve birleşme sözleşmesine ilişkin olarak işlemleri yürütme yetkisi de, birleşme tarafı olan şirketlerin yönetim organlarına aittir (TTK m.145). Ayrıca hüküm gerekçesinde de belirtildiği üzere yönetim organlarının bu yetkileri devredilemez yetkileri arasında yer almaktadır⁵⁰.

ETTK’da birleşme sözleşmesinin şekli ve içeriği hususunda bir açıklık bulunmamasına rağmen bazı maddelerde birleşme sözleşmesinin içeriğinde yer alması gereken hususlara değinilmiştir. TTK ile gelen yeni düzenleme ile birlikte, birleşme sözleşmesinin içeriği ve şekli konusu netlik kazanmıştır. Nitekim TTK m.145 hükmüne göre, birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılacaktır. Yazılı şekil,

⁴⁷ İlgili Teoriler ve ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s.39 vd; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.156;AL KILIÇ, s.114; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 24-60.

⁴⁸ Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir ortaklıklar hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 24-60.

⁴⁹ Yönetim organı tarafından hazırlanan birleşme sözleşmesinin şirketi bağlayabilmesi için, genel kurulda onaylanması gerektiğinden, ön yetkinin verilmemiş olması, sözleşmenin geçerliliğinde bir rol oynamayacağı yönünde bkz. YASAMAN, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s.46.

⁵⁰ TTK m.145 hüküm gerekçesine bkz.

geçerlilik şartıdır⁵¹. Dolayısıyla birleşme sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması halinde şekilden kaynaklı bir hükümsüzlük meydana gelecektir.

Birleşme sözleşmesinin içeriği, kaynağını İBirk m.13'ten alan TTK m.146 hükmünde asgari unsurları gösterecek şekilde belirtilmiştir. Buna göre, birleşme sözleşmesinin;

a) *Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini,*

b) *Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları,*

c) *Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları,*

d) *Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini,*

e) *Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri,*

f) *Gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesini,*

g) *Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi,*

h) *Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları,*

i) *Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini, içermesi zorunludur.*

Kaynaktan farklı olarak TTK m.146 hükmü birleşme sözleşmesinin asgarî zorunlu içeriğini göstermekte; tipik içeriğini belirtmemektedir. Bununla birlikte, somut olay hükmün göndermede bulunduğu olguyu içeriyorsa, birleşme sözleşmesi o olguya ilişkin hususu içermek zorundadır⁵². Aynı şekilde, TTK m.146 hükmünde gösterilmiş olup, somut birleşme açısından uygulanmayacak olan bir hususun, birleşme sözleşmesinde yer almasına gerek bulunmayacaktır (Al Kılıç, 2009: s.112).

⁵¹ TTK m.145 hüküm gerekçesine bkz.

⁵² TTK m.146 hüküm gerekçesine bkz.

Birleşme işlemlerine ilişkin olarak birleşme sözleşmesinin yanında, TTK m.147 uyarınca ETTK'da yer almayan bir düzenlemeye yer verilmiş ve birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının ayrı ayrı veya birlikte, birleşme hakkında bir rapor hazırlayacağı belirtilmiştir⁵³. Hüküm gerekçesinde, raporun hükümde öngörülen konularda, aydınlatıcı, gerekçeli ve tatmin edici açıklamaları içermesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. TTK m.147 hükmü gereğince birleşme raporunun içeriği şu şekilde belirtilmiştir:

Raporda;

- a) Birleşmenin amacı ve sonuçları,*
- b) Birleşme sözleşmesi,*
- c) Şirket paylarının değişim oranı ve öngörülümüşse 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) Öngörülümüşse, 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,*
- j) Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkileri,*
- k) Gerekiyorsa, ilgili makamlardan alınan onaylar,*

⁵³ İlgili hükmün kaynağı Üçüncü Konsey Yönergesi m.9 ve İBirk m.14/III hükümleri teşkil etmektedir.

*hukuki ve ekonomik yönden açıklanacak ve gerekçeleri belirtilecektir*⁵⁴.

Birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun düzenlenmesi sonrasında, bu sözleşmenin ve raporun denetlenmesine ilişkin olarak 6335 sayılı kanun ile önemli bir değişiklik yapılmıştır. Şöyle ki, değişiklik öncesi TTK mülga m.148 hükmü tarafından, birleşme tarafı şirketlerin yönetim kurullarınca hazırlanmış olan birleşme sözleşmesi, raporu ve birleşmeye esas alınacak olan bilançonun, bu konuda uzman olan bir işlem denetçisi tarafından denetletirileceği öngörülmüştür. Bu hüküm kaynağını, İBirk m.15 ve Üçüncü Konsey Yönergesi m.10 hükmünden almıştır ve bu hüküm ile birleşmenin denetlenmesi zorunlu hale getirilmiştir. Ancak; 6335 sayılı kanun ile birleşme prosedürünün maliyetini düşürmek ve bunun neticesinde ivme kazanacak bir prosedür ile şirketleri birleşmeye teşvik amacıyla hüküm kanun metninden çıkarılmıştır. Öte yandan bu denetimin kaldırılması, hükmün ortakların, azınlığın ve alacaklıların korunması amacına da⁵⁵ yönelik olması sebebiyle eleştirebilecektir⁵⁶. Nitekim, birleşme sözleşmesinin, raporunun ve birleşmeye esas bilançonun denetimi prosedürünün kaldırılmış olması; korunmak istenen ortaklar, azınlık ve alacaklılar bakımından bazı olumsuz sonuçların doğabilme ihtimalini de beraberinde getirmektedir.

Bununla birlikte hazırlık aşamasında, TTK m.150⁵⁷ hükmü uyarınca birleşmeye katılan şirket yönetim organlarına, aktif veya pasif varlıklarında, birleşme sözleşmesinin imzası tarihiyle, bu sözleşmenin genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında, önemli değişiklik meydana gelmişse, bu durumu kendi genel kuruluna ve birleşmeye katılan diğer şirketlerin yönetim organlarına yazılı olarak bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bildirim sonrasında, birleşmeye katılan tüm şirketlerin

⁵⁴ TTK m.147/III uyarınca “*Yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşme raporuna yeni şirketin sözleşmesinin de eklenmesi şarttır.*”

⁵⁵ TTK mülga m. 148 hüküm gerekçesine bkz.

⁵⁶ Tekinalp, ortaklar üzerindeki maliyetlerin azaltılması amacıyla yapılan bu değişikliğin, Türk Hukuku açısından olumsuz sonuçlar doğuracağını ve sosyal maliyetlere yol açacağını belirtmiştir. Bkz. TEKİNALP, Sermeye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 24-01.

⁵⁷ Malvarlığındaki değişikliklerle ilgili bilgiler başlıklı TTK m.150 hükmü şu şekildedir:

MADDE 150- (1) 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.

(2) 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.

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 açıklayacaktır (TTK m.150/II). Bu düzenleme, alacaklılar açısından dolaylı olarak koruyucu niteliktedir. Zira şirket malvarlığı, şirket alacaklıları açısından bir güvence niteliğinde olup, malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikler sonrasında birleşmeye devam edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi, alacaklıların birleşme neticesinde karşı karşıya kalabileceği riskler açısından önem teşkil etmektedir.

2.3.2. Karar Aşaması

Birleşme ile ilgili olarak hazırlık aşamasındaki gerekli prosedürün yerine getirilmesinin ardından, birleşme sözleşmesinin uygulanabilmesi için, birleşme tarafı şirketlerin genel kurulları tarafından ayrı ayrı ve TTK öngörülen yeter sayılara göre karara bağlanması gerekmektedir (Pulaşlı, 2012: §7,98; Al Kılıç, 2009: s.131; Bahtiyar, 2012: s.54; Karahan, 2012: s.188; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.64). Birleşme sözleşmesi, birleşme tarafı şirketlerin genel kurullarına, o şirket adına sözleşmede imzaya yetkili olan yönetim kurulu tarafından sunulacaktır (TTK m.151/I).

Birleşme tarafı şirketler tarafından alınan birleşme kararının ve yönetim kurullarınca hazırlanan birleşme sözleşmesinin, birleşmeye taraf şirketlerin genel kurulları tarafından onaylanması oldukça önemli bir şarttır. Nitekim birleşme sözleşmesinin hazırlanıp imzalanması, birleşmenin gerçekleşmesi ve şirketler açısından bağlayıcı bir etki oluşturması için yeterli değildir⁵⁸. Genel kurulların onayına kadar, birleşme sözleşmesi askıda geçerli olacaktır. Bu sebeple, onaydan önce bağlayıcı bir birleşme sözleşmesi söz konusu değildir⁵⁹. Yönetim organları tarafından toplantıya çağırılan genel kurul tarafından yapılan toplantının konusu, devralan ya da devrolunan şirketler bakımından birleşme sözleşmesinin onaylanması olacaktır⁶⁰.

⁵⁸ Birleşme kararının onaylanmasının istisnasını, TTK m.155/I ve 156/I hükümleri uyarınca sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmesi halleri teşkil etmektedir.

⁵⁹ TTK m.145 hüküm gerekçesine bkz.

⁶⁰ Birleşmenin onaylandığı toplantıda aynı zamanda, devrolunan şirketlerin de sona ereceklerine ilişkin karar verilmesi hususundaki görüşler için bkz. YASAMAN, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s.64; aksi görüş için bkz. AL KILIÇ, s.132.

TTK uyarınca ETTK'dan farklı olarak⁶¹, birleşme sözleşmesini onaylamaya yetkili organ ve gerekli nisaplar şirket tiplerine göre belirtilmektedir. Bu hüküm kaynağını İBirk m.18 hükmünden almakla birlikte Türk sistemine uygun bir şekilde kaleme alınmıştır⁶². Birleşmenin onayına ilişkin bu nisaplar esas sözleşme ile hafifletilemeyecek ancak daha da ağırlaştırılabilecektir (Pulaşlı, 2012: §7,100). Buna göre birleşme sözleşmesi genel kurulda;

a) *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*(TTK m.151/1 a),

b) *Bir kooperatif tarafından devralınacak sermaye şirketlerinde, sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle* (TTK m.151/1 b),

c) *Limited şirketlerde, sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların dörtte üçünün oylarıyla* (TTK m.151/1 c),

d) *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* (TTK m.151/1 d), onaylanmalıdır.

Bununla birlikte, kollektif ve komandit şirketlerde birleşme sözleşmesinin oybirliğiyle onaylanması gerekmektedir. Ancak, şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanması öngörülebilecektir (TTK m.151/2).

Bir sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin, başka bir şirketi devralması hâlinde ise, birinci fıkranın (a) bendindeki nisaba ek olarak, komanditelerin tamamının birleşmeyi yazılı olarak onaylamaları gerekmektedir (TTK m.151/3).

⁶¹ ETTK m.148 hükmünde, birleşme sözleşmesinin genel kurulda hangi nisaplarla karara bağlanacağı konusunda, birleşmeye katılacak şirketlerin mukavelelerinin değiştirilmesi hakkındaki usul ve şartlar dairesinde, ayrı ayrı karar vermeleri belirtilmiştir.

⁶² TTK m.151 hüküm gerekçesine bkz.

Bir limited şirket tarafından devralınan anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette, devralma ile ek yükümlülük ve kişisel edim yükümlülükleri de öngörülüyorsa veya bunlar mevcut olup da genişletiliyorsa, bütün ortakların oybirliğine gerek olacaktır (TTK m.151/4).

Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüorsa bunun, devreden şirket şahıs şirketiye oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketiye şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanınin olumlu oylarıyla onaylanması da şarttır (TTK m.151/5).

Birleşme sözleşmesinde devrolunan şirketin işletme konusunda değişiklik öngörülmüşse, başka bir deyişle devrolunan şirket, kendi işletme konusundan farklı bir konuda faaliyet gösteren bir şirket tarafından devralınıyorsa, birleşme sözleşmesinin ayrıca, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış olması zorunludur (TTK m.151/6). Bu nisap ise kollektif şirkette, TTK m.226/II uyarınca şirket ortaklarının oybirliği; anonim şirkette, işletme konusunun değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği kararları TTK m. 421/III b.a uyarınca sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları; limited şirketlerde ise TTK m.621 uyarınca temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması olarak düzenlenmiştir.

2.3.3. Kesinleşme Aşaması

2.3.3.1. Tescil

Birleşme sözleşmesinin birleşmeye katılan şirket genel kurullarınca ayrı ayrı gerekli nisaplarla onaylanmasının ardından birleşme sözleşmesi taraflar nezdinde geçerli hale gelmekte ve bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak birleşme sözleşmesinin genel kurullarca onaylanması birleşmenin hukuki olarak varlık kazanması için yeterli değildir (Al Kılıç, 2009: s.141; Karahan, 2012: s.191). Şöyle ki, birleşmenin hukuken var olabilmesi ve hukuki bir takım sonuçlar doğurabilmesi için, birleşme tarafı şirketlerin yönetim kurulları tarafından birleşme kararının ve sermaye artırımı söz konusu ise buna ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili için ticaret siciline başvurulması gerekmektedir (TTK m.152/I).

Birleşme kararı ile kastedilen, birleşme sözleşmesinin genel kurullarca onaylanması sonucunda elde edilen karardır (Pulaşlı, 2012: §7,107; Al Kılıç, 2009: s.141). TTK m.152 hükmü kaynağını İBirk m.21 hükmünden almaktadır. Kaynak

İBirk m.21 ve TTK m.152/I hükümleri uyarınca ticaret siciline başvurunun karar alınır alınmaz yapılması gerekmektedir. Burada amaç, genel kurul tarafından onaylanan birleşme sözleşmesinin tescil başvurusunun vakit kaybetmeden yapılmasını sağlamaktır⁶³. Devrolunan şirketin tek bir şirket olması durumunda tescil başvurusu açısından bir sıkıntı meydana gelmeyecekse de, şirket sayısının birden fazla olduğu durumlarda tescil başvurusunun yapılmasında ortak bir tarih bulunması zorluk oluşturabilecektir (Pulaşlı, 2012: §7,108; Al Kılıç, 2009: s.142). Şöyle ki, devrolunan şirketlerin birden fazla olması durumunda, bir şirket birleşme sözleşmesini genel kurulunca onaylatmış olmasına rağmen diğer şirket ya da şirketler henüz genel kurulunu toplayamamış olabilir. Böyle bir durum kaynak İBirk m.21/I hükmünde, bir şirket genel kurulunu toplayarak birleşme kararını onaylamışsa diğer şirketlerin bu yönde karar almasını beklemeden ticaret siciline başvuramayacak olması ile çözüme kavuşturulmuştur. Diğer şirketlerin kararının onaylanıp onaylanmadığının bilgisi açısından ise, bu şirketlerin yönetim organlarına, aldıkları kararları, birleşmeye katılan diğer şirketlere bildirim yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁴. Bununla birlikte birleşmeye katılan şirketler, birleşme kararının onayı için aralarında belirli bir gün tespit edebilmeleri halinde, onay kararı tüm şirketler tarafından alındıktan hemen sonra, birleşmenin tescili için ticaret siciline başvurabileceklerdir (Pulaşlı, 2012: §7,108). Türk Hukuku açısından bu durum devralan ve devrolunan şirketler açısından Ticaret Sicili Yönetmeliğinde⁶⁵ açıklığa kavuşturulmuş ve m.127/1 hükmüne göre devrolunan şirket birleşme kararını tescil ettirmeden devralan şirketin birleşme kararını tescil ettiremeyeceği belirtilmiştir. Bu husus hüküm gerekçesinde, *“Kanunda devrolunan veya devralan şirketler bakımından birleşmenin tescili için öncelikle hangisinin bağlı bulunduğu müdürlüğe başvurulacağı açıkça düzenlenmediğinden uygulamada çıkabilecek sorunların önlenmesini teminen ve birleşmenin tescilinin devrolunan şirket bakımından kurucu, devralan şirket bakımından ise açıklayıcı bir işlem niteliğinde olduğu*

⁶³ TTK m.152 hüküm gerekçesine bkz.

⁶⁴ Bu düzenlemenin TTK açısından birleşmelere de uygulanması yönünde bkz. AL KILIÇ, s.142, ayrıca dn.93.

⁶⁵ RG. 27.01.2013/28541.

değerlendirilerek devrolunan şirketin birleşmeyi tescil ettirmeden devralan şirketin tescil işlemini yapmayacağına ilişkin hüküm getirilmiştir.” şeklinde açıklanmıştır⁶⁶.

Birleşme tarafı şirketlerce ticaret siciline birleşmeye ilişkin belgelerle⁶⁷ başvurulduktan sonra, sicil müdürü tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür (TTK m.32). Bu inceleme genel hukuki denetim manasında bir incelemedir (Pulaşlı, 2012: §7,111). Çözümü bir mahkeme kararına bağlı bulunan veya sicil müdürü tarafından kesin olarak tescilinde duraksanan hususlar, ilgililerin istemi üzerine geçici olarak tescil olacak, ancak ilgililer üç ay içinde mahkemeye başvurduklarını veya aralarında anlaşıklarını ispat etmezlerse geçici tescil resen silinecektir. Bununla birlikte mahkemeye başvurulduğu takdirde, kesinleşmiş olan hükmün sonucuna göre işlem yapılacaktır (TTK m.32/4).

Birleşme kararının ticaret siciline tescilinin ardından, karar Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde (TTSG) ilan edilecektir (TTK m.154/I)⁶⁸. Birleşme sonrasında devrolunan şirketler infisah edeceğinden, hem devralan şirketin genel kurulu tarafından, hem de devrolunan şirketlerin genel kurulları tarafından alınan birleşme kararlarının ilanı, devralan ya da yeni kurulan şirketin yönetim kurulu tarafından yaptırılacaktır (Al Kılıç, 2009: s.152).

2.3.3.2. Tescilin Hukuki Sonuçları

Birleşme tarafı şirketlerin yönetim kurulları tarafından birleşme kararının tescili sonucunda bir takım hukuki sonuçlar meydana gelmektedir. TTK uyarınca tescilin birleşme açısından en önemli sonucu, birleşmenin bu tescil ile birlikte hukuki geçerlilik kazanmasıdır (TTK m.153/I c.1). Tescil küllî halefiyet ile malvarlığının geçişi ve birleşme bakımından kurucu bir etkiye sahiptir⁶⁹. Birleşmeyi hukuken

⁶⁶ Ticaret Sicili Tüzük Taslağı m.126 hüküm gerekçesine bkz. Ticaret siciline ilişkin düzenlenecek usul ve esasların ne şekilde düzenleneceğini belirten TTK m.26 hükmü 6335 sayılı Kanunun 40 ncı maddesiyle değişikliğe uğramış ve bu maddenin başlığında yer alan “Tüzük” ibaresi “Yönetmelik”, birinci fıkrasında yer alan “bir tüzükle” ibaresi “Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikte” şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla Taslak metninde “tüzük” ibaresi yer alırken, Ticaret siciline ilişkin düzenleme “yönetmelik” olarak yürürlüğe girmiştir.

⁶⁷ Bu belgeler ilk planda, devrolunan şirketin birleşme bilançosu, birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve denetleme raporu, varsa Rekabet Kurulu kararından ibarettir. Bkz. PULAŞLI, Şirketler Hukuku, dn.213.

⁶⁸ Birleşme kararının ilanı ile birlikte, bir takım hukuki sonuçlar meydana gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AL KILIÇ, s.152-158.

⁶⁹ TTK m.153 hüküm gerekçesine bkz.

geçerli kılan ve gerçekleştiren işlem, devrolunan şirketin birleşme kararını tescil ettirmesidir. Başka bir deyişle, kurucu etkiye haiz olan bu tescildir⁷⁰.

Buna göre daha önce de belirttiğimiz üzere birleşme, sona eren şirketlerin tasfiye aşamasına girmesi halinin bir istisnasını oluşturmakta ve birleşme sonucunda sona eren şirket ya da şirketlerin tüm malvarlıkları, tasfiye olmaksızın devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmektedir (TTK m.153/I). Başka bir deyişle, devralan ya da yeni kurulan şirket, külli halefiyet ilkesi gereğince sona eren şirket ya da şirketlerin halefi olacak, ayrıca sona eren şirketlerin tüm hak, borç ve yükümlülükleri devralan ya da yeni kurulan şirkete intikal edecektir (Pulaşlı, 2012: §7,116; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.66; Al Kılıç, 2009: s.149; Bahtiyar, 2012: s.55).

Birleşme kararının tescili ortaklar açısından da bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki, devrolunan şirket tarafından ticaret siciline yaptırılan tescil ile birlikte, devrolunan şirket ya da şirketlerde ortak sıfatına sahip olan kişiler, hiçbir işleme gerek kalmaksızın TTK m.141 hükmü istisna olmak üzere, devralan şirkette ortaklık sıfatına haiz olacaklardır. Bu duruma TTK m.153/II c.2 uyarınca da istisna getirilmiş ve bu istisna “*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*” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, devralan şirket devrolunan şirkette pay sahipliği sıfatına haiz ise⁷¹ ve devrolunan şirkete ait olmak ile birlikte üçüncü bir kişi tarafından kendi adına ancak devrolunan şirket hesabına idare edilen pay söz konusu ise pay sahipliğinin devamı ilkesi uygulama alanı bulamayacaktır(Pulaşlı, 2012: §7,117; Al Kılıç, 2009: s.151).

Son olarak, birleşme kararının ticaret siciline tescili ile birlikte, TTK m.157 hükmü ile öngörülen alacakların teminat altına alınması için öngörülen üç aylık süre işlemeye başlayacaktır. Nitekim TTK m.157 uyarınca alacaklıların birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren teminat isteminde bulunabileceği belirtilmiştir.

⁷⁰ TTK m.153 hüküm gerekçesine bkz.

⁷¹ TTK ile birlikte sermaye şirketlerinin kendi paylarını belirli bir orana kadar iktisap etmesine olanak sağlanması sebebiyle ilgili düzenlemenin (TTK m.153/II c.2) eleştirisi için bkz. AL KILIÇ s.151.

TTK, ticaret şirketlerinin birleşme prosedürünü , ETTK'ya nazaran daha seri ve hükümler arası bütünlük sağlanabilecek şekilde düzenlenmeyi hedeflemiştir. Ticaret şirketleri açısından, birleşme işlemlerinin mümkün olduğunca seri bir şekilde ilerlemesi, genel olarak birleşmelerin ekonomik sebeplerle yapılması nedeniyle önem arz etmektedir. Bunun yanında, birleşme işlemlerine kazandırılmak istenen ivmeye paralel olarak, başta alacaklılar olmak üzere birleşme neticesinde etkilenebilecek olan menfaat sahiplerinin de durumu dikkate alınmalıdır. İncelemiş olduğumuz prosedürün tamamlanması sonrasında birleşme işlemi hukuki olarak geçerli hale gelecek ve sonuçlarını doğuracaktır. Bundan sonraki bölümlerde, çalışmamızın esas konusunu teşkil eden ticaret şirketlerinin birleşme işlemlerinin alacaklılara olan etkisi incelenecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE

ALACAKLILARIN KORUNMASI

1. TTK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA GENEL OLARAK

ALACAKLILARIN KORUNMASI

1.1. Şirketler Hukukunda Alacaklıların Korunmasının Sebepleri

Şirketler ve özellikle anonim ortaklıklar ekonomik işlevleri sebebiyle faaliyet gösterebilmek için pek çok kişiyle hukuki işlemlere taraf olmaktadır. Şirket pay sahipleri dışında şirketlerde menfaatleri bulunan çok sayıda kişi bulunmaktadır. Menfaat sahibi grupların önemli bir kısmını da alacaklılar teşkil etmektedir. Şirketlerin tarafı oldukları hukuki işlemlerin karşı tarafını temsil eden gerçek veya tüzel kişiler, edimini yerine getiremeyerek borçlu konuma düşen şirket karşısında, rolünü değiştirerek alacaklı statüsü kazanmaktadır (Armour vd, 2009: s.115). Ancak zaman zaman kazanılmış olan bu alacaklı statüsü ile şirket pay sahiplerinin menfaatleri çatışabilmektedir. Nitekim şirketler hukukunda meydana gelen hukuki ilişkiler, şirketlerin tüzel kişiliği sebebiyle gerçek kişiler arası hukuki ilişkilere nazaran farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte özellikle sermaye şirketlerinin ekonomik yapısı ve pay sahiplerinin sınırlı sorumluluk ilkesi nedeniyle alacaklılara nazaran daha avantajlı bir konumda olması, şirket tüzel kişiliği/pay sahipleri ve alacaklılar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasını gerekli kılmaktadır (Karamanlıoğlu, 2009: s.62).

Ortaklık borçlarından dolayı ortakların sorumluluklarına ilişkin olarak TTK kapsamındaki düzenlemeler de dikkate alınarak öğretilde, birinci-ikinci derece sorumluluk ve sınırlı-sınırsız sorumluluk ayrımları yapılmıştır (Bahtiyar, 2012: s.7; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.51). Birinci ve ikinci dereceden sorumluluk ortakların şirket borçlarından ötürü doğrudan veya dolaylı olarak sorumluluğunu ifade ederken; sınırlı sorumluluk bu tür sorumluluğun geçerli olduğu şirketlerde ortakların şirket borçlarından belirli bir miktar ile sorumlu olmasını; sınırsız sorumluluk ise, şirket borçlarından dolayı ortakların tüm malvarlıkları ile sorumlu

olmasını ifade etmektedir (Bahtiyar, 2012: s.7; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.52)⁷². Buna göre, kollektif şirkette tüm ortaklar, komandit şirketlerde ise komandite ortaklar şirket borçlarından ikinci dereceden ve sınırsız sorumlu iken (TTK m.304, m.211), anonim ve limited şirketlerde tüm ortaklar, komandit şirketlerde ise komanditer ortaklar şirket borçlarından, taahhüt etmiş oldukları sermaye miktarı ile ikinci dereceden ve sınırlı sorumlu olacaklardır (Bahtiyar, 2012: s.7; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.52; (Eroğlu, 2008 (Limited Liability): s.242 vd.)⁷³ (TTK m.329, m.573, m.304). Bununla birlikte pay sahipleri, sermaye borçlarından ötürü müteselsilen sorumlu olmamaları sebebiyle, birinin sermaye borcunu ifa etmemesi halinde, diğer ortaklara başvurulamayacaktır (Karamanlıoğlu, 2009: s.54). Sınırlı sorumluluk ilkesi, pay sahipleri için şirket borçlarından dolayı kendilerine başvurulamaması bakımından bir teminat oluşturmakla birlikte şirkete karşı olan borçlarının da sermaye taahhütleri ile sınırlanmış olması da, alacaklılar karşısında pay sahipleri açısından avantaj teşkil etmektedir (Karamanlıoğlu, 2009: s.56). Şirket tüzel kişiliği ile sınırlı sorumluluk ilkesi bir bütünlük teşkil etmektedir, Şöyle ki, şirket tüzel kişiliği, pay sahiplerinin alacaklılarının, alacakları sebebiyle şirket malvarlığı değerlerine el atmasına karşı şirketi korurken; sınırlı sorumluluk ilkesi de ortaklık alacaklılarının pay sahiplerinin malvarlığına el atmasına karşı pay sahiplerini korumaktadır (Kraakman ve Hansmann, 2004: s.7). Şirket borçlarından dolayı sadece şirketin, malvarlığıyla sorumlu olması (TTK m.329, m.573, m.304), alacaklıların kural olarak pay sahiplerine başvuramaması alacaklılar ile şirket tüzel kişiliği arasındaki menfaatin dengelenmesini, alacaklıların ve şirket malvarlığının korunması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir (Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.145; Ansay, 2005: s.1-2; Karamanlıoğlu, 2009: s.59).

Şirketler hukukunda şirket alacaklısı açısından risk teşkil edebilecek bir diğer husus ise alacaklının, alacak hakkı muaccel hale gelene kadar, şirketin ifa yükümlülüğünü sözleşmeye uygun olarak yerine getirip getirmeyeceğini

⁷² Türk Hukukunda sınırlı sorumluluğa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞLU, Muzaffer, "Limited Liability in Turkish Law", European Business Organization Law Review 9; 2008, s.237-265.

⁷³ Belirtmeliyiz ki, ortakların sınırlı sorumluluğuna RG. 28.7.1953/ 8469. 6183 Sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) m.35/1 hükmü ile istisna getirilmiş olup hüküm uyarınca limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacak ve bu kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacaklardır.

bilmemesinden ötürü kaynaklanan bilgi edinme eksikliğidir (Çoştan, 2009: s.10; Özen, 2010: s.29). Nitekim pay sahipleri şirket işleyişi ve ekonomik durumuna ilişkin olarak bilgi alma ve inceleme hakkına sahip olup, olağan işleyişte alacaklılar açısından böyle bir hak söz konusu değildir (Aktaran Çoştan, 2009: s.14) (TTK m.437, m.614). Dolayısıyla alacaklıların korunması ihtiyacı doğmaktadır.

Bu sebeplerden ötürü 6102 sayılı TTK ile birlikte, AB yönergeleri de dikkate alınarak gerek alacaklıların doğrudan korunmasına yönelik, gerekse de alacaklıların korunmasına etkisi açısından şirket malvarlığının korunmasına yönelik birçok yeni düzenleme yapılmıştır⁷⁴. Aynı şekilde şirket birleşmelerinde alacaklıların korunmasına yönelik olarak da şirketler hukukunun genel hükümleri önem arz etmektedir. Bu kapsamda kanun koyucu, şirket alacakları için adeta bir teminat niteliği taşıyan sermayenin sağlanması ve sermayenin şirket faaliyeti süresince korunarak alacaklılar başta olmak üzere, diğer menfaat sahiplerinin korunması amacıyla çeşitli hükümler düzenlemiştir (Karamanlıoğlu, 2009: s.61; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.145).

1.2. Şirket Malvarlığı ile Alacaklıların Korunması

1.2.1. Genel Olarak

Anonim ve limited şirketlerde şirketin ortaklık borçlarından dolayı kendi malvarlığı ile ve ortakların ise sınırlı sorumluluk kapsamında koymayı taahhüt etmiş oldukları sermaye ile sorumlu tutulmaları, alacaklılar açısından teminat niteliği taşıyan şirket malvarlığının korunmasını gerekli kılmıştır. Malvarlığının korunmasının temelini, şirket tüzel kişiliği ile alacaklıların menfaatlerinin çatışması oluşturmaktadır. Özellikle anonim şirketlerin ekonomik hacmi dikkate alındığında, pay sahipleri açısından şirket faaliyeti sonucunda kâr dağıtımını maddi bir menfaat teşkil etmektedir (Aydın, 2008: s.6). Bunun yanında alacaklılar ise alacaklarını elde etmek için başvurabilecekleri şirket malvarlığının azalmamasını istemektedirler (Aydın, 2008: s.6). Bu sebeple ortaya çıkan menfaat çatışmasında pay sahipleri, gerek bilgi edinme hakları gerekse sınırlı sorumlulukları sebebiyle alacaklılara karşı daha avantajlı bir konumdadırlar (Karamanlıoğlu, 2009: s.62). Bu avantaj karşısında alacaklıların durumunu dengelemek amacıyla kanun koyucu tarafından malvarlığının korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır (Aydın, 2008: s.6;

⁷⁴ 6102 sayılı TTK Genel Gereğesi, Paragraf 34.

Karamanlioğlu, 2009: s.62). Bu kapsamda şirket sermayesi⁷⁵, malvarlığının korunmasının başlıca unsurudur. Nitekim ortakların sınırlı sorumlulukları sebebiyle, şirket malvarlığı alacaklılar için güvence niteliği taşımaktadır (Bahtiyar, 2012: s.96). Burada şirket alacaklılarını, hem mevcut alacaklılar hem de gelecekteki muhtemel alacaklılar temsil etmektedir (Çoştan, 2009: s.2). Nitekim sermayenin korunması hem mevcut hem de muhtemel alacaklılar için güvence teşkil etmektedir. Aynı şekilde, alacaklıların korunması bakımından eşitlik ilkesi söz konusu olup, istisnalar dışında, bazı alacaklılara diğerlerine nazaran öncelik tanınması bu ilkeye aykırıdır (Çoştan, 2009: s.13; İzmirli, 2000: s.33)⁷⁶.

Son yıllarda, sermayenin korunması ilkesinin⁷⁷ önemini Kara Avrupa'sı anonim şirketler hukukunda sorgulayan görüşlere sıkça rastlanmakta ve bu görüşün temsilcileri fazlalaşmaktadır. Avrupa ülkeleri anonim şirketler hukuklarında esas sermaye ile malvarlığı ilişkisinin önemi de yitirmeye başlamıştır⁷⁸. Buna karşılık, sınırlı sorumluluk sisteminin, sermayenin korunması ilkesi olmadan ayakta kalamayacağı belirtilmiş olup, çoğunluk anonim şirketler hukuku açısından bu ilkenin vazgeçilemez nitelikte olduğunu kabul etmektedir⁷⁹. Bu görüşler sonucunda bazı ülke hukuklarında malvarlığının muhafazası emredici kurallar ile sağlanırken; bazı hukuk sistemlerinde ise bu hususta geniş bir serbestlik söz konusudur (Ansay, 2005: s.41). Dolayısıyla şirket sermayesine ilişkin düzenlemelerin çeşitli hukuk sistemlerinde farklılık arz etmesi alacaklıların konumunu da etkilemektedir.

Özellikle Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde, esas sermaye ile şirket malvarlığı arasındaki bağlantı gerek şirketin kuruluşu esnasında, gerekse faaliyet süresince önemini sürdürmektedir⁸⁰. Bu sebeple şirket malvarlığının esas sermaye olarak gösterilen miktarın altına düşmemesi için önlemler getirilmiştir (Ansay, 2005: s.41). Nitekim İsviçre hukukunda sermaye-malvarlığı ilişkisinin şirketin faaliyeti

⁷⁵ TTK ile birlikte "sermaye" sözcüğü esas sermaye sisteminde sermayeyi ve kayıtlı sermaye rejiminde çıkarılmış sermayeyi ifade etmektedir. Bkz. TTK m.332 hüküm gerekçesi. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 9-03; BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, s. 93.

⁷⁶ <http://mevzuatdergisi.com/2000/09a/02.htm> (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 04.01.2014)

⁷⁷ Sermayenin Korunması İlkesine İlişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Ünal, "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.II, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

⁷⁸ 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi, Paragraf 58; Ayrıntılı bilgi için bkz. ANSAY, s.44-50.

⁷⁹ 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi, Paragraf 58.

⁸⁰ Karşılaştırmalı Hukukta Malvarlığının Korunması İlkesine İlişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARAMANLIOĞLU, s.77 vd.

süresince muhafazasına ilişkin hükümler bulunmaktadır (Ansay, 2005: s.43). Aynı şekilde Alman hukukunda alacaklıların şirket üzerindeki etkilerinin sınırlı olması sebebiyle, 77/91/AET sayılı ve 13 Aralık 1976 tarihli İkinci Konsey Yönergesi⁸¹ esas alınarak sermayenin korunmasına yönelik hükümler öngörülmüştür (Donald ve Cahn, 2010: s.222). Bu düzenlemelere örnek olarak, pay sahiplerine sermayelerinin geri ödenmemesi ilişkin düzenleme gösterilebilecektir (Donald ve Cahn, 2010: s.226). Bununla birlikte İngiliz Hukukunda da Alman Hukuku'na benzer şekilde İkinci Konsey Yönergesi esas alınarak, bir takım düzenlemeler öngörülmüş olup (Donald ve Cahn, 2010: s.226), kâr dağıtımına ilişkin olarak İkinci Konsey Yönergesi m.15 esas alınarak yöneticilere bir takım yükümlülükler yüklenmiş⁸²; kâr dağıtım miktarına ilişkin düzenleme getirilmiş⁸³ ve ayrıca, halka açık şirketler bakımından temettülerin ve hisselerine ilişkin faizin dağıtımı belirli şartlara bağlanmıştır⁸⁴.

Buna karşılık Kara Avrupa'sı Hukuk sistemlerinde alacaklıların korunmasına hizmet eden sermayenin korunmasına ilişkin bu düzenlemeler, Amerikan Hukukunda itibar görmemiş (Donald ve Cahn, 2010: s.227; Ansay, 2005: s.44), alacaklılara mevcut güvence sistemleriyle yeterince güvence verildiği belirtilmiştir (Ansay, 2005: s.44).

Türk Hukuku'nda ise sermayenin korunması ilkesi önemini sürdürmektedir. Bu doğrultuda TTK ile birlikte sermayenin korunmasına ilişkin süreç şirketin kuruluş aşamasından, tasfiyenin sonuna kadar devam etmektedir (Pulaşlı, 2012: §18,9; Karamanlıoğlu, 2009: s.75).

1.2.2. Sermayenin Korunması

Pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı, şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı bir şekilde sorumlu tutulmaları, alacaklılar için şirket sermayesinin önemini arttırmaktadır. TTK ile birlikte şirket sermayesinin temini ve

⁸¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0091:EN:HTML> (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 08.11.2013). 77/91/AET sayılı ve 13 Aralık 1976 tarihli İkinci Konsey Yönergesi çalışmanın devamında "İkinci Konsey Yönergesi" olarak anılacaktır.

⁸² CompaniesAct 2006 Sec.416/3; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 04.07.2013).

⁸³ CompaniesAct 2006, Sec. 830.

⁸⁴ CompaniesAct 2006, Sec.831/1.

şirket faaliyet süresince korunmasına yönelik olarak, şirketin kuruluşundan sona ermesine kadar çeşitli hükümler düzenlenmiştir.

İlk olarak şirketin kuruluşu esnasında, güvenli kuruluş ile sermayenin korunması hedeflenmiştir. Bu kapsamda anonim şirketlere ilişkin⁸⁵ TTK m.332 hükmü ile pay sahipleri tarafından sermayenin tamamının esas sözleşmede taahhüt edilecek olması düzenlenmişse de bu taahhüdün noter şerhi ile onaylanmasına ilişkin TTK m.341 hükmü 6335 sayılı kanun ile mülga edilmiştir. Aynı şekilde TTK m.332 hükmü ile asgari sermaye tutarlarının, esas sermayede en az ellibin Türk Lirası, halka açık olmayan kayıtlı sermayeyi kabul etmiş olan anonim şirketler de ise en az yüzbin Türk Lirası olarak kabul edilmesi de, alacaklılar ve diğer menfaat sahipleri açısından hukuki işlem güvenliği sağlamaya yöneliktir⁸⁶. Bununla birlikte, TTK m.143 hükmü ile sermayenin korunması ilkesinin gereğini yerine getirmek amacıyla şirkete sermaye olarak konulan aynı sermayenin mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilmesi düzenlenmiştir⁸⁷. Malvarlığının korunmasına yönelik olarak öngörülen bir başka hüküm ise TTK m.347 hükmüdür. Hükme göre itibari değerden aşağı bir bedelle pay çıkarılması yasaklanmıştır. Bu yasağın amacı, ortaklık sermayesinin eksiksiz şekilde getirilmesini sağlamaktır (Bahtiyar, 1996: s.12; Moroğlu, 2003: s.1, dn.1; Karamanlıoğlu, 2009: s.149). TTK m.348 hükmü uyarınca, şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınması yasaklanmıştır. Kuruculara sağlanabilecek menfaatlere ilişkin bu hüküm de sermayenin korunmasına hizmet etmektedir.

Şirket faaliyet aşamasında da sermayenin korunmasına yönelik olarak bazı hükümler düzenlenmiştir. Buna göre TTK m.509 hükmü ile sermaye karşılığında faiz ödenmesi yasağı getirilmiş olup, bu yasağın temel gerekçesi şirket malvarlığının korunmasıdır (Karamanlıoğlu, 2009: s.161)⁸⁸. Aynı şekilde TTK m.509/II hükmü uyarınca kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilecektir. Kâr payı dağıtımının net dönem kârı ve serbest yedek akçeler ile

⁸⁵ Sermayenin korunmasına yönelik açıklamalar, uygulamadaki önemi ve ekonomik işlevi sebebiyle anonim şirketlere ilişkin hükümler doğrultusunda yapılacaktır.

⁸⁶ TTK m.332 hüküm gerekçesine bkz.

⁸⁷ TTK m.343 hüküm gerekçesine bkz.

⁸⁸ Her ne kadar TTK m.132 hükmü ile kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, şirket sözleşmesiyle ortakların koydukları sermayeler için faiz ve şirketteki hizmetleri sebebiyle kendilerine ücret verilmesi kabul edilmişse de anonim şirketler açısından sermaye için faiz ödenmesi yasaklanmıştır.

sınırlandırılması da şirket sermayesinin korunmasına yöneliktir. Şirket faaliyet aşamasında alacaklıları sermayenin korunması vasıtasıyla koruyan bir diğer hüküm ise sermayenin azaltılması başlıklı TTK m.473 hükmüdür. Nitekim TTK m.473/II uyarınca sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilmeyecektir. Bununla birlikte alacaklılara çağrı başlıklı TTK m.474 hükmüne göre ise, genel kurul esas sermayenin azaltılmasına karar verdiği takdirde, yönetim kurulu, bu kararı şirketin internet sitesine koyduktan başka, 35 inci maddede anılan gazetede ve aynı zamanda esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde, yedişer gün arayla, üç defa ilan edecektir. Ayrıca hüküm ile ilanda alacaklılara, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesindeki üçüncü ilandan itibaren iki ay içinde, alacaklarını bildirerek bunların ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebileceklerini belirtmeleri hususu düzenlenerek alacaklıların korunması amaçlanmıştır.

TTK m.376 hükmü ile şirket sermayesinin kaybı ve borca batık olma durumunda yönetim kurulunun, genel kurulu hemen toplantıya çağırması ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunması hüküm altına alınmıştır. Bu hükümle de sermayenin azalmasının önüne geçilmek istenmiş ve şirketin mali durumunun düzeltilmesi hedeflenmiştir (A. Türk, 1999: s.111).

Bununla birlikte şirket malvarlığı açısından önem arz eden pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmaları da TTK m.358 ile düzenlenmiştir⁸⁹. TTK m.358 hükmü uyarınca pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamayacaktır. Hüküm 6335 sayılı kanun ile değişikliğe uğramıştır, nitekim değişiklik öncesinde kanun metni pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını kural şeklinde düzenlemekte ancak bu kurala iki tane istisna öngörmekteydi⁹⁰. Mevcut değişiklik ile hüküm, borçlanma yasağına

⁸⁹ Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı başlıklı TTK m.358 hükmü şu şekildedir:

MADDE 358- (Değişik: 26/6/2012-6335/15 md.)

(1) Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.

⁹⁰ TTK m.358 hükmü 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklik öncesinde şu şekildeydi:

Madde 358- İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun.

ilişkin olarak istisna düzenleme şeklinde değil, şarta bağlı bir düzenleme öngörmüştür. Bu hüküm, ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır⁹¹. Çünkü hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının, başka bir deyişle sermaye taahhüdü dâhil, birçok iş ve işlemlerde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin sınırlanması amaçlanmıştır⁹². Bununla birlikte hükme aykırılık, cezaî yaptırıma da bağlanmıştır (TTK m.562/V b.b). Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarının ifa edilmesi ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması şartlarına bağlanması ile kanun koyucu, pay sahipleri tarafından çeşitli vesileler ile şirket malvarlığının amacı dışında kullanılarak azalması riskinin kaldırılmasını amaçlamıştır⁹³.

Son olarak, şirket sermayesinin korunmasına ilişkin bu hükümler alacaklılar açısından şirket malvarlığının önemi sebebiyle, ticaret şirketlerinin birleşmesi durumunda da alacaklıları dolaylı olarak korumaktadır.

1.3. Sınırlı Sayı İlkesi ile Alacaklıların Korunması

Şirketler ile hukuki ilişkiye giren alacaklılar için şirketin türü, hukuki güvenlik açısından önemlidir. Zira alacaklılar şirketin kendi türünün sahip olduğu niteliklere güvenerek hukuki işlemlerin tarafı olmaktadır (Aktaran Çoştan, 2009: s.14). Bu sebepten ötürü şirketler hukukunda tip özgürlüğü sınırlandırılmış ve TTK m.124 hükmü ile şirket türleri sınırlandırılmıştır. Hükme göre, ticaret şirketleri; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif⁹⁴ şirket türleri ile sınırlı olacak şekilde kurulabilecektir.

Kanun koyucu tarafından şirket türleri belirtilmiş olup, bu şirket türlerine göre malvarlığının yapısı, korunması ve sorumluluğu düzenleyen kurallar emredici hükümler ile düzenlenmiştir (Çoştan, 2009: s.15). Dolayısıyla kanun koyucu

⁹¹ TTK m.358 hüküm gerekçesine bkz.

⁹² TTK m.358 hüküm gerekçesine bkz.

⁹³ Borçlanma yasağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TAMER, Ahmet, Yeni Türk Ticaret Kanunu ile getirilen bir yenilik: Pay sahiplerinin (ortakların) şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 358), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 102, 2012, s.93-115;<http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2012-102-1214> (çevrimiçi erişim tarihi: 18.10.2013).

⁹⁴ 6762 sayılı ETTK dönemindeki “kooperatif şirket” ibaresine ilişkin tartışma TTK ile çözülmüş olup kooperatifin ticaret şirketi olduğu hükme bağlanmıştır.

tarafından öngörülen tip zorunluluğu, şirketler tarafından yapılmış veya yapılacak olan hukuki işlemlerde hangi hükümlerin uygulanacağına dair şirket türlerine göre açıklık getirmekte ve dolayısıyla alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir.

1.4. Aleniyet ile Alacaklıların Korunması

Şirketler ile hukuki işlemlerde bulunan alacaklılar, şirketin ekonomik durumu ve işleyişi konusunda yeterince bilgi sahibi olamamalarından ötürü risk altındadırlar. Bununla birlikte, alacaklılar ancak şirketin mali durumu hakkında bilgi sahibi olabildiği takdirde şirketle olan hukuki işlemlerini düzenleyebilecek veyahut riskleri değerlendirerek almış oldukları teminat sürelerini uzatabilecektir (Aktaran Çoştan, 2009: s.20). Bu sebepten ötürü alacaklılar ve diğer menfaat sahiplerinin korunmasına yönelik olarak kanun koyucu, bu menfaat gruplarının bilgilendirilmesine yönelik olarak önleyici nitelikte koruma sağlayan hükümler öngörmüştür⁹⁵.

Aynı şekilde, ticaret siciline tescil ve ticaret sicil gazetesine ilânın amacı da açıklığı sağlayarak üçüncü kişilerin bilgilendirilmesidir (Çoştan, 2009: s.20). Nitekim açıklık başlığı altında düzenlenmiş olan TTK m.35/II hükmü uyarınca herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilecek ve bir hususun sicilde kayıtlı olup olmadığına dair onaylı belge isteyebilecektir. Ticaret sicili ile sağlanan aleniyet ve inceleme hakkı mevcut veya gelecekteki şirket alacaklılarını koruyucu niteliktedir. Buna karşın, anonim şirketlere ilişkin finansal tabloların, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun, kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararının ve denetçinin görüşünün ticaret sicili gazetesinde yayınlanmasını ve internet sitesine konulmasını düzenleme altına alan TTK m.524 hükmünün 6335 sayılı kanun ile mülga edilmiş olması ise alacaklıların bilgi edinme hakkı açısından zedeleyici bir etki yaratmaktadır.

⁹⁵ TTK m.349, m. 354, m.455, m.471, Geçici m.8 vb.

2. TTK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

2.1. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacaklıların Korunmasının Sebepleri

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, daha önce de belirttiğimiz üzere kendine özgü şartlar ve ilkeler içerisinde gerçekleşmekte⁹⁶ ve gerek birleşme tarafı şirketler gerekse de alacaklılar açısından bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Şirket birleşmelerinin doğurduğu bu sonuçlar, alacaklıların korunmasını gerektiren sebepleri de beraberinde getirmektedir.

Şirketler hukukunda şirketlerin tüzel kişiliği, pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ve pay sahiplerinin alacaklılar karşısında şirket nezdinde daha avantajlı bir konumda olması sebebiyle alacaklıların menfaatlerinin zedelenme riski daha fazla olabilmektedir. Bununla birlikte, bir ticaret şirketinin türüne özgü hükümlere ve şirket malvarlığına güvenerek işlem yapan alacaklılar açısından ticaret şirketlerinin birleşmesi durumu olumsuz etkiler yaratabilecektir. Nitekim ticaret şirketlerinin birleşmesi ile birleşme tarafı şirketlerin tabi oldukları hükümler ve şirket malvarlıkları değişime uğrayabilecektir. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin birleşmesinde şirket alacaklılarını koruyan düzenlemelere yer verilmelidir (Özen, 2010: s.30; Çoştan, 2009: s.10). Bu düzenlemeler birleşme halinde alacaklıların durumunun tasfiye yapılmaması sebebiyle kötüleşmesini önleyici ve külli halefiyet sonucu borçlu değişmesinin olumsuz neticelerine karşı koruyucu nitelik taşımalıdır (H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.141; Akbilek, 2009: s.145).

Bununla birlikte, alacaklıların konumu açısından Borçlar Hukuku'nda, borçlu tarafın alacaklının bilgisi dışında değişmesi hali, BK m.195 vd. ile düzenlenen borcun üstlenilmesi kurumu ile düzenlenmiş ve borçlu tarafta gerçekleşecek değişiklik alacaklının rızasına bağlanmıştır (BK m.195/I). Ancak şirketler hukukunun borçlar hukukuna nazaran daha farklı temellere dayanması, şirketlerin ekonomik kalkınmadaki etkisi ve hacmi sebebiyle, borçların üstlenilmesi açısından kural olarak aranan alacaklının rızası şirketlerin birleşmesi durumunda aranmamaktadır (Yasaman, 1987: 28-29; Akbilek, 2009: s.144). Dolayısıyla bu durum da ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde alacaklıların korunmasını gerekli kılmaktadır.

⁹⁶ Bkz. Birinci Bölüm, 1/1.3.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde birleşmenin hukuki olarak geçerlilik kazanması ile birlikte, birleşmeye devrolunan sıfatıyla katılan şirket ya da tüm şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesi, ayrıca malvarlıklarının tüm aktif ve pasifleri ile beraber devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmesi, özellikle şirket alacaklıları açısından olumsuz bir durum oluşturabilecek ve menfaatlerinin zedelenmesi söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, birleşme neticesinde devralan şirketin alacaklı çevresinin genişlemesi hem devrolunan hem de devralan şirket alacaklıları açısından risk teşkil edebilecektir. Zira birleşme tarafı her iki şirketin de alacaklıları için alacaklı sayısının çoğalması, malvarlığının daha fazla eksilmesi sonucu doğuracağı için olumsuz bir durum yaratacaktır. Bunun yanında, devralan şirketin borçları, devrolan şirketin aktifini geçiyorsa devreden şirket alacaklıları açısından; devrolan şirketin borçları, devralan şirketin aktifini geçiyorsa devralan şirketin alacaklıları açısından daha fazla bir risk oluşacaktır (Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.34).

Sona eren şirketler kural olarak tasfiye aşamasına girmektedir. Tasfiye aşaması sonrasında şahıs şirketlerinde ortakların, şirket alacaklılarına karşı malvarlıkları ile sınırsız şekilde sorumlu olması alacaklılar bakımından bir güvence teşkil etmektedir (TTK m.237, m.317,322/I, m.325) (Al Kılıç, 2009: s.57). Ancak bu durum sermaye şirketi ortaklarının yalnızca şirkete karşı ve koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı sorumlu olması sebebiyle sermaye şirketinin alacaklıları açısından söz konusu değildir (TTK m.329; 573/II, m.602). Bu durumun telafisi açısından tasfiye dönemi alacaklıların yararına işleyen bir süreçtir (Al Kılıç, 2009: s.57; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.134). Zira tasfiye aşamasında alacaklılara tasfiyeye ilişkin bildirim yapılacak ve tasfiye işleri sonrasında yapılan dağıtım aşamasında şirketin borçları ödenecektir (TTK m.536 vd., m.643, m.565). Bu nedenle tasfiye aşaması, özellikle sermaye şirketlerinin alacaklıları bakımından önem arz etmekte ve tasfiyesiz olarak sona erme şirket alacaklıları açısından risk teşkil edebilmektedir (Al Kılıç, 2009: s.57; H.S.Türk, 1986 (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi): s.134). Dolayısıyla tasfiye yapılmaması nedeniyle de oluşabilecek menfaat zedelenmelerinin de önüne geçilebilmek amacıyla alacaklıların menfaatlerini koruyan düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir (Al Kılıç, 2009: s.57).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunmasının bir diğer sebebi de mali durumun iyileştirilmesine yönelik sermayenin kaybı veya borca batıklık halinde birleşme söz konusu ise, özellikle devralan şirket alacaklıları bakımından risk söz konusu olabilme ihtimalidir. 6335 sayılı kanun ile değişikliğe uğrayan sermayenin kaybı ve borca batıklık halinde birleşme hususunu düzenleyen TTK'nın 139. maddesinde, değişiklik öncesinde; devralan şirketin ya da devrolunan şirketin, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen öz varlığa sahip olması hususunun bir işlem denetçisi tarafından hazırlanan rapor ile tespiti öngörülmüştür. Bu rapor, bu tip birleşmelerde alacaklıların korunması açısından da avantaj teşkil etmekte iken, raporun değişiklik ile kaldırılması, alacaklılar açısından olumsuz bir durum oluşturmakta ve alacaklıların en azından başka koruma vasıtalarıyla korunmasını gerekli kılmaktadır.

Bununla birlikte birleşme neticesinde şirketlerin, alacaklılara karşı sorumlulukları bakımından farklı kurallara tabi olması da söz konusu olabilecektir (Çoştan, 2009: s.24). Şöyle ki, bir şahıs şirketinin, bir sermaye şirketi tarafından devralınması suretiyle ya da şahıs şirketlerinin, bir sermaye şirketi bünyesinde yeni kuruluş yoluyla birleşmesi halinde; şahıs şirketinin birleşme öncesinde ikinci dereceden ancak sınırsız biçimde sorumlu olan ortaklarının sorumluluğu birleşme sonrasında, koymayı taahhüt ettikleri sermaye ve şirkete karşı olarak sınırlanacaktır. Bu durum şüphesiz ki, her birleşmede alacaklıların mağduriyetine yol açmayacaktır. Ancak, alacaklıların taşıdığı bu tür riskler sebebiyle de korunması gerekmektedir.

Birleşme sonrasında, alacaklının muhatap olduğu devralan ya da yeni kurulan şirketin tüzel kişiliği de alacaklı açısından risk teşkil edebilir. Şöyle ki, şirket küçük riskler taşıyan işler yerine daha büyük riskli işlemler yaparak daha büyük kâr sağlama amacı güdebilir (Armour vd, 2009: s.117). Ancak bu durum her ne kadar hissedarlar açısından sınırlı sorumlulukları sebebiyle belirli bir düzeyde tehlike arz ederek kârdan yoksun kalma sonucu doğurabilecekse de; alacaklılar açısından şirketin malvarlığının da bir güvence oluşturduğu düşünülürse daha büyük boyutta bir risk oluşturabilecektir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların yukarıda belirtmiş olduğumuz riskler ile karşılaşma ihtimalleri sebebiyle, TTK ile birlikte birleşme sürecinin

kazanmış olduğu ivme de dikkate alınarak, alacaklıları doğrudan veya dolaylı olarak koruyabilecek nitelikte düzenlemeler yapılması hedeflenmiştir.

2.2. Alacaklıların Korunmasına İlişkin Düzenlemelerde Hak Sahibi Alacaklılar

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması kapsamında, hak sahipliğinin belirlenebilmesinin esasını talep edilebilirlik kavramı oluşturmaktadır. Bu sebeple, alacaklı statüsünün tam olarak belirlenebilmesi için, talep edilebilecek alacak kavramı ayrıca ilerleyen bölümlerde incelenecektir⁹⁷.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde devrolan ya da devralan şirket konumunda olmak yalnızca ekonomik koşullara göre belirlenebilir bir olgu değildir. Başka bir deyişle ekonomik olarak iyi durumda olan şirket devralan şirket olabileceği gibi, devrolan şirket konumunda da olabilecektir. Bu sebepten ötürü ticaret şirketlerinin birleşmesinde, devrolan şirketlerin alacaklıları kadar devralan şirketin alacaklılarının da korunmasını gerektiren sebepler söz konusu olabilir. Nitekim devralan şirketin borçları, devrolan şirketin aktifini geçiyorsa devreden şirket alacaklıları açısından; devrolan şirketin borçları, devralan şirketin aktifini geçiyorsa devralan şirketin alacaklıları açısından bir risk oluşabilecektir (Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.34). Dolayısıyla, alacaklıların korunması açısından eşitliğin sağlanması, menfaat dengesi açısından isabetlidir (Çoştan, 2009: s.128).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması açısından oldukça önem arz eden, alacaklıların kendi talepleri doğrultusunda kullandıkları ve TTK m.157 hükmüyle öngörülen teminat talebinde bulunma hakkı, birleşmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarına tanınmış olup, devrolan veya devralan şirket alacaklıları bakımından bir ayırım gözetilmemiştir (Çoştan, 2009: s.127; Tekinalp, 2013: N.24-96). Nitekim birleşme sonrasında, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları aynı şirketin alacaklısı konumuna gelecektir.

Bununla birlikte, birleşmeye katılan şirketlere karşı talep yetkisi bulunmakla birlikte, özellikle teminat talebinde bulunma hakkı açısından alacaklı statüsü bulunmayan kişiler de söz konusudur (Çoştan, 2009: s.129'dan aynen). Nitekim işçilerin ve pay sahiplerinin korunmasına yönelik olarak TTK'da bir takım koruma vasıtaları öngörülmüş olup, bu hükümler vasıtasıyla korunan talepler bakımından,

⁹⁷ Bkz. İkinci Bölüm, 3.

teminat talep edilebilmesi mümkün olmayacaktır (Çoştan, 2009: s.129). Bu kapsamda birleşmeye katılan şirketlerin iş ilişkileri hakkında TTK m.158/IV hükmünün atfıyla, TTK m.178⁹⁸ hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre, eski işveren ile devralan şirket, işçinin bölünmeden (konumuz açısından birleşmeden) 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 sorumlu tutulmuşlardır (TTK m.178/III). İşçilerin alacaklarına ilişkin ayrı bir koruma vasıtasının TTK m.178 hükmünde düzenlenmiş olması sebebiyle, işçinin birleşmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacakları için TTK m.157 hükmü gereğince teminat talep edilemeyecektir. Nitekim TTK m.178/V hükmü uyarınca işçiler, muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebileceklerdir.

Aynı şekilde, pay sahipleri açısından ise TTK m.140 (ortaklık payları ve hakları), m.141 (ayrılma akçesi) hükümleri uygulama alanı bulacaktır(Çoştan, 2009: s.129). Ancak birleşme tarafı şirket ortakları, kâr payı gibi, pay sahipliği statüsünden doğan ve alacak niteliğini kazanmış hakları bakımından, alacaklı statüsüne sahip olabileceklerdir (Aktaran Çoştan, 2009: s.130'dan aynen).

Alacaklı statüsünün önem arz ettiği bir diğer koruma vasıtası olan ve TTK m.149 hükmü ile düzenlenen inceleme hakkı açısından da her ne kadar alacaklıların inceleme hakkı tanınan ilgililer kapsamında olduğu belirtilmemişse de, birleşme

⁹⁸ İş ilişkilerinin geçmesi başlıklı TTK m.178 hükmü şu şekildedir:

MADDE 178- (1) Tam veya kısmi bölünmede, 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 bölünmeden 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.

neticesinden etkilendikleri dikkate alınır, alacaklıların da ilgililer kapsamında olduğunun kabulü gerekir (Çoştan, 2009: s.215; Al Kılıç, 2009: s.62; Özen, 2010: s.138; Pulaşlı, 2012: §7,91; Tekinalp, 2013: N.24-67). Bu hak bakımından da devrolan veya devralan şirket alacaklıları açısından bir ayırım söz konusu olmayacaktır.

Son olarak devrolan ve devralan şirketlerin birbirlerine karşı olan talepleri de teminata elverişli olmayıp, şirketlerin alacaklı statüsünde bulunması söz konusu olamayacaktır. Zira birleşme neticesinde, borçlu ile alacaklı statüsünün aynı kişide toplanması borcu sona erdirmektedir (Çoştan, 2009: s.130).

2.3. Alacaklılar ile Birleşme Tarafı Şirketler Arasındaki Menfaat Dengesi

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, en önemli hususlardan biri de birleşme prosedürünün en hızlı ve verimli şekilde sürdürülmesidir. Şirketler genellikle ekonomik sebeplerden ötürü birleşme yoluna gitmektedirler. Dolayısıyla birleşme sürecinin en hızlı ve hatasız bir şekilde sonlanması, birleşmeye taraf olan şirketler ve bu şirketlerin pay sahipleri açısından önem teşkil etmektedir. Bununla birlikte, birleşme sürecinin hızlı bir şekilde işlemesi her ne kadar şirket tüzel kişiliği ve pay sahipleri açısından öncelikli olsa da, birleşme sürecine ilişkin düzenlemeler yapılırken kanun koyucu tarafından birleşmeden etkilenen alacaklılar ve diğer menfaat sahiplerinin durumu da dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle, ticaret şirketlerinin birleşmesinde birleşmeye ilişkin ve alacaklıları korumak amacıyla yapılan düzenlemeler, alacaklılar ile şirket -pay sahiplerinin- menfaatlerini dengelemelidir.

Şirket birleşmelerinde, alacaklı ile borçlu konumdaki şirket arasındaki menfaat dengesi çeşitli ülke hukuklarında değişiklik göstermektedir. Nitekim bazı ülke hukukları şirket yanlısı (debtor-friendly) , bazı ülke hukukları ise alacaklı yanlısı (creditor-friendly) bir tutum içindedirler (Armour vd, 2009: s.147). Amerikan hukuku ve biraz daha az olmakla birlikte Japon hukuku borçlu şirket yanında yer alırken; İngiliz hukuku ve yine biraz daha az olarak Alman hukuku alacaklıların korunması esasına daha yakın olduğu belirtilmiştir(Armour vd, 2009: s.147).

Türk Hukuku'nda ise alacaklıların korunmasına ilişkin olarak ETTK'da iki farklı koruma sisteminin benimsendiği görülmektedir. Ancak İtalyan ve Alman/İsviçre hukukundan bu sistemler hem birleşme prosedürünü yavaşlatmakta

hem de alacaklılara yeterli bir koruma sağlamaktan yoksundur. İtalyan hukukundan alınan ve ETTK'nın 150 nci maddesinde öngörülmüş olan birleşme kararının ilân gününden üç ay sonra hüküm ifade etmesi, alacaklıları koruyucu bir önlem olarak düşünülmüş ve bu süre içinde alacaklılara itiraz hakkı tanınmıştır. Ancak bu hak, birleşmeyi engelleyen bir rol oynamaktadır⁹⁹. Ayrıca alacaklıların itirazı birleşmenin hukuki olarak geçerliği olacağı anı geciktirmektedir. Oysa birleşmenin bir an önce hüküm ifade etmesi, hem birleşme tarafı şirketler hem de şirketlerin pay sahipleri açısından önem arz etmektedir (Al Kılıç, 2009: s.58). Alman/İsviçre hukukundan alınan ve anonim şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve kooperatiflerin birleşmelerinde uygulanan malvarlığının ayrı yönetilmesi ilkesi ise uygulamada işlememiştir. Dolayısıyla, İtalyan ve Alman/İsviçre sistemlerini yansıtan eski hükümler birleşmeyi engellemeleri ve geciktirmeleri bir yana, menfaati dengeleme konusunda etkili ve amaca uygun da değildir (Akbilek, 2009: s.149). Bu husus göz önüne alınarak, 6102 sayılı TTK'nın genel gerekçesine göre; birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri ayrıntılı bir biçimde ve AT yönergelerine uygun bir biçimde düzenlenmiştir. Getirilen bu yeni hükümler ile birleşmelerin daha güvenli, şeffaf ve basit işlemler silsilesi şeklinde gerçekleştirilmesi hedeflenmekle birlikte, aynı zamanda alacaklılar ve diğer menfaat sahipleri de korunmaya çalışılmıştır (Eriş, 2013: s.1901).

Bununla birlikte birleşme işlemlerinde alacaklıların korunmasında, alacaklıların menfaatlerine, pay sahiplerinin menfaatleri karşısında öncelik tanınması gerektiği öne sürülmüştür (Çoştan, 2009: s.13). Bu önceliğin temel sebebi, birleşme neticesinde zarar tehlikesine katlanma halinde pay sahiplerinin alacaklılara göre daha avantajlı bir konumda olmasıdır (Çoştan, 2009: s.13). Nitekim şirket ortakları şirket bünyesinde alacaklılara nazaran daha geniş haklara sahiptir. Ayrıca, şirketin işleyişi üzerinde ortakların alacaklılara nazaran daha etkili olduğu dikkate alındığında¹⁰⁰, şirketin başarısızlığından ve ekonomik belirsizliklerinden kaynaklanan risklerin alacaklıya yükletilmemesi gerekliliği de alacaklıların korunmasına öncelik tanınmasının sebeplerinden biridir (Çoştan, 2009: s.14) .

⁹⁹ TTK m.157 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁰⁰ Özellikle halka açık anonim şirketler gibi büyük şirketlerde az bir paya sahip ortakların şirket kararlarına etki olanağının ortadan kalkması, alacaklıların önceliği prensibini ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. ÇOŞTAN, s.14.

Diğer taraftan hukuki düzenlemelerde alacaklıların ifa menfaati ile şirketin menfaatleri arasında denge sağlanması amacı, teminat borçlusu devralan şirketin ağır teminat yükleri altında ezilmesinin önüne geçilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmektedir (Çoştan, 2009: s.211). Bu gereklilik doğrultusunda 6335 sayılı değişiklik öncesinde, TTK m.157/III hükmü uyarınca alacağın tehlikeye düşmediğini işlem denetçisi raporu ile ispatlayan şirketin teminat yükümlülüğü ortadan kalkmaktaydı. Ancak işlem denetçisi raporunun, maliyetlerin azaltılması ve dolayısıyla birleşmeye teşvik amacıyla mülga edilmesi neticesinde, bu fıkra da yürürlükten kaldırılmıştır. Alacağın tehlikeye düşmediğini işlem denetçisi raporu ile ispatlayan şirketin, teminat yükümlülüğünün ortadan kalkmasına ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması sebebiyle, birleşme ile güvenlikleri tehlikeye girmemiş veya azalmamış bulunan alacaklılar da teminat talep edebilecek bir duruma gelmiştir (Tekinalp, 2013: N. 24-96).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, birleşmenin amacı ve işleyişi açısından şirket ile alacaklılar arasında kurulması gereken menfaat dengesi, her ne kadar emredici hükümler ile sağlanmaya çalışılmış olsa da; daha önce de belirttiğimiz üzere özellikle mali durumu düzeltmek amacıyla yapılan birleşmelerde veya kolaylaştırılmış şirket birleşmelerinde farklılık gösterebilecek; alacaklıların menfaatleri daha fazla zedelenme riskiyle karşı karşıya kalabilecektir¹⁰¹.

2.4. Alacaklılar Arasındaki Menfaat Dengesi

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunmasında alacaklılar ile şirket –pay sahipleri- arasındaki menfaat dengesiyle birlikte, alacaklıların korunması bakımından kendi aralarındaki eşitlik de önem teşkil etmektedir.

TTK ile birlikte birleşmeye katılan şirketler arasında alacaklılarının korunması bakımından, devrolunan ya da devralan şirket ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Nitekim TTK'nın 157. maddesi teminat isteminde bulunma hakkını, öncelikli olarak devralan ya da devrolunan şirket alacaklılarına değil, birleşmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarına tanımakla birlikte, burada teminat talebinde bulunan alacaklılar ile talepte bulunmayan alacaklılara eşit işlem yapılması sorun teşkil etmektedir. Nitekim şirket TTK m.157 hükmü ile tanınan 3 aylık süre içinde sınırlı miktardaki

¹⁰¹ Kolaylaştırılmış birleşmelerin alacaklıların korunmasına etkisi ilerleyen bölümlerde incelenecektir. Bkz. Üçüncü Bölüm, 1.

teminatının fazlasını ilk talepte bulunan alacaklılar için kullandığı takdirde, sonradan teminat talebinde bulunan alacaklılar mağdur olabilecektir (Pulaşlı, 2012: §7,122). Bu sebepten ötürü teminat borçlusu devralan şirketin, tüm güvencelerini ilk talepte bulunan alacaklılara kullanma konusunda dikkat etmesi gerektiği öne sürülmüştür (Pulaşlı, 2012: §7,122).

TTK ile öngörülen bu eşitlik, koruma vasıtalarının daha verimli işlenmesini de hizmet etmektedir. Nitekim ETTK ile alacaklıların korunmasında iki farklı sistemden yararlanılmış fakat alacaklılar açısından eşitlik prensibi uygulama alanı bulamamıştır. İtalyan hukukundan alınan ve ETTK'nın 150. maddesi ile itiraz hakkı, hem devrolunan hem devralan şirket alacaklılarına tanınırken, Alman/İsviçre hukukundan alınan ETTK m.451 hükmü ile öngörülen malların ayrı yönetimi ile getirilen koruma sadece devrolunan anonim şirket alacaklılarına tanınmıştır (Akbilek, 2009: s.149)¹⁰². Dolayısıyla ticaret şirketlerinin birleşmesinde korunması gereken hak sahibi alacaklılar açısından ETTK bir bütünlük teşkil etmemektedir. Bu durum ise doktrinde bir takım tartışmalara yol açmıştır¹⁰³. TTK ile birlikte, alacaklıların korunması bakımından, devralan ve devrolunan şirket ayrımı ortadan kaldırılmış; bununla birlikte hakkın kullanımı açısından aynı koşullara tabi kılmak suretiyle iki ayaklı bir eşitlik sağlanmıştır (Çoştan, 2009: s.128). Bununla birlikte Üçüncü Konsey Yönergesi m.13/III hükmü uyarınca ise, alacaklıların korunmasına yönelik tedbirler devralan ya da devrolunan şirketler bakımından farklı olabilecektir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, her birleşme kendi içerisinde alacaklıların menfaatleri açısından farklılık gösterebilecektir. Nitekim mali durumun düzeltilmesine yönelik birleşmelerde devrolunan şirket alacaklıları kadar, mali durumu kötü olan şirket veya şirketlerin borçlarını devralan şirketin alacaklısı konumunda olanlar da bir risk altındadır. Dolayısıyla alacaklıların korunmasına yönelik olarak yapılan düzenlemeler özellikle hak sahipliği açısından, hem devralanın hem de devrolunan şirket alacaklıları dikkate alınarak yapılmalıdır.

¹⁰² Türk, ETTK sisteminde devralan şirket alacaklılarının korunması için tedbir alınmamasının bir boşluk olmadığını, bir borçlunun, yeni borçlar almak için alacaklıların rızasına ihtiyacı bulunmadığından devralan şirket alacaklısını korumaya yönelik bir tedbire ihtiyaç olmadığı görüşündedir. Bkz. TÜRK, Birleşme, 144.

¹⁰³ ETTK'da genel hükümler içerisinde düzenlenmiş olan birleşmeye itiraz hakkının (ETTK m.150) anonim şirket birleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki farklı görüşler için bkz. AKBİLEK, s.148.

3. BİRLEŞME TARAFI ŞİRKETLERDEN TALEP EDİLEBİLECEK ALACAK KAVRAMI

3.1. Talep Edilebilecek Alacak Kavramı

Ticaret şirketleri, faaliyetlerini gerçekleştirirken birçok hukuki ilişki içerisinde bulunmaktadır. Bu hukuki ilişkiler özel hukuk kaynaklı olabileceği gibi, kamu hukuku kaynaklı da olabilecektir. Bu sebeple ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacak kavramı belirlenirken, yalnızca özel hukuk kişileri ve özel hukuk hukuktan kaynaklanan alacaklar üzerinde durulmamalıdır. Nitekim şirketlerin kamu hukuku alanında özellikle yükümlülük niteliği taşıyan hukuki ilişkileri mevcut olup, birleşme neticesinde bu ilişkiler kapsamında da alacak kavramı söz konusu olabilecektir (Özen, 2010: s.36). Dolayısıyla, alacaklıları koruma vasıtalarının incelenmesinin daha sağlam temele dayandırılabilmesi için, özel hukuktan kaynaklı ve kamu hukukundan kaynaklı alacakların ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması incelenirken, talep edilebilecek alacak kavramının belirlenmesi, öncelikli olarak TTK m.157 hükmünde öngörülen teminat istemi gibi alacaklıları doğrudan ve kendi talepleri doğrultusunda koruyan koruma sistemleri açısından önem teşkil etmektedir. Nitekim teminat istemine hangi tür alacakların konu olabileceğinin belirlenmesi, koruma vasıtalarının verimliliği açısından önemlidir.

Her borç ilişkisi üç ana unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar; alacaklı, borçlu ve edimdir (Kılıçoğlu, 2012: s.1). Ticaret şirketlerinin hukuki ilişkileri sonucunda meydana gelen borç ilişkisinde de diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, asli hak alacak hakkı olup, asli yükümlülük ise edim yükümlülüğü, başka bir deyişle borçtur. Borçlunun borçlanmış olduğu edim, borçlu açısından “borcu” ifade ederken, alacaklı açısından “alacak” kavramını ifade etmektedir (Eren, 2012: s.48; Resioğlu, 2012: s.33; Kılıçoğlu, 2012: s.1). Buna göre alacak hakkı, alacaklıya borçludan borçlanmış olduğu edimi yerine getirmesini talep etme yetkisi sağlayan hakkı ifade etmektedir (Eren, 2012: s.77; Antalya, 2012: s.16; Hatemi ve Gökyayla, 2012: s.16). Dolayısıyla hukuki ilişki içerisinde olan şirketlerden, alacak hakkına dayanarak belli bir edimi yerine getirmesini talep etme yetkisini kullanan kişi hukuki ilişkinin alacaklı tarafını oluşturmaktadır (Antalya, 2012: s.32; Kılıçoğlu, 2012: s.2; Özen, 2010: s.37). Alacaklı, alacak hakkı kapsamında dava etme ve cebri icra yetkilerine

sahip olan kişi olmakla hakkın aktif süjesini oluştururken, borçlu ise pasif süjesini temsil etmektedir (Antalya, 2012: s.32; Kılıçoğlu, 2012: s.3). Borçlunun alacaklıya karşı, yükümlülük olarak üstlenmiş olduğu davranış şekli “edim” kavramını ifade etmektedir. Bu yükümlülüğü üstlenen kişi, borç ilişkisinin karşı tarafına, başka bir deyişle alacaklı lehine hukukten korunan bir yarar sağlamaktadır (Antalya, 2012: s.32; Kılıçoğlu, 2012: s.4)¹⁰⁴. Özellikle teminat isteminin sadece borç ilişkisinden kaynaklanan talepleri kapsamadığı ve teknik olarak “talep” ifadesinin “alacak” ifadesinden daha geniş bir anlamı olması sebebiyle, “alacak” ve “talep” kavramlarının farklı anlamları ifade ettiği doktrinde savunulan görüşler arasındadır (Eren, 2012: s.77; Çoştan, 2009: s.129 dn.24)¹⁰⁵.

Şirkete karşı alacaklı tarafın öne sürebileceği talepler, kanundan, sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, şirketin haksız fiillerinden ötürü vermiş olduğu zararlardan, şirket ortaklarının şirket ile olan hukuki ilişkilerinden ve şirketin kamu hukuku kaynaklı devlete karşı yerine getirmesi gereken yükümlülüklerinden de kaynaklanabilmektedir (Çoştan, 2009: s.130; Özen, 2010: s.37). Bununla birlikte alacaklı tarafından öne sürülecek bu talepler, kamu hukuku kaynaklı olabileceği gibi, özel hukuk kaynaklı da olabilecektir.

3.2. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Alacaklar

3.2.1. Genel Olarak

Kamu alacağı devletin, kamu gücü sonucu ortaya çıkan ve idari işlemlerle sağladığı kamu gelirleri olarak tanımlanmaktadır (Yiğit, 2005: s.3; Özen, 2010: s.38). Diğer bir deyişle kamu alacakları, devletin tüzel kişiliğinden ve egemenlik hakkından kaynaklanan, özel bir nitelik arz etmektedir.

Günümüz sosyal devlet anlayışı içerisinde, devlet tarafından sunulan kamu hizmetlerine olan ihtiyaç giderek artmakta ve dolayısıyla bu hizmetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla kamu harcamaları da doğru orantılı olarak artmaktadır (Özen, 2010: s.38). Daha önce devletin görevleri arasında sayılmayan birçok hususun sosyal devlet anlayışı içerisinde kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, devlet bünyesinde kamu hizmeti için ayrılan bütçenin de artışını beraberinde getirmektedir (Yiğit, 2005: s.5). Kamu gelirleri kamu hizmetlerini finanse etmesi

¹⁰⁴ Edim kavramıyla “edim eylemi” mi, yoksa “edim sonucu” mu anlaşılmalıdır sorunu doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s.96.

¹⁰⁵ Nitekim ÇOŞTAN, konuyu açıklanırken “talep” kavramını kullanmaktadır.

açısından önem arz etmekte ve buna paralel olarak da kamu alacaklarının süreleri içinde tahsil konusu ve kamu alacaklısının korunması da önem kazanmaktadır (Yiğit, 2005: s.37). Kamu alacakları 6183 Sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) hükümlerine göre takip edilmektedir. Kamu alacakları birleşme sonrasında devrolunan şirketin borçlarına külliye halef olan devralan veya yeni kurulan şirket açısından önem arz etmektedir. Nitekim devrolunan şirketlerin var olan ve birleşme sonrasında henüz ödenmemiş olan kamu borçlarının yeni borçlusunu, birleşme sonrasında devralan ya da yeni kurulan şirket olacak ve kamu alacaklısı alacaklarını bu şirketten talep edecektir.

AATUHK'nin 1. maddesi uyarınca devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacaklar ile; bunların takip masrafları kamu alacağı niteliğindedir. Bu alacakların bir kısmı asli kamu alacağı, bir kısmı ise fer'i kamu alacağı kapsamındadır (Yiğit, 2005: s.38 vd.).

Kamu alacağını ödemekle yükümlü olan kişiler ise, AATUHK'nin 3. maddesi uyarınca, gerçek ve tüzel kişiler, bunların kanuni temsilci veya mirasçıları ve vergi mükellefleri, vergi sorumluları, kefil ve yabancı şahıs ve kurumlar temsilcileridir. Bununla birlikte AATUHK m. 36/I b.a hükmü uyarınca, iki veya daha ziyade hükmi şahsın birleşmesi halinde yeni kurulan hükmi şahıs, birleşen eski hükmi şahısların yerine geçecektir¹⁰⁶. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin birleşmesi durumunda devrolunan şirketlerin yükümlü olduğu kamu borçlarının halefi, külli halefiyet ilkesine de paralel olarak devralan ya da yeni kurulan şirket olacaktır. Dolayısıyla birleşme tarafı şirketlerin kamu hukuku kaynaklı borçlarının da söz konusu olması sebebiyle, tez konumuz kapsamında önem arz eden kamu alacakları incelenecektir.

¹⁰⁶ AATUHK'nin Birleşme, devir, bölünme ve şekil değiştirme halleri başlıklı m.36 hükmü şu şekildedir:

Madde 36:

Bu Kanunun tatbiki bakımından;

a) İki veya daha ziyade hükmi şahsın birleşmesi halinde yeni kurulan hükmi şahıs,

b) Devir halinde devir alan hükmi şahıs,

c) Bölünme halinde bölünen hükmi şahsın varlıklarını devralan hükmi şahıslar,

d) Şekil değiştirme halinde yeni hükmi şahıs,

Birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki hükmi şahıs ve şahısların yerine geçer.

3.2.2. Vergi Alacağı

Kamu alacakları içerisinde devletin en temel gelir kaynaklarından olan vergi alacağı, oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Vergileme yetkisinin asli sahibi devlettir (Öner, 2012: s.52). Dolayısıyla vergi alacaklısı olan devlet bu yetkisini, yasama organı ve merkezi idarece kullanabileceği gibi, anayasada çizilmiş sınırlar içerisinde kısmen mahalli idarelerce ya da bağımsız tüzel kişiler ile meslek kuruluşlarına da devredebilir (Öner, 2012: s.52). Alacaklı kamu idarelerini mükellefe karşı “vergi dairesi” temsil eder ve mükellef ile vergi dairesi muhatap olur (Öner, 2012: s.53).

Vergilendirme bakımından, birleşme konusunun üç ayağı bulunmaktadır; bunlar, devrolan şirket veya şirketlerin vergilendirilmesi, devralan/yeni kurulan şirket vergilendirilmesi ve şirket ortaklarının vergilendirilmesidir (Aktaran Yavaşlar, 2004: s.115). Şirket birleşmelerinde kamu alacaklıların korunmasında önem arz eden ve Türk vergi sisteminde gelir üzerinden alınmakta olan vergi türleri kurumlar vergisi ve gelir vergisidir. Bu sebeple birleşme neticesinde doğabilecek kamu hukuku kaynaklı alacaklar içinde vergi alacaklarının önemi sebebiyle, tez konusu kapsamında kurumlar vergisi, gelir vergisi ve bunların yanında katma değer vergisi ve diğer vergi türleri de birleşmeler açısından incelenecektir.

3.2.2.1. Kurumlar Vergisi

Türk vergi sisteminde gelir üzerinden alınmakta olan ve özellikle sermaye şirketleri açısından önem teşkil eden vergi türü kurumlar vergisidir (Öncel vd, 2013: s.329 vd.; Bilici, 2013 (Vergi Sistemi): s.103 vd.; Kızılot ve Taş, 2011: s.271; Öner, 2012: s.310). Nitekim Kurumlar Vergisi Kanunu¹⁰⁷,nu m.1 uyarınca sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait olan iktisadi işletmeler ile iş ortaklıkları kurumlar vergisi mükellefi sayılmıştır.

KVK uyarınca bütün ticaret şirketleri değil, yalnızca sermaye şirketleri ve kooperatifler kurumlar vergisi mükellefi olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada kanun koyucu şahıs şirketlerini kurumlar vergisi mükellefleri kapsamına almamıştır. Nitekim Gelir Vergisi Kanunu¹⁰⁸,nu m.37 uyarınca, kollektif ortaklıklarda ortakların, adi veya sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklarda komandite

¹⁰⁷ RG. 21.06.2006/26205. Çalışmanın devamında Kurumlar Vergisi Kanunu “KVK” olarak anılacaktır.

¹⁰⁸ RG. 06.01.1961/193. Gelir Vergisi Kanunu “GVK” olarak anılacaktır.

ortakların ortaklık karından aldıkları paylar şahsi ticari kazanç hükmündedir ve Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre vergilendirilmektedirler (Öncel vd, 2013: s.332; Bilici, 2013 (Vergi Sistemi): s.105.; Kızılot ve Taş, 2011: s.273; Öner, 2012: s.311; Bilici, 2013 (Vergi Hukuku): s.81). Bu şirketlerde, komanditer ortak hariç, ortaklar şirketin borçlarından koydukları sermayenin yanı sıra şahsi malvarlıkları ile de sorumludurlar (Bahtiyar, 2012: s.77; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.51). Dolayısıyla adi ve paylı komandit şirketlerde kurumlar vergisi ödeme yükümlülüğü, şirketlerin komanditer ortakları için söz konusu olacaktır (Öner, 2012: s.313; Özen, 2010: s.41)(KVK m.8/I b.ç).

Ticaret şirketlerinin birleşmesi açısından, KVK ile TTK arasında bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, TTK açısından birleşmeler devralma yoluyla birleşme ve yeni kuruluş yoluyla birleşmeler olmak üzere ikiye ayrılırken; KVK bu tür sınıflandırmaya gitmemiş, her iki birleşme türünü birlikte ele almış; birleşmeler vergili ve vergisiz birleşmeler olarak düzenlenmiştir (Kavak, 2009: s.151; Öncel vd, 2013: s.333; Göktuna, 2012: s.177; Yavaşlar, 2004: s.114). Vergili birleşmeler “birleşme” olarak adlandırılırken, vergisiz birleşmeler “devir” olarak adlandırılmıştır¹⁰⁹. Bununla birlikte, TTK’ya göre birleşme neticesinde tasfiyesiz infisah söz konusu olmakla birlikte, KVK bakımından birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar tasfiye hükmündedir (Nazalı, 2008: s.155).

KVK’nın 1. maddesi uyarınca kurumlar vergisinin konusu başka bir deyişle vergiyi doğuran olay kurum kazancıdır. Kurum kazancı, gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından meydana gelmektedir. Gelir vergisinin unsurları ise Gelir Vergisi Kanunu’nun 2. maddesine göre ticarî kazançlar, ziraî kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları, diğer kazanç ve iratlardır. Bu gelirler tamamen veya kısmen bir kurum tarafından elde edildiği takdirde kurumlar vergisine tabiiyet söz konusu olacaktır (Öncel vd, 2013: s.330; Bilici, 2013 (Vergi Sistemi): s.119.; Kızılot ve Taş, 2011: s.272; Öner, 2012: s.312). Sermaye şirketleri açısından ise kurum kazancına esas oluşturan husus, elde ettikleri ticari kazançları olacaktır.

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKTUNA, s.177; GÖKBEL, Doğan, “Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması”, Şirket Birleşmeleri, Editörler: Haluk Sumer/Helmut Pernsteiner, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004, s.23-47.

Bununla birlikte, birleşme işlemine taraf olan şirketler birleşme kârı (kazancı) üzerinden kurumlar vergisi ödemekle mükelleftirler (Gökbel, 2004: s.34; Öner, 2012: s.350). Ancak bu durumda tasfiye kârı yerine, birleşme kârı (kazancı) vergiye matrah olacaktır (KVK m.18/I). Başka bir deyişle birleşme nedeniyle meydana gelen ve ödenmesi gereken verginin matrahı birleşme kârına göre tespit edilecek ve ödenecek olan verginin miktarı tasfiye kârının hesaplanmasına göre belirlenecektir (Özen, 2010: s.43; Nazalı, 2008: s.158; Kavak, 2009: s.152; Kızılot ve Taş, 2011: s.295; Bilici, 2013 (Vergi Sistemi): s.122; Öncel vd, 2013: s.333; Öner, 2012: s.350). Birleşme kârı, birleşme öncesi servet değeri ile birleşmenin tamamlanması sonucunda ortaya çıkan servet değeri arasındaki farktır (Özen, 2010: s.44; Nazalı, 2008: s.158)¹¹⁰.

Birleşme kârına ilişkin olarak ortaya çıkan kurumlar vergisinin, birleşme beyannamesinin verme süreci içerisinde devralan ya da yeni kurulan şirket tarafından ödenmesi gerekmektedir¹¹¹. Bununla birlikte KVK m.18/III uyarınca, KVK'nın 17. maddesine göre tasfiye memuruna ait sorumluluk ve ödevler, birleşme halinde devralan ya da yeni kurulan şirket tarafından yerine getirilecektir. Buna göre, devrolan şirketin birleşme öncesi dönemlerine ait olup; henüz verilmemiş katma değer vergisi, muhtasar gelir ve kurumlar vergisi, damga vergisi ve diğer vergilere ilişkin beyannamelerin verilmesi, devrolunan şirket adına tahakkuk etmiş olan vergilerin ödenmesi de devralan ya da yeni kurulan şirketin sorumluluğu içerisinde olup, kamu hukuku kaynaklı alacak kapsamındadırlar (Kavak, 2009: s.158; Nazalı, 2008: s.161; Göktuna, 2012: s.186).

3.2.2.2. Gelir Vergisi

Şirket birleşmelerinde alacak hakkının konusunu oluşturan, kamu hukuku kaynaklı ve özellikle şahıs şirketleri açısından önem teşkil eden bir diğer vergi türü ise gelir vergisidir (Öncel vd, 2013: s.236; Bilici, 2013 (Vergi Sistemi): s.27.;

¹¹⁰ Birleşme kârının hesaplanmasına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. KAVAK, s.153 vd;

¹¹¹ Birleşme beyannamesi, birleşme öncesinde ve birleşme işlemlerinin tamamlanması sonrasında olmak üzere iki adet olarak düzenlenmektedir.

Birleşme öncesi döneme ait beyanname, hesap dönemi başından birleşme kararının tescil edildiği tarihe kadar olan süreye ilişkin olarak, birleşme kararının tescil edildiği ayı takip eden dördüncü ayın birinci gününden yirmi beşinci günü akşamına kadar verilmesi gerekmektedir (KVK m. 14, 17).

Birleşme dönemine ilişkin beyanname ise birleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 30 gün içinde devrolunan şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesine devralan ya da yeni kurulan şirket tarafından verilmektedir. Bkz. Kavak, s.157; KIZILOT/TAŞ, s.295.

Kızılot ve Taş, 2011: s.193; Öner, 2012: s.206). Gelir vergisinin konusu olan gelir, GVK'nın 1. maddesi uyarınca, *“..gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içerisinde elde ettiği, tasarruf veya harcamasına kaynak teşkil eden her türlü kazanç ve iratların safi tutarı..”* olarak tanımlanmaktadır.

Gelir vergisi ödemekle yükümlü olanlar sadece gerçek kişilerdir (Bilici, 2013 (Vergi Sistemi): s.27.; Kızılot ve Taş, 2011: s.197; Öner, 2012: s.208; Özen, 2010: s.50). Bununla birlikte, ticari şirketler açısından şirket hissedarlarının temettü dağıtımını sonucu elde ettiği kazançları, kollektif ortaklıklarda ortakların edindikleri şahsi ticari kazançları, adi veya sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklarda ise komandite ortakların ortaklık kârından edindikleri ticari kazançları ve şirket bünyesinde çalışan işçilerin ücretlerinde yapılan gelir vergisi kesintileri de GVK'ya tabidir (Öncel vd, 2013: s.261; Kızılot ve Taş, 2011: s.202; Özen, 2010: s.50).

Şirketler işveren sıfatıyla, bünyelerinde çalışan işçilerinin ücretini ödmeden önce, ücrete ilişkin olan vergisini keserek kalan miktarı işçiye vermektedir (Öner, 2012: s.257). Birleşme işlemlerinin tamamlanması sonrasında, iş sözleşmeleri de devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğinden, işçi ücretleri ödenirken yapılacak olan bu vergi kesintisinin de birleşme itibariyle bu şirket tarafından yapılması gerekmektedir. Ayrıca bir şirket için faaliyet gösteren serbest meslek mensubunun GVK'nın 94. maddesinde belirtilen ödemeleri nedeniyle adına serbest meslek makbuzu düzenlediği şirket vergi yükümlüsü olmaktadır. Dolayısıyla birleşme neticesinde bu şirket devrolunan taraf olduğu takdirde vergi sorumlusu ve alacak hakkına muhatap, devralan ya da yeni kurulan şirket olacaktır (Kavak, 2009: s.166; Özen, 2010: s.53).

Bununla birlikte birleşme işlemlerinin tamamlanması sonrasında, devralan ya da yeni kurulan şirkette pay sahipliği devam eden ortaklar, artık devralan ya da yeni kurulan şirketten elde edilen kâr payları ve iştirak hisselerinden doğan kazançları üzerinden gelir vergisi yükümlüsü olmaya devam edeceklerdir (Özen, 2010: s.52). Bunun sonucunda gelir vergisi ile yükümlü olan ortağın elde ettiği kazanç birleşme öncesinde ve birleşme sonrasında farklılık gösterebileceğinden ödeyecek olduğu vergi miktarı da değişebilecektir.

Gelir vergisinin ticari şirketlerin birleşmeleri açısından söz konusu olabileceği bir nokta da, birleşme işlemlerinin şirket ortakları için bir gelire sebep olma halidir.

Nitekim GVK'nın mük.80. maddesine göre, ortaklık paylarının şirketlere sermaye olarak taahhüt edilmesi nedeniyle elden çıkarılması halinde bu, değer artış kazancı olarak kabul edilecektir (Öner, 2012: s.285). Şahıs şirketi ortaklarının ise birleşme neticesinde elde ettikleri kazanç GVK m.37 uyarınca kâr payı olarak değerlendirilecektir. Burada önem teşkil eden husus birleşme neticesinde elde edilen paylar ile birleşme öncesi sahip olunan paylar arasında değer artışına bağlı olarak bir kazancın oluşmasıdır. Nitekim kazanç oluşmadığı takdirde, birleşme neticesinde doğan kazançtan ötürü bir vergi alacağından da söz edilemeyecektir (Özen, 2010: s.53).

3.2.2.3. Katma Değer Vergisi

Katma değer vergisi bakımından vergiyi doğuran olay, mal teslimi veya hizmet yapılmasıdır (Özen, 2010: s.56). Ticaret şirketlerinin birleşmesinde katma değer vergisi¹¹², birleşme işlemleri sebebiyle devrolunan şirketin mallarının devralan ya da yeni kurulan şirkete, külli halefiyet ilkesi gereğince intikali ve şirketlerin birleşme öncesinde gösterdikleri ticari faaliyetleri sonucunda ortaya çıkmaktadır (Kavak, 2009: s.166; Özen, 2010: s.57; Öner, 2012: s.367).

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu¹¹³ madde 1 hükmünde KDV'ye tabi olan işlemler belirtilmiştir. Bu kapsamda birleşme neticesinde devrolunan mallar da ticari teslim niteliği sebebiyle KDV'ye tabi tutulacaktır. Buna göre birleşmelerde KDV, devralan ya da yeni kurulan şirkete devredilen malların emsal değerleri üzerinden fatura düzenlenmek suretiyle hesaplanacak ve devrolunan şirket tarafından verilecek son KDV beyannamesi beyan edilmek suretiyle devralan ya da yeni kurulan şirket tarafından ödenecektir (Kavak, 2009: s.166; Özen, 2010: s.57; Gökbel, 2004: s.39).

Bununla birlikte şirketlerin birleşme öncesinde göstermiş oldukları ticari faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan KDV birleşme öncesinde devrolunan şirket tarafından ödenebileceği gibi, yine devrolunan şirket tarafından birleşme öncesinde beyannamesinin verilmesi ve birleşme bilançosunda gösterilmesinin ardından, KDV

¹¹² Katma Değer Vergisini doğuran olay olarak, mal teslimi ile teslim sayılan bir takım haller ile hizmet ifası kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNER, s.367; BİLİCİ, Türk Vergi Sistemi, s.134; KIZILOT/TAŞ, s.301 ; ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.407.

¹¹³ RG. 02.11.1984/18563. Katma Değer Vergisi Kanunu KDVK olarak anılacaktır.

ödemesinin birleşme sonrasında devralan ya da yeni kurulan şirket tarafından yapılması söz konusu olabilir (Özen, 2010: s.57).

3.2.2.4. Diğer Vergi Türleri ve Kamu Alacakları

Damga Vergisi Kanunu¹¹⁴ uyarınca kanuna ekli 2 sayılı tabloda gösterilen şirket birleşmelerine ilişkin olan birleşme sözleşmeleri, sermaye artırımları, yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde kuruluş belgeleri gibi kâğıtlar damga vergisine tabi değildir. Bununla birlikte, birleşme öncesinde özellikle devrolunan şirket ya da şirketlerin ticari kazanç elde etmek amacıyla tarafı olduğu sözleşmeler açısından damga vergisi söz konusu olacaktır. Bu durumda infisah edecek devrolunan şirketin birleşme bilançosunun düzenlenmesi sırasında bu durumu göz önüne alması ve birleşme öncesinde vergi sorumluluğunu yerine getirmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde bu vergi yükümlülüğünü devralan ya da yeni kurulan şirketin külli halef sıfatı gereği yerine getirmesi gerekecek, vergi dairesi bu şirkete başvurarak vergi alacağını talep edebilecektir (Kavak, 2009: s.166; Özen, 2010: s.58; Gökbel, 2004: s.40).

Ticari şirketlerin birleşmesinde, tasfiyesiz sona eren şirketin taşınmaz mallarının mülkiyeti devralan ya da yeni kurulan şirkete devrolacağından ve bu devirin aynı sermaye niteliği, Harçlar Kanunu Genel Tebliği'ne göre rayiç bedel üzerinden tapu harcına tabidir (Kavak, 2009: s.167; Özen, 2010: s.59; Gökbel, 2004: s.40). Ancak Harçlar Kanunu¹¹⁵, nun 123.maddesinde yapılan değişiklik¹¹⁶ ile sermaye şirketlerinin birleşme nedeniyle yapmış olduğu işlemler Harçlar Kanunu'nda belirtilmiş olan harçlardan müstesnadır.

Son olarak, birleşmelerde tasfiyesiz sona eren şirkete ait olan ve Özel Tüketim Vergisi Kanunu¹¹⁷, nda ekli olan listede olan mallar, devralan ya da yeni kurulan şirkete devri sebebiyle özel tüketim vergisine tabidir (Kavak, 2009: s. 167; Öner, 2012: s.389; Kızılot ve Taş, 2011: s.319; Öncel vd, 2013: s.426).

Kamu hukukundan kaynaklanan alacaklar açısından, vergi alacağının dışında kamu idarelerinin hizmetlerinden kaynaklanan alacaklar da AATUHK m.1 uyarınca, kamu alacağı olarak belirtilmiştir. Buna göre “Devlete, vilayet hususi idarelerine ve

¹¹⁴ RG. 11.07.1964/11751.

¹¹⁵ RG. 11.07.1964/ 11756.

¹¹⁶ 5035 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.31

¹¹⁷ RG. 12.06.2002/24783.

belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile, bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.” AATUHK kamu hizmetinden doğan kamu alacaklarını, istisnalarını göstererek belirtmiştir. Bu istisnalar; akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacaklardır (Yiğit, 2005: s.12). Bu alacaklar dışında devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait hizmetlerden doğan alacaklar da kamu hukuku kaynaklı alacaklar kapsamındadır.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi açısından devralan veya yeni kurulan şirket, birleşme öncesinde hukuki sebebi doğmuş olan ve henüz ödenmemiş olan kamu borçlarının, birleşme neticesinde oluşabilecek borçların ve birleşme sonrasında oluşacak kamu borçlarının yeni borçlusu konumunda olacaktır. Bu alacakların muacceliyeti sonucunda ödenmemesi halinde ise, İcra İflas Kanunu¹¹⁸ m.47 uyarınca, para cezasıyla diğer hukuku amme borçlarının takibi hakkındaki kanunlar hükmü saklı olmakla birlikte, devletin bir akitten veya haksız bir fiilden doğan alacakları hakkında İİK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağı hakkında AATUHK m.54¹¹⁹ vd. hükümleri uygulanacaktır.

3.3. Özel Hukuktan Kaynaklanan Alacaklar

3.3.1. Genel Olarak

Özel Hukuktan kaynaklanan alacakları, kamu hukuku kaynaklı alacaklardan ayıran en önemli özellik, devlet gücü ile özel kişiler arasında, özel hukuk hükümlerine tabiiyet bakımından bir eşitliğin söz konusu olması ve tarafların eşit olduklarının kabul edilmesidir (Nomer, 2010: s.1).

Şirket birleşmelerinde özel hukuktan kaynaklanan alacakların temelini genellikle borç ilişkisi meydana getirmektedir. Borç, dar anlamda bir tarafın

¹¹⁸ RG. 19.6.1932/2128. İcra ve İflas Kanunu çalışmanın devamında İİK olarak anılacaktır.

¹¹⁹ Cebren tahsil ve şekilleri başlıklı m.54 hükmü şu şekildedir:

Madde 54:

Ödeme müddeti içinde ödenmiyen amme alacağı tahsil dairesince cebren tahsil olunur. Cebren tahsil aşağıdaki şekillerden herhangi birinin tatbiki suretiyle yapılır:

- 1. Amme borçlusu tahsil dairesine teminat göstermişse, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi,*
- 2. Amme borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi,*
- 3. Gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi.*

(kişinin) diğer bir tarafa karşı edâda bulunma yükümlülüğünü ifade etmektedir (Nomer, 2010: s.4; Resioğlu, 2012: s.33; Antalya, 2012: s.7). Bu yükümlülük bir tarafa hak sağlayabileceği gibi, özellikle iki taraflı sözleşmelerde her iki taraf için de bir hak ve aynı zamanda bir borç teşkil edebilir (Nomer, 2010: s.3; Resioğlu, 2012: s.52; Antalya, 2012: s.153; Kılıçoğlu, 2012: s.47). Özel hukuktan kaynaklanan alacaklarda da tıpkı kamu hukuku kaynaklı alacaklar gibi borcun esas kaynağını kanundur. Dolayısıyla bir kimse ancak kanunun belirtmiş olduğu durumlarda borçlu veya alacaklı konumunda olabilecektir (Nomer, 2010: s.15; Kılıçoğlu, 2012: s.13). BK ilişkisinin kaynağı olarak üç hal öngörmüştür ki bu haller sebebiyle doğabilecek borç ilişkileri ticaret şirketleri için de söz konusu olabilecektir¹²⁰. Buna göre, ticaret şirketlerinin birleşmesi bakımından, korumaya tabi olacak özel hukuktan kaynaklı alacaklar temel olarak bir sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilecektir (Çoştan, 2009: s.142).

3.3.2. Sözleşmeden Doğan Alacaklar

BK m.1 uyarınca sözleşme, tarafların iradelerini açık veya örtülü bir biçimde karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıkladıkları hukuki işlemdir. Hukuki işlem ise, bir veya daha fazla kişinin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik ve hukuk düzeninin irade beyanı ile o hukuki sonucun doğmasını kabul etmiş olduğu irade beyanlarıdır (Nomer, 2010: s.15)¹²¹. Hukuki açıdan sözleşme, hem bir “hukuki işlem”, hem de bir “hukuki ilişki” dir (Eren, 2012: s.200; Antalya, 2012: s.147; Kılıçoğlu, 2012: s.40; Resioğlu, 2012: s.50).

Ticaret şirketleri de kazanç sağlama hedefli faaliyetlerini gerçekleştirirken, birçok sözleşmenin tarafı olmakta ve çeşitli edimler yüklenmektedirler. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin birleşmesinde korunması gereken ve özel hukuktan kaynaklanan bir alacak türü de tarafı oldukları sözleşmelerden doğan alacaklardır.

Külli halefiyet ilkesi gereğince mevzuata, sözleşmeye veya sözleşme konusu işin niteliğine bir aykırılık söz konusu olmadığı takdirde; kural olarak tasfiyesiz sona

¹²⁰ Borç ilişkisinin kaynakları sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden ibaret değildir. BK ve diğer kanunlarda da bunların dışında bazı olguları borç kaynağı olarak kabul etmişlerdir. Örneğin; Yoksulluk Nafakası, NOMER, s.15.

¹²¹ ANTALYA, Kanun metninde öngörülen tanımın eksik olduğuna değinmiş ve sözleşmeyi “Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarındaki uygun bir hukuki sonuç doğurmak üzere kurulan sözleşme ilişkisinde tarafları bağlayan anlaşma” olarak tanımlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, s.146; EREN, s.199; ZEVLİLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara 2007, s.29.

eren şirketin, alacaklı ve borçlu konumunda olduğu bütün sözleşmeler devralan ya da yeni kurulan şirkete geçecektir. Devrolan şirket alacaklılarının, bu şirket ile yapmış oldukları sözleşmelerden doğan ve devralan ya da yeni kurulan şirkete karşı hak sahibi oldukları talepler bakımından, birleşmenin tesciline ilişkin ilandan önce kurulmuş olan sözleşmeler dikkate alınmalıdır (Aktaran Çoştan, 2009: s.137). Nitekim tescil ile birlikte birleşme hukuki geçerlilik kazanacak ve dolayısıyla sonrasında yapılan sözleşmeler bakımından devrolan şirkete karşı bir talebin öne sürülmesi de söz konusu olmayacaktır (Çoştan, 2009: s.136). Devrolan şirket ile birleşme öncesinde yapılan sözleşmelerin ifa ile ilgili tüm taleplerinin doğumu, sözleşmenin kurulması ile birlikte gerçekleşmektedir. Alacaklının ifayı tamamlayıcı nitelikteki tazmin talepleri, tekeffülden doğan talepler¹²², dönme veya temerrütten doğan talepler¹²³, kötü ifadan kaynaklanan talepler¹²⁴ ve cezai şart¹²⁵ gibi talepler de sözleşme ile birlikte doğmuş sayılmalıdır (Aktaran Çoştan, 2009: s.138). Bununla birlikte, devrolan şirket ile yapılan sözleşmenin yan yükümlülüklerinin¹²⁶ teminat istemine konu oluşturup oluşturmayacakları, somut olaya göre değerlendirilecektir (Çoştan, 2009: s.139).

Bu talepler ve devrolan şirket ile sözleşme ilişki içerisinde bulunan alacaklıların alacak hakları, TTK uyarınca gereken koşulların gerçekleşmesi halinde gerekli koruma vasıtaları ile korunacaktır. Alacaklıları koruyan bu koruma vasıtaları ilerleyen bölümlerde incelenecektir.

3.3.3. Haksız Fiilden Doğan Alacaklar

Ticaret şirketlerinin birleşmesi neticesinde, korunması gereken ve özel hukuktan kaynaklanan bir diğer alacak türü ise haksız fiilden doğan alacaklardır. Haksız fiil, bir kimsenin bir başkasına karşı aralarında hukuki bir ilişki bulunmaksızın hukukun izin vermediği haksız bir eylemde bulunması sonucu, bir zararın meydana gelmesidir (Nomer, 2010: s.78; Antalya, 2012: s.407; Oğuzman ve

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11 Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.689 vd; GÜMÜŞ, Alper Mustafa, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.363 vd.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s.186 vd; KILIÇOĞLU, s.677 vd; EREN, s.1089 vd.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s.183 vd; KILIÇOĞLU, s.664-66.;

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s.246 vd; KILIÇOĞLU, s.769 vd; EREN, s.1181 vd.

¹²⁶ Yan yükümlülükler edim ve asli edim yükümlülüklerine bağlı olup, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmayan ve sözleşmenin kurulmasını etkileyemeyen bununla birlikte asli edimin ve sözleşmenin amacına uygun bir şekilde ifasına hizmet eden yükümlülüklerdir. EREN, s.37; KILIÇOĞLU, s.27.

Öz, 2012: s.1; Kılıçoğlu, 2012: s.9; Resioğlu, 2012: s.162). Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde sorumluluğa ilişkin olarak BK m.49 hükmünde belirtildiği üzere, hukuka aykırı bir fiile ve kusurlu olarak bir başkasına zarar veren kimse, verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Her ne kadar şirketler tüzel kişiliğe sahip olsalar da, tüzel kişiliklerinde bir takım fiiller gerçekleştirebileceğini ve bu fiiller neticesinde üçüncü kişilere zarar verebilme ihtimalinin bulunduğu dikkate alınmalıdır. Bu sebepten ötürü şirketler de haksız filleri ile üçüncü kişilerin malvarlığına veya şahıs varlığına zarar verebilmektedirler. Dolayısıyla verdikleri bu zararlardan ötürü haksız fiil sorumluluğunu üstlenmekle ve ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü olacaklardır. İşte bu sebeplerden ötürü, şirketlerin haksız fiilleri neticesinde vermiş oldukları zararlar sebebiyle üçüncü kişilerin talep edebilecekleri alacakların da koruma kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için yalnızca eylemin gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Şöyle ki, haksız fiil neticesinde zarar gören tarafın talepte bulunabilmesi için, bir takım unsurların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu unsurlar, eylem, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusurdur (Nomer, 2010: s.79; Eren, 2012: s.516; Resioğlu, 2012: s.163).

Şirketler haksız fiil borçlarından, hem kusur hem de kusursuz sorumluluktan ötürü sorumlu olabilecektir. Bununla birlikte, zarara sebebiyet veren ve devrolan şirket bünyesinde çalışan şahıs, devralan ya da yeni kurulan şirkette çalışmaya devam etmese bile bu şirketlerin sorumluluğu devam edecektir ki, alacaklıların korunmasındaki menfaat bunu gerektirmektedir. Haksız fiil neticesinde kusurlu sorumluluk kapsamında alacak hakkının söz konusu olabilmesi için, şirketin oluşan haksız fiili kusuruyla gerçekleştirmesi gerekecektir. Burada şirketin tüzel kişiliği sebebiyle kusurlu eylem ancak şirketin organları tarafından gerçekleştirebilecektir. Kusur için şirketin fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi ya da ihmali bir davranışta bulunması gerekmektedir (Antalya, 2012: s.411; Oğuzman ve Öz, 2012: s.2; Kılıçoğlu, 2012: s.270; Eren, 2012: s.516). Bu noktada belirtilmelidir ki, zarar gören üçüncü kişinin zararını talep edebilmesi için sorumluluğa yol açan eylemin birleşmeden önce gerçekleşmiş olması yeterlidir. Aynı şekilde zararın da birleşme öncesinde ortaya çıkması şart değildir (Çoştan, 2009: s143).

Şirketin haksız fiili sebebiyle üçüncü kişiler şirketten, uğramış oldukları maddi ve varsa manevi zararın giderilmesini talep edebileceklerdir. Ancak zarar gören söz konusu üçüncü kişi de bir şirket ise, bu durumda ancak, kanun tarafından manevi tazminat verilmesine imkân tanınmışsa manevi tazminat talebinden söz edilebilecektir (Özen, 2010: s.89). Nitekim tüzel kişilerin manevi dünyası söz konusu değildir.

Birleşme tarafı şirketlerin, birleşme öncesinde doğmuş olan haksız fiil sorumlulukları da sözleşmelerde olduğu gibi birleşme sonrasında aynen devam edecek devrolunan şirket veya şirketlerin sorumlulukları birleşme öncesinde sonra ermemiş ise, bu sorumluluk birleşme ile birlikte devralan ya da yeni kurulan şirkette geçecektir. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin birleşmesinde haksız fiil neticesince zarar gören alacaklarının korunmasının sebebi, devrolan şirketin sorumluluğuna yol açan davranışın gerçekleştiği zamanda zarar gören alacaklının, şirketin o andaki ekonomik yapısına ve malvarlığına duyduğu güvendir (Çoştan, 2009: s143). Nitekim birleşme neticesinde alacaklının durumunun bu değişimden ötürü kötü yönde etkilenmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte haksız fiiller neticesinde alacaklılar ile şirket arasındaki menfaat dengesinin şirket açısından görünümü ise, kusursuz sorumluluk hallerinde kurtuluş kanıtı getirebilecek olan şirketin, birleşme sonrasında devralan ya da yeni kurulan şirket olmasıdır (Özen, 2010: s.94).

3.3.4. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklar

Sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebep olmaksızın bir kimsenin malvarlığından diğer bir kimsenin malvarlığına geçiş olması şeklinde tanımlanmaktadır (Nomer, 2010: s.133; Kocayusufpaşaoğlu vd, 2006: §24,2; Resioğlu, 2012: s.273-274; Kılıçoğlu, 2012: s.502; Hatemi ve Gökyayla, 2012: s.188; Eren, 2012: s.839; Antalya, 2012: s.793; Oğuzman ve Öz, 2012: s.297). Sebepsiz zenginleşme halinde, başka bir kimsenin malvarlığından geçerli bir sebep olmaksızın zenginleşen kimse, kendi malvarlığında meydana gelen artışı iade etmek zorundadır (BK. m.77).

Birleşme öncesinde devrolan şirket geçerli olmayan, gerçekleşmemiş bir sebepten veya sonradan sona ermiş bir sebepten ötürü zenginleşmiş olabilir¹²⁷. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşme sebebiyle malvarlığında azalma meydana gelmiş

¹²⁷ Geçerli olmayan, gerçekleşmemiş bir sebepten veya sonradan sona ermiş bir sebepten ötürü zenginleşmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA 806 vd; REİSOĞLU, s.276;

olan taraf, şirket malvarlığında geçerli bir sebep olmaksızın meydana gelen artışın iadesini; birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce devrolan şirketten, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanması sonrasında ise devralan ya da yeni kurulan şirketten talep edebilecektir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, sebepsiz zenginleşme sonucunda alacaklı olanların alacak hakları da TTK ile öngörülen koruma vasıtaları ile korunacaktır.

4. TTK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

4.1. Genel Olarak

TTK ile birlikte ticaret şirketlerinin birleşmelerinde yapılan değişiklikler genel gerekçede de belirtildiği üzere, çeşitli Avrupa ülkelerinden esinlenilerek ve bu doğrultuda Avrupa Topluluğu yönergelerine uygun olarak düzenlenmiştir. Nitekim ETTK ile karşılaştırıldığında, TTK'da öngörülen şirket birleşmelerinde alacaklıların korunmasına yönelik sistemlerde önemli değişiklikler olduğu görülmektedir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunmasına yönelik olarak ETTK'da İtalyan hukukundan ve Alman/İsviçre hukukundan yararlanılmıştır. Ancak İtalyan hukukundan alınan ve alacaklılara itiraz hakkı tanıyan sistem birleşmenin verimliliği açısından bir takım sıkıntılar ortaya çıkarmıştır. Alman/İsviçre hukukundan alınan malvarlığının ayrı yönetilmesi ise uygulamada işlerlik kazanamamıştır. Bu sebeplerden ötürü, TTK ile birlikte Avrupa Birliği'ne üye olma sürecinde yapılan anlaşmalar ve AT yönergeleri de dikkate alınarak alacaklıların korunmasına yönelik sistemlerde köklü değişiklikler yapılmış, birleşmelerde alacaklıların korunmasının yanında birleşmenin verimliliği ve diğer hususlar da dikkate alınmıştır¹²⁸. Bununla birlikte alacaklıları korumaya yönelik sadece birleşmeye ilişkin özel hükümlerde değil, anonim şirketler hukukunu düzenleyen genel hükümlerde de -özellikle sermayenin korunmasına yönelik olanlarda- bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin olarak birleşmeye yönelik özel hükümlerin yanında, alacaklıları koruma amacı

¹²⁸ TTK m.157 hüküm gerekçesine bkz.

taşıyan genel kuralların da birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (Çoştan, 2009: s.25).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklılar, külli halefiyet ilkesi uyarınca, devrolunan şirket aktif ve pasiflerinin külliye devralan ya da yeni kurulan şirket bünyesine geçmesi karşısında olası bir risk altındadır. Dolayısıyla alacaklıları bu olası risklere karşı korumak amacıyla AT yönergeleri de esas alınarak Türk Hukuku'nda bir takım düzenlemeler öngörülmüştür. TTK açısından alacaklıların korunmasına ilişkin düzenlemeler nitelikleri açısından emredici hükümler vasıtasıyla koruma şekilleri - *kurumsal koruma*- ve talebe bağlı koruma şekilleri - *bireysel koruma*- şeklinde ikiye ayrılabilir. Bununla birlikte koruma vasıtalarını uygulanması açısından önleyici ve tamamlayıcı koruma şekilleri olarak da ayırmak mümkündür (Çoştan, 2009: s.25).

Kurumsal koruma şirket alacaklılarının, genel nitelikte hukuk kurallarıyla ve genel olarak önleyiciliği sağlamak amacıyla öngörülmuş düzenlemeler ile korunmasıdır (Çoştan, 2009: s.27). Kurumsal koruma kapsamında alacaklılar, şirketler hukuku genel hükümleri çerçevesinde, alacaklıların korunması amacını da güden düzenlemeler vasıtasıyla korunmaktadır. Özellikle, şirketler bakımından sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemeler alacaklıları da koruma amacı güden koruma vasıtalarıdır (Aktaran Çoştan, 2009: s.27).

Bireysel koruma ise şirket alacaklılarının şirket sorumluluğu çerçevesinde ve alacaklıları koruma amacıyla düzenlenmiş hükümler vasıtasıyla korunmasıdır (Aktaran Çoştan, 2009: s.26). Bireysel korumanın en belirgin özelliği, alacaklıların kendi talepleri doğrultusunda korunmasıdır (Çoştan, 2009: s.26). Alacaklıların bireysel koruma vasıtalarıyla korunmasına örnek olarak TTK m.157 hükmü ile öngörülen teminat talep etme hakkı gösterilebilecektir. Zira alacaklı birleşme sonrasında TTK m.157 hükmünce tanınmış süre içerisinde teminat talep ettiği takdirde, teminat ile korunabilecektir.

Önleyici nitelikte koruma şekilleri birleşme öncesinde alacaklıları koruyan niteliktedir. Önleyici (ex-ante) koruma sistemlerinde alacaklılar, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce kullanılacak bireysel koruma vasıtaları ile ve önleyici nitelikte kurumsal koruma vasıtalarıyla korunabilecektir. Nitekim ETTK döneminde alacaklılara tanınmış olan itiraz hakkı (ETTK m.150) önleyici

niteliktedir (Çoştan, 2009: s.126). Ex ante koruma sisteminin alacaklılar açısından avantajı, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanması öncesinde, alacaklının statüsü açısından belirsizliğe yer vermemesi ve alacağını güvence altına alma imkanı sunmasıdır (Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.37). Şirketlerin birleşmeye yönelmesinde ekonomik sebeplerin önemi dikkate alındığında, bu gibi sistemlerin şirketlerin birleşme prosedürünün işleyişi bakımından yavaşlatıcı bir nitelik taşıdığı kabul edilebilir (Çoştan, 2009: s.126 dn.4; Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.37). TTK ile birlikte birleşme sürecinin hızlandırılması amacıyla, her ne kadar alacaklıları doğrudan koruyan ve bir talep hakkı veren, teminat talep etme hakkını (TTK m.157) ve ortakların kişisel sorumluluklarının devamını (TTK m.158) düzenleyen hükümler tamamlayıcı nitelik taşısa da; tasfiye halindeki veya sermaye kaybı ve borca batık durumdaki şirketlerin birleşmeye katılmasının bazı şartlara bağlanması veya şirket sermayesinin korunmasına yönelik hükümler önleyici nitelik taşımaktadır. Nitekim bu düzenlemeler alacaklıya birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra doğrudan bir talep hakkı vermemekle birlikte, birleşmeye katılan şirketlerin ifa gücünü birleşme öncesinde koruması sebebiyle önleyici bir etki göstermektedir (Çoştan, 2009: s.126 dn.6).

Tamamlayıcı (ex-post) nitelikte koruma sistemlerinde alacaklılar birleşmenin hukuki geçerlilik kazanması sonrasında çeşitli koruma vasıtalarıyla korunmaktadır. Bu duruma örnek olarak, TTK m.157 hükmü ile düzenlenen teminat talep etme hakkı ile alacaklıların birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra teminat talep edebilmeleri gösterilebilecektir. Tamamlayıcı nitelikteki koruma vasıtalarında, birleşme öncesinde ve sürecinde alacaklılara söz hakkı tanınmamıştır. Dolayısıyla alacaklıların birleşme kararını engelleme hakkı bulunmamaktadır. Alacaklılar haklarına ilişkin başvurularını sadece birleşme sürecinin tamamlanmasından sonra kullanabileceklerdir (Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.35; Pulaşlı, 2012: §7,122). Bu sistem birleşme işlemlerinin tamamlanma sürecini geciktirmemesiyle ön plana çıkmaktadır. Ex post sistemde şirket birleşme sürecinin gecikmesinden kaçınılmış olsa da alacaklıların da durumu ex ante sisteme nazaran daha belirsizdir (Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.37). Zira birleşme neticesinde devrolunan şirketin tasfiyesiz sonra ermesi ile birlikte alacaklıların alacağına ilişkin tek muhatabı devralan ya da yeni kurulan şirket olacaktır (Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.38). Bu

durumun alacaklılar açısından özellikle mali durumu düzeltmeye yönelik birleşmelerde önem teşkil edeceği kabul edilebilir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması açısından Türk hukukunda genel olarak tamamlayıcı sistem (ex post) esas alınmışsa da, bazı düzenlemeler önleyici nitelik taşımaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ise, Alman hukukunda ex post sistem benimsenirken, Hollanda ve Fransa hukukunda ex ante sistem benimsenmiştir (Raaijmakers/Olthoff, 2008: s.37).

Şirket birleşmelerinde alacaklıların korunması açısından, farklı koruma sistemlerinin belirlenmiş olması ülke içerisindeki yerel birleşmelerde sorun teşkil etmese de, sınır aşan birleşmelerde bir takım sorunlar meydana getirebilecektir. Nitekim ex ante sistemi benimsemiş olan devrolan şirketin, ex post sistemi benimsemiş olan bir ülkedeki şirket tarafından devralınması halinde, devrolan şirket alacaklıları açısından beklenmedik durumlar söz konusu olabilecek ve daha fazla risk taşımak durumunda kalabileceklerdir¹²⁹.

TTK ile birlikte ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunmasına yönelik olarak köklü değişiklikler yapılmış ve alacaklıların korunmasına yönelik olarak, gerek birleşme hükümleri kapsamında bireysel koruma vasıtaları, gerekse de şirketler hukuku genel hükümler kapsamında kurumsal koruma vasıtaları öngörülmüştür. Bu sebeple, çalışmamızın bu bölümünde TTK tarafından öngörülmüş olan koruma vasıtaları; talebe bağlı koruma şekilleri (bireysel koruma) ve emredici hükümler vasıtasıyla koruma şekilleri (kurumsal koruma) başlıkları altında incelenecektir.

4.2. Emredici Hükümler Vasıtasıyla Koruma Şekilleri (Kurumsal Koruma)

4.2.1. Sınırlı Sayı İlkesi ile Koruma

TTK ile şirketler hukukunda sınırlı sayı ilkesinin benimsenmesinin temelinde, şirketler ile hukuki ilişkiye giren menfaat sahiplerinin korunması yatmaktadır. Nitekim sınırlı sayı ilkesinin en belirgin görünümünden biri olan şirket tiplerinin TTK m. 124 ile belirlenmiş olması, şirket türüne ve şirketin bu türüne göre uygulanacak hükümlere güvenerek işlem yapan alacaklıları ve hukuki işlem güvenliğini korumaktadır (Çoştan, 2009: s.15).

¹²⁹ Sınır aşan birleşmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. RAAIJMAKERS / OLTHOFF, s.38.

Sınırlı sayı ilkesinin diğere bir görünümü ise tez konumuz kapsamında önem arz eden ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde TTK ile birlikte ETTK'dan farklı olarak türler arası serbest birleşme ilkesinin benimsenmiştir. Ancak TTK ile öngörölmüş olan türler arası serbest birleşme ilkesi ticaret şirketlerinin birleşmesine tam bir serbesti tanınmamaktadır. TTK kapsamında şirket birleşmelerine kaynak İBirK'ya paralel bir düzenleme getirilmiş, şirketler arasındaki tür farklılıkları ve alacaklıların korunması da dikkate alınarak kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da sınırlı sayı ilkesi kabul edilmiştir (Çoştan, 2009: s.33; Özen, 2010: s.131). Sınırlı sayı ilkesi iki ayaktan oluşmaktadır. Buna göre yeniden yapılanma modellerinin birleşme, bölünme ve tür değıştirme ile sınırlandırılması sınırlı sayı ilkesinin bir ayağını oluştururken, bu işlemlere ancak kanun koyucu tarafından izin verilen şirketlerin taraf olabilmesi ise diğere ayağını oluşturmaktadır (Çoştan, 2009: s.33).

TTK ile birlikte türler arası birleşmelere getirilen bu sınırlamaların bir amacı da TTK m.137 gerekçesinde de belirtildiğı üzere alacaklıların korunmasıdır. TTK kapsamında sermaye şirketlerinin şahıs şirketleri ile devrolan taraf olarak birleşmeleri engellenmiş olup, madde gerekçesinde sermaye şirketinin ortaklarının şirket borçlarından sorumlu tutulmayacakları bir konuma gelmelerinin alacaklıların korunmasını gerektirdiğı belirtilmiştir. Aynı şekilde bu engelleme yeni kuruluş şeklinde birleşmeler bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte birleşmelerde bir sorumluluk sisteminden diğere geçilmesi alacaklıların korunmasını gerekli kılabilecek bir durum yaratabilse de, bu hususun somut olarak alacaklıları tehlikeye düşürdüğü sonucuna varılamayacağı gibi, alacaklıların diğere koruma vasıtalarıyla - özellikle sermayenin korunmasına ilişkin hükümler- korunabileceğı de dikkate alınmalıdır (Çoştan, 2009: s.41).

4.2.2. Kuruluş Hükümleri ile Koruma

TTK kapsamında şirketlerin kuruluşları esnasında; sermayenin taahhüdü, asgari sermaye tutarı, aynı sermayenin bilirkişilerce tespiti, kamuyu aydınlatarak sermayenin korunmasını sağlamak, şirketin kurucularının menfaatlerini kötüye kullanılmasına engel olmak, genel olarak yolsuzlukları önlemek ve kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak amacıyla kurucular beyanı (TTK m.349) gibi kuruluş hükümleri, doğrudan alacaklıların korunmasına hizmet etmese de öngörölüş

amaçları dolaylı olarak ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıları korumaktadır¹³⁰. Şirket birleşmelerini düzenleyen hükümler, birleşme prosedürünü kolaylaştırmayı hedeflese de, bu durum şirket kuruluşuna ilişkin hükümlerin dolanılması suretiyle alacaklıların mağdur olacağı anlamına gelmemelidir (Aktaran Çoştan, 2009: s.50). Tez konumuz kapsamında, TTK uyarınca kuruluş hükümlerine ilişkin olarak, TTK ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri dışındaki maddelerinin yeni kuruluş şeklinde birleşmelere uygulanacağı toplu atıf yöntemi ile belirlenmiş olup, kuruluş hükümlerinden hangilerinin birleşmelerde uygulanacağı açıkça belirtilmemiştir (TTK m.143).

4.2.2.1. Atıflardaki İstisnalar

TTK m.143¹³¹ hükmü ile TTK kapsamındaki aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeler ve asgari ortak sayısına ilişkin düzenlemeler¹³² de yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde istisna edilmiştir. Aynı şekilde TTK m.142/II hükmüne göre, devralma yoluyla birleşmelerde de aynı sermaye konulmasına ilişkin düzenlemeler uygulanmayacaktır¹³³. Birleşmede ve özellikle yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde alacaklıların korunması açısından önem arz eden aynı sermaye hükümlerinin, şirket birleşmelerinde istisna edilmesinin alacaklıların durumuna etkisi bakımından incelenmesi gerekmektedir.

TTK m.142 hükmü gerekçesine göre, birleşme raporu ile birleşmenin denetlenmesi güvenlik yönünden aynı sermaye hükümlerinin uygulanmasını gereksiz kılmaktadır. Ancak 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle daha önce de belirttiğimiz üzere birleşmenin işlem denetçisi tarafından denetlenmesine ilişkin TTK m. 148 hükmü kanun metninden çıkarılmıştır. Buna göre, alacaklılar açısından ek bir güvence sağlayan birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun denetlenmesi

¹³⁰ Kuruluş aşamasında sermayenin korunmasına ilişkin hükümler için bkz. İkinci Bölüm, 1/1.2.

¹³¹ Yeni kuruluş başlıklı TTK m.143 hükmü şu şekildedir:

MADDE 143- (1) Yeni kuruluş yolu ile birleşmede, 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.

¹³² Belirtilen bu istisnanın TTK ile birlikte anonim ve limited şirketlerin tek kişi tarafından kurulabileceğinin hükme bağlanması sebebiyle madde metninden çıkarılmasına ilişkin görüş için bkz. ÇOŞTAN, s.53.

¹³³ TTK kapsamında birleşme, bölünme ve tür değiştirmede aynı sermaye hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin hükümlerin farklı şekillerde ifade edilmesinden ötürü, paralellik sağlanması gerekliliğine ilişkin olarak bkz. ÇOŞTAN, s.55.

hususunun mülga edilmiş olması karşısında, aynı sermaye hükümlerinin uygulanmasının gereksiz kalması durumu tekrar değerlendirilmelidir.

İstisna edilen hükümler bakımından Çoştan, TTK m.142 gerekçesinden yola çıkılarak birleşme raporu ve birleşmenin denetlenmesi karşılık gelebilecek olan anonim şirketlerde kuruluşa ilişkin kurucular beyanını düzenleyen TTK m.349 ve işlem denetçisi raporunu düzenleme altına alan TTK m.351¹³⁴ hükümlerinin şirket birleşmelerinde uygulanmayacak hükümler olabileceği sonucuna varmıştır (Çoştan, 2009: s.58). Dolayısıyla birleşme hükümlerinden istisna edilmeleri açısından öncelikle, TTK m.349 ve TTK m.351 hükümlerinin birleşme raporu ve birleşmenin denetlenmesi ile aynı işleve haiz olup olmadığı değerlendirilmelidir.

4.2.2.2. Aynı Sermaye Denetimine İlişkin Kuruluş ile Birleşme Hükümleri Arasındaki İlişki ve Değerlendirme

TTK m.142 hüküm gerekçesine göre, ticaret şirketlerinin birleşmesinde ve sermaye artırımında aynı sermaye hükümlerine ilişkin kuruluş hükümlerinin uygulanmaması için, birleşme raporu ve birleşmenin denetlenmesinin içeriğine aynı sermayenin denetlenmesi işlevi de yüklenerek alacaklılar açısından gerekli faydanın sağlanmış olması gerekmektedir (Çoştan, 2009: s.60). Ancak 6335 sayılı kanun değişikliği ile anonim şirketlerde işlem denetçisi raporunu düzenleyen TTK m.351 hükümlerinin mülga edilmesi, bu karşılığın sağlanabilmesi imkânını ortadan kaldırmıştır.

Bununla birlikte, anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin kurucular beyanı TTK m.349¹³⁵ hükmünde düzenlenmiştir. Maddenin amacı, hüküm gerekçesinde,”
Beyanın amacı; kamuyu aydınlatarak sermayenin korunmasını sağlamak, şirketin

¹³⁴ MADDE 351- (Mülga: 26/6/2012-6335/42 m.)

¹³⁵ Kurucular Beyanı başlıklı TTK m.349 hükmü şu şekildedir:

MADDE 349- (1) Kurucular tarafından, kuruluşa ilişkin bir beyan imzalanır. Beyan, dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak hazırlanır. Beyanda, aynı sermaye konuluyor, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna; bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar yer alır. Ayrıca, şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgiler, şirketin yüklenmiş önemli taahhütler, makina ve benzerleri malların ve herhangi bir aktif değerinin alımına ilişkin bağlantılar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar, emsalleriyle karşılaştırılarak açıklanır.

(2) Ayrıca, kuruculara tanınan menfaatler gerekçeleriyle beyanda yer alır. Kimlerin halka arz amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiği, pay taahhüdünde bulunanların birbirleri ile ilişkileri; bunlar bir şirketler topluluğuna dâhil bulunuyorlarsa, topluluk ile ilişkileri, diğer hizmet verenlere ödenen ücretler, emsalleriyle karşılaştırma yapılarak, beyanda açıklanır.

kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek; kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır.” şeklinde belirtilmiştir. Bu hüküm özellikle sermayenin korunması amacını taşıması sebebiyle alacaklılar açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte TTK m.142 hüküm gerekçesinde, TTK m.349 hükmünün istisna edilmesini güvenlik açısından bertaraf edebilecek nitelikte olduğu belirtilen birleşme raporunu düzenleyen TTK m.147 hükmünün amacı ise, gerekçede “*Birleşme raporu, birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarına somut olaydaki birleşmeye ilişkin ve bu birleşmeyi tanımlayan bilgi verilmesini amaçlamaktadır.*” şeklinde belirtilmiştir. Birleşme raporunda, birleşmenin amacı ve sonuçları, birleşme sözleşmesi, şirket paylarının değişim oranı ve öngörülümüşse denkleştirme akçesi; devrolunan şirketlerin ortaklarına devralan şirket nezdinde tanınan ortaklık hakları, gereğinde ayrılma akçesinin tutarı ve şirket pay ve ortaklık hakları yerine ayrılma akçesi verilmesinin sebepleri, değişim oranının belirlenmesi yönünden payların değerlemesine ilişkin özellikler, gereğinde devralan şirket tarafından yapılacak artırımın miktarı, öngörülümüşse, devrolunan şirketin ortaklarına, birleşme dolayısıyla yüklenecek olan, ek ödeme ve diğer kişisel edim yükümlülükleri ile kişisel sorumluluklar hakkında bilgi, değişik türdeki şirketlerin birleşmelerinde, yeni tür dolayısıyla ortaklara düşen yükümlülükler, birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği, birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkileri, hukuki ve ekonomik yönden açıklanmalıdır (TTK m.147). Birleşme raporu alacaklılar açısından inceleme hakkının konusunu oluşturmaktadır. Birleşme raporu (TTK m.147) ve anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin kurucular beyanının (TTK m.349) her ikisinin de alacaklıları koruma işlevi vardır. Ancak birleşme raporunun içeriği ile kurucular beyanının içeriği incelendiğinde, içeriklerinin farklı unsurlar taşıdığı görülmektedir. Nitekim kurucular beyanında, esas olarak aynı sermaye konuları ele alınırken, birleşme raporunda aynı sermaye değerlemesine ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla birleşme raporu ile kurucular beyanının aynı işleve sahip olmadıkları kabul edilebilir (Çoştan, 2009: s.71). Bu sebepten ötürü, her ne kadar TTK’da aynı sermayeye ilişkin kuruluş hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmişse de birleşme raporu ile kurucular beyanının işlevselliğinin farklı oluşu ve birbirlerine karşılık oluşturmadığı göz ardı edilmemeli

ve birleşmelerde aynı sermayenin denetlenmesi öngörülmelidir (Çoştan, 2009: s.88). Zira kuruluş hükümlerinde öngörülmüş olan aynı sermayeye ilişkin düzenlemeler sermayenin korunması amacına da yönelik olması sebebiyle, alacaklıların menfaati açısından önem arz etmektedir.

Bununla birlikte, Üçüncü Konsey Yönergesi m.16 hükmünde, üye devletlerin mevzuatında birleşmenin hukuka uygunluğu konusunda adli veya idari bir ön denetim öngörülmemiş ise veya bu ön denetim tüm birleşme işlemlerini kapsamıyorsa, birleşme kararları ve sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasını ve onaylanmasını düzenlemiştir¹³⁶. Ancak birleşmelerin işlem denetçisi ile denetlenmesine ilişkin TTK m.148 hükmü ve anonim şirketlerde işlem denetçisi raporunu düzenleyen TTK m.351 hükmünün 6335 sayılı kanun ile mülga edilmesi, birleşme esnasında birleşme sözleşmesinin, birleşme raporunun ve birleşmeye esas oluşturan bilançonun ve aynı sermayenin ne şekilde denetleneceği sorusunu cevapsız bırakmakta ve ön denetimden yoksunluk durumunu ortaya çıkarmaktadır. Anonim şirketlere ilişkin olarak hüküm altına alınan denetim hükümlerinin asgari içeriği TTK m.398¹³⁷ hükmünde belirtilmiştir. Ancak bu denetimin şirket

¹³⁶ 6762 sayılı TTK döneminde, bu düzenlemenin Türk Hukuku açısından uygulamasının ETTK m.392 ile 293 c.3 ve 303/II, c.2'ye dayanılarak mahkeme aracılığıyla bilirkişi atanmasının doktrinca kabulü sebebiyle, kısmı bir öndenetim niteliğinde varsayılabileceğine ilişkin olarak değerlendirmeler için bkz. BAHTİYAR, "Türk Ticaret Kanunu İle Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri Ve Denetimi", s.93.

¹³⁷ Denetlemeye ilişkin olarak konu ve kapsam başlıklı TTK m.398 hükmü şu şekildedir:

MADDE 398- (1) Şirketin ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimi; envanterin, muhasebenin ve Türkiye Denetim Standartlarının öngördüğü ölçüde iç denetimin, bu Bölüm hükümleri anlamında 378 inci madde uyarınca verilen raporların ve 397 nci maddenin birinci fıkrası çerçevesinde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimidir. Bu denetim, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığının incelenmesini de kapsar. Denetleme, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun belirlediği esaslar bağlamında, denetçilik mesleğinin gerekleriyle etiğine uygun bir şekilde ve özenle gerçekleştirilir. Denetleme, şirketin ve topluluğun, malvarlıksal ve finansal durumunu 515 inci madde anlamında dürüst resim ilkesine uygun olarak yansıtılıp yansıtılmadığını, yansıtılmamışsa sebeplerini, dürüstçe belirtecek şekilde yapılır.

(2) Denetim;

a) Şirketin finansal tablolarının ve 397 nci maddenin birinci fıkrası ve 402 nci maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun,

b) Topluluğun konsolide finansal tablolarının ve 397 nci maddenin birinci fıkrası ve 402 nci maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun, denetçinin denetleme sırasında elde ettiği bilgilerle uyum içinde olup olmadığını belirtip açıklayacak şekilde yapılır.

(3) Topluluğun finansal tablolarının denetiminden sorumlu olan denetçi, topluluğun konsolide tablolarına alınan şirketlerin finansal tablolarını, özellikle konsolidasyona bağlı uyarlamaları ve mahsupları, birinci fıkra anlamında inceler; meğer ki, konsolidasyona alınan şirket, kanun gereği veya böyle bir gereklilik bulunmaksızın, bu Bölüm hükümlerine uygun olarak denetlenmiş olsun.

birleşmeleri sırasında alacaklılar açısından oluşabilecek riskleri ve uğrayabilecekleri zararları bertaraf ettiği söylenemeyecektir. Nitekim anonim şirketlerde genel olarak denetim ile denetimin konu ve kapsamı hususunu düzenleyen TTK m.397 ve TTK m.398 hükümlerinin öncelikli amacı, şirketin finansal tabloları ile yıllık raporları ve bunlar bağlamında tüm şirket muhasebesine ilişkin olarak yapılan denetime ilişkin olarak genel kurula tam ve doğru değerlendirebilme olanağını sağlamak, denetleme raporunu etken, doyurucu ve güvenilir kılmaktır¹³⁸. Bununla birlikte her ne kadar şirketin finansal durumuna ilişkin bu denetim, birleşme öncesinde şirket sermayesi açısından koruyucu bir niteliğe sahip olsa da, bu denetimin kısıtlı sayıdaki şirketler için uygulanabilir olması¹³⁹ ve bu hükümlerin birleşme durumunda birleşmelerin denetlenmesine ilişkin işlem denetçisi raporunun (TTK m.148) ve anonim şirketlerde işlem denetçisi raporunu düzenleyen (TTK m.351) hükümlerin mülga edilmesi sebebiyle, alacaklıların karşılaşılabileceği riskleri doğrudan bertaraf edemeyeceği ileri sürülebilecektir.

Sadece anonim şirketlerin birleşmesine olanak tanıyan Üçüncü Konsey Yönergesinde bu konuya ilişkin olarak, anonim şirkette sermayenin zaten denetlenmiş olduğu gerekçesiyle yeni kuruluş yoluyla birleşmede tekrar sermaye denetlemesine ilişkin bir düzenleme yapılmamış, ancak aynı sermaye denetimin güncelliği açısından ara bilanço çıkarma yükümü hüküm altına alınmıştır (Üçüncü Konsey Yönergesi m.11). TTK m.144/I uyarınca ise, 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 şirketlere ara bilanço çıkarma yükümü getirilmiştir. Bu düzenlemeler karşılaştırıldığında birleşme yönergesinde anonim şirketler açısından aynı sermayenin zaten denetlenmiş

Bu istisna, merkezi yurt dışında bulunan bir şirketin bu Kanunun öngördüğü denetimle eş değer bir denetime tâbî tutulmuş olması hâlinde de geçerlidir.

(4) Denetçi, yönetim kurulunun şirketi tehdit eden veya edebilecek nitelikteki riskleri zamanında teşhis edebilmek ve risk yönetimini gerçekleştirebilmek için 378 inci maddede öngörülen sistemi ve yetkili komiteyi kurup kurmadığını, böyle bir sistem varsa bunun yapısı ile komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunar. Bu raporun esasları Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca belirlenir.

¹³⁸ TTK m.397 ve TTK m.398 hüküm gerekçelerine bkz.

¹³⁹ Denetime tabi şirketler, TTK m.397/IV hükmüne göre Bakanlar Kurulunca belirlenecektir. Buna göre 23.01.2013/28537 sayılı Resmi Gazete'de 2012/4123 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı yayımlanmıştır.

olmasından yola çıkılmaktadır (Çoştan, 2009: s.92). Ancak TTK kapsamında aynı sermayenin denetimine ilişkin işlem denetçisi raporunu düzenleyen hüküm (TTK m.351) mülga edilmiştir. Ayrıca, TTK nezdinde birleşmeler yalnızca anonim şirketler ile sınırlı olmaması sebebiyle denetim işlevinin yalnızca ara bilanço çıkarma yükümlülüğü ile telafi edilebilmesi de güçtür.

Son olarak belirttiğimiz üzere her ne kadar anonim şirketlerde genel olarak denetim hükümleri ve ara bilançoya ilişkin hükümler alacaklıların korunmasına hizmet etse de istisna edilen hükümler vasıtasıyla sağlanan koruma ile farklı işleve haizdirler. Dolayısıyla, 6335 sayılı kanun ile işlem denetçisine ilişkin hükümlerin mülga edilmesi sonrasında, birleşme raporu ve birleşmelerde işlem denetçisi hükümlerinin gerekçe gösterildiği ve aynı sermaye hükümlerinin istisna edildiği TTK m.142 ve TTK m.143 hükmünün tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir.

4.2.3. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacaklıların Şirket Malvarlığı ile Korunması

4.2.3.1. Sermaye ile Alacaklıların Korunması

Ticaret şirketlerinde ve özellikle pay sahiplerinin sınırlı sorumluluk ilkesi ile sorumlu tutulduğu anonim ve limited şirketlerde, şirket malvarlığının korunması alacaklıların alacak hakları açısından önem ve güvence teşkil etmesi sebebiyle kanun koyucu tarafından şirket malvarlığının korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Şirket malvarlığının ve buna bağlı olarak şirket sermayesinin korunması amacıyla şirketin kuruluşu ve faaliyeti aşamasında öngörülen önlemleri belirtmiştik¹⁴⁰.

Buna göre, ticaret şirketlerinde özellikle anonim şirketlerin tüzel kişilik kazanması öncesinde malvarlıklarının korunmasına yönelik olarak, şirketin ticaret siciline tescilinde esas sermayesinin tamamen taahhüt edilmiş olması (TTK m.332/I), itibari değer altında bir bedelle hisse senedi çıkarılmaması (TTK m.347), aynı katılma pay değerlerinin mahkemece atanan bilirkişilerce tespit edilmesi (TTK m.343/I) hükümleri örnek gösterilebilecektir. Bununla birlikte şirketin faaliyeti esnasında malvarlığının korunmasına yönelik olarak ise, sermaye için faiz ödenmeyeceği (TTK m.509/I), kâr payının ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabileceği (TTK m.509/II), şirketin esas

¹⁴⁰ Bkz. İkinci Bölüm, 1/1.2.

sermayesinde veya malvarlığında eksilmeler meydana gelmesi halinde yönetim kurulunun gerekli tedbirleri alması (TTK m.376), anonim şirketlerin yasada öngörülen haller ve koşullar dışında kural olarak, kendi hisse senetlerini ivazlı olarak iktisap edememesi ve rehin olarak kabul edememesi (TTK m.379/I) ve pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifa edilmesine ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması şartlarına bağlanması (TTK m.358) gibi hükümler düzenleme altına alınmıştır (Pulaşlı, 2012: §18,9).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde de, şirket malvarlığı alacaklılar açısından önem arz etmektedir. Nitekim külli halefiyet ilkesi gereğince devrolan şirketin alacaklarının yanında borçlarının da devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmesi, devrolan şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesi ve mali durumu düzeltmek amacıyla yapılan birleşmeler sebebiyle alacaklılar risk altında kalabileceklerdir. Bu sebeplerden ötürü birleşme öncesinde veya sonrasında birleşme tarafı şirketlerin malvarlıklarının ve malvarlığının temel unsuru olan sermayelerinin korunması alacaklılar açısından bir güvence niteliği taşıyacaktır. Dolayısıyla, şirketler hukukuna ilişkin olarak TTK genel hükümleri kapsamında öngörülmüş olan şirket malvarlığının korunmasına ilişkin hükümler, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde ticaret şirketlerinin birleşme işlemlerinde söz konusu olan alacaklıları da koruma altına almaktadır.

4.2.3.2. Sermaye Artırımı ile Alacaklıların Korunması

TTK m. 142/I hükmüne göre devralma yoluyla birleşmelerde devralan şirket, sermayesini, devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde artırmak zorundadır. Sermaye artırımı ortaklığın devamının bir gereği olduğu kadar alacaklıların korunmasına da hizmet etmektedir (Pulaşlı, 2012: §7,58). Nitekim yeniden yapılanmaların diğer bir türü olan bölünme dolayısıyla yapılacak olan sermaye artırımına ilişkin TTK m.163 hüküm gerekçesinde, sermaye artırımının dolaylı olarak alacaklıları da koruduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde mehaz kanun İBirk gerekçesinde de sermaye artırımının, şirketin alacaklılara karşı

sorumluluğunda önemli bir yeri olan şirket sermaye miktarına olan etkisi sebebiyle alacaklıların korunmasını da sağladığı belirtilmiştir (Çoştan, 2009: s.107)¹⁴¹.

Sermayenin artırımında, şirketlerin kendi paylarını iktisap etmiş olması veya devralan şirketin devrolan şirkette pay sahibi olması gibi hususlar artırımın miktarını etkilemektedir (Pulaşlı, 2012: §7,58)¹⁴². Devralan şirket TTK uyarınca sermaye artırımını yapmak zorundadır. Sermayenin artırılma miktarına ilişkin olarak TTK m.142 gerekçesi, ayrılma akçesi dolayısıyla hem esas hem de kayıtlı sermaye sisteminde artırılacak sermayenin miktarı belirsiz olabileceğini ve bu belirsizliğin, halka açık anonim şirketlerde ön talep sistemi ile aşılabileceğini, bununla birlikte aynı sistemin kapalı anonim şirketler ve diğer şirketlerde de uygulanabileceğini belirtmiştir. TTK m.142/II hükmü ise birleşmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin düzenlemelerle, halka açık anonim şirketlerde, yeni payların halka arzına dair hükümlerin, Sermaye Piyasası Kurulu kaydına alınmasına ilişkin olanlar müstesna olmak üzere uygulanmayacağını belirtmiştir.

Ticaret şirketlerinin devralma yoluyla birleşmesinde, devralan şirketin sermayesini artırma zorunluluğunun öncelikli amacı, devrolunan şirket ortaklarının haklarının korunması olup, artırım miktarı belirlenirken kanun kapsamında öncelikli olarak bu husus dikkate alınacaktır. Her ne kadar sermaye miktarı alacaklıların korunmasına da hizmet ediyor olsa da, alacaklılar sermaye miktarı dışında incelemiş olduğumuz başka koruma vasıtaları aracılığıyla da doğrudan ya da dolaylı yoldan korunmaktadır.

4.3. Talebe Bağlı Koruma Şekilleri (Bireysel Koruma)

4.3.1. Teminat Talebi

4.3.1.1. Genel Olarak

Hukuki anlamda teminat, bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödeneceğini belirtmek veya belli bir hukuksal durumu sağlamak için verilen garanti anlamına gelmektedir (Yılmaz, 2005: s.686). 6102 sayılı TTK ile birlikte alacaklılar açısından önemli koruma vasıtalarından biri olan “Alacaklıların teminat altına alınması” başlıklı TTK m.157 hükmü düzenlenmiştir. TTK m.157 alacaklıların korunması amacıyla birleşmeye katılan şirket alacaklılarına, birleşmenin hukuken geçerlilik

¹⁴¹ BotschftFusG, 4404, 4435..

¹⁴² TTK m.142 hüküm gerekçesine bkz.

kazanmasından itibaren üç ay¹⁴³ içerisinde teminat talebinde bulunma hakkı vermiştir¹⁴⁴. TTK ile birlikte ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunmasına yönelik en önemli koruma vasıtası teminat talebinde bulunma hakkıdır. Nitekim ex-post nitelikte bir koruma vasıtası olan teminat talebi, birleşme sürecinde itiraz hakkı kaldırılmış olan alacaklıya, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra alacağını güvence altına alma imkânı sunmaktadır. Böylece hem alacaklılar tarafından birleşmenin gerçekleşmesine engel olunmamış, hem de birleşme sonrasında alacaklının talebi ile koruma gerçekleştirilmiş olacaktır.

TTK m.157 hükmü kaynağını, İBirk'nın 25 inci maddesinden ve Üçüncü Konsey Yönergesinin 13 ve 14 üncü maddelerinden almaktadır¹⁴⁵. Üçüncü Konsey Yönergesi m.13 uyarınca, birleşmenin ilân edildiği tarihte henüz sona ermemiş olan alacak haklarının korunması öngörülmüş; ancak alacaklıların korunması açısından sistem seçimi üye devletlerin düzenlemelerine bırakılmıştır (Bahtiyar, 2008: s.90). Bununla birlikte, TTK m.157 hüküm gerekçesinde de birleşmeden önce doğmuş olan alacaklar için teminat talebinde bulunulabileceği belirtilmiştir (Al Kılıç, 2009: s.60; Karahan, 2012: s.195; Çoştan, 2009: s.133). Başka bir deyişle, alacaklıların teminat talebinde bulunabilmesi için, tescilden önce alacağın mevcut olması şartı aranmayacak; alacak hakkı doğmamış ancak borcu doğuran hukuki sebep tescil tarihinden önce gerçekleşmişse süresi içerisinde teminat talebinde bulunulabilecektir (Al Kılıç, 2009: s.60; Karahan, 2012: s.165; Çoştan, 2009: s.133). Alacaklıların korunmasında teminat talebinin doğmuş sayılabilmesi için hukuki sebebin gerçekleşmesinin yeterli olması, alacaklılar ile birleşmenin gerçekleşmesi arasında korunması gereken menfaat dengesi açısından isabetlidir.

¹⁴³ TTK m.157/1 hükmünün “birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren” yerine “birleşmenin tescilinden itibaren” şeklinde düzenlenmesi gerekliliğine ilişkin görüş için bkz. ERİŞ, s.1933.

¹⁴⁴ Alacakların teminat altına alınması başlıklı TTK m.157 hükmü şu şekildedir:

MADDE 157- (1) Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde istemde bulunurlarsa, devralan şirket bunların alacaklarını teminat altına alır.

(2) (Değişik: 26/6/2012-6335/12 md.) Birleşmeye katılan şirketler; alacaklılarına, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, yedişer gün aralıklarla üç defa yapacakları ilanla ve ayrıca internet sitelerine konulacak ilanla haklarını bildirirler.

(3) (Mülga: 26/6/2012-6335/12 md.)

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

¹⁴⁵ TTK m.157 hüküm gerekçesine bkz.

Teminat vasıtasıyla koruma halinde alacaklılar, TTK m.157 hükmü gereğince birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından¹⁴⁶ itibaren üç ay içinde teminat isteminde bulunabileceklerdir. Kanun koyucu bu düzenleme ile birleşme süreci devam ederken bu sürecin, alacakların ödenmesi ve teminat altına alınması ile meşgul edilmemesini ve kesilmemesini amaçlamıştır (Tekinalp, 2013: N.24-96). Teminat istemi birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı anda doğacak ve muaccel hale gelecektir (Çoştan, 2009: s.151). Çoştan, 3 aylık bu sürenin TTK m.36¹⁴⁷, ya göre belirlenmesi gerektiğini ve bu sürenin birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilânından itibaren başlaması gerektiğini ileri sürmüştür (Çoştan, 2009: s.201). TTK m.157 hükmü ile teminat talep etme hakkına ilişkin olarak öngörülen bu 3 aylık süre hak düşürücü niteliktedir. Dolayısıyla bu süre içerisinde talepte bulunmayan alacaklı, teminat talep etme hakkını kaybedecektir (Çoştan, 2009: s.201). TTK m.157 uyarınca alacaklıların teminat talebinde bulunabilmeleri için birleşmeye katılan şirketler tarafından, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yedişer gün aralıklarla üç defa yapılması ve ayrıca şirket internet sitelerine konulacak ilanla haklarının bildirilmiş olması gerekmektedir (TTK m.157/2). TTK hükmünde bu ilanın ne zaman yapılacağı belirtilmemiştir. İlanın ne zaman yapılacağına ilişkin özellikle İsviçre öğretisinde bir takım farklı görüşler söz konusudur. Bu görüşler, ilanların birleşmenin hukuki geçerlilik kazanması sonrasında veya öncesinde yapılması çerçevesinde ileri sürülmüş olup; ilanın yapılacağı süreye ilişkin olarak, alacaklıların teminat talep etme sürelerinin ihlal edilmemesi, bununla birlikte birleşme prosedürünün de uzamamasını sağlayacak biçimde yapılması gerekliliği de belirtilmiştir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Bkz. Birinci Bölüm, 2/2.3.3.

¹⁴⁷ Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisi başlıklı TTK m.36 hükmü şu şekildedir:

MADDE 36- (1) Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. Bu günler, tescilin ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olan sürelerle de başlangıç olur.

(2) Bir hususun tescil ile beraber derhâl üçüncü kişiler hakkında sonuç doğuracağına veya sürelerin derhâl işleyeceğine ilişkin özel hükümler saklıdır.

(3) Üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez.

(4) Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

¹⁴⁸ Bu görüşlere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞTAN, s.192-197

Türk hukukunda ise, birleşmeye katılan şirketler tarafından alacaklılara yapılacak bu ilanın sebebinin alacaklıların haklarını kullanmalarını sağlamak olduğu bu sebeple ilanların birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce ve en geç birleşmenin tesciline ilişkin ilanla birlikte yapılması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur (Çoştan, 2009: s.195). Bununla birlikte diğer bir görüş ise, bu ilanın birleşmenin hukuki geçerlilik kazanması öncesinde yapılmasının ortada geçerli bir birleşme yok iken teminat talebinde bulunan alacaklılar ile karşılaşma ihtimali doğabileceği sebebiyle, TTK m.157 hükmünde öngörülen ilanının ilkinin birleşmenin tescil işleminin gerçekleştiği gün yapılması, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra ise birleşmeye katılan şirketlerden söz edilemeyeceği, çünkü devrolan şirketlerin tasfiyesiz bir şekilde sona ereceği, bu nedenle diğer ilanların devralan ya da yeni kurulan şirket tarafından yapılması gerektiğini ileri sürmektedir (Al Kılıç, 2009: s.61; Karahan, 2012: s.165). TTK m.157 hükmü ile bu ilanının birleşmeye katılan şirketler tarafından yapılacağı belirtilmiş olması ve birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasında sonra devrolan şirketin tasfiyesiz bir şekilde sona ereceği göz önünde bulundurulursa, ilanının birleşme öncesinde yapılmasının kanundaki genel düzenleme ile de uyum içinde olacağı kabul edilebilir. Bu suretle ilanların yedişer gün aralıklarla 3 defa yapılacağı düzenlendiği için, ilk iki ilan birleşmenin tescilinden önce ve son ilan ise birleşmenin tescili ile birlikte yapılabilecektir (Çoştan, 2009: s.196). Söz konusu ilanlarda, alacaklıların birleşmenin tescilinden itibaren 3 ay içerisinde teminat talep edebileceği belirtilmelidir (Çoştan, 2009: s.198). Bunun yanında, ortada geçerli bir birleşme ve neticelerinin var olmaması (TTK m.153) sebebiyle; alacaklıların teminat talebinde bulunurken devralan veyahut yeni kurulan şirket malvarlığının birleşme sonrası durumunu göz önüne almaları söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla TTK m.157 hükmü ile birleşmeye katılan şirketler tarafından yapılması gereken bu ilanların, ne zaman yapılacağına ilişkin tartışmalı olan bu hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Birleşmeye katılan şirketlerin yapacakları bu ilanların maliyetlerinin azaltılması amacıyla ilan sınırlandırılmış ve 6335 sayılı Kanun ile bir takım değişikliklere gidilmiştir (Eriş, 2013: s.1934; Tekinalp, 2013: N.24-96). Şöyle ki, değişiklik öncesinde bu ilanının, Türkiye Ticaret Sicili gazetesinde, tirajı elli binin üstünde olan yurt düzeyinde dağıtımı yapılan üç gazetede yedişer gün aralıkla üç

defa yapacakları ilanla ve ayrıca internet sitelerine konulacak ilanla haklarının bildirileceği öngörülmüştür. Değişiklik neticesinde, ilan için “*tirajı elli binin üstünde olan yurt düzeyinde dağıtımı yapılan üç gazete*” şartı kaldırılmıştır. Bununla beraber, değişiklik öncesinde m.157/II c.2 hükmüne göre “*İşlem denetçisi, birleşmeye katılan şirketlerin serbest malvarlıklarının, ödenmesine yetmeyeceği bilinen bir alacakları bulunmadığını veya böyle bir alacak istemi beklenmediğini doğruladığı*” takdirde şirketlerin ilan yükümlülüğü ortadan kalkmakta iken, işlem denetçisi vasıtasıyla denetimin kaldırılmasıyla birlikte bu cümle de madde metninden çıkarılmıştır.

TTK m.157 hükmü gereğince, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde teminat isteminde bulunabilecek alacaklıların taleplerine karşı, teminat borçlusu şirketin ise teminat verme yükümlülüğü birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı anda doğacak, ancak TTK m.157 hükmünde öngörülen 3 aylık sürenin dolmasıyla muaccel hale gelecektir (Çoştan, 2009: s.151). Alacaklıların teminat talep etme haklarının birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı anda doğduğu ve birleşmenin tescili ile birlikte devrolan şirketin tasfiyesiz olarak sona ereceği göz önüne alınırsa, gösterilmesi gereken teminatın türüne, teminatın kapsamına karar vermek ve yetkili olmayan kişilerce yapılan veya hukuki dayanaktan yoksun teminat istemleri halinde savunma yapmak ile yükümlü şirket devralan ya da yeni kurulan şirket olacaktır (Çoştan, 2009: s.207).

TTK m.157 hükmünde teminatın türü açısından da bir açıklık bulunmamaktadır. Teminatın türünün seçilmesi açısından alacaklıya herhangi bir hak tanınmadığı göz önüne alınırsa, teminatın türünün borçlu şirket tarafından belirleneceği kabul edilebilir (Aktaran Çoştan, 2009: s.209). Tüm alacaklılara aynı türde teminat gösterilmesi zorunlu değildir. Devralan ya da yeni kurulan şirketin göstereceği teminat, aynı veya şahsi nitelik arz edebilecektir (Çebi, 2010: s.263; Çoştan, 2009: s.210). Bu teminatlara ilişkin olarak, şirkete ait taşınır ve taşınmazlar üzerindeki rehin hakları aynı nitelikte, üçüncü kişinin garantisi ya da kefaleti ise şahsi nitelikte teminatlara örnek gösterilebilecektir (Çoştan, 2009: s.210; Pulaşlı, 2012: §7,122). Gösterilecek teminat, alacağı karşılama başka bir deyişle yeterli olmalıdır (Çebi, 2010: s.263). Bununla birlikte kamu alacaklarına gösterilecek

teminata ilişkin olarak, AATUHK m.9¹⁴⁹ hangi durumlarda teminat istenebileceğini düzenlerken, m.10 nelerin teminat olarak gösterebileceğini, m.11 ise şahsi kefalet hususunu düzenlemiştir. Buna göre, kamu borçları sebebiyle m.157 hükmüne göre teminat talep edildiği takdirde borçlu şirketin gösterebileceği teminatlar bakımından AATUHK m.10¹⁵⁰ ve şahsi kefalet bakımından ise m.11¹⁵¹ kıyasen uygulanabileceği öne sürülebilecektir.

Teminat borçlusu şirket, teminat taleplerine ilişkin üç aylık süre içerisinde sınırlı güvence imkânlarının büyük bir kısmını ilk talepte bulunan alacaklılar için kullanmamaya ve alacaklıların arasında belirli bazı alacaklıları koruyarak diğerlerini mağdur etmemeye özen göstermesi gerekmektedir (Pulaşlı, 2012: §7,122). Nitekim kamu alacaklarında AATUHK m.21 uyarınca öncelik hakkı¹⁵² olması sebebiyle, borçlu şirket kamu alacaklarına ilişkin teminatlara öncelik tanıyacak, bu durum ise diğer alacaklılar açısından risk teşkil edebilecektir. Alacaklıların teminat isteminin şekline ilişkin olarak TTK'da açık bir düzenleme olmamakla birlikte, ispat kolaylığı

¹⁴⁹ Teminat isteme başlıklı AATUHK m.9 hükmü şu şekildedir:

Madde 9 – (Değişik birinci fıkra: 26/11/1980 - 2347/1 md.) 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir.⁽¹⁾

Türkiye'de ikametgahı bulunmayan amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir.

¹⁵⁰ Teminat ve değerlendirilmesi başlıklı AATUHK m.10 hükmü şu şekildedir:

Madde 10 – Teminat olarak şunlar kabul edilir:

1. Para,

2. (Değişik: 17/9/2004 – 5234/7 md.) Bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen süresiz teminat mektupları,

3. (Değişik: 17/9/2004 – 5234/7 md.) Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler (Nominal bedele faiz dahil edilerek ihraç edilmiş ise bu işlemlerde anaparaya tekabül eden satış değerleri esas alınır.),

4. Hükümetçe belli edilecek Milli esham ve tahvilat "Bu esham ve tahvilat, teminatın kabul edilmesine en yakın borsa cetvelleri üzerinden % 15 noksanıyla değerlendirilir.",

5. (Değişik: 13/6/1963 - 251/1 md.) İlgililer veya ilgililer lehine üçüncü şahıslar tarafından gösterilen ve alacaklı amme idaresince haciz varakasına müsteniden haczedilen menkul ve gayrimenkul mallar.

Teminat sonradan tamamen veya kısmen değerini kaybeder veya borç miktarı artarsa, teminatın tamamlanması veya yerine başka teminat gösterilmesi istenir.

Borçlu verdiği teminatı kısmen veya tamamen aynı değerde başkalarıyla değiştirebilir.

¹⁵¹ Şahsi kefalet başlıklı AATUHK m.11 hükmü şu şekildedir:

Madde 11 – 10 uncu maddeye göre teminat sağlıyamayanlar muteber bir şahsı müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu gösterebilirler.

Şahsi kefalet tesbit edilecek şartlara uygun olarak noterden tasdikli mukavele ile tesis olunur.

Şahsi kefaleti ve gösterilen şahsı kabul edip etmemekte alacaklı tahsil dairesi muhtardır.

Amme alacağını ödiyen kefile buna dair bir belge verilir.

¹⁵² Rüçhan hakkı bir alacağın diğer alacaklardan önce tahsil edilmesi hakkını ifade etmektedir.

Bkz. YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s.582.

açısından istemin yazılı şekilde yapılması alacaklıların menfaatine olacaktır. Bununla birlikte, teminat borçlusu şirket teminat göstermekten kaçındığı takdirde, alacaklı icra veya dava yoluna başvurabilecektir (Çoştan, 2009: s.211). Aynı şekilde, alacaklının icra veya dava yoluna hangi süre içinde başvuracağına ilişkin TTK'da açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, İsviçre öğretisinde bu sürenin borçlu şirketin teminat göstermeyeceğini beyan ettiği tarihten başlatılması gerektiği öne sürülmüştür (Aktaran Çoştan, 2009: s.211).

Bununla birlikte 6335 sayılı kanun değişikliği ile devralan şirketin, alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini ispat etme durumunu düzenleyen TTK m.157/III kaldırılmıştır. Mülga fıkra uyarınca, devralan şirket alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini bir işlem denetçisi raporuyla ispat ederse, teminat verme yükümlülüğü ortadan kalkmaktaydı. Bu hüküm kaynağını İBK m.25/III ve m.46/I hükümlerinden almıştır¹⁵³. İfayı tehlikeye düşüren sebeplere ilişkin TTK'da açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, ifanın tehlikeye düşmediğinin ispatının ölçüsü de somut olaya göre değişkenlik gösterebilecektir (Çoştan, 2009: s.161). 6335 sayılı kanun değişikliği ile bu hüküm mülga edilerek şimdilik bu belirsizliklerin önüne geçilmişse de, özellikle birleşmelerde teminat verme yükümlülüğünün hiç bir istisnasının olmaması da şirket tüzel kişiliğinin menfaati açısından eleştirilebilecektir (Tekinalp, 2013: N.24-96).

TTK m.157/IV hükmü uyarınca, diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması hâlinde, yükümlü şirket teminat göstermek yerine borcu ödeyebilecektir. Burada önem arz eden husus diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının tespitidir. Nitekim hükümde bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Buna göre, devralan ya da yeni kurulan şirket, vadesi gelmiş tüm alacakları ödeyebilecek oranda serbestçe tasarruf edebileceği bir malvarlığına sahipse, bu durumda teminat gösterme yerine ödeme yapabileceği kabul edilebilir (Al Kılıç, 2009: s.62). Bu hükmün uygulanmasından alacağı muaccel olan alacaklılar, müaccel olan alacaklılara nazaran daha önce yararlanacaktır. Bu durumda alacaklılar arası menfaat dengesi açısından vadesi gelmiş bir alacağa ilişkin ödeme yapılırken, diğer alacaklıların hakların hanel gelmemesi hususuna dikkat edilmeli (Al Kılıç, 2009: s.62) müaccel alacaklar da göz önünde bulundurularak borçların ifası yoluna

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞTAN, s.156-187; AL KILIÇ, s.62.

gidilmelidir. Ayrıca TTK m.157/IV hükmü ile öngörülen bu husus şirkete seçimlik bir hak olarak tanınmıştır. Dolayısıyla müccel alacaklılarının durumunu da dikkate alan şirket menfaat dengesini sağlamak amacıyla bu hakkını kullanmamayı tercih edebilecektir.

4.3.1.2. Teminat Vasıtasıyla Korunmaya Elverişli Olmayan Talepler

Ticaret şirketlerinin birleşmesi sonrasında, alacaklıların teminat talebinde bulunabilmesi için, alacaklıların hak sahibi sıfatının bulunmasının¹⁵⁴ yanında teminat vasıtasıyla korunmaya elverişli bir talebin bulunması ve bu talebin doğmuş olması gerekmektedir. Çalışmamızda korunmaya elverişli olan talepler daha önce incelenmiştir¹⁵⁵. Bununla birlikte teminat vasıtasıyla korunmaya elverişli olmayan talepler bakımından ise, temel olarak ayrılma ve denkleştirme akçeleri ile ifası talep edilebilir alacakların incelenmesi gerekmektedir.

4.3.1.2.1. Ayrılma ve Denkleştirme Akçesi

TTK m.191/I uyarınca, 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 TTSG'de ilanından itibaren iki ay içinde, söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilecektir. TTK m.157 hükmü uyarınca teminat talep edilmesi için, teminat talep edilen alacağın hukuki sebebinin, birleşme öncesinde doğmuş olması gerekmektedir. Ancak ortaklık paylarının ve haklarının geçişine ilişkin denkleştirme akçesine dayanak talebin hukuki sebebinin, geçerli bir birleşme teşkil etmektedir. Dolayısıyla denkleştirme akçesine bağlı alacağın hukuki sebebinin birleşme öncesinde meydana geldiğinden söz edilemeyeceği için bu talep TTK m.157 hükmü ile teminat altına alınamayacaktır (Çoştan, 2009: s.145).

Bununla birlikte, TTK m.141 ile ortaklara tanınmış olan ayrılma akçesinin hukuki sebebinin de hukuken geçerli bir birleşme teşkil etmektedir. Bu sebeple, ayrılma akçelerine ilişkin alacaklar için de TTK m.157 anlamında bir teminat talebi söz konusu olmayacaktır (Çoştan, 2009: s.145).

¹⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm, 2/2.2

¹⁵⁵ Bkz. İkinci Bölüm, 3

4.3.1.2.2. İfası Talep Edilebilir Alacaklar

TTK m.157 hükmünde açıkça öngörülmemekle birlikte, ifası talep edilebilen alacaklar için, başka bir deyişle muaccel hale gelmiş olan alacaklar için teminat talep edilemeyeceği zira alacaklıların ifayı talep edebileceği öne sürülmüştür (Çoştan, 2009: s.149). Bununla birlikte Alman hukukunda, ifa talebinde bulunamayan alacaklıların teminat talep edebileceği açıkça düzenlenmiştir (Çoştan, 2009: s.149 dn 157).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde muaccel ve ifası talep edilebilir borçlar için teminat istenemeyeceğine ilişkin olarak Çoştan, ifayı talep edebilecek durumdaki alacaklıya tekrar teminat vasıtasıyla koruma sağlamanın, ek bir koruma sağlamayacağı, dolayısıyla muacceliyet iddiasında bulunan alacaklının borcun ifasını talep edebilmesi sebebiyle, TTK m.157 hükmü uyarınca teminat isteyemeyeceğini belirtmiştir. Bununla beraber, muacceliyetin alacaklıya veya karşı edime bağlı olması durumunda da alacaklının teminat vasıtasıyla korunması gerekli görülmemiştir (Aktaran Çoştan, 2009: s.149). Bu durumlarda alacaklının TTK m.157 hükmüne göre teminat isteyememesinin sebebi, alacaklının borçlu şirketin borcunu ifa edememe riskini alacağı muaccel hale getirmek ve ifayı talep etmek suretiyle önleyebilecek olmasıdır (Aktaran Çoştan, 2009: s.150). Muacceliyetin, TTK m.157 hükmüncü düzenlenen birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından itibaren 3 ay içinde, başka bir deyişle teminat istenebilecek süre içinde gerçekleşmesi söz konusu ise, bu alacakların da ifasının mümkün olduğu dolayısıyla, bu alacaklar içinde teminat talep edilemeyeceği ileri sürülmüştür (Çoştan, 2009: s.152).

Muaccel duruma gelmiş alacaklar için teminat istenemeyeceğine dair TTK'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, ifası talep edilebilir nitelikteki bu alacaklar için teminat talep edilememesi, devralan veya yeni kurulan şirketin teminat yükü altında zor durumda kalmaması ve diğer alacaklılarında mağdur olmaması açısından isabetli kabul edilebilecektir (Çoştan, 2009: s.211).

4.3.2. Ortakların Şahsi Sorumluluğu

TTK ile öngörülmüş olan ve ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların talebi doğrultusunda kullanılan bir diğer koruma vasıtası ise ortakların şahsi

sorumluluğudur¹⁵⁶. Bu husus TTK'nın 158. maddesinde düzenlenmiş olup kaynağını İBirk m.26 hükmünden almaktadır.

TTK m.158/I c.1 uyarınca, “Devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder.” Bu hüküm sermaye şirketi ve şahıs şirketi birleşmelerinde, birleşme işleminin devrolunan tarafı olan şahıs şirketleri ortaklarının ikinci dereceden ve sınırsız olan sorumluluklarının, birleşme neticesinde sermaye şirketi bünyesinde ikinci dereceden ve sınırlı sorumluluk şeklinde değişmesi durumunda uygulama alanı bulacaktır (Pulaşlı, 2012: §7,126; Çoştan, 2009: s.223; Karahan, 2012: s.193; Tekinalp, 2013: N.24-97). Bu hükmün amacı, sermaye şirketleri ile devrolunan konumda birleşen şahıs şirketlerinin kişisel sorumlu ortaklarının, birleşme sonucunda devralan şirketteki sorumluluk rejimlerinin değişmesi sebebiyle meydana gelebilecek sorunların hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla kanun tarafından kesin kurullarla çözülmesidir¹⁵⁷. Dolayısıyla devrolan şirket ile ortakların sınırsız sorumluluğuna güvenerek hukuki ilişkiye giren alacaklıların, birleşme nedeniyle zarar görmeleri engellenmiş olmaktadır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde, “İlke, bir taraftan birleşmenin, mevcut sorumluluğun sona ermesine neden olamayacağı, diğer taraftan da birleşmenin kimseye, bu arada doğal olarak alacaklılara zarar vermemesi, hiç kimsenin birleşmeden, bizatihi birleşmeden başka yarar sağlamaması, aksi halde bunun haksız olacağı şeklindeki, özü adalet olan düşünceye dayanır.” şeklinde belirtilmiştir¹⁵⁸.

Kanun koyucu, bu sorumluluğun devamını şarta bağlamıştır şöyle ki, TTK m.158/I c.2 uyarınca, bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır. Bu noktada birleşme kararının ilanı ile kastedilen, TTK m.154 ile öngörülen ilandır¹⁵⁹. Kanun hükmüne göre, ortakların şahsi sorumluluklarının devamı için, borçların ya da borcu doğuran sebebinin ilândan önce oluşmuş olması koşullarının aranması hukuken adaletin sağlanmasına yöneliktir. Nitekim birleşmenin ilânından sonra doğan veya sebebi oluşan borçlarda kişisel sorumlu ortağı, sınırsız bir şekilde sorumlu tutmaya

¹⁵⁶ Ticari işletmenin katıldığı birleşmelerde ortakların devam eden sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞTAN, s.224-225.

¹⁵⁷ TTK m.158 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁵⁸ TTK m.158 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁵⁹ TTK m.158 hüküm gerekçesine bkz.

devam etmek adil olmayacaktır¹⁶⁰. Borcun sebebinin birleşme kararının oluşmasından önce doğması şartı, sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden, vekâletsiz iş görmeden ve haksız fiillerden doğan tüm borçlar yönünden geçerlidir. Haksız fiiller açısından, zararı doğuran fiilin birleşme kararının ilânı tarihinden önce gerçekleşmiş olması yeterlidir; yoksa zararın da bu tarihten önce ortaya çıkması şart değildir. Bununla birlikte hüküm kişisel sorumlulukla ilgili olup ek yükümlere, kişisel taahhütlere (kefalet ve garanti gibi) uygulanmaz. Bu sorumluluklar 158 inci madde uygulanmaksızın devam edecektir¹⁶¹.

TTK m.158/II ile, ortakların sorumluluğu için özel bir zamanaşımı öngörülmüştür. Buna göre, devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıca, alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlayacaktır. Bu süre zamanaşımı niteliğinde olup, hak düşürücü bir süre niteliğinde değildir. Hükümde düzenlenen sorumluluğun özel bir zamanaşımına tâbi olması hüküm gerekçesi uyarınca, yine hukuki adalet düşüncesinin gereğidir¹⁶². Anılan zamanaşımı kuralı, hiçbir şekilde daha önce zamanaşımına uğramış taleplere yeni bir süre kazandırmayacağı gibi, bir talep, fıkradaki üç yıldan önce zamanaşımına uğruyorsa kendi süresine tâbi olacak; yoksa geri kalan süre üç yıla kadar uzamayacaktır. Özel zamanaşımının başlangıcı birleşme kararının ilânı tarihidir (TTK m. 154). Alacak bu tarihten sonra muaccel olursa, muacceliyet anı başlangıç tarihi kabul edilecektir. TTK m.158/II hükmü ile öngörülen süre yönünden sınırlama sadece devrolunan şirketin kişisel sorumlu ortakları için uygulanır. Nitekim TTK m.158/II c.3 gereği bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmayacaktır¹⁶³. Devrolan şirket ortaklarının kamu borçları karşısındaki durumunu da bu sorumluluk kapsamında değerlendirmek gerekir. Şöyle ki, birleşme kararının ilanından önce doğmuş olan kamu hukukundan kaynaklı borçlar (özellikle vergi borçları) veya bu borçların sebepleri, şirket ortaklarının ikinci dereceden

¹⁶⁰ TTK m.158 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁶¹ TTK m.158 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁶² TTK m.158 hüküm gerekçesine bkz.

¹⁶³ Kendigelen, TTK m.158/2 son cümleinin anlamsız olduğunu vurgulamış; devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan bir ortağın, birleşme sonucu zaten hukuki konumu değişmeyeceği için, ikinci fıkroda öngörülen zamanaşımına ilişkin hükmün onun hakkında uygulanmasının söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Bkz. KENDİGELEN, s.121.

sorumlulukları sebebiyle öncelikle şirket üzerinde doğacaktır. Dolayısıyla kamu alacaklarının tahsili açısından AATUHK m. 102’de öngörölmüş olan 5 yıllık zamanaşımı süresinin devrolan şirket ortakları açısından, ilgili kamu borcu öncelikle şirket üzerinde var olduğu için bir anlam ifade etmeyeceği ve birleşme sonrasında ortakların sınırsız sorumluluğunun TTK m.158 uyarınca 3 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı ileri sürülebilecektir.

Bununla birlikte, TTK m.158/III hükmü uyarınca kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam edecektir; meğerki izahname başka bir düzenleme içersin.

Ortakların devam eden sorumluluklarına ilişkin olarak birleşmelerde önem arz eden bir hususta, TTK m.158 hükmünün, birleşme öncesinde sınırsız sorumlu olan ancak, TTK m.141 uyarınca ayrılma akçesini alarak ortaklıktan ayrılan ortaklar için de uygulanacak olmasıdır (Çoştan, 2009: s.223). Aksi takdirde alacaklıların mağdur olması söz konusu olabileceği gibi, ortaklar da borçlarından kurtulabilmek için TTK m.141 hükmüne başvurabilecek ve bu durum ise hükmün amacına aykırı olacaktır.

4.3.3. İnceleme Hakkı

TTK kapsamında, ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunmasına hizmet eden bir diğer koruma vasıtası, TTK m.149 hükmü ile düzenlenmiş olan birleşmeye ilişkin belgelerin incelenme hakkıdır (Al Kılıç, 2009: s.62; Çoştan, 2009: s.212; Özen, 2010: s.138; Pulaşlı, 2012: §7,86; Tekinalp, 2013: N. 24-67). Hükme göre, birleşmeye katılan şirketlerden her biri, merkezlerinde, şubelerinde ve halka açık anonim şirketler ise Sermaye Piyasası Kurulunun öngöreceği yerlerde, birleşme sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin 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 yükümlü tutulmuştur. Bunlar, ilgili sermaye şirketlerinin internet sitelerinde de yayımlanacaktır¹⁶⁴ (TTK m.149/1).

¹⁶⁴ Sermaye şirketleri tarafından TTK m.149 hükmünün konusunu teşkil eden hususların internet sitesinde yayımına ilişkin usul ve esaslar, RG. 31.06.2013/28663 sayılı Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik m.6/III b.a hükmünde düzenlenmiştir.

Hüküm kaynağını İBirk m. 16 ve Üçüncü Konsey Yönergesi m.11 hükümlerinden almıştır. Ancak TTK m.149 hükmü gerekçesinde de belirtildiği üzere hüküm kaynaklarından birçok yönde ayrılmıştır. Şöyle ki; TTK ile inceleme hakkı sadece ortaklara değil, daha geniş bir menfaat çevresine tanınmıştır. Söz konusu belgelerin (varsa) basılı şekillerinin aynı menfaat sahiplerine verilmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme, mevcut durumda basılı olmayan belgelerin basılmasını isteme hakkını kimseye vermeyecektir. Son olarak maddede anılan belgelerin, internet siteleri olan sermaye şirketlerinin internet sitelerinde yayınlanma zorunluluğu da TTK'yı kaynak İBirk ve Üçüncü Konsey Yönergesi'nden ayırmaktadır¹⁶⁵.

Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, TTSG'de yayımlanan ve internet sitelerine de konulan ilanda, inceleme yapma hakkına işaret etmelidir. Ayrıca birleşmeye katılan her şirket, birinci fıkrada anılan belgelerin nereye tevdi edildiklerini ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarını, tevdiden en az üç iş günü önce, TTSG ile şirket sözleşmesinde öngörülen gazetelerde ve sermaye şirketleri de internet sitelerinde ilan edecektir (TTK m.149/III, IV).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, her ne kadar TTK m.149 metninde veya gerekçesinde diğer ilgililerin kapsamı açıkça belirtilmemişse de, alacaklıların ve potansiyel alacaklıların menfaatleri gereği diğer ilgililer kapsamında olduğu kabul edilmelidir (Al Kılıç, 2009: s.62; Çoştan, 2009: s.215; Özen, 2010: s.138; Pulaşlı, 2012: §7,91; Tekinalp, 2013: N. 24-67). Dolayısıyla TTK m.149/II hükmü gereği, birleşme tarafı şirketlerin alacaklıları da anılan belgelerin suretlerinin ve varsa basılı şekillerinin kendilerine verilmesini isteyebilirler. Bunlar için, herhangi bir bedel veya gider karşılığı istenilemez.

ETTK ile öngörülen alacaklıların birleşmeye ilişkin itiraz hakları, birleşme prosedürünü yavaşlatması sebebiyle TTK ile birlikte kaldırılmıştır. Bunun neticesinde, birleşme öncesi bu tür bir inceleme hakkının işlevselliği tartışılabilirse de, inceleme hakkıyla birlikte alacaklılar, birleşen şirketler hakkında ön bilgiye sahip olabilecek ve teminat talebinde bulunma kararlarında bu durum rol oynayabilecektir. Bununla beraber, TTK m.149 hükmünde belirtilen ve ilan edilen belgeleri inceleme hakkını kullanan alacaklılar, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 37.

¹⁶⁵ TTK m.149 hüküm gerekçesine bkz.

maddesi¹⁶⁶ uyarınca birleşmenin gerçeği tam olarak yansıtmadığını yahut kanuna uygun olmadığını, kamu düzenine aykırı veya üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğunu ispata elverişli bir takım olguları, müdürlüğe bildirebileceklerdir (Çoştan, 2009: s.217).

TTK m.149/son fıkra ile küçük ve orta ölçekli şirketlerin tüm ortaklarının onaylaması halinde, inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilebileceği belirtilmiştir. Birleşmelerde küçük ve orta ölçekli şirketlere kolaylık sağlayan bu düzenlemenin, alacaklılara olan etkisi ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

TTK ile alacaklılara sağlanan inceleme hakkı her ne kadar alacaklılara doğrudan birleşmeye müdahale hakkı tanımasa da, kanuna uygun olmayan veyahut kamu düzenine aykırı durumların, alacaklılar tarafından Ticaret Sicili Müdürlüğü'ne bildirilebilecek olması alacaklıların mağduriyet riskini belli bir oranda azaltabilecektir. Bununla birlikte alacaklıların birleşmeye ilişkin olarak ön bilgiye sahip olması, başvurabilecekleri diğer koruma vasıtaları açısından da önem teşkil etmektedir. Daha önce belirtmiş olduğumuz koruma vasıtalarına nazaran inceleme hakkı, bünyesinde hem bireysel hem de kurumsal koruma vasıtalarının özelliklerini barındırmaktadır. Nitekim kanun tarafından emredici hüküm ile şirketlere belirtilen belgeleri incelemeye sunmak yükümlülüğü¹⁶⁷ kurumsal nitelik taşıırken, alacaklıların inceleme hakkını bildirimle birlikte kendi talepleri doğrultusunda kullanmaları bireysel nitelik taşımaktadır.

¹⁶⁶ Müdürlüğe üçüncü kişilerin başvurusu ve sonuçları başlıklı Ticaret Sicili Yönetmeliği m.37 hükmü şu şekildedir:

MADDE 37- (1) Tescil başvurusuna ilişkin müdürlüğün herhangi bir kararı veya işlemi üzerine kişisel yararı bulunmasa bile üçüncü kişiler, bu kararın veya işlemin gerçeği tam olarak yansıtmadığını yahut Kanuna uygun olmadığını, kamu düzenine aykırı veya üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğunu ispata elverişli birtakım olguları, müdürlüğe bildirebilir. Bu iddiaların yerinde olduğuna kanaat getirilmesi ve henüz bir işlem yapılmamış olması halinde başvuru reddedilir. İşlem gerçekleştirilmiş ise, 36 ncı maddeye göre işlem tesis edilir. Ayrıca, üçüncü kişilerin başvurusu bir ticaret unvanının tescil edilmediğine, Kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğine veya kullanıldığına ilişkin olması durumunda da 36 ncı maddeye göre hareket edilir.

(2) Müdürlük, başvuruda bulunmuş olan üçüncü kişiye söz veya yazı ile uygun gördüğü soruları sorabilir. Üçüncü kişi, bunları açıkça cevaplandırmaya mecburdur. Gerekli cevapları vermediği takdirde, başvuru değerlendirmeye alınmayabilir.

¹⁶⁷ İstisnası için bkz TTK m.149/V.

4.3.4. Sorumluluk Davası

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması açısından, birleşmeye taraf olan şirketler ile kurmuş oldukları hukuki ilişkiler sonucunda var olan alacak haklarını koruyan düzenlemelerin yanında, birleşme işlemleri sırasında uğrayabilecekleri zararlara karşı koruyan koruma vasıtaları da önem arz etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu TTK m.193 uyarınca, alacaklıları birleşme işlemleri sırasında uğrayabilecekleri zararlara karşı sorumluluk davası yolu ile koruma altına almıştır¹⁶⁸. Buna göre, birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumlu olacaklardır (TTK m.193/I c.1).

TTK m.193 uyarınca düzenlenen sorumluluk davasında, birleşme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zarardan sorumlu tutulmuştur (Çoştan, 2009: s.257; Özen, 2010: s.124; Pulaşlı, 2012: §9,58). Dolayısıyla TTK m.193'te düzenlenen sorumluluk kusur sorumluluğudur¹⁶⁹. Bununla birlikte TTK m.549 vd. ise, anonim şirketlere ilişkin hukuki sorumluluk halleri düzenlenmiştir (Pulaşlı, 2012: §21,114). TTK m.549 uyarınca, *“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”*.

Bu düzenlemeler çerçevesinde birleşmeye taraf şirketlerden birinin anonim şirket olması halinde, söz konusu sorumluluk niteliği gereği TTK m.193 ve TTK m.549 hükümlerinin her ikisinin de kapsamına giriyorsa, hangi hükmün dayanak teşkil edeceği tartışmaya sebebiyet verebilecektir (Çoştan, 2009: s.257)¹⁷⁰. TTK m.193 hükmünde şirkete, ortaklara ve alacaklılara aktif dava ehliyeti tanınırken, TTK m.549'da ise, zarar görenlere aktif dava ehliyeti tanınmıştır. Bununla birlikte

¹⁶⁸ Ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının incelenmesi (TTK m.191), Birleşmenin, bölünmenin ve tür değiştirmenin iptali (TTK m.192) davalarında alacaklılara aktif dava ehliyeti tanınmamıştır.

¹⁶⁹ Kusur sorumluluğunda sorumluluk, zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanmaktadır. Bkz. EREN, s.493; KILIÇOĞLU, s.270 vd.

¹⁷⁰ TTK m.193'ün hukuki sorumluluğa ilişkin diğer hükümlerle arasındaki ilişkisi için bkz. ÇOŞTAN, 257-263.

daha önce de belirttiğimiz gibi, TTK m.193 ile düzenlenen sorumluluk davasında, kusur sorumluluğu söz konusu iken, TTK m.549 kusursuz sorumluluk ile daha kapsamlı bir düzenleme öngörmüştür. Dolayısıyla anonim şirketin taraf olduğu birleşmelerde, belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması halinde TTK m.549 uyarınca dava açılması kusursuz sorumluluk dolayısıyla, alacaklıların menfaatleri açısından daha isabetli olacaktır (Çoştan, 2009: s.257). Ancak bu noktada da TTK m.549'un anonim şirketlere özgü şekilde düzenlenmesi sebebiyle, şahıs şirketlerinin taraf olduğu birleşmelerde alacaklıların korunması farklılık teşkil edebilecek ve alacaklılar arası eşitlik dolaylı olarak bozulabilecektir. Bununla birlikte, TTK m.193/I c.2 kurucuların sorumluluklarını saklı tutmuştur. Bu sebepten ötürü anonim şirketlerin taraf olduğu birleşmelerde kurucuların sorumluluğu için, yine farklı bir hüküm uyarınca dava açılacaktır. Şöyle ki, TTK m.553 kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleme altına almıştır. Hüküm uyarınca, 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 sorumlu olacaklardır (TTK m.553/I). Hüküm 6335 sayılı kanununun 28. maddesi ile değişikliğe uğramış 1. fıkrada yer alan “*yükümlülüklerini*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*kusurlarıyla*” ibaresi eklenmiş ve değişiklik öncesinde var olan “*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*” ibaresi kanun metninden çıkarılarak, kurucuların kusurları ile sorumlu oldukları doğrudan belirtilmiştir. Bununla birlikte yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin sorumlulukları, TTK m.193 ile saklı tutulmadığı için yönetim kurulu üyelerine veya yöneticilere karşı sorumlulukları sebebiyle açılacak dava TTK m.553 ya da TTK m.193'e göre açılabilecektir (Çoştan, 2009: s.259). Belirttiğimiz üzere, sorumluluk davaları arasındaki mevcut düzenleme, sorumluluk davaları açısından birbirinden bağımsız uygulamaların ortaya çıkmasına ve şirket alacaklılarının şirket birleşmeleri sebebiyle açacakları davaların farklı esaslara dayanmasına sebep olmaktadır (Çoştan, 2009: s. 257,259). Dolayısıyla TTK m193 hükmünün, TTK m.553 ve TTK m.549 hükümleri dikkate alınarak tekrar kaleme alınması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür (Çoştan, 2009: s.259).

TTK m.193 hükmü ile daha önce belirttiğimiz gibi kusur şartı öngörülmüştür. Bu sebepten ötürü hafif ihmalde dâhil her tür kusur, sorumluluğun doğması için

yeterli sayılmıştır. Kusurun belirlenmesinde, aynı çevreden normal ve makul bir kişinin davranışları esas alınmalıdır (Çoştan, 2009: s.268). Bununla birlikte sorumluluk davasının sebebi olan ihlalin davalının görevi sırasında gerçekleşmiş olması yeterli olup, görevden ayrılmış olması davanın açılmasına engel teşkil etmemektedir (Aktaran Çoştan, 2009: s.266).

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, işlem denetçisi raporunun 6335 sayılı değişiklik ile birlikte kaldırılmasına paralel olarak, birleşme bölünmeyi ve tür değiştirmeyi denetlemiş işlem denetçisinin sorumluluğunu düzenleyen TTK'nın 193. maddesinin ikinci fıkrası hüküm metninden çıkarılmıştır.

TTK m.193 hükmü ile düzenlenen sorumluluğa ilişkin bu davayı, alacaklıların hangi mahkemede açacağına dair hüküm metninde açık bir düzenleme mevcut olmasa da TTK'da düzenlenen konuların ticari dava¹⁷¹ niteliği taşıması sebebiyle (TTK m.4), davanın asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği kabul edilebilecektir. Aynı şekilde, TTK m.193 hükmüne dayanılarak açılacak davalarda yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin olarak da TTK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre genel yetki kuralından¹⁷² yola çıkılarak (Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁷³ m.6) davanın, davalı şirketin merkezinde açılacağı kabul edilebilir. Kaynak İBirk ise sorumlu kişilere karşı açılacak davaların, yeniden yapılmaya taraf şirketlerden birisinin merkezinde açılabilmesine olanak tanımıştır (Çoştan, 2009: s.269). Bu sebeple Çoştan, TTK m.193 hükmünde düzenlenen davanın da, birleşme tarafı şirketlerden birisinin merkezinde

¹⁷¹ Ticari davalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012, s.97 vd; BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 11.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.72 vd; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2012, s.71 vd; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2012, s.47 vd; ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ ARSLAN, Kaya/ERTAN, N.Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.106 vd; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.109 vd; DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007, s.121 vd.

¹⁷² Genel yetki kuralına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul 2012, s.264; KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.132; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.116; MUŞUL, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.80.

¹⁷³ RG. 04.02.2011/27836.

açılabilmesine olanak sağlanmasının hakkın kullanımını kolaylaştıracağını belirtmiştir (Çoştan, 2009: s.269).

TTK m.193 hükmünde düzenlenen sorumluluk davasında aktif dava ehliyeti başka bir deyişle davacı olma sıfatı, şirketlere, ortaklara ve alacaklılara tanınırken, pasif dava ehliyeti yani davalı olma sıfatı ise birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış olan kişiler olarak belirtilmiştir. Yeniden yapılanma işlemlerine dolaylı olarak katılan, avukat ve noterler gibi dışarıdan hizmet verenlerin sorumluluğa tabi olmaması ve bu tür kişilerin sorumluluklarına ilişkin olarak sözleşmeden doğan sorumluluk (Akıntürk, 2009: s.77) hükümlerine dayanılması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁴.

Son olarak, TTK m.193/III ile sorumluluğa ilişkin olarak, m. 202 ilâ 208 (hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması), m. 555 (anonim şirketin zararı), m. 557 (teselsül ve başvuru), m. 560 (zamanaşımı) hükümleri saklı tutulmuş, bir sermaye şirketinin veya kooperatifin iflası hâlinde ise TTK m. 556 ve 570 ile Kooperatifler Kanunu m. 98 hükmünün kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir.

¹⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞTAN 274.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ÖZELLİK TEŞKİL
EDEN DURUMLAR VE ALACAKLILARA ETKİSİ

1. KOLAYLAŞTIRILMIŞ ŞİRKET BİRLEŞMELERİ

1.1. Sermaye Şirketlerinde Kolaylaştırılmış Birleşmeler

1.1.1. Hükmün Uygulama Alanı ve Şartları

TTK kapsamında sermaye şirketlerinin birleşmesinde bazı şartları sağlayan şirketlere birleşme işlemlerine ilişkin bir takım kolaylıklar sağlanmıştır. İBirk m.23 hükmünün kaynak teşkil ettiği TTK m.155, öngörülen şartların varlığında kolaylaştırılmış birleşmeyi sadece sermaye şirketlerinin birleşmesine ilişkin düzenlemektedir. Bu hüküm, kıyas yolu ile şahıs şirketlerine uygulanamayacaktır¹⁷⁵.

TTK m.155 hükmü uyarınca, kolaylaştırılmış şekilde birleşmeler iki halde söz konusu olmaktadır. Buna göre;

- Devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına veya
- Bir şirket ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına sahiplerse sermaye şirketleri kolaylaştırılmış şekilde birleşebileceklerdir (TTK m.155/I).

Bu durumda, TTK m.155/I, (a) bendi uyarınca öngörülen halde, bir ana/yavru şirket birleşmesi, başka bir deyişle yavru şirketin ana şirket tarafından devralınması düzenlenmiş olmakla, (b) bendin de ise iki kardeş sermaye şirketinin birleşme hali öngörülmüştür.

TTK m.155/II hükmünde ise kolaylaştırılmış şirket birleşmelerinin uygulanabileceği ikinci hal düzenlenmiştir. Şöyle ki devralan sermaye şirketi, devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahipse azınlıkta kalan pay sahipleri için devralan şirkette bu payların denk karşılığı olan paylar verilmesi, ayrıca şirket payları yanında 141 inci

¹⁷⁵ TTK m.155 hüküm gerekçesine bkz.

maddeye göre şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan nakdî bir karşılık verilmesinin önerilmiş olması ve birleşme dolayısıyla ek ödeme borcunun veya herhangi bir kişisel edim yükümlülüğünün yahut kişisel sorumluluğun doğmaması hâlinde, birleşme kolaylaştırılmış usulde gerçekleştirilebilir.

İkinci halde devralan şirket, devrolunan şirketin oy hakkı veren paylarının yüzde doksanına sahiptir. Bu durumda, kolaylaştırılmış usulde birleşmeden yararlanabilmek için, devralan şirketin devrolunan şirketin tüm paylarına değil, oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahip olması yeterli görülmüş olmakla birlikte, azınlıkta kalan pay sahiplerinin de korunması şart koşulmuştur (Pulaşlı, 2012: §7,154; Çoştan, 2009: s.103; Al Kılıç, 2009: s.173; Tekinalp, 2013: N. 24-91).

1.1.2. Birleşmeye Katılan Sermaye Şirketlerine Sağlanan Kolaylıklar

TTK m.155 hükmünde kolaylaştırılmış usulde birleşmelerden sermaye şirketlerinin hangi şartlarda yaralanabileceği düzenlenirken, TTK m.156 hükmünde ise bu şirketlere sağlanan kolaylıklar düzenlenmiştir.

TTK m.156/I hükmü TTK 155/I fıkrasındaki şartları taşıyan sermaye şirketlerine ilişkin olarak “*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*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, TTK m.155/I hükmünde öngörülen şartlara haiz olan sermaye şirketleri birleşme sözleşmelerinde, birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini (TTK m.146/I b.a); gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesini (TTK m.146/I b.f) ve gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini (TTK m.146/I b.i) belirtirler. Ancak bu şirketler hüküm ile sağlanan kolaylık doğrultusunda, TTK m.147 hükmünde öngörülen birleşme raporunu düzenlemeye, TTK m.149 hükmünde öngörülen inceleme hakkını sağlamaya ve TTK m.151 hükmü uyarınca birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına sunmaya ilişkin işlemleri yapmakla yükümlü değildirler (Al Kılıç, 2009:

s.174; Pulaşlı, 2012: §7,156; Çoştan, 2009: s.103). Aynı şekilde bu şirketler 6335 sayılı kanun ile mülga edilen şirket birleşmelerinin denetlenmesine ilişkin TTK m.148 hükmünden de değişiklik öncesi muaf tutulmuş ancak ilgili hükmün kanun metninden çıkarılmasıyla, şirketlere sağlanan bu muafiyet de dolaylı olarak işlevini yitirmiş ve madde metni değiştirilmiştir.

Görüldüğü gibi TTK m.155/I hükmü uyarınca öngörülen yavru şirketin devralınmasında ve kardeş şirketler arası birleşmelerde, birleşme prosedürü oldukça basitleştirilmiştir. Kanun koyucu, birleşme sözleşmesini yeterli bulmuş, birleşme raporuna, birleşmenin denetlenmesine, inceleme hakkı sağlanmasına, hatta bunun genel kurulun onayına sunulmasına gerek görmemiş, bu işlemlerin yapıp yapılmamasını birleşen şirketlere bırakmıştır¹⁷⁶.

TTK m.156/II hükmü TTK 155/II fıkrasındaki şartları taşıyan sermaye şirketlerine ilişkin olarak ise, *“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.”* şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, TTK m.155/II hükmünde öngörülen şartlara haiz olan sermaye şirketleri birleşme sözleşmelerinde, birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini (TTK m.146/I b.a), şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları (TTK m.146/I b.b), gereğince 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesini (TTK m.146/I b.f) ve gereğince sınırsız sorumlu ortakların isimlerini (TTK m.146/I b.i) belirtirler. Bununla birlikte bu şirketler TTK m.147’deki birleşme raporunu düzenlemeye ve TTK m.151 hükmüncü birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına sunmaya ilişkin işlemleri yapmaya yükümlü tutulmamışlardır. Ancak bu şirketlerin TTK m.149 hükmüncü öngörülen

¹⁷⁶ TTK m.155 hüküm gerekçesine bkz.

inceleme hakkını, birleşmenin tescili için ticaret siciline yapılan başvurudan otuz gün önce sağlamış olması gerekmektedir (TTK m.156/II) (Al Kılıç, 2009: s.174; Pulaşlı, 2012: §7,159; Çoştan, 2009: s.103).

Görüldüğü gibi kanun koyucu her iki durumda da, şartları sağlamaları halinde sermaye şirketlerine, birleşme prosedürü açısından bir takım kolaylıklar sağlamıştır. Bu kolaylıklar özellikle yavru şirketin devralınmasında veya kardeş şirket birleşmelerinde, birleşme işlemlerinin daha hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte sermaye şirketlerine, birleşme işlemlerinde sağlanan bu kolaylıkların, tez konumuz açısından alacaklılara olan etkisinin de incelenmesi gerekmektedir.

1.1.3. Kolaylıkların Alacaklıların Korunmasına Etkisi

TTK m.155 ve TTK m.156 hükümleri ile sermaye şirketlerinin birleşmesinde sağlanan kolaylıklar, özellikle yavru şirketin devralınmasında inceleme hakkının kullanımının şirket inisiyatifine bırakılması sebebiyle, alacaklıların haklarını sınırlayıcı bir etki yaratmaktadır (Çoştan, 2009: s.104). İnceleme hakkı, özellikle şirket birleşmelerinde denetime ilişkin olan TTK m.148 hükmünün mülga edilmesi ile birlikte alacaklılar açısından daha fazla önem kazanmıştır. Sermaye şirketlerine sağlanan bu kolaylıklar çerçevesinde inceleme hakkının bir yükümlülük olmaktan çıkarılması ile birlikte, inceleme hakkı (TTK m.149) kapsamında edinebileceği bilgilerden de mahrum kalan alacaklılar dolaylı olarak kendilerine sağlanmış olan teminat talep etme hakkının kullanımı konusunda da mağduriyet yaşayabileceklerdir.

Sermaye şirketlerinin birleşmesinde alacaklıları sağlanan bu kolaylıklar, alacaklıların inceleme hakkına etki ederken, inceleme hakkına bağlantılı olarak kullanılacak teminat talep edebilme haklarına (TTK m.157) da etki edecektir. Bununla birlikte alacaklıları doğrudan koruyan ortakların şahsi sorumluluklarının birleşme sonrasında devam etmesine (TTK m.158) ilişkin düzenlemenin ise sağlanan bu kolaylıklardan etkilenmeyeceği ileri sürülebilecektir.

Öte yandan, yavru şirketin ana şirket tarafından devralınması halinde, alacaklıların birbirine yabancı iki şirketin birleşmesi durumuna nazaran daha az risk

altında olabileceği de dikkate alınmalıdır¹⁷⁷. Nitekim ana şirket ve yavru şirket birbirine yakın şirketlerdir. Dolayısıyla alacaklıların inceleme hakkını kullanamaması, oluşabilecek riskin boyutu kapsamında, önemini yitirebilecektir.

1.2. Küçük ve Orta Ölçekli Şirketlerde Kolaylaştırılmış Birleşme

1.2.1. Vazgeçilebilecek Hususlar

TTK m.1523/I ve II. fıkra hükümlerine göre belirlenen küçük ve orta ölçekli şirketler, tüm ortakların onaylaması halinde, birleşme prosedüründe bir takım işlemlerden muaf tutulmuştur (Pulaşlı, 2012: §7,160; Çoştan, 2009: s.97). Küçük ve orta ölçekli sermaye şirketleri, TTK m.1523 ile yapılan atıf doğrultusunda, TTK m.1522 uyarınca küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlayan ölçütler ile belirlenecektir. Küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlayan bu ölçütler, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun görüşleri alınarak, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenecektir (TTK m.1522)¹⁷⁸. Buna göre, tüm ortakların onaylaması halinde küçük ve orta ölçekli şirketler, TTK m.147/IV uyarınca birleşme raporunun düzenlenmesinden; TTK m.149/V hükmü kapsamında ise inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçebileceklerdir¹⁷⁹. Küçük ve orta ölçekli şirketlere bu muafiyetin sağlanmasının nedeni, birleşme işlemleri sırasında oluşabilecek masraflardan tasarruf edilerek, bu şirketleri yeniden yapılanmaya teşvik etmektir (Aktaran Çoştan, 2009: s.98).

Bu hükmün uygulanması bakımından birleşmeye taraf olan şirketlerin tamamının küçük veya orta ölçekli olması şart değildir. Nitekim farklı ölçekte şirketlerin birleşmeye taraf olması halinde, bu istisnalar ortakların onaylaması

¹⁷⁷ Aynı durum azınlık pay sahipleri açısından ortaya çıkabilecek riskler içinde geçerlidir. Nitekim kolaylaştırılmış birleşmenin temelinde, birbirine yabancı iki şirketin birleşmesi durumunda azınlık pay sahipleri açısından meydana gelebilecek risklerin, birbirine çok yakın olan şirketlerin birleşmesinde hiç mevcut olmaması veya çok önemsiz olması olgusu yatmaktadır. Bkz. BOCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3.Aufl Zurich-Basel-Genf, 2004, §3,N. 192'den aktaran PULAŞLI, Şirketler Hukuku, §7,149.

¹⁷⁸ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlayan ölçütlerin belirlenmesi hakkında yönetmelik henüz çıkarılmamış olup, mevcut mevzuat çerçevesinde küçük ve orta büyüklükteki işletmeler, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2012/3834 Sayılı BKK) ile değişikliğe uğrayan ve 19.10.2005 tarihli ve 2005/9617 sayılı BKK kararı ile yürürlüğe girmiş olan "Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması hakkında yönetmelik ile belirlenecektir.

¹⁷⁹ 6335 sayılı Kanun ile değişiklik öncesinde, küçük ölçekli şirketlerin TTK m.148/IV uyarınca birleşmenin denetlenmesinden de vazgeçebileceği belirtilmiştir. TTK m.148 hükmünün mülga edilmesiyle bu muafiyet işlevini yitirmiştir.

halinde küçük veya orta ölçekli şirketler açısından geçerlilik teşkil edecektir. Ancak bu durumda, birleşmeye taraf küçük veya orta ölçekli şirketlerin tüm ortakların onayı ile TTK m.149/V hükmü uyarınca inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilmesi halinde, birleşmeye katılan diğer şirketlerin inceleme hakkı sahipleri bu durumdan etkilenecektir (Pulaşlı, 2012: §7,161; Çoştan, 2009: s.99).

Birleşme işlemlerine ilişkin söz konusu konularda vazgeçme kararını, birleşme işlemlerini yürütmek ile yükümlü olan yönetim kurulu alacak ve tüm ortaklara söz konusu hususlardan vazgeçilmeye ilişkin onay için başvuracaktır (Pulaşlı, 2012: §7,163). Her ne kadar TTK'da ortakların verecekleri onaya ilişkin olarak bir şekil şartı öngörülmemişse de, ispat kolaylığı açısından onayların yazılı olarak alınması isabetli olacaktır. Ayrıca birleşme sürecinde zamanın kısıtlı olması ve birleşme prosedürünün yavaşlatılmaması açısından, ortaklara sunulacak onayların belirli bir süre ile sınırlı tutulması gerekir¹⁸⁰. TTK ile öngörülen hususlardan vazgeçilmesine ilişkin onay, tüm ortakların katıldığı ve oybirliği halinde genel kurul kararı ile de alınabilecektir (Pulaşlı, 2012: §7,164).

1.2.2. Vazgeçilebilecek Konuların Alacaklılara Etkisi

TTK ile küçük ve orta ölçekli şirketlere, tüm ortakların onaylaması halinde birleşme raporu düzenlenmesinden ve inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilmesine ilişkin sağlanan kolaylıklar özellikle inceleme hakkı kapsamında alacaklıların hakları açısından risk teşkil edebilecektir. Bununla birlikte birleşme raporu da alacaklıların inceleme hakkının konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, küçük ve orta ölçekli şirketlerin birleşme işlemleri masraflarından tasarruf etmek amacıyla, birleşme raporu ve inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçmesi halinde, diğer şirket farklı ölçekte olsa dahi bu şirketin alacaklıları da inceleme hakkından yararlanamayacaktır (Pulaşlı, 2012: §7,161; Çoştan, 2009: s.99). Her ne kadar, farklı ölçekte olan şirket birleşme raporu düzenlemek zorunda olsa da, inceleme hakkını kullanamayacak olan alacaklılar için bu husus önemini kaybedecek ve her iki şirket alacaklıları da risk altında kalabilecektir.

Pulaşlı mali durumun düzeltilmesi amacıyla yapılan, başka bir deyişle sermayenin kaybı ve borca batıklık durumunda birleşme (TTK m.139) hallerinde, bu

¹⁸⁰ Nitekim, TTK m.144 uyarınca, birleşme sözleşmesinin imzalandığı tarih ile bilanço günü arasında altı aydan fazla zaman geçmişse, şirketlere ara bilanço çıkarılması zorunluluğu doğmaktadır. PULAŞLI, Şirketler Hukuku, §7,163.

hususlardan vazgeçilebilmesinin mümkün olmadığını çünkü; bu gibi birleşmelerde birleşme raporunun düzenlenmesinden ve inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilmesinin şirket alacaklılarını ve azınlığı açık olarak tehlikeye sokacağını belirtmişse de (Aktaran Pulaşlı, 2012: §7,168), TTK’da bu konuya ilişkin olarak açık bir hüküm mevcut değildir.

2. HALKA AÇIK ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ VE ALACAKLILARIN KORUNMASI

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nu¹⁸¹ uyarınca halka açık ortaklık, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları ifade etmektedir (SPK m.3/I b.e). Halka açık ortaklıklar, sermaye sistemine dayalı olup, çok sayıda değişken ortağa sahiptir (Pulaşlı, 2012: §17,15). Halka açık ortaklıklara öncelikle SPK ve ilgili mevzuat, boşluk bulunan hallerde ise TTK hükümleri genel hüküm olarak uygulanacaktır (SPK m.2/II) (Bahtiyar, 2012: s.100; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.150; Yanlı, 2004: s.74).

SPK’nın 23. maddesi uyarınca, halka açık ortaklıkların birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme veya sona erme kararı alması kanunun uygulamasında önemli nitelikte işlem olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte, halka açık şirketlerin birleşme konusu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu maddelerine dayanılarak hazırlanacak olan bir tebliğ ile düzenlenecektir. Bu tebliğ ise, halka açık ortaklıkların sermaye şirketleri, devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleri ve kooperatifler ile olan birleşme işlemlerini ve halka açık ortaklıkların taraf oldukları bölünme işlemlerini kapsayan II- 23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliğidir¹⁸² (Tebliğ m.2). Tebliğ hükümleri, halka açık ortaklık ile birleşme veya bölünme işlemine taraf olan şirketlere ve kooperatiflere de kıyasen uygulanacaktır (Tebliğ m.2/II). Tebliğ uyarınca genel olarak birleşme, “*devralma veya yeni kuruluş şeklinde birleşmeyi*” (Tebliğ m.4/I.a), devralma şeklinde birleşme “*en az bir şirketin, aktif ve pasif malvarlığı unsurlarını bir bütün olarak başka bir şirkete devrederek tasfiyesiz sona ermesini ve devrolunan şirketin ortaklarına belirli bir değişim oranına göre hesaplanacak miktarda devralan şirketin paylarının verilmesini*”

¹⁸¹ RG. 30.12.2012/28513. Çalışmanın devamında Sermaye Piyasası Kanunu “SPK” olarak anılacaktır.

¹⁸² RG. 28/12/2013/28865.

(Tebliğ m.4/I.e), yeni kuruluş şeklinde birleşme ise “iki veya daha fazla şirketin, aktif ve pasif malvarlığı unsurlarını bir bütün olarak yeni kurulacak olan bir şirkete sermaye olarak koyarak tasfiyesiz sona ermesini ve sona eren şirketlerin ortaklarına sahip oldukları paylara karşılık gelen belirli bir değişim oranına göre hesaplanacak olan miktarda yeni kurulan şirketin paylarının verilmesini” ifade etmektedir (Tebliğ m.4/I.r).

Halka açık şirketlerin birleşme işlemlerinde her ne kadar pay sahiplerinin korunmasına yönelik açık bir hüküm bulunsa da (Tebliğ m.11) alacaklıların korunmasına ilişkin olarak açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, birleşme prosedürünün düzenlendiği bir takım maddelerin, alacaklıların korunmasına da hizmet ettiği kabul edilebilir. Şöyle ki, tebliğ m.6/II uyarınca; “Birleşme veya bölünme işlemlerine esas alınacak finansal tabloların, Kurulun¹⁸³ 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 aranmayacaktır”. Aynı şekilde m.6/III uyarınca “Birleşme veya bölünme işlemine esas alınacak finansal tablolara ilişkin bağımsız denetim raporunda olumsuz görüş bildirilmesi veya görüş bildirmekten kaçınılması durumlarında, söz konusu finansal tablolar birleşme veya bölünme işlemine esas alınmayacaktır”. Birleşmeye esas alınacak finansal tabloların denetim standartları çerçevesinde bağımsız denetimden¹⁸⁴ geçirilme zorunluluğu, şirketin mali durumunun alacaklılara olan dolaylı etkisi sebebiyle, alacaklıları da korumaktadır.

Tebliğ m.7 uyarınca; “Birleşme veya bölünme işlemlerine taraf olan şirketlerin veya işleme esas alınan finansal durum tablosu tarihi itibarıyla malvarlıklarının değerinin ve değişim oranlarının tespiti amacıyla bir uzman kuruluş raporu hazırlanır. Söz konusu raporda değişim oranının adil ve makul olduğu konusunda görüş verilmesi zorunludur. Uzman kuruluş görüşünün hazırlanmasında, ilgili

¹⁸³ Tebliğ metninde zikredilen “kurul” kelimesi tebliğ m.4/I .1 hükmü uyarınca Sermaye Piyasası Kurulunu ifade etmektedir.

¹⁸⁴ Bu denetim Seri:X, N:22 sayılı "Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ" uyarınca yapılacaktır. Tebliğ kapsamında bazı hükümler Seri: X N:28 “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile değiştirilmiştir.

şirketlerin nitelikleri dikkate alınarak en az üç değerlendirme yöntemi dikkate alınır". Hüküm ile malvarlıklarının değerinin ve değişim oranlarının tespiti amacıyla bir uzman kuruluş raporunun öngörülmesi, şirket malvarlığının korunmasına hizmet etmektedir. Bununla birlikte uzman kuruluş raporunun tebliğ m.8 uyarınca, birleşme veya bölünme işleminin onaylanacağı genel kurul toplantı tarihinden en az 30 gün önce, işleme taraf şirketlerden en az birinin paylarının borsada işlem görmesi halinde kamuyu aydınlatma platformu (KAP) ve ilgili şirketlerin internet sitelerinde; payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklar için ise Kurulun ve varsa ilgili ortaklıkların internet sitelerinde kamuya açıklanması gereken belgeler kapsamında da olması da pay sahiplerinin yanında alacaklılar açısından da koruyucu niteliktedir (Tebliğ m.8/II.d).

Tebliğ ile birleşme işlemleri sırasında, şirketin finansal durumuna ilişkin bir değişiklik olması hali de dikkate alınmış ve m.10 hükmü ile finansal durum değişiklikleri halinde izlenmesi gereken prosedür açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, 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 bildirecektir. Bu durumda, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları, birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine veya birleşmeden vazgeçilmesine gerek olup olmadığını inceleyecek, yapılan inceleme sonucunda birleşmeden vazgeçilmesi veya birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine karar verilmesi halinde, birleşme sözleşmesinin genel kurulun onayına sunulması önerisi geri çekilecektir. Birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine karar verilmesi durumunda, birleşme sözleşmesi ve buna bağlı bilgi ve belgeler yeniden düzenlenerek Kurula başvuruda bulunulacaktır. Birleşme sözleşmesinin güncellenmesine gerek bulunmadığına karar verilmesi durumunda ise söz konusu karar, gerekçesi ile birlikte genel kurulda birleşme sözleşmesinin görüşüleceği gündem maddesinden önce ayrı bir gündem maddesi olarak pay sahiplerinin bilgisine sunulacaktır. Şirketin finansal durumundaki değişikliklerin alacaklılara olan etkisi dikkate alınırsa, böyle bir durumda birleşmeye ilişkin olarak birleşme tarafı şirketlerin yönetim organlarının birleşme işlemini tekrar gözden geçirmesi alacaklıları da dolaylı olarak korumaktadır.

Bununla birlikte, Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde de tasfiye şirketlerin birleşmeye taraf olabilecekleri belirtilmiş ve TTK'ya paralel olarak bu şirketlerin birleşmeye katılması şirket malvarlığının dağıtılmaya başlanmamış olmasına ve devrolunan şirket olması şartlarına bağlanmıştır (Tebliğ m.12). Tebliğ'de TTK m. 139 hükmünde öngörülen sermayenin kaybı ve borca batıklık halinde birleşmeye katılma hali düzenlenmemişse de esas finansal tablolarına göre geçmiş yıl zararları bulunan bir şirketin, sadece bu geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek miktarda özkaynağa sahip başka bir şirketle birleşebileceği hüküm altına alınmıştır (Tebliğ m.12/2). Aynı şekilde tebliğ kapsamında kolaylaştırılmış usulde birleşmeler de düzenlenmiştir. Şöyle ki, Tebliğ m.13 uyarınca *“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 seçimlik hak olarak önerilmesi durumlarında, kolaylaştırılmış usulde birleşme uygulanabilecektir”*. Tebliğ m.13/II ile sağlanan kolaylıklar ise, *“Birleşmede bağımsız denetim raporu, birleşme raporu ve uzman kuruluş görüşü aranmaz. Ayrıca birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulması zorunlu değildir”* şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, kolaylaştırılmış usulde birleşmelere ilişkin olarak Tebliğ'de TTK'ya nazaran daha farklı bir düzenleme öngörülmekle birlikte, alacaklıların korunmasına da hizmet eden bağımsız denetim raporunun ve uzman kuruluş görüşünün tebliğ m.13 hükmünde belirtilen şartların sağlanması halinde aranmayacak olması, şirket alacaklıları açısından risk oluşturabilecektir.

SPK m.14/IV ve V uyarınca, *“Kurul, halka arzda, borsada işlem görme başvurusunda, 23 üncü maddede tanımlanan önemli nitelikte işlemlerde ve ortaklığın faaliyetlerini ve finansal durumunu önemli derecede etkileyen olay ve gelişmelerde, işlemin tarafı ortaklıklardan da bu madde hükümlerine göre hazırlanacak bağımsız denetim raporu istemeye yetkilidir.*

(5) *Kurulca düzenlenmesi istenilen finansal tablo ve raporlar ile bağımsız denetime tabi olunması durumunda bağımsız denetim raporu, Kurulca belirlenen*

usul ve esaslar çerçevesinde kamuya duyurulur.”. Buna göre 23. maddede önemli nitelikte işlem olarak belirtilen birleşmelere ilişkin olarak kurul tarafından bağımsız denetim raporu istenebilecektir. Bu raporun kamuya arzı da alacaklılar açısından koruyucu nitelikte kabul edilebilecektir.

Halka açık şirketler birleşme işlemine taraf oldukları takdirde, Birleşme ve Bölünme Tebliği’nde düzenlenen hükümler incelendiğinde, Tebliğ’de her ne kadar alacaklıları doğrudan koruyan hükümler söz konusu değilse de, birleşme prosedürünün işleyişinde alacaklıların dolaylı olarak korunduğu ve alacaklıların TTK kapsamındaki koruma vasıtaları ile de korunduğu dikkate alınmalıdır. Buna karşı, halka açık şirketlerin çok sayıda değişken ortağa sahip olduğu göz önünde bulundurulursa, alacaklıların daha riskli bir konumda olduğu da dikkate alınarak tebliğ ile pay sahiplerinin korunmasının açıkça düzenlenmiş olmasının yanında, alacaklıların korunmasına ilişkin olarak da düzenlemeler yapılması gerektiği ileri sürülebilecektir.

3. TİCARİ İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ VE ALACAKLILARIN KORUNMASI

TTK m.137 hükmünün geçerli olan birleşmeleri düzenlediğini daha önce belirtmiştik. Buna göre sermaye şirketleri, sermaye şirketleriyle devrolunan ya da devralan konumunda olup olmadığına bakılmaksızın birleşebilirken, şahıs şirketleri ile ancak devralan konumunda birleşebileceklerdir (TTK m.137/I). Yine şahıs şirketleri, şahıs şirketleri ile devrolunan ya da devralan konumunda olup olmadığına bakılmaksızın birleşebilirken, sermaye şirketleriyle ancak devrolunan konumda olduğu takdirde birleşebileceklerdir (TTK m.137/II). TTK m.137 hükmünde belirtilen şekilde birleşmelerin dışında gerçekleşen birleşmeler veya malvarlığı kapsamında devralmalar TTK hükmü kapsamında geçerli bir birleşme olarak kabul edilmeyecek ve TTK hükümleri uygulanmayacaktır (Al Kılıç, 2009: s.20). Şöyle ki, bir ticaret şirketi başka ticaret şirketinin işletmesini aktif ve pasifleri ile birlikte devralması, BK 202 hükmüne tabi olmaktadır¹⁸⁵. TTK m.11/III hükmü uyarınca bu

¹⁸⁵ BK m.202 hükmünde ticari işletmeler bakımından malvarlığının veya işletmenin devralınması hususu düzenlenmiştir. Malvarlığının veya işletmenin devralınması başlıklı BK m.202 hükmü şu şekildedir:

Malvarlığının veya işletmenin devralınması

devir sözleşmesi ve ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılacak, ticaret siciline tescil ve ilan edilecektir. Bununla birlikte bir işletme, diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması suretiyle birleştirilirse BK m.203 hükmü uygulanacaktır. Görüldüğü gibi, bir ticaret şirketi tarafından başka bir ticaret şirketinin işletmesinin aktif ve pasifleri ile devralınması (BK m.202) ve işletmelerin birleşmesi (BK m.203) TTK m.137 hükmü uyarınca geçerli birleşmeler kapsamına alınmamıştır (Tekinalp, 2013: N.24-12; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Ticari İşletme): s.36).

Ticari işletmeler bakımından TTK açısından geçerli sayılan ve 6102 sayılı TTK ile öngörülen birleşme türü ise TTK m.194 hükmünce düzenlenmiş olan, ticari işletme ile ilgili birleşmelerdir (Al Kılıç, 2009: s.21; Tekinalp, 2013: N.24-24; Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.85). Buna göre, “*Bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir. Bu hâlde devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ilâ 140, 142 ilâ 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193 üncü madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.*” TTK m.194 hükmü uyarınca bir ticari işletme ancak devrolunan sıfatıyla, bir ticaret şirketi ile birleşebilecektir. Bu noktada TTK’da devralan şirket bakımından şahıs veya sermaye şirketine ilişkin bir ayırım gözetilmemiştir. Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketi ile birleşmesi açısından hüküm devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ilâ 140, 142 ilâ 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193 üncü madde hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre her ne kadar TTK m.138 hükmünün kıyasen uygulanacağı belirtilmişse de tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye katılması halini düzenleyen TTK m.138 hükmü, ticari işletmeler ile gerçekleştirilen birleşmelerde uygulama alanı bulamayacaktır. Şöyle ki, TTK m.138 hükmü uyarınca tasfiye halindeki bir şirket ancak devrolunan sıfatıyla birleşmeye katılabilecektir. Aynı şekilde TTK m.194 hükmüne göre ticari işletmeler de yalnızca

MADDE 202- Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.

Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir.

Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz.

devrolunan sıfatıyla ticaret şirketleriyle birleşebileceklerdir. Dolayısıyla tasfiye halindeki bir ticaret şirketinin, bir ticari işletme ile birleşmesi durumu mevcut düzenleme gereğince olanaklı görünmemektedir. Sermayenin kaybı ve borca batıklık halinde birleşmeyi düzenleyen TTK m.139 hükmü açısından ise aynı durum söz konusu değildir. Nitekim TTK m.139 hükmünce düzenlenen birleşmelerde kanun koyucu devralan veya devrolunan şirket ayrımı gözetmemiştir. Dolayısıyla, sermayesini kaybetmiş veya borca batık durumda olan bir şirket ile bir ticari işletme, ticari işletmenin devrolunan taraf konumunda olması şartı ile TTK kapsamında geçerli bir şekilde birleşebileceklerdir. Bununla birlikte ortaklık payının ve haklarının korunmasına ilişkin TTK m.140; sermaye artırımını yeni kuruluş ve ara bilançoya ilişkin 142-144. maddeler; birleşme sözleşmesi, birleşme raporun hakkındaki 145-147. maddeler; inceleme hakkı ve malvarlığında değişikliklere ilişkin TTK m. 149 ve 150 hükümleri; birleşme kararına ilişkin 151. madde; birleşmenin kesinleşmesine ilişkin dair 152-154. maddeler; sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmesine ilişkin olarak 155-156. maddeler de ticari işletmeler ile yapılacak olan birleşmelere kıyas yolu ile uygulanacaktır (Pulaşlı, 2012: §7,148; (Bilgili ve Demirkapı, 2012 (Şirketler): s.85).

Son olarak ticari şirketler ile ticari işletmeler arasında gerçekleşecek birleşmeler de alacaklılar; devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ilâ 140, 142 ilâ 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193 üncü madde hükümleri ticari işletmeler ile yapılan birleşmelere kıyasen uygulanacağını belirtilmesi (TTK m.194/I) sebebiyle, TTK m.157 ile teminat kapsamında, TTK 158 hükmüne göre şahsi sorumluluk ile ve TTK m.149 kapsamında ise inceleme hakkı ile doğrudan korunacaktır. Aynı şekilde, devralan şirketin malvarlığının ticari işletmenin alacaklıları için de güvence teşkil edecek olması sebebiyle sermayenin korunmasına ilişkin hükümler dolaylı olarak bu alacaklıları da koruyacaktır. Alacaklıların korunmasına ilişkin hükümlerin ticari işletmeler ile yapılan birleşmelere kıyasen uygulanacağını belirtilmesi, kanun koyucu tarafından alacaklıların korunması hususunda devralınan ve devrolunan şirket arasında bir ayrım yapılmadığı gibi, birleşmeler açısından ticari işletme ve ticari şirket alacaklıları açısından da bir ayrım yapılmadığının göstergesidir.

SONUÇ

Bu tez kapsamında, 6102 sayılı TTK açısından ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıları korunması konusu, kaynak İBirK ve Üçüncü Konsey Yönergesi hükümleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde ve alacaklıların korunmasında mehzaz kanun İBirK hükümlerinden doğrudan alınmış olan hükümler, yeni getirilen düzenlemeler ve özellikle 6335 sayılı kanun ile değişikliğe uğrayan hükümler incelendiğinde, bazı önemli eksikliklerin var olduğu kabul edilmelidir. Nitekim bu eksiklikler doktrin tarafından da eleştirilmiştir. Tezimiz kapsamında öğretilerde var olan görüşleri ve çözüm önerilerini de dikkate alarak tespit edebildiğimiz başlıca eksikler şunlardır:

TTK ile birlikte, birleşme tarafı şirketler açısından “nevilerin aynı olması ilkesi” kaldırılmış ve “türler arası serbest birleşme ilkesi” kabul edilmiş ve şirketler açısından daha geniş bir birleşme alanı sağlanmıştır. Bununla birlikte geçerli birleşmeler başlıklı TTK m.137 hükmü uyarınca türler arası serbest birleşmelere sınırlama getirilmiştir. Buna göre şahıs şirketleri ile sermaye şirketleri ve kooperatiflerin birleşmesi durumunda, şahıs şirketleri birleşme işlemlerine yalnızca devrolunan taraf sıfatı ile katılabilecektir. Her ne kadar TTK m.137 hüküm gerekçesinde bu sınırlamanın alacaklıların korunması sebebiyle getirilmiş olduğu belirtilmişse de, bu sınırlamanın esasını İsviçre şirketler hukuku sisteminde, şahıs şirketlerinin tüzel kişiliğinin bulunmaması oluşturmaktadır. Ayrıca ortakları sınırlı sorumlu olan sermaye şirketinin, bir şahıs şirketi tarafından devralınması halinde, belirtilenin aksine bu ortaklar ikinci dereceden ve sınırsız sorumlu ortaklar konumuna gelecek ve dolayısıyla devrolunan sermaye şirketinin alacaklıları açısından daha avantajlı bir konum oluşacaktır. Ancak burada esas teşkil eden konu, sınırlamanın getirilmesinden ziyade, mehzaz kanun İBirK’den hükmün doğrudan alınması ve gerekçelendirilmesinin Türk hukukuna yeterince uygun biçimde yapılmamasıdır. Zira bu sınırlama getirilmekle birlikte, farklı esaslara dayanılarak daha tatmin edici bir gerekçelendirilme yapılması, sınırlandırılmanın özünün kavranması açısından isabetli olabilecektir.

6335 sayılı kanun ile şirketler hukukunda işlem denetçisine ilişkin denetim hükümlerinin maliyeti azaltmak amacıyla kaldırılması ticaret şirketlerinin birleşmesinde alacaklıların korunması bakımından oldukça olumsuz sonuçlar

doğurabilme ihtimalini de beraberinde getirmiştir. Nitekim TTK m.148 hükmü ile birleşme tarafı şirketlerin yönetim kurullarınca hazırlanmış olan birleşme sözleşmesi, raporu ve birleşmeye esas alınacak olan bilançonun, bu konuda uzman olan bir işlem denetçisi tarafından denetlenmesi hususu kaldırılmıştır. Bu hükmün kaldırılması ile her ne kadar birleşme prosedürünün maliyetini azaltmak ve işleyiş sürecini hızlandırmak suretiyle şirketleri birleşmeye teşvik etmek amaçlanmışsa da korunmak istenen ortaklar, azınlık ve alacaklılar açısından riskli bir durum yaratılmıştır. Alacaklılar açısından oluşan bu olumsuz durumun göz ardı edilmemesi ve gerekli menfaat dengesi de sağlanarak değiştirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kanaatimizce denetimin tamamen kaldırılması yerine, denetimin yapılmaması belirli şartlara bağlanabilir ve bu şartlar içinde menfaat sahibi grupların zarar görmeyeceği hususu da belirtilebilir. Böylece hem birleşme tarafı şirketler açısından denetim maliyeti gerekli şartların ispatı halinde düşecek, hem de başta alacaklılar olmak üzere menfaat gruplarının mevcut dezavantajlı durumları değişebilecektir.

TTK ile ETTK'ya nazaran birleşmenin kazanmış olduğu ivmeyi de etkilemeyecek bir şekilde alacaklıları koruyan en önemli koruma vasıtası TTK m.157 hükmü ile düzenlenmiş olan teminat talep etme hakkıdır. TTK m.157 hükmü ile alacaklılara, birleşme tarafı şirketlere karşı sahip oldukları alacak haklarını güvence altına alabilmeleri için birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içerisinde teminat talebinde bulunma hakkı verilmiştir. Kanun koyucu tarafından TTK m.157 hükmü ile öngörülen teminat talebinde bulunma hakkı her ne kadar alacaklılar açısından önemli bir göreve haiz olsa da, bu hakkın uygulanması bakımından TTK m.157 hükmü birçok konuya açıklık getirmekten yoksundur. Şöyle ki, madde metninde alacaklıların teminat talebinde bulunabilmeleri için birleşmeye katılan şirketler tarafından, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yedişer gün aralıklarla üç defa yapılacak ve ayrıca şirket internet sitelerine konulacak ilanların ne zaman yapılacağı belirtilmemiş, bu durum ise doktrinde görüş ayrılıklarına sebebiyet vermiştir. Aynı şekilde, alacaklıları tarafından talep edilecek teminatın türüne ve bu istemin ne şekilde yapılacağına ilişkin de bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte TTK m.157/IV hükmü uyarınca diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması hâlinde yükümlü şirketin teminat göstermek yerine borcu ödeyebileceği düzenlenmiş, ancak diğer alacaklıların zarara

uğramayacaklarının tespitine ilişkin de bir düzenleme yapılmamıştır. Alacaklılar açısından önemli koruma vasıtalarından biri olan ve TTK m.157 hükmü ile düzenlenmiş olan teminat talep etme hakkına ilişkin var olan bu eksiklerinin, hem alacaklılar açısından hem de birleşme tarafı şirketler açısından hükmün daha verimli uygulanabilmesi için tamamlanması gerekmektedir.

6335 sayılı kanun ile işlem denetçisini tarafından yapılan denetimin kaldırılmasının bir diğer olumsuz sonucu da TTK m.142 ve m.143 açısından aynı sermaye hükümlerinin istisna edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim TTK m.142 hükmü gerekçesinde, birleşme raporu ile birleşmenin denetlenmesinin güvenlik yönünden aynı sermaye hükümlerinin uygulanmasını gereksiz kıldığı belirtilmiştir. Ancak 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle daha önce de belirttiğimiz üzere birleşmenin işlem denetçisi tarafından denetlenmesini düzenleyen TTK m. 148 hükmünün kanun metninden çıkarılması sebebiyle, aynı sermaye hükümlerinin uygulanmasının gereksiz kaldığına ilişkin gerekçe anlamını yitirmiştir. Bununla birlikte, istisna edilen hükümler vasıtasıyla sağlanan koruma ile gerekçe gösterilen hükümler doktrindeki görüşler de esas alınarak ayrıntılı olarak açıklanmış ve bu hükümlerin farklı işleve haiz oldukları görülmektedir. Dolayısıyla, birleşme raporu ve birleşmelerde işlem denetçisi hükümlerinin gerekçe gösterildiği ve aynı sermaye hükümlerinin istisna edildiği TTK m.142 ve TTK m.143 hükmünün tekrar gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, TTK m.193 hükmü ile düzenlenen ve alacaklıları birleşme işlemleri sırasında uğrayabilecekleri zararlara karşı koruyan sorumluluk davasına ilişkin mevcut düzenleme, sorumluluk davaları açısından TTK m.553 ve TTK m.549 hükümleri ile açıklamış olduğumuz noktalarda benzerlik göstermesinden ötürü birbirinden bağımsız uygulamaların ortaya çıkmasına ve şirket alacaklılarının şirket birleşmeleri sebebiyle açacakları davaların farklı esaslara dayanmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla TTK m.193 hükmü, TTK m.553 ve m.549 hükümleri dikkate alınarak tekrar düzenlenmeli ve hükümler arası paralellik sağlanmalıdır.

TTK m.155 ve TTK m.156 hükümleri ile düzenlenen kolaylaştırılmış sermaye şirketi birleşmelerinde küçük ve orta ölçekli şirketlere sağlanan kolaylıklar çerçevesinde şirketlere, inceleme hakkının kullandırılmasından vazgeçebilme hakkı verilmesi ise alacaklılara tanınan bir hakkın ortaklar tarafından sınırlandırılması

sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte, tasfiye halindeki ve sermayenin kaybı ve borca batıklık halinde şirket birleşmelerinin özellikle mali durumu düzeltmek amacıyla da yapıldığı ve bu tip birleşmeler açısından TTK m.155 ve m.156 ile öngörülen kolaylıkların uygulanmaması gerekliliği dikkate alınarak, bu hususa ilişkin yeni bir düzenleme getirilmesi kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, ticari işletmelerin birleşme işlemlerine ilişkin olarak devralan şirketin türüne göre uygulanacak hükümler açısından TTK m.194 hükmü ile çeşitli atıflar yapılmıştır. Ancak bu atıflar kapsamında, tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye katılması halini düzenleyen TTK m.138 hükmünün kıyasen uygulanacağı belirtilmişse de, tasfiye halindeki bir şirketin ancak devrolunan taraf sıfatıyla birleşmeye katılabilecek olması sebebiyle, bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Zira TTK m.194 hükmüne göre ticari işletmeler de aynı şekilde yalnızca devrolunan sıfatıyla ticaret şirketleriyle birleşebileceklerdir. Dolayısıyla tasfiye halindeki bir ticaret şirketinin, bir ticari işletme ile birleşmesi durumu mevcut düzenleme gereğince olanaklı görünmemekte ve hüküm uyarınca yapılan bu atfın düzeltilmesi gerekmektedir.

TTK ile birlikte ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin olarak İBirk ve Üçüncü Konsey Yönergesi esas alınarak yapılan düzenlemeler ile ETTK'nın birleşme sürecini geciktiren, alacaklıları ve diğer menfaat sahiplerini yeterince korumaktan uzak, dağınık ve uygulanabilirliği olmayan düzenlemelerine son verilmiş olsa da, belirttiğimiz üzere yeni getirilen hükümlerde de bir takım eksiklikler mevcuttur. Bu eksiklikler kapsamında, her ne kadar alacaklıların korunmadığını söylemek mümkün değilse de, özellikle 6335 sayılı kanun değişikliği ile işlem denetçisi vasıtasıyla yapılan denetimin kaldırılması, alacaklıların korunması açısından önemli bir eksikliğe sebebiyet vermiştir. Bu eksikliğin, TTK ile düzenlenen diğer koruma vasıtaları ile ne derece bertaraf edilebileceği ise uygulamada zamanla görülecek bir olgudur. Bu kapsamda öncelikle işlem denetçisi tarafından yapılacak denetim hem birleşme tarafı şirketlerin hem de alacaklıların menfaatlerini koruyabilecek şekilde tekrar gözden geçirilmeli ve hüküm altına alınmalıdır. Bununla birlikte, 6335 sayılı kanun ile bu denetimin kaldırılması, özellikle aynı sermayeye ilişkin hükümlerin istisna edilmesinde işlem denetçisinin denetiminin sebep gösterilmesi, değişiklik sonrası bu hükümlerin tekrar gözden

geçirilmesini gerektirmektedir. TTK ile her ne kadar alacaklıların korunmasına doğrudan hizmet eden en önemli koruma vasıtası teminat talep edebilme hakkı olsa da, kanaatimizce hakkın kapsamı alacaklılar açısından yeterli derecede açık olmaması sebebiyle hakkın kullanımını kısıtlamaktadır. Dolayısıyla teminat talep edebilme hakkına ilişkin madde metni daha açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek değiştirilmelidir.

Sonuç olarak TTK ile İBirk ve Üçüncü Konsey Yönergesi'nden yararlanılarak düzenlenmiş olan ticaret şirketlerinin birleşmesi ve alacaklıların korunmasına ilişkin hükümler, her ne kadar ETTK ya nazaran daha fazla bütünlük teşkil etse de, özellikle 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrasında hükümler arası uyumsuzluklar meydana gelmiştir. Dolayısıyla şirket birleşmelerinde alacaklıların korunması açısından bu uyumsuzlukların ve tespit edilen eksikliklerin, gerek diğer ülke hukuklarında var olan çözümler, gerekse de doktrin tarafından önerilen çözümler çerçevesinde tekrar değerlendirilerek giderilmesi ve ticaret şirketlerinin birleşme işlemlerinin hem birleşme tarafı şirketler açısından, hem de alacaklılar ve diğer menfaat sahipleri açısından en verimli şekilde uygulanması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ, Necla Güney (2005), “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Değerlendirme”, Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, YTHFD, C.II, S.1.
- AKBİLEK, Nevzat (2009), Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara: Seçkin Yayınları.
- AKINTÜRK, Turgut (2009), Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri, İstanbul: Beta Yayınları
- AL KILIÇ, Şengül (2009), Türk Ticaret Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul: Beta Yayınevi.
- ANSAY, Tuğrul (2005), Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- ANTALYA, Gökhan (2009), Miras Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ANTALYA, Gökhan (2012), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Beta Yayınları.
- ARKAN, Sabih (2012), Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- ARMOUR, John/ HERTİG, Gerard/ KANDA, Hideki (2009), “Transactions with Creditors”, The Anatomy of Corporate Law, Oxford University Press, Second Edition, , s.115-152.
- AYDIN, Alihan (2008), Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul: Arkan Basım Yayın.
- BAHTİYAR, Mehmet (1996), Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul: Beta Basım Yayım.
- BAHTİYAR, Mehmet (2008), “Türk Ticaret Kanunu İle Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri Ve Denetimi”, Yazar: Mehmet Bahtiyar, Makaleler II, İstanbul: Beta Yayınları, s.77-97.
- BAHTİYAR, Mehmet (2011), Ticari İşletme Hukuku, 11.Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- BAHTİYAR, Mehmet (2012), Ortaklıklar Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan (2012), Ticari İşletme Hukuku, Bursa: Dora Yayınları.

- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan (2012), Ticaret Hukuku Bilgisi, Bursa: Dora Yayınları
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan (2012), Şirketler Hukuku, Bursa: Dora Yayınları.
- BİLİCİ, Nurettin (2013), Türk Vergi Sistemi, Ankara: Seçkin Yayınları.
- BİLİCİ, Nurettin (2013), Vergi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÇEBİ, Hakan (2010), Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- ÇELİK, Orhan (1999), Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara: Turhan Kitapevi.
- ÇOŞTAN, Hülya (2009), Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- DEVELİ, Bilge (2013), "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Ocak-Nisan, Sayı 1-2, Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan, s.443-488.
- DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol (2007), Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul: Arıkan Yayınları.
- DONALD, David C./CAHN, Andreas (2010), Comparative Company Law, Cambridge Univesity Press.
- EREN, Fikret (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERİŞ, Gönen (2013), Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara: Seçkin Yayınları.
- EROĞLU, Muzaffer (2008), "Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler", Legal Hukuk Dergisi, Nisan, S.64, s.1253-1268.
- EROĞLU, Muzaffer (2008), "*Limited Liability in Turkish Law*", European Business Organization Law Review 9, s.237-265.
- GAUGHAN, Patrick A. (2007), Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings, John Wiley&Sons Inc.
- GÖKBEL, Doğan (2004), "Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması", Editörler: Haluk Sumer/Helmut Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, İstanbul: Alfa Yayınları, s.23-47.

- GÖKTUNA, Hamdi Deniz Ege (2012), Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri, İstanbul: Legal Kitapevi.
- GREEN, Milford B. (2012), Mergers and Acquisitions: Geographical and Spatial Perspectives, Routledge.
- GÜMÜŞ, Alper Mustafa (2012), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- GÜVEN, Pelin (2008), Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara: Yetkin Yayınları.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Kadir Emre (2012), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan (2012), Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara: İleri Yayınları.
- İZMİRLİ, Yadigar (2000), “*Şirketler Hukukunda Sorumluluk İlişkileri ve Anonim Şirketlerde Sorumluluk*”, Mevzuat Dergisi, Y.3, S.33, Eylül, <http://mevzuatdergisi.com/2000/09a/02.htm>
- KARAHAN, Sami (2012), Şirketler Hukuku, Konya: Mimoza Yayınları.
- KARAMANLIOĞLU, Argun (2009), Anonim Ortaklıklarda Malvarlığının Korunmasına Yönelik Önlemler, Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.
- KARSLI, Abdurrahim (2012), Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul: Alternatif Yayınları.
- KAVAK, Ahmet (2009), Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları.
- KRAAKMAN, Reinier/HANSMANN (2004), Henry, The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach, New York: Oxford University Press.
- KENDİGELEN, Abuzer (2011), Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- KILIÇOĞLU, Ahmet (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Turhan Kitapevi.
- KIZILOT, Şükrü/TAŞ, Metin (2011), Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip /HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir (2006), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder (2012), Medeni Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.
- MOROĞLU, Erdoğan (2003), Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- MOROĞLU, Erdoğan (2009), Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- MUŞUL, Timuçin (2012), Medeni Usul Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi.
- NAZALI, Ersin (2008), Kurumlar Vergisi Açısından Anonim Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme ve Bölünme İşlemleri, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği.
- NOMER/HALÛK N. (2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Beta Yayınları.
- OĞUZMAN, Kemal M./ÖZ, Turgut M. (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami (2013), Vergi Hukuku, Ankara: Turhan Kitapevi.
- ÖNER, Erdoğan (2012), Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÖZEN, Arda (2010), Şirket Birleşmelerinde Alacaklıların Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ÖZDOĞAN, Ayşegül (2004), “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı”, Cumhuriyet’in 80. Yılına Armağan, C.II, s.693-762.
- ÖZTAN, Bilge (2013), Miras Hukuku, Ankara Turhan Kitapevi.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet (2011), Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin (2010), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi (2010), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- PULAŞLI, Hasan (2005), “Türk Ticaret Kanun Tasarısı Sempozyumundaki Konuşma”, YTHFD, C.II, Sayı I, , s.559-560.
- PULAŞLI, Hasan (2011), “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, S.1, s.13-39.
- PULAŞLI, Hasan (2012), Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara: Adalet Yayınevi.
- RAAIJMAKERS, Geert T.M.J. /OLTHOFF, Thijs.P.H (2008), “CreditorProtection in Cross-Border Mergers Unfinished Business” [Elektronik sürüm], Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 1, s.34-39.
<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/59>/Çevrimiçi Erişim tarihi: 04.07.2013
- REİSOĞLU, Safa (2012), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Beta Yayınları.
- SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay (2012), Miras Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.
- SHERMAN, Andrew J./HART, Milledge A. (2010), Mergers&Acquisitions from A to Z, Amacombooks.
- TAMER, Ahmet (2012), “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile getirilen bir yenilik: Pay sahiplerinin (ortakların) şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 358)” [Elektronik Sürüm], Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.102, s.93-115.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-102-1214> (çevrimiçi erişim tarihi: 18.10.2013).
- TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal (1990), “Avrupa Topluluğu’nun Ulusal Düzeydeki Birleşmelere İlişkin Üçüncü Yönergesi”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.309-322.
- TEKİNALP, Ünal (2007), "Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.579-611.
- TEKİNALP, Ünal (2010), “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II, s.1681-1700, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- TEKİNALP, Ünal (2012), Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TEKİNALP, Ünal (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- TÜRK, Hikmet Sami (1986), Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- TÜRK, Hikmet Sami (1986), Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- TÜRK, Ahmet (1999), Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- TÜRK, Hikmet Sami (2005), “Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs Ankara, s.25-26.
- USLUEL, Aslı Gürbüz (2011), “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukukî Sorumluluğu”; Batıder, C.27, S.2, s.123-157.
- ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ ARSLAN, Kaya/ERTAN, N.Fusun Nomer (2010), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- YANLI, Veliye (2004), “Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri”, Editörler: Haluk Sumer/Helmut Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, İstanbul: Alfa Yayınları s.73-109.
- YASAMAN, Hamdi (1987), Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- YASAMAN, Hamdi (2006), “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, Yazar: Hamdi Yasaman, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler Mütalâalar Bilirkişi Raporları, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.51-67.
- YASAMAN, Hamdi (2006), “Anonim Ortaklıkların Birleşmesinde Sermaye Artırımı Sorunu”, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler Mütalâalar Bilirkişi Raporları, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.27-34.
- YASAMAN, Hamdi (2006), “AET İçinde Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin Üçüncü Yönerge Teklifi”, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler Mütalâalar Bilirkişi Raporları, İstanbul: Vedat Kitapçılık s.35-42.
- YAVAŞLAR, Funda Başaran (2004), “Birleşen Sermaye Şirketi Ortaklarının Vergilendirilmesi”, Editörler: Haluk Sumer/Helmut Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, İstanbul: Alfa Yayınları, s.111-135.
- YAVUZ, Cevdet (2012), Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11 Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

YILDIZ, Şükrü, (2000), “Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC Sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S .1-2, s.623-634.

YILMAZ, Ejder (2005), Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin Yayınları.

YİĞİT, Yusuf (2005), Kamu Alacaklıların Korunması, Y.Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Bilim Dalı İstanbul.

ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe (2007), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara: Seçkin Yayınları.

Elektronik Kaynaklar

78/855/EEC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31978L0855:en:NOT> (Çevrimiçi erişim tarihi: 23.09.2013).

77/91/EEC sayılı ve 13 Aralık 1976 tarihli İkinci Konsey Yönergesi:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0091:EN:HTML> (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 08.11.2013).

Aktiengesetz (Stock Corporation Act) as of 6 September 1965, (BGBI. I p. 1089)

<http://corporatelawandgovernance.blogspot.com/2011/12/germany-stock-corporation-act-english.html> (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 03.07.2013).

CompaniesAct2006:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 04.07.2013).

ÖZGEÇMİŞ

Aybüke Demir, 17.10.1988, Konya doğumludur. İlk ve orta öğreniminin bir kısmını Ankara'da bir kısmını Aydın'da tamamlamıştır. 2006-2010 yılları arasında T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrenim görerek, mezun olmuştur. Bir süre serbest avukatlık yapmış ve 2012 Mart ayından itibaren T.C Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır.