

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN
BİRLEŞMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

NURANGİZ ABDULLAYEVA

İSTANBUL, 2018

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SERMAYE PİYASASI VE TİCARET HUKUKU

HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN
BİRLEŞMESİ

Yüksek Lisans Tezi

NURANGİZ ABDULLAYEVA

Tez Danışmanı: DOC.DR.HANİFE ÖZTÜRK

İSTANBUL, 2018

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Sermaye Piyasası ve Ticaret Hukuku YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: *Halka Açık Anonim Şirketlerin Birleşmesi*

Öğrencinin Adı Soyadı : *Nuraniye Abdullayeva*

Tez Savunma Tarihi : *04.04.2018*

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Yrd. Doç Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylıyorum.

Program Koordinatörü
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Tez Danışmanı

Dr. Dr. Hediye Özlü

Üye

Prof. Dr. Ali Nurgül ÖRTEN

Üye

Dr. Alveret Cetin Alt

ÖZET

HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ

Abdullayeva, Nurangiz

Yüksek Lisans, Sermaye Piyasası ve Ticaret Hukuku Programı

Tez Yöneticisi: Doc. Dr. Hanife Öztürk

Nisan 2018, 123 sayfa

Birleşme, kaynağını Türk Ticaret Kanunu'ndan alıyor olmasına rağmen, söz konusu mevzuatta birleşmenin net manasıyla tam bir tanımı olduğu söylenemez. Fakat Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 136'ncı maddesi, birleşme unsurlarını bir tanım ortaya çıkaracak biçimde ortaya koymaktadır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme ile alakalı hükümler ve sonuçları göz önüne alınca ortaya şu tanım çıkabilir: Birleşme; birleşme sözleşmesi çerçevesinde, bir yahut birden fazla şirketin mal varlıklarının bütününe külli halefiyet yöntemi ile devredilmesine sebep olan, devrolan şirketin mal varlığı karşılığında devralınan şirketin hisselerinin verildiği ve bununla birlikte devrolmuş olan şirketin tasfiyesiz biçimde sona ermesi sonucunu doğuran hukuki bir eylemdir.

Birleşmenin doktrinde verilen tekdüze unsurları; külli halefiyet, sona erme, pay sahipliğinin devamı olarak karşımıza çıkar. Bahsedilen bu unsurlar ile birleşme, esas olarak şirketin bozulmamış ve şirketi oluşturan elemanların arasındaki işlevsel bağ kopmamış şekilde bir hissedardan diğer hissedara devrini içerir. Birleşme sonucu devrolmuş olan şirketin mal

varlığının tümü devralan şirkete geçer. Bu bağlamda birleşme, şirketin bütünlük ve devamlılık sağlamasını korumak suretiyle devredilmesine dair bir yasal eylemdir.

Birleşme ile devrolunmuş şirketin veya şirketlerin varlıklarının tümü küllü halefiyet ile devralan şirkete veya yeni kurulan şirkete geçer. Küllü halefiyet, miras hukukunda yer alan intikali çağrıştırıyor olsa da, birleşme esnasında birleşmeye özgü bir intikal söz konusu olur. Bu bağlamda, birleşmeyle kişiye bağlı irtifak ve kişisel ilişkiler de içinde olmak üzere, devrolunan şirketin mal varlığının tamamı, eksilmeye uğramaksızın devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Küllü halefiyet ile malvarlığının tamamını eksilmeden alan şirkete ileten şirketin varlık sebebi yok olmuş olur. Bu sebeple devir olmuş şirketin veya şirketlerin tasfiye edilmeden sona ermesi öngörülür.

Birleşme, tasfiye ile uyumsuz çünkü, devrolmuş şirketin tüm mal varlığı aktif ve pasifleri ile beraber devralan şirkete veya yeni kurulan şirkete geçer. Devralma şeklinde birleşme işlemi ile devralan şirketin ortaklar çevresini genişletir. Bunun sebebi birleşmenin gerçekleşmesiyle devrolunan şirketin hissedarlarının kanunen devralan şirketin hisselerini edinmesidir.

Halka Açık Anonim Şirketler'in birleşme prosedürü özellik arz etmektedir. Halka Açık Anonim Şirketler'in birleşme işlemleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde yer alan hükümlerin yerine getirilmesine bağlı tutulmuştur. Bunlardan en önemlisi, yönetim organı kararının alınmasını takiben birleşme işlemine ilişkin duyuru metninin onaylanması için Tebliğ ekinde yer alan belgelerle birlikte Kurula başvurulmasının zorunlu kılınmasıdır. Kurula yapılacak başvuruda, varsa sermaye artırımını ile esas sözleşme madde tadiline ilişkin yönetim organı kararlarının da sunulması gerekir.

YTTK, birleşme iptaline dair özel bir iptal davası öngörür. Söz konusu dava genel iptal davasına göre daha özel niteliktedir. Söz konusu dava birleşme hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda açılır, kararın yasaya aykırı olmasına gerek bulunmaz. Fakat birleşmenin iptal edilmek suretiyle yok edilmesinin neredeyse olanaksız olması karşısında yasa koyucu yasaya aykırılık halini doğrudan iptale bağlamamıştır. Bu bağlamda yetkili hakim tespit ettiği aykırılığın giderilmesi için davalı şirkete zaman vererek aykırılığı ortadan kaldırmasını isteyecek, şayet aykırılık ortadan kaldırılmazsa iptal söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Halka açık anonim şirketler, Birleşme, Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu.

ABSTRACT

MERGER OF THE PUBLIC JOINT-STOCK COMPANIES

Abdullayeva, Nurangiz
Master's Thesis, Master's Program Capital Markets and Commercial Law
Supervisor: Doc. Dr. Hanife Ozturk

April 2018, 123 pages

In addition to forming the basis of many regulations in the Turkish Commercial Code, the merger constitutes the source of the union in the technical context of the Turkish Commercial Code. This can not be said to be a precise definition of union in the legislation with a clear sense. However, the 136th article of the New Turkish Commercial Code sets out the elements of union in a way that reveals a definition.

Considering the provisions and results related to the merger in the new Turkish Commercial Code, the following definition can be drawn: Is a legal action that results in the end of the sale of an affiliate whose shares of the affiliate acquired in exchange for the property of the devolved subsidiary have been transferred and which has been transferred together with it, which causes the transfer of the assets of one or more of the affiliates with the subjudal succession method.

The monotonous elements given in the union's doctrine; Consecutive succession, ending, contradiction as the continuation of the shareholder. The merger with these mentioned elements involves the transfer of the other shareholding mainly from the shareholding of the company and the share of the functional link between the members of the company. After merger, all of the assets of the affiliated affiliate are transferred to the transferring

partnership. In this context, merger is a legal action for transferring the company by maintaining its integrity and continuity.

All of the assets of the merged subsidiary are transferred to the acquirer through the asymmetric succession. Although the connotation of subjugation evokes the transfer of inheritance law, a merger-specific transfer takes place during the merger. In this context, the entire property of the participating affiliate, including the easement and the personal relations of the associate with the associate, shall participate in the acquiring entity without undermining it. The entity that transmitted the entire property without loss of consummation to the participating entity through the consecutive subordination will be eliminated. For this reason, it is foreseen that the transferred subsidiary will be terminated without liquidation.

The merger is incompatible with the liquidation because all assets of the transferred subsidiary are transferred to the acquiring entity together with the assets and liabilities. The merger process expands the partners' interests around the acquirer. This is because the shareholders of the transferred subsidiary acquire the shares of the subsidiary that is legally acquired by the union.

YTTK provides a special cancellation order for merger cancellation. This case is more specific than the general cancellation case. In other words, the case is opened in case of violation of the provisions of the merger, the decision does not need to be against the law. But in the face of the fact that it is almost impossible for the union to be annihilated by annulment, the legislator has not directly linked to the cancellation of the law. In this context, the competent judge will ask the defendant company to remove the violation by giving time to the defendant to resolve the violation, and if the violation is not lifted, the violation will be canceled.

Keywords: Publicly-traded corporations, Mergers, Turkish Commercial Code, Capital Markets Law.

İÇİNDEKİLER

ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1
ÖZET.....	3
1. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLER.....	16
1.1. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETİN TANIMI ve KAVRAMSAL ESASLARI	16
1.2. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ	18
1.3. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME.....	19
1.3.1. Payları Halka Arz Edilen Halka Açık Anonim Şirketler	21
1.3.2. Payları Halka Arz Edilmiş Sayılan Halka Açık Anonim Şirketler	22
1.3.2.1. Gerçek hissedar sayısının göz önüne alınması	22
1.3.2.2. Hissedar sayısının tespit edilmesi	25
1.3.2.3. Bildirim yükümlülüğü	27
1.3.2.4. Hissedar sayısının 500'ün altına düşmesi.....	28
1.3.2.5. Hisselerin borsada işlem görmesi	31
2. ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNİN KAVRAMSAL TEMELLERİ VE YASAL DAYANAKLARI.....	33
2.1. BİRLEŞME KAVRAMI	33
2.1.1. Birleşme kavramının hukuki tanımları	33

2.1.1.1.	Türk Ticaret Kanunu bağlamında birleşmenin tanımı.....	33
2.1.1.2.	Yeni Türk Ticaret Kanunu bağlamında birleşmenin tanımı.....	34
2.1.1.3.	Sermaye Piyasası Kanunu'nda birleşmenin tanımı.....	36
2.1.1.4.	Bankacılık Kanunu'nda birleşmenin tanımı.....	38
2.1.2.	Birleşme kavramının doktrinde verilmiş tanımları.....	39
2.1.3.	Birleşme kavramının yargısal tanımları.....	40
2.2.	BİRLEŞME TÜRLERİ.....	41
2.2.1.	Devralma biçiminde birleşme.....	41
2.2.1.1.	Devralma biçiminde birleşmeye genel bakış.....	41
2.2.1.2.	Devralma biçiminde birleşmenin düzenleme biçimi.....	42
2.2.2.	Yeni kuruluş biçiminde birleşme.....	44
2.2.2.1.	Yeni kuruluş biçiminde birleşmeye genel bakış.....	44
2.2.2.2.	Yeni kuruluş biçiminde birleşmenin düzenleme biçimi.....	44
2.2.3.	Kolaylaştırılmış usulde birleşme.....	46
2.3.	BİRLEŞME NEDENLERİ.....	47
2.3.1.	Ölçek Ekonomilerinden Faydalanma.....	48
2.3.2.	Teknolojik Gelişmelerden Yararlanma.....	48
2.3.3.	Birleşmenin İçsel Büyümeyle Oranla Daha Üstün Yönlerinin Olması.....	49
2.3.4.	İşletme Başarısızlıklarından Kurtulma.....	49
2.3.5.	Yetenekli Bir Yönetime Sahip Olma.....	50
2.3.6.	Sermaye Piyasası'nda Olumlu Karşılama.....	50
2.3.7.	İşletmenin Saygınlığını Artırma.....	50
2.3.8.	Değerli Sınai Haklara Sahip Olma.....	51
2.3.9.	Finansal Nedenler.....	51

2.3.10.	Çeşitlendirme ve Riski Azaltma.....	51
2.3.11.	Psikolojik Etmenler	52
3.	BİRLEŞMENİN TEMEL UNSURLARI ve BU UNSURLARA BAĞLANMIŞ YASAL NETİCELER.....	52
3.1.	MAL VARLIĞI DEVRİ	53
3.1.1.	Devrin Kapsamının Mal Varlığının Tümü Olması	53
3.1.2.	Devrin Kapsamının İşletme Olması	55
3.2.	BİRLEŞME SÖZLEŞMESİ.....	57
3.2.1.	Birleşme Sözleşmesinin Tarafları ve Şekli	59
3.2.2.	Birleşme Sözleşmesinin Yasal Niteliği.....	62
3.2.3.	Birleşme Sözleşmesinin içeriği.....	64
3.3.	KÜLLİ HALEFİYET	65
3.3.1.	Külli Halefîyetin Kapsamı	67
3.3.2.	Birleşme Bakımından Külli Halefîyet.....	68
3.4.	BİRLEŞME İLE TASFİYESİZ SONA ERME.....	70
3.5.	PAY SAHİPLİĞİNİN DEVAMI	72
3.5.1.	Pay Sahipliğinin Devamı İlkesi.....	72
3.5.2.	Pay Sahipliğinin Devamı İlkesinin İstisnaları.....	73
4.	BİRLEŞME VE BÖLÜNME TEBLİĞİ, HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER, BİRLEŞME USULÜ VE BİRLEŞMENİN İPTALİ	75
4.1.	BİRLEŞME ve BÖLÜNME TEBLİĞİ	75
4.2.	HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	77
4.3.	HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞME USULÜ	78

4.3.1.	Birleşme Görüşmeleri ve Ön Karar.....	78
4.3.2.	Birleşmeye Esas Alınacak Mali Tablolar ve Özel Bağımsız Denetim Raporu 79	
4.3.3.	Bilirkişi İncelemesi	81
4.3.4.	Birleşme Oranının Hesaplanmasında Uygulanabilecek Yöntemler.....	82
4.3.5.	Uzman Kuruluş İncelemesi.....	82
4.3.6.	Kamunun Aydınlatılması	83
4.3.7.	Birleşme Sözleşmesinin Yapılması.....	85
4.3.8.	Esas Sözleşme Değişiklik Metninin Hazırlanması ve Bakanlıktan İzin Alınması87	
4.3.9.	Yönetim Kurulu Raporu Hazırlanması	87
4.3.10.	Diğer İzin, Rapor ve Belgelerin Hazırlanması	88
4.3.11.	Birleşmenin Onaylanması	88
4.3.11.1.	Sermaye Piyasası Kurulunca Birleşmenin Onaylanması.....	88
4.3.11.2.	Şirketlerin Genel Kurullarınca Birleşmenin Onaylanması	90
4.3.12.	Şirket Devralma Yoluyla Birleşme Sonrasında Ulaşılabilecek Sermaye Tutarı 92	
4.3.13.	Pay Sahiplerinin Bilgilendirilmesi	92
4.3.14.	Pay Senetlerinin Kurul Kaydına Alınması	93
4.3.15.	Birleşme Kararının Tescil ve İlanı	94
4.3.16.	Birleşen Anonim Şirketin Sicilden Terkini	95
4.3.17.	Sermaye Piyasası Kurulu'na Bildirim	95
4.3.18.	Ücret	95
4.4.	HALKA AÇIK ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNDE ÖZEL DURUMLAR	96
4.4.1.	Pay Sahiplerinin Korunması	96

4.4.1.1	Ayrılma Akçesi.....	96
4.4.1.2.	Ayrılma Hakkı.....	97
4.4.1.3.	Denkleştirme Akçesi.....	98
4.4.2.	Çalışanların Korunması	98
4.4.3.	Alacaklıların Korunması.....	99
4.5.	BİRLEŞMENİN İPTALİ	100
4.5.1.	Birleşmenin İptali Davası.....	100
4.5.2.	İptal Sebebi Olarak Aykırılığın Giderilememesi	103
4.5.3.	Yetkili Mahkeme ve Dava Açma Süresi.....	104
	TARTIŞMA VE SONUÇ	105
	KAYNAKÇA.....	114

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
a.g.e	: adı geçen eserde
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
eTTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
f.	: Fıkra
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
İBirK	: İsviçre Birleşme Kanunu
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
KAP	: Kamuyu Aydınlatma Platformu
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	: Madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
OYT	: Ortaklıkların Kanun Kapsamından çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği (Seri No: II, No: 16.1)
PYT	: Pay Tebliği (Seri No: VII, No: 128.1)
s.	: Sayfa
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türk Ticaret Sicil Gazetesi
vd.	: ve devamı / ve diğerleri

GİRİŞ

6762 sayı no'lu TTK'nın yürürlüğe girmiş olduğu 1957'den itibaren birleşmeler, Şirketler Hukuku'nda en az eser çıkarılmış konulardan bir tanesi olarak karşımıza çıkar. Birleşme ile alakalı Yargıtay kararı da yok denebilecek kadar azdır. Bunun sebebi olarak uygulamanın bu duruma alakasız kalması olabilir. Fakat 1986'da yayınlanan "Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi"¹ eserin ortaklıklar bölümüne bakılınca neden ilgisiz durulduğu biraz daha anlaşılabilir. Yazar, 80'li yıllara dek topladığı verilerle tüm eylemlerin özel yasa kapsamında kurulan kamu teşebbüsleri tarafından gerçekleştirildiğine işaret eder.

Ekonomik aktivitelerin ve refahın ortaya çıkarıldığı yer şirketlerdir. Anonim şirket ise yalnızca, tüzel kişiliği hissedardan ayırarak profesyonelleşme gerçekleştirebilen idari yapısı ve sorumluluğunun sınırlı olması nitelikleriyle şirketlerin olabildiğince rasyonel işletilmesine olanak sağlayan bir hukuki yapıdır.

İşletmeler bir defa merkez kavram ve olgu biçiminde kabul gördüğünde, iktisadi ve hukuki disiplinler söz konusu organizasyonların en etkin şekilde işletilebilmesine imkan tanıyacak yöntem aramaya başlamıştır. Bu bağlamda yeniden yapılandırmalar çeşitlendirilmiş hedeflerdir. Yeniden yapılandırma, şirketin değişen iktisadi şartlara ve buna bağlı gelişmiş ihtiyaçlara uydurulması hedefinde bulunan bütün işlemleri işaret eder. Birleşme, bahsedilen işlemlerin en kökten sonuçlara yol açan yapılandırma şeklidir. Söz konusu işlem, külli halefiyet ismiyle adlandırılmış ve istisnai bir intikal şekli olan hukuki işlem vasıtasıyla bir şirketten diğerine bozulmadan geçilmesine olanak sağlar.

Birleşme, hemen hemen her zaman iktisadi sebeplerle gerçekleştirilir². Birleşme çoğunlukla vergi doğurmayan bir eylem olarak meydana gelir ve bu sebeple yeniden yapılandırma

¹ Türk, H.S.: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No:185, Ankara, 1986, s.12.

² Yasaman, H.: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987, s.10 vd.

işlemlerinin en sık başvurulanı olarak karşımıza çıkar. Diğer yandan birleşme, meydana getirdiği pek çok ekonomik neticelerle de hukuk disiplinlerinin, aynı zamanda TTK ve YTTK'dan başka da bir çok hukuki düzenlemenin konusu olmuştur.

Halka açık anonim şirket söz konusu olduğunda ise, yasa koyucunun birleşmelere ilgisi daha çok küçük ölçekli şirketlere (küçük yatırımcıya) yoğunlaşmıştır. İşletmenin kontrolünde söz hakkı olmayan bu grup, halka açık anonim şirketin birleşmesinde taraf olması durumunda beklentilerinin ve yatırımlarının ciddi şekilde değişmesi ile karşılaşabilir. Bu sebeple Sermaye Piyasası Kurulu'nun birleşme onayı esasen çoğunlukla bankacılık ya da enerji gibi piyasalarda karşılaşılan istisnai bir denetleme yetkisi şeklinde gündeme gelir.

Halka açık anonim şirketlerin birleşmesini cazip hale getiren, esasen yıllardır tartışma konusu olmuş TTK – SerPK gerilimidir. Doktrinin büyük kısmı SerPK'nın halka açık anonim şirketler hukuku meydana getirmesini eleştirerek konuya yaklaşır. Eleştirileri sürekli hareketli tutan ise Sermaye Piyasası Hukuku'nun bir tebliğler hukuku olmasıdır.

Gerçek anlamda çerçeve yasa özelliğinde olan SerPK, SPK'ya pek çok noktada düzenleyici idari işlem gerçekleştirme yetkisi sunmuş, bu durum da Sermaye Piyasası Hukuku'nun daima değişime uğrayan ve takibi zor bir hal almasına neden olmuştur. Söz konusu düzenlemeler ile Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirket bağlamında öngördüğü düzende değişikliğe gidilmesi ve hatta bazı noktaların uygulanamaz olması eleştirileri derinleştirmiştir. 6102'nolu TTK Tasarısı'nı hazırlayan komisyon, bahsedilen ikilemin giderilmesinin öncelikli amaçları arasında bulunduğunu açıklayarak bunu Gerekçe'de de belirtmiştir.³

Bu bağlamda Şirketler Hukuku'na ciddi değişimler getiren Yeni Türk Ticaret Kanunu yalnızca kapalı anonim ortakları bağlayan bir yasa olarak anılmamaktadır. Yasa koyucu bir taraftan bütün anonim şirketler için tekdüze hükümler öngörerek, öte yandan her türden anonim şirket ve borsa ortaklığı bağlamında düzenlemeler getirmiştir.

³ Genel Gerekçe n.110

İsviçre'nin 2004'te yürürlüğe soktuğu “*Süjelerin Birleşmesi, Bölünmesi, Tür Değişirmesi ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun*” temel alınarak hazırlanmış olan birleşme hükümleri kimi istisnalarıyla tip içerisinde sınıflara ayrılmaksızın bütün şirketler bağlamında tekdüze kurallar getirir. Bu bağlamda minimum bir halka açık anonim şirketin katıldığı birleşmeler inceleme bağlamında bir çekim noktasıdır.

Minimum bir halka açık anonim şirketin şirket ettiği birleşmeler bugüne kadar bir tekyazı konusu olmamıştır. Bu bağlamda bu durumun çalışmayı çekici kıldığını söylemek yanlış olmaz. Çalışmanın amacı halka açık anonim şirketlerin birleşmesini irdelemek ve eski TTK ile YTTK bağlamında detaylı analiz yapmaktır. Çalışmanın bir diğer yönü ise eski düzenlemenin yerine gelen yeni düzenlemeyi incelemek ve iki düzeni karşılaştırmak olacaktır.

1. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLER

1.1. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETİN TANIMI ve KAVRAMSAL ESASLARI

Halka açık anonim şirket kavramının temeli Anglo Sakson Hukuku'na dayanır. Kavram Anglo Sakson hukukunda görülür. İngiltere'de public company olarak isimlendirilen söz konusu şirketlerde hisseler kolayca ve hızlı bir şekilde el değiştirebilir ve ortak sayısında bir sınırlama bulunmaz⁴. ABD'de ise halka açık anonim şirketler publicly held corporation ismiyle anılır. Amerika Birleşik Devletleri'nde şirketler büyüebilmek ve ileriki zamanlarda yapacağı yatırımların finanse edilmesini sağlamak için halka açılır. Avrupa'da ise eski tarihli yatırım ve harcamaların dengelenmesi ihtiyacı ile halka açılma gerçekleşir⁵.

Halka açılma durumu bir taraftan şirketlerin finans maliyetlerini düşürürken bir taraftan halka açılmış şirketler kredi almak için fazla zorlanmaz ve aldığı kredileri düşük faizlerle öder⁶.

Ülkemiz hukukunda halka açık anonim şirket kavramı ilk defa 1964'te hazırlanmış Sermaye Piyasasının Tanzimi ve Teşviki Hakkında Kanun Tasarısı'nda yer bulmuştur⁷. Söz konusu tasarıda halka açık anonim şirketin tanımı şu biçimdedir:

“Yasanın öngördüğü hükümler doğrultusunda kurulup hisse senetlerini halkın alacağı biçimde satışa sunan anonim şirketler ile TTK hükümlerince kurulup hisse senetlerini aynı biçimde satışa sunan söz konusu kanundaki koşulları gerçekleştirmiş anonim şirketlerdir.”

Bu noktada üstünde durulması gereken konu, bir anonim şirketin halka başvurmak suretiyle kurulması, halka açık anonim şirket statüsünde olmak için yeterli değildir. Halka açık anonim şirket statüsünde olabilmek için şirket tasarıda yer alan hükümlere göre kurulmuş olmalıdır.

⁴ Ünal, K.O.: Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, s.32.

⁵ Pagano, M./Panette F./Zingales, L.: Why Do Companies Go Public An Empricial Analysis, The Journal of Finance, Vol. L 1, No:1, 1998, s.60.

⁶ Pagano/Panette/Zingales, s.61.

⁷ Yanlı, V.: Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, Beta Yayınları, İstanbul, s.20.

Yahut Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulup hisse senetlerini satışa sunarak tasarı şartlarını yerine getirmiş olmalıdır⁸.

Halka açık anonim şirket kavramı ilk tasarıdaki haliyle kabul edilmeyerek meclis komisyonunda değişime uğramış ve ikinci tasarıda şu hali almıştır: “Halkı hissedar yapmak amacı ve niyeti ile çıkardığı yahut çıkaracağı hisse senetlerinin halka sunulması için Sermaye Piyasası Denetleme Komisyonu’ndan izin alan ortaklıklardır”⁹. Söz konusu maddede hissedar sayısının elliye geçtiği bir biçimde tespit edilmiş olan anonim şirketlerin halka açık anonim şirket olarak kabul göreceğine işaret edilmiştir¹⁰.

İkinci tasarıda gerçekleştirilmiş olan değişiklikler ile yürürlüğe giren 2499 sayılı SerPK’da halka açık anonim şirket kavramı tanım olarak yer bulmamıştır. Halka açık anonim şirket kavramı yerine “menkul kıymetleri halka arz olunan anonim şirket” ve “hisse senetleri halka arz olunan anonim şirket” kavramları kullanılmış ve yine bu kavramlara bir tanım getirilmemiştir¹¹.

Sonrasında 2499 no’lu SerPK’da, 3794 sayılı kanunla beraber değişiklikler yapılarak halka açık anonim şirket kavramı hukuki olarak bir dayanak bulmuştur¹². Halka açık anonim şirketin bir tanımı yapılmayarak tarif edildiğinden öğretilerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Arkan, halka açık anonim şirketi “Hisselerini halka sunmak üzere söz konusu kanuna göre kurulan anonim şirketlerle TTK’na göre kurulup hisselerini halka sunmak isteyen ve bu bağlamda yasal gereklilikleri gerçekleştirmek mecburiyeti bulunan anonim şirketler halka açık anonim şirketlerdir”¹³ şeklinde tanımlamıştır. SerPK’da ise payları halka arz edilmiş

⁸ Yanlı, s.21.

⁹ Arkan, S.: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s.16

¹⁰ Arkan, s.16 vd.

¹¹ Kılıç, S.: Halka Açık Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Hakkı, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s.7.

¹² Tanör, R.: Sermaye Piyasası Kanunu’nun Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Düzenlemeleri ve Bunların Bankalar Kanunu’na Tabi Kuruluşlara Uygulanabilirliği, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan, GSÜHF Dergisi, İstanbul, 2002, s.661.

¹³ Arkan, s.16.

olan anonim şirketler ya da payları halka arz edilmiş sayılan anonim şirketlerin halka açık anonim şirket olarak kabul göreceği belirtilir.¹⁴

1.2. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Halka açık anonim şirketler hem iktisadi hem de sosyal bağlamda oldukça etkili durumdadır. Söz konusu şirketler düşük sermayeli küçük yatırımcıya ulaşım küçük yatırımcının ekonomide rol almalarına olanak tanımaları ile sosyal eşitliğin sağlanması bakımından oldukça önemli bir roledir. Bu bağlamda halka açık anonim şirketlerden beklenen, şirket hisselerinin fazlaca yatırımcıya ulaşabilmesi ve küçük yatırımcının birikimini en iyi biçimde değerlendirebilmesidir. Halka ulaşmanın ve buna bağlı olarak hissedar sayısının artmasının tek yolu da halka açılmadır¹⁵. Bir taraftan yatırımcının ekonomide rol alması sağlanırken; öte yandan şirketler diğer şirketlerle rekabete girebilmek için maliyeti azaltıp yatırım yapmak ve ucuz sermaye elde etmek durumundadır. Ucuz sermaye ise halka açılıp mümkün olan en çok yatırımcıya erişmek ile mümkün olabilir¹⁶.

19'uncu yüz yıl yasalarına göre sözleşme¹⁷ yahut müessese¹⁸ teorilerinden hangisi kabul görmüş olursa olsun, anonim şirketler belirli bir varlık sahibi olan insanlar grubu şeklinde

¹⁴ SerPK m. 3/1-e

¹⁵ Ünal, K.O.: Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005, s.256.

¹⁶ Ünal, s.257. (Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı)

¹⁷ "Sözleşme teorisi; 18. y.y'da ortaya çıkan düşünce akımlarından biridir. Bu teoriye göre, insanlar bir araya gelerek bir sözleşme yapacaklar, bu sözleşme neticesinde de sahip oldukları tüm hak ve özgürlükleri topluma devredeceklerdir. Böylece devlete ya da başka bir otoriteye karşı bağımsız olacaklardır." Özer, A. (2003). *Anayasa Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 36 – 39"

¹⁸ "Müessese teorisi; Maurice Haouriau isimli Fransız düşünürünün kurucusu olduğu kuramdır. Bu kuramda, devlet en büyük kurumdur ve elinde bulundurduğu kamu gücü sayesinde toplumu yönetir, iç ve dış her türlü tehlikeye karşı korur. Bunların yanı sıra topluma bazı alanlarda özgürlük tanımak ve tanıdığı özgürlükleri güvence altına almakla da mükelleftir." Okandan, R. G. (1950). *Devletin Şahsiyetinin Müessese Fikriyle İzahı*. İÜHF Mecmuası, C. 16 (S. 1-2), s. 88- 96"

tanımlanır. Söz konusu grubun etkinliklerini sürdürebilmeleri için üst kurul niteliğinde olan genel kurul, genel kurulun kararlarını gerçekleştirecek ve hissedarlığı temsil edecek yönetim kurulu, yönetim ve temsil bağlamında genel kurulu bilgilendirecek bir denetim kurulu olmak üzere üç yönetim organı öngörülüyordu. Bunun yanında şirketlerin devletçe denetimi esaslı bir kenara atılarak azınlık hakları ve bireysel haklar dizayn edilmiştir. Bununla birlikte kararların iptal edilebilmesi için kanun yolu açılmış ve birtakım sorumluluklar öngörülmüştür. Gerçekleşmiş olan düzenlemeler hissedarların ve şirketten alacaklı olanların haklarını koruyabilmek için yeterli görülmüştür. Söz konusu sistemde tüm hissedarların genel kurula katılarak bilinçli biçimde karar vereceği düşünülmüştür¹⁹.

Söz konusu sistem *affecito societatis*²⁰i benimsemiş görüş neticesinde meydana gelmiştir. Fakat bu uygulama, bireysel bir katkı sağlamadan diğer hissedarların çalışmalarını ile çıkar elde etmeyi düşünen ve bununla birlikte şirketin yönetimine katılmak istemeyen yatırımcıyı koruyamamış bu sebeple de halka açık anonim şirket uygulaması zorlaşmaya başlamıştır. Bu sakıncanın ortadan kaldırılmasının yanında, halka açık anonim şirketler bakımından da itimat ve istikrar sağlamak için “yatırım ve yatırımcı” olgularına yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmiştir²¹.

1.3. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME

Halka açık anonim şirket kapsamında, bir yandan yatırım gerçekleştirilmesi teşviki sağlanırken diğer yandan pay sahiplerinin çıkarlarının korunması zorunluluğu meydana

¹⁹ Poroy, R.: Anonim Ortaklıkların Günümüzdeki Belli Başlı Sorunları ve Halka Açılma, İkt. Mal. Dergisi, C. 17 (S.1), 1970, s.23.

²⁰ Amaç uğrunda eşit temel üzerinde birleşerek çalışma; ortak yarar için çalışma, şirket kurma niyeti; ortakları eşitlik ilkesi üzerinde birleştiren niyet” anlamlarına gelmektedir. Yılmaz, E. (2003). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 31. “Affectio” kelimesi aynı zamanda bir taahhüdü, yani çaba gösterme taahhüdünü de içerir. Bu yönüyle ortaklık ilişkisini diğer ilişkilerden ayıran önemli bir ölçüttür. Poroy, R. , Tekinalp, Ü. ,Çamoğlu, E. (2014). *Ortaklıklar Hukuku I* (On Üçüncü Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 475

²¹ Ünal, s. 16-17. (Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı)

gelmiştir. Çıkarların korunması ise özel denetimler ile gerçekleştirilebileceğinden halka açık anonim şirketlerle alakalı özel kanunlar çıkarılması zorunlu duruma gelmiştir.

Bu bağlamda halka açık anonim şirket kavramı Türkiye’de ilk defa 1963 – 1964 seneleri arasında hazırlanmış olan “Sermaye Piyasasının Tanzim ve Teşviki Hakkında Kanun Tasarısı”nda karşımıza çıkar²².

Söz konusu tasarıda piyasaya nakit akışı sağlamak amacıyla var olan kanunlarda düzenlenen kapalı anonim şirketlerden halka açık anonim şirketlere geçme olanağının sağlanması ve halkın tasarrufu da kullanılarak halka açık anonim şirketler kurulması hedeflenmiştir²³.

Söz konusu tasarı gündeme geldiği dönemde Türkiye’de sermaye piyasası henüz yoktu. Sermaye piyasası oluşturulmaya çalışılırken bir takım önlemler alınmaya çalışılıyordu. Bu sebeple de halka açık anonim şirketlerin düzenlenmesi yoluna gidilerek hissedarların halka açık anonim şirketlere yatırım yapması cazipleştirilmeye çalışılmıştır²⁴. Tasarı meclisin onayına sunulmuş ancak yasalaşamamıştır. 1970’lerin başlarında, piyasada menkul kıymetlere olan ilgi artmış, bunun üstüne ikinci tasarıda halka açık anonim şirketlerin halka arzı ile sınırlandırılmayarak menkul kıymetlerin de halka arzı şeklinde genel bir düzenlemeye gidilmiştir²⁵.

Bu doğrultuda; iki tasarıda da kesişim noktası hisselerin halka arz edilmesidir. Bu konu halka açık anonim şirketleri diğer şirketlerden ayıran en temel noktadır²⁶. İkinci tasarıda bazı değişikliklere gidilerek 28 Temmuz 1981’de 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

²² Yanlı, s.20. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

²³ Yanlı, s.21. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

²⁴ Arkan, S.: Yüzden Fazla Sahibi Bulunan Anonim Ortaklığın Sermaye Piyasası Kanunu Karşısındaki Durumu, Ankara Barosu Dergisi, C. 39 (S. 3), 1982, s.367.

²⁵ Yanlı, s.26. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

²⁶ Yanlı, s.26 vd. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

yürürlüğe sokulmuştur. Halka açık anonim şirketler kavram bağlamında ilk defa özel bir kanunda yer bulmuştur. 1992 senesinde gerçekleştirilen değişikliklerle ise halka açık anonim şirket tanımı ilk defa yasada yer bulmuş ve net bir şekilde kullanılmaya başlamıştır. Bunun yanında “menkul kıymetleri halka arz olunan anonim şirket” ibaresi yasadan çıkarılmış, yerine ise daha geniş bir kapsamı olan “ihraççı” ifadesi getirilmiştir²⁷.

Yeni SerPK’ya göre halka açıklık statüsünün “Payları borsada işlem gören şirketler ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim şirketlerin payları halka arz olunmuş sayılır. Bu şirketler halka açık şirket hükümlerine de tabi olurlar.” (SerPK m. 16/1) şeklinde tanımlanmıştır.

1.3.1. Payları Halka Arz Edilen Halka Açık Anonim Şirketler

Payları halka arz edilmiş olan halka açık anonim şirketler, sermaye piyasasında oldukça önemli bir yerde olduğundan halka açık anonim şirket kavramı içerisinde bulunur²⁸. SerPK’ya göre halka açık anonim şirketlerin halka arzından kastedilen hisselerin satışı için her kanaldan gerçekleştirilen bir çağrı ve buna bağlı olarak gerçekleştirilen satış işlemidir.²⁹

Halk nosyonu, şirketlerin öncesinden yeni pay sahiplerinin kim olacağını bilemediği fazlaca kişiyi işaret eder³⁰. Bu kimseler ellerinde bulunan ana parayı diledikleri gibi kullanma ve gerçekleştirdikleri yatırım hususunda karar alma iradesinde bulduklarından sermaye piyasasının aktif rol sahipleridirler³¹.

²⁷ Yanlı, s.26. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

²⁸ Ünal, s.34. (Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı)

²⁹ SPK m. 3/1-f

³⁰ Günel, V., Hukuki Açından Sermaye Piyasası Faaliyetleri: Araçlar-Kurumlar, İMKB Yayınları,

³¹ Kara, S.M.: Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s.12.

Halka arz çağrısı herkese iletilebildiği gibi, belli meslek gruplarına ya da belli özellikteki kimselere de iletilebilir. Söz konusu çağrı halka açık anonim şirkette çalışan işçilere ya da belli bir grubuna da yapılabilir³².

Arz çağrısı medya kuruluşları ile, sözlü ya da yazılı olabileceği gibi broşür, katalog, el ilanı dağıtımı, ilan asılması ya da online ilan verilerek de gerçekleştirilebilir³³. Çağrıda bulunacak kişi önem arz etmez. Anonim şirket kendi çağrı yapabileceği gibi hissedarlar da hisselerini satmak için çağrı yapabilmektedir³⁴.

1.3.2. Payları Halka Arz Edilmiş Sayılan Halka Açık Anonim Şirketler

SerPK'nın tanımına göre halka açık anonim şirketlerin iki şekilde düzenlemesi söz konusudur. Bunların ilki payları halka arz edilmiş olan halka açık anonim şirketlerken ikincisi payları halka arz edilmiş sayılan halka açık anonim şirketlerdir.

1.3.2.1. Gerçek hissedar sayısının göz önüne alınması

Hisseleri borsada işlem görmekte olan şirketler ve hissedar sayısı 500'ü geçmiş şirketlerin payları halka arz edilmiş sayılır.³⁵

Hissedarları 500'ü aşan anonim şirketlerde hisselerin halka arzı olmasa bile sayı bakımından 500'ü aştığı takdirde söz konusu şirketler halka açık anonim şirket şeklinde kabul görür. Öğretide yalnızca sayısal verilere bakılarak bir şirketi halka açık anonim şirket olarak görmenin bazı sıkıntıları olacağı belirlenmiştir. Bu bağlamda, hissedar sayısının azalıp arttığı zamanlarda söz konusu şirketin statüsünde değişimler meydana gelecektir. Bu noktada da şirketin bağlı olduğu kanunlarda da değişiklik meydana gelecektir. Bu bağlamda yatırımcılar,

³² Arkan, s.148. (Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri)

³³ Ünal, s.237. (Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı)

³⁴ Yanlı, s.28. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

³⁵ SerPK m.16.İstanbul, 1997, s.169.

ortak ve yöneticiler bakımından güven kırıcı bir durum söz konusu olacaktır³⁶. Zıt görüş ele alındığında ise, SerPK’da hissedar sayısında azalma olduğu hallerde hissedarlara bildirme zorunluluğunun getirilmemiş olması, hissedar sayısında azalma olsa dahi SerPK hükümlerine bağlı kalınmaya devam edeceği manasına gelmektedir denilir³⁷. Bu durumun söz konusu olduğu kabul edildiğinde, yine sıkıntılı durumlar meydana gelebilir. Öyle ki bu şirketlerin SerPK’ya bağlı bulunmaya devam ediyor olması kurulun iş yükünü artırabilir.

1981’de yürürlüğe girmiş olan 2499 sayılı SerPK’nda hissedar sayısının 100’ü geçmesi halinde anonim şirketler halka açık olarak kabul ediliyordu. 3794 sayılı kanun ile gerçekleştirilen değişiklikler ile halka arzı varsayımsal biçimde kabul gören 100’den çok ortağa sahip anonim şirketlerin hisse senetlerinin halka arz eden anonim şirketler ile aynı hukuki statüde olduğu kabul edildiği belirtilmiştir. Böylelikle yasada tamamıyla fiili-farazi arz ayrımı ihtiyacı olmayacak bir nosyon ve mana birliği olması hedeflenmiştir.³⁸

2499 sayılı yasa yürürlüğe girdiğinde birçok gelişme meydana gelmiştir. Yasadan sonra geçen yıllarda, sermaye piyasasının yaşadığı değişim göz önüne alınarak hissedar sayısının artırımı gerekli görülmüştür. Yine aynı dönemde İstanbul Menkul Kıymetler Borsası kurulmuş ve faaliyete başlamıştır. İMKB’nin faaliyete geçmesiyle işlem hacminde büyüme meydana gelmiş ve bu durum da kurumsal yatırımcıyı meydana getirmiştir. Bu durumun sonucu olarak da sermaye piyasası kurumlarında ve araçlarında çeşitlilik ortaya çıkmıştır. Bu gelişmelerin yanında yabancı sermayedarların alakası sermaye piyasasında yatırımcı kitlesinin artışına yol açmıştır.

Gelişmelerle ortaya çıkan halka açık anonim şirketin ortaklık ölçeğiyle uyumlu şekilde, 1999’da 4487 sayılı yasa ile değişikliğe gidilmiştir. Söz konusu değişiklik sonrası 100 olan hissedar sayısı 250 olarak güncellenmiştir.³⁹ 6362 sayılı SerPK ile beraber, 250 olan hissedar

³⁶ Arkan, s.369. (Yüzden Fazla Sahibi Bulunan Anonim Ortaklığın Sermaye Piyasası Kanunu Karşısındaki Durumu)

³⁷ Arkan, s.369-370. (Yüzden Fazla Sahibi Bulunan Anonim Ortaklığın Sermaye Piyasası Kanunu Karşısındaki Durumu)

³⁸ Bkz. 3794 sayılı Kanun’un 11/2. maddesinin gerekçesi.

³⁹ Bkz. 4487 sayılı Kanun’un 11. maddesinin gerekçesi.

sayısı son olarak 500'e çıkarılmış ve hissedarı 500'den çok olan anonim şirketler halka açık anonim şirket statüsünde değerlendirilmeye başlamıştır. Bir şirketteki hissedarın hissesini şirket iradesine ters olacak biçimde 500'den çok kimseye satması halinde, şirketin hukuki statüsünün ne olduğu ise tartışma konusudur.

Bir görüş, çoğunluk sayının aksi yönündeki iradesine karşın, bir hissedarın hisse senetlerini 500'den çok kimseye satması halinde şirketin halka açık anonim şirket statüsüne gelmesi, anonim şirketlerin esas düzen ve yapısal durumu ile çoğunluk ilkesine zıt düşer⁴⁰. Bunun yanında ortaklık sınıfi hususundaki çoğunluk iradesinin yok sayıldığı düşünülür⁴¹. Yine bu görüş, bir hissedarın nama yazılmış hisse senetlerini yasa da belirtilmiş sayıdan fazla kimseye devretmesi durumunda, ana sözleşmede engelleyici bir hüküm olmasa bile hisse senetlerinin yeni maliklerinin hisse defterine kaydının yönetim organınca reddedilmesine olanak sağlanmasını savunmaktadır⁴².

Bir diğer görüşe göre, bir anonim şirkete halka açık statüsü verilirken çoğunluk hissedarların iradesine yahut girişimcinin maksadına avantaj sağlanmalıdır⁴³. Gerçekten böyle bir halde, çoğunluğun çıkarları ve istençleri, tek bir hissedarın çıkar ve istencinin gerisinde görülmektedir.

Üçüncü ve bizim de katılmakta olduğumuz görüşe göreyse; TTK'da hisselerin devri ile alakalı tertipler net bir şekilde belirlenmiştir. Bunun haricinde çoğunluk istenciyle hisselerin devredilmesi önlenerek bir şirketin pozisyonunun belirlenebilmesi mümkün olmadığı gibi, hissedarların Medeni Kanun'un 2'nci maddesi⁴⁴ne ters düşecek biçimde hisse devrine dair işlemlerin iptaline de olanak sağlanmalıdır.

⁴⁰ Tekinalp, Ü.: İki Güncel Sorunun Çözümünde Teorik Yaklaşım Denemesi: AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Tescilinin Hukuki Niteliği, Batıder, C. XVII (S.2), 1993, s.32-33.

⁴¹ Tekinalp, s.33. C. XVII (S.2)

⁴² Tekinalp, s.33. C. XVII (S.2)

⁴³ Ulusoy, Y.: Sermaye Piyasası Kanunu Yorum ve Açıklaması, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s.51-52.

⁴⁴ Medeni Kanun m. 2 : "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."

2499 sayılı SerPK’da hissedar sayısı 250’den fazla olan anonim şirketlerin hisseleri halka arz edilmiş sayılırken, 6362 sayılı SerPK’da gerçekleştirilen değişiklikle birlikte sayı 500’e yükseltilmiştir. Hisseleri borsada işlem gören şirketler halka arz edilmiş kapsamında değerlendirilmeye alınmıştır. Hisseleri borsada işlem görmeyen şirketler için de 6362 sayılı SerPK’da “Hisseleri borsada işlem görmeyen anonim şirketler, halka açık pozisyonuna geldikten sonra iki sene içerisinde hisselerinin işlem görmesi için borsaya başvuruda bulunmak durumundadır. Aksi halde kurul, hisselerin borsada işlem görmesi yahut şirketin halka açık pozisyonundan çıkarılması için talep beklemeden gereken kararı alır”⁴⁵ hükmü bulunmaktadır.

Bu şirketlere kurul kaydını takip eden iki sene içinde hisselerinin borsada işlem görmesi mecburiyeti gelmiştir. Söz konusu mecburiyete uymayan şirketlerin hisselerinin resen işlem görmesi yahut halka açık şirket pozisyonundan çıkarılmasını temin etmek üzere çağrı gerçekleştirilerek hissedar sayısının yasanın öngördüğü sınır altına çekilmesi de dahil bulunmak üzere karar alma hususunda kurula yetki sağlanmıştır.

Bu değişiklik ile bir yandan yalnızca hisseleri borsada işlem gören anonim şirketlerin halka açık olarak görüldüğü Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum göstermesi amaçlanmıştır. Diğer yandan ise belli büyüklükte olan şirketlere yatırım gerçekleştiren hissedarların haklarının korunmasının iktisadi bakımdan daha manalı olduğu göz önüne alınmıştır. Bunun yanında kamusal kaynakların daha randımanlı kullanımı hedefiyle inceleme, gözlem ve denetlemede faaliyetin artırılması ile yatırımcıyı faal olarak koruyan bir yol izlenmesi hedeflenmiştir.⁴⁶

1.3.2.2. Hissedar sayısının tespit edilmesi

Hisse senetlerinin halka arz edilmiş sayılmasında bakılan kıstaslardan bir tanesi hissedar sayısı olduğu için, hissedar sayısının tespiti büyük önem arz eder. SerPK’da hissedar

⁴⁵ SPK m.16/2

⁴⁶ Bkz. SPK m. 16’nın gerekçesi.

sayısının nasıl tespit edileceğine dair bir öngörü bulunmaz. Fakat kurulun çıkarmış olduğu Pay Tebliği'nde yer alan 34/2 madde uyarınca hisse sayıları;

- Şirket hisse defteri,
- Genel kurul toplantılarına katılanların tam listeleri,
- Kâr payının dağıtılması esnasında tutulan muhasebe kayıtları ve belgeleri,
- Kuruluş ve anapara artırmada başvuruda bulunan hissedarlara dair kayıtlar ve belgelerle,
- Ortaklığın hissedarlarla alakalarına ait diğer işlemleri esnasında belirlenebilir.

Bir hisse birden çok sahipli bulunabilir. Hissedarlık haklarını bütün hisse sahiplerini temsilen bir kişi kullanırsa, hissenin şirkete karşı bölünemezliği ilkesinden yola çıkarak, bütün hissedarlar bir ortak biçiminde kabul edilir.⁴⁷ Bunun yanında hissedar sayısı belirlenirken, TTK'nın 414/1 maddesi ve 415/3 maddesince öngörölmüş hisse senetlerinin bildirimini ile alakalı düzenlemelerden faydalanılabilir⁴⁸.

Bununla beraber edersiz hissedar sayısının 500'ün üstüne çıktığının fark edilmesi ya da herhangi bir teşvikten yararlanmanın hissedar sayısının 500'den çok olması koşuluna tabi bulunması ve hissedarlığın bu teşvikten faydalanyor bulunması hallerinde⁴⁹ sayının 500'ü aştığı karine olarak kabul görebilecektir.

Hissedar sayısı tespit edilmesinde üzerinde durulması gereken başka bir konu ise muvazaalı işlemlerdir. Yasaman, muvazaalı biçimde gerçekleştirilmiş hisse devri hallerinde yani gerçek olmayan kimselerle 500 sayısının geçilmesi durumunda şirketin halka açık anonim şirket statüsü kazanmayacağına değinir⁵⁰. Nitekim SerPK'nın esas hedefi anaparanın halk eline

⁴⁷ TTK m. 477.

⁴⁸ Arkan, s.370. (Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri)

⁴⁹ Günal, s.43.

⁵⁰ Yasaman, H.: Menkul Kıymetle Borsası Hukuku, İstanbul, 1992, s.144.

geçmesi ve bu sayede tabana dağılmasıdır. Muvazaalı hisse devri mevzu bahis olduğunda bu amaca ulaşmak mümkün olmayacaktır⁵¹.

Bununla birlikte hisse üstünde zilyetlik hakkı bulunanlar, hissedar sayısı tespitinde önemsenmez. Örneğin, hisse üstünde inançlı temlik uygulandıysa inançlı biçimde hisseyi devralanlar, hissedar sayısı tespit edilirken sayıya dahil olmayacaktır⁵².

1.3.2.3.Bildirim yükümlülüğü

Hissedarlıkların halka açık anonim şirket pozisyonunu kazandığını öğrendikten sonra bildirim yükümlülüğü bulunur. Söz konusu bildirim nasıl yapılacağı Pay Tebliği tarafından düzenlenmiştir. Pay Tebliği'ne göre, bir şirket halka açık anonim şirket pozisyonunu kazandıklarını öğrendiği günden itibaren 30 gün içerisinde kurula müracaat etmeleri gerekir.⁵³

Müracaat esnasında hissedarların tebliğde yer alan 12 no'lu ekte bulunan bilgileri barındıran bir beyannameyi halka açık anonim şirket pozisyonunun kurul tarafından onaylanması amacıyla arz etmeleri şarttır. Söz konusu beyannameye yer alması gerekenler şu bilgilerdir;

1. Hissedarlığın;
 - a) Unvanı,
 - b) Kurulma tarihi,
 - c) Etkinlik konusu ve gerçekleştirdiği etkinlikler,
 - d) Kayıtlı anapara sistemine tabi bulunup bulunmadığı, ödenen/çıkarılan anaparası,
 - e) Bilinen hissedar sayısı,

⁵¹ Yasaman, s.144. (Menkul Kıymetle Borsası Hukuku)

⁵² Ünal, s.38-39. (Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar)

⁵³ PTY m. 34/3.

- f) Hissedarlık anaparasının %5 yahut daha fazlasını bulunduran hissedarların isimleri, soy isimleri yahut unvanları, hisse oranları ve mevcutsa hisse gruplarına tanınmış ayrıcalıklar,
 - g) Yönetim organı üyelerine dair bilgiler.
2. Hissedarların bağlı hissedarlıkların ve şirketlerinin ticari unvanları, ana adresi, etkinlik konusu, ödenen/çıkarılan anaparası, hissedarın bunlarda bulunan hissesi, hissedarlığın bunlar ile olan iş ilişkileri ya da ticari ilişkileri ile alakalı bilgiler.
 3. Yürürlükteki bütün değişiklikleri barındıran ve tek metin biçimini almış, hissedarlığı temsil yetkisi bulunan kimselerce imzalanmış ana sözleşme.
 4. Hissedar olduğu bilinen gerçek ve tüzel kimse halindeki hissedarlarıyla olan iş ilişkileri ya da ticari ilişkileri içeriği ve detayları içeren bilgiler.
 5. Hissedarlığın üretme tesisi, fabrikası, alt şubeleri, bağlı işletmelerinin isimleri ve adresleri ve yine varsa devam eden yatırımlarıyla alakalı bilgiler.
 6. Son 3 yılda gerçekleştirilmiş genel kurul toplantılarına dair tutanaklar ve toplantıda bulunanların listeleri.
 7. Son 3 yılı içeren mali tablolar.
 8. Son 3 yılda dağıtılmış kâr payları, miktarları ve oranlarını içeren bilgiler.

Ayrıca bunlarla beraber ana sözleşmeleri SerPK hükümlerine uyumlu biçime getirebilmek maksadıyla madde tadil tasarısı hazırlanması gerekir. Ana sözleşmede değişikliğe dair kurulca uygun görüşü alındıktan sonra gereken işlemleri uygun görülüş kararının tarihinden itibaren en çok 6 ay içinde gerçekleştirecek genel kurul toplantısında karara bağlanma zorunluluğu bulunur.

1.3.2.4.Hissedar sayısının 500'ün altına düşmesi

Hisse senetleri halka arz olunan anonim şirketlerin halka açık anonim şirket statüsünde kabul görmeleri için bir hissedar sayısı belirlenmemiştir. Hisse senetleri halka arz edilmiş sayılan anonim şirketler bağlamında, hisse sahibi sayısında bir sınırlama söz konusudur.

Hissedar sayısına göre halka açık anonim şirket pozisyonunu kazanan şirketlerin, hissedar sayısının 500'ün altına düşmesi halinde statüsünün ne olacağı SerPK'da düzenlemeye tabi olmamıştır. Kurul tarafından çıkarılmış olan OYT tebliğinde bu durumla karşılaşıldığında ne yapılması gerektiği belirlenmemiştir. Tebliğin içeriğine göre SerPK'da belirtilmiş sayının aşığına düşüldüğü durumlarda hissedarlık yasa kapsamında çıkarılacaktır.

OYT'de yer alan m. 7/1'e göre, hissedar sayısının 500'den aşığı düşüğüünün;

1. Hazır bulunanların tam listesi,
2. Hisse defteri,
3. Kâr payı dağılımına dair muhasebe kayıtları ve belgeler,
4. Kuruluş ve sonrasında meydana gelmiş anapara artırımları başvurusu yapan hissedarlara dair kayıtlar ve dökümanlar ve var ise hisse sahipleriyle ilgilerine dair doküman ve faaliyetlere bakılarak tespiti sağlanabilir.

Hissedarların bu konuyu mahkemece atanmış bilirkişinin raporuyla tespit ettirmesi gerekmektedir. Tespit sonrası, hissedarların yasa kapsamında çıkarılma talepleri için gereken belgeler ile birlikte kurula başvurusu gerekir. Yasa kapsamında çıkarılmak için yapılan başvuru esnasında sunulması gereken belgeler şunlardır;

1. İhraççıyı tanıtan bilgilerin bulunduğu dökümanlar,
2. Yürürlükte olan ve bütün değişimleri içeren, bir metin biçimine gelmiş hissedarlığı temsil etmeye yetkili kimselerin imzasının bulunduğu ana sözleşme metni.
3. Yasa kapsamında çıkarılmaya dair yönetim organının kararı, aslı yahut noterce onaylanmış sureti.
4. Söz konusu tebliğin;
 - a) 5'inci maddesi bağlamında, genel kurulun kararıyla yasa kapsamında çıkarılmaya dair müracaatlar için, ayrılma hakkı kullanmanın ücretinin tespit edilmesine dair değerlendirme raporu ve taslak olarak toplantının gündem maddeleri,
 - b) 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrası bağlamında hissedarlık yapısına göre yasa kapsamında çıkarılmaya dair müracaatlar için, genel kurul toplantısında bulunanların tam listesi yahut bilirkişi tarafından hazırlanmış rapor.
 - c) 7'inci maddesi bağlamında hissedar sayısı hususunda yasa kapsamında çıkarılmaya dair müracaatlar için bilirkişi tarafından hazırlanan rapor,

- d) 8'inci madde bağlamında mali tablo kalemlerinin büyüklüğü bakımından yasa kapsamından çıkarılmaya dair müracaatlar için kurulun düzenlemesine uyumlu biçimde hazırlanmış ve bağımsız kuruluşlarla denetlenmiş, başvurudan önceki son iki seneye ait olan mali tablolar.
5. Kurulun gerekli gördüğü takdirde verilmiş olan bilgilerin doğruluğunu onaylayan dökümanlar ve kurulun isteyebileceği bilgiler ve dökümanlar,
6. Noterce tasdiklenmiş imza sirküleri.

Müracaat kurul tarafından uygun bulunduğu takdirde söz konusu şirketler SerPK kapsamından çıkarılmaktadır. Mahkemeye arz edilecek bilirkişi tarafından hazırlanmış raporda temel alınan toplantıda bulunanlar listesinin müracaat tarihi itibarıyla en geç 1 yıl evvel düzenlenmesi ve hisse defterinin güncel halde olması şarttır. Bunun yanında bilirkişinin raporunu başvurudan önce en çok 3 aylık süreçte hazırlamış olması gerekir. Raporun sonuç kısmında ise;

- a) Raporun tarihi itibarıyla, yukarıda değinilen dökümanların hepsinin incelenmiş olması neticesinde hissedarlığın hissedar sayısının 500 altı olduğunun saptandığının beyanı ve,
- b) İnceleme esnasında kullanımına gerek duyulmayan dökümanların kullanılmama nedenlerinin belirtilmesi mecburidir.⁵⁴

Bu noktada bahsedilen şirketler, hisse senetlerini arz etmemiş hisse sahibi sayısı bakımından halka açık anonim şirket statüsü edinmiştir. Dolayısı ile SerPK hükümlerine tabi durumda bulunmaktadır⁵⁵. Hissedar sayısının SerPK'da öngörölmüş sınır altında bulunması durumunda, mevzubahis olan durum evvela mahkemece tespit ettirilir. Sonrasında ise kurul kaydından çıkarılmaları için kurula başvuruda bulunulur⁵⁶. Bir başka deyişle, kurul

⁵⁴ OYT m. 7/2-3

⁵⁵ Uşaklı, M.S.: Halka Arz Kavramı ve Halka Arzın Hukuki Niteliği, İstanbul Barosu Dergisi, C.85 (S.6), 2011, s.166.

⁵⁶ Yanlı, s.48. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

kaydından çıkarılış için re'sen bir durum söz konusu değildir, ancak bir talep doğrultusunda gerçekleşir. Talep sonucu karar verecek tek yetkili organ ise kuruldur⁵⁷.

1.3.2.5.Hisselerin borsada işlem görmesi

6362 sayılı SerPK ile gelmiş olan bir yenilik de hisseleri borsada işlem gören anonim şirketlerin halka açık anonim şirket şeklinde kabul göreceğidir. 2499 sayılı SerPK'da "hisselerin borsada sürekli işlem görmesi" koşulu halka arzın gerekliliğiyle, 6362 sayılı SerPK ile beraber halka açık anonim şirket pozisyonu için şart koşulmuştur. Böylelikle ortaklıklı şirketler halka arz için gereken işlemleri gerçekleştirmeksizin, direkt olarak halka açık anonim şirket statüsüne geçeceklerdir. Değişiklikteki esas amaç, hisseleri borsada işlem görmekte olan ortaklılara Halka Açık Anonim Şirket pozisyonu edindirilerek, SerPK hükümlerine de tabi olunmasıdır. Bu biçimde, yatırımcı bakımından bir güven tahsisi sağlanmak istenmiştir.

Türkiye, bilhassa son 10 yıl içerisinde ekonomik olarak istikrarlı bir süreçtedir. İstikrarın paralelinde ekonomik piyasa da güvenli bir yapıya ulaşmaya başlamıştır. Bahsedilen gelişme ve değişimlerin kalıcı olabilmesi için global piyasa ile rekabet edilebilir, standardı yüksek ve bilhassa yeni koşullara uyumlu bir hukuki altyapının tahsisi de kaçınılmaz olmuştur.⁵⁸

Hisseleri borsada işlem görmeyen ancak hissedar sayısı 500'ün üstünde olan anonim şirketler de Halka Açık Anonim Şirket pozisyonunu edindikten sonraki 2 yıl içerisinde hisselerinin işlem görebilmesi için borsaya başvuru yapmak durumundadır. Aksi halde kurul, söz konusu hisselerin borsada işlem görebilmesi ya da hissedarlığın halka açık ortaklıktan çıkarımı için hissedarın talebine bakılmaksızın gereken kararları alır.⁵⁹

⁵⁷ Yanlı, s.48. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

⁵⁸ Bkz. SPK'nın Genel Değerlendirme gerekçesi.

⁵⁹ SPK m.16/2.

Hisseleri borsada işlem görmeyen şirketlerin hisselerinin borsada işlem görebilmesi için ana sözleşmede değişiklik gereken durumlarda Borsa İstanbul'a başvuru yapılmadan evvel hissedarlık yönetim organı, hissedarlık hisselerinin borsada işlem görmesine dair ana sözleşme değişiklikleri için kurulun uygundur görüşünü alır. Uygun görüşü alınmasının ardından, ana sözleşme değişiklikleri hisselerin borsada işlem görmeye başlayışından evvel ve her durumda uygundur görüşü kararının alınma tarihinden itibaren en çok 6 ay içinde gerçekleşecek genel kurul toplantısında karara bağlanmalıdır.⁶⁰

Hisseleri borsada işlem görmeyen Halka Açık Anonim Şirket'lerin hisselerinin borsada işlem görebilmesi için izahname düzenlemek ve söz konusu izahnamenin borsa başvurusuyla aynı zamanda kurul onayına sunmak mecburidir. Bu şirketlerin hisselerinin borsada işlem görmeye başlaması için referans ücret belirlemede borsa düzenlemeleri esas alınır.⁶¹ Hisselerinin borsaya sunulmasını istemeyenler için ise kurulun yasa kapsamında çıkarılmasına dair düzenlemelerine uyulması öngörülmüştür.⁶²

Hissedarlar, hissedar sayısının minimum 2/3 müspet oyu ya da toplam oy sayısının 3/4'ü ile alınacak bir genel kurul kararı ile hisselerin söz konusu yasanın kapsamından çıkarımını talep edebilir.⁶³ Bu noktada sadece çıkarılma kararında müspet oy vermeyen hissedarlara ayrılma hakkı tanınır.

⁶⁰ PYT m. 35/2.

⁶¹ PYT m. 35/3.

⁶² PYT m.35/4

⁶³ SPK m. 33/4

2. ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNİN KAVRAMSAL TEMELLERİ VE YASAL DAYANAKLARI

2.1. BİRLEŞME KAVRAMI

2.1.1. Birleşme kavramının hukuki tanımları

2.1.1.1. Türk Ticaret Kanunu bağlamında birleşmenin tanımı

Birleşme, Türk Ticaret Kanunu'nun Ticaret Şirketleri başlıklı ikinci kitabının umumi hükümler başlıklı birinci bölümünde düzenlenen 6 madde ile (146 – 151 m.) anonim şirketlere dair 451 ve 452'nci maddeler uyarınca düzenlenmiş bir müessesedir. TTK'nın 146'ncı maddesi, bütün ticari şirketlerin birleşmelerine dair ortak bir tanımlama getirmiştir. Buna göre; “Birleşme, bir ya da daha çok ticari şirketin birleşerek ortaya yeni bir ticari şirket çıkarmalarından ya da daha çok şirketin bir şirkete iltihakından ibarettir.”

TTK'nın 146'ncı maddesi açık bir mantık içerir. Söz konusu madde, yeni bir şirket kurularak meydana gelen birleşmeyi birleşerek gerçekleştirilmiş bir eylem olarak tarif eder. Bunun yanında ilgili tanıma göre birleşme neticesi bir yahut birden fazla şirketin var olan bir şirkete katılımı (iltihak) ile de meydana gelebilir. Hemen belirtmekte fayda vardır ki, iltihak sözcüğünün hukuki bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu bağlamda birleşmenin kavramsal boyutunun birleşme terimi olarak ifade edilmesi gibi iltihak terimi de bir açıklamaya ihtiyaç duyar. Diğer yandan TTK'da yer alan Devralma başlığına sahip 451'inci madde de, Türk Ticaret Kanunu'nun 146'ncı maddesinin terimcesini kullanmaksızın “bir anonim şirket bir diğer anonim şirketce tüm aktifleri ve pasifleriyle devir alınarak yürürlükten kalkarsa, aşağıdaki hükümler tatbik edilir” diyerek birleşmenin devralma ile meydana gelebileceğini işaret etmiştir.

Bu bağlamda anonim şirketler bağlamında birleşme neticesinin meydana gelmesi için gerçekleşen katılma, bir anonim şirketin diğerince tüm aktifleri ve pasifleri ile devralınması

manasına gelir. Yine 146'ncı maddede bahsedilen yeni bir ticari şirket kuruluşu ise, TTK 452'nci maddede “birden fazla anonim şirketin malvarlığının yeni kurulan bir anonim şirketce devralınması” biçiminde belirtilir.

Bahsedilen hükümler bağlamında, TTK'nın birleşme ile ilgili temel unsurlar barındıran ve sınırlarını belirleyen bir tanımdan oldukça uzak bulunduğu anlaşılır⁶⁴.

Hakikaten, TTK'nın 146, 451 ve 452'nci maddeleri, ticari şirketlerin var olan bir şirketce devralınması yahut yeni bir ticari şirket kurma şeklinde birleşecekleri noktasında esas önermeyi göz önüne çıkarmakta, birleşmenin unsurları yerine şekillerini belirleme yoluna gitmektedir⁶⁵.

Netice itibarıyla, TTK birleşme bağlamında kanuni bir tanım verip içeriği tek bir hükme bağlamaktan ziyade, yasal – teknik bağlamda birleşmenin devralma ya da yeni kuruluş biçiminde yapılacağını ortaya koyar. Bu bağlamda birleşme kavramının içeriğinin belirlenmesi bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun birleşme hükümlerinin analiz edilmesi ve birleşmeyi diğer işlemlerden farklı kılan elemanların belirlenmesi mecburidir. Doktrinde verilmiş tanımların bu bağlamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.1.1.2.Yeni Türk Ticaret Kanunu bağlamında birleşmenin tanımı

Yeni Türk Ticaret Kanunu, ticari şirketlerin yeniden yapılandırılmasına dair oldukça ayrıntılı hükümler getirmiştir. YTTK ile birlikte, ticari şirketlerin birleşmesi bağlamında getirilmiş detaylı hükümlerle beraber, bölünme konusunun da ilk defa düzenlendiği; Türk Ticaret Kanunu 152'nci maddesinde yer alan tür değiştirme konusunun da ayrıntılı biçimde hükümlere bağlandığı görülür.

⁶⁴ Bahtiyar, M.: Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklıkların Birleşmeleri ve Denetimi, Makaleler II, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.5.

⁶⁵ Yasaman, H.: Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, C.I, İstanbul, 2003, s.2-5.

YTTK'nın birleşmeyi de içeren biçimde tekrar yapılandırma eylemlerini düzenleyen hükümlerinin esas kaynağı 2004'te İsviçre'nin yürürlüğe soktuğu “Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun’dur.

Yeni Türk Ticaret Kanunu da Türk Ticaret Kanunu’nun 146’ncı maddesinde yer alan tanımla benzeşen bir tanıma yer verir. Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 136’ncı maddesinin birinci fıkrası birleşme türlerini; bir şirketin diğer şirketi devralması (hukuki terimiyle devralma biçiminde birleşme) yahut şirketlerin yeni bir şirket çatısı altında bir araya gelmesi (hukuki terimiyle yeni kuruluş biçiminde birleşme) şeklinde nitelendirir. Dikkat edilirse Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 136’ncı maddesi birleşmeyi bir şirketin diğer şirketi devralması ve birden fazla şirketin yeni bir şirket çatısı altında bir araya gelmesi biçiminde ve esasen hukuki bağlamda çok da açıklayıcı olmayan bir biçimde tanımlanmasından ibarettir. Farklı bir kavram belirlenmesi de yine 136’ncı maddenin 2’nci fıkrasında bulunur. Hem devralma biçiminde birleşmeyi hem de yeni kuruluş biçiminde birleşmeyi kabul eden şirket “devralan şirket”, şirkete katılan şirket ise “devrolunan şirket” biçiminde nitelendirilmiştir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 136’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasında ise, birleşmenin net bir tarifinden ziyade öğelerinden bazılarını ortaya koyacak şekilde bir düzenlemenin söz konusu olduğu görülür. Hükme göre birleşme, “devrolunmuş şirketin tüm varlıkları karşılığında bir değişim oranına göre, devralmış şirketin hisselerini devrolunmuş şirketin hissedarlarınca kendi kendine edinmesi biçiminde gerçekleşir”. Bu bağlamda, birleşmenin devrolunmuş şirketin tüm varlıklarına karşılık devralmış şirketin hisselerinin edinilmesine dayanan bir değişim ilişkisinden ibaret olduğu intibası uyanmaktadır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 136’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasında ise, birleşmeyle devralmış şirketin devralınmış şirketin mal varlığını bir bütün şeklinde devraldığı belirtilerek, devir konusunun devrolunmuş şirketin mal varlığının tümü olduğu ifade edilir. Bu bağlamda hangi birleşme türü mevzubahis olursa olsun, devir konusu şirket değil şirketin

tüm mal varlığıdır. Bu durumda mal varlığının tamamı devralınmış olan şirket sona erer ve Ticaret Sicili'nden silinir.⁶⁶

Türk Ticaret Kanunu'nun 146'ncı maddesinin paraleli şeklinde bir tanım olarak kabul edilecek hükmü bulunmasa da, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 136'ncı maddesinde verilmiş bilgilere dayanarak, birleşmenin öğelerinin tek bir madde ile belirtilmesi söz konusudur. Bu bakımdan yasada düzenlenen bir tekrar yapılandırma şekli olan birleşmenin sınırlarının belirlenmesi bağlamında kolaylık sağladığı açıktır.

Hakikaten Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 136'ncı maddesi ile tek bir şirketin ya da birden çok şirketin tüm varlıklarını bütün biçiminde var olan ya da yeni kurulmuş bir şirketce devralındığı, devir alınan varlıklar karşılığı devredilme ile beraber sona eren ve Ticaret Sicili'nden silinen şirketin hissedarlarına bir değişim oranı belirlenerek buna göre devralan şirket hisselerinin verildiği, birleşmeyi belirleyen öğeler detaylı bir bütün meydana getirecek şekilde ortaya çıkarılmıştır.

2.1.1.3.Sermaye Piyasası Kanunu'nda birleşmenin tanımı

SerPK, içeriğinde birleşmeye dair bir tanımlama ya da tanımlama çıkarılabilecek bir hüküm barındırmaz. SerPK'nın 16/A madde içeriği SPK'na "hissedarlığın hisse dağıtımının mühim miktarda değişmesi neticesi veren, pay senedi el değiştirmesinde, anapara artırmalarında, birleşmelerde ve devirlerde (...) küçük hissedarların korunabilmesi, kamuoyunun aydınlatılmasını gerçekleştirebilme amaçlı düzenlemeler" yapma yetkisini sağlar. SPK, bahsedilen maddeden aldığı yetki ile Seri no'su I31 olan Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği'ni yayınlamıştır. Söz konusu tebliğin "Amaç ve Kapsam" başlığıyla yayınlanan birinci maddesi, tebliğin hedefini "şirket devralımı ya da yeni şirket kurulması ile birleşme eylemlerinde taraflardan bir tanesinin Halka Açık Anonim Şirket olması halinde, birleşme işleminde uyulması gereken esasları düzenlemek" biçiminde belirtmektedir. Bu bağlamda

⁶⁶ m.136/f.4/c.2

Birleşme ve Bölünme Tebliği, Ticaret Kanunu hükümlerine ek olacak biçimde uygulanacaktır⁶⁷.

Bunun dışında söz konusu tebliği, birleşmeye dair genel bir tanım vermeyerek devralma biçiminde birleşme ve yeni şirket şeklide birleşme işlemlerini tanımlama yöntemini kullanmıştır. Tebliğde yer alan 3'üncü maddeye göre;

- Devralma biçiminde birleşme: En az bir şirketin tüm aktif ve pasiflerini başka bir şirkete devretmesi, tasfiyesiz sona ermesi, devralmış olan şirketin paylarından devrolmuş şirketin hissedarlarına verilerek hissedarlığın tüzel kişiliğini sürdürmesi.
- Yeni şirket kurulma biçiminde birleşme: En az iki şirketin tasfiyesiz sona erme yöntemi ile tüzel kişiliklerini sona erdirmek suretiyle tüm aktif ve pasiflerini bileştirerek yeni bir şirkete devretmeleri ve yeni kurulmuş şirketin paylarını sona eren şirketlerin hissedarlarına payları oranında dağıtılmasını, ifade eder.

Birleşme ve Bölünme Tebliği, birleşmenin öğeleri bakımından YTTK'nda belirlenmiş tanımlara göre çok daha detaylıdır. Bahsedilen tanımlar temel olarak eTTK'da yer alan 146, 451 ve 452'nci maddelerinden ve doktrinde verilmiş tanımlardan yola çıkılarak hazırlanmıştır⁶⁸.

Tebliğin hazırlanmasında SPK'nın Avrupa Birliği Konseyi'nin 9 Ekim 1978 tarihinde yayımladığı 78/855/EEC sayılı "Anonim Şirketlerin Birleşmesi Hakkında 3. Yönergesi"⁶⁹nden önemli ölçüde ilham alındığı düşünülürse de söz konusu olan yönergenin TTK'da yer alan birleşmeye dair esas düzenlemelerden ayırmış bulunan hükümlerinin karşısında ilhamın alanına tanımlamalar girmemiştir. Fakat tebliğin içerisinde birleşme

⁶⁷ Yanlı, V.: Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2003, s.78.

⁶⁸ Erdem, E.: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2002/2, 2002, s.164

⁶⁹ ATRG 20.10.1978, L 295, s. 56. Konsey'in 3. Yönergesi, daha sonra, 2007/63/EC ve 2009/109/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergeleri'yle büyük değişmelere mevzu olmuştur. (3. Yönerge'nin İngilizce metninde yer alan aktif link aracılığıyla söz konusu değişiklik yönergelerine erişim için:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1978L0855:20091022:EN:HTML>)

şekillerinin tek tek tanımlanması, hiç değilse yönergenin 3'üncü ve 4'üncü maddelerinin sistemli şekilde izlenildiğini işaret eder.

Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde birleşme türlerine dair verilmiş tanımlamalar bakımından mevzuata eklenen yenilik, birleşme neticelerinin umumi bir tertip kapsamında tanımına yansıtılmasında kendini göstermektedir. Hakikaten, söz konusu tebliğde devralınmış şirketlerin tasfiyesiz biçimde sona erecekleri, devrolmuş şirketlerin hissedarlarının, devralmış ya da yeni kurulmuş şirketlerde hissedar sıfatı edinecekleri, eTTK'da verilmiş tanımlamalardan ayrımlı biçimde, netçe işaret edilir. Fakat yeni şirket kurularak yapılan birleşme bağlamında "tüm aktiflerin ve pasiflerin bütün olarak birleşmesi" ibaresi bulunmakta, eTTK'nın 146'ncı maddesindeki mantığın sürdürüldüğü görülebilmektedir.

2.1.1.4. Bankacılık Kanunu'nda birleşmenin tanımı

Ülkemizin bankacılık sistemini düzenlemek için çıkarılmış 5411 sayılı Bankacılık Yasası, banka anonim şirketinin tekrar yapılandırılması bağlamında YTTK'dan bağımsız olarak farklı bir yasal rejim meydana getirmiştir.

Bankacılık Kanunu'nun 19'uncu maddesiyle getirilmiş olan rejimde iki mühim nokta vardır. Bunlardan ilki, ülkemizde faaliyet gösteren ve Bankacılık Yasası'na tabi tutulmuş "diğer bir banka ya da bir kaç banka veyahut finansal kurumla birleşmesi ya da tüm aktifleri ve pasifleri ile diğer halkarını ve sorumluluklarını Türkiye'de faaliyet gösteren bir diğer bankaya devri, tüm aktifleri ve pasifleriyle diğer hakları ve sorumluluklarını devralması yahut bölünmesi veya da pay değişimi'nin BDDK iznini gerektirmesidir.

İkinci ise, 5411 sayılı yasanın 19'uncu maddesinde, bahsedilen eylemler bağlamında Ticaret Kanunu'nun uygulanmayacağı belirlenmiştir. Bahsedilen hükümde bu biçimde tekrar yapılandırma eylemlerinin usullerinin ve esaslarının kurulca çıkarılan yönetmeliklerle belirleneceği söylenir.

Bu bağlamda bir konuya değinmekte fayda vardır. Bankaların birleşmesinde Ticaret Kanunu'nun uygulanmayacak oluşu, düzenlenmiş müessesenin yasal bakımdan birleşme

olmadığını işaret etmez. Hakikaten Bankacılık Kanunu ve yönetmelik ekseninde düzenlenmiş birleşme, Ticaret Kanunu'ndaki birleşme ile özdeştir. Ticaret Kanunu'ndan kopmanın sebebi, söz konusu yasanın birleşmeye dair hüküm ve bilhassa alacaklılarının korunması düzeninin, bankaların mudileri ve sendikasyon kredileri ile keşmekeş bir hale giren borçluluk şekli ile eşleşmemesidir.⁷⁰

2.1.2. Birleşme kavramının doktrinde verilmiş tanımları

Değindiğimiz üzere, birleşmenin ve birleşme eyleminin çerçevesini belirleyen kanuni bir tanımının olmaması doktrinde akademisyen ve yazarları birleşmeyle alakalı detaylı tanımlar vermeye itmiştir.

Türk, Türk Ticaret Kanunu'nun 146, 451 ve 452'nci maddelerini temel alarak birleşme için şu tanımları verir: “Minimum bir şirketin, hissedarların başka bir şirkete alınması karşılığı tüm mal varlığını yahut şirketini aktifleri ve pasifleri ile birlikte o şirkete devrederek tasfiyesiz dağılması; yahut minimum iki şirketin hissedarlarının yeni kurulmuş bir şirkete alınmalarının karşılığında mal varlıklarını yahut şirketlerini bütün aktifleri ve pasifleri ile bu şirkete devretmek suretiyle tasfiyesiz dağılmaları neticesinde iki yahut daha fazla şirketin tek şirket haline gelmesi”⁷¹.

Yasaman birleşme çeşitlerine değinmeden birleşmenin anlam bilimsel olarak anımsattığı “bir şirket durumuna geçme” ibaresini kullanarak birleşmeyi “sermaye şirketlerinin tasfiye

⁷⁰ Karş. **Yaşar Alıcı**, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 217-218; **Servet Taşdelen**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 293-294. Türk Ticaret Kanunu'nun bankaların birleşmesinde uygulanmayacağını öngören ilk düzenleme olan 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun gerekçesinde, bu kopuşun gerekçesi şu şekilde ortaya konulmaktadır: “[...] *bankaların faaliyet konuları itibarıyla kendine has özellikleri olan kuruluşlar oldukları dikkate alınarak, bunların devir ve birleşmelerine ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır*”. Yönetmelik çıkarma yetkisini Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na veren 5411 sayılı Kanun'un gerekçesinde ise hükme dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

⁷¹ Türk, s.37. (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi)

edilmeden bir şirket biçimine geçmesi ve birleşen şirket ya da şirketlerin hissedarlarına bu şirketten hisselerinin verilmesi” biçiminde daha umumi bir tanımlama getirmiştir⁷².

Akbilek ise birleşmeyi, “minimum iki ya da daha çok şirketin bir araya gelerek tek bir şirket haline gelmesi” şeklinde tanımlar⁷³.

Diğer taraftan anonim şirketler üzerine eser vermiş bazı yazarlar, birleşme ile alakalı bir tanımlama yapmaktan kaçınır. Bazı yazarlar, Türk Ticaret Kanunu’nun 146’ncı maddesini tanım olarak gösterirken⁷⁴ bazıları ise birleşme ile alakalı analizlerini bu bağlamda bir teklif getirilmeden gerçekleştirmiştir⁷⁵.

2.1.3. Birleşme kavramının yargısal tanımları

Birleşme konusu, yargısal anlamda çok az kararın konusu olmuştur. Birleşme ile alakalı yasal hususları içeren pek az Yargıtay kararında da birleşme ile alakalı detaylı bir tanım bulabilmek olanaksızdır. Buna rağmen bazı kararlarda Yargıtay’ın birleşmeye dair yapısal idrakini işaret eden bulgulara da rastlamak mümkündür.

Yargıtay’ın bir kararında devralma biçiminde birleşmeyi; devrolunmuş şirketin aktifleri ve pasifleri ile devralmış şirketin bünyesine geçtiği bir eylem biçiminde tanımlar.⁷⁶ Bu durum, doktrinde verilmiş tanımlamalarda ortaya koyulan tek bir şirket haline gelme halinin Yargıtayca da kabullenildiğini işaret eder. Diğer yandan İsviçre Federal Mahkemesi birleşme

⁷² Yasaman, s.5. (Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

⁷³ Akbilek, N.: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Paysahibinin Korunması, Ankara, 2009, s.25.

⁷⁴ Domaniç, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 1.Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s.478.

⁷⁵ İmregün, O.: Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s.493

Tekil, F.: Anonim Şirketler Hukuku, 1998, s.510 vd.

⁷⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2007/6680, K. 2008/1969, T. 4.3.2008: “İstanbul Ticaret Sicil Memurluğu’nun cevabi yazısına göre, davalı P ... C... A.Ş.’nin 23.01.2003 tarihinde F Meşrubat A.Ş.’yi tüm aktif ve pasifleri ile devralarak birleştiği ve böylece F A.Ş.’nin P ... C ... A.Ş. bünyesine geçtiği anlaşılmıştır” (www.kazanci.com).

ile alakalı kararlarda, birleşmenin öğelerini daha kapsar biçimde belirlemeler yapar. Federal Mahkeme, TTK'nın 451'nci ve 452'inci maddelerinin referansını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nun mülga 748'inci ve 749'uncu maddeleri bağlamında birleşmeyi ortaklık haklarının devamlılığı ve mal varlıklarının külli halefiyet yöntemi ile geçişi bağlamında iki veya ikiden çok şirketin tasfiyesiz biçimde infisah etmesi ile sözleşme ile bir araya gelmesi biçiminde görür.⁷⁷

İsviçre, 2004 yılında Birleşme Kanunu'nu yürürlüğe sokmuştur. Bu tarihten sonra verilmiş kararlarda ise mahkemelerin hususi biçimde bir tanımlama yapmadığını görmekteyiz.

2.2. BİRLEŞME TÜRLERİ

2.2.1. Devralma biçiminde birleşme

2.2.1.1.Devralma biçiminde birleşmeye genel bakış

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş yasal bağlamda birleşme çeşitlerinden biri, 146'ncı maddede genel çerçevesi belirlenen ve anonim şirketler bakımından TTK 451'nci maddede belirlenen devralma biçiminde birleşmedir. Birleşme bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda bir had birliğinden söz etmek mümkün değildir.

Birleşmelerle ilgili umumi hükümler içinde bulunan ve birleşmeye dair esas hüküm niteliğinde bulunan 146'nci maddede bir ticari şirketin diğer bir şirkete iltihakından söz edilir. Öte yandan anonim şirketlere dair özel hüküm özelliği taşıyan Türk Ticaret Kanunu'nun 451'inci maddesinin kenar başlığı da devralmadır. Öyle ki söz edilen hüküm birleşmenin bu çeşidinde bir anonim şirketin tüm aktiflerinin ve pasiflerinin devralınacağını öngörür. Bu bağlamda anonim şirketin diğer şirkete iltihak etmesinin aktifleri ve pasiflerince devralınması manasına geldiği anlaşılabilir, yasada tek düze bir terim bulunmadığının da üstünde durulması gerekir. Diğer yandan TTK haricindeki mevzuatta da birleşmenin bu

⁷⁷ Aslen derneklerin birleşmesi hakkında: ATF 115 II 415, 418 (JdT 1991 I 130; ATF 108 Ib 450, 453 vd.

çeşidine dair bir terim birliği söz konusu değildir. SPK tarafından yayımlanmış Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde "şirket devralma şeklinde birleşme" ibaresi bulunmaktadır.

TTK'nın 451'inci maddesinin kenar başlığı olan devralmanın mevzuatta farklı düzenlemelere de ilham verdiği söylenebilir. Fakat bu noktada terimin birebir benimsendiğini söylemek doğru olmayacaktır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve bu yasadan yola çıkarak BDDK tarafından çıkarılmış yönetmelik söz konusu birleşmeyi devir biçiminde belirtir. Aynı biçimde birleşmenin vergi bağlamında neticelerini düzenlemiş 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 19'uncu maddesi de aynı terimceyi kabullenmiştir⁷⁸.

Yeni Türk Ticaret Kanunu ise İBirk'nın terimcesi çerçevesinde 136/f maddesinin 1/a hükmünde söz konusu birleşme türünü "devralma biçiminde birleşme" şeklinde belirtir. Doktrinde ise, terimce bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 451'inci maddesinde bahsedilen birleşme biçimi için kullanılmış en yaygın terim devralma suretiyle birleşmedir⁷⁹. Bunun dışında devralma türü birleşme yahut TTK'nın 451'inci maddesindeki ifadeye uyarak devralma kullanan yazarlar da bulunur.

2.2.1.2.Devralma biçiminde birleşmenin düzenleme biçimi

Devralma biçiminde birleşmede, var olan bir şirket bir yahut birden çok şirketin tüm malvarlığını devralır. Kavramın temel hatlarını söz konusu olgu çizer. Türk Ticaret Kanunu'nun 451'inci maddesinin net biçimde belirttiği üzere, devrolunmuş anonim şirketler infisah etmekte, mal varlıkları ise tamamıyla devralan şirkete geçmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 451'inci maddesinin bölüm başlığından anlaşılacağı gibi⁸⁰, birleşme devralma suretiyle gerçekleştiğinde malvarlığının tamamını devralmış şirkete geçiren şirket sona erer ve tasfiye durumuna girmez. Bu şirketlerin hissedarlarına birleşme sözleşmesine göre devralmış şirketin hisseleri verilir.

⁷⁸ Kavak, A.: Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara, 2009, s.171 vd.

⁷⁹ Coştan, H.: TTK Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Alacaklının Korunması, Ankara, 2009, s.54.

⁸⁰ TTK m. 1474 uyarınca, Türk Ticaret Kanunu'nun kenar başlıkları metne dahildir.

Devralma biçiminde birleşmenin bahsettiğimiz komponentleri, SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği ve BDDK'nın bankaların birleşmesi ile alakalı yönetmelik bağlamında da birebir geçerlidir. Öyle ki SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin 4'üncü maddesinde verilmiş tanım, bahsedilen komponentleri net bir şekilde belirtmektedir. Yine BDDK yönetmeliğinde sıklıkla tekrar yapılmasına ve bununla birlikte TTK'nın uygulama dışı kalmasına karşın, benzer bir düzenleme getirilmiştir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda yer almış iki birleşme şeklinden biri, TTK'da olduğu gibi devralma biçiminde birleşmedir. YTTK'nın 136/f maddesinin 1/a bendinde net biçimde görülmüş ve devralma biçiminde birleşme şeklinde yasal bir terime kavuşmuş söz konusu birleşme şekli, TTK'nın 451'inci maddesinde düzenlenmiş olan devralma ile aynı çerçevede hazırlanmıştır. Bu nokta gerekçede şöyle belirtilmiştir: “136'ncı madde, 6762 sayılı yasanın 146'ncı maddesini farklı bir muhteviyat ile sürdürmektedir. Tasarının bu maddesi Üçüncü Yönerge ekseninde İBirK'dan faydalanılarak yazılmıştır”.⁸¹ Bu bağlamda YTTK'nın 136/f maddesinin 1/a bendinde bahsedilen devralma biçiminde birleşme TTK'nın 146'ncı maddesinde söz edilen iltihak ve TTK'nın 451'inci maddesinde bahsedilen devralmayla eş nosyonu işaret eder.

YTTK'nın devralma biçiminde birleşme bağlamında yasaya getirdiği en önemli yeniliklerden biri, eksikliğine değindiğimiz birleşme işlemi, içerik ve kademelerin sırası bağlamından ayrıntılı biçimde düzenliyor olmasıdır. Söz konusu yenilikler aslında YTTK'nın 134'üncü maddesi ve devamının kaynağını oluşturan İBirK açısından da söz konusudur. İsviçre doktrininde söz konusu yasa ile gelen esas yeniliğin “işlemlerin prosedürleşmesi” olduğuna işaret edilmektedir⁸². Bu bağlamda YTTK ile beraber TTK'nın zıttı biçimde devralma suretiyle birleşmenin tüm öğeleri ve işlemlerin aşamaları ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

⁸¹ Gerekçe: m. 136.

⁸² Amstutz, M., Mabillard, R.: Commentaire Romand-Code des Obligations II, Bale, s.22 vd.

2.2.2. Yeni kuruluş biçiminde birleşme

2.2.2.1.Yeni kuruluş biçiminde birleşmeye genel bakış

Halka açık anonim şirketlerin birleşmesini düzenlemekte olan SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde yer alan 4'üncü maddede yeni kuruluş biçiminde birleşmenin ifade edilmesi için "yeni şirket kurulması suretiyle birleşme" kullanılmıştır. Diğer yandan BDDK yönetmeliğinde yeni şirket kurulması suretiyle birleşme için yalnızca birleşme terimi tercih edilmiştir. Söz konusu yaklaşımla SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği ve vergi bağlamında düzenlemelerde de rastlanmaktadır. 5520 sayılı KVK'nun 18 – 20 maddelerinde de söz konusu kavram için birleşme teriminin kullanıldığı görülür⁸³.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, İBirk'dan ve AB'nin birleşmeye dair 3'üncü yönergesinden yola çıkarak söz konusu birleşme şekli için bir kavram yaratmış ve "yeni kuruluş biçiminde birleşme" terimini getirmiştir. YTTK'nın gerekçesinde söz konusu terimin seçiliş sebebi olarak uygulamada yerleşimleri işaret edilmiştir. Öyle ki YTTK'nın gerekçesinde belirtilmiş olduğu gibi terimin Türk doktrininde benzeşen kavramlarla ifade edilmesi göze çarpar. Doktrinde en çok kullanılan ifade "yeni kuruluş yolu ile birleşme"dir.⁸⁴

Diğer yandan kimi yazarların TTK'nın 452'nci maddesinin hükümleri ışığında sadece yeni kuruluş kavramını yeğlediği görülebilir.

2.2.2.2.Yeni kuruluş biçiminde birleşmenin düzenlenme biçimi

YTTK, yeni kuruluş biçiminde birleşmeyi aynen TTK şeklinde, ana itibarıyla devralma biçiminde birleşmeye dair hükümlere bağlamıştır. Referansını İsviçre Birleşme Kanunu'nun alıntısında var olan söz konusu yaklaşımdan alan YTTK, bir terimsel tek düzeliği meydana

⁸³ Kavak, s.151 vd. (Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri)

⁸⁴ Örnek olarak; **Türk**, Birleşme s. 23; **Bahtiyar**, Birleşme, s. 6; **Yanlı**, Birleşme, s. 78; **Erdem**, HAAO Birleşmesi, s. 164; **Akbilek**, s. 49 bkz.

getirmek yöntemini seçer. YTTK'nın 136/f.2 maddesinde yeni kuruluş yahut devralma biçiminde birleşmeden hangisi söz konusu olursa olsun malvarlıklarının bir kül şeklinde sevretmiş şirketler devrolunan, devralmış bulunan şirketler ise devalan şeklinde anılır. Gerekçede de söz konusu kavramların tercih edilme sebebi uygulamada yerleşik biçime geçmiş olmaları şeklinde belirtilmiştir.⁸⁵

Bu bağlamda YTTK, İBirK'na paralel biçimde, birleşmenin işlem ve kademeleri bağlamında tekdüze bir prosedürü uygun görmüştür. Bu konu aslında AB'nin birleşmeye dair 3'üncü yönergesiyle ahenklidir. İBirK'nun ilham aldıklarının arasında olan 3'üncü yönergede de yeni kuruluş biçiminde birleşme, farklı bir hüküm dışında (23'üncü madde) devralma biçiminde birleşmeye dair hükümlere yapılmış gönderme ile düzenlenerek bu bağlamda prosedürü tek düzeleştirmiştir⁸⁶.

YTTK ve TTK arasındaki benzeşme, iki kanunda da yeni kuruluş biçiminde birleşmenin prosedürünü, birleşmeye has olanla beraber yeni bir şirketin kurulmasına dair hükümler uygulamasında ortaya çıkar. YTTK'nın İBirK'nın 10'uncu maddesinden uyarlamış bulunduğu 143'üncü maddesinde, yasanın özdeş anapara konmasıyla ilgili düzenlemeyi ve minimum hissedar sayısına dair hükümleri haricindeki maddelerinin yeni şirket kurulmasına uygulanacak oluşu hükmolunmuştur. Bu bağlamda birleşmenin yapılması gerekli olan kademeleri yeni bir şirket kuruluşu ile neticelenecek ve bu şirketnin kuruluşunda birleşmeye dair hükümler dışında kurulmaya dair hükümler uygulanacaktır.

Dikkat edildiğinde, YTTK'nın sistematüğinde kuruluş bağlamında uygulanacak hükümler, 143'üncü maddede net bir biçimde gösterilmiştir. Bu bağlamda özdeş anapara koyulmasına dair yordam haricinde kalmış kurulma eylemleri gerçekleştirilmelidir. Bu noktada TTK'nın 452'inci maddesi ile açıkça belirtilmiş bulunan yeni kurulmuş şirketin özdeş anapara ile kuruluş düzeninden vazgeçilmiş bulunmaktadır.

⁸⁵ Gerekçe, m. 136/f.2.

⁸⁶ Grundmann, S.: European Company Law, Oxford, 2007, s.22.

YTTK'nın 143'üncü maddesiyle ayrı tutulmuş kurulma yargılarından bir diğeri de kurucu sayısına dair olandır. YTTK'ya göre; kollektif, komandit ve sermayesi hisselerle ayrılmış komandit şirketler minimum 2; limited ve anonim şirketler ise bir kişiye kurulabilmektedir. Yeni kuruluş biçiminde birleşmelerdeyse birleşmeye katılan her zaman en az iki şirket söz konusudur. Eğer bu iki şirket kurucu olarak nitelendirilmekteyse, iki ve bir kişiyle şirket kurma imkanları karşılığında YTTK'nın 143'üncü maddesi manasız kalmaktadır. Bunun yanında yeni kuruluş biçiminde birleşmenin tamamlanmasıyla birlikte devrolunmuş şirketin hissedarları yeni kurulmuş şirkette hisselerle haiz olacaktır. Bu bağlamda, birleşmiş şirketlerin en az hissedar sayısı ile aynı kimselerce kurulduğu ihtimali olduğu zamanlarda bile, yeni kurulmuş şirket, YTTK'nın aramış olduğu minimum kurucu adedine sahip olacaktır.

İsviçre'de Birleşme Kanunu'nun yapıldığı zamanlarda, anonim ve limited şirketler bağlamında mevzu olan minimum kurucu adedine dair düzenlemeler bağlamında manalı bulunan İBirK'nun 10'uncu madde karşılığı bulunan YTTK 143'üncü maddenin uygulanırlık yeteneği YTTK'nun kurucu adedine dair kabul ettiği yeni düzen içinde kooperatiflerle sınırlandırılmıştır⁸⁷.

2.2.3. Kolaylaştırılmış usulde birleşme

YTTK'da bazı hallerde sadece sermaye şirketlerine özgü olarak, birleşme süreci için kolaylaştırılmış usulde birleşmeye olanak tanınmıştır. Kolaylaştırılmış usulde birleşmenin kanunda düzenlenmesinin nedeni, azınlık ortaklar açısından risk bulunmaması durumunda diğer birleşme usullerinde uygulanan birçok hükmün gereksiz olmasıdır⁸⁸.

Birleşme ve Bölünme Tebliği de, hakim-bağlı şirket ilişkisinin mevcut olduğu hallerde, kolaylaştırılmış usulde birleşmeye olanak tanınmıştır. Tebliğ'de TTK'dan farklı olarak, oy hakkı veren payların yüzde yüzüne veya yüzde doksanına sahip olma şeklinde iki farklı

⁸⁷ Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s.43.

⁸⁸ Bilgili, F., Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku, Bursa, 2013, s.85.

düzenleme değil, sadece yüzde doksanbeşine sahip olma şeklinde düzenleme yapılmıştır. Tebliğ'e göre, bir veya birden fazla sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanbeşine sahip olan bir halka açık anonim şirket tarafından devralma suretiyle birleşmesinde, halka açık şirket paylarından devrolunan şirketlerin hissedarlarına pay verilmesini gerektirmeyen durumlarda veya halka açık şirket paylarından devrolunan şirketlerin hissedarlarına pay verilmesi gereken fakat halka açık şirket paylarının nakit karşılığının devrolunan şirketlerin hissedarlarına seçimlik hak olarak önerilmesi durumlarında, kolaylaştırılmış usulde birleşmenin uygulanması mümkündür.⁸⁹

Kolaylaştırılmış usulde birleşmede diğer birleşme usullerine göre bazı kolaylıklar tanınmıştır. Bu bağlamda, sağlanan diğer kolaylıklar ise, birleşme raporunun hazırlanmasından (m. 147), birleşme sözleşmesinin denetlettilmesinden (YTTK m. 148), hak sahiplerine inceleme hakkı tanınmasından (YTTK m. 149) ve birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulmasından (YTTK m. 151) imtina edilebilmesi şeklinde ortaya çıkar. Bu itibarla, birleşmenin hukuki etkileri, yönetim kurullarının alacakları karar doğrultusunda yazılı şekilde yapılan birleşme sözleşmesinin tescili ile doğacaktır⁹⁰.

2.3. BİRLEŞME NEDENLERİ

Anonim şirketler; mali, hukuki, psikolojik ve diğer nedenlerle birleşebilmektedir⁹¹. Birleşmenin esas hedefi büyümedir ve bunun yanında büyüme meydana gelirken farklı hedeflere de erişilmektedir. Birleşme neticesinde erişilen mali kuvvet, birleşme gerçekleştiren şirketlerin iktisadi varlıklarının toplamından daha fazladır. Sinerji etkisi⁹²(2+2=5) olarak ifade edilen bu hal, tümün kendini meydana getirmiş parçaların

⁸⁹ Seri: II, No:23.2, m.13/1

⁹⁰ Pulaşlı, s.176. (TTK Göre Şirketler Hukuku Şerhi)

⁹¹ Kızılkum, Y.: Muhasebecinin El Kitabı, İSMMMO Mevzuat Komisyonu, İSMMMO Yayınları No:13, İstanbul, 1997, s.27.

⁹² İki etkenin beraberce olan etkisinin, her ikisinin tek başına etkisinin toplamından daha fazla olması. **Sinerjik etki**; Additif **etki** veya Potansiyalizasyon şeklinde görülür. Kaynak: http://www.oncetus.com/sozluk/sinerjik_etki/

toplamından daha büyük olacağını belirtir⁹³. Mali bağlamda incelendiğinde şirketlerin birleşme gibi yordamlarla tekrar yapılmasında iki temel hedef vardır⁹⁴.

- Hissedarların ellerindeki hisse senetlerinin piyasada değerlerini artırmak,
- Var olan idare basamağının refah düzeylerini artırmak.

Bu bağlamda, şirketlerin birleşme nedenlerini şu şekilde sıralayabiliriz:

2.3.1. Ölçek Ekonomilerinden Faydalanma

Birleşme neticesinde şirketler normal olarak daha büyük ölçeklerde etkinlik sağlayacaktır. Büyük ölçekte faaliyet gösterme ise, iş makinelerinin daha etkin kullanımını, etkisiz bulunan üretim gereçlerinin sürece dahil olmasına neden olacaktır. Birleşme, şirketler arasında bilgi alışverişini basitleştirir ve bununla birlikte küçük ölçekli şirketlerde uygulanamayan daha büyük araştırma projelerinin kullanımını sağlar. Öyle ki büyük araştırma projelerini finanse etmek büyük ölçekli şirketler için çok daha kolaydır. Birleşme neticesinde pazarlama imkanları da katlanacaktır. Şirketler dağılım kanalını birleştirip yeni pazar imkanları bulacak, pazar payını ve pazarlama kuvvetlerini artıracaktır. Yine birleşme neticesinde şirketler kimi malları daha ucuz olarak satın alabilecektir. Yani kısaca, şirketlerin birleşmesi sonucu gerekmeyen tesisleri kaldırılacak; üretme, finanse etme, pazarlama gibi faaliyetler birleşecek ve kaynak etkinliği sağlanacaktır.

2.3.2. Teknolojik Gelişmelerden Yararlanma

Şirketler, yeniliklere ayak uydurmak ve sürekliliğini sağlamak için teknolojiye ayak uydurmak durumundadır. İlerilemiş teknolojiye etkin rekabet bu bağlamda büyümeyi mecburi kılar. Fakat pek çok şirket, kendini yeniliğe erdirtirip bu yenilikleri süreklileştirecek teknolojileri finansal kaynak eksikliği sebebiyle sağlayamamaktadır. Teknolojik

⁹³ Berk, N.: Finansal Yönetim, 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 1995, s.455.

⁹⁴ Güneş, İ.H., Akbıyık, A.A.: İşletmelerde Birleşme ve Tasfiye Uygulamaları, İSMMMO Yayın No:35, İstanbul, 2002, s.19.

değişimlerden faydalanma; teknolojinin transferi ve değerli endüstriyel haklara sahiplik, teknolojik üretim ve teknolojiyi beraber kullanım ve sonuçta iletişim teknolojisi gelişmelerinden faydalanma olarak 3 farklı önemiyet arz etmektedir⁹⁵.

2.3.3. Birleşmenin İçsel Büyüme Oranla Daha Üstün Yönlerinin Olması

Birleşme yolu seçildiğinde, büyüme içsel büyüme oranla çok daha çabuk meydana gelecektir. İçsel büyüme yöntemiyle de şirketlerin üretim kapasitesi artırılabilir ve yeni üretim teknolojileri geliştirilebilir. Fakat bu şekilde büyüme, birleşme ile büyüme göre çok daha uzun vakit alacaktır. Taleplerin ani bir şekilde artması halinde kapasitenin derhal büyütülmesi gerekir, aksi halde pazardaki hal kaybolabilir ve rakip firmalar bu durumu lehlerine çevirebilir. Birleşmenin içsel büyüme nazaran maddi tasarruf bakımından çok daha çekici olduğu söylenebilir. Üretime yeni gereçler içsel büyüme nazaran daha ucuz fiyatlara eklenir. Üretim artışı birim maliyeti düşürür ve sabit olan giderler daha geniş bir üretimin hacimine dağılır. Bununla beraber birleşme içsel büyüme oranla eleman tedarik edilirken çok daha ekonomik olacaktır. Şunu da belirtmeliyiz ki; birleşmenin içsel büyüme göre maliyet avantajının olması birleşmeye katılacak şirkete ödenecek Ederle doğru orantılı bulunur⁹⁶.

2.3.4. İşletme Başarısızlıklarından Kurtulma

Şirketler, varlık gösterdikleri süre boyunca pek çok problemle karşılaşabileceği gibi, bu problemlerin vaktinde belirlenip çözülememesi varlıklarının bitmesine bile neden olabilir. Şirketin faaliyetlerinin her kademesinde meydana gelebilen başarısızlık sebepleri; idarye dair sorunlar ve finans sorunları biçiminde iki bölüme ayrılır. Finansal olmayan problemler ziyana, zararlar da finansal zorluğa ve başarısızlığa sebep olur.

⁹⁵ Aşkoğlu, R.: Yatırım ve Proje Değerlemesi, 2. Fasikül, Anadolu Üniversitesi Yayınları No:827, Eskişehir, 1997, s.53.

⁹⁶ Gönülaçan, P.: İşletmelerde Birleşme Yöntemleri ve Bir Uygulama Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1998, s.67.

İdari ve maddi başarısızlık yaşıyan şirketleri bu problemleri aşmak için pek çok stratejiye başvurabilir. İdari ve finansal bakımdan başarısız bulunan şirketler ile başarılı bulunan şirketler arasında gerçekleşen birleşmeler ise söz konusu stratejilerden en önemli olanıdır denilebilir⁹⁷.

2.3.5. Yetenekli Bir Yönetime Sahip Olma

Yetenekli bir yönetimden yoksun bulunan şirketler, birleşme ile bu problem çözebilir. İyi bir yöneticiye sahip olan şirket ile gerçekleşecek birleşme pek çok alanda deneyimli bir yönetici ile çalışıp bu boşluğu doldurabilir.

2.3.6. Sermaye Piyasası'nda Olumlu Karşılama

Şirketleri birleşme ve devralmaya özendiren başka bir etken de, söz konusu stratejilerin sermaye piyasalarında pozitif bir ilerleme biçiminde görülmesidir. Birleşme gerçekleştiren şirketlerin geliri daha düşük bir iskonto oranıyla indirildiği için, piyasa değerleri de yükselmektedir. Birleşme ve devralma ile kararlılık artacak, pay başına gelir yükselecek ve bu durum da payların piyasada fiyatlarını artırıp şirketin değerini artıracaktır⁹⁸.

2.3.7. İşletmenin Saygınlığını Artırma

Birleşmeyle birlikte kaynak bulmak, pazarlama gibi hususlarda bir yarar sağlanacaktır. Buna benzer şirketin pazar saygınlığını artırmanın sağlanacağı imkanlardan yararlanma arzusu, şirketleri birleşmeye iten bir diğer sebeptir.

⁹⁷ Güneş, İ.H., Akbıyık, A.A., s.22.

⁹⁸ Aşıkoğlu, s.55.

2.3.8. Değerli Sınai Haklara Sahip Olma

Şirketler değerli sanayi haklarına haiz şirketlerle birleşip bu haklarda faydalanabilir, kapasitelerini artırıp patent ile alakalı problem yaşayabileceği şirketlerle birleşip sorunu ortadan kaldırabilir.

2.3.9. Finansal Nedenler

Büyümesini hızlı gerçekleştiren şirketler, bu büyümeyi meydana getirirken gerek duyduğu finans kaynaklarını bulurken zorluk yaşayabilir. Bu noktada büyümenin yavaşlatılmasındansa gerekli finans kaynaklarını, finans kaynağı güçlü şirketlerle birleşerek sağlanması daha mantıklıdır⁹⁹. Şirketler tek başına sağlayacağı maddi kaynakları birleşip daha kolay bir şekilde kazanabilir. İşletmelerin birleşmesinde bedel pay senetleriyle ödeniyorsa ek bir maddi kaynağa gerek duyulmaksızın birleşme gerçekleşebilir. Bilhassa küçük ölçekli şirketlerin satışları halinde, diğer hissedarlara paylarının para olarak değil pay senedi karşılığı satıldığı görülür. Bununla beraber kurulu kapasitesi bulunan bir şirkete şahsi şirketlerinin pay senetlerini verip, elde var olan hazır kapasiteye ulaşmak yöneticilere daha çekici gelir¹⁰⁰.

2.3.10. Çeşitlendirme ve Riski Azaltma

Pek çok şirketin olanakları, içsel büyümeye gitmesine engel olur. Bu nedenle bu şirketler ürün çeşitlendirmesine giremez. Bu noktada şirketler birleşme yolu ile ürün çeşitlendirmesine gitmeyi tercih eder. Bunun yanında şirketlerin bir ürün geliştirmeleri ya da yeni teknolojiler denemeleri rizikoyu artıracak ve yapılan yatırımdan zarara uğrama ihtimali meydana gelecektir. Fakat birleşme gerçekleştiğinde, he proje uygulanacak hem de

⁹⁹ Aydın, N., İşletmelerin Birleşmesinde Finansal Analiz ve Bir Uygulama Örneği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayını, Ankara, 1990, s.47.

¹⁰⁰ Gönülaçan, s.69.

yürütülebilecektir. Nitekim daha önce test edilmiş ve gelir getirmiş bir üretim teknolojisi ellerinde olacak ve buna bağlı olarak riziko düşecektir¹⁰¹.

2.3.11. Psikolojik Etmenler

Birleşmeye karar verilmesinde finansal sebeplerle beraber kimi zaman psikolojik sebepler de söz konusu olabilir. İnsanların hırsları, yeterliliklerini sergileme istekleri, daha fazla insane yöneticilik yapma arzusu gibi etmenler de birleşmeyi etkileyebilmektedir. Kimi yöneticiler büyüme gerçekleştirmedikleri zaman rakiplerinin altında ezileceğini düşünür ki bu durum da birleşmeye sevk edebilir.

3. BİRLEŞMENİN TEMEL UNSURLARI ve BU UNSURLARA BAĞLANMIŞ YASAL NETİCELER

Birleşmenin doktrinde tekdüze bir sayım ile ögeleri; külli halefiyet, tasfiyesiz sona erme (infisah) ve pay sahipliğinin devamıdır. Birleşme bütün bu ögeleriyle, esasen şirketin bozulmamış ve kendini oluşturan unsurları arasındaki yaşamsal ve işlevsel bağı kopmamış şekilde bir şirketten diğerine devrolunmasına hizmet eder. Hakikaten birleşme ile devrolunmuş şirketin bütün varlıkları devralmış şirkete geçer. Bu yanılla birleşme, şirketin bütünlük ve devamlılığını korumak suretiyle devrolunmasına yönelmiş bir şirketler hukuku işlemidir.

¹⁰¹ Akgüç, Ö.: Finansal Yönetim, Muhasebe Enstitüsü Yayını No:63, İstanbul, 1994, s.72.

3.1. MAL VARLIğI DEVRİ

3.1.1. Devrin Kapsamının Mal Varlığının Tümü Olması

TTK'nın 146'ncı maddesi, birden fazla aşamada tamamlanmış eylemler döngüsüyle ve söz konusu döngüyü sonuca bağlayan birleşmenin nasıl olacağıyla alakalı bir netlike barındırır. Bunun yanında, TTK'nın 451'inci maddesi devralmayla gerçekleşen birleşme bağlamında bu neticenin meydana gelmesi için bir anonim şirketin tüm aktifleri ve pasifleri ile var olan bir şirketçe devralınmasının gerçekleşmesine işaret eder. TTK'nın 451'inci maddesine bakılırsa, devre konu olan şey anonim şirkettir. Anglosakson yasasından tesirle bazı yazarların kullandığı bir kavram olsa bile, bir tüzel kişi yasal olarak devrin konusu olamaz¹⁰². Diğer taraftan TTK'nın 452'nci maddesi yeni kurulmuş bir şirkete yapılmış olan devir konusunun birleşen şirketlerin mal varlıkları olduğunu işaret eder. Öyleyse birleşmenin şekli ne olursa olsun temel ögesi devirdir¹⁰³.

Benzer yaklaşımı, İBirk'nın 3'üncü maddesi ve YTTK'nın 136/f.2'nci maddesinde de görebiliriz. Bu bağlamda deviri tam manasıyla anlayabilmek için devrin konusunun belirlenmesi gerekmektedir.

Birleşmeyle meydana gelen devrin hususunun belirlenebilmesi sırasında, pozitif hukukta kullanılmış ayrık terimceyi uzlaştırmak gerekir. Mevzuatta kullanılmış kimi kavramlar şöyle listeleştirilebilir¹⁰⁴:

- TTK 151'inci madde: Bütün haklar ve borçlar.
- TTK 451'inci madde: Tüm aktifler ve pasifler, mallar
- TTK 452'nci madde: Mallar.
- SPK Birleşme ve Bölünme Tebliği 4'üncü madde: Bir bütün olarak aktifler ve pasifler.

¹⁰² Paşlı, A.: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009, s. 79-88.

¹⁰³ Yasaman, s.3. (Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

¹⁰⁴ Türk, s.63.

- BDDK Birleşme Yönetmeliği 3 ve 4'üncü madde: Bütün haklar, alacaklar, mevduatlar ve katılım fonları da dahil bütün borçlar ve yükümlülükler.

Bu terim bilimin anlamı doğal olarak mal varlığı kavramına işaret eder. Mal varlığı, bir kimsenin maddi değeri olan bütün hak ve borçlarını işaret eden terimdir.¹⁰⁵ Mal varlıklarının kapsamlarını ifade edebilmek için ise aktifler ve pasifler kavramlarından yararlanır¹⁰⁶. Aktifler kavramı, alacak ve hakları; pasifler kavramı ise borçları işaret eder ve bunların hepsi mal varlığını meydana getirir¹⁰⁷. Bu bağlamda Türk – İsviçre yasalarında kabul gördüğü biçimde, mal varlığı bir kişinin maddi değeri bulunan yani değeri parasal olarak ölçülen haklarından ve borçlarından meydana gelmiş bir bütündür¹⁰⁸.

Doktrinde gerçekleştirilen klasik ayrıma göre, hak ile işaret edilen mal varlığı haklarıdır ve alacak hakkı, aynı hak, maddi değeri bulunan ve yenilik meydana getiren hak ile fikir hakları ve sınai haklar biçiminde sınıflandırılmaktadır¹⁰⁹. Mal varlığını temel alan bu durum, TTK'nın 151'inci maddesi, 451'inci maddesi, SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin 4'üncü maddesi ve BDDK'nın Birleşme Yönetmeliği'nin 3 ve 4'üncü maddeleri ile içselleştirilmiştir. Bu bağlamda kimi yazarların da yaptığı birleşmenin tanımına dayanarak, devralma ya da yeni kuruluş biçiminde birleşme noktalarında devrin kapsamı devrolunmuş şirketin mal varlığı olmaktadır.¹¹⁰ Bahsedilen mal varlığının bütün aktifleri ve pasifleri ile beraber tamamen devri gerektiği konusunun üsyünde durulmalıdır. Devrolunmuş şirketin devir konusu olan mal varlıkları bağlamında bulunan aktif yahut da pasif hiçbir öge, devir

¹⁰⁵ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 3;

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 45;

Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk – Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul 2010, s. 133; Türk,

Birleşme, s. 61-62; Yasaman, Birleşme, s. 7.

¹⁰⁶ Türk, s.65.

¹⁰⁷ Tekinay, S., Akman, S., Burcuoğlu, S., Alttop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Yayınevi, 7 Baskı, İstanbul, 1993, s.45.

¹⁰⁸ Acemoğlu, K.: Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Ticari İşletmelerin Devri, İstanbul, 1971, s.10.

¹⁰⁹ Barlas, N., Oğuzman K.: Medeni Hukuk – Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul, 2010, s. 133 vd.

¹¹⁰ Bkz. Türk, Birleşme, s. 66; Yasaman, s. 7.

kapsamı dışı bırakılamaz. Bu bağlamda, karşı tarafın haberdar bulunmadığı haklar ve borçlar tümüyle devralmış şirkete geçer¹¹¹. Şayet bazı öğeler devir kapsamı dışı bırakılmak isteniyorsa, bu öğeler birleşme işlemi gerçekleşmeden evvel üçüncü şahıslara devredilmelidir¹¹².

YTTK’da devir konusunun devrolunmuş şirketin mal varlığı olduğu eTTK’ya göre çok daha açık belirtilmekle beraber, değinilen bütün değerlendirmeler YTTK kapsamında da geçerliliğini korur. YTTK’nın 136/f.2’nci maddesi uyarınca “birleşme, devrolunmuş şirketin mal varlığına karşılık belirlenen bir değişim oranı uyarınca devralmış şirketin hisselerinin devrolmuş şirketin hissedarlarınca kendiliğinden elde edinilmesi ile meydana gelir”. Bunun dışında devrin konusu olan mal varlığının kapsamının belirlenebilmesi için de söz konusu değerlendirme yapılabilir. Öyle ki YTTK’nın 153’üncü maddesine göre, birleşmenin tescil edilmesi esnasında devrolunmuş şirketin tüm aktifleri ve pasifleri kendiliğinden devralan şirkete geçer.

YTTK’da da herhangi bir ayrıklık bulunmaksızın devrolunmuş şirketlerin mal varlıkları bütün aktifleri ve pasifleri ile beraber devrin konusu olur. Bu sınır sözleşmeyle bile daraltılıp genişletilemez¹¹³.

3.1.2. Devrin Kapsamının İşletme Olması

Düzenlemeye örgütlenmiş ve şirketin bütünlüğünü meydana getiren maddi öğeler, ticari şirketin mal varlığı tarafını ortaya çıkarır¹¹⁴. Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 11/f maddesinin 3’üncü bendi, bahsedilen mal varlığını özel mal varlığına evirebilmek bağlamında mühim bir paradigim değişimi yaratır. Nitekim, doktrinde ticari şirketlerin özel mal varlığı nitelemesine sahip olmasının sebebi Medeni Hukuk’ta yer alan mal varlığı teriminin aksine, ticari şirkete

¹¹¹ Oğuzman, M.K., Öz, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2009, s.975.

¹¹² Türk, s.75.

¹¹³ Favre, P.: Le Transfert Conventionnel de Contrat, Schultess, 2005, s.68.

¹¹⁴ Karahan, S.: Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2011, s.20 vd.

özgüleşmiş öğelerin, sürekli, bağımlı olmayan ve büyük kapasitede¹¹⁵ bir düzenin yaşamsallığını sağlamaları, sadece bu hedefe yönelmeleri ve sahibinin öteki mal varlığı öğelerinden kolayca ayrılabilmeleridir¹¹⁶. Bunun dışında bir mal varlığının özel mal varlığı içerebilmesi, belirlenmiş kıstaslar içinde bireyin diğer mal varlıklarından ayrılabilmesi ve farklı bir yasal rejimde işlem görebilmesi gerekir¹¹⁷. eTTK'da bu durumu net bir şekilde işaret edecek bir hükümden söz edebilmek zordur. Fakat Ticari İşletme Rehni Yasası ile, şirketin maddi ve maddi olmayan öğeleri üstünde teslimsiz biçimde taşınabilir rehni koyulması olanağı getirilir¹¹⁸. Bu konu, ticari şirketin özel mal varlığı özelliğinin tanımlanabilmesi bağlamında mühim bir gösterge olarak karşımıza çıkar.

YTTK'nın 11/f.3'ncü maddesi söz konusu yaklaşımı biraz daha ilerleterek ticari şirkete özgüleşmiş mal varlığı öğelerinin tamamının, ayrı ayrı işlem gerekmeksizin devir ve yasal işlemde konu olabilmesi¹¹⁹.

Ne var ki, YTTK m. 11/f.3 hükmü bu yaklaşımı daha ileriye taşıyarak, ticari şirkete özgülenmiş malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde, ayrı ayrı tasarruf işlemleri yapılmasına gerek olmaksızın devri ve diğer hukuki işlemlere konu olmasına olanak sağlar. Şöyle ki, YTTK'nın 11/f.3'ncü maddesi bağlamında gerçekleşecek devir sözleşmeleriyle ticari şirkete özgüleşmiş taşınırlarla birlikte taşınmazlarının da¹²⁰ yazılı bir sözleşmeyle mülkiyetinin iletilmesi imkanı meydana gelmiştir. Böylelikle belirlilik ilkesi kapsamında MK'dan bir defa daha ayrılmış¹²¹ ve mal varlığının tek işlem ile devredilmesi bağlamında bir olanak daha sağlanmıştır.

¹¹⁵ Karahan, s.18-19.

¹¹⁶ Acemoğlu, s.19 vd.

¹¹⁷ Ayiter, K.: Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara, 1968, s.29.

¹¹⁸ Erten, A.: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara, 2001, s.10.

¹¹⁹ Gerekçe m. 11/f.3.

¹²⁰ Tekinalp, Ü.: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul, 1979, s.143.

¹²¹ Kendigelen, s.47-48. (Yeni TTK – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)

Ticari şirketin özel bir mal varlığı biçiminde meydana gelmesi ve bu noktada tek şirketin devri, rehin verilmesi, intifaya konu olması yahut da kiralanabilmesi, YTTK'nın 11'inci maddesinin göz önüne koyduğu üzere bütünlük ilkesinin bir neticesidir.

Yasa koyucu, TİRK ve YTTK çerçevesinde ticari şirketin bir özel mal varlığı biçiminde bütünlük ve devamlılığını korunması konusunda büyük bir özen gösterir¹²². Böylece klasik mal varlığına göre oluşmuş ayırımın üstünde bilhassa durulur. Öyle ki medeni hukukta mal varlığı bütünü hak ve borçlardan olmak üzere ayrı ayrı ortaya çıkar. Fakar söz konusu bütünlük yasal bir kurgu biçimindedir. Bahsedilen mal varlığı öğeleri arasında yasal bir bağ bulunması gerekli değildir¹²³.

Ticari şirketi bu bağlamda farklılaştıran şey ise, şirketin her ögesinin diğer öğeler ile bir bağlantısının olması gerekliliğidir¹²⁴. Yasa koyucunun ticari şirket bütünlüğüne ve devamına dair meydana getirdiği paradigma, ticari şirket çerçevesinde eTTK ve YTTK'nın 1'inci maddeleri ile oluşturulan Ticaret Hukuku ve Medeni Hukuk bütünlüğünün arasında var olan hududunu da belirlemektedir¹²⁵. Bu bağlamda yasal hükümlerin yorumlanabilirliğinden ziyade elverişliliğine, öngörülmuş hükümlerin hedeflerinin tespit edilmesini alakadar eden bütün hususlarda, ticari şirketin bütünlük ve sürekliliği tasasını göz önüne almamak yasaya aykırı yorumlamaları da yanında getirecektir.

3.2. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİ

Türk doktrininde, birleşme üzerine çalışmış ve eser yayımlamış bütün yazarların uzlaştığı nokta, birleşmenin temel ögesi olarak birleşme sözleşmesini görmeleridir¹²⁶. Doktrinin büyük kısmı tartışmaya karşı ilgisizdir ve geri kalan yazarlar ise aksi görüşleri savunmaktadır. Bu duruma karşı İsviçre doktrininde tartışmalar nihayetlenmiştir.

¹²² Arıcı, M.F.: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2008, s.57.

¹²³ Acemoğlu, s.10.

¹²⁴ Amstutz/Mabillard, s.121.

¹²⁵ Tekinalp, Ü.: Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, BATİDER, C. XXIV, S.3, 2010, s.7.

¹²⁶ Türk, s.36.

Birleşmenin sözleşme ile gerçekleşeceği görüşü, Birleşme Kanunu'nun yürürlük tarihi evvelinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 451 – 452'nci maddelerinin kaynaklarını oluşturan İBK'nin 748 – 749'uncu maddelerinin yürürlükte bulunduğu zamanlarda da öneriliyordu. Bu hususta Recordon'un en net saptamayı yaptığını söyleyebiliriz. Recordon, birleşmenin ana öğelerini sıralarken birleşmenin başlı başına bir sözleşmeden ibaret olduğunu ileri sürmüştür¹²⁷.

Birleşmenin yapısal olarak bir sözleşme olduğunu İBK'nun gerekçesinden de açık bir şekilde çıkarmak söz konusudur. Söz konusu gerekçede; tarafların birleşme işlemine uygulanması öngörülen hükümleri birleşme sözleşmesi ile belirlemeleri gerekliliği, buna dair minimum içeriğin de AB Konseyi'nin anonim şirketlerin birleşmesine dair 3'üncü yönergesinden ilham alınarak ortaya çıkarıldığı netçe belirtilmektedir. Yine Birleşme kanununun gerekçesinde birleşmiş şirketlerin genel kurullarının almış olduğu birleşme kararının, aslında birleşme sözleşmesinin onayından farklı bir mana teşkil etmediğinin de üstünde durulmuştur.

YTTK'nın İsviçre Birleşme Kanunu'nun yüksek ölçüde alıntılanması ile meydana çıkmış birleşme hükümleri de tabii ki aynı görüşü yansıtır. Gerekçenin bazı bölümleri de birleşmenin sözleşmesel bir tekrar yapılandırma eylemi olduğunu netçe ortaya çıkarır. Nitakim YTTK'nun 146'ncı maddesinin gerekçesi, somut birleşmelerin gereksinimlere ve şirketlerin niteliklerine göre biçimlendirilmesine, birleşme sözleşmesinin de buna dair kayıtlar ihtiva edecek biçimde biçimlendirilmesine bağlı bulunduğunu işaret eder.¹²⁸ Bunun yanında

¹²⁷ Recordon, P.A.: La Protection des Actionnaires Lors des Fusion et Scissions des Societes, Genova, 1975, s.16.

¹²⁸ YTTK m. 146'nın Gerekçesi şu şekildedir: “İBK'nın 13 üncü maddesinden alınan 146 ncı madde, birleşme sözleşmesinde bulunması gereken asgarî kanunî kayıtları göstermektedir. [...] Somut olay hükmün göndermede bulunduğu olguyu içeriyorsa birleşme sözleşmesi o olguya ilişkin hüküm içermek zorundadır. Meselâ, devralan şirket bazı paylara özel haklar tanyorsa (183 üncü

YTTK'nın 150'nci maddesi de birleşme işleminin sözleşmesel bir yapı olduğu görüşüne destek verir özellikleri taşır. Söz konusu hükme göre; sözleşmenin imzalanmasının ardından, ancak genel kurul kararıyla sözleşmenin onayından evvel, birleşme işlemi bağlamındaki mal varlıklarında herhangi bir artma ya da azalma meydana gelirse bu konu genel kurula ve birleşme işlemine katılmış diğer şirketlerin yönetimlerine bildirilecektir. Bu noktadan sonra, YTTK'nın 150'nci maddesinin 2'inci fıkrasına göre, birleşme gerçekleştiren şirketlerin karşısında iki seçenek bulunur: Sözleşmeyi değişen şartlara uydurmak ya da birleşmeden vazgeçmek. Bu bağlamda mal varlığında değişiklik söz konusuysa, genel kurula bilgi vermek yeterli gelmediği gibi, sözleşmede yer alan ilgili maddelerin değişimi ve onayı da söz konusu değildir. Yani, birleşme sözleşmesi imzalandıktan sonra, genel kurulun sadece onaylama ya da onaylamama bağlamında irade beyanı gerekmektedir. Böylelikle söz konusu durumun sözleşmeye dayalı olduğu ve genel kurul kararlarının işlevsel olarak sınırlı bulunduğu net bir şekilde işaret edilmiş olur.

Görüldüğü gibi, YTTK'nın 146'ncı ve 150'nci maddelerinin düzenlemeleri ve alakalı bulunan gerekçelerinde yapılmış açıklamalar, söz konusu işlemi sözleşmeye dayandırma mantığını pekiştirir. Nitekim tarafların ihtiyaçlarına göre sözleşmeyi şekillendirmesi özgürlüğü tanınmıştır. Öyle ki, ihtiyacın birleşmeye yansımış yasal şekli birleşme sözleşmesidir. Bu bağlamda birleşme sözleşmesi, sözleşme serbestliği çerçevesinde birleşme bağlamında taraflara esneme payı bırakır ve birleşmeye dair yasal neticeler bu olanağın kullanımı ile biçimlenir¹²⁹.

3.2.1. Birleşme Sözleşmesinin Tarafları ve Şekli

Birleşme sözleşmesinin birleşmeyi gerçekleştirecek şirketlerin yönetim organlarınca imzalanacağıyla ilgili YTTK'nın 145'inci maddesi aynı zamanda sözleşmede taraf olanları

maddenin gerekçesine bakılmalıdır), bunlar hakkında birleşme sözleşmesinde hüküm bulunmalıdır; imtiyazlı pay yoksa, hükme de gerek yoktur. Hüküm içeriğinin asgarisini gösterdiğinden, hükümde yer almayan kayıtlar da sözleşmede öngörülebilir”

¹²⁹ Amstutz/Mabillard, s.97.

da belirler. 145'inci maddeye göre, sözleşme birleşmeye katılan şirketler arasında imzalanır. Bu bağlamda birleşmenin iradesi hissedara değil birleşmiş şirkete aittir. Öyle ki sözleşmenin muhteviyatını belirlemiş olan YTTK'nın 146'ncı maddesinin (a) bendinde, birleşecek şirketlerin unvanlarının bulunması da konuyu doğrular özelliindedir.

Sözleşmenin şekli ile alakalı TTK'da belirsizlik mevcuttur. Devralma biçiminde birleşme bağlamında, sözleşmenin şekliyle alakalı yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Yeni kuruluş biçiminde birleşme söz konusu olduğunda ise TTK'nın 452'nci maddesine göre, sözleşmeni yazılı olması ve noter tarafından tasdiklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu belirsizliğin karşısında, doktrinde devralma suretiyle birleşme söz konusu olduğu zaman, birleşme sözleşmesinin ispatı ve genel kurulun bilgi alabilmesi bakımından ve bir alacağın bile devredilmesinde yazılı biçim içselleştirilmiş olmasından mütevellit, geçerlilik koşulu olarak yazılı biçimde gerçekleşmesi gerektiği; fakat imzaların noter tarafından tasdik edilmesi mecburiyeti olmadığı kabul edilmiş ve söz konusu durum uygulamada da benimsenmiştir¹³⁰. Ayrıca birleşme tescilinin düzenlenmesini içeren TST'nin 79 – 81'inci maddelerinde yazılı biçimi onaylayacak şekilde, sözleşmenin sicil belgesi olduğuna dair bir açıklığın söz konusu olmadığına değinmek gerekir. Fakat sicilde sözleşmenin birleşmiş şirketleri temsil yetkisi bulunan kimselerce imzalanmış aslının tescil talebine iliştilmesi mecburidir.¹³¹

SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde bulunan 9'uncu madde, sözleşmenin yazılı biçimde olması koşulunu arayarak bunun yanında Tebliğin 4'üncü ekinde bulunan öğeleri içermesinin zorunlu olduğunu hükmeder.

¹³⁰ Yasaman, s.83. (Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

¹³¹ Bu konuda İstanbul Ticaret Odası'nın internet sitesine bakılabilir: (çevrimiçi:

http://www.ito.org.tr/wps/portal/tescil-ilan-kurulus? Name = sirket_birlesmeleri &initView = true & prmPageId =BM16.4.4.

YTTK'nın 145'inci maddesinde ise net bir şekilde yazılı biçim kabul edilmiştir.¹³² Yazılı biçim, YBK'nın 11/f maddesinin 2'inci fıkrası bağlamında geçerlilik koşuldur.¹³³ Söz edilen hüküm uyarınca, sözleşmenin yönetim organları tarafından imzalanmış olması gereklidir. Yazılı biçim öngörülmesinin sebebinin eTTK'da öne sürülmüş nedenler olduğu söylenebilir. Bilhassa sözleşmenin birleşme bakımından bilgilendirilmeyi gerçekleştiren kaynaklardan biri bulunması, sözleşmenin yazılı biçimde gerçekleştirilmesine dair yasa koyucunun tercihini onaylamaktadır¹³⁴.

YTTK'nın 145'inci maddesinin gerekçesinde, sözleşmenin yönetim organları tarafından bağlaşacağı fakat temsil yetkisi bulunan kişilerce imzalanacağı belirtilmiştir. Söz konusu ifadenin, şekle bağlı sözleşmelerin imzalanarak hükmolunacağına dair kaide karşısında manalandırılması zordur. Yine gerekçede, sözleşmenin şirket yapılarını temelden ve kalıcı biçimde değiştirme özelliği olan bir sözleşme olduğu, yönetim organlarının ayrı ayrı alacağı kararlar ile şirketin bu bağlamda içe dönük irade meydana getirmesi şeklinde akdedilmesi gerekliliği de işaret edilmiştir. Öyleyse gerekçe temel alınacak olursa, hüküm temsil yetkisi olan kişilerin yetki aldığı bir yönetim organı kararı olmadan sözleşmeyi imzalayamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Yine gerekçede yönetim organının bu yetkiyi devredemeyeceğini ve bu anlamda sürekli bir karar yöntemiyle kullanacağını belirtilir¹³⁵.

Aynı görüşlerin İsviçre doktrininde de kabul gördüğü belirtilmelidir. Bu anlamda sözleşmenin imzalanabilirliği ve yazılı biçim şartının yerine getirilmesi için yönetim organının sözleşmenin en son şekli bakımından pozitif bir karar olarak temsil yetkisi olan kimselere imzalatması gerekmektedir. Bunun yanında YTTK'nın 375'inci maddesi bağlamında yönetim organının yönetim yetkisinin devredilmez ve vazgeçilmez bir yetki olduğunu kabulü gerekmektedir.

¹³² Gerekçe: m. 145.

¹³³ Gerekçe: m. 145.

¹³⁴ Amstutz/Mabillard, s.97.

¹³⁵ Gerekçe: m. 145.

3.2.2. Birleşme Sözleşmesinin Yasal Niteliği

eTTK’da birleşme sözleşmesinin niteliği her zaman tartışmalı bir husus olmuştur. Esasen bu tartışmalar günümüzde de anlam ifade eder. Aslında sözleşmenin niteliğinden çok yapısının analiz edilmesi ehemmiyet taşımaktadır.

Birleşme sözleşmesi, birleşmenin bütün asıl öğeleri ile meydana gelmesini sağlayan; tarafların erişmek istediği neticeye yönelmiş ve söz konusu neticenin nasıl meydana geleceğini belirlemiş olan ana işlemdir. Bu bağlamda mal varlığının bir kül şeklinde geçmesi ve devralmış şirkette hissedarlığın kanun ile kazanılması öğelerine dair irade benzeşmesi, birleşme sözleşmesinin temelinde gerçekleşir.

Birleşme sözleşmesi, tarafları ve tarafların rolünü işaret etmekle kalmayarak sürecin genel kurulların karar vermesi ve ticari sicil tesciliyle nihayetlenmesine dek geçen zamanda tarafların hak ve borçlarını da belirlemeye hizmet etmektedir. Bu bağlamda birleşme sözleşmesi, taraf olan şirketlere, sözleşmenin genel kurullara sunumu ve onayı durumunda tescili ve ilanen duyurulması; yönetim organlarının bu sürece zarar verebilecek eylemlerden çekinmeleri borçlarını yüklemektedir¹³⁶. Sözleşmeden bir borcun doğmadığı varsayılsaydı, sözleşme yaptırımsız bir prosedür şeklinde ele alınmalıydı. Fakat YTTK’da, genel kurul kararlarından sadece birleşme sözleşmesini onama ya da reddetme biçiminde alınabilmedi (madde 145), ve hatta basitleştirilmiş birleşme asıllarında genel kurul onayından vazgeçilmesi suretiyle akdedilme şeklindeki yönetim organı kararının tescil edilmesine bağlı olmak üzere birleşme sözleşmesinin bir başına birleşme neticesi doğuran eylem olması (156’ncı madde); mal varlığında büyük değişimler olduğu hallerde, sözleşmenin tadil mecburiyetinin meydana gelmesi ve tadil olmaksızın genel kurul onayına sunulamayacak olması (150’nci madde); hakların nasıl sürdürüleceğinin bu sözleşme ile belirtilmesi (146’nci madde) sözleşmenin sadece usulün şekli bir yönü olarak irdelenmesine engel olur.

¹³⁶ Böckli, P.: Swiss Company Law, Zurich, 2009, s.352.

Modern ticaret hayatının gerekliliği olarak bilhassa birleşmenin iktisadi yönden bağımsız şirketlerce meydana gelmesi durumunda, farklı çıkar çatışmalarının da uzlaşısını mecburi kılmaktadır. Örneğin, sır saklama yükümü, münhasırlık kozu vb. bu bağlamda sözleşmede ele alınabilecek kayıtlardan bazılarıdır. Bu bağlamda birleşme sözleşmesinin borç doğurucu niteliği özelliklerinden söz etmek mümkündür. Ancak söz konusu sözleşmenin hissedarlık kazanımı ve mal varlığı geçişi bakımından borç doğurduğu düşüncesine girmek gerekmektedir. Çünkü birleşme sözleşmesi, mal varlığı öğelerinin mülkiyetlerinin intikalleri ve hissedarlığın kazanımı bağlamında ifa amacıyla yapılmış kazandırıcı işlem yapma yükümüne sebep olmaz.

Bahsedilen yasal tesirler, birleşme sözleşmesinin tamamlanmasıyla yani yasal tesir meydana getirmesiyle kendiliğinden tasarruf işlemleri özelliğinde ifa işlemine gereksinim olmaksızın meydana gelir.

Buna bağlamda, sözleşmenin borç doğuran tesiri, metodu ve kapsamının üstünde uzlaşmış birleşmenin yasal etkileriyle meydana getirilmesi için gereken eylem ve işlemlerin meydana çıkarılması ve bu hedefe zarar verecek eylemlerden kaçınılması sorumluluğu esnasında ortaya çıkmaktadır. Söz konusu kapsamın içinde sözleşmenin genel kurulların onayına sunumu ile genel kurulların onaylarından geçmiş bulunan birleşme sözleşmesinin tescili de bulunmaktadır. Yukarıda ifade edilenler, birleşme sözleşmesinin yasal koşul niteliğinde tamamlayan öğe olarak kabul gören genel kurul onayını alabilmesi için muhakkak gereken yükümlerdir. Bu bağlamda birleşme sözleşmesi bir devreden borç sözleşmesi değildir. Buna bağlı olarak, devrolunmuş şirketin hissedarlarının devralmış şirkette yasal olarak hissedarlık edinmeleri (136/f.3'ncü madde, 153/f.2'nci madde) ve mal varlığının yasal olarak ve tek seferde geçişi, birleşme sözleşmesinin Şirketler Hukuku'na özel öğeleridir. Hissedarlık kazanımı, bir hissenin devri ya da bir ortaklık güvencesi yahut da rüçhan hakkı kullanma ekseninde değil, direct birleşme sözleşmesine yansımış iradeler kaynaklıdır. Buna benzer olarak mal varlığının külli olarak intikal etmesi de sözleşmenin yasallaşması ile kendiliğinden gerçekleştiği için, bu bağlamda ilk etapta ortaya konmuş irade uygunluğunun yasal etkisini kazanmış olmasından başka bir şeyi işaret etmemektedir. Bu da birleşme sözleşmesiyle, birleşmiş şirketlerin mal varlıkları ve hissedarlarının şirketler hukuku

bağlamında yeniden bir araya gelmesi manasını taşır. Diğer yandan mal varlığının devredilme şekline bakılınca, doktrinde bahsedildiği gibi birleşme sözleşmesinin bir tasarruf sözleşmesi olmadığı, faka tasarruf sözleşmesiyle benzeşen özellikler taşıdığını söylemek gerekir. Nitekim mal varlığı öğelerinin tek seferde devredilmesi, birleşme sözleşmesi bağlamında tasarruf sözleşmesini anımsatır¹³⁷. Borçlar kanunu ile düzenlenen bir takım mukaveleler için mukavelenin inikadına bağlantılı yasal tesire göre yapılmış borçlandırıcı mukavele/tasarruf/statü mukavelesi farkı¹³⁸ göz önüne alındığında mal varlığının tek bir seferde devralmış şirkete geçirme tesiri, birleşme sözleşmesini tasarruf sözleşmesi ile ortak kılan bir öge olarak izlenim doğurabilmektedir.

3.2.3. Birleşme Sözleşmesinin içeriği

Birleşme sözleşmesinin içeriği, yasal tesirine ve hedeflenmiş amaca göre biçimlenir. Daha önce de değindiğimiz gibi, birleşmede esas hedef mal varlığının ve hissedarlar çevresinin, devralmış şirkette sürekliliğini sağlayabilmektir. Bu bağlamda sözleşmenin muhteviyatı da esas olarak bu sürekliliğin elde edilmesi çerçevesinde biçimlenir. Sözleşmenin bu esas işlevi içeriğin belirlenmesi açısından pektabi aydınlatıcı olmakla birlikte, yeterli bulunmamaktadır. Söz konusu sürekliliğin ne biçimde gerçekleşeceğine dair somut sözleşme maddelerinin tespiti mutlak koşuldur. Örneğin, pay sahipliğinin devamı ilkesinin hayat bulabilmesi için gereken hesaplama metodu, sözleşmenin olmazsa olmaz öğelerindedir (YTTK 146/f, 1/b). TTK'da bu bağlamda yer alan büyük boşluğu YTTK'nın tatmin edici şekilde doldurduğunun söylenmesi yanlış olmaz¹³⁹.

İşletme ile alakalı çıkar gruplarının korunması bakımından YTTK, belirgin bir netlik meydana getirmiştir. Bilhassa sözleşmenin çıkar sahiplerinin bilgilendirilmesi ve YTTK'nun mecburi hedeflerinden olan şeffaflığın¹⁴⁰ hayat bulması bağlamında gerçekleştirdiği işlev, muhteviyata bu şekilde yansımış kayıtlarla inkar edilemez bir hal almıştır¹⁴¹.

¹³⁷ Çamoğlu, E., Poroy, R., Tekinalp, Ü.: Ortaklıklar Hukuku I (On Üçüncü Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.156.

¹³⁸Gümüş, M.A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul, 2008, s.4-5.

¹³⁹ Erdem, s.174-175. (Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

¹⁴⁰ Tekinalp, Ü.: Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.4, 2005, s.14.

¹⁴¹ Amstutz/Mabillard, s.97.

Birleşme sözleşmesi temel olarak birleşme hazırlığı aşamasında gerçekleştirilmiş çalışmalarını taçlandırma biçimidir. İktisadi ve yasal bağlamda bağımsız şirketlerin kendi arasında gerçekleştirdiği karşılıklı görüşmelerin, uzmanların da içinde bulunduğu sürelerin, birleşmeden sonra varlık göstermeye devam eden şirketin bünyesindeki haklar ve güçler dağılımının birleşme sözleşmesinde muhakkak bir karşılığı bulunur.

3.3. KÜLLİ HALEFİYET

Külli halefiyet, miras işlemleri, ticari şirketlerin birleşmesi, anonim şirket yahut kooperatifin limited şirkete dönüşümü gibi yasal işlemler için düzenlenmiş bir intikal biçimidir¹⁴². Bu bağlamda ilk etapta miras hukuku bakımından külli halefiyeti analiz etmek gerekir. Nitekim, birleşme bağlamında külli halefiyet ile bir karşılaştırma yapma olanağı doğacaktır.

Miras, ölüm neticesinde kendi kendine kazanılan bir haktır. Bu tanım MK 599'uncu maddeden meydana gelir. Söz konusu madde, miras yolu ile kazanılmış hakkı ölümün meydana gelmesine tabi tutarak bu durumu yeterli bulur. Söz konusu hüküm bu biçimiyle hakkın ve borcun hem yasa gereği iktisap edilmesini hem de kül (bütün) biçiminde intikalini düzenler¹⁴³.

Murisin mal varlığı ve bütün mal varlığı ilişkileri bütünüyle götürü şeklinde¹⁴⁴ mirasçısına geçer. Bir hakkın ya da bir borcun bir kişiden diğerine geçebilmesi için, söz konusu hakkı ya da borcu konu edinen bir devrin meydana gelmesi gerekir. Bu durumda bahsedilen hak ya da borçların cüz'i halefiyetinden söz edilecektir. Miras hukuku haricinde mal varlığı değerini alakadar eden konularda kural olarak cüz'i halefiyet karşımıza çıkar. Bu biçimde devrin tek tek meydana gelmesi ile devir konusu olan değerle alakalı belirlilik ve aleniyet ilkelerine de

¹⁴² Engin, İ., Serozan, R.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2008, s.62.

¹⁴³ Engin/Serozan, s.73.

¹⁴⁴ Engin/Serozan, s.61.

uyum sağlanmış olur¹⁴⁵. Miras hukukunda uygulandığı şekliyle, mal varlığının bütün aktifleri ve pasifleriyle birlikte bir kimseden başka bir kimseye geçişine ise külli halefiyet denilir¹⁴⁶. Bu bağlamda murisin şahsi hakları ile şahsi özelliklerinin önem gösterdiği edim yükümleri haricinde bütün aynı hakları, alacakları, zilyetlikle ilgili hakları, borçları ve yükümleri tek tek işleme gerek kalmaksızın mirasçılara geçecektir¹⁴⁷. Böylece tereke değerlerinin hiçbiri boşta kalmayacak ve bu suretle hem alacaklılar korunacak hem de mirasçılar arasında eşitlik söz konusu olacaktır¹⁴⁸.

Kimi yazarlar, murisin mal varlığı ile terekesinin eş anlamlı olmadığını söylerken mirasçı da murisin tam manasıyla yerini almış bir kimse şeklinde görülmemelidir. Mal varlığında yer alan kimi yasal ilgililer terekede yer almazken mal varlığında yer almayan kimi borçlar terekede yer alabilecektir¹⁴⁹. Örneğin, murisin şahsi hakları ve bireysel özelliklerin göz önünde olduğu sözleşmeleri terekede yer bulmayacaktır. Bu bağlamda kimi yazarların görüşüne göre, mirasçı, murisin yerini alan kimse değil murisin terekesi üstünde külli halef olarak hak sahibi olan kimse¹⁵⁰ biçiminde tanımlanır.

Diğer taraftan klasik külli halefiyet teoremi, külli halefiyeti sadece hak öznesinin vefatı yasal durumuna bağlı görerek bu yasal olayca harekete geçirilmiş bir yasal müessese biçiminde görür. Bu bağlamda külli halefiyet, esas hak öznesinin yok olması neticesine bağlı biçimde ortadan yok olan öznenin ikamesini düşünerek ve bu düşünceden haeket ederek yasal system içerisinde yer edinmiştir. Bu yaklaşım ise zamanla külli halefiyet bir özne değişimi, cüz'i halefiyet ise bir mal değişimidir önermesiyle genel bir tanıma ulaşmıştır¹⁵¹.

Modern doktrinde ise bu görüş epey sınırlı görünür. Modern görüşe göre, külli halefiyetin yalnızca bir ölüme bağlanması ve yasal işlem gibi bir özne kısıtına arkasını dönmesi, dayanaksız bir yaklaşımdır. Yasa koyucunun bir yasal problemin çözümü sırasında külli

¹⁴⁵ Engin/Serozan, s.64.

¹⁴⁶ Dural, M., Öz, T.: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul, 2003, s.12.

¹⁴⁷ Dural/Öz, s.13-14.

¹⁴⁸ Serozan/Engin, s.62.

¹⁴⁹ Serozan/Engin, s.89.

¹⁵⁰ Dural/Öz, s.5.

¹⁵¹ Amstutz/Mabillard, s.119.

halefiyeti temel alıp almayacağını yerindelik tasası belirler. Bu bağlamda külli halefiyet sadece ölümün etrafında dönmeme ve gerektiğinde cüz'i halefiyetin yerine bir devir yöntemi şeklinde de uygulanmalıdır¹⁵². Bu görüş, külli halefiyeti yasa koyucunun belli bir muhakeme sonucu ve bu anlamda geliştireceği yasal politikası ile öngörebileceği bir devren edinme metodu olarak görür¹⁵³.

3.3.1. Külli Halefiyetin Kapsamı

Külli halefiyet; şirketin kendini işleten ticari işletmesinin son bulmasına karşın mali bütünlük, işlevsellik ve piyasaya katılım olarak sürekliliğinin sağlanması hedefiyle belirlenmiş bir araçtır. YTTK'da külli halefiyet kendine yer bulamamışsa da, anılmamasına bir takım manalar yüklenebilir. Fakat, YTTK'nın 153'üncü maddesinde tescil sırasında şirketin tüm akfitlerinin ve pasiflerinin kendiliğinden devralmış şirkete geçeceği açık olarak hükümlenir. YTTK, devre dair yasalarda öznenin bitmesine ya da hakkın bir öznenin diğerine geçmesine bağlanmış bütün aykırılıkları uzaklaştırarak malvarlığı ilişkileri ve şahsi ilişkilerin devamlılığını her şeyden üstün görmüş ve bunu söz konusu düzenleme ile de açıkça ifade etmiştir.

eTTK'da yasaya yabancı bir kavram olan kısmi külli halefiyet, YTTK'nın 179/f.4'üncü maddesi ile bölünmede uygulanabilirliği ve YTTK'nın 11'inci maddesinde yazılı bir sözleşmeyle ticari şirketin taşınmazları ile birlikte bir küll biçiminde devredilmesi olanağı tanınması, şirketlerin yaşayan bir organizma şeklinde muhafaza edilmesi bağlamında yasa koyucunun bu hedefini algılayış şeklini sağlamlaştıran durumlardır. Öyle ki, birleşmelerde değerlemeler gerçekleştirilirken, şirketin sona erişinde kullanılacak tasfiye değeri sistematikinden farklı şekilde, şirketin devamlılığı varsayımının kullanımının mecburi olması söz konusu anlayışın bir neticesidir.¹⁵⁴

¹⁵² Amstutz/Mabillard, s.119

¹⁵³ Amstutz/Mabillard, s.120

¹⁵⁴ Gereke: m. 140-141.

Bu sebeptendir ki Türk ve İsviçre doktrinde genelde birleşme sonucunda mal varlığının bir bütün şeklinde devrolacağı kabul görür¹⁵⁵. Mal varlıklarının bir kül halinde geçmesi halinin direkt yasadan ya da yasanın bir yasal neticesi olan yasal işlemde kaynağını aldığı kabul edilirse edilsin birleşme sonrasında devralmış şirket devraldığı şirketin yasal halefi olarak¹⁵⁶ hukuki bağlamda varlığını gösterecektir.

Bu bağlamda, devrolunmuş şirketin tüm varlıklarının, borçlarının, alacaklarının, itirazlarının, kişilik haklarının devralan şirkete geçeceğinin üstünde durulmalıdır.

3.3.2. Birleşme Bakımından Külli Halefiyet

Birleşmenin tamamlanmasının esas neticelerinden biri, devre konu olan mal varlığının bir kül şeklinde (külli halefiyet ile) tek işlem ile devralmış şirkete devrolmasıdır. eTTK'nın Genel Hükümleri bağlamında bulunan "Külli Halefiyet" başlığıyla yayınlanan 151'inci maddesine göre, devrolmuş ya da yeni kurulma şeklinde birleşmiş şirketlere ait tüm haklar ve borçlar devralınan şirkete ya da yeni şirkete geçer. Söz konusu düzenleme genel bir hüküm ifade etmekle beraber bütün şirketlerin birleşmesinde geçerli bir ilke olarak karşımıza çıkar. Bu bağlamda eTTK 151'inci maddesine göre "*Yukarıdaki maddede tâyin olunan müddet içinde itiraz edilmemişse, birleşme muamelesi katileşir ve kalan yahut yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirketlerin yerine geçer. Bunların bütün hak ve borçları kalan veya yeni kurulan şirkete intikal eder*". Net bir şekilde anlaşılacağı üzere, külli halefiyetin neticesi olarak sadece aktif ve pasiflerin bütün şeklinde intikali işaret edilmemiştir. Aynı zamanda birleşme gerçekleştiğinde devralmış ya da yeni kurulmuş şirketin devrolunmuş şirketlerin yerine geçtiği de ifade edilmektedir. Bu bağlamda yasa koyucu külli halefiyeti bir yasa öznesi değişimi şeklinde ifade eden klasik doctrine yakındır diyebiliriz. Diğer yandan anonim şirketlerde devralma biçiminde birleşmeyi düzenlemiş olan eTTK 451'inci maddesi ise tüm aktiflerin ve pasiflerin devredilmesini öngörür ve külli halefiyet terimini açık açık

¹⁵⁵ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s.142. (Ortaklıklar Hukuku I)

¹⁵⁶ Türk, s.176.

kullanmaz¹⁵⁷. Buna rağmen genel hükümler bağlamında anonim şirketlerin birleşmesinde de külli halefiyetin bu çerçevede geçerliliği şüphe götürmez.

YTTK’da ise birleşmede mal varlığının tümünün devredilmesine dair olan ve bu bağlamda külli halefiyete gönderme yapmış iki madde söz konusudur. YTTK’nın 136’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasına göre “*birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralır*”. Bu noktada gelen ikinci hüküm ise YTTK’nın 153’üncü maddesinin f.1c.2 hükmü olarak karşımıza geçer. Söz konusu maddeye göre, “*tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer*”.

Anlaşılacağı üzere YTTK, eTTK’da yer alan 151’inci maddeye nazaran külli halefiyeti kavram olarak anmaz ancak neticeleri bağlamında düzenler. Fakat gerekçe, bir geçiş şekli olmak üzere külli halefiyete işaret eder.¹⁵⁸

Aslında, İsviçre yasa koyucusu da Birleşme Kanunu’nda benzer bir yaklaşıma sahip çıkmış ve külli halefiyeti terim olarak kullanmamıştır. Fakat hem federal mahkemenin kararları hem de İsviçre doktrini devrolunmuş şirketin aktifleri ve pasiflerinin kendiliğinden devrolunmuş şirkete geçişinin belirtilmesi ile külli halefiyetin işaret edildiğine emindir. Bu durumda, MK’nın mirasa dair maddelerinde ve kendine pek çok yasada yer bulmuş külli halefiyet teriminin, bilhassa eTTK ve YTTK’nın 1’inci maddeleri dikkate alınmak suretiyle, ticari şirketlerin birleşmesinde bütün hükümler ve neticeleri ile birebir uygulama alanı bulup bulmayacağı problemi gün yüzüne çıkar. Daha önce değindiğimiz üzere, miras hukukunda külli halefiyeti meydana getirmiş durum, ölümdür¹⁵⁹. Bundan yola çıkarak, birleşmede külli halefiyetin özelliklerini belirlerken sadece doktrinde miras hukukundan yola çıkıp verilmiş mana üstünden gitmemek, kişiliğin sona ermesi açısından da izlemek gerekir. Bu noktada bir

¹⁵⁷ Yasaman, s.28. (Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

¹⁵⁸ Gerekçe: m. 136/f.4: “Dördüncü fıkranın birinci cümlesi, hem tasfiyesiz sona ermeyi hem de üçüncü fıkrada da yer alan külli halefiyeti öngörmüştür. [...]”.

Gerekçe: m. 153/f.1: “Birinci fıkra, devrolunan şirketin yaptırdığı tescilin küllî halefiyet ve birleşme bakımından kurucu etkisini hükme bağlamaktadır”

¹⁵⁹ Oğuzman, M.K., Seliçi, Ö., Özdemir, O.S.: Kişiler Hukuku (gerçek ve tüzel kişiler), İstanbul, 2009, s.668.

gerçek kişinin ölümü ve tüzel kişiliğin sona ermesi arasındaki kavram ilişkisi de analiz edilmelidir.

Klasik görüş, külli halefiyet teoreminden yola çıkarak ticari şirketlerin birleşmesinin, külli halefiyetin var olması sebebiyle gerçek kişinin ölmesi bakımından irdelenmesini ve yasal neticelerin ölüm örnek alınarak incelenmesi gerekliliğini savunur. Görüşe göre, mal varlığı devralmış ya da yeni kurulmuş şirket tarafından ölüm sebebi ile elde edilir¹⁶⁰. Böylelikle tüzel kişiliğini kaybetmek suretiyle sona ermiş yasal öznenin yerine var olan ya da yeni kurulmuş bir yasal özne gelir. Bu yaklaşımın içeriği bakımından tutarlı biçimde, kişilik kaybı ile ortaya çıkan bir intikal olan külli halefiyetin, bütün yasal neticeleriyle uygulanam alanı bulabileceği neticesi çıkarılır.

Gerçekten, hakkın öznesiz olmaması miras yasaları ile düzenlenmiş külli halefiyetin temel hedefi olduğu için mirasla geçmeyen, bir diğer deyişle külli halefiyet yolu kapalı bulunan hakların ve ilişkilerin birleşme neticesinde de geçemeyeceği akıllara gelir.

eTTK'nın 151, 451 ve 452'nci maddelerine göre, birleşme ticari şirketleri sona erdiren nedenlerden biridir. 4721 sayılı Medeni Kanun'da ise intifanın tanımlanması ve sona eriş biçimi, önceki Medeni Kanun hükümlerine uyumlu şekilde düzenlenmiş olduğuna ve birleşmeye dair bir aykırı hüküm bulundurmadığına göre, farklı bir külli halefiyet anlayışı yasa koyucu tarafından kabul edilmemiştir¹⁶¹.

3.4. BİRLEŞME İLE TASFİYESİZ SONA ERME

İBirK ile paralel biçimde, YTTK'da da tasfiyesiz sona erme ilkesi muhafaza edilir. İnfisah, YTTK'da da birleşmenin ana unsurlarından biridir. İBirK ve YTTK'da birleşmenin bir tasfiyesiz sona erme biçimi olarak yansımalarının arkasındaki sebepler, eTTK bağlamında işaret edilen gerekçelerle benzerdir.

¹⁶⁰ Türk, s.171.

¹⁶¹ Burcuoğlu, H.: Bir Şirket Lehine, Bir Taşınmaz Üzerinde Kurulmuş İntifa Hakkının, Bu Şirketin Başka Şirketle Birleşmesi Halinde Akıbeti Hakkında Bazı Gözlemler, Ergon Çetingil ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte çalışma yılı armağanı, İstanbul, 2007, s.394-400.

YTTK, m. 136/f.4/c.2 ve 152/f.3 maddeleri, birleşmede tasfiyesiz biçimde sona erişin düzgüsel kaynağını meydana getirir. YTTK'nın 136'ncı maddesinin 4/c.2 fıkrası uyarınca, birleşme ile devrolunmuş şirket sona erer ve ticari sicilden terkin istenir. Fakat üstünde durulursa, söz konusu düzenlemenin içeriğide ne sona ermenin ne de terkinin kapsamında zamanla alakalı bir durum bulunmaz ve birleşmenin yasal neticelerine dair bir anlîş biçiminde anlaşılır. YTTK'nın 152'nci maddesinin 3'üncü fıkrası, devrolunmuş şirket, birleşmenin ticaret sicilde tescil edilmesi ile infisah eder ibaresiyle eTTK'da var olan infisahî birleşmeye bağlamış düşünceyi göz önüne almamıştır. m. 134/f.4, m. 152 ve m. 153/f.2'nin gerekçesi tasfiyesiz sona erişin düzenlendiğini işaret eder.¹⁶²

Söz konusu sisteme bazı noktalarda eleştiri getirilebilir. İlk olarak bahsedilen hükümlerde bir kavram birliğı yoktur; hem sona erme hem de infisah aynı anlamı işaret edecek biçimde kullanılır. Yerleşik yasal kavram çerçevesinde ikisi de aynı manada olsa da infisah kavramı YTTK'da kullanılmamıştır.¹⁶³ Yine YTTK'nın 152'nci maddesinin 3'üncü fıkrası, İBirK'nın 21'inci hükümden ayrık şekilde yasaya aktarımı söz konusudur.

YTTK'nın 136/f.4/c.2 maddesi ve 152/f.3 maddeleri birlikte değerlendirme konusu olunca, birleşmenin ticari sicile tesciliyle beraber anonim şirketin sona ereceğı ve terkin anlaşılır. Fakat daha önce de değindiğimiz gibi, söz konusu maddeler devrolunmuş anonim şirketin ne zaman terkininin olacağına ilişkin bir netlike barındırmaz. 136/f.4'üncü madde, terkin ve sona erme aynı zamanda gerçekleşir dese de¹⁶⁴ zaman bakımından bir belirginlik söz konusu değildir. Öyle ki İBirK'nun 21'inci maddesi devrolunmuş şirketin terkinini birleşmenin tescil

¹⁶² Gerekçe m. 136/f.4: "Dördüncü fıkranın birinci cümlesi, hem tasfiyesiz sona ermeyi hem de üçüncü fıkrada da yer alan küllî halefiyeti öngörmüştür".

Gerekçe m. 152: "Tescil devrolunan şirketi ipso iure sona erdirir".

Gerekçe m. 153/f.2: "Tescil ile devrolunan şirket sona erer".

¹⁶³ Misalen, anonim şirketlerin sona ermesine dair 529 vd. maddelerin başlığı "Sona Erme", "Sona Erme Sebepleri" biçimindedir. YTTK'da sadece kolektif şirketlerin sona ermesine dair olan 244'üncü maddede infisah kavramı kullanılmıştır.

¹⁶⁴ Gerekçe m. 136/f.4: "Dördüncü fıkranın birinci cümlesi [...] sona erme ve terkinin aynı anda yapılmasına ilişkin yeni bir sistem kurulduğunu vurgulamaktadır".

edilmesi ile aynı anda olacağını düzenler. Fakat YTTK'nın bahsedilen maddeleri net bir saptamaya olanak tanımaz. YTTK 136/f.4'üncü maddesinde bileşmenin devrolunmuş şirketin sona ermesi ve sicilden terkinin neticesini meydana getirdiği, 152'nci maddeyle de tescil işleminin infisahı neden olduğu bildirildiğine göre, birleşmenin tescil edilmesiyle bir hükme kavuşacağına dair 153'üncü madde ekseninde, işlemin söz edilen tüm yasal neticelerinin tescil esnasında meydana geleceği neticesi çıkarılır. eTTK'nın zıttı biçimde YTTK'da devrolunmuş şirketin birleşmeye karar vermesi kendiliğinden infisahı neden olmamaktadır¹⁶⁵.

İşletmenin infisahi tescille meydana gelir ki, tescil anı birleşmenin tüm neticelerinin ortaya çıktığı ve bununla birlikte devrolunmuş şirketin ticari sicilden terkinin ile tüzel kişiliğinin sona erdiği andır.

YTTK'da TTK'nın aksi biçimde infisahla tüzel kişiliğinin kaybı olaylarının birlikte meydana gelmesinin sebebi, alacaklıları korumadan ziyade başka bir ilkenin kabul edilmiş olması ve mal varlıklarının ayrı yönetimi ilkesinin de terkidir. Nitekim alacaklıya birleşmenin hükümlerini tam manasıyla meydana getirmesi açısından engelleyici yahut geciktirici bir görev addedilmesi durumu terk edilmiştir¹⁶⁶. Böylelikle eTTK'nın söz konusu durumlara uyguladığı tutarsızca ve karmaşık olan sistem bir kenara bırakılmış olmaktadır¹⁶⁷.

3.5. PAY SAHİPLİĞİNİN DEVAMI

3.5.1. Pay Sahipliğinin Devamı İlkesi

Devralma durumunda, devredilmiş şirketin hissedarları devralmış şirkette, yeni şirket kurulmasındaysa birleşmiş şirketlerin hissedarları yeni kurulmuş şirkette hissedar olmaya

¹⁶⁵ Tekinalp, Ü., Tekinalp, G.: Avrupa Topluluğu'nun Ulusal Düzeydeki Birleşmelere İlişkin Üçüncü Yönergesi, İstanbul, 1990, s.319.

¹⁶⁶ Coştan, s.125 vd. (TTK Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Alacaklının Korunması)

¹⁶⁷ Vischer, F.: Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions conversees, SZW 3, 2004, s.128.

devam eder. Bu hissedarlara eski şirkette haiz oldukları hisselerin karşılığı olarak değiştirme birimi üstünden hesaplanmış değerde bir hisse verilir.

Birleşme ile ya da katılma ile infisah etmiş şirketlere ya devralmış ya da yeni kurulmuş şirketin hisse senetleri belirlenmiş bir ölçüt karşılığı verilir. Değiştirme birimi adı verilen bu ölçü hissedarların mal varlığı değeri üstünden hesap edilir. Değiştirme biriminin tespit edilmesinde kullanmak için, şirketlerin her birinin kendi aralarında tespit ettiği herhangi bir örneğe göre düzenlenecek bir bilanço hazırlamaları ve tespit etmeleri gerekmektedir¹⁶⁸.

3.5.2. Pay Sahipliğinin Devamı İlkesinin İstisnaları

Birleşme neticesinde devrolunmuş şirketlerin hissedarlarına sözleşmede öngörölmüş değişim oranında bir hisse verilmiyor ise, birleşmeden bahsedilemeyeceği, hissedarlığın devrolunmuş şirketin bünyesinde devamının birleşmenin temel unsurlarından biri şeklinde kabul görmüş olması karşılığında genel olarak da kabul görmüş bir ilkedir¹⁶⁹.

Bir görüşe göre, devir neticesinde hissedarlara geçen mal varlığının karşılığı olarak sadece belli bir miktar ücret bedel ismiyle ödendiye birleşme mevzu değildir fakat belirli kesirleri yok etmek ve hesap kolaylığını sağlamak bakımından, nitelik olarak ehemmiyetli sayılmayan bir ücret ödemesi birleşmeye engel teşkil etmez¹⁷⁰. Fakat bu halin yasadan net bir biçimde anlaşılması çok da mümkün değildir. eTTK'nın anonim şirketlerin birleşmesine dair hükümlerinin kaynaklarını İsviçre Borçlar Kanunu'nun mülga 748-749. maddeleri meydana getirdiği için ülkemiz hukukunda da meydana gelecek kesirlerin ödenmesiyle alakalı bir netlike olmadığını söylemek gerekir¹⁷¹. Birleşme harici tekrar yapılandırma işlemlerinden olan bölünme ve pay değiştirmedeyse¹⁷², KVK'nun 19'uncu maddesiyle tam bölünen şirketin ve pay değişiminde payları devralınmış şirketin hissedarlarına, kendine devralmış şirket bünyesinde özgülenecek olan hisselerin itibarının onda birlik tutarı kadar ödeme yapması imkanı sağlanmıştır. Bu durum söz konusu işlemin vergilendirilmesi bağlamında

¹⁶⁸ Tarakçı, H.: Kurumlarda Sona Erme, Polaris Yayınları, İstanbul, 2003, s.37.

¹⁶⁹ Yasaman, s.32. (Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri)

¹⁷⁰ Türk, s.91.

¹⁷¹ Türk, s.92.

¹⁷² Coştan, H.: Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara, 2003, s.5.

ehemmiyetli bir konudur¹⁷³. Her iki husus da maddi kaidelerden uzak bir biçimde mevzuatta yer almış ve dayanak olarak da vergi mevzuatını görmüş olduğundan, iki işlem çeşidinde de mevzu olan denkleştirme ödemesi, yasa itibarıyla da uygulama alanına kavuşmuştur¹⁷⁴.

Ülkemiz hukukunda birleşmeye dair bir net düzenleme olmaması sebebiyle, YTTK'nın pay sahipliğinin devamı ilkesinin kaynağı olan 140'ıncı maddesinin gerekçesine bakıldığında yine Türk hukukunda denkleştirme ödemesinin söz konusu olmadığına ifadesi görülür.¹⁷⁵ YTTK, birleşmede pay sahipliğinin devamı ilkesinin muhakkak uygulanırlığını değiştirmiştir. Nitekim devrolunmuş şirketin hissedarlarının devralmış şirket hisseleri üstünde vazgeçilmez bir hakka haiz oldukları görüşü son bulmuştur.

YTTK'da pay sahipliğinin devamı ilkesi, istisnalarıyla birlikte düzenlenerek hükümlenmiştir. Bahsedilen istisnalar, pay sahipliğinin hem maddi manada devamı hususunda hem de şekil bakımından devamı hususunda belirtilmiştir. Oy hakkı bulunmayan hissedarlara oy hakkına sahip fakat bir ayrıcalık barındırmayan hisselerin verilmesi (104/f.3'üncü madde) ve hisseye bağlı bulunan ayrıcalıkların devralmış şirkette devam etmesinden bir karşılık ödeyebilme olanağı, pay sahipliğinin maddi manada devamı ilkesine getirilen istisnalardan bazılarıdır. Yine YTTK'nın 104/f.2'nci maddesinde söz konusu olan denkleştirme akçesi ve 141'inci maddede düzenlenmiş ayrılma akçesi ise pay sahipliğinin şekil bakımından devamına gelmiş istisnai düzenlemelerdir. Bu hallerde devrolunmuş şirketlerin hissedarları, hisseler üstünde haklarını kısmi ya da tamamen kaybederler.

¹⁷³ Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, 2004, s.24 vd.

¹⁷⁴ Helvacı, s.25.

¹⁷⁵ Gerekeç m. 141/f.2: "İkinci fıkra eski birleşme hukukumuzda izin verilmeyen denkleştirme ödemesini (akçesini) düzenlemektedir".

4. BİRLEŞME VE BÖLÜNME TEBLİĞİ, HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER, BİRLEŞME USULÜ VE BİRLEŞMENİN İPTALİ

4.1. BİRLEŞME ve BÖLÜNME TEBLİĞİ

SPK'nın II-23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin "Amaç" başlığıyla yayımlanmış 1. maddesi, söz konusu tebliğin hedefini "*tarafardan en az birinin halka açık ortaklık olduğu birleşme ve bölünme işlemlerinde uyulacak usul ve esasları düzenlemek*" biçiminde belirtir. Bu bağlamda daha evvel değindiğimiz ayırımın ekseninde, birleşme taraflarının minimum bir tanesinin halka açık anonim şirket olması gerekmektedir. Böylelikle hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler ile, hissedar sayısı 500'den fazla olan, hisse senetleri halka arz edilmiş sayılan şirketlerin birleşmeye katılması, Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin uygulama alanı bulmasına neden olur. Bunun nedeni ise farazi halka açıklık ölçütüdür.

Tebliğin yasal işlem bağlamında kapsamına devralma şeklinde birleşme ve yeni kuruluş biçiminde birleşme girmektedir. Tebliğin 4'üncü maddesiyle de bu konuya işaret edilmiştir. Fakat bahsedilen durum, halka açık anonim şirketlerin birleşmesindeki yasal rejmin yegane kaynağı değildir. Tebliğ'de ilgili düzenleme bulunmayan alanlar genel hükümlere tabidir. Bu bağlamda Birleşme ve Bölünme Tebliği, Ticaret Kanunu'na ek biçimde uygulanacaktır¹⁷⁶.

Yasal işlem bakımından söz konusu düzenleme dar kapsamlıdır. Bu bağlamda yasal olarak birleşme içermeyen fakat mali manada birleşmeyle benzeşen yasal neticeler meydana getiren kontrol eylemleri söz konusu tebliğin kapsamı dışındadır¹⁷⁷.

SerPK'nun alanı sadece halka açık anonim şirketler değildir. SerPK'da yer alan 2'inci maddeye göre, sermaye piyasası kuruluşları da SerPK'na tabi tutulur. İlgili kanunun 30'uncu maddesine göre sermaye piyasası kuruluşları; aracı kuruluşlar, yatırım şirketleri, yatırım

¹⁷⁶ Yanlı, s.78. (Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri)

¹⁷⁷ Erdem, s.165. (Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

fonları ve söz konusu piyasadaki faaliyetine müsaade edilmiş diğer kurumlardır¹⁷⁸. Bahsi geçen kuruluşların kesişim kümesi, kuruluşları ve faaliyet alanları bağlamında SPK'nın izni dahilinde olmalarıdır. Diğer taraftan söz konusu kuruluşların maddi yapıları, denetlenmesi, kurulması, infisahı da SerPK'nın 22'inci maddesi gereğince SPK'nın yetki alanına girer.

Aracı kuruluş birleşmeleriyle ilgili iki düzenleme vardır.

Birinci düzenleme, Seri: V, No: 46 sayılı "*Aracılık Faaliyetleri Ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ*"dir. Söz konusu tebliğin 61'inci maddesinde, SPK'nın bazı durumlarda iki aracı kuruluşu birleşme mecburiyeti getirebileceği hükmolunur. Mecburi birleşmenin şartları, bir aracı kuruluşun bir başka aracı kuruluşta yüzde 10 ve üzeri hissesi bulunması, yönetim ve denetleme kuruluna katılıyor olması, genel kurulunda aslen oy kullanıyor olması ya da iki aracı kuruluştan bir tanesinin öbürünü direkt ya da dolaylı olarak yönetimi ya da denetlemesi altında bulundurmasıdır.

Aracı kuruluşları ihtiyari biçimde birleşmesi bağlamında SPK, 7 Aralık 2001 tarihinde 57/1621 sayılı ilke kararını yayımlamıştır¹⁷⁹. Söz konusu kararda, aracı kuruluşların birleşmelerinin düzenlenmiş olduğu izlenmektedir. Bu bağlamda devralan ya da devrolunan şirketlerden hangisi olunursa olunsun, taraflardan sadece bir tanesinin aracı kuruluş olduğu birleşmelerle alakalı bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Aracı kuruluş birleşmelerinde çift kademeli bir izin sistemi mevcuttur. İlk ön izin adıyla anılan ve birleşmenin henüz tasarı aşamasında bulunduğu sırada verilmiş izindir. Bunun haricinde, bu tipte birleşmelerde, SPK'ca onanmamış birleşme sözleşmesi, ana sözleşme değişimi yahut yeni kurulacak aracı kuruluşun esas sözleşmesi bağlamında genel kurulda karar alınamayacağı belirlenmiş, birleşme için esaslı izin düzenlenmiştir. Bahsedilen ilkenin kararında, birleşme işlemlerinin tüm detayları SPK'ca ayrıntılı biçimde belirtilmiştir.

Son tahvilde, hisse senedi harici menkul değer ve sermaye piyasası aracı ihracatçısı şirketler¹⁸⁰ de tebliğin kapsamına girmez. Bu şirketler ancak Halka Açık Anonim Şirket ile

¹⁷⁸ Ünal, s.723 vd. (Sermay Piyasası Hukuku ve Mevzuatı)

¹⁷⁹ Akgül, A.: Sermay Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, İstanbul, 2008, s.22.

¹⁸⁰ Yanlı, s.14. (Sermay Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

birleştğinde söz konusu tebliğin kapsamında bulunur. Tabii ki SerPK'nın 2 ve 3'üncü maddelerinin esasında ihraççı olarak kabul görmüş bu tipte şirketler ile alakalı hükümler de mevcuttur¹⁸¹. Fakat SerPK'nın bu biçimde bir uygulamasının var oluşu, böyle şirketlerin Halka Açık Anonim Şirket biçiminde kabulüne ve dolayısıyla Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin uygulam alanı bulmasına neden olmamaktadır¹⁸².

4.2. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Sermaye piyasasını düzenlemiş yasal kurallar yalnızca SerPK'da bulunmamakta, bazı yasalar da sermaye piyasasının direkt ya da dolaylı biçimde kaynağını oluşturmaktadır. Öyle ki SerPK'nın 2'nci maddesinin 2'inci fıkrasında da söz konusu yasada hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlerin uygulanacağı hükmolünür. Bu bağlamda, sermaye piyasasını alakadar eden hususlarda evvela SerPK hükümleri, karşılığı olmayan hallerde ise diğer yasa hükümleri uygulanır.

Halka Açık Anonim Şirket birleşmeleri, bir kaç hüküm haricinde SerPK'da özel olarak düzenleme alanı bulmamıştır. Fakat SerPK'nın 17. maddesiyle halka açık anonim şirketlerin anapara ve yönetiminde denetleme sağlanması hedefiyle hissedarlara çağrıda bulunmak suretiyle pay senedi toplama teşebbüsünde bulunulduğunda yahut genel kurullarda oy hakkının kullanımı için vekalet istenmesinde veyahut şirketin hisse dağılımının büyük oranda değişime uğraması neticesini veren pay senedi el değiştirmelerinde, anapara artırımında, birleşmelerde ve devirlerde, menkul kıymetlerin ederine tesir edebilecek mühim durumlarda ve gelişmelerde SPK'na küçük hissedarın korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlayabilmek amacı ile düzenleme gerçekleştirme yetkisi tanınmıştır.

¹⁸¹ Yanlı, s.74. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

¹⁸² Erdem, s.162-163. (Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

SPK, bu yetkiye dayanarak Seri: II, No: 23.2 “Birleşme ve Bölünme Tebliği”ni yayımlamıştır. Bu bağlamda birleşme taraflarından bir tanesinin halka açık anonim şirket olması halinde, birleşme tebliğde yer alan esaslar çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Birleşmede taraf olan şirketlerden herhangi bir tanesinin tabi bulunduğu diğer mevzuatların hükümleri saklı tutulmakla beraber, devralma ile birleşmelerde söz konusu tebliğde hüküm olmayan durumlarda genel hükümlerin uygulanması öngörülür.

4.3. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞME USULÜ

Birleşme ve Bölünme Tebliği’nde, “kolaylaştırılmış usulde birleşme”, “yeni kuruluş şeklinde birleşme” ve “şirket devralma yoluyla birleşme” hükümleri düzenlenmiştir.

Halka Açık Anonim Şirket birleşmelerinde ilgili hükümler ve Birleşme ve Bölünme tebliği ekseninde birleşme usulü aşağıdaki gibi belirlenir:

4.3.1. Birleşme Görüşmeleri ve Ön Karar

Birleşme ve Bölünme Tebliği’nde birleşme görüşmeleriyle ilgili bir hüküm olmamakla beraber, görüşmelerin ilk aşamasını ve imzalanacak sözleşmenin hazırlık kademesini birleşme görüşmeleri meydana getirir. Bu noktada birleşmenin yasal durumundan ziyade iktisadi durumu ve birleşmeden meydana gelecek olan vergiler ve maddi problemler üstünde anlaşma sağlanır. Birleşmenin temel çerçevesi, şirket yöneticilerinin görüşmeleri sonucu bu noktada ortaya çıkmaktadır¹⁸³.

Daha önce de değindiğimiz gibi, birleşme görüşmeleri bağlayıcılığı bulunan ya da bulunmayan, yazılı yahut zımni bir mukavele ya da bir gizlilik mukavelesiyle de neticelenebilmektedir¹⁸⁴. Doktrinde birleşme taraflarını meydana getiren şirketlerin yönetim

¹⁸³ Yanlı, s.96. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

¹⁸⁴ Çamoğlu, E., Poroy, R., Tekinalp, Ü.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2005, s.165.

organlarının birleşme hazırlığı yapabilmeleri ve sözleşme imzalayabilmeleri için genel kurul tarafından yetki verilmesi gerekliliği belirtilir¹⁸⁵. Genel kurulun verdiği yetkiye dair bu karar, sözleşmenin onayı olarak anlamlandırılmaz. Bu sebeple adi yeter sayısına göre alınır. Bunun yanında uygulama aşamasında bu tip kararların alınmasına çoğunlukla ihtiyaç olmadığı da ifade edilir¹⁸⁶.

Tebliğin 5'inci maddesine göre, birleşmeye başlamak için birleşmenin tarafı olan şirketlerde, yönetim organının kararı gereklidir denilmekle beraber, tarafların isteğine bağlı olarak genel kurulun birleşmeye, birleşme sözleşmesinin hazırlığına ve esaslarına dair karar alacağı yahut bahsedilen konuların tespit edilmesiyle alakalı olarak yönetim organını yetkilendirebileceği öngörülür. Farklı bir ifade ile, tebliğiyle beraber birleşme, birleşme sözleşmesinin hazır edilmesi ve esasları hususunda karar verme yetkisi kaide olarak genelde tanınır fakat söz konusu yetkinin devredilemez bir niteliği olmadığı ve buna bağlı olarak genel kurulun isteğine bağlı olarak yönetim organına bu konuda yetki verebileceği de hükümlenir¹⁸⁷. Bu bağlamda Halka Açık Anonim Şirket kapsamında eTTK'da olmayan bir düzenleme getirilmiştir denilebilir. YTTK'da ise birleşme sözleşmesini yönetim organının imzalayacağı, raporu tüm yönetim organının hazırlayacak olması, mal varlığı değişikliklerinin her iki tarafın yönetim organlarının bildirecek olmasına dair hükümler getirilmiş, genel kurulun onaylamasından evvel bazı birleşme işlemlerinde yönetim organı görevlendirilmiştir.

4.3.2. Birleşmeye Esas Alınacak Mali Tablolar ve Özel Bağımsız Denetim Raporu

Halka Açık Anonim Şirket'lerin devralma şeklinde birleşmesinde, birleşme esnasında göz önünde bulundurulacak mali tabloların hazırlanıp bağımsız bir kuruluşça denetlenmesi şarttır. TTK, bu hususta bir hüküm barındırmamasına karşın, YTTK'nın 148'inci

¹⁸⁵ Pulaşlı, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul, 2009, s.127 vd.

¹⁸⁶ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s.197. (Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku)

¹⁸⁷ Yanlı, s.126. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

maddesinde birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun denetim kapsamında bulunması konusu hükmolunur.

Seri: II No:23.2 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin ikinci fıkrası, birleşmeye taraf şirketlerin birleşmeye esas alacağı mali tabloların kurul muhasebe standartları ölçüsünde düzenlemesi ekseninde hazırlaması ve kurulun bağımsız denetleme standardı etrafında bağımsız ve özel bir denetimden geçmesi mecburidir. Fakat, birleşmeye esas mali tabloların kurulun düzenlemesi bağlamında bağımsız denetimden geçirilmiş olması durumunda özel bağımsız denetleme şartına bakılmayacaktır.

Birleşmenin tarafı bulunan şirketlerden konsolide mali tablo düzenleme yükümlülüğü bulunanların konsolide, diğerlerinin ise solo mali tablosunun esas alınması mecburiyeti vardır.¹⁸⁸ Tebliğyle birlikte TTK ve YTTK'dan farklı biçimde birleşme sözleşmesinin zamansal durumu hükmolunur. Bu bağlamda mali tabloların tarihi ile sözleşmenin onaylanması için gerçekleşecek genel kurul toplantısının tarihi arasında en çok 9 ay olması gerekir. Şayet bu süre 6 ayı geçerse, birleşmeye taraf olan şirketler tarafından İMKB'da işlem görmekte olan şirketlerin duyuru yayımladığı tarih baz alınarak kamuya açıklama yapmak mecburiyetinde oldukları ilk tarihli finansal tabloların hazırlanıp duyuru metninin ekinde kamuya paylaşmaları mecburidir.

Sözleşme ve duyuru metnini kurulun onayladığı tarihe kadar, birleşme oranı hesabedilmesinde temel alınmış öz kaynaklar ve mali tabloları büyük oranda etkileyen ya da birleşme oranını değiştirme neticesine sebep olan gelişmeler bulunması durumundaysa, finansal tabloları denetlemiş bağımsız denetim kuruluşunun, mevzu olan değişimlerin tablolar üstünde tesirini göstermekte olan bir rapor hazırlayıp tebliğin 8'inci maddesi bağlamında uzman kurumca hazırlanmış raporun yeni gelişmeler ekseninde yenilenmesi icap eder.¹⁸⁹

Benzer bir madde YTTK'nın 150'nci maddesiyle kapalı anonim şirketler bağlamında, birleşme sözleşmesi imzalandıktan sonra ancak genel kurul kararından evvel mal varlığında

¹⁸⁸ Seri: II, No: 23.2 m. 6/2.

¹⁸⁹ Seri: II, No: 23.2 m. 6/3.

bir değişiklik meydana gelirse anonim Şirket yönetim organına yazılı biçimde bildirmesi sorumluluğu yüklenmek koşuluyla hükmolunmuştur.

4.3.3. Bilirkişi İncelemesi

Devralma ile birleşmede, devreden Şirketin mal varlığının külli halefiyet ile devralan Şirkete geçmesi, devralan Şirket bağlamında aynı anapara konulması manasındadır¹⁹⁰. Bir başka deyişle, devralan Şirketin anapara artıŐının karşılığı devrolunan Şirketin mal varlığıdır ve söz konusu varlığın tespiti bilirkişi incelemesiyle gerçekleşir. YTTK'da mahkeme tarafından atanmış bilirkiŐice birleşmenin tarafı bulunan Şirketlerin kaynaklarının tespit edilmesi hedefiyle inceleme yapılması ve incelemenin bilirkiŐice rapor edileceği hükmolunur.

(Seri: II, No:23.2, m.6, f.2). Birleşmeye esas teşkil edecek tablolara dair özel bağımsız denetim raporunda pozitif görüşü olmasına karşın kurul tarafından gerçekleştirilecek inceleme neticesinde lazım görülmesi ya da raporda koŐullu görüş bildirilmiŐ olması durumunda, bahsedilen hallerde sebep olan konular ekseninde düzeltilmiŐ ve bağımsız bir denetçinin onayından geçmiş mali tablolar incelemeye sunulacak ve bilirkişinin raporu bu tabloları temel alarak ortaya çıkarılacaktır. Birleşmeye esas olunacak mali tablolara dair denetim raporlarında negative görüş bildirimini yahut görüş bulunmaması durumunda, bahsedilen tablolar birleşmede esas alınmaz.

YTTK'da mal varlığının değerlendirilmesinin nasıl olacağı hususunda bir netlik yoktur. Fakat YTTK'ya göre birleşmenin taraflarını meydana getiren Şirketlerin, Şirketin mal varlığının değerlendirilebilmesi için mahkeme kanalını kullanarak bilirkişi talebinde bulunması yeterli olacaktır. Bu durumda, birleşme raporu hazırlanırken verilebilecek negatif kararların da engellenmesi söz konusu olacaktır.

¹⁹⁰ Moroğlu, E.: Anonim Ortaklıklara Esas Sermaye Artırımı, Vedat Kitapçılık, Güncelleştirilmiş ve GeliŐtirilmiŐ 2. Baskı, İstanbul, 2003, s.141-143.

4.3.4. Birleşme Oranının Hesaplanmasında Uygulanabilecek Yöntemler

Tebliğin 9'uncu maddesi uyarınca, birleşmenin tarafı olan anonim şirketlerce kabullenilmiş metod esas alınmak suretiyle bir birleşme oranı hesabı yapılır. Birleşme için düzenlenmiş bilirkişi raporunda öz kaynak metodunun kullanılması durumunda, yalnızca bu metoda göre farklı bir metod kullanılması durumundaysa hem öz kaynak metodu hem de diğer metoda göre hesaplanan birleşme oranına, değiştirme oranına ve birleşmenin sonrasındaki anapara tutarına işaret edilmesi gerekir.

Değerleme konusu olan gayrimenkuller, birleşme oranı belirlenmesinde varlıkların rayiç bedel üstünden değerlemeye sokulması sureti ile hesaplanmış öz kaynakların temel olması durumunda, kurulca listeye sokulmuş gayrimenkul değerlendirme şirketlerince değerlendirilecektir. Gayrimenkule dair gayrimenkul değerlendirme şirketince gerçekleştirilen değerlemenin neticeleri bilirkişi raporuna esas teşkil edilir.¹⁹¹

TTK ve YTTK'da ise, değişim oranı hesaplamasıyla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bağlamda en adilane metodu şirket ekonomisi belirler ve metodun adilane olup olmadığını ise bilirkişi saptar¹⁹².

4.3.5. Uzman Kuruluş İncelemesi

Tebliğe göre, birleşmenin tarafı olan şirketlerin öz kaynaklarını saptamak hedefiyle mahkeme tarafından atanmış bilirkişi incelemesine ek olarak özellikleri kurul tarafından belirlenecek uzman kurumlarca da inceleme işlemi gerçekleştirilir ve mevzu bahis inceleme neticesinde bir rapor meydana çıkarılır.¹⁹³

Uzman kurumca hazırlanmış birleşme raporunda, taraf olan şirketlerin öz kaynak belirlenmesinde; birleşmede öz kaynak metodu ve bu metodla beraber uygulanabilirliği olan

¹⁹¹ Seri: II, No: 23.2, m.7, f.3.

¹⁹² Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s.172. (Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku)

¹⁹³ Seri: II, No: 23.2, m.7, f.1.

minimum iki metod ve bu metodlara göre hesap edilecek birleşme oranları ve değişim oranları ile bu metodlar içinden birleşme için kullanılacak her bir metoda göre, şirket devralma yöntemiyle birleşme sebebiyle gerçekleştirilecek anapara artırımının meblağı ve artırım meblağının hesap edilmesi esaslarına; birleşme oranının adilane ve makul olup olmamasına dair görüşe; kullanılmış metodların mevzu bahis hallerde yeterli gelip gelmediğine dair açıklamalara ve değerlendirme metoduyla alakalı bir problemle karşılaşıldıysa, bu probleme dair açıklama bulunup bulunmadığı konusu kurulca değerlendirilir.¹⁹⁴

YTTK'nın 148'inci maddesindeyse birleşme sözleşmesi ve raporunun uzman bir denetçiye denetlenmesi düzenlenmiştir. Bu bağlamda denetçi raporunda devralmış şirketçe yapılması düşünülen anapara artırımının, devrolunmuş şirketin hissedarlarının haklarını korumak için yeterli olup olmadığı, değişim oranı ve ayrılma akçesinin adilane olup olmadığı, değişim oranının hesaplanma metodu, minimum 3 farklı umumi kabule açık metod ile karşılaştırılarak, metodun adilane olduğu, diğer kabul görmüş metodlara göre hangi değerlerin meydana gelebileceği, denkleştirme söz konusuysa uygun bulunup bulunmadığı, değişim oranlarının hesaplanması bağlamında hisselerin değerlendirmesinde göz önünde tutulan nitelikler var olacaktır.

4.3.6. Kamunun Aydınlatılması

SerPK m. 3'e esasen, kamunun aydınlatılmasının temin edilmesi, bu Kanun'un temel amaçlarından biridir. SerPK rejiminde, birleşme işlemi ile ilgili olarak kamunun aydınlatılması iki aşamada incelenebilir. Özel durumların kamuya açıklanması bağlamında, birleşme öncesi dönemde menfaat sahiplerinin bilgilendirilmeleri söz konusu olmasına karşılık, Birleşme ve Bölünme Tebliği kapsamında, birleşme sürecine dahil bir kamuyu aydınlatma mekanizması söz konusudur.

¹⁹⁴ Seri: II, No: 23.2, m.7, f.2 ve EK/2.

Birleşmeden önceki dönemde kamunun aydınlatılmasının hukuki dayanağı SPK'nın Seri: VIII, No: 54 sayılı "Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"dir. Tebliğ'in 14. Maddesine göre, pay senetleri borsada işlem gören ortaklıklar tarafından içsel bilgiler ve bu bilgilere ilişkin daha önce açıklanan hususlardaki değişiklikler ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde özel durum açıklaması yapılması zorunlu tutulmuştur. Bu yükümlülük, ortaklıkların bilgisi dışında, içsel bilgilerin, ortaklıkların toplam oy haklarında veya sermayesinde önemli miktarda paya sahip hissedarları tarafından öğrenilmesi durumunda da söz konusudur. Özel durumların kamuya açıklanması, kamunun anında aydınlatılması yükümlülüğüdür¹⁹⁵.

Kamuyu aydınlatma ilkesi, Halka Açık Anonim Şirketler açısından diğer şirketlere nazaran daha çok önem atfedilen bir ilkedir. Birleşme sürecine resmen başladıktan sonra doğan kamunun aydınlatılması yükümlülüğü, Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde düzenlenmiştir. Tebliğ'in 5. madde hükmü gereğince, halka açık anonim şirketlerin taraf oldukları birleşme işlemlerinde içeriği Kurul tarafından belirlenerek kamuya açıklanan duyuru metninin hazırlanması ve Kurul tarafından onaylanması zorunludur. Bunun yanı sıra, Tebliğ'in 8. maddesi gereğince, birleşmeye taraf şirketler, birleşme işleminin her aşamasında kamuyu bilgilendirmek, birleşme kararının görüşüleceği genel kurul toplantısından 30 gün önce KAP ve ilgili şirketlerin internet sitelerinde kamuya açıklama yapmak zorundadır.

Aynı zamanda, birleşmeye ilişkin belgelerin¹⁹⁶ de birleşme işleminin onaylanacağı genel kurul toplantısı tarihinden en az 30 gün önce internet sitesinde yayınlanması gereklidir. Söz konusu belgelerin en az 5 yıl boyunca internet sitelerinde bulundurulması da Tebliğ'in m.8/3 hükmü gereğince zorunlu tutulmuştur.

YTTK'nın zorunlu hedeflerinden birisi de şeffaflıktır. YTTK hükümlerine baktığımızda, birleşen şirketlerin, menfaat sahiplerini inceleme hakkının kullanılması için bilgilendirmekle

¹⁹⁵ Yanlı, s.133 vd. (Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması)

¹⁹⁶ Belgeler: Kurul tarafından onaylanmış duyuru metni, birleşme sözleşmesi veya planı, birleşme raporu, son üç yıllık finansal raporlar, uzman kuruluş raporu, birleşme sonrası tahmini açılış bilançosu, mevcut ise son üç yıllık bağımsız denetim raporları, mevcut ise ara dönem finansal raporları, mevcut ise gayrimenkul değerlendirme raporları.

yükümlü kılındığını görüyoruz. YTTK m. 149/3 uyarınca, bu hak Ticaret Sicili Gazetesi'nde ve internet sitesinde yapılan ilanlarla sağlanır. Ancak, hükmün 4. Fıkrası ile Kanunkoyucu bunun da ötesine geçerek, menfaat sahiplerini özel olarak inceleme hakkını kullanmaya davet etmeye yönelik özel bir ilanın, Ticaret Sicili Gazetesi'nde, anasözleşmede ilanlar bakımından öngörülen gazetelerde ve internet sitesinde, birleşen şirketlerce belgelerin ilgili yerlere tevdiinden en az üç gün önce yayımlanması zorunluluğunu öngörmüştür.

4.3.7. Birleşme Sözleşmesinin Yapılması

Şirket devralma yöntemiyle birleşmede sözleşmenin taraflarından biri devralan diğeri ise devrolunan şirkettir. Sözleşmenin şekli bakımından Tebliğde öngörölmüş bir düzenleme yoktur. Söz konusu tebliğın taslağında birleşme türleri arasında ayırım gözetmeksizin sözleşmenin noter tasdikinden geçmesi öngörölmüş, fakat bu koşul sonradan kaldırılmıştır. Buna göre tebliğın kapsamında bulunan birleşmelerde sözleşmenin yazılı olması kafi gelmektedir. Tebliğde yer alan 9'uncu maddedeysse sözleşmenin taraf olan şirketlerinin yönetim organlarıncı bir takım asgari öğeleri içermesi gerektiği hükmolunur.¹⁹⁷

Bu asgari öğeler ise şöyledir:

- 1- Birleşmeye katılım gösteren tarafları tanıtma amaçlı bilgiler,
- 2- Devralma yöntemi ile birleşmede karşılıklı ve birbiriyle uyumlu devir iradeleri ve devrolmuş şirketin tüm mal varlığının devralmış şirkete geçeceğini işaret eden hüküm,
- 3- İşlemin esasını oluşturan bilirkişi raporunun, uzman kuruluş raporunun ve kurul onayının tarihleri ve sayıları,
- 4- Birleşmenin hangi tarihli finansal tablolar üstünden meydana geleceği,
- 5- Devralma biçiminde birleşmelerde, devralmış şirketin artacak anapara tutarı, değiştirme oranı, sona eren şirketin hissedarlarına verileceği öngörölen pay senetlerinin değerleri,
- 6- Pay senetlerinin değişim neticesinde küsurat kalması durumunda hissedarlara kesir makbuzu verileceğini işaret eden bir hüküm,

¹⁹⁷ Seri: I, No: 31, m.9, f.1.

- 7- Birleşmede taraf olan şirketlerde imtiyazlı hisseler, intifa senetleri, tahvil gibi belgelerin bulunması durumunda birleşmeden sonra devralmış şirket bünyesinde ilgili belgelere dair hakların sona erip ermeyeceği,
- 8- Oy hakkı bulunmayan pay senetlerine dair uygulanacak esaslar,
- 9- Devralmış şirketin birleşmeye taraf şirketlerin tahakkuk edecek vergisel borçları ödeyeceğine, diğer sorumlulukları yerine getireceğine dair bir taahhünameyle vergi dairesine kanuni süresini geçirmeksizin bildirimde bulunacağına dair hüküm,
- 10- Devralma ile birleşme işlemlerinde devrolmuş şirketlerin üçüncü kişilere olan borçlarının zamanları geldiğinde devralmış şirketçe ödeneceğini bildiren hüküm,
- 11- Devrolunmuş şirketlerin vadesi gelmesine rağmen alacaklı bulunanların başvuruda bulunmaması sebebiyle ödenmeyen borçlarıyla vadesi gelmeyen ya da ihtilafli olan borçlarına dair yasa çerçevesinde davranılacağına dair hüküm,
- 12- Birleşmenin taraflara yüklediği borçlar ve yükümler,
- 13- Birleşmeden doğan borç ve yükümler yerine gelmediği takdirde tarafların katlanacağı neticeleri bildiren hüküm,
- 14- Devralma ile birleşmelerde, devralmış şirketin ana sözleşmesinde gerçekleşecek değişiklikler,
- 15- Tarafların yönetim organlarınınca genel kurulların toplantıya çağırılacağı maksimum süre ve söz konusu süre içinde kurulların toplanmaması halinde sözleşmenin geçersiz olacağına dair hüküm,
- 16- Pay senetlerinin teslim esasları,
- 17- Devrolunmuş şirketin sona ereceği tarihe dair açıklama,
- 18- Birleşmenin geçerli olacağı tarih, pay senedi sahiplerinin kâr payı alma hakkına sahip olacağı tarih,
- 19- Birleşmeye taraf şirketlerin yönetim ve denetleme organları, bilirkişi ve birleşmeye dair rapor hazırlayan uzman kuruma sağlanmış özel çıkarlardır.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Seri: II, No:23.2, EK/3.

Tebliğ Ek/3'e göre hazırlanmış birleşme sözleşmesi, birleşme gerçekleştiren şirketler adına yönetim organları tarafından imzalanır. YTTK'nın 146'ncı maddesine göre, devralmayla birleşmelerde de birleşme sözleşmesinde olması gereken asgari öğeler sıralanır. Söz konusu madde, tebliğe oranla daha genel bir ekseninde ve kısıtlı öğeyi düzenlemektedir.

Tebliğde YTTK'ya kıyasla daha katı bir sözleşme hükmü olmasının sebebinin Halka Açık Anonim Şirket'lerin kapalı şirketlere göre daha karışık bir yapısının olması olduğu düşünülebilir.

4.3.8. Esas Sözleşme Değişiklik Metninin Hazırlanması ve Bakanlıktan İzin Alınması

Birleşme durumunda, devralan anonim şirkette anapara ve hissedar açısından gözlenen artma, esas sözleşmede değişikliğe neden olur. Bu bağlamda devralan şirket, birleşmenin esasları itibarıyla sözleşme değişiklik tasarısı hazır eder. Söz konusu değişikliklerin Tebliğ Ek/3'ncü maddesi gereğince birleşme sözleşmesinde bulunması mecburidir.

Esas sözleşme değişikliği durumlarında, hangi şirketlerin bakanlıklardan izin alacağını düzenleyen Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'in 5'inci maddesi, SPK'ya tabi olan ve halka açık şirketleri de bu kapsama almıştır. Düzenlemeye göre, devralmış şirket esas sözleşme değişikliği için bakanlıktan izin almak mecburiyetindedir. Bunun yanında SPK'nın 11/son maddesinde de halka açık şirketlerin esas sözleşmelerini değiştirebilmek için bakanlığa başvuruda bulunmadan evvel kurulun uygundur görüşünü almak zorunluluğu getirilmiştir.

4.3.9. Yönetim Kurulu Raporu Hazırlanması

Birleşmeye taraf şirketlerin yönetim organlarınca, birleşme oranı ilk sırada olmak üzere sözleşmeyi açıklayan, birleşmenin yasal ve ekonomik yönlerini ortaya koyan ve değerlendirme

sürecini etkileyen konuların yer aldığı bir rapor hazırlanmalıdır¹⁹⁹. Benzer bir hüküm YTTK'nın 147'nci maddesinde bulunur. Bu hükmüne göre, birleşme sözleşmesinin hazırlanmasının sonrasında birleşmenin tarafı bulunan şirketlerin yönetim organları birleşme sözleşmesini genel kurula açıklayacak bir rapor hazırlamakla mükelleftir. Tebliğ ve YTTK'da yönetim organına verilmiş bu görevle hedeflenen birleşme sözleşmesini onayarak birleşmeyi gerçekleştirecek olan hissedarlara birleşmeyi tanımlamak ve onları bilgilendirmektir.

4.3.10. Diğer İzin, Rapor ve Belgelerin Hazırlanması

Bu belgeler, öz kaynakların rayiç bedel üstünden değerlendirilmesi durumunda ekspertiz raporu, Rekabet Kurumu'ndan birleşmeye dair alınmış izin belgesi, birleşmeye taraf olan şirketlerin bağlı olduğu özel mevzuat bağlamında diğer resmi kuruluşlardan alınacak onaylar, anaparanın ödendiğini belgeleyen mali müşavir raporu ve kurulca talep edilen diğer bilgi ve belgeler şeklinde tebliğ Ek/1'te açıkça belirtilir.

4.3.11. Birleşmenin Onaylanması

4.3.11.1. Sermaye Piyasası Kurulunca Birleşmenin Onaylanması

Yönetim organı kararının alınmasını takiben birleşme işlemine ilişkin duyuru metninin onaylanması için Tebliğin Ek-1'inde yer alan belgelerle Kurula başvurularak onay alınması zorunludur. Kurula yapılacak başvuruda, varsa sermaye artırımını ile esas sözleşme madde tadiline ilişkin yönetim organı kararlarının da sunulması gerekir. Kurula arz edilmesi gereken belgeler ise şunlardır:

- 1- Birleşmeye dair yetkisi olan organların kararları,
- 2- Taraf şirketlerin tek metinde toplanmış esas sözleşmeleri,

¹⁹⁹ Seri: II, No: 23.2, EK-4.

- 3- Sermaye artırımını veya esas sözleşmenin madde değişikliğine ilişkin yönetim organı kararları,
- 4- Duyuru metni,
- 5- Olması durumunda ihraç belgesi,
- 6- Birleşme sözleşmesinin taslağı,
- 7- Birleşmenin hukuki ve ekonomik gerekçelerini ortaya koyan birleşme raporu,
- 8- Uzman kurumun birleşme raporu,
- 9- Birleşmenin tarafı şirketlerin birleşme işlemine esas finansal tabloları ve bağımsız denetim raporları,
- 10- Birleşme işlemine taraf şirketlerin sermayelerinin ödendiğine dair mali müşavirlik raporları,
- 11- Özkaynakların rayiç değerle değerlendirilmesi durumunda, hazırlanan değerlendirme raporları,
- 12- Birleşme sözleşmesinde TTK'nın 141. maddesi uyarınca ayrılma akçesinin öngörüldüğü durumda, ayrılma akçesinin değerinin tespitine dair bilgi,
- 13- TTK'nın 140. maddesine göre ödenmesi planlanan denkleştirme ödemesinin tespitini içeren bilgi,
- 14- Mevcut imtiyazlı paylar veya intifa senetleri karşılığında eşdeğer haklar veya uygun bir karşılığın verilmesi durumunda, söz konusu haklar veya karşılıkların tespitine ilişkin uzman görüşü,
- 15- Yeni kuruluş şeklinde birleşmede yeni kurulacak olan şirketin esas sözleşmesinin taslağı,
- 16- Devralma şeklinde birleşmede devrolunan şirketin ortaklarına verilecek payların değerine veya bu payların değerine karşılık gelen nakde dair bilgi,
- 17- Var ise Rekabet Kurumu'ndan alınan izin yazısı, işlemin Rekabet Kurumu'na başvurularak izin alınması gereken birleşme işlemi olmaması durumunda, söz konusu duruma ilişkin şirketin beyanı,
- 18- Birleşmeye taraf şirketlerin tabi oldukları özel mevzuat hükümleri gereğince diğer tüm resmi kurumlardan alınan onay yazıları,
- 19- Kurul tarafından istenecek diğer belgelerdir.²⁰⁰

²⁰⁰ Seri: II, No:23.2, EK-1.

Tebliğ, kurul onayının birleşme sözleşmesinin onayından önce alınmasının mecburi olduğunu işaret eder. Fakat söz konusu işlemin sözleşmenin imzalanmadan öncesinde mi sonrasında mı yapılacağı konusunda bir netlik bulunmaz. Fakat birleşme sözleşmesinin taşınması gereken asgari öğeler arasında kuruldan alınacak onayın tarihinin ve sayısının da bulunduğu açıktır. Bu bağlamda kurul onayının sözleşme taslağı hazırlandıktan sonra ve sözleşme imzalanmadan önce alınacağı neticesine varılır²⁰¹.

4.3.11.2. Şirketlerin Genel Kurullarınca Birleşmenin Onaylanması

Birleşme kararının Kurul tarafından onaylanmasından sonra sözleşmenin birleşmenin tarafı olan şirketlerin genel kurullarında da onaylanması şarttır. Çünkü birleşme sözleşmesinin hüküm doğurabilmesi ancak anonim şirketlerin genel kurullarının onayından sonra mümkündür²⁰².

Devralma şeklinde birleşmede devralan şirketin genel kurulu devralma ve anapara artırma kararlarına imza atarken devrolunan şirket ise devrolma ve bu bağlamda sona erme kararı almaktadır. Devralan şirket, devrolunan şirketin hissedarlarına değiştirme birimince hisse senedi vereceği için anaparasını artıracak, anapara artırımıyla da devralan şirketin hissedarlarının hisse senetleri üstünde bulunan rüçhan hakları ise zımnen kalkacaktır. Bu bağlamda devralan şirketin yönetim organında hissedarların hisse senetleri üstünde bulunan rüçhan haklarını kaldırmak için bir karar alınmasına ihtiyaç bulunmaz.

Devralan şirketin kayıtlı anaparalı bir anonim şirket olması durumundaysa, anapara artırımını işlemlerine müracaat etmeksizin, devrolunan şirket hissedarlarına hisse senedi verilmesi olasıdır.

“Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği”nin 3’üncü maddesine göre kayıtlı anapara anonim şirketlerin ana sözleşmelerinde hüküm bulunması şartıyla yönetim organı kararıyla YTTK’nın anapara artırımına dair hükümlerine bağlı olmadan pay senedi

²⁰¹ Yanlı, s.76. (Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri)

²⁰² Domaniç, s.487.

çıkabilecekleri maksimum miktarı gösteren Ticaret Sicilince tescilli sağlanmış anaparalardır.

SerPK'nın 12'nci maddesine göre, pay senetlerini halka arz için kurulmuş anonim şirketler ile kurulup da anapara artırımını suretiyle pay senetlerini halka arz edecek olan anonim şirketler, kuruldan izin alma koşuluyla kayıtlı anapara sistemini benimseyebilirler. Kayıtlı anapara sistemine göre, hissedarlık esas sözleşmesinde gösterilmiş kayıtlı anapara miktarı sınırına dek, devralmış şirket yönetim organı pay senedi ihraç edilebilmekte, böylelikle anapara artırmaya gidilmeden devrolunmuş şirket hissedarlarının hisse senedi gereksinimleri karşılanabilmektedir. Fakat üstünde durmak gerekir ki, birleşmeye karar verme yetkisi kayıtlı anaparalı anonim şirketlerde genel kurula ait olan bir yetkidir, sadece anapara artışı yönetim organına bırakılır.

Genel kurulun birleşmeye dair verdiği karar, varsa imtiyazlı hissedarlarının, intifa senedi sahiplerinin ve tahvil vb borçlanma senedi sahiplerinin gerçekleştireceği özel bir toplantıda alacakları karar ile onay vermedikçe uygulamaya geçemez. Halka açık anonim ortaklığın birleşmeye katılması halinde toplantı ve karar yeter sayısı bakımından SerPK'nun 11/7'inci maddesi uygulanacaktır. Bu halde birleşmeye taraf bulunan Halka Açık Anonim Şirket genel kurulları, şirket anaparasının minimum $\frac{1}{4}$ 'ünü temsil edecek hissedarın hazır bulunmasıyla toplanacaktır. Şayet ilk toplantıda toplantı yeter sayısı sağlanamazsa, ikinci bir toplantı gerçekleştirilecektir. İkinci toplantıda ise hissedarların sermayeyi temsil oranına bakılmaksızın görüşülüp karar verilebilecektir.

Fakat YTTK'nın düzenlediği hususların nitelikleri sebebiyle, SerPK 11/7'inci maddesinin de kapsam dışı kalmasından dolayı; misalen devralım şirketin tabiiyetinde bir değişim sonucu meydana getiriyor yahut da hissedarların taahhütleri artıyor ise, oy birliği ile karar alınması gerekliliği bulunacaktır²⁰³.

²⁰³ Yanlı, s.78. (Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri)

4.3.12. Şirket Devralma Yoluyla Birleşme Sonrasında Ulaşılabacak Sermaye Tutarı

II.23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin 16. Maddesinde devralma yoluyla birleşmede ulaşılacak sermaye tutarının hesaplanma sistematığı açıklanmıştır. Devralma yöntemiyle birleşme sonrası erişilecek anapara artırımının miktarı şu biçimde hesaplanır:

X: Devrolmuş şirketin (şirketlerin) öz kaynakları

Y: Devralmış şirketin ödenen/çıkarılan anaparası

Z: Birleşme oranı: $X/(X+Y)=T$

E: Ulaşılabacak anapara: Z/T .

Birleşmeye taraf olan şirketlerin, taraf olan bir diğer şirketle ortaklığı bulunması ve benzeri durumlar, söz konusu metoda dair hesaplarda göz önüne alınır.

Birleşmeden sonra artacak anapara tutarı, devrolmuş şirketin / şirketlerin devralan şirket haricinde var olan hissedarlarına hisseleri oranında dağıtılmaktadır. YTTK'da sermaye artırımının hesaplanma biçimine dair bir hüküm yoktur. Fakat uygulama aşamasında hesaplanmanın devrolunmuş ve devralmış anonim şirketlerin öz varlıkları/anaparaları göz önünde tutularak yapıldığı izlenmektedir.

4.3.13. Pay Sahiplerinin Bilgilendirilmesi

Birleşmeye taraf bulunan şirketler tarafından hazırlanmış ve kurulca onaylanmış duyuru metinleri ve ekleri, birleşmenin tarafları bulunan şirketlerden minimum birinin hisselerinin borsada işlem görüyor olması durumunda, KAP'ta ve alakalı şirketlerin internet sitelerinde; payları borsada işlem görmeyen şirketlerde kurul ve ilgili şirketlerin internet sitesinde, sözleşmenin onayının gerçekleşeceği genel kurul toplantısının tarihinden minimum 30 gün evvel başlamak üzere, birleşme sonuçlanıncaya dek ilan edilip duyurulur. Bunun yanında birleşmeye dair kısa bilgiler muhteva eden esasları kurulca belirlenmiş ve pay senetleri borsada işlem görmeyen şirketlerce hazırlanacak olan sirküler, minimum bir gazetede

sözleşmenin onaylanacağı genel kurul toplantısından minimum 30 gün önce ilan duyurulur. Birleşme taraflarının merkezleri farklı ticaret sicil bölgelerinde ise, sirküler ilanı sorumluluğu bir şirketçe de gerçekleştirilebilir. Şirketler mahalli ilan mükellefiyetlerini ülke çapında dağıtımını bulunan gazetelerde ilan ederek de gerçekleştirebilir. Birleşme sözleşmesi, taraf şirketlerin son 3 yılı kapsayan finansal tabloları, bağımsız denetim ve faaliyet raporları, birleşmeye esas olan finansal tabloya dair bağımsız denetim raporu, bilirkişi raporu, uzman kuruluş incelemeleri, birleşmenin yasal ve ekonomik yönlerini işaret eden yönetim organı raporu, duyuru metinleri, birleşmeye esas olan mali tablonun tarihiyle sözleşmenin onaylanacağı genel kurul toplantısının tarihi arasında bulunan son 3 aylık ara finansal tablolar, devir ya da birleşme itibarıyla 3 yıllık hedeflerin gösterildiği farazi finansal tablolar ile birleşme sonucu tahminen açılış bilançosu sözleşmenin onaylanacağı genel kurul toplantısından minimum 30 gün evvel hissedarların bilgilendirilmesi bağlamında incelemeye açıktır. Bunun yanında hissedarlar masrafları şirkete ait olmak üzere bahsedilen dökümanların birer kopyasını talep edebilir. YTTK, söz konusu hususu inceleme hakkı başlığı ile birleşmeye özgü biçimde hükmetmiştir. Hüküm, birleşmeye taraf olan şirketlerin merkezlerinde ve şubelerinde, halka açık anonim şirketler bağlamında SPK'nun belirleyeceği yerlerde genel kurul kararından 30 gün evvel incelemeye sunmakla mükelleftir. Bu bağlamda birleşmeye katılan şirketlerin inceleme hakkı olduğunu hem Ticaret Sicil Gazetesi'nde hem de internet sitesine ilan duyurmak zorundadır.

4.3.14. Pay Senetlerinin Kurul Kaydına Alınması

SerPK'nun 4'üncü maddesi, ihraç ya da halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının kurula kaydını mecburi tutar. Benzer şekilde, Seri: I, No: 41 ile değişik Tebliğ'in 14'üncü maddesinde de 13'üncü madde ekseninde gerçekleştirilmiş genel kurul toplantılarını takiben 15 gün içinde Ek/7'deki dökümanlarla beraber kayda alma dökümanı verme hedefiyle kurula müracaat edileceği ve devralma yoluyla birleşmede ihraç edilen pay senetleri ile devralmış şirketin kurul kaydında olmayan pay senetlerinin, kurula sunulmuş dökümanların yasanın ilk evel hedefleri doğrultusunda incelenip kayda alınacağını işaret eder.

4.3.15. Birleşme Kararının Tescil ve İlanı

Birleşmenin tarafı şirketlerin genel kurullarından alınmış birleşme kararının YTTK'nın 153'üncü maddesi gereğince tescil ve ilanı şarttır. Bu bağlamda devrolunan şirket, birleşme kararı ve sona ermeyi; devralan şirket ise birleşme kararı ve anapara artırımını bunlarla beraber de esas sözleşmedeki değişiklikleri tescil ve ilan etmek durumundadır. İlan şirketlerin beraberce belirlediği örneğe göre düzenlenmiş bilanço da eklenmelidir. Tescil, devralan şirket bağlamında kurucu, devrolunan şirket bakımından da açıklayıcı bir özelliktedir. Birleşme kararının tescil edilmesiyle mal varlığı devralan şirkete geçer²⁰⁴.

Her ne kadar YTTK'nın 153'üncü maddesinde birleşmenin tescil ile geçerlilik kazanacağını belirtmişse de, kanımızca burada bir geçerlilik şartı değil, tamamlayıcı bir unsur söz konusudur. Bilindiği üzere tamamlayıcı unsur, kurucu unsurları ve geçerlilik şartlarını taşıyan bir hukuki işlemin hükümlerini doğurması için gerekli olan unsurlardır²⁰⁵. Tamamlayıcı unsur yerine getirilmedikçe, hukuki işlem hüküm ifade etmez.

Tescilin birleşme sözleşmesinin tamamlayıcı unsuru olduğu tespit edildiğinde, hangi şirket tarafından yapılan tescilin bu nitelikte olduğunu belirlemek gerekmektedir. YTTK'da bu hususta bir açıklık yoktur. Ancak öğretide devrolunan anonim ortaklığın onay kararının tescili kurucu nitelikte kabul edilmiştir²⁰⁶.

Kanunkoyucunun, YTTK 152'inci maddesinin birinci fıkraya gerekçesine bakıldığında, aslında, birleşen şirketlerin tümünün, üzerlerine düşen tescil yükümlülüğünü aynı anda gerçekleştirecekleri; ayrı ayrı yapacakları tescil taleplerinin Ticaret Sicili Müdürlüğü'nce kabul edilmeyeceği düşüncesinden hareket edildiği anlaşılmaktadır. Kanımızca, YTTK 152. Maddesi sadece taraf şirketlerin yönetim kurullarının birleşmenin onaylanmasına ilişkin karar alınır alınmaz ticaret siciline tescil başvurusu yapmalarını düzenlemektedir; tescilin sırası ile ilgili herhangi bir açıklık içermemektedir.

²⁰⁴ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s.94. (Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku)

²⁰⁵ Oğuzman/Barlas, s.199.

²⁰⁶ Yasaman, s.89. (Anonim Ortaklıkların Birleşmesi)

4.3.16. Birleşen Anonim Şirketin Sicilden Terkini

Devrolunan şirketin sona ermesi tescil edilir fakat şirketin kaydı sicilden terkin edilmez. Terkin için devrolunmuş şirketin borçlarının ödenmesi ya da ödeneceğinin temini gerekmektedir. Terkin talebini ise devralmış şirketin yönetim organı yapar.

4.3.17. Sermaye Piyasası Kurulu'na Bildirim

Tebliğ ile hisse senetlerinin kurulun kaydına alınmasının ardından, kurula bildirim mecburi kılınmıştır. Bu bağlamda birleşmeye taraf bulunan şirketler, genel kurulun kararı ile anapara artırım ve ana sözleşme değişikliklerinin tescili ve ilanına dair Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, sona eren şirketlerin ticaretten terkinine Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile sirküler ve pay senetlerinin dağılımına dair duyuruların ilan edildiği gazetelerden birer adedini ilanları seyreden 6 iş günü içinde kurula göndererek bildirimde bulunmaktadırlar.

4.3.18. Ücret

Seri: I, No: 39 sayılı Tebliğ ile değişik Seri: I, No: 31 sayılı Tebliğin 19'uncu maddesine göre, devralma yolu ile birleşmede devralmış şirketin pay senetlerinin borsada işlem görmesi halinde, birleşme sebebiyle artırılmış anaparayı temsili ihracı gerçekleşecek pay senetlerinin nominal değerden düşük olmamak üzere kayda almaya dair kurulun karar tarihindeki borsanın 2'nci seans kapanış ücreti üstünden ve yine varsa kurul kaydında yer almayan pay senetlerinin nominal değerleri üstünden devralmış şirketin pay senetlerinin borsada işlem görmüyor olduğu hallerde ise, birleşme ile artırılmış anaparayı temsili ihracı gerçekleşecek pay senetleri ve varsa kurul kaydında yer almamış pay senetlerinin nominal ederi üstünden belirlenen miktar kurulun belirlediği hesaba yatırılacaktır.

4.4. HALKA AÇIK ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNDE ÖZEL DURUMLAR

Seri: I, No: 41 sayılı Tebliğ 2'nci maddede Seri: I, No: 31 sayılı Tebliğ 10'uncu maddeden sonra gelmesi koşuluyla 10/A'nci madde hükmü tebliğe eklenmiştir denilir. Söz konusu maddeye göre bir ya da daha çok şirketin hisselerinin yüzde 95'I ya da daha çoğuna sahip bulunan başka bir şirket tarafından devralınması biçiminde birleşmelerde, devralan şirketin paylarından devrolunan şirketin hissedarlarına verilmesini gerektirmeyecek hallerde, söz konusu tebliğin 5'inci maddesinde bulunan bağımsız denetleme raporu, 8'inci maddede bulunan uzman kurum raporu ve 10'uncu maddede bulunan yönetim organı raporu aranmaz. Bunun yanında söz konusu maddeye göre gerçekleşen birleşmelerde tebliğ ve eklerde bulunan, alakalı bulunmayan hükümler de uygulanmaz.

4.4.1. Pay Sahiplerinin Korunması

4.4.1.1 Ayrılma Akçesi

Eski TTK döneminde, devrolunan şirketin birleşmeye karşı olan ve genel kurulda olumsuz oy kullanan hissedarların, birleşme kararının onaylanması durumunda, şirket paylarının gerçek değerinin ödenip ortaklıktan ayrılmaları söz konusu değildi²⁰⁷. Yeni TTK'da, birleşme hukukunun temel ilkelerinden olan ortaklık haklarının sürekliliği ilkesine karşı olarak, birleşmeye karşı olan ve genel kurulda birleşme sözleşmesine karşı oy kullanan şirket ortaklarına, kendi paylarının ve ortaklık haklarının karşılığı olan tutarın nakden ödenmesi ve şirketten çıkmalarının sağlanması amacıyla "ayrılma akçesi" adı altında yeni bir hak tanınmıştır. Bu şekilde, eski Kanunda emredici olan "ortaklığın sürekliliği" ilkesine yeni Kanunda bir istisna getirilmiştir²⁰⁸. Ayrılma akçesinin hak olarak tanınmasındaki amaç,

²⁰⁷ Develi, B.: 6102 sayılı Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S.1-2, 2013, s.447

Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s.139.

²⁰⁸ Çeker, M.: Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, EÜHFD, C. XVI, S.3-4, s.114.

devrolunan şirkette veya yeni kuruluş yoluyla birleşmeye katılan şirketlerde, birleşmeye karşı olan hissedarların istemedikleri bir ortaklık içinde yer almalarını önlemektir.

Yeni TTK m.141/1 hükmü uyarınca, birleşmeye katılan şirketlerin ortakalarına, birleşme sözleşmesi ile pay ve ortaklık hakları ile ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanınır. Maddede aynı zamanda birleşme sözleşmesi ile hissedarlara sadece ayrılma akçesinin verilmesine hükmolunaca bileceyi de düzenlenmektedir.

Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde de ayrılma akçesine değinilmiş, ayrılma akçesinin sözleşme ile öngörülmesi durumunda, Türk Lirası cinsinden nakit, menkul kıymet veya kısmen nakit kısmen menkul kıymet olarak belirlenmesinin mümkün olacağı belirtilmiştir. İşbu Tebliğ, hissedarlara ayrılma akçesinin nakden ödenmesini talep etme serbestisi de tanımaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ayrılma akçesinin tamamen veya kısmen menkul kıymet olarak belirlenmesi durumunda, menkul kıymetin borsada işlem gören menkul kıymet olması Tebliğ ile zorunlu kılınmıştır.

4.4.1.2. Ayrılma Hakkı

SerPK yenilikçi düzenlemeleri ile pay sahibine ortaklık ilişkisini sona erdirmesine ilişkin ayrılma hakkı tanınmaktadır. Bir ortağın şirketten ayrılması, şirketin feshine veya infisahına neden olmaksızın şirketle olan bağı koparmasıdır²⁰⁹. SerPK m. 23 hükmüne esasen Halka Açık Anonim Şirketler'in birleşmesi önemli nitelikte işlem sayılır ve SerPK m. 24'e göre, Halka Açık Anonim Şirketin Birleşmesine ilişkin genel kurul toplantısına katılan, olumsuz oy kullanan ve muhalefet şerhini tutanağa işleyen pay sahipleri, paylarını halka açık şirkete satarak ayrılabilir.

Pay sahibinin genel kurul toplantısına katılımına haksız şekilde engel olunması, davet veya gündemin ilanının usulüne uygun olarak yapılmaması durumlarında ise olumsuz oy verme ve muhalefet şerhi aranmaksızın ilgili pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınmaktadır.

Ayrılma hakkına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.

²⁰⁹ Domaniç, s.668.

4.4.1.3. Denkleştirme Akçesi

YTTK m.140/2 hükmüne göre, ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan payların gerçek değerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir. Denkleştirme akçesi, birleşmenin uygulanmasını kolaylaştıran bir araçtır²¹⁰.

Halka Açık Anonim Şirketler açısından da Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde pay sahiplerinin haklarının korunması bağlamında payların değişim oranları hesaplanırken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan şirket paylarının birleşme işlemine esas alınan değerlerinin onda birini aşmaması koşuluyla, YTTK'nın 140. Maddesi çerçevesinde bir denkleştirme ödemesi öngörülebileceği düzenlenmiştir²¹¹. Kararlaştırılması durumunda, denkleştirme akçesi, birleşme işleminin tamamlanmasını takiben, devralan şirketin malvarlığı iktisap edildikten sonra hazırlanacak açılış bilançosunda devralan şirketin serbestçe kullanılabilir özvarlığından yönetim organı tarafından kararlaştırılacak bir tarihte ödenir²¹².

4.4.2. Çalışanların Korunması

Çalışanların korunması, birleşme işleminin yanısıra şirketlerde bölünme ve tür değiştirme zamanı da dikkate alınması gereken ve ortak hükümlerle düzenlenmesi gereken bir konudur. Kanun koyucu hem tür değiştirme hem de birleşme açısından çalışanların korunmasına ilişkin yeni TTK 178. maddesinde düzenleme yapmıştır. İlgili düzenlemeye esasen, devralma veya yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçinin itirazı olmadığı takdirde devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralan

²¹⁰ Gerekeçe: YTTK m.140

²¹¹ Seri II, No:23.2 Tebliğ m.11/2

²¹² Göktürk, K.: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, GÜHF Dergisi, C. XVII, S.1-2, 2013, s.643.

şirkete geçer. Kanun hükmüne göre, bütün ihtimaller dahilinde, işçinin sözleşmeden kaynaklı bütün haklarından devrolunan şirket devralan şirket ile müteselsilen sorumludur.

Çalışanların korunmasına yönelik 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. Maddesinde de düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre de işyerinin hukuki işlemde kaynaklı başka birine devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer. Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, burada da çalışanın devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken alacaklarından devrolunan ve devralan şirketler müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Fakat, devrolunan şirketin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır.

Çalışanların korunması hususu Türk Borçlar Kanunu tarafından da İş Kanuna paralel olarak ele alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'na göre de işyerinin devri durumunda, hizmet sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralan şirkete geçer; devirden önceki borçlardan devralan ve devrolunan şirket iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olur.

4.4.3. Alacaklıların Korunması

Yeni TTK m.157 ile birleşme işlemleri gerçekleşirken alacaklılarının korunmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Birleşme, birleşen şirket alacaklılarını da doğrudan etkilemektedir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki alacaklılara birleşmeye itiraz etme hakkı tanınmamıştır²¹³. Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 150. Maddesinde alacaklılara, birleşme kararının ilanından itibaren 3 ay içinde birleşmeye itiraz hakkı tanınmıştı²¹⁴.

Yeni TTK m.157 hükmü ile alacaklıların teminat altına alınması düzenlenmiş. Buna göre, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşme hukuken geçerlilik kazandıktan itibaren üç ay içerisinde alacaklarının teminat altına alınmasını devralan şirketten talep edebilir.

²¹³ Kırcı, İ.: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, S.79, 2011, s.75.

²¹⁴ Eski TTK m.150/3

Teminatın türü devralan şirket tarafından belirlenir²¹⁵. Şirket alacaklıları, kendi aralarında bir önceliğe sahip değildir²¹⁶. Ayrıca alacağın türüne göre de bir sıralama yapılmaz. Bununla birlikte, iflas durumunda İcra İflas Kanunu m.206 uyarınca belirlenecek sıra önceliği hükmü saklıdır.

Alacaklıların zarara uğramalarının önlenmesi, birleşmenin en önemli meselelerinden biridir²¹⁷. Türk'ün görüşüne göre, alacaklıların korunmasına yönelik bu önlemler, külli halefiyet ilkesinin gereği olarak, borcun el değiştirmesi konusunda sakıncaların aradan kaldırılması amacıyla öngörülmüştür. Biz de Türk'ün bu konudaki düşüncelerine katılmaktayız.

4.5. BİRLEŞMENİN İPTALİ

4.5.1. Birleşmenin İptali Davası

YTTK'da bütün tekrar yapılandırma işlemlerine özel bir iptal davası düzenlemesi bulunur. YTTK'nın 192'nci maddesine göre, bahsedilen iptal davası YTTK'da yer alan birleşme hükümlerinden her hangi bir tanesinin ihlal edildiği durumlarda açılır. Bu konu, YTTK'nın 134 – 190'uncü maddelerin ihlali durumunda ibaresi ile net bir biçimde belirlenmiştir²¹⁸.

Yasakoyucu, tekrar yapılandırmaya has olan bu dava ile, bir yandan bütün tekrar yapılandırmaları kendine has hükümlere uyumlu şekilde gerçekleşmesini amaçlarken²¹⁹ öte yandan da hissedarları yasaya aykırı tekrar yapılandırmaya karşı koruma hedefini benimsemiştir²²⁰.

²¹⁵ Kırca, s.75.

²¹⁶ Coştan, s.13. (TTK Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Alacaklının Korunması)

²¹⁷ Türk, s.140.

²¹⁸ Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2011, s.235.

²¹⁹ Tekinalp, s.234-235. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²²⁰ Kendigelen, s.143. (Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)

İBirK 106'ncı maddesinin başlığından yola çıkarak, iptali istenecek konunun alınmış birleşme kararı olduğu kabul edilir. Bu bağlamda birleşme sözleşmesi direkt olarak dava konusu olamayacağı gibi, karar öncesi hazırlık aşamaları da davanın konusu olamamaktadır²²¹. Fakat iptalin sebebi birleşme sürecinde, süreç işlemlerinden herhangi biri baplamında meydana çıkmış yasaya aykırılıktır²²². Buna rağmen, iptal davasının düzenlendiği YTTK'nın 192'nci maddesinin başlığı "birleşmenin, bölünmenin, tür değiştirmenin iptali ve eksikliklerin sonuçları" şeklindedir.

Tekinalp'e göre, belirtilen iptal davasında birleşme sözleşmesinin onayına dair kararın kendiliğinden 134'üncü madde ve devamındaki hükümlere aykırılık mecburiyeti yoktur²²³.

Yöntemde var olan herhangi bir noksanlık da iptale sebebiyet verebilir. Öyle ki Türk yasa koyucusunun başlığı seçerken oldukça isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü YTTK'nın 153'üncü maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, genel kurulun tasdik kararı, hazırlık kademelerinden yalnızca bir tanesidir. Bu bağlamda YTTK'nın 192'nci maddesinde düzenlenen iptal davası, birleşmenin bütün öğeleri ve yasal neticeleri ile tamamıyla yoke den ve birleşme sözleşmesinin onanmasına dair kararın geçerliğini amaç edinmeyen²²⁴ özel niteliği bulunan bir yenilik meydana getiren²²⁵ bir davadır.

Birleşme özelinde iptal davası, YTTK'nın 155 ve 156'ncı maddeleri ekseninde, genel kurulun sözleşmeyi onamasına ihtiyaç olmaksızın gerçekleştirilen basitleştirilmiş birleşmelerde de uygulanabilir. YTTK 191'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca, hükmün ifadesi ile uyum, yönetim organınca alınmış (basitleştirilmiş) birleşme kararlarına da iptal davası açılabilir. Fakat yine biraz önce değindiğimiz husus geçerliğini muhafaza eder.

²²¹ Bahar, R.: Commentaire LFus (Peter/Trigo-Trindade-editeurs), Schultess, 2005, s.1001.

²²² Bahar, s.1001.

²²³ Tekinalp, s.235-236. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²²⁴ Tekinalp, s.236. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²²⁵ Chenaux, J.L.: La Protection des Actionnaires et Associes dans les Fusions d'Entreprises, CEDIDAC 66, Lausanne, 2005, s.155.

Bu bağlamda iptal davası, esasen birleşmeyi nihayetlendiren yönetim organına karşı açılmaz. Hem basitleştirilmiş birleşmede birleşme sözleşmesinin imzalanmasına dair yönetim organı kararı hem de genel kurulun onama kararıyla, şirket içi birleşme sürecinin nihayete ermesi söz konusudur. Bu bağlamda genel kurulun kararlarına karşı menfi oy kullanımı, yasal çıkarlar için kullanılan bir araç şeklinde nitelendirilmelidir.

İptal davası, birleşme sözleşmesinin onanmasına dair karara karşı menfi rey vermiş ve tutanakla bunu belgelemiş tüm hissedarlarca açılabilir²²⁶.

Kolaylaştırılmış birleşmelerde süreci tamamlamış karar yönetim organınca alındığı için, hissedarın menfi rey kullanma ihtimali olmadığından, davacılık biteliği bağlamında bu şart görüşü aranmamaktadır²²⁷. Bununla birlikte, hissedar ticaret sicilinden terkinin önceleyen süreçte, yalnızca hissedar olduğu devrolunmuş şirkete karşı dava açma hakkına haizdir; katılan diğer şirketlere dava açamamaktadır²²⁸. Doktrinde etkili olan görüşe göre eTTK'nın 381'inci maddesine göre açılmış iptal davalarında mahkemenin kararının kati hüküm şekline gelmesine dek hissedarlık sıfatı korunmalıdır²²⁹. Aksi durumda dava dinlenmez. YTTK'da iptal davasıyla alakalı bir değişiklik bulunmadığından aynı hükmün geçerliliği savunulabilir. Bu çerçevede, birleşmeye özel iptal davalarında da aynı hüküm uygulanarak karar kesinleşene dek hissedarlık sıfatı muhafaza edilmelidir²³⁰.

YTTK'nın 192'nci maddesine göre hak düşürücü süre, birleşme kararının ilanıyla başlar, bu durum kafalarda soru işaretleri meydana getirebilir. Fakat iptal davasının onay kararı alınması ile de açılacağı doktrinde kabul görmektedir²³¹.

Buna göre, iptal davası kaide olarak birleşme kararı almış şirkete karşı açılır. Bu çerçevede sözleşmenin onayı ve tescil edilmesi arasında geçen sürede hissedar, davayı hissedar olduğu

²²⁶ Bahar, s.106.

²²⁷ Tekinalp, s.237. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²²⁸ Bahar, s.1004.

²²⁹ Kendigelen, s.319.(Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)

²³⁰ Tekinalp, s.237. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²³¹ Tekinalp, s.236. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

şirkete karşı ikame etmelidir²³². Fakat davacı, devrolunmuş şirketin hissedarysa, birleşmenin tescil edilmesiyle birlikte şirket sicilden terkin edileceğinden ve tüzel kişiliğini kaybedeceğinden, terkenden itibaren dava devralmış şirkete karşı açılacaktır²³³.

4.5.2. İptal Sebebi Olarak Aykırılığın Giderilememesi

Yeniden yapılandırma kararları için öngörülen iptal davalarının anonim şirketler hukukunda var olan yönetim organı kararlarının iptali davasından ilham aldığı belirtilir²³⁴. Fakat ilgili hakime tanınan yetkiler itibarıyla özel iptal davasının kapsamı daha geniştir. YTTK'nın 192'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, şayet aykırılık giderilebiliyorsa ilgili hakim öncelikle belli bir zaman tanır ve aykırılığın giderilmesini ister. Söz konusu sürede aykırılık giderilmezse yahut hiç giderilemeyecekse iptal kararı ancak o zaman verilebilecektir²³⁵.

Bu bağlamda, YTTK'nın 193'üncü maddesi çerçevesinde iptale sebep olan konu, aykırılığın giderilememesi ya da tanınan sürede giderilmemiş olmasıdır. Buna rağmen yasa hangi aykırılıkların giderilebilecek türde olduğunu belirtmemiştir ve bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda bu hali soyut bir şekilde örneklemek oldukça zordur. Çünkü yasa, giderilemeyecek aykırılık biçiminde bir listeleme yapmamakta; somut durumlarda ise mevcut aykırılığın giderilmesi ya da giderilememesi bağlamında hakim takdir yetkisine sığınmaktadır.

İBK'nın gerekçesi de bu noktada ışık tutmamaktadır. Söz konusu gerekçede, birleşme mukavelesinde bulunabilen ikincil konular örneğin yönetim organına tanınmış özel menfaatler²³⁶ konusunda bir noksanlık bulunuyor ise aykırılığın giderileceği belirtilir. Doktrinde somut vakada meydana gelen birleşmenin nitelikleri çerçevesinde aykırılığın giderilebilmesi için ilk baştan itibaren radikal değişimlerle işlemlerin yeniden

²³² Tekinalp, s.237. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²³³ Tekinalp, s.237. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²³⁴ Bahar, s.999.

²³⁵ Tekinalp, s.237. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları)

²³⁶ YTTK m. 146/f. 1/h.

gerçekleştirilmesine gerek olduğu takdirde giderilemeyecek bir aykırılıktan söz edilebileceği benimsenmiştir²³⁷.

Bizce, yönetim organının bütün işlemleri, gereken düzenlemeleri gerçekleştirerek süreci yeniden başlatmak da dahil bulunmak üzere, genel kurulun yeniden onama kararı almasının ihtimali olduğu bütün durumlarda iptalden kaçınmak gerekmektedir. Çünkü birleşmenin ayakta kalabilmesi, iptalin mali zararlarından çok tercih edilmektedir²³⁸.

4.5.3. Yetkili Mahkeme ve Dava Açma Süresi

İptal davası, denkleştirme davasının zıttına, genel kurul kararı alınmasının ardından tescil işleminden önce de açılabilir. İptal davası, birleşme kararını YTTK 154'üncü madde gereğince, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği tarihten itibaren 2 ay içinde açılmalıdır. 2 aylık süre hak düşürücü niteliktedir ve hiçbir koşulda uzatılması ya da dava açılmadan evvel duraklatılması ya da kesilmesi de mevzubahis değildir²³⁹.

YTTK'nın 192'nci maddesine iptale yetkili mahkeme işaret edilmemiştir. Bu noktada genel iptal davasının yetki kaidesine nazaran dava, davalı şirketin merkezinin olduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine açılmalıdır.

²³⁷ Chenaux, s.153.

²³⁸ Böckli, s.425.

²³⁹ Bahar, s.1001-1002.

TARTIŞMA VE SONUÇ

Birleşme teknik-hukuki anlamda normatif kaynağını Türk Ticaret Kanunu teşkil eder. eTTK'da net manasıyla birleşmenin tam bir tanımı olduğu söylenemez. Fakat Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 136'ncı maddesi, birleşme unsurlarını bir tanım ortaya çıkaracak biçimde ortaya koymaktadır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 136'ncı maddesi birleşmeyi bir şirketin diğer şirketi devralması ve birden fazla şirketin yeni bir şirket çatısı altında bir araya gelmesi biçiminde ve esasen hukuki bağlamda çok da açıklayıcı olmayan bir biçimde tanımlanmasından ibarettir. Farklı bir kavram belirlenmesi de yine 136'ncı maddenin 2'nci fıkrasında bulunur. Hem devralma biçiminde birleşmeyi hem de yeni kuruluş biçiminde birleşmeyi kabul eden şirket "devralan şirket", devralan şirkete katılan şirket ise "devrolunan şirket" biçiminde nitelendirilmiştir.

Birleşmenin doktrinde tekdüze bir sayım ile unsurları; külli halefiyet, tasfiyesiz sona erme (infisah) ve pay sahipliğinin devamıdır. Birleşme bütün bu unsurlarıyla, esasen şirketin bozulmamış ve kendini oluşturan unsurları arasındaki yaşamsal ve işlevsel bağı kopmamış şekilde bir şirketten diğerine devrolunmasına hizmet eder. Hakikaten birleşme ile devrolunan şirketin bütün varlıkları devralan şirkete geçer veya devrolunan şirketlerin bütün varlıkları yeni kurulan şirkete geçer. Bu yanıyla birleşme, şirketin bütünlük ve devamlılığını korumak suretiyle devrolunmasına yönelmiş bir şirketler hukuku işlemidir.

Birleşme sözleşmesel bir yeniden yapılandırma işlemidir. Bunun anlamı, birleşme olarak adlandırılan hukuki sonucun oluşması için, birleşecek şirketlerin genel kurullarında karar alınması yetmez, bunun yanısıra birleşme sözleşmesinin de akdedilmesi şarttır.

Birleşmenin sözleşme ile gerçekleşeceği görüşü, Birleşme Kanunu'nun yürürlük tarihi evvelinde, eski Türk Ticaret Kanunu'nun 451 – 452'nci maddelerinin kaynaklarını oluşturan İBK'nin 748 – 749'uncu maddelerinin yürürlükte bulunduğu zamanlarda da öneriliyordu. Bu hususta Recordon'un en net saptamayı yaptığını söyleyebiliriz. Recordon, birleşmenin ana

unsurlarını sıralarken birleşmenin başlı başına bir sözleşmeden ibaret olduğunu ileri sürmüştür.

Birleşme sözleşmesinin birleşmeyi gerçekleştirecek şirketlerin yönetim organlarıca imzalanacağıyla ilgili YTTK'nın 145'inci maddesi aynı zamanda sözleşmede taraf olanları da belirler. 145'inci maddeye göre, sözleşme birleşmeye katılan şirketler arasında imzalanır.

YTTK'nın 145'inci maddesinin gerekçesinde, sözleşmenin yönetim organları tarafından bağlaşacağı fakat temsil yetkisi bulunan kişilerce imzalanacağı belirtilmiştir. Söz konusu ifadenin, şekle bağlı sözleşmelerin imzalanarak hükmolunacağına dair kaide karşısında anlamlandırılması zordur. Yine gerekçede, sözleşmenin şirketlerin yapılarını temelden ve kalıcı biçimde değiştirme özelliği olan bir sözleşme olduğu, yönetim organlarının ayrı ayrı alacağı kararlar ile şirketin bu bağlamda içe dönük irade meydana getirmesi şeklinde akdedilmesi gerekliliği de işaret edilmiştir. Öyleyse gerekçe temel alınacak olursa, hüküm temsil yetkisi olan kişilerin yetki aldığı bir yönetim organı kararı olmadan sözleşmeyi imzalayamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Yine gerekçede yönetim organının bu yetkiyi devredemeyeceğini ve bu anlamda sürekli bir karar yöntemiyle kullanacağı belirtilir.

Birleşmede, devrolunan şirketin mal varlıkları külli halefiyet ile devralan şirkete geçer. Külli halefiyet, mirastaki intikali anımsatıyor olsa da birleşme işleminde özel nitelikte bir külli intikal gerçekleşir. Bu bağlamda birleşmeyle kişiye bağlı irtifak ve şahsi ilişkiler de dahil olmak üzere devrolunan şirketin veya şirketlerin tüm malları eksiksizce devralan şirkete veya yeni kuruluş şeklinde birleşmede yeni kurulan şirkete geçer. Bu noktada devralma şeklinde birleşmede bazı istisnalar söz konusu olabilir. Bilhassa devralan şirketin akdetmiş olduğu bir sözleşmede, birleşme bir infisah ya da fesih nedeni olarak görüldüyse, bahsedilen yasal ilişkinin devralan şirkete geçmesi söz konusu değildir.

Külli halefiyet ile bütün mal varlıklarını devralan şirkete aktaran devrolunan şirketin veya yeni kurulacak şirkete devrolunan şirketlerin varlık sebebi yok olur. Birleşmenin bir karışıklık ortaya çıkarmasını engellemek için devrolunan şirketin veya şirketlerin infisahu

öngörülür. Birleşme ve tasfiye bağdaşmaz çünkü devrolunan şirketin mal varlıkları bütün aktifleri ve pasifleriyle devralan veya yeni kurulan şirkete geçer.

Devralma şeklinde birleşme -kaide olarak- devralan şirketin hissedarlar çevresini genişleten bir işlemdir. Bunun sebebi birleşmenin bir hüküm belirtmesiyle, devrolunan şirketin hissedarlarının yasal olarak devralan şirketin hisselerini iktisap etmeleridir.

Pay sahipliğinin kendiliğinden kazanılmasının anlamı, devralan şirketin hissedarlarının bir ödeme gerçekleştirilmesine, taahhütname imzalamasına, rüçhan hakkı kullanmasına gerek bulunmaksızın ve bir borç üstlenmeksizin birleşme ve sermaye artırma kararının tescil edilmesiyle birlikte, devralan şirketin hisselerine haiz olmalarıdır.

Devralma şeklinde birleşmede, hissedarların devralan şirket paylarından ne miktarda alacaklarını belirleyen ve bu bağlamda hissedarlığın şekil bakımından devam etmesine hizmet eden matematiksel ölçünün adı değişim oranıdır. YTTK'da değişim oranı hesaplama şekli düzenlenmemiştir fakat esas ilkeleri belirtilmiştir. Bu bağlamda devrolunan şirketin hissedarlarının devralan şirket hisseleri üstündeki istem hakları, birleşmeye katılmış şirketlerin mal varlıkları, oy hakları ve değer taşımakta olan tüm konuların göz önünde tutulması suretiyle hesaplanacaktır.

Bu bağlamda kanun koyucu değişim oranını mutlaka formulize eden bir kurgu yapmamıştır. Somut şirketlerin bütün nitelikleri ve tabii ki yönetim organlarının yürüttüğü müzakereler, değişim oranı belirlenmesinde etkilidir.

Pay sahipliğinin devamı, eTTK'da bulunduğu biçime nazaran, istisnalarıyla var olmuş bir ilke olarak karşımıza çıkar. İlkeye iki istisna eklenmiştir. İstisnalardan ilki, denkleştirme ödemesidir. Denkleştirme akçesi, kesirli hisseleri ortadan kaldırmak ya da hesap güçlüklerini aşabilmek için devrolunan şirketin hissedarlarına, devralan şirket hisseleriyle birlikte verilen bir miktar nakittir. Denkleştirme akçesi için kanun koyucunun belirlediği tavan fiyat, devrolunan şirketin hissedarlara tahsis edilmiş hisselerin reel değerinin yüzde 10'u tutaradır.

İlkeye gelen ikinci istisna ise ayrılma akçesidir. Ayrılma akçesi, birleşme sözleşmesinde tercihli ya da mecburi bulunabilmektedir. Seçimlik akçede hissedarlar seçim hakkı kendilerinde olmak üzere, devralan şirketin hissesini kabul ederek devralan veya yeni kurulan şirketin hissedarı olur yahut kendilerine tahsis edilmiş yeni hisselerin reel değerini nakit olarak alıp şirketten ayrılır.

Bu biçimde anonim şirket hukukunda bir şirketten ayrılma düzeneği meydana getirilmiştir. Mecburi akçe ise, çoğunluğun azınlığı şirketten çıkarabilmesi için bir araç niteliğindedir. Bu olanak kullanıldığında, sermayenin onda birinden az hissesi bulunan azınlık, devralan veya yeni kurulan şirketin hisseleri yerine, bu hisselerin karşılığını alıp hissedarlıktan çekilmek durumunda kalırlar. Ayrılma akçesi nakit olabildiği gibi başka bir şirketin hissesi de olabilmektedir.

Doktrinde üstüne düşülmemiş iki istisna ise imtiyazlı hisseler ve oydan yoksun hisseler açısından devralma şeklinde birleşmede anılmaktadır. Birinci olasılıkta, devrolunan şirkette var olan hisselerle bağlı imtiyaz hakları karşılığı, devralan şirkette aynı değerde hak ya da uygun bir karşılık verilir. Uygun bir karşılık ise ayrılma akçesinde varılmış neticelerle belirlenir.

Devralma şeklinde birleşmede, ikinci olasılıkta devrolunan şirketin ihraç ettiği oydan yoksun hisseler karşılığı aynı değerli oydan yoksun hisseler ya da oy hakkına sahip hisseler verilmelidir. Buna göre, oydan yoksun payların sahiplerinin, oydan yoksun ama karda imtiyazlı hisseleri yerine aynı değerde adi hisse verilerek hakkın devamlılığına bir istisna sağlanmıştır. Aynı değerdeki hissenin miktarının belirlenmesinde, ortadan kalkmış kar payı imtiyazının ederi hesap edilmelidir.

YTTK'nın 153'üncü maddesi, birleşmenin ticari sicil ile geçerlilik kazanacağını belirtir ve tescili kurucu nitelikte değerlendirir. Fakat tescili yapacak şirketin hangi şirket olduğu hususunda bir açıklık söz konusu değildir. Kanımızca, birleşmeye katılmış tüm şirketlerin

devralan şirketin sermaye artırımı kararı içinde olmak üzere, aynı anda ticaret siciline başvurusu gerekmektedir.

Genel kurulun sözleşmenin onaylanması ile ilgili kararını ilan etmesi de gereklidir. İlan, külli halefiyetin olası negatif neticelerini ortadan kaldırabilmek için öngörülen bir aleniyet aracıdır. İlanın gerçekleşmesiyle ilan tarihini takip eden iş günü itibarıyla nerede olursa olsunlar, herkes için hüküm ifade etmektedir. Hiç kimse bu dakikadan sonra birleşmeden haberdar olmadığını söyleyemez.

Birleşme, sermaye piyasasında iki esas hedefle kullanılmaktadır. Birleşmenin hedeflerinden birincisi kapalı bir anonim şirketin halka açık anonim şirkete devralmasıyla gerçekleşen metoddur. Diğerisi ise halka açıklık kaybı için iki aşamalı bir işlem yapılmasıdır.

Bu işlemler; ilk önce aleni bir hisse alım teklifiyle halka açık anonim şirketin hissedarlarının yüzde 10'luk azınlığın altına düşürülmesi ve sonrasında zorunlu ayrılma akçesi öngörüp birleşme yolunu seçmektir.

Sermaye Piyasası Hukuku'nda birleşmenin kaynağını SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği meydana getirir. Tebliğ, AB Konseyinin 3'üncü yönergesinden ilham alınarak hazırlanmıştır. Tebliğ, birleşme sözleşmesinin içeriğinden, değişim oranının hesaplanmasına, genel kurullarca verilecek kararlardan kamunun aydınlatılmasına kadar birleşmenin tüm ayrıntılarını düzenler.

YTTK'nın esas amaçlarından biri, SerPK ve ikincil düzenlemelerle YTTK'dan bağımsız bir anonim şirket hukuku oluşturmak ve var olan ikiliği gidermektir. Bu sebeple YTTK bünyesinde bütün şirketleri kapsama alan hükümler olduğu gibi, dar ve geniş anlamda halka açık anonim şirketler için de özel hükümler ön görmektedir.

Bunun yanında idari kuruluşların anonim şirket ana sözleşme değişikliklerini izne tabi kılması önlenmiştir. YTTK'nın birleşmeye dair hükümleri bütün anonim şirketler

bağlamında önemli değişiklikler getirir. İlk YTTK'da tekdüze bir birleşme yöntemi öngörülür. Yine farklı şirket türleri arasında birleşmelere bazı çerçeveler içinde izin vermesidir. Üçüncü olarak tasfiye halinde olan şirketlerin birleşmeye devrolunan şirket sıfatıyla katılımı olanağıdır. Bu olanağın kullanılması halinde, tasfiyeden dönmeye gerek kalmayacaktır. Dördüncüsüyse borca batmış ya da sermaye kaybı yaşamış şirketin devralan ya da devrolunan şirket olarak birleşmeye katılabilmesidir.

YTTK'da birleşme süreci, Birleşme ve Bölünme Tebliği'ne çok da zıt olmayan bir biçimde düzenlenir. Bu noktada bir takım önemli ayrımların altı çizilmelidir:

- (a) YTTK'da yılsonu bilançosu üstünden birleşme gerçekleştirilebilir,
- (b) ara bilanço istisnai durumlarda ve senelik bilançonun üstünden 6 aydan çok süre geçmesi hallerinde çıkarılır,
- (c) şirket değerlemesi için muhakkak bir uzman kurumdan yardım alma mecburiyeti yoktur.

YTTK, SPK'nın kayda alma yetkisini saklı tutar. Bu bağlamda Halka Açık Anonim Şirketlerin kapalı bir şirket tarafından devralınması durumunda, SPK'nın kayda alması gerekir.

Ağırlıklı biçimde bu niteliği gösteren Birleşme ve Bölünme Tebliği, bir kayda alma tebliği şeklinde varlığını sınırlı biçimde sürdürecektir.

YTTK, birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından onayına da mühim yenilikler getirir. Devralan ve devrolunan şirketlerin kararları bağlamında fark görülmemekle ikisi de aynı karar yeter sayısına tabi olunmuştur. Fakat, Türk anonim şirketler hukukunda ilk kez çifte yeter sayı öngörülmüştür. Diğer yandan zorunlu ayrılma akçesinin öngörüldüğü olasılıkta, devrolunan şirketlerin genel kurulunun alacağı onay kararı bağlamında ağırlaştırılmış yeter sayı düzenlemesi gerçekleştirilmiştir. Söz konusu olan şirketlerde, şirketteki hisselerin ve oy haklarının yüzde 90'ının müspet oyu ile karar verilmesi durumunda, zorunlu ayrılma akçesini öngörmüş sözleşme onaylanabilmektedir. Diğer yandan hisseleri borsada işlem gören anonim şirketlerin alacağı onay kararı için ise hafifletilmiş karar yeter sayısı öngörülür. Bu

hal, bütün halka açık anonim şirketlerin yararlanabildiği hafifletilmiş yeter sayının uygulama kapsamının daralması anlamına gelmektedir.

Devralma şeklinde birleşmede, devralan şirket bakımından, gerektiğinde sermaye artırım ve esas sözleşmenin değişmesi kararlarının alınması da gerekmektedir. Birleşme sebebiyle artmış sermayenin aynı artırım özelliğinde bulunmadığı netliğe kavuşmuştur. Bunun dışında YTTK ve eTTK'nın aksine, Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde öngörölmüş durumlardan daha geniş şekilde, birleşmenin her olasılıkta sermaye artırım gerektirmediği hususu açıklık kazanmıştır. Devralan şirketin kendi hisselerini aslen kazanmış olması hususunda da net bir yasak söz konusudur.

TTK'da ve SerPK'da açık dayanağı olmamasına karşın Seri I, No:31 sayılı Birleşme Tebliği'nin mecburi kıldığı imtiyazlı hissedarlar özel kurulu ile intifa ve tahvil sahipleri genel kurulunun kurul onayını onaylaması mecburiyeti²⁴⁰, YTTK ile beraber ortadan kalkmıştır. Zira, YTTK imtiyazlı pahasahipleri için hakların devamı ilkesi ekseninde özel bir muhafaza düzenleyerek, diğer özel kurulları kaldırmıştır.

YTTK'nın kamunun aydınlatılması ve şeffaflık bağlamında da mühim değişimleri söz konusudur. Şüphesiz YTTK'nın 210'uncu maddesi ekseninde, SPK'nın devamlı kamuyu aydınlatmaya dair düzenlemeleri varlığını sürdürecektir.

Fakat YTTK'da birleşme sırasında şeffaflığın hayat bulabilmesi için pek çok düzenleme gerçekleştirilmiştir. Yönetim organının birleşmeyi tüm ayrıntıları ile açıklamış olduğu birleşme raporu ve hissedarları aşan çıkar sahipleri çevresine, birleşme öncesi inceleme hakkı tanınması da bu bağlamdadır.

²⁴⁰ Seri I, No:31 sayılı Tebliğ m.13

YTTK'da alacaklıların korunması ilkesinde de önemli değişikliklere gidilmiş, eski TTK'da var olan mal varlıklarının ayrı yönetilme ilkesi bir kenara bırakılmıştır. Bunun dışında, hiçbir şirket bakımından alacaklılara birleşmeye engel olma hakkı sağlanmamıştır. Alacaklılar sadece müccel alacakları için teminat talebinde bulunabilecektir. Teminat yükümü ise mutlak değildir. Denetçinin müspet raporuyla devralan şirket teminattan kaçınacağı gibi, alacaklılara ilanda dahi bulunmayabilir. Diğer taraftan teminat göstermek yerine alacağın ödenmesi olanağı net biçimde tanınmıştır.

YTTK'da intifa senedi sahipleri de hakların devamlılığı ilkesi ekseninde korunmaktadır. Bu noktada, intifa senedi sahiplerine devralan şirkette eş değerde haklar sağlanmalı yahut da intifa senetleri hak sahiplerinden sözleşmenin imzalandığı günkü değeri üstünden satın alınmalıdır.

Son olarak: YTTK, yürürlükteki dava haklarını çeşitlendirmiştir. Birinci yenilik denkleştirme davası olarak karşımıza çıkar. Birleşmenin geçerliliğine sebep olmayan bu davada, değişim oranının adilane bir şekilde belirlenmemiş bulunması yahut ayrılma akçesinin uygun bulunmaması soyut durumları tartışmalıdır. Eğer değişim oranı, adaletsiz yahut ayrılma akçesi uyumsuz ise, yetkili hakimin sözleşmeye müdahil olması ile aykırılığı gidermek için uygun bir denkleştirme belirleyeceği düzenlenmiştir. Söz konusu dava bir yenilik doğuran dava biçimindedir ve davacı ile aynı konumda bulunan, hakları zarar görmüş bütün hissedarlar kararda işaret edilmiş hükümden yararlanabilir.

Bunun haricinde YTTK'da, birleşmenin iptaline ilişkin bir özel dava düzenlenmiştir. Genel iptal davalarının aksine özel bir dava özelliği taşır. Birleşmeye ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi halinde, söz konusu dava açılacaktır. Birleşme kararının yasaya aykırılığına gerek bulunmaz. Fakat birleşmenin iptal edilmesi ve tamamen ortadan kaldırılmasına neredeyse imkan sağlanmaması karşısında, kanun koyucu kanuna aykırılığı direkt olarak iptale bağlamaz. Bu bağlamda yetkili hakim, aykırılığını tespit ettiği hallerde davalı şirkete süre

tanıyarak aykırılığın giderilmesini isteyecek, verilen sürede aykırılık giderilmez ya da giderilemez ise iptal söz konusu olacaktır.



KAYNAKÇA

Acemoğlu K., “*Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Ticari İşletmenin Devri*”, İstanbul, 1971.

Akbilek, N., “*Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Payscaleinin Korunması*”, Ankara, 2009.

Akbulak, S., Akbulak, Y., “*Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler*”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

Akgüç, Ö., “*Finansal Yönetim*”, İstanbul, Muhasebe Enstitüsü Yayını, No.63, 1994.

Akgül, A., “*Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*”, İstanbul, 2008.

Alıcı, Y., “*Bankacılık Kanunu Şerhi*”, İstanbul, 2007.

Amstutz, M. Mabillard, R., “*Commentaire Romand – Code des Obligations II [Tercier- Amstutz (editor)]*”, Bâle, 2008.

Arıcı, M.F., “*Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*”, İstanbul, 2008.

Arkan, S., “*Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri*”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1976.

Arkan, S., “*Yüzden Fazla Sahibi Bulunan Anonim Ortaklığın Sermaye Piyasası Kanunu Karşısındaki Durumu*”, Ankara Barosu Dergisi, C. 39 (S. 3), 1982.

Aşıkoğlu, R., “*Yatırım ve Proje Değerlemesi*”, 2. Fasikül, Anadolu Üniversitesi Yayınları No:827, Eskişehir, 1997.

Aydın, N., “*İşletmelerin Birleşmesinde Finansal Analiz ve Bir Uygulama Örneği*”, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayını, Ankara, 1990.

Ayiter, K., “*Mâmelek Kavramı Üzerinde İnceleme*”, Ankara, 1968.

Aytaç, Z., “*Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1988.

Bahar, R., “*Commentaire LFus (Peter/Trigo-Trindade – éditeurs)*”, Schultess, 2005.

Bahtiyar, M., “*Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi*”, Şirket Birleşmeleri (Editörler: Haluk Sumer – Helmut Pernsteiner), İstanbul, 2003.

Bahtiyar, M., “*Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklıkların Birleşmeleri ve Denetimi*”, Makaleler II, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Barlas, N., Oğuzman K., “*Medeni Hukuk – Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar*”, İstanbul, 2010.

Berk, N., “*Finansal Yönetim*”, 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 1995.

Bilgili, F., Demirkapı, E., “*Şirketler Hukuku*”, Bursa, 2013.

Böckli, P., “*Swiss Company Law*”, Zurich, 2009.

Brealy R.A., Myers S.C., Marcus A.J., “*İşletme Finansmanının Temelleri*”, İstanbul, 1999.

Burcuoğlu, H., “*Bir Şirket Lehine, Bir Taşınmaz Üzerinde Kurulmuş İntifa Hakkının, Bu Şirketin Başka Bir Şirketle Birleşmesi Halinde Akıbeti Hakkında Bazı Gözlemler*”, Ergon Çetingil ve Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007.

Chenau, J.L., “*La Protection des Actionnaires et Associés dans les Fusions d’Entreprises*”, CEDIDAC 66, Lausanne, 2005.

Coştan, H., “*Anonim Ortaklıklarda Bölünme*”, Ankara, 2003.

Coştan, H., “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Alacaklarının Korunması*”, Ankara, 2009.

Cuendet, A., “*Merger by Absorption, in particular the Merger Agreement*”, Bern, 1973.

Çamoğlu, E., Poroy, R., Tekinalp, Ü., “*Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*”, İstanbul, Beta Yayınları, 10. Baskı, 2005.

Çamoğlu, E., Poroy, R., Tekinalp, Ü., “*Ortaklıklar Hukuku I*”, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2014.

Çeker, M., “*Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları*”, EÜHFD, C. XVI, S.3-4, 2012.

Devli, B., “6102 sayılı Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S.1-2, 2013.

Doğanay, İ., “Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt II”, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, 2004.

Domaniç, H., “Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I”, Temel Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1988.

Dural, M., Öz T., “Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş ikinci bası”, İstanbul, 2003.

Engin, İ., Serozan R., “Miras Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası”, İstanbul, 2008.

Erdem, E., “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2002/2, 2002.

Erdem E., “Türk ve AT Hukuku’nda Birleşme ve Devralmalar”, Beta Yayınları İstanbul, 2003.

Erten, A., “Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni”, Ankara, 2001.

Favre, P., “Le Transfert Conventionnel de Contrat”, Schultess, 2005.

Grundmann, S., “European Company Law”, Oxford, 2007.

Gönülaçan, P., “İşletmelerde Birleşme Yöntemleri ve Bir Uygulama Örneği”, Dokuz Eylül Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1998.

Göktürk, K., “*Türk Ticaret Kanuna Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S.1-2, 2013.

Gümüş, M.A., “*Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*”, C. I, İstanbul, 2008.

Günel, V., “*Hukuki Açidan Sermaye Piyasası Faaliyetleri: Araçlar- Kurumlar*”, İMKB Yayınları, İstanbul, 1997.

Güneş, İ.H., Akbıyık, A.A., “*İşletmelerde Birleşme ve Tasfiye Uygulamaları*”, İSMMMO Yayın No:35, İstanbul, 2002.

Helvacı, M., “*Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*”, İstanbul, 2004.

İhtiyar, M., “*Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*”, İstanbul, 2006.

İmregün, O., “*Anonim Ortaklıklar*”, İstanbul, 1989.

İnceoğlu, M., “*Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu*”, İstanbul, 2004.

Kara, S. M., “*Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması*”, Yayınlanmış s.12 Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

Karahan, S., “*Anonim Şirketlerde Tasfiye*”, Konya, 1998.

Karahan, S., “*Ticari İşletme Hukuku*”, Konya, 2011.

Kavak, A., “*Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri*”, Ankara, 2009.

Kendigelen, A., “*İptal Davası Açma ve Paysahipliği Sifatının Cüz’i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı, İstanbul, 2001.

Kendigelen, A., “*Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*”, İstanbul, 2011.

Kendigelen, A., “*Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*”, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş II Bası, İstanbul, 2012.

Kılıç, S., “*Halka Açık Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Hakkı*”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

Kılıçoğlu, A., “*Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*”, Genişletilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Kırca, İ., “*6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi*”, Bankacılar Dergisi, S. 79, Aralık, 2011.

Moroğlu, E., “*Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*”, Vedat Kitapçılık, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2003.

Kızılkum, Y., “*Muhasebecinin El Kitabı*”, İSMMMOMevzuat Komisyonu, İSMMMOMevzuatları Yayın No.13, İstanbul, 1997.

Oğuzman, M.K., Öz, M.T., “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Oğuzman, M.K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S., “*Kişiler Hukuku (gerçek ve tüzel kişiler)*”, İstanbul, 2009.

Okandan, R. G., “*Devletin Şahsiyetinin Müessesese Fikriyle İzahı*”, İÜHF Mecmuası, C. 16 (S. 1-2), 1950.

Özer, A., “*Anayasa Hukuku*”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Pagano, M., Panette F., Zingales L., “*Why Do Companies Go Public An Empirical Analysis*”, The Journal Of Finance, Vol. L [1], No :1, 1998 February.

Paslı, A., “*Anonim Ortaklığın Devralınması*”, İstanbul, 2009.

Poroy, R., “*Anonim Ortaklıkların Günümüzdeki Belli Başlı Sorunları ve Halka Açılma*”, İkt. Mal. Dergisi, C. 17 (S.1), 1970 Haziran.

Pulaşlı, H., “*Şirketler Hukuku – Temel Esaslar*”, Adana, 2009.

Pulaşlı, H., “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul, 2009.

Recordon, P.A., “*La Protection des Actionnaires Lors des Fusion et Scissions des Sociétés (en droit suisse et en droit français)*”, Genova, 1975.

Roland, R., “*Droit des Sociétés*”, Bern, 1999.

Susar, Ö., “*Tüm Yönleriyle Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları*”, Ankara, 2004.

Tanör, R., “*Sermaye Piyasası Kanunu’nun Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Düzenlemeleri ve Bunların Bankalar Kanunu’na Tabi Kuruluşlara Uygulanabilirliği*”, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan - GSÜHF Dergisi, (S. 1), İstanbul, 2002.

Tarakçı H., “*Kurumlarda Sona Erme*”, Polaris Yayınları İstanbul, 2003.

Taşdelen, S., “*Bankacılık Kanunu Şerhi*”, Ankara, 2006.

Tekil, F., “*Anonim Şirketler Hukuku*”, İstanbul, 1998.

Tekinalp, Ü., “*Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yeni Gelişmeler, Araştırmalar ve Öneriler*”, İkt. Mal. Dergisi, C. XVIII (S.1), Nisan 1974.

Tekinalp, Ü., “*Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*”, İstanbul, 1979.

Tekinalp Ü., Tekinalp G., “*Avrupa Topluluğu’nun Ulusal Düzeydeki Birleşmelere İlişkin Üçüncü Yönergesi*”, İstanbul, 1990.

Tekinalp, Ü., “*İki Güncel Sorunun Çözümünde Teorik Yaklaşım Denemesi: AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Tescilinin Hukuki Niteliği*”, BATİDER, C. XVII (S.2), Aralık 1993.

Tekinalp, Ü., “*Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı’nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, 2005.

Tekinalp, Ü., “*Türk Ticaret Hukukunu, Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek*”, BATİDER, C. XXIV, S. 3, 2010.

Tekinalp, Ü., “*Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları*”, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2011.

Tekinay, S., Akman S., Burcuoğlu S., Altop A., “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”, 7. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993.

Teoman, Ö., “*Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arzolanmış Sayılması ve Çoğunluğun İradesi*”, BATİDER, C. XVII (S.3), Haziran 1994.

Türk, H.S., “*Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No:185, Ankara, 1986.

Türk, H.S., “*Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu*”, Ankara, 1986.

Ulusoy, Y., “*Sermaye Piyasası Kanunu Yorum ve Açıklaması*”, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.

Uşaklı, M. S., “*Halka Arz Kavramı ve Halka Arzın Hukuki Niteliği*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85 (S. 6), 2011.

Ünal, K. O., “*Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar*”, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.

Ünal, K. O., “*Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı*”, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005.

Vischer, F., “*Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées*”, SZW 3, 2004.

Yanlı, V., “*Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri*”, Şirket Birleşmeleri (Editörler: Haluk Sumer – Helmut Pernsteiner), İstanbul, 2003.

Yanlı, V., “*Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması*”, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

Yasaman, H., “*Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*”, Ankara 1987.

Yasaman, H., “*Menkul Kıymetler Borsası Hukuku*”, İstanbul, 1992.

Yasaman, H., “*Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri*”, Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul, 2003.

Yılmaz, E., *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.