

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda şirket birleşmeleri

Av. Mehmet Onur Çeliker

I. Giriş

90'lı yılların başından itibaren ve özellikle de 2000 yılından günümüze kadar gelen süreçte, dünya ekonomisinde meydana gelen hızlı büyüme ve küreselleşme Türkiye ekonomisi üzerinde de giderek etkili olmuştur. Bu süreçte; Türkiye ivme kazanan ve büyüyen ekonomisiyle global ekonomiye hızla entegre olmuş ve yabancı yatırımcılar için bulunduğu coğrafyada en büyük pazarlardan biri haline gelmiştir. Mamafih, global ekonomi ile eş zamanlı olarak ülkemizde meydana gelen bu gelişmelerin ve bilhassa yapılan büyük çapta yatırımların, ekonomik yapının temel taşları olan firmalar üzerindeki etkisi de hayli fazla olmuştur.

Öte yandan, küreselleşmenin doğal sonucu olan ekonomik büyüme ve piyasalardaki rekabet artışı, firmaları global ekonomiye uyum sağlamak adına birtakım ticari kararlar almaya yöneltmektedir. Zira mevcut ekonomik yapı içerisinde; firmalar, gerek aynı sektörde giderek güçlenen rakipleriyle rekabet edebilmek gerekse de bölgesel pazarların ortadan kalkmasıyla açılan daha karlı alanlarda yatırım yapabilmek için daha fazla sermaye, finansman ve nitelikli iş gücüne ihtiyaç duymaktadır. Bu sebeple, firmaların söz konusu yatırım amaçlarını gerçekleştirmek için ihtiyacı olan kaynakları kendi bünyesinden veya ortaklarından nakit akışı ile sağlamak yerine mevcut bir şirketle birleşmek veya mevcut bir şirketi devralmak suretiyle temin etmesi ve bu şekilde büyümesi daha avantajlı olmaktadır.

Bununla birlikte, ekonomik kalkınma siyasetlerinin bir gereği olarak, Türkiye dahil bir çok ülkede şirket birleşmeleri teşvik edilmekte, enflasyon ve mali krizler karşısında daha güçlü ve büyük sermayeli olma arzusu da, ortaklıkları birleşmelere yöneltmektedir.¹

Buna bağlı olarak; son yıllarda dünyada ve ülkemizde meydana gelen şirket birleşmelerinin sayısında ciddi bir artış meydana gelmiştir. Şüphesiz ki şirket birleşmelerinin sayısında meydana gelen bu artış ve Avrupa Birliği müktesebatında da şirket birleşmelerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi, Türk Ticaret Hukuku Mevzuatında da daha kapsamlı düzenlemeler yapılması gereğini gündeme getirmiştir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (mevcut TTK) sınırlı olarak düzenlenen şirket birleşmeleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (YTTK) AB müktesebatına uyumlu olarak çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu çerçevede makalemizde; YTTK'da temel ilkeleri korunmakla birlikte büyük ölçüde yenilenen ve kapsamı genişletilen birleşme kavramının öncelikle hukuki açıdan tanımı yapılarak yürürlükte olan TTK kapsamında mevcut uygulama ele alınacak, daha sonra ise YTTK kapsamında yapılan düzenlemeler irdelenerek, getirilen yenilikler mevcut TTK ile karşılaştırılmak suretiyle ortaya konulacaktır.

II. Mevcut Türk Ticaret Kanunu açısından birleşme kavramı ve işlemleri

Birleşme kavramı, devralma (bir şirketin diğerini devralması) ve yeni kuruluş (iki şirketin yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri) nevi'ndeki birleşmeleri kapsayan bir üst kavramdır. Dar ve teknik bir tanıma göre birleşme; çeşitli sermaye ortaklıklarının tasfiye edilmeksizin bir ortaklık haline gelmesi ve birleşen ortaklık veya ortaklıkların pay sahiplerine, bu ortaklığın paylarının verilmesidir.²

Daha geniş ve teknik bir tanıma göre ise birleşme; bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır.³

Birleşme, mevcut TTK'da iki ayrı bölümde düzenlenmiş olup söz konusu düzenlemelerden ilki "Ticaret Şirketleri" kitabının 1. faslını teşkil eden "Umumi Hükümler" kısmınının 146 ila 151. maddelerinde yer almaktadır.

¹ Prof.Dr Haluk Sumer- Prof Dr. Helmut Pernsteiner, Şirket Birleşmeleri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004,s.

² Doç. Dr. Hamdi Yasaman, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987, s.5

³ Poroy-Tekinalp-Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.108

Mevcut TTK'nın "Şirket Birleşmesi" kenar başlıklı 146. maddesinin ilk fıkrasında birleşme "iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine ilthak etmesinden ibarettir." şeklinde tanımlanmıştır.

Birleşmeyle ilgili diğer düzenlemeler ise TTK'nın 451 ila 454. maddelerinde yer almakta olup söz konusu düzenlemelerde anonim şirketlerin birleşmesine ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir.

Mezkur TTK hükümleri çerçevesinde; ticaret şirketleri arasında gerçekleşecek olan gerek devralma yolu ile gerekse de yeni şirket kuruluşu yoluyla birleşmeler açısından müşterek geçerlilik şartlarına aşağıda yer verilmiştir;

- Birleşecek olan şirketler aynı nev'iden olmalıdır.
- Devrolan şirket, malvarlığının tümünü bünyesinde birleşilen şirkete devretmelidir.
- Devrolan şirket birleşme ile infisah etmelidir.
- Devrolan şirket veya şirketlere ait malvarlığının devralan veya yeni kurulan şirkete intikali, külli halefiyet esasına göre gerçekleşmelidir.
- Birleşme dolayısıyla ortadan kalkan şirketin malvarlığının karşılığını, yeni şirketin payları oluşturmaktadır.

Mevcut TTK'da, birleşme işlemlerinin sırası yani birleşmenin aşamaları açık bir şekilde gösterilmemiştir. Birleşmenin aşamaları, TTK'nın devralma ve yeni kuruluş yoluyla birleşmeyi düzenleyen hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle açıklığa kavuşmaktadır.

Her iki türde de payların değişimi, hukuken mal varlığının intikali ile gerçekleşmektedir. Bu nedenle, "payların değişimi" birleşmede ayrı bir aşama oluşturmamaktadır. İtiraz ile alacakların korunması ise birleşme sürecine dahil bulunmakla birlikte bir birleşme aşaması değildir.

Bununla birlikte, birleşme kararı ilan gününden başlamak üzere üç ay sonra hüküm ifade etmektedir. Ancak ilandan evvel birleşen ortaklıklar borçlarını ifa ya da borcu karşılayan miktarda parayı T.C. Merkez Bankasına veya diğer bir bankaya yatırmış ya da alacaklılar birleşmeye rıza göstermişlerse, birleşme ilan gününden itibaren hüküm ifade etmektedir.

Eğer, alacaklılar üç ay içinde birleşmeye itiraz etmişlerse, itirazdan vazgeçilmediği veya itirazın mahkeme tarafından reddi kesinleşmediği veya mahkemece takdir edilecek bir teminat ortaklık tarafından verilmediği takdirde birleşme hüküm ifade etmemektedir.

III. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme

A. Yeni Türk Ticaret Kanunu ve yürürlüğe girme süreci

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen YTTK, 14 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. YTTK'da farklı yürürlük hükümlerine yer verilmiş olmakla birlikte, Kanun'un genel yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012'dir.

Makalemizin konusunu oluşturan sermaye şirketlerinin birleşmelerine ilişkin hükümler açısından özel bir yürürlük tarihi belirlenmemiş olduğundan, anılan hükümler 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

B. Yeni hükümlerin esin kaynakları

Ticaret şirketleri yasada öngörülen şekilde kurulmakla birlikte, zaman içerisinde yapısal değişikliklere ihtiyaç duyulabilmektedir. Şirketlerdeki yapısal değişiklikler ya rekabet edilebilirlik koşullarının güçlendirilmesi amacıyla ya da mali durumu iyileştirmek amacıyla yapılmaktadır. Mali yapıda arzulanan güçlenme hedefine ulaşabilmek için kullanılan yapılandırılardan birisi de şirket birleşmeleridir. Bu yapısal değişiklikler; mevcut TTK'da içerik olarak sınırlı şekilde düzenlendiğinden, YTTK'da Avrupa Hukuku'ndaki gelişmeler dikkate alınarak köklü değişiklikler yapılmıştır.

Genel gerekçede de ifade edildiği üzere; değişiklik konseptinde AB, Alman ve İsviçre hukukundaki gelişmeler etkili olmuştur. Temmuz 2004'de yürürlüğe giren İsviçre Birleşme Kanunu'ndaki (İBirk) birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerde, AET'nin 78/855 (1978 tarihli 3. EG-Richtlinie) ile 82/829 (1982 tarihli 6. EG-Richtlinie) sayılı yönergeleri ve bu konudaki yeni gelişmeler etkili olmuştur. YTTK'daki birleşmeye ilişkin değişikliklerde de İBirk esas alınmıştır.

Ancak, YTTK'da milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümlere ve İBirK'da yer alan sınır aşan birleşme gibi yapısal değişikliklere yer verilmemiştir.⁴

C. Yeni Türk Ticaret Kanunu kapsamında getirilen yenilikler

Birleşmeye, YTTK'nın 136. ila 148. maddelerinde yer verilmiş olup, yeni Kanun'da selefine oranla daha ayrıntılı ve geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Bu çerçevede, mevcut TTK'da olduğu gibi, YTTK'da da birleşme "devralma şeklinde" ve "yeni kuruluş şeklinde" birleşme olmak üzere iki çeşit olarak ele alınmış olup, kabul eden şirket "devralan", katılan şirket ise "devrolunan" şeklinde ifade edilmiştir.

Mevcut TTK'da yer alan birleşmeye ilişkin temel ilkeler YTTK kapsamındaki düzenlemeler ile genel anlamda korunmuştur. Bu çerçevede; YTTK'da, birleşmenin temel unsurları olan külli halefiyet ilkesi, işletmeye ilişkin tüm iş ve işlemlerde devamlılık ilkesi, ortaklık haklarının devamlılığı, tasfiyesiz sona erme gibi ilkelerin muhafaza edildiği görülmektedir.

Ancak, mevcut yasadaki farklı olarak tasfiyesiz sona ermenin istisnasını teşkil eden, YTTK'da bir ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle (onun tarafından devralınması suretiyle) birleşmesi düzenlenmesi kabul edilmiştir. Bu tür birleşmede, ticari işletmenin tüzel kişiliği bulunmadığından, sona erme söz konusu olmamakta, sadece ticari işletme aktif ve pasifiyle birlikte ticaret şirketi tarafından devralınmaktadır.

Bu çerçevede, Ticaret ve Şirketler Hukuku yönünden son derece önem arz eden konulardan biri olan birleşmeye ilişkin olarak YTTK kapsamında yapılan düzenlemeler ile getirilen yeniliklere makalemizin aşağı kısımlarında ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

1. Türler arası birleşme serbestisi

Mevcut TTK'da birleşme işleminin yapılması için şirket türlerinin aynı olması şartı yer almaktadır. Bu sebeple yürürlükte bulunan uygulamada, şirket türleri farklı olan şirketler birleşme işlemi yapmak istediklerinde, şirketlerden birisi öncelikle nev'i değiştirme yoluna gitmekte ve buna bağlı olarak da birleşme süreci bir hayli uzamaktadır. Oysa YTTK ile şirketlerin aynı nev'idan olma şartı ortadan kalkmış bulunmaktadır. Buna göre sermaye şirketlerinin limited yahut anonim şirket olmasına bakılmaksızın birleşmelerinin önü açılmıştır. Böylece, getirilen düzenleme kapsamında, bugüne kadar aynı türden olmayan şirketlerin birleşmesinde başvuru nev'i değiştirme yolu bertaraf edilerek daha pratik ve hızlı bir birleşme sürecinin yolu açılacaktır.

Bu çerçevede; YTTK'nın 137. maddesi, üç sınıf halinde kanunen izin verilen birleşmeleri düzenlemektedir. Madde kapsamında; sermaye şirketlerinin, şahıs şirketlerinin ve kooperatiflerin hangi şirketlerle ve hangi şartlar altında birleşebilecekleri birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre;

- Sermaye şirketleri; (i) sermaye şirketleriyle, (ii) kooperatiflerle ve (iii) devralan şirket olmaları şartıyla, kollektif ve komandit şirketlerle;
- Şahıs şirketleri, (i) devrolunan şirket olmaları şartıyla sermaye şirketleriyle (ii) devrolunan şirket olmaları şartıyla kooperatiflerle;
- Kooperatifler, (i) kooperatiflerle (ii) sermaye şirketleriyle ve (iii) devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleriyle birleşebilirler.

2. Tasfiye durumundaki bir şirket ile teknik iflas halindeki bir şirketin birleşmeye katılması

Kanun koyucu, mevcut TTK'da düzenlenmemiş olan ve gerek eski uygulamada gerekse de YTTK'nın yürürlük sürecinde tartışmalara neden olan iki konuyu YTTK'nın 138. ve 139. maddeleri kapsamında getirilen düzenlemelerle çözüme kavuşturmuştur.

Söz konusu düzenlemelerden ilki; tasfiye halindeki bir şirketin, malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması durumunda ve "devrolunan şirket" olması şartıyla, birleşmeye katılabilmesidir.

⁴ Sınır aşan birleşme, yani bir ülkenin şirketiyle ilgili birleşme, bölünme gibi yapısal bir değişikliğin o ülkenin sınırı dışında başka bir ülkede gerçekleştiği, sınır aşan merkez değiştirmeleri, sınır aşan birleşmeler ve birleşmeler kapsamında sınır aşan etkili bölünmeler, yabancı ülkelerde esas faaliyetin yoğunlaşacağı şubeler açılması Avrupa'da şirketlerin hareketliliği şeklinde ifade edilmektedir.

Tasfiye halindeki şirketin malvarlığının henüz dağıtılmaya başlanılmadığı hususunun, işlem denetçisi tarafından hazırlanan rapor ile kanıtlanması gerekmektedir. Söz konusu rapor devralan şirket merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicil müdürlüğü nezdinde tasdik edilmelidir.

İkinci düzenleme ise birleşme öğretisinde hayli tartışılan, sermayesini belli bir oranda yitirmiş veya borca batık olan (uygulamadaki tabir ile teknik iflas durumu) bir şirketin birleşmeye katılıp katılamayacağı hususuna açıklık getirmektedir. İlgili hüküm YTTK'nın 139. maddesinde; "sermayesiyle, kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlar kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda, serbestçe tasarruf edebilen özvarlığa sahip bulunan şirket ile birleşebilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu durumda, öncelikli olarak hükümden yer alan borca batıklık kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Borca batıklık ya sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının bilanço zararlarıyla kaybedilmesi halinde eksi bilanço; ya da zararlar bunun üstünde ise teknik deyimle kırmızı bilanço olarak ifade edilmektedir.⁵

Gerek eksi bilanço gerekse kırmızı bilanço durumu şirketin birleşmesini engelleyen bir faktör değildir. Yeter ki devralan veya hatta devrolunan şirketin bu açıkları kapatabilecek miktarda serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığı bulunsun. Bu nedenle borca batık durumdaki şirket birleşmede devrolunan şirket olabileceği gibi, devralan şirket konumunda da olabilir. Ancak önemle belirtilmelidir ki; serbestçe kullanabilecek özvarlığını başka bir şirkete kurtarmaya tahsis eden şirketin azınlıkta kalan ortaklarının menfaatlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Aksi halde azınlık olan ortakların itirazı neticesinde birleşme kararının iptali gündeme gelebilecektir.

Öte yandan borca batıklık durumunda birleşme işleminin geçerli olabilmesi için; birleşmeye katılan diğer şirketin, borca batıklık durumunu karşılayabilecek oranda mali güce sahip olduğunun işlem denetçisinin raporuyla ispat edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu rapor devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret sicil müdürlüğü tarafından tasdik edilmelidir.

3. Ortaklık payları ve buna bağlı haklar

Ortaklık payları ve hakları, YTTK'nın 140 ve 141. maddeleri kapsamında düzenlenmiştir. Kanun'un 140. maddesinde ortaklık payının ve haklarının korunması, 141. maddesinde ise ayrılma akçesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Birleşme hukukunda üyeliğin devamlılığı ilkesi, birleşme sebebiyle devrolunan şirkette sona eren pay ve üyelik (ortaklık) haklarının, eşit değerdeki katılım haklarıyla devralan şirkette devam etmesini ifade etmektedir. Bu ilke YTTK'nın 140. maddesinin ilk fıkrasında; "devrolunan şirketin ortaklarının, mevcut ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları vardır. Bu istem hakkı, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının değeri, oy haklarının dağılımı ve önem taşıyan diğer hususlar dikkate alınarak hesaplanır" hükmüyle düzenlenmiştir. Birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıkları, değişim ilişkisinin tespitinde kural olarak en önemli faktördür. Burada "birleşen şirketlerin malvarlığı" ile işletmenin değeri yani işletmenin yaşayan değeri ifade edilmektedir.

Bununla birlikte YTTK'da ortaklık payının ve haklarının korunması veya devam etmesi ilkesine üç önemli istisna getirilmiştir. İlk istisna YTTK'nın 140. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen "denkleştirme ödemesi", ikinci ve en ağır istisna 141. maddenin ilk fıkrasında tanımlanan "ayrılma akçesi", üçüncü istisna ise 140. maddenin 5. fıkrasında öngörülen, intifa senetlerinin satın alınmasına ilişkindir. Söz konusu istisnalardan bahsetmek gerekirse;

Birinci istisna, dar kapsamlı olup, TTK'nın 140. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen denkleştirme ödemesidir. Bu düzenleme ile Türk hukukunda ilk defa devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan payların gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödemesi yapılabilmesine imkan tanınmıştır. Ortaklık payları ve haklarından kasit devrolunan şirketteki şirkete katılma payı, paya bağlı malvarlığı, yönetim, denetim ve inceleme haklarıdır. Ancak bu terim azlık haklarını kapsamamaktadır. Zira devrolunan şirkette azlık haklarına sahip bir ortak, oransal eşitlik sebebiyle devralan şirkette azlık hakkını haiz olmayabilmektedir. Denkleştirme akçesi, malvarlıklarının değerlendirilmesinde sıklıkla hatta neredeyse her zaman ortaya çıkan küsuratın kaldırılması karşılığında verilecek nakdi ifade etmektedir. Bu haliyle denkleştirme akçesi birleşmenin kavramsal bir ögesi olmayıp esasen birleşmenin uygulanmasını kolaylaştıran bir araçtır.

⁵ Gerekçe, m. 139, s. 47.

Ortakların devamlılığı ilkesine istisna teşkil eden ikinci düzenleme ise ayrılma akçesidir. Ayrılma akçesi, YTTK'nın 141. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu düzenleme ile Türk hukukunda ilk kez, birleşmeye katılmak arzusunda olmayan ortaklara alternatif yol olarak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi önerilebileceği belirtilmiştir. Yeni düzenleme uyarınca; birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde pay sahiplerine, devralan şirketin pay sahipliği hakları tahsisi ile ortaklık paylarının gerçek değerine denk gelen bir tazminat (ayrılma akçesi) arasında seçim hakkı tanıyabilecekleri gibi, sadece ayrılma akçesinin verilmesini de öngörebilirler.

Birleşmede seçimlik veya zorunlu olan bu ayrılma hakkı, esas olarak birleşmeye muhalif olan devrolunan şirketin ortaklarına ait olup devredilen ortaklıktan ayrılma hakkı sağlamaktadır. Ancak, ayrılma akçesiyle devrolunan şirketin ortakları, ekonomik yönden birleşme öncesindeki durumlarına nazaran daha bir kötü bir duruma getirilemez. Madde hükmünde de açıkça belirtildiği gibi, ortaklara verilecek ayrılma akçesinin "ortaklık paylarının gerçek değerine denk olması" gerekmektedir. Ancak, yasa gerekçesinde "gerçek değer" tanımlanmadığı, uygulamaya bırakıldığı ve "yaşayan şirket değeri" ilkesinin uygun olacağı belirtilmektedir.

Ayrılma akçesinin türü hakkında yasada net bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, ayrılma akçesinin nakit olması şart değildir. Karşılık olarak başka bir şirketin payı/pay senedi veya bir diğer menkul değeri, mesela değiştirilebilir tahvil de verilebilir.⁶ Ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun serbestçe tasarruf edilebilecek yedeklerden alınması, yoksa sermayenin iadesi şeklinde olmaması gerekir. Bütün ortakların ya da çok sayıda ortağın ayrılma akçesini almak istemesi, birleşmenin gerçekleşmemesi olasılığını ortaya çıkarabilir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, birleşmeye katılan şirketlerin birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilecekleri düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmünü iki alternatifte değerlendirmek mümkündür. Birinci alternatifte, arzu etmeyen ortaklar ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılabilirler. Böylece anonim şirketlerde şirketten çıkma olanağı sağlanmış olur. İkinci alternatifte ise; arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkarıcı azınlığı ve/veya ortağı, ayrılma akçesini ödeyerek şirketten çıkarma hakkı büyük çoğunluğa verilmektedir. Çünkü bu karar sermayenin yüzde doksanınin oylarıyla alınacaktır. Buna uluslararası birleşme literatüründe, squeeze-out merger veya cash-out merger ya da freeze out merger, yani ortağı çıkararak birleşme denilmektedir.⁷

Öte yandan, çıkarma YTTK'nın 151. maddesinin 5. fıkrasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Birleşme sözleşmesi, sadece ayrılma akçesinin ödenmesini öngörüorsa, bu sözleşmenin devreden şirketin oy hakkını haiz ortaklarının yüzde doksanı tarafından onaylanması gerekir. Bu nisapla onaylanmak şartıyla birleşme sözleşmesi belirli ortakların, devralan şirkette pay sahibi olmalarına engel olup onların ayrılma akçesi almalarını zorunlu olarak öngörebilir. Bu nisapla alınan bir kararın çıkarılmaları birleşme sözleşmesinde ismen belirtilmiş bulunan ortaklar itiraz edemezler. Bu yüksek nisap, adeta onların haklarını kaldırmakta ve yüzde doksanınin istemediği bir kişinin şirkette kalmasına izin verilmemektedir. Türk hukukunda yeni olan bu çıkarma yetkisi, şirket iç barışını sağlamaya yöneliktir. Çıkarmaya itiraz edemeyen ortağın, ayrılma akçesinin tutarına itiraz hakkının var olduğu şüphesizdir.

Huzuru bozan pay sahiplerinin şirketten çıkarılmaları gerektiği görüşü modern şirketler hukukunda gün geçtikçe ağırlık kazanmakta, şirketin menfaatine olan bir kararın alınmasını kendisine özel menfaat sağlanmasına bağlayan bir ortağın şirketten çıkarılması anonim şirketlerin niteliğine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir. Bu fıkra ikinci fıkradaki çıkarma hakkı ile de denge sağlamaktadır.

Denkleştirme ödemesi ve ayrılma akçesinden sonra, ortaklık haklarının devamlılığı ilkesine istisna teşkil eden üçüncü düzenleme ise YTTK'nın 140. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen, intifa senetlerinin satın alınmasına ilişkindir. Buna göre devralan şirket, intifa hakkı sahiplerine, eş değerli haklar tanımak veya intifa senetlerini, birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarihteki gerçek değeriyle satın almak zorundadır.

4. Birleşme işlemleri

Birleşme işlemleri, mevcut TTK'nın aksine YTTK'da oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Yeni Kanun'da, birleşme kapsamında yapılacak işlemler ve bunlara yönelik açıklamalar maddeler halinde açıkça belirtilmiştir. Söz konusu işlemler, YTTK'nın 145. ila 154. maddelerinde tanzim edilmiş olup, madde hükümleri uyarınca aşağıda belirtilen işlemler sırasıyla gerçekleştirilecektir:

⁶ Gerekçe, m.141, s.49.

⁷ Genel Gerekçe, 121 numaralı paragraf

- Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından yazılı bir birleşme sözleşmesi hazırlanması, bu sözleşmenin yönetim organlarıca imzalanması ve son aşamada şirketlerin genel kurullarına onay için sunulması,
- Birleşme sözleşmesinin yanı sıra, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından ayrı ayrı veya birlikte, Kanun'da öngörülen bilgileri içeren bir birleşme raporu hazırlanması,⁸
- Hazırlanan birleşme sözleşmesi ve raporu ile şirketlerin birleşmeye esas oluşturan bilançolarının, uzman bir işlem denetçisi tarafından denetlenmesi ve bu doğrultuda rapor hazırlanması,
- Ortakların yanı sıra, birleşme nedeniyle menfaatleri etkilenen tüm ilgililere, yapılacak genel kurul toplantısından 30 gün önce birleşme ve ilgili belgeleri inceleme imkanı verilmesi ve ayrıca bu belgelerin şirketin internet sitesinde yayımlanması,⁹
- Bu esnada birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında birleşme sözleşmesinin imzalanmasından sonra ancak genel kurul kararından önce önemli bir değişiklik meydana gelmesi halinde, bu durumun gerek ilgili şirketin genel kuruluna gerek diğer şirketin yönetim kuruluna bildirilmesi,¹⁰
- Hazırlanan birleşme sözleşmesinin, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında kanunda öngörülen nisaplara uygun olarak onaylanması ve birleşme kararının alınması,
- Birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında birleşmeye karar verilmesinin ardından bu kararların, devralan şirket bünyesinde sermaye artırımını yapılmışsa bu konudaki esas sözleşme değişikliği ile birlikte ticaret siciline tescil edilmesi,¹¹
- Birleşme kararının ilan edilmesi.¹²

Bununla birlikte tüm ortakların onaylaması kaydıyla küçük ölçekli şirketler bakımından birleşme raporu hazırlanmasından, birleşmenin denetlenmesinden ve ortakların inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilebileceği de açıkça öngörülmüştür.

Öte yandan bir önemli revizyon da birleşme kararının alınmasında uygulanacak toplantı ve karar nisaplarında yapılmıştır. Birleşme kararının alınması için mevcut TTK'da, kolektif ve komandit ortaklıklarda sermayenin üçte ikisini oluşturan ortakların oyları; anonim ve paylı komandit ortaklıklarda ise ortakların çoğunluğunun oyları yeterli olmaktadır.

YTTK'da ise birleşme sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararında aranacak yeter sayıları şirket tiplerine göre aşağıdaki şekilde belirlenmiştir;

- Anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle,
- Bir kooperatif tarafından devralınacak sermaye şirketlerinde, sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle,
- Limited şirketlerde, sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların dörtte üçünün oylarıyla,
- Kooperatiflerde, verilen oyların dörtte üçüyle; ana sözleşmede ek ödeme ve başka edim yükümleri ya da sınırsız sorumluluk kabul edilmiş veya bunlar mevcut olup da genişletilmişse kooperatife kayıtlı ortakların tümünün dörtte üçünün kararıyla,

onaylanmalıdır.

⁸ Birleşme raporu, birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarına somut olaydaki birleşmeye ilişkin ve bu birleşmeyi tanımlayan bilgi verilmesini amaçlamaktadır. Raporun, kanunda bu husustaki düzenlemede öngörülen konularda, aydınlatıcı, gerekçeli ve tatmin edici açıklamaları içermesi gerekmektedir.

⁹ Genel Kurula ilişkin duyurularda ve sermaye şirketlerinin internet sitesinde bu inceleme hakkına işaret edilecek ve incelemenin yapılabileceği yer gösterilecektir.

¹⁰ Bu durumda, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının, birleşme sözleşmesinde temellendirilen birleşmenin yeni koşullar altında hala geçerli olup olmadığını, birleşme sözleşmesinde değişiklik yapıp yapılmayacağını veya birleşmeden vazgeçilip geçilmeyeceğini gözden geçirmeleri gerekmektedir.

¹¹ Birleşme işlemi, tescil ile birlikte geçerlilik kazanmaktadır. Böylece bir yandan devrolunan şirket infisah ederken, öte yandan da bu şirketin tüm malvarlığı aktif ve pasifi ile birlikte kendiliğinden devralan şirkete intikal etmektedir. Devrolunan şirketin ortakları da devralan şirketin ortağı sıfatını kazanmaktadır.

¹² Şeffaflık ilkesi kapsamında üçüncü kişileri bilgilendirmenin ötesinde, birleşme kararı ayrıca ilan da edilecektir.

5. Sermaye şirketlerinde kolaylaştırılmış birleşme

Sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış birleşmesi YTTK'nın 155. maddesi kapsamında düzenleme altına alınmıştır.

Kolaylaştırılmış birleşme prosedürü, yalnızca sermaye şirketlerine uygulandığından, şahıs şirketlerine kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir. Kolaylaştırılmış birleşmenin temelinde, birbirlerine yabancı iki şirketin birleşmesi durumunda azınlık pay sahipleri açısından ortaya çıkması muhtemel risklerin, birbirine çok yakın olan şirketlerin birleşmesinde hiç mevcut olmaması veya çok önemsiz olması olgusu yatmaktadır. Bu nedenle normal birleşme işlemlerinde öngörülen birçok koruyucu hükmün kolaylaştırılmış birleşmede uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Kolaylaştırılmış birleşmenin uygulanması iki halde mümkündür. Birinci durumda, oy hakkı veren bütün paylara sahip olma durumu söz konusudur. Şöyle ki;

- Devralan sermaye şirketinin devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının doğrudan ya da dolaylı bir şekilde tamamına sahip olması halinde veya
- Bir şirket ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına sahiplerse

sermaye şirketleri kolaylaştırılmış düzene göre birleşebilirler.

İkinci durumda ise 155. maddenin 2. fıkrasında öngörülen oy hakkı veren payların en az % 90'ına sahip olma durumu söz konusudur. Buna göre devralan sermaye şirketinin devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının yüzde doksanına sahip olması halinde;

- Azınlıkta kalan pay sahiplerine devralan sermaye şirketindeki payların yanı sıra, bu payların gerçek değerine denk bir karşılık verilmesi tercihinin önerilmesi ve
- Birleşme sonucu ortaklar bakımından ek ödeme veya kişisel edim yükümlülüğü ya da kişisel sorumluluk doğmaması kaydıyla

birleşme kolaylaştırılmış prosedüre göre gerçekleştirilecektir.

Sağlanan kolaylıklar ise devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına sahip olunması halinde, içeriği daha dar bir birleşme sözleşmesi hazırlanması ile birleşme raporu, birleşmenin denetlenmesi ve inceleme hakkına ilişkin hükümlerin bu olasılıkta uygulanmaması, hatta birleşme sözleşmesinin genel kurulun onayına sunulmasına gerek bulunmamasıdır.

Öte yandan devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının yüzde doksanına sahip olunması durumunda, yukarıda belirtilen kolaylıklardan sadece azınlık pay sahiplerinin korunması amacıyla birleşmenin denetlenmesi ve inceleme hakkına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

6. Alacaklıların korunması ve ortakların kişisel sorumluluğu

YTTK'da yer alan düzenlemede, birleşmede alacaklıların korunması birleşmenin uygulanmasından sonra başlamaktadır. Alacaklılarının korunmasına yönelik olarak düzenlenmiş olan YTTK'nın 157. maddesinde, alacaklılara sadece teminat talep etme hakkı tanınmıştır. Söz konusu düzenlemede, mevcut Kanun'un 150. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer bir birleşmeye itiraz hakkı verilmemiştir.

İlgili madde hükmü uyarınca; birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde istemde bulunurlarsa, devralan şirket bu alacaklıların alacaklarını teminat altına alır. Güvence olarak uygulamadaki kişisel teminatlar (kefalet, garanti, üçüncü kişinin borca dahil olması, kefil değişimi gibi) ve aynı teminatlar (rehin, ipotek) söz konusudur.

Bu meyanda birleşmeye katılan şirketler alacaklılarına, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, tirajı ellibinin üstünde olan yurt düzeyinde dağıtımı yapılan üç gazetede yedişer gün aralıklarla üç defa yapacakları ilanla ve ayrıca internet sitelerine konulacak ilanla haklarını bildirirler.

Ancak işlem denetçisi birleşmeye katılan şirketlerin serbest malvarlıklarının ödenmesine yetmeyeceği bilinen bir alacakları bulunmadığını veya böyle bir alacak istemi beklenmediğini doğruladığı takdirde ilan yükümlülüğü ortadan kalkar.

Ayrıca devralan şirket, alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini bir işlem denetçisi raporuyla ispat ettiği takdirde de teminat verme yükümlülüğü sona erecektir. Nihayet yükümlü şirket, diğer alacaklıların anlaşılması halinde, teminat göstermek yerine borcu ödemeyi de tercih edebilir.

Bununla birlikte; YTTK'da ortakların kişisel sorumluluklarına ilişkin düzenleme Kanun'un 158. maddesinde yapılmıştır. İlgili madde hükmü uyarınca; devrolunan şirketin borçlarından, birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş olmalıdır.

Mezkur madde hükmü ile kişisel olarak sorumlu bulunan ortakların bağlı buldukları sorumluluk rejiminden kaynaklanan, Kanun'da öngörülen şartların varlığı halinde birleşmeden sonra da devam edeceği ilkesi ortaya konulmuştur. Ayrıca, Kanun sorumluluğun devam edebilmesini şarta bağlamış olup bu şart devrolunan şirketteki borcun ya birleşme kararından önce doğmuş olması ya da borçları doğuran sebeplerin bu tarihten önce oluşmuş bulunmasıdır. Zira birleşmenin ilanından sonra doğan veya sebebi oluşan borçlarda kişisel sorumlu ortağı yükümlü tutmaya devam etmek şirketler ve sicil hukuku ile bağdaşmayacağı gibi adil de değildir.

Ortakların kişisel sorumluluklarına ilişkin 158. madde hükmünün 2. fıkrası uyarınca; devrolunan şirketin ortaklarına ilişkin bu kişisel sorumluluk, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren 3 yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak, alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi ilan tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu sınırlama sadece devrolunan şirketin ortaklarına ilişkin olup, devrolunan şirketin borçlarından kişisel olarak sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz. Belirtmekte fayda var ki; 158. maddenin 2. fıkra hükmü, 1. fıkra hükme bağlanan sorumluluk için özel bir zamanaşımı öngörmektedir, yoksa bir hak düşürücü süre söz konusu değildir. Bu zamanaşımı kuralı, hiçbir şekilde daha önce zamanaşımına uğramış taleplere yeni bir süre kazandırmaz. Bunun gibi bir talep, fıkradaki üç yıldan önce zamanaşımına uğruyorsa, kendi süresine tabi olur aksi takdirde geri kalan süre üç yıla kadar uzamaz.

Öte yandan aynı madde hükmünün 3. fıkrasında; izahname başka bir düzenleme içermediği sürece, kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borçlanma senetlerinde sorumluluğun itfa tarihine kadar devam edeceği düzenlenmiştir.

İş ilişkilerinin geçmesi hususunu düzenleyen 4. fıkra hükmünde ise; iş ilişkilerinin durumu hakkında bölünmeyle ilgili 178. maddeye atıf yapılmıştır. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, tam veya kısmi bölünmede (konumuz açısından birleşmede) işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer. Bu durumda eski işveren ile devralan, işçinin birleşmeden önce muaccel olmuş alacakları ile normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludurlar.

IV. Sonuç ve değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere; YTTK'da birleşme müessesine ilişkin hükümler, mevcut TTK'ya göre çok daha geniş ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Şüphesiz ki bu ayrıntılı düzenlemelerin yapılmasında, ülkemizde yapılan şirket birleşmelerinin sayısında meydana gelen artış ve bu doğrultuda bazı hususların açıklığa kavuşturulması ihtiyacının doğması en önemli faktörlerden biridir.

Bununla birlikte; şirket birleşmelerine ilişkin olarak, YTTK'nın hazırlanmasında AB, Alman ve İsviçre hukukundaki gelişmelerin de dikkate alınması suretiyle birleşme işlemlerinin kolaylaştırılması yönünde bir anlayış benimsenmiştir.

Bu anlayış doğrultusunda birçok yeni düzenleme YTTK'da yerini almıştır. Söz konusu yeni düzenlemeler; yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan, türler arası birleşme serbestisi, şahıs şirketlerinin birleşmesi, tasfiye halinde bir şirketin ve borca batık şirketin birleşmeye katılması, denkleştirme ödemesi, ayrılma akçesi, sermaye şirketlerinde kolaylaştırılmış birleşme gibi düzenlemelerdir.

Dolayısıyla; YTTK ile getirilen düzenleme ve kolaylıklar sayesinde, ekonomik gelişmelere de bağlı olarak, ileriki dönemlerde yapılacak şirket birleşmelerinin sayısında ciddi bir artış meydana gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Ancak yeni düzenlemelerin sağlıklı bir şekilde uygulanması ve yeni Kanun'la ilgili oluşacak tereddütlerin giderilmesi açısından Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca birleşme işlemlerine ilişkin bir uygulama tebliğinin çıkarılması gereklidir.



Kuzey YMM A.Ş.
Büyükdere Cad. Beytem Plaza
No:22 K:2 - 8, 34381 - Şişli
İstanbul - Turkey
Tel: +90 (212) 315 30 00
Fax: +90 (212) 234 10 67
www.vergidegundem.com
www.ey.com

Bu makalede yer alan açıklamalar, yazarının konu hakkındaki kişisel görüşünü yansıtmaktadır. Makaledeki bilgi ve açıklamalardan dolayı Ernst & Young ve/veya Kuzey Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş.'ye sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Mevzuatın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz.