

TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞME SÜRECİ VE BAZI SORUNLAR

Kürşat GÖKTÜRK*

ÖZET

Ticaret şirketlerinin birleşmesi hakkında, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinde benimsenen sistem, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda terk edilmiştir. Yeni sistem büyük ölçüde İsviçre Birleşme Kanunu ve dolaylı olarak ilgili Avrupa Birliği yönergesine dayanmaktadır. Çalışmada ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin yeni sistem, çeşitli sorunlara ağırlık verilmek suretiyle incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Ticaret Hukuku-Şirketler Hukuku-Ticaret Şirketleri Genel Hükümler-Ticaret Şirketlerinde Yapı Değişikliği-Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*

STEPS IN A MERGER PROCESS IN TURKISH COMMERCIAL LAW AND SOME PROBLEMS ABOUT MERGERS

ABSTRACT

The regulation about merger of companies which is adopted by the Turkish Commercial Code No. 6762 is abandoned in the Turkish Commercial Code No. 6102. The new system greatly indirectly related to the Swiss Merger Act and is based on the European Union directive. In this study, the new system of merger of commercial companies is stated by emphasizing to various problems.

***Keywords:** Commercial Law-Company Law-Trading Companies General Provisions- Change in the Structure of Trade Companies-Merger of Companies*

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I- TİCARET ŞİRKETLERİNDE YAPI DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN ESASLAR

A- Genel Olarak

Ticaret şirketi denildiğinde, genellikle bu şirket tarafından işletilen işletme akla gelmekle birlikte, kavram aslında, kanunda sınırlı sayıda belirtilen tüzel kişileri ifade eder (TTK m. 124/1). Bu sebeple ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi, şirket tüzel kişiliği bağlamında gerçekleşen işlemler olup, ticaret şirketinde sadece ortak sıfatının değişmesine veya şirket tarafından işletilen işletme sahipliği sıfatındaki değişime indirgenemez.

Ticaret şirketleri bazen belirli bir amacın gerçekleştirilmesi bakımından yeterli büyüklüğe sahip olmayabilir ve birleşme bu amacın gerçekleştirilmesinde bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Bazen ana faaliyet konusu dışında kalan faaliyetlerin ayrı bir şirket vasıtasıyla yürütülmesi gerekli olabileceği gibi, bir ticaret şirketi farklı faaliyetleri gerçekleştirecek iki veya daha fazla şirkete bölünebilir. Yine bazı hallerde mevcut hukuki yapı, amacın gerçekleştirilmesi bakımından avantajlı olmayabilir¹. Temelde iktisadi ve hukuki avantaj sağlanmaya yönelik bu tür yapı değişiklikleri, birleşme, bölünme ve tür değiştirme adını taşıyan hukuki müesseseler vasıtasıyla gerçekleşir.

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliği üst başlığında toplayabileceğimiz birleşme, bölünme ve tür değiştirme kurumlarına ilişkin yasal düzenlemenin ana kaynağı, İsviçre'nin 2003 tarihli "Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu"dur². Fakat Türk hukukundaki düzenleme, İsviçre kanunundan çeşitli yönlerden ayrılmaktadır³.

Mülga ticaret kanunundan farklı olarak, yapı değişikliği TTK m. 134-194 arasında düzenlenmiş, münferit ticaret şirketlerine ilişkin kısımlarda özel düzenleme yapılmasından kaçınılmıştır. Ayrıca ticaret şirketlerinin bölünmesi mülga kanunda düzenlenmemişken, yeni kanunda bölünme ile ilgili özel hükümlere yer verilmiştir.

¹ Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter; Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern, 2012, § 25, Rn. 8

² Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz-FusG). Kısaca İsviçre Birleşme Kanunu olarak ifade edilecektir.

³ Gerekçe (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S.Sayısı: 96- Aşağıda sadece "Gerekçe" şeklinde kısaltılarak kullanılmıştır), s. 111; Farklılıklara ilişkin açıklamalar için bkz. Gerekçe s. 111

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi TTK m. 134-194 arasında düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeler, münhasıran ticaret şirketlerine ilişkin olduğundan (TTK m. 134/I), adi şirketlerdeki yapı değişikliği bakımından uygulanmaz. Fakat TTK m. 194 uyarınca (adi şirket şeklinde işletilen) bir ticari işletmenin, ticaret şirketiyle birleşmesi veya ticaret şirketine dönüşmesi ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili bazı hükümlerinin kıyasen uygulanabilecektir.

B. TTK Düzenlemelerinin Üst Norm ve Genel Norm Özelliği

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin hükümler (TTK m.134-194), **genel norm** ve **üst norm** özelliğine sahiptir. TTK m. 134/2'ye göre “*Diğer kanunların, bu Kanunun 135 ila 194 üncü maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır.*” Bu hüküm, bir taraftan diğer kanunlarda da yapı değişikliğine ilişkin düzenlemeler yapılabileceğini, dolayısıyla TTK düzenlemelerinin genel düzenleme olduğunu kabul ederken; diğer taraftan, başkaca kanunlardaki düzenlemelerin TTK m. 134-194 hükümlerine *aykırı olmayanların* saklı olduğunu vurgulamak suretiyle, TTK m. 134-194 düzenlemelerine aykırı hükümler taşıyan düzenlemelerin yerine TTK düzenlemelerinin uygulanacağına işaret etmekte⁴, TTK düzenlemelerine üst norm kuvveti vermektedir.

Kanunun bu sarıh hükmüne rağmen, bu düzenlemeyi açıklayan kanun gerekçesinde, maddenin yapı değişikliğine ilişkin çeşitli kanunlardaki düzenlemeleri saklı tuttuğu belirtilmekte, yani üst norm özelliği reddedilerek, yapı değişikliğine ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı olduğu kanaati uyandırılmaktadır⁵. Kanun metninin açık düzenlemesi karşısında, gerekçenin değil, madde metninin esas alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak üst norm özelliği bir kanun ile verildiğinden, sonradan çıkan başkaca özel kanunlarla bu özelliğin bertaraf edilmesi mümkündür. Yine TTK'dan önce çıkan kanunlar bakımından da, özel kanunun amacı göz önünde bulundurulmak suretiyle, özel norm-genel norm ilişkisinin değerlendirilmesi suretiyle TTK düzenlemesinden farklı bir sonuca ulaşmak mümkündür⁶.

⁴ Konuyla ilgili mevcut düzenlemeler de aynı zamanda örtülü olarak yürürlükten kaldırılmaktadır. Bkz. Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 111

⁵ Gerekçe s. 112

⁶ Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi, bankaların birleşme, bölünme ve devirlerinde TTK hükümlerinin uygulanmayacağını açıkça hükme bağladığından, TTK m. 134/2 hükmünü bertaraf eden özel kanun olarak nitelendirilmesi gerekir.

C. Kavramlar

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin TTK düzenlemesinin ana kaynağını (mehaz) oluşturan İsviçre Birleşme Kanunu, sadece ticaret şirketlerini değil, aynı zamanda dernekleri, vakıfları, tek kişi işletmelerini, tüzel kişiliği olsun ya da olmasın kamu hukuku kurumlarını kapsamaktadır. Bu nedenle mehaz kanunda kavramlarla ilgili özel bir maddeye yer verilmiştir (FusG Art. 2). Mehaz kanundaki farklılıklara rağmen, TTK m. 135’de de olası tereddütlerin ve gereksiz tekrarların engellenmesi bakımından kavramlara yer verilmiştir. Buna göre TTK m. 134-194. maddelerin uygulanması bakımından;

Şirket; Ticaret şirketlerini ifade etmektedir (TTK m. 135/I). Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir (TTK m. 124/1). Kanun gerekçesinde her ne kadar şirket teriminin belirli bir ya da birkaç şirketi değil, bir anlamda İsviçre Birleşme Kanunundaki hukuk sujesi (*sujets/Reschtsträger/soggetti giuridici*) kavramını karşıladığı yönünde açıklama yapılmış ise de, öğretilerde *Pulaşlı*’nın haklı olarak ifade ettiği gibi, şirket terimi ile mehazda geçen hukuk sujesi terimleri birbirini karşılamamaktadır⁷. Ticaret şirketleri dışındaki özel hukuk ve kamu hukuku organizasyonlarının da yapı değişikliğini düzenleyen İsviçre Birleşme Kanununda hukuk sujesi (*Rechtsträger*) ve şirket kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır (Bkz. FusG Art. 2).

Ortak; Anonim şirketlerin pay sahiplerini, limited şirketler ile şahıs şirketlerinin ve kooperatiflerin ortaklarını ifade etmektedir(TTK m. 135/I). Maddede, çeşitli ticaret şirketlerindeki farklı kavram tercihlerinden dolayı, ortağın neyi ifade ettiği hususunda yasal bir sayım yapılmıştır⁸. Ancak yasada anonim şirket, limited şirket, şahıs şirketleri (kollektif ve komandit) ve kooperatif ortaklarından bahsedilmiş iken, bir sermaye şirketi olan (TTK m. 124/2) sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortakları sayım dışında tutulmuştur. Ortaklık payının tanımlandığı TTK m. 135/1 hükmü incelendiğinde, bu eksiklik açık şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle sermayesi paylara bölünmüş şirket ortaklarının sehven sayım dışı bırakıldığını kabul etmek ve ortak kavramıyla aynı zamanda bu şirket ortaklarının kastedildiğini de kabul etmek gerekmektedir.

⁷ Pulaşlı, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C 1, Ankara, 2011, § 6, kn.7

⁸ İsviçre Birleşme Kanununda “ortak” kavramının sadece pay sahiplerinin değil, katılma intifa senedi ve oydan yoksun hisse senedi sahiplerini de kapsadığı hükme bağlanmıştır (FusG Art. 2 lit. f-g).

Ortaklık Payı; Şahıs şirketlerindeki ortaklık payını, anonim şirketteki payı, limited şirketteki esas sermaye payını, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketteki ortaklık payını ifade etmektedir (TTK m. 135/1). “Ortak” kavramında olduğu gibi, kanunun “ortaklık payı”na ilişkin sayımında da kooperatif ortaklarının sayım dışında tutulduğu anlaşılmaktadır⁹. Ortaklara ilişkin sayımda olduğu gibi, bu eksikliğin sehven gerçekleştiği kanaatini taşımaktayız.

Genel Kurul; Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerle kooperatiflerdeki genel kurulu, şahıs şirketlerindeki ortaklar kurulunu ve gereğinde ortakların tümünü ifade etmektedir (TTK m. 135/I).

Yönetim Organı; Anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticiyi ifade etmektedir (TTK m. 135/1).

Şirket Sözleşmesi; Anonim şirketlerde esas sözleşmeyi, şahıs şirketleriyle limited şirketlerde şirket sözleşmesini ve kooperatifte ana sözleşmeyi ifade eder (TTK m. 135/1). Kanunda düzenlenmese de, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket bakımından kavramın esas sözleşmeyi ifade ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

Ticaret şirketlerinin farklı türleri nedeniyle kavramlar hakkında açıklık sağlayan kanun koyucu, yapı değişikliği bağlamında küçük ve orta ölçekli şirketlerin ne surette belirleneceğine ilişkin kriterleri de tayin etmiştir. Buna göre küçük ve orta ölçekli şirketler belirlenirken, şahıs şirketleri için TTK m. 1522, sermaye şirketleri hakkında ise TTK m. 1523’te öngörülen ölçütler uygulanır (TTK m. 135/II).

II- BİRLEŞME

A. Genel Olarak

Ticaret şirketlerinde bir yapı değişikliği türü olan birleşme, birden fazla şirketin, akdolunan birleşme sözleşmesine istinaden, birleşmeye katılan bir şirket bünyesinde veya yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmelerini, yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirket dışında kalan şirket ya da şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesini sonuçlayan bir hukuki müessesedir.

⁹ Aynı yönde bkz. Kendigelen, s. 112

Birleşme, mevcut şirketlerden biri bünyesinde gerçekleşiyorsa, bu şirketin diğer şirketi devralması suretiyle gerçekleşen (*devralma şeklinde birleşme-absorbition*) birleşme söz konusudur. Buna karşın, birleşme mevcut şirketler dışında kurulan yeni bir şirket bünyesinde gerçekleşiyorsa, *yeni kuruluş şeklinde birleşme (Kombination)* söz konusu olur.

Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlediği birleşme, bir sözleşmeye dayalı olarak gerçekleşen *iradi birleşmelerdir*. Kamu düzeni mülhazasıyla kanunen veya kanunun yetki verdiği bir mercii kararıyla gerçekleşen *kanuni birleşmeler*, TTK'da düzenlenmiş değildir¹⁰.

Birleşmeyi karakterize eden unsurlar birden fazla ticaret şirketinin mevcut olması, birleşme sürecinin kanuna uygun şekilde gerçekleşmesi, devrolunan şirketin mal varlığının bir bütün halinde devralınması ve devrolunan şirketin tasfiyeye girmeksizin sona ermesi ve ticaret sicilinden silinmesidir. Bu karakteristik unsurları bir arada taşımayan işlem ve süreçler, birleşmeye benzemekle birlikte hukuki anlamda birleşmeden söz edilemez. Mesela bir anonim şirketin, diğer bir anonim şirket paylarının tamamını iktisap etmesi halinde birleşme söz konusu değildir. Yine bir ticaret şirketinin ticari işletmesini aktif ve pasifiyle birlikte başka bir ticaret şirketine nakit karşılığı devretmesi ve sonrasında tasfiye sürecine girip sona ermesi, birleşmeye benzeyen sonuçları içerse bile, hukuki anlamda birleşmeden söz edilemez.

Birleşme daha ziyade rekabet gücünün artırılması gibi iktisadi bir amaçla gerçekleştirilir. Ancak hangi amaçla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) hükümlerinde birleşme hakkında yer alan sınırlamaya riayet edilmelidir.

B. Birleşme Süreci

1. Birleşme Türleri

Ticaret şirketlerinin birleşmeleri, iki şekilde gerçekleşebilir; şirketler, devralma şeklinde birleşme ya da yeni kuruluş şeklinde birleşme yöntemlerinden birini tercih ederek birleşebilirler¹¹.

Devralma şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan şirketlerden birinin bünyesinde, diğer şirket ya da şirketler bir araya gelmektedir.

¹⁰ Bu konuda örnek olarak bkz. BankK m.107/V,a

¹¹ Birleşme sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Al Kılıç, Şengül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Beta, 2009, s. 103 vd.

Yeni kuruluş şeklinde birleşme ise, birleşmeye katılan tüm şirketler, yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmektedir. Yeni kurulan şirket, birleşme sözleşmesinin tescilinden önce tüzel kişilik kazanmışsa, yeni kuruluş şeklinde birleşme değil, devralma şeklinde birleşme söz konusu olacaktır (Bkz. TSY m. 127).

Birleşme işleminin gerçekleştirilmesi için en az iki şirketin bulunması zorunludur. Her iki tür birleşmede de bünyesinde birleşme gerçekleştirilen şirket *devralan*; diğerleri *devrolunan* olarak isimlendirilir¹².

Birleşmenin türüne göre yapılacak işlemler bazı farklılıklar içermekle birlikte, doğrudukları sonuçlar benzerlik arzeder:

Devrolunan şirket, birleşmeyle birlikte sona erer ve ticaret sicilinden silinir (TTK m. 136/4). Kanunun bu açık hükmü kapsamında birleşmenin devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olduğunda tereddüt yoktur. Buna rağmen bazı ticaret şirketi türleri bakımından birleşmenin bir sona erme nedeni olduğu ilgili maddelerde özel olarak da belirtilmiştir¹³.

Nezinde sona erme nedeni gerçekleşen şirketler kural olarak tasfiye sürecine girerler. Yani bu şirketler artık kural olarak amaçları kapsamında faaliyetlerini yürütemeyip, alacakların tahsili, borçların ödenmesi, mal varlığının paraya çevrilmesi gibi tasfiye amacıyla sınırlı olan işlemleri gerçekleştirebilirler. Fakat birleşme, devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olmasına rağmen, bu şirketin tasfiyesine gidilmez. Birleşmeyle, devralan şirket, devrolunan şirketin mal varlığını (alacak, borç, taşınır, taşınmaz vs.) bir bütün halinde devralır (TTK m. 136/4). Dolayısıyla birleşme, devrolunan şirket açısından *tasfiyesiz sona erme* hali oluşturur. Devrolunan şirkete ait hak sahipliği, borçlu gibi sıfatlar, kendiliğinden devralan şirkete geçer. Birleşme neticesinde, kural olarak, ortakların, ortaklık hakları da devam eder¹⁴.

2. Birleşmenin Tarafları ve Geçerli Birleşmeler

İlgili hükümlerin kıyasen uygulandığı haller bir tarafa bırakılacak olursa, birleşme ancak ticaret şirketleri arasında gerçekleşebilir. Kanunun izin

¹² TTK m. 136/2’de bu husus “136 ila 158 inci maddelerin uygulamasında, kabul eden şirket “devralan”, katılan şirket “devrolunan” diye adlandırılır” şeklinde ifade edilmiştir.

¹³ Kollektif ve komandit şirketler için bkz. TTK m. 243/1,c, m. 328; Kooperatifler için bkz. KoopK m. 81/1,5

¹⁴ Birleşmenin temel ilkeleri hakkında bkz. Pulaşlı, C. I, s. 111 vd.; Pulaşlı, Hasan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, 2009, (s. 1329-1361), 1329 vd.

verdiği hallerin dışında birleşme olanağı bulunmamaktadır. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununda, birleşme açısından türlerin aynı olması kuralına yer verilmişken (eTTK m.147), yeni Türk Ticaret Kanununda geçerliliği kabul edilen üç grup birleşmeye yer verilmiştir (TTK m. 137).

Kanuni düzenlemeye göre şahıs şirketleri, şahıs şirketleriyle; sermaye şirketleri ve kooperatifler, sermaye şirketi veya kooperatiflerle birleşebilir. Şahıs şirketlerinin, sermaye şirketleri veya kooperatiflerle birleşmesi ise koşula bağlıdır. Bu tür birleşmelerde şahıs şirketleri, devrolunan şirket olmaları; sermaye şirketleri ve kooperatifler ise devralan şirket olmaları kaydıyla birleşmeye katılabilirler. Düzenleme, kanun koyucunun, kural olarak sermaye ile sınırlı sorumluluğun olduğu şirketlerde, sermayenin alacaklılar açısından teminat oluşturmasını göz önünde bulundurarak, bu teminatın kaybolmasına sebebiyet verebilecek birleşmeye cevaz vermediği kanaatini uyandırmaktadır¹⁵.

Birleşmeye katılan şirketlerin, normal şartlarda tasfiye sürecine girmemiş şirketler olması beklenir. Fakat kanun koyucu bu konuda doğabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından tasfiye sürecine girmiş şirketlerin de birleşmeye katılacağını kabul etmiştir. Ancak tasfiye halindeki bir şirketin birleşme işlemine katılabilmesi için iki şartın bulunması gerekmektedir. Bunlar tasfiye halindeki şirketin, birleşmeye devrolunan şirket olarak katılması ve mal varlığının dağıtımına başlanılmamış olmasıdır (TTK m. 138/1). Tasfiye halindeki bir şirket, başkaca şirket ya da şirketleri devralmak suretiyle birleşme yoluna gidemez. Çünkü bu durum tasfiyenin amacı ile bağdaşmaz. Mal varlığının dağıtımına başlanılmış olması halinde ise, birleşmenin sonucu olan ortaklığın ve mal varlığının devamlılığı ilkeleri uygulama kabiliyetini yitirir¹⁶. Tasfiyeye girmiş olan şirketin, hangi sona erme sebebi ile bu sürece girdiği, birleşmeye ilişkin hükmün uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Şirket hakkında iflas kararı verilmesi durumunda, mal varlığı üzerinde tasarruf imkanını yitirdiğinden, bu surette tasfiyeye giren şirketlerin

¹⁵ Ancak kanun gerekçesinde bu düzenlemenin sebebi “*Şirket borçlarından kişisel olarak sorumlu olan ortakların, şirket borçlarından sorumlu tutulmayan ortaklara dönüşmeleri uygun görülüş, tersi reddedilmiştir. Çünkü, şirket borçlarından ortakların kişisel olarak sorumlu oldukları bir şahıs şirketinin anonim şirkete iltihak etmesiyle, sermaye şirketinin ortaklarının şirket borçlarından sorumlu tutulmayacakları bir konuma gelmeleri, şahıs şirketinin alacaklılarının korunmasını gerektirir; fakat anonim şirket pay sahiplerinin kolektif şirket ortağı sıfatıyla sınırsız sorumlu olmaları halinde alacaklıların korunmasına gerek yoktur.*” ifadeleleriyle açıklanmıştır (Bkz. Gerekçe s. 113). Mehz İsviçre hukukundaki düzenlemenin gerekçesi hakkında Bkz. BBI 2000 4394 vd.

¹⁶ BBI. 2000 4397 f.

birleşmeye katılamayacağını kabul etmek gerekir¹⁷. Aynı şekilde, sona ermenin mahkeme kararına dayalı olduğu hallerde de tasfiye halindeki şirketin birleşmeye katılamamalıdır. Zira aksini kabul, inşai nitelikteki mahkeme kararının amacı ile bağdaşmaz. Buna karşın sona ermenin genel kurul kararına ya da esas sözleşmede öngörülen kendiliğinden etkili bir nedene dayanması halinde, tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılması mümkündür¹⁸.

Türk Ticaret Kanunu, tasfiye sürecine girmiş şirketlerin yanı sıra, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlar kaybolan ya da borca batık durumda bulunan bir şirketin de birleşmeye katılabileceğini kabul etmektedir (TTK m. 139/1). Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısından fazlası bilanço zararlarıyla yitirilmişse, borca batıklık durumu söz konusudur¹⁹. İyileştirici birleşme (*Sanierungsfusion*) olarak isimlendirilebilecek bu birleşme, şirketin mali durumunun düzeltilmesine hizmet eden bir yöntemdir. Tasfiye sürecine girmiş şirketten farklı olarak, bu tür şirketler açısından ilave bir şart aranmamaktadır. Birleşmeye devralan ya da devrolunan şirket olarak katılmaları mümkündür. Ancak, birleşmeye katılan diğer şirket ya da şirketlerin, kaybolan sermayeyi ve gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olması gerekmektedir²⁰ (TTK m. 139/1).

3. Birleşmenin Gerçekleşme Süreci

Birleşme, bu işleme katılan şirketlerin gerçekleştirecekleri bir dizi işlem neticesinde gerçekleşir. Bu bakımdan birleşme sonucunu doğuran sürecin incelenmesi gerekmektedir.

a. Genel Süreç

aa. Birleşme Sözleşmesi

i. Genel Olarak

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, yazılı geçerlilik şartına tabi olan bir sözleşme vasıtasıyla gerçekleşir. Bu sözleşme, birleşmeye ilişkin temel

¹⁷ Meinhart, Marcel; in Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Hrsg. Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Tschäni, Rudolf/Daeniker, Daniel, Basel, 2005, Art. 5, Rn. 11

¹⁸ Meinhart, Marcel; in BSK, Art. 5, Rn. 13; Albrecht, Andreas C., in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. Vischer, Frank, Zürich, 2012, Art. 5, Rn. 2; Bkz. ayrıca Kırca, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, Sa. 79, Y. 2011, s. 78, dn. 21

¹⁹ Gerekçe s. 113

²⁰ Madde metninde sermayesinin yarısını kaybetmiş bir şirketten bahsedilmesinin eleştirisi hakkında bkz. Kendigelen, s. 114

esasları belirler. Birleşme sözleşmesi, sürecin başlaması için gerekli bir işlem olmakla birlikte, tek başına birleşmenin gerçekleşmesi (hükümlerini doğurması) sonucunu doğurmaz. Sözleşmenin ayrıca genel kurul tarafından onaylanması gerekir (TTK m. 145). Bu açıdan sözleşme, birleşmenin hukuki sebebi olarak nitelendirilebilir²¹. Hükümlerini doğurması, genel kurul onayı şartına bağlı olduğundan, onay aşamasına kadar sözleşmenin geçerliğinin askıda olduğunu kabul etmek gerekir²².

Sözleşme, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organı²³ tarafından imzalanır (TTK m. 145/1). İster yeni kuruluş şeklinde olsun, ister devralma şeklinde olsun, birleşmeye katılan şirketlerin bu sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Ancak yeni kuruluş şeklinde birleşmede, devralan şirket sözleşmenin akdi sırasında tüzel kişiliğe sahip olmadığından, sözleşmeye taraf olması beklenilemez.

Çeşitli şirket tiplerinde yönetim organlarının bazı yetkilerinin devredilemez nitelikte olduğuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bahsi geçen hükümlerde birleşme sözleşmesi açıkça düzenlenmemekle birlikte, bu sözleşmenin, şirketlerin üst düzeyde yönetimine ilişkin bir işlem olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Birleşmenin hükümleri, bu sonucu haklı kılmaktadır. Zira birleşme ile bir şirketin organizasyon ve yapısı esaslı şekilde değişecek ve hatta şirket ya da şirketlerin sona ermesi ve tüzel kişiliklerini yitirmeleri söz konusu olabilecektir²⁴. Kanun gerekçesinde de yönetim organının bu yetkiyi başkaca bir birime devredemeyeceği belirtilmektedir²⁵. Dolayısıyla birleşme sözleşmesinin akdedilmesinin, münhasıran yönetim organına ait bir yetki olduğunu kabul etmek gerekmektedir²⁶.

²¹ Luginbühl, Jürg A.; in Zürcher Kommentar, Art. 12, Rn. 2

²² Tschäni, Rudolf; Der Fusionsvertrag, SZW 2004 (s. 197-202), s. 199; Pulaşlı, Hasan, C. I, § 7, kn. 55; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013, s. 78; Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda, sözleşmenin borçlar hukuku mu yoksa şirketler hukuku sözleşmesi mi olduğuna ilişkin İsviçre hukukunda farklı görüşler mevcuttur. Bkz. Wolf, Mathias, in BSK Art. 12, Rn. 4 ve orada anılan literatür.

²³ Yönetim organı; anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticisi ifade eder (TTK m. 135/1).

²⁴ BBl. 2000 4406 f.

²⁵ “Yönetim organı bu yetkiyi başkasına, meselâ anonim şirketlerde müdürlere hatta yönetim işlevini 367 nci maddeye göre devralan yönetime de devredemez.” Gerekçe s. 117

²⁶ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşme metninin hazırlanması veya müzakerelerin yapılmasının devredilemez nitelikte olmadığı, yönetim organının bu işler bakımından yetki devri veya görevlendirme yapmasının mümkün olduğu; devredilemez olanın, neticede hazırlanan sözleşmenin yapılmasına karar verme yetkisi olduğudur. Bkz. Tschäni, s.

Sözleşmenin yönetim organı tarafından *imzalanmasını* öngören açık düzenlemenin (TTK m. 145/1), sadece iç ilişkiyi (yönetimi) değil, dış ilişkiyi (temsili) de kapsadığında tereddüt bulunmamaktadır²⁷.

Yazılı birleşme sözleşmesinin içeriği TTK m. 146'da düzenlenmiştir. Birleşmeye katılan şirketler, payların değişim oranı, gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimleri gibi yasada belirtilen unsurların sözleşme içeriğinde bulunması öngörülmüştür. Anılan yasal düzenleme, sözleşmenin asgari içeriğini kapsamaktadır. Ancak bu asgari içerik, gerekli olduğu ölçüde sözleşmede yer almalıdır. Yasada belirtilen kayıtlardan bazılarının sözleşme içeriğine konulması gerekli değil ise, mesela ayrılma akçesi öngörülmüyorsa veya intifa senetleri yoksa, bu hususlara ilişkin kayıtlara yer verilmesi lüzumlu değildir. Yasada belirtilenlerden başkaca hususların da esaslı unsur olduğu takdirde sözleşme içeriğine eklenmesi zorunludur²⁸.

Birleşme sözleşmesinin imzasından sonra ve fakat bu sözleşmenin genel kurullarda tasdikinden önce, birleşmeye katılan şirketlerin mal varlığında önemli bir değişikliğin meydana gelmesi halinde, sözleşmede değişiklik yapılması mümkündür (TTK m. 150).

ii. Hakların Dağılımı

Birleşmeye katılan şirketlerde pay sahibi olanlar veya diğer bazı haklara sahip olanların, birleşme sonrasındaki haklarının akıbetinin ne olacağı önemli

199; Luginbühl, Jürg A., in Zürcher Kommentar, Art. 12, Rn. 20; von der Crone, Hans Caspar / Kessler, Franz J./ Gersbach, Andreas / Dietrich, Martin/Berlinger, Katja; Das Fusionsgesetz, Schulthess, 2004, § 2, Rn. 164

²⁷ Bkz. Pulaşlı, C. I, § 7, kn. 58; Bilgili/Demirkapı, s. 78; Keşli, Ahmet, in: Şirketler Hukuku, Ed. Sami Karahan, Konya, 2012, s. 179; Ancak kanun gerekçesinde, sözleşmenin yapılmasına karar verilmesi (yönetim hakkı) ve imzalanmasının (temsil yetkisinin) "*Sözleşmenin yapılması yönetim organının bir kararı ile gerçekleşir; imzayı yetkililer atar.*" ifadesi kullanılmak suretiyle, birbirinden ayrıldığı kanaati uyandırılmaktadır (Bkz. Gerekeçe s. 117). Mehaz İsviçre Birleşme Kanunu'nun 12. maddesi gerekçesinde de sözleşmenin yapılmasının (en üst) yönetim organı tarafından kararlaştırılacağı, ancak imzalanmasının, imzaya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirileceği belirtilmektedir (Bkz. BBl. 2000 4406 f.). Ancak mehaz kanunda, TTK m. 145/1'den farklı olarak, sözleşmenin (en üst) yönetim organı tarafından imzalanmasından (unterzeichnen) değil, yapılmasından (abschliessen) bahsedilmektedir (FusG Art. 12 Abs. 1). Bu nedenle mehaz maddesi ile gerekçesi arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

²⁸ Konu ile ilgili olarak bkz. Gerekeçe s. 118; Kanun gerekçesinde, mehaz İsviçre hukukundan farklı olarak, 146. maddenin asgari zorunlu içeriği gösterdiği; yoksa tipik içeriği belirlemediği ifade edilmektedir (Gerekeçe s. 118). İsviçre kanun gerekçesinde ise, yasada gösterilen sözleşme içeriğinin, sözleşmenin objektif esaslı noktaları olduğu ve sınırlı bir sayımı içermediği, tarafların subjektif esaslı noktaları eklemesinin mümkün olduğu, bu nedenle FusG 13. maddenin sözleşmenin esaslı noktaları bakımından sınırlı sayım anlamına gelmediği ifade edilmektedir (BBl 2000 4408).

bir sorundur. Türk Ticaret Kanunu, birleşmenin hak durumuna etkisi ile ilgili olarak bazı özel düzenlemelere yer vermiştir.

Birleşmenin temel ilkelerinden biri, ortaklığın devamı ilkesidir. Yani devrolunan şirketin ortakları -kural olarak- birleşme neticesinde devralan şirketin ortağı haline gelir (153/2). Ortaklar açısından geçerli olan bu sonucun, şirketle ortaklık dışı ilişkisi bulunan ve özellikle kara iştirak hakkı tanınan kişiler için de kabul edilmesi gerekir. Fakat ilgililerin haklarını “ortaklık hakları ve payları” başlığı altında düzenleyen TTK’nın 140 ve 141. maddelerinde böyle genel bir düzenleme yapılmamış, ortakların, oydan yoksun pay sahiplerinin, imtiyazlı pay sahiplerinin ve intifa senedi sahiplerinin istem hakları düzenlenmiştir. Özellikle kara iştirak hakkı bulunan menkul kıymet sahipleri (örneğin kara iştirakli tahvil, kar-zarar ortaklığı belgesi sahipleri) ve diğer menkul kıymet sahiplerinin haklarıyla ilgili açık düzenleme yapılmaması ve bu kişilere haklarını koruyabilme imkânının Türk Ticaret Kanununun birleşmeye ilişkin hükümleri çerçevesinde²⁹ sağlanmaması karşısında, konuyla ilgili özel bir düzenleme yapılması ihtiyacı vurgulanmalıdır³⁰.

Ortaklığın devamı ilkesinin gereği olarak, devrolunan şirketin her bir ortağı, mevcut ortaklık payları ve haklarını karşılayacak değerinde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakkına sahiptir (TTK m. 140/1). Yeni kuruluş şeklinde birleşme açısından TTK m. 140/1 hükmü, birleşmeye katılan tüm şirketlerin ortaklarının menfaatine hizmet etmektedir. Ancak devralma şeklinde birleşme açısından, sadece devrolunan şirketin pay sahiplerinin menfaatine hizmet etmektedir.

²⁹ Zira, alacaklıların haklarının himayesine ilişkin TTK m. 157 hükmü, meçhul ve faaliyet sonucuna bağlı alacağı himaye etmede yetersiz kalacaktır. TTK m. 191 ve 192’de tanınan haklar ise ortaklara hasredildiğinden, belirtilen maddelerdeki davaların açılması da mümkün değildir.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Coştan, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Batider, Haziran 2008, C. XXIV, Sa. 3, (s. 403-431), s. 414 vd.; Özel haklar veren menkul kıymet sahipleri için eşdeğerli hakların tanınması gereğine, birleşmeye ilişkin TTK düzenlemelerinin dolaylı da olsa kaynağını teşkil eden Avrupa Topluluğu’nun 78/855/EEC sayılı yönergesinin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Yönergenin Türkçe çevirisi için bkz. Yıldız, Şükrü; Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2000, C. IV, Sa. 1-2, s. 623-634; Anılan yönerge kapsamında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, in: Şirket Birleşmeleri, Ed. Sumer Haluk/Pernsteiner, Helmut, Bursa, 2004, (s. 3-22), s. 3 vd.

Devrolunan şirket pay sahiplerine tanınan istem hakkının kapsamı (değişim oranı) belirlenirken, önem taşıyan tüm hususlar dikkate alınarak şirketlerin gerçek değerine göre hesaplama yapılacaktır. Nelerin birleşmede önem taşıyan hususlar kapsamında olduğu konusunda kanun koyucu, birleşmeye katılan şirketlerin mal varlıklarının değerini ve oy haklarının dağılımını açıkça zikretmiştir (TTK m. 140/1). Önem taşıyan hususlar kapsamında birleşmenin iyileştirici olup olmadığı, birleşmeye katılan şirketlerin işletme değerleri, payların itibari değerleri, primli pay çıkarılıp çıkarılmayacağı gibi hususlar dikkate alınacaktır³¹. Ancak önem taşıyan hususların sınırlı sayımla belirlenmesi mümkün değildir. Somut birleşme ve ilgililerin yönlendirmesi kapsamında değişim oranı belirlenecektir.

Değişim oranı, şirketlerin aynı tarih itibariyle değerlendirilmesi suretiyle bulunmalıdır. Bu tarihin hangi gün olduğu konusunda TTK m. 140/5 hükmü hareket noktası olarak kabul edilebilecektir³². Anılan maddede birleşme sözleşmesinin akdedildiği gün esas alınmaktadır. Keza TTK m. 150 hükmünde de birleşme sözleşmesi tarihinden itibaren şirket malvarlığında önemli değişiklik meydana gelmesi halinde bildirim yükümlülüğüne yer verilmiş olması, bu tarihin esas alınması gerekliliğine işaret etmektedir³³.

TTK m. 140/2 uyarınca, ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir. Hükmün amacı, belirlenen değişim oranı yanında pay sahiplerine özel bir menfaat sağlamak ya da değişim oranının kısmen nakten ifasına olanak sağlamak değildir. Burada özellikle birleştirme oranı kapsamında ilgililerin sahip olacakları paylardaki kusuratlar nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunun bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır³⁴. Söz konusu kusuratların nakden ifası suretiyle birleşmenin kolaylaştırılması hedeflenmektedir. Ancak suiistimale sebebiyet vermemesi açısından, ödeme yapılacak miktar, ortaklık paylarının gerçek değerinin 1/10'unu aşamayacaktır. Pay sahiplerine yapılacak ödeme, devralan şirketin serbestçe tasarruf edebileceği özvarlıklardan karşılanmalıdır³⁵.

³¹ Bkz. Gerekçe s. 114; Birleşmede değerlendirme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Hasan, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, Batider, C. XXIV, Y. 2007, Sa. 2, (s.201-235), s. 204 vd.

³² Bkz Gerekçe s. 114

³³ Aynı yönde Glanzmann, Lukas; in Fusionsgesetz, Hrsg. Baker & McKenzie, Bern, 2003, Art. 7, Rn. 12

³⁴ Bkz. Gerekçe s. 115

³⁵ Glanzman, Art. 7, Rn. 24

Eğer devrolunan şirkette imtiyazlı paylar mevcut ise, devralan şirkette bu imtiyazların karşılığında eş değerde haklar veya uygun bir karşılık verilir (TTK m. 140/4). Kanun gerekçesinde, maddede belirtilen imtiyaz kavramının imtiyazlı paylara hasredilemeyeceği ve özel hakları kapsayacağı ifade edilmektedir³⁶. Madde uyarınca eş değerde sağlanılacak hak veya karşılık, imtiyaza ilişkin olup, imtiyazın dayanağı olan payla ilgili değildir.

Devrolunan şirketin oydan yoksun paylarına sahip olanlara, aynı değerde oydan yoksun pay verilebileceği gibi, oy hakkına sahip paylar da verilebilir (TTK m. 140/3). Oydan yoksun payların verilebilmesi için, devralan şirket yapısının buna müsait olması ve bu tür payların çıkartılabilmesi için gerekli formalitelerin yerine getirilmiş bulunması gerekir. Bu tür paylar için bir denkleştirme ödemesine yer verilmediğinden, devralan şirkette ya oydan yoksun pay ya da oy hakkını haiz pay verilecektir. Eğer oy hakkını haiz olan paylar verilecekse, oy hakkının maddi değerinin de değişim oranı belirlenirken nazara alınması gerekir³⁷.

Devralan şirket, devrolunan şirketin intifa senedi sahiplerine, eş değerli haklar tanımak veya intifa senetlerini, birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarihteki gerçek değeriyle satın almak zorundadır (TTK m. 140/5).

iii. Ayrılma Akçesi

Türk Ticaret Kanununun birleşme açısından kabul ettiği temel ilke, ortaklığın devamı ilkesidir. Yani, devrolunan şirket ortakları, belirli bir değişim oranı çerçevesinde, devralan şirkette ortaklıklarını devam ettirirler. Bu durum, aynı zamanda birleşme işlemini de karakterize eden bir özelliktir. Ancak TTK m. 141’de “ayrılma akçesi” başlığı altında bu kuralın istisnasına yer verilmiştir³⁸.

İstisna uyarınca, pay sahiplerinin devralan şirkette sahip olacakları paylar yerine, bu payların gerçek değerine uygun bir ayrılma akçesi öngörülebileceği gibi (Zorunlu ayrılma akçesi-TTK m. 141/2); paylar ve ayrılma akçesinden birinin tercihi pay sahiplerine de bırakılabilir (Seçimlik ayrılma akçesi-TTK m. 141/1).

Seçimlik ayrılma akçesinde, ortağın, birleşilen şirkette ortak sıfatının devam edip etmeyeceğine karar vermesi imkanı doğacağından, bu durum ortağın menfaatine olacaktır. Bu surette birleşmeye katılmak istemeyen

³⁶ Gerekeçe s. 115

³⁷ Glanzman, Art. 7, Rn. 29

³⁸ TTK m. 155 uyarınca verilmesi önerilen nakdi karşılık da ortaklığın devamlılığı ilkesinin istisnalarındandır.

ortaklar, paylarının gerçek değerini alarak, birleşme sonrası ortaya çıkacak ortaklık ilişkilerine son vereceklerdir. Ancak bu ortaklar, mutlaka birleşme sözleşmesi aleyhine oy kullanmak zorunda değildir. Kanunda bu konuda sınırlama yapılmadığından, birleşme lehine oy kullanan ortakların da ayrılma akçesi alabileceğini kabul etmek gerekir.

Zorunlu ayrılma akçesinde ise daha ziyade, çoğunluk tarafından istenilmeyen ortakların, ayrılma akçesi almak suretiyle şirketten çıkarılması söz konusudur.

Ayrılma akçesinin kullanılıp kullanılmayacağı, kullanılacak ise bunun ortaklar açısından seçimlik veya zorunlu olması, birleşme sözleşmesi ile tayin edilecektir. Ayrılma akçesinin birleşme sözleşmesinde yer alıp almayacağı, yer alacaksa hangi türünün söz konusu olabileceği konusunda yasal sınırlama bulunmamaktadır. Ancak seçimlik ayrılma akçesine ilişkin TTK m. 141/1 gerekçesinde, ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun sermayenin iadesi şeklinde gerçekleşmemesi, ödemenin serbest yedeklerden yapılması gerektiğine işaret edilmektedir³⁹. Dolayısıyla, nakdi ödeme için yeterli serbest yedeklerin bulunmaması, ayrılma akçesi öngörülmesi bakımından bir engel ya da sınır teşkil edecektir. Ayrıca TTK m. 151/5 hükmünde, birleşme sözleşmesinin ayrılma akçesi öngörmesi halinde, sözleşmenin devreden şirket genel kurulunda %90'lık bir nisapla onaylanması gereği hükme bağlanmıştır⁴⁰. Belirtmek gerekir ki %90'lık nisap, İsviçre hukukunda *sadece* (zorunlu) ayrılma akçesi öngörülmesi halinde aranmaktadır (FusG Art. 18 Abs. 5)⁴¹. Nisabın ağırlaşmasında, ortağa seçim hakkı sunulmayıp, ortaklıktan çıkarılması gibi bir sonuca katlanması yatmaktadır. Ayrılma akçesinin seçimlik olarak öngörüldüğü hallerde ise bu nisap aranmaz. TTK m. 151/5'te ise böyle bir ayırım yapılmaksızın, şirket sözleşmesinde (zorunlu veya seçimlik) bir ayrılma akçesi öngörülmesi halinde %90'lık nisap aranmıştır. Ancak TTK m. 151/5'te öngörülen nisabın, mehaza uygun olarak sadece zorunlu ayrılma akçesi öngörülen haller (TTK m. 141/2) için uygulanacağını kabul etmek, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır⁴².

³⁹ Bkz. Gerekçe s. 115; Gerekçede sadece birinci fıkraya kapsamında yapılan bu açıklamanın ikinci fıkrayı da kapsadığı kabul edilmelidir. Eleştiriler için bkz. Glanzmann, Art. 8; Rn. 4 vd.

⁴⁰ Madde metninde şahıs şirketlerinde oy hakkını haiz ortaklardan bahsedilmesinin eleştirisi hakkında bkz. Kırca, s. 78, dn. 24

⁴¹ Anılan maddede “*Sieht der Fusionsvertrag nur eine Abfindung vor...*” ibaresi kullanılmak suretiyle, *sadece* (zorunlu) ayrılma akçesi öngörülen halde bu nisabın arandığı belirtilmiştir.

⁴² Kanundaki düzenleme tereddüt doğursa da, TTK m. 141 gerekçesinde, TTK m. 151/5 hük-

bb. Birleşme Raporu

Birleşme raporu, özellikle birleşmeye katılan şirketlerin pay sahiplerini bilgilendirmeye hizmet eden bir belgedir. TTK m. 147 uyarınca birleşmeye katılan şirketlerden her birinin yönetim organları ayrı ayrı veya beraberce birleşme hakkında bir rapor hazırlarlar. Hazırlanan rapor, birleşmeye ilişkin genel kurul karar tarihinden önceki 30 gün boyunca⁴³ ilgililerin bilgisine sunulmak zorunda olduğundan (TTK m. 149/1), yönetim organlarının karar tarihinden 30 gün öncesinde raporu hazır etmiş olmaları gerekmektedir.

Rapor içeriğinde nelerin yer alması gerektiği TTK m. 147’de belirtilmiştir. Madde içeriğinde belirtilen hususlar, başta pay sahipleri olmak üzere ilgililerin birleşmenin sebebi ve doğuracağı sonuçlar hakkında bilgilendirilmelerine hizmet etmektedir. Maddede belirtilen konularla ilgili olarak raporun sadece iktisadi değil, aynı zamanda hukuki açıdan da aydınlatıcı ve gerekçeli olması gerekmektedir (TTK m. 147/2). Raporda yanıltıcı bilgilerin kullanılması nedeniyle ilgililerin zarar görmeleri halinde, raporu tanzim eden yönetim organının sorumluluğuna gidilmesi mümkündür (TTK m. 193/1).

Birleşme raporunun sağladığı bilgiler bakımından hitap ettiği en önemli kesim pay sahipleridir. Birleşme neticesinde ortaya çıkacak hukuki statülerinin, oy hakkı dağılımının, hak ve yükümlülüklerinin öğrenilmesinde pay sahiplerinin önemli menfaati bulunmaktadır. Ancak *küçük ve orta ölçekli şirketlerde*, ortakların tamamının onaylaması halinde birleşme raporunun düzenlenmesinden vazgeçilebilecektir⁴⁴(TTK m. 147/4). Her bir ortağın, raporun düzenlenmesinden vazgeçilmesini engelleme (*veto*) hakkı bulunmaktadır. Pay sahiplerinin rapor düzenlenmesini istemedikleri durumlarda, bunun usulüne uygun şekilde gerçekleştirilecek bir toplantı sonucunda alınacak bir karar mı, yoksa böyle bir toplantı yapılmaksızın gerçekleştirileceği hususunda kanunda düzenleme bulunmamakta, sadece “*tüm ortakların onaylaması*”ndan bahsedilmektedir. Ticaret Sicili Yönetmeliği’nin 126/7. maddesinde “...

münün nasıl anlaşılması gerektiğine işaret edilmektedir. Ayrıca bkz.. Bilgili/Demirkapı, s. 84; Keşli, s. 161 vd.; Al Kılıç, s. 52 vd.

⁴³ Bkz. aşağıda “ilgililerin inceleme hakkı” başlığında yer alan açıklamalar.

⁴⁴ Pay sahiplerinin onayıyla, pay sahibi olmayan ilgililere inceleme hakkı tanınan birleşme raporunun (TTK m. 149) hazırlanmasından vazgeçilme imkanı sağlanmasının, TTK m. 149’un amacıyla bağdaşmadığı kanaatini taşımaktayız. Aynı yönde eleştiri için bkz. Coştan, Hülya; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara, 2009, s. 217 vd.

birleşme raporunun düzenlenmesinden vazgeçilmesi halinde ise bu hususun tüm ortaklar tarafından onaylandığına ilişkin belge”nin ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi gerekliliğinden bahsedilmektedir. Kanaatimizce kanunda açık şekilde genel kurul kararından bahsedilmediğinden, kanunda öngörülen genel kurul toplantı usulüne riayet edilmesi gerekli olmadığı gibi, onayın bir genel kurul kararı şeklinde gerçekleşmesi de lüzumlu değildir. Tüm ortakların onay iradesini içeren bir belgenin tanzimi gerekli ve yeterlidir.

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, devralan şirket tüzel kişiliğini birleşme ile kazanacağından, devralanın rapor tanzimi gerekli değildir. Ancak bu tür birleşmede, birleşme raporuna yeni kurulacak şirketin esas sözleşmesinin de eklenmesi gerekir (TTK m. 147/3).

cc. İlgililerin İnceleme Hakkı

Başta pay sahipleri olmak üzere, ilgililerin birleşme hakkında bilgi edinebilmesi ve inceleme yapabilmesi için birleşmeyle ilgili önemli bazı belgelerin genel kurul toplantısı öncesinde incelemeye açılması gereklidir. Türk Ticaret Kanunu’nun 149’uncu maddesinde bu ihtiyacın giderilmesine yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve son üç yıla ait yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını ve gereğinde ara bilançolarını incelemeye açmakla yükümlüdür.

İlgililere tanınan inceleme hakkı esas itibarıyla pay sahiplerinin edinecekleri bilgi çerçevesinde haklarını kullanabilmelerine hizmet eder. Bu açıdan inceleme hakkının, şirket içi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında olduğu düşünülebilir. Fakat yasal düzenlemede sadece pay sahiplerinin değil, şirketin ihraç ettiği menkul kıymetlerin hamillerinin ve diğer ilgililerin inceleme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla yasal düzenleme sadece şirket içi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamını aşan, kamuyu aydınlatmaya hizmet eden bir içeriktedir.

İlgililerin inceleme hakkına sahip olduğu belgeleri tetkik edebilmelerini teminat altına almak amacıyla yasada oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir:

Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, Ticaret Sicili Gazetesine ve internet sitelerine, ilgililerin inceleme hakkına işaret eden bir ilan koymakla yükümlüdür (TTK m. 149/3).

Birleşmeye katılan şirketler, inceleme hakkına konu belgeleri, merkezleri ve şubelerinde genel kurul karar tarihinden önceki 30 gün içinde

incelemeye açmakla yükümlüdürler (TTK m. 149/1). Kanun lafzında, genel kurul toplantı tarihinden değil de karar tarihinden ve karardan önceki 30 gün içinde (ki bu son gün de olabilir) belgelerin incelemeye açılmasından bahsedilmesi nedeniyle, raporun hazırlanma zamanı bakımından belirsizlik söz konusudur. Bu durum aynı zamanda pay sahipleri ve diğer ilgililerin inceleme hakkının sınırlanmasına da sebebiyet verebilecektir. Mevaz İsviçre hukukunda, belgelerin incelemeye açık tutulacağı zaman süreci bakımından, TTK m. 149/1’de yer alan “...*genel kurul kararından önceki otuz gün içinde... ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür*” ibaresi yerine, “...*genel kurul kararından önceki 30 gün boyunca...ortakların incelemesine sunulmalıdır*” ibaresi kullanılmıştır⁴⁵. Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde kaynak metinden farklılaşan yönlerden bahsedilmekle birlikte, süre ile ilgili bir farklılıktan bahsedilmemektedir. Dolayısıyla ilgili belgelerin genel kurul kararından ne kadar süre önce incelemeye açılması gerektiği hususunda, İsviçre hukukundaki düzenlemeye uygun yorum yapılması ve karar tarihinden önceki 30 gün boyunca belgelerin incelemeye açık tutulması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Aksi halde ilgililerin bilgi alma ve inceleme hakkının teminat altına alınması için yapılan düzenleme, bu hakların kısıtlanmasının bir aracı haline gelecektir.

Eğer bu şirket halka açık anonim şirket ise, Sermaye Piyasası Kurulu’nun öngöreceği yerlerde belgeleri incelemeye açmakla yükümlüdür. Birleşmeye katılan şirketler sermaye şirketi ise, ayrıca ilgili şirketin internet sitesinde de incelemeye konu belgeler yayınlanmak zorundadır (TTK m. 149/1).

Birleşmeye katılan şirketler, inceleme hakkına konu belgelerin nereye tevdi edildiklerini ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarını, tevdiden en az üç iş günü önce, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ve şirket sözleşmesinde öngörülen gazetelerde ilan ederler. Eğer birleşmeye katılan şirket sermaye şirketi ise ayrıca internet sitesinde ilan yapar (TTK m. 149/4).

Yukarıda bahsedilen düzenlemeler sayesinde ne surette bu belgeleri inceleyebileceklerini öğrenen ilgililer, herhangi bir bedel ödemeksizin incelemeye konu belgelerin suretlerinin kendilerine verilmesini isteyebilirler (TTK m. 149/2).

Birleşme raporunun hazırlanmasından vazgeçme imkanı tanınan küçük ve orta ölçekli şirketler bakımından, inceleme hakkı için de yasal bir istisnaya yer verilmiştir. Bu tür şirketlerde tüm ortakların onaylaması halinde, inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilebilecektir⁴⁶ (TTK m. 149/5).

⁴⁵ Bkz. FusG Art. 16 Abs. 1: Kaynak metinde “...*während der 30 Tage vor der Beschlussfassung...*” ibaresi yer almaktadır.

⁴⁶ Ortakların kararıyla, ortak sıfatı bulunmayan ilgililerin inceleme hakkının kısıtlanmasının,

dd. Birleşme Kararı

Birleşme sürecinin tamamlanması bakımından kanunun öngördüğü bir diğer işlem, imzalanan birleşme sözleşmesinin, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında onaylanmasıdır⁴⁷ (TTK m. 145/1).

Birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan her bir şirketin yönetim organı tarafından genel kurula sunulur ve onay, bir genel kurul kararı şeklinde ortaya çıkar.

Birleşme sözleşmesinin imzalanması ile genel kurul tarafından bu sözleşmenin onanması belirli bir zaman sürecini gerektirmektedir. İşte bu süreç içerisinde, birleşmeye katılan şirketlerden herhangi birinin aktif ve pasif varlıklarında önemli bir değişiklik meydana gelmiş ise, bu şirket yönetim organı durumu hem kendi şirketinin genel kuruluna hem de birleşmeye katılan diğer şirket ya da şirketlerin yönetim organına yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür (TTK m. 150/1).

Mal varlığındaki önemli değişikliğin ne olduğu konusunda kanunda bir kritere yer verilmemiştir. Değişim oranını ya da ayrılma akçesini (TTK m. 141) etkileyen her değişiklik önemlidir. Genel olarak, pay sahibinin birleşme hakkında kullanacağı oyun yönünü etkileyebilecek değişikliğin, önemli olduğu kabul edilmelidir⁴⁸.

Kanun maddesi mal varlığında önemli değişimin meydana geldiği şirket yönetim organına bilgi verme yükümlülüğü getirmekle birlikte, bu yükümlülük kamuyu aydınlatma yükümlülüğü şeklinde olmayıp, münhasıran kendi genel kurulu ve birleşmeye katılan şirketin yönetim organı ile sınırlıdır. Kanun metninde yer almamakla birlikte gerekçeden, bilgiyi alan şirket yönetim kurulunun da kendi genel kuruluna bilgi vermesi gerektiği sonucu çıkmaktadır⁴⁹. Mevzuat İsviçre kanununda böyle bir değişimin olması halinde sadece birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarına bilgi verme yükümlülüğü

ilgililere inceleme hakkı tanıyan TTK m. 149'un amacıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

⁴⁷ Kolaylaştırılmış usulde birleşmede, genel kurul onayına gerek bulunmamaktadır (Bkz. TTK m. 156).

⁴⁸ von der Crone, ua. Rn. 373

⁴⁹ Zira kanun gerekçesinde, bilginin onay genel kurullarında verilmesinin amaca uygun düşmeyebileceği, bilginin verilmesi için genel kurulların olağanüstü toplantıya çağrılmasının uygun olacağından bahsedilmektedir (Bkz. Gerekçe s. 119). Genel kurul ibaresinin çoğul şekilde kullanılması, sadece mal varlığında önemli değişiklik meydana gelen şirketin değil, birleşmeye katılan diğer şirketlerin genel kurullarına da ilgili yönetim organları vasıtasıyla bilginin verilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Genel kurulların bilgilendirilmesi gereğine ilişkin bu sonuç, mevzuat kanunun tasarı halinde yer almakta olup, İsviçre yasa metnine yansıtılmamıştır (bkz. bir sonraki dipnot).

getirilmiş olup, genel kurullara bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵⁰ (FusG Art 17 Abs. 1). Kanaatimizce TTK m. 150/II genel kurula bilgi verilmesi yükümlülüğünün gereklerini karşılayacak muhtevadadır. Zira mal varlığında önemli değişikliğin meydana geldiği bilgisine sahip olan birleşen şirketlerin yönetim organları, birleşmeye devam edip etmeyecekleri hususunda inceleme yapmalıdırlar (Bkz. TTK m. 150/2). Eğer devam edilmemesi yönünde karara varılır ise, birleşmekten vazgeçebilirler. Birleşmeye devam edilmesi kanaatine varırlar ise, birleşme sözleşmesinde değişiklik yapılmasının gerekli olup olmadığı incelenir. Eğer sözleşmenin değiştirilmesi gerekmekteyse, bu değişiklik gerçekleştirilecektir. Fakat yapılan değişiklik sonrasında genel kurulun birleşme sözleşmesini onaylaması yoluna gidilemeyecek, ilgililerin bilgi alma ve inceleme haklarını kullanabilmesi için yasada öngörülen süreç yeniden işletilecektir. Aksi halde sözleşme içeriği değişmesine rağmen, ilgililerin bilgi alma ve inceleme hakları kısıtlanmış olur ve yasanın amacına aykırı bir sonuç doğar. Özellikle pay sahibi olanlar haricindeki ilgililer için bu durum önem taşımaktadır. Eğer yönetim organları, mal varlığında meydana gelen değişikliğin, sözleşmenin değiştirilmesini gerektirmeyeceği kanaatinde ise, sözleşmenin niçin değiştirilmesinin gerekli olmadığını gerekçeli olarak genel kurulda açıklar.

Genel kurulun birleşme kararı verebilmesi için Türk Ticaret Kanunu özel toplantı ve karar nisaplarına yer vermiştir⁵¹ (Bkz. TTK m. 151).

ee. Kesinleşme

Birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından onaylanmış olması, birleşme süreci bakımından gerekli bir işlem olmakla birlikte, birleşmenin hüküm doğurması için ayrıca birleşme kararının ticaret siciline tescili gereklidir. Bu açıdan tescil, kurucu etkiye sahiptir (TTK m. 153/1).

Birleşmeye birden fazla şirket katıldığından, tüm şirketlerin genel kurul kararlarının sicile tescili gereklidir. Bir şirketin birleşme kararını genel kurula

⁵⁰ Mevzuat kanunun tasarı halinde, mal varlığında önemli değişikliğin meydana gelmesi halinde birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarının bilgilendirilmesi zorunluluğuna yer verilmesine rağmen (bkz. BBl. 2000 4538), kanunun parlamentoda (Ständesrat) müzakeresi sırasında genel kurula bilgi verilmesi yönündeki ibarenin sehven kanun metnine girdiği, mal varlığında önemli değişikliğin meydana geldiği durumlarda yönetim organının ya değişen metni genel kurula sunacağı, ya birleşmeden vazgeçildiğini bildireceği ya da sözleşmede değişiklik yapılmadığını bildireceği, her üç durumda da genel kurulun ne şekilde tepki vereceğinin belli olduğu, pay sahiplerinin haklarının başka şekilde teminat altına alınabileceği gerekçeleriyle, mal varlığında önemli değişiklik olması halinde durumun genel kurula bildirilmesi gerektiği yönündeki düzenleme madde metninden çıkartılmıştır (bkz. AB 2003 S 489).

⁵¹ Nisaplara ilişkin eleştiriler için bkz. Kendigelen, s. 118

onaylatıp, diğerlerinin onaylatmaması halinde, tescil için başvuru yapılamaz. Diğer şirketlerin genel kurul kararının alınmış olması beklenilmelidir⁵².

Birleşmeye katılan tüm şirketlerin birleşmenin onanmasına yönelik genel kurul kararları tescil edilecek olmakla birlikte, hangi şirket genel kurul kararının tescili ile birleşmenin hüküm doğuracağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Kanun metninde bu konuda sarahat olmamasına rağmen, gerekçede devrolunan şirketin genel kurul kararının ticaret siciline tescili ile birleşmeni gerçekleştireceği, bu tescilin kurucu olduğu, mal varlığının geçişini sağladığı ve devrolunan şirketin ortaklarının kendiliğinden devralan şirketin ortağı haline geldikleri; devralan şirket genel kurul kararının tescilinin ise bildirici etkiye sahip olduğu açıklanmaktadır⁵³. Ticaret Sicili Yönetmeliğinde de bu etki göz önünde bulundurularak devrolunan şirketin birleşme kararını öncelikle tescil ettireceği, bu tescil yapılmadan devralan şirket genel kurul kararının tescil edilemeyeceği hükmüne bağlanmaktadır (TSY m. 127/1). Birden fazla şirketin devrolunan şirket olarak birleşmeye katılması halinde, devrolunan şirket genel kurul kararının tescilinin kurucu etkisi nedeniyle, devrolunan şirketlerin tümünün genel kurul kararlarının eş zamanlı olarak tescilinin gerekli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Devralan şirketin birleşme dolayısıyla sermaye artırımı yapması gerekli olan hallerde, alınan sermaye artırım kararı ile birleşme kararı eş zamanlı olarak tescil edilir (TSY m. 127/5). Bu durum, devrolunan şirketin birleşme kararının tescilinin kurucu etkisini, yani devrolunan şirket ortaklarının, sermaye artırımının tescilinden önce, kararlaştırılan değişim oranı ölçüsünde devralan şirketin ortağı olduğu gerçeğini bertaraf etmez. Yeni kuruluş şeklindeki birleşmede, birleşmeye katılan tüm şirketler devrolunan şirket statüsünde olup, yeni kurulacak şirketin kuruluşu ile birleşme kararı eş zamanlı olarak tescil edilecektir (TSY m. 127/5). Tescile kadar devralan şirket hukuken var olmadığından, bahsi geçen birleşme kararının devrolunan tüm şirketlere ait birleşme kararları olarak anlaşılması gerekir. Devralan şirketle ilgili olarak yapılan tesciller, tescili yapan müdürlük tarafından derhal devrolunan şirketin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne bildirilir ve kendi birleşme kararının sicile tesciliyle sona eren devrolunan şirketin kaydı, bildirim üzerine resen silinir (TTK m. 152/3; TSY m. 127/5). Birleşme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur (TTK m. 154)

⁵² Bkz. Gerekeçe s. 119

⁵³ Bkz. Gerekeçe s. 120

b. Sermaye Şirketlerinin Kolaylaştırılmış Şekilde Birleşmesi

Birleşmenin karışık, nispeten uzun ve formalitelere tabi bir süreç olması nedeniyle, belirli bazı durumlarda bu sürecin kısaltılmasına olanak vermek, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanununda, birleşme sürecinin belirli formaliteleri yerine getirilmeden daha basit bir sürecin işletilmesine imkan sağlanmıştır.

Kolaylaştırma -birleşme sözleşmesine konulacak bazı kayıtlardan sarfınazar edilmesi, birleşme raporunun düzenlenmemesi, inceleme hakkının bulunmaması veya inceleme sürecinin farklılaşması ve sözleşmenin genel kurul onayına sunulmaması şeklinde- bazı formaliteleri bertaraf eder.

Şirketler, kolaylaştırılmış birleşme usulüne göre birleşme imkanına sahip olsalar bile, bu usulü uygulayıp uygulamamak kendi takdirlerine bırakılmıştır (TTK m. 155).

Kolaylaştırılmış usulde birleşme, sadece sermaye şirketleri, yani anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin birleşmesi için öngörülmüş bir yöntemdir (TTK m. 155). Şahıs şirketleri ve kooperatiflerin birleşmeye katılması halinde uygulanma olanağı yoktur. Sermaye şirketlerinde bu usulün uygulanabilmesi için, birleşmeye katılanların sadece sermaye şirketi olması yeterli olmayıp, ayrıca birleşmeye katılan şirketler arasında, kanunda öngörülen düzeyde bir hakimiyet ilişkisinin bulunması gerekir.

Birleşmenin kolaylaştırılmasının temelinde, daha ziyade, hakimiyet ilişkisi dolayısıyla pay sahiplerinin haklarının korunması ihtiyacının bulunmaması ya da daha düşük seviyede korunması ihtiyacının bulunması yatmaktadır⁵⁴. Yani birleşme sürecinde gerçekleştirilecek bazı işlemler, pay sahiplerinin haklarının himayesi bakımından bir yarar sağlamayacaksa veya daha az önem taşıyıp yeterince teminat altına alınmışsa, söz konusu işlemlerin yapılmasından sarfınazar edilebilir veya bazı kolaylıklar sağlanabilir⁵⁵.

Türk Ticaret Kanununda, kolaylaştırılmış usulde birleşecek şirketler iki ana başlık halinde düzenlenmiştir:

⁵⁴ Kanun gerekçesinde, birleşmenin alacaklıların haklarına zarar vermemesi halinde kolaylaştırıldığından bahsedilmektedir. Bkz. Gerekçe s. 120

⁵⁵ Mehaz İsviçre hukukunda düzenlemenin gerekçesi hakkında bkz. BBl. 4422 ff: Wolf, Mathias; in BSK, Art. 23, Rn. 1: Bommer, Florian; in Fusionsgesetz, Hrsg. Baker & McKenzie, Bern, 2003, Art. 23, Rn. 1

aa. Oy Hakkı Veren Payların Tamamına Sahip Olunması Halinde

Türk Ticaret Kanununun 155/1. maddesi hükmüne göre;

1- *Devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına veya*

2- *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 (TTK m. 155/1).

Birinci grupta bahsi geçen ihtimalde, devrolunan sermaye şirketinin oy hakkının tamamına sahip olan yine bir sermaye şirkettir (*Tochter-Mutter Fusion-downstream mergers*). Bu ihtimalde birleşmenin yeni kuruluş şeklinde gerçekleşmeyeceğini kabul etmek gerekmektedir.

İkinci grupta bahsi geçen ihtimalde yine birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren paylarının tamamına hakimiyet söz konusudur. Fakat oy hakkı veren paylara sahip olan, birleşmeye devralan olarak katılan sermaye şirketi değildir (*Schwesterfusion*). Dolayısıyla bu tür birleşmenin, ilk gruptan farklı olarak yeni kuruluş şeklinde de gerçekleşmesi mümkündür⁵⁶.

Bu özelliklere sahip şirketlerin birleşmesinde hangi kolaylıkların sağlanacağı TTK m. 156/1'de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre birleşme sözleşmesinde yer alması gereken bazı kayıtlara sözleşmede yer verilmeyecektir. Ayrıca birleşmeye katılan sermaye şirketleri birleşme raporu düzenlemek (m. 147) ve inceleme hakkını sağlamkla⁵⁷ (m.149) yükümlü olmadıkları gibi, birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına sunmakla (m. 151) da yükümlü değildir (TTK m. 156/1).

bb. Oy Hakkı Veren Payların En Az %90'ına Sahip Olunması Halinde

Türk Ticaret Kanununun 155/2. maddesi hükmüne göre;

Devralan sermaye şirketi, devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahipse, azınlıkta kalan pay sahipleri için;

⁵⁶ Aynı yönde Wolf, Art. 23 Rn. 6

⁵⁷ TTK m. 149 inceleme hakkını mehz İsviçre kanunundan farklı olarak sadece pay sahiplerine değil, aynı zamanda menfaati bulunan daha geniş bir kitleye sağlamasına rağmen, tam hakimiyet halinde pay sahibi sıfatı bulunmayan ilgililerin inceleme hakkının kısıtlanmış olması eleştiriyeye açıktır.

1- Devralan şirkette bu payların denk karşılığı olan paylar verilmesi şirket payları yanında, 141 inci maddeye göre, şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan nakdi bir karşılık verilmesinin önerilmiş olması ve

2- Birleşme dolayısıyla ek ödeme borcunun veya herhangi bir kişisel edim yükümlülüğünün yahut kişisel sorumluluğun doğmaması,

halinde birleşme kolaylaştırılmış usulde gerçekleşebilir.

Devralan sermaye şirketinin, devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının en az %90'ına sahip olması durumunda, azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması ihtiyacı ortaya çıkar. Bu nedenle, böyle bir hâkimiyet ilişkisinin bulunması halinde, ancak belirli koşullar mevcutsa, birleşme kolaylaştırılmış usulde gerçekleşebilir.

Birleşmede, devralan sermaye şirketinin oy hakkına sahip olması koşulu arandığından, bu tür birleşme yeni kuruluş şeklinde gerçekleşemez.

Bu tür birleşmenin kolaylaştırılmış usulde gerçekleşmesi için kanunda aranan iki şartın bir arada bulunması gerekir. Her iki şart da esasen azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatini korumaya hizmet etmektedir. Bunlardan ilki, azınlıkta kalan pay sahiplerine, sahip oldukları payın, devralan şirketteki uygun karşılığı olan payın yanında bu payın gerçek değeri olan nakdi karşılığın önerilmiş olmasıdır. Yani azınlıkta kalan pay sahiplerine bir seçim hakkı önerilmiş olmalıdır. İkinci olarak birleşme dolayısıyla azınlıkta kalan pay sahiplerine ek ödeme yükümlülüğü, kişisel edim yükümlülüğü getirilmemiş olmalı ya da kişisel sorumluluğu doğmamalıdır. Bu iki şart bir arada bulunmak şartıyla, birleşen şirketler kolaylaştırılmış usulde birleşme yöntemini benimseyebilirler.

Kolaylık, tam hakimiyet halinde sağlanan birleşme kolaylıklarına benzerdir⁵⁸. Farklılıklar ise;

Birleşme sözleşmesinde yer alması gereken kayıtlara, TTK m. 146/1,b'de yer alan kayıtların da eklenmesi gerekmektedir. Yani “*Şirket paylarının değişim oranını, denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları*” birleşme sözleşmesinin içermesi gerekmektedir.

TTK m. 149'da öngörülen inceleme hakkının, devrolunan şirketin tescili için ticaret siciline yapılan başvurudan 30 gün önce sağlanmış olması gerekmektedir (TTK m. 156/2).

⁵⁸ Bkz. bir üst başlıkta (a başlığında) yapılan açıklamalar.

4. Ara Bilanço

TTK m. 140 uyarınca değişim oranının belirlenmesinde, birleşmeye katılan şirketlerin bilançoları, mal varlıklarının değerlendirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu yüzden birleşmeye esas bilançonun güncel olması ve gerçek mal varlığı durumuna uygun olması, ilgililerin menfaatleri icabıdır⁵⁹. Bu menfaat durumunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, iki halde ara bilanço çıkarılması zorunluluğuna yer vermiştir.

Bunlardan birincisi, birleşme sözleşmesinin imzalanması ile bilanço günü arasında altı aydan fazla zaman geçmiş olmasıdır (TTK m. 144/1). Altı aylık süre, Avrupa Birliği'nin ilgili yönergesinde öngörülmüştür. Belirtilen süre boyunca faaliyet, bilanço sonuçlarının olumlu ya da olumsuz yönde değişimini gerektirecek seviyededir⁶⁰. Yeni bilanço hazırlanmasını gerektiren bir diğer neden, bilançonun çıkarılmasından sonra, birleşmeye katılan şirketlerin mal varlıklarında önemli değişikliklerin meydana gelmiş olmasıdır⁶¹. Bilanço gününden itibaren altı aylık süre geçmemiş olsa dahi, önemli değişiklikler nedeniyle bilanço çıkarılması gereklidir. Önemli değişikliklerin neler olduğu konusunda kanunda bir ölçüte yer verilmemiş, gerekçede çeşitli örneklerden bahsedilmiştir⁶².

Çıkarılacak ara bilançoya ilişkin esaslara da kanunda yer verilmiştir (TTK m. 144/2). Buna göre ara bilanço kural olarak yıllık bilançonun tabi olduğu esaslara göre çıkarılacaktır. Fakat TTK m. 144/2'de öngörülen kolaylıklardan yararlanılarak bilançonun tanzimi yoluna gidilecektir.

5. Sermaye artırımı ve yeni kuruluş

Devralma şeklinde birleşmede, ortaklığın devamlılığı ilkesi uyarınca, devralan şirketin sermayesini artırması gerekmektedir. Bu nedenle TTK m. 142/1 hükmünde, devralan şirketin sermayesini, devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde, artırmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

Kanunda her ne kadar devralan şirketin sermaye artırımı zorunluluğundan bahsedilmişse de, bu artırımın değişim oranı ölçüsünde gerçekleşmesi zorunlu

⁵⁹ Birleşmeye esas bilançonun özellikleri hakkında bkz. Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, § 3, Rn. 75 ff.; Pulaşlı, C. I, § 7, kn. 74

⁶⁰ Gerekçe s. 117

⁶¹ "Bilançonun çıkarılmasından sonra" ibaresini, "bilanço gününden sonra" şeklinde anlamak gerekir. Bkz. Bommer, Fusionsgesetz, Art. 11, Rn. 4

⁶² Bkz. Gerekçe s. 117

olmayıp, devrolunan şirket ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde artırım zorunludur. Zira ayrılma akçesi öngörülmüş bulunması, devralan veya devrolunan şirketin iktisap ettiği kendi paylarının bulunması, birleşmeye katılan şirketlerden birinin hisselerine diğer şirketin sahip olması gibi istisnai durumlarda değişim oranı ölçüsünde sermaye artırımı gerekli değildir⁶³.

Devralma suretiyle birleşmede yapılacak sermaye artırımı açısından, kanun koyucu ilgili bazı durumlarda uygulanacak prosedürleri bertaraf ederek, sermaye artırımını kolaylaştırmaktadır. Bu kapsamda aynı sermaye konulmasına ilişkin TTK düzenlemeleri ile halka açık anonim şirketlerde, yeni payların halka arzına dair hükümler, sermaye piyasası Kurulu kaydına alınma hali dışında uygulanmaz(TTK m. 142/2). Birleşmede aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmamasının temelinde, birleşmeye ilişkin düzenlemelerin, özellikle de birleşme raporu ve birleşmenin denetlenmesinin⁶⁴, aynı sermayeye ilişkin TTK hükümlerinin uygulanmasını gereksiz kılması yatmaktadır⁶⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 142. maddesinde, yeni payların halka arzına dair Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı, sadece SPK kaydına alınma işleminin gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Mülga 2499 sayılı SerPK düzenlemelerine göre, halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisselerinin satışı halka arz olarak nitelendirilmişti (2499 s. SerPK m. 3). Fakat TTK'dan sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı yeni SerPK, bu durumu halka arz olarak nitelendirmemiştir (SerPK m.3). Ayrıca kurul kaydına alınma sisteminden vazgeçilerek, izahnamenin onaylanması usulüne geçilmiştir (SerPK m. 6). Halka arz edilmeyen sermaye piyasası araçları için de izahnamenin onay usulüne ve sair hususlara ilişkin düzenleme yapılmıştır (SerPK m. 6). TTK m. 142/1'de halka açık anonim şirketler için öngörülen kolaylığa ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu düzenlemeleri yürürlükten kaldırılıp, yerine farklı bir sistem getirildiğinden, TTK m. 142/1'in halka açık anonim şirketler için sağladığı kolaylığın uygulama kabiliyeti kalmamıştır.

⁶³ Bkz. Bommer, Fusionsgesetz, Art. 9, Rn. 5 ff.

⁶⁴ Birleşme sözleşmesi ve birleşme raporunun uzman işlem denetçisi vasıtasıyla denetlenmesine ilişkin TTK m. 148 hükmü, TTK henüz yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanunun 43. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁵ Botschaft (FusG), BBl. 2000 4405

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan şirketler tüzel kişiliğini yitirecek ve yeni bir şirketin varlığına ihtiyaç duyulacaktır. Bu nedenle, yeni şirketin kuruluşuna ilişkin mevzuatta öngörülen merasim gerçekleştirilecektir. Ancak TTK uygulanacak kuruluş merasimine ilişkin kolaylaştırıcı istisnai bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre “*Yeni kuruluş yolu ile birleşmede, bu Kanun ile 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun, aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri dışındaki maddeleri yeni şirketin kuruluşuna uygulanır.*” (TTK m. 143). Anılan madde, yeni kurulacak şirkette aynı sermaye konulmasına ilişkin düzenlemeler ile asgari ortak sayısına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağını, diğer kuruluş hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamaktadır.

Devralma şeklinde gerçekleşen birleşmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmama gerekçesi, yeni kuruluş şeklinde birleşme için de kullanılabilir⁶⁶.

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, asgari ortak sayısına ilişkin hükümler dışındaki kuruluş hükümlerinin uygulanacağına dair TTK m. 143 hükmünde belirtilen “ortak”lardan muradın ne olduğu açıklamayı gerektirmektedir. Kanun gerekçesinde bu konuyla ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Mevzuat İsviçre Birleşme Kanununun 10. maddesinde *sermaye şirketleri* için benzer bir hüküm bulunmaktadır. Anılan kanun gerekçesinde, iki tane tek kişilik şirketin, yeni bir tek kişilik anonim şirket ya da limited şirket kurabileceği; fakat kooperatifler için en az 7 ortağın gerekli olduğu (Art. 831 Abs. 1 OR), zira tek kişilik bir kooperatifin OR Art. 828’de zikredilen amacı –müşterek dayanışma- izleyemeyeceği ifadelerine yer verilmiştir⁶⁷. İsviçre öğretisinde ise gerekçedeki değerlendirmenin hatalı olduğu, yeni şirketin kurucularının, birleşmeye katılan şirketlerin ortakları değil, birleşmeye katılan şirketler olduğu; aksi halde kooperatiflerin birleşmesi için en az 7 kooperatifin bir araya gelmesinin gerekli olduğu, amacın bu olmadığı ve maddenin birleşmeye katılan sermaye şirketi sayısının, asgari kurucu sayısına eşit olması zorunluluğunu bertaraf etmeyi amaçladığı vurgulanmaktadır⁶⁸.

İsviçre öğretisinde savunulan görüşlerin Türk hukukunda da kooperatifler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından kabulü mümkündür. Zira bu şirketlerde ikiden fazla kurucu ortak bulunması

⁶⁶ Konu hakkında bu başlık altında yukarıda yapılan açıklamalara bakınız.

⁶⁷ BBI 2000 4405

⁶⁸ Bommer, Fusionsgesetz, Art. 10, Rn. 3; Diem, Hans-Jakob, in BSK, Art. 10, Rn. 15

gerekmektedir. Fakat özellikle kollektif ve komandit şirketler açısından ortakların tümünün veya bir kısmının gerçek kişi olması zorunluluğu (TTK m. 211/1; m. 304/3), aynı zamanda kuruluşu ilgilendiren bir özelliktir (TTK m. 213/1,a; m. 214/1; m. 305/1). Birleşmeye katılan ve yeni şirketi kuranlar ise tüzel kişilerdir. Kollektif ve komandit şirket kuruluşu suretiyle birleşmeyi yasaklamayan bir kanunda, yeni kuruluşu kolaylaştırmaya yönelik bir madde ile yasaklama yoluna gidildiğini söylemek, elbette ki kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Ancak kolaylaştırmanın sağlandığı TTK m. 143 hükmünde sadece ortak sayısına ilişkin değil, aynı zamanda ortak türüne ilişkin hükümlerin de uygulanmayacağına belirtilmesinin gerekli olduğu kanaatini taşımaktayız⁶⁹.

Yeni kuruluş şekline gerçekleşen birleşme sonrasında, elbette ki yeni kurulan ortaklıktaki ortak sayısının, o şirket türü için kanunda aranan asgari ortak sayısına uygun olması gerekir. Aksi halde İsviçre Birleşme Kanunu gerekçesinde belirtilen sakıncanın doğması ve tek kişilik (şahıs şirketleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve) kooperatiflerin ortaya çıkması söz konusu olacaktır, ki kanunun amacı bu değildir.

C. Birleşmenin Hükümleri

1. Genel Hükümleri

Türk Ticaret Kanununda birleşmenin kesinleşmesi, yani ticaret siciline tescilin sonuçları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen, birleşmenin tüm hükümlerinin diğer düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda birleşmenin ilk sonucu, devrolunan şirketlerin son bulmasıdır. Devrolunan şirket birleşmenin ticaret siciline tescili ile infisah eder (TTK m. 152/3). Ortaklığın devamlılığı ilkesi (TTK m. 136/3, m. 140, m. 153/2) uyarınca, kural olarak, devrolunan şirketin ortakları *ex lege* devralan şirketin ortağı olurlar (TTK m. 153/2). Ancak, kendi adına ve devralan ya da devrolunan şirketler hesabına hareket eden kişilerin elinde bulunan paylar için, bu sonuç kabul edilmez (TTK m. 153/2).

Birleşme sadece ortaklar bakımından değil, mal varlığı bakımından da hükümleri olan bir hukuki müessesedir. Birleşmenin tesciliyle birlikte, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifleri *ex lege* devralan şirkete geçer

⁶⁹ Tescille birlikte devrolunan şirket ortaklarının, devralan şirket ortağı olacağına ilişkin TTK m. 153/2 hükmü, kurucuların tüzel kişi olmaması gereğine ilişkin düzenlemeleri bertaraf edebilecek nitelikte değildir. Zira tüzel kişi ortak bulunması, aynı zamanda bir tescil engeli-
dir.

(TTK m. 136/4, m. 153/1). Mal varlığının bir bütün olarak geçmesinin sonucu olarak, devralan şirket, devrolunanın mal ve haklarının sahibi olduğu gibi, borçlarından da sorumludur. Durumun devralan tarafından bilinip bilinmemesinin neticeye etkisi yoktur. İntikal kanun gereği gerçekleştiğinden, münferit tasarruf işlemlerinin yapılması gerekli değildir⁷⁰.

2. Alacaklılar, Ortakların Sorumlulukları ve İş İlişkileri Açısından Hükümleri

a. Alacaklılar Açısından Hükümleri

Birleşmede menfaatlerinin korunması gereken önemli bir grup da alacaklılardır. Türk Ticaret Kanunu'nun birleşmeye ilişkin sistemi esas itibariyle ortakların menfaatleri esas alınmak suretiyle şekillenmiş olmakla birlikte, alacaklıların menfaatlerine hizmet eden özel düzenlemelere de yer verilmiştir.

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun alacaklılara birleşmeye itiraz imkanı tanıyan sistemi yerine, yeni kanunda alacaklılara itiraz hakkı tanınmamış, fakat alacaklarını teminat altına almaya yönelik bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

Kanunun alacaklıların menfaatine hizmet eden düzenlemelerine değinmeden önce, devralan şirketin külli halef olarak alacaklılara karşı sorumlu olduğunu belirtmek gerekir. Birleşme, alacaklıların haklarını sona erdiren bir müesseseye değil, sadece borçlunun kanun gereği değiştiği bir hukuki müessesedir. Alacaklıların korunmasına yönelik düzenlemeler, bu hukuki sonuca ilave bazı tedbirler içermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki 6762 sayılı kanuna nazaran, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununda alacaklıların konumunun zayıflatıldığı söylenilebilir.

TTK m. 157/2 hükmüne göre, birleşmeye katılan şirketler, alacaklılarına hangi haklara sahip oldukları hususunda 7'şer gün arayla Ticaret Sicili Gazetesinde üç defa yapacakları ilanla ve internet sitelerine koyacakları ilanla bilgi verirler. İlanların yapılacağı tarih hakkında açık bir düzenleme bulunmakla birlikte, birleşmenin kesinleşmesinden önce bunun yapılması gerekmektedir.

Birleşmenin kesinleşmesi tarihinden itibaren alacaklılar üç ay içinde istemde buldukları takdirde, devralan şirket bu alacakları teminat altına

⁷⁰ Gerek Ticaret Sicili Yönetmeliğinde gerekse Şirketlerde yapı değişikliği ve aynı sermaye konulmasında siciller arası işbirliğine ilişkin tebliğde, sicile kayıtlı mal varlığı unsurlarında gerekli değişikliklerin yapılması için, ticaret sicil müdürlüklerine bildirim yükümlülükleri getirilmiştir.

almakla yükümlüdür (TTK m. 157/1). Teminat verme yükümlülüğü sadece devrolunan şirket alacaklıları için değil, aynı zamanda devralan şirket alacaklıları için de söz konusudur.

Teminat verme yükümlülüğü bulunan devralan şirket, diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması halinde, teminat vermek yerine bu borcu ödeyebilir (TTK m. 157/4). Ödeme devralan şirketin takdirindedir. Ancak diğer alacaklıların zarara uğrama tehlikesi varsa ödeme imkanı bulunmamaktadır. Kanun sisteminden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu birleşmede, başvuran alacaklının menfaatlerini önplanda tutan, durumdan fiilen haberdar olmayan ya da ilgisiz kalan alacaklıların menfaatlerini ikinci plana iten bir çözüme yer vermiştir.

b. Ortakların Sorumlulukları Açısından Hükümleri

Devrolunan şirketin borçlarından dolayı birleşmeden önce sorumlu olan ortakların durumu hakkında kanunda özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır (TTK m. 158/1). Farklı bir esasa yer verilmediğinden hükmün, zamanaşımı dışında sorumluluğun mahiyeti ve tahakkuk esaslarına, özellikle ikinci derece sorumluluğu bulunan ortakların sorumluluk derecelerine etki etmediği, yani sorumluluklarını birinci dereceye çıkarmadığı kabul edilmelidir⁷¹.

Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz(TTK m. 158/2).

TTK m. 158/3 hükmüne göre, kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam eder; yeter ki izahname başka bir düzenleme içermesin. Anılan madde gerekçesinde, İsviçre Birleşme Kanunu'nun 26/3'üncü maddesinin hukukumuzda uygulama alanı olmadığı için Türk Ticaret Kanununa alınmadığı belirtilmektedir⁷². Ancak İsviçre Birleşme Kanunu'nun 26'ncı maddesinin üçüncü fıkrası kısmen, Türk

⁷¹ Kırca, s. 76; von der Crone ua. § 2, Rn. 412

⁷² Gerekçe s. 123

Ticaret Kanunu'na alınmadığı belirtilen TTK m. 158/3'e tekabül etmektedir⁷³. Kanun gerekçesi de nazara alındığında, kamuya arz edilmiş tahvil ve diğer borç senetlerinden ortakların sorumluluğuna ilişkin hüküm yasaya sehven alınmıştır ve uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır⁷⁴.

c. İş İlişkileri Açısından Hükümleri

Devrolunan şirket çalışanlarının hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, bu kişilerin hukuki durumlarıyla ilgili özel düzenlemelere yasada yer verilmiştir. TTK m. 158/4 hükmü uyarınca birleşme iş ilişkileri hakkında, bölünme iş ilişkilerini düzenleyen TTK m. 178 hükmü uygulanacaktır⁷⁵.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret şirketlerinde yapı değişikliği ve birleşmeye ilişkin düzenlemelerine, büyük ölçüde İsviçre Birleşme Kanunu düzenlemeleri kaynaklık etmektedir. Yoğun bir çalışma neticesinde ortaya çıkan kanun metni, genel sistemi etkileyecek nitelikte olmasa da, çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Bu kapsamda;

Türk Ticaret Kanunu'nun, ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin düzenlemeleri, genel norm ve üst norm özelliğine sahip olmalarına rağmen (TTK m. 134/2), özellikle Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin, yapı değişikliğinde uygulanmayacağına açıkça hükme bağlandığı özel kanunlar bakımından, özel kanunun amacına göre değerlendirme yapılması ve yorumda özel kanunun önceliği ilkesinin üstün tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin olarak kavramlara ilişkin yasal düzenlemede (TTK m. 135) sehven yer verilmeyen kavramlara ilişkin eksikliğin giderilmesi yararlı olacaktır.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, birleşme sözleşmesinin yönetim organı tarafından imzalanmasını öngören yasal düzenlemenin (TTK m. 145), doğrudan dış ilişki, yani temsil yetkisi ile ilgili olması ve kanun gerekçesinde,

⁷³ İsviçre Birleşme Kanununun 26. maddesinin üçüncü fıkrası Türk Ticaret Kanununa kısmen alınmış olup, kanuna alınmayan kısımda "*Borçlar Kanununun tahvillerde alacaklılar birliği-ne ilişkin 1157 ve devamı maddeleri saklıdır*" hükmü yer almaktadır.

⁷⁴ Benzer yönde bkz. Kendigelen, s. 121 vd.; Coştan, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Batider, Haziran 2008, C. XXIV, Sa. 3, (s. 403-431), s. 422; Al Kılıç, s. 156; Mehas Kanununun 26/3. maddesinden alınan hüküm, şirketin değil, ortakların borçlanma senetlerinden hukuki sorumluluğunu düzenlemektedir ve özellikle 3 yıllık zamanaşımı süresinin, bu borçlar için uygulanmaması sonucuna hizmet etmektedir.

⁷⁵ Daha ziyade iş hukukunu ilgilendiren bu sorun için bkz. Alp, Mustafa; Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum, Y. 2012/1, Sa. 32, (s. 51-74), s. 51 vd.

kanun metninden farklı bir sonucun öngörülmesi karşısında, madde metninin gerekçeye uygun şekilde değiştirilmesi isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Birleşmede, özel haklar veren menkul kıymet sahipleri için eşdeğerli hakların tanınması gereği, birleşmeye ilişkin TTK düzenlemelerinin dolaylı da olsa kaynağını teşkil eden Avrupa Topluluğu'nun 78/855/EEC sayılı yönergelerinin 15. maddesinde vurgulanmaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanununun birleşmede hakların dağılımına ilişkin düzenlemeleri, ticaret şirketi ile çeşitli şekilde hukuki ilişki tesis edenlerden bir kısmının menfaatlerini göz önünde bulundurmasına rağmen, özellikle kara iştirak hakkı bulunan bazı menkul kıymet sahipleri ve diğer bazı menkul kıymet sahiplerinin haklarıyla ilgili açık düzenleme içermemektedir. Belirtilen eksikliğin, kanun koyucu tarafından menfaatler dengesine uygun şekilde çözümü, birleşme sürecinde doğabilecek önemli sorunları bertaraf edebilecektir.

Birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından onanması, birleşme sürecinin önemli bir aşamasıdır. Sözleşmenin ayrılma akçesi öngörülmesi halinde TTK m. 151/5 hükmü ağır bir nisapla sözleşmenin onanması zorunluluğuna yer vermiştir. Ayrılma akçesinin iki türünün bulunmasına ve maddenin kaynağı olan İsviçre Birleşme Kanununda sadece zorunlu ayrılma akçesi öngörülmesi halinde bu nisabın uygulanacağı hükme bağlanmasına rağmen, Türk Ticaret Kanununda böyle bir ayırım yapılmaması, menfaatler dengesine uymamaktadır.

Birleşmeye katılan şirketlerin, inceleme hakkına konu belgeleri, merkezleri ve şubelerinde genel kurul karar tarihinden önceki 30 gün içinde incelemeye açmakla yükümlü olmasına ilişkin yasal düzenleme (TTK m. 149/1), lafzı itibarıyla karardan önceki son günde belgelerin incelemeye açılmasına ve ilgililerin inceleme hakkının kısıtlanmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Önemli değişikliklerde müteaddit defalar genel kurula bilgi verilmesine ilişkin düzenlemenin, mehzar İsviçre Birleşme Kanununun parlamento görüşmeleri aşamasında terk edilmesi, fakat Türk hukukunda benimsenmiş olması tenkide açık bir diğer yöndür.

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, asgari ortak sayısı yanı sıra, kurucuların niteliğine ilişkin hükmün uygulama dışı bırakılmamış olması da eleştiriye açıktır. Zira mevcut sisteme göre örneğin, kurucusunun tüzel kişi olması mümkün bulunmayan kollektif şirketin, tüzel kişi tarafından kurulabilmesine olanak sağlanmaktadır. Ortakların sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 158/3 gerekçesinde, bu hükmün hukukumuzda uygulama kabiliyeti bulunmamasından bahsedilmesine rağmen, yasa metnine anılan hükmün dahil edilmesi eleştiriye açıktır.