

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

**ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE KAYBI VE BORCA
BATIKLIK İLE SERMAYESİNİ KAYBEDEN VEYA BORCA
BATIK ŞİRKETLERİN BİRLEŞMEYE KATILMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
MİRAY GÜLTEK

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. RIZA AYHAN

ANKARA 2018

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

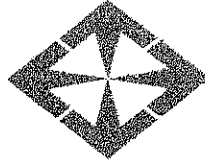
ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE KAYBI VE BORCA
BATIKLIK İLE SERMAYESİNİ KAYBEDEN VEYA BORCA
BATIK ŞİRKETLERİN BİRLEŞMEYE KATILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
MİRAY GÜLTEK

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. RIZA AYHAN

ANKARA 2018



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

17/09/2018

Öğrencinin Adı, Soyadı: Miray GÜLTEK

Öğrencinin Numarası: 21410237

Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı/

Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Rıza AYHAN

Tez Başlığı : “Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık ile Sermayesini Kaybeden veya Borca Batık Şirketlerin Birleşmeye Katılması”

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 141 sayfalık kısmına ilişkin, 17/09/2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından “Turnitin” adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %19’dur.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

Onay Tarihi: 17/09/2018

Öğrenci Danışmanı Unvanı/ Adı, Soyadı: Prof. Dr. Rıza AYHAN

Miray GÜLTEK tarafından hazırlanan “Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık ile Sermayesini Kaybeden veya Borca Batık Şirketlerin Birleşmeye Katılması” adlı bu çalışma, jürimizce yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (Sınav) Tarihi: 20/09/2018

Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı, Kurumu ve İmzası):

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Rıza AYHAN, Başkent Üniversitesi,.....

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR, Hacı Bayram Veli Üniversitesi,.....

Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Dilek İMİRLİOĞLU, Başkent Üniversitesi,.....

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım. .../.../20...

Prof. Dr. İpek KALEMCİ TÜZÜN

Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

§1. BİRLEŞME KAVRAMI VE BİRLEŞME NEDENLERİ	7
I. TERMİNOLOJİ	7
II. TÜRK MEVZUATINDA BİRLEŞME KAVRAMI	8
A. TÜRK TİCARET KANUNUNDA BİRLEŞME	8
B. DİĞER KANUNLARDA	10
III. DOKTRİNDE MEVCUT OLAN BİRLEŞME TANIMLARI	11
IV. BİRLEŞME NEDENLERİ	13
§2. TÜRK MEVZUATINDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	17
I. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	17
II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER	19
A. TİCARİ İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	19
B. TİCARİ İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ	21
C. BİRLEŞMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	22
III. 4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	23
IV. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	27
V. VERGİ MEVZUATINDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	32
A. GELİR VERGİSİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME	32
B. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME	33
1. Vergili Birleşme	34
2. Vergisiz Birleşme	35
VI. 6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	36
VII. 1163 SAYILI KOOPERATİFLER KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER	38
VIII. 5684 SAYILI SİGORTACILIK KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER	42
§3. BİRLEŞMEYE HÂKİM OLAN İLKELER	44

I. TASFİYESİZ SONA ERME	45
II. KÜLLİ HALEFİYET	47
III. ORTAKLIK (ÜYELİK) PAYININ VE HAKLARININ KORUNMASI İLKESİ	50
A. GENEL OLARAK	50
B. ORTAKLIK (ÜYELİK) PAYININ VE HAKLARININ KORUNMASI İLKESİNİN İSTİSNALARI	52
1. Denkleştirme Ödemesi (Denkleştirme Akçesi)	52
2. Ayrılma Akçesi	53
IV. ALACAKLILARIN KORUNMASI İLKESİ	55
V. TÜRLER ARASI SERBEST BİRLEŞME İLKESİ	57

İKİNCİ BÖLÜM

§4. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ	59
I. DEVRALMA YOLUYLA BİRLEŞME	60
A. TANIMI	60
B. DEVRALMA YOLU İLE BİRLEŞME İŞLEMLERİNDE İZLENECEK USUL	62
1. Hazırlık Aşaması	63
a) Birleşme Görüşmeleri	63
b) Birleşme Öncesi Görüşmelerden Doğan Sorumluluk	66
c) Birleşme Sözleşmesinin Hazırlanması	68
aa) Birleşme Sözleşmesinin Tarafları, Şekli ve Hukuki Niteliği	68
bb) Birleşme Sözleşmesinin İçeriği	71
d) Birleşme Raporu	72
aa) Birleşme Raporu Düzenleme Yetkisi	73
bb) Birleşme Raporunun Konusu ve İçeriği	74
aaa) Sermaye Artırımı	75
bbb) Sermaye Artırımına Gerek Olmayan Haller	76
e) İnceleme Hakkı ve Malvarlığında Değişiklikler	77
aa) İnceleme Hakkı	78
bb) Malvarlığında Meydana Gelen Önemli Değişiklikler	79
2. Karar Aşaması	81

a) İzinler ve Onaylar.....	81
aa) Bakanlıktan İzin Alınması	81
bb) Rekabet Kurulu'na Bildirim.....	81
cc) Sermaye Piyasası Kurulu'ndan Onay Alınması	82
b) Birleşme Kararı.....	82
aa) Genel Olarak.....	82
bb) Nisaplar	82
aaa) Şahıs Şirketlerinin Birleşmesinde Aranan Nisaplar	83
bbb) Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Aranan Nisaplar	83
ccc) Kooperatiflerin Birleşmesinde Aranan Nisaplar	84
3. Kesinleşme Aşaması.....	85
a) Tescilde İbrazı Gereken Belgeler.....	85
b) Birleşme Kararının Tescili.....	86
c) Birleşme Kararının Tescilinin Hukuki Sonuçları.....	87
d) Birleşme Kararının İlânı	88
II. YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞME.....	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§5. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ÖZEL HÂLLER	90
I. BİR TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİYLE BİRLEŞMESİ	90
II. TASFİYE HÂLİNDEKİ BİR ŞİRKETİN BİRLEŞMEYE KATILMASI	92
A. GENEL OLARAK	92
B. TASFİYE HÂLİNDEKİ ŞİRKETİN BİRLEŞMEYE KATILABİLMESİ İÇİN ARANAN KOŞULLAR.....	93
1. Tasfiye Hâlindeki Şirketin Devrolunan Şirket Olması.....	93
2. Tasfiye Hâlindeki Şirketin Malvarlığının Dağıtılmasına Başlanmamış Olması	93
3. Tasfiyeye Devrolunan Şirketin Yetkili Kurulunca Karar Verilmiş Olması .	95
III. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK HÂLİNDE BİRLEŞMEYE KATILMA.....	96
A. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK KAVRAMLARI	97
1. Sermaye Kaybı Kavramı	97
2. Borca Batıklık Kavramı.....	99

B. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ	100
1. Sermaye Kaybının Tespiti	100
a. Sermaye Kaybının Tespitinde Esas Alınacak Bilanço	105
b. 1/2 Oranında Sermaye Kaybının Hukuki Sonuçları	109
c. 2/3 Oranında Sermaye Kaybının Hukuki Sonuçları	111
2. Borca Batıklığın Tespiti	114
a. Borca Batıklığın Tespitinde Esas Alınacak Bilanço	114
aa. Borca Batıklık Şüphesi	115
bb. Borca Batıklık Bilançosu	116
b. Borca Batıklık Hâlini Mahkemeye Bildirim Yükümlülüğü	118
aa. Borca Batıklık Bildiriminin Hukuki Niteliği	120
bb. Bildirimin Derhal Yapılması Zorunluluğu ve Geri Alınamaması	121
cc. Bildirimde Bulunacak Organ ve Kişiler	123
aaa. Yönetim Kurulu	124
bbb. Tasfiye Memurları	126
ccc. Yönetim Kurulu ve Tasfiye Memurlarının Bildirimde Bulunmamasının Müeyyidesi	126
ddd. Alacaklılar	127
eee. Şirketle İlgili Diğer Kurum ve Kişilerin Bildirim Yetkisi Olup Olmadığı Meselesi	128
(1) Ortaklar	129
(2) Sermaye Piyasası Kurulu	129
(3) Ticaret Bakanlığı	130
c. Borca Batıklık Hâlini Mahkemeye Bildirim Yükümlülüğünün İstisnaları	131
aa. Ortaklığın Mali Durumunun İyileştirilmesi İmkânı	132
bb. Ortaklık Borçlarının Garanti Edilmesi	133
cc. Sıradan Çekilme Sözleşmesi	133
dd. Ortaklığın Konkordato İstemesi	134
ee. Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma	135
C. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK DURUMUNDA BİRLEŞMEYE KATILMA	136
1. Genel Olarak	136

2. Sermayesini Yitirmiş veya Borca Batık Şirketin Birleşmeye Katılabilmesi İçin Aranılan Koşullar.....	137
3. Serbestçe Tasarruf Edilebilen Özvarlık Kavramı.....	138
4. TTK m. 139 ile TTK m. 376'nın İlişkisi.....	139
SONUÇ.....	141

ÖZET

Miray Gültek, Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık ile Sermayesini Kaybeden veya Borca Batık Şirketlerin Birleşmeye Katılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketlerde sermayenin korunmasına büyük önem vermiştir. Kanun'un 139'uncu maddesine göre, sermayesini kaybetmiş veya borca batık bir anonim şirket, devralma yoluyla birleşmeye katılabilir. Bu şekilde, anonim şirket mali durumunu düzeltebilir.

Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bir şirket ile birleşebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı maddesine göre; Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister.

Tezimizde öncelikle birleşme kavramı, birleşmeye hâkim olan ilkeler ve diğer kanunlardaki (Türk Borçlar Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Sigortacılık Kanunu vs.) yasal düzenlemeler açıklanmıştır. İkinci bölümde ise devralma şeklinde birleşmede izlenecek usul, birleşmenin şartları ve sonuçları anlatılmıştır. Son bölümde ise tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılması, ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından devralınması, sermaye kaybı ve borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma işlemlerinden ayrı ayrı bahsedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket/ Sermaye Kaybı/ Borca Batıklık/ Birleşme/ Türk Ticaret Kanunu

ABSTRACT

Miray Gültek, Capital Loss or Merger In The Case of A Joint-Stock Company's Being In Default, Master Thesis, Ankara, 2018.

The Turkish Commercial Code numbered 6102 gives particular importance to the protection of capital in joint-stock companies. According to article 139, a joint-stock company in liquidation or technical bankruptcy may be involved in an acquisition. Thus, the joint-stock company may recovered financially by a company in good financial standing.

A company which has lost half of the sum of its capital and statutory reserves due to damages, or whose liabilities exceed its assets, may merge with a company, provided that the latter is in possession of freely disposable equity sufficient to cover the capital loss or, if necessary, to remedy the state of excess of liabilities over assets. According to Turkish Commercial Code, article 376; If suspicions are raised that company's liabilities exceed its assets, the board of directors shall have an interim balance sheet prepared based on the going concern value and based on liquidation of the assets. If, pursuant to such reports, it is seen that the assets are not sufficient enough to cover the debts, then the board of directors shall notify this situation to the Commercial Court of First Instance located where the headquarters of the company is situated and request declaration of the bankruptcy of the company.

First of all, merger, dominant principles of mergers and other legal arrangements (Code of Obligations, Law on the Protection of Competition, Insurance Law etc.) are explained in my thesis. In the second section, terms of mergers, procedure and results of acquisition are explained. In final chapter, merger in case of dissolution of a company, merger of commercial enterprise by the company, capital loss or merger in the case of a company's being in default and are mentioned by individually.

Key Words: Joint-stock Company/ Capital loss/ Excess of assets over liabilities/ Merger/ Turkish Commercial Code

KISALTMALAR

Al.	: Almanca
Art.	: Artikel
A.Ş.	: Anonim Şirket
AT	: Avrupa Topluluğu
ATOD	: Ankara Ticaret Odası Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BankK	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
Der.	: Dergi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: Dipnot
Dr.	: Doktor
Ed.	: Editör
eTTK	: 6762 sayılı Evvelki Türk Ticaret Kanunu
E.	: Esas
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ff	: folgende seite(n)
GK	: Genel Kurul
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GVK	: 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu

HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBirK/FusG	: İsviçre'nin 30.10.2003 tarihli Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu (Loi Federale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine)
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİD	: İcra ve İflas Dairesi
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İİTİAD	: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHAD	: Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KmO	: Komandit Ortaklık
KO	: Kollektif Ortaklık
Koop.K.	: 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu
KVK	: 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	: Madde
MİHBİR	: Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Prof.	: Profesör
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SK	: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu
SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TK	: 6762 sayılı Ticaret Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
vb.	: ve benzeri
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YK	: Yönetim Kurulu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YY.	: Yüzyıl

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, K. : Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- Ada, E./
- Demirhan, D./
- Gökalp, F. : Şirket Birleşme ve Satın Almalarının Stratejik Önemi ve İşletmelerin Piyasa Değeri Üzerine Etkisi, Marmara Üniversitesi Muhasebe-Finansman Araştırma ve Uygulama Dergisi, Nisan 2006, C. 6, S. 15.
- Adıgüzel, B. : “Konut Yapı Kooperatiflerinde İflas Erteleme Süreci ve Borca Batıklık Sorunu”, EÜHFD, Haziran 2013, S. 1, s. 55-85.
- Akbilek, N. : Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009.
- Akdeniz, M./
- Kayıhan, Ş. : İflasın Ertelenmesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- Akgüç, Ö. : Finansal Yönetim, İstanbul 1998.
- Akdoğan, A. : Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara 2011.
- Akyüz, H. B. : Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara 2007.
- Al Kılıç, Ş. : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009.
- : Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Ankara 2017.
- Albrecht, A. C. : in Frank Vischer et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012.
- Altaş, S. : Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, İstanbul 2010.

- Altundal, F. : Şirket Birleşmelerinde Özellik Arzeden Konular, Vergi Sorunları, Nisan 2003, S. 175.
- Ansay, S. Ş. : İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960.
- Ansay, T. : Anonim Şirketler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982.
- Arıcı, M. F. : Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008.
- Arıkan, M. : Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler, MÜHFHAD, 2016, C. 22, S. 1.
- Arkan, S. : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017.
- Arslan, İ. : Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, İstanbul 1994.
- Arslanlı, H. : Anonim Şirketler, C. IV-V, Anonim Şirketin Hesapları – Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, İstanbul 1961. (AŞ IV-V)
- Aslan, Y. İ. : Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa 2010.
- Atabek, R. : “Sigortacının Aczi”, Batider, C. XIV, S. 2, Aralık 1987, s. 41-84.
- Atalay, O. : İflasın Ertelenmesi, Türkiye Barolar Birliği 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.
- : Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996.
- : Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007.
- : Borca Batıklığın Tespiti, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 157 – 172.
- Aydın, A. : Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TTK m. 376) Eleştirel Bir Bakış, İÜHFM 2012, C. LXX S. 2, s. 101-113.
- Ayhan, R./
- Çağlar, H. : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017.
- : Sigorta Hukuku Ders Kitabı, C. I, Ankara 2018.
- Ayrancı, H. : Ön Sözleşme, Ankara 2006.

- Bahtiyar, M. : Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2016.
- : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2016.
- : “Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi”, Şirket Birleşmeleri (Ed.: Haluk Sümer – Helmut Pernsteiner), İstanbul 2008, s. 77-97.
- Başaran Yavaşlar, F. : “Birleşen Sermaye Şirketi Ortaklarının Vergilendirilmesi”, Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 111-137.
- Battal, A. : Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007.
- Bauen, M./
- Bernet, R. : Scherizer Aktiengesellschaft, Zürich-Basel-Genf 2007.
- Beinert, D. : Corporate Acquisitions and Mergers in Germany, The Hague 2000.
- Bektaş, S. : Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması, Ankara 2010.
- Berk, N. : Finansal Yönetim, İstanbul 1995.
- Berkin, M. N. : Borçları Mevcudunu Aşan Sermaye Şirketlerinin Takipsiz İflası, İİTİAD, 1974/2, s. 193-213.
- : İflas Hukuku, İstanbul 1972.
- Berler, G. : “Unterbilanz und Überschuldung”, SJZ, 47, 1951, s. 257 vd.
- Bilgili, F./
- Demirkapı, E. : Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- Bommer, F. : in: Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern 2003.
- Böckli, P. : Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2004.
- Bürgi, F. W. : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, Die Aktiengesellschaft, b/2, Zürich 1969.
- Chadefaux, M. : Les Fusions des Sociétés Régime Juridique et Fiscal, 5ème Edition, Paris 2005.

- Champeaux, C. : Fusionsgesetz-Aspekte der Handelsregisterpraxis, 2 Peprax 2011, s. 51-71.
- Cuendet, A. : La Fusion par Absorption en Particulier le Contrat de Fusion, Berne 1973.
- Cozian, M./
- Viandier, A./
- Deboissy, F. : Manuel de Droit Des Sociétés, 20 éme Edition, Paris 2007.
- Çeker, M. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2013.
- Çelebican, Ö. K. : Roma Hukuku, Ankara 2010.
- Çelik, O. : Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara 1999.
- Çevik, O. N. : Anonim Şirketler, Ankara 1998.
- Çoştan, H. : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009.
- : Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2012.
- : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Yeniden Yapılanması, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler) TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s.255-291.
- Demir, A. : Geçici Vergi Uygulaması, İstanbul 1999.
- Demir, K. : "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar", İÜHFM 2013, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, C. LXXI, S. 2.

- Demircioğlu, H. R. : Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
- Develi, B. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 443-489.
- Doğan, B. F. : Anonim Şirket Yönetim Kurulu'nun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011.
- Doğan, G. : Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006.
- Domaniç, H. : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.
- Dumanoğlu, S. : İflasın Ertelenmesi, Borca Batıklık ve İyileştirme Projeleri, İstanbul 2011.
- Dursun, H. : Yeni Ticaret Kanununun Vergi Hukukuna Etkileri, İstanbul 2011.
- Erdem, E. : "Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar", Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2007.
- Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- Eriş, G. : Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.
- Ermenek, İ. : İflasın Ertelenmesi, Ankara 2009.
- Feyzioğlu, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- Forstmoser, P. : Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, s. 249; Amonn, K./Gasser, D., Grundriß des Schuldbetreibungs -und Konkursrechts-, Bern 1997.
- Franko, N. : "Sermaye Şirketlerinde -Özellikle Anonim Şirketlerde- İflas ve Tehiri", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990.
- Frey, M. : in: Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern 2003.
- Giroud, R. : Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986, s. 94; Bürgi, F. W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,

- Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, Die Aktiengesellschaft, b/2, Zürich 1969.
- Glanzman, L. : Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2008.
- Gozzi, N. : Schutz der Actionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Zürich/St. Gallen 2009.
- Gökbek, D. : “Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması”, Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 23-49.
- Göktuna, H. D. E. : Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri, İstanbul 2012.
- Göktürk, K. : Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. XVII, S.1-2, s. 631-662.
- Günel, Y. M. : İflas Davaları ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006.
- Gönenli, A. : İşletmelerde Finansal Yönetim, İstanbul 1996.
- Güngör, M. : İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Rayiç Değer Tespiti ve İyileştirme Projesi, Ankara 2016.
- Güngör, Ş. S. : Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi, İstanbul 2011.
- Gürel, S. : Anonim Ortaklıklarda Mali Yapının Bozulması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011.
- Güven, P. : Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2003.
- Grosclaude, X. : Les Droits Des Actionnaires Dans Les Opérations De Fusion, Thèse de Doctorat a l' Université de Strasbourg III, 1999.

- Higgins, R. C./
Schall, L. C. : Corporate Bankruptcy and Conglomerate Mergers, Journal of Finance 30.
- Hirtz, H. : Die Vorstandspflichten bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einer Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1966.
- Howson, P. : Due Diligence: The Critical Stage in Mergers and Acquisitions, 2003.
- Isler, P. : Letter of Intent, in Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers&Acquisitions VI, 2004, s. 2-31.
- Işık, S. : “Sermaye Şirketleri İle Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz Konusu Olması Durumunda İflasın Ertelenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Özel Sayı, C. 2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2016, C. LXXIV.
- İlbasmış Hızlısoy, Ö./
Kayar, İ. : “Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, Kayseri 2011.
- İmregün, O. : Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.
: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962.
: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- İnan, A. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İnan, A. N./
Yücel, Ö./
İpekel Kayalı, F./
Karahan, S. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014
: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014.
: Şirketler Hukuku, Konya 2012.
: Ticari İşletme Hukuku, Konya 2012.

- Karapınar, A. : Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına Göre (IFRS Taslak 3) İşletme Birleşmeleri, Ankara 2006.
- Karayalçın, Y. : Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.
- Kavak, A. : Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara 2009.
- Kaya, M. İ. : “Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Yönetim Kuruluna Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması Hâlinde Yüklediği Yükümlülükler, KHAD, 2007.
- Kayar, İ. : Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- : Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, “Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken”, MÜHFHAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 643-696.
- : Limited Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 305 vd.
- Kendigelen, A. : Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- : Gerekçeli- Karşılaştırmalı Yeni, Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011.
- Keşli, A. : “Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme”, Şirketler Hukuku (Ed. Sami Karahan), Konya 2012.
- Kılıçoğlu, A. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Kırca, İ. : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, Aralık 2011, S. 79, s.71-79.
- Kırca, İ.
- Şehirali Çelik, F. H.
- Manavgat, Ç. : Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013.
- Kızılot, Ş. : Kurumlar Vergisi Kanunu Uygulaması, C. II, Ankara 2000.

- Kuru, B. : Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı, Makaleler, 2006, s. 621 – 634.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C.I, 6. Bası, İstanbul 2014.
- Kutlan, S. : Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004.
- Lajoux, A. R./
- Elson, C. M. : The Art of M&A Due Diligence-Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data, New York 2000.
- Lanz, R. : Kapitalverlust, Überschuldung, Sanierungsvereinbarung, Diss. Zürich 1985.
- Lutter, M./
- Drygala, T. : Marcus Lutter/Martin Winter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Köln 2009.
- Manavgat, Ç. : Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları, İÜHFM, 2013, C. 71, S. 2.
- Meier-Hayoz, A./
- Forstmoser, P. : Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012.
- Merle, P. : Droit Commercial, Societes Commerciales, 2e edition, Dalloz 1990.
- Mestre, J./
- Pancrazi, M. E. : Droit Commercial, 26éme Edition, Paris: L.G.D.J., 2003.
- Moroğlu, E. : “Bankaların İhtiyari Birleşmesi”, Batider, Aralık 2006.
- : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler, 7. Bası, İstanbul 2006.
- : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, Ankara 2006.
- Muşul, T. : İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2008.

- Nazalı, E. : Vergisel ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri, Ankara 2015.
- Oğuzman, K.
- Öz, T. : Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- Okutan Nilsson, G. : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009.
- Olgaç, S. : İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, İstanbul 1974.
- Öçal, A. : "Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar", Ankara Ticaret Odası Dergisi, 6/1975, s. 9 vd.
- Öktem, S. : İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosu, İstanbul Barosu Dergisi, 2006, C. 80, S. 6.
- Öz, T. : "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013.
- Özeke, B. : Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkileri, İstanbul 2006.
- Özekes, M. : İflasın Ertelenmesi, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005.
- Öztek, S. : İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007.
- Öztürk, B. : Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme), DEÜHFD, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı 2015), C. 16.
- Paslı, A. : Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirme, Antalya 2007.
- Pekcanitez, H. : Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009.
- : Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991.
- : İflasın Ertelenmesi Kurumuna Eleştirel Bir Bakış, Makaleler II, İstanbul 2016.
- : İflasın Ertelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi 2005, S. 79/2.

- Pernsteiner, H. : “İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı” (Çev. Çağla Ersen), Şirket Birleşmeleri (Ed.: Haluk Sümer – Helmut Pernsteiner), İstanbul 2008, s. 589-615.
- Postacıoğlu, İ. : İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978.
- Postacıoğlu, İ. : Konkordato, İstanbul 1965.
- Poroy, R./
- Tekinalp, Ü./
- Çamoğlu, E. : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2005.
- Poroy, R./
- Yasaman, H. : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2017.
- Pulaşlı, H. : “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, Batider, Aralık 2007, C. XXIV, S. 2, s. 203–235.
- Pulaşlı, H. : Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016.
- Pulaşlı, H. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1, Ankara 2011.
- Rüzgaresen, C. : İflas Sebepleri, Ankara 2009.
- Rüzgaresen, C. : Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Dışındaki Kişilerin Borca Batıklığı, www.e-akademi.org (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Haziran 2011, S. 112.
- Sanlı, K. C./
- Ardıyok, Ş./ : Şirketler İçin Rekabet Hukuku Rehberi, İstanbul 2013.
- Sarıkamış, C. : Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2003.
- Sarısözen, M. S. : 7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2018.
- Sayhan, İ. : Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2016.
- Sayhan, İ. : Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılamamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın

- Ertelenmesi, Batider, Haziran 2005, Cilt XXIII, Sayı 1, s. 77 – 121.
- Sayın, B. H. : Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul 2015
- Schumacher, R. T. : Possibilités d'assainissement selon la loi sur la fusion, in Daniel Lengauer/Giordano Rezzonico (éd.), Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010, Zürich/Bâle/Genève 2010.
- Sevim, A. : “Şirket Birleşmelerinde Kurumsal Kaynak Planlaması (Enterprise Resources Planning-ERP)’nin Önemi”, (Ed. Sümer, H./ Pernsteiner, H.), Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2004.
- Sueter, J. : Die Fusion von Aktiengesellschaften und im Privatrecht und im Steurrecht, Zürich 1966.
- Sümer, H./
- Pernsteiner, H. : İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı, Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004.
- Şener, O. H. : Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012.
- Tanrıver, S. : İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, Ankara 2017.
- Taşdelen, S. S. : Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- Tekil, M. : Genel Kurulun Anonim Ortaklığın Fesih Kararını Geri Alması – İsviçre Federal Mahkemesi’nin 18 Haziran 1997 tarihli Yeni İçtihadı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1998, Cilt LVI, Sayı 1-4, s. 319-327.
- Tekinalp, Ü. : Birleşmede Ayrılma Akçesi, Regesta 2012, C.2, S.1, s. 21-27.
- : Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.
- : “Bankalarda Mevduatı Koruyucu ve Mali Bünneyi Güçlendirici Tedbirler, İktisat ve Maliye, Nisan 1985, S. 1, C. XXXII.
- : Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar

Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, İstanbul 2015.

: Ticaret Ortaklıklarında Birleşme Kavramı, Sınırları ve Bazı Problemler, Banka Der., C. VIII S. 10.

: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.

: Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Batider 2008, C. XXIV, S.3, s. 5-16.

: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1979.

: "Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi", İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXI, S. 7, 1984, s. 279 vd.

Tekinay, S. S./

Akman, S./

Burcuoğlu, H./

Altop, A.

Toraman, B.

Tunçomağ, K.

Turanlı, H.

Türk, A.

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

: İcra ve İflas Hukuku'na göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007.

: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976.

: Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketlerin Birleşmesi, İzmir 2014.

: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.

: "Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler", Batider, Mart 2016, C. XXXII, S. 1, s. 5-60.

- : Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 17, S. 2, s. 63-112.
- Türk, H. S. : Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.
- : Bankaların Zorunlu Devir veya Birleşmesi, Bankalar ve 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1983.
- : "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme, Tebliğler Hakkında Soru ve Cevaplar", YÜHFD, 2005, C. 2, S. 1.
- : Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde 'Nevilerin Aynı Olması' Koşulu, Ankara 1986.
- Trigo Trindade, R. : in: Peter/Trigo Trindade, (éd.), Commentaire LFus, Art. 14, Zürich 2005.
- Ulusoy, M. : Son Değişiklikler Çerçevesinde Birleşme, Devir, Bölünme, Hisse Değişimi ve İştirak Yoluyla Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2004.
- Uyar, T. : İhtihatlî İcra ve İflas Kanunu, İzmir 1999.
- Üçışık, G./
- Çelik, A. : Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.1, Ankara 2013.
- Ülgen, H./
- Helvacı, M./
- Kendigelen, A./
- Kaya, A./
- Nomer Ertan, N. F. : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- Vogel, A./
- Heiz, C./
- Behnisch, U./
- Sieber, A. : Fusiongesetz-Kommentar, 2. Aufl, 2012.

von der Crone, H. C./

Gersbach, A./

Kessler, F. J./

Dietrich, M./

Berlinger, K.

: Fusionsgesetz, Fusion: Gesellschafter, Kontinuität der Mitgliedschaft, Zürich 2004.

Von Salis-Lütolf, U.

: Fusionsgesetz, Zürich 2004.

Yahyaoğlu, G.

: Bankacılık Hukuku, Ankara 2012.

Yalman, S.

: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

Yasaman, H.

: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.

: Anonim Ortaklıkların Birleşme ve Bölünmesi, Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul 2006.

: Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C.1, İstanbul 2003, s.695-712.

Yıldırım, A. H.

Kolotoğlu, O.

: Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu, Tasfiyesi, Birleşmesi, Devri, Nevi Değişikliği, Bölünme ve Hisse Değişimi, Ankara 2003.

Yıldız, Ş.

: Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/ECC Sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, AÜEHFD 2000, C.IV, S.1-2, s.623-634.

: "Borçlar Kanunu'nun 180. Maddesine Göre İki İşletmenin Birleşmesi", Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008.

: Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2012.

Yüce, A. A. : Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının
Butlanı, İstanbul 2015.

Weston, J. F./

Kwang, S. C./

Hoag, E. S. : Mergers, Restructing and Corporate Control, New
Jersey 1990

Birleşme ve Satın Alma İşlemleri 2008 Raporu, Ernst&Young, Ocak 2008, www.ey.com

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, 09.11.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuş 13.01.2011 tarihinde kabul edilmiş; 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak, bazı hükümleri dışında 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ve uygulanması ile ilgili hükümler sadece 6102 sayılı Kanunda değil; 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun¹ hükümlerinde de (Yürürlük Kanunu) yer almıştır².

6102 sayılı TTK'nin İkinci Kitabı (TTK m. 124-644) ticaret şirketlerine tahsis edilmiştir. Tez çalışmamızın konusu gereğince inceleyeceğimiz hükümler de bu kısımda yer almaktadır.

Doktrinde bir süredir tartışma konusu olan, sermayesini belli bir oranda yitirmiş veya borca batık olan bir anonim şirketin birleşmeye katılıp katılamayacağına ilişkin soru; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun³ 139'ncü maddesinde kanun koyucu tarafından düzenlenerek açıklığa kavuşturulmuştur⁴. Çalışmamızın temelini de TTK m. 1/1 uyarınca ticari hüküm olarak anılan bu düzenleme oluşturacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nda, sermayesini belirli oranlarda kaybetmiş ya da borca batık duruma düşmüş ticaret ortaklıklarının da birleşme sürecine dâhil edilerek iyileştirici birleşmelere cevaz verilmesiyle, mali durumları kötü ortaklıkların da kurtarılması konusunda, etkili bir çare öngörülmüştür. Kurtarılan ortaklık bakımından bir yarar sağladığı şüphesiz olan bu çözüm, kurtaran ortaklık yönünden bir kayıptır ve bu sebeple topluluk hükümlerinin (TTK m. 195 vd.) hâkimiyeti altında bulunur. Bu tür birleşmeler "onarıcı veya kurtarıcı birleşme" olarak adlandırılır⁵.

Tez çalışmamızın konusu, "Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık İle Sermayesini Kaybeden veya Borca Batık Şirketlerin Birleşmeye Katılması'dır".

Sermaye kaybı, sermaye şirketlerinde söz konusu olur. Şüphesiz bir sermaye şirketi borca batık duruma da düşebilir⁶. Bu hâllerde ise birleşmeye katılma bakımından TTK m. 139'daki şartlara tabi olunur. Şahıs şirketleri bakımından ise; sermayenin korunması

¹ 14.1.2011 T. ve 27846 Sayılı RG.

² Ayhan, R./Özdamar, M./Çağlar, H., Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 58-59.

³ 14.2.2011 T. ve 27846 Sayılı RG.

⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gereği m. 139.

⁵ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 691.

⁶ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 691.

ilkesi geçerli olmadığı için, sermaye kaybı yaşayan şahıs şirketleri, olağan birleşme şartlarını taşır⁷. Çünkü şahıs şirketlerinde teknik anlamda bir sermaye kaybından söz etmek mümkün değildir⁸. Keza şahıs şirketlerinin esas sermayeleri yoktur. Önemli olan ortakların kimlikleridir, sermaye unsuru belirleyici rol oynamaz⁹.

Şahıs şirketlerinde sadece borca batıklık hâli ile sınırlı olarak TTK m. 139 hükmü uygulanır. Borca batık olmayıp da, sermayesi sadece zararlarla kayba uğramış bir kollektif ve komandit şirket kaybın ölçüsü ne olursa olsun birleşmeye katılabilir. Fakat borca batık bir kollektif ve komandit şirket ancak TTK m. 139/1'deki şarta bağlı olarak birleşmenin tarafı olabilir¹⁰. Zira esas sermaye, borca batıklık kavramının bir unsuru olmadığı için borca batıklık, tüm ticaret şirketlerinde uygulama alanı bulan bir kavramdır¹¹.

Şahıs şirketlerinde borca batıklığın tespitindeki bu zorluk nedeniyle, tez çalışmamız kapsamında konuya değinilmemiştir.

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi sermaye kaybı, şahıs şirketlerine mahsus bir kavram olmamasına rağmen, borca batıklık durumu, şahıs şirketleri için de söz konusu olmakla birlikte esasen sermaye şirketleri için düzenlenen bir hâldir. Sonuç itibariyle hem sermaye kaybı hem de borcatıklık hâlinde şirket yetkili kurulunca mümkün olan en kısa sürede tedbir alınması gerekmektedir¹². TTK m. 376 hükmü, anonim şirketlerde sermaye kaybı ve borca batıklık hâllerini özel olarak düzenleyen bir madde olmasına rağmen aynı hüküm, limited şirketlere de kıyas yoluyla uygulanacaktır (TTK m. 633). Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ¹³'in kapsamını açıklayan 2'nci maddesine göre; "Bu tebliğ, anonim ve limited şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri kapsar". Dolayısıyla TTK m. 376'daki sermaye kaybı ve borca batıklık hâlinde alınması gereken tedbirlerin şahıs şirketleri için uygulama alanı bulmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

⁷ Berler, Gastano, "Unterbilanz und Überschuldung", SJZ, 47, 1951, s. 257 vd. (Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 35'den naklen).

⁸ Berler, G., "Unterbilanz und Überschuldung", SJZ, 47, 1951, s. 258 (Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 98'den naklen).

⁹ Bilgili, F./ Demirkapı, E., Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 16.

¹⁰ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 691.

¹¹ Sermaye kaybında "öz kaynaklar-esas sermaye", borca batıklıkta ise "malvarlığı-borçlar" ilişkisi ölçüt işlevi görmektedir; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 35.

¹² Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 75.

¹³ 15.9.2018 T. ve 30536 sayılı RG.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen üç tür yeniden yapılandırma modelinden birisi olan birleşme kurumu bir bütün olduğu için, konuda kopukluklar olmaması adına öncelikle birleşme kavramına değinilecek, devamında ise birleşme nedenleri, birleşmeye hâkim olan ilkeler ve birleşebilen şirket türlerinden bahisle konunun genel çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Birleşme kavramına ilişkin ve bu kavram ile bağlantılı konulara değinildikten sonra ise tez konumuzun da yer aldığı ticaret şirketlerinin birleşmesinde özel hâller başlığı altında sermaye kaybı ve borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma açıklanmaya çalışılacaktır.

Konunun işleniş biçimi açısından çalışmamız; giriş hariç üç ana bölümden, bölümlerin detaylandırıldığı alt paragraflardan ve konunun bir bütün hâlinde açıklandığı sonuç kısmından oluşmaktadır.

İlk bölüm, tezin asıl konusunun incelenmiş olduğu sonraki bölümlere bir nevi hazırlık niteliğinde olduğu için evleviyetle konuya ilişkin kavramlar açıklanmıştır. Daha sonra ise birleşme nedenlerinden bahisle, işletmeleri, şirketleri ve çeşitli kuruluşları (banka, sigorta, kooperatif vb.) birleşme sürecine yönlendiren rekabet ortamından, hukuki ve ekonomik nedenlere kadar pek çok etken incelenmiştir.

Tez çalışmamızda, klasik anonim şirketler bakımından konu ele alınmış olmakla birlikte ayrıca özel kanun hükümlerine tabi olan kooperatifler, bankalar ve sigorta şirketlerindeki düzenlemelere yönelik farklılıklar da açıklanmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede birleşme konusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile ilgili mevzuatta (tüzük, yönetmelik) yer alan düzenlemeler de incelenmiş ve Türk Ticaret Kanunu ile bağlantılarına değinilmiştir. Buradaki gayemiz; ticaret şirketlerinde yapısal değişikliklere dair hükümlerin (TTK m. 134-194) genel norm ve üst norm özelliğine sahip olduğunu belirtmenin yanı sıra, diğer kanunlarda da yapı değişikliği türlerinden olan birleşmeye ilişkin düzenlemeler yapılabileceğini, dolayısıyla TTK hükümlerinin genel düzenleme olduğunu ve diğer kanunların TTK'ye aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğunu vurgulamaktır.

Birinci bölümün son paragrafında birleşmeye hâkim olan; tasfiyesiz sona erme, külli halefiyet, malvarlığı ve ortaklık haklarında devamlılık, alacaklıların korunması ve türler arası serbest birleşme ilkeleri açıklanmıştır.

İkinci bölümde ise hukuki açıdan birleşme türleri ve birleşebilen şirket türleri incelenmiştir. Devralma ve yeni kuruluş yoluyla birleşme türleri tanımlanmış, tez konumuz gereği devralma yoluyla birleşme türü detaylı bir şekilde açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde ticaret şirketlerinin birleşmesinde özel hâller ana başlığı altında, bir ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi, tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılması ve tez konumuz olan sermayenin kaybı ve borca batıklık durumunda birleşmeye katılma başlıkları incelenmeye çalışılmıştır.

Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, pay sahiplerinin, sadece ödemeyi taahhüt ettikleri sermaye payı ile ve şirkete karşı sorumlu oldukları, şirketin ise borçlarından dolayı yalnızca malvarlığıyla sorumluluğunun düzenlendiği şirket türüdür (TTK m. 329). Anonim şirketin sadece malvarlığı ile sorumlu olması, mali durum bozulmalarından olan sermaye kaybı ve borca batıklık hâlini daha da önemli kılmaktadır. Anonim şirketlerde sermayenin kaybı ve borca batıklık hâline ilişkin temel düzenleme ise Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı maddesinde yer almaktadır.

Anonim şirketin sadece malvarlığı ile sorumlu olması sebebiyle ortaklık alacaklılarının çıkarlarını da yakından ilgilendiren TTK m. 376 (eTTK m. 324) hükmünün tamamı emredici niteliktedir¹⁴. Bu hükümlerin, şirketlerin sermaye kaybını engellemeye yönelik hükümlerden temel farkı önleyici değil, iyileştirici bir işleve sahip olmaları yani ortaklığın malvarlığında belirli düzeye ulaşan kayıpları ıslah edici tedbirler içermeleridir. Kanun koyucu tarafından TTK'nin 376'ncı maddesinde öngörülen tedbirleri iki ana grupta toplamak mümkündür. İlk gruba giren tedbirler; sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının belli oranda esas sermayenin altına düşmesi hâlinde uygulanırlar. Yasa bu bakımdan iki ayrı kıstas kabul etmiştir; sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının esas sermayenin yarısına inmesi, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının esas sermayenin üçte biri düzeyine inmesi (yani esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması). İkinci gruba giren tedbirlerin uygulanabilmesi için ise "ortaklık aktiflerinin, ortaklık alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi" veya "borçların

¹⁴ Bkz. Yargıtay TD., 2.4.1970 T. ve 1123/1347 sayılı Kararı; Karar için bkz., Eriş, G., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 350-351; Franko, N., "Sermaye Şirketlerinde -Özellikle Anonim Şirketlerde- İflas ve Tehiri", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 416.

aktiflerden fazla olması (borçların malvarlığını aşması)” gerekir. Birinci gruba giren durumlar “Sermaye Kaybı”, ikinci tedbiri içeren durum ise “Borca Batıklık” olarak adlandırılmaktadır¹⁵.

Üçüncü bölümde öncelikle tez konumuz iki başlığa ayrılarak, sermaye kaybı ve borca batıklık kavramları detaylıca açıklanmıştır. Sonrasında ise sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda birleşmeye katılabilmek için aranan koşullardan bahisle konunun genel çerçevesi çizilmiştir.

Anonim şirketlerde sermaye kaybının hukuki sonuçları TTK m. 376’nın 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiş ve eTTK’ m. 324 hükmünden farklı olarak Kanunda yer almayan “Sermaye Kaybı” terimine ilk kez yer verilmiştir. Yapılan değişikliklerden bir diğeri de; sermaye kaybı bakımından sadece esas sermayenin değil, esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının esas alınmasıdır.

Şirketin son yıllık bilançosundan, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar (TTK m. 376/1). Kanun koyucu, her somut olayın şartlarına ve ortaklığın mali durumuna göre alınabilecek tedbirlerin değişebileceğini öngörerek alınacak iyileştirici önlemlerin türleri bakımından müdahaleci olmamıştır¹⁶. Mali nitelikteki tedbirlerden birisi de; ortaklığın sermaye kaybını karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özkaynağa sahip bir ortaklıkla birleşmesidir (TTK m. 139).

Bilançoda, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağırılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer (TTK m. 376/2). Bu hâlde dahi birincil amaç ortaklığın mali durumunun düzeltilerek alacaklıların çıkarlarının korunmasıdır.

Anonim şirketlerde borca batıklık hâli ise ticaret hukuku ile icra iflas hukukunun kesişme noktalarından birini oluşturur. Borca batıklığın hukuki sonuçları aslen TTK m. 376/3’de düzenlenmiş olmakla beraber, bilhassa borca batıklığın hukuki sonuçları ve konkordato bakımından her iki yasa da birlikte uygulanacaktır¹⁷.

¹⁵ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 3.

¹⁶ Manavgat, Ç./Kırca, İ/Şehirali Çelik, F., Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 578-579.

¹⁷ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler, Batider, Mart 2016, C. XXXII, S. 1, s. 5-60.

Borca batıklık zorunlu bir iflas nedenidir ve iflas kararı verilebilmesi için durumun mahkemeye bildirilmesi şarttır. Ancak TTK m. 376/3’de öngörülen sıradan çekilme beyanı veya sözleşmesi, maddede belirtilen şartları taşıyorsa, borca batıklığa rağmen durumun mahkemeye bildirilmesi gerekmez. TTK m. 376’da yer almamakla birlikte, mahkemeye bildirim yükümlülüğünün bir diğer istisnası da TTK m. 139 hükmü uyarınca bir sermaye ortaklığı ile birleşmedir.

Sermaye kaybı veya borca batıklık hâlinde bulunan anonim şirket yönetim kurulu, hazırlayacağı birleşme planını gerekçeleriyle birlikte genel kurula sunarak, kaybolan sermayeyi veya borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen öz kaynağı olan bir şirketle, devralma yoluyla birleşmeyi teklif edebilir. Özel bir birleşme türü olarak düzenlenen TTK m. 139 hükmü, mali durumu bozulan anonim şirketlerin kurtarılması için bir olanak sağlamayı amaçlamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

§1. BİRLEŞME KAVRAMI VE BİRLEŞME NEDENLERİ

I. TERMİNOLOJİ

Birleşme ile ilgili hukuki tanımlar, her ülkenin mevzuatına göre değişiklik göstermektedir. Yapmış olduğumuz tez çalışmamızda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu temel kaynağımız olarak benimsenmiş ise de, Türk Ticaret Kanunu'nun birleşmeye ilişkin hükümlerinin kaynağını oluşturan İsviçre hukuku ve diğer ülkelerdeki birleşme terimlerinin de açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

Ticaret ortaklıklarının, özellikle sermaye ortaklıklarının birleşmesi, ekonomik toplanma (iktisadî temerküz) sürecinin en belirgin olayıdır. 19. yüzyılın ikinci yarısından başlayarak çeşitli ülkelerde -bazıları Türk hukukuna da aktarılmış bulunan- kanuni düzenlemelere ve şimdi de Avrupa Ekonomik Topluluğu çerçevesinde uluslararası düzenlemeye konu olan bu olay Fusion¹⁸ terimiyle, Alman hukukunda “Verschmelzung”, Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise “merger” terimi ile adlandırılmaktadır¹⁹.

Öte yandan, birleşmenin temel ayrımlarından biri olan devralma yoluyla birleşme ve yeni kuruluş yoluyla birleşme, mehzaz İsviçre Birleşme Kanunu'nun²⁰ Almanca metninde “Absorptionfusion (devralma yoluyla birleşme)” ve “Kombinationsfusion (yeni kuruluş yoluyla birleşme)” terimleriyle ifade edilmektedir²¹. İngiliz hukukunda ise “merger by absorption (devralma yoluyla birleşme)” ve “merger by formation of a new company (yeni kuruluş yoluyla birleşme)” terimleri kullanılmaktadır²².

¹⁸ Ufak farklılıklar dışında genellikle “fusion” şeklinde ifade edilen Latince kökenli bu sözcük, yürürlükteki Türk birleşme mevzuatına Avrupa'da kaynaklık eden Alman, İsviçre ve İtalyan hukuklarının ortak terimi durumundadır; Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 3.

¹⁹ İpek Kayalı, F., Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 7 vd.; Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, s. 3-6.

²⁰ Avrupa Topluluğu'nun Anonim Ortaklıkların Birleşmesine ilişkin 9 Ekim 1978 tarih ve 75/855/EEC sayılı Üçüncü Konsey Yönergesi temelinde hazırlanan İsviçre'nin 30.10.2003 tarihli Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Mal Devrine İlişkin Federal Kanunu (Loi Federale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine); Anılış: İsviçre Birleşme Kanunu (İBirk/FusG).

²¹ İsviçre hukukunda Fransızca metinlerde ise “fusion par absorption (devralma yoluyla birleşme)” ve “fusion par combinaison (yeni kuruluş yoluyla birleşme)” terimleri kullanılmaktadır.

²² İpek Kayalı, F., Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 7-8.

Ülkemiz literatüründe ise bir terim birliği bulunmamaktadır. Akgüç²³ genel ifade olarak füzyonu, Sarıkamış²⁴ devir almayı, Türk²⁵ ve Gönenli²⁶ ise birleşme (merger) ifadesini kullanmışlardır.

II. TÜRK MEVZUATINDA BİRLEŞME KAVRAMI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, birleşme kavramının hukuki ve ekonomik açıdan birçok tanımı bulunmaktadır. Birleşmeyle ilgili hukuki tanımlar, ekonomik tanımlardan daha dardır. Bunun temel nedeni ise, ekonomide birleşme sayılan her olayın hukukta birleşme şeklinde kabul görmemesi ve başka adlarla anılmasıdır. Hukuki anlamda birleşme kavramı aynı zamanda ekonomik manada birleşmeyi ihtiva etmekte ise de ekonomik anlamdaki her birleşme, hukuki birleşme sayılmamaktadır²⁷.

Çalışmamızda, öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirket birleşmeleri ve ilgili maddelere değinilecek, sonrasında ise diğer kanunlarda mevcut bulunan birleşme kavramı ve ilgili düzenlemeler açıklanmaya çalışılacaktır²⁸.

A. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA BİRLEŞME

6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanununda²⁹ açık bir birleşme tanımı yapılmamış³⁰; birleşme, Türk Ticaret Kanunu'nun 146-151. maddelerinde düzenlenmiş ve bütün şirketler hakkında genel hüküm mahiyetindedir³¹. eTTK 451 ve 452. maddesinde ise anonim şirketlerin birleşmesi özel olarak düzenlenmiştir³².

²³ Akgüç, Ö., Finansal Yönetim, İstanbul 1998, s. 889.

²⁴ Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2003, s. 7.

²⁵ Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 4.

²⁶ Gönenli, A., İşletmelerde Finansal Yönetim, İstanbul 1996, s. 530.

²⁷ Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 20.

²⁸ Uygulamada şirket birleşmeleri, daha çok iktisadi amaçlarla gerçekleştiriliyor olmasına rağmen tez konumuz gereği ekonomik açıdan birleşme kavramına yer verilmemiş ve hukuki açıdan birleşme kavramının tanımlanması ile yetinilmiştir.

²⁹ 9.7.1956 T. ve 9353 Sayılı RG.

³⁰ Belirtmekte fayda vardır ki, yasa koyucu hüküm koyduğu her olayı tanımlamakla yükümlü değildir. Düzenleme konusu olay, artık yasal bir tanımı gerektirmeyecek derecede yerleşmiş bir kavram olabilir. Bu durumda hayatın gelişmesi içinde kavramın belirlenmesi ve olayın tanımlanması, bir süre için uygulayıcı, yargıç ve bilim adamlarına bırakılmıştır; Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, s. 21.

³¹ Yasaman, H., Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalâalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul 2006, s. 53.

³² Kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 748 vd. maddeleri olan bu düzenlemelerin temel özelliği, alacaklıları korumak amacıyla öngörülmüş bir ilke olan, "birleşen ortaklıkların malvarlıklarının birbirinden ayrı yönetilmesine" dayanmasıdır (TK m. 451/6). TK 451 vd. birleşme türleri açısından TK m. 146 vd. hükümlerine paralel ise de, aynı kanunda yer alan bu iki grup hükümler arasında gerekli uyum ve bağlantı bulunmamaktadır; Bahtiyar, M., Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, Şirket Birleşmeleri (Sümer, H./Pernsteiner, H.), Bursa 2004, s. 6-7.

“Şirketlerin Birleşmesi” kenar başlıklı eTTK m. 146/1 uyarınca “*Birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut bir diğer ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir*”. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 146’da kavramın tanımlayıcı özelliklerine değinilmeden birleşme türlerinden söz etmekle yetinilmiştir³³. 6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanunu’nun genel hükümleri (eTTK m. 136-152), temelini İtalyan Hukuku’ndan, özel hükümleri ise Alman Hukuku’ndan alındığından aralarında uyum bulunmadığından dolayı, eTTK m. 146 ve devamında düzenleme altına alınan genel hükümlerin, eTTK m. 451 ve 452’deki özel hükümlere uygulanmasını güçleştirmektedir³⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun birleşmeye ilişkin hükümleri ise, Avrupa Topluluğu’nun Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 tarih ve 75/855/EEC sayılı Üçüncü Konsey Yönergesi³⁵ temelinde hazırlanan, İsviçre’nin 2003 tarihli “Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Mal Devrine İlişkin Federal Kanunu (İBirK/FusG)” temel alınarak hazırlanmıştır³⁶. Birleşmenin gerçekleşmesini düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 136/3 hükmünde kısmi bir birleşme tanımı da yer almaktadır. 6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanunu 146’ncı maddesinin lafzı, yapılan ufak değişiklikler dışında, TTK’nin birleşmenin ilkelerini düzenleyen 136’ncı maddesinde devam ettirilmiştir³⁷.

Buna göre; “*Birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir*”³⁸. Kanun’un gerekçesine göre üçüncü fıkrada, devrolunan şirketin malvarlığının ipso iure (kendiliğinden) geçişi ve devrolunan şirketin ortaklarının bu intikal karşılığında (bir değiştirme oranına göre) devralan şirketin paylarını gene ipso iure (kendiliğinden) kazanmaları düzenlenmektedir³⁹. TTK m.

³³ Paslı, A., Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 159.

³⁴ Yazar, bu güçlüğün özellikle anonim ortaklıkların birleşme sürecindeki işlemlerin sırasında kendini gösterdiğini ifade etmektedir; Tekinalp, Ü., Ticaret Ortaklıklarında Birleşme Kavramı, Sınırları ve Bazı Problemler, Banka Der., C. VIII S. 10, s. 26-27.

³⁵ Yönergenin Türkçe çevirisi için bkz. Yıldız, Ş., AÜEHFD 2000, C. IV S. 1-2, s. 623 vd.

³⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi m. 136.

³⁷ Bkz. Bahtiyar’a göre; “eTK m. 146’dan farklı olarak bu düzenlemenin lafzı, sanki ancak iki şirket birleşebilir izlenimi doğurmaktadır; oysa ikiden çok şirketin birleşmesine bir engel olmasa gerekir”.

³⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.136/3.

³⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi m. 136/3.

136'nın lafzından hareketle *Tekinalp* birleşmenin, birleşmeye katılan ticaret ortaklıklarının iradelerine dayanan bir hukuki işlem olduğu kanaatindedir⁴⁰. Biz de bu görüşe katılmaktayız; zira madde metninde düzenlenmiş olan birleşme, katılan şirketlerin iradesiyle bir akde dayalı olarak gerçekleşmektedir.

B. DİĞER KANUNLARDA

Ülkemizde şirket birleşmeleri birçok yasanın düzenleme alanına girmekte, her yasa kendi bakış açısından şirket birleşmelerine yaklaşmaktadır. Ülkemizdeki düzenlemelere yön veren yasaların başında da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu gelmektedir⁴¹. Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlediği birleşme; bir sözleşmeye dayalı olarak gerçekleşen ve birleşen şirketlerin iradelerini yansıtan birleşmelerdir. Kamu düzenini korumak düşüncesiyle kanunen veya kanun tarafından yetkili kılınan bir mercii kararıyla gerçekleşen kanuni birleşmeler, TTK'de düzenlenmiş değildir⁴².

Birleşme kavramına, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu dışında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁴³, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁴⁴, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁴⁵, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁴⁶, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)⁴⁷, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁴⁸ ve Amme Alacaklarının

⁴⁰ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 681.

⁴¹ Çelik, O., Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara 1999, s. 127.

⁴² Bu konuda örnek olarak bkz. BankK m. 107/V,a., Göktürk, K., Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. XVII S. 1-2, s. 636.

⁴³ 4.2.2011 T. ve 27836 sayılı RG.

⁴⁴ 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (RG 1.11.2005), m. 19. Buna göre, "Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi... Kurulun iznine bağlıdır. [...] Birleşme veya devir işleminin kesinleşmesini müteakip, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri devralan bankaya geçer ve devredilen kuruluşun tüzel kişiliği sona ererek kaydı Ticaret Sicilinden silinir."

⁴⁵ 6.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (RG 30.12.2012, S. 28513). Anılan kanunda birleşme tanımı yapılmamış ancak çeşitli maddelerde bu kavrama yer verilmiştir; bkz. m. 12, 23, 32, 54 ve 138.

⁴⁶ 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RG 13.12.1994 S. 22140), m. 7. Ayrıca bkz. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

⁴⁷ 13.6.2006 tarih ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (RG 21.6.2006, S. 26205).

⁴⁸ 3.6.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (RG 14.6.2007, S. 26552), m. 10. Buna göre, "Bir sigorta şirketinin kendi talebi ile tasfiye edilmesi, bir veya birkaç şirket ile birleşmesi veya aktif ve pasifleri ile başka bir şirkete devrolunması, sigorta portföyünü teminat ve karşılıkları ile birlikte kısmen veya tamamen diğer bir şirkete devretmesi Bakanın iznine tabidir. Reasürans şirketleri hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır."

Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da⁴⁹ da yer verilmektedir. Mevcut kanunlardaki düzenlemelerden bir kısmı tez çalışmamız dâhilinde açıklanmaya çalışılmıştır⁵⁰.

III. DOKTRİNDE MEVCUT OLAN BİRLEŞME TANIMLARI

Ele alınan konuları sınırlamak, konuya ilişkin yapılacak açıklamalarda bir çıkış noktası yakalamak ve incelenen olayların temel niteliklerini belirtmek üzere genellikle tanımlardan faydalanılır. Bu nedenden ötürü doktrinde yapılmış olan birleşme tanımları, mevzuatta bulunanlara ya da mahkeme kararlarında yer alanlara oranla çok daha fazla ve çeşitlidir⁵¹.

İsviçre öğretisinde *Meier-Hayoz/Forstmoser*'e göre, “Birleşme, iki veya daha fazla şirketin, aralarında yaptıkları bir sözleşme ile tasfiyesiz infisah yoluyla hukuki bir birlik içinde birleşmeyi kararlaştırmalarıdır ve birleşmede en azından bir şirket aktif ve pasifleriyle külli halefiyet yoluyla devredilmekte ve pay sahipliğinin devamlılığı korunmaktadır⁵²”.

Alman öğretisinde ise *Lutter*, birleşmeyi; “İki veya daha fazla şirketin, aralarından en az bir tanesinin (yani tasfiyesiz sona erecek olan şirketin) tüm aktif ve pasiflerinin ipso iure ve külli halefiyet yoluyla devralan veya yeni kurulan şirkete geçmesi ve devralan veya yeni kurulan şirketin ortaklık haklarının/paylarının devrolunan şirketin ortaklarına verilmesi konusunda anlaşmaları” şeklinde tanımlamıştır⁵³.

Fransız doktrininde bazı yazarlar, birleşmeyi, “Bir veya birden fazla şirketin malvarlıklarının var olan veya oluşturacakları yeni bir şirkete, devreden şirket ortaklarının, yararlanan şirket⁵⁴ pay veya hisse senetlerini alacakları kabul edilerek geçirilmesidir” şeklinde tanımlamışlardır⁵⁵.

⁴⁹ Bkz. 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (RG 28.7.1953, S. 8469), m. 36.

⁵⁰ Bkz. §2. Birleşme Mevzuatı.

⁵¹ Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 28-29.

⁵² Meier-Hayoz, A./Forstmoser, P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, §25 N 29 (Kayalı, F. İ., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 8'den naklen).

⁵³ Lutter, M., in: Marcus Lutter/Martin Winter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Köln 2009, §2 N 25, (Kayalı, s. 8'den naklen).

⁵⁴ “Yararlanan şirket” (société bénéficiaire) tabiri Fransız hukukunda birleşmede devralan ve yeni kurulan şirket kavramlarını birlikte karşılamak üzere kullanılmıştır.

⁵⁵ Grosclaude, X., Les Droits Des Actionnaires Dans Les Opérations De Fusion, Thèse de Doctorat a l' Université de Strasbourg III, 1999; Mestre, J./Pancrazi, M., Droit Commercial, 26ème Edition, Paris: L.G.D.J., 2003, s. 289-290 (Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009, s. 27'den naklen).

Türk hukuku çerçevesinde ise ticaret ortaklıklarının birleşmesini *Hikmet Sami Türk*; “*En az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması (devralma yoluyla birleşme); veyahut en az iki ortaklığın, ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmaları (yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme) sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesi*” şeklinde tanımlamıştır⁵⁶.

Bilgili/Demirkapı ise TTK m.136 vd. hükümlerinden hareketle birleşmeyi; “*Sahip oldukları malvarlıkları tasfiye edilmeksizin birden fazla ticaret şirketinin içlerinden birinde veya yeni kurulan bir şirkette birleşmeleri ve birleşen şirketlerin ortaklarının belli bir değiştirme oranına göre yeni şirketten pay almaları*” şeklinde tanımlamışlardır⁵⁷.

Bahtiyar’a göre ticaret şirketlerinde bir yapı değişikliği türü olan birleşme; “*Birden çok şirketin içlerinden birinin veya yeni kurulacak bir şirketin çatısı altında, malvarlıklarını tasfiye etmeksizin bir araya gelmeleri ve birleşen şirket ortaklarının, bir değişim ölçüsüne göre birleşilen ortaklıktan pay almalarıdır*”⁵⁸.

Göktürk, TTK m. 136 lafzından hareketle birleşmeyi; “*Birden fazla şirketin, akdolan 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*” şeklinde tanımlamaktadır⁵⁹.

Yasaman’a göre teknik ve hukuki anlamda 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 (değiştirme birimi) bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır*” şeklinde açıklanmıştır⁶⁰.

⁵⁶ Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 37.

⁵⁷ Bilgili, F./ Demirkapı, E., Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s.68.

⁵⁸ Bahtiyar, M., Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2017, s. 60.

⁵⁹ Göktürk, K., Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. XVII S. 1-2, s. 635.

⁶⁰ Yasaman, H., Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 55.

TTK m. 136'dan hareket eden *Pulaşlı* ise birleşmeyi; “Birden çok ticaret şirketinin, malvarlıklarını tasfiye etmeksizin, içlerinden birinin bünyesinde veya yeni kurulan bir şirkette birleşmeleri ve birleşmeye katılan şirketlerin pay sahiplerine belirli bir değiştirme ölçüsüne göre birleşmenin gerçekleştiği şirkette pay sahibi olma imkânının sağlanması” olarak ifade etmiştir⁶¹.

Doktrinde mevcut olan tüm bu tanımlardan hareketle bize göre birleşme; “En az iki şirketin yetkili organlarınca akdedilmiş olan bir birleşme sözleşmesine dayanılarak, tasfiyesiz infisah ilkesi gereğince ve külli halefiyet yolu ile ticaret şirketlerinin birinde veyahut yeni kuracakları bir şirkette tüzel kişiliklerini devam ettirdikleri bir yeniden yapılandırma modelidir” şeklinde tanımlanabilir.

IV. BİRLEŞME NEDENLERİ

Dünya’da şirket birleşmeleri 1800’lü yıllardan günümüze değin belirli dönemlerde artarak devam etmektedir. Birleşme dalgaları olarak adlandırılan bu süreçlerden beşinci dalga, 1992 yılından günümüze kadar gelen dönemi kapsamaktadır⁶².

Ülkemizde ticari hayatın ve özel sektör yatırımlarının gelişmiş ülkelere nazaran daha geç gelişme kat etmesi, şirket birleşmelerinin de ancak 1990’lı yıllardan sonra önemli bir hacme ulaşmasına yol açmıştır⁶³. Ernst&Young tarafından her yıl ülkemizde gerçekleşen birleşmeler, ayrıntılı bir raporla kamuoyuna duyurulmaktadır. 2016 senesinde Türkiye’de gerçekleşen ve değeri açıklanan toplam birleşme ve satın alma işlem sayısı 101, 2017 yılında ise değeri açıklanan 127 işlem bulunmaktadır⁶⁴.

Küreselleşmeyle birlikte gelişmekte olan yeni rekabet koşullarında ayakta kalabilmek, ticaret şirketleri için gittikçe zorlaşmaktadır. Özellikle üretici ve lider konumdaki şirketlerin varlıklarını devam ettirebilmeleri için yeni teknolojik yatırımlara, maliyetleri düşürecek önlemlere ve ar-ge faaliyetlerine her zamankinden fazla ağırlık vermeleri kaçınılmaz bir hâl almıştır. Bunların gerçekleştirilebilmesi için şirketlerin iyi bir organizasyona sahip olmalarının yanı sıra, ekonomik güce de sahip olmaları

⁶¹ Pulaşlı, H., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1, Ankara 2011, s. 111.

⁶² Ada, E./Demirhan, D./Gökalep, F., Şirket Birleşme ve Satın Almalarının Stratejik Önemi ve İşletmelerin Piyasa Değeri Üzerine Etkisi, Marmara Üniversitesi Muhasebe-Finansman Araştırma ve Uygulama Dergisi, Nisan 2006, C. 6, S. 15, s. 32.

⁶³ Karapınar, A., Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına (IFRS Taslak 3) Göre İşletme Birleşmeleri, Ankara 2006, s. 6.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., www.ey.com.

gerekmektedir. Şirketleri, ekonomik yönden daha güçlü kılabilecek araçlardan birisi de hiç şüphesiz şirket birleşmeleridir⁶⁵.

Ticari ve kurumsal bir yapılanma modeli olan birleşmelerde özellikle son yıllarda büyük bir artış görülmektedir. Birleşmeler, büyük yoğunlukla 80'li yıllardan itibaren hız kazanmış ve 21. YY.'ın şirket varoluş tipi hâlini almıştır. Birleşmelerin gerçekleştirilme sebebi kimi zaman iktisadi varlığın devamını sağlamak olduğu gibi, kimi zaman da bir tekel ya da hâkim durum yaratmak veya hâkim durumu güçlendirmek olmuştur⁶⁶.

Şirketlerdeki yapısal değişiklikler (birleşme, bölünme, tür değiştirme) ya rekabet edebilirlik koşullarının güçlendirilmesi amacıyla ya da mali durumu iyileştirmek gayesiyle yapılmaktadır⁶⁷. Özellikle küçük işletmelerin birleşmelerinde, rakip sayısının azalması nedeniyle rekabetin de azalacağı düşünülebilirse de; küçük işletmelerin birleşip daha büyük bir hacme ulaşmaları sonucunda, büyük işletmelerle rekabetin de artacağı bir gerçektir⁶⁸. Yapılan bir araştırma sonucuna göre, rekabet kabiliyetini arttırmak, şirketleri birleşmeye teşvik eden nedenler arasında ilk sırada yer almaktadır⁶⁹. Bu sebeple, devir almayı hızlandıran, motive eden nedenlerin temelinde ekonomik konjonktürün yattığını söylemek yanlış olmaz⁷⁰.

Sayılan bu nedenlerin yanı sıra şirket birleşmelerinde birçok etken rol oynayabilir. Bu etkenler arasında; finansal etkenler, bir şirketler topluluğunun yapısının yeniden organize edilmesi, ölçek ekonomilerinden⁷¹ ve/veya vergi avantajlarından yararlanma⁷², etkinlikte bulunduğu piyasaya hâkim olma ve rekabeti kendi koşullarına uyarlama, farklı pazarlara girme, bir şirketin kontrolünü ele geçirme, değerli fikri ve sınai haklar elde etme

⁶⁵ Yahyaoğlu, G., Bankacılık Hukuku, Ankara 2012, s. 292.

⁶⁶ Yasaman'a göre; "Çağımızda ekonomik gücün merkezileşmiş ve artmıştır. Büyük işletmelerin bile varlıklarını zorlukla devam ettirebildikleri bu rekabet ortamında, ancak süper işletmeler devamlılık gösterebilmektedir", Yasaman, H., Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, s. 51.

⁶⁷ Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013, s.63.

⁶⁸ Aslan, İ. Y., Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 207.

⁶⁹ Sevim, A., Şirket Birleşmelerinde Kurumsal Kaynak Planlaması (Enterprise Resources Planning-ERP)'nin Önemi, (Ed. Sumer, H./ Pernsteiner, H., Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2004, s. 333.

⁷⁰ Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2003, s. 7.

⁷¹ Ölçek ekonomisi, belli bir ürünün üretim maliyetinin azaltılması şeklinde sağlanabileceği gibi, fabrikanın daha akılcı kullanılması şeklinde de olabilir. Birleşme sonucunda şirketlerin faaliyet alanları büyüyeceğinden, daha büyük ölçekte faaliyet göstermeleri sağlanabilecektir; Güven, P., Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2003, s. 63; Nazalı, E., Vergisel ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri, Ankara 2015, s. 18.

⁷² Bkz. Pernsteiner, H., İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı, Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2004, s.595, dpn. 18.

ve psikolojik nedenler sayılabilir⁷³. Benzer şekilde *Sarıkamış*⁷⁴ da şirket devir almalarını motive eden nedenleri bazı başlıklar altında toplamıştır. Bu başlıklardan birkaçı; sinerji yaratmak⁷⁵, vergiden tasarruf etmek⁷⁶, fazla likitin kullanım alanını artırmak, yeni yatırımlarda bulunmaktansa çalışan bir firmayı devir alarak yatırım maliyetini düşürmek, iş ve/veya mal çeşitlendirmesine gitmek, yatay veya dikey bütünleşmeyi (entegrasyonu) sağlamak⁷⁷, pazarda rekabet ortamını şirket lehine değiştirmek, tasfiye değeri, pazar değerinin üzerinde olan bir firmayı satın alıp birleşme sürecinden sonra satın alınan şirketin aktiflerinin tamamını veya bir bölümünü satarak kazanç sağlamak⁷⁸, profesyonel yönetimin şirket devir alarak kendilerini maddi ve manevi olarak tatmin etme arzularıdır⁷⁹.

Tarafları birleşme kararı almaya yönlendiren nedenlerden birisi de riski dağıtmak, finansal sıkıntı ve iflas etme olasılığını en düşük düzeye indirmektir. Birleşme neticesinde, varlığını sürdüren veya yeni kurulan şirket, birleşmeye katılan şirketlerin tek tek borçlanma kapasitesinden daha fazla borçlanma kapasitesine sahip olmaktadır. Gerçekten borç verenler açısından risklilik azalacağından, varlığını sürdüren veya yeni

⁷³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, A. H./Kolotoğlu, O., Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu, Tasfiyesi, Birleşmesi Devri Nevi Değişikliği Bölünme ve Hisse Değişimi, Ankara 2003, s. 202 vd.

⁷⁴ Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2003, s. 8 vd.

⁷⁵ Birleşmenin tamamlanmasıyla elde edilen ekonomik güç, birleşmeye katılan her bir şirketin kendi ekonomik varlığının toplamından daha yüksektir. Başka şekilde açıklamak gerekirse, şirketin üretim, yatırım ve pazarlama kapasitesinden daha büyük bir değer ortaya çıkmaktadır. "Sinerji (synergy) etkisi (2+2=5)" terimi ile belirtilen bu durum, bütünün, kendisini oluşturan parçaların her birinin toplamından daha yüksek bir kıymete sahip olacağını ifade etmektedir, Berk, N., Finansal Yönetim, İstanbul 1995, s. 383; Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 8 vd.

⁷⁶ Vergi avantajlarından faydalanma isteği, birleşme kararının alınmasında önemli bir etkiye sahiptir. İşletmeleri birleşmeye iten, Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanununda bulunan düzenlemelere ilişkin açıklamalara, çalışmamızın "§2. Birleşme Mevzuatı" kısmında yer verilmiştir.

⁷⁷ Aynı alanlarda etkinlik gösteren iki şirketin birleşmesine "yatay bütünleşme" denilmektedir. Yatay birleşme ile şirketler pazardaki oranlarının arttırılması ve rekabetin azaltılmasına ek olarak, birleştiği şirketin makine ve donatılarını normalden daha ucuza mal edebilecektir. Dikey bütünleşme ise, şirket için hammadde kaynaklarını veya pazarlama yollarını denetim altında tutmak, daha az giderlerle hammadde sağlayabilmek ve aktif bir dağıtım ağına sahip olmak ve benzeri faydaların elde edilmesi için aynı sektörde hammadde üretilip pazarlayan veya şirketin ürettiği malları pazarlayan bir şirketi ortaklık bünyesine dâhil etme anlamını taşımaktadır. Dikey birleşmelerde şirket, ya ileriye doğru en son tüketiciye kadar veya hammadde kaynağına doğru genişleyerek dağıtım ve satın alımlarında sahip olduğundan çok denetim imkânına sahip hâle gelebilir, Çelik, O., Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara 1999, s. 39-40; Nazalı, E., Vergisel ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri, İstanbul 2015, s. 23-24; Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 19-20.

⁷⁸ Tasfiye değeri yüksek bir firmanın, devir işlemleri gerçekleştirildikten sonra tamamıyla tasfiye edilmesi isteniyorsa, işlem birleşme şeklinde değil şirket satın alma şeklinde gerçekleştirilir, Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 20.

⁷⁹ Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 23.

kurulan şirket daha ucuza borçlanabilecektir⁸⁰. Birleşme yoluyla şirketlerin finansal durumlarını güçlendirdikleri ve iflas maliyetlerinin değerinin düşürüldüğü “Karşılıklı Borç Garantisi (Debt Coinsurance)” etkisi olarak adlandırılan bu durum sayesinde hisse senedi sahiplerine de önemli avantajlar sağlanmış olur⁸¹.

Doktrinde konuya ilişkin bazı tartışmalar da mevcuttur. Özellikle likiditesinin zayıflığı nedeniyle iflas tehlikesi ile karşı karşıya kalan bir şirketin, ekonomik gücü fazla olan bir firma tarafından devir alınmasının finansal sinerji yaratıp yaratmayacağı tartışma konusudur. Finansal yapısı güçsüz olan bir firmayı devir alan şirketin devir almadan sonra hedef şirketin ekonomik bünyeye zayıflığının etkisi ile finansal durumunun var olandan daha zayıf bir hâle gelmesi doğaldır. Birleşme, hedef şirketin lehine olarak, onların alacaklılarının riskini azaltırken, devir alan şirketin ortaklarının riskinin yükselmesi aleyhe bir durum oluşturur. Bu vakıa finansal sinerjinin oluşmasını önleyebilir. *Higgins/Schall*⁸² böyle bir birleşmenin yeni bir değer yaratmayacağını sadece şirkete fon tedarik edenlerin arasındaki gelir dağılımında farklılıklara yol açacağını belirtmektedirler. Fakat birleşme sonrası oluşan şirketin borçlanmaya giderek artan faiz giderleri sebebiyle ortaklarına vergi tasarrufu sağlayarak bu hâlin üstesinden gelinebileceği de aynı yazarlarca ifade edilmektedir⁸³.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız birleşme nedenleri bir yana, özellikle tez çalışmamız açısından konuyu ele aldığımızda; sermaye kaybı ve borca batık hâlde bulunan bir şirketin, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edebilecek özvarlığa sahip bir şirket ile birleşmesi de şirketi iflasın eşiğinden döndürecek bir birleşme nedenidir.

⁸⁰ Kayalı, F., Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 22; Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 23.

⁸¹ Weston, J. F./Kwang, S. Chung/Hoag, S. E., Mergers, Restructing and Corporate Control, New Jersey 1990, s. 251 (Çelik, O., Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara 1999, s. 34’den naklen).

⁸² Higgins, R. C./Schall, L. C., Corporate Bankruptcy and Conglomerate Mergers, Journal of Finance 30, s. 93-113 (Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 14’den naklen).

⁸³ Zarar eden bir şirketi devir alarak bu zararları vergi tasarrufu aracı yapma uygulaması Profilo Holding’in iki şirketinin birleştirilmesidir. Holdinge bağlı olan ve zarar eden Pemko Profilo Elektrik Motorları ve Kompresör Sanayii A.Ş., Peg Profilo Elektrikli Gereçler Sanayii A.Ş.’nce devir alınmıştır; Bkz. Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 97.

§2. TÜRK MEVZUATINDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Üç tür yapı değişikliğinden birisi olan birleşmeye ilişkin hükümler sadece Türk Ticaret Kanunu'nda yer almamaktadır. TTK'nin yanı sıra diğer bazı özel kanunlarda da düzenlemeler mevcuttur. Çalışmamızın bu kısmında öncelikle Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemelere değinildikten sonra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁸⁴, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁸⁵, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁸⁶, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu⁸⁷, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu⁸⁸, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁸⁹, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu⁹⁰, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁹¹ ve ilgili mevzuattaki birleşmeye ilişkin hükümleri tez konumuz dâhilinde değerlendirmeye çalışacağız.

I. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Çalışmamızda, önceden de belirtmiş olduğumuz gibi, ticaret şirketlerinin birleşmesi hakkında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda benimsenen sistem; Avrupa Topluluğu'nun Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 tarih ve 75/855/EEC sayılı Üçüncü Konsey Yönergesi ve İsviçre Birleşme Kanunu temel alınarak hazırlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kabulü ile terk edilmiştir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, TTK m. 136-158'de düzenlenmiş fakat yapısal değişikliklerin uygulanma alanına dair m. 134/2'de; "*Diğer kanunların, bu Kanunun 135 ilâ 194'üncü maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır*" denilmiştir⁹². Ayrıca, TTK m. 191-193'te, yapısal değişikliklerin ortak hükümlerine yer verilmiş; m. 194'te ise, ticari işletmenin bir ticaret şirketince devralınarak onunla birleşmesi düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler ile birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi şirket yapısal

⁸⁴ 4.2.2011 T. ve 27836 Sayılı RG.

⁸⁵ 13.12.1994 T. ve 22140 Sayılı RG.

⁸⁶ 1.11.2005 T. ve 25983 Sayılı RG.

⁸⁷ 6.1.1961 T. ve 10700 Sayılı RG.

⁸⁸ 21.6.2006 T. ve 26205 Sayılı RG.

⁸⁹ 31.12.2012 T. ve 28513 Sayılı RG.

⁹⁰ 10.5.1969 T. ve 13195 Sayılı RG.

⁹¹ 14.6.2007 T. ve 26552 Sayılı RG.

⁹² Kendigelen'in haklı şekilde ifade ettiği üzere, burada Türk Ticaret Kanunu'nun 194'üncü maddesine atıf yapılması doğru değildir. Çünkü TTK m. 194, ticari işletmelerin yapısal değişikliklerine uygulanacak hükümleri gösterir ve burada ticaret şirketlerine uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmadığından TTK m. 134'ün her iki fıkrasında da "TTK 134 ilâ 193'üncü maddeler" şeklinde ifade edilmesi gerekirdi; Kendigelen, A., Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 135.

değişikliklerinin güvenli, saydam, olağan bir işlemler zinciri içinde gerçekleşmeleri sağlanmış ve alacaklılar ile diğer hak ve menfaat sahipleri de korunmuştur⁹³.

Göktürk'e göre; ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin hükümler (TTK m. 134-194), genel norm ve üst norm özelliğine sahiptir. Kanunun 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 uyandırılmaktadır. Ancak üst norm özelliği bir kanun ile verildiğinden, sonradan çıkan başkaca özel kanunlarla bu özelliğin bertaraf edilmesi mümkündür. Yine TTK'den 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 mümkündür⁹⁴.

Biz de TTK'de yer alan birleşmeye ilişkin hükümlerin, kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere⁹⁵, üst norm özelliğine sahip olduğunu ancak konuya ilişkin düzenlemeler içeren özel kanun hükümlerinin saklı tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi⁹⁶, bankaların birleşme, bölünme ve devirlerinde TTK hükümlerinin uygulanmayacağını açıkça hükme bağladığından, TTK m. 134/2 hükmünü bertaraf eden özel kanun olarak nitelendirilmesi gerekir⁹⁷. *Güngör*'de konuya ilişkin olarak şu açıklamayı yapmıştır; “*Her ne kadar Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde bankaların birleşmelerinde TTK hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiş olsa da Bankaların Birleşme, Devir Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik'te*⁹⁸ *hakkında hüküm bulunmayan hususlarda TTK'ye*

⁹³ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu Esas N. 1/324 s. 96.

⁹⁴ Göktürk, K., Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, GÜHFD 2013, C. XVII S. 1-2, s. 633.

⁹⁵ TTK Gerekçe m. 134, s. 45.

⁹⁶ BankK m. 19'a göre; “...Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7, 10 ve 11'inci maddeleri hükümleri uygulanmaz”. Söz konusu hükümde evvelki Türk Ticaret Kanuna atıf yapılmaktadır. Ancak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da genel norm özelliği mevcuttur. Zira eTTK m. 146/2'de; “Çeşitli ticaret şirketlerine ait hususi hükümler mahfuz kalmak şartıyla birleşme hakkında mütaakip maddelerdeki hükümler tatbik olunur” hükmü ile kanun koyucu genel norm özelliğini muhafaza etmiş idi.

⁹⁷ Göktürk, K., Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, GÜHFD 2013, C. XVII S. 1-2, s. 633, dpn. 6.

⁹⁸ 1.11.2006 T. ve 26333 sayılı RG.

başvurmak zorunludur. Yönetmelik'te genel kurul toplantıları ile ilgili olarak sadece toplantı ve karar nisapları düzenleme altına alınmıştır. Genel kurulların toplantıya çağırılması, oy verme işlemleri, toplantının yapılması ve yürütülmesi gibi hususlarda TTK'nin ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir”⁹⁹.

II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER

1 Temmuz 2012 itibariyle, 818 sayılı Borçlar Kanunu, yerini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na¹⁰⁰ bırakırken, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yerini 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na bırakmak suretiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

İşletmelerin birleşmesi konusu, Türk Borçlar Kanunu'ndan ziyade Türk Ticaret Kanunu ile ilgili olduğundan dolayı konu TBK'de borcun üstlenilmesi, borçlardan sorumluluk bağlamında ele alınmıştır¹⁰¹.

A. TİCARİ İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tüm işletmelerin (ticari işletmeler de dâhil olmak üzere) aktif ve pasifleriyle devri, TBK m. 202' de düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 203. maddesinde de bir işletmenin başka bir işletmeyle aktif ve pasiflerin karşılıklı şekilde devralınması yoluyla birleştirilmesi düzenlenmiş ve bu hâlin esas itibariyle TBK'nin 202. maddesi hükmüne tâbi olacağı belirtilmiştir¹⁰². TBK'nin 203'üncü maddesinde hükme bağlanan, “İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesinde”, esas olarak birleşme ve şekil değiştirme amaçlanmamış; borcun dış üstlenmesindeki alacaklının rızası ilkesine, ticari işletmenin devrinde olduğu gibi bir istisna getirilmiştir¹⁰³.

TBK m. 203'e göre; “Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler.

Bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık hâline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır”.

Görüldüğü gibi TBK m. 203, iki işletmenin birleşmesine TBK m. 202 çerçevesinde bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesinin hukuki sonuçlarını

⁹⁹ Güngör, S. Ş., Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi, İstanbul 2011, s. 136.

¹⁰⁰ 4.2.2011 T. ve 27836 sayılı RG.

¹⁰¹ Kılıçoğlu, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 845.

¹⁰² Arkan, S., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s. 41.

¹⁰³ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 149.

bağlamıştır¹⁰⁴. Aynı sonuç, bir işletmenin kollektif veya komandit şirkete dönüştürülmesinde de geçerlidir. TBK m. 202-203 hükümlerinin arasındaki en önemli fark ise, TBK m. 202’de devir neticesinde işletmenin sahibi de değiştiği hâlde, TBK m. 203’de işletmenin sahibi/sahipleri yeni kurulan şirkete katılır ve işletmenin sahibi kalırlar¹⁰⁵.

Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, birleşmesi gibi işlemlere konu olması TTK m. 11/3’de; bir işletmenin aktif ve pasiflerin başka bir işletme tarafından karşılıklı şekilde devralınması ya da birinin diğerine iltihak etmesi yoluyla birleşmesine ise TBK m. 203’de yer verilmiştir¹⁰⁶.

TTK m. 11/3’e göre; *“Ticari işletme, içerdği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir”*. Hükümde geçen *“diğer işlemler”* kapsamında ticari işletmelerin birleşmesine de olanak verildiği kabul edilmiştir¹⁰⁷.

TBK’nin 203’üncü maddesinde, *“Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler”* denilmek suretiyle işletmelerin birleşmesinden bahsedilmiştir.

TBK m. 203’deki işletme kavramının kapsamı da tartışmalıdır. *Acemoğlu*’na göre, maddedeki işletme teriminden sadece ticari işletme anlaşılmalı, esnaf işletmelerine TBK m. 203 hükmü uygulanmamalıdır¹⁰⁸. *Poroy*’un görüşüne göre ise; madde metninde ticari işletme teriminin kullanılmadığı açıktır. Bu nedenle madde kapsamına esnaf işletmelerinin de gireceğinin kabulü gerekir¹⁰⁹. Bizce de maddenin kapsamını; içine hem ticari işletmeyi hem de esnaf işletmesini alacak şekilde yorumlamak gerekir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu genel bir kanun olduğu için kapsamı geniş tutulmalıdır¹¹⁰.

¹⁰⁴ Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 15.

¹⁰⁵ Arıcı, M. F., Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 44.

¹⁰⁶ İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s.26.

¹⁰⁷ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 149.

¹⁰⁸ Acemoğlu, K., Borçlar Kanunu’nun 179. maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 16.

¹⁰⁹ Poroy, R., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1985, s. 29.

¹¹⁰ Yıldız, Ş., “Borçlar Kanunu’nun 180. Maddesine Göre İki İşletmenin Birleşmesi”, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008, s. 20; Aynı yönde bkz. Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 150.

B. TİCARİ İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ

Kanun koyucunun, ticari işletmenin süjesi olabileceği işlemler içinde birleşmeyi de saydığından yukarıda bahsetmiştik. TTK m. 11/3 hükmüne göre; *“Ticari işletme, içerdği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fıkri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilân edilir”*.

Kanun hükmüne göre birleşme sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Kanun lafzında geçen yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğu ifade edilmemesine rağmen, Türk Borçlar Kanunu’ndaki *“Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”* (TBK m. 12/2) düzenlemesi karşısında, bu şeklin geçerlilik şekli olduğu sonucuna varılmaktadır¹¹¹.

TBK m. 203’e göre; *“Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler”*.

TBK’nin 203’üncü maddesinde hükme bağlanan birleşme, tarafların aynı yöndeki karşılıklı irade açıklamaları ile kurulur ve esasen borcun üstlenilmesi niteliğindeki bu sözleşmenin geçerliliği de sözleşmelere ilişkin genel hükümlere tâbidir¹¹². TBK m. 203’de herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Hatta üstlenilmesi taahhüt edilen borcu doğuran sözleşme şekle tâbi olsa bile, borcun üstlenilmesi taahhüdünün şekle tâbi olmaksızın yapılabileceği belirtilmektedir¹¹³.

Hukukumuz bakımından birleşme sözleşmesi şekle bağlı olmamakla birlikte, birleşme için gerekli devir konuları arasında özel şekle uyulması gerekli unsurlar varsa bu şekle

¹¹¹ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 153.

¹¹² Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 1273; Kılıçoğlu, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 833.

¹¹³ Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıparmak, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 270; Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1273.

uyulması gerekir. Çünkü birleşme sözleşmesi mahiyeti gereği, ne alacağın temlikinde olduğu gibi tasarrufi bir sözleşme ne de borcun nakli sözleşmesinde olduğu gibi hem borçlandırıcı hem de tasarrufi sonuç doğuran bir sözleşmedir. İşletmelerin birleşmesi sözleşmesi, bunlardan farklı olarak yalnızca borçlandırıcı bir işlemdir¹¹⁴.

C. BİRLEŞMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

TTK'nın 11'inci maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince, ticari işletmenin, içerdği malvarlığı unsurları bir bütün hâlinde birleşmeye konu teşkil edebilir. Buna göre aksi kararlaştırılmadığı müddetçe *“duran malvarlığı, işletme değeri, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet hakları ile devamlı şekilde işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları”*, birleşme sözleşmesine dâhildir¹¹⁵. Ticari işletmeye dâhil hangi münferit unsurların birleşme sözleşmesi kapsamı dışında tutulabileceği hususunda TSY'nin 132'nci maddesinde; *“Birleşme sözleşmesiyle ticari işletmeye sürekli olarak özgülenmiş malvarlığından birleşme dışı bırakılan unsur veya unsurlar nedeniyle işletmenin bütünlüğü ve devamlılığının zedelenmesi hâlinde birleşme tescil edilemez”*. Buna göre, işletmenin bütünlüğü ve devamlılığı zedelenmediği sürece bazı malvarlığı unsurlarının sözleşme kapsamı dışında bırakılması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi, TBK m. 203 hükmü, şekle tabi olmayan borçlandırıcı bir işlemdir. Bu sebeple birleşen iki işletmenin aktiflerinin TBK m. 203'e göre yeni işletmeye geçebilmesi için taraflar arasında yapılan birleşme sözleşmesi yetmez; ayrıca işletmenin bünyesindeki her bir aktif için de mahiyetine uygun tasarruf işleminin¹¹⁶ gerçekleştirilmesi gerekir¹¹⁷.

Borçların geçişi bakımından TTK m. 11/3'de ayrıca bir açıklama bulunmadığından, *“Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler”* şeklinde düzenlenen TBK m. 203/1 hükmü kıyas yapılmak suretiyle ticari işletmelerin birleşmesine de uygulanır¹¹⁸.

¹¹⁴ Yıldız, Ş., “Borçlar Kanunu’nun 180. Maddesine Göre İki İşletmenin Birleşmesi”, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008, s. 22.

¹¹⁵ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 158.

¹¹⁶ Bu bağlamda gayrimenkuller için tapuda tescil, menkuller için zilyetliğin devri, emre yazılı senetlerde ciro ve senedin teslimi, hamiline yazılı senetlerde ise senedin teslimi gereklidir.

¹¹⁷ Yıldız, Ş., “Borçlar Kanunu’nun 180. Maddesine Göre İki İşletmenin Birleşmesi”, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008, s. 22-23.

¹¹⁸ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 160.

Arıcı'ya göre; borçlardan sorumluluğun başlaması için tıpkı TBK m. 202'de olduğu gibi ilân/ihbar şarttır. Mevcut sistemde, bir birleşmenin aktif ve pasifi ile devralınmasına ilişkin esaslardan (TBK m. 202), iki işletmenin birleşmesinde ayrılmayı gerektiren haklı bir neden bulunmamaktadır¹¹⁹. Bu görüşe katılmakla beraber, işletmelerin birleşmesinde, işletme sahipliğinin devam ettiği nazara alınarak, önceki borçlar için iki yıllık sorumluluk süresinin de söz konusu olmayacağını; borçlar zamanaşımına uğrayıncaya kadar, eski işletme sahiplerinin sorumluluğunun devam ettiğinin kabul edilmesi de gereklidir¹²⁰.

III. 4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Şirket birleşme ve devir almaları sonucunda oluşacak yeni şirketin piyasada rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı bir hâl teşkil etmesine engel olma gayesiyle önlemler almak, kamu yönetimlerini ilgilendirmektedir¹²¹. Rekabet Hukuku'nun şirket birleşmeleri açısından önemi, rekabeti kısıtlayıcı etkisi olmasından kaynaklanmaktadır¹²².

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da¹²³ yer verilen birleşme ve devralma kavramları¹²⁴, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu gibi özel hukuk alanındaki kanunlarda yer alan anlamlarından farklı yorumlanmaktadır. Çünkü buradaki kavramlar hukuki değil iktisadîdir. Rekabet Hukuku; ister TTK' de gösterilen hukuki yollarla olsun, isterse fiili durumlarla veya gerçek kişiler ya da tüzel kişiler arasında olsun, bir işletmenin başka bir işletme ile birleşerek yeni ve daha büyük bir iktisadî güç elde etmesiyle ilgilenebilir¹²⁵. Zira Rekabet Hukuku, birleşme ve devralmaların gerçekleşmesinden sonraki dönemde, bu birleşme ve devralmaların rekabet koşulları üzerindeki olumsuz etkilerini gidermek amacındadır. Çalışmamız sırasında konu, hukuki açıdan ve bu çerçevede değerlendirilecek, birleşme ve devralmaların diğer bilim dalları açısından

¹¹⁹ Arıcı, M. F., Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 45-46.

¹²⁰ Acemoğlu, K., Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 70; Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 161.

¹²¹ Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 118.

¹²² Akyüz, H. B., Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara 2007, s. 47.

¹²³ 13.12.1994 T. ve 22140 sayılı RG.

¹²⁴ RKHK'daki düzenlemeleri incelerken, sadece birleşme değil, aynı zamanda devralma kavramını da ele aldık. Çünkü rekabet hukukunda birleşme ve devralma bir bütün olarak ele alınmış ve "yoğunlaşma" olarak nitelendirilerek, aralarındaki tüm farklılıklar göz ardı edilerek aynı şartlara ve izne tabi tutulmuşlardır.

¹²⁵ Aslan, Y. İ., Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s. 210 vd.

sonuçları; örneğin ekonomik yapılanma ve pazar etkileri üzerindeki sonuçları ele alınmayacaktır¹²⁶.

Bir şirketin diğer bir şirket ile birleşmesine her zaman rekabet koşullarını kısıtlayıcı bir faaliyet olarak yaklaşılması doğru değildir. Örneğin çok küçük ve verimli olmayan işletmelerin birleşerek, sektörün liderine karşı daha etkin bir rekabeti başlatmaları da mümkündür. Bu nedenle her bir birleşme faaliyetinin ayrı ayrı değerlendirilerek, rekabeti kısıtlayıcı etkisine bakılması gerekir¹²⁷.

RKHK'nin birleşme ve devralmaların denetiminden bahsettiği 7. maddenin birinci fıkrasına göre; *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”*

Yasa hükmünü açıklayacak olursak 7'nci maddenin temel amacı; piyasadaki yoğunlaşmanın¹²⁸, yani teşebbüs sayısının azalmasının veya teşebbüsler arasındaki malvarlığı transferlerinin kontrol edilmesidir. Kanun koyucu, artan yoğunlaşma sonucunda (birlikte veya tek başına) hâkim durum ortaya çıkıyorsa, birleşme veya devralmayı toplum refahı açısından yaratacağı sakıncaları dikkate alarak yasaklamaktadır. İşlemin mahiyeti veya hukuki niteliği 7'nci madde açısından önemsizdir. Yoğunlaşmaya neden olacak, hisse satımı gibi bir temlik işlemi olabileceği gibi, kira, lisans ve hatta iş görme sözleşmesi de olabilir. Keza adi ortaklık vasfını taşıyan bir ortak girişim kurulması ya da pay sahipleri sözleşmesi de birleşme olarak vasıflandırılabilir. Önemli olan işlem sonrasında, işlemin hedefi olan teşebbüs (ya da ekonomik birimin) kontrolünün kalıcı olarak değişmesidir¹²⁹.

¹²⁶ Erdem, E., “Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2007, s. 4.

¹²⁷ Çelik, O., Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, s. 139.

¹²⁸ Türk hukukunda, şirket birleşmeleri için yoğunlaşmalar terimi değil “birleşme ve devralma” kavramları tercih edilmektedir. Ancak RKHK 7'nci madde kapsamında birleşme ve devralmalar, iktisadi birer kavram olduğundan ve çalışmamızın bu bölümünde Rekabet Hukuku kaynakları temel alındığından dolayı yoğunlaşma kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

¹²⁹ Sanlı, K. C./ Ardiyok, Ş., Şirketler İçin Rekabet Hukuku Rehberi, İstanbul 2013, s. 81 vd.

Kanun koyucu birleşmeleri, sadece rekabeti kısıtlayıcı bir hâl teşkil ettiğinde yasaklamıştır. Ancak “rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmesi” ilkesi sebep gösterilerek, her birleşmenin engellenmesi yoluna gidilmeyerek, tedbir almadan evvel birleşmenin “rekabetin önemli ölçüde azaltılması” sonucunu doğurup doğurmadığına bakılmaktadır¹³⁰.

RKHK 7/2’ye göre; “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula¹³¹ bildirerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.*”

RKHK içerisinde yer alan konularla ilgili olarak Rekabet Kurulu’nun yönetmelik çıkarma yetkisi vardır (RKHK m. 62). Söz konusu hükümle; her tür yoğunlaşma (birleşme ve devralma) işleminin değil, sadece belirli eşikleri aşan işlemlerin bildirilmesi gerektiğini ve bunun da Kurul tarafından çıkarılan tebliğler ile belirleneceği belirtilmektedir. Kurul son olarak 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ¹³²” ve 2013/2 sayılı “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukukî Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ¹³³” ile bu şartları belirlemiş ve hatta yoğunlaşma kavramı, hukuka aykırılık analizi ve tedbirler hususunda da bazı düzenlemeler getirmiştir. Bu çerçevede, yoğunlaşmaların büyük ölçüde ikincil mevzuat çerçevesinde, idarî/usuli bir rejim içerisinde denetlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır¹³⁴.

Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 5’inci hükmünde, birleşme ve devralma kavramları tanımlanmamış, birleşme ve devralma sayılacak hallerin belirtilmesiyle yetinilmiştir¹³⁵. Ayrıca söz konusu Tebliğde, tüm birleşme ve devralmalar değil, ancak belirli eşiği geçen işlemlerin

¹³⁰ Çelik, O., Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara 1999, s. 142.

¹³¹ RKHK, m. 3; “Kurul: Rekabet Kurulunu ifade eder.”

¹³² 07.10.2010 T. ve 27722 sayılı RG.

¹³³ 18.4.2013 T. ve 28622 sayılı RG.

¹³⁴ Sanlı, K. C./ Ardiyok, Ş., s.79.

¹³⁵ 2010/4 No’lu Tebliğ m. 5/1; “Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

- a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da
- b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

Kanun’un 7’nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.

Kurul'un¹³⁶ iznine tâbi olacağı belirtilerek, Tebliğ'in 7'nci maddesinde izin için öngörülen eşikler iki bent halinde sayılmıştır¹³⁷.

Bu düzenlemeler ışığında denilebilir ki; Rekabet Hukukunda kontrol kavramı, yasak veya izne tâbi birleşme ve devralmaların belirlenmesinde anahtar bir rol oynamaktadır. Zira bir birleşme veya devralma işleminin izne tâbi olup olmadığını Tebliğin 7. maddesine göre tarafların ciro eşikleri doğrultusunda belirleyebilmek için taraflar arasındaki söz konusu işlemin RKHK 7. maddesi anlamında birleşme veya devralma işlemi olması gerekir. Bunun tespitinde ise Tebliğ'in 5. Maddesindeki "kontrol kavramı" anahtar bir rol oynayacaktır. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki; TTK'nin kontrolün-hâkimiyetin tespitine ilişkin belirlemesinin amaçları ve buna bağladığı sonuçlar Rekabet Hukuku ile farklılık arz etmektedir¹³⁸. Kontrol ile ne anlaşılması gerektiği açıklanmamakla birlikte, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin ikinci fıkrasında "kontrol"ün nasıl elde edilebileceği açıklanmıştır. Buna göre, *"Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış, veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir"*.

Kontrol, "her ekonomik yapı içinde, her çeşit teşkilatlanmada, kuruluş amacının ulaşılabilmesi için gereken karar verme ve icra gücüne sahip olmak" olarak tanımlanabilir. Bir şirkette, yönetim organı daha çok karar verme ve uygulama gücünü

¹³⁶ 2010/4 No'lu Tebliğ m. 4/1 (ç) bendince; "Kurul: Rekabet Kurulunu ifade eder."

¹³⁷ 2010/4 No'lu Tebliğ m. 7/1; "Bu Tebliğin 5'inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;

- a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya
- b) İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

¹³⁸ Kayar, İ./ İlbasmış H., Ö., Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, Kayseri 2011, s. 69.

temsil ederken, kontrol bu güce hâkim olmaktadır¹³⁹. Bu bağlamda, yukarıdaki fıkrada kontrol kavramının açılmış hâli olarak kullanılan “bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama alanı” ibaresinin, karar verme ve icra gücü ile bağdaştırılması mümkündür¹⁴⁰.

Bu bilgiler ışığında TTK’deki hâkimiyet ile rekabet hukukunun kontrol anlayışının, her ikisinde de kontrol ilkesinin temel alınmış olması noktasında paralellik gösterdiği ancak bu iki düzenlemenin TTK’de kontrolü sağlayan araçların tek tek sayılmış olması, Tebliğ’de ise genel prensiplerin getirilmiş olması noktasında ayrıldığı söylenebilir¹⁴¹.

TTK’nin şirket birleşmelerinin hukuki sonuçlarının düzenlendiği TTK m. 153/3 hükmünde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı tutularak, birleşme ile hâkim durum ortaya çıkması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi hâlinde, kanunun birleşmelere cevaz vermesinin RKHK’nin getirdiği sınırlamaların bertaraf edilmesini gerektirmeyeceği ifade edilmiş olmaktadır¹⁴². Yani TTK’nin izin verdiği şekilde yapılan şirket birleşmelerinde de RKHK m. 7’deki sınırlamalar geçerliliğini koruyacaktır. Böylece şirket birleşmeleri konusunda TTK hükümleri, emredici nitelikteki RKHK’nin yasakladığı veya izne tâbi tuttuğu birleşme ve devralmalar yönünden ikincil nitelikte olacaktır¹⁴³.

Son olarak bildirim yükümlülüğüne uyulmamasının yaptırımını da belirtmek gerekir. Bildirilmesi gerekip de bildirilmeyen bir birleşme veya devralma işlemi, tarafların RKHK’nin 16/2’nci maddesine göre idarî para cezasına muhatap olmasına sebebiyet verir¹⁴⁴.

IV. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU’NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Banka devir ve birleşmeleri, ekonomik ve toplumsal boyutu olan işlemlerdir. Fakat banka devir ve birleşmeleri aynı zamanda hukuki boyutu olan işlemler olup, gerçekleştirildiği ülkelerdeki yasal uygulamalar çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

¹³⁹ Paslı, A., Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 35.

¹⁴⁰ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 226.

¹⁴¹ Okutan N., G., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 93.

¹⁴² TTK Gereği, s. 55.

¹⁴³ Kayar, İ./ İlbasmış H., Ö., Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, Kayseri 2011, s. 80.

¹⁴⁴ Sanlı, K. C./ Ardiyok, Ş., Şirketler İçin Rekabet Hukuku Rehberi, İstanbul 2013, s. 87.

Banka birleşme ve devirleri, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁴⁵ ve bu kanuna dayandırılarak çıkarılan tebliğlerde ele alınmaktadır¹⁴⁶.

Bankacılık Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre; *"Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun¹⁴⁷ iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7, 10 ve 11'inci madde hükümleri uygulanmaz. Birleşme veya devir işleminin kesinleşmesini müteakip, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri devralan bankaya geçer ve devredilen kuruluşun tüzel kişiliği sona ererek kaydı Ticaret Sicilinden silinir."*

Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, diğer ticaret ortaklıkları gibi bankalar da iki yolla birleşebilirler. Şöyle ki; ya birden çok banka birleşerek yeni bir banka oluştururlar (yeni kuruluş), ya da bir banka diğer bankaya iltihak eder, diğer bir deyişle bir banka diğerini devir alır (devralma). Yeni kuruluş şeklinde birleşen bütün bankalar infisah eder, ancak tasfiye olunmazlar; infisah eden bankaların malvarlıkları, yeni kurulan bankanın malvarlığı ile birleşir¹⁴⁸. Devralmada, devralınan banka, devralan banka içinde kaybolmakta ve devralan banka tüzel kişiliğini devam ettirmektedir¹⁴⁹. Görüldüğü gibi birleşme infisahı getirmekte, ancak işlemler tamamlanuncaya kadar tüzel kişilik devam etmekte ve kişilik kendiliğinden değil sicilden terkin ile yitirilmektedir¹⁵⁰. İlgili kanun maddesinde de belirtildiği gibi birleşme işlemlerine, yetkili kurullardan karar alınması ile başlanır.

Bankacılık Kanununda düzenlenmiş bulunan birleşme kavramının usul ve esaslarını belirlemek amacıyla, BankK. 19/2 ve 93'üncü maddelerine dayanılarak BDDK tarafından, "Bankaların Birleşme, Devir Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında

¹⁴⁵ 1.11.2005 T. ve 25983 sayılı RG.

¹⁴⁶ Yahyaoğlu, G., Bankacılık Hukuku, Ankara 2012, s. 317 vd.

¹⁴⁷ BankK. m. 3'e göre; "Kurul: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nu ifade eder."

¹⁴⁸ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 130.

¹⁴⁹ Akay, H., İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi, İstanbul 1997, s. 22.

¹⁵⁰ Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005, s. 114.

Yönetmelik¹⁵¹ yayımlanmıştır. Bu yönetmeliğin 1'inci madde hükmüne göre temel amacı; bir bankanın; diğer bir veya birden fazla finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.

Bu yönetmelik gereği banka birleşme veya devirleri Kurul'un iznine tâbi tutulmuştur. Bunun için Kuruma verilecek başvuru dilekçesine, birleşme veya devir neticesinde beklenen sonuçların analiz edildiği ayrıntılı bir fizibilite raporu, birleşme veya devir tarihinden itibaren üç yıllık hedeflerin gösterildiği tahmini bilanço ile kâr ve zarar cetvellerinin eklenmesi istenmektedir. İlgili bankaların yetkili organları tarafından, izin tarihinden itibaren üç ay içinde karar alınmaz, birleşme veya devir işlemlerine geçilmez ise verilen izin geçersiz olmaktadır ve tekrar izin alınmaksızın devir veya birleşme işlemlerine devam edilememektedir¹⁵².

Bankaların birleşmesine ilişkin Bankacılık Kanunu ve ilgili mevzuattaki genel düzenlemeler yukarıda açıklamaya çalıştığımız şekilde olmakla birlikte, çalışmamızın bundan sonraki kısmında tez konumuz dâhilinde konuyu ele alacak ve mali durumunda bozulma olan bankaların birleşmeye katılıp katılamayacağı veyahut hangi koşullar altında birleşebileceklerinin izahına çalışılacaktır.

Bankacılık Kanunu'nun, bankalar için anonim şirket türünü zorunlu tür olarak tespit etmesi nedeniyle (BankK. m. 7/1-a)¹⁵³, özel kanunla kurulmuş olan bankalar dışında Türkiye'de kurulacak olan mevduat, katılım, kalkınma ve yatırım bankalarının anonim şirket şeklinde kurulmaları şarttır¹⁵⁴. Anonim şirketlerde olduğu gibi, bankaların birleşmeleri de kural olarak ihtiyaridir. Bankalar da diğer ticaret ortaklıkları gibi genellikle büyümek, rakiplerini azaltmak, pazar payını, kârlılığını, verimliliğini, rekabet gücünü arttırmak ve vergi avantajları sağlamak gibi nedenlerle birleşme yoluna gidebilirler¹⁵⁵.

¹⁵¹ 1.11.2006 T. ve 26333 sayılı RG.

¹⁵² Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 134.

¹⁵³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesinin gerekçesinde, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasının korunduğu ifade edilmiştir.

¹⁵⁴ Battal'a göre; "Banka anonim şirketi, TTK'deki anonim şirket tipinden farklı, temel özellikleri, ortakların ve devletin denetimini ve sermayesini kurumsal yönetim ilkelerine göre profesyonelce yönetilmesini sağlayacak şekilde yönetilen, halka açılma imkânlarına sahip olan yeni bir şirket tipidir"; Battal, A., Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s. 88.

¹⁵⁵ Moroğlu, E., Bankaların İhtiyari Birleşmesi, Batider, Aralık 2006, s. 16.

Ülkemizde ise özellikle 1980’li yıllarda gerçekleştirilen birleşmelerin temelinde yatan en önemli sebep, yaşanan ekonomik krizden dolayı durumları kötüleşen bankaları kurtarmak ve iflas etmelerini engellemek, dolayısıyla özellikle mevduat sahiplerinin bu yolla zarara uğramalarını önlemek olmuştur¹⁵⁶. Bu dönemde yapılan birleşmeler, hazine tarafından dikte edilen ve kamu bankalarının genellikle devralan konumunda olduğu zorunlu banka birleşmeleri şeklinde yapılmış ve bu sayede ortaya çıkacak zararlar, birleşme sayesinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) kanalı ile devlet üzerinden daha büyük bir kitleye kaydırılıp devralan bankanın bünyesinde bırakılmak suretiyle eritilmeye çalışılmıştır¹⁵⁷.

Başarısız bankaların kurtarılması, banka birleşmelerine etki eden önemli nedenlerden biri olmakla birlikte, bu tip birleşmelerin genellikle stratejik bir amaçtan ziyade zorunlu olarak yapıldıkları görülmektedir¹⁵⁸. Bankaların zorunlu birleşmesi ve malvarlığı devri Türk Hukukunda ilk olarak 70 sayılı KHK¹⁵⁹ ile düzenlenmiş ve uygulanmıştır. Bir bankanın zorunlu devir ya da birleştirilmesi, 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun¹⁶⁰ “Mali Bünyenin Güçlendirilmesi” başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasının 1. ve 2. bentlerinde düzenlenmiş olan tedbirlerin alınmasına rağmen, mali bünyesinin güçlenmesi imkânı bulunmamasına bağlıdır. Ancak tedbir alınmasına geç kalmış ve bu tedbirlerin alınmasının bir yarar sağlamayacağı açık ise Maliye Bakanlığının teklifi üzerine bankanın devrine veya birleşmesine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bankadan tedbir almasını isteyebilmek için TTK’nin 376’ncı maddesinde olduğu gibi mutlaka esas sermayenin en az yarısının eksilmesini beklemek zorunlu değildir¹⁶¹. Hatta esas sermayede herhangi bir eksilme bulunmasa da mali durumun ciddi şekilde zayıflamakta olduğu, objektif esaslar ve gerçek verilere dayanılarak tespit edilirse, bankadan tedbir alınması istenebilir. Bu durumdaki bir banka hakkında tedbir alınmasını zorunlu saymayan TTK m. 376 ve

¹⁵⁶ Güngör, S. Ş., Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi, İstanbul 2011, s. 66-67.

¹⁵⁷ Sümer, H., Türkiye’deki Banka Birleşmeleri, Uzman Gözüyle Bankacılık, Aralık 1999, S.28-29, s. 29-30.

¹⁵⁸ Güngör, S. Ş., Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi, İstanbul 2011, s. 67.

¹⁵⁹ 7129 sayılı Bankalar Kanunu’nun 60. maddesi, 23.7.1979 tarih ve 28 sayılı KHK ile değiştirilerek, Maliye Bakanına mali bünyesi zayıflamış bir bankanın alınan önlemlere rağmen devamlılığında fayda görmediğinde, evleviyetle bir başka banka ya da bankalarla birleşme ya da devir olanaklarını araştırmasına dair aktif bir görev vermiş olmasının yanında gerçek anlamıyla zorunlu birleşme ve devir ilk olarak 22.7.1933 T. ve 70 sayılı KHK’de düzenleme altına alınmış ve tedrici tasfiye usulü kaldırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Türk, H. S., Bankaların Zorunlu Devir veya Birleşmesi, Bankalar ve 70 sayılı KHK, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1983, s. 219.

¹⁶⁰ 2.5.1985 T. ve 18742 sayılı RG.

¹⁶¹ Tekinalp, Ü., “Bankalarda Mevduatı Koruyucu ve Mali Bünyeyi Güçlendirici Tedbirler, İktisat ve Maliye, Nisan 1985, S. 1, C. XXXII, s. 11; Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 244.

İİK'nin 179. maddelere nazaran özel hüküm niteliğindeki BankK. 64 ve 68. maddelerin öncelikle uygulanması gerekmektedir¹⁶². Bu şekilde, mali bünyesi zayıf olan bankaların birleşme ya da malvarlıklarının devri suretiyle güçlendirilerek ekonomiye kazandırılmalarının amaçlandığı ve böylece mevduat sahiplerinin zarara uğramasının engelleneceği ifade edilmiştir¹⁶³.

4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda, bankaların zorunlu birleşmelerine ilişkin düzenleme terk edilmiş ve sadece isteğe bağlı birleşme hüküm altına alınmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Kısıtlayıcı Önlemler" başlıklı 70. maddesinde; "Mali bünyesi bozulan bir bankanın, Bankacılık Kanunu'nda öngörülen düzeltici (BankK. m. 68) ve iyileştirici önlemleri (BankK. m. 69) almaması yahut tedbir aldığı hâlde mali bünyedeki sorunların çözümlenememesi veya sonuç alınamayacağının belirlenmesi hâllerinde Kurulun, mali bünyesi bozuk olan bankadan, istekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesini isteyebileceğine dair düzenleme getirilmiştir (BankK. m. 70/1-f)". Zorunlu birleşmeden farklı olarak, Kurul, bu önlemi doğrudan alamaz ve uygulayamaz; anılan madde Kurula, yönetim kurulundan böyle bir istemde bulunma yetkisi vermekte olup, birleşmeye katılacak bankaların birleşme için istekli olmaları ve birleşmeye genel kurullarında karar verilmiş olması şarttır¹⁶⁴.

Mali durumu bozulmuş olan bankanın, BankK.'daki önlemleri almamasının yaptırımını ise BankK. m. 71'de düzenlenmiştir. BankK. m. 71'e göre; "*Denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak; bu Kanunun 70. maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç on iki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen ya da tamamen almış olmasına rağmen, mali bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya*

¹⁶² Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Yapının Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 63-64.

¹⁶³ Yazara göre zorunlu birleşme hâlini, bankaların tamamen bünyelerinin zayıflamasından sonra değil, bünyelerinin zayıflamaya başlamasına inhisar ettirmek gerekir. Uygulamada bünyesi tamamen erimiş bankaların birleşmesi değil, devri görülmektedir. 27.10.1983 tarih ve 83/7242 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile İstanbul Bankası TAŞ, Hisarbank Anonim Şirketi ve Ortadoğu İktisat Bankası A.Ş. bütün aktifleriyle pasifleri Ziraat Bankasına devredilmiştir; Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s. 144 vd.

¹⁶⁴ Taşdelen, S. S., Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 722 vd.

tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir. Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları bu Kanun'da yer alan hükümlere göre, kalkınma ve yatırım bankaları ise genel hükümlere göre tasfiye edilir". Güngör'e göre söz konusu birleşmelerin, kendisinden kısıtlayıcı tedbirler alması istenilen banka açısından ne kadar ihtiyari olacağı ise tartışmaya açıktır¹⁶⁵.

V. VERGİ MEVZUATINDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bilindiği üzere şirket birleşme ve devir almaları, devir edilen veya birleşen şirket ortaklarının servetlerinde bir artışın oluşması durumunda bu artışın vergilendirilmesi nedeni ile vergi yasalarını ilgilendirmektedir¹⁶⁶. Bunların en başında 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu¹⁶⁷ ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu¹⁶⁸ gelmektedir.

Vergi mevzuatımız açısından vergi mükellefi olan işletmeler, sermaye şirketleridir¹⁶⁹. Şahıs şirketleri vergi mükellefi değil, bu şirketlerin ortakları vergi mükellefidir¹⁷⁰. Bu bakımdan vergi mevzuatımız açısından şirket birleşmeleri Kurumlar Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Diğer kanunlarda ise KVK'de yer alan ana düzenlemeye uygun hükümler yer almaktadır¹⁷¹.

A. GELİR VERGİSİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

6102 sayılı Kanun ile ticaret şirketlerinin birleşmesi oldukça kolaylaştırılmasına ve birleşme konusunda ayrıntılı düzenleme getirilmesine rağmen bu durumun vergi hukukuna pek fazla etkisi olmayacaktır. Bu çerçevede, önceden olduğu gibi şahıs işletmesinin sermaye şirketine devrolunması dışında diğer tüm şirket birleşmeleri¹⁷²

¹⁶⁵ Güngör, S. Ş., Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi, İstanbul 2011, s. 76.

¹⁶⁶ Sarıkamış, C., Şirket Birleşmeleri, s. 120.

¹⁶⁷ 2.11.1984 T. ve 18563 sayılı RG.

¹⁶⁸ 12.1.1961 T. ve 10705 sayılı RG.

¹⁶⁹ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun "Verginin Konusu" başlıklı 1'inci maddesine göre; "Aşağıda sayılan kurumların kazançları, kurumlar vergisine tâbidir:"

a) Sermaye şirketleri.

b) Kooperatifler.

c) İktisadî kamu kuruluşları.

ç) Dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler.

d) İş ortaklıkları.

¹⁷⁰ Anonim şirketin, hissedarlarından ayrı olarak tüzel kişiliği vardır. Gelir vergisi gerçek kişilere yönelik olduğundan, anonim şirketler gelir vergisine değil kurumlar vergisine tâbidir; Akdoğan, A., Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara 2011, s. 185.

¹⁷¹ Karapınar, A., İşletme Birleşmeleri, s. 42.

¹⁷² Sermaye şirketlerinin birleşmesindeki ayrık durumlar hâriç olmak üzere.

vergiye tâbi olacaktır. Daha açık bir deyişle, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun¹⁷³ 81'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde; kazancı bilanço esasına göre belirlenen şahıs işletmesinin bir sermaye şirketine aktif ve pasifiyle bütün hâlinde devrolunması ve devir alan şirketin bilançosuna göre öz sermayesi tutarında nama yazılı ortaklık payı verilmesi hâlinde birleşmeden dolayı değer artışı kazancının hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği ifade edilmiştir¹⁷⁴. Burada dikkat edilirse, devralan taraf bir sermaye şirketi olmak zorundadır. Yani ferdi bir işletme, bir şahıs şirketi tarafından devralınırsa ortaya çıkan değer artış kazancı vergiden istisna olmayacaktır¹⁷⁵.

Şahsi bir işletmenin sermaye şirketine devrolunması dışında bütün birleşmeler vergiye tâbi olacaktır. Yine, şahıs şirketinin birleşmesinden doğan kazancın vergilendirilmesi şirketi ilgilendirmediğinden, ortakların birleşmeden doğan kazançları, 193 sayılı Kanunun mükerrer 80'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki esaslara göre vergilendirilir. Ayrıca sermaye şirketlerinin birleşmesi dolayısıyla ortakların elde edecekleri birleşmeden doğan kazançları da GVK'ye tâbi olacaktır¹⁷⁶.

B. KURUMLAR VERGİSİ KANUNUNDAKİ DÜZENLEME

Sermaye şirketlerinin birleşmesinin vergi hukukuna etkisine gelince, bu konuda öncelikle, Kurumlar Vergisi Kanununun¹⁷⁷ konu hakkındaki hükümlerini incelemek gerekir.

Kurumlar Vergisi Kanunu birleşme kavramına, Türk Ticaret Kanununda yer alan birleşme kavramından farklı bir anlam vermiştir. Ticaret hukuku kapsamında iki tür birleşme yer almaktadır: devir yoluyla birleşme ve yeni kuruluş yoluyla birleşme. KVK sisteminde devir yoluyla birleşme, yeni kuruluş yoluyla birleşme ayrımı yapılmaksızın her iki birleşme türü de aynı rejime tâbi tutulmuştur¹⁷⁸. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nda birleşmenin tasfiyesiz sona erdiği ifade edilmiş olmasına rağmen Kurumlar Vergisi Kanunu birleşmeyi tasfiye hükmünde kabul etmiştir¹⁷⁹. Türk mevzuatı açısından,

¹⁷³ 6.1.1961 T. ve 10700 Sayılı RG.

¹⁷⁴ Dursun, H., Yeni Ticaret Kanununun Vergi Hukukuna Etkileri, İstanbul 2011, s. 73.

¹⁷⁵ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 248.

¹⁷⁶ Karayalçın, Y., Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 172 vd.

¹⁷⁷ 21.6.2006 T. ve 26205 Sayılı RG.

¹⁷⁸ Göktuna, H. D. E., Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri, İstanbul 2012, s. 177.

¹⁷⁹ Gökbel, D., "Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması", Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 46.

birleşme konusunda TTK ve KVK arasında düzenleme farklılıklarının olduğu aşikârdır. Vergi hukukunun özel hukuk olay ve işlemlerinin üstüne kurulu olmasına bağlı olarak, - KVK’de özel bir düzenleme bulunmadığı ve KVK’de yer alan düzenlemelere aykırılık taşımadığı sürece- TTK’deki düzenlemelerin de dikkate alınması gerekmektedir¹⁸⁰.

KVK sistemine göre birleşmeler vergili ve vergisiz olarak ikiye ayrılmakta; vergili birleşmeler “birleşme”, vergisiz birleşmeler ise “devir” olarak adlandırılmaktadır.

1. Vergili Birleşme (KVK m. 18)

13.6.2006 tarih ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 18’inci maddesinin 1’inci fıkrasına; “Bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, netice itibarıyla infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir; ancak, vergilendirme bakımından matrah alınacak kısım tasfiye kârı¹⁸¹ değil birleşme kârı olacaktır¹⁸².

KVK sisteminde, mevcut TTK sisteminden farklı olarak birleşme, tasfiye hükmünde kabul edildiğinden dolayı birleşmeye katılan şirketlerin sona ermemiş ve tasfiye edilmemiş olması aranmaktadır. Tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye taraf olması durumunda ise devrolunan malvarlığının kayıtlı değer üzerinden devralan şirkete geçirilip geçirilmemesi, birleşmenin vergili ve vergisiz yapılmasında belirleyici rol oynayacaktır¹⁸³.

Birleşilen kurum, birleşme tarihinden itibaren otuz gün içinde, birleşme karına ek olarak birleşen kurumun, birleşme tarihine kadar olan kıst¹⁸⁴ dönem kârını da beyan etmeli ve ödemelidir. Benzer şekilde birleşen kurumun, tahakkuk etmiş ancak vadesi gelmemiş bulunan vergileri de aynı otuz günlük süre içinde ödenmelidir¹⁸⁵.

Birleşme tarihi itibarıyla hukuki varlığı sona eren kurumların birleşme kârına ait kurumlar vergisi beyannamesinin birleşme kararının ticaret siciline tescil tarihinden itibaren otuz gün içinde verilmesi gerektiğinden, hukuki varlığı sona eren kurumlar,

¹⁸⁰ Başaran Y., F., “Birleşen Sermaye Şirketi Ortaklarının Vergilendirilmesi”, Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 112.

¹⁸¹ Tasfiye kârı, KVK m. 17/4’te; “Tasfiye döneminin sonundaki servet değeri ile tasfiye döneminin başındaki servet değeri arasındaki olumlu fark” olarak hükme bağlanmıştır.

¹⁸² Dursun, H., Yeni Ticaret Kanununun Vergi Hukukuna Etkileri, s. 74.

¹⁸³ Göktuna, H. D. E., Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri, s. 178.

¹⁸⁴ Kurumlar vergisinde hesap dönemi ile vergilendirme dönemi aynıdır. KVK 14/3’e göre; “Kurumlar vergisi beyannamesi, hesap döneminin kapandığı ayı izleyen dördüncü ayın birinci gününden yirmibeşinci günü akşamına kadar mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine verilir.”

¹⁸⁵ Göktuna, H. D. E., Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri, s. 186.

birleşme tarihinin de içinde bulunduğu dönemden itibaren geçici vergi beyannamesi vermeyecektir¹⁸⁶.

2. Vergisiz Birleşme (KVK m. 19-20)

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, KVK m. 19/1’de düzenlenen devir, TTK anlamında devralma yoluyla birleşme ile aynı anlama gelmemektedir. TTK kapsamında devir, bir şirketin başka bir şirkete katılması yoluyla yapılan birleşmeler için kullanılmaktadır. KVK anlamında devir ise bir birleşme türü olmayıp, bu kavram, birleşme işleminin vergisiz gerçekleştirilebilmesi için gerekli şartları belirlemek için kullanılmaktadır¹⁸⁷.

5520 sayılı KVK’nin 19’uncu maddesinin birinci fıkrasında bir birleşmenin devir sayılabilmesi için; birleşme sonucunda infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye’de bulunması¹⁸⁸, münfesihi kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerinin birleşilen kurum tarafından bir bütün hâlinde devralınması ve aynen bilançoya geçirilmesi¹⁸⁹ şarttır. Kanun koyucu bu düzenleme ile kurumların birbiriyle vergisiz birleşmelerine, büyümelerine, devirlerine ve şekil değiştirmelerine olanak tanımış; hukuki varlığı sona eren kurumun değer artışları ve ihtiyatlarını vergilendirmemiştir¹⁹⁰.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 20’nci maddesinin birinci hükmünde ise; devirlerde, belirli koşullara uyulması durumunda, birleşme neticesinde doğmuş olan kârların, hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği, sadece devir tarihine kadar elde edilen kazançların vergilendirileceği bir başka deyişle, varlığı sona eren kurum veya kurumlar için tasfiyenin yapılmayacağı ve birleşme kârının da kurumlar vergisine tâbi

¹⁸⁶ Altundal, F., Şirket Birleşmelerinde Özellik Arzeden Konular, Vergi Sorunları, Nisan 2003, S. 175, s. 73; Demir, A., Geçici Vergi Uygulması, İstanbul 1999, s. 170 (Kavak, A., Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara 2009, s. 157, dñ. 312’den naklen).

¹⁸⁷ Gökuna, H. D. E., Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri, s. 196.

¹⁸⁸ Kısacası, kısacası birleşen ve birleşilen kurumun tam mükellef olması gerekir. Devir alınan kurumun dar mükellef olması durumunda ise, devir tarihine kadar oluşmuş olan gizli yedeklerin realize edilerek vergiye tâbi tutulması zaten olanaklı değildir; Gökbel, D., “Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması”, Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 32.

¹⁸⁹ Bunun yapılması ile devrolan kurumun bilançosunda yer alan aktif kıymetlerin cari değerleri ile kayıtlı değerleri arasındaki fark olarak herhangi bir gizli yedeğin realize edilmesi önlenmektedir. Birleşme sonucu herhangi bir sermaye kazancının ortaya çıkmasının önlenmesi için gerekli olan bu hüküm, vergi istisnası ya da vergi muafiyeti sağlamamakta, yalnızca vergilenebilir sermaye kazancının ertelenmesini sağlamaktadır; Gökbel, D., “Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması”, Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 32.

¹⁹⁰ Kızılot, Ş., Kurumlar Vergisi Kanunu Uygulaması, C. II, Ankara 2000, s. 2361.

tutulmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu koşulların neler olduğu, söz konusu fıkranın (a) ve (b) bentlerinde gösterilmiştir¹⁹¹.

Devir için öngörülen koşulların yerine getirilmemesi durumunda vergisiz birleşme hakkı ortadan kalkacak, devralınan kurum açısından birleşmeye ilişkin hükümler geçerli olacaktır¹⁹².

VI. 6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Ticaret ortaklıklarının yeniden yapılandırılmalarını düzenleyen TTK 134/2'de, diğer kanunların TTK 135-194 maddelerine aykırı olmayan hükümleri kanun koyucu tarafından saklı tutulmuştur. Diğer kanun hükümlerinin saklı tutulması neticesinde, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerine evleviyetle TTK hükümleri uygulanacak, diğer kanunlardaki hükümler ise TTK'ye aykırılık teşkil etmediği sürece uygulanabilecektir¹⁹³.

Birleşme ve devralma konusu, SPK'nin çıkardığı Birleşme ve Bölünme Tebliğinde¹⁹⁴ de ele alınmıştır. Tebliğ, halka açık ortaklıkların sermaye şirketleriyle, devralan şirket olmaları koşuluyla da şahıs şirketleri ve kooperatiflerle olan birleşme işlemlerini kapsar¹⁹⁵. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunun¹⁹⁶ üçüncü maddesince halka açık ortaklık; payları halka arz edilmiş olan anonim şirketler veya halka arz edilmiş sayılan anonim şirketler olarak tanımlanmıştır.

Sermaye piyasasında birleşme kavramı, devralma veya yeni kuruluş şeklinde birleşmeyi, devralma şeklinde birleşme ise; en az bir şirketin, aktif ve pasif malvarlığı kalemlerinin bir bütün hâlinde başka bir şirkete devredilerek tasfiyesiz infisah etmesini ve devrolunan şirketin ortaklarına, tespit edilmiş olan değişim oranınca devralan şirkete ait payların verilmesini ifade eder. Yeni kuruluş yolu ile birleşme ise; iki veya daha fazla şirketin aktif ve pasif malvarlığı unsurlarının tamamının yeni kurulacak olan şirkete sermaye yapılması suretiyle sona ermesi ve infisah eden şirketlerin ortaklarına sahip

¹⁹¹ Dursun, H., Yeni Ticaret Kanununun Vergi Hukukuna Etkileri, s. 75.

¹⁹² Gökbil, D., "Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması", Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 33.

¹⁹³ Manavgat, Ç., Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları, İÜHFM, 2013, C. 71, S. 2, s. 293.

¹⁹⁴ 28.12.2013 T. ve 28865 Sayılı RG.

¹⁹⁵ Seri: II No: 23.2 Sayılı Birleşme Ve Bölünme Tebliği m. 2.

¹⁹⁶ 31.12.2012 T. ve 28513 Sayılı RG.

oldukları paylara karşılık gelecek tutarda yeni kurulan şirketten payların verilmesini ifade eder¹⁹⁷.

SerPK'nin 97'nci maddesinde ise, mali durumun bozulması hâlinde uygulanacak tedbirler düzenlenmiştir. SerPK m. 97/1'e göre; *"SPK, yaptığı izleme, inceleme ve denetimler sonunda kanuna, işletme maksadına veya esas sözleşme hükümlerine aykırı görülen işlemler ile sermayenin azalması veya kaybı hâlinde (TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla) anonim ortaklıklardan gerekli tedbirleri almasını ve öngörülen işlemleri uygulamasını istemeye ve gerektiğinde de bu hâlleri ilgili mercilere bildirmeye yetkilidir"*.

Sermayenin azalması veya kaybı hâlinde SPK tarafından önerilecek tedbirler, şirketin konusuna, durumuna ve mali durumunun bozulma ölçüsüne göre farklılık gösterecektir. Ancak, önerilen tedbirler sermayenin tamamlanmasını ve mali durumun güçlendirilmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır. Bu kapsamda sermayenin arttırılması, bir kısım taşınmazların elden çıkartılması, bazı projelerin ertelenmesi veya TTK m. 376'daki tedbirlerin alınması önerilebilir¹⁹⁸.

Bu hükümden hareketle (SerPK m. 97), SPK'nin de yönetim kurulunun olduğu gibi, borca batıklığı mahkemeye bildirim yetkisinin olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁹⁹. Anonim şirketlerde olduğu gibi burada da mahkemeye bildirim yükümlülüğünün istisnası niteliğinde bazı tedbirler alınabilir.

Sermayenin eksilmesi ve kaybı hâlinde alınması emredilen tedbirlerin uygulanması bakımından SerPK bir sınırlama getirmemektedir. Çünkü açıkça TTK hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle halka açık anonim ortaklıklar da TTK ve İİK hükümlerine tabidir²⁰⁰. Ancak TTK m. 139'da sermaye kaybı veya borca batıklık durumunda olan ve birleşmeye katılacak şirketin devralan veya devrolunan şirket olması

¹⁹⁷ Seri: II No: 23.2 Sayılı Birleşme Ve Bölünme Tebliği m. 4.

¹⁹⁸ Tekinalp, Ü., Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s. 153-161.

¹⁹⁹ 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra dahi kurulun hâlâ bu yetkiye sahip olduğu görüşünü kabul etmeyen *Türk*, bu konuda Yargıtay ile fikir ayrılığına düşmüştür. Yargıtay'a göre; "Sermaye Piyasası Kurulu'nun borca batıklığı mahkemeye bildirim yetkisi devam etmektedir. Çünkü Yargıtay, AYM tarafından iptal edilen KHK'nin yürürlükten kaldırdığı yasa hükümlerinin yeniden ve kendiliğinden yürürlüğe gireceğini kabul etmiştir. *Türk*'e göre ise; AYM kararları geriye yürümeyeceğinden, iptal edilen yasa veya KHK'nin yürürlükten kaldırdığı veya değiştirdiği hükümlerin yeniden ve kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceğinin kabulü gerekir; Yargıtay 11. HD., 16.1.1984 T. ve 5870/27 sayılı kararı için bkz., Eriş, Anonim Şirketler, s. 822; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 284-285, dpn. 102.

²⁰⁰ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Yapının Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 57-58.

konusunda bir kısıtlama yer almamakta iken SPK'nin çıkardığı Seri: I No: 31 sayılı Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar²⁰¹ Tebliği ile bu konuya bir sınırlama getirilmiştir.

Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği ile, taraflardan en az birisinin halka açık anonim şirket olduğu devralma suretiyle birleşme işlemlerinde tatbik edilecek, hükümler düzenlenmiştir²⁰². Söz konusu tebliğin 5'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca; *“TTK'nin 376'ncı maddesi uyarınca, aktiflerin satış fiyatı esas alınmak suretiyle düzenlenen bilançoya göre sermayesinin üçte ikisini kaybetmiş olan şirket, devralan sıfatıyla birleşme işlemine katılamaz”*. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere söz konusu şirket, devrolunan sıfatıyla birleşme işlemine katılabilir. Ayrıca sermayesinin üçte ikisini kaybetmiş olan söz konusu şirket genel kurulu, kalan üçte bir sermaye ile varlığını devam ettirmeye veya sermayenin tamamlanmasına karar vermezse, şirket kendiliğinden sona erer (TTK m. 376/1)²⁰³.

VII. 1163 SAYILI KOOPERATİFLER KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Kooperatifler, TTK'de değil; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda²⁰⁴ düzenlenmiştir. Koop.K. 1'inci maddesine göre kooperatif; *“Tüzel kişiliği haiz olmak üzere, ortaklarının belirli ekonomik faaliyetlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını, işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan, değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara denir”*.

Her ne kadar kooperatifler, kollektif, komandit, anonim, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve limited şirketler gibi doğrudan doğruya TTK'de düzenlenmemiş olsa da; TTK'de de kooperatiflere ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. İşte bu hükümlerden biri de birleşme konusu içinde yer alan ve geçerli birleşmeleri²⁰⁵ düzenleyen TTK m. 137/3 hükmüdür²⁰⁶. Kooperatif, ticaret şirketi kimliğini haiz olmakla birlikte, şahıs ya da sermaye şirketi olarak vasıflandırılmamıştır (TTK m. 124'de şahıs ve sermaye şirketi sınıflandırmasına dâhil edilmemiştir). Bununla birlikte, birleşme modelleri içinde, kooperatiflerin, şahıs şirketleri ile birleşmeye sadece devralan şirket olarak

²⁰¹ 19.12.2009 T. ve 27437 sayılı RG.

²⁰² Seri I No: 31 sayılı Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği, m. 1.

²⁰³ İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 117-118.

²⁰⁴ 10.5.1969 T. ve 13195 sayılı RG.

²⁰⁵ Detaylı bilgi için bkz. §4, Türler Arası Serbest Birleşme İlkesi.

²⁰⁶ Kılıç, Ş. A., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 85.

katılabilecekleri; kooperatif ve sermaye şirketleriyle devralan ya da devrolunan şirket olmaları fark etmeksizin birleşebilecekleri düzenlenmiştir (TTK m. 137/3). Diğer bir deyimle, kooperatifler birleşme hukuku bakımından sermaye şirketi gibi işlem görmektedir²⁰⁷.

Koop.K.'de birleşme ve devralma, "Kooperatiflerin Dağılması" başlıklı yedinci bölümde²⁰⁸ düzenlenmiştir. Koop.K. 84'üncü maddenin başlığı "Birleşme Suretiyle Dağılma" olduğu hâlde; kanun metninde sadece devralma suretiyle birleşme sonucu dağılmadan bahsedilmektedir. Ancak bu, kooperatiflerin -mehaz kanun sayılan İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki gibi- yalnız devralma yoluyla birleşebilecekleri anlamına gelmez. Çünkü Türk hukukunda ticaret ortaklıklarının birleşme yeterliliği İsviçre'den farklıdır (TTK m. 137/3)²⁰⁹. Zira kanun koyucu, diğer kanunların TTK'de yapı değişikliğine aykırılık teşkil etmeyen hükümlerini saklı tutmuş ve böylece kooperatiflerin diğer şirketler ile de birleşmelerine imkân tanımıştır. Kooperatiflerin yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmesi konusunda da kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Koop.K. 98'inci madde ile bu konuda şirketler hukukuna atıfta bulunulmuştur. Söz konusu hükme göre; "Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır".

Tez konumuz açısından konuyu ele alacak olur isek, kooperatiflerde de anonim şirketlerdeki ile benzer uygulamalar olduğunu görebiliriz. Kooperatifler Kanunu'nda da mali durumun bozulmalarının iki şekli düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, sermayenin yarısının karşılıksız kalması, diğeri ise mevcudun borçları karşılamaması yani borca batıklıktır²¹⁰. Bu düzenlemeler, Koop.K.'de aciz hâlinde yapılması gereken muamelelerin belirtildiği 63'üncü madde de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre; "*Kooperatifin aczi hâlinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise yönetim kurulu piyasada cari fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilançosu tanzim eder. Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu veyahut daha yukarda sözü geçen ara*

²⁰⁷ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 147-148.

²⁰⁸ Koop.K. Tasarısı gerekçesinde, çeşitli bölümlerde olduğu gibi yedinci bölüm hükümlerine de İsviçre Borçlar Kanunu'nun rehberlik ettiği yazılıdır; Millet Meclis Tutanak Dergisi, 1968, C. 28, s. 351 (Türk, H. S., Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s. 158, dpn. 223'den naklen).

²⁰⁹ Türk, H. S., Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s. 158; Farklı yönde bir görüş için bkz. Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 112.

²¹⁰ Bunların yanında aciz hâli, ödemelerin tatili ve yarı mevcudun haczi ile ilgili İcra İflas Kanunu'ndaki düzenlemeler de kooperatifler için de geçerli olmakla birlikte, burada yalnızca Koop.K.'da düzenlenen mali durum bozulmalarına değinilecektir.

bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını belirtiyorsa yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığına²¹¹ ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığına²¹² da keyfiyeti bildirir ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır (Koop.K. m. 63/1).

Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatifte son yılın bilançosunda kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kalırsa yönetim kurulu derhal genel kurulu toplantıya çağırarak durumu ortaklara arz eder. Aynı zamanda ilgili mahkemeye, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığına da bilgi verir. Ancak, ortakları ek ödemelerle yükümlü olan kooperatiflerde, bilançoda tespit edilen açık, üç ay içinde ortakların ek ödemeleriyle kapanmadığı takdirde Ticaret Bakanlığı ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığı da haberdar edilir (Koop.K. m. 63/2).

Mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi hâlinde yönetim kurulu veya alacaklılardan biri konkordato da talep edebilir²¹³”.

Görüldüğü üzere kooperatiflerde mali durumun bozulması, diğer ticaret şirketlerinde olduğunun aksine anonim şirketlere atıf yapılarak ya da ona benzer şekilde düzenlenmemiştir. Ancak borca batıklık hâlinin tespiti amacıyla, satış fiyatları üzerinden ara bilanço düzenlenmesi ve sermayenin yarısının karşılıksız kalması hâlinde durumun genel kurula bildirilmesi gibi anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerle kesişme noktaları mevcuttur²¹⁴.

Kooperatif sermayesinin yarısının karşılıksız kaldığı, herhangi bir şekilde tespit edilirse, yönetim kurulu durumu derhal genel kurula bildirecektir (Koop.K. m. 63/2). Yönetim kurulu, genel kurulu derhal toplantıya çağırarak bilgilendirmekle mükellef olduğu hâlde, sermayenin yarısını karşılıksız bırakan bilanço açığının ne şekilde

²¹¹ 2.7.1993 Tarih ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile gümrükler, Maliye Bakanlığı'ndan ayrılmış, 8.6.2011 Tarih ve 27958 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı" olarak yeniden düzenlenmiştir. 9.7.2018 Tarih ve 30473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 703 sayılı "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlaması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 29'uncu maddesi ile "Ticaret Bakanlığı" şeklinde düzenlenmiştir.

²¹² İmar ve İskân Bakanlığı, 1958-1983 yılları arasında hizmet vermiştir. Mevcut bakanlığın yerine, 13.12.1983 Tarih ve 180 sayılı Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı kurulmuştur. 2011 senesine kadar faaliyetlerini sürdüren Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın yerine, 4.7.2011 Tarih ve 27984 sayılı RG'de yayımlanmış bulunan 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı kurulmuştur.

²¹³ Konkordato talep edildiği takdirde İcra-İflas Kanunu'nun 285 ve devamı hükümleri uygulanacaktır (Koop.K m. 63/3).

²¹⁴ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Yapının Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 93.

giderileceğine dair bir öneri getirmek zorunda değildir. Şüphesiz yönetim kurulu; “Kooperatif işlerinin yönetimi için gereken titizliği gösterir ve kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolunda bütün gayretini sarf eder²¹⁵” maddesi kapsamında bilanço açığının kapatılması hususunda bazı tekliflerde bulunabilirse de, genel kurul bunları kabul ya da reddedebilir veya başka tedbirlere başvurulmasını kararlaştırabilir²¹⁶.

Yönetim kurulu bir yandan genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırıp durumu arz ederken diğer taraftan da mahkemeye ve Ticaret Bakanlığı’na kooperatifin durumunu bildirmekle mükelleftir. Kanunda mahkemeye verilecek bilginin niteliği hakkında bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte bizce hükmün amacı, TTK m. 376’da olduğu gibi, sermaye kaybının olduğunu mahkemeye bildirerek ileride İİK m. 285 vd. hükümlerine göre konkordato talebi aşamasına gelinmeden mahkemeyi bilgilendirmektir.

Piyasa cari fiyatları esas alınarak düzenlenen ara bilançodan, son yıllık bilançodan veya tasfiye bilançosundan mevcudun borçları karşılamaya yetmediği anlaşılıyorsa, kooperatif borca batık hâle gelmiş demektir. Bu durumda yönetim kurulu, genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır ve Ticaret Bakanlığı’na durumu bildirir²¹⁷. Sermayenin yarısının kaybı hâlinde durumun mahkemeye bildirileceği öngörülmüşken; borca batıklık hâlinde bundan söz edilmemesinin nedeni, İİK m. 179’a göre bu durumdaki kooperatifin iflas istemesinin zaten mecburi olmasıdır²¹⁸.

Sonuç olarak kooperatifler, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na tâbi olmakla beraber; Koop.K.’de aksine açıklama bulunmayan konularda, Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirketlere ilişkin hükümleri tatbik edilir (Koop.K. m. 98). Bu bakımdan mali durumun bozulması açısından Koop.K.’nin 63’üncü maddesi uygulanacak, bu hükümde mali durum bozulmasına ilişkin boşluk bulunduğu takdirde TTK’nin anonim şirketin sermaye kaybı ve borca batık olma durumu ile ilgili 376’ncı maddesi uygulanacaktır²¹⁹.

TTK m. 139 anlamında birleşme hususunda Koop.K.’de bir düzenleme bulunmamakla beraber, *Kılıç’ın* da isabetle belirttiği üzere; sermayesini kaybetmiş ya da

²¹⁵ Koop.K. m. 62/1.

²¹⁶ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Yapının Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 96.

²¹⁷ Koop.K. m. 63/1.

²¹⁸ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Yapının Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 98.

²¹⁹ Adıgüzel, B., “Konut Yapı Kooperatiflerinde İflas Erteleme Süreci ve Borca Batıklık Sorunu”, EÜHFD, Haziran 2013, S. 1, s. 55-85.

borca batık bir kooperatif şirketin de TTK m. 139'daki şartları sağlaması ile birlikte iyileştirici birleşmeye katılabilmesi mümkündür²²⁰.

VIII. 5684 SAYILI SİGORTACILIK KANUNU'NDAKİ BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Sigortacılık Kanunu'na göre ülkemizde sigorta sözleşmesi yapabilecek kuruluşlar, ya bir anonim şirket veya kooperatif niteliği taşımak zorundadır (SK. m. 3/1). Hiç kuşkusuz, bütün anonim şirket ve kooperatifler sigortacı sıfatıyla sigorta sözleşmesi yapamazlar²²¹. Sigortacılık faaliyetinde bulunacak şirketlerin, Sigortacılık Kanunu'nda öngörülen şartları yerine getirmesi ve Müsteşarlıktan ruhsat alması gereklidir (SK m. 5).

Bilindiği üzere TTK 124'üncü madde uyarınca, anonim ve kooperatif şirketler, ticaret şirketlerindendir. Şirketlerin birleşmesi ise TTK m. 136 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Sigorta şirketleri ticaret şirketlerinden olduğu için, birleşmeleri esas itibarıyla, TTK m. 136 vd. hükümlerine tâbidir. Birleşmenin geçerli olabilmesi için, ticaret siciline tescil edilmesi gereklidir. Tescilin birleşmede etkisi büyüktür zira devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifleri bu bağlamda portföyü de tescil anında kendiliğinden devralan şirkete geçer²²². Ancak Sigortacılık Kanunu'nun 10'uncu maddesi gereği, bu birleşmenin geçerli olması *Bakanın iznine bağlanmıştır*; TTK'de öngörülen şartlar gerçekleşmiş olsa dahi, Bakanın izni olmadan Ticaret Sicil Müdürünün birleşme kararını tescil etmemesi gerekir²²³. Bu durumun temel nedeni; TTK'deki yapısal değişikliklere dair hükümlerin (TTK m. 134-194) üst norm ve genel norm olmasının yanı sıra, TTK m. 134/2'de diğer kanunlarda da yapı değişikliğine ilişkin düzenlemeler yapılabileceği ve yapılan düzenlemelerden, TTK m. 134-194 hükümlerine aykırı olmayanların saklı olduğunun ifade edilmesidir.

Tez konumuz gereği konuyu ele alırsak, sermaye kaybı veya borca batıklık gibi bir mali durum bozulması ile karşı karşıya kalan sigorta şirketlerinde durumun ne olacağı sorusu akıllara gelebilir.

Karşılıklı güvene dayanan sigorta ilişkisinde, bu güvenin sarsılmaması ve daha zayıf durumda olan sigortalının zarar görmemesi için, bu şirketlerin denetlenmesi

²²⁰ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009, s. 96.

²²¹ Çeker, M., 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2013, s. 65.

²²² TTK m. 153.

²²³ Ayhan, R./Çağlar, H., Sigorta Hukuku Ders Kitabı, C. I, Ankara 2018, s. 97-98.

gerekmektedir²²⁴. İşte bu amaçla sigorta şirketlerinin gerek kuruluşunda gerek faaliyet döneminde mali durumunun izlenmesi ve mali durumun bozulması hâlinde sigortalıları koruyan bazı tedbirlerin alınması öngörülmüştür²²⁵. Anonim şirketler hakkında TTK m. 376'da hükme bağlanmış olan "sermayenin kaybı ve borca batıklık" hükmü yanında, Sigortacılık Kanunu'nun 20'inci maddesinde de mali yapısı zayıflayan sigorta şirketlerinin hangi hâllerde mali bünyesini güçlendirmesi gerektiği ve bu amaçla hangi tedbirlerin uygulanması gerektiğinin Bakan tarafından sigorta ve reasürans şirketlerinden istenebileceği ayrıca düzenlenmiştir²²⁶.

Sigorta şirketinin mali bünyesinde, sigortalıların sahip oldukları hak ve menfaatlara hâlel getirecek oranda bir kaybın tespiti hâlinde tedbir alınacaktır (SK m. 20/1). Alınacak tedbirler, mali durumdaki bozulmanın derecesine göre, iki gruba ayrılmaktadır. Birinci grup tedbirleri alacak ve uygulayacak olan şirketin kendisidir. İlgili bakan yalnızca kanunda belirlenen ya da kendi belirleyeceği tedbirlerin alınmasını şirketten isteyebilir. Şirket yönetim kurulu belirlenen tedbirleri almak ve sonuçlarını aylık raporlar hâlinde müsteşarlığa bildirmek zorundadırlar²²⁷. Sigortacılık Kanunu m. 20/1'de yer alan birinci grup tedbirlere göre Bakan, uygun bir süre vererek sigorta veya reasürans şirketinden; mali bünyesindeki zafiyetin nasıl giderileceğini ve sigortalıların hak ve menfaatlerinin nasıl korunacağını içeren kapsamlı bir iyileştirme planı sunulması ve uygulanmasını, sermayesinin artırılması, ödenmemiş kısmının ödenmesi, kâr dağıtımının durdurulması veya ek teminat oluşturulmasını, sahip olunan varlıklarının bir kısmının ya da tamamının satılarak mali bünyesinin güçlendirilmesini, genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılmasını veya genel kurul toplantısının ertelenmesini vb. diğer maddelerin yerine getirilmesini isteyebilir (SK m. 20/1).

Yukarıdaki tedbirlerin kısmen veya tamamen uygulanmasına rağmen mali durumun düzeltilememesi, belirlenen tedbirlerin şirketçe gerektiği gibi ya da hiç uygulanmaması veya şirket mali durumunun bu tedbirlerle düzeltilemeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde ikinci grup tedbirlere başvurulacaktır. Bu tedbirler artık şirketin bozulan mali durumunu

²²⁴ Özellikle hayat sigortalarında sigorta şirketleri uzun vadeli sözleşmeler yaptığı için, mali durumun bozulması hâlinde bu sözleşmelerin ifası ve sigortalının amaçladığı teminat riske girmektedir. Diğer yandan, trafik sigortalarında olduğu gibi bazı rizikoların sigortalanması mecburi olduğu için, bunları sigortalayan sigorta şirketlerinin mali durumu ile devletin yakından ilgilenmesi ve mali durumun bozulması hâlinde tedbir alması gerekmektedir.

²²⁵ Atabek, R., "Sigortacının Aczi", Batider, C. XIV, S. 2, Aralık 1987, s. 43-44.

²²⁶ Ayhan, R./Çağlar, H., Sigorta Hukuku Ders Kitabı, C. I, Ankara 2018, s. 81.

²²⁷ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 74-75.

düzeltilip şirketin yeniden organizasyonunu sağlamayı değil, sigortalıların daha fazla zarar görmesini engelleyen tedbirlerdir²²⁸. İkinci grup tedbirlere göre; “*Bakan, sigorta şirketlerinde şirketin faaliyette bulunduğu sigorta alanlarından, reasürans şirketlerindeyse sigorta gruplarından birine veya tamamına ait olan sigorta portföyünü teminat ve karşılıkları ile birlikte başka bir şirkete veya şirketlere devretmeye, devralacak şirket bulunamadığı hâlde ise portföyün idaresini Hesaba bırakmaya ya da devredilecek portföyün tasfiyesine yönelik her türlü tedbiri almaya yetkilidir*”²²⁹.

Kayar’a göre ikinci grup tedbirler şirket açısından oldukça ağır sonuçlar doğuracağı için örnekseme yoluyla genişletilmeleri mümkün olmayıp, sınırlı sayı ilkesine tâbidirler. Örneğin bankalar için öngörülen zorunlu birleştirme, sigorta şirketleri açısından söz konusu değildir. Sigorta şirketleri kuruluş ve faaliyet döneminde sıkı denetime tâbi tutulduğu için, mali durum bozulması, TTK ve İİK’de tedbir alınması öngörülen boyutlara ulaşmadan çoğunlukla gerekli müdahaleler yapılacak ve tedbirler alınacaktır. Bu tedbirler şirketin mali durumunu düzelterek devamını sağlamaya yönelik olabileceği gibi faaliyetlerine son verme şeklinde de olabilir. Ancak buna rağmen sigorta şirketinin mali durumu TTK m. 376 ve İİK m. 179 anlamında bozulursa, anonim ortaklıklara ilişkin düzenlemeler, sigorta şirketleri için de uygulanacaktır²³⁰.

§3. BİRLEŞMEYE HÂKİM OLAN İLKELER

Şirketlerin birleşmesinde, eTTK’de de uygulaması bulunan tasfiyesiz sona erme, külli halefiyet, pay sahipliğinin devamlılığı²³¹ ve alacaklıların korunması ilkeleri, yeni düzenlemede de muhafaza edilmiş olmakla birlikte; nevilerin aynı olması koşulu kaldırılmıştır. Zira aynı neviden olmayan veya öyle sayılmayan ticaret ortaklıklarının, tasfiye edilmeksizin külli halefiyet yoluyla birleşmemeleri gibi oldukça ağır ve olumsuz sonuçları bulunmaktaydı²³².

²²⁸ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 75.

²²⁹ SK m. 20/2.

²³⁰ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 77 vd.

²³¹ Bu ilke “ortak olma durumunun devamlılığı” ilkesi (Gerekçe, m. 140), “şirket payının devamlılığı” veya “ortak olma durumunun devamlılığı” ilkesi (Gerekçe, m. 140, 141), “ortaklığın (üyeliğin) sürekliliği” ilkesi (Genel Gerekçe, s. 21) ya da “ortak sıfatının devamlılığı” ilkesi (Kendigelen, A., Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 114) olarak da anılmaktadır.

²³² Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s. 341 vd.

eTTK’de olmayıp 6102 sayılı TTK’de getirilen yeni ilke ise “türler arası serbest birleşme” ilkesidir. Böylece ticaret şirketlerinin birleşmesi eTTK’ye göre kolaylaştırılmıştır²³³.

I. TASFİYESİZ SONA ERME

Şirketler, infisah ve fesih yoluyla son bulurlar. İnfisah, esas sözleşmede ya da yasada öngörülen nedenlerden birinin vuku bulması sonucunda karar alınmaksızın, ihbarda bulunmaksızın, anonim şirketin ipso iure (kendiliğinden) sona ermesidir²³⁴. Fesih, yasa ya da esas sözleşmede yer alan nedenlerden birinin gerçekleşmesiyle, yetki sahibi kişilerce anonim şirketin sona erdirilmesidir²³⁵.

Kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla sona eren ticaret şirketi, tasfiye hâline girecektir (TTK m. 533/1). Tasfiyede, şirketin alacakları tahsil edilir ve borçları ödenir. Tasfiye bakiyesi artarsa, artan meblağ şirket ortaklarına dağıtılır ve binnetice ortaklık ticaret sicilinden silinir. Ortaklığın infisah etmesi ile tüzel kişiliğin ticaret sicilinden terkinin arasındaki bu safhaya “tasfiye dönemi” adı verilir²³⁶.

Tasfiyesiz infisah ancak kanunda açıkça öngörülen hâllerde söz konusu olan istisnai bir durumdur; işte birleşme de bu istisnai durumlardan biridir²³⁷. Devralma şeklinde birleşmede en az iki ticaret şirketinden birisi (devrolunan şirket); yeni kuruluş suretiyle birleşmede birleşmeye katılan şirketlerin tamamı tasfiyesiz infisah eder²³⁸.

Sueter’e göre²³⁹ anonim şirketler üç unsurdan oluşur. Bu unsurlar; malvarlığı, hakların ve borçların sahibi soyut bir varlık ve ortak amaç güden bir grup şahıstır.

Tasfiye; ticaret şirketini oluşturan malvarlığı, ortak bir amaç etrafında toplanan şahıs varlığı ve soyut bir varlık olan tüzel kişilik unsurlarından, öncelikle malvarlığı üzerinde etkili olur. İnfisah eden şirketlerin malvarlıkları bir bütün hâlinde devralan veya yeni kurulan şirkete intikal eder. Buna “malvarlığında devamlılık ilkesi” denir²⁴⁰.

²³³ Keşli, A., “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme”, Şirketler Hukuku (Ed. Sami Karahan), Konya 2012, s. 158.

²³⁴ Tekinalp, Ü./Poroy, R./Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005, s. 807.

²³⁵ Tekinalp, Ü./Poroy, R./Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 813.

²³⁶ Yasaman, H., Birleşme, s. 19.

²³⁷ Diğer tasfiyesiz sona erme halleri için bkz. bölünme (TTK m. 159 vd.) ve tür değiştirme (TTK m. 180 vd.).

²³⁸ Kılıç, Ş. A., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 25.

²³⁹ Sueter, J., Die Fusion von Aktiengesellschaften und im Privatrecht und im Steurrecht, Zürich 1966, s. 15 (Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s. 20’den naklen).

²⁴⁰ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s. 109.

Malvarlığının dağıtılması ile birlikte tüzel kişiliğin ticaret sicilinde yer alan kaydı silinir ve böylece ortak amaç etrafında toplanmış olan şahıs varlığı da dağılmış olur. Oysa birleşmede, ortadan kalkan sadece devrolunan şirket/şirketler tüzel kişiliğidir. Devralan şirket ise tüzel kişiliğini korumaya devam eder²⁴¹. Bu nedenle, tasfiye ile birleşmenin bir nev'i karşıt kavramlar olduğu söylenebilir²⁴².

Tasfiyesiz sona erme ilkesi ilk bakışta, sona eren şirketlerin ortaklarını, ortaklık payları ve hakları, alacaklılarını ise alacakları bakımından mağdur eden bir ilke görünümündedir. Bu düşüncede bir haklılık payı bulunmakla birlikte, meydana gelen bu sakıncayı gidermek için her iki kesimin de haklarının korunmasına ilişkin birçok düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemelere örnek olarak, devrolunan veya katılan şirketlerin ortaklarına denkleştirme ödemesi, değişim oranına göre pay ve ortaklık hakları tanınması (TTK m. 140), ayrılma akçesi, ortaklar ile alacaklılara birleşme sözleşmesi ve raporu ile son üç yılın yılsonu finansal tablolarıyla faaliyet raporlarını ve gerektiğinde ara bilançonun incelenmesi hakkı (TTK m. 149), alacaklılar bakımından ise alacaklarını üç ay içinde devralan veya yeni kurulan ortaklıktan talep etmeleri gibi hükümler gösterilebilir²⁴³.

Mali durumunda bozulma olan bir şirket söz konusu olduğunda ise konunun TTK m. 376 anlamında ele alınması gerekmektedir. Sermayenin üçte ikisinin kaybı hâlinde genel kurulun -TTK m. 376/2 uyarınca- kalan üçte bir sermaye ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermemesi hâlinde anonim şirket infisah eder²⁴⁴. Yine TTK m. 376/3 uyarınca, borca batık durumdaki bir şirketin yönetim kurulu durumu mahkemeye bildirmelidir. İşte yapılan bu bildirim üzerine mahkeme, anonim şirketin iflasına karar verebilir. TTK m. 529/1-e bendinde de iflasın, anonim şirketin infisah sebeplerinden olduğu kanun koyucu tarafından belirtilmiştir.

Kanımızca, sermayesini kaybetmiş ve borca batık hâldeki anonim şirketin birleşmeye katılması, borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün, dolayısıyla da iflasın ve şirketin infisahının bir istisnası niteliğindedir. Bu sebeple birleşmeye katılacak olan,

²⁴¹ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 26.

²⁴² Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 20; Türk, H. S., Ticari Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1986, s. 121.

²⁴³ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 82.

²⁴⁴ Tekinalp, Ü./Poroy, R./Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005, s. 810.

sermaye kaybı veya borca batık durumdaki şirketin veya şirketlerin tasfiyesiz infisahı söz konusu olacaktır.

II. KÜLLÎ HALEFİYET

Bilindiği gibi, bir hukuk süjesine ait devredilebilen hak ve/veya borçların başka bir hukuk süjesine intikali ile, başka bir hukuk süjesinin kendisine hukuki halef olması iki şekilde gerçekleşebilir²⁴⁵;

İlk yöntem, bu hak ve/veya borçları birer birer, her birine mahsus ayrı devir işlemleri yapılarak başka bir hukuk süjesine geçirmektir. Bu yol, devir konusu hak veya borcun bir parçası (cüz'ü) olduğu malvarlığı veya işletmeye oranla “cüz'i intikal”, bu hak veya borç itibariyle bir hukuk öznesinin yerini başka bir hukuk öznesinin alması bakımından “cüz'i halefiyet” niteliğindedir. Devir konusu hak veya borcun öznesi böylece değişmiş olur.

İkinci yöntem, hukuk süjesine ait hak ve borçlar toplamını, iktisadi ve hukuki bir bütün (kül) hâlinde ve tek bir olay ya da işlem ile, kısacası ayrı devir işlemlerine gerek olmadan başka bir hukuk süjesine geçirmektir. Bu yol, devir konusu malvarlığı veya işletmeyi bütünüyle kavraması bakımından “külli intikal”, bu malvarlığı veya işletmenin bütünü ya da onun içerdiği bütün haklar ve borçlar itibariyle bir hukuk öznesinin yerini başka bir hukuk öznesinin alması bakımından “külli halefiyet” niteliğindedir.

Külli halefiyette malvarlığının²⁴⁶ intikali kendiliğinden gerçekleşir, mülkiyetin geçirilmesi için zilyetliğin nakli, teslim ya da tapuda tescil ve benzeri muamelelere gerek kalmaz²⁴⁷. Bu ilke, birleşmede, malvarlıksal sürekliliği sağlamaktadır²⁴⁸.

Külli halefiyet ancak ve ancak kanunda açıkça öngörülen hâllerde geçerli olur. Kanunda öngörülme-yen hâllerde ise cüz'i halefiyet geçerlidir²⁴⁹. Ancak birleşmede külli halefiyet ilkesinin kabulü bir zarurettir. Birleşmede tasfiyenin bulunmaması, devreden ortaklığın ekonomik ve ortaksal devamlılığını korumak amacına yöneliktir ve ancak külli halefiyet yolu ile bu ekonomik devamlılık sağlanabilir ve ortakların hakları korunabilir²⁵⁰.

²⁴⁵ Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, s. 150.

²⁴⁶ “Malvarlığı (mamelek), gerçek ya da tüzel kişilerin parayla ölçülebilir hak ve borçlarının toplamını ifade eder”; Türk, H. S., Birleşme, s. 61-65.

²⁴⁷ Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s. 22.

²⁴⁸ Pulaşlı, H., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, s. 112.

²⁴⁹ Aynı yönde bkz. Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, s. 155; “Türk hukukunda da külli halefiyet, ancak belirli olaylar ve işlemler için öngörülmüş olağandışı bir edinim yoludur.”

²⁵⁰ Cuendet, A., La Fusion par Absorption en Particulier le Contrat de Fusion, Berne 1973, s. 39 (Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s. 26'dan naklen).

Birleşme konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da eTTK gibi küllî halefiyet ilkesini benimsemiştir. Bu hususa, TTK'nin 136'ncı maddesinin son fıkrasında, *"birleşmeyle devralan şirketin, devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde"*²⁵¹ *devraldığı"* ifade edilmek suretiyle işaret edilmiştir²⁵². Küllî halefiyet ilkesine bağlanan neticeler, birleşmenin tescil ve ilân edildiği anda hüküm ve sonuçlarını doğurur, böylece devralan -veya yeni kurulan- şirket hiçbir tasarrufi işlem tesis etmeden intikal eden mal, hak ve borçların sahibi olur²⁵³.

Yargıtay da eTTK döneminde verdiği bir kararında, birleşmede küllî halefiyet ilkesine işaret ederek şu şekilde bir hüküm tesis etmiştir;

*"TK (eTTK) 146-151 maddelerinde, [...] şirketlerin birleşmesi durumlarında önceki şirketin aktif ve pasifleri ile tümünün yeni şirkete geçeceği hükmü düzenlenmiştir. Kayden iki ayrı tüzel kişiliğin olması fiili birleşme karşısında bir şey ifade etmez. Ticari işletmelerde devamlılık esas olduğundan, sonraki öncekinin devamı niteliğindedir. Küllî halefiyet gereği sonradan ticari işletmeyi devralan şirket, daha önceki şirketin borçlarından sorumludur. İlam borçlusunun borçlarından da küllî halefiyet kuralları gereğince davalı şirket sorumludur"*²⁵⁴.

TTK'de ticari işletmelerin devri hususunda da küllî halefiyet ilkesi benimsenmiş olmasına rağmen, devir sözleşmesinde mameleğe dâhil kimi öğelerin, sözleşme kapsamı dışında bırakılabileceği de TTK m. 11/3'de belirtilmiştir. TBK m. 202/1 uyarınca, aktiflerin bir kısmının sözleşme dışı bırakılması muhtemel olmakla birlikte doktrindeki bazı yazarlara göre pasiflerin hiçbir şekilde dışlanması mümkün değildir²⁵⁵.

²⁵¹ Moroğlu bu cümleye "küllî halefiyet" kavramının eklenmesi gerektiği görüşündedir; bkz. Moroğlu, E., Değerlendirmeler ve Öneriler, Ankara 2006, s. 86.

²⁵² TTK m. 136 gerekçesinde, üçüncü fıkranın bu ilkeye ayrı yer vermekte olduğu, ortaklık sıfatını belirtmekte olduğu, en nihayetinde ise küllî halefiyete ayrık bir durum teşkil eden TTK m. 140'da düzenlenen denkleştirmeyi içermekte olduğu ifade edilmiş ise de, TTK m. 136/3'te küllî halefiyet ilkesine yer verilmediği gibi, anılan fıkra da 140. maddede düzenlenen denkleştirmeden değil, 141. maddede düzenlenen ayrılma akçesinden bahsedilmektedir. Nitekim TTK m. 136/3 metninin ilk halinde yer alan "denkleştirme akçesi" ibaresi, maddi hata nedeniyle düzeltilmesi amacıyla Adalet (Alt) Komisyonu tarafından verilen önerge neticesinde değiştirilmiştir; bkz. Kendigelen, A., Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 261.

²⁵³ Keşli, A., "Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme", Şirketler Hukuku (Ed. Sami Karahan), s. 159.

²⁵⁴ Y. 13. HD., 7.5.2008 T. ve E. 2008/56 ve K. 2008/6260 sayılı karar.

²⁵⁵ Bu yazarlara göre, "devralanın bu yönde iradesi olmasa hatta aksi yönde iradesini ortaya koysa dahi, devir şartlarının gerçekleşmesi koşuluyla pasiflerin devir gerçekleşecektir; pasiflerin bir kısmının bile devir kapsamı dışında bırakılması mümkün değildir"; Acemoğlu, K., Borçlar Kanunu'nun 179'uncu Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 34 vd.; Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na

Buna karşın diğer bazı müellifler²⁵⁶, *Acemoğlu* tarafından dile getirilen, işletmenin aktiflerinin esasında pasiflerin güvencesini oluşturduğu görüşünü eleştirerek -sözleşmede açıkça belirtilmesi şartıyla- pasiflerin tamamının veya kesin olarak belirlenmiş bir bölümünün, devir kapsamına alınmayabileceğini savunmaktadır. *Ayhan/Çağlar* da, malvarlığı veya işletmeyle bağlantılı borçların, devir sözleşmesi kapsamı dışında bırakılmasının ancak *alacaklının rızası ile mümkün olabileceğini*, zira TBK m. 202 hükmünün düzenleme yeri esas alındığında “malvarlığı ve işletmenin devrinin” borcun üstlenilmesinden başka bir şey olmadığını ve bu sebepten ötürü, alacaklının rızası olmadan, sadece devir sözleşmesinde belirtilmek yahut alacaklılara duyurmak suretiyle, borçların kapsam dışında bırakılmasının mümkün olmadığını belirtmişlerdir²⁵⁷.

Burada, ticari işletmenin devrinde olduğu şekilde birleşmede de, devrolunan veya yeni kurulan şirkette, birleşen ve infisah eden şirketlerin bazı malvarlıklarının birleşme sözleşmesi haricinde bırakılmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce böyle bir durum birleşme bakımından söz konusu değildir. Çünkü şirket birleşmelerini düzenleyen hükümlerde, TTK m. 11/3’de olduğu gibi malvarlığının aktif ve pasifleriyle devrinde, bütünlük ilkesinin aksinin sözleşmeyle öngörülebileceği belirtilmemiştir²⁵⁸. Bunun yanı sıra sermaye şirketlerinin birleşmesinde, aynı veya nakdi ayrılma akçesine ilişkin bir kararın birleşme sözleşmesi ile hüküm altına alınması, bir kısım malvarlıklarının birleşme sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılması niteliğini taşır mı sorusunun da cevaplanması gerektiği kanaatindeyiz. *Al Kılıç*’ın da isabetle belirtmiş olduğu üzere; ayrılma akçesi, bu hususta genel kurulca ödeme yapılacağına ilişkin kararının alınmasıyla değil, birleşme kararının sicile tescil edilmesi ile muaccel olacağından, tescil anında pasif kısımdan sorumlu olan devralan veya yeni kurulan ortaklık olacaktır²⁵⁹. Bu sebeple, ayrılma akçesi ister nakdi ister aynı olarak ödenecek

Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 81; Arkan, S., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s. 42; Bahtiyar, M., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2016, s. 35.

²⁵⁶ Konuyla ilgili görüşlerini belirten yazarlar; “ticari işletmelerin devrinde borçların da intikal etmesini düzenleyen TBK m. 202 hükmünün emredici olmadığını; sadece devir ilişkisinin taraflarına borçların topyekûn intikali ve elbette üstlenilmesi imkânını verdiğini, ihbar ve ilânda üstlenilen eski borçların sınırlandırılabilirliğini, böylece devir sözleşmesinde eski borçlarla ilgili sınırlandırmaların; devralan tarafından alacaklılara karşı ileri sürülebileceğini” savunmaktadır; Arıcı, M. F., Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 140 vd; Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A./Nomer Ertan, F., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, N. 389.

²⁵⁷ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 120 vd.

²⁵⁸ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 81.

²⁵⁹ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 51-52.

olsun, şirketin bir kısım malvarlıklarının birleşme kapsamı dışında bırakılmasına yol açmayacaktır.

Külli halefiyete bağlanan diğer bir sonuç, pasiflerin de tıpkı aktif kalemler gibi kendiliğinden iktisap edilmesidir. İnfisah eden şirketin alacaklıları, devralan ya da yeni kurulan anonim ortaklığın alacaklısı konumuna gelir. Burada borçlunun değişmesi söz konusudur ancak borcun nakli için alacaklının muvafakatine gerek yoktur (TBK m. 195). Birleşmenin bir küllî intikal olması sonucu, alacaklı bu nakli kabul etmek zorundadır. Alacakların teminata bağlanmış olması durumunda da, küllî halefiyet ilkesi neticesinde, devreden şirketin malvarlığı değerleri devralan şirkete geçmesine rağmen, bu teminatlar devralan ortaklıkta da aynen devam eder²⁶⁰.

Aynı ilke gereğince taşınırlarda, devralan veya yeni kurulan ortaklığın teslimsiz asli zilyetliği söz konusu olur ve böylece, birleşmede taşınırların devralan şirkete teslimi gerçekleşmemiş olsa dahi mülkiyet şirkete geçer. Bunun gibi fikri ve sınai haklar (marka, model, resimler vb.) ile gayrimenkullerin mülkiyeti, ilgili sicillere tescil edilmeksizin devralan ya da yeni kurulan ortaklığa intikal eder²⁶¹.

Birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır ve tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer²⁶².

Aynı husus Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde²⁶³ şu şekilde ifade edilmektedir; *“Devralan şirketin kayıtlı olduğu müdürlük; devrolunan şirketin malvarlığına dâhil olan tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan şirket adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla; yeni hak sahibini, şirketin birleşme kararının tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirir”*²⁶⁴.

III. ORTAKLIK (ÜYELİK) PAYININ VE HAKLARININ KORUNMASI İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Birleşme, bu işleme taraf olan şirketlerin hukuki yapısını değiştirdiği için bu durumdan en çok etkilenenler de şirket ortaklarıdır. Dolayısıyla, ister devralma ister yeni kuruluş şeklindeki birleşme olsun, üyeliğin korunması ilkesi geçerlidir²⁶⁵. Bunun anlamı, devrolunan şirketin ortaklarının, devredilen malvarlığının karşılığı olarak, devralan

²⁶⁰ Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s. 28.

²⁶¹ Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s. 27-28.

²⁶² TTK m. 153.

²⁶³ 27.1.2013 T. ve 28541 sayılı RG.

²⁶⁴ TSY m. 127/6.

²⁶⁵ Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016, s. 74.

şirkette ortaklık hakları/payları elde etmeleridir. Bu şart yerine getirilmediği müddetçe iktisadî anlamda bir birleşmeden bahsedilebilirse de, hukuki anlamda bir birleşmeden bahsedilemez²⁶⁶. TTK m. 153/2’de bu hususa, devrolunan şirketin ortaklarının devralan şirkette ortak olacakları belirtilmek suretiyle dikkat çekilmiştir²⁶⁷.

Bu ilke, devrolunan şirketin her bir ortağının, devrolunan şirketteki haklarını ve paylarını karşılayacak tutarda (ya da en azından öyle kabul edilmiş) bir payı, devralan şirketten talep edebileceği manasını taşır²⁶⁸. Devrolunan ortaklıkta sahip olunan pay ve haklar, bir değişim (değiş-tokuş) oranına göre hesaplanmış devralan şirket payı bünyesinde devam eder. Bu talep hakkının ne şekilde hesaplanacağı, TTK m. 140/1’de belirtilmiştir. Kanun koyucu, değişim oranının tayini ile ilgili olarak herhangi bir ölçüt getirmemiştir. Anılan maddeye göre söz konusu talep hakkı, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıksal değeri, oy haklarının dağılımı ile mühim olan diğer tüm unsurlar gözetilmek suretiyle hesaplanır²⁶⁹.

Değişim oranının tespiti için öncelikle, birleşmeye katılan şirketlerin birer birleşme bilançosu düzenlemeleri gerekir. Değişim oranının tespiti için muhakkak TTK m. 144’deki ara bilanço esas alınmalıdır. Bilançoya dayanmayan, tamamen veya kısmen de olsa onu bertaraf eden bir yöntem geçerli olmaz. Devralma şeklinde birleşmede, devrolunan ortaklık tasfiyesiz sona erdiğinden (bkz. TTK m. 136/4) bu bilançolarda, her bir şirkete ait özvarlıkların tasfiye değeri değil, yaşayan (gerçek) değeri göz önünde tutulur²⁷⁰. *Yasaman*’a göre ise; malvarlığının gerçek değeri tasfiye bilançosu ile, mameleğin satış değeri ve şirketin gizli yedekleri de göz önünde tutularak bulunmaya çalışılmalıdır²⁷¹.

Turanlı’ya göre; sermayesini kaybetmiş veya borca batık hâldeki şirketin birleşmesinde değişim oranının hesaplanmasında, net özvarlıklar üzerinden hesaplama

²⁶⁶ Benzer görüş için bkz.; *Yasaman*, Birleşme, s. 32.

²⁶⁷ İpekel Kayalı, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler*, s.19.

²⁶⁸ TTK m. 140/1 hükmünün lafzından, istemde bulunma hakkının sadece devrolunan şirketin ortaklarına tanınmış olduğu, devralan şirketin ortaklarına ise böyle bir hak tanınmamış olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak her ne kadar devralan şirketin ortaklarının ortaklık durumu şeklen aynı kalacak olsa da, bunların da birleşmeden etkilenmeleri ihtimal dâhilindedir. TTK m. 140/1 hükmünün lafzı karşısında devralan şirketin ortakları ancak denkleştirme davası ya da iptal davası vasıtasıyla korunabilir; Bkz. İpekel Kayalı, F., *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler*, s. 236-237.

²⁶⁹ TTK Gereke m. 140/1., s. 48

²⁷⁰ Tekinalp, Ü., *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul 2015, s. 695 vd.

²⁷¹ *Yasaman*, H., *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*, s. 47.

yapılmalıdır²⁷². Tekinalp ise; TTK m. 140/2’de “gerçek değer” denildiği için, Kanun tarafından, bilanço net varlık değerinin tercih edildiği görüşünü eleştirmiş ve bu değer in sadece denkleştirme için öngörüldüğünü belirtmiştir²⁷³.

Devamlılık ilkesi²⁷⁴, sadece nakdi değil, haklara da ilişkin olan, orantıs al (mutlak olmayan) eşitlik ile ifade edilir. Bu hususa, hükümdeki “karş ılayacak değ erde” ibaresiyle işaret edilmiştir. TTK m. 140’ın gerekçesinde de belirtildiği üzere, devrolunan şirket ortağı na yalnızca, devrolunan şirketteki payını karşı layacak tutarda pay ayrı lmaz, aynı zamanda ortaklık sıfatından doğ an diğ er haklarının da (paya bağı lı malvarlığı, yönetimi, denetim, inceleme hakkı gibi) devralan veyahut yeni kurulan şirkette devamlılığı sağ lanmaktadır²⁷⁵.

Uygun değ erde ortaklık payı/hakkı verilmezse ortaklar, söz konusu hükmün ilânından itibaren iki ay içinde dava açmak suretiyle uygun bir denkleştirme akçesinin ödenmesini talep edebilirler²⁷⁶ (TTK m. 192/1). Ancak kanımızca bu hususta mahkeme taleple bağı lılık ilkesi sebebiyle, kaybedilen ortaklık haklarının yerine devralan şirkette üyelik hakkı verilmesine hükmedemez²⁷⁷.

B. ORTAKLIK (ÜYELİK) PAYININ VE HAKLARININ KORUNMASI İLKESİNİN İSTİSNALARI

Ortaklık haklarının aynen korunması ilkesinin iki istisnas ı vardır. Bu istisnalar; denkleştirme ödemesi ve ayrılma akçesidir²⁷⁸.

1. Denkleştirme Ödemesi (Denkleştirme Akçesi)

Birinci istisna, TTK 140’ıncı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen “Denkleştirme Ödemesi”dir. Birleşme sonucunda yeni kurulan anonim ortaklık ya da devrolan ortaklık

²⁷² Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 75.

²⁷³ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 696.

²⁷⁴ Belirtmek gerekir ki, üyeliğ in devamlılığı ilkesi İsviçre-Türk hukukunda birleşmenin temel unsuru olarak görülmekte ve yasal kural olarak da TTK m. 141 (İBirk m. 7) hükmünde yer almaktadır.

²⁷⁵ TTK Gerekçe m. 140, s. 48.

²⁷⁶ Öte yandan, bu sorunun sadece devralma yoluyla birleşmede ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Zira yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birleşmeden önce devralan şirketin ortaklarından bahsedilemez; sadece devrolunan şirketlerin ortaklarından bahsedilebilir; Bkz. İpek el Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, s. 237, dpn. 926.

²⁷⁷ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, Fusion: Gesellschafter, Kontinuität der Mitgliedschaft, s. 4/9 (Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 75’den naklen).

²⁷⁸ Pulaşlı’ya göre; “TTK’nin 140. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen intifa senetlerinin satın alınması da devamlılık ilkesinin istisnalarından birisidir”; Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 76-77; Aynı yöndeki görüşler için bkz. Kendigelen, A., Türk Ticaret Kanunu Değ iş iklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 139; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 75.

pay sahiplerine, değiştirme birimine göre pay verilmiyorsa birleşmeden söz edilemez²⁷⁹. Devir sonucunda, pay sahiplerine intikal eden malvarlığı karşılığında yalnızca belirli miktarda para, bedel adı altında denmiş ise birleşme söz konusu değildir. Ancak, belli kesirleri ortadan kaldırmak ve niteliği itibariyle önemli sayılmayacak bir bedel ödenmesi birleşmeyi engellemez²⁸⁰.

Denkleştirme, şirket malvarlıklarının değerlendirilmesinde sıklıkla karşılaşılan ksurun atılması karşılığında ödenen nakit paradır²⁸¹.

denecek denkleştirme tutarı TTK'de belirtilmemiştir. Fakat denkleştirme ödemesinin zorunlu ayrılma akçesine dönüştürülmesiyle ve bu yolla üyelik haklarında devamlılık ilkesinin dolanılmasına engel olmak amacıyla akçenin tutarı yüzdelik oran üzerinden sınırlandırılmıřtır²⁸² ve ancak devrolunan şirketin ortaklarına ayrılan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması koşuluyla, bir denkleştirme ödemesi ngrlebilir²⁸³.

2. Ayrılma Akçesi

Yukarıda belirtildiği üzere, birleşmenin temel niteliklerinden birisi de üyelik haklarının devamlılığıdır. Ancak bu ilke mutlak deęildir²⁸⁴. Bu ilkenin diğer bir istisnası da TTK m. 141/1 hükümünde düzenlenen ayrılma akesidir.

Birleşmeye taraf şirketlerin kendi aralarında yapmış oldukları birleşme sözleşmesinde ortaklara, devralan şirkette ortaklık pay ve haklarının kazanılması veya ortaklık payının değerine eşit bir ayrılma akçesi arasında seçim hakkı tanınmalı veya sadece ayrılma akçesinin ödeneceği belirtilmelidir²⁸⁵.

Ayrılma akçesi ile bir taraftan devrolunan ticaret ortaklığının birleşmenin dışında kalmak isteyen ortaklarına, birleşme sözleşmesine koyulacak bir hükümle seçim yapabilme hakkı tanınmış olacak öte yandan da, birleşen ortaklıklara, devrolunan şirketteki azlığın çıkarılabilmesi imkânı saęlanacaktır²⁸⁶.

²⁷⁹ Merle, P., Droit Commercial, Societes Commerciales, 2e edition, Dalloz 1990, s. 580 (Yasaman, H., s. 57'den naklen).

²⁸⁰ Yasaman, H., s. 57.

²⁸¹ TTK Gereke m. 140/2, s. 49.

²⁸² Vogel, A. /Heiz, C. /Behnisch, U. /Sieber, A., Fusionsgesetz-Kommentar, 2. Aufl, 2012, Art. 7, N 27 (İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 247'den naklen).

²⁸³ Pulaşlı, H., şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 76.

²⁸⁴ İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 249.

²⁸⁵ Pulaşlı, H., şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 76.

²⁸⁶ Tekinalp, ., Birleşmede Ayrılma Akçesi, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s. 22.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, seçim hakkı olarak ayrılma akçesi (isteğe bağlı) ve zorunlu ayrılma akçesi şeklinde iki türden bahsedilmiştir (TTK m. 141/2). TTK m. 151/5'inci fıkrasında, ayrılma akçesinin kabulü, madde metninde bir ayrıma gidilmediği için, bu hakkın birleşme sözleşmesinde hem seçimlik olarak hem de zorunlu olarak öngörüldüğü hâllerde, devreden şirketin oy hakkını haiz ortaklarının %90'ı tarafından onaylanması şartına tâbi kılınmıştır²⁸⁷. Birleşme sözleşmesinde ismi belirtilen ve oldukça yüksek olan bu nisapla çıkarılanların karara itiraz hakkı olmamasına rağmen, ayrılma akçesinin tutarına itiraz hakları bulunmaktadır²⁸⁸.

Sermaye kaybı ve borca batıklık hâlinde kurtarıcı birleşmeye izin verilmesi de, devralan şirketi malvarlıksal sürekliliği sağlamak yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. Zorunlu ayrılma akçesi verilmesi hâli dışında, devrolunan şirketin ortaklarına, devralan şirketin hakları/payları tahsis edilmelidir²⁸⁹. Sermaye kaybı veya borca batıklık hâlindeki devrolunan şirketin ortak veya ortaklarından birleşmeye karşı olanlar var ise, ayrılma akçesi alarak şirketten ayrılmaları mümkündür. *Kılıç*'a göre; birleşme neticesinde, alınan birleşme kararından memnun olmayan ya da şirketin aldığı birleşme kararını benimsememesine karşın diğer ortaklar açısından yararlı olabileceği kanaatiyle ortaklığa daha fazla dâhil olmak istemeyenler, sadece devrolunan şirket ortakları olmayabilir. Aynı şekilde devralan şirket ortakları da, bu birleşme kararını menfaatlerine aykırı bularak şirketten çıkmak isteyebilirler²⁹⁰. Özellikle sağlıklı bir şirketin, borca batık bir şirketle birleşmesi hâlinde, sağlıklı şirket borca batık şirketin tek veya asıl alacaklısı olmadığı müddetçe, sağlıklı şirket borca batık şirketin pasif fazlasını kendi üzerine almış olur²⁹¹. İşte bu noktada, devralan şirket ortaklarına da tıpkı devrolunan şirket ortaklarına verilen imkân sağlanmalı ve isterlerse ayrılma akçesini alarak çıkmalarına izin verilmelidir²⁹².

Birleşme sürecini tehlikeye sokabilecek bir külfet hâline dönüşmediği müddetçe bu hak ortağa tanınmaz ise, birleşmeye ilişkin olumsuz oy kullanmış olan pay sahibi TTK m. 192 ve 445 ile 446'ya göre iptal davası açabilir²⁹³.

²⁸⁷ Develi, B., 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 449.

²⁸⁸ TTK Gerekçe m. 141, s. 50.

²⁸⁹ İpekeli Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 126.

²⁹⁰ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 50.

²⁹¹ İpekeli Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 126.

²⁹² Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 50.

²⁹³ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 701.

Sermaye kaybı veya borca batıklık hâlindeki şirketin birleşmeye katılmasına ilişkin bir diğer sorun da, ayrılma akçesinin hangi şirket tarafından ödeneceği hususundadır. Ayrılma akçesi, Gerekçede yazıldığı şekilde devrolunan şirket tarafından ödenecek ise bu durumda devrolunan şirketin ayrılan ortakların paylarını iktisap etmesi gerekir²⁹⁴. Bu hâlde, TTK m. 379/1 hükmü; anonim şirketlerin kendi paylarını %10 oranına kadar ivazlı iktisabına izin vermektedir. Ayrılma akçesi talep eden ortakların payları bu oranı geçtiği takdirde, diğer ortakların bu payları edinmeleri önerilebilir²⁹⁵.

Kanun Gerekçesinde, ayrılma akçesinin nakden ödeneceği durumlarda bu ödemenin serbestçe tasarruf edilebilir yedeklerden alınması gerektiği, aksi durumun kabulünün ise sermayenin iadesi anlamına geleceği belirtilmiştir²⁹⁶.

Ancak devrolunan şirket, sermayesini belirli oranlarda kaybetmiş veya borca batık hâlde bulunduğu için ayrılma akçesini dahi ödeyemeyecek durumda ise, ayrılma akçesinin devralan şirket tarafından ödenmesi de öngörülebilir. Bu durumda ayrılan ortaklar, birleşme kararının tesciline kadar devrolunan şirketin ortağı durumundadır. Tescille birlikte devrolunan şirket sona erer, malvarlığı da devralan şirket tarafından kendiliğinden iktisap edilir. Bu andan sonra devrolunan şirket sona ermiştir ve sicilden silineceği için artık devrolunan şirketin ayrılma akçesi ödemesi mümkün değildir. Devralan şirket, bu kişilerin paylarını iktisap eder ve gerçek değeri üzerinden ayrılma akçesini öder²⁹⁷.

IV. ALACAKLILARIN KORUNMASI İLKESİ

Birleşme neticesinde, birleşmeye katılan şirket ya da şirketlerin tasfiyesiz sona ermesi ve malvarlıklarının bir bütün hâlinde devralan/yeni kurulan şirkete geçmesi, özellikle şirket alacaklıları açısından bir takım sakıncalar doğurabilir²⁹⁸. Alacaklılar yararına alınacak tedbirler, onların durumunun tasfiye yapılmaması nedeniyle kötüleşmesini önleyici ya da onları borçlu değişmesinin (küllî halefiyet gereğince devrolunan şirkete ait

²⁹⁴ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 89.

²⁹⁵ Tekinalp'e göre; ayrılma akçesi, devrolunan ortaklığın tüm pay sahiplerince veya bunlardan bir kısmı veya biri tarafından da ödenebilir. Ödemeyi yapanlar, bu payların sahipleri olarak işlem görürler. Ancak bu çözüm, mezkur pay sahiplerine bir genel kurul kararıyla dayatılamaz. Karar sadece, çözümü kabul eden pay sahiplerini bağlar; Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 703.

²⁹⁶ Kanunun gerekçesine göre, ayrılma akçesinin mutlaka nakit olması gerekmez, başka bir şirkete ait pay/pay senedi veya bir diğer menkul değeri (meselâ değiştirilebilir tahvil) verilebilir; TTK Gerekçe m. 141, s. 50.

²⁹⁷ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 89; Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 51.

²⁹⁸ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 57.

bütün borçların halefi, şirket alacaklılarının onayına gerek olmaksızın, devralan ya da yeni kurulan şirket olacağından) olumsuz sonuçlarına karşı koruyucu nitelikte olmalıdır²⁹⁹.

Alacaklıların korunmasıyla ilgili olarak düzenlenen TTK m. 157’de, eTTK m. 150 hükmüne benzer bir “birleşmeye itiraz” hakkı verilmemiştir³⁰⁰. Böylece karışıklıklara yol açan uygulamalara bir son verilmiş ve alacaklılar ile şirket-pay sahiplerinin menfaatlerini dengeleyecek bir sistem benimsenmiştir. Ancak her birleşme açısından şirket alacaklılarının korunması gerektiği şeklinde bir düşünceye sahip olmak yanlıştır. Özellikle zararda olan hatta borca batık olan bir şirketle, finansal durumu güçlü olan bir şirketin birleşmesi durumunda, özellikle güçlü şirket alacaklılarının bu birleşmeye karşı korunması gerekmektedir³⁰¹. 6102 sayılı TTK’de alacaklıların korunması, birleşmenin tatbikinden sonra başlamaktadır. Diğer bir deyişle, şirketlerin birleşerek yeniden yapılanmalarına ilişkin hukukî düzenlemelerde alacaklılara söz hakkı tanınmadığından dolayı, alacaklıların birleşme kararına katılma veya birleşmenin geçerlilik kazanmasını engelleme hakkı da bulunmamaktadır³⁰².

Birleşmenin gerçekleşmesi ile alacaklılar açısından, iki farklı olumsuzluk ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, tez konumuz gereği sermayesini yitirmiş ya da borca batık durumda olan bir anonim şirketin devralma yoluyla birleştiği şirketin güvenilirliği hakkında duyulan kaygı, bir diğeri ise bahse konu şirketlerin kendi alacaklılarıyla aynı statüye gelmeleridir. Dolayısıyla sona eren şirket ortakları, devralan şirketten olan alacaklarının akıbeti hakkında endişe taşıyabilirler. Kanun koyucu bu endişeleri gidermek için çeşitli önlemler almıştır³⁰³.

Türk Ticaret Kanunu’nun 157’nci maddesine göre, birleşmeye katılan şirketlerin, birleşmeden önce alacak hakları muaccel olmuş alacaklıları, birleşmenin tescilinden itibaren (TTK m. 153) 3 ay içinde şirketten teminat talep edebilirler (TTK m. 157/1). Bu anlamda tescilden önce alacak hakkının doğmuş olması (muaccel alacaklar) teminat talebi için yeterli olduğu gibi; henüz alacak hakkı doğmamış olmakla birlikte borcun sebebinin,

²⁹⁹ Çelik, O., Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, s. 135.

³⁰⁰ Kendigelen, Değişiklikler, s. 120.

³⁰¹ Kılıç, Ş., Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 59.

³⁰² Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku, s. 92.

³⁰³ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 91.

birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı tescil tarihinden evvel gerçekleşmesi (müccel alacaklar) de, teminat talebinde bulunabilmek için yeterlidir³⁰⁴.

“Birleşmeye katılan şirketler³⁰⁵; alacaklılarına, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde³⁰⁶, yedişer gün arayla üç defa yapacakları ilânla ve internet sitelerine koyacakları ilânla haklarını bildirirler (TTK m. 157/2)”. Madde hükmünde birleşmeye katılan şirketler ibaresiyle hem devralan hem de devrolunan şirket alacaklılarına bildirimin yapılacağı öngörülmüştür³⁰⁷.

TTK m. 157/4 hükmüne göre; *“Yükümlü şirket, diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması hâlinde, teminat göstermek yerine borcu ödemeyi de tercih edebilir”*. Şirket alacaklılarının sırası bakımından alacağın türü herhangi bir önem teşkil etmemekle beraber, alacaklıların birbirine üstünlüğü de bulunmamaktadır³⁰⁸. Ancak iflas durumuna özgü olmakla birlikte, adi ve rehinli alacakların sıralarının saptandığı İİK m. 206 hükmü uyarınca tahsilat yapılacaktır³⁰⁹.

V. TÜRLER ARASI SERBEST BİRLEŞME İLKESİ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, şirket birleşmelerine bir sınırlama getirmiştir. Bu sınırlamaya göre, yalnızca aynı türden olan ya da Kanunun özel düzenlemesi gereğince (eTTK m. 147/2) öyle kabul edilen şirketler arasında gerçekleştirilen birleşmeler Kanunun benimsemiş olduğu anlamda geçerli birleşme olarak kabul edilmiştir (eTTK m. 147)³¹⁰. “Nev’ilerin aynı olması koşulu” olarak da bilinen bu şart, “türler arası serbest

³⁰⁴ Kılıç, Ş., Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 60.

³⁰⁵ Kendigelen’e göre; alacaklıları davet ilanı tescilden sonra yapılacağına (TTK m. 157/2) ve birleşmenin tescili ile birlikte devrolunan şirketler infisah edeceğine (TTK m. 152/3) göre, burada ilan yükümlülüğü sadece devralan şirket tarafından yerine getirilebilir. Bu nedenle maddede “birleşmeye katılan şirketler” şeklinde çoğul bir ifadeye yer verilmesi hatalıdır; Kendigelen, A., Değişiklikler, s. 145, dpn. 51, Benzer bir görüş için bkz., Kılıç, Ş., Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 61.

³⁰⁶ İlânın TTSG’den başka ayrıca tirajı elli binin üzerinde olan ve ülke düzeyinde dağıtımı yapılan gazetede de yayımı, 6335 sayılı Kanunla kaldırıldı.

³⁰⁷ Kırca, İ., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, S. 79, Aralık 2011, s. 75; Aksi görüşteki Turanlı’ya göre; birleşme anında muaccel olan alacaklar için zaten güvence gösterilmesi gerekmediğinden, bu alacaklar için bildirim yapılmaz, Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 92.

³⁰⁸ Coştan, H., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009, s. 13.

³⁰⁹ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 92.

³¹⁰ Kanun koyucu, birleşme açısından bir yandan kollektif ve komandit şirketleri, diğer yandan anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri aynı nev’iden saymıştı. Böylece, birleşme yeterlilikleri bakımından ticaret şirketleri dört grupta toplanmıştı. Bunlar; Kollektif ve komandit ortaklıklar, anonim ve paylı komandit ortaklıklar, limited ortaklıklar ve kooperatiflerdir. Böylece “nev’ilerin aynı olması koşulu”, limited ortaklıklar ve kooperatifler için salt geçerlilik taşıırken; bir yanda kollektif ve komandit, öbür yanda

birleşme ilkesinin” benimsenmesiyle kaldırılmıştır. Bu ilkeye göre, aynı türden olmasalar dahi, ticaret şirketlerinin birbirleri ile birleşmeleri mümkündür³¹¹. Kabul edilen yeni ilke sayesinde; aynı türde olmadıkları hâlde anonim, sermayesi paylara bölünmüş komandit, kollektif, komandit şirketler ve kooperatiflerin birbirleriyle birleşmelerine izin vermektedir.

Birleşmeye ilişkin kabul edilen bu ilke her ne kadar “türler arası serbest birleşme ilkesi” olarak adlandırılmışsa da, birleşmeye katılan şirketlerin “devralan” ya da “devrolunan” şirket olmalarına göre durum farklılık arz etmektedir³¹².

Kanun koyucunun TTK’nin 137’nci maddesinde düzenlemiş olduğu hükme göre geçerli olan birleşmeler şu şekildedir; “*Sermaye şirketleri; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilirler. Şahıs şirketleri; şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle ve devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle birleşebilirler. Kooperatifler; kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle birleşebilirler*”³¹³.

anonim ve paylı komandit ortaklıklar için görelidir. Her ortaklığın birleşme yeterliliği, eş bakımından içinde bulunduğu küme ile sınırlıdır, Türk, H. S., Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s. 275.

³¹¹ Al Kılıç, Ş., Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 65.

³¹² Al Kılıç, Ş., Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 73.

³¹³ Kooperatiflerin hangi şirketlerle birleşebileceğinin açıkça düzenlenmesi, eTTK döneminde ortaya çıkmış olan tereddütlerin tekrar yaşanmasını önlemek açısından yerinde olmuştur, Bahtiyar, M., Ortaklıklar Hukuku, s. 63.

İKİNCİ BÖLÜM

§4. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ

Ticaret şirketlerinin birleşebilmesi için, birleşmenin taraflarını oluşturacak şirketlerin malvarlıklarının da birleşmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde birleşen şirketlerin tüm hak ve borçları bir bütün teşkil eder. Malvarlıkları ise iki farklı yoldan birleşebilirler³¹⁴.

TTK m. 136/1 hükmüne göre; “Şirketler; bir ortaklığın diğerini devralması (devralma şeklinde birleşme) veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri (yeni kuruluş şeklinde birleşme) yoluyla birleşebilirler³¹⁵”.

Türk Ticaret Kanunu’nun “Sermayenin Kaybı veya Borca Batıklık Hâlinde Birleşmeye Katılma” üst başlıklı 139’uncu maddesine göre; “Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda, serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir.

Birinci fıkradaki şartın gerçekleşmiş olduğunu ispatlayan belgelerin, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulması şarttır”.

Tez konumuzun kaynağını oluşturan TTK m. 139 hükmünün lafzından da anlaşıldığı üzere, ticaret şirketlerinin birleşmesinde özel hâllerden birini oluşturan bu birleşme türünün, devralma yoluyla birleşmeye bir örnek teşkil ettiğini düşünmekteyiz.

Konuya ilişkin karşıt bir görüşe göre ise; TTK m. 139’un, devralma yoluyla birleşmede mi yoksa yeni kuruluş şeklinde birleşmede mi uygulanacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Kanuna göre, TTK m. 139 her iki birleşme türü bakımından da geçerlidir. TTK m. 139’un hangi türe uygun olduğunu, somut olayın özellikleri belirler³¹⁶.

Doktrinde genel olarak kabul gören görüş ise; sermaye kaybı ve borca batıklık hâlinde birleşmenin devralma yoluyla birleşme olduğu yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlar, yaptıkları tespiti doğrudan dile getirmemiş olmakla birlikte; sermaye kaybı veya borca

³¹⁴ Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku, s. 71.

³¹⁵ TTK’nin 136’ncı maddesinde, eTTK 146 hükmüne paralel bir şekilde, “devralma” veya “yeni kuruluş” şeklinde birleşme türlerine işaret edilmiştir; Kendigelen, A., Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 136.

³¹⁶ Ancak yazarlar daha sonraki eserlerinde bu görüşlerini tekrarlamamışlardır; Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E., Ortaklıklar Hukuku I, s. 110.

batık durumdaki şirketin devralan şirket olabileceğini söyleyerek, bu birleşmenin devralma yoluyla birleşme olduğunu üstü kapalı bir biçimde ifade etmişlerdir³¹⁷.

Turanlı ise, sermaye kaybı ve borca batıklık hâlindeki şirketin devralma yoluyla birleşmeye katılmasını şu şekilde ifade etmiştir; sermaye kaybı veya borca batıklık hâlindeki bir şirketin yönetim kurulu, hazırlayacağı bir birleşme planını genel kurula sunarak, serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olan bir şirketle, “devrolma yoluyla birleşmeyi” teklif etmelidir³¹⁸.

Yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda biz de, doktrinde hâkim olan görüşe katılarak, sermaye kaybı ve borca batıklık hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılmasını, devralma yoluyla birleşme olarak kabul etmekteyiz. Dolayısıyla çalışmamızın bu bölümünde, birleşme türlerinden devralma yoluyla birleşmeye daha geniş bir yer ayrılmış ve sermayesini kaybetmiş veya borca batık hâldeki bir anonim şirketin birleşme sürecinin işleyişi açıklanmaya çalışılmıştır.

I. DEVRALMA YOLUYLA BİRLEŞME

A. TANIMI

Kanunda devralma yoluyla birleşme, bir şirketin diğerini devralması olarak ifade edilmiştir (TTK m. 136/1/a). Bu şekildeki birleşmelerde iki ortaklık vardır; bunlardan ilki, bünyesinde birleşilecek, evvelen var olan şirkettir. Bünyesinde birleşilecek ortaklık “devir alan/katılınan/iltihak edilen ortaklık” terimleri ile ifade olunur. İkinci ortaklık ise, iltihak edecek olan ortaklıktır ve sayıları birden çok da olabilir. Bunları ise; “devir edilen/iltihak eden ortaklık” terimleri ile ifade edebiliriz³¹⁹. Benzer şekilde, TTK m. 136/2 hükmünde de, “136 ilâ 158’inci maddelerin uygulanmasında, kabul eden ortaklığın devralan, iltihak eden ortaklığın ise devrolunan olarak nitelendirileceği belirtilmektedir.

TTK m. 139’un gerekçesinde; eksiye düşmüş veya borca batık bilançonun devralan veya devrolunan şirkette olmasının birleşme bakımından önem arz etmediği belirtilmek suretiyle³²⁰ burada asıl mühim olan konunun, birleşmeye katılacak tarafların mevcut açığı

³¹⁷ Kendigelen, A., Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 137-138; Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 73-74; İpek, Kayalı, F., Birleşmeler, s. 117-118.

³¹⁸ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 73-74.

³¹⁹ Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 114.

³²⁰ Tasfiye hâlindeki bir şirketin ancak devrolunan şirket olması kaydıyla birleşebileceğini öngören TTK m. 138’den farklı olarak TTK m. 139, sermayesini yitirmiş veya borca batık bir şirketin ister devrolunan ister devralan şirket sıfatıyla birleşmeye katılabileceğini öngörmektedir; Ayrıntılı bilgi için bkz.; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 6, N 18; Glanzmann, Umstrukturierungen, N 71; Gozzi, s. 17; von Salis-

karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunmasıdır³²¹. Oysa TTK m. 138 hükmüne göre; tasfiye hâlindeki bir anonim şirketin dahi birleşmeye ancak “devrolunan şirket” olarak katılması öngörülmüş, benzer bir şekilde halka açık anonim şirketler ile ilgili SPK tarafından çıkarılan Seri: 1 No: 31 sayılı Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği m. 5/5’de de; sermayenin üçte ikisinin kaybı hâlinde birleşmeye katılacak şirketin ‘devralan şirket olarak birleşmeye katılamayacağı’ belirtilmek suretiyle, konuya dair sınırlamalar getirilmiş olmasına rağmen, TTK’de buna ilişkin bir düzenleme olmayışı kanımızca tartışmaya açık bir konudur.

Doktrinde, TTK gerekçesinde olduğu gibi, sermaye kaybı ve borca batık durumda olan şirketin birleşmeye katılmada, devralan veya devrolunan şirket olabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır³²². Bizim de katıldığımız karşıt görüş açısından ise, sermayenin kaybı ve borca batıklık durumundaki şirket “devrolunan” şirket olmalıdır³²³.

Her şeyden evvel TTK m. 139 düzenlemesi, tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılmasının düzenlendiği TTK m. 138 hükmü ile çelişmektedir. Şöyle ki; tasfiye hâlindeki şirketin durumu, sermayesini kaybetmiş ya da borca batık olan şirketin durumuna göre çoğu hâlde daha iyidir. Tasfiye sebepleri, sadece sermayenin kaybı ya da borca batıklık durumunun giderilememesi değildir. Sürenin sona ermesi, şirket amacının gerçekleşmiş olması yahut amacın gerçekleşmesinin mümkün olmaması, sözleşmede gösterilen herhangi bir sebebin vuku bulması gibi hâllerde de şirket sona ererek tasfiye hâline girebilecektir. Oysa sermayenin kaybı veya borca batıklık ihtimalinde, şirket mali olarak kötü duruma düşmüş, var olan sermaye ile şirketin amacını, devamlılığını sağlaması, borçlarını ödemesi tehlike altına girmiştir. Uygulamada böyle bir şirketin, başka bir şirketi devralarak kendi bünyesinde birleşmenin gerçekleşmesini sağlamasına değil; bu şirketin başka bir şirket tarafından devralınarak onun çatısı altına girmesine gerek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kaldı ki madde başlığında yer alan

Lütolf, U., Fusionsgesetz, 2004, s. 25; Schumacher, Possibilités d’assainissement selon la loi sur la fusion (İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 117’den naklen).

³²¹ TTK Gerekçe m. 139/1, s. 47.

³²² Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 110; Göktürk, K., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, GÜHFD, C. XVII, 2013, S.1-2, s. 639; İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 117.

³²³ Keşli, A., “Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme”, Şirketler Hukuku (Ed. Sami Karahan), Konya 2012, s. 177, bkz. 4 no.lu atıf; Kayar, İ., Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, s. 657; Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 96 vd.

“birleşmeye katılma” ifadesi de, söz konusu şirketlerin ancak devrolunan şirket olmaları hâlinde birleşmenin tarafı olabileceği izlenimini uyandırmaktadır³²⁴.

Sonuç itibarıyla, doktrinde “iyileştirici birleşme” olarak adlandırılan bu durum, iktisadi bünyesi daha kuvvetli olan şirkete devrolma biçiminde gerçekleşmelidir³²⁵.

Birleşme ile devralan ortaklık, devrolunan ortaklığın veya ticari işletmenin malvarlığının tamamını iktisap eder³²⁶. Birleşme neticesinde devrolunan ortaklık sona erer ve ticaret sicilinden terkin olunur. Benzer bir ifade ile, birleşmenin tamamlanmasının akabinde devrolunan şirket tasfiye olmaksızın tüzel kişiliğini kaybederken (tasfiyesiz infisah), devralan şirketin tüzel kişiliğine hiçbir hâle gelmeyecek, sadece iktisadî yapısında değişiklikler olacaktır³²⁷.

Devralma yoluyla birleşmenin esasları şöylece özetlenebilir³²⁸: Devralan şirketin ana sermayesinin yükseltilmesi, devrolunan şirket pay sahiplerinin paylarının devralan şirket payları ile değişimi, devrolunan şirket malvarlığının bir bütün hâlinde devralan şirkete geçirilmesi, devrolunan şirketin tüzel kişiliğinin ortadan kalkması.

B. DEVRALMA YOLU İLE BİRLEŞME İŞLEMLERİNDE İZLENECEK USUL

Önceden de belirtmiş olduğumuz gibi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile sermaye kaybı ve borca batıklık hâlindeki şirketlerin birleşmeye katılmalarına cevaz verilmiştir (TTK m. 139/1). Bu hâlde yönetim kurulu, hazırlayacağı bir birleşme planını gerekçeleriyle birlikte genel kurula sunmalı ve serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığı olan bir şirketle, devrolma yoluyla birleşmeyi teklif etmelidir.

TTK m. 376 hükmü de anonim şirketlerde sermayenin belirli oranlarda kaybı ile borca batıklık hâllerini düzenleyen bir hükümdür. TTK m. 376/1’e göre; “Anonim şirketin son yıllık bilançosundan, sermayesi ile kanuni yedek akçeleri toplamının yarısının zarar nedeniyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu derhal toplantıya

³²⁴ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 96-97.

³²⁵ Kayar, İ., Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, s. 657.

³²⁶ Ulusoy, şirket birleşmelerinin çoğunun başarısızlıkla sonuçlandığından hareketle, özellikle devralma yoluyla birleşmelerde devralan şirketlerin özvarlık ve borç ödeme gücü açılarından devrolunan şirkete göre daha sağlam bir mali yapıya sahip olmaları gerektiği, bunun ise vergi mevzuatında yapılacak düzenlemeler aracılığıyla teşvik edilmesi gerektiği görüşündedir; bkz. Ulusoy, M., Son Değişiklikler Çerçevesinde Birleşme, Devir, Bölünme, Hisse Değişimi ve İştirak Yoluyla Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2004, s. 220-230.

³²⁷ Pulaşlı, H., Şerh, C. I, §7, N 10; Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 71.

³²⁸ Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009, s. 48.

çağırılmalı ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunmalıdır". Kanunda, iyileştirici önlemlerin neler olduğu açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, TTK m. 139'daki şartları taşıması kaydıyla birleşme, bu önlemlerden birisidir.

Çalışmamızın bu bölümünde, birleşme işlemlerinin ayrıntılarına girmeksizin, sermaye kaybı ve borca batıklık hâlindeki şirketlerin, devralma yoluyla birleşmeye katılmalarında izlenecek usul ve esaslara değinilecektir.

Doktrinde de kabul gördüğü şekliyle, birleşmeye yönelik işlemleri üç safhada (aşamada) incelemeye çalışacağız. Bunlardan ilki hazırlık aşaması, ikincisi karar aşaması ve sonuncusu ise birleşmenin kesinleşme aşamasıdır.

1. Hazırlık Aşaması

eTTK'den farklı olarak, 6102 sayılı TTK'de birleşme işleminin aşamaları çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir³²⁹. Ancak ne eTTK'de ne de 6102 sayılı TTK'de birleşmenin hazırlık aşaması ile ilgili bir düzenleme öngörülmüştür. Oysa bu aşama birleşmenin doğal bir parçasıdır³³⁰.

Hazırlık aşamasının özelliği, ekonomik sorunların, hukuki sorunlardan daha önemli olmasıdır. Hazırlık aşamasına ekonomik sorunlar hâkimdir. Birleşme projesinin etrafa yayılmasının bazı ekonomik etkileri olabilir ve birleşecek ortaklıkların hisse senetlerinin piyasa değerini etkileyebilir. Birleşmede ilerleme ancak bu ve bunun gibi mali sorunların çözümüne bağlıdır³³¹.

a) Birleşme Görüşmeleri

Hazırlık aşaması, birleşmeye katılan şirketlerin müzakereleri ile başlar. TTK' de birleşme konusunda yapılacak müzakereleri kimin yürüteceği konusunda bir açıklık yoktur. Şirketlerin ekonomik durumlarının incelenmesi, birleşmenin gerçekleşmesinde izlenecek usul ile ilgili işlemleri icra yetkisi, şirketlerin yönetim organlarına aittir.

³²⁹ 6762 sayılı eTTK, anonim ortaklıkların birleşme işlem ve aşamalarını açıkça düzenlememiştir. eTTK m. 451 ve 452'deki birleşme türleri ve ilkeleri değerlendirilmek suretiyle birleşme usulü belirlenebilir. Ayrıca genel hüküm niteliğindeki m. 146 vd. hükümleri, anonim ortaklıkların birleşmesi işlemleri açısından da uygulama alanı bulacaktır; Bahtiyar, M., "Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi", Şirket Birleşmeleri (Ed. Sumer, H./ Pernsteiner, H.), s. 8.

³³⁰ İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 129-130.

³³¹ Yasaman, H., Birleşme, s. 37.

TTK'nin 135'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereği anonim şirketlerde söz konusu yönetim organı, yönetim kuruludur³³².

Birleşme, daha önce aralarında ilişki bulunmayan şirketler arasında oluyorsa veya birleşme işlemleri teknik olarak çok karmaşık ise taraflar çok defa aralarında o ana kadar üzerinde anlaşmaya vardıkları hususları somut olarak ifade etmek isteyebilirler. Bunu taraflar çok defa niyet mektupları³³³ veya anlaşma protokolü ile gerçekleştirirler. Bunlar tamamen ihtiyaridir; ne hukukumuzda ne de AB Hukuku'nda bu konuda bir zorunluluk bulunmaktadır³³⁴.

Birleşme görüşmelerinin yapıldığı hazırlık aşaması, bir nevi birleşme sözleşmesinin hazırlığı niteliğindeki, onun esaslarını içeren yazılı ya da zımnî bir sözleşmeyle veya bağlayıcılığı olmayan bir "gentlemen anlaşması" ya da bağlayıcılığı olan veya olmayan bir niyet açıklaması ile noktalanabilir³³⁵.

Söz konusu niyet mektubu veya protokol, hiçbir şekil şartına tâbi değildir. Bu tür niyet mektubu veya protokoller, daha sonra yapılacak, birleşmeyi detaylı olarak düzenleyen ve zorunlu şekil şartlarına tâbi birleşme sözleşme tasarısının yerini tutmaz ve kural olarak birleşmeye katılacak şirketlerin yetkili organlarının kati iradesini de yansıtmadığı için hukuki bağlayıcılıkları yoktur³³⁶.

Uygulamada çoğu kez, ilk veya daha sonraki aşamalardan birinde, birleşmenin yapılabilmesi gayesi ile taraflarca birbirlerine aktarılan yazılı yahut sözlü tüm verilere ilişkin "gizlilik (*confidentiality*) sözleşmesi" de yapılabilir³³⁷. Uygulamada gizlilik anlaşması, niyet mektubunun içinde yer alabileceği gibi ayrı bir anlaşma olarak da düzenlenebilmektedir³³⁸. Bu gizlilik anlaşması iki yönlüdür: Birincisi, birleşmeye katılan

³³² Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, s. 67; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s. 97; Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 103-104.

³³³ Niyet mektubu, bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak niyetini açığa vuran ve bu sonuca ulaşmak üzere görüşmelerin ciddi olarak sürdürülmesini taahhüt eden bir mektup olarak tanımlanmaktadır; Kocayusufpaşaoğlu, N., Borçlar Hukuku, § 11, N 32.

³³⁴ Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, s. 68.

³³⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, N. 151a, s. 115.

³³⁶ Cozian/Viandier/Deboissy, Manuel de Droit Des Sociétés, 20 éme Edition, 586; Chadeaux, 40 (Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, s. 68-69'dan naklen).

³³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, N. 151a, s. 115-116.

³³⁸ Isler, Letter of Intent, s. 6; Beinert, Corporate Acquisitions and Mergers in Germany, The Hague 2000, s. 123 (İpekeli Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 134'den naklen).

şirketlerin piyasa değerini olumsuz etkilememesini sağlamak amacıyla, belirli bir aşamaya gelmeden birleşme projesinin üçüncü kişilere yayılmasını önlemek içindir. İkicisi ise; birleşmeye katılacak şirketlerin her birinin, süreç içinde karşı tarafa temin ettiği her çeşit ticari, mali ve sair konulara yönelik bilgi ve belgelerin gizliliğinin sağlanması ve süreç sonunda birleşme gerçekleşmese bile, bu bilgilerin haksız rekabete sebebiyet verecek şekilde kullanılmasının önüne geçmek içindir. Hatta taraflar, bunu daha caydırıcı hâle getirebilmek için, birleşme sözleşmesine cezai şart ve tazminat içeren hükümler koyabilmektedirler³³⁹.

Taraflar yukarıda bahsi geçen anlaşmaların yanı sıra bir de “*due diligence*”³⁴⁰ anlaşması yapabilirler. Birleşme sürecindeki anlamı ile “*due diligence*”; birleşecek ortaklıkların, birleşme sözleşmesinin akabinde her iki ortaklığın finansal durumunun net bir şekilde incelenmesiyle ortaya çıkan sonuca göre, taraflarca evvelden tespit edilen şartların, özellikle fiyatın (burada değiş-tokuş oranının) yeni duruma uydurulması, yani inceleme ve neticeye uygun denkleştirme demektir³⁴¹.

Due diligence, birleşmenin orta ve uzun vadede kârlı olabilmesi için, hedef şirketin vergisel, mali, hukuki, insan kaynakları vs. gibi inceleme alanları bakımından şirketin durumunun net olarak belirlenmesi amacıyla yapılan bir çalışmadır³⁴². Bahsi geçen unsurların bir kısmı şirketin mali tablolarından anlaşılabilirse de, gizli veya kamuya açıklanmamış ya da açıklanması istenilmeyen birtakım ticari sırlar da bulunabilir. Due diligence kavramı, devralma veya birleşme işlemlerinin gerçekleştirilmesinden önceki aşamada bağımsız uzman kişi veya kuruluşlar³⁴³ tarafından gizlilik içinde yapılan inceleme sürecini ifade eder³⁴⁴.

³³⁹ Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, §7 N 42, s. 127.

³⁴⁰ Bir Anglo-Sakson deyiimi olan “*due diligence*” genel olarak makul, basiretli sağgörü ve tedbirli hareketi, bunun için o sağgörü kişinin yapması gereken incelemeyi ve incelemenin gerekli kaldığı önlemlerin alınmasını ifade eder; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 116.

³⁴¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 116.

³⁴² Arıkan, M., Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler, C. 22, S. 1, s. 265.

³⁴³ Bahse konu danışmanlık şirketleri, hedef şirketle ilgili alıcının ihtiyacı olabilecek tüm konularda titiz bir analiz ve denetim yaparak hazırladığı çalışma neticesinde, karar verecek birimin bilgi gereksimini karşılayarak sürecin daha hızlı seyretmesini sağlar; Kutlan, S., Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004, s. 29.

³⁴⁴ Pulaşlı, H., Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, Batider 2007, S. 2, C. 24, s. 203-235.

Due diligence incelemesiyle ele geçirilen verilerle; şirketin gelir tablosu, ara dönem ve yılsonu bilançoları ve planlama hesapları çözümlenebilir³⁴⁵. Finansal tabloların incelenmesi esas itibari ile dönem sonu bilançolarının ve gelir tablolarının incelenmesini kapsamaktadır. Hedef şirkete ait bilançoların incelenmesinde aktif ve pasiflere makul bir değerlemenin yapılıp yapılmadığı, bu değerlemede herhangi bir sapma bulunup bulunmadığı ve bunların düzenli bir şekilde kaydedilip kaydedilmediği hususlarının denetlenmesi gündeme gelmektedir³⁴⁶.

Yılsonu finansal tabloları TTK m. 69 uyarınca Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun, açık, anlaşılır olmalı ve şirkete ilişkin gerçek resmi yansıtmalıdır. Birleşme için tarafların mali portreleri önem taşımakla birlikte, birleşmeye katılan şirketlerden bir kısmının sermaye kaybı ya da borca batık olması hâlinde de birleşme gerçekleşebilir (TTK m. 139). Birleşme nedenlerine bağlı olarak, mali durumu iyi olmayan bir şirketin, borca batıklık tutarını karşılayacak serbestçe tasarruf edilebilir kaynağı olan bir şirketle birleşmesine Kanun tarafından cevaz verilmektedir. Burada asıl önemli olan husus, dürüst resim kuralının işleridir³⁴⁷. Dürüstlük ilkesine aykırı olarak, sözleşme öncesi görüşmeler esnasında, özellikle şirketin mali durumuna ilişkin yanıltıcı bilgiler vererek, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünü ihlâl eden şirketin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

b) Birleşme Öncesi Görüşmelerden Doğan Sorumluluk

Birleşmeye katılacak tarafların birbirlerine, bir sözleşmenin kurulmasını taahhüt etmemiş olmaları kaydıyla taraflardan her biri, her zaman, tek taraflı olarak sözleşme görüşmelerini sonlandırabilir ve bu davranış onu, karşı tarafın yaptığı giderleri tazmin borcu altına sokmaz³⁴⁸. Bununla birlikte, görüşmelerin başlangıcından itibaren, taraflar

³⁴⁵ Lajoux, A. R./Elson, C. M., *The Art of M&A Due Diligence-Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data*, New York 2000, s. 71; Höhn, J., *Einführung in die Rechtliche Due Diligence*, Zürich 2003, s. 21-22; Meier, E. O., *Due Diligence bei Unternehmensübernahmen*, Zürich 2010, s. 107; Garzke, U., *Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Rechte der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf*, Hamburg 2003, s. 26 (Arıkan, M., "Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler", MÜHFAD, 2016, C. 22, S. 1, s. 273-274'den naklen).

³⁴⁶ Howson, P., *Due Diligence: The Critical Stage in Mergers and Acquisitions*, 2003, s. 61 (Özeke, B., *Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkileri*, s. 21, dpn. 75'den naklen).

³⁴⁷ Turanlı, H., *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*, s. 119.

³⁴⁸ Zira sözleşme görüşmelerinin başarısızlıkla sonuçlanması, her türdeki görüşmenin taşıdığı olağan bir risktir; Kocayusufpaşaoğlu, N., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, C. I, İstanbul 2014, §16, N. 8.

arasında karşılıklı güven ilişkisine dayanan bir ön sözleşme ilişkisi kurulmuştur ve bundan dolayı birtakım tali (ikincil) yükümlülükler³⁴⁹ doğmaktadır³⁵⁰.

Birleşme görüşmeleri sürecinde tarafların, kusurlu olarak birbirlerine verdiği zarardan doğan sorumluluk veya niyet mektubu ile karşı tarafa verilen güvenin ihlâli nedeniyle sorumlulukları Culpa in Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranışlardan Doğan Sorumluluk) olarak adlandırılmaktadır³⁵¹.

Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli, sözleşme görüşmelerindeki tarafların, ileride kuracakları sözleşmeyle alakalı birbirlerini yanlış ya da eksik bilgilendirmelerini ifade eder ve bu durum, tarafların sözleşmeden bekledikleri faydayı azaltır³⁵².

Özellikle devrolunan şirketin, kendini olduğundan daha değerli göstermek uğruna, ticari işletmesi, ürünleri, müşteri portföyü ve iş ilişkileri hakkında devralan şirkete hatalı bilgiler vermesi ya da sahip olmadığı payelere sahipmiş gibi davranarak yanlış bir kanaat uyandırmak, aydınlatma ve özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâlidir. Bu bağlamda zayıf yanların saklanması da dürüst bilgilendirme yükümlülüğünün ihlâlidir. Örneğin borca batık hâldeki şirketi devralacak olan şirketin özkaynakları hakkında yanıltıcı bilgi vermesi ya da devrolunacak şirketin sermaye kaybı ve borca batıklık hâlini bildirmemesi, değişim oranının yanlış hesaplanmasına, diğer şirketin fazla inceleme yapmaksızın kısa sürede karar vermesine ve şirketlerin zarar görmesine yol açabilir³⁵³.

Söz konusu yükümlülüğün ihlâli, taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldırmakla beraber, sözleşmenin yapılmaması nedeniyle uğranılan menfi zararların³⁵⁴

³⁴⁹ Bu yükümlülükler asli edim yükümlülüğü olmayıp, ikincil edim yükümlülükleridir. Bunlar arasında sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte tarafların birbirlerine karşı dürüst davranma ve özen gösterme yükümlülüğü, karşı tarafın malını ve şahsını zarardan koruyucu tedbirleri almak; görüşmeleri ciddi ve dürüst bir tavırla sürdürmek gibi yükümlülükler yer almaktadır; Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 42-43; Kocayusufpaşaoğlu, N., Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. I, İstanbul 2014, §2, N. 8.

³⁵⁰ Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 119 vd.

³⁵¹ Doğan, G., Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, İstanbul 2006, s. 79; Ayrancı, H., Ön Sözleşme, Ankara 2006, s. 92; Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1128.

³⁵² Demircioğlu, H. R., Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 235.

³⁵³ Bektaş, S., Uluslararası Ticarete Sözleşmenin Hazırlanması, Ankara 2010, s. 95; Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 123.

³⁵⁴ Menfi (olumsuz) zarar, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı kişinin malvarlığının bulunduğu durum ile sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle, malvarlığının almış olduğu durum arasındaki farkı ifade etmektedir; Oğuzman, M. K./Öz, M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 328.

tazminini gerektirmektedir³⁵⁵. Zira bu sözleşme için müzakere aşamasında yapılan masraflar, geçen zaman, kaçırılan fırsatlar da tazmini gerekli ve ticari yaşam için önemli zararlar olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵⁶.

c) Birleşme Sözleşmesinin Hazırlanması

Şirketlerin birleşmesinin sağlanabilmesi için taraflar arasında bir birleşme sözleşmesi akdedilmesi gerekmektedir. Birleşme sözleşmesi, birleşme sonucunda meydana gelecek ortaklığın şeklini, yapısını, bu bağlamda organların kurulma biçimlerini, ortakların hak ve borçlarını, payların ve ortaklık haklarının şekil ve içeriklerini, değişim oranı ile sermaye artırımının miktarını gösteren, borçlanma ve tasarruf işlemlerini içeren bir sözleşmedir³⁵⁷.

aa) Birleşme Sözleşmesinin Tarafları, Şekli ve Hukuki Niteliği

Birleşme sözleşmesi en az iki ticaret şirketi arasında düzenlenir. Devralma şeklinde birleşmede, birleşme sözleşmesinin bir tarafı devralan şirket iken, diğer tarafı devrolunan şirket veya şirketlerdir³⁵⁸.

Birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından hazırlanır ve imzalanır (TTK m. 145). Anonim şirketlerde yönetim organı, yönetim kuruludur (TTK m. 135). Sermayenin kaybı ve borca batıklık hâlinde birleşmeye katılmada birleşme sözleşmesi; devrolunan borca batık şirketin yönetim kurulu ile kaybolan sermayeyi yahut borca batıklığı karşılayacak miktarda özvarlığa sahip şirketin yönetim kurullarınca imzalanacaktır.

TTK m. 367'ye göre; "Anonim şirketlerde yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir". TTK m. 375'de ise yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri sayılmıştır. Söz konusu maddede sayılan yetkiler arasında birleşme sözleşmesini imzalama yetkisi yer almasa da; TTK m. 145 gerekçesinde kanun koyucu, yönetim organının yetkisini başka bir kişi ya da organa, meselâ anonim şirketlerde müdürlere devredemeyeceğini açıkça belirtmiştir³⁵⁹. Bununla birlikte bu hükmü, birleşme

³⁵⁵ Yalman, S., Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 48.

³⁵⁶ Bektaş, S., Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması, Ankara 2010, s. 94 vd.

³⁵⁷ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 707.

³⁵⁸ Yasaman, Birleşme, s. 46.

³⁵⁹ TTK Gerekçe, m. 145, s. 51.

sözleşmesi, yönetim kurulunun kararı ile şirketi temsil yetkisini haiz kimseler tarafından imzalanır şeklinde anlamak gerektiği kanaatindeyiz. Yoksa birleşmeye katılacak anonim şirketlerin yönetim organlarının bütün üyelerine tek tek sözleşmeyi imzalatmak, külfetli ve anlamsız olacaktır³⁶⁰.

Birleşme sözleşmesi, anonim şirket esas sözleşmesinde aksi öngörülmedikçe çift imza ile imzalanmalıdır (TTK m. 370/1). Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinden biri ya da birkaçına (murahhas üye) yahut üçüncü bir kişiye (murahhas müdür)³⁶¹ temsil yetkisinin devri söz konusu olmuşsa, (TTK m. 370/2), kendisine temsil yetkisi bırakılan kişi birleşme sözleşmesini imzalayabilir³⁶².

6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanunu'nda devralma yoluyla birleşme sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme yer almamakta; yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde ise eTTK m. 452/2 hükmü gereğince anonim şirketlerin birleşme sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağı ve imzaların notere onaylatılacağı açıkça düzenlenmişti. Devralma şeklinde birleşmelerde sözleşmenin şekline ilişkin Kanun'da bir açıklık bulunmaması, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştu³⁶³.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme sözleşmesinin şekli kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenerek doktrindeki görüş farklılıklarına son verilmiştir.

Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılır (TTK m. 145). Birleşme sözleşmesinin resmi şekilde yapılması aranmamış, adi yazılı şekilde yapılması yeterli görülmüştür³⁶⁴. Kanımızca Türk Ticaret Kanunu'nca birleşme sözleşmesinin içermesi zorunlu asgari

³⁶⁰ İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler s. 144.

³⁶¹ Ancak temsil yetkisinin sadece murahhas müdüre bırakılması durumunda, en azından bir yönetim kurulu üyesine temsil yetkisi verilmelidir (TTK m. 370/2, 2'nci cümle).

³⁶² İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 144-145.

³⁶³ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu'na göre; eTTK m. 452/2'deki düzenlemenin genelleştirilerek, tüm birleşme türlerine uygulanması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre ise; tek bir alacağın temlikinde bile yazılı şekil şartı aranan Kanun düzenlemeleri karşısında (TBK m. 184), birleşmeye katılma sonucunda sona erecek olan şirketin alacaklılarının toplu temlikinde yazılı şekil şartının aranmayacağını düşünmek yanlış olacaktır. Ancak burada, yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde olduğu gibi resmi şekil aranmasına gerek olmasa da, yazılı şekilde yapılmış olan bir birleşme sözleşmesinin varlığı şarttır; Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 109.

³⁶⁴ Bu düzenleme AB Birleşme Yönergesi'nin 12'nci maddesinde yer alan düzenlemeden farklıdır. Zira anılan Yönerge uyarınca, üye ülkelerin düzenlemelerinde birleşmenin hukuka uygunluğu konusunda adli veya idari bir öndenetim öngörülmemiş veya böyle bir öndenetim öngörülmüş olmakla birlikte bu öndenetim tüm birleşme işlemlerini kapsamıyor ise, birleşme sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunludur. Bahtiyar, ülkemiz uygulamasında mahkeme aracılığıyla bilirkşi atanması nedeniyle kısmi de olsa bir adli öndenetimin var olduğunun ileri sürülebileceğini ifade etmekle beraber, mevcut uygulamanın AB Birleşme Yönergesi'nin özüne ve ruhuna uymadığı görüşündedir; bkz. Bahtiyar, M., "Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi", Şirket Birleşmeleri (Editörler: Sümer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 82.

kayıtları göstermesi de sözleşmenin şeklini değiştirmeyecektir. Adi yazılı şekil, TBK’de tanımlanmamış olmakla beraber, beyan sahibinin, şekle tâbi beyanının içeriğini yazı ile belgeleyip imzalanması olarak ifade edilmektedir³⁶⁵ ve sözleşmelerde şekilden söz edildiğinde kural olan adi yazılı şekildir.

Yazılı şekil, geçerlilik şartı olarak kabul edildiği gibi³⁶⁶, sözleşmenin yazılı yapılması, birleşme işlemlerinin açık ve sağlıklı olmasını sağlama ve ispat açısından da önemlidir³⁶⁷. Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde hazırlanmamışsa, taraflarca alınan birleşme kararının sicile kaydedilmiş olması dahi, şekli hükümsüzlüğü ortadan kaldırmayacaktır³⁶⁸. Bununla birlikte, Türk hukukunda birleşme kararının ticaret siciline tescili için söz konusu kararı içeren genel kurul toplantı tutanağının noter onaylı örneğinin sicile sunulması gerektiğinden (TSY m. 71), birleşme sözleşmesi bakımından resmi şeklin aranmaması dolaylı yoldan telâfi edilmektedir. Ancak adi yazılı şekil, sadece birleşme sözleşmesinin zorunlu içeriğini kapsamalıdır; sair hususlar sözlü olarak hatta başka belgeler ile de kararlaştırılabilir³⁶⁹.

Doktrinde, birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmekle beraber hâkim yöndeki görüş, birleşme sözleşmesinin ortaklıklar hukukuna özgü bir organizasyon sözleşmesi olduğu yönündedir³⁷⁰.

Tekinalp’e göre, birleşme sözleşmesi, bünyesinde birleşilecek ya da yeni kurulacak ortaklığın yapısı ile malvarlığı devrini ve payların değişimini öngören ayni, iki taraflı bir borçlanma, tasarruf ve örgütlenme³⁷¹ sözleşmesidir³⁷². *Yasaman*’a göre de birleşme sözleşmesi iki taraflı edimleri havi bir sözleşmedir. Bu sözleşme, genel kurulların birleşme sözleşmesini onaylamaları ile kurulur ve her iki tarafa da birleşmeye dair bütün

³⁶⁵ Tunçomağ, K., *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1976, s. 221; Feyzioğlu, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1976, s. 313; İnan, A. L., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1984, s. 131.

³⁶⁶ TTK Gerekçe m. 145, s. 52.

³⁶⁷ Bahtiyar, M., “Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi”, *Şirket Birleşmeleri* (Editörler: Sümer, H./Pernsteiner, H.), İstanbul 2004, s. 11; TTK Gerekçe m. 145, s. 51.

³⁶⁸ Al Kılıç, Ş., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*, s. 110.

³⁶⁹ İpekel Kayalı, F., *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler*, s. 150-151.

³⁷⁰ İpekel Kayalı, F., *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler*, s. 147; Türk, H. S., *Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*, s. 84-85; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul 2015, N. 24-60; Yasaman, H., *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*, s. 45.

³⁷¹ Örgütlenme sözleşmesi ile kastedilen, birleşme sözleşmesinin yetkili kurulca onaylanmasına ilişkin kararın tescili ile devredilen ortaklığın malvarlığının devralan ortaklığa kendiliğinden geçmesi ve bu ortaklığın pay sahiplerinin, devralan ortaklıkta ortaklık paylarını kendiliğinden kazanmaları; böylece devralan ortaklığın iç yapısının ve ortaklar arası ilişki düzeninin kendiliğinden oluşmasıdır.

³⁷² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, N 156, s. 118.

gerekli işlemleri tamamlama borcu yükler. Bu bakımdan *Yasaman*; “borç doğuran sözleşme teorisi”nin birleşmenin hukuki niteliğine en uygun düşen görüş olduğunu savunmaktadır³⁷³. *Türk*’e göre birleşme sözleşmesi, sadece birleşen şirketlerin tüzel kişilikleri üzerinde sonuç doğuran, iki tarafa borç yükleyen, birleşmenin taraflarını birbirine bağlayan toplumsal bir işlemdir³⁷⁴.

Kanaatimizce birleşme sözleşmesi, hem borçlar hukuku hem de şirketler hukuku unsurları içeren, geçerliliği kanuni şart niteliğinde bir tamamlayıcı unsura (yetkili kurulun onayına) bağlı ve ticaret siciline tescil ile hüküm doğuran bir yapısal değişiklik sözleşmesidir³⁷⁵.

bb) Birleşme Sözleşmesinin İçeriği

Birleşme sözleşmesi tasarısı, birleşmenin yol haritası niteliğinde olduğundan ve pay sahiplerinin karar verirken temel bilgi kaynağı olacağından, sözleşmenin kapsamlı, açıklayıcı ve tüm birleşme şartlarını içeriyor olması gerektiğinden³⁷⁶ dolayı kanun koyucu genellikle birleşme sözleşmesinin içeriğini detaylı olarak düzenlemektedir³⁷⁷.

İBirk’nın 13’üncü maddesinden alınan TTK’nin 146’ncı maddesinde, bir birleşme sözleşmesinde bulunması zorunlu asgarî kanunî kayıtlar gösterilmektedir. Söz konusu maddeye göre birleşme sözleşmesinde bulunması zorunlu asgarî unsurlar şunlardır; “*Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret ünvanını ve merkezini, şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları, devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları, şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini, birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı*

³⁷³ Yasaman, Birleşme, s. 45.

³⁷⁴ Müellif bu yönüyle, birleşmenin kurumsal, örgütsel ve ortaklıksal olarak da ifadesinin gerektiği görüşündedir; Türk, H. S., Birleşme, s. 84.

³⁷⁵ Birleşme sözleşmesinin borçlar hukuku unsurları içerdiği, devrolunan şirketin tüm aktif ve pasifini külli halefiyet ilkesi uyarınca devralan şirkete devretmesinde, devralan şirketin de devrolunan şirketin ortaklarına devralan şirketin ortaklık haklarını/paylarını verme borcu altına girmesinde görülmektedir. Birleşme sözleşmesinin şirketler hukuku unsurları içerdiği ise gerek birleşme sözleşmesinin içeriğinden ve özellikle payların değişim oranı, imtiyazlı pay sahiplerinin korunması gibi şirketler hukukuna ilişkin konuları düzenlemesinden gerek bağlayıcılığının yetkili kurulun onayına bağlı olmasından görülmektedir; İpekeli Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, s. 148.

³⁷⁶ Domanıç, H., Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 1506.

³⁷⁷ Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, s. 72.

tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri, gereğinde 141'inci madde uyarınca ayrılma akçesini, devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi, yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları, gerektiğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini içermesi zorunludur”.

İlgili hüküm (TTK m. 146), sözleşme içeriğinin asgarîsini gösterdiğinden madde hükmünde sayılan kayıtlar sınırlı sayıda değildir. Ayrıca somut olay, TTK'nin 146'ncı maddesinin içerdiği her kayda müsait olmayabilir; örneğin denkleştirme ve ayrılma akçesine gerek yoksa bunlar hakkında sözleşmeye hüküm koymaya gerek yoktur³⁷⁸. Anılan hususların dışında da her bir sözleşmeye özgü olarak ihtiyari bir takım hususlar konulabilir³⁷⁹. Zorunlu içeriğe dâhil hükümlerin birleşme sözleşmesinde bulunmaması sözleşmeyi veya planı geçersiz kılmaz. Ancak eksikliklerin niteliği ve sayısı, geçersizliğe sebep olabilir³⁸⁰.

Birleşme sözleşmesinin içeriğinde bulunması gerekli olan asgarî unsurların gösterilmiş olduğu bu düzenlemenin amacı, birleşmeden etkilenecek olan menfaat gruplarının bilgilendirilmesini sağlamaktır. Sözleşme, birleşme ile ilgili olarak gerekli olan tüm hususları içermelidir. Çünkü hazırlanmış olan bu sözleşmedeki bilgilerden yola çıkan pay sahipleri, gereğinde birleşme kararına genel kurulda olumlu ya da olumsuz oy verecektir. Sözleşmenin yeterince açık olmaması, yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi sonucunu doğurabileceği gibi; birleşme konusundaki esaslı unsurların gerçeği yansıtmadığının sonradan anlaşılması, anılan birleşme kararının sakatlanması sonucunu dahi doğurabilecektir³⁸¹.

d) Birleşme Raporu

Birleşmeye katılan şirket ortakları, birleşme sürecinin başından itibaren her aşamada bilgi sahibi olamayabilirler. Öte yandan özellikle yatırımcılar (alacaklılar), birleşme süreciyle yakından ilgilidir ve en azından birleşme sözleşmesinin kapsamı ve içeriği hakkında bilgi sahibi olmak isterler. İşte birleşmeye katılan şirketlerce hazırlanacak

³⁷⁸ TTK m. 146'da öngörülen maddelerden bir kısmı sadece sermaye şirketlerini ilgilendirmektedir (imtiyazlı pay, paya ilişkin özel durumlar vb.). dolayısıyla, örneğin iki kolektif şirketin birleşmesinde, bahse konu tüm maddelerin yer almasına gerek yoktur; Göktürk, K., “Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, GÜHFD, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 641; Aynı yöndeki diğer bir görüş için bkz. Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 153.

³⁷⁹ Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, s. 74; TTK Gereke m. 146.

³⁸⁰ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 708.

³⁸¹ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 112.

birleşme raporu (TTK m. 147) şirket ortakları başta olmak üzere tüm ilgilileri birleşme sözleşmesi hakkında bilgilendirmeyi amaçlayan bir belgedir³⁸².

aa) Birleşme Raporu Düzenleme Yetkisi

Birleşme sözleşmesinin imzalanmasının akabinde, birleşen şirketlerin yönetim organları (yönetim kurulu) bir birleşme raporu düzenlemek ve bu raporda birleşmeyi tüm detaylarıyla açıklamakla yükümlüdür (TTK m. 147)³⁸³.

Sermayesi ile kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zarar sebebiyle kaybolmuş bir şirketin yönetim kurulu, genel kurulu derhal toplantıya çağırarak ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri kurula sunacaktır (TTK m. 376/1). İyileştirici önlemler, kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, kaybolan sermayeyi veya borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirketle birleşmeyi teklif etmek, bu önlemlerden birisidir. TTK m. 376'da sermayesi ile kanuni yedekleri toplamının üçte ikisi zarar sebebiyle kaybolmuş veya borca batıklık durumunda derhâl toplantıya çağırılan genel kurul tarafından, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına da karar verilmemiş ise anonim şirketin kendiliğinden sona ereceği hüküm altına alınmıştır (TTK m. 376/2). Kanun maddeleri de göz önüne alındığında, 2/3 oranında sermaye kaybı olan bir şirketin yönetim kurulunun birleşme raporunu imza yetkisinin olup olmadığı hususu akla gelmektedir. Zira kanun koyucu, şirket yönetim kuruluna sadece iki seçimlik hak öngörmüş ve birleşmeye katılma hususunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Mevcut hâlde yönetim kurulu veya genel kurul, dilediği iyileştirme önlemine başvuramaz; çünkü bu aşamada alınması gereken önlemler, Kanun'da sınırlayıcı biçimde belirlenmiştir. Genel kurul, yasada açıkça öngörülen iki seçenekten biri hakkında karar almak zorundadır, şirkete bunun yerine diğer önlemlere başvurma hususunda takdir yetkisi tanınmamıştır³⁸⁴. Diğer taraftan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2/3 oranında sermaye kaybı hâlinde 376. maddede öngörülen seçimlik kararlar dışında, sermaye

³⁸² Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 154.

³⁸³ Söz konusu hüküm kaynağını İBirk 14'üncü madde hükmünden ve Üçüncü Yönerge m. 9 hükmünden almıştır. Ancak Üçüncü Yönerge'nin m. 9 hükmünde, "Birleşen şirketlerin her birinin yönetim organı, birleşme şartları ile pay değişim oranıyla birleşmeye sebebiyet veren hukuki ve mali hususları gerekçeleriyle açıklayan ayrıntılı bir rapor hazırlayacaklardır. Bu rapor aynı zamanda ortaya çıkacak özel değerlendirme zorluklarını da tanımlayacaktır" şeklinde bir ifade kullanılmıştır, TTK Gerekçe m. 147, s. 52.

³⁸⁴ Kırca, İ./Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C. I, s. 580.

kaybını giderecek şekilde ortaklıkların birleşmesi kararı alınmasına da imkân tanımıştır (TTK m. 139/1)³⁸⁵.

Kanun hükmüne göre, yönetim kurulunun yetkisinin sadece ve sadece genel kurulu toplantıya çağırma ile sınırlandırıldığı izlenimi verilse de; kanımızca, birleşme işlemine borca batık şirketlerin dahi katılabileceği hükmü (TTK m. 139) esas alındığında, yönetim kurulunun burada da iyileştirici önlem olarak birleşmeyi talep edebileceğini düşünmekteyiz. Bunun neticesinde de, 2/3 oranında sermaye kaybı bulunan şirketin yönetim kurulunun, birleşme raporu düzenlemesi ve imzalamasının kanuna aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

Birleşme raporu, birleşen şirketlerden her biri tarafından tek tek veya tüm şirketlerle ortak düzenlenebilir (TTK m. 147/1). Tıpkı birleşme sözleşmesinde olduğu gibi birleşme raporu düzenlemede de yönetim kurulu yetkili organdır. Fakat birleşme sözleşmesi gibi birleşme raporunun da yönetim organının tüm üyeleri tarafından imzalanması zorunlu değildir. Birleşme raporunun imzalanma yetkisi yönetim kurulunun bir ya da birkaç üyesine bırakılabileceği gibi, YK üyesi olmayan murahhas müdürlere de devredilebilir. Gerçekten birleşme raporu, imzaya yetkili tek bir üye tarafından da imzalanabilir³⁸⁶.

Birleşme raporunun, birleşen şirketlerin kayıtlı bulunduğu sicil müdürlüklerine verilmesi gerekir (TSY m. 126/7).

bb) Birleşme Raporunun Konusu ve İçeriği

Birleşme raporunun düzenlenmesinden maksat, birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarına bilgi verilmesidir. Bu nedenle raporun, kanun koyucu tarafından tespit edilerek TTK'nin 147'nci maddesinde hüküm altına alınan hususlarda gerekçeli ve bilgi verici açıklamaları içermesi zorunludur³⁸⁷.

Anılan hükümde sayılan hususlar dışında birleşme raporunda, birleşmenin hukuki ve ekonomik açıdan uygun olup olmadığına dair ortakların bilinçli bir şekilde karar alabilmelerini sağlayacak tüm bilgiler yer almalıdır. Bununla birlikte, yönetim organı,

³⁸⁵ Kırca, İ./Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C. I, s. 580 vd.

³⁸⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, birleşme raporunun yönetim organının tüm üyeleri tarafından imzalanmaması halinde yönetim organınca bir karar alınması gerekir. Bu kararda birleşme raporunun imzalanması konusunda yetkilendirilen kişi/kişiler gösterilebilir. Birleşme raporunun, yönetim organının tüm üyeleri tarafından imzalanması halinde ise böyle bir karar alınmasına ihtiyaç yoktur; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 39, N 6. Ayrıca bkz. Glanzmann, Umstrukturierungen, N 388 (İpek Kayalı, F., Birleşmeler, s. 173'den naklen).

³⁸⁷ TTK Gerekçe m. 147, s. 52.

ilgili şirketin meşru menfaatlerinin zedelenmesine yol açacak nitelikteki bilgileri açıklamamakla yükümlüdür³⁸⁸.

aaa) Sermaye Artırımı

“Devralma yoluyla birleşmelerde devralan şirket, sermayesini, devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde artırmak zorundadır (TTK m. 142/1, f bendi)”. Bu artırım, pay sahipliğinin devamlılığının gereği olduğu kadar³⁸⁹, alacaklıların korunmasına da hizmet eder³⁹⁰. Zira devralan şirketin bağlı özsermayesinin arttığı oranda kâr dağıtım engelinin sınırı yükselmekte ve böylece devralan şirketin alacaklılarının ortak teminatları korunmuş olmaktadır³⁹¹.

Devralan ticaret ortaklığının yapacağı bu sermaye artırımının özelliği, artırılan sermayenin karşılığını, iltihak eden ticaret ortaklığının malvarlığının teşkil etmesidir. Bu sebeple artırılan kısım için para ödenmesi söz konusu olmayıp, artırım aynîdir³⁹². TTK m. 142/2 hükmüne göre; “*Birleşmede, aynî sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz*”. Çoştan’a göre ise; sadece şahıs şirketlerinin devrolunan, sermaye şirketleri yahut kooperatiflerin devralan sıfatıyla katıldıkları birleşmelerde aynî sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir³⁹³.

Sermaye artırma zorunluluğu sadece devralma yoluyla birleşme hâlinde gerekmektedir çünkü yeni kuruluş yoluyla birleşmede şirket, birleşmenin geçerlilik kazanmasıyla oluşacağından evvelen bir artırım da söz konusu olmayacaktır³⁹⁴. Buna keza artırım zorunluluğu esas sermayeye sahip oldukları için sadece sermaye şirketlerinde uygulama alanı bulacaktır³⁹⁵.

³⁸⁸ Trigo Trindade, in: Com LFus, Art. 14, N 33 (İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, s. 175’den naklen).

³⁸⁹ TTK Gerekçe, m 142, s. 50-51.

³⁹⁰ Botschaft, 4004, von Salis-Lütolf, U., Fusionsgesetz, Zürich 2004, s. 63 (Pulaşlı, H., Genel Esaslar, s. 81’den naklen).

³⁹¹ Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 9, N 1 (Kayalı, F. İ., Birleşmeler, s. 85’den naklen).

³⁹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 110-111.

³⁹³ Çoştan, H., 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Yeniden Yapılanması, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 283.

³⁹⁴ Bu bakımdan bu tip birleşmede kuruluşa ilişkin hükümler geçerlidir. Yeni kuruluşa iştirak eden ortaklıkların değerlendirilmesi ve değiştirme birimine göre, kurulacak anonim ortaklığın sermayesi ve malvarlıklarının değerine göre ortaklıkların yeni kurulacak anonim ortaklıktaki payları belirlenir, Yasaman, H., Birleşme, s. 52.

³⁹⁵ Albrecht, A. C., in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 9, N 42 (Kayalı, F. İ., Birleşmeler, s. 85’den naklen).

Devralan şirketçe sermaye artırımını yapılmasının zorunlu olduğu hâllerde, artırım kararı ile birleşme kararı eş zamanlı alınır ve tescil edilir (TSY m. 127/5). Devralan anonim şirketin genel kurulunun sermaye artırımına ilişkin kararı aşağıdaki önemli hususları içermelidir³⁹⁶;

“Artırılacak sermaye miktarı. Bu, birleşmede pay değişiminin icrasında hazır bulundurulması için gerekli olan miktardır. Ayrıca kararda bu miktarın tamamen ödendiği hususu da yer almalıdır.

Payların türü, itibarî değeri ve her bir pay kategorilerinin imtiyazları; gerekiyorsa nama yazılı payların devri sınırlamalarını (bağlam kuralı) içermelidir.

Genel kurul kararında çıkarılacak pay miktarı belirtilmelidir. Bu, birleşmede devredilen şirketin bilânçosuna esas olarak ortaya çıkan aktif fazlalığıdır. Ayrıca, kâr payı alma hakkının başlangıcı da açıklanmalıdır. Ancak Yasada, tereddütleri tamamen ortadan kaldırmak amacıyla, birleşmede aynî sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir (TTK m. 142/2; İBK m. 9/2). Bunun yerine birleşmeye ilişkin mekanizmalar uygulanmaktadır.

Birleşmeye esas olan bilanço. Bilânço günü itibariyle, aktiflerin toplamı, borçların toplamı ve aktif fazlalığını içermelidir.

Devralan şirketin ortaklarının rüçhan haklarının kaldırıldığı (TTK m. 461/1; İBK m. 652b)”.

Sermayenin arttırılmasına dair esas sözleşme değişikliği, yönetim kurulunca, genel kurul veya yönetim kurulu kararından itibaren 3 ay içinde ticaret siciline tescil ettirilmelidir. Tescil yapılmadığı takdirde genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınmışsa izin geçersiz hâle gelir (TTK m. 456/3).

Kanun’un 455’inci maddesinin lafzından da anlaşıldığı üzere buradaki tescil kurucu bir etkiye sahip olduğundan dolayı değişimin, tescilden evvel üçüncü kişilere karşı bir hükmü de yoktur³⁹⁷.

bbb) Sermaye Artırımına Gerek Olmayan Haller

Sermaye artırımını yapılması, ortaklığın devamlılığı ilkesi ile sıkı sıkıya ilişki içindedir. Bu nedenle sermaye artırımını, devralan şirket açısından bir zorunluluğu içeren emredici bir düzenlemedir³⁹⁸. Ancak, sermaye artırımını, birleşmenin bir unsuru değildir. Şöyle ki;

³⁹⁶ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl., §3, N 136 (Pulaşlı, H., Genel Esaslar, s. 82-83’den naklen).

³⁹⁷ TTK Gereke m. 456, s. 163.

³⁹⁸ TTK Gereke m. 142, s. 50.

devralan şirket, devrolunan şirketteki payların tamamını elinde bulunduran ortağı ise, sermaye artırımını hiç yapılmayacaktır³⁹⁹. Bu duruma ana şirketin, yavru şirketi devralması hâlinde rastlanır⁴⁰⁰.

TTK'nin 141'inci maddesinde öngörülen ayrılma akçesinin alındığı durumlarda da, sermaye artırım miktarı belirsiz olabilmektedir. Kanun gerekçesinde bu belirsizliğin, halka açık anonim ortaklıklarda uygulanan "ön talep"⁴⁰¹ sisteminin, kapalı tip anonim ortaklıklara da uygulanması yoluyla aşılabileceği belirtilmektedir⁴⁰².

Devrolunan ortaklığın kendi paylarını elinde bulundurması hâlinde ise, devrolunan ortaklık, devralan ortaklıkta pay sahibi olamayacağından, sermaye artırımında hesaba katılmayacaktır⁴⁰³. Bir örnek ile açıklamak gerekirse; devralan anonim şirket, devrolunan anonim şirket paylarının %90'ına sahip ise, devrolunan şirket de esas sermayesinin %10'unu oluşturacak biçimde kendi paylarına sahip ise, devralan şirketin sermaye artırmaya gerek olmadığı gibi, bu iki şirket kolaylaştırılmış şekilde (TTK m. 155-156) birleşebilir⁴⁰⁴.

Devrolunan şirketin ortaklar/pay sahipleri çevresi ile devralan şirketin ortaklar/pay sahipleri çevresinin örtüşmesi hâlinde de sermaye artırımına gidilmeyebilir. Bu duruma, kardeş sermaye şirketlerinin (devralma yoluyla) birleşmesinde rastlanır⁴⁰⁵.

e) İnceleme Hakkı ve Malvarlığında Değişiklikler

Bu başlık altında, asıl amacı birleşmenin taraflarını bilgilendirmek ve birleşme sürecini kanuna uygun olarak tamamlayabilmek için, şirketlerin sahip oldukları inceleme hakkının kullanılmasından ve birleşme süreci yürütüldüğü esnada birleşmenin

³⁹⁹ Al Kılıç, Ş., Birleşme, s. 121.

⁴⁰⁰ Bu tip birleşmelerde devralan sermaye şirketi, devir aldığı yavru şirketin oy hakkı veren tüm paylarını elinde bulundurabileceği gibi, yavru sermaye şirketinin oy hakkı sağlayan paylarının en az %90'ına da sahip olabilir; Glanzmann, Umstrukturierungen, N 48; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Vorbem. Art. 3-28, N 8 (İpekel Kayalı, Birleşmeler, s. 100'den naklen).

⁴⁰¹ Ön talep toplama müessesesi SPK tarafından çıkarılan, VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nde (22.6.2013 T. RG, S. 28685) düzenlenmiştir, Ayrıntılı bilgi için bkz. Pay Tebliği m. 20-21.

⁴⁰² TTK Gerekçe m. 142/1, s. 50.

⁴⁰³ TTK G Gerekçe m. 142/1, s. 50.

⁴⁰⁴ Champeaux C., Fusionsgesetz-Aspekte der Handelsregisterpraxis, 2 Peprax 2011, s. 57, dpn. 24 (İpekel Kayalı, Birleşmeler, s. 95'den naklen).

⁴⁰⁵ Kardeş sermaye şirketlerinin birleşmesinde kolaylaştırılmış birleşme hükümleri uygulama alanı bulduğu için birleşme raporunun düzenlenmesine, inceleme hakkı sağlanmasına, birleşme sözleşmesinin GK onayına sunulmasına ve sermaye artırımına gerek bulunmamaktadır; Bommer, in: Stämpflis Handkommentar, Art. 9, N 10; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 9, N 16-18; Albrecht, in: Zürcher Kommentar FusG, Art. 9, N 21-24; von Salis-Lütolf, s. 61; Trigo Trindade, in: Com LFus, Art. 9, N 22; Frey, M., in: Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 3, N 8 (Kayalı, Birleşmeler, s. 96-100'den naklen).

taraflarından birinin malvarlığında önemli değişiklikler meydana gelmesi hâlinde alınabilecek tedbirlerden bahisle, birleşmenin hazırlık aşamasının incelemesini tamamlamış bulunacağız.

aa) İnceleme Hakkı

Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, merkezleriyle şubelerine ve halka açık anonim şirketler ise Sermaye Piyasası Kurulu'nun öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki 30 gün içinde; birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu, son üç yılın yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını, gereğinde ara bilançolarını, ortakların, intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür (TTK m. 149/1). Bu bilgilere birleşmeye taraf sermaye şirketlerinin internet sitesinden de ulaşılabilir.

Ortaklar ve diğer menfaat sahipleri, inceleyebilecekleri bu belgelere ait suretleri hiçbir bedel ödemeksizin talep edebilirler (TTK m. 149/2).

Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, ortaklarına ve diğer menfaat sahiplerine tanınan bu inceleme hakkını, TTSG'de yayımlanan ve internet sitelerine konulan bir ilân ile haberdar edeceklerdir (TTK m. 149/3). Ayrıca, birleşmeye katılan her bir şirket, TTK m. 149/1'deki belgelerin incelemeye hazır olacak şekilde nerede bulunduğunu, tevdiiden en az 3 iş günü evvel, TTSG ile şirket sözleşmesinde öngörülen gazetelerde, sermaye şirketleri de kendi internet sitelerinde ilân ederler (TTK m. 149/4).

TTK'nin 149'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında; küçük ve orta ölçekli işletmelerde, tüm ortaklarca uygun bulunması durumunda, inceleme hakkından vazgeçebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak maddede inceleme hakkı yalnız ortaklara değil, aynı zamanda ilgili menfaat sahiplerine de tanınmıştır. Bu nedenle inceleme hakkından vazgeçilebilmesi için sadece ortakların onayı yeterli olmamalı, ilgili menfaat sahiplerinin de bu konudaki görüşü alınmalıdır⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Al Kılıç, Ş., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 128. Yazar, ilgili menfaat sahiplerine, inceleme hakkından vazgeçebileceklerinin ve bu konuda görüş bildirmelerinin gerekli olduğunun, TTSG ve ortaklık esas sözleşmesinde belirtilen gazetelerde ve sermaye ortaklığı ise internet sayfasında yapılacak ilanla duyurabileceğini; ancak belirlenen sürede görüş bildirilmez ise inceleme hakkından vazgeçmeye ilişkin kararın ilgili menfaat sahipleri için de sonuç doğurabileceğini ifade etmiştir.

bb) Malvarlığında Meydana Gelen Önemli Değişiklikler

Birleşme sözleşmesi imzalandıktan sonra ancak birleşmeye ilişkin genel kurul kararının alınmasından önce, birleşmeye katılan şirketlerden birinin malvarlığının aktif veya pasif kalemlerinde önemli bir değişikliğin meydana gelmesi durumunda yönetim kuruluna, iki yönlü bir bildirim yükümlülüğü getirilerek vuku bulan durumun hem kendi genel kuruluna hem de birleşmeye katılan diğer şirketlerin yönetim organlarına yazılı olarak bildirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır⁴⁰⁷ (TTK m. 150/1). Değişikliğe ilişkin bilgilendirilen yönetim kurulu da kendi genel kuruluna bilgi verir. Söz konusu bildirim, incelemenin yapılmasına ve gerekli önlemlerin alınmasına olanak sağlamalı, yani dürüstlük kuralına mugayir olmamalıdır⁴⁰⁸. Bu sebeple, malvarlığındaki önemli değişikliğe ilişkin bildirim, birleşmeye onay verme amacıyla toplanan genel kurula değil, bu toplantıya özel olarak çağırılan olağanüstü genel kurula yapılmalıdır⁴⁰⁹.

Malvarlığındaki “önemli değişikliğin” kapsamı hakkında yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Konuya ilişkin kanun gerekçesinde de ayrıntılı bir açıklamaya yer verilmemekle beraber, kavramın uygulamada tanımlanacağı; fakat birleşmeyi temelden sarsacak ve değişim oranını etkileyebilecek nitelikte değişikliklerin önemli sayılabileceği belirtilmiştir⁴¹⁰. Bu noktada, maddenin aradığı anlamda önemli değişiklik meydana gelip gelmediği, her şirket tipine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁴¹¹.

Tez konumuz gereğince, sermayenin belirli oranda kaybı veya borca batıklık durumu da malvarlığındaki önemli değişiklik kapsamında yer almalıdır. Birleşme sürecinde olan şirketlerden birisinin, birleşme sözleşmesinin onaylanmasından önce mali durumunda önemli değişiklikler olması hâlinde birleşme sürecinin nasıl devam edeceği konusu önem arz etmektedir. Özellikle TTK m. 376 anlamında konuyu ele alacak olur isek, sermayesini belirli oranlarda kaybetmiş şirketin kanun hükmünde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmesi ve durumu derhal genel kurula bildirmesi; borca batıklık hâli söz konusu ise

⁴⁰⁷ Birleşmenin olup olmayacağının henüz kesin olmadığı bir aşamada, birleşme konusunu henüz önüne getirmediğimiz genel kurula böyle bir bilgi verme yükümlülüğünün konulmasının isabetli olmayacağı hakkındaki görüş için bkz. Türk, H. S., Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme, Tebliğler Hakkında Soru ve Cevaplar, YÜHFD, 2005, C. 2, S. 1, s. 558.

⁴⁰⁸ TTK Gerekçe m. 150, s. 53.

⁴⁰⁹ Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 151.

⁴¹⁰ Pulaşlı, Şerh C. 1, s. 152; TTK Gerekçe m. 150, s. 53.

⁴¹¹ Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 82.

şirket yönetim kurulunun, şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine durumu bildirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Malvarlığında önemli değişikliklerin meydana gelmesi hâlinde birleşme işlemine taraf olacak tüm şirketlerin yönetim kurulları, aralarında akdedilmiş olan birleşme sözleşmesini tekrar inceleyip, şirkette meydana gelen mühim değişikliğe rağmen birleşmeden istenilen faydanın sağlanıp sağlanamayacağını tekrardan tetkik ederler. Özellikle sermayesini kaybetmiş veya borca batık bir şirket ile devralma yoluyla birleşme durumunda, devralan şirket bakımından büyük bir külfet söz konusu olacaktır. Birleşmeden vazgeçilmesi durumunda, genel kurula sunulan birleşme önerisi geri çekilir (TTK m. 150/2). Bir başka deyişle, birleşme sözleşmesi karşılıklı olarak feshedilmiş olur. Aynı kural, yönetim kuruluna henüz bir önerinin sunulmadığı veya yetkili kurulun toplanması yönünde çağrıda bulunulmadığı hâllerde de geçerlidir. Ancak burada belirtilmesi gereken husus, birleşmeye katılan şirketlerden birinin birleşmeden vazgeçmeye karar vermesi ancak bu kararın malvarlığında meydana gelen önemli bir değişikliğe dayanmaması hâlinde, birleşme sözleşmesinin onaylanması için her türlü çabayı gösterme yükümlülüğüne aykırı davrandıkları gerekçesiyle, ilgili şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası (TTK m. 193/1) açılabileceğidir⁴¹². Bunun yanı sıra TTK 139 ilâ 190 hükümlerine aykırılık teşkil ettiği için birleşmede olumlu oy vermeyerek bunu tutanağa geçiren ortaklar, şartları varsa iptal davası (TTK m. 192) açabilirler⁴¹³.

Borca batık şirketin devrolunan şirket olması koşuluyla TTK m. 139'a göre birleşmeye katılabileceğinden evleviyetle bahsetmiştik. Ancak, borca batık şirket, malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikleri saklar, durumunu mahkemeye bildirmez ve devralan ortak olarak başka bir şirket ile birleşirse bu durumda birleşme kararının hükmü ne olacaktır? Bu hususta TTK'de bir düzenleme bulunmamakla birlikte kanımızca devralınan şirket ortakları, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla, iptal davası açabilecektir. Zira TTK m. 192'de düzenlenen iptal davasında kanun koyucu, genel iptal davasından (TTK m. 445) farklı olarak özel bir dava şartı öngörmüştür; kanun koyucu, TTK m. 192/1'de "kanuna aykırılık"tan değil, "134 ilâ 190'ıncı maddelerin ihlali"nden bahsetmektedir⁴¹⁴. TTK m. 139'daki şartı taşımayan bu

⁴¹² Trigo Trindade, in: Com LFus, Art. 17, N 36 (İpekel Kayalı, Birleşmeler, s. 188-189'dan naklen).

⁴¹³ Pulaşlı, Şerh C. 1, §7 N 105.

⁴¹⁴ İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 294.

birleşmenin de, devrolunan ticaret şirketinin ortakları tarafından iptal davasına konu edilebileceği kanısındayız.

2. Karar Aşaması

Karar aşamasında; birleşme işleminin geçerli olabilmesi için Bakanlıktan alınması gereken iznin yanı sıra, birleşme işleminin ilgili kurullara bildirilmesi gerekliliğini taşıyan hâller, SPK'nin yasaklamış olduğu, hâkim durum yaratacak veya varolan hâkim durumu güçlendirecek nitelikte şirket birleşmelerinin kontrolü ve alınması gereken izinler ile birleşme kararı için gerekli nisaplar, şirket türlerine göre incelenmeye çalışılacaktır.

a) İzinler ve Onaylar

aa) Bakanlıktan İzin Alınması

TTK m. 333'e göre; Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle⁴¹⁵, faaliyet alanları belirlenip, ilân edilecek anonim şirketler Ticaret Bakanlığı'nın izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır. Ticaret Bakanlığı'nın incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine yöneliktir zira bunun dışında anonim şirketin kuruluşu veya esas sözleşme değişiklikleri hiçbir makamın iznine bağlanamaz⁴¹⁶.

Tebliğe göre; “Bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tâbidir (Tebliğ m. 5)”.

bb) Rekabet Kurulu'na Bildirim

RKHK 7. maddesinin birinci fıkrasında; herhangi bir şekilde hâkim durum yaratan ya da mevcut hâkim durumu güçlendirme gayesindeki devir ve birleşmelerin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilirken, aynı maddenin ikinci fıkrası ile hukuken geçerli olabilmesi

⁴¹⁵ Söz konusu tebliğ, Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin Tebliğ adı altında 15.11.2012 tarih ve 28468 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴¹⁶ Benzer bir görüş için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 250-251. İmregün'e göre ise, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı yapacağı incelemede, ulusal ekonomik düzene aykırılık veya uyumsuzluk durumunun tespiti hâlinde de izinden vermekten imtina edebilecektir; İmregün, O., Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 243.

için Kuruldan izin alması gereken birleşme ve devralmaların kapsamının yine Kurul tarafından çıkarılacak tebliğler ile ilân edileceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi çalışmamızın birinci bölümünde yer aldığı için burada ayrıca bahsedilmeyecektir.

cc) Sermaye Piyasası Kurulu’ndan Onay Alınması

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 23. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince, halka açık anonim ortaklıkların birleşme kararı alması önemli nitelikteki işlemlerden sayılmaktadır ve bu işlemlerdeki zorunlu usul ve esasları belirleme yetkisi de SPK’ye verilmiştir. Bu amaçla SPK tarafından 6102 sayılı TTK’de yer alan düzenlemelerle uyum kapsamında hazırlanan “II-23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği⁴¹⁷” Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgiler çalışmamızın birinci bölümünde yer aldığı için burada tekrar bahsedilmeyecektir.

b) Birleşme Kararı

aa) Genel Olarak

Yönetim organı tarafından yetkili kurula sunulan birleşme sözleşmesinin yetkili kurulda onaylanması zorunludur (TTK m. 145/1, 151/1). Bu yetki genel kurulun vazgeçilemez ve devredilemez yetkilerindendir. Yetkili kurulca verilecek onay olmaksızın birleşmenin tescili için sicile başvurulamaz⁴¹⁸. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, birleşme sözleşmesinin, yönetim kurulları tarafından -kanunda belirtilen nisaplara uygun olarak- verilen karardan sonra geçerli olduğudur. Genel kurul onayı olmadan önce birleşme sözleşmesi askıda geçerlidir⁴¹⁹. Bu hüküm sayesinde hem birleşmeye katılan şirketlerin yapıları hem de bu şirket ortaklarının hukuki statülerinin ortakların onayı olmaksızın değiştirilmesi engellenmektedir⁴²⁰.

bb) Nisaplar

Kanun koyucu, “İnceleme Hakkı ve Malvarlığında Değişiklikler” üst kenar başlığı altında yer alan TTK m. 151/1 hükmünde, birleşmeye katılan ticaret şirketlerinde birleşme sözleşmesini onaylamaya yetkili organı ve gerekli nisapları göstermiştir. Birleşme kararı için gerekli nisapların ayrıca düzenlenmiş olmasının en önemli nedeni,

⁴¹⁷ 28.12.2013 T. ve 28865 sayılı RG.

⁴¹⁸ TTK Gereke m. 145, s. 52.

⁴¹⁹ TTK Gereke m. 145, s. 52.

⁴²⁰ Yeni kuruluş yoluyla birleşmede ise birleşme sözleşmesinin devrolunan şirketlerin yetkili kurullarınca onaylanması yeterlidir; yeni kurulan şirketin onayına ihtiyaç yoktur; Gozzi, s. 213; Glanzmann, Umstrukturierungen, N 482 (İpekel Kayalı, Birleşmeler, s. 189-190’dan naklen).

ortağın zorunlu ayrılma akçesi karşılığında şirketten çıkarılması ya da birleşmenin ortaklara ek yükümlülükler yüklemesi gibi ortakların hakları üzerinde önemli değişikliklere yol açmasıdır⁴²¹.

Birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan şirketlerin yetkili kurulları tarafından kanunda öngörülen nisaplara uygun olarak onaylanmalıdır⁴²². Birleşmenin onayına ilişkin bu nisaplar asgarî nitelikte yeter sayılar olduğundan, bunların esas sözleşme ile hafifletilmesi mümkün değilse de; ağırlaştırılması mümkündür⁴²³.

aaa) Şahıs Şirketlerinin Birleşmesinde Aranılan Nisaplar

Şahıs şirketleri olarak da ifade edilen kollektif ve komandit şirketlerde birleşme kararı, şirket sözleşmesiyle tüm ortakların dörtte üç olumlu oyuyla alınacağını kararlaştırılmaması hâlinde (TTK m. 151/2) oybirliğiyle alınacaktır. Bu hüküm TTK'nin ticaret şirketlerine ilişkin hükümleri (TTK m. 124-210) ile karşılaştırıldığında, kanun koyucunun birleşme kararının alınmasını kolaylaştıran bir düzenleme öngördüğü görülmektedir. Şöyle ki kollektif şirkette oy hakkını düzenleyen TTK m. 226/2'de, sadece şirket sözleşmesi değişiklikleri dışındaki kararlar bakımından nisabın şirket sözleşmesinde çoğunluk olarak belirlenebilmesine izin verilmişken; TTK m. 151/2'de özel nitelikli bir sözleşme değişikliği niteliği taşıyan birleşme kararı için gerekli nisabın şirket sözleşmesi ile dörtte üç olarak belirlenebilmesine imkân tanınmıştır⁴²⁴.

Tez konumuz gereğince, sermayesini kaybetmiş ya da borca batıklık hâlinde bulunan bir şirketin ancak devrolunan şirket olabileceğini belirtmiştik. Bu sebeple, şahıs şirketlerinin birleşmesine ilişkin aranılan bu nisapların, tez çalışmamız açısından bir işlevi bulunmamaktadır.

bbb) Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Aranılan Nisaplar

Bir anonim şirketin başka bir anonim şirket ya da sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketle birleşmesine ilişkin karar, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi koşuluyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle alınır (TTK m. 151/1, a bendi). Bu nisap, sermayesi paylara bölünmüş bir

⁴²¹ Çoştan, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2012, s. 17-18.

⁴²² Bu konudaki tek istisna, TTK m. 155-156 hükümleri uyarınca sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmesinde ne devrolunan şirketin ne de devralan şirketin birleşme kararı almak zorunda olmasıdır.

⁴²³ Pulaşlı, H., Şerh C. 1, s. 154; İmregün, O., Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 23.

⁴²⁴ Çoştan, H., Birleşme Kararları, s. 108-109.

komandit şirketin, başka bir sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketle birleşmesi hâlinde de tatbik edilecektir (TTK m. 151/3).

Limited şirketlerin birleşmesinde birleşme kararı, kural olarak sermayenin dörtte üçünün oylarıyla alınmalıdır (TTK m. 151/1/c). Bu hüküm, limited şirketlerin genel kurul kararlarının onaylanması için aranan nisapları düzenleyen TTK m. 620-621 hükümleriyle birlikte değerlendirilmelidir⁴²⁵. Öğretide *Kendigelen*, limited şirketlerde aranacak nisap bakımından, sermayenin yanı sıra ortakların da dörtte üçünün olumlu oyunun aranmasının (TTK m. 151/1/c), yeni kanunda limited şirketler açısından benimsenen genel düzenleme ile uyumlu olmadığı görüşündedir. Yazar, limited şirketlere ilişkin hükümlerde en yüksek karar nisabı olan esas sermayenin üçte ikisine denk düşen ortakların oyları olarak belirlenmişken (TTK m. 589/1), birleşme bakımından şirket sermayesine göre dörtte üçlük bir nisabın aranmasının ve bu nisaba bir de ortak sayısının eklenmesinin, kanun koyucu bakımından tutarlı bir davranış olmadığını savunmaktadır⁴²⁶.

Bir anonim veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin bir limited şirket tarafından devralınması hâlinde, bu devralma dolayısıyla ek yükümlülükler ortaya çıkarsa veya bunlar mevcut olup da sınırları genişletiliyorsa, birleşme kararı alınabilmesi için bütün ortakların oybirliği aranmaktadır (TTK m. 151/4). Bu yükümlülükler, birleşmenin tamamlanmasından sonra getiriliyorsa, oybirliği şartı TTK m. 607 hükmü dolayısıyla aranmalıdır⁴²⁷. Zira TTK m. 607 uyarınca ek ya da yan edim yükümleri öngören veya mevcut olanları genişleten genel kurul kararları, ancak tüm ortakların onayıyla alınabilmektedir⁴²⁸.

ccc) Kooperatiflerin Birleşmesinde Aranan Nisaplar

Kooperatifin devreden veya devralan olarak katıldığı bir birleşmede, birleşme kararı için verilen oyların⁴²⁹ üçte ikisi yeterli sayılmıştır (TTK m. 151/1,d). Bu nisap genel hükümler ile de uyumludur. Zira 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 51/2 uyarınca; kooperatifin dağılması veya diğer bir kooperatif ile birleşmesi ve ana sözleşmenin değiştirilmesi kararlarında fiilen kullanılan oyların 2/3 çoğunluğu gereklidir.

⁴²⁵ Bu durumda TTK m. 151/1/c' deki nisabın yeterli sayılıp sayılmayacağı önemli bir sorundur; Çoştan, H., Birleşme Kararları, s. 97-98.

⁴²⁶ Bkz. Kendigelen, A., Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 143.

⁴²⁷ İpekeli Kayalı, Birleşmeler, s. 195.

⁴²⁸ Çoştan, Birleşme Kararları, s. 87-88.

⁴²⁹ "Verilen oyların" belirlenmesi ile ilgili görüşler için bkz. Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, a.g.e., N 1943.

Kooperatiflerin birleşme kararlarında TTK'de ayrıca belirtilmiş özel bir nisap daha bulunmaktadır. TTK m. 151/1,d uyarınca birleşme kararlarının, kooperatif ana sözleşmesinde ek ödeme yükümlülükleri veya sınırsız sorumluluk kabul edilmiş yahut bunlar mevcut olup da genişletilmişse, kooperatifte de kayıtlı tüm ortakların dörtte üçünün oyu ile alınacağı hükme bağlanmıştır.

3. Kesinleşme Aşaması

a) Tescilde İbrazi Gereken Belgeler

Birleşmenin tescili için birleşmeye katılan şirketler, bağlı bulundukları sicil müdürlüğüne birtakım belgeleri ibraz etmekle yükümlüdür. İbrazi gereken belgeler, TSY'nin 126'ncı maddesinde, devrolunan şirket ve devralan şirket bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, devrolunan şirket; birleşme sözleşmesinin devralan ve devrolunan şirketlerin genel kurullarınca onaylanmasına ilişkin kararların noter onaylı örnekleri, birleşme sözleşmesinin bir örneği, denetime tâbi şirketlerde denetçi tarafından; diğer şirketlerde ise yönetim kurulu tarafından onaylanmış son bilanço ve gereğinde ara bilanço, bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tâbi olunması hâlinde bu izin veya uygun görüş yazısı ile birleşmenin tescili için başvurabilir (TSY m. 126/1).

Devralan şirket tarafından sunulması gereken belgeler ise (TSY m. 126/2); birleşme sözleşmesinin devralan veya devrolunan şirketlerin genel kurullarınca onaylanmasına ilişkin kararların noter onaylı örnekleri, birleşme sözleşmesinin bir örneği, devralan şirketin birleşme sebebiyle sermayesini artırmış olması hâlinde sermaye artırımının tescili için gerekli belgeler, birleşmenin yeni kuruluş şeklinde yapılması hâlinde yeni şirketin kuruluş belgeleri, birleşmeye katılan şirketlerden her birinin, sermayelerinin karşılıksız kalıp kalmadığının, şirket özvarlıklarının tespitinin ve şayet devrolunan şirketin tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı malvarlığının bulunması hâlinde bunların gerçeğe uygun değerlerinin tespitinin yapıldığı yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ya da denetime tâbi şirketlerde denetçinin bu tespitlere ilişkin raporu (TSY m. 126/6), devrolunan şirketin tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve haklarının listesini ve bunların kayıtlı olduğu siciller ile söz konusu mal ve hakların ilgili sicillerdeki kayıtlarına ilişkin bilgileri içeren beyan, denetime tâbi şirketlerde denetçi tarafından, diğer şirketlerde ise yönetim kurulu tarafından onaylanmış son bilanço ve gereğinde ara

bilanço, bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tâbi olunması hâlinde, bu izin veya uygun görüş yazısıdır.

Ticaret sicili müdürü TTK m. 32 gereğince, birleşme kararının tescili için aranan kanuni şartların mevcut olup olmadığını tespitle yükümlüdür. Çözümü bir mahkeme kararına bağlı bulunan veya tescilinde şüphe duyulan hususlar, ilgililerin istemi hâlinde geçici olarak tescil edilir fakat ilgililer üç ay içinde mahkemeye başvurdıklarını yahut konu üzerinde bir mutabakata vardıklarını ispat etmezlerse geçici tescil re'sen silinir. Mahkemeye başvurulduğu takdirde de kesinleşmiş olan hüküm sonucuna göre işlem tesis edilecektir (TTK m. 32/4). Bunun yanında, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları, sicil memurlarının birleşmeye ilişkin verdikleri kararlara karşı, kararın tebliğinden itibaren 8 gün içinde sicilin bulunduğu yer ticaret mahkemesine itiraz edebilecektir (TTK m. 33).

b) Birleşme Kararının Tescili

Genel kurulca verilecek onaya kadar askıda geçerli olan birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında ayrı ayrı onaylanmasının ardından taraflar açısından bağlayıcılık kazanacaktır. Ancak birleşmenin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için genel kurulda onaylanması yeterli değildir.

Birleşmeye katılan şirketlerce bir birleşme kararı alınır alınmaz; yönetim organları, kararın tescili için ticaret siciline başvurur (TTK m. 152/1). Kaynağını İBK.'nin 21'inci maddesinden alan bu düzenlemenin amacı, şirketler bakımından birleşme kararı hazır olunca başvurunun hemen gerçekleştirilmesini sağlamaktır⁴³⁰. Birleşme kararı ile birlikte birleşme ile bağlantılı kararlar da tescil edilmelidir. Örneğin devralma yoluyla birleşmede, devralan şirket birleşmenin gereği olarak sermayesini arttırmışsa, sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliği de birleşme kararıyla eş zamanlı tescil edilmelidir (TTK m. 152/2, TSY m. 127/5)⁴³¹.

Birleşmenin tâbi olduğu kanuni ve akdi şartlar çok çeşitli olabilir. Kanuni şartlara örnek olarak Rekabet Kurulu'ndan alınması gereken izin gösterilebilir⁴³². Birleşme, şirket sözleşmesinde yer alan bazı şartlara da tâbi tutulmuş olabilir. Bu durumda birleşmenin ticaret siciline tescil edilebilmesi için bu şartların yerine getirilmesi gerekir. Belirli kişilerin devralan şirketin yönetim organına seçilmesi, nama yazılı payların devrine

⁴³⁰ TTK Gereke m. 152, s. 54.

⁴³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, §5. Tescilde İbraz Gereken Belgeler.

⁴³² Detaylı bilgi için bkz. 1. Bölüm, §3. Birleşme Mevzuatı.

ilişkin sınırlandırmaların veya oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaların kaldırılması, yeni bir merkezin veya amacın kararlaştırılması birleşme sözleşmesinde yer alan şartlara örnek gösterilebilir⁴³³.

TTK'nin 152'nci maddesinde, tescile başvuru için kesin bir süre öngörülmemiş, başvurunun "birleşme kararı alınır alınmaz" yapılması öngörülmüştür. Birleşmeye, biri devralan olmak üzere, en az iki şirketin katılması dolayısıyla birleşmenin tesciline başvurmak için müşterek bir tarihin tespiti zor olabilir. Hızlı hareket ederek birleşmeyi genel kuruluna onaylatmış şirketin, birleşmeyi tescil ettirmesi durumunda ise bazı sıkıntılarla karşılaşılabilir. Bu nedenle, TTK Gerekçesinde de belirtildiği üzere, birleşme kararı tüm şirketlerce alınmadıkça diğer şirketler de sicile başvuramayacak ve beklemek zorunda kalacaktır⁴³⁴.

c) Birleşme Kararının Tescilinin Hukuki Sonuçları

Birleşme kararının, şirket genel kurullarında onaylanması, birleşmeyi hukuken gerçekleştirmez çünkü onay tescile başvurulabilmenin şartıdır⁴³⁵ ve TTK'ye göre birleşme, ancak ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır (TTK m. 153/1).

Birleşmenin tescili ile birlikte devrolunan şirketin tüm aktif ve pasif varlıkları tek bir işlemle ve küllî halefiyet yoluyla devralan şirkete geçer; devrolunan şirketin ortakları devralan şirketin ortağı haline gelir, meğer ki ortaklara TTK m. 141 uyarınca ayrılma akçesi verilmiş olsun⁴³⁶. Bu açıdan tescil, gerek birleşmenin hukuken geçerli hale gelmesi gerek malvarlığının geçişi bakımından kurucu etkiyi haizdir⁴³⁷. Ancak bu durumda da hangi şirket tarafından yapılan tescil işleminin kurucu etkiye sahip olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Hukukumuzda, devrolunan şirketçe yaptırılacak tescilin birleşmeyi hukuken geçerli kıldığı kabul edilmektedir⁴³⁸. Bu nedenle devralan şirketçe yaptırılacak tescil kurucu değil, açıklayıcı etkiyi haiz olacaktır⁴³⁹.

⁴³³ Glanzmann, Umstrukturierungen, N 356 (İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 199'dan naklen).

⁴³⁴ TTK Gerekçe m. 152, s. 54.

⁴³⁵ TTK Gerekçe m. 153, s. 54.

⁴³⁶ İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 204.

⁴³⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 646; Pulaşlı, C. 1, s. 160.

⁴³⁸ TTK Gerekçe m. 153, s. 54.

⁴³⁹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 647; Pulaşlı, C. 1, s. 160; Yazar, devralan şirketin yapacağı tescilin, devrolunan şirketin malvarlığının, devralan şirkete geçtiğini bildirdiğini ancak malvarlığı geçişini sağlamadığını belirtmiştir.

d) Birleşme Kararının İlânı

Birleşme kararı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilân edilmelidir (TTK m. 154). Birleşme, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında ancak birleşmenin TTSG'de ilân edildiği günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur (TTK m. 36/1). Tescilin olumlu etkisi uyarınca, bu tarihten sonra üçüncü kişilerin, sicil kayıtlarını bilmediklerine dair iddiaları sonuçsuz kalır (TTK m. 36/3).

II. YENİ KURULUŞ YOLUYLA BİRLEŞME

Kanunda yeni kuruluş yoluyla birleşme, şirketlerin yeni ortaklık çatısı altında bir araya gelmeleri olarak ifade edilmiştir (TTK m. 136/1b). Yeni kuruluş şeklinde birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin malvarlıklarının küllî halefiyet yoluyla yeni kuracakları bir ticaret şirketine geçmesiyle olmaktadır⁴⁴⁰. Bu durumda birleşen şirketler sona ererler ancak tasfiye olmazlar. Böylece yeni kurulan ortaklığın malvarlığı, infisah eden (devrolunan) ortaklıkların küllî halefiyet yolu ile intikal eden malvarlığından oluşur⁴⁴¹. Birleşen şirketlerin tüzel kişilikleri, birleşme işleminin sonuçlanıp, sicilden terkin edilmesi ile son bulur (TTK m.136/4).

Yeni kurulacak şirket hangi türde ise, o türün kurulmasına ilişkin hükümler uygulanır. Yeni kurulacak şirket anonim şirket, limited şirket olabilir; ancak kollektif ve komandit olamaz. Zira şahıs şirketleri devralan sıfatıyla birleşmeye katılamayacağından yeni kurulacak şirket de kollektif veya komandit şirket olamaz⁴⁴².

Yeni kuruluş yoluyla birleşmede TTK'nin asgarî ortak sayısına ilişkin hükümleri de uygulanmaz (TTK m. 143). TTK'de sermaye şirketlerinin tek kişi ile kurulmalarına izin verildiğinden, bu hüküm sadece kooperatifler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler⁴⁴³ bakımından bir anlam ifade etmektedir⁴⁴⁴.

Birleşmenin bu türüyle, uygulamada çok ender karşılaşılır. Uygulamada daha fazla gerçekleşen birleşme türü yukarıda da değindiğimiz üzere, devralma (katılma) suretiyle

⁴⁴⁰ Yeni kuruluş şeklindeki birleşmede, küllî halefiyet ilkesi uyarınca, dağılan şirketlerin tüm malvarlığı, yani tüm hakları ve borçları bütün olarak yeni kurulan ortaklığa devredilmiş olur, Pulaşlı, H., Genel Esaslar, s. 72.

⁴⁴¹ Yasaman, H., Birleşme, s. 36.

⁴⁴² İpekel Kayalı, F., Birleşme, s. 98.

⁴⁴³ Kural olarak sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde kurucular beş kişiden az olamayacağı gibi, bunlardan en az birinin komandite olması zorunludur (TTK m. 568/2). İşte yeni kurulacak şirket sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirket olacaksa, bir komandite bir de komanditer ortak yeterli olacaktır; bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N 24-06.

⁴⁴⁴ İpekel Kayalı, F., Birleşme, s. 99.

birleşmedir. Birleşmenin bu türü, yeni kuruluş yoluyla birleşmeye göre çok daha pratiktir⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 69; Benzer bir görüş için bkz., Trigo Trindade/Peter/Griessen Cotti, s. 61.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§5. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE ÖZEL HÂLLER

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde özel hâlleri anlatacağımız üçüncü bölümde; bir ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşmesi (TTK m. 194), tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılması (TTK m. 138) ve tez çalışmamızın konusunu oluşturan, sermaye kaybı ve borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma (TTK m. 139) konularına yer verilmiştir.

I. BİR TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİYLE BİRLEŞMESİ

Geçerli birleşmelerin sayıldığı TTK m. 137 hükmünde, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşmesinden bahsedilmemiştir. Ancak TTK m. 194'e göre; bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, ancak onun tarafından devralınarak birleşebilir⁴⁴⁶.

Birleşmede, ticari işletmenin TTK m. 11/3 anlamında bütünlüğünün korunması *conditio sine qua non*⁴⁴⁷ önemdedir. Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin⁴⁴⁸ (TSY) 132. maddesi uyarınca “Birleşme sözleşmesiyle ticari işletmeye sürekli olarak özgülenmiş malvarlığından birleşme dışı bırakılan unsur veya unsurlar nedeniyle işletmenin bütünlüğü ve devamlılığının zedelenmesi hâlinde birleşme tescil edilemez”. Ticaret Sicili Müdürlüğü bütünlük şartının korunup korunmadığını her somut olayın şartlarına göre ayrıca inceler ve bütünlüğün TSY m. 132/2’de belirtilen belgelerle ispatlanmasını ister⁴⁴⁹. Ticari işletmenin ticaret şirketince devralınması yoluyla yapılacak birleşmelerin tescilinde gerek sicil müdürlüğüne sunulacak belgeler gerek tescil edilecek hususlar

⁴⁴⁶ Kendigelen, işletmelerin devrini, birleşmesini ve şekil değiştirmesini düzenleyen TBK m. 202-203 hükümleri ile herhangi bir uyum kaygısı gözetilmeksizin kaleme alınan bu hükmün, ticari hayatta uygulama alanı bulamayacağını ve uygulamada sorunlara yol açacağı görüşündedir; Bkz. Kendigelen, A., Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 173.

⁴⁴⁷ Roma Hukuku’nda da kullanılan Latince kökenli bu terim “nedensellik bağı (illiyet bağı)” biçiminde ifade edilmektedir. Aralarında neden-sonuç ilişkisi olan iki olaydan birincisi, ikincisinin ‘sine qua non’udur. Çünkü, birinci olay olmaksızın ikinci olayın varlığı söz konusu olamaz. Eski dildeki karşılığı “lazımı gayri müfarik” olan, “conditio sine qua non” deyimini, ondan ayrı olarak düşünölemeyecek, ya da onsuz olamayacak ölçüde gerekli olan durum, koşul, olay anlamına gelir; Çelebican K., Ö, Roma Hukuku, Ankara 2010, s. 254.

⁴⁴⁸ 27.1.2013 tarihli RG, S. 28541.

⁴⁴⁹ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 689.

bakımından Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin (TSY) 126. ve 127. madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır⁴⁵⁰.

Birleşme kararının tescili için yapılacak başvurular, ticari işletme ve ticaret ortaklığının aynı sicile kayıtlı olduğu hâl hariç olmak üzere, sicil müdürlüklerine ayrı ayrı yapılacaktır (TSY m. 132/3).

Önceden de ifade etmiş olduğumuz üzere, TBK'nin 203. maddesinde bir işletmenin diğeriyle birleşmesi düzenlenmiştir. TTK m. 194 ise ticari nitelikteki işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşmesine özgüdür. Öte yandan, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşmesi, ticari işletmenin mutlaka devrolunan sıfatına sahip olmasıyla sınırlıdır⁴⁵¹. TTK m. 194 hükmünde, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketince devralındığı bu birleşme türünde; devralan ticaret şirketinin türüne göre 128 ilâ 140, 142 ilâ 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193. madde hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmektedir.

Buna göre bir ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşmesi hâlinde; tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılmasına ilişkin 138'inci madde, sermayenin kaybı veya borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma hakkındaki 139. madde, ortaklık payının ve haklarının korunmasına dair 140'inci madde, sermaye artırımı, ara bilanço ve yeni kuruluşla ilişkin 142-144'üncü maddeler, birleşme sözleşmesi ve birleşme raporu hakkındaki 145-147'nci maddeler, inceleme hakkı ve malvarlığındaki değişikliklere ilişkin 149-150 hükümleri, birleşme kararına ilişkin 151'inci madde, birleşmenin kesinleşmesine dair 152-154'üncü maddeler, sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmesine ilişkin 155-156'nci maddeler, alacaklıların ve çalışanların korunması hakkındaki 157-158'inci madde hükümleri kıyasen uygulanır⁴⁵².

Türk Ticaret Kanunu'nun Sermayenin Kaybı veya Borca Batıklık Hâlinde Birleşmeye Katılma üst başlıklı 139'uncu maddesine göre; "Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket,

⁴⁵⁰ İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 128.

⁴⁵¹ Madde gerekçesinde bu sınırlamanın sebebine dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak şahıs şirketlerinin bir sermaye şirketiyle veya kooperatifle birleşmesinde bile kollektif veya komandit şirketin devrolunan olması zorunluluğu dikkate alındığında bu sınırlama tutarlı görülmektedir; İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 127; Tekinalp, Ü., Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Batider 2008, C. XXIV, S. 3, s. 14.

⁴⁵² Pulaşlı, H., Genel Esaslar, s. 92.

kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda, serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir”.

Tez çalışmamızın ikinci bölümünde de açıkladığımız üzere; TTK m. 139 hükmü uyarınca sermaye kaybı ve borca batıklık hâlindeki şirket birleşmeye ancak devrolunan şirket olarak katılabilecektir. Ticari işletmenin ticaret şirketiyle birleşmesine ilişkin hükümde ise (TTK m. 194) ticari işletmenin devrolunan olması gerektiği belirtilmektedir. Kanun hükümlerinin lafzından da anlaşıldığı üzere TTK m. 139 hükmü, ticari işletmenin bir şirket tarafından devralınması yoluyla birleşme işleminde uygulama alanı bulamayacaktır. Son olarak *Pulaşlı*’nın da isabetle belirttiği üzere; sermayesini belirli oranda yitirmiş ya da borca batık durumda olan şirketin devrolunan olarak birleşmeye katılabilmesi, birleşme bilançosunda devralan şirketin söz konusu borçlarını karşılayabilecek miktarda serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığının bulunmasına bağlıdır⁴⁵³.

II. TASFİYE HÂLİNDEKİ BİR ŞİRKETİN BİRLEŞMEYE KATILMASI

A. GENEL OLARAK

Tasfiye, şirketin sahip olduğu malvarlığının paraya çevrilmesi ve tahsil edilen alacaklar ile var ise borçlarının ödenmesi sonucu artan bir tutar olursa da bu miktarın, tasfiye bakiyesi koşullarına uygun olarak dağıtılması ve şirket kaydının sicilden silinmesi için yapılması gerekli tüm işlemleri kapsamaktadır⁴⁵⁴.

Tasfiye hâlindeki bir şirket de birleşmeye katılabilir. Ancak böyle bir durumdaki şirketin birleşmeye katılabilmesi TTK m. 138’deki bazı şartlara tâbi tutulmuştur. Buna göre, tasfiye hâlindeki bir şirket, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış ve devrolunan şirket olması koşuluyla birleşmeye katılabilecektir⁴⁵⁵ (TTK m. 138/1). TTK m. 138’de yer alan her iki şartın bir arada bulunması gerekir. Kuşkusuz tasfiye hâlindeki bir şirket de ancak TTK m. 137’de sayılan şirketlerden biriyle geçerli olarak birleşebilir⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 91.

⁴⁵⁴ Bilgili, F./Demirkapı, E., Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 574 (Benzer şekilde; Bahtiyar, M., Şirketler Hukuku, İstanbul 2012, s. 294; Şener, O. H., Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s. 603).

⁴⁵⁵ TTK m. 138 hükmünün kaynağı İBirk 5. maddesidir. Ayrıca AET’nin şirketlerin birleşmesine ilişkin 78/855 sayılı (9 Ekim 1978, 78/855/EWG) 3. Yönergenin 2. maddesinden de yararlanılmıştır; Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 88.

⁴⁵⁶ İpekeli Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, s. 110.

B. TASFİYE HÂLİNDEKİ ŞİRKETİN BİRLEŞMEYE KATILABİLMESİ İÇİN ARANAN KOŞULLAR

1. Tasfiye Hâlindeki Şirketin Devrolunan Şirket Olması

TTK m. 138 ile getirilen ilk koşul, tasfiye hâlindeki şirketin devrolunan şirket olması koşuludur. *Moroğlu*, tasfiye hâlinde girmiş ve fakat henüz malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olan bir şirketin, genel kurul kararıyla varlığını sürdürebildiğine göre, bu sürekliliğin, bir şirketi devralması yahut yeni bir şirket çatısı altında birleşme suretiyle de sağlanabilmesinde herhangi bir engel bulunmadığını savunmaktadır⁴⁵⁷.

2. Tasfiye Hâlindeki Şirketin Malvarlığının Dağıtılmasına Başlanmamış Olması

TTK m. 138 ile getirilen ikinci koşul, tasfiye hâlindeki şirketin malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olmasıdır. Malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması ile kastedilen, ortaklara tasfiye paylarının verilmeye başlanmamış olmasıdır⁴⁵⁸. Bu koşul aynı zamanda bir şirketin tasfiyeden dönebileceği en geç tarihi de belirtmektedir⁴⁵⁹.

Malvarlığının dağıtılmaya başlanılmamış olması koşuluyla tasfiye hâlindeki her şirket tasfiyeden dönebilir. Bu kural İsviçre Federal Mahkemesi'nin⁴⁶⁰ ve Yargıtay'ın⁴⁶¹ görüşlerine de uygundur⁴⁶².

⁴⁵⁷ Moroğlu, E., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, Ankara 2006, s. 89-90.

⁴⁵⁸ Pulaşlı, Şerh, C.I, s. 169.

⁴⁵⁹ Von Salis-Lütolf, s. 29 (İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, s. 111'den naklen).

⁴⁶⁰ BGE 123 III 473 ff., Genel Kurulun Anonim Ortaklığın Fesih Kararını Geri Alması – İsviçre Federal Mahkemesi'nin 18 Haziran 1997 tarihli Yeni İçtihadı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (çev. M. Tekil), İÜHF 1998, C. 56, S.1-4, s. 319 vd.

⁴⁶¹ TTK m. 138 gerekçesinde anılan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 6.7.2000 tarih ve E. 2000/3170, K. 2000/6471 sayılı kararında, fesih kararıyla birlikte tasfiyeye giren bir limited şirketin, tasfiye hâlindeyken alacağı yeni bir kararla feshi ve tasfiyeyi kaldırarak ticari faaliyetlerine devam edebilip edemeyeceği uyuşmazlık konusu olmuştur. Anılan daire, uyuşmazlığı, "... emredici hükümlere aykırılık sebebiyle oluşan fesih halleri dışında, ortak çoğunluğunun iradesi ile oluşan şirket faaliyetine son verme kararının aynı koşullar çerçevesinde geri alınmasına olanak tanınması tüzel kişilik ve özellikle ticari amaçlı şirketler hukuku açısından aksine ve açıkça yasal bir engel olmadıkça olumlu olarak bakılması gerekir. Nitekim Yargıtay HGK'nun 25.2.1987 tarih ve E. 1986/11-211, K. 1987/120 sayılı kararında anonim şirketin süresinin bitmesine rağmen fiilen ticari faaliyetine devam etmesi hâlinde şirket genel kurulunca şirketin devamına karar verilmesinin mümkün olduğu düşüncesi benimsenmiştir. Aynı ilkenin yine bir sermaye şirketi olan limited şirketler bakımından kabulü gerekir. Bu genel açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönüldüğünde, davalı limited şirket iradi olarak fesih kararı aldığına göre, tasfiye devam ederken ortaklar kurulunca fesih ve tasfiyenin kaldırılmasına olanak tanımak doğru bir yaklaşımdır ve mahkemenin ilke olarak bu görüşü benimsemesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır." şeklinde karara bağlamıştır (Batider 2000, C. XX S. 4, s. 258-260).

⁴⁶² Pulaşlı, H., Genel Esaslar, s. 88.

Tekinalp'e göre, tasfiye hâlindeki ortaklık tasfiye kararını kaldırırse devralan ortaklık olarak birleşmeye katılabilir. Bu görüş kanuni desteğini yeni bir madde olan TTK m. 548'de bulur⁴⁶³.

TTK'nin 548'inci maddesine göre, şirket sürenin dolmasıyla veya genel kurul kararıyla sona ermiş ise, pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça, genel kurul şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Tasfiyeden dönme; tasfiye hâline giren bir şirketin genel kurulunca, nitelikli çoğunlukla bir karar alması ve aldığı bu karar sayesinde şirketin yeniden ticari faaliyetlerde bulunmasına imkân sağlanmasıdır⁴⁶⁴.

Tez çalışmamız açısından konuyu ele aldığımızda; son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kalan kısmının üçte iki düzeyine ulaşması ve genel kurulun sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanması kararı almaması ya da borca batıklık sebebiyle sona eren bir şirketin de tasfiyeden dönerek birleşmeye katılıp katılamayacağı sorusu cevaplanmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, iflası istenen ve İcra İflas Kanunu hükümlerince hakkında iflas kararı verilen bir anonim şirket, mahkemece iflasın kaldırılmasına hükmedilmediği müddetçe, genel kurulun aldığı tasfiyeden dönme kararı ile devam edemez çünkü buradaki sona erme hâli, şirketin kendi iradesinden değil; mahkeme kararından kaynaklanmaktadır. Yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince de mahkeme tarafından verilen bir kararın, genel kurulun iradesi ile ortadan kaldırılması mümkün değildir⁴⁶⁵.

Temel amacı alacaklıları korumak olan TTK m. 376/3 hükmü uyarınca iflasına karar verilmesi nedeniyle sona ermiş olan anonim şirketlerde, iflasın kaldırılmasına karar verildiğinde, o ana kadar yapılan işlemler hukuken geçerliliğini korumakla birlikte, yürütülen iflas tasfiyesi sonlanmış olur ve anonim şirket sanki hiç iflas etmemiş gibi faaliyetlerine devam eder (Bkz. TTK m. 548/2-3, İİK m. 182, m. 309). Ancak tekrar

⁴⁶³ Anılan madde, TTK m. 138 ile tam uyum içindedir ve Tekinalp'e göre TTK m. 548 dolayısıyla, İsviçre öğretisindeki tasfiye kararının kaldırılmasının -TTK m. 138/1'in mehzazı olan- İBK m. 5'in dolanılması olup olmadığı tartışması, Türk hukuku bakımından gereksizdir; Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 690.

⁴⁶⁴ TTK Gerekçe m. 548, s. 203.

⁴⁶⁵ Al Kılıç, Ş., Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Ankara 2017, s. 361.

belirtmekte fayda vardır ki, iflasın kaldırılmasına, ancak ve sadece mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu nedenle genel kurulun, iflas tasfiyesinin yürütüldüğü aşamada, toplanarak kendiliğinden açıkça ya da örtülü olarak tasfiyeden dönme kararı alması mümkün olmadığı gibi; iflasın kaldırılmasına karar vermesi de söz konusu değildir⁴⁶⁶.

Tasfiyeden dönülmesiyle birlikte tasfiye hâlindeki şirketin ticaret unvanında yer alan “tasfiye hâlinde” ibaresi silinir ve böylece ilgili şirket, devralan şirket sıfatıyla birleşmeye katılabilir⁴⁶⁷. Tasfiyeden dönme kararı, önceden fesih kararı almış olan şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ile hüküm ifade edecektir (TTK m. 548). Buradaki tescil de kurucu etkiyi haizdir⁴⁶⁸.

3. Tasfiyeye Devrolunan Şirketin Yetkili Kurulunca Karar Verilmiş Olması

TTK m. 138’de hükmen belirlenmemiş olmakla birlikte, tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılabilmesinde aranan diğer bir koşul, söz konusu şirketin feshine ve tasfiyesine şirket yetkili kurulu tarafından karar verilmiş olması yani tasfiyenin iradi tasfiye niteliğinde olmasıdır. Şirketin feshine örneğin bir mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde, bu durumdaki bir şirket birleşmeye katılamaz, zira bu durumun aksini kabul, inşai nitelikteki mahkeme kararlarının amacı ile bağdaşmaz⁴⁶⁹.

Birleşmeye katılmak isteyen tasfiye hâlindeki bir şirket, TTK m. 138/1’deki şartları taşıdığını devralan şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret sicil müdürlüğüne sunacağı belgelerle ispatlamakla yükümlüdür (TTK m. 138/2). TTK m. 138/2 hükmünün 6335 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile değiştirilmesinden önce, TTK m. 138/1 hükmündeki şartların mevcudiyetinin, işlem denetçisinin bu mevcudiyeti doğrulayan raporunun, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulması ile kanıtlanacağı düzenlenmekteydi. Ancak TTK m. 138/2 hükmü, işlem denetçisinin kaldırılması sebebiyle değiştirilmiş ve birinci fıkradaki şartın gerçekleşmiş olduğunu

⁴⁶⁶ Hüffer, Münchener Kommentar, § 274, s. 1993, N. 8; Mezger, s. 123; Fichtelmann, s. 70-71; Schaub, s. 33-34 (Al Kılıç, Ş., Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Ankara 2017, s. 268’den naklen).

⁴⁶⁷ BGE 123 III 473, 482 vd. Ayrıca bkz. Böckli, §3 N 209 (İpekel Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, s. 113’den naklen).

⁴⁶⁸ TTK Gerekçe m. 548, s. 203.

⁴⁶⁹ Glanzmann, Umstrukturierungen, N 66; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 5, N 9; Trigo Trindade, in: Com LFus, Art. 5, N 16; Gozzi, s. 16, Böckli, §3 N 210; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N 283. Ayrıca bkz. Botschaft, 4398. Aynı görüş için bkz., Kırca, İ., 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi 2011, S. 79, s. 78, dpn. 21 (Göktürk, K., Türk Ticaret Şirketlerine Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, GÜHFD 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 639’dan naklen).

ispatlayan belgelerin, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hangi organın bu belgeleri sunmakla yükümlü olduğu konusunda TTK’de bir açıklık bulunmamakla beraber, ticaret şirketlerinin organları aracılığıyla idare ve temsil edildiğinden hareketle, bu yetkinin yönetim organına ait olduğunu söylemek mümkündür⁴⁷⁰.

III. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK HÂLİNDE BİRLEŞMEYE KATILMA

Kanun koyucu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 324’üncü maddesinde; (i) esas sermayenin yarısının kaybedilmesi, (ii) esas sermayenin 2/3’ünün karşılıksız kalması ve şirket aktiflerinin şirket alacaklarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi -borca batıklık-hâllerini mali durum bozulmaları olarak adlandırmıştır⁴⁷¹. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, mali durumun bozulması üst başlığı kaldırılmış, doktrin ve uygulamada zaten yerleşmiş olan sermaye kaybı ve borca batıklık terimleri kullanılmıştır. Her iki düzenlemede de üç aşamalı bir kontrol sistemi öngörülmesine karşın, yeni düzenlemede gerek dikkate alınacak kayıplar, gerek yapılacak işlemler bakımından bazı farklılıklar göze çarpmaktadır⁴⁷². Öncelikle belirtmek gerekir ki; eTTK m. 324’ de, her ne kadar ortaklığın “mali durumunun bozulmasından” bahsedilmiş olsa dahi ne bahsi geçen maddede ne de kanunun başka maddesinde, mali durumun ve mali durum bozulmasının tanımı yapılmıştır. Buna karşılık kanun koyucu, maddede sadece mali durum bozulmasının türlerini ve bu durumlarda alınacak özel tedbirlerin neler olduğu belirtilmekle yetinmiştir. *Kaya*’nın da isabetli olarak belirttiği üzere; bu kavram maddenin içeriği ile uyum hâlinde değildir; çünkü maddede mali durumun bozulması hâllerinden sadece sermaye kaybı ve borca batıklık düzenlenmiştir. Oysa mali durumun bozulması kavramına bunlar dışında; “ödemeden aciz hâli, işletme sermayesinin yetersizliği (likit kaynak darlığı), ödemelerin

⁴⁷⁰ Akbilek de, tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılması durumunda birleşmeye ilişkin işlemlerin yine şirketlerin yönetim organları tarafından yürütüleceğini zira tasfiye memurlarının yetkilerinin TTK m. 538 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ve TTK m. 535/1 hükmü ile tasfiye memurlarının tasfiye ile ilgili işlemleri yapabileceği, tasfiye memurları tarafından yapılamayan işler bakımından ise şirket organlarının yetkisinin devam ettiğini belirtmiştir; Akbilek, N., Türk ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, s. 66; İpek Kayalı, F., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, s. 115.

⁴⁷¹ Belirtmek gerekir ki; eTTK ‘nin geçerli olduğu dönemde de mali durum bozulmaları ve alınacak tedbirler sadece eTTK’de sayılanlardan ibaret değildir, İcra İflas Kanunu’nda da mali durum bozulmalarına karşı tedbirler öngörülmüştür.

⁴⁷² Kendigelen, A., Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 267.

tatili, ödeme güçlüğü” gibi başka hâller de dâhildir⁴⁷³. 6102 sayılı TTK’nin 376’ncı maddesinde mali durumun bozulması terimi kullanılmamış; ancak, 6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanunu’ndaki gibi sermayenin yarısının veya üçte ikisinin kaybı ile borca batıklık hâllerinin nasıl tespit olunacağı ve bu durumların tespiti hâlinde yönetim kurulunun ve genel kurulun yapacağı işlemler ile almaları gereken tedbirleri düzenlenmiştir⁴⁷⁴.

Tez çalışmamızın konusu, “sermaye kaybı ve borca batıklık ile sermayesini kaybeden veya borca batık şirketlerin birleşmeye katılması”dır. Konunun bütünlüğü açısından öncelikle sermaye kaybı ve borca batıklık kavramları açıklanacak, sonrasında sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve bu durumda bulunan sermaye şirketlerinin birleşmeye katılması için aranan şartlar incelenecektir.

A. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK KAVRAMLARI

“Sermayenin kaybı” ve “borca batıklık” kavramlarının farklılığı TTK m. 139/1’in üzerine kurulduğu sistemin dayanağını oluşturur. Temel farkı kısaca şöyle açıklayabiliriz: Sermaye kaybı, sermaye şirketlerinde söz konusu olur; şüphesiz ki bir sermaye şirketi borca batık duruma da düşebilir fakat bir sermaye şirketi sermayesini TTK m. 376 hükmünde belirtilen oranlarda kaybettiği andan itibaren birleşmeye katılma bakımından değişik şartlara tâbi olur⁴⁷⁵. Bu şartların tamamı, çalışmamızın, sermayesini yitirmiş veya borca batık şirketin birleşmeye katılabilmesi için aranan koşullar⁴⁷⁶ başlıklı kısmında açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Sermaye Kaybı Kavramı

Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında sermaye kaybının hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Bu hükümlerde, esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının (f. 1) ve üçte ikisinin (f. 2) zarar sebebiyle karşılıksız kalması hâlinde özel önlemler alınması öngörülmüştür. Öğretide, uzun bir zamandır bu duruma “Sermaye Kaybı” adı verilmektedir⁴⁷⁷. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin kenar

⁴⁷³ Kaya, M. İ., “Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Yönetim Kuruluna Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması Hâlinde Yüklediği Yükümlülükler, KHAD, 2007, s. 37-38.

⁴⁷⁴ Kayar, İ., Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, s. 644.

⁴⁷⁵ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 691.

⁴⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. §5 Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Özel Hâller.

⁴⁷⁷ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 16 vd.

başlığında da aynı terim kullanılmıştır. Sermaye kaybı konusunda öğretide değişik tanımlar da mevcuttur. Bunlardan bir kısmı bilançoda görünen net safi malvarlığı ile esas sermaye arasındaki ilişkiyi esas almaktadır ve eğer net (safi) malvarlığı, esas sermaye rakamından daha az olursa, esas sermaye karşılıksız kalmış demektir⁴⁷⁸. *Tekinalp* ise sermaye kaybı kavramını TTK m. 139/1'e paralel olarak; "bilanço zararının, şirket sermayesi ile kanuni yedek akçesinin toplamının yarısına ulaşması" olarak tanımlamıştır⁴⁷⁹.

Bilindiği gibi doktrinde şirket ya da ortaklık kavramının temel unsurları; kişi, sözleşme, sermaye ve ortak amaç (affectio societatis) olarak sayılmaktadır⁴⁸⁰. Anonim şirketlerde sermaye terimi ile ifade edilen, esas sermaye veya kayıtlı sermayeli şirketlerde çıkarılmış sermayedir. Bu unsurlardan, anonim ortaklığın esas sermayesi kural olarak değişmez ve bilançoda sabit bir rakam olarak gösterilir⁴⁸¹. Esas sermaye, ödenmiş sermaye değildir. Esas sermaye, nakdî sermaye olarak konuluyor ise ortakların bir kısmını peşin (anonim şirketlerde TTK m. 344 hükmüne ile yapılan atıf uyarınca en az %25), kalanını sözleşmede öngörülen süre içinde ödemeyi taahhüt ettikleri bir miktardır ve bilançoda tam olarak gösterilir⁴⁸². 6102 sayılı TTK'nin 332'nci maddesinde klasik şirketler için de kayıtlı sermaye sistemine geçilmiş ve birinci fıkra kapsamında da esas sermayenin asgarî miktarı belirlenmiştir.

Esas sermaye, sermaye şirketleri açısından ayrı bir öneme sahiptir; çünkü sermaye şirketlerinde şirketin sorumluluğu esas sermaye ile sınırlıdır. Kanun koyucu, sermaye şirketlerinde sermayenin korunması için bir dizi önlemler almıştır ve mali durumun düzeltilmesi için esas sermayenin altına inilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁸³.

TTK'nin 376'ncı maddesinde de belirtildiği üzere 6102 sayılı Kanun, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinden farklı olarak sermaye kaybının

⁴⁷⁸ Çevik, O. N., Anonim Şirketler, Ankara 1988, s.524.

⁴⁷⁹ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.620.

⁴⁸⁰ Kırca, İ./Şehirli, H./Manavgat, Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 61.

⁴⁸¹ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 20 vd.

⁴⁸² Kısaca belirtmek gerekirse esas sermayeyi, muhasebesel değişiklikler ile değiştirmek mümkün değildir; Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 66 vd.

⁴⁸³ TTK m. 473/5 ile "Sermayenin hiçbir suretle TTK m. 332 ile belirlenen en az tutardan aşağı indirilemeyeceği"; ve TTK m. 592 ile esas sermayenin azaltılması güçleştirilerek, esas sermaye koruma altına alınmıştır; Turanlı, H., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İzmir 2014, s. 67.

hesaplanmasında yalnızca esas sermayeyi veya çıkarılmış sermayeyi değil, bunlara ek olarak kanuni yedek akçeleri de hesaba katmaktadır⁴⁸⁴.

2. Borca Batıklık Kavramı

6762 sayılı evvelki Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinde açıkça yer almayan, ancak öğreti ve yargı kararlarında uzun zamandır kullanılan "Borca Batıklık" kavramına TTK'nin 376'ncı maddesinin hem kenar başlığında hem de 3. fıkrasında açıkça yer verilmiştir. Keza TTK m. 542/1,c'de, "...şirket borçlarının şirket varlığından fazla olması..."; Koop. K. m. 63/1 ve İİK m. 345/a'da, "...mevcudun borçları karşılayamaması...", Sermaye Piyasası Kanunu⁴⁸⁵ m. 46/h'de ise, "...mali durumun taahhütleri karşılayamayacak kadar zayıflaması..." şeklinde ifade edilmektedir. Aynı şekilde yine borca batıklığın düzenlendiği İcra ve İflas Kanunu'nun⁴⁸⁶ 179. maddesinde ise, "sermaye şirketlerinin borçlarının aktiflerinden fazla olması" ifadeleri kullanılmıştır.

Borçlunun mali bünyesinde meydana gelen nitelikli bozulma türlerinden birisi olan borca batıklığın, prensip olarak sadece sermaye şirketi ve kooperatifler için söz konusu olabileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁷. Türk Ticaret Kanunu m. 376'da, anonim şirketlerin mali durumlarının bozulması ve alınacak tedbirler düzenlenmektedir. Bununla birlikte, limited şirketler, kooperatifler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin mali durumlarının bozulması bakımından da TTK m. 376'ya atıf yapıldığı için, TTK'nin 376'ncı maddesinin, sermaye şirketlerinin mali durumunun bozulması konusunda genel hüküm mahiyetinde olduğu kanısına varılabilir⁴⁸⁸.

Doktrinde borca batıklık kavramına ilişkin birçok tanım mevcuttur. Bir görüşe göre, borca batıklık; borçların, mevcut ve alacaklardan fazla olmasıdır⁴⁸⁹. Ancak gerek

⁴⁸⁴ Kayar, İ., "Yeni TTK'ye Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları" (6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken), MÜHFHAD 2012, C. 18, S. 2, s. 646.

⁴⁸⁵ 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı RG.

⁴⁸⁶ 19.6.1932 tarih ve 2128 Sayılı RG.

⁴⁸⁷ Zira sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borca batıklığı İİK m. 179 ve TTK m. 376'da açık bir şekilde düzenlenmiştir, Rüzgaresen, C., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Dışındaki Kişilerin Borca Batıklığı, www.e-akademi.org (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Haziran 2011, S. 112, s. 1.

⁴⁸⁸ Işık, S., "Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz Konusu Olması Durumunda İflasın Ertelenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, C. 2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2016, C. LXXIV, s. 1292 vd.

⁴⁸⁹ Aynı şekilde Öztekin de, borçların mevcudu geçmiş olmasının, borca batıklığın maddi unsurunu oluşturduğunu ve eğer ki, mevcutla borçlar arasında yapılan karşılaştırmada, bakiye olarak geriye sadece

kanunlarımızdaki bazı düzenlemeler ve gerekse doktrinde birçok yazar, borca batıklığın izahında, “borç” yerine “pasif”, “mevcut” yerine “aktif” kavramını tercih etmiştir⁴⁹⁰. Yargıtay’ın verdiği kararlarda da borca batıklık; sermaye şirketinin aktifinin pasifine yetmemesi şeklinde ifade edilmektedir⁴⁹¹.

Belirtmek gerekir ki, bir şirketin çeşitli sorunları olabilir; bazı finansal verileri olumsuz çıkabilir, ödeme güclüğü çekebilir, nakit sıkıntısı yaşayabilir, satışları azalmış olabilir, zarar ediyor olabilir ancak bunların borca batıklık durumuyla karıştırılmaması gerekir. Borca batıklık bazen bu tür sorunlarla birlikte ortaya çıkabilirken, bazen bu türden sorunlar olmadan da gerçekleşmiş olabilir. Borca batıklıkta temel ölçüt, şirketin paraya çevrilebilir malvarlıklarının piyasada güncel satış değerlerinden satılması sonucu elde edilecek nakit tutarının, şirketin ödenmesi gereken borçlarının tamamını karşılayamamasıdır⁴⁹².

Bu bağlamda, yargı kararları ve yasal düzenlemelere de uygun olarak borca batıklığın tanımını yapacak olursak; “ortaklık aktiflerinin, ortaklık alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi veya borçların aktiflerden fazla olması şeklinde ifade edebiliriz⁴⁹³.

B. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ

1. Sermaye Kaybının Tespiti

6762 sayılı evvelki Ticaret Kanunu m. 324’ten farklı olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 376’da sermaye kaybının tespitinde sadece esas veya çıkarılmış sermaye değil, yasal yedek akçeler de hesaba katılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu madde 376 anlamında sermaye kaybını çeşitli ölçütlere göre tanımlamak mümkün ise de, netice

ortaklığın borçları kalıyorsa, ortaklığın borca batık olduğunu ifade etmiştir, Öztekin, S., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s. 53; Ansay, S. Ş., İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960, s. 212.

⁴⁹⁰ Rüzgaresen, C., www.e-akademi.org (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Haziran 2011, S. 112, s. 3.

⁴⁹¹ Yargıtay 19. HD. 23.12.2010, E. 5860, K. 14737 sayılı kararında; “...Borca batıklıktan kurtulma ise tüm borçların ödenmesi anlamına gelmeyip, rayiç değerlere göre aktifin pasiften fazla olmasını ifade eder. Bu durumda hükme esas alınan bilirkişi raporunda dilekçi şirketin borca batık olmadığına tespit edilmesine rağmen iflasına hükmedilmesi isabetsizdir...”.

⁴⁹² Güngör, M., İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Rayiç Değer Tespiti ve İyileştirme Projesi, Ankara 2016, s. 43.

⁴⁹³ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler, Batider, Mart 2016, C. XXXII, S. 1, s. 5-60.

itibarıyla bunlar aynı sonucu verirler⁴⁹⁴. Şöyle ki; bir tanıma göre Türk Ticaret Kanunu madde 376 anlamında sermaye kaybı; zararlar sonucu bilançoda görünen öz kaynaklar (öz sermaye) rakamının, esas (veya çıkarılmış) sermaye ve yasal yedek akçeler toplamının yarısı düzeyine veya daha aşağı bir düzeye inmesidir⁴⁹⁵. Öz kaynaklar, esas sermaye ve yasal yedekler toplamının altında ise gerçek bir bilanço zararı, yani sermaye kaybı var demektir⁴⁹⁶.

Böylece yeni yasal düzenlemeye göre sermaye kaybı; “*esas (çıkarılmış) sermaye ile yasal yedek akçeler toplamından, öz kaynakların çıkartılması*” ile bulunacaktır. Yapmış olduğumuz matematiksel açıklamayı daha basit bir şekilde ifade edecek olur isek sermaye kaybını; “*bilanço zararından, yasal yedek akçeler dışındaki açık yedek akçelerin çıkartılması*” şeklinde ifade etmek mümkündür⁴⁹⁷. 6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanunu dönemindeki sermaye kaybı ise; “*esas (çıkarılmış) sermayeden, öz kaynakların çıkartılması*” şeklinde tanımlanmaktaydı.

Konunun bütünlüğü açısından, sermaye kaybının hesaplanmasında kullanılan formülden hareketle, esas sermaye, yasal yedek akçeler ve öz kaynak kavramlarının da tanımlanması gerekliliği doğmuştur. Öncelikle burada kastedilen sermaye, durumun tespit edildiği tarihte esas sözleşmede yazılı, ticaret siciline tescil ettirilmiş olan esas

⁴⁹⁴ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, DEÜHFD, Nisan 2016, C. 17, S. 2, s. 66 vd.

⁴⁹⁵ Bkz., Bauen, Marc/Bernet, Robert: Scherizer Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2007, N. 166 vd.; Bir diğer tanıma göre ise TTK 376 anlamında sermaye kaybı, aktifler toplamından borçlar düşülmek suretiyle bulunan rakamın esas sermaye ve yasal yedek akçeler toplamının yarısı düzeyine inmesidir. Bu tanım da aslında aynı şeyi ifade etmektedir. Zira aktif toplamından borçların düşülmesiyle bulunan rakam esasen öz kaynaklar (öz sermaye) dir, bkz., Kayar, İ., Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, MÜHFAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 646.

⁴⁹⁶ Bilanço zararını serbest yedek akçelerle gidermek mümkün ise gerçek bir bilanço zararı (sermaye kaybı) yoktur. Sermaye kaybindan söz edebilmek için zararın tüm serbest yedek akçeleri tükettiği gibi, sermaye ve kanuni yedekler toplamının da en az yarısını geçmesi gerekir, Bkz., TTK Gerekçe m. 376, s. 115 vd.

⁴⁹⁷ Önerdiğimiz tanımları bir matematiksel işlemle basitleştirmek mümkündür: Sermaye kaybı = (Esas sermaye + yasal yedek akçeler) – Öz kaynaklar (Esas sermaye + yasal yedek akçeler + diğer açık yedek akçeler – bilanço zararı) = Esas sermaye + yasal yedek akçeler - Esas sermaye - yasal yedek akçeler - diğer açık yedek akçeler + bilanço zararı = Bilanço zararı - diğer açık yedek akçeler. Esas sermaye 50.000, yasal yedekler 10.000, diğer yedekler 10.000, bilanço zararı 40.000 ise, sermaye kaybı = 40.000 – 10.000 = 30.000 TL düzeyindedir. Diğer formüle (esas sermaye + yasal yedek akçeler – öz kaynaklar)= 50.000 + 10.000 – 30.000 = 30.000 TL sermaye kaybı bulunur. Öz kaynaklar şöyle tespit edilmiştir: Esas sermaye + tüm açık yedekler – Bilanço zararı = 50.000+20.000 (10.000 + 10.000) – 40.000 = 30.000, Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 68-69, dñn. 9.

sermayedir⁴⁹⁸. Öz kaynak ise, ortaklığın toplam aktif tutarı ile borçları arasındaki farktır. Ortaklık tarafından işletmeye tahsis edilerek, ticari faaliyetlerin yürütülmesinde kullanılan öz kaynak kalemlerinde, tüm yedek akçeler, dönem kârı, geçmiş yılların kârları ve esas sermaye bulunmaktadır. Esas sermaye, öz kaynağın sabit bir unsurunu oluşturmaktadır⁴⁹⁹. *Türk*'e göre öz kaynaklar, ortaklığa ait net aktif toplamının⁵⁰⁰ pay sahiplerinin katılma paylarıyla, katılma intifa senedi sahiplerince ve bizzat ortaklık tarafından karşılanan kısmıdır⁵⁰¹.

Yeni TTK, 6762 sayılı TTK m. 324'den farklı olarak, sermaye kayıplarında yalnızca esas sermayeyi veya çıkarılmış sermayeyi değil, bununla birlikte kanuni yedek akçeleri de hesaba katmaktadır. Bu değişikliğin sebebi konusunda kanun gerekçesinde bir açıklık bulunmamakla beraber getirilen bu yenilik, öğretide olumlu karşılanmıştır⁵⁰².

Kendigelen'e⁵⁰³ göre, yasal yedek akçelerin de hesaba katılmasının asıl nedeni, sermaye kaybını hesaplarken bu yedek akçelerin çözülerek bilanço zararının azaltılmasını sağlamaktır. Kanuni yedek akçeler, ayrılması zorunlu olan ve belirli amaçlara sarf edilebilen fonlardır (TTK m. 519/3). Esas sermayenin alacaklıların asgarî güvencesi olarak korunduğu gibi, artık kanuni yedek akçeler de sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde hesaba katılacak, bunların da kısmen veya tamamen kaybı da derhal önlem alınmasını gerektirecektir⁵⁰⁴. Zira ortaklık yasal yedeklerini çözmezse, Türk Ticaret

⁴⁹⁸ Burada belirtilen esas sermaye, ödenmiş sermaye olmayıp, itibari bir değer olarak bilançoda gösterilen ve esas sözleşmede yer alan esas sermaye rakamını ifade etmektedir. Kayıtlı sermaye sisteminde ise çıkarılmış sermaye esas alınacaktır, Tekinalp, Ü., Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Hâlinde Yönetim Kurulu'nun ve Denetçinin Görevleri, İktisat ve Maliye Dergisi, 1984, C. XXXI, S. 7, s. 28; Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013; Pulaşlı, H., Şerh C.I, s. 1172; Ayrıca bkz. TTK Gerekçe m. 376.

⁴⁹⁹ Gürel, S., Anonim Ortaklıklarda Mali Yapının Bozulması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011, s. 18-19.

⁵⁰⁰ Net aktifler toplamı zararlar (ve diğer fiktif aktifler) hesaba katılmaksızın gerçek aktifler toplanarak bulunur. Başka bir ifadeyle aktifler toplamından bilanço zararı indirilirse net aktifler elde edilir. Net değer esasına göre düzenlenen bir bilançoda aktif tarafta sadece net aktifler görülür. Bu kavrama "Bilanço Malvarlığı" da denilmektedir.

⁵⁰¹ Daha kısa bir ifade ile yazar, öz kaynakların, fiilen mevcut olan (net) aktiflerin yabancı kaynaklar dışındaki kaynağı olduğunu ifade etmiştir, Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 25.

⁵⁰² Aydın, A., Türk Ticaret Kanununun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK. m. 376) Eleştirel Bir Bakış, İÜHFM, 2012, C. LXX, S. 2, s. 101-114.

⁵⁰³ Ayrıca yazar; maddenin ifade tarzının bu amaca hizmet etmediği gibi, soruna farklı bir boyut kazandırdığı ve kendi içinde tutarsız bir hükmün kabul edildiği eleştirisinde bulunmuştur; Kendigelen, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 268, dpn 97.

⁵⁰⁴ Kayar, İ., Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, s. 646.

Kanunu m. 376/2 gereğince tedbir alması gerekecek, ortaklığın sona ermesi dahi gündeme gelebilecektir⁵⁰⁵. Bu yönüyle sermaye kaybı ve borca batıklıkta kanuni yedek akçelerin de hesaba katılması, şirketin mali dar boğazda bulunması hâlinde daha erken müdahale ederek önlemler almayı kolaylaştıracağından, olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir⁵⁰⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nda yedek akçenin tanımına açıkça yer verilmeyerek daha ziyade yedek akçelerin türleri, oluşma şekilleri, hangi amaçlarla harcanabilecekleri ve bilançoda yer alışlarıyla ilgili hükümlere yer verildiğini görmekteyiz⁵⁰⁷. Bununla birlikte, yedek akçe için doktrinde birçok tanım bulunmaktadır. *Arslanlı*; “İleride ziyanları kapatmak, beklenen veya beklenilmeyen kayıp ve masrafları karşılamak, işletmenin idamesi ve gelişimini, istikrarlı kâr payı dağıtımını temin maksadı ile kazançlardan alıkonulmak suretiyle açık veya gizli olarak ayrılan kıymetlerdir⁵⁰⁸” şeklinde tanımlamıştır. Yine bir tanıma göre, yedek akçeler; “şirketin sâfi kârından ayrılan, ortaklara dağıtılmayan, çeşitli amaçları gerçekleştirmek üzere şirket içinde bırakılan kâr tutarlarıdır” şeklinde açıklanmıştır⁵⁰⁹. *Tekinalp*’e göre hangi tanım kabul edilirse edilsin yedek akçe kavramının üç esaslı noktayı içerdiği muhakkak belirtilmelidir. Bu üç nokta; yedek akçenin ortaklık esas sermayesini aşan (saf) malvarlığı olduğu, yedek akçenin ayrıldığı veya teşekkül ettiği (yani yedek akçeyi meydana getiren tek eylemin ayırma-tefrik olmadığı) son olarak ise o yıla ait bilanço kârının yedek akçe için bir “condictio sine qua non” niteliği taşımadığıdır⁵¹⁰.

Farklı şekillerde tanımlansalar ve değişik amaçlar için öngörülseler dahi, yedek akçeler temelde; zararların kapatılması, işsizliğin önüne geçilmesi ve düzenli kâr payı dağıtımı amacıyla ayrılmaktadırlar. Ayrılma amaçlarına göre yedek akçeler, “genel yedek akçeler” ve “özel yedek akçeler” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ayrılma yöntemlerine

⁵⁰⁵ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 75.

⁵⁰⁶ Yönetim kurulu, daha erken bir tarihte TTK m. 376/1 ve 2 hükümlerinin uygulanmasını arzu etmiyorsa, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi yasal yedek akçeleri çözmelidir; Kayar, İ., Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, s. 646.

⁵⁰⁷ Öztürk, B., Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirme, Antalya 2007, s. 35.

⁵⁰⁸ Arslanlı, H., Anonim Şirketler IV, Anonim Şirketin Hesapları, V. Anonim Şirketin İnfisah ve Tasfiyesi, İstanbul 1961, s. 69.

⁵⁰⁹ Eriş, G., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 764.

⁵¹⁰ Tekinalp, Ü., Anonim Ortaklığı Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1979, s. 248.

göre yedek akçeleri ise; “kanuni yedek akçeler⁵¹¹”, “ihtiyari yedek akçeler” ve “olağanüstü yedek akçeler” şeklinde üç sınıfa ayırmak mümkündür⁵¹². Yeni düzenlemeye göre, sermaye kaybının tespiti sırasında esas sermaye ile birlikte hesaba katılacak olan yasal yedek akçe kavramına öncelikle Türk Ticaret Kanunu’nun 519. maddesine göre ayrılan genel yasal yedek akçe dâhildir⁵¹³. TTK 519. maddenin 3. fıkrası uyarınca esas veya çıkarılmış sermayenin yarısına ulaşıncaya kadar ayrılması zorunlu olan yedek akçe, genel yasal yedek akçenin esas itibarıyla zararların kapatılmasına tahsis edilen kısmını oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu yedek akçenin paysahiplerine kâr payı olarak dağıtılması mümkün değildir. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 509/2 hükmüne göre, kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. TTK 519/3 hükmünde belirtilen yedek akçe ise, serbest yedek akçe olmayıp, öz kaynakların zararların kapatılmasında tampon işlevi gören kısmını oluşturmaktadır⁵¹⁴.

Türk Ticaret Kanunu’nun 520. maddesinde; ortaklığın kendi paylarını edinmesi hâlinde edinilen paylar için ödenen bedel ölçüsünde ayrılması öngörülen yasal yedek akçeler de, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen, kâr payı olarak dağıtılamayan yasal yedek akçe niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, gerekçenin aksi yöndeki ifadesine⁵¹⁵ rağmen bunların da Türk Ticaret Kanunu m. 376/1 ve 2 anlamında yasal yedek akçelere dâhil olduğunun kabulü gerekir⁵¹⁶. TTK m. 520/2 uyarınca ayrılması zorunlu olan yeniden değerlendirme fonu da üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen bir yasal yedek akçe olup, bu da Türk Ticaret Kanunu 376/1 ve 2’de sözü edilen yasal yedek akçelere dâhildir⁵¹⁷.

⁵¹¹ Ayrılmaları ve kullanılma şartları, bizzat Türk Ticaret Kanunu ya da özel kanunlar tarafından hüküm altına alınmış olan yedek akçelerdir.

⁵¹² Altaş, S., Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, İstanbul 2010, s. 2 vd.

⁵¹³ TTK Gerekçe m. 376, s. 115.

⁵¹⁴ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 70.

⁵¹⁵ TTK m. 376’nın gerekçesinde; kanunî yedek akçe ile TTK 519 hükmünde düzenlenen akçeler kastedildiği ifade edilmiştir. Gerekçedeki bu ifade ile TTK’nin m. 520’deki şirketin iktisap ettiği kendi pay senetleri için ayrılan yedek akçe ve değerlendirme fonları, TTK m 376 anlamında yasal akçelere dâhil edilmemiştir; TTK Gerekçe m. 376, s. 115.

⁵¹⁶ İsviçre hukukunda da hâkim görüş bu yönde olmasına karşın Türk Hukukunda bazı yazarlar, TTK m. 520 uyarınca ayrılan yasal yedek akçelerin tahsis amacının zararların kapatılması olmadığı, çözülme koşullarının yasada ayrıca düzenlendiği gerekçeleriyle TTK m. 376/1 ve 2 hükümleri bakımından dikkate alınmayacağı görüşünü savunmuştur; Bkz. Manavgat (Kırca/Şehirli Ç.), s. 574; Kayar, İ., s. 646.

⁵¹⁷ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 71.

Esas sözleşmede veya bir genel kurul kararınca şirketin bu konudaki iradesiyle ayrılan yedek akçeler (TTK m. 521 vd.) ise, yasal yedek akçe kavramının dışında olup sermaye kaybının tespitinde dikkate alınmazlar⁵¹⁸.

a. Sermaye Kaybının Tespitinde Esas Alınacak Bilanço

Bilançonun; açılış bilançosu, tasfiye bilançosu, ara bilanço, yıllık bilanço gibi çeşitleri olmakla birlikte bu bilançolar, düzenleniş sebepleri, değerlendirme ilkeleri ve izledikleri gaye bakımından birbirinden ayrı nitelik ve özelliktedirler⁵¹⁹. Türk Ticaret Kanunu'nun "sermayenin kaybı, borca batık olma durumu" başlıklı 376'ncı maddesinde; sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 1/2 ve 2/3'ünün zarar sebebiyle karşılıksız kaldığının, son yıllık bilançodan tespit edileceği hükmü yer almaktadır. *Tekinalp*'e göre bilanço; üzerinde çok fazla tartışılmış bir kavramdır ve birçok çeşidi olan bilanço gibi kavramlar için genel değil özel tanımlar verilmelidir. Sonuca yani bilançonun tanımına ise, bilanço çıkarılmasında izlenen gayenin araştırılması ile varılabilir. Dinamik bilanço teorisine göre yıllık bilanço, sonuç açıklayan bilançodur. Organik bilanço teorisine göre ise yıllık bilanço düzenlenmesinin nedeni hem ortaklığın malvarlığını ortaya koymak hem de sonuç açıklamaktır⁵²⁰.

Bilindiği gibi anonim ortaklığın yıllık bilançosu her iş yılı sonunda yönetim kurulunca hazırlanır. Yıllık bilançonun hazırlanması, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevlerindendir (TTK m. 375/1, f). Yönetim kurulu, hazırladığı yıllık faaliyet raporunu, iş yılının bitiminden itibaren üç ay içinde toplanacak olan genel kurula sunar (TTK m. 409/1). Bu durumda, acaba yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış bir ara bilanço⁵²¹ bu oranda sermaye kaybını gösteriyorsa yönetim kurulu son yıllık bilançonun çıkarılmasını beklemek zorunda mıdır? Evvelki Türk Ticaret Kanunu'nun

⁵¹⁸ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 71-72.

⁵¹⁹ Çevik, O. N., Anonim Şirketler, Ankara 1988, s. 1017.

⁵²⁰ Ancak yazar; organik bilanço teorisinin getirdiği değişik çözümlere rağmen, özellikle ticaret hukukunda, dinamik bilançonun yaptığı etkiyi yapamadığını bildirmektedir; Tekinalp, Ü., Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1979, s. 67 vd.

⁵²¹ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 77, dpn. 38; Örneğin tahvil çıkarırken ortaklık aktiflerinin ödenmiş sermayeyi tam olarak karşıladığını belgelemek amacıyla (eTTK m. 422) düzenlenen ara bilanço sermaye kaybını gösterebilir. Aynı şekilde halka açık anonim ortaklıklarda da dönemsel olarak ara bilançonun hazırlanması zorunludur; Tekinalp, Ü., Sermayenin Yarisının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi, İktisat ve Maliye Dergisi, 1984, C. XXXI, S. 7, s. 281.

324/1 maddesinde de aynı şekilde “son yıllık bilançodan” söz edilmesine rağmen, öğretide bunun “yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenmiş son bilanço” olarak anlaşılması gerektiği, dolayısıyla herhangi bir nedenle düzenlenen ara bilançonun 1/2 oranında sermaye kaybı göstermesi hâlinde durumun derhal genel kurula bildirilmesi gerektiği görüşü savunulmuştur⁵²². Bu görüş benimsendiğinde yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenen ara bilanço, 1/2 (veya TTK m. 376/2’ye göre 2/3) oranında sermaye kaybı gösteriyorsa yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması gerektiği sonucuna varmak gerekecektir⁵²³.

Öğretide bu durumun aksini savunan yazarlara göre ise; TTK’nin 376’ncı maddesinde belirtilen 1/2 ve 2/3 oranındaki sermaye kayıplarının, sadece genel kurulca onaylanan son yıllık bilançoda görülmesi hâlinde bu madde hükümlerinin uygulanabilir olduğu yani ara bilançonun sermaye kaybı göstermesi hâlinde yönetim kurulunun maddede belirtilen önlemleri almasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşe sahip yazarlara göre, TTK m. 376 hükmünde son yıllık bilançonun esas alınması, yasa koyucunun bilinçli bir tercihidir⁵²⁴. Türk Ticaret Kanunu madde 376’nın gerekçesinde ise; sermaye kaybının bir ara bilançodan anlaşılması halinde yönetim kurulunun son yıllık bilanço beklememesi gerektiği, ½ oranındaki sermaye kaybının varlığının yönetim kurulunun harekete geçmesi için yeterli olduğu ifade edilmiştir⁵²⁵.

Kanun gerekçesi ile aynı yöndeki bir görüşe göre de; kötüleşme, aylık hesaplardan anlaşıldığı takdirde, yönetim kurulu son yıllık bilanço beklememeli ve yıllık bilanço esaslarına göre bir ara bilanço hazırlamalıdır. TTK m. 376/1 ve 376/2 hükümlerinde belirtilen yıllık bilanço teriminin, üçer aylık dönemlerde hazırlanarak yayınlanan bilançoları da kapsayacak biçimde anlaşılması gerekmektedir⁵²⁶.

⁵²² Bkz., Arslanlı, H., Anonim Şirketler, C. I, Umumi Hükümler, İstanbul 1959, s. 96, dpn. 58; Tekinalp, Ü., Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi, İktisat ve Maliye Dergisi, 1984, C. XXXI, S. 7, s. 281; Öçal, A., Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar, ATOD., 6/1975, s.13.

⁵²³ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 77.

⁵²⁴ Kırca, İ./Şehirali Ç., F. H./Manavgat, Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 574 vd.

⁵²⁵ TTK Gerekçe m. 376, s. 116.

⁵²⁶ Üçışık, G./Çelik, A., Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 412.

Konuyla alakalı tartışmaya açık olan diğer bir konu ise, yönetim kurulunun sermaye kaybının varlığından şüphe etmesi hâlinde bir ara bilanço düzenlemek ve TTK 376. maddede öngörülen ölçüde sermaye kaybı varsa durumu derhal genel kurula bildirmekle yükümlü olup olmadığıdır⁵²⁷. Öncelikle belirtmek gerekir ki anonim şirketler yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunduğundan dolayı kurul, ortaklığın hesaplarından da sorumlu organdır (TTK m. 365). Bu nedenle yönetim kurulu, ortaklığın mali durumundaki tüm gelişmeyi bizzat izlemek durumundadır. Sermaye kaybının, tedbir almayı gerektirecek boyutlara ulaştığı yönünde ciddi şüphelerin bulunması hâlinde, gerektiğinde bir ara bilanço düzenlemek de, anılan görevlerinin zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Özellikle TTK 369’uncu maddede öngörülen özen borcu, yönetim kuruluna yasada açıkça öngörülmemiş yükümlülükler yükleyebilir⁵²⁸. Öğretide bu gerekçe ile yönetim kurulunun sermaye kaybı şüphesi hâlinde ara bilanço düzenlemekle yükümlü olduğu görüşü savunulmaktadır.

TTK’nin gerekçesinde de; borca batıklık durumunun son yıllık bilançodan anlaşılacağı ancak, söz konusu açığın bir ara bilançodan anlaşıldığı veya TTK m. 378’e göre çalışan riskin erken tespiti komitesinin vereceği raporlarda belirtilmişse, yönetim kurulunun son yıllık bilançoğu beklememesi gerektiği belirtilmiştir. Riskin erken teşhisi ile görevli olanlar da borca batıklığı saptarsa yönetim kurulunu bilgilendirmelidir (TTK m. 378). Ancak bahse konu komitelerin sadece uyarıda bulunma yükümlülükleri vardır ve sadece bu borcun ihlali nedeniyle sorumlu tutulabilirler. Genel kurulu toplantıya çağırarak, yönetim kurulunun görevidir (TTK m. 376/1). Mali kötüleşme, aylık hesaplardan anlaşıldığı takdirde, riskin erken tespiti komitesi sadece ikaz borcunu haiz iken, yönetim kurulu yapılan ikaz gereği ara bilanço düzenleyip gerektiğinde genel kurulu toplantıya çağırmadığı için TTK m. 369’da düzenlenen *özen ve bağlılık yükümlülüğünü* ihlalden sorumlu tutulabilir⁵²⁹.

⁵²⁷ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s. 80.

⁵²⁸ Hirtz’e göre; özen borcunun sonucu olarak ortaya çıkan bu yükümlülükler arasında yönetim kurulunun ortaklığın mali durumunu devamlı olarak izleyip negatif gelişmeleri derhal teşhis etme yükümlülüğü de bulunmaktadır; Bkz., Hirtz, H., Die Vorstandspflichten bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einer Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1966, s. 10 (Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 114-115, dpn. 48’den naklen).

⁵²⁹ TTK Gerekçe m. 376/1, s. 116.

Türk Ticaret Kanunu madde 378 hükmüne göre; “*Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur. Komite, yönetim kuruluna her 2 ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir (TTK m. 378/2). Rapor denetçiye de yollanır*”.

Bu komitenin yüklenen görevleri ifa etmemesi hâlinde, yönetim kurulunun sorumlu olup olmayacağı hususunda kanunda bir açıklık olmamakla birlikte, riskin erken saptanması ve yönetimi, yönetim kurulunun da görevlerinden olduğu için, bu görevin yerine getirilmemesi sebebiyle yönetim kurulunun TTK m. 549 vd. hükümlerine göre sorumlu olması gerekir⁵³⁰. Keza yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi; ortaklığın, Türk Ticaret Kanunu madde 378 anlamında bir riskin erken tespiti komitesi yoksa, kanımızca TTK 369’uncu madde gereğince yönetim kurulu çeşitli verilerden (örneğin aylık hesaplardan) ortaklığın önemli bir sermaye kaybına uğradığı kanısına varırsa, üst gözetim görevi (Türk Ticaret Kanunu 375/1,e) ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etme yükümlülüğü (TTK 369, özen borcu) nedeniyle bir ara bilanço düzenleme zorunluluğunun mevcut olduğunu kabul etmek gerekir⁵³¹.

TTK m. 376/3 hükmünde 6335 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵³² ile yapılan değişiklikten sonra borca batıklığın tespiti yönünden denetçinin ve erken tespit komitesinin doğrudan bir rolü kalmamıştır ancak komitenin mevcut olduğu şirketlerde yönetim kurulu sermaye kaybı ve borca batıklığı bilançolardan tespit

⁵³⁰ Ancak sorumluluğun kapsamının TTK’de açıkça belirtilmesi gerektiği gibi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin iç sisteminin, organizasyon yapısının işleyişine ilişkin usul ve esasların bir yönetmelikle belirtilmesi şarttır. Aksi halde konulan hükmün işlerlik kazanması mümkün değildir; Üçışık, G./Çelik, A., Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 416.

⁵³¹ İsviçre Hukukunda da egemen olan görüş bu yöndedir; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 114-115; Tekinalp, Ü., Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi, İktisat ve Maliye Dergisi, 1984, C. XXXI, S. 7, s. 281; Üçışık, G./Çelik, A., Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 412-413.

⁵³² 30.6.2012 T. ve 28339 sayılı RG.

edecek, ve alınması gereken tedbirleri belirlerken komitenin fikirlerinden yararlanabilecektir⁵³³.

b. 1/2 Oranında Sermaye Kaybının Hukuki Sonuçları

Son yıllık bilançodan, sermayesi ile kanuni yedek akçeleri toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, şirketin sermayesinin yarısının yitirildiği kabul edilir ve bu hâlde yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırarak genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar (TTK m. 376/1)⁵³⁴. Kanun gerekçesinde bazı önlemler sayılmış⁵³⁵ ise de, kanun metninde genel kurula sunulacak iyileştirme önlemlerinin neler olduğu belirtilmemiş, sadece yönetim kurulunun “uygun gördüğü” önlemleri genel kurula sunacağı belirtilmiştir. Esasen doğru olan da budur. Kanun koyucu, ortaklığın işletme konusu, rekabet şartları ve genel ekonomik duruma göre alınabilecek önlemlerin değişebileceğini göz önüne alarak, bu hususta müdahaleci olmamıştır⁵³⁶.

Önlemler, TTK’nin 378 inci maddesi uyarınca riskin erken teşhisi komitesince daha önceki bir tarihte önerilmiş olabilir. Hükmün uygulanabilmesi için, kanunî yedek akçeler dışındaki açık yedek akçelerle de zararın kapanmamış olması ve arta kalan zararın sermaye ile kanunî yedek akçeler toplamının yarısını geçmesi gerekir⁵³⁷. Bilançosal terimlerle ifade etmek gerekirse, bu hâlde bilançonun pasifinde gösterilen öz kaynaklar, esas sermaye ve yasal yedek akçeler toplamının yarısı düzeyine düşmüştür⁵³⁸. İşletme ekonomisi bakımından bundan daha düşük düzeydeki bir sermaye kaybı, hatta esas sermayenin karşılıksız kalması sonucunu doğurmayan büyük ölçüdeki bir zarar bazen

⁵³³ Kayar, İ., Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, s. 649.

⁵³⁴ Hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1991 revizyonu ile revize edilmiş olan 725/1 maddesinden aynen alınmıştır. AB’nin 2012/30 sayılı Yönergesinin 19. maddesi üye devletlerin sermaye kaybı için öngöreceklere hükümlerin asgari şartlarını düzenlemektedir. Buna göre, esas sermayenin ağır şekilde kaybı halinde, üye devletlerin mevzuatında belirleyecekleri süre içinde genel kurulun toplantıya çağırılması zorunludur. Genel kurulda ortaklığın fesih mi edileceği, yoksa başka önlemlere mi başvurulacağı hususları görüşülür (m. 19/1); Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, DEÜHFD, 2015, C. 17 S.2, s.81, dpn. 52.

⁵³⁵ Bu önlemler; sermaye artırımı, bazı üretim birimlerinin veya bölümlerin kapatılması ya da küçültülmesi, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi vs. olabilir; TTK Gerekçe m. 376/1, s. 115.

⁵³⁶ Kırca, İ./Şehirli Ç., F. H./Manavgat, Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel kavram ve ilkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 578-579.

⁵³⁷ TTK Gerekçe m. 376/1, s. 115.

⁵³⁸ Maddedeki 1/2 oranı asgariyi ifade etmektedir; Bkz. Kırca, İ./Şehirli Ç., F. H./Manavgat, Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel kavram ve ilkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 569.

önemli bir krize işaret edebilirse de kanun koyucu, bu düzeydeki zararı emredici hükümlerle özel tedbirler alınmasını gerektirecek derecede ciddi görmemiştir. Kuşkusuz ortaklık yönetimi, bu gibi durumlarda da gereken tedbirleri alabilir. Özellikle esas sözleşmeye bu konuda bir hüküm konabilir. Esas sözleşmede, daha az düzeydeki bir sermaye kaybı, bildirim yükümlülüğü bakımından ölçü kabul edilmişse yönetim kurulu bu sözleşme hükmüne uymak zorundadır⁵³⁹. Fakat kanımızca esas sözleşmeye konulacak bir hükümle bildirim yükümlülüğü bakımından yasadakinden daha yüksek orandaki (örneğin 3/5) bir sermaye kaybının esas alınması mümkün değildir. Çünkü TTK m. 376 hükmü emredici niteliktedir⁵⁴⁰.

Yasada genel kurulun “hemen” toplantıya çağırılması öngörüldüğüne göre, yönetim kurulu ilk yapılacak olağan toplantıyı beklemeden genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmalıdır. Şayet durum son yıllık bilançodan anlaşılmışsa sermaye kaybı ve alınacak tedbirler olağan genel kurul gündemine alınabilir. Maddede bildirimin hemen yapılması emredilmiş ise de, aynı hükümde yönetim kurulunun “uygun gördüğü iyileştirici önlemleri” de sunacağı öngörüldüğünden, bunun için ise ayrıntılı bir analiz yapılması ve rapor hazırlanması gerektiğinden yönetim kuruluna makul bir süre tanınması gerekir. Bu nedenle maddedeki “hemen” ifadesini “mümkün olan en kısa sürede” şeklinde anlamak doğru olur⁵⁴¹.

Genel kurulun toplanmasından amaç, pay sahiplerinin, sermaye kaybından haberdar edilmesidir. Bunun yanı sıra, pay sahiplerine, mali durumun iyileştirilmesi için gereken önlemler hakkında bilgi vermek ve bir karar alınmasını da sağlamak gereklidir⁵⁴². Bu önlemlerin, ilgili maddede sayılmamakla birlikte maddenin gerekçesinde yer aldığını yukarıda da belirtmiş bulunuyoruz. Bu önlemlerden birisi de; şirketin, söz konusu

⁵³⁹ Aksi halde yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olur; Kayar, İ., Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketler Sempozyumu, 14. Oturum, s. 649; Tekinalp, Ü., Sermayenin Yarisının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi, İktisat ve Maliye Dergisi, 1984, C. XXXI, S. 7, s. 280; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 124.

⁵⁴⁰ Bu açıklamalarımız karşısında TTK m. 376/1 hükmünün “nispi emredici” nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Yani pay sahiplerinin yararına olarak yükümlülüğün kapsamını genişletmek mümkünse de daraltmak yasaya aykırı düşer; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 124.

⁵⁴¹ Bkz., Böckli, § 13, N. 753a; Bauen/Bernet, N. 470; Wüstiner, BaK., OR 725, N. 24; Lanz, s. 96; Glanzmann, s. 272 (Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, DEÜHFD, 2015, C. 17 S.2, s.83).

⁵⁴² Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 111 vd.

sermaye kaybını karşılayacak ölçüde serbestçe kullanılabilir öz varlıkları olan bir şirketle birleşmesidir⁵⁴³. Bu bağlamda, şirketin uğradığı zararın boyutu sermayeyle kanuni yedek akçeler toplamının yarısından daha az bir orandaysa bu şirketin birleşmeye katılması hâlinde TTK m. 139'un uygulama alanı bulmayacağını belirtmek gerekir. Bir başka deyişle, böyle bir şirket TTK m. 139'daki şartların yerine getirilmesine gerek kalmaksızın geçerli bir şekilde birleşebilir⁵⁴⁴. Ne var ki, yönetim kurulu daha düşük düzeyde sermaye kaybının varlığına rağmen bizzat kendisi iyileştirme önlemlerini almak üzere harekete geçmezse, özen borcunun (TTK m. 369) ve üst gözetim görevinin (TTK m. 375/1, e) ihlali nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabilir⁵⁴⁵.

c. 2/3 Oranında Sermaye Kaybının Hukuki Sonuçları

Anonim ortaklığın aktifleri toplamından borçları çıkarılınca kalan miktar esas sermayenin üçte biri veya daha azına tekabül ediyorsa esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kalmış demektir⁵⁴⁶.

“Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermez ise şirket kendiliğinden sona erer (TTK m. 376/2)”.

Kanun'da öngörülen iki seçenekten biri hakkında karar vermek koşuluyla, yönetim kurulu ve genel kurulun başkaca iyileştirme önlemleri alması da mümkündür. Her ne kadar maddede, 2/3 oranında sermaye kaybından söz edilmemişse de, aynı hükümde borca batık durumdaki ortaklığın dâhi birleşmeye katılabileceği öngörüldüğüne göre, aynı olanağın 2/3 oranında sermaye kaybında da mevcut olduğu evleviyetle kabul edilmelidir.

⁵⁴³ Bilanço zararlarının kapatılması için sermayenin azaltılması ve kurtarıcı birleşme de birer önlemdir; Bkz. Von Salis, s. 10 (Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s. 622'den naklen).

⁵⁴⁴ İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 121.

⁵⁴⁵ Ayrıca esas sözleşmeye konulacak bir hükümle sermaye kaybının 1/2 düzeyine ulaşmadığı hallerde de genel kurula bildirim yükümlülüğü getirilmesi veya genel kurula bildirim gerekmezsin yönetim kurulunun birtakım önlemler alacağını öngörülmesi mümkündür. Ancak bildirim yükümlülüğü için sermaye kaybının daha yüksek bir oranda gerçekleşmesi (örneğin 3/5) esas sözleşme ile öngörülemez. Çünkü TTK'nin 376. maddesi emredici nitelikte olup, sermaye kaybı 1/2 oranına ulaşmasına rağmen bildirim yükümlülüğünün doğmayacağına dair esas sözleşme hükmü emredici hükme aykırı düşer; Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, s.82-83.

⁵⁴⁶ Arslanlı, H., Anonim Şirketler, C. IV-V, Anonim Şirketin Hesapları, Anonim Şirketin İnfisah ve Tasfiyesi, İstanbul 1961, s. 173.

Kanımızca da maddede belirtilen “Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısının kaybı” asgarîyi ifade etmekte olup, 2/3 oranında sermaye kaybını da kapsamaktadır⁵⁴⁷.

Esas sermayenin yalnızca üçte biri ve daha azının kaldığı bütün durumlarda TTK m. 376/2 uygulanacaktır. Aksi takdirde üçte bir sermaye kaldığında anonim ortaklık, kalan sermaye ile yetinmeye veya sermayeyi tamamlamaya karar vermek zorunda kalacak, buna karşılık daha ciddi mali durum bozulması olan, örneğin yalnızca dörtte bir ya da onda bir esas sermayenin kaldığı durumlarda ise herhangi bir tedbire başvurulamayacaktır. Çünkü bu hâlleri “borca batıklık” olarak kabul etmek de mümkün değildir⁵⁴⁸. Yargıtay da haklı olarak esas sermayenin yalnızca üçte bir ve daha azının kaldığı durumları, esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması kapsamında değerlendirmektedir⁵⁴⁹.

Aynen Evvelki Türk Ticaret Kanunu döneminde olduğu gibi, genel kurulun yasada seçimlik olarak öngörülen kararlardan birini almaması nedeniyle ortaklığın sona erdiğinin kabulü için öncelikle genel kurulun toplantıya çağırılması gerekir. Genel kurul toplantıya çağırıldığı halde toplanamaz, ikinci çağrı da sonuçsuz kalırsa (TTK m. 418) veya toplanan genel kurul 2/3 oranında sermaye kaybı kendisine bildirildiği hâlde yasada öngörülen kararlardan birini almazsa ortaklık kendiliğinden sona erer⁵⁵⁰. Buna karşılık genel kurul toplantıya çağırılmamışsa, ya da çağrılan genel kurula 2/3 oranında sermaye kaybı bildirilmemişse, genel kurulun bu hususta karar alması da söz konusu olamayacağından ortaklık sona ermez, ancak yasa hükmünün ihlali nedeniyle ortaklığın uğradığı zarardan TTK m. 553 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu oluşacaktır. Sermayenin üçte ikisinin kaybı hâlinde, tıpkı 1/2 oranında sermaye kaybında olduğu gibi, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması gerekir. Her ne kadar, bu durumda genel

⁵⁴⁷ Kırca, İ./Şehirli Ç., F. H./Manavgat, Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel kavram ve ilkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, s. 580.

⁵⁴⁸ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 116.

⁵⁴⁹ “... Somut olayda sermayesi 600.000 TL olan bir anonim şirket umumi heyeti, bu sermayesi (özvarlığı) 164.744.39 TL’ye tenezzül etmiş, diğer bir ifade ile esas sermayesinin 2/3’ünün karşılıksız kalmış olduğu bir sırada sermayenin 2.5 milyon liraya tezyidine karar vermiştir”; Yargıtay 11. HD. T. 2.4.1970, E. 70/1123, K. 70/1347.

⁵⁵⁰ Bkz., Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıkları, N. 12-127; Ancak yazar genel kurul toplanıp da paysahipleri arasında görüşmeler yapıldıktan sonra tekrar toplanma karar alırsa, ortaklığa bu şansın verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten, hangi kararın alınması gerektiği konusunda hemen bir kanaat oluşması mümkün olmayabilir. Hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalmak aşırı şekilcilik olur.

kurulda görülecek maddeler kanun koyucu tarafından belirtilmişse de, sermayenin tamamlanması veya mevcut 1/3 sermayeyle yetinilmesi seçimlik haklarının da, yönetim kurulu tarafından gündeme eklenmesi gerekir⁵⁵¹. Aksi takdirde genel kurul sadece sermaye kaybı hakkında bilgi edinmekle ve durumu görüşmekle yetinir. Gündeme bağlılık ilkesi dolayısıyla mali durumun iyileştirilmesine veya ortaklığın feshine yönelik kararlar alamaz⁵⁵². Aksi yöndeki görüşü savunan yazarlara göre⁵⁵³ ise; genel kurulun seçimlik kararlardan birini alması için gündemde bu kararların alınacağına dair bir madde bulunması şart değildir, sadece toplanan genel kurula durumun bildirilmesi yeterlidir çünkü bu toplantının gündemi bizzat kanun koyucu tarafından belirtilmiştir.

Evvelki Türk Ticaret Kanunu'nda 2/3 oranında sermaye kaybına rağmen yönetim kurulunun hareketsiz kalması hâlinde ortaklık alacaklılarının aynı nedenle fesih davası açması mümkündü (eTTK m. 436). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda alacaklılara fesih hakkı tanınmamıştır. Hükmün yeni Türk Ticaret Kanunu'na alınmamasının nedeni; yeni yasamızın, ancak anonim ortaklığın borca batıklığı veya diğer bir nedenle iflası hâlinde alacaklılara bazı haklar tanınması (TTK 376/3, TTK 556, İİK 179), bunun dışında alacaklılara ortaklığın işleyişine müdahale imkânının tanınmamasıdır⁵⁵⁴.

Yine evvelki Türk Ticaret Kanunu döneminde olduğu gibi, 2/3 oranında sermaye kaybı hâlinde genel kurulun alabileceği seçimlik kararlardan biri “sermayenin üçte biri ile yetinme” olarak ifade edilmiştir. Oysa gerek 6762 sayılı evvelki Kanun döneminde, gerek 6102 sayılı Kanun'un 376. maddesinin kabulünden sonra öğreti ve Yargıtay kararlarında “sermayenin üçte biri ile yetinme” kararının (bilanço açığını gidermeye yönelik basitleştirilmiş) esas sermaye azaltılması olduğu kabul edilmektedir. Yine hükümde geçen “sermayenin tamamlanması” ile kastedilen, azalan sermaye oranında ve ondan daha fazla sermaye artırımı yapılması, bilanço açığının ortakların bir kısmı veya

⁵⁵¹ Bilgili, F./Demirkapı, H., Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 377.

⁵⁵² Bu durumda da çoğu kez ikinci bir genel kurul toplantısı yapılması gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 700/3. maddesi gereğince genel kurulun ikinci bir (olağanüstü) toplantı yapılmasına karar vermesi, gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Ticaret Kanunumuzda bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı halde, aynı kuralın bizde de geçerli olduğu belirtilmektedir (Durumun bir ara bilançodan tespiti halinde genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılacağı hususu kabul edilmiştir); Bkz. Ansay, T., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 168; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 135.

⁵⁵³ Bkz., Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıkları, N. 12-127; Kayar, İ., Yeni TTK'ya Göre Sermaye Kaybı, s. 649 vd.

⁵⁵⁴ Türk, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları, DEÜHFD, 2015, C. 17 S.2, s.96.

tamamınca kapatılması yahut alacaklıların alacaklarını silmesidir. Tamamlama hususunda karar alınamadığı durumda sermayenin 2/3 oranında indirilmesi gerekir. Kanun koyucunun genel kurulu bu iki karardan birini almaya zorlamasının nedeni, şirketin durumunun bir an önce açıklığa kavuşmasını sağlamaktır⁵⁵⁵.

2. Borca Batıklığın Tespiti

6762 sayılı evvelki Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinde, ortaklığın aciz hâlinde olduğu şüphesi uyandıran emareler varsa, ara bilanço düzenlenmesinden ve bu bilançodan borca batıklığın tespit edilmesi hâlinde mahkemeye bildirim yükümlülüğünden bahsedilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise aciz hâline bağlanan hukuki bir sonuç bulunmamakla birlikte kanun koyucu, borca batıklığın tespitinde yeni bir düzenleme öngörmüştür.

Söz konusu düzenleme uyarınca, şirketin borca batık olduğu yönünde şüphelerin oluşması üzerine çıkarılacak olan ara bilançodan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin, bir diğer ifade ile şirketin borca batık olduğunun anlaşılması üzerine, anonim şirketin yönetim kurulu bu hususu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirecek ve şirketin iflasını isteyecektir (TTK m. 376/3).

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, sermaye şirketinin mali durumunun borca batıklık derecesinde bozulması hâlinde, takip dahi yapmaya gerek olmadan, doğrudan doğruya iflas talep etme yükümlülüğünü getirmekte ve böylece alacaklıların şirketten olan alacaklarını elde edememelerinin önüne geçmeyi arzulamaktadır⁵⁵⁶.

a. Borca Batıklığın Tespitinde Esas Alınacak Bilanço

Bilanço, işletmelerin belirli tarihler arasında mevcut bulunan varlıkları ile bu varlıklarca sağlanan kaynakların gösterildiği mali tabloya denir⁵⁵⁷. Şirketin borca

⁵⁵⁵ Şener, O. H., Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s. 372 vd.

⁵⁵⁶ Işık, S., Sermaye Şirketleri İle Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz Konusu Olması Durumunda İflasın Ertelenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. 2, İÜHF, İstanbul 2016, C. LXXIV, s. 1292 vd.

⁵⁵⁷ Dumanoglu, S., İflasın Ertelenmesi, Borca Batıklık ve İyileştirme Projeleri, İstanbul 2011, s. 70.

batıklığının tespiti de, hazırlanacak bir nev'i tasfiye bilançosu niteliğindeki borca batıklık bilançosundan anlaşılır⁵⁵⁸.

Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Hesap yılı kapanmadan önce, iki hesap yılı sonu arasında çıkarılan bilanço ara bilançodur⁵⁵⁹. Doktrinde ara bilanço, esas olarak borca batıklığın bildirilmesi ve devamında iflasın ertelenmesi talebinde esas alınması sebebiyle, “borca batıklık bilançosu” olarak da anılmaktadır⁵⁶⁰. Aynı şekilde Yargıtay da kararlarında “borca batıklık bilançosu” ifadesini kullanmaktadır⁵⁶¹. Biz de çalışmamızın bundan sonraki kısmında, doktrin ve yargı kararları doğrultusunda, borca batıklık bilançosu terimini kullanacağız.

aa. Borca Batıklık Şüphesi

Yönetim kurulu tarafından hazırlanmış olan borca batıklık bilançosundan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamada yetersiz kaldığının anlaşılması hâlinde yönetim kurulu, şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine borca batıklık bildiriminde bulunur ve şirketin iflasını ister (TTK m. 376/3).

Borca batıklık şüphesinin ne zaman ortaya çıktığı sorusuna net bir cevap vermek zordur çünkü borca batıklık belirtilerinin neler olabileceği her somut olaya göre, her işletmenin şartlarına göre değişmektedir. Borca batık olmanın işaretleri, yıllık bilânçodan, şirketin aylık hesap durumlarından, riskin erken tespiti komitesinin raporlarından veya yönetim kurulunun tespitleri sonucu ortaya çıkabilir⁵⁶². Madde gerekçesindeki bu açıklamalardan, borca batıklığın işaretlerinin bulunması hâlinin, şirketin mali durumu ile ilgili kayıt ve raporlardaki somut verilerden tespit edileceği anlaşılmaktadır. O hâlde, soyut şüphenin, borca batıklık işareti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durum

⁵⁵⁸ Güngör, M., İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Rayiç Değer Tespiti ve İyileştirme Projesi, Ankara 2016, s. 43.

⁵⁵⁹ Karayalçın, Y., Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 42; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları, s. 233.

⁵⁶⁰ Bkz. Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları, s. 250; Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, s. 27, Muşul, T., İflasın Ertelenmesi, s. 44.

⁵⁶¹ “...Zira TTK’nin 324. hükmüne göre [...] borca batıklık bilançosunun çıkarılması gerekir...” Yargıtay 19. HD, 15.12.2005 tarih ve E. 2005/10416, K. 2005/12557 sayılı kararı; Gürel, S., Anonim Ortaklıklarda Mali Yapının Bozulması, s. 12.

⁵⁶² TTK Gerekçe m. 376/3, s. 116.

özellikle borca batıklık sebebiyle iflasın bildirilmemiş olmasının suç olması bakımından önemlidir. Zira suçun oluşması için borca batıklık şüphesi uyandıran durumların mevcut olmasına rağmen iflas bildiriminin yapılmamış olması gerektiğinden, hangi durumların borca batıklık şüphesi uyandıracığının tespiti gerekecektir⁵⁶³.

Borca batıklık şüphesi, borçların tamamen ödenemeyeceği şeklinde herhangi bir tereddüt yahut olay ile de belirgin hâle gelebilir⁵⁶⁴. Şirketin en basit borçlarını dahi ödeyememesi, peş peşe gönderilen haciz veya iflas talepleri, bono veya çeklerin sürekli protesto edilmesi, banka kredilerinin kesilmesi, rehinin paraya çevrilmesi, işçi ve personel ücretlerinin ödenememesi veya taksitler hâlinde ödeme mecburiyetinin bulunması, hammadde alınamaması veya şirketin işlerini devam ettirecek varlıkların temininde güçlük çekilmesi gibi hâllerin, borca batıklık şüphesi doğurabileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır⁵⁶⁵. Ne var ki, borca batıklık şüphesi uyandıracak durumların bulunması hâlinde, yönetim kuruluna son derece ciddi yükümlülükler yüklenmiştir. Bu sebeple herhangi bir şüphe, yönetim kurulunun bu yükümlülüklerinin doğduğunun kabulü için yeterli olmayacaktır. Aksine, borca batıklık şüphesi doğmasını gerektirecek sebeplerin daha somut ve daha yakın sebepler olması gerektiğinden, ödemelerin tatil edilmesi, aciz gibi durumlar da somut olayın özelliklerine göre borca batıklık şüphesi sayılabilecektir⁵⁶⁶.

bb. Borca Batıklık Bilançosu

Çalışmamızda daha önce de bahsetmiş olduğumuz üzere; kanun koyucu, borca batıklık şüphesi üzerine iki ayrı ara bilanço hazırlanacağı hususunu öngörmüş (TTK m. 376/3); fakat kanunda yönetim kurulunun hazırlayacağı bu bilançoları hazırlama sürecinde hangi unsurların bilanço kapsamına dâhil edileceğini ifade eden herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2016, s. 61-62.

⁵⁶⁴ Atalay, O., Anonim Şirketlerin İflası, 1996, s. 51, dnp. 349.

⁵⁶⁵ Muşul, T., İflasın Ertelenmesi, s. 46.

⁵⁶⁶ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, s. 62.

⁵⁶⁷ Işık, S., "Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz Konusu Olması Durumunda İflasın Ertelenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, C. 2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2016, C. LXXIV, s. 1315.

Belirtmek gerekir ki, iki bilanço çıkarılmasının bazı faydaları bulunmaktadır. Varlıkların muhtemel satış değerleri üzerinden çıkarılan bilanço, yönetim kurulunun mahkemeye başvuruda bulunarak şirketin iflasını istemeye gerek olup olmadığını ortaya koyar⁵⁶⁸. İşletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançonun yegâne gayesi, şirketin gelecekte ticari varlığının sürdürülebilirliği hususunda bir izlenim edinmektir⁵⁶⁹.

Durum bu şekilde olmakla beraber çıkartılan iki bilanço arasında farklılıkların çıkması da kuvvetle muhtemeldir. Nitekim, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanmış bilançonun olumlu; malvarlıklarının muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkartılacak bilançonun ise olumsuz sonuçlanması ihtimal dâhilindedir. *Kendigelen*'e göre; böyle bir ikilemin olması hâlinde nasıl karar verileceği ve hangi bilançonun esas alınacağı çözüm bekleyen sorunlardandır⁵⁷⁰.

Aktiflerin olası satış fiyatlarınca hazırlanan ara bilanço, şirketin borca batıklığının tespitinde kullanılacak yegâne bilançodur. Nitekim Yargıtay da verdiği kararda⁵⁷¹; "*borca batıklık hâlinin tespiti için tüm aktifler [...] piyasadaki satış sırasında gerçekleşebilecek fiyattan bilançoya geçirilmelidir*" ifadelerine yer vermiştir⁵⁷².

Genel olarak bilançoda, yatırım niteliğindeki masrafların yapıldığı tarafa aktif, varlıkların sağlandığı bilanço tarafına pasif denilir⁵⁷³. Malvarlığını tespit eden bir bilanço olarak karşımıza çıkan borca batıklık bilançosunun hem aktif hem de pasif kalemlerinde gerçek değerler esas alınmaktadır⁵⁷⁴. Bunlar, bilançoda değişik bir sıra içerisinde yer alabilirler. Hâkim görüşe göre borca batıklık bilançosunda, bilançonun aktifler kısmında, gerçek değerleriyle malvarlığı konuları; pasifler kısmında ise, gerçek pasifler yani borçlar yer alır⁵⁷⁵.

⁵⁶⁸ TTK Gerekçe m. 376/3, s. 116.

⁵⁶⁹ Atalay'a göre; Burada düzenlenen ara bilançonun gayesi, ortaklığın tüm malvarlığının tasfiyesi edilmesi durumunda, ödenip ödenemeyeceğinin tespitidir; Atalay, O., *Borca Batıklığının Tespiti*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 160.

⁵⁷⁰ Kendigelen, A., *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, s. 268, dpn. 98.

⁵⁷¹ Yargıtay 19. HD, 10.3.2005 T., E. 2004/9014, K. 2005/2429.

⁵⁷² Öztekin, S., *İflasın Ertelenmesi*, İstanbul 2007, s. 43.

⁵⁷³ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, *Sermaye Ortaklıkları*, s. 774; Karayalçın, Y., *Muhasebe Hukuku*, s. 99 vd.

⁵⁷⁴ Akdeniz, M./Kayıhan, Ş., *İflasın Ertelenmesi ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2014, s. 65.

⁵⁷⁵ Karayalçın, Y., *Muhasebe Hukuku*, s. 97 vd.; Atalay, O., *İflasın Ertelenmesi*, s. 55; Türk, A., *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları*, s. 250; Pekcanitez, H., *İflasın Ertelenmesi*, İstanbul Barosu Dergisi 2005, S. 79/2, s. 328.

Borca batıklık durumunun var olup olmadığı, borca batıklık bilançosunun düzenlendiği tarihe göre belirlenecektir. Bu nedenle, borca batıklık bilançosunda, bilanço tarihi itibarıyla sermaye şirketinin ödenmesi gereken borçları kayıtlı değerleriyle, alacakları ve malvarlığı ise güncel piyasa satış rayiç değerleriyle gösterilecektir⁵⁷⁶. Bu nedenle aktiflerin, borca batıklık bilançosunun düzenlendiği tarihteki cari piyasa fiyatları, bir başka ifadeyle piyasada satış sırasında gerçekleştirilecek fiyatları esas alınır⁵⁷⁷. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında şu şekilde belirtmiştir: “... Borca batıklık bilançosu, anonim şirketin gerçek malvarlığı değerlerini yansıtması gerektiğinden [...] piyasadaki satış sırasında gerçekleştirilecek fiyattan bilançoya geçirilmelidir⁵⁷⁸”.

Yargıtay, aynı kararın devamında ise ara bilanço yerine yılsonu bilançosunun hazırlanıp, borca batıklığın tespitinin talep edilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Yıllık bilanço, şirketin bir yıllık faaliyeti sonucunda elde edilen kâr veya uğranılan zararı tespit etmek için yapılır. Yıllık bilançonun esas amacı şirketin belirli bir tarihteki malvarlığının gerçek durumunu tam olarak tespit etmek olmayıp, bir hesap yılı içindeki başarı durumunu ortaya koymaktır. Dolayısıyla yıllık bilançonun incelenmesi sonucunda borçların aktiften fazla olup olmadığı anlaşılamaz⁵⁷⁹. Her ne kadar amacı şirketin bir yıllık faaliyetinin sonuçlarını açıklamak olan yıllık bilanço ya da yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış bir bilançodan, şirketin borca batık olduğu sonucu çıkmazsa da; herhangi bir bilançodan şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa, bu durum TTK m. 376/3 anlamında “borca batıklık şüphesi uyandıracak durum” sayılmalıdır ve derhal aktiflerin satış fiyatı üzerinden bir ara bilanço hazırlanmalıdır⁵⁸⁰.

b. Borca Batıklık Hâlini Mahkemeye Bildirim Yükümlülüğü

Kanun koyucu, sadece borca batıklık sebebiyle doğrudan iflas bakımından, iflasın ertelenmesi kurumunu düzenlemiştir⁵⁸¹. İflasın ertelenmesinin düzenlendiği hem TTK

⁵⁷⁶ Güngör, M., İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Rayiç Değer Tespiti ve İyileştirme Projesi, Ankara 2016, s. 43.

⁵⁷⁷ Öktem, S., İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosu, s. 2486; Öztekin, S., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s. 45.

⁵⁷⁸ Yargıtay 19. HD, 9.5.2002 T, 1463/3540 (Özekes, M., İflasın Ertelenmesi, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005, s. 3261, dpn. 5’ten naklen).

⁵⁷⁹ Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 54.

⁵⁸⁰ Kayar, İ., Limited Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler (Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 314.

⁵⁸¹ Sayhan, İ., Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılayamamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi, BATİDER 2005, C. XXIII, S. 11, s. 99 vd.

hükümleri hem de İİK hükümleri, şirketin borca batıklık durumunun mahkemeye bildirilmesinin gerekliliğine işaret ediyordu. Bu sebeple, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulabilmesi için öncelikle, sermaye şirketini idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan yönetim kurulu üyeleri, şirket tasfiye hâlindeyse tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından asliye ticaret mahkemesine başvurularak borca batıklık bildiriminde bulunulmuş olması gerekmektedir⁵⁸². Zira bildirimde bulunulmaksızın, mahkemenin re'sen şirketin iflasına veya iflasının ertelenmesine karar vermesi mümkün değildir⁵⁸³.

İflas erteleme kurumu, doktrindeki pek çok yazar tarafından eleştirilmekte idi⁵⁸⁴. Kanun koyucu, yapılmış olan haklı eleştirilere kayıtsız kalmamış ve iflasın ertelenmesi kurumunu kaldırarak, yerine konkordato kurumunu getirmiş ve bazı düzenlemeler yapmıştır. 7101 sayılı İcra İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁵⁸⁵ 3. maddesi ile İcra ve İflas Kanunu m. 179'un "Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin İflası ve İflasın Ertelenmesi" başlığından "İflasın Ertelenmesi" ibaresi; metinden de 1. paragraf dışındaki iflas ertelemeye ilişkin takip eden paragraflar çıkarılarak madde sadece borca batıklığın, sermaye şirketleri ve kooperatifler için doğrudan iflas sebebi olarak muhafaza edilmesiyle yeni bir şekle kavuşturulmuştur⁵⁸⁶.

Borca batıklığın mahkemeye bildirilmesinden evvel toplanan genel kurulun şirketi fesih kararı almış olması da bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır⁵⁸⁷. Mahkemeye yapılacak borca batıklık bildirimini, konkordato talep edilebilmesinin ve buna ilişkin yargılamanın başlayabilmesi için gerekli şekli şartlardan biridir. Buna karşılık

⁵⁸² Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2006, s. 25 vd.

⁵⁸³ Toraman, B., İcra ve İflas Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007, s. 72.

⁵⁸⁴ Tanrıver, iflas erteleme prosedürünün basitliği, kolaylığı ve çabuk sonuç alınabilmesi sebebiyle kötüye kullanıldığını ve alacaklılara büyük ölçüde zarar verdiğini belirtmiştir. Pekcanitez ise iflas erteleme kurumu yerine iki tür olanaktan bahsetmiştir. Bunlardan ilki, Alman ve Avusturya hukukundaki gibi iflas ve konkordatonun kaldırılarak aciz hukukunun düzenlenmesi ve iflas erteleme yerine yeniden yapılandırma hükümlerinin uygulanması; bir diğeri ise İsviçre'deki düzenlemeler doğrultusunda iflas erteleme kurumunun konkordatoya entegre edilerek kaldırılması şeklindedir; Tanrıver, S., İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, Ankara 2017, s. 250; Pekcanitez, H., İflasın Ertelenmesi Kurumuna Eleştirel Bir Bakış, Makaleler II, İstanbul 2016, s. 493.

⁵⁸⁵ 15.03.2018 T. ve 30361 sayılı RG.

⁵⁸⁶ Sarısözen, M. S., 7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2018, s. 39-40.

⁵⁸⁷ Öztekin, S., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s. 47.

bildirimle birlikte iflasın da ayrıca talep edilmesi, iflas veya konkordato için gerekli olmayıp bu konuda sadece bildirimin varlığı yeterlidir⁵⁸⁸.

Bildirimde bulunabilmek için borca batıklığın henüz bir iflas davası açılmadan ortaya çıkması zorunlu olmadığı gibi, önceden açılmış başka bir sebebe dayalı iflas davasının bulunup bulunmaması da bildirim zorunluluğunu bertaraf edemez⁵⁸⁹.

aa. Borca Batıklık Bildiriminin Hukuki Niteliği

Doktrinde tartışmalı olan konulardan birisi de, borca batıklık bildiriminin hukuki niteliğidir. Bildirimin bir tasavvur açıklaması olduğunu savunan görüşe göre; yönetim kurulu, mahkemeye borca batıklığı bildirmekle yetinmekte, ayrıca iflasın açılmasını talep etmemektedir. İflasın açılması, bu bildirimle bağlanan hukuki sonuçtur. O halde bildirimin hukuki sonuçları kanun hükmü ile öngörüldüğünden, bildirimde bulunanın iradesinin belli bir sonuca yönelmesi gerekmediğinden, burada belli bir sonuca yönelmiş, kesin bir iradeden söz edilemeyeceği için ortada bir irade beyanı değil, tasavvur açıklaması vardır⁵⁹⁰. Tasavvur açıklamasında önemli olan, bu açıklamanın doğru olup olmadığıdır. Yani burada tasavvur açıklaması sonucu olarak, borca batıklık bildirimi üzerine mahkeme, borca batıklığın mevcut olup olmadığı sorununu çözmek durumundadır⁵⁹¹.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre; borca batıklık bildirimi, yönetim kurulu ve tasfiye memurları için kanuni bir yükümlülüğün ifası; alacaklılar için ise bir hakkın kullanımını ifade etmektedir. Hiç şüphesiz yönetim kurulunun, tasfiye memurlarının ve gerekse alacaklıların mahkemeye yaptıkları borca batıklık bildirimi, iflasa ilişkin bir talebi de içermektedir⁵⁹². Ancak kanuni düzenlemeye göre bu talebin iflasın açılmasını

⁵⁸⁸ Türk, A., Anonim Ortaklıklarda Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 275; Berkin, N. M., Borçları Mevcudunu Aşan Sermaye Şirketlerinin Takipsiz İflası, İİTİAD, 1974/2, s. 193-213; Öztek, S., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s. 47-48; Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 178.

⁵⁸⁹ Öztek, S., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s. 47.

⁵⁹⁰ Bürgi, F. W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, Die Aktiengesellschaft, b/2, Zürich 1969, Art. 725, N. 15 (Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2016, s. 152' den naklen).

⁵⁹¹ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 275.

⁵⁹² Kuru, B., "Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası", Makaleler, İstanbul 2006, s. 625-626.

içermesi şart değildir. Borca batıklık bildirimi, borca batıklığın hukuki anlamda tespiti talebidir. İflasın açılması ise, borca batıklığa bağlanmış, kanuni bir sonuçtur⁵⁹³.

Bildirimin hukuki niteliği konusunda doktrindeki tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, TTK m. 376 ile aynı yönde bir açıklama da İİK m. 179'da bulunmakta ve borca batıklık beyanı yeterli görülmektedir. Yargıtay da verdiği kararlarda⁵⁹⁴, kanunen öngörülen sonuçların doğması bakımından borca batıklık bildirimini yeterli görmüş, ayrıca iflas talebinde bulunulmasını aramamıştır.

bb. Bildirimin Derhal Yapılması Zorunluluğu ve Geri Alınamaması

Evvelki TTK m. 324'de borca batık şirketin yönetim kurulunun mahkemeye "derhal" bildirimde bulunması düzenlenmişken; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 376/3'de yönetim kurulunun durumu mahkemeye bildirmesi gerektiğinden bahisle yetinilmiştir. Tasfiye memurlarının bildirim yükümlülüğünün düzenlendiği TTK m. 542/1,c hükmünde; "*Şirket borçları, şirket varlığından fazla olduğu takdirde durumu derhal şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine bildirirler*" şeklindeki düzenlemeye yer verilmektedir.

Kanunlarda yer alan benzer düzenlemelerden de görüldüğü üzere, borca batıklık bildirimi yapılması için belirli bir süre öngörülmemiştir; ancak bildirimin hemen yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Borca batıklığın derhal bildiriminin zorunlu olmasının sebebi, borca batık şirketin ticari faaliyetlerine devam etmesini önleyerek; mevcut alacaklıların, veya şirketle ticari ilişki kurabilecek üçüncü kişilerin korunmak istenmesidir⁵⁹⁵.

Derhal bildirilme mecburiyetinde sürenin başlangıcı, borca batıklığın fiilen gerçekleştiği tarihten değil, yönetim kurulunun borca batıklık hâlinin gerçekleştiğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten başlar⁵⁹⁶. Yönetim kurulu, hakkında şüpheleri olsa bile, borca batıklığın kesin olarak var olduğunu, mevcudun satış değerleri

⁵⁹³ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2016, s. 152-153.

⁵⁹⁴ Yargıtay 19. HD, 2005/9265 E., 2005/12878 K. sayılı, 22.12.2005 tarihli kararı; Yargıtay 19. HD, 2004/7679 E., 2004/11354 K. sayılı, 12.11.2004 tarihli kararı.

⁵⁹⁵ Rüzgaresen, C., İflas Sebepleri, Ankara 2009, s. 532.

⁵⁹⁶ Giroud, R., Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986, s. 87 ; Pekcanitez, H., Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s. 41.

esas alınarak hazırlayacakları borca batıklık bilançosu ile öğrenebileceklerdir. Şayet, yönetim kurulu gerekli özeni gösterse idi, daha önceki bir tarihte öğrenecek idiyse, bildirim süresi, öğrenmesi gereken tarihten itibaren başlayacaktır⁵⁹⁷.

Şirketin borca batık olduğuna dair güçlü işaretler bulunmasına rağmen, bilançonun ve sair diğer evrakların hazırlanıp mahkemeye sunulması zaman alacaksa, yönetim kurulu, evrakları daha sonra sunmak üzere, borca batıklığı bildirmelidir⁵⁹⁸. Ayrıca, borca batıklık durumunun alınacak bazı tedbirlerle düzeltilmesi mümkün olsa dahi, mahkemeye bildirim yükümlülüğü, bu tedbirlerin neticelerinin beklendiği gerekçesiyle ertelenemez⁵⁹⁹.

Türk ve İsviçre doktrinlerinde, borca batıklığın derhal mahkemeye bildirilmesinin bir istisnası bulunup bulunmadığı tartışılmaktadır⁶⁰⁰. Hukukumuzda bu konuya dair bir istisna öngörülmuş değildir. Borca batıklık durumu bertaraf olmadıkça, bildirim yükümlülüğü de devam edecektir. Bu nedenle; borca batıklık devam ettiği sürece, genel kuruldan bir karar alınmak üzere durumun genel kurula bildirilmesi, şirketin malî durumunun iyileştirilmeye çalışılması, alacaklılara güvence sağlanması ve alacaklılardan bir kısmı ile sıradan çekilme sözleşmesi akdedilmesi gibi sebeplerle⁶⁰¹, borca batıklık bildiriminin yapılmasında gecikilmesi, sorumluluğu ortadan kaldıracak şekilde istisnai bir özellik taşımamaktadır⁶⁰².

Borca batıklık, ticaret mahkemesine bildirilerek şirketin iflâsı istendikten sonra, bu bildirim ve iflas talebinin geri alınmasına imkân olmadığı gibi, buna gerek de yoktur. Örnek vermek gerekirse, büyük miktardaki bir borcun, karşılıksız olarak, ortaklar tarafından ödenerek şirketin borca batıklıktan kurtarılması söz konusu olsa dahi, iflas talebi geri alınamaz çünkü böyle bir ödemenin yapılması hâlinde, mahkeme borca batıklık

⁵⁹⁷ Rüzgaresen, C., İflas Sebepleri, Ankara 2009, s. 533.

⁵⁹⁸ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 180.

⁵⁹⁹ Kuru, B., Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı-Makaleler, İstanbul 2006, s.625.

⁶⁰⁰ İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişiklikte, iflastaki sıradan çekilme sözleşmesinin, borçların aktiflerden fazla kısmını kapsamı şartıyla, borca batıklık bildiriminde bulunmama imkânı tanınmıştır.

⁶⁰¹ Bkz. Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 289 vd.

⁶⁰² Bürgi F. W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, Die Aktiengesellschaft, b/2, Zürich 1969, Art. 725, N. 15 (Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2016, s. 155' den naklen).

şartlarının ortadan kalktığını görerek, iflas kararı vermeyecektir⁶⁰³. Aynı şekilde, borca batıklık bildiriminin yapılmasının akabinde, şirket temsilcisinin yahut vekilinin, davaya devam etmek istememesi hâlinde, mahkeme gerekli araştırmayı tamamlayarak iflasa ilişkin bir karar vermelidir. Yargıtay da yapılan bildirimin geri alınamayacağını şu şekilde ifade etmektedir:

“Aktifleri pasiflerini karşılamayan anonim şirketlerin durumunun, 324’üncü maddesindeki hâlin varlığı yönünden mahkemeye bildiri yeterli olup, şirket temsilcisi veya vekili davaya devam etmese dahi mahkeme, iflasla ilgili bir karar vermelidir⁶⁰⁴”.

cc. Bildirimde Bulunacak Organ ve Kişiler

Borca batıklığın varlığı hâlinde, durumu derhal mahkemeye bildirmekle yükümlü olanlar konusunda, hem İİK hem de TTK’de düzenleme bulunmaktadır. Ancak, bildirimde bulunma yetkisi hususunda, İİK m. 179 ile Türk Ticaret Kanunu m. 376 arasında ifade birliği mevcut değildir⁶⁰⁵.

İİK m. 179’da borca batıklığı bildirmeye yetkili olanlar; idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler, şirket tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya alacaklılar olarak belirlenmiş iken, Türk Ticaret Kanunu m. 376/3’te sadece yönetim kurulunun bildirimde bulunabileceği hususuna işaret edilmektedir.

Yönetim organı ve tasfiye memurlarına yüklenen bildirim yükümlülüğü, genel kurul kararı veya esas sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi başka bir organa da

⁶⁰³ Kuru, B., Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası-Makaleler, İstanbul 2006, s.627; Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s.180; Muşul, T., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2008, s. 58; Atalay, O., Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996, s. 63; Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş bu olmakla birlikte, aksi görüşü savunan Sayhan’a göre; “Hukukumuz bakımından, yönetim kurulu ile tasfiye memurları için borca batıklık bildirimi bir görev ve yükümlülük olduğu (TTK m. 376/3, İİK m. 345/a) açık olmakla birlikte, bu organ ve kişilerin yaptıkları borca batıklık bildirimini geri almalarını engelleyici nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Zira TTK m. 376/3 ve İİK m. 345/a hükümleri, bildirimde bulunma yükümlülüğüne aykırı davranmanın müeyyidelerini düzenlemiş, usule ilişkin bir düzenleme öngörmemiştir. Kaldı ki borca batıklık konusunda yanlış bir kanaat oluşması veya bildirimde bulunduktan sonra borca batıklık şartlarının olumlu olarak değişmesi hâlinde, bu hükümler, bildirimin geri alınmasına engel olacak mahiyette kabul edilmez”; Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2016, s. 153-154.

⁶⁰⁴ Yargıtay 19. HD, 1.11.2001 tarih ve E. 4679, K. 6959 sayılı kararı; Rüzgaresen, C., İflas Sebepleri, Ankara 2009, s. 535, dpn. 2245.

⁶⁰⁵ Rüzgaresen, C., İflas Sebepleri, Ankara 2009, s. 535-536.

devredilemez. Zira İİK ve TTK'deki bildirimle ilişkin düzenleme emredici niteliktedir ve bu hükümlere uymayan esas sözleşme ve genel kurul kararları geçersizdir⁶⁰⁶.

aaa. Yönetim Kurulu

Anonim şirketin borca batık durumda olduğunu mahkemeye bildirme yetkisi yönetim kuruluna tanınmıştır (TTK m. 376/3, İİK m. 179). Yönetim kurulu; iradesini kararlarıyla ortaya koyduğundan bildirim, yönetim kurulunun alacağı bir karara dayanmaktadır⁶⁰⁷. Yönetim kurulu üyeleri, bir karara dayanmaksızın bildirimde bulunmaya yetkili değildirler. Yargıtay da verdiği bir kararında; mahkemeye yapılacak bildirimin bir yönetim kurulu kararına dayanması gerektiğini şu şekilde ifade etmektedir: “...Anonim şirketlerde aksine bir düzenleme bulunmadıkça şirketin iflasını isteme yetkisi, temsil yetkisini haiz yönetim kuruluna aittir. Bu nedenle yönetim kurulunun iflasın isteneceği yönünde karar alması gerekir. Somut olayda ise, yönetim kurulunun bu yönde bir kararı bulunmadığı gibi, 21.2.1995 tarihli 1995/1 sayılı kararda da şirketin iflasının isteneceği konusu kararlaştırılmamıştır. Mahkemece bu yönün gözetilmemesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir⁶⁰⁸.”

Anonim şirketin borca batıklık hâlini mahkemeye bildirme görevi ve yetkisi, organ olarak yönetim kuruluna verildiğinden dolayı, yönetim kurulu üyeleri bu yetkiyi münferiden kullanamazlar. Ancak, şirketi temsil edebilecek sayıda yönetim kurulu üyesinin veya şirketi temsil görevi kendisine tanınmış olan yönetim kurulu üyesinin de tek başına bildirimde bulunabileceğinin kabulü gerekmektedir⁶⁰⁹. Bu durumlarda da, bildirimin şirket tüzel kişiliği adına yapılacağı unutulmamalıdır⁶¹⁰.

Türk Ticaret Kanunu m. 390/1'e göre; “Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve

⁶⁰⁶ Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 174; Pekcanitez, H., Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s. 40; Muşul, T., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2008, s. 58.

⁶⁰⁷ Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2006, s. 46; Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 170.

⁶⁰⁸ Yargıtay 19 HD. E. 1997/5151 – 7714 sayılı, 25.09.1997 tarihli kararı.

⁶⁰⁹ Atalay, O., Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996, s. 68; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 282 vd.; Giroud, R., Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986, s. 94; Bürgi, F. W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, Die Aktiengesellschaft, b/2, Zürich 1969, Art. 725, N. 14 (Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, s. 159'dan naklen).

⁶¹⁰ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 280.

kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır”. Kanundaki sarıh kurala rağmen, doktrinde bu konuda tartışma vardır: Bir görüşe göre, borca batıklığın bildirimine ilişkin karar, ortaklığın sona ermesi gibi olağandışı bir duruma sebebiyet verdiğinden, tüm yönetim kurulu üyelerinin katılımı ile alınması zorunludur⁶¹¹. Karşı görüşe göre ise, yönetim kurulunun, şirketin borca batık olması sebebiyle, iflasının istenmesi hakkındaki kararının diğer kararlardan bir farkı bulunmadığından (esas sözleşmede aksine hüküm yoksa), olağanüstü yöntemlerle değil, genel kurala göre alınabilecektir⁶¹².

Borca batıklığın mahkemeye bildirim konusuna ilişkin doktrindeki bir diğer tartışma konusu ise; TTK m. 376/3’e göre yönetim kuruluna verilmiş bulunan bildirim yükümlülüğünün başka bir organa devredilip devredilemeyeceği hususunda idi. Bazı yazarlar⁶¹³, bildirim yükümlülüğünün, yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden olduğunu, esas sözleşme ile dahi devredilemeyeceğini savunmaktadırlar. *Atalay*’a göre de; borca batıklığın bildirilmesinin doğal sonucu, anonim ortaklığın iflasıdır. Bu denli önemli olan bir konuda, ortaklığa, alacaklılara ve kamuya karşı asıl sorumlu organ olan yönetim kurulunun, tek başına yetki sahibi olması daha doğru olacaktır⁶¹⁴.

6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanunu döneminde, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini sayan bir hüküm bulunmamaktaydı⁶¹⁵. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 375’inci maddesi ile devredilemez yetki ve görevler ilk kez düzenlenmiştir. TTK m. 375/1,g bendine göre; “Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez

⁶¹¹ Pekcanitez, H., Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s. 37.

⁶¹² Giroud, R., Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986, s. 76; Lanz, R., Kapitalverlust, Überschuldung, Sanierungsvereinbarung, Zürich 1985, s. 140; Franko, N., Sermaye Şirketlerinde İflas ve Tehiri, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 414; Rüzgaresen, C., İflas Sebepleri, Ankara 2009, s. 537.

⁶¹³ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 280; Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, s. 45; Kayar, İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 171; Toraman, B., İcra ve İflas Kanunu’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi Talebi, s. 59.

⁶¹⁴ Atalay, O., Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996, s. 66.

⁶¹⁵ Bu belirsizlikten hareketle pek çok yazar, borca batıklığı bildirim yükümlülüğünün murahhaslara devredilebileceğini savunmaktaydı; Ermenek, İ., İflasın Ertelenmesi, Ankara 2009, s. 30; Arslan, İ., Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, İstanbul 1994, s. 46; Rüzgaresen, C., İflas Sebepleri, s. 537.

görev ve yetkilerindendir”. Böylece kanun koyucu, doktrindeki tartışmalara da son noktayı koymuştur.

Borca batıklık hâlinin tespitine rağmen durumun mahkemeye bildiriminin ihmal edilmesi hâlinde ise TTK m. 553/1 gereği yönetim kurulunun sorumluluğu yoluna başvurulabilecektir⁶¹⁶. Yönetim Kurulu’nun kanun ya da esas sözleşme ile kendisine bırakılan görev ve yetkilerinin sınırları şirket esas sözleşmesi ile değiştirilebilirse de⁶¹⁷; bu organın devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki yetki ve görevlerinde böyle bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi, yönetim kurulu da bu sonucu doğuracak kararlar alamaz⁶¹⁸. Bu yönde bir karar alınması hâlinde ise TTK m. 391/1,d hükmüne göre, alınan karar batıldır. Kurulun borca batıklığı bildirim görev ve yetkisini müdürlere veya imza yetisini haiz diğer kişilere bırakması hâlinde ise kurul kararı batıl kabul edilmelidir⁶¹⁹.

bbb. Tasfiye Memurları

Tasfiye hâline giren ortaklık, tasfiyesi sonuçlanıncaya kadar tasfiye amacı ile sınırlı olmak üzere tüzel kişiliğini ve “tasfiye hâlinde” ibaresini ekleyerek ticaret unvanını koruduğu için iflas ehliyetine de sahiptir⁶²⁰. Sermaye şirketinin borca batık olduğu tasfiye sırasında da anlaşılabilir. O halde, yönetim kurulu üyeleri gibi tasfiye memurları da borca batıklığı tespit ettiklerinde, tasfiyeyi durdurarak durumu mahkemeye bildirmek zorundadır⁶²¹ (TTK m. 542/1-c, İİK m. 179).

ccc. Yönetim Kurulu ve Tasfiye Memurlarının Bildirimde Bulunmamasının Müeyyidesi

Anonim şirketin mali durumundaki bozukluk, borca batıklık aşamasına ulaşmış ve bildirimde bulunma yükümlülüğü doğmuş olmasına rağmen bunun yerine getirilmemiş

⁶¹⁶ Sayın, B. H., Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul 2015, s. 151.

⁶¹⁷ Esas sözleşme ya da genel kurul kararı ile yeni devredilemez ve vazgeçilemez yetkiler ihdas edilebilir; Doğan, B. F., Anonim Şirket Yönetim Kurulu’nun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011, s. 173.

⁶¹⁸ Yüce, A. A., Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul 2015, s. 169.

⁶¹⁹ Sayın, B. H., Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul 2015, s. 151.

⁶²⁰ Pekcanitez, H., Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s. 16.

⁶²¹ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, s. 156.

olması hâlinde, İcra ve İflas Kanunu ve TCK⁶²²'de bazı hukuki ve cezaî müeyyideler öngörülmüştür.

Anonim şirket yönetim kurulu; şirket borcunun, mevcudu ile alacağından çok olmasına rağmen şirketin bu durumundan haberi olmayan kişilerden önemli tutarda veresiye mal satın alır veya borç para alırsa, şirketin iflası “taksiratlı iflas” sayılır (İİK m. 310/4). Bu hâlde şirket yönetim kurulu üyeleri Türk Ceza Kanunu’na; *“Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması hâlinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m. 162)”*.

İİK 345/a maddesine göre ise; *“İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179’uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikayeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*.

ddd. Alacaklılar

İcra İflas Kanunu’nun 179’uncu maddesi ile alacaklılara da anonim şirketin borca batık olması durumunda mahkemeye bildirimde bulunma yetkisi tanınmıştır. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu’nun 376’ncı maddesinde alacaklıya bildirimde bulunma yetkisi tanınmamış ise de; ilgili hüküm, İİK m. 179 ile birlikte değerlendirildiğinde borca batıklık bildiriminde bulunma zorunluluğunun amacının, alacaklıların korunması olduğu söylenebilir⁶²³.

Borca batıklığın mahkemeye bildirimi, yönetim kurulu üyeleri ile tasfiye memurları için bir görev olduğu halde, alacaklılar bakımından sadece kanunun tanıdığı bir yetki olup görev değildir. Ancak kanaatimizce, bir alacaklının sermaye şirketinin iflasına karar verilmesini mahkemeden talep etmiş olması, şirketi idare ve temsil ile yetkili yönetim kurulunun borca batıklığı mahkemeye bildirim mecburiyetini ortadan kaldırmaz⁶²⁴.

İİK m. 179’da bahsi geçen “alacaklılar” kavramının kapsamı hususunda madde metninde bir açıklık bulunmamakla beraber, *Sayhan*’a göre kavramı dar yorumlamamak

⁶²² 12.10.2004 T. ve 25611 Sayılı RG.

⁶²³ Ermenek, İ., İflasın Ertelenmesi, Ankara 2009, s. 26-27.

⁶²⁴ Bkz. Giroud, R., Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986, s. 77-78; Atalay, O., İflasın Ertelenmesi, s. 52; Muşul, T., İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2008, s. 51.

gerekmektedir. Zira anonim şirket bakımından çeşitli alacaklılar söz konusu olabilir. Öncelikle anonim şirketten para ve sair alacak sahibi üçüncü şahıslar, kamu alacaklıları, anonim şirketten kâr payı ve tasfiye payı alacağı bulunan ortaklar, intifa senedi sahipleri⁶²⁵ ve tahvil sahipleri⁶²⁶ şirketten alacaklı sıfatını haizdirler⁶²⁷.

Açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan bir diğeri ise alacağın türüdür. Ne Türk Ticaret Kanunu ne de İcra İflas Kanunu'nda alacağın adı, imtiyazlı veya rehinle teminat altına alınmış olup olmaması ya da muaccel yahut müeccel olması arasında bir fark gözetildiğinden, alacağın mevcut olması yeterlidir⁶²⁸.

eee. Şirketle İlgili Diğer Kurum ve Kişilerin Bildirim Yetkisi Olup Olmadığı Meselesi

Münferit yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, pay sahiplerinin veya yönetim kurulu dışındaki ortaklığın yetkili temsilcilerinin kural olarak borca batıklığı mahkemeye bildirme yetki ve yükümlülükleri yoktur⁶²⁹. Bu kişiler ancak, yönetim kurulunca bildirim kararı alındıktan sonra bu kurulun vereceği açık bir yetkiye dayanarak bildirimde bulunabilirler, yani bildirim kararını icra edebilirler⁶³⁰.

⁶²⁵ Doktrindeki tartışma konularından birisi de; intifa senedi sahiplerinin, anonim şirketin borca batıklığını mahkemeye bildirip bildiremeyeceği hususundadır. Doktrindeki bir görüşe göre; intifa senedi sahiplerine ne TTK m. 376/3 ile ne de İİK m. 179 ile mahkemeye bildirimde bulunma yetkisi verildiğinden, anonim şirketin borca batıklığını mahkemeye bildiremez veya iflasın ertelenmesini talep edemezler; Arslanlı, H., Anonim Şirketler, C. I, İstanbul 1960, s. 154; Berkin, N., İflas Hukuku, İstanbul 1972, s. 188; Franko, N., Sermaye Şirketlerinde İflas ve Tehiri, s. 417. Sayhan'a göre ise; intifa senetleri, anonim şirketler tarafından pay sahipleri, kurucular, ortaklık alacaklıları veya buna benzer sebeplerle ortaklıkla ilgili olanlar lehine çıkartılan ve kanunda öngörülen şartlarda ortaklık kârı, tasfiye bakiyesi veya sermaye artırımında yeni çıkarılacak paylarda ön alım hakkı sağlayan kıymetli evrak niteliğini haiz senetlerdir. Dolayısıyla intifa senetleri, sahiplerine taliki şarta bağlı olmak üzere safi kâra katılma, tasfiye bakiyesine katılma veya yeni çıkarılacak hisse senetlerini satın alma hakkı sağlamaktadır. Bu sebeple, taliki şarta bağlı olmakla beraber, bu haklar gerçekleşip bir defa doğduktan sonra, malikleri alacaklı sıfatıyla bunu şirketten talep hakkına sahiptirler; İmregün, O., Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 376-377.

⁶²⁶ Tahvil sahipleri, her alacaklı gibi anonim şirkete karşı haciz veya iflas yoluyla takibe girişebileceklerinden, şirketin borca batıklığını da mahkemeye bildirme yetkileri olduğu sonucuna varılabileceği doktrinde ifade edilmiştir; Bkz. Franko, N., İflas ve Tehiri, s. 418.

⁶²⁷ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, s. 157.

⁶²⁸ Muşul, T., İflasın Ertelenmesi, s. 61.

⁶²⁹ Eriş, G., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 149, dpn. 4; von Bürgi, OR. Art., 725, N. 12 vd; Greyerz, Kapitalverlust, s. 25; Giroud, s. 94-95; Lanz, s. 141; Schmid, s. 40 (Türk, A. Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 282'den naklen).

⁶³⁰ Bkz. von Bürgi, OR. Art., 725, N. 12 vd.; Duss, s. 69; Giroud, s. 94; Koeferli, yazar borca batıklık bildiriminin, en azından yetkili yönetim kurulu üyelerinden biri tarafından imzalanması gerektiğini belirtmektedir, s. 154 (Türk, A. Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 282'den naklen).

Kanımızca, yönetim kurulu dışında Ticaret Bakanlığı ile Sermaye Piyasası Kurulunun da borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğü bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Zira TTK'nin 376'ncı maddesi emredici hükümlerden oluşmaktadır ve söz konusu hüküm uyarınca bildirim yükümlülüğü sadece yönetim kuruluna tanınmış bir yetkidir ancak diğer kanunlar ile bu maddeye bir istisna getirilip getirilmediği de önem arz etmektedir.

(1) Ortaklar

Ortakların, anonim şirketten alacaklı sıfatını haiz olduğu durum haricinde, ortak sıfatı ile borca batıklığı mahkemeye bildirme yetkisi bulunmamaktadır. Sadece alacağın doğmuş olması kaydıyla, anonim şirketin ortağının, ortaklık sıfatıyla sahip olduğu alacaklardan dolayı şirketin borca batıklığını bildirme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir⁶³¹. Yargıtay'da, ortakların tek başına mahkemeye beyanda bulunamayacaklarını⁶³², ancak bir bütün olarak bildirimde bulunmalarının mümkün olduğu şeklinde karar vermiştir⁶³³.

Pay sahipleri borca batıklığı tespit ettiklerinde, durumu denetçilere şikâyet edebilirler veya bu konuda bir genel kurul kararı alabilirler. Genel kurul kararı, borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi olabileceği gibi, bildirimde bulunmayan yönetim kurulunun azli ile yerine yenilerinin seçilmesi yönünde de olabilir⁶³⁴.

(2) Sermaye Piyasası Kurulu

SerPK'nin 97'nci maddesinde, mali durumun bozulması hâlinde uygulanacak tedbirler düzenlenmiştir. SPK'nin, yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonunda kanuna, esas sözleşme hükümlerine ya da işletmenin amacına aykırılık teşkil eden işlemler ile mevcut sermayenin azalması ya da kaybı hâllerinde TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, şirketlerden tedbir almasını istemeye yetkilidir⁶³⁵.

⁶³¹ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, s. 157 vd.

⁶³² Yargıtay 11. HD. 21.10.1991 T., 3910 E., 5543 K.; Bkz. Uyar, T., İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, İzmir 1999, s. 5995.

⁶³³ Yargıtay İİD, 7.12.1967 T., 11276 E., 11265 K. (Bkz. Olgaç, S., İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, İstanbul 1974, s. 1297); Franko, N., İflas ve Tehiri, s. 417.

⁶³⁴ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, s. 159.

⁶³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 1, §2.

(3) Ticaret Bakanlığı

Anonim şirketin borca batıklık hâlinin mahkemeye bildirimi ve iflasın ertelenmesi ile ilgili TTK m. 376/3 ve İİK m. 179 hükümlerinde, Ticaret Bakanlığı'nın bildirim yetkisi olup olmadığına dair bir açıklama yer almamaktadır.

TTK'nin 210/3'e göre; "*Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na*⁶³⁶, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl içine fesih davası açılabilir".

Sayhan⁶³⁷ ve Türk'e⁶³⁸ göre; TTK m. 376/3 uyarınca borca batıklık bildiriminde bulunması gerektiği hâlde bulunmayan, dolayısıyla kanuna aykırı işlem yapmış sayılabilecek bir anonim şirket hakkında, TTK m. 210 hükmü gereğince Bakanlık tarafından fesih davası açılabilir, ancak Bakanlığın, borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Biz de bu görüşü benimsemekle birlikte; TTK m. 376 hükmünün, borca batıklık bildiriminde bulunma yükümlülüğünü sadece yönetim kuruluna tanıdığı kanısındayız. Yargıtay'da TTK'nin 376'ncı maddesinin Bakanlığa sadece fesih davası açma yetkisi verdiği kanısındadır⁶³⁹.

Ticaret Bakanlığı'nın TTK m. 210 hükmünden aldığı yetkiye dayanarak hazırlamış olduğu "Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik"⁶⁴⁰ uyarınca denetim yapabilmesi için Bakanlığın, ilgili şirketin işlemleri

⁶³⁶ 9.7.2018 Tarih ve 30473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 703 sayılı "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlaması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 29'uncu maddesi ile "Ticaret Bakanlığı" şeklinde düzenlenmiştir.

⁶³⁷ Sayhan, İ., Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, s. 161.

⁶³⁸ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 285.

⁶³⁹ Yargıtay, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın TTK m. 210 anlamında fesih istemini içermeyen davalarının reddi gerektiği görüşündedir. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.3.1987 tarih E. 86/7665, K. 87/1621 sayılı kararına konu olayda, Bakanlık bedeli tam ödenmeden çıkarılan hamiline hisse senetlerinin iptali davası açmış, Yargıtay Bakanlığa böyle bir dava hakkının tanınmadığı sonucuna varmıştır; Karar için bkz. Batider, C. XIII, s. 319 vd.; Yargıtay'ın, Bakanlığın gerçeğe aykırı bilançonun iptali hakkında dava açamayacağı hakkındaki kararı da aynı görüşü yansıtmaktadır; Yargıtay 11. HD., 16.1.1984 tarih ve 5870/27 sayılı Kararı, Karar için bkz. Eriş, G., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 822; Normal olarak Yargıtay'ın TTK m. 376/3 uyarınca yapılacak borca batıklık bildirimi bakımından da aynı sonuca varması beklenir (Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 285, dpn. 102'den naklen).

⁶⁴⁰ 28.8.2012 T. ve 28395 sayılı RG.

hakkında re'sen veya ortakların ya da üçüncü kişilerin ihbar ve şikâyetleri üzerine denetim kararı vermiş olması gerekir⁶⁴¹.

c. Borca Batıklık Hâlini Mahkemeye Bildirim Yükümlülüğünün İstisnaları

Borca batıklık şüphesi üzerine düzenlenen bilançonun amacı; bilanço gününde sermaye şirketinin tüm malvarlığının paraya çevrilmesi hâlinde, elde edilecek olan paranın ortaklığın tüm borçlarını karşılayıp karşılamadığını tespit etmektir⁶⁴². Yukarıda kısaca aktarmaya çalıştığımız bu hususlar çerçevesinde ara bilançonun düzenlenmesi sonucunda, sermaye şirketinin borca batık olduğu tespit edildiği takdirde, asliye ticaret mahkemesine borca batıklık bildirim ile birlikte iflası talep zorunluluğu ortaya çıkar. Ancak mahkemeye bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldıran bazı istisnâî hâller de mevcuttur.

TTK m. 376/3'te öngörülen sıradan çekilme (son sıraya geçme) beyanı veya sözleşmesi, hükümde öngörülen şartları taşıyorsa, borca batıklığa rağmen durumun mahkemeye bildirilmesi gerekmez. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda; borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün tek istisnası sıradan çekilme sözleşmesi olarak yer almışsa da, bu düzenlemeden hareketle yasa koyucunun iradesinin, alacaklıların çıkarlarına zarar vermeyen diğer durumlarda da bildirim yükümünün kaldırılabilmesi veya ertelenebileceği yolunda olduğu belirtilmektedir⁶⁴³.

Konkordatonun yeniden düzenlenmesinden önce yönetim kurulu, mali durumun iyileştirilebileceği düşüncesindeyse, yapacağı tek işin iflasın ertelenmesi yoluna başvuruda bulunarak, ortaklığın mali durumuna aleniyet kazandırmak olduğu kanısına varabiliyordu. Bu durum ertelemenin amacına aykırı olarak bazen ortaklık aleyhine sonuçlar doğurabiliyordu. Bunun sonucunda yönetim kurulu da durumu mahkemeye bildirmek yerine doğrudan doğruya iyileştirme tedbirlerini kendisi devreye sokmak isteyebiliyordu⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Yıldız, Ş., Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2012, s. 99 vd.

⁶⁴² Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, s. 54; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları, s. 253.

⁶⁴³ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler, BATİDER 2016, S. 1, C. XXXII, s. 9.

⁶⁴⁴ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları, s. 289.

Bildirimin zamanında yapılmaması hukukumuzda suç olarak nitelendirildiğinden dolayı (İİK m. 345/a), mali durumun iyileştirilmesine olanak sağlayacak, alacaklıların da çıkarlarına hâlel getirmeyecek çeşitli olasılıkları aşağıda değerlendirirken bu durumu da göz ardı etmeden konuyu incelemeye çalışacağız.

aa. Ortaklığın Mali Durumunun İyileştirilmesi İmkânı

İsviçre öğretisinde kabul gören bir görüşe göre; borca batık hâlde bulunan bir ortaklık, durumu kısa zamanda iyileştirme imkânına sahipse, mahkemeye bildirim yükümlülüğünü hemen yerine getirmek zorunda değildir, öncelikle iyileştirme tedbirlerine başvurabilir⁶⁴⁵.

Türk öğretisinde ise; borca batıklık durumunda şirketin derhal mahkemeye bildirimde bulunması gerektiği (TTK m. 376/3), şirketi idare ve temsil ile görevlendirilmiş kişilerin veya alacaklılardan birinin ekonomik durumun nasıl iyileştirileceğine dair projeleri var ise bunları mahkemeye sunması gerektiği belirtilmiştir (İİK m. 179/1). Madde metinlerinden de anlaşıldığı üzere kanun koyucu, borca batık durumdaki şirketin geleceği hakkında karar verme yetkisini mahkemeye tanımıştır. Buna göre yönetim kurulu, iyileştirme tedbirlerini kendiliğinden devreye sokamaz. Aksi takdirde hem hukuki hem de cezaî sorumluluğu söz konusu olur. Fakat yönetim kurulu bir yandan bildirimde bulunurken, diğer yandan mahkeme kararı verilinceye kadar gerekli gördüğü iyileştirme tedbirlerini uygulamaya başlayabilir⁶⁴⁶.

Konuyu hukuki ve cezaî sorumluluk bakımından ele alan *Türk*'e göre de; sadece mali durumun derhal iyileştirilmesi imkânının bulunması, borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Fakat hukuksal sorumluluk bakımından İsviçre hukukunda yapılan değerlendirmelere katılmamak da mümkün değildir. Eğer bildirimin derhal yapılmaması borca batıklığın ortadan kaldırılması dolayısıyla herhangi bir zarara neden olmamışsa, yönetim kurulu üyelerinin hukuksal sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Borca batıklık tespit edildikten sonra durumun mahkemeye bildirilmemesi aynı zamanda suç sayılmışsa da (İİK m. 345/a), bu suçtan dolayı yargılama yapılması

⁶⁴⁵ Bkz., Forstmoser, P., Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, s. 249; Amonn, K./Gasser, D., Grundriß des Schuldbetreibungs, s. 308; Yazarlar İBK m. 725/2 uyarınca alacaklıların daha alt bir sıraya inmeyi kabul etmeleri durumunu buna örnek olarak göstermekte, malvarlığı durumunun yönetim kurulu tarafından kısa zamanda başka yollarla da iyileştirilebileceğini belirtmektedirler (Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 290'dan naklen).

⁶⁴⁶ Kuru, B., Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası, Makaleler, İstanbul 2006, s. 833.

alacaklıların şikâyetine bağlıdır⁶⁴⁷. Yazara göre borca batıklık giderildiği için hukuki sorumluluğun doğmadığı hâllerde cezaî sorumluluk da söz konusu olmayacaktır⁶⁴⁸.

Türk Ticaret Kanunu, yönetim kurulunu borca batıklığı derhal mahkemeye bildirmekle yükümlü tutmuştur. Kanaatimizce, kısa sürede şirketin mali durumu iyileştirilebilecek dahi olsa, yönetim kurulunun herhangi bir iyileştirme tedbirini uygulamadan evvel durumu mahkemeye bildirmesi gerekmektedir. Şayet mahkemeye bildirim yapılmaksızın iyileştirici tedbirler uygulanmaya başlanır ise, mahkemenin karar vermesini öngören kanun maddesinin saf dışı bırakılmış olacağı kanaatindeyiz.

bb. Ortaklık Borçlarının Garanti Edilmesi

Borca batıklık öğrenildikten sonra, ortaklığın borçları için üçüncü kişiler tarafından; kefalet, rehin veya garanti taahhüdü gibi, ortaklık lehine bazı taahhütlerde bulunulması durumunda da yönetim kurulunun borca batıklık bildiriminde bulunma yükümlülüğü ortadan kalkmaz çünkü böyle bir güvence de, borca batıklığın giderildiği anlamına gelmeyecektir⁶⁴⁹.

cc. Sıradan Çekilme Sözleşmesi

TTK m. 376/3 hükmünün tesisi ile kanun koyucu, borca batık şirketin mahkemeye bildirimde bulunarak şirketin iflasını talep etmesinin önüne geçmiştir. Bu kurum öğretide, sıradan çekilme⁶⁵⁰, sırada sona geçme⁶⁵¹, sıradan vazgeçme⁶⁵² gibi terimlerle adlandırılmaktadır.

TTK m. 376/3'ün gerekçesinde de açıklandığı üzere şirketin alacaklılarından biri veya birkaçı, alacaklarını, diğer alacaklıların sırasının altına yazdırır. Şirketin iflası hâlinde, diğer alacaklıların alacakları ödenmedikçe, son sıraya geçilmez (TTK m. 376/3). Bu taahhütlerin tutarı ara bilanço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflas bildirim zorunluğu yoktur. Başka bir deyişle, bu taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak

⁶⁴⁷ Yargıtay CGK, 1.6.2010 T. ve E. 2010/16-91, K. 2010/127 sayılı kararı.

⁶⁴⁸ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 292.

⁶⁴⁹ Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, s. 57; Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s. 292.

⁶⁵⁰ Aydın, A., "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TTK m. 376) Eleştirel Bir Bakış", İÜHFMD, C. LXX, S. 2, 2012, s. 111.

⁶⁵¹ Kayar, İ., "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları", 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken, MÜHFHAD, Özel Sayı, C. 18, S. 2, s. 653.

⁶⁵² Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2006, s. 42.

düzeydeyse, kısa vadeli olmayıp süreklilik arzeder nitelikteyse ve taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara bağlanmamış ise mahkemeye bildirimde bulunulmaz”.

Sırada sona yerleştirilme sözleşmesiyle, sıradan vazgeçme taahhüdünde bulunan şirket alacaklısı alacağından vazgeçmemektedir. Sırada sona yerleştirilen alacak mevcut kalmakta devam etmekte; bu alacak sadece borca batıklığın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır⁶⁵³.

dd. Ortaklığın Konkordato İstemesi

İİK ve eTTK m. 324’de olduğu gibi, TTK m. 376 hükmünde de borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün istisnalarından biri olarak konkordatoya yer verilmemiş olsa dahi hukukumuzda; konkordato yoluna gidilmesinin bir iyileştirme tedbiri olarak sunabileceğinde tereddüt bulunmamaktadır⁶⁵⁴. Ancak doktrindeki tartışma konularından birisi, mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmak yerine konkordato süresi verilmesi için talepte bulunup bulunulamayacağı hususundadır.

Konkordatoya ilişkin düzenlemeler yapılmadan evvel bazı yazarlar, borca batıklığı mahkemeye bildirip iflasın ertelenmesini talep etmeksizin konkordato teklif edilemeyeceği kanısındaydılar⁶⁵⁵. Bazı yazarlara göre ise, borca batık durumdaki anonim şirketin yönetim kurulu, yasal yükümlülüğü olan borca batıklığı mahkemeye bildirmek yerine konkordato teklifinde bulunabilir⁶⁵⁶.

Türk’e göre; konkordatonun amacı, iflasta olduğu gibi, borçluyu alacaklılar yararına kollektif bir tasfiyeye zorlamak olduğu için⁶⁵⁷, konkordato teklifiyle birlikte, yönetim

⁶⁵³ Öztekin, S., “Borca Batık Anonim Şirketlerde İflasın Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme)”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı 2015), s. 2327.

⁶⁵⁴ Atalay, O., İflas, s. 74; Atalay, O., “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, S. 47, 2003, s. 93 vd.; Eriş, G., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 250; Kuru, B., “Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası”, Makaleler, 2006, s. 628; Öçal, A., “Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar”, ATOD, 6/1975, s. 16; Öztekin, S., “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, Haziran 2005, s. 23 vd.

⁶⁵⁵ Eriş, G., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 250; Kuru, B., “Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası”, Makaleler, 2006, s. 628

⁶⁵⁶ Atalay, O., İflas, s. 73-74; Postacıoğlu, İ., İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978, s. 43-44; Postacıoğlu, İ., Konkordato, İstanbul 1965, s. 19, dpn. 2; Öztekin, S., “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, Haziran 2005, s. 31.

⁶⁵⁷ Postacıoğlu, İ., İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978, s. 44.

kurulu yasal yükümlülüğünü yerine getirmiş olur⁶⁵⁸. Aksi görüş, hem ortaklığın mali durumunu iyileştirmesini, hem de bir iyileştirme tedbiri olarak konkordatonun tasdikini geciktirir⁶⁵⁹.

Borçları muaccel olduğu hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehdidi altındaki şirket -tez çalışmamız gereği sermaye kaybına uğramış ya da borca batık şirket- vade verilmesi (vade konkordatosu) veya indirim yapılması (tenzilat konkordatosu) ile borçlarını ödeyebilecek konuma gelmek ve iflastan da kaçınmak için muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden konkordato ilân edilmesini isteyebilir (İİK m. 285) Konkordato talebine bulunmak için aranan belgeler de İİK. m.286'da tek tek sayılmıştır.

ee. Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma

İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 5092 sayılı Kanun'la⁶⁶⁰, İİK m. 309/m-309/ü hükümleri arasında sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması düzenlenmiştir. Söz konusu İİK m. 309/m hükmüne göre; vadesi gelmiş borçlarını ödeyemeyen ya da borca batık sermaye şirketleri, alacaklı ile önceden üzerinde mutabık olunan yapılandırma projesiyle birlikte işlem merkezindeki asliye ticaret mahkemesine yapılandırma başvurusunda bulunulabilir.

Hükümde açıkça, borca batık şirketin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvurabileceği öngörülmüştür. İİK m. 309 hükmünde geçen "borca batıklık" kavramının TTK m. 376'daki ile aynı anlama gelip gelmediği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamakla beraber, kanımızca borca batık durumdaki bir şirket, borca batıklığı mahkemeye bildirmek yerine uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma talebinde bulunabilir⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Türk, A., "Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler; Batider, Mart 2016, S. 1, C. XXXII, s. 14.

⁶⁵⁹ Atalay, O., İflas, s. 74; Postacıoğlu, İ., İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978, s. 43.

⁶⁶⁰ 21.02.2004 T. ve 25380 sayılı RG.

⁶⁶¹ Türk, A., Yenilik ve Değişiklikler; s. 15.

C. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK DURUMUNDA BİRLEŞMEYE KATILMA

TTK'nin 139'uncu maddesine göre; *“Borca batık durumda bulunan bir ortaklık, borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir ortaklıkla birleşebilir”*.

Böyle bir durumda yönetim kurulunun öncelikle birleşme konusunda diğer ortaklıkla müzakereler yapması, birleşme sözleşmesi imzalaması ve genel kurulu toplantıya çağırması gerekir. Bu süreç içinde ortaklığın, TTK m. 376/3 uyarınca durumu mahkemeye bildirmekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır⁶⁶². Doktrinde bazı yazarlar, yönetim kurulunun, sermaye kaybı veya borca batıklığı mahkemeye bildirmeden önce birleşme sürecini başlatabileceği kanısındadır⁶⁶³. TTK m. 139' un gerekçesinde ise; bir ortaklığın, mali durumun iyileştirilmesi amacıyla birleşme müzakerelerine girişmesinin TTK m. 376/3 gereğince borca batıklığı mahkemeye bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

1. Genel Olarak

Doktrinde bir süredir tartışılan, sermayesini belli bir oranda yitirmiş veya borca batık şirketin birleşmeye katılıp katılamayacağı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 139'ncu maddesinde kanun koyucu tarafından cevaplanarak sağlığa kavuşturucu (iyileştirici) birleşmeye (Sanierungsfusion) cevaz verilmiştir⁶⁶⁴.

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 edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir (TTK m. 139/1).

Mali durumun iyileştirilmesi kavramı (Sanierung) temelde hukuki olmaktan çok işletme ekonomisine ait bir kavramdır. Eğer bir işletme, yeterince öz kaynağa sahip olmuşsa ve bu öz kaynakları koruyup arttırabiliyor, sürekli ve istikrarlı şekilde kâr

⁶⁶² Türk, A., Yenilik ve Değişiklikler. 13.

⁶⁶³ Bkz. Manavgat, Ç./Şehirali Çelik, F. H./Kırca, İ., Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, s. 587.

⁶⁶⁴ TTK Gerekçe m. 139, s. 47.

edebiliyorsa sağlığa kavuşmuş demektir. İyileştirme, işletmenin tasfiyesinin (yerine göre iflasın) bir alternatifi olarak karşımıza çıkar⁶⁶⁵.

2. Sermayesini Yitirmiş veya Borca Batık Şirketin Birleşmeye Katılabilmesi İçin Aranılan Koşullar

İyileştirici birleşmenin uygulanması için ilk şart, şirketlerden birinin sermayesini yitirmiş veya borca batık olmasıdır. TTK m. 139 bakımından dikkati çeken husus, “borca batık” bir şirketin dahi birleşmeye katılabileceğinin belirtilmesine rağmen, ayrıca “sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısını kaybetmiş” olan şirketten de söz edilmesidir. *Kendigelen*; “çoğun içinde azın da bulunduğu” kuralı gereğince, burada sermayesini kısmen kaybetmiş bir şirketten ayrıca bahsedilmesine kesinlikle ihtiyaç olmadığı görüşündedir⁶⁶⁶.

Türk Ticaret Kanunu m. 139’un gerekçesine göre, sermayesini kaybetmiş veya borca batık şirketin devralan veya devrolunan olması önemli değildir⁶⁶⁷. Ancak her şeyden önce bu düzenleme, “ tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye katılması”nı düzenleyen TTK m. 138 hükmü ile çelişmektedir. *Al Kılıç*; TTK m. 138’de tasfiye hâlindeki şirketin sadece “devrolunan” olmasına izin verilirken; borca batık ya da sermayesini kaybetmiş olan şirketin hem “devralan” hem de “devrolunan” şirket olabilmesini eleştirmiştir⁶⁶⁸.

Sermayesini kaybetmiş ya da borca batık bir şirketin birleşmeye katılabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, birleşme neticesinde bu şirketi devralan şirketin, TTK m. 139’daki oranda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olmasıdır. Bu şartın

⁶⁶⁵ Türk, A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları, s. 60-61.

⁶⁶⁶ Kendigelen, A., Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 138.

⁶⁶⁷ TTK Gerekçe m. 139, s. 48.

⁶⁶⁸ Yazar’a göre; tasfiye halindeki şirketin durumu, sermayesini kaybetmiş ya da borca batık olan şirketin durumuna göre çoğu halde daha iyidir. Tasfiye sebepleri, sadece sermayenin kaybı ya da borca batık olma durumunun giderilememesi değildir. Bunun dışında, sürenin son bulması, şirket gayesinin gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi, haklı bir sebebin olması gibi hallerde de şirket sona ererek tasfiye haline girebilecektir. Oysa sermayenin kaybı veya borca batıklık ihtimalinde, şirket mali olarak kötü duruma düşmüş, var olan sermaye ile şirketin amacını, devamlılığını sağlaması, borçlarını ödemesi tehlike altına girmiştir. Uygulamada böyle bir şirketin başka bir şirketi devralarak kendi bünyesinde birleşmenin gerçekleşmesini sağlamasına değil; bu şirketin başka bir şirket tarafından devralınarak onun çatısı altına girmesine ya da yeni kurulan bir şirkette başka bir şirketle beraber birleşerek devam etmesine rastlanacağını söylemek yanlış olmaz. Kaldı ki, madde başlığında yer alan “...birleşmeye katılma” ifadesi de, söz konusu şirketlerin ancak devrolunan şirket olmaları halinde birleşmenin tarafı olabileceği izlenimi uyandırmaktadır; *Al Kılıç, Ş., Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*, s. 96 vd.

aranmasının sebebi, borca batık ya da sermayesini kaybetmiş olan şirket alacaklılarının korunmasıdır⁶⁶⁹.

Söz konusu kavramı incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki, şahıs şirketlerinde ve tek kişi işletmelerinde teknik anlamda sermayenin kaybindan bahsetmek mümkün değildir. Zira anılan şirketlerde “sermayenin korunması ilkesi” geçerli değildir. O nedenle, sermayesinde kayıp meydana gelen bir şahıs şirketinin birleşmeye katılması hâlinde yukarıda incelemiş olduğumuz TTK m. 139/1’deki özel koşul uygulanmayacaktır⁶⁷⁰.

3. Serbestçe Tasarruf Edilebilen Özvarlık Kavramı

“Serbestçe tasarruf edilebilen (veya serbestçe kullanılabilir) özvarlık” esas sözleşme ya da genel kurul kararıyla hiçbir amaca özgülenmemiş; ortaklığın istediği zamanda ve istediği şekilde kullanabileceği yedek akçeleri ifade eder. Söz konusu yedek akçeler, ortaklık sözleşmesi veya GK kararıyla ayrılan isteğe bağlı yedek akçeler ile harcama yeri bakımından kanunen sınırlandırılmamış kanuni yedek akçelerdir⁶⁷¹.

TTK m. 139’un gerekçesinde ise; toplam özvarlıklardan, amaca bağlı ihtiyarî yedek akçeler ve genel kanunî yedek akçenin harcamalar ayrılmış olan kısmı çıktıktan sonra kalan özvarlık üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği belirtilmiştir. Başka deyişle, “serbestçe tasarruf edilebilen özvarlık” kavramı ile sermayeye artı olarak belli bir harcanma amacına bağlanmamış yedek akçeler anlaşılır⁶⁷². Tekinalp’e göre kanun gerekçesinde yer alan bu açıklama, tanıma sadece yedek akçeler esas aldığı, yedek akçelere özgü olduğu ve özvarlığın diğer kalemleri dikkate alınmamış olduğu için eleştirilebilir⁶⁷³. Ancak özkaynağa dâhil sermaye, ortaklığın işletme konusunun elde edilmesine sıkı sıkıya bağlı bulunduğundan dolayı tanıma alınamaz. Bilançoda yeniden değerlendirme fonu ile benzeri diğer fonlar varsa bunlar sadece sermayeye

⁶⁶⁹ Al Kılıç, Ş., Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, s. 96 vd.

⁶⁷⁰ Kısaca belirtmek gerekirse, borca batık olmayıp da, sermayesi sadece zararlarla kayba uğramışsa bir kollektif ortaklık ve komandit ortaklık, kaybın ölçüsü ne olursa olsun birleşmeye katılabilir. Fakat borca batık KO ve KmO ancak TTK m. 139/1’deki şarta bağlı olarak birleşmenin tarafı olabilir; Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıkları, s. 691; İpekel Kayalı, F., Birleşmeler, s. 120.

⁶⁷¹ “Serbestçe tasarruf edilebilir özvarlık” kavramı, limited ortağın ayrılma akçesinin ödenmesi ile ilgili bir hüküm olan TTK m. 642/1, bent a’da öngörülen “şirketçe kullanılabilir bir özkaynak” kavramı ile benzerdir; Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 693.

⁶⁷² TTK Gerekçe m. 139/1, s. 46 vd.

⁶⁷³ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 693.

dönüştürülebileceklerinden, aksi halde vergi doğabileceğinden serbestçe tasarruf edilemezler. Bu nedenle tanıma dâhil edilemezler. Tanımda bir kısım kanuni yedek akçe de serbestçe tasarruf edilebilen yedek akçeler kapsamında kabul edilmiştir. Bununla TTK m. 519/3’de sadece zararların kapatılmasına, zor durumlarda işletmenin devamlılığını sağlamaya veya işsizliğin önlenmesinde kullanılabilecek, genel yedek akçenin dışında kalan kanuni yedek akçe kastedilmiştir⁶⁷⁴.

4. TTK m. 139 ile TTK m. 376’nın İlişkisi

TTK m. 139 hükmü ile sermayesini kaybetmiş veya borca batık şirketlerin de birleşmeye katılabilmesi sağlanmaktadır.

Hem TTK m. 139, hem de TTK m. 376’da kullanılan “sermaye kaybı ve borca batıklık” kavramları aynıdır. Her ne kadar TTK m. 139/1’de sermaye kaybı, “sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zararlar kaybolması” olarak tanımlansa da, aynı maddede borca batıklık hâlinde dahi birleşmenin öngörülmüş olması, kısacası “çoğun içinde azın da bulunduğu” kuralı gereğince, sermaye kaybının üçte iki oranında olduğu durumlarda da birleşme kararı verilebilir⁶⁷⁵. Bu sebeple iki madde arasında bir ilişki bulunmaktadır. TTK m. 139 uyarınca bir birleşme söz konusu olduğunda, TTK m. 376’daki düzenlemelerin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu soru kısmen olumlu cevaplanabilir.

Kaynak İBirk’nin 6’ncı maddesine kısmen karşılık gelen TTK m. 139 hükmünün temel amacı, sermaye kaybı veya borca batıklık hâlindeki şirketlerin kurtarılmasıdır⁶⁷⁶. Kaynak Kanun’un (İBirk.) 6’ncı maddesi ayrıca, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılarının, alacaklarının sırasını, diğer tüm alacaklıların alacaklarından sonraki sıraya koymayı kabul etmeleri hâlinde, ilk cümlede yer alan “serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olma” şartının uygulanmayacağına hükmetmiştir. TTK m. 139’da yer almayan bu hüküm, TTK m. 376/3’üncü fıkrasında, iflas kararı verilmeden önce mahkemeye sunulacak ve iflas kararını önleyebilecek bir tedbir olarak konulmuştur⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu; Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s. 111.

⁶⁷⁵ TTK m. 139 hükmünün eleştirisi için bkz. Kendigelen, A.; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 138.

⁶⁷⁶ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 693.

⁶⁷⁷ Görüldüğü gibi, İsviçre Birleşme Kanunu’ndaki düzenleme, İBK m. 725 ile uyum içindedir; Turanlı, H., Birleşme, s. 73.

Bu durumda akla gelebilecek sorulardan birisi de “sırada sona gitme” hâlinde, İBirk m. 6’daki düzenlemeye benzer bir şekilde, TTK m. 139/1’deki şartın aranıp aranmayacağıdır. *Tekinalp*’e göre; finansal durumu kötü olan ortak tarafından TTK m. 376/3’ün son cümlelerinde yer alan alacaklıların “ sırasında sona gitme” çaresine başvuruluyorsa, TTK m. 139/1’de aranan birleşme şartı aranmaz. Söz konusu ortaklık doğrudan birleşmeye katılabilir⁶⁷⁸.

Sermayesini, TTK m. 376’da öngörülen oranlarda kaybetmiş veya borca batık olan şirketin yönetim kurulu, TTK m. 376/1 ve 2’nci fıkraları anlamında iyileştirici bir önlem olarak, TTK m 139 uyarınca birleşmeyi, genel kurula sunabilir. Anonim şirket ayrıca TTK m. 376/3’de öngörülen ara bilanço çıkartılıp durumun değerlendirilmesi gibi işlemleri de yerine getirir, mahkemeye bildirimde bulunarak birleşmeyi bir proje olarak mahkemeye sunar⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 693-694.

⁶⁷⁹ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 693.

SONUÇ

Anonim şirketlerde sermaye kaybı ve borca batıklık ile sermayesini kaybeden veya borca batık şirketlerin birleşmeye katılması başlıklı tez çalışmamızda; birleşme kavramı, birleşme nedenleri, birleşme türleri, birleşmeye hâkim olan ilkeler, sermaye kaybı ve borca batıklık kavramları, sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ile sermayesini belirli oranda kaybetmiş veya borca batık durumda bulunan bir anonim şirketin birleşmeye katılmasına ilişkin süreç incelenmeye çalışılmıştır.

Bilindiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bir birleşme tanımı yapılmamış, 6762 sayılı evvelki Türk Ticaret Kanunu'nda da olduğu üzere birleşme türlerinden bahisle yetinilmiştir. Doktrinde ise birleşme kavramına ilişkin pek çok tanım bulunmakla beraber, bu tanımlar hemen hemen aynı sonucu vermektedir. TTK'nin birleşme başlıklı 136'ncı maddesi ve doktrinde yapılmış olan tanımlardan hareketle bize göre birleşme; *“En az iki şirketin yetkili organlarınca akdedilmiş olan bir birleşme sözleşmesine dayanılarak, tasfiyesiz infisah ilkesi gereğince ve küllî halefiyet yolu ile ticaret şirketlerinin birinde veyahut yeni kuracakları bir şirkette tüzel kişiliklerini devam ettirdikleri bir yeniden yapılandırma modelidir”* şeklinde tanımlanabilir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, TTK m. 136-158'de düzenlenmiş fakat yapısal değişikliklerin uygulanma alanına dair m. 134/2'de; *“Diğer kanunların, bu Kanunun 135 ilâ 194'üncü maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır”* denilmiştir.

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin hükümler (TTK m. 134-194), genel norm ve üst norm özelliğine sahiptir. Ancak üst norm özelliği bir kanun ile verildiğinden, sonradan çıkan başkaca özel kanunlarla bu özelliğin bertaraf edilmesi mümkündür.

Yapı değişikliği türlerinden birisi olan birleşmeye ilişkin hükümler sadece Türk Ticaret Kanunu'nda yer almamaktadır. TTK'nin yanı sıra Türk Borçlar Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bankacılık Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Kooperatifler Kanunu, Sigortacılık Kanunu ve ilgili mevzuatta da birleşmeye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Ticari işletmeler de dâhil olmak üzere her türlü işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri, TBK m. 202' de düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 203. maddesinde de bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi düzenlenmiş ve bu hâlin esas itibarıyla TBK'nin 202. maddesi hükmüne

tâbi olacağı belirtilmiştir⁶⁸⁰. TBK'nin 203'üncü maddesinde hükme bağlanan, *"İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesinde"*, esas olarak birleşme ve şekil değiştirme amaçlanmamış; borcun dış üstlenmesindeki alacaklının rızası ilkesine, ticari işletmenin devrinde olduğu gibi bir istisna getirilmiştir⁶⁸¹. TBK m. 202-203 arasındaki en önemli fark ise, m. 202'de devir sonucunda işletme sahibi değişirken, m. 203'de işletmenin sahibi/sahipleri yeni kurulan şirkete katılır ve işletmenin sahibi kalmaya devam eder⁶⁸².

İşletmelerin birleşmesine ilişkin bir diğer düzenleme ise TTK m. 11/3'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; *"Ticari işletme, malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin tek tek yapılmasına gerek olmadan bütün hâlinde devredilebilir, diğer işlemlere ve bu kapsamda birleşmeye de konu olabilir"*⁶⁸³. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilân edilir (TTK m. 11/3)".

TBK'nin 203'üncü maddesinde hükme bağlanan birleşme, borcun üstlenilmesi sözleşmesi niteliğindedir ve bu sözleşme için bir şekil şartı öngörülüş değildir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer verilen birleşme ve devralma, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'ndaki anlamlarından farklı yorumlanmaktadır. Zira Rekabet Hukuku, birleşme ve devralmaların rekabet koşulları üzerindeki olumsuz etkilerini gidermek gayesindedir ve bu sebeple birleşmenin gerçekleşmesinden sonraki dönemle ilişkilidir.

Birleşme ve devralmaların denetiminin düzenlendiği, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da artan yoğunlaşma sonucunda (birlikte veya tek başına) hâkim durum ortaya çıkıyorsa, RKHK, birleşme veya devralmayı kamu yararını gözeterek yasaklamaktadır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve bu kanuna dayandırılarak çıkarılan tebliğlerde ise banka birleşme ve devirleri ele alınmaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre; diğer ticaret ortaklıkları gibi bankalar da yeni kuruluş ve devralma yoluyla birleşebilirler. Bankacılık Kanunu'nun, bankalar için anonim şirket türünü zorunlu tür olarak tespit etmesi nedeniyle (BankK. m. 7/1-a), özel kanunla kurulmuş olan bankalar

⁶⁸⁰ Arkan, S., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s. 41.

⁶⁸¹ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 149.

⁶⁸² Arıcı, M. F., Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 44.

⁶⁸³ Ayhan, R./Çağlar, H., Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 149.

dışında Türkiye’de kurulacak olan mevduat, katılım, kalkınma ve yatırım bankalarının anonim şirket şeklinde kurulmaları şarttır.

Bankaların birleşmesi, anonim şirketlerdeki düzenlemeye paralel olarak ihtiyari olsa da; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Kısıtlayıcı Önlemler” başlıklı 70. maddesinde; “Mali bünyesi bozulan bir bankanın, Bankacılık Kanunu’nda öngörülen düzeltici (BankK. m. 68) ve iyileştirici önlemleri (BankK. m. 69) almaması veya bu önlemlerin alınmasına rağmen mali bünyedeki sorunların giderilememesi ya da sonuç alınamayacağının belirlenmesi hâllerinde Kurulun, mali bünyesi bozuk olan bankadan, istekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesini isteyebileceğine dair düzenleme getirilmiştir (BankK. m. 70/1-f)”. Kurul, bu önlemi re’sen alıp uygulayamayacağından; zorunlu birleşmeden farklıdır.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’na göre, vergi mükellefi işletmeler, sermaye şirketleridir. Bu bakımdan vergi mevzuatımız açısından şirket birleşmeleri Kurumlar Vergisi Kanunu’nda düzenlenmiştir. KVK’de devir yoluyla birleşme, yeni kuruluş yoluyla birleşme ayrımı yapılmamış buna keza Türk Ticaret Kanunu’nda birleşmenin tasfiyesiz sona erdiği belirtilmiş olmasına rağmen Kurumlar Vergisi Kanunu birleşmeyi tasfiye hükmünde kabul etmiştir.

KVK sistemine göre birleşmeler vergili ve vergisiz olarak ikiye ayrılmış; vergili birleşmeler “birleşme”, vergisiz birleşmeler ise “devir” olarak adlandırılmıştır.

SerPK’nin 97’nci maddesinde, mali durumun bozulması hâlinde uygulanacak tedbirler düzenlenmiştir. SPK, yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonunda kanuna, esas sözleşme hükümlerine ya da işletme amacına ve mevzuatına aykırı görülen durum ve işlemler ile sermayenin azalması veya kaybı hâlinde, TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, anonim şirketlerden gerekli tedbirleri almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye yetkilidir. Sermayenin eksilmesi ve kaybı hâlinde alınması emredilen tedbirlerin uygulanması bakımından TTK hükümleri açıkça saklı tutulduğundan, SerPK bir sınırlama getirmemektedir. Bu sebepten ötürü halka açık anonim ortaklıklar da TTK ve İİK hükümlerine tabidir. Ancak TTK m. 139’da sermaye kaybı veya borca batıklık durumunda olan ve birleşmeye katılacak şirketin devralan veya devrolunan şirket olması konusunda bir kısıtlama yer almamakta iken SPK’nin çıkardığı Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği’nin 5’inci maddesinin 5’inci fıkrası ile getirilen sınırlama uyarınca; *“TTK’nin 376’ncı maddesi hükmü çerçevesinde aktiflerin satış fiyatı esas alınarak*

düzenlenen bilanço'ya göre sermayesinin üçte ikisi karşılıksız kalan ortaklık, devralan ortaklık sıfatıyla birleşme işlemine katılamaz”.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere söz konusu şirket, devrolunan sıfatıyla birleşme işlemine katılabilir. Ayrıca sermayesinin üçte ikisini kaybetmiş olan söz konusu şirket genel kurulu, sermayeden kalan üçte bir ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermezse, şirket kendiliğinden sona erer (TTK m. 376/1).

Kooperatifler, TTK’de değil; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nda düzenlenmiş olmakla beraber, TTK’de de kooperatiflere ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Bu hükümlerden birisi de geçerli birleşmeleri düzenleyen TTK m. 137/3 hükmüdür. Hükme göre kooperatiflerin, kooperatif ve sermaye şirketleriyle devralan ya da devrolunan şirket olarak birleşmeleri mümkünken, şahıs şirketleri ile ancak devralan şirket olarak birleşebilecekleri düzenlenmiştir (TTK m. 137/3). Diğer bir deyimle, kooperatifler birleşme hukuku bakımından sermaye şirketi gibi işlem görmektedir.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nda da sermayenin yarısının karşılıksız kalması ve borca batıklık gibi mali durumun bozulmaları düzenlenmiştir. Mali durumun bozulması hâlinde yönetim kurulu, bir yandan genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırıp durumu arz etmeli, diğer taraftan da mahkemeye ve Ticaret Bakanlığı’na kooperatifin durumunu bildirmelidir. Kanunda mahkemeye verilecek bilginin niteliği hakkında bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte bizce hükmün amacı, TTK m. 376’da olduğu gibi, sermaye kaybının olduğunu mahkemeye bildirerek ileride İİK m. 285 vd. hükümlerine göre konkordato talebi aşamasına gelinmeden mahkemeyi bilgilendirmektir.

Netice itibarıyla kooperatifler, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na tâbi olmakla beraber Koop.K.’nin 98’inci maddesine göre; *“Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu’ndaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır”* şeklindeki düzenleme sebebiyle Koop.K.’nin 63’üncü maddesinde mali durum bozulmasına ilişkin boşluk bulunduğu takdirde TTK’nin anonim şirketin sermaye kaybı ve borca batık olma durumu ile ilgili 376’ncı maddesi uygulanacaktır⁶⁸⁴.

Özellikle tez konumuz gereği TTK m. 139 anlamında birleşme hususunda Koop.K.’de bir düzenleme bulunmamakla beraber, sermayesini kaybetmiş ya da borca

⁶⁸⁴ Adıgüzel, B., “Konut Yapı Kooperatiflerinde İflas Erteleme Süreci ve Borca Batıklık Sorunu”, EÜHFD, Haziran 2013, S. 1, s. 55-85.

batık bir kooperatif şirketin de TTK m. 139'daki şartları sağlaması ile birlikte iyileştirici birleşmeye katılabilmesi mümkündür.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na göre ülkemizde sigorta sözleşmesi yapabilecek kuruluşlar, ya bir anonim şirket veya kooperatif niteliği taşımak zorundadır (SK. m. 3/1). TTK 124'üncü madde uyarınca, anonim ve kooperatif şirketler, ticaret şirketlerindendir ve ticaret şirketlerinin birleşmesi de TTK m. 136 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.

Sigortacılık Kanunu'nun 10'uncu maddesinde, birleşmenin geçerli olması *Bakanın iznine bağlanmıştır*; Bakanın izni olmadan Ticaret Sicil Müdürünün birleşme kararını tescil etmemesi gerekir.

Anonim şirketler hakkında TTK m. 376'da hükme bağlanmış olan “sermayenin kaybı ve borca batıklık” hükmü yanında, Sigortacılık Kanunu'nun 20'inci maddesince de Sigorta şirketinin mali bünyesinin, sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye düşürecek derecede zayıflamakta olduğunun tespiti hâlinde tedbir alınacaktır (SK m. 20/1). Ancak alınan tüm tedbirlere rağmen sigorta şirketinin mali durumu TTK m. 376 ve İİK m. 179 anlamında bozulursa, anonim ortaklıklara ilişkin düzenlemeler, sigorta şirketleri için de uygulanacaktır.

Birleşmeye ilişkin TTK ve diğer mevzuatlardaki düzenlemeler bu şekilde olmakla beraber, birleşme sürecine hâkim olan ilkeler de oldukça önem arzeden bir konudur. Şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona erme, küllî halefiyet, pay sahipliğinin devamlılığı ve alacaklıların korunması ilkeleri evvelki Türk Ticaret Kanunu döneminde olduğu gibi varlığı sürdürmekle beraber; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile nevilerin aynı olması koşulu kaldırılmış “türler arası serbest birleşme ilkesi” kabul edilmiştir.

TTK m. 533/1 hükmüne göre; “*Sona eren şirket tasfiye hâline girer, Kanundaki istisnalar saklıdır*”. Hükümden de anlaşıldığı üzere tasfiyesiz infisah ancak kanunda açıkça öngörülen hâllerde söz konusu olabilir; işte birleşme de bu istisnai durumlardan biridir. Birleşmede en az iki ticaret şirketinden birisi (devrolunan şirket) ya da yeni kuruluş suretiyle birleşmede, birleşmeye katılan ticaret şirketlerinin tamamı tasfiyesiz infisah eder.

Sermayenin üçte ikisinin kaybı hâlinde genel kurul kalan üçte bir sermaye ile yetinilmesine ya da sermayenin tamamlanmasına karar vermezse anonim şirket infisah eder⁶⁸⁵. Yine TTK m. 376/3 uyarınca, borca batık durumdaki bir şirketin yönetim

⁶⁸⁵ Tekinalp, Ü./Poroy, R./Çamoğlu, E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005, s. 810.

kurulunun durumu mahkemeye bildirmesi üzerine mahkeme, anonim şirketin iflasına karar verebilir. TTK m. 529/1,e bendinde de iflasın, anonim şirketin infisah sebeplerinden olduğu kanun koyucu tarafından belirtilmiştir.

Kanımızca, sermayesini kaybetmiş ve borca batık bir anonim ortaklığın birleşmeye katılması, borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün, dolayısıyla da iflasın ve şirketin infisahının bir istisnası niteliğindedir. Bu sebeple birleşmeye katılacak olan, sermaye kaybı veya borca batık durumdaki şirketin veya şirketlerin tasfiyesiz infisahı söz konusu olacaktır.

Birleşmede tasfiyenin bulunmaması, devreden ortaklığın ekonomik ve ortaksal devamlılığını korumak amacına yöneliktir ve ancak küllî halefiyet yolu ile bu ekonomik devamlılık sağlanabilir ve ortakların hakları korunabilir. Bu hususa, TTK'nin 136'ncı maddesinin son fıkrasında, *“birleşmeyle devralan şirketin devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devraldığı”*⁶⁸⁶ ifade edilmek suretiyle işaret edilmiştir.

Sermaye şirketlerinin birleşmesinde, aynı veya nakdi ayrılma akçesine ilişkin bir kararın birleşme sözleşmesi ile hüküm altına alınması da, bir kısım malvarlıklarının birleşme sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılması niteliğini taşımamaktadır. Zira ayrılma akçesi, genel kurulda ayrılma akçesi ödenmesi kararının alındığı zaman değil, birleşme kararının sicile tescil edileceği zaman muaccel olacağından, tescil ile birlikte ayrılma akçesinin ödenmesinden sorumlu olan, devralan veya yeni kurulan şirket olacaktır.

TTK'nin 153'üncü maddesine göre de; *“Birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer”*.

Ortaklık payının ve haklarının korunması ilkesi uyarınca da, devrolunan şirketin ortaklarının, devredilen malvarlığının karşılığı olarak, devralan şirkette ortaklık hakları/payları elde etmesi gerekmektedir. Bu talep hakkının ne şekilde hesaplanacağı, TTK m. 140/1'de belirtilmiştir ancak Kanun koyucu, değişim oranının tayini ile ilgili herhangi bir ölçüt getirmemiştir. Değişim oranının tespiti için öncelikle, birleşmeye katılan şirketlerin birer birleşme bilançosu düzenlemeleri gerekir. Değişim oranının tespiti için, her bir şirkete ait özvarlıkların tasfiye değeri değil, yaşayan (gerçek) değeri

⁶⁸⁶ Moroğlu bu cümleye “külli halefiyet” kavramının eklenmesi gerektiği görüşündedir; bkz. Moroğlu, E., Değerlendirmeler ve Öneriler, Ankara 2006, s. 86.

göz önünde tutularak hazırlanmış olan TTK m. 144'deki ara bilanço esas alınmalıdır. Uygun değerde ortaklık payı/hakkı verilmemesi durumunda, ortaklar söz konusu kararın ilânından itibaren 2 ay içinde mahkemeden bir denkleştirme akçesinin ödenmesini talep ve dava edebilirler (TTK m. 192/1).

Sermaye kaybı veya borca batıklık hâlindeki devrolunan şirketin ortak veya ortaklarından birleşmeye karşı olanlar da, ayrılma akçesi olarak şirketten ayrılabilirler. Özellikle mali durumu iyi olan bir şirketin, borca batık bir şirketle birleşmesi hâlinde, sağlıklı şirket borca batık şirketin tek veya asıl alacaklısı olmadığı müddetçe, sağlıklı şirket borca batık şirketin pasif fazlasını kendi üzerine almış olacağından, alınan birleşme kararından memnun olmayan devralan şirket ortaklarına da aynı imkân tanınmalı, isterlerse ayrılma akçesini alarak çıkmalarına izin verilmelidir.

Ayrılma akçesi, Gerekçede yazıldığı şekilde devrolunan şirket tarafından ödenecek ise bu durumda devrolunan şirketin ayrılan ortakların paylarını iktisap etmesi gerekir. Ancak devrolunan şirket, sermayesini belirli oranlarda kaybetmiş veya borca batık hâlde bulunduğu için ayrılma akçesini dahi ödeyemeyecek durumda ise, ayrılma akçesinin devralan şirket tarafından ödenmesi de öngörülebilir.

Ortaklık payının ve haklarının korunması ilkesinin istisnaları niteliğindeki denkleştirme ödemesi ve ayrılma akçesine ilişkin düzenlemeler de bu şekilde olmakla beraber birleşme neticesinde, birleşmeye katılan şirket ya da şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesi ve malvarlıklarının bir kül halinde devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmesi, özellikle şirket alacaklıları açısından bir takım sakıncalar doğurabilir.

Alacaklıların korunmasıyla ilgili olarak düzenlenen TTK m. 157'de, eTTK m. 150 hükmüne benzer bir "birleşmeye itiraz" hakkı verilmeyerek, şirketlerin birleşmelerine ilişkin hukukî düzenlemelerde alacaklılara söz hakkı tanınmamıştır. Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde şirketten teminat talep edebilirler (TTK m. 157/1). Yükümlü şirket, alacaklıların zarara uğramayacak olması şartıyla teminat yerine borcu da ödeyebilir (TTK m. 157/4).

TTK m. 139 hükmünün lafzını incelediğimizde, ticaret şirketlerinin birleşmesinde özel hâllerden birini oluşturan bu birleşme türünün, devralma yoluyla birleşmeye bir örnek teşkil edeceğini düşünmekteyiz. Doktrinde genel kabul gören görüş de bu şekildedir. Zira TTK m. 138'de tasfiye hâlindeki şirketin sadece "devrolunan" olmasına izin verilirken; borca batık ya da sermayesini kaybetmiş olan şirketin hem "devralan"

hem de “devrolunan” şirket olabilmesi mümkün görülmemektedir. Her şeyden evvel tasfiye hâlindeki şirketin durumu, sermayesini kaybetmiş ya da borca batık olan şirketin durumuna göre çoğu hâlde daha iyidir. Çünkü tasfiye sebepleri, sadece sermayenin kaybı ya da borca batık olma durumunun giderilememesi değildir. Oysa sermayenin kaybı veya borca batıklık ihtimalinde, şirket mali olarak kötü duruma düşmüş, var olan sermaye ile şirketin amacını, devamlılığını sağlaması, borçlarını ödemesi tehlike altına girmiştir. Uygulamada böyle bir şirketin başka bir şirketi devralarak kendi bünyesinde birleşmenin gerçekleşmesini sağlamasına değil; bu şirketin başka bir şirket tarafından devralınarak onun çatısı altına girmesine ihtiyaç vardır ve bu nedenle, sermaye kaybı veya borca batıklık hâlindeki bir şirketin yönetim kurulu, hazırlayacağı bir birleşme planını genel kurula sunarak, serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olan bir şirketle, “devrolma yoluyla birleşmeyi” teklif etmelidir.

TTK m. 376 hükmü anonim şirketlerde sermaye kaybı ve borca batıklık hâllerini düzenleyen bir hükümdür. TTK m. 376/1’e göre; son yıllık bilançodan, sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu derhal toplantıya çağırmalı ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunmalıdır. Kanunda, iyileştirici önlemlerin neler olduğu açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, TTK m. 139’daki şartları taşıması kaydıyla birleşme, bu önlemlerden birisidir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının (en az) yarısının (f. 1) ve (en az) üçte ikisinin (f. 2) zarar sebebiyle karşılıksız kalması hâlinde özel önlemler alınması öngörülmüştür. Öğretide, bu duruma “Sermaye Kaybı” adı verilmektedir. Aynı kavram TTK m. 139/1’de ise, “bilanço zararının, şirket sermayesi ile kanuni yedek akçesinin toplamının yarısına ulaşması” olarak tanımlamıştır. Borca batıklığı ise İİK m. 179 hükmünü de göz önünde bulundurarak; *“ortaklık aktiflerinin, ortaklık alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi”* veya *“borçların aktiflerden fazla olması (borçların malvarlığını aşması)”* şeklinde ifade edebiliriz.

Sermayesini belirli oranlarda kaybeden veya borca batık durumdaki bir şirketin birleşmeye katılabilmesi ve sürecin sağlıklı biçimde ilerleyebilmesi için sermaye kaybı düzeyinin tespiti büyük önem arz etmektedir. Sermaye kaybı; *“esas (çıkarılmış) sermaye ile yasal yedek akçeler toplamından, öz kaynakların çıkartılması”*, diğer bir ifade ile

“bilanço zararından, yasal yedek akçeler dışındaki açık yedek akçelerin çıkartılması” ile bulunacaktır.

Öncelikle burada kastedilen sermaye, durumun tespit edildiği tarihte esas sözleşmede yazan, sicile tescil edilmiş esas sermayedir. Öz kaynak ise, ortaklığın toplam aktif tutarı ile borçları arasındaki farktır.

Yeni TTK, 6762 sayılı TTK m. 324’den farklı olarak, sermaye kaybının tespitinde yalnızca esas sermayeyi veya çıkarılmış sermayeyi değil, bunlara ek olarak kanuni yedek akçeleri de hesaba katmaktadır. Yeni düzenlemeye göre, sermaye kaybının tespiti sırasında esas sermaye ile birlikte hesaba katılacak olan yasal yedek akçe kavramına öncelikle Türk Ticaret Kanunu’nun 519. maddesine göre ayrılan genel yasal yedek akçe dâhildir⁶⁸⁷. TTK 519. maddenin 3. fıkrası uyarınca esas veya çıkarılmış sermayenin yarısına ulaşıncaya kadar ayrılması zorunlu olan yedek akçe, genel yasal yedek akçenin esas itibarıyla zararların kapatılmasına tahsis edilen kısmını oluşturmaktadır ve pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması da mümkün değildir. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 509/2 hükmüne göre, kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. Türk Ticaret Kanunu’nun 520. maddesinde; ortaklığın kendi paylarını edinmesi hâlinde edinilen paylar için ödenen bedel ölçüsünde ayrılması öngörülen yasal yedek akçeler de, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen, kâr payı olarak dağıtılamayan yasal yedek akçe niteliği taşımaktadır ve bunların da Türk Ticaret Kanunu m. 376/1 ve 2 anlamında yasal yedek akçelere dâhil olduğunun kabulü gerekir. TTK m. 520/2 uyarınca ayrılması zorunlu olan yeniden değerlendirme fonu da üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen bir yasal yedek akçe olup, bu da Türk Ticaret Kanunu 376/1 ve 2’de sözü edilen yasal yedek akçelere dâhildir.

Türk Ticaret Kanunu’nun “sermayenin kaybı, borca batık olma durumu” başlıklı 376’ncı maddesinde; sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının ve üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığının, son yıllık bilançodan anlaşılacağı hükmü yer almaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki yönetim kurulu, ortaklığın yönetiminden ve hesaplarından sorumlu organdır (Bkz. TTK m. 365). Bu nedenle yönetim kurulu, ortaklığın mali durumundaki her türlü gelişmeyi yakından izlemek durumundadır. Türk Ticaret Kanunu’nun gerekçesinde de; borca batıklık durumunun yıllık bilançodan anlaşılacağı ancak, söz konusu açığın bir ara bilançodan anlaşıldığı veya TTK m. 378’e

⁶⁸⁷ TTK Gerekçe m. 376, s. 115.

göre çalışan riskin erken tespiti komitesinin vereceği raporlarda belirtilmişse, yönetim kurulunun son yıllık bilançoyu beklememesi gerektiği belirtilmiştir.

Son yıllık bilançodan, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, şirket sermayesinin ½ oranında kaybedildiği kabul olunur. Bu durumda yönetim kurulu, genel kurulu toplantıya çağırır ve iyileştirici önlemleri sunar (TTK m. 376/1). Yasada genel kurulun “hemen” toplantıya çağırılması öngörüldüğüne göre, yönetim kurulu ilk yapılacak olağan toplantıyı beklemeden genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmalıdır. TTK m. 376/1 hükmüne göre alınabilecek önlemlerden birisi de; şirketin, söz konusu sermaye kaybını karşılayacak ölçüde serbestçe kullanılabilir öz varlıkları olan bir şirketle birleşmesidir.

Şirketin son yıllık bilançosundan, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, derhâl toplantıya çağırılan genel kurul, sermayenin 1/3’ü ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermezse şirket kendiliğinden sona erer (TTK m. 376/2). Genel kurul toplantıya çağırıldığı hâlde toplanamaz, ikinci çağrı da sonuçsuz kalırsa (TTK m. 418) veya toplanan genel kurul 2/3 oranında sermaye kaybı kendisine bildirildiği hâlde yasada öngörülen kararlardan birini almazsa ortaklık kendiliğinden sona erer.

Borca batıklık durumunda ise şirketleri daha ağır ve ciddi sonuçlar beklemektedir. Şirketin borca batık olduğu yönünde şüphelerin oluşması üzerine çıkarılacak olan ara bilançodan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin, bir diğer ifade ile şirketin borca batık olduğunun anlaşılması üzerine, anonim şirketin yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirecek ve şirketin iflasını isteyecektir (TTK m. 376/3).

Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de olası satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. İki bilanço arasında uyumsuzluk bulunduğu takdirde ise aktiflerin muhtemel satış fiyatları baz alınarak hazırlanan ara bilanço, şirketin borca batık olup olmadığının tespiti için kullanılacak yegâne bilançodur.

Kanun koyucu, yalnızca borca batıklık sebebine dayanan doğrudan iflas hâli bakımından, iflasın ertelenmesi kurumuna başvuru imkânını getirmekte idi. Kanun koyucu, iflas erteleme kurumuna yapılan haklı eleştirilere kayıtsız kalmamış ve iflasın ertelenmesi kurumunu kaldırarak, yerine konkordato kurumunu getirmiş ve bazı

düzenlemeler yapmıştır. 7101 sayılı İcra İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁶⁸⁸ 3. Maddesindeki düzenlemenin akabinde İİK m. 179 hükmüne göre; *"Sermaye şirketlerinin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler, şirket tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları ya da bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemeye tespit edilirse, önceden takip yapılmasına gerek kalmaksızın bunların iflâsına karar verilir. Türk Ticaret Kanununun 377 nci maddesi hükmü saklıdır."* hâlini almıştır.

Borca batıklık durumunun mahkemeye bildirilmesinden önce genel kurul kararı ile şirketin feshine karar verilmiş olması da bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Mahkemeye yapılacak borca batıklık bildirimi, konkordato talep edilebilmesinin ve buna ilişkin yargılamanın başlayabilmesi için gerekli şekli şartlardan biridir. Borca batıklığın derhal bildirilme mecburiyetinde sürenin başlangıcı, borca batıklığın fiilen gerçekleştiği tarihten değil, yönetim kurulunun borca batıklık hâlinin gerçekleştiğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten başlar. Ayrıca, borca batık hâle gelmiş bir şirketin durumunun başka tedbirlerle düzeltilmesi mümkün olsa bile, borca batıklığın bildirilmesi için, bu tedbirlerin neticesi beklenemez.

TTK m. 376/3'te öngörülen sıradan çekilme (son sıraya geçme) beyanı veya sözleşmesi, hükümde öngörülen şartları taşıyorsa, borca batıklığa rağmen durumun mahkemeye bildirilmesi gerekmez. Sırada sona yerleştirilme sözleşmesiyle, sıradan vazgeçme taahhüdünde bulunan şirket alacaklısı alacağından vazgeçmemekte, alacak mevcut kalmaya devam etmektedir; bu alacak sadece borca batıklığın hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

TTK m. 139'un gerekçesinde ise; bir ortaklığın, mali durumun iyileştirilmesi amacıyla birleşme müzakerelerine girişmesinin TTK m. 376/3 gereğince borca batıklığı mahkemeye bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

⁶⁸⁸ 15.03.2018 T. ve 30361 sayılı RG.