

ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ, BÖLÜNMESİ VE MALVARLIĞININ DEVRİ SÖZLEŞMELERİNDE, ŞİRKETLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE ÖNCEDEN YAPTIKLARI BORÇLANDIRICI SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ AKİBETİ...

MERGERS OF COMPANIES, DIVIDING, AND TRANSFER OF THEIR ASSETS, LEGAL RESULTS OF COMPANIES' PREVIOUS DEBT CONTRACTS WITH THIRD PARTIES

İbrahim KAPLAN*

Özet: Bu makalemdede; önce genel olarak şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devri sözleşmeleri incelenecek daha sonra birleşen, bölünen ve malvarlığını devreden bu şirketlerin, üçüncü kişi ve şirketlerle önceden yaptıkları uzun süreli ve vadeli borçlandırıcı sözleşmelerin hukuki akıbeti incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Birleşme Sözleşmesi, Bölünme Sözleşmesi, Malvarlığının Devri Sözleşmesi, Sürekli ve Devamlı Sözleşme, Sözleşmenin Devri ve Katılma Sözleşmesi

Abstract:

In this article, first, in general, the Merger, Division, and Asset Transfer Agreements of Companies will be examined, and then, of these companies that merged, divided and transferred their assets, the legal basis of the long term and term borrower contracts with third parties and companies will be observed.

Keywords: Merger Agreement, Division Agreement, Asset Transfer Agreement, Continuous and Continuous Contract, Transfer of Contract, and Participation Agreement.

§ 1 Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri (FusG Art. 3.- Art. 77; TTK'nın 134 -194)

I. Genel Olarak

İsviçre Birleşme Kanunu FusG Art.3 ile Art.77 TTK'nın 134. maddesi ile 194. maddesi arasında şirketlerin birleşmesi ve bölünmesinde; birleşen veya bölünen şirketler ile yeni şirketler arasında akdedilen

* Prof. Dr., ibrahimkaplan99@hotmail.com, ORCID: Makalenin Gönderim Tarihi: 24.11.2020, Kabul Tarihi: 24.11.2020

sözleşmeler öngörülmüştür. Mal varlığının devrinde ise; devreden şirket ile devralan şirket arasında devir sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler sonuçta, şirketlerin tüzel kişilik yapısının değiştirilmesine yönelik temel metinlerdir. Bu sözleşmelerin aşamaları şunlardır;

Bu sözleşmelerin kurulma aşamaları, sözleşme taraflarının kimler olduğuna ilişkin tespitler ve değerlendirmeler şu şekildedir;¹

Birleşme Sözleşmesi; ilk olarak, birleşme işlemlerine katılan şirketler arasında imzalanmaktadır.

Devreden şirket ile devralan şirket ortakları arasında yapılan birleşme sözleşmesinden sonra, ikinci olarak; yeni şirket ile eski şirketin ortakları arasında da fiilen gerçekleşen sözleşmedir. Bu sözleşmeler, fiili sözleşme ilişkisi içinde ortaya çıkar.

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Malvarlığı devri sözleşmesi ise; devralan şirket ile devreden şirket arasında yapılan sözleşmedir. Sözleşmenin ikinci aşaması yani ortaklar arasında gerçek bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, bu şirketlerin ortaklarına şirketin yapı değişikliğindeki sözleşmelerde ortaya çıkan hukuki noksanlıklara karşı, ilgili hukuki yollara başvurma imkânı ile hukuki sorumluluk davası açma hakkı da tanınmış bulunmaktadır.²

II. Şirketlerin Birleşmesi Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

TTK m. 145 hükmüne göre; Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Sözleşme, birleşmeye katılan şirketlerin, yönetim organlarınca imzalanır ve genel kurulları tarafından onaylanır.

¹ Jean Nicolas Drurey, Gesellschafts-und Handelsrecht, Schulthess 2010, Zürich, §.21 S.294-295 ff.

² Fabiana Theos Simoni, SZW 2017, s. 409 – 409, Swisslex, 409- 424

Bir sözleşmenin tanımı; sözleşmenin yani sözleşmenin tipi belirleyen ve o ad altında adlandırılmasını sağlayan esaslı unsurlarının birleşiminden oluşur. İsviçre Birleşme Kanunu'nun (FusG) Art. 12 maddesinin 1. fıkrasında ve TTK'nın ise 136 ve 145. maddelerinde öngörülmüş olan birleşme sözleşmesi; yetkili organlar tarafından birleşme raporu çerçevesinde birleşme kararı alınan, bu kararın şirket genel kurullarınca onaylanmasından sonra, birleşmenin ticaret siciline kaydının yapılması şart koşan, bir sözleşmedir.

Birleşme sözleşmesi unsurları ise;

- Birleşmeye katılan şirket yönetim kurullarınca birlikte veya ayrı önceden düzenlenmiş birleşme kararı,
- Birleşme kararının, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarınca alınacak onay kararları
- Onaylanmış birleşme kararının ticaret siciline kaydı, olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

2. Birleşme Sözleşmesinin Konusu Olan Birleşme Türleri ve Tümden Geliş (Külli İntikal) İlkesi

FusG'nin Art. 9 ve Art. 10 hükümleri ile TTK'nın 136. maddesinde birleşmenin türleri hükme bağlanmıştır. TTK'nın 136. maddesine göre;

Birleşme; bir şirketin diğer bir şirketi devralması "*yutma*" (*Absorption*) şeklindeki devralma biçimindeki birleşme türü olabileceği gibi, birleşmeye katılan şirketlerin yeni bir şirket kurmak suretiyle "*yeni kuruluş*" (*Kombination*) biçiminde birleşme türü olabilir.

Birleşmeyi kabul eden şirket "*devralan şirket*", katılan şirket ise "*devrolunan şirket*" olarak adlandırılır

Birleşmede devrolunan şirketin malvarlığı belli bir değişim oranı dahilinde, devralan şirkete geçer. Payları devrolunan şirket ortaklarının hissedarlık hakları kendiliğinden, kanun hükmü uyarınca, bu ortaklarca iktisap edilmesiyle gerçekleşir.

Birleşme ile devrolan şirketin, malvarlığı bir bütün halinde devralan şirkete devredilmiş olur.

Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer. Birleşme hukuken, birleşilen yeni şirketin ticaret siciline kaydı ile gerçekleşir. Bu tescil işlemi; tapu siciline taşınmazların tescili tadili ve terkinin olduğu gibi tasarrufi işlem niteliğindedir. Birleşme sözleşmesi ise borçlandırıci işlem niteliğindedir.³

3. Birleşme Sözleşmesinin İçeriğinde Kanunen Bulunması Gereken Hususlar

Birleşme sözleşmesinin muhtevasında; FusG Art. 13 hükmü ile TTK'nın 146. maddesinin 1. fıkrası hükmünün, (a- i) bentleri arasında toplam (9) bentte belirtilen hususların yer alması zorunludur:

Birleşme sözleşmesinin;

- a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini,
 - b) Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları,
 - c) Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları,
 - d) Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini,
 - e) Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri,
 - f) Gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesini,
 - g) Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi,
 - h) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları,
 - i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini,
- içermesi zorunludur.

³ İbrahim Kaplan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 61- 62, 6. Bası, Ankara 2012

4. Birleşme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Birleşme sözleşmesi; FusG ve TTK hükümlerinde öngörüldüğü için kanunda düzenlenmiş tipik – isimli bir sözleşmedir.⁴ Birleşme sözleşmesi katılan şirketleri borç yükleyen, iki taraflı, bu şirketlerin genel kurullarınca onaylanması gereken, şarta bağlı, borç doğurucu bir sözleşmedir.⁵ Birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili işlemi, bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, kuran veya değiştiren veya sona bir tasarrufi işlem niteliğindedir.⁶ Birleşme sözleşmesini, tasarrufi sözleşme niteliğinde saymakta mümkündür.⁷

III. Şirket Bölünmesi Sözleşmesi

1. Bölünmenin Tanımı ve Türleri

FusG Art. 36 hükmü ile TTK'nın 159. maddesinde; şirketlerin bölünmesi ve bölünme sözleşmenin tanımı ve unsurları hükme bağlanmıştır.

TTK'nın 159. maddesine göre; bölünme şirketin tam bölünmesi veya şirketin kısmi bölünmesi şeklinde iki tür olabilir.

Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve mevcut veya yeni diğer şirketlere devrolunur.

Kısmi bölünmede; bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü, diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketin veya şirketlerin paydaşlık haklarını hukuken kazanırlar. Bölünen şirketler, devredilen malvarlığı bölünmelerinin karşılığında, devralan şirketteki payları ve hakları kazanarak yavru şirketini oluşturur.

Bölünme sözleşmesi ile bölünme planını ayırt etmek gerekmektedir. Bu ayırım ve farklılık bölünmenin konusunun tek bir şirkete veya birden çok şirkete devredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Şirketin bölünme işleminin konusu, yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete malvarlığının devredilmesi şeklinde ve ticaret siciline

⁴ Jürg A Luginbühl, Zürcher Kommentar Art. 12, N. 4- 6, Zürich 2004

⁵ Kaplan, agk, s. 102

⁶ Kaplan, agk, s. 102

⁷ Kaplan, agk, s. 61-62

tescilden sonra, hukuki ehliyetini yani tüzel kişiliğini kazanacak olması nedeniyle, devralan şirkete önceden mevcut olmadığı için, yani yeni kurulmuş şirket olduğundan, bölünme sözleşmesi yapılması hukuken ve fiilen mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, FusG'daki düzenlemede bölünme planı, tek taraflı hukuki işlem olarak öngörülmüştür. Şirket bölünmesi; bölünmeye tabi tutulan şirket veya işletmenin halen mevcut bir şirkete devredilmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, devralan şirketin tek veya birden fazla oluşuna göre, iki taraflı (tam bölünmede), tek taraflı (kısmi bölünmede) ortak bölünme sözleşmesinin varlığından söz etmek gereklidir.⁸

Bölünme planının hazırlanması sırasında müzakere etme ve değişiklik yapılması gibi hususlar, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için çok az rastlanır.⁹

Bölünme sözleşmesinin metinde bulunması gereken hususlar; FusG Art. 37. maddesi ile TTK'nın 167. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bölünme sözleşmesinde; birleşme sözleşmesi ile ilgili FusG Art. 12 hükmü uygulanabilir. Bölünme sözleşmesinin kuruluşunda, bölünme planındaki aksine bölünen şirket ile devralan şirket karşılıklı birbirini uygun irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir. Art. 37 hükmünde; taraflar, objektif noktalar üzerinde yazılı olarak anlaşmışlarsa, saklı tutulan yani sübjektif noktalar üzerinde anlaşamamaları halinde, sözleşmenin taraflar arasında bağlayıcılığı ve geçerliliği olmadığı mevcudiyeti kabul edilir.¹⁰

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

2. Sözleşmenin Esaslı Unsurları

- Malvarlığının tamamının veya bir kısmının ara bilanço (inventar) esasına göre devretme taahhüdü,

⁸ Meier, Andreas; Art. 36, N. 1- 3; Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004

⁹ Meier, Andreas; Art. 36, N. 7

¹⁰ Andreas Meier, Art. 36 N. 8

- Devredilen malvarlığını kabul etme taahhüdü,
- Malvarlığı devrinin ticari siciline kaydı şartı,

Şeklinde saymak mümkündür. Bölünmede, denkleştirmede ödenecek denkleştirme tutarının yer alması zorunluluğu yoktur. Payların dağılımı ve hissedarların hakları kanun hükmü gereği yeni şirkete intikal eder.

3. Bölünme Sözleşmesinin ve Bölünme Planının Hukuki Niteliği

Bölünme sözleşmesi; birleşme sözleşmesi gibi, FusG ve TTK'da hükme bağladığı için isimli- tipik bir sözleşmedir. Devir almak sureti ile bölünmede devreden şirketin karşısında bir veya birden fazla devralan şirket bulunmaktadır. Bu nedenle bölünme sözleşmesinde, iki tarafa borç yükleyen, bir veya birden fazla sözleşme vardır. Bölünmenin ticaret siciline kaydı – tescili, bir tasarrufi işlem niteliğindedir. Bölünmede bölünen şirketin malvarlığı yeni kurulan bir şirkete devrediliyorsa ve buna göre şirketin yönetim kurulu veya üst yönetimi bölünme için bir plan hazırlanırsa, ortada bir sözleşme değil tek taraflı bir hukuki mevcuttur.

Bölünme sözleşmesi şirket genel kurulunun zorunlu olarak onayına bağlı olduğu için ortada taliki şarta bağlı bir sözleşme söz konusudur.

Bölünme sözleşmesi, devrolan şirketin hissedarlık hakları devrolan şirkette kanun hükmü gereği kazanıldığı için, bu sözleşme üçüncü kişi lehine, bir sözleşme niteliğinde de değildir.

IV. Malvarlığının Devri Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

FusG Art. 70 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan malvarlığının devri sözleşmesi ticaret siciline tescilli devreden şirket ile devralan şirket arasında ,devreden şirketin malvarlığının tamamını veya bir kısmının külli intikal kuralları çerçevesinde ara bilanço tutarlarına göre, ölçüsü belirlenmiş tutarlarını devretmeyi taahhüt ettiği, devreden şirkette pay sahibi olan hissedarların hisseleri ile hissedarlık

haklarının devralan şirket veya şirketlere intikal ettiğinin yazılı olarak kararlaştırıldığı, iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir.

Bu tanıma göre sözleşmenin esaslı unsurları; devreden şirketin malvarlığının tamamının veya bir kısmını külli geçiş kuralları (tasarrufi işlem niteliğindeki tesciller dâhil) gereğince, devretme taahhüdü (borçlandırıcı işlem niteliğinde) ve yükümlülüğüdür

2. Hukuki Niteliği

FusG'da özel düzenlendiği (TTK'da düzenlenmemiştir) için tipik isimli sözleşmeler arasında sayılabilir. Malvarlığının devri sözleşme genellikle satış, trampa, bağış, şirkete sermaye olarak, evlilik sözleşmesi, mirasın taksimi sözleşmesi, sulh sözleşmesi, şirketin tasfiyesinde, 4046 sayılı özelleştirme sözleşmesi kapsamında şirketlerin birleşme, bölünme, tür değiştirmesinde karşılıklı devri söz konusu olabileceğinden, bu işlemler ve sözleşmeler çerçevesinde hukuki niteliği belirle-necektir. Bunlarda mülkiyetin devrine yönelik temlik sözleşmelerdir. Sözleşmenin imzalanmasıyla karşımıza iki tarafa borç yükleyen borçlandırıcı sözleşme olarak çıkar. Şirketlerin malvarlığı devrinin ticaret siciline kaydı ise, tasarrufi işlem niteliğinde bir tasarruf sözleşmesidir. Malvarlığı sözleşmesi; kural olarak şirket genel kurullarının onayına tabi bir işlem olmadığından talihi şarta bağlı bir sözleşme niteliğinde değildir. Şirket ortakları FusG Art. 74 hükmü uyarınca sonradan bilgi verilebilir.¹¹

3. Malvarlığı Sözleşmesinin Türleri

Malvarlığı sözleşmesi genellikle mülkiyetin devrine yönelik temlik amacı güden örneğin satış, bağış, trampa, şirkete sermaye olarak devir, evlilik sözleşmesi, anlaşmalı boşanmada eşler arasındaki devirler, özelleştirme yoluyla şirket satışı veya devirlerinde görülmektedir. Bu nedenle sözleşmenin konusu olan devirlerin kanunda öngörölmüş sözleşme veya isimsiz sözleşmeler kategorisine giren türleri mevcuttur.

Malvarlığının devrinin bu türleri özel hukukla ilgili TBK ve ZGB'de düzenlenmiş olduğu için, ayrıca TTK'da düzenlenmesine ge-

¹¹ Fabiana Simoni Theos, SZW,2017, s. 409, 424, 413

rek görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak TTK m. 134 ile 194 arasında hükümlerin hepsi, FusG hükümlerinden alındığı için, TTK’da düzenlenmiş birleşme, bölünme sözleşmeleri gibi, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinin de TTK’da hükme bağlanması, kendine has özellikleri dikkate alınarak hukuken yerinde olur, görüşümdedir.¹²

§ 2.Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde, Şirketlerin Üçüncü Kişilerle Önceden Yaptıkları Borçlandırıcı Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti

I. Borçlandırıcı Sözleşme Kavramı ve Türleri

Bir sözleşmenin en az bir tarafını borç altına sokan borç ilişkisine, “borçlandırıcı sözleşme” denmektedir. Sözleşmeleri değişik açılardan sınıflandırmak mümkündür:

Kanunla ilişkisine göre;

- Nominat (kanunda düzenlenmiş), Innominant (isimsiz)
- Kanunda düzenlenmemiş, karma sözleşmeler,

Sözleşmede tarafların üstlendikleri edim borcuna göre;

- Tek taraflı ve iki taraflı (tam iki taraflı –eksik iki taraflı) sözleşmeler;
- Şirket sözleşmeleri,

Sözleşmenin sürelerine göre; Sözleşmenin sürelerine göre, Sözleşmenin sürelerine

göre;

- Uzun süreli ve kısa süreli sözleşmeler,
- Devamlı – sürekli sözleşmeler ve
- Zamanın etkisine göre borç ilişkileri edimin türlerinde olduğu,

¹² TBK’nın 202. maddesinde düzenlenmiş bulunan “Malvarlığının veya işletmenin devralınması” ve TBK. madde 203’de düzenlenmiş olan “işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi” hükümleri, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinden kaynaklanan sorunların çözümünde yeterli olamayacaktır, zira düzenlenen konular farklıdır.

- Ani edimli borç ilişkileri (peşin satış gibi),
 - Sürekli edimli borç ilişkileri (iş görme sözleşmeleri),
 - Devri-periyodik edimli borç ilişkileri (kira, taksitle satış gibi),
 - Belirli zamanlı borç ilişkileri (örneğin belli günde ifası gereken konser verilmesine dair borç ilişkisi),
 - Basit sözleşme,
- türlerine ayrılmaktadır.¹³

Şirketlerin, birleşme, bölünme ve malvarlığın devri sözleşmelerinin yapılması aşamasında bu şirketlerin üçüncü kişilerle olan mevcut sözleşmelerinin akıbeti açısından; sözleşme süreleri ayırımı önem arz etmektedir

Şirketlerin birleştirilmesi, bölünmesi ve mal varlığının devri sözleşmelerinin yapılması ve uygulanması aşamasında, şirketlerle önceden yapılmış, sürekli niteliğindeki mevcut olan sözleşmelerin; TBK.m.205 ve 206 hükümlerinde düzenlenmiş “**sözleşmenin devri - sözleşmeyi üstlenme**” ve “**sözleşmeye katılma**” sözleşmeleri açısından değerlendirilmesi gereklidir. Bir başka ifadeyle, bu devir ve sözleşmeye katılma sözleşmelerinin de nasıl yapılması gerektiğinin hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. Birleşme Sözleşmesinde, Birleşen Şirketlerle Önceden Yapılmış Sürekli Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti

1. Birleşme Sözleşmesinin Tarafları

Birleşme sözleşmesinde; devreden şirket ve devralan şirket olmak üzere, iki taraf bulunmaktadır. FusG. Art.9 ve Art.10 hükümleri ile TTK’nın 136. maddesi hükmüne göre, birleşme bir şirketin diğer şirkete devralması “**yutma**” şeklindeki devralma biçiminde olabileceği gibi,

Birleşmeye katılan şirketlerin yeni bir şirket kurmak suretiyle “**yeni kuruluş**” biçimindeki birleşme türü olabilir.

¹³ Kaplan, Borçlar hukuku 6. Bası, Sh.37

2. Birleşme Sözleşmesinde, Üçüncü Kişilerle Önceden Yapılmış Uzun Süreli Sözleşmelerin Devri

Devreden şirket ile devralan yeni şirket arasındaki; “Yutma” şeklindeki tam birleşme sözleşmelerinde devreden şirketin, üçüncü şirketlerle olan borç ilişkilerinden doğan alacak borçlarının, yani aktif ve pasiflerinin devri ve nakli konusunda; bir düzenleme öngörmeleri gerekmektedir.

Alacakların devri için, TBK.m. 183/1 hükmü gereğince; borçlunun rızası gerekmemektedir.

Borçların nakli için ise, TBK.m.196/ 3 hükmü gereğince, alacaklının açık veya üstü örtülü rızası aranmaktadır.

Devreden şirket ile devralan şirket ve bunların dışındaki üçüncü şirket veya şirketler

Birleşme kararının ticaret siciline kaydı ile devreden şirketin kişiliği sona erer.

Devreden şirket ile devralan yeni kurulacak yutma şeklindeki,

Devreden şirketin üçüncü kişilerle mevcut sürekli sözleşmelerin devrinde ise, ya devir sözleşmesinde bir çözüm düzenlemesi yapmaları, bu sözleşmeyi TCK.m.205/2 uyarınca yeni kurulacak şirketin onaylaması şartının konması veya TBK.205/1 hükmü uyarınca mevcut sürekli sözleşmelerin devri için; bir sözleşmenin devri konusunda “devir sözleşmesinin yapılması” gerekmektedir.

TBK.205 hükmünün 1 ve 2.fıkralarında düzenlenmiş bulunan devir sözleşmesi, FusG ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş bir sözleşme türüdür. Ancak sürekli borç ilişkileri niteliğinde olan TBK.m.259 vd. “kira sözleşmesinin, TBK.m.357 vd. “Ürün kirası”, TBK.m.379 vd. “kullanım ödöncü (eşya ödöncü)” TBK.m.386’daki “tüketim ödöncü” (para ödöncü), TBK.m.470 vd. “eser sözleşmesi”, TBK.m.561 vd. “saklama” ve TBK.m.620 vd. “adi ortaklık” sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Ayrıca, su, gaz ve elektrik tüketim abonmanı sözleşmeleri, sözü geçen bu sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri, yani sözleşmedeki yenilik doğuran haklar, sona erme sebepleri, yeni kurulacak

şirkete geçmiş olacaktır. Bu geçiş durumunda, “münferit hak ve borçlarının” ayrı ayrı devri teorisi yerine, bütünlük teorisi uygulanmaktadır.¹⁴

III. Şirketin Bölünmesi Sözleşmesinde, Üçüncü Kişilerle Önceden Yapılması Mevcut Sözleşmenin Hukuku Akıbeti

FusG Art. 36 hükmü ile TTK'nın 159. maddesinde; şirketlerin bölünmesi ve bölünme sözleşmenin tanımı ve unsurları hükme bağlanmıştır.

TTK'nın 159. maddesine göre; bölünme şirketin tam bölünmesi veya şirketin kısmi bölünmesi şeklinde iki tür olabilir.

Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve mevcut veya yeni diğer şirketlere devrolunur.

Kısmi bölünmede; bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü, diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketin veya şirketlerin paydaşlık haklarını hukuken kazanırlar. Bölünen şirketler, devredilen malvarlığı bölünmelerinin karşılığında, devralan şirketteki payları ve hakları kazanarak yavru şirketini oluşturur.

Bölünme sözleşmesi ile bölünme planını ayırt etmek gerekmektedir. Bu ayırım ve farklılık bölünmenin konusunun tek bir şirkete veya birden çok şirkete devredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Şirketin bölünme işleminin konusu, yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete malvarlığının devredilmesi şeklinde ve ticaret siciline tescilden sonra, hukuki ehliyetini yani tüzel kişiliğini kazanacak olması nedeniyle, devralan şirkete önceden mevcut olmadığı için, yani yeni kurulmuş şirket olduğundan, bölünme sözleşmesi yapılması hukuken ve fiilen mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, FusG'daki düzenlemede bölünme planı, tek taraflı hukuki işlem olarak öngörülmüştür. Şirket bölünmesi; bölünmeye tabi tutulan şirket veya işletmenin halen mevcut bir şirkete devredilmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, devralan şirketin tek veya birden fazla oluşuna göre, iki taraflı (tam bölünmede), tek ta-

¹⁴ SZW.2004, s.231 vd.

raflı (kısmi bölünmede) ortak bölünme sözleşmesinin varlığından söz etmek gereklidir.¹⁵

Bölünme planının hazırlanması sırasında müzakere etme ve değişiklik yapılması gibi hususlar, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için çok az rastlanır.¹⁶

Bölünme sözleşmesinin metinde bulunması gereken hususlar; FusG Art. 37. maddesi ile TTK'nın 167. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bölünme sözleşmesinde; birleşme sözleşmesi ile ilgili FusG Art. 12 hükmü uygulanabilir. Bölünme sözleşmesinin kuruluşunda, bölünme planındaki aksine bölünen şirket ile devralan şirket karşılıklı birbirini uygun irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir. Art. 37 hükmünde; taraflar, objektif noktalar üzerinde yazılı olarak anlaşmışlarsa, saklı tutulan yani sübjektif noktalar üzerinde anlaşamamaları halinde, sözleşmenin taraflar arasında bağlayıcılığı ve geçerliliği olmadığı mevcudiyeti kabul edilir.¹⁷

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

1. Şirketlerin Bölünme Sözleşmesinde, Bölünen Şirketin Üçüncü Kişilerle Önceden Yaptığı Mevcut Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerden birinin, malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret siciline bölünmenin kaydından itibaren, külli intikale (tümünden geçişe göre) devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin iki tarafı borç yükleyen bir sözleşmedir.

¹⁵ Meier, Andreas; Art. 36, N. 1- 3; Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004

¹⁶ Meier, Andreas; Art. 36, N. 7

¹⁷ Meier, Andreas; Art. 36 N. 8

Bölünen devreden şirket ile devralan şirket arasında yapılan tam bölünme sözleşmesi ile kısmi bölünme sözleşmelerinde, üçüncü kişilerin bölünen şirketlerle olan sözleşmelerin, devralan şirkete intikali, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma sözleşmeleri ile gerçekleşecektir.

Bölünme sözleşmesi veya sözleşmelerinde FusG. Art.52 hükmü gereğince, aktif ve pasifler devralan şirkete geçmiş olması yeterli görülmüş, ancak üçüncü kişilerle yapılan bölünen şirketlerin sözleşmelerinin ise, akıbeti kanunda özel olarak düzenlenmemiş ve hukuki açıdan çözüme kavuşturulmamıştır.¹⁸

2. Tam ve Kısmi Bölünme Sözleşmelerinin Metninde, Üçüncü Kişilerle Yapılan Sözleşmelerin Hukuki

Her iki bölünme sözleşmesi türünde; bölünen kısmın, devreden şirket ile devralan şirket arasında yapılan bölünme sözleşmesinde; üçüncü kişi ile yapılan sözleşmelerin devralan intikali sorunu, önce ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Bu düzenlemeyi, üçüncü kişiler onay vererek kabul etmeli yani devir sözleşmesinin hükümlerini aynen kabul etmeli veya üçüncü kişi ile, bölünmeyi devreden ve devralan şirket yetkilerinin arasında, TBK.m.205'e göre, yazılı devir sözleşmesi yapılmalıdır. Bu durumda, devreden şirketin artık önceki sözleşmelerle ilişkisi kalmayacaktır. TBK.m.206 hükmündeki, sözleşmeye katılma sözleşme" her durumda uygulama alanı bulmayacaktır.

FusG. Art.47 ve Art.75.hükümlerine göre, devralan şirketin borç ödemelerinden aczi durumunda, alacaklılara karşı devreden şirket ikinci derecede müteselsilen sorumludur. Kanun hükümleri gereğince üçüncü kişilerle yapılan kira, hasılat kirası, finansal kiralama, süreli satış sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri, devreden açısından sona erer. Devralan açısından taraf onayına gerek olmadan ona geçmiş sayılır.¹⁹

IV. Şirketin Malvarlığının Diğer Bir Şirkete Devrinde Üçüncü Kişilerle Malvarlığına Devreden Şirketin Önceden Yaptığı Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti

"Mal varlığının devrini öngören sözleşmeler, mülkiyetin devrini öngören sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde, tarafların üçüncü kişilerle

¹⁸ SZW.2004, S.231 ff.

¹⁹ SZW, 2004, S.238

yaptıkları süreli satışlar, banka kredilerinin, şahsi ve aynı teminatların akıbetini de düzenlemeleri gerekir.

Bu tür sözleşmeler, mal varlığının devri sözleşmeleri malvarlığını devralan şirketi bağlamaz. Ancak FusG. Art.75; TTK.m.176 ve 158'e göre mal varlığı aktif ve pasifleri ile birlikte devredildiği için, devreden şirket, önceki sözleşmelerinden dolayı aktif ve pasifleri ile birlikte devredildiği için, önceki sözleşmelerinden dolayı aktif ve pasifte yani olan malvarlığı ile ilgili ihtilaflarda üç yıl boyunca ikinci derecede müteselsil sorumluluğu devam etmektedir.

Özelleştirme sözleşmelerde durum farklıdır. Özelleştirmeyi yapan şirket, külli intikal ilkesi gereğince bu sözleşmelerle kanun gereği bağlıdır. Bu sözleşmelerin sona erme sebeplerini özelleştirme idaresinin karar vermesi gerekir.

§ 3. Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde, Vergi Hukuku Sorunlarının Çözümü

I. Birleşen, Bölünen ve Malvarlığını Devreden Şirketler ile Devralan Şirketlerin Vergiler Açısından Hukuki Sorumluluğu.

1. Vergi Türleri ve Özellikleri

Vergiler, doğrudan vergi mükellefi olan kişiler ve şirketler açısından belli başlı vergiler şunlardır;

- Gelir vergisi,
- Giderler Vergisi
- Kurumlar Vergisi
- Taşınmaza İlişkin Vergiler
- Katma Değer Vergisi

Türk Ticaret Kanunu'nun Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının devri sözleşmeleri ile ilgili 136 ila 194. maddeleri arasındaki hükümlerinde, vergilerle ilgili düzenlemeler yapılmamıştır. Bu durumda vergilerin mükellefleri, vergilerin tahakkuku, tahsili ve zamanasını konuları, Vergi Kanunlarına göre, belirlenecek, ettirilecek ve ödenecektir.

2. İsviçre Birleşim Kanunu Hükümlerine Göre Vergilerin Durumu

a) Birleşme Halinde Vergiler

FusG hükümlerinde; vergilerle ilgili uyarma kuralları öngörülmemiştir. Birleşmede, malvarlığının devri söz konusu olmadığı, sadece ve bir karşılık da ödenmediği ve ayrıca şirket rezervleri paraya çevrilmediği için, vergi sorunları, her vergi türü için, yalnız gelir ve kazanç vergisi, harç ve damga vergisi özel hukuk ilişkilerinden kaldırıldığı için, diğer katma değer, kurumlar vergisi ve diğer vergiler için her vergi türü için birbirinden bağımsız olarak, tabi olduğu vergi kanununa göre, vergiler tahakkuk ettirilmekte ve tahsil edilmektedir.²⁰

b) Bölünme Durumunda Vergiler

Bölünme durumunda vergiler açısından bir farklılık yoktur. Her vergi türü kendisi hakkındaki kanun hükümlerine tabi olarak, tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

İktisadi faaliyet açısından da vergiler birbirinden bağımsız olarak tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

Bağlı şirketler için, malvarlığının devrinde ve satışında gelir vergisi bağımsız olarak tahakkuk ettirilmekte ödenmektedir.

c. Malvarlığının Devrinde Vergi Sorunları (Art. 69 vd.)

Malvarlığının devrinde de özel hukuk açısından, müstakil firmalarda, şirket yapısının değişmiş olması dışında, vergi tahakkuku ve ödenmesi birbirinden bağımsız olarak tesbit edilmektedir.²¹

Holding şirketleri ile Joint Venture (Müşterek İş Ortaklığı) ve bağlı şirketlerden açısından, her vergi türü ayrı ayrı tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

²⁰ Detaylı Bilgi için, Kommentar zum FusG, Art. 3 N.1ff, Art.3-28 N. 61.ff.

²¹ Detaylı bilgi için, Kommentar zum FusG, Art. 68 ff.

II. Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Vergilerin Durumu

1. Genel Olarak Belli Başlı Vergi Türleri

Vergiler, doğrudan vergi mükellefi olan kişiler ve şirketler açısından belli başlı vergiler şunlardır;

- Gelir vergisi,
- Giderler Vergisi
- Kurumlar Vergisi
- Taşınmaza İlişkin Vergiler
- Katma Değer Vergisi
- Damga vergisi

TTK'da da birleşme, bölünme ve malvarlığının devri sözleşmeleri açısından vergi türleri ile ilgili düzenlemeler yer almamıştır.

2. Birleşme Halinde vergiler

Birleşen, bölünen ve malvarlığını devreden şirketlerin ödemekle yükümlü oldukları vergi türleri, her bir şirket için bağımsız olarak iktisadi faaliyet alanına göre belirlenmelidir.

3. Bölünme Halinde Vergiler

Bölünen şirketteki tam ve kısmi bölünmede devreden şirket ile devralan mevcut şirket, iktisadi faaliyet alanlarına ilgili vergi kanunlarına göre ayrı ayrı birbirinden bağımsız olarak vergi mükellefi olacaklardır.

4. Malvarlığının Devri Halinde Vergiler

Malvarlığının devrinde de özel hukuk açısından, müstakil firmalarda, şirket yapısının değişmiş olması dışında, vergi tahakkuku ve ödenmesi birbirinden bağımsız olarak tespit edilmektedir.²²

²² Detaylı bilgi için, Kommentar zum FusG, Art. 68 ff.

Holding şirketleri ile Joint Venture (Müşterek İş Ortaklığı) ve bağlı şirketlerden açısından, her vergi türü ayrı ayrı tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

SONUÇ

Şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devri sözleşmelerinde, şirketlerin üçüncü kişilerle önceden yaptıkları borçlandırıci sözleşmelerin hukuki akıbetinin tespiti için TTK'da düzenlenmiş bulunan şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin yanında TBK'nın sözleşmenin devri ve 206. maddesindeki sözleşmeye katılma hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Birleşen, birleşen ve malvarlığını devreden şirketlerin ödemekle yükümlü oldukları vergi türleri, her bir şirket için bağımsız olarak iktisadi faaliyet alanına göre belirlenmelidir.

Kaynakça

- Druey Jean Nicolas, Gesellschafts-und Handelsrecht, Schulthess 2010, Zürich, §.21 S.294-295 ff.
- Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku, 6. Bası, Ankara 2012
- Kaplan İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Bası, Ankara 2013
- Luginbühl Jürg A., Zürcher Kommentar; Art. 12, Zürich 2004
- Meier Andreas, Zürcher Kommentar zum FusG; Art. 36, Zürich 2004
- Meier- Dieterle, Felix C., Zürcher Kommentar zum FusG; Art.105-108; Zürich 2004
- Simonı Fabiana Theos, Fusions-, Spaltungs- und Vermögensübertragungsverträge
- Wolf Mattias, Basler Kommentar zum FusG; Art.12; Zürich 2014 aus Sicht der Gesellschaft und der Gesellschafter; SZW 2017; S.409 vd.