

ANONİM ŞİRKETLERDE BİRLEŞME

Av. İbrahim ELDEM (*)

I. GİRİŞ

Her geçen gün daha da önem kazanan küreselleşme, dünya ekonomi politikalarında da önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Ülkemiz ekonomisi de, bu değişimlerden doğrudan etkilenmiş ve bu yeni politikalar doğrultusunda, iç dengelerin yeniden düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Sonuçta, iç dinamikleri oluşturan şirketler de, mevcut duruma uyum sağlayabilmek amacıyla yeniden yapılanma sürecine girerek, yeni ekonomik stratejiler oluşturmaya yönelmiş ve büyüme veya küçülme politikası adı altında yerli ve yabancı sermayeli şirketler ile birleşmeler sıklıkla gündeme gelmeye başlamıştır.

Ulusal çapta gerçekleştirilen birleşmeler ve devralmalar, yerli şirketlere iç ve dış pazarlarda daha güçlü rekabet edebilme olanağı sağlarken, uluslararası düzeyde gerçekleşen birleşmeler de buna ilaveten ülke ekonomisine, yabancı sermaye girişi, yeni istihdam alanlarının yaratılması, teknoloji transferi ve ihracat artışı gibi olumlu katkılarda bulunmaktadır(1).

Bu çalışmamızda, artık sıkça karşılaşılan şirket birleşme ve devralmalarının, doktrinsel boyutundan daha çok, bunların uygulamada nasıl gerçekleştiği izah edilmektedir.

(*) İstanbul Barosunda Avukat

(1) Ali Cem BUDAK, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, 1993, Syf. 149

II. BİRLEŞME

a. Tanım

Bir veya birden daha fazla şirketin malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir şirkete, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden şirketin ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne (birleşme katsayısına) göre, bünyesinde birleşilen şirkette, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır (2).

Genel bir tanımlama yapılacak olursa; birleşme, en az bir ticari şirketin, ortaklarının başka bir şirkete alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o şirkete devrederek tasfiyesiz dağılması; veya en az iki ticari şirketin, ortaklarının yeni kurulan bir şirkete alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak bu şirkete devrederek tasfiyesiz dağılmaları sonucunda iki veya daha çok şirketin tek bir şirket durumuna gelmesidir.

Ancak, birden çok ticaret ortaklığının malvarlıklarını birleştirmeyip, birlikte çalışmaları, işbirliği yapmaları, birinin hakimiyetini kabul edip bütün olanaklarını ona tahsis etmeleri; işletmenin malvarlığının bir bölümünün veya tamamının devir olunması gibi hallerde, yukarıda belirtilen anlamda malvarlığı birleşmesi olmadığı için teknik - hukuki tanıma uygun birleşme de yoktur (3).

b. Ticaret Hukuku'nda Birleşme

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, Ticaret Kanunu'nda iki ayrı bölümde düzenlenmiştir. Birinci bölüm; md. 146 ve devamında yer alır. Bu bölümde, Kolektif Ortaklıkların birleşmesi, Komandit Ortaklıkların birleşmesi, Kolektif Ortaklıkların Komandit Ortaklıklarla birleşmesi, Limited Ortaklıkların, Paylı Komandit Ortaklık-

(2) TEKİNALP (POROY-ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, Syf. 106

(3) TEKİNALP (POROY-ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, Syf. 107

larla ve Paylı Komandit Ortaklıkların Anonim Ortaklıklarla birleşmesi yer almaktadır.

T.T.K. md. 146, birleşmeyi, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbirleriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmaları veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesi şeklinde tanımlayarak, açıkça iki tip birleşme belirlemiştir. Bunlar, "yeni şirket kuruluşu suretiyle birleşme" ve "devralma suretiyle birleşme".

Diğer yandan, T.T.K. md. 147'de, birleşme bakımından kollektif ile komandit şirketler ve anonim ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler aynı nev'iden sayılmış, ve birleşmenin ancak aynı nev'iden şirketler arasında caiz olduğu ifade edilmiştir. Bu emredici hüküm karşısında Birleşmenin ancak bu maddede aynı nev'iden olduğu kabul edilen şirketler arasında mümkün olabileceğini göz ardı etmemek gerekir.

Ticaret Kanunu'nun birleşmeyi düzenleyen bu genel hükümlerinden başka, anonim şirketlerin birleşmeleri de, T.T.K. md. 451 ve devamında özel hükümlerle düzenlenmiştir.

c. Rekabet Hukuku'nda Birleşme

Tüm birleşmelerde, ticaret şirketlerine özgü iki unsurun ayırt edilmesi gerekir. Bu unsurlar ekonomik ve hukuki unsurlardır. Ticaret Kanunu, birleşmelerin hukuki yönünü düzenlerken, Rekabet Hukuku ekonomik yönü ile ilgilenmektedir. Rekabet Hukuku açısından önemli olan, birleşme sonucunda ortaya çıkan ekonomik güçtür. Birleşmenin, T.T.K. hükümlerine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediği, Rekabet Hukuku açısından önem taşımaz. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan husus ekonomik anlamda birleşme ve bunun piyasadaki etkileridir (4).

(4) Kerem Cem SANLI, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler, Syf. 314

Keza, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, "bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün yada kişinin diğer bir kişinin malvarlığını veya şirket paylarının tümünü veya bir kısmını yada kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisini veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere devralması hukuka aykırı ve yasaktır." şeklindeki hükmü, kanunun ilgi alanının, şirketlerin birleşmelerinin hukuki yönü değil, ekonomik sonuçları olduğunun göstergesidir.

Rekabet Hukuku açısından birleşme, hangi şekilde olursa olsun, bir işletmenin mallarının, haklarının veya borçlarının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya yararlanma hakkının devrini öngören yada konusu veya etkileri bir teşebbüs veya teşebbüsler grubuna, başka bir veya birden fazla teşebbüs üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak belirleyici etki yaratma imkanı veren, her türlü işlemdir.

Ayrıca, Rekabet Hukuku'nda, birleşme çeşitleri, Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, yatay, dikey ve karma olmak üzere üçe ayrılmaktadır. *Yatay Birleşme*; mal ve hizmet üretiminin aynı aşamasında bulunan şirketlerin birleşmesini, *Dikey Birleşme*; mal ve üretimin farklı aşamalarında bulunan şirketlerin birleşmesini, *Karma Birleşme* ise; pazarları, üretimleri ve üretim aşamaları farklı olan teşebbüsler arasında meydana gelen birleşmeyi ifade etmektedir (5).

Rekabet Hukuku'nun konumuzu ilgilendiren yönü bazı birleşmeler için rekabet Kurumu'ndan izin alınması zorunluluğudur. Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir (6).

(5) Doç. Dr. Ercüment ERDEM, Türk-İsviçre Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar, Syf. 199-200

(6) Bkz. Aşağıda Syf. 968 vd.

III. BİRLEŞMENİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

a. Malvarlığının Birleşmesi

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, beraberinde bu şirketlerin malvarlıklarının da birleşmesini gerektirir. Malvarlıklarının birleşmesi, birleşmenin çeşidine göre değişir.

Birleşme neticesinde, birleşmenin tescil ve ilanı ile birlikte birleşme gerçekleşir ve devralınan şirketin tüm malvarlığı aktif ve pasifiyle birlikte külli halefiyet yolu ile devralan şirkete geçer. Ancak, devralan şirket, devraldığı şirketin malları üzerinde tam bir tasarruf yetkisini haiz değildir. Zira, henüz devralınan şirketin tüzel kişiliği sona ermemiştir. Bu aşamada, devralınan şirketin ticaret sicilinden terkinine ve bu suretle tüzel kişiliğinin sona ermesine kadar, devralan şirket, devralınan şirketin malvarlığını, kendi malvarlığından ayrı olarak yönetir, kendi malvarlığı ile karıştırmaz.

b. Külli Halefiyet

Devralınan şirketin malvarlığının, birleşme sonucu devralan şirkete geçmesiyle birlikte külli halefiyet ilkesinin sonuçları da meydana gelir. Devralınan şirketin infisah etmesiyle, bu şirketin tüm malvarlığı aktif ve pasifi ile bir kül halinde devralan yada yeni kurulan şirkete geçer. Alacak ve borçların intikalinde, alacaklılar ve borçluların muvafakatine gerek yoktur. Aynı şekilde, devir sonucu infisah eden şirketin tüm alacakları ile aynı hakları da başka bir işleme gerek olmaksızın (taşınmazlarda tescile, taşınırlarda teslim, alacaklarda temlike), devralan şirkete geçer. Külli halefiyet ilkesi gereği, teminata bağlanmış alacaklarda, malvarlığı devredilmesine rağmen, bu teminatlar devralan şirket bünyesinde de devam eder. Fakat, münhasıran şahsa bağlı hak ve borçlar, kendiliğinden intikal etmez.

Alacağın temliki ve borcun nakli, birleşmenin tamamlanması ile gerçekleşir. Birleşme sözleşmesi, aynı zamanda borcun nakli ve alacağın temliki sözleşmesinin de yerine geçtiğinden, ayrıca bir alacağın temliki veya borcun nakli sözleşmesine gerek yoktur.

Ancak, aşağıda da açıklanacağı üzere (7), birleşme kararının ilanından itibaren üç ay içinde, birleşen şirketlerin alacaklılarından her biri, mahkemeye müracaat ederek birleşmeye itiraz edebilir (T.T.K. md. 150/II).

c. Pay Sahipliği

Devralan şirket, devralınan şirketin pay sahiplerine ya da yeni kuruluşta, kuruluşa iştirak etmiş olan şirketlerin pay sahiplerine, önceki şirkette sahip oldukları malvarlığı ve haklara mukabil, devralan veya yeni kurulan şirkette pay verir. Devralınan şirketin malvarlığı bir bütün halinde devralan şirketin malvarlığına katılırken, bunun karşılığı olarak devralınan şirketin ortakları da devralan şirketin, yeni ortakları haline gelirler. Böylelikle, ortaklıkları sona ermeyip, devralan veya yeni kurulan şirkette devam eder.

Pay sahipliğinin devamlılığı ilkesi gereğince, devralınan şirketin pay sahipleri, birleşmenin gerçekleşmesi ile devralan veya yeni kurulan şirkette doğrudan doğruya pay sahibi olurlar. Bu pay sahipliğinin kazanılabilmesi için, devralan veya yeni kurulan şirketten pay verilmesi şart değildir. Birleşmenin gerçekleşmesiyle, pay sahipliği kendiliğinden (ipso iure) olarak kazanılır.

Birleşme neticesinde, devralan şirket ya da yeni kurulan şirkette verilecek olan pay oranı, birleşme sözleşmesinde yer alan değişim ölçüsüne (katsayıya) göre belirlenir ve oranın hesaplanmasında, birleşme bilançosundaki değerler esas alınır.

IV. BİRLEŞMENİN ÇEŞİTLERİ

Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketler için "Tasfiyesiz İnfisah" başlığı altında, devralma (T.T.K. md. 451) ve yeni kuruluş (T.T.K. md. 452) olmak üzere iki tip birleşme düzenlemiştir.

a. Devralma Suretiyle Birleşme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, pay devralma ile devralma suretiyle birleşme birbirleriyle karıştırılmamalıdır. Pay devralma, bir

(7) Bkz. Aşağıda Syf. 963 vd.

şirketin, tüm veya çoğunluk hisselerinin, bir veya birkaç kişi tarafından devir alınmasını ifade eder. Hisselerin tamamının, bir diğer şirket tarafından satın alınması halinde, devir, malvarlıklarının birleşmesi suretiyle değil, hisse (hisse senedi) satın alınması suretiyle gerçekleştiğinden ve devir alınan şirket de bu devir neticesinde infisah etmeyeceğinden, bir birleşmeden söz edilemez.

T.T.K. md. 451 uyarınca, devralma suretiyle birleşmede ise, bir anonim şirket bir veya daha fazla anonim şirketi devralır. Devralınan şirket veya şirketler, birleşmenin gerçekleşmesi ile infisah eder, ancak devralınan şirketin tasfiyesi yapılmaz. Tüm malvarlığı, külli intikal yolu ile devralan şirkete geçer.

b. Yeni Şirket Kurulması Suretiyle Birleşme

T.T.K. md. 452'de yer alan yeni şirket kurulması suretiyle birleşmede, birden fazla anonim şirket bir araya gelerek birleşme suretiyle, yeni bir anonim şirket meydana getirirler. Birleşmeye katılan tüm şirketler, infisah eder ancak tasfiye yapılmaz. Malvarlıkları, küll halinde, yeni kurulan şirkete devrolunur.

Birleşen şirketler, yeni kurulan şirkette kurucu sıfatı ile tüm kuruluş işlemlerini yaparlar. Yeni bir şirketin kurulması söz konusu olduğundan, bu yeni kuruluş işlemlerine T.T.K. md.452'nin yanı sıra, anonim şirketlerin kuruluşu ile ilgili hükümler (T.T.K. md. 276 vd.) de tatbik edilir.

Yeni kurulan şirkette, yeni kurulan şirket devralan, kuruluş katılan şirketler da devralınan şirket konumunda olduğundan, T.T.K. md. 451 de, burada da uygulama alanı bulmaktadır.

V. BİRLEŞMEDE PROSEDÜR

(A) Devralma Suretiyle Birleşme

(1) Müzakere Safhası

Yönetim kurulu, birleşmeye ilişkin karar aldıktan sonra, karşı taraf ile birleşme müzakerelerine başlar. Genellikle, müzakere sü-

reci, birleşme sözleşmesinin hazırlığı olan, onun esaslarını içeren yazılı yada zımni bir sözleşmeyle veya bağlayıcı olmayan bir "Cen-tilmenlik" anlaşması yada bağlayıcı olan veya olmayan bir "Niyet Açıklaması" ile noktalanır.

Uygulamada çoğu kez, ilk veya daha sonraki aşamalardan birinde müzakerelere veya tarafların birbirlerine aktardıkları bilgi, belge ve verilere ilişkin "gizlilik" ve/veya titiz inceleme (due diligence) sözleşmesi de yapılmaktadır. Titiz inceleme (due diligence), birleşecek şirketlerin, birleşme sözleşmesinden sonra, her iki şirketin finansal durumunun tam olarak incelenmesi ile ortaya çıkan sonuca göre, tarafların daha önce tespit ettikleri şartların, özellikle fiyatın yeni duruma uydurulması, yani inceleme ve sonuca uygun denkleştirme demektir (8).

(2) Birinci Genel Kurul (Birleşme Kararı ve Yetki)

Birleşme, devralan şirkette bünye değişikliğine ve devralınan şirketin de infisahına yol açtığı için olağanüstü işlem niteliği taşır. Bu bakımdan yönetim kurulları, idare hakları sınırı içinde birleşme sözleşmesini tanzim ve imzaya yetkili sayılmazlar. Bunun için, ilk önce genel kurulların toplanarak birleşmeye karar vermeleri ve bu yönde yönetim kuruluna birleşme sözleşmesinin imzalanması için yetki ve birleşme esasları konusunda talimat vermeleri gerekir. Ancak bundan sonra yönetim kurulu birleşme sözleşmesi hazırlayabilir (9).

Genel kuruldan yetki alınmaması halinde, bu nedenle doğabilecek zararlardan dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilecektir (10).

Birleşme kararını, birleşme sözleşmesinin imzalanmasından sonra genel kurulca verilen birleşme sözleşmesinin onayı ile karış-

(8) TEKİNALP (PÖROY-TEKİNALP) Ortaklıklar, Syf. 113

(9) Halil ARSLANLI, Anonim Şirketler III, Syf. 244

(10) Hayri DOMANIÇ, Anonim Şirketler, Syf. 1172

tırmamak gerekir. Birleşme kararı, birleşme sözleşmesinin de ön aşaması olup, T.T.K. md. 148'de öngörüldüğü üzere birleşmenin onayı değildir. Bu nedenle, birleşme kararı ve imza yetkisi, genel kurul âdi yeter sayı olan 1/4 toplantı nisabıyla ve mevcut oyların ekseriyetiyle alınır (T.T.K. md. 372).

(3) Mahkemece Bilirkişi İncelemesi Yapılması

Yukarıda sözü edilen birinci genel kurulu müteakip, hem birleşen şirketlerin malvarlıklarının değerinin belirlenmesi, hem de hisse değişim oranının (birleşme katsayısı) tespiti amacıyla, birleşen şirketlerin yönetim kurulları, T.T.K. md. 392'ye uygun olarak birleşen şirketlerin malvarlıkları üzerinde, mahkemeye başvurarak delil tespiti yolu ile bilirkişi incelemesi yaptırır.

Birleşen şirketlerin yönetim kurulları, yaptıracakları delil tespitinde, bilirkişi marifetiyle, birleşecek her iki şirketin öz sermayelerinin tespitini, devralan şirketin yapması gerekli olan sermaye artırımının tutarının ve hisse değişim oranının (birleşme katsayısı) hesaplanmasını ve birleşmede bir sakıncanın olup olmadığının araştırılmasını talep eder. Şirketin ticari defter ve kayıtlarına göre tespit istenebileceği gibi, aktiflerin rayiç değerlerine göre de istenebilir.

Birleşecek olan şirketler, mahkeme başvurusuna birleşmeye esas teşkil edecek birleşme veya ara bilançolarını eklerler. Birleşme bilançosu veya ara bilanço, mahkemeye başvurulduğu tarihten önceki ay sonu itibarıyla çıkarılmaktadır. Hisse değişim oranının ve sermaye tutarının hesaplanmasında bilirkişi ve mahkemece bu bilançolar esas alınmaktadır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken bir husus, burada bahsedilen birleşme bilançosu ile birleşme sonunda Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 39. maddesi gereğince Vergi Dairesine verilen bilançonun farklı olduğudur. Zira, birleşme öncesi ile birleşmenin gerçekleşmesi arasında geçen sürede, şirketler ticari faaliyetlerine devam ettiklerinden, bu süre içinde bilançolarında da değişikliklerin meydana gelmesi doğaldır.

Böylelikle, bilirkişiler tarafından tespit edilen öz varlıklar ve hisse değişim oranına göre, taraflarca birleşme sözleşmesinin taslağı hazırlanır.

(4) Hisse Değişim Oranı (Birleşme Katsayısı)

Devralan şirketin, birleşme nedeniyle yapacağı bu sermaye artırımının özelliği, arttırılan sermayenin karşılığını, devralınan şirketin malvarlığının teşkil etmesidir. Bu sebeple arttırılan kısım için para ödenmesi söz konusu olmayıp, sermaye artırımını iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımına veya aynı sermaye konularak yapılan sermaye artırımına benzetilebilir. Devralınan şirket, devralan şirketin iştiraki ise, iştirak oranı büyüdüğü ölçüde, sermaye artırımının miktarı küçülür; iştirak oranı %100 ise sermaye artırımına gerek olmaz. Ancak bu varsayım nadiren gerçekleşebilir (11).

(5) Birleşme Sözleşmesinin Hazırlanması

Mahkemece yaptırılan inceleme sonucu verilen bilirkişi raporu da nazara alınarak, birleşecek şirketlerin yönetim kurulları, birleşme esaslarını aralarında yapacakları müzakereler sonucunda hazırlarlar. Tarafların iradelerine uygun olarak hazırlanacak olan birleşme sözleşmesi, hisse sahiplerini bilgilendirme işlevini haiz olduğundan, kapsamlı ve açıklayıcı olması gerekir.

Birleşme sözleşmesinde, devralan şirketin yapacağı sermaye artırımı ve devralınan şirket hisse sahiplerine vereceği hisse miktarı, bilirkişi raporu ile tespit edilen oranlara göre belirlenir. Daha sonra bu oranlara göre, devralan şirketin sermaye artırımını yapabilmesi için genel kurulun onayına sunulmak üzere şirket esas sözleşmesinin sermaye maddesinin tadil metni hazırlanır.

Uygulamada, hazırlanan birleşme sözleşmesine, taraflarca belirlenecek azami süre içinde yönetim kurullarının genel kurullarını toplantıya davet etmemesi veya genel kurulların toplanamama-

(11) TEKİNALP (POROY-ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, Syf. 109

sı halinde, yapılan bu sözleşmenin hükümsüz olacağına dair madde konulmaktadır.

Devralma Suretiyle Birleşmede, birleşme sözleşmesinin şekli konusunda, kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Yeni Kuruluş Suretiyle Birleşme'ye ilişkin olan T.T.K. md. 452/I uyarınca, birleşme sözleşmesinin yazılı şekilde olması ve imzaların noterce tasdik edilmesi gerekir. Buradan hareketle, Devralma Suretiyle Birleşmede de, resmi şekil olmasa bile, en azından yazılı şekil şartının arandığını söyleyebiliriz (12).

(6) İkinci Genel Kurul (Birleşme Sözleşmesinin Onayı)

Yönetim Kurulları tarafından hazırlanan ve imza edilen sözleşme, ancak birleşmeye taraf olan şirketlerin genel kurulları tarafından onaylandığı takdirde yürürlük kazanır. Bu nedenle, birleşmeye katılan devralınan ve devralan anonim şirketlerin yönetim kurulları, sözleşmeyi imzaladıktan sonra, genel kurullarını ayrı ayrı toplantıya davet ederler.

Birleşen Şirketlerden her biri, genel kurul toplantısında, birleşme tarihi itibarıyla düzenlenmiş bilanço ile birleşmiş bilanço ve birleşme sözleşmesini görüşerek onaylar. Devralınan şirket genel kurulu, birleşme sözleşmesinin onaylanması ve birleşmeye karar verilmesi halinde, ayrıca şirketin feshine karar vermez. Zira, birleşme zorunlu olarak şirketin kanun icabı sona ermesini gerektirir.

Devralan şirket için birleşme sözleşmesinin, genel kurulda görüşülebilmesi için, genel kurul toplantısında T.T.K.'nın 372. maddesindeki 1/4 nisap aranır. Ancak, durum devralınan şirket için farklıdır. Devralınan şirketin genel kurulunda, birleşme, şirketin infisahına yol açacağı için, birleşmeye fesihte aranan nisapla karar verilir. T.T.K. md. 388/2'ye göre, sermayenin 2/3'üne sahip hisse sahiplerinin toplantıda hazır bulunmaları gerekir. Bu toplantıda ge-

(12) Hamdi YASAMAN, Anonim Şirketlerde Birleşme, Syf. 38

rekli nisaplar sağlanamazsa yapılacak ikinci toplantıda 1/2 nisap aranır.

Eğer esas sözleşmede birleşme için yada genel kurul kararı ile fesih konusunda, daha ağır nisap öngörülmüşse, bu nisaplara uyulur. T.T.K. md. 388 emredici bir hüküm olduğu için ancak ağırlaştırıcı nisap öngörülebilirse de, hafifletici nisap kararlaştırılmaz (13).

Bu konudaki genel kurul kararları, T.T.K.'nın 378/I ve 388/4 maddesi gereğince mevcut oyların ekseriyeti ile alınır.

Ayrıca, birleşme, eğer hisse sahiplerinin taahhütlerini artırma sonucunu doğuruyorsa veya birleşme neticesinde, yabancı bir şirket tarafından devralınarak şirketin tâbiyeti değişiyorsa, bu durumda T.T.K. md. 388/1 uyarınca oybirliği ile karar alınması gerekir.

(7) İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu

Genel Kurul tarafından, esas sözleşmenin değiştirilmesine dair verilen karar, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl edecek mahiyette ise bu karar, imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda verecekleri diğer bir kararla tasdik olunmadıkça, infaz edilemez. Böyle bir durumda, yönetim kurulu, denetçiler veya imtiyazlı pay sahiplerinden biri imtiyazlı pay sahiplerini toplantıya çağırma zorundadır. (T.T.K. md 389)

T.T.K. md. 389, toplantı ve karar oranı için T.T.K.'nın 388. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına atıf yapmıştır. Buna göre; imtiyazlı pay sahipleri özel genel kurulunda, imtiyazlı payların en az 1/2'sine sahip olan pay sahiplerinin hazır bulunmaları gerekir. İlk toplantıda, bu oran sağlanamadığı takdirde, T.T.K.'nın 368. Maddesi uyarınca en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantıda, imtiyazlı pay sahiplerinin en az 1/3'üne sahip olan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması müzakere yapılabilmesi için yeterlidir. Kararlar ise, mevcut oyların ekseriyetiyle verilir.

(13) Hamdi YASAMAN, Anonim Şirketlerde Birleşme, Syf. 66

(8) Birleşmeye İlişkin Genel Kurul Kararının Tescil ve İlanı

T.T.K. md. 149 uyarınca, birleşen şirketler, genel kurullarınca onaylanan birleşme kararları ile birleşmiş bilançolarını ilan, genel kurul kararını ise tescil ve ilan eder. Birleşme sebebiyle varlığını sona erdiren şirket ise ayrıca kendisine ait borçların ne suretle ödeneceğine dair tanzim edeceği beyannameyi, birleşmiş bilanço-suyla birlikte ilan eder.

Ticaret Sicil Memurluğu'na yapılacak tescil ve ilan talebi genel kurul tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde yapılmalıdır.

Birleşme kararı, T.T.K. md. 150 uyarınca, ilan gününden itibaren üç ay sonra hüküm ifade eder. Bu süre içerisinde, ortaklıkların alacaklılarından her biri mahkemeye başvurarak birleşmeye itiraz edebilir. İtiraz davası açıldığı takdirde, durumun davacıların isteği üzerine veya re'sen mahkemece sicil memuruna bildirilmesi ve katileşen kararın da re'sen bildirilmesi gerekir. Bu davalar ve kararlar dahi sicile şerh verilir. Böyle bir itirazın vukuunda, itirazın reddine ilişkin mahkeme kararı kesinleşmedikçe veya mahkemece takdir edilecek teminat devralan şirketçe karşılanmadıkça birleşme hüküm ifade etmez.

Ancak, devralınan şirketin alacaklıları birleşmeye muvafakat verirlerse veya ilandan önce birleşen şirketler borçlarını ifa veya buna karşılık gelen parayı T.C. Merkez Bankası'na tevdi ederlerse birleşme kararı ilan tarihinde hüküm ifade eder. Yalnız, bankaya tevdi keyfiyetinin ilanı gerekir (14).

(9) Sermaye Artırımı ve Esas Sözleşme Değişikliği

Anonim şirketler, esas sermaye veya kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş olabilirler. T.T.K.'nın anonim şirketlerle ilgili olarak benimsediği sistem, Esas Sermaye Sistemi'dir.

(14) Gönen ERİŞ, Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 1, Syf. 557

a. Esas sermaye sistemi :

Esas Sermaye Sisteminde, sermaye önceden belirlenmiş, sabit, esas sözleşmede karşılığı gösterilmiştir. İtibari değerli paylara bölünmüş ve tamamı taahhüt edilmiş sermaye, ancak kanunun öngördüğü usûl ve şartlarla artırılarak ve azaltılarak değiştirilebilir (T.T.K. md. 391-398).

Birleşme sözleşmesinin, birleşen şirketlerin genel kurullarında onaylanmasından sonra, devralan şirketin yönetim kurulu tarafından esas sözleşme değişikliği kararı alınarak değişecek madde veya maddelerin eski ve yeni şeklini ihtiva edecek şekilde tadil tasarısı hazırlanır. Tadil tasarısı, şirket unvanı altında temsile yetkili kişilerce imzalanır. Tadil tasarıları hazırlandıktan sonra esas sözleşme değişikliği izni için bir dilekçe ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na müracaat edilir.

Esas Sermaye Sistemine tâbi olan anonim şirketlerin sermaye artırımını için, mevcut sermayesinin tamamının ödenmiş olması şarttır (T.T.K. md. 391). Mevcut sermayenin tamamının ödendiği, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 1994/1 No.lu Tebliği (15) uyarınca da, serbest muhasebeci, mâli müşavir veya yeminli mâli müşavir raporu ile kanıtlanmalıdır.

Esas Sermaye Sisteminde, sermaye artırımını genel kurulun onayına bağlı olduğundan, devralan şirketin yönetim kurulu, esas sözleşmenin sermaye maddesinin değişikliğini içeren madde için tadil tasarısı hazırlar ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin aldıktan sonra madde değişikliği için genel kurulun onayına sunar. Tadil tasarısının genel kurulda onayını takiben, Ticaret Kanunu hükümleri dahilinde genel kurulca sermaye artırım kararı alınır.

b. Kayıtlı sermaye sistemi :

Kayıtlı Sermaye Sistemi, Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK) Halka Açık Anonim Şirketler için öngörülmüş olup, diğer

(15) R. G., 12.01.1994, 21816

sistemlerin sermaye artırımındaki zor ve uzun süren usul ve şartlarının getirdiği sakıncaları ve masrafları ortadan kaldırmayı ve kolayca sermaye artırımını yapabilmeyi amaçlayan bir sermaye sistemidir (16).

Esas Sermaye sistemindeki şirketler, sermaye artırımında T.T.K.'nın ilgili hükümlerine tâbi iken, Kayıtlı Sermaye sistemini kabul eden şirketler SerPK ve tebliğleri uyarınca, T.T.K.'nın sermaye artırılmasına dair hükümlerine tâbi olmaksızın, Ticaret Siciline tescil edilmiş kayıtlı sermaye tavanı içinde kalmak üzere, esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydıyla ve yönetim kurulu kararı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin almaksızın sermaye artırımını yapabilirler.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) Seri:I, 26 No.lu Tebliği'nin (17) 7. maddesi uyarınca, halka açık anonim şirketler, SPK'ya başvurmadan önce Kayıtlı Sermaye sistemindeki şirketin yönetim kurulu, artırılacak sermaye miktarını ve satış esaslarını belirleyen bir karar alır.

Devralan şirket eğer kayıtlı sermaye sistemine tâbi ise, birleşme sözleşmesinin onaylandığı genel kuruldan sonra, sermaye artırımını nedeniyle esas sözleşme değişikliği için ayrıca üçüncü bir genel kurul toplantısı yapmasına ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınmasına gerek yoktur. Ancak, şirketin birleşme nedeniyle yapacağı artırım, Ticaret Sicilindeki kayıtlı sermaye tavanını geçiyorsa, öncelikle esas sözleşme değişikliği yolu ile kayıtlı sermaye tavanı yükseltilmelidir. O zaman esas sermaye sistemindeki gibi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izin alınmalı ve de üçüncü genel kurul toplantısı yapılmalıdır.

Bundan başka, şirketler birleşme ile birlikte esas sözleşmelerinde, unvan, şirket merkezi ve yönetim kurulunun görev ve yetkileri gibi konularda da bir takım değişiklikler yapmaktadır. Bu durum-

(16) Prof. Oğuz Kürşat ÜNAL, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Syf. 83

(17) R.G., 23524, 15.11.1998

da, şirket kayıtlı sermaye sistemine tâbi olsa da, esas sözleşmede başkaca değişiklikler yapılacağı için SPK ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan esas sözleşme değişikliği için sermaye artırımı için izin alınarak genel kurul yapılması gerekecektir.

(10) Devralınan Şirketin Sicilden Terkini

Birleşme kararının ilanından itibaren üç ay içinde, devralınan şirketin alacaklıları itiraz etmemiş veya devralınan şirketin tüm borçları ödenmiş ise, birleşme işlemleri kesinleşir. Ticaret Sicili Tüzüğü'nün (18) 80. maddesinin son fıkrasında, birleşme sözleşmesinin kesinleşmesi ile devralınan şirketin tüzel kişiliğinin sona ereceği ve kaydının Ticaret Sicilinden re'sen silineceği ifade edilse de, uygulamada genellikle, devralan şirketin yönetim kurulu alacağı bir karar ile Ticaret Sicili Memurluğu'ndan devralınan şirketin terkinini talep etmektedir.

(B) Yeni Şirket Kurulması Suretiyle Birleşme

Ticaret Kanunu sistematüğinde bu tür birleşmeye ilişkin olarak genel hükümler içerisinde (md.146 vd.) herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, anonim şirketlerin bu yolla birleşmelerine ilişkin çeşitli hükümler ise md. 452'de yer almıştır. Söz konusu hükümlerin ve bunların içerdiği şemanın, anonim şirketler dışındaki şirketlerin yeni kuruluş yöntemi ile birleşmelerine de ışık tutacağı şüphesizdir. Birleşme usulünün geçirdiği aşamaların bir çoğu, devralma türü birleşmelerle ayniyet gösterir. Bu sebeple, burada sadece ilk usulden farklılık arz eden noktaların altı çizilecek, farklılık göstermeyen aşamaların ise ismen belirtilmesiyle yetinilecektir (19).

a. Birleşme Görüşmeleri

Bu konu ile ilgili olarak, yukarıda ayrıntılı bilgi verilmiştir (20).

(18) R. G., 08.02.1957, 9530

(19) TEKİNALP (POROY-ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, Syf. 111

(20) Bkz. Yukarıda Syf. 958.

b. Yeni Kurulacak Şirketin Kuruluş Hazırlıkları

Yeni şirketin sermayesini birleşen şirketlerin (devralınan şirketlerin) malvarlıkları oluşturacaktır. Birleşen şirketlerin hisse sahiplerinin yeni şirkete bu suretle koyacakları aynı sermayenin değerlendirilmesi gereklidir. Bu sebeple burada mahkemenin birinci görevi devralınan şirketlerin öz varlıklarının değerlendirilmesini yapmaktır. Bundan başka, hisse değişim oranı ve T.T.K. md. 324' ün uygulanmasına gerek olup olmadığı noktaları da saptanır (21).

c. Birleşme Sözleşmesi

Sözleşme, birleşen şirketler ve (birleşme için) yeni kurulan şirket arasında yapılır. Yeni kurulan şirketin ana hükümleri (bu arada sermaye taahhüdü ve organları) sözleşmede yer almalıdır. Birleşme sözleşmesindeki imzaların noterce onanmış olması gerekir (TK md. 452/b.1).

d. Yeni Şirketin Kurulması ve Birleşen Şirketlerin İnfisahının Tescil ve İlanı

Birleşme sözleşmesi ile bu sözleşmenin yetkili organlarda kabulü diğer birleşme türünden farklı bir özellik taşımaz. Özellik gösteren nokta, yeni şirketin kurulmasıdır. Bunun için gerekli kuruluş işlemleri aynen yerine getirilmelidir. Son aşama ise, birleşen şirketlerin infisahının tescil ettirilmesidir (Bu da yetkili organların onama kararı ile birlikte gerçekleşir).

(C) Birleşmenin Hükümleri

Birleşmenin gerçekleşmesiyle birlikte, birleşen şirketlerin unvanı ticaret sicilinden terkin edilir, varlıkları sona eren şirketlerin hak ve borçları külli halefiyet yoluyla yeni kurulan veya devam eden şirkete intikal eder.

(21) TEKİNALP (POROY-ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, Syf. 112

Külli halefiyet yoluyla, şirket tüzel kişiliğine bağlı tüm ilişkiler hukukten intikal etmiş olur. Yeni kurulan veya devam eden şirket, üçüncü şahıslardan, infisah eden şirketlere ait borç ve taahhütlerin ifasını da re'sen isteyebilir, meğer ki bunlar nitelikleri itibariyle, varlıkları sona eren şirketlerin mevcudiyetine bağlı olsunlar. Borçlarda da durum aynıdır. İnfisah eden şirketlerin borç ve taahhütleri de yeni kurulan veya devam eden şirketin uhdesine geçer ve ifası da bunlardan talep edilir (22).

VI. REKABET KURUMU'NDAN İZİN

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un (23). 7. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan haller, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken birleşme veya devralmalar ve bunların Rekabet Kurulu'na bildirilmesi usul ve esasları Rekabet Kurumunun 1997/1 sayılı Tebliği ile belirlenmiştir (24).

Tebliğin 2. maddesine göre;

- a) Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi,
- b) Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut şirket paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi,
- c) Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi, varlık olarak ortaya çıkar ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture),

(22) İsmet Cemal YILMAZ, Tic. Huk. Ve Vergi Huk. Açısından Şirketlerin Birleşme, Devir ve Nev'i Değiştirmeleri, Syf. 14

(23) R. G., 13.12.1994, 22140

(24) Bu tebliğ 12.08.1997 gün ve 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

kanunun 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralmalar kabul edilerek bu tebliğ kapsamında sayıldığından, bunlar hakkında tebliğin 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekir. Buna göre "bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25' ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının on trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu'nda izin almaları zorunludur." (25).

Burada ikili bir eşik kabul edilmiştir. Yani birleşen işletmelerin ya ilgili pazardaki toplam pazar payları piyasanın % 25'ini aşmalı ya da toplam ciroları 25 trilyonu aşmalıdır. Yani toplam ciroları ilgili piyasanın %25'ini aşmasa bile toplam ciroları 25 trilyonu aşıyorsa birleşmenin taraflarının yine izin alması gerekmektedir. Bu durumda Pazar payı % 25 bile olmayan bir işletmenin hakim durum yaratması ihtimali oldukça düşük olmakla birlikte Rekabet Kurulunun belirli büyüklükteki birleşmelerden haberdar olmak istediği ve böylece piyasalardaki değişiklikleri izlemeyi düşündüğü anlaşılmaktadır (26).

Aynı Tebliğin 3. maddesi de, izin alınması gerekmeyen birleşme ve devirleri de tespit etmiştir. Buna göre, aşağıda mahiyeti açıklanan birleşmeler Kanunun 7. maddesi kapsamı dışında olup, bu tür birleşmeler için Kurul'dan izin alınması gerekmez;

- a) Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları, hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkararak teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları,

(25) İsmet CANTÜRK, Rekabet Ortamı ve Rekabet Kurulu Kararları, Syf. 28

(26) Prof. İ. Yılmaz ASLAN, Rekabet Hukuku, Syf. 273

- b) Tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi,
- c) Bu Tebliğin 2. maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi,
- d) Grup içi şirketler arasındaki birleşmeler (27).

a. Birleşmenin Bildirilmesi

Birleşmenin bildirimi, kanunun 10. maddesinin ikinci fıkrasında ön bildirim şeklinde düzenlenmiştir. Yani bildirilmesi gerekli olan bir birleşmenin, bildirilmeden uygulanması söz konusu değildir.

Bildirim, 1997/1 sayılı Tebliğin 2. maddesi çerçevesinde birleşme veya devralma sayıları halleri gerçekleştiren kişi veya teşebbüslerce birlikte yapılır. Taraflardan yalnız birinin yaptığı bildirim de geçerli sayılır.

Bildirim, birleşen kişi ve teşebbüslerin yasal temsilcileri tarafından da yapılabilir. Bu durumda temsilcilerin yetkili olduklarını gösterir belgeler Bildirim Formuna eklenmelidir. Bildirimin iki veya daha fazla kişi veya teşebbüs tarafından yapıldığı hallerde, bunlar ortak bir temsilci aracılığı ile de bildirimde bulunabilirler.

Bildirim, Tebliğin ekinde yer alan Bildirim Formuyla yapılır. Ortak bildirimler tek bir formla yapılabilir. Her bildirim ve ekli evrakları üç nüsha halinde hazırlanarak Rekabet Kurumuna gönderilir.

(27) Rekabet Kurulu, Grup şirketleri arasındaki birleşmelerde izin alınmasına gerek olmadığını belirtmektedir. "...tarafların gerek ortaklık gerekse yönetim kurullarının aynı şahıslardan meydana geldiği, dolayısıyla birbirlerinden hukuken bağımsız olan bu teşebbüslerin ekonomik açıdan birbirlerine bağımlı oldukları ve tek bir iktisadi birlik olarak değerlendirilmeleri gerektiği açıktır..." Rekabet Kurumu'nun, 03.03.1999 tarih ve 99-12/93-35 sayılı kararı. (Bkz. Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Syf. 257)

rilir. Rekabet Kurumunun şube ve temsilciliklerine yapılan bildirimler yapılmamış sayılır. Evraklar arasında kopyalar varsa bildirimde bulunanların bunların asıllarına uygunluğunu onaylamaları gerekir.

Bildirim, Bildirim Formunda istenmiş olan bilgileri tam ve doğru olarak içermeli ve bu bilgilerde sonradan oluşacak değişiklikler derhal Kurula bildirilmelidir.

Bildirim Rekabet Kurumu'nca alındığı tarihte yapılmış sayılır. Yetkisiz kişiler tarafından yapılmış bildirimler yapılmamış sayılır. Formda istenen bilgilerin yanlış ve eksik olması halinde bildirim, Kurulun talebi üzerine bu bilgilerin tamamlandığı tarihte yapılmış sayılır.

Tebliğin 5. maddesine göre usulünce yapılmış olan bildirim hakkında kanunun 10. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde açıkça veya aynı maddenin 3. fıkrası çerçevesinde zımnen bir karar verilmeden önce birleşme veya devralma hukuken geçerlilik kazanamaz. Bildirimin yapılmamış sayılması halinde kanunun 11. maddesi uygulanır (28).

b. Birleşmenin Değerlendirilmesi

Rekabet Kurulu'nun almış olduğu bildirimleri nasıl değerlendireceği 1997/1 sayılı tebliğin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu'nca bu değerlendirmede;

- a) İlgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı,
- b) İlgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pa-

(28) Bkz. Aşağıda, Syf. 973.

zara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketicilere avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar

göz önünde tutulur.

Böyle bir bildirimi alan Rekabet Kurulunun daima yukarıdaki gibi bir inceleme ve değerlendirme yaparak nihai bir karar vermesi gerekmez. Ya açıkça nihai bir kararla ya da 30 gün içinde itiraz etmeyerek zımnen, birleşmeye izin verebilir. Kurul, birleşmeyi, rekabete aykırı bulursa usule ilişkin hükümlere göre soruşturma açıp bir yasaklama kararı verir.

Hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşmeye izin verilir. Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülöklere uyulması koşuluyla izin verebilir.

Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşmenin kanuna aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez. Bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş bir birleşmeyi Kurul öğrendiği takdirde, bir soruşturma başlatır.

Bildirilmesi zorunlu olan birleşme işleminin Kurul'a bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlem den haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşmeyi incelemeye alır. İnceleme sonucunda,

- a) Birleşmenin, 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda, birleşmeye izin verir. Ancak, ilgililere bildirimde bulunulmadığı için para cezası uygular.

b) Birleşmenin 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşmenin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde, ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Md.11).

Rekabet Kurulu, birleşmeyi değerlendirmek için Kanunun 14. maddesi çerçevesinde gerekli gördüğü hallerde birleşmenin taraflarının yanı sıra, birleşme ile ilgili diğer kişilerden ve tarafların müşterileri, rakipleri ve sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi isteyebilir. Bu kişileri sözlü savunma toplantısına davet edebilir.

Birleşme ile ilgili diğer kişiler ve tarafların müşterileri, rakipleri ve sağlayıcıları gibi üçüncü kişiler meşru menfaatleri olduğunu göstermek suretiyle sözlü savunma toplantılarına katılmayı Kuruldan talep edebilirler.

Tebliğin 9. maddesine göre "Rekabet Kurulu'nun, Kanunun 10. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde açıkça veya aynı maddenin 3. fıkrası çerçevesinde zımnen bir birleşmenin Kanunun 7. maddesine aykırı olmadığına ilişkin vermiş olduğu kararın, teşebbüslerden biri tarafından verilmiş olan yanlış veya yanıltıcı bilgi nedeniyle alınmış olduğu ya da karara eklenmiş olan yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olduğu hallerde Kurul, birleşmeyi yeniden incelemeye alarak yasaklamaya ve diğer yaptırımların uygulanmasına karar verebilir."

Yasaklanmış olan bir birleşmenin uygulanması mümkün değildir. Bu yasağa rağmen bir birleşme uygulanacak olursa, bildirilmemiş birleşmeler hakkındaki işlemlere göre, işletmelerin ayrılması ve birleşmeden önceki eski halin iadesi sağlanır.

VII. SPK VE KAMUNUN AYDINLATILMASI

Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) (29), küçük hisse sahiplerini korumak ve kamunun aydınlatılarak spekülâtif hareketlere engel olmak amacıyla, Halka Açık Anonim Şirketlere ilişkin bir takım düzenlemeler getirmiştir.

Kanunun 16/A maddesi uyarınca, sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırım kararlarını etkileyebilecek her türlü önemli olay ve gelişmeler kamuya açıklanacaktır. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), hangi durumlarda kimler tarafından kamuya açıklama yapılması zorunluluğunun bulunduğunu, açıklamanın kapsamını, niteliğini ve şeklini Seri VIII, 20 numaralı tebliğinde (30) düzenlemiş ve şirketin pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu verdiği için düzenleme yapılması gereğini doğuran gelişmeleri, (i) *hisse senedi el değiştirmeleri*, (ii) *sermaye artırımları*, (iii) *birleşme ve devralmalar* olmak üzere üç alt başlıkta belirlemiştir (31).

Tebliğin 3. maddesinin A bendinde de “Şirketin Sermaye Yapısına ve Yönetimin Kontrolüne İlişkin Değişiklikler” başlığı altında, bir sözleşme nedeniyle veya sair yollarla yönetimin doğrudan veya dolaylı el değiştirmiş olması, bir gerçek veya tüzel kişinin veya bu gerçek veya tüzel kişi ile birlikte hareket eden diğer gerçek veya tüzel kişilerin, şirketteki toplam oy hakkının veya sermayenin %10 veya daha fazlasına sahip olması veya şirketteki toplam oy hakkının veya sermaye payının %10’un altına düşmesi, kamuya açıklanması gereken özel durumlar arasında sayılmıştır.

Müzakereler sırasında ortaya çıkabilecek, sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırım kararlarını etkileyebilecek her türlü yeni ve önemli gelişmeler de Kurul’a bildirilmelidir. Buna ilişkin olarak, SPK’nın 1996/17 sayılı Haftalık Bülteninde yayınlanan ilke kararında, tebliğde belirtilen özel durumların ortaya çıkması

(29) R.G. 17416, 30.07.1981

(30) Bu Tebliğ 06.07.1993 gün ve 21629 (Mük.) sayılı Resmi Gazete’de yayınlamıştır.

(31) Reha TANÖR, Türk Sermaye Piyasası, Halka Arz, 2. Cilt, Syf.216

sonucunu doğuracak işlemlerin veya görüşmelere başlanması durumunda; görüşmelere başlanması aşamasında, görüşmeler boyunca kesinleşen hususlarda her aşamada ve görüşmeler sonuçlandığında, tebliğin 7. maddesinde belirtilen kapsam ve nitelikte özel durum açıklamalarının yapılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, şirket, SPK'ya gerekli açıklamaları yaptıktan sonra birleşme müzakerelerine başlamalıdır.

Yapılacak açıklamalar, açıklamadan yararlanacak kişi ve kuruluşların karar vermelerine yardımcı olacak ölçüde, kısa, tam, dolaysız, açık, anlaşılır ve yeterli olmalı; özel durumun doğru bir şekilde değerlendirebilmesi için zorunluysa bu durum ilgili olduğu karşı taraf belirtilmeli, değişikliklerin miktar veya tutar olarak ifade edilebilmesi halinde, yapılacak açıklamalarda miktar ve tutara yer verilmelidir (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.7/I).

Özel durumlara ilişkin açıklamalar yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz, abartılı veya eksik olamayacağı gibi, şirketlerin, mevcut durumları hakkında yanlış kanaat uyandıracak nitelikte de olamaz (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.7/II).

Açıklanması zorunlu aşamaya gelmiş olmakla beraber, miktar, tutar veya işlem olarak bazı belirsizlikler içeren özel durumlar, söz konusu belirsizlikler ve bu belirsizliklerin ortadan kalkacağı olası tarih ve koşullarıyla birlikte açıklanır. (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.7/III).

Sermaye piyasası araçlarından herhangi biri, bir borsada işlem gören şirketlerin, yukarıda sayılan özel durumlardan birinin ortaya çıkması veya öğrenilmesi durumunda derhal ve en seri haberleşme vasıtasıyla Kurul'a ve ilgili borsaya bu özel durum hakkında açıklama ulaştırmaları zorunludur (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.8/I).

Açıklamalar, tebliğin ekinde yer alan forma uygun yazılı olarak, en geç durumun ortaya çıktığı günü izleyen iş günü saat : 09.00'a kadar, Kurul ve ilgili borsaya ulaştırılmalıdır (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.8/II).

Borsa da, şirket tarafından yapılan açıklamayı seans sırasında ve yayınlayacağı ilk bültende kamuya duyurur (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.8/III). Borsa'nın yayınladığı bültenle kamuya duyurulanlar hariç olmak üzere, Kurul'a gönderilen bilgiler Kurul bülteni ile kamuya duyurulur. Şirketler ve açıklama yapmakla yükümlü diğer kişi ve kuruluşlar, söz konusu bilgileri Kurul'a ulaştırdıktan sonra basın-yayın organlarında da duyurabilirler. Ayrıca, Kurul, gerekli gördüğü durumlarda gönderilen bilgilerin, gazetelerde ilan edilmesini ilgili şirketten veya diğer açıklama yapmakla yükümlü olanlardan isteyebilir. (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.11).

Yukarıda bahsedilen açıklama mecburiyetlerinin istisnası olarak, hisse senedi dışındaki sermaye piyasası araçlarını halka arz etmiş şirketler, şirketin sermaye yapısına, yönetim kontrolüne ve idari konulara ilişkin değişikliklerin ortaya çıkması durumunda belirtilen durumlarda açıklama yapmayabilirler (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.12/II).

Söz konusu değişikliklerin kamuya duyurulması zorunluluğuna ek olarak, Kurul da, kamunun zamanında, yeterli ve doğru olarak aydınlanması için anılan tebliğde yer almayan özel durumların ortaya çıkması halinde Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak ilgililerden açıklama yapılmasını kendiliğinden isteyebilir (Seri:VIII, Tebliğ:20, md.13).

Birleşme sözleşmesinde taraf olan Halka Açık Anonim Şirketin, birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kuruldan önce SPK'ya başvurarak onay alması zorunludur. Birleşme Sözleşmesinin onayı için yapılacak başvuruya, birleşmeye taraf olan şirketlerin mahkemece tayin edilen bilirkişi tarafından hazırlanan öz varlık tespit raporu, ortakların mali tablolarına ilişkin hazırlanacak özel bağımsız denetçi raporları, devralan şirketin esas sözleşmesinde yapılacak tadil taslağı, devralan şirketin, ortaklarına vereceği hisselerin miktar ve oranı ile hisselerin niteliğine ilişkin bilgi ve Kurul tarafından istenecek sair bilgi, belgeler eklenecektir. (Seri I, 26 No.lu Tebliğ, md. 12)

Halka Açık Şirketler, SPK'dan Birleşme Onayını aldıktan sonra, Birleşme Sözleşmesinin onaylanması için Genel Kurullarını toplantıya çağırır.

SerPK'nın 4487 sayılı kanunla değişik 11. maddesi uyarınca, halka açık anonim şirketlerin, T.T.K. md. 388/2 ve 3. fıkralarında yazılı hususlar için yapılacak genel kurul toplantılarında, ana sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, T.T.K. md. 372'deki toplantı nisabı uygulanır. Buna göre, şirketin mevzuu veya nev'inin değiştirilmesine ilişkin genel kurul toplantılarında, şirket sermayesinin en az 1/4'ünü temsil eden hisse sahiplerinin hazır bulunması gerekir. Kararlar, salt çoğunluk ile alınır.

Halka Açık Anonim Şirketlerde, birleşme sonrası SPK'nın yapılmasını istediği duyurunun içeriğinde, mali tablolar ve borçların ne şekilde ödeneceğine dair beyanname bulunduğundan, bunların ayrıca ilanına gerek yoktur.

Birleşme gereğince işlemler tamamlandıktan sonra, SPK'nın Seri I, 26 No.lu Tebliğinin 12. maddesi uyarınca ihraç edilecek hisse senetlerinin Kurul'a kaydettirilmesi için SPK'ya başvurulması gerekir. Kurul'a yapılacak başvuruya, birleşen şirketlerin birleşmeye ilişkin kendi genel kurullarının birer örneği, birleşme sözleşmesinin noterden onaylı birer örneği, birleşme bilançosu ile gelir tablosunun birer örneği, Rekabet Kurumu'nun birleşmeye ilişkin olarak alınan izin belgesi ve Kurul tarafından istenecek sair belgeler eklenir.

Artan Sermayeyi temsil eden hisse senetleri, yönetim kurulu tarafından bastırılarak, SPK'nın tebliğinde öngörülen şekilde, devralınan şirketin hissedarlarına çağrı yapılır ve birleşme sözleşmesinde belirtilen hisse değişim oranlarına göre devralınan şirketin hissedarlarına payları verilir.

Birleşme işlemlerinin bittiğine ve sermaye artırımının tamamlandığına ilişkin yönetim kurulu kararı ve SPK'nın Seri I, 26 No.lu

Tebliğ'i'nin 5/B ekinde belirtilen belgeler ile Kurul'a başvurulur ve tamamlama belgesi talep edilir.

Halka Açık Anonim Şirketlerin yapacakları sermaye artırımlarında; Esas Sermaye Sistemindeki şirketlerin, sermaye maddesine ilişkin tadil tasarısını Kurul'a onaylatmaları, Kayıtlı sermaye Sistemindeki şirketlerin ise, sermaye artırımından sonra tescile mesnet belge almak üzere Kurul'a başvurmaları gerekir.

Sermaye artırım işlemlerinin tamamlanmasını takiben birleşme işlemlerinin bittiğine ve sermaye artırımının tamamlandığına ilişkin yönetim kurulu kararı ile birlikte 10 gün içerisinde Ticaret Siciline tescil ve ilan olunur. Tescile ilişkin Ticaret Sicil gazetesinin bir nüshası Kurul'a gönderilir.

VIII. VERGİLENDİRME AÇISINDAN BİRLEŞME

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda (K.V.K.) (32), Ticaret Kanunu'nda olduğu şekilde birleşme ve devir ayırımı yapılmaksızın, her iki birleşme işlemi, 36. maddede açıklandığı üzere, aynı hükme tâbi tutulmuş ve birleşmenin tasfiye hükmünde olduğu belirtilmiştir (33).

K.V.K.'nın 36. maddesinde, "bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme sebebiyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir." denilse de, aynı kanunun 37. maddesinde bu hükme istisnalar getirmiştir.

Kanunun 37. maddesinde, birleşme neticesinde infisah eden şirket ile devralan şirketin kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye'de bulunması ve devralınan münfesihi şirketin, devir tarihindeki bilanço değerlerini, devralan şirketin, kül halinde devralarak aynen bilançosuna geçirmesi halinde, K.V.K. uyarınca birleşmelerin devir hükmünde olacağı belirtmiştir.

(32) R.G. 10.06.1949, 7229

(33) Salih Şanver, Gelir ve Kurumlar Vergisi, syf.299

a. 4684 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler

4684 sayılı Kanun (34) ile, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarında önemli değişiklikler yapılmış ve yapılan bu değişikliklere daha çok işlerlik sağlayabilmek amacıyla da, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (35), 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu (36), 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu (37), 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda (38) da değişiklik yapılmıştır.

4684 sayılı Kanun ile yapılan bu değişiklik ile, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 38. ve 39. maddeleri birleştirilerek, yapılan değişikliklerle beraber, 39. madde olarak yeniden düzenlenmiştir.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun, 4684 sayılı Kanunla değişik 39. maddesi uyarınca, devirlerde (birleşmelerde) aşağıdaki şartlara uyulduğu takdirde, devralınan münfesiş şirketin sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilip, doğrudan birleşmeden doğan kârlar hesaplanmaz ve vergilendirilmez. Buna göre;

Devralınan münfesiş şirket ile devralan şirket, müştereken imzalayacakları bir devir beyannamesini, birleşme tarihinden itibaren on beş gün içinde devralınan münfesiş şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesine verirler ve bu beyannameye devir bilançosunu bağlarlar.

Devralan şirket, devralınan münfesiş şirketin tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer vecibelerini yerine getireceğini devir beyannamesine bağlı bir beyanname ile taahhüt eder. Mahallin en büyük mal memuru bu hususta devralan şirketten ayrıca teminat isteyebilir.

(34) R. G. 03.07.2001, 24451

(35) R. G. 02.11.1984, 18563

(36) R. G. 23.07.1956, 9362

(37) R. G. 11.07.1964, 11751

(38) R. G. 17.07.1964, 11756

K.V.K. md. 39'a göre yapılan devirlerde, devir (birleşme) tarihine kadar olan kurum kazancının vergilendirilmesi için devir veya bölünmeye ilişkin şirket yetkili kurulu kararının Ticaret Sicilinde tescil edildiği tarih itibarıyla hesaplanan kazanç, bu kararın ilan edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde devir dolayısıyla münfe-sih hale gelen şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesine, kurumlar vergisi beyannamesi ile beyan edilir. Bu beyannameye devir(birleş-me) bilançosu ile gelir tablosu bağlanır.

Böylelikle, yeniden düzenlenen K.V.K.'nın 39. maddesi ile devir (birleşme) ve bölünme hallerinde vergilendirmenin nasıl olacağı, eski 39. maddede yer alan devir bilançosu ve devir beyannamesini de içerecek şekilde ayrıntılı olarak düzenlemekte ve hangi hallerde, doğrudan doğruya birleşme ve bölünmeden doğan kârların vergilendirilmeyeceği açıklanmaktadır.

4864 sayılı Kanunun 19. maddesi ile, K.V.K.'da yapılan bu değişikliklere paralel olarak değiştirilen K.D.V.K.'nın 17/4-c maddesinde, birleşme dolayısıyla yüklenilen vergilerin indirimine imkân tanınmış ayrıca, birleşen şirketlerin, birleşme tarihi itibarıyla devralınan vergilerinin bulunması halinde bunların devralan şirkette mükerrer indirimde yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılmasına imkân tanınmıştır.

Diğer yandan, 4684 sayılı Kanunun 20. maddesi ile 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 29. maddesinde bulunan istisnalara, Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre yapılan birleşme işlemlerinden doğan kazançlar da dahil edilmiştir. Bu maddede yapılan düzenleme ile K.V.K.'ya göre yapılan birleşme işlemleri sonucunda doğan kazançlar banka ve sigorta muameleleri vergisinden istisna edilmektedir (39).

4684 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (C) fıkrası ile Damga Vergisi Kanunu'na ekli (2) sayılı tablonun "TV-Ticari ve Medeni İşlerle İlgili Kağıtlar" bölümüne eklenen 17. fıkra ile K.V.K.'ya göre yapı-

(39) Murat Dayanç, Mükellefin Dergisi, Ağustos 2001, Sayı 104, Syf. 20

lan birleşmeler nedeniyle düzenlenen kağıtlar, istisna kapsamına alınarak vergi dışı bırakılmıştır.

Bunlara ek olarak, 4684 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle Harçlar Kanunu'nda genel muaflık ve istisnaların düzenlendiği 123. maddesine, anonim şirketlerin birleşme nedeniyle yapacağı işlemlerin harca tâbi tutulamayacağı ibaresi eklenerek, birleşme nedeniyle ortaya çıkabilecek harç yükümlülükleri ortadan kaldırılmıştır.

Devralınan şirketin, birleşme işlemlerinin gerçekleşmesinden önceki dönemlere ilişkin olarak yerine getirilmesi gereken vergileme ile ilgili ödevlerin (örneğin defter tutma, beyanname verme, belge ve defterlerin saklanması ve ibraz edilmesi gibi) yerine getirilmemiş olmasından doğan sorumluluklar V.U.K.'un (40) 10. ve 333. maddesi kapsamında, ilgili dönemlerde görev yapan kanuni temsilcilere ait olduğundan devralınan şirket sorumlu olmayacaktır.

Birleşme sonunda başlayan incelemenin sonuçlarının devralınan şirkete bildirilmesinden sonra, devralan şirketin sorumluluğu ortadan kalkar.

b. Birleşme Beyannamesinin Yeminli Mali Müşavirlere Tasdiki

3568 sayılı Kanun (41) uyarınca yayınlanan 18 Seri No.lu Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği'ne (42) göre, birleşme beyannamesi ve eklerinin yeminli mali müşavirlere tasdik ettirilebilecektir.

Böylelikle, devralan şirket tarafından düzenlenen birleşme beyannamesi ve ekleri yeminli mali müşavirlere tasdik ettirilebilir.

(40) R. G. 10.01.1961, 10703

(41) R. G. 13.06.1989, 20194

(42) R. G., 30.07.1995, 22359

Bu durumda, birleşme işlemleri aksi iddia ve ihbar edilmediği sürece, idarenin denetim elemanlarınca incelenmiş kabul edileceğinden ayrıca inceleme yapılmaz. Böyle bir tasdik sonrasında birleşilen kurumun sorumluluğu da ortadan kalkacaktır.