



Neval OKAN (*)

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA ORTAKLIK BİRLEŞMELERİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

1 - GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal gelişmeler her alan için olduğu gibi ortaklıklar ve işletmeler açısından da etkili olmakta, ortaklıkları yenilik arayışına yöneltmektedir. Günümüzde, küreselleşmenin sonucu olarak, ortaklıklar değişen pazar ve rekabet koşullarına uyum sağlayabilmek için yeni çözümler aramakta ve büyümeyi çözümlerden biri olarak görmektedirler. Büyümenin en kolay yolu ise ortaklıkların birleşmesidir. Birleşmeler ortaklıklar açısından bir büyüme aracı olduğundan, ortaklıkları büyümeye iten nedenler ortaklık birleşmeleri için de geçerlidir. Ortaklık birleşmeleri ekonomik, mali ve bunlar dışındaki başka nedenlerden kaynaklanır. Ekonomik nedenler arasında,

birleşme sonrası büyüme ve böylece ölçek faydaları ve finansman kolaylıkları sağlamak vb. yer alırken; birleşme sonucu oluşacak vergisel avantajların¹ değerlendirilmesi ile birleşme sonrası ortaklık değerinde oluşacak artışlar ise mali nedenleri oluşturur². Mali ve ekonomik nedenlerin dışındaki diğer nedenler ise, yönetimde düzenleme yapabilme olanağının oluşması ve birleşmeye seçenek oluşturabilecek tasfiye işlemlerinin karmaşıklığından ve olumsuzluğundan kurtulmaktır.

Hizmet hareketlerinin küreselleşmesi çeşitli sektörlerde büyük boyutlu üretim ve pazarlama ortaklıklarının varlığını gerekli kılmış; çok uluslu ortaklıklarla rekabet gücüne sahip olabilmek, hızlı bir ekonomik kalkınmayı gerçekleştirebilmek ve ülke olarak dışa açılabilme için birleşme, oldukça önemli hale gelmiştir.

(*) Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Bkz. 03.07.2009 tarihinde yürürlüğe giren, 16.06.2009 tarih ve 5094 sayılı kanunla Kurumlar Vergisi Kanununa eklenen geçici 5. madde. Bu madde kapsamında birleşen ortaklıklara iki ayrı vergi avantajı sağlanmaktadır: (1) Birleşme kazançlarının kurumlar vergisinden istisna edilmesi, (2) Birleşme sonrası belli bir süre indirimli kurumlar vergisi ödenmesi. Bu madde kapsamına KOBİ tanımına giren ve 31.12.2009 tarihine kadar birleşecek olan kurumlar girmektedir.

² Doğan Gökbel, "Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırılması", Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004, s. 27

Ortaklık birleşmeleri ekonomiye ve iş hayatına büyük katkılar sağlamakla birlikte, bazı sorunlara da neden olur. Bu sorunlardan en önemlisi, hiç şüphesiz, alacaklıların korunmasıyla ilgilidir. Yasa koyucu, Türk Ticaret Kanunu içinde yer verdiği genel ve özel hükümlerin yanı sıra, Bankalar Kanunu, Kooperatifler Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Sermaye Piyasası Kanununda, ortaklık birleşmelerinde alacaklıların korunmasıyla ilgili hükümlere yer vermiştir.

AET'nin birleşmelere ilişkin 75/855 sayılı yönergesi³, AB ülkelerinde birleşmelerin ayrıntılı olarak düzenlenmesine yol açmış; AB üyesi ülkeler dışında, İsviçre de bundan etkilenmiştir. Bu gelişmeler Türkiye'yi de etkilemiş ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanırken göz önüne alınmıştır.

Bu makalede, ortaklık birleşmelerinde alacaklıların korunması Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı açısından ele alınarak incelenecektir.

2- TÜRK TİCARET KANUNUNDA ORTAKLIK BİRLEŞMELERİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

Teknik ve hukuksal anlamda birleşme bir veya birden fazla ticaret ortaklık malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine ya da yeni kurulan ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla geçmesi ve bu şekilde malvarlıklarının birleşmesi ve diğer ortaklığa geçen malvarlığının karşılığı olarak, dağılan ortaklığın ortaklarının hesaplanan değişim ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır⁴.

Birleşmede ortaklıkların malvarlıkları tasfiyesiz birleştikten, gerek devralınan, gerek devralan ortaklık alacaklılarının güvenceleri ya ortadan kalkar ya da azalır. Birleşme, dağılan ortaklıklardan alacaklı olanlar açısından borçlunun değişmesi anlamına gelir. Birleşmede borçlu değişikliği, külli halefiyet ilkesi çerçevesinde ve yasa gereği, alacaklının rızasına gerek olmaksızın gerçekleştiğinden, ortaklık alacaklıları zarar görebilir ve ortaklığın tasfiyesi halinde karşılaşılabilecekleri durumdan daha kötü bir duruma düşebilirler. Bu nedenle alacaklıları koruyucu bir takım önlemlerin alınması gerekir.

2.1- Türk Ticaret Kanununda Birleşmenin Düzenlenmesi

Ticaret ortaklıklarının birleşmesi, Türk Ticaret Kanununun ticaret ortaklıkları hakkındaki genel hükümlerde ve ticaret ortaklıklarına ait özel hükümlerde olmak üzere farklı yerlerde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanununun 146/2 maddesi hükmü, "çeşitli ticaret şirketlerine ait hususi hükümler mahfuz kalmak şartıyla birleşme hakkında müteakip maddelerdeki hükümler tatbik olunur" demek suretiyle bu durumu açıkça ifade etmiştir.

Birleşme yalnız aynı türden ortaklıklar arasında olanaklıdır ve birleşme açısından kolektif ortaklık ile komandit ortaklık, anonim ortaklık ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar aynı türden sayılır. (TTK md.147)

Anonim ortaklıklar arasındaki birleşmelere Türk Ticaret Kanununun 451-452 maddeleri, bir anonim ortaklığın sermayesi paylara bölünmüş bir komandit ortaklık tarafından devralınmasına Türk Ticaret Kanununun 453. maddesi, kolektif

³ Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, Official Journal L 295, 20/10/1978 P. 0036 - 0043

⁴ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2003, s.106

ve komandit ortaklıkların aralarındaki birleşmelere Türk Ticaret Kanununun 146 vd. maddeleri, TTK'nun 451, 452 ve 453. maddelerinin kapsamı dışında kalan anonim ortaklıklar ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar arasındaki birleşmelerle limited ortaklıklar arasındaki birleşmelere genel hüküm olan TTKK 146 ve devamı maddeleri uygulanır.

2.2- Türk Ticaret Kanununda Alacaklıların Korunması

Ortaklıkların birleşmesi, daha önce belirttiğimiz gibi, aynı zamanda borçlu değişikliğine yol açtığından, Borçlar Kanununda olduğu gibi, alacaklıların korunması Türk Ticaret Kanununda da ele alınmıştır. Türk Ticaret Kanununda yer alan, ortaklık birleşmelerinde alacaklıların korunması ile ilgili düzenlemelerin gerekliliğini anlayabilmek için, borç ilişkisinin tarafı olan borçlunun değişmesi halinde alacaklıları koruyan, Borçlar Kanunun çeşitli düzenlemelerine bakmak gerekir.

Borçlar Kanunu md.174'e göre, borcun naklinde borç ilişkisinin borçlu tarafının değiştirilmesi, ancak alacaklı buna rıza gösterdiğinde olanaklıdır. Bu nedenle borcun nakledilebilmesi için alacaklının borçlu ile bir sözleşme yapması gerekir. Borçlar Kanunu'nu 179-180 maddelerinde ise, malvarlığı ve işletme devirleri ve işletmelerin birleşme ve şekil değişimlerinde alacaklıları koruyucu düzenlemeler yer almaktadır. Borçlar Kanununun 179. maddesi gereğince, üçüncü bir kişi bir malvarlığı veya işletmeyi aktif ve pasifleri ile devraldığında, bu devrin alacaklılara

karşı hüküm ifade edebilmesi ancak, bu devrin kendisine ihbar veya gazetelerde ilan edilmesi ile olanaklıdır. Ayrıca devralanın, malvarlığı ya da işletme borçlarından dolayı, iki yıl süreyle devralan kişi ile birlikte zincirleme sorumluluğu bulunmaktadır. Bu iki yıllık sürenin başlangıcı, muaccel borçlarda ihbar veya ilan tarihinden, muaccel borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar. BK. md. 180 hükmü ise, işletmelerin birleşmesi veya şekil değiştirmesinde, alacaklıların rızasına gerek olmamasına karşın, alacaklıların korunması açısından, BK. md. 179 hükmünün uygulanacağını öngörmüştür.

Türk hukukunda birleşme, ortaklıklar açısından sona erme nedeni olarak öngörülmüştür. Birleşme en az bir ortaklığın dağılmasına neden olmakla birlikte, dağılan ortaklığın tasfiyesine neden olmaz⁵. Tasfiye olmadığı için, tasfiye işlemlerine ilişkin aktiflerin paraya çevrilmesi ve borçların ödenmesi de söz konusu olmaz. Bu nedenle birleşmede tasfiyesiz dağılma ilkesi alacaklılar açısından tehlike oluşturabilir. Ayrıca, birleşmede ortaklıklara ait aktif ve pasifler tek bir işlemle ve yasa gereğince devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçer. Bu durum da alacaklılar açısından sorun yaratabilir. Gerek tasfiyesiz dağılma, gerek külli halefiyet ilkesinin alacaklılar açısından ortaya çıkaracağı sorunları ve bu nedenle alacaklıların zarara uğrama olasılığını göz önüne alan yasa koyucu, Türk Ticaret Kanununda ortaklıkların birleşmesiyle ilgili düzenlemeler içinde, alacaklıları koruyucu düzenlemelere de yer verilmiştir. Türk Ticaret Kanununda, iki karşıt sistem içinde, özel önlemler alınmış bulunmaktadır⁶.

⁵ Ancak burada varsayımsal bir tasfiyenin yapılmış olduğu da kabul edilmektedir. Bkz. Hamdi Yasaman, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987: "Birleşmede, devreden ortaklık tasfiyesiz infisah etmiş olmasına rağmen gerçekte varsayımsal tasfiye yapılmaktadır. Ancak bu tasfiyeyi ortaklığın kendisi değil, devralan ortaklık gerçekleştirmektedir."

⁶ Bkz. Hikmet Sami Türk, "Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi (Anılış: Ticaret Ortaklıkları), Ankara, 1986, s. 121 vd.; Hikmet Sami Türk, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde "Nevilerinin Aynı Olması Koşulu" (Anılış: Nevilerinin Aynı Olması), Ankara, 1986, s. 192 vd.

2.2.1- Genel Hükümlere Göre Alacaklıların Korunması

Türk Ticaret Kanununun 146-151 maddeleri arasında, ortaklık birleşmeleri genel olarak düzenlenmiştir. Çeşitli ortaklık tiplerine ait özel hükümler saklı kalmak koşuluyla birleşmeyle ilgili bu genel hükümler tüm ticaret ortaklıkları için geçerlidir (TTK md.146/2) ⁷. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Türk Ticaret Kanununda yer alan bu genel hükümler, kollektif ve komandit ortaklıkların kendi aralarındaki birleşmelere, limited ortaklıklar arasındaki birleşmelere, TTK md. 451, 452 ve 453. maddeleri kapsamı dışında kalan anonim ortaklıklar ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar arasındaki birleşmelere uygulanır.

Türk Ticaret Kanununda yer alan genel hükümlere göre, birleşecek ortaklıklar öncelikle birleşme kararı alırlar. (TTK md. 148) Daha sonra, birleşme nedeniyle sona eren ortaklıklar, hazırlanacak bilanço ve birleşme nedeniyle ortaklığın borçlarının ne şekilde ödeneceğine ilişkin beyanname ilan ederler. (TTK md. 149)

Türk Ticaret Kanununun 150. maddesi, birleşmelerde alacaklıları koruyucu genel bir hükme yer vermiştir. Bu düzenleme yapılırken, al-

caklıların korunması bakımından, İtalyan sistemi benimsenmiş ⁸ ve alacaklılara birleşme öncesi, tedbir niteliğinde bir koruma sağlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu md.150/1'e göre, ortaklık birleşmelerinde alacaklılar, birleşme kararına, ilandan ⁹ itibaren üç ay içinde mahkemeye başvurarak itiraz edebilirler. Burada alacaklılar birleşmeye, haklarının tehlikeye düşmesi, birleşmenin durumlarını eskisine göre, daha ağır ve kötü hale getirebileceğini ileri sürerek karşı çıkabilirler. Alacaklılar, birleşen ortaklıkların TTK md. 149'a göre, aralarında saptayacakları bir örneğe göre, düzenlenmiş olan bilanço ve beyannameyi ilan etmeleri üzerine, bu bilanço ve beyannameyi inceleyerek alacaklarının tehlikeye girip girmediğini anlayıp itiraz haklarını kullanma olanağına sahiptirler ¹⁰. Bu nedenle, üç aylık itiraz süresinin başlangıcı olarak birleşme kararının değil, bilanço ve beyannamenin ilanı tarihinden başlatmak gerekir. Dolayısıyla TTK md. 150'de belirtilen ilanı TTK md. 149 ile ilişkilendirerek bilanço ve beyannamenin ilanı olarak anlamak daha doğru olur.

Türk Ticaret Kanununun 150. maddesine göre, birleşmenin ilân gününden üç ay sonra hüküm ifade etmesi, alacaklıları koruyucu bir ön-

⁷ Anonim ortaklıkların birleşmesi hakkında TTK m. 451-452, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların birleşmesi hakkında TTK m. 453, Kooperatiflerin birleşmesi hakkında Kooperatifler Kanunu m. 84'de, Bankaların birleşmesi hakkında BankK m.18'de özel hükümlere yer verilmiştir.

⁸ Bu düzenlemenin kökenini, 1881 tarihli İtalyan eski Ticaret Kanunu (Codice di Commercio del Regno d'Italia) oluşturur.

⁹ TTK m. 150/1'de sözü geçen ilanın doktrinde çoğunlukla birleşme kararının ilanı olduğu kabul edilmekle birlikte, bu maddeyi 149. madde ile ilişkilendirerek, itiraz süresinin bilançonun veya bilanço ve beyannamelerin ilanından itibaren işlemeye başlayacağını ileri sürenler de bulunmaktadır. İlanı birleşme kararının ilanı olarak kabul edenler için bkz. Türk, Nevilerinin Aynı Olması , s. 210; Poroy/Tekinalp, Çamoğlu, s. 120; Halil Arslanlı, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1960, s. 478; ilanı TTK.m.149 ile ilişkilendirenler için bkz. Hayri Domaniç, Adi Kollektif ve Komandit Şirketler, B. 4, İstanbul 1988, s. 225; Akar Öcal, "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesine Alacaklıların İtirazı Sorunu", Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. X, S. 2, Haziran 1974, s. 230

¹⁰ Öcal, s. 230

lem olarak düşünülmüştür. Ancak, alacaklılara tanınan bu hak birleşmeyi engelleyen bir rol oynamaktadır. Çünkü Türk Ticaret Kanunu md. 150/3'e göre, itiraz hakkından vazgeçilmedikçe ya da bu konuda itirazın reddine dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadıkça ya da mahkemenin belirleyeceği güvence ortaklıkça verilmedikçe birleşmenin hüküm ifade etmesi olanaksızdır. Birleşecek ortaklıklar, alacaklıların itiraz haklarını kullanarak, birleşmeyi geciktirebileceklerini dikkate alarak TTK md. 150/1'e göre, birleşme kararının ilanından önce, borçların ifa ya da borca karşılık gelen parayı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasına ya da muteber bir bankaya tevdi ederek birleşmenin gecikmesini önleyebilirler.

2.2.2- Özel Hükümlere Göre Alacaklıların Korunması

Türk Ticaret Kanununun, ortaklık birleşmeleri için genel hükümlere yer vererek ayrıca bazı ortaklık tipleri için özel hükümlere de yer verdiğini belirtmiştik. Türk Ticaret Kanunu anonim ortaklıkların birleşmelerinde İsviçre sistemini kabul etmiştir¹¹. Türk Ticaret Kanununun 451. maddesi bir anonim ortaklığın başka bir anonim ortaklık devralınmasını; 452. maddesi birden fazla anonim ortaklığın birleşerek yeni bir anonim ortaklık kurmasını, 453. maddesi bir anonim ortaklığın sermayesi paylara bölünmüş anonim ortak-

lık devralınmasını, 454. maddesi ise bir anonim ortaklığın bir kamu tüzel kişisi tarafından devralınmasını düzenleyen özel hükümlere yer vermiştir. Türk Ticaret Kanunu m. 452'ye göre iki ortaklığın birleşerek yeni bir ortaklık kurması, özellikle kurumlar vergisi açısından,¹² uygulanan bir sistem değildir.

Türk Ticaret Kanunda yer alan, ortaklık birleşmelerine ilişkin genel düzenlemeler, özel hükümler saklı kalmak koşuluyla, tüm ortaklık birleşmelerine uygulanacağını belirtmiştik. Ancak, TTK md. 451'e göre birleşen bir anonim şirkette alacaklıların, birleşmeyle ilgili 150. maddesi hükmüne göre mi yoksa 451. maddesi hükmüne göre mi korunması gerektiği sorun yaratmaktadır. Ticaret sicili kendi hukukunu oluşturup uyguladığından, ticaret hukukuyla ilgili bazı hükümleri kendine göre yorumlayıp uygulamakta ve özellikle anonim ortaklıklarla ilgili 451. maddenin uygulanması gereken hallerde genel hükümleri uygulamaktadır¹³.

Alacaklıların korunmasıyla ilgili, anonim ortaklıklara ilişkin özel hükümlere yer verildiğinden, genel hüküm olan 150. maddenin anonim ortaklıklara uygulanması olanaksızdır. Ancak, genel hükmün İtalyan, özel hükmün Alman sisteminden gelmesi farklı düşüncelere neden olmuştur¹⁴.

Doktrinde baskın olan görüş, TTK md. 150'nin anonim ortaklıklara uygulanamayacağı yönündedir¹⁵. Çünkü TTK md. 150 birleşen tüm

¹¹ Türk Ticaret Kanunu m. 451 vd., anonim ortaklıkların birleşmelerini, İsviçre Borçlar Kanunu (Code de Obligations) m. 748 vd. örnek olarak düzenlemiştir. Bu hükümler paylı komandit ortaklıkların birleşmelerine de uygulanır.

¹² Birleşen sermaye ortaklıklarının ve ortaklarının vergilendirilmesi konusu için bkz. Funda Başaran Yavaşlar, "Birleşen Sermaye Ortaklıkları Ortaklarının Vergilendirilmesi", Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004, s.111 vd.

¹³ Ender Varlık, "Türk Ticaret Kanunu Taslağının Getirdikleri ve Türkiye Ekonomisine Muhtemel Etkileri", Yeni Türk Ticaret Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Seminer-Açış-Tebliğ-Panel, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul, 2007, s.58

¹⁴ Yasaman, s. 98

¹⁵ Yasaman, s. 98; Türk, Nevilerin Aynı Olması, s. 222; Öçal, s. 233; Aksi görüş için bkz. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, C.3, İstanbul, 1961; Poroy vd., s.120

ortaklıkların alacaklılarına itiraz hakkı tanımakta ve alacaklıların itirazı durumunda birleşme askıya alınmaktadır. Türk Ticaret kanununun 150. maddesi birleşme öncesi alacaklıları koruyucu bir tedbir niteliğindedir. Oysa Türk Ticaret Kanununun 451. maddesi, yalnızca sona eren ortaklığın alacaklılarını korumakta olup, alacaklılar için itiraz hakkına yer vermemektedir. Anonim ortaklıkların birleşmesinde birleşme öncesi alacaklıların itiraz hakkı bulunmadığından, birleşme gerçekleşmekte ancak, birleşme sonrası ortaya çıkan sonuçlar nedeniyle alacaklıların korunması açısından, devralınan ortaklığın malvarlığı, borçlar tamamen ödeninceye veya temin edilinceye kadar, bir süre ayrı yönetilmektedir. Bu nedenle yasa koyucu malvarlıkları birbirine karışmayacağından, alacaklılara itiraz hakkı tanımamıştır.

Sona eren anonim ortaklığın malları, borçlar ödeninceye kadar devralan anonim ortaklık tarafından yönetilir. Domaniç'e göre, alacaklıların Borçlar Kanununun 173-177 maddelerine göre, borcun nakline rıza göstermeleri, ayrı idare zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır¹⁶. Bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Çünkü Türk Ticaret kanununda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca bazı alacaklılar borcun nakline rıza göstermiş olsalar da, ortaklık defterlerinde görülmeyen alacaklıların bulunması da olasıdır.

Bir anonim ortaklığın sermayesi paylara bölünmüş bir komandit ortaklıkça devralınmasını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu md. 453'e göre, ne anonim ortaklık ne de komandit ortaklık alacaklılarının itiraz hakkı söz konusu bulunmamaktadır. Çünkü sınırsız sorumlu ortaklar, anonim ortaklığın borçlarından sınırsız ve kişisel olarak sorumlu olacaklardır.

Türk Ticaret Kanunu m. 451/3'e göre, devralan anonim ortaklık yönetim kurulu, sona eren ortaklık mallarının ayrı yönetilmesinden, alacaklılara karşı, kişisel ve zincirleme olarak sorumludurlar.

Birleşme sonrası, anonim ortaklıklarca çıkarılan tahviller, yararlanma (intifa) senetleri ve kurucu senetleri sahiplerinin durumunun ne olacağı özel hükümlerle düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu konu külli halefiyet ilkesi ve genel hükümler çerçevesinde ele alınmak zorundadır¹⁷.

3- TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA ORTAKLIK BİRLEŞMELERİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

Ticaret Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi, AET'nin, birleşmelere ilişkin 78/855 sayılı yönergesi, Avrupa Birliği ülkelerinde birleşmelerin, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesine yol açmıştır. Avrupa Birliği üyesi olmamasına karşın İsviçre de bundan etkilenmiştir. Almanya ve İsviçre, birleşme hükümlerinin kapsamına, ticarî işletmeyi, derneği, vakıfları, bazı kamu tüzel kişilerini de sokmuştur. İsviçre ayrıca, malvarlığı devirlerini de, yeniden yapılandırma anlayışı içinde değerlendirmiş ve buna ilişkin hükümlere "Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu"nda yer vermiştir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının birleşmeleri düzenleyen maddelerinde öngörülen hükümler, İsviçre'nin "Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu"ndan yararlanılarak hazırlanmıştır. Ancak, tasarının bu hükümleri sadece ticaret ortaklıklarını ele almıştır. Türk Ticaret Kanunu tasarısında yer alan hükümler, düzenleniş

¹⁶ Domaniç, s.236

¹⁷ Türk, Ticaret Ortaklıkları, s. 194

biçimi, terminolojisi ve içeriği açısından, yapılan eleştiriler dikkate alınarak, yeniden düzenlenmiş ve son şekli verilmiştir¹⁸.

3.1- Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Birleşmenin Düzenlenmesi

Ortaklıkların birleşmesi Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 136-158. maddeleri arasında düzenlenmiş; genel hükümlere yer verilmiş olmasına karşın yürürlükteki Türk Ticaret Kanununun aksine, özel hükümler söz konusu olmamıştır.

Türk Ticaret Kanunu tasarısında, ortaklıklar hukuku ile ilgili değişiklikler, genel bir ifade ile kamuyu aydınlatmanın sağlanması ve pay sahibinin korunması olarak değerlendirilebilir. Bu ilkeler çerçevesinde Türk Ticaret Kanunu tasarısında çok önemli değişikliklere yer verilmiştir. Birleşmeler de belirttiğimiz ilkeler çerçevesinde, yani kamunun aydınlatılması ve pay sahibinin korunması ilkeleri çerçevesinde oldukça genişletilmiştir. Bu çerçevede kamuya duyurulması gereken pay sahiplerinin korunması için gerekli olan tüm ilkeler yasa maddesi olarak kanun tasarısına girmiştir. Pay sahiplerine birleşmelerde ortaklıktan çıkma hakkı verilmiştir. Yasal olarak izin verilen birleşmeler üç sınıf halinde gösterilmiş; anonim, sermayesi paylara bölünmüş komandit, kollektif, komandit ve kooperatif ortaklıkların birbirleriyle birleşmelerine izin verilmiştir. Böylece birleşmelerde türlerin aynı olması koşulu aranmayarak birleşmelerin kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca, tasfiye halindeki bir ortaklığın birleşmeye katılabilmesine olanak sağlanmıştır. Sermayesini belli bir oranda yitirmiş veya

borca batık olan bir ortaklığın birleşmeye katılacağı açıkça ortaya konulmuş bu konudaki tartışmaları sona erdirmiştir. Birleşme sözleşmesinin içeriği somutlaştırılmıştır. Birleşme projesi kavramına kanunda ilk kez yer verilmiştir. Söz konusu projenin hazırlanmasının zorunlu tutulması, birleşme sürecinin açıklığı bakımından önemli bir işlev üstlenmiştir. Değişim biriminin belirlenmesi konusunda kanuna ilk kez hüküm konulmuştur. İlgililere değiştirme birimine itiraz etme olanağı tanınmıştır. Değiştirme biriminin mahkeme tarafından belirlenmesi sağlanarak, pay sahipleri ve alacaklılar birleşmenin yaratacağı etkilere karşı etkin bir koruma altına alınmıştır. Mevcut düzenlemeler bu konuda yetersiz olup, iptal davaları bu korumayı sağlayamamaktadır. Bu bağlamda değerlendirme yönteminin gerekçesinin açıklanması da zorunlu tutulmuştur. Birleşme sürecinin bağımsız denetim kuruluşu tarafından denetlenmesi öngörülmüştür.

3.2- Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Alacaklıların Korunması

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, alacaklıları koruyucu genel hükümler öngörülmüş; İtalyan sisteminden vazgeçilerek birleşme sonrası alacaklıları koruyucu düzenlemelere yer verilmiş; alacaklılara birleşmeye itiraz hakkı tanınmamıştır. Alacaklıların korunması açısından, tüm ortaklık tipleri için genel hükümlere yer verilerek özel hükümler öngörülmemesi isabetli olmuştur. Bu tür bir düzenleme alacaklıların korunmasıyla ilgili farklı iki sisteme dayalı birbiriyle uyumsuz düzenlemeyi ortadan kaldırmış ve özel hükümler

¹⁸ İlgili hükümlerle ilgili eleştiriler için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-15 Mayıs 2005; Banka ve Ticaret Enstitüsü, Ankara; Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, B. 1, İstanbul, 2005, s. 51 vd.; Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, B. 5, İstanbul, 2007, s. 76 vd.

karşısında genel hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışmaları sona erdirmiştir. Böylece uygulamadaki karışıklılığın önüne geçilebilecek ve birleşmeler sistemli bir şekilde uygulanabilecektir. Ayrıca birleşme sonrası alacaklıların korunması açısından öngörülmüş olan, anonim ortaklıkların malvarlıklarının bir süre ayrı yönetilmesine ilişkin düzenlemenin, tasarının gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi uygulama olanağı olmayan bir hüküm olması nedeniyle tasarıda yer almaması doğru olmuştur.

Türk Ticaret Kanununda olduğu gibi, ortaklıkların birleşmesi sonucu borçlu tarafın değişmesi nedeniyle, ortaklıkların alacaklıları açısından zarar oluşmaması için tasarının 157 ve 158. maddelerinde, tüm ortaklık tiplerini kapsayacak şekilde, genel bir düzenleme öngörülmüştür. Tasarıdaki bu düzenlemelerin kaynağını, İsviçre Birleşmeler Kanunu md. 25 ve Avrupa Birliği'nin anonim ortaklıkların birleşmesi sırasında pay sahiplerinin ve üçüncü kişilerin çıkarlarının korunmasına yönelik üçüncü yönergesi oluşturmuştur.

Tasarının 157/1 maddesi uyarınca, birleşmeye katılan ortaklıkların alacaklıları, birleşmenin hukuksal olarak geçerli hale gelmesinden itibaren üç ay içinde devralan ortaklığın alacaklarını güvence altına alması için talepte bulunabilirler. Tasarıya göre, birleşmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarının birleşme hakkında bir rapor hazırlamaları gerekir. (Tasarı md.147/1) Bu raporda, birleşmenin, birleşmeye katılan ortaklıkların alacakları üzerindeki etkilerinin gösterilmesi gerekir. (Tasarı md.147/2) Ayrıca tasarının 149. maddesine göre, menfaati bulunan kişiler ile diğer ilgili kişiler birleşme raporunun bir suretinin veya varsa basılı şekillerinin kendilerine verilmesini isteme olanağına sahiptirler. Ayrıca bu bilgilerin ortaklıkların oluşturmak zorunda oldukları web sitesinde yayınlanması da gerekir. Böylece

alacaklılar, birleşme raporunu inceleyerek, birleşmenin kendileri açısından tehlikeli bir durum yaratıp yaratmadığını saptayabilecek, olumsuz bir durum yaratacağı sonucuna ulaştıklarında da, itiraz haklarını kullanabilecekler ve devralan ortaklıktan alacaklarının güvence altına alınmasını isteyebileceklerdir. Burada söz konusu alacaklar birleşme öncesi doğmuş olan alacaklardır. Bu husus tasarının gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.

Tasarı alacaklıların itiraz haklarını kullanmalarını kolaylaştıran bir tedbire de yer vermiştir. (Tasarı md.157/2) Bu düzenlemeye göre, birleşmeye katılan ortaklıklar, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ve baskı sayısı elli binin üzerinde olan yurt düzeyinde dağıtım yapılan üç gazetede yedişer gün aralıklarla üç kez ilan vererek, alacaklıların haklarını bildirmek zorundadırlar. Bu ilan zorunluluğunun iki istisnasından söz edilmiştir. Bağımsız denetleme kuruluşu (işlem denetçisi), birleşmeye katılan ortaklıkların serbest varlıklarının, ödenmesine yetmeyecek bir alacaklarının bulunmadığını veya böyle bir alacak isteminin beklenmediğini doğrulamaları halinde ilan yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında; birleşmeye katılan ortaklıkların alacaklılarına Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ve baskı sayısı elli binin üzerinde olan yurt düzeyinde dağıtım yapılan üç gazetede yedişer gün aralıklarla üç kez yapacakları ilanla haklarını bildirecekleri, uzman bir bağımsız denetleme kuruluşunun birleşmeye katılan ortaklıkların serbest mal varlıklarının ödenmesine yetmeyeceği bilinen bir alacakları bulunmadığını veya böyle bir alacak talebi beklenmediğini doğruladığı takdirde bu ilan yükümlülüğünün ortadan kalkacağı belirtildiğinden; ilanının yapılması nedeniyle Tasarının 157. maddesinin birinci fıkrasındaki güvence talep etme hakkının alacaklı tarafından kullanılması söz konusu olama-

yacaktır. Bu anlamda, birinci fıkradaki üç aylık süre de geçeceğinden alacaklı açısından birinci fıkranın uygulanması ihtimali ortadan kalkabilecektir

Tasarının 157/3. maddesi devralan ortaklığa, devralınan ortaklıkların alacakları güvence altına alma yükümlülüğünden kurtulma olanağı da sağlamıştır. Bu nedenle devralan ortaklık, alacağın birleşme nedeniyle tehlikeye düşmediğini bağımsız denetleme kuruluşu (işlem denetçisi) raporuyla kanıtlayarak alacağı güvence altına alma yükümünden kurtulabilecektir. Tasarının önceki şeklinde devralan ortaklığın alacağın birleşme nedeniyle tehlikeye düşmediğini kanıtlayarak güvence yükümlülüğünden kurtulabileceği ve madde gerekçesinde de bunun için devralan ortaklığın raporunun yeterli olacağı, taraflar arasında anlaşmazlık olması durumunda ise mahkemeye başvurulması gerekeceği ifade edilmekteydi. Böyle bir düzenleme, borçlu devralan şirket tarafından kötüye kullanılabileceğinden tasarının bu maddesinin mevcut şekilde düzeltilmesi isabetli olmuştur.

Tasariya göre, yükümlü ortaklık güvence göstermek yerine, isterse borcu ödeme olanağına da sahiptir. (Tasari md.157/4) Diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması halinde, yükümlü ortaklık güvence göstermek yerine borcu ödeyebilecektir. Yükümlü ortaklığın bu şekilde borcu ödeyebilmesi için, diğer alacaklıların bundan dolayı zarara uğramamaları gerekir. Diğer alacaklıların zarar göreceği anlaşıldığında, devralan ortaklığın, borcu ödemek suretiyle güvence vermekten kurtulması olanaksızdır. Ancak TTK md.157/4'den diğer alacaklıların zarar görmeyeceklerinin nasıl anlaşılacağı açık değildir. Madde gerekçesinde de bu husus açıklığa kavuşturulmamıştır.

Tasarının 158. maddesi ise, alacaklıların korunmasına da hizmet eden, birleşme öncesi

borçlar nedeniyle ortakların sorumlu olacaklarını hükme bağlanmıştır. Bu madde hükmü kişisel sorumluluklara ilişkin olup, kefalet ve garanti gibi kişisel taahhütlere ve ek yükümlülüklerle uygulanmaz. Bu sorumluluklar TTK md.158 uygulanmaksızın devam eder. Tasari md. 158/1'e göre, devrolunan ortaklığın ortakları, birleşme öncesi sorumlu oldukları ortaklık borçları nedeniyle, birleşmeden sonra da sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Tasarının 158. maddesinin kaynağını İsviçre Birleşmeler Yasasının 26. maddesi oluşturmaktadır. Birleşme sonrası ortakların sorumluluklarının değişmesi alacaklıların aleyhine olabilir. Örneğin devralınan bir ortaklıkta sınırsız sorumluluğu bulunan bir ortak, birleşme sonrası, devralan ortaklıkta sınırlı sorumlu ortak haline gelebilir. Ortağın sorumluluğunun bu şekilde sınırlandırılması, devralınan ortaklığın alacaklıları açısından tehlike oluşturabilir. Bu nedenle tasariya göre, devreden ortaklığın ortakların alacaklılarına karşı, bu ortaklığın ortakları aynı şekilde sorumlu olmaya devam edeceklerinden, bu açıdan aleyhlerine herhangi bir durum söz konusu olmayacaktır. Tasarının madde gerekçesinde, kişisel olarak sorumlu bulunan ortakların bağlı oldukları sorumluluk rejiminden sonra da devam edeceğine ilişkin bu ilkenin "bir taraftan birleşmenin, mevcut sorumluluğun sona ermesine neden olamayacağı, diğer taraftan da birleşmenin kimseye, bu arada doğal olarak alacaklılara zarar vermemesi, hiç kimsenin birleşmeden, bizatihi birleşmeden başka yarar sağlamaması, aksi halde bunun haksız olacağı şeklindeki, özü adalet olan düşünceye dayandığı" belirtilmiştir. Birleşme sonrası ortağın sorumluluğunun devam etmesi için, borcun birleşme kararının ilanından önce doğmuş olması veya borcu doğuran nedenlerin bu tarihten önce ortaya çıkmış olması gerekir. Tasarının madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği

gibi, birleşme kararının oluşmasından önce borcu doğuran neden, sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekâletsiz iş görmeden, kaynaklanabileceği gibi haksız fiillerden de kaynaklanabilir. Bu şartın geçerli olabilmesi için zararı doğuran eylemin birleşme kararının ilanından önce gerçekleşmiş olması yeterli olup, zararın bu tarihten önce ortaya çıkmış olması gerekmez.

Tasarıda devredilen ortaklığın borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğu ile ilgili istemlere ilişkin özel bir zaman aşımı süresi de öngörülmüştür. (Tasarı md. 158/2) Devrolunan ortaklığın alacaklılarının, ortakların kişisel sorumluluğuna dayanarak istemde bulunabilmeleri, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl içinde zaman aşımına uğramaktadır. Alacak ilan tarihinden sonra muaccel hale geldiğinde ise, anılan zaman aşımı süresi muacceliyet tarihinden başlayacaktır. Türk Ticaret Kanunu md. 158/2'deki düzenleme, daha önce zamanaşımına uğramış olan taleplere yeni bir süre kazandırmamaktadır. Buradaki zamanaşımı süresi, yalnızca devreden ortaklığın borçlarından ortakların kişisel olarak sorumlu olması hali için geçerli olup, devralan ortaklığın borçlarından kişisel olarak sorumlu olan ortaklar açısından geçerli değildir.

Tasarıda yer alan, alacaklıların korunması ile ilgili hükümler, yürürlükteki Türk Ticaret Kanununda yer alan hükümlerden daha kapsamlıdır. Tasarı alacaklıların korunmasını, Türk Ticaret Kanunundaki düzenlemelerin aksine, birleşme öncesi alacaklılara tedbir niteliğinde itiraz hakkı tanımak yerine, birleşmenin hukuksal olarak geçerlik kazanmasından sonra çözümlenmesi gereken bir sorun olarak ele alarak buna yönelik düzenlemeler getirmiştir.

4- SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, kamunun

aydınlatılması ve pay sahiplerinin korunması ilkeleri çerçevesinde, çok önemli değişikliklere yer verilmiş; birleşmeler de belirttiğimiz bu ilkeler çerçevesinde, oldukça genişletilmiştir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortaklık birleşmeleri ve birleşmelerin sonuçları nedeniyle alacaklıları koruyucu hükümler, özellikle doktrinde yer alan tartışmalı olan ve eleştirilen konularda, açık ve net bir şekilde düzenlenmiştir. Alacaklıların korunmasında, farklı iki sisteme dayalı birbiriyle uyumsuz düzenlemelerin varlığına son verilmiştir. Birleşme sözleşmesinin içeriği somutlaştırılmıştır. Birleşme projesi kavramına kanunda ilk kez yer verilmiştir. Kanuna değişim biriminin belirlenmesi konusunda hüküm konulmuştur. Birleşme sürecinin bağımsız denetim kuruluşu tarafından denetlenmesi sağlanmıştır. Sonuç olarak denilebilir ki, mevcut düzenlemelerdeki aksaklıklar dikkate alınarak, pay sahipleri ve alacaklılar açısından birleşmenin yaratabileceği olumsuzluklara karşı etkin bir koruma sağlanmıştır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Arsanlı, Halil (1960), Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul

Arsanlı, Halil (1961), Anonim Şirketler, C.3, İstanbul

Başaran Yavaşlar (2004), Funda "Birleşen Sermaye Ortaklıkları Ortaklarının Vergilendirilmesi", Şirket Birleşmeleri, İstanbul

Domaniç, Hayri (1988), Adi Kollektif ve Komandit Şirketler, B. 4, İstanbul

Gökbel, Doğan (2004), "Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırılması", Şirket Birleşmeleri, İstanbul

Moroğlu, Erdoğan (2005), Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, B. 1, İstanbul

Moroğlu, Erdoğan (2007), Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, B. 5, İstanbul

Öcal, Akar (1974), "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesine Alacaklıların İtirazı Sorunu", Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. X, S. 2

Poroy, Reha-Tekinalp, Ünal-Çamoğlu, Ersin (2003), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul

Türk, Hikmet Sami (1986), "Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi (Anılış: Ticaret Ortaklıkları), Ankara

Türk, Hikmet Sami (1986), Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde "Nevilerinin Aynı Olması Koşulu" (Anılış: Nevilerinin Aynı Olması), Ankara

Varlık, Ender (2007), "Türk Ticaret Kanunu Taslağının Getirdikleri ve Türkiye Ekonomisine Muhtemel Etkileri", Yeni Türk Ticaret Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Seminer-Açış-Tebliğ-Panel, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul

Yasaman, Hamdi (1987), Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara

Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, Official Journal L 295, 20/10/1978 P. 0036 - 0043

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-15 Mayıs 2005; Banka ve Ticaret Enstitüsü, Ankara

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, <http://www.basbakanlik.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.07.2009