

T.C:
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MALİYE ANABİLİM DALI
MALİ HUKUK BİLİM DALI

KURUMLAR VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN
ANONİM ŞİRKETLERDE BİRLEŞME VE BÖLÜNME

Doktora Tezi

Fatoş Kılıç

İstanbul, 2006

T.C:
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MALİYE ANABİLİM DALI
MALİ HUKUK BİLİM DALI

KURUMLAR VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN
ANONİM ŞİRKETLERDE BİRLEŞME VE BÖLÜNME

Fatoş Kılıç

Danışman: Prof. Dr. NİHAL SABAN

İstanbul, 2006

ÖNSÖZ

Birleşme ve Bölünmeler, şirketlerin küreselleşme sürecinde artan rekabet ortamına uyum sağlayabilmek için şirketlerin başvurdukları yeniden yapılanma modelleridir. Bu modellerin etkili kullanımları esnek yapılar olabilmelerinin yanı sıra başta vergisel olmak üzere bir takım teşvikleri haiz olmalarından da kaynaklanmaktadır.

Türk Vergi Hukukunda Avrupa Birliği mevzuatında olduğu gibi birleşme ve bölünme işlemleri bir vergi erteleme yöntemi olarak düzenlenmiştir. Ancak bir istisna yöntemi olarak düzenlemesi halinde daha etkili olarak kullanımı söz konusu olabilecektir.

Bu çalışmanın amacı farklı hukuk disiplinlerinin büyük bir ahenk içerisinde çalışması halinde amacına ulaşabilecek birleşme ve bölünme kurumlarıyla tarihsel süreç içerisinde ülkemize nazaran daha erken tanışan ve düzenlemeler açısından daha detaylı çalışmalar yapmış durumda olan hukuk sistemlerinin incelenerek Türk Hukukuna katkısı olabilmesi açısından detaylı incelemeye çalışarak; başta Türk Ticaret Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu olmak üzere diğer ilgili kanunlar çerçevesinde incelenmeye ve uygulamada yaşanan sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Bu Doktora Tezi çalışması sırasında öncelikle bu çalışmamın bu aşamaya gelmesinde her açıdan büyük katkısı bulunan tez danışmanım kıymetli hocam Prof. Dr. Nihal SABAN' a sonsuz teşekkür ederim. Ayrıca tez savunması sırasında yaptığı değerli katkılı eleştiriler için hocalarım Prof. Dr. Billur Yaltı'ya, ve Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL'e teşekkürlerimi sunuyorum.

Yararlı olması dileğiyle,

Fatoş KILIÇ

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KISALTMALAR	x
1.GİRİŞ	
I. Kavram ve terim.....	1
A. Birleşme	1
1. Kavram	1
a. Ekonomik tanım.....	1
b. Hukuksal tanım.....	3
(1) Türk Ticaret Kanunu	3
(a)Yeni Kuruluş Şeklinde Birleşme.....	6
(b) Devralma Şeklinde Birleşme.....	6
(2) Kurumlar Vergisi Kanunu	7
(3) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	9
2. Terim.....	13
B. Bölünme	17
1. Kavram	17
a. Ekonomik tanım.....	18
b. Hukuksal tanım.....	18
(1) Türk Ticaret Kanunu	18
(2) Kurumlar Vergisi Kanunu	19
(3) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	21
2. Terim.....	21
C. Birleşme ve Bölünme Kavramların Arasındaki İlişki	23
II. Yakın kavramlardan ayırt edilmesi	25
A. Birleşme	25
1. Birleşmenin konzernden ayırt edilmesi	28
2. Birleşmenin tröstten ayırt edilmesi	29
3. Birleşmenin iş ortaklıklarından ayırt edilmesi	29
4. Birleşmenin şirket evliliğinden ayırt edilmesi	32
5. Birleşmenin şirket kontrolünün ele geçirilmesinden ayırt edilmesi	33
6. Birleşmenin yeniden yapılandırmadan ayırt edilmesi-Şirketin adeta özelleştirilmesinden ayırt edilmesi.....	34
7. Birleşmenin güç uygulanan satın almalarından ayırt edilmesi.....	34
B. Bölünme	35
1. Bölünmenin Kısmi bölünme/Ortaklara hisse dağıtımı şeklinde bölünmeden ayırt edilmesi	35
a. Hisse değişimi şeklinde bölünme	36
b. Bölünen şirketin infisahı suretiyle bölünme.....	36
2. Bölünmenin ayrıştırmadan ayırt edilmesi	37
a. Şirket özvarlıklarını parçalara bölmek	37
b. Kurumsal daralma	38
c. Her şeyi satıp elden çıkarmak.....	38
III. Konunun sınırlandırılması ve plan.....	39

BİRİNCİ BÖLÜM
TARİHÇE: GEÇMİŞTEN/GÜNÜMÜZE BÜTÜNCÜL BİR DEĞERLENDİRME

2. TARİHÇE	41
I. Birleşme	41
A. Amerika	41
1. Birinci dalga: yatay birleşmeler dönemi.....	42
2. İkinci dalga: yoğunlaşmaların artış dönemi.....	43
3. Üçüncü dalga: grup birleşmeleri dönemi	44
4. Dördüncü dalga: on yıllık iniş dönemi.....	44
5. Beşinci dalga: geniş ve büyük birleşmeler dönemi	46
6. Altıncı dalga: yeni ekonomi	47
B. Avrupa	51
C. Türkiye	55
II. Bölünme	57
A. Amerika	57
1. Ayrıştırma.....	59
2. Özvarlıkların parçalara bölünmesi.....	59
3. Kar payı dağıtma şeklinde kısmi bölünme	60
4. Hisse dağıtımı şeklinde kısmi bölünme	60
5. Tam bölünme.....	60
6. Her şeyi satıp elden çıkarma.....	61
B. Avrupa	65
C. Türkiye	66

İKİNCİ BÖLÜM	
ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ	
3.ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİ	68
I.Birleşme	68
A.Amerikan hukuku	68
1. Sarbanes-Oxley Act	68
2. Sherman Act.....	70
3. Clayton Act.....	71
4. Securities Act.....	72
5. Robinson-Patman Act/Celler-Kefauver Act.....	72
6. Williams Act	72
7. Hart-Scott-Radino Act	73
8. The Antitrust Procedure Improvement Act.....	74
9. The EC –USA Competition Laws Co-operation Agreement	74
10. Horizontal Merger Guidelines.....	77
B.Avrupa Birliği Hukuku	80
1. Birlik hukuku	80
a. Roma Anlaşması 86 madde.....	82

b. AET Şirket Birleşmeleri Tüzüğü.....	82
c. AB Komisyonu Duyurusu	84
d. AB Yönergelerine dayalı şirketler hukuku	87
2.Birlik üyesi ülkelerin ulusal mevzuatları.....	94
a. Alman Hukuku.....	94
(1) Özel hukuk: Paylı ortaklıklar Kanunu	94
(2) Vergi Hukuku	100
(a) Kurumlar Vergisi Kanunu	100
(i) Hisse Devir Anlaşması	102
(ii) Varlıkların Devri Anlaşması.....	102
(b) Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu.....	103
(c) Birleşme işlemlerinde Vergileme Esasları.....	105
(i) Doğrudan alınan vergiler	105
(ii) Devralma şeklinde birleşen (devrolan- hedef şirkette vergileme (devir kazancı)).....	106
(iii) Birleşilen şirkette vergileme.....	108
(iv) Vergiden muaf fonların durumu	110
(d) Vergi zararlarının korunması.....	110
(e) Ticaret Vergisi	112
(i) Devir olan (hedef) şirket açısından.....	112
(ii) Birleşen şirket açısından.....	112
(3) Rekabet Hukuku: Rekabet Kanunu.....	112
b. İngiliz hukuku	114
(1) Özel Hukuk	114
(2) Vergi Hukuku	119
(a) Vergi Kanunları	119
(i) Kurumlar Vergisi Kanunu.....	120
(ii) Birleşme Kanunu	120
(b) Birleşme işlemlerinde vergileme esasları.....	120
(c) Devralma ve birleşme işlemlerinin muhasebeleştirilmesi.....	121
(i) Devralma sureti ile birleşmelerin muhasebeleştirilmesi.....	122
(ii) Birleşmelerin muhasebeleştirilmesi.....	122
(d) Sermaye indirimi uygulaması	123
(e) Devralınan vergi zararlarının devir ve birleşme işleminde kullanılabilme durumu	124
(f) Sermaye zararlarının indirimi.....	124
(g) Birleşme işlemlerinin konu olduğu diğer vergiler karşısındaki durumu	124
c. Mevaz İsviçre Hukuku	125
(1) Özel hukuk.....	125
(a) İsviçre Borçlar Kanunu	125
(b) Rappen Kanunu	126
(i) İşletmeye endeksli pay	127
(ii) Geri alınabilir pay.....	127

(c) Borsalara ve Menkul Değerler Ticaretine İlişkin Federal Kanun.....	127
(d) Birleşme,Bölünme, Nev'i Değiştirme ve Malvarlığının Devrine İlişkin Kanun.....	128
(2) Vergi hukuku	130
II. Bölünme	131
A.Amerikan hukuku.....	131
1. Tam bölünme.....	133
2. Kısmi bölünme	134
a. “Spin-off” olarak adlandırılan kısmi bölünme	134
b. “Split-off” olarak adlandırılan kısmi bölünme.....	134
B. Avrupa Birliği Hukuku.....	136
1. Birlik Hukuku/Altıncı Yönerge	136
a. Edinim yolu ile bölünme.....	137
b.Yeni şirketler kurulması yoluyla bölünme	137
c.Bir adli makamın denetimi altında bölünme.....	137
d.Bölünme sayılan başka işlemler	138
2. Birlik üyesi ülkelerin ulusal mevzuatları.....	140
a. Alman Hukuku.....	140
(1) Özel hukuk.....	140
(a) Bölünme	140
(i) Tam bölünme.....	140
(ii) Kısmi bölünme	141
(b) Bölünme işlemleri.....	141
(i) Sözleşme	141
(ii) Rapor.....	143
(iii) Pay sahiplerinin inceleme hakkı.....	143
(iv) Mahkemece tespit.....	143
(v) Yetkili organ tarafından onaylama	144
(vi) Bölünmeye katılan ortakların Malvarlığında değişim	144
(vii) Sermaye azatımı.....	144
(viii) Genel kurul/nisap.....	145
(ix) Ticaret siciline tescil/ilan	146
(x) Tazminat talep hakkı	146
(xi) Teminat verme yükümü	147
(xii) Borçlardan müteselsil sorumluluk	147
2) Vergi hukuku	147
b. İngiliz hukuku	148
3. Mevaz İsviçre Hukuku	150
a. Özel hukuk.....	150
(1) Bölünme	150
(a) Tam bölünme.....	151
(b) Kısmi bölünme	151
(2) Bölünme işlemleri.....	152
(a) Sözleşme	152
(b) Rapor.....	154

(c) Ara bilanço	154
(d) Denetçi raporu.....	154
(e) Pay sahiplerinin inceleme hakkı	154
(f) Yetkili organ tarafından onaylanma.....	155
(g) Genel kurul/nisap	155
(h) Ticaret siciline tescil ve tapu siciline bildirimi	158
(ı) Bölünmenin iptalini talep hakkı	158
(j) Pay sahipliği hakları	159
(i) İmtiyazlı pay sahipleri	160
(ii) Oydan yoksun pay sahipleri.....	160
(iii) İntifa hakkı sahipleri	160
(k) Alacaklıların korunması.....	160
(l) Teminat verilmesi.....	161
(m) Müteselsil sorumluluk	162
(n) Bölünen ortaklığın çalışanları.....	162
b. Vergi hukuku	162

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLEŞME VE BÖLÜNME: ÖZEL HUKUKTAN/VERGİ HUKUKUNA BÜTÜNCÜL BİR TASARIM

4.BİRLEŞME	164
I. Özel Hukuk	164
A.Borçlar Hukuku: Borçlar Kanunu.....	164
B. Türk Ticaret Hukuku	165
1. Türk Ticaret Kanunu	165
2.Türk Ticaret Kanunu Tasarısı	166
3. Koşulları	170
a. Birleşmede zorunlu ortaklık sayısına ilişkin önkoşul.....	170
b. Şirket nevilerinin aynı olma koşulu	171
(1) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunun Tarihsel Süreci.....	172
(a) İtalyan Hukuku	172
(b) Alman Hukuku.....	173
(2)Farklı Sistemlere Türk Ticaret Kanunu’nun Yaklaşımı	173
(3) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunun Varolma Sebepleri	175
(4) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunun Sonuçları	176
(5) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunu Aşma Yöntemleri	177
4. Birleşme Türleri.....	178
a.Devralma (Katılma/İltihak) Suretiyle Birleşme.....	179
b Yeni Kuruluş Suretiyle Birleşme Usulü.....	180
5. Süreç.....	180
a. Birleşme Görüşmelerinin Yapılması.....	181
b. Yönetim Kuruluna Yetki Verilmesi.....	181

c. Hukuki Durum İncelemesi	182
d. Şirket Değerleme İşlemleri	183
e. Birleşme bilançosunun tanzimi	186
f. Mahkeme İncelemesi ve Değiştirme Biriminin Hesaplanması	187
g. Yönetim Kurulu Tarafından Birleşme Sözleşmesinin İmzalanması	189
h. Birleşme Sözleşmesinin Genel Kurula Sunulması	190
ı. Sermaye Artırımı	192
j. Birleşme Kararının Tescil ve İlanı	193
k. Alacaklıları Beyana Çağırması	195
6. Birleşmenin Sonuçları	196
a. Tasfiyesiz Dağılma İlkesi	196
b. Külli Halefiyet İlkesi	197
c. Alacaklıların Korunması	198
d. Pay Sahiplerinin Korunması	199
C. Sermaye Piyasası Kanunu	200
1. Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü	201
a. Amerikan Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Sistemi	201
b. Avrupa Birliği Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Sistemi	201
c. Türk Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Sistemi	202
2. Koşulları	204
3. Türleri	204
a. Devralma Yoluyla Birleşme	204
b. Yeni Ortaklık Kurulması Yoluyla Birleşme	205
4. Süreç	205
a. Hazırlık Aşaması	205
b. Finansal Tabloların Hazırlanması ve Özel Bağımsız Denetim	206
c. Bilirkişi İncelemesi	207
d. Uzman Kuruluş İncelemesi	207
e. Birleşme Sözleşmesinin Hazırlanması	208
f. Sermaye Piyasası Kurulu Onayı	210
g. Genel Kurul Onayı	211
h. Tescil ve İlan	212
5. Birleşme Sonrası İşlemler	213
D. Bankalar Kanunu	214
1. Koşulları	218
2. Türleri	219
3. Süreç	219
a. Kurul İzni	219
b. Genel Kurul İzni	219
c. Birleşme Sözleşmesi	220
d. Birleşme Sözleşmesi Sonrası Yapılacak İşlemler	221
e. Sermayenin Belirlenmesi ve Diğer Mali Durumlar	222
f. Tescil ve İlan	222

g.Özel Durumlar	223
h.Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna Yapılan Devirler	223
II. Vergi Hukuku.....	224
A.Kurumlar Vergisi Kanunu.....	224
1. Koşulları	230
a. Birleşen şirketlerin tam mükellef olması	230
b. Birleşen şirketin bilanço varlıklarının kül halinde devrolunması	230
c. Birleşen şirketin ortaklarına birleşilen şirket paylarının verilmesi.....	231
d. Birleşen şirketin infisahı	232
2. Türleri.....	232
a. Vergilendirme alanı içinde sona erme hali olarak Birleşme.....	233
b. Vergilendirme alanı dışında sona erme hali olarak Birleşme (Devir)	233
3. Süreç.....	233
4. Sonuçları.....	233
a. Birleşme karı	234
(1) vergilendirme alanı içinde sona erme hali olan birleşme halinde	234
(2) Vergilendirme alanı dışında sona erme hali olan birleşme (devir) halinde.....	234
b. Birleşme giderleri	235
c. Birleşen kurumlara ilişkin geçmiş yıl zararlarında mahsup durumu	235
d.Birleşen şirkete ait taşınmazların, iştirak hisselerinin birleşilen şirkette satışa konu edilmesi.....	238
e.Birleşme işleminde beyan	239
f. Birleşmede karşılıklı iştirak hali	241
g.Birleşmenin vergiden istisna edilmiş bilanço kalemleri üzerindeki etkisi	241
B. Diğer Vergi Kanunları.....	241
1. Vergilendirme alanı içinde sona erme hali olarak Birleşmelere Diğer Vergi Kanunlarının Etkisi.....	241
a.Gelir Vergisi Kanunu	241
b.Katma Değer Vergisi Kanunu	243
c. Damga Vergisi Kanunu	244
d. Harçlar Kanunu.....	244
e. Vergi Usul Kanunu	244
f. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun.....	244
2. Vergilendirme alanı dışında sona erme hali olarak Birleşmelere (Devir) Diğer Vergi Kanunlarının Etkisi.....	247
a. Gelir Vergisi Kanunu	247
b. Katma Değer Vergisi Kanunu	247
c. Damga Vergisi Kanunu	248
d. Harçlar Kanunu.....	248
e. Vergi Usul Kanunu	248

(1) Değerleme ve Amortisman Uygulaması.....	248
(2) Bilanço Tanzim Usulü.....	249
(3) Muhasebe standartları.....	251
(4) Bilançoların Konsolidasyonu	253
(5) Devir suretiylse gerçekleştirilen birleşme beyanı.....	253
5.BÖLÜNME.....	254
I. Özel Hukuk	254
A.Ticaret Hukuku.....	255
1. Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ.....	255
2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı	256
a. Koşulları	258
(1) Şirket nevilerinin aynı olma koşulu.....	259
(2) Şirket Pay ve Haklarının Korunması Koşulu.....	259
b. Türleri.....	260
(1) Tam Bölünme	260
(2) Kısmi Bölünme	261
c. Süreç.....	262
(1) Bölünme Görüşmelerinin Yapılması.....	262
(2) Bölünme Sözleşmesinin-Planın Hazırlanması	262
(3) Bölünme Sözleşmesinin veya Planın ve Bölünme Raporunun Denetimi	264
(4) Bölünme Sözleşmesinin veya Planının ve Bölünme ve Denetleme Raporunun Ortakların İncelenmesine Sunulması	265
(5) Bölünme Sözleşmesinin veya Planının Genel Kurula Sunulması.....	266
(6) Ticaret Siciline Tescil ve İlan	266
d. Sonuçları.....	267
(1) Malvarlığının İntikali.....	267
(2) Sermaye Artırımı	268
(3) Sermaye Azaltımı	269
(4) Alacaklıların Korunması	269
(5) Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması.....	270
B.Sermaye Piyasası Kanunu	270
1.Koşulları	271
2. Türleri.....	271
3. Süreç.....	272
a. İzin.....	272
b.Bölünme Planının Hazırlanması	272
c. Tescil ve İlan	273
C. Bankalar Kanunu.....	275
1. Koşulları	275
2. Türleri.....	275
a. Kısmi Bölünme.....	276
b. Tam Bölünme	276
3. Süreç.....	276

a. Kurul İzni	276
b. Genel Kurul İzni	276
c. Bölünme Sözleşmesi	277
d. Bölünme Sözleşmesi Sonrası Yapılacak İşlemler	278
e. Tescil ve İlan	279
II. Vergi Hukuku.....	279
A. Kurumlar Vergisi Kanunu.....	279
1. Türleri.....	279
a. Tam bölünme.....	280
(1) Maddenin eski hali (KVK md.38/1).....	280
(2) Maddenin yeni hali (KVK md.19 (3) a).....	281
(3) Maddenin esası	281
b. Kısmi bölünme	281
(1) Maddenin eski hali (KVK md.38/2).....	281
(2) Maddenin yeni hali (KVK md.19 (3) b)	282
(3) Maddenin esası	282
2. Koşulları	283
a. Tam bölünme.....	283
b. Kısmi bölünme	284
3. Süreç.....	287
a. Tam Bölünme	287
(1)Bilanço Varlığı.....	287
(2)Tam bölünme işleminde beyan	288
b. Kısmi Bölünme.....	289
(1)Bilanço varlığı.....	289
(2)Kısmi bölünme işleminde beyan	291
4. Sonuçları	291
a. Tam bölünme.....	291
b. Kısmi Bölünme.....	293
c. Bölüne işlemlerinde (tam ve kısmi) ortak sonuçlar	297
d. Kuruluş ve örgütlenme giderleri	297
e. Bölünen kurumların iktisadi kıymetleri için amortisman ayırma durumu	298
f. Bölünme giderleri.....	298
g. Bölünen kurumlara ilişkin geçmiş yıl zararlarında mahsup durumu	298
h. Bölünen şirkete ait taşınmazların, iştirak hisselerinin bölünme sonucu devralınan şirkette satışa konu edilmesi.....	300
B. Diğer vergi kanunları.....	301
1.Gelir Vergisi kanunu	301
2.Katma Değer Vergisi Kanunu	301
3.Damga Vergisi Kanunu	303
4.Harçlar Kanunu	303
5.Vergi Usul Kanunu	303
6. SONUÇ	303
KAYNAKÇA.....	312

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AK	Avrupa Konseyi
AKÇT	Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
AktG	1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu-(Aktiengesetz)
Alm.	Almanca
ARGE	Araştırma Geliştirme
AŞ	Anonim Şirket
AT	Avrupa Topluluğu
ATRG	Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
b.	bent
bk.	Bakınız
BK.	Borçlar Kanunu
BM	Birleşmiş Milletler
BMF	Alman Maliye Bakanlığı (The Federal Ministry of Finance)
bs.	Baskı, basım

C	Cilt
ev.	Çeviren
değ.	Değışik
DOJ	(ABD) Adalet Bakanlığı
DV	Damga Vergisi
DVK	Damga Vergisi Kanunu
ed.	Editör
Ens.	Enstitü, enstitüsü
EStG	Alman Gelir Vergisi Kanunu (Einkommensteuergesetz)
EU	European Union
f.	Fıkra
FTC	(ABD) Federal Ticaret Komisyonu
GAAP	Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri (General Accepted Accounting Principles)
GATS	Hizmetler Ticareti Genel Anlaşması (General Agreement on Trade in Services)
GATT	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
GewStG	Alman Ticari İşletme Vergisi
GSYH	Gayrisafi Yüksek Hasıla
GWB	Alman Rekabeti Yasaklayan Kanun (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

HGB	Alman Ticaret Kanunu
IA	İngiliz Ödeme Güçlüğüne İlişkin (İflas) Kanun (Insolvency Act)
IFRS	Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (International Financial Reporting Standards)
IMF	Uluslararası Para Fonu
IRS	ABD Vergi İdaresi.
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
KStG	Alman Kurumlar Vergisi Kanunu (Körperschaftsteuergesetz)
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
KDV	Katma Değer Vergisi
KDVK	Katma Değer Vergisi Kanunu
krş.	Karşılaştırınız
LFus	İsviçre Birleşme, Bölünme, Nevi Değişikliği ve Maddi Varlığın Devrine İlişkin Federal Kanun (Loi sur la fusion)
md.	Madde
Nu.	Numara
OECD	Uluslararası İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
pg.	Sayfa (İng.)
pra.	Paragraf
RA	Roma Anlaşması
RG	Resmi Gazete

RK	Rekabet Komisyonu
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Karar
S	Sayı
s.	Sayfa
SA	ABD’de Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Act)
SEA	ABD’de Menkul Kıymetler Borsa Kanunu (Securities Exchange Act)
SEC	ABD’de Sermaye Piyasası Kurulu (Securities Exchange Commission)
Sn.	Sayın.
SOA	ABD’de Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ile ilgili düzenlenen Sarbanes-Oxley Act
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
sy.	Sayılı
tar.	Tarih
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TDK	Türk Dil Kurumu
TL	Türk Lirası
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TRK	Türk Rekabet Kurulu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TTSG	Türk Ticaret Sicili Gazetesi

UMS	Uluslararası Muhasebe Standartları
UmwG	1994 tarihli Alman Yeniden Düzenleme Kanunu (Umwandlungsgesetz)
UNCTAD	Birleşmiş Milletler Kuruluşları.
USA	Amerika Birleşik Devletleri (United States of America)
US GAAP	Amerikan Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri
vb.	Ve başkası, ve başkaları, ve benzeri, ve benzerleri, ve bunun gibi
vd.	Ve devamı, ve diğerleri
VUK	Vergi Usul Kanunu
WTO	Dünya Ticaret Örgütü
Yay.	Yayını, yayınları
yy.	Yüzyıl

1.GİRİŞ

I. Kavram ve terim

A. Birleşme

1. Kavram

Birleşmeler, şirketler tarafından bir takım stratejik hedeflere ulaşmak amacıyla gerçekleştirilir. Birleşmeler, farklı şirket kişiliklerine, kültürüne ve değer sistemine sahip birden fazla şirketin bir araya gelmesi anlamını taşır¹. Şirketler üzerindeki kısa zamanda ve fakat büyük oranda değer artırma baskısı, şirketleri birleşmeler ve satın almalar gibi lineer olmayan büyüme yöntemlerine yöneltmiştir. Zira birleşme ve satın alma dışında, bir şirketin değerini arttırmak için şirketin verimliliğini arttırmak ki bunu yapmak için maliyetleri düşürmek, geliri arttıracak yeni yöntemler bulmak gibi çok belirgin fiziksel limitleri olan atılımlar yapmak veya riskli olabilecek yeni yatırımlar gerçekleştirmek gerekmektedir². İşte organik gelişimin fiziksel sınırlarına gelindiği bu aşamada, hızlı bir büyüme sağlayacağı öngörüsü ile aynı kulvardaki şirketlerle birleşerek şirket değerini arttırmak gündeme gelmektedir.

a. Ekonomik Tanım

Ekonomik açıdan şirket birleşmeleri dışsal büyüme yöntemlerindendir. O halde şirket birleşmeleri kavramı ile büyüme kavramı, birbiriyle ilişkili olup, büyümenin nasıl gerçekleştirildiğini gösteren kavramlardır.

Ulaşım ve iletişim teknolojisindeki süratli gelişim dünyayı küçültmüş, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ve rekabetin yoğunlaşmasına neden olmuştur³. Serbest piyasa koşullarında monopol kurabilmeleri mümkün görülmeyen ve bu teknolojik gelişme karşısında rekabet şansı zayıf ya da imkansız olan şirketler içsel ya da dışsal büyüme yoluyla; sermaye artırımını sağlamak, iş bölümü

¹ P.S. Sudarsanam **The Esence of Mergers and Acquisitions**. England: Prentice Hall Int. UK Ltd., 1995, s. 7.

² Cevat Sarıkamış, **Satın Almalar ve Yeniden Yapılanma-Şirket Birleşmeleri**, Avcıol Basım Yayın, İstanbul 2003, s.8 vd.

³ F.Zeynep Bilgin/İrem Eren Erdoğan, **Birleşme ve Devralmalarda Uluslararası Boyut ve Pazar Yansımaları**, Şirket Birleşmeleri, İstanbul, Alfa Basım, Ocak 2004, s.431 vd.

oluşturmakla riski minimize, işletmenin piyasa değerini ise maksimize etmeye çalışmışlardır⁴.

Bir işletmenin bağımsızlığını kaybetmek pahasına başka bir işletme ile birleşmesi, esas itibarı ile ilgili işletmeler tarafından istenmeyen (dışsal) bir büyüme şeklidir⁵. Gerçekten de işletmeler başlangıçta faaliyetleri sonucunda kendi yarattıkları ya da dışarıdan temin ettikleri kaynakları yeni yatırım alanlarına yatırmak sureti ile içsel büyüme şeklini tercih ederler. Ancak belirli bir ölçek büyüklüğünden sonra içsel büyüme bir büyüme alternatifi olmaktan çıkmakta, işletmenin kendi olanakları ile büyüme alternatifi tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu aşamadan itibaren işletmeler dışsal büyümeyi tercih etmekte ve dışsal büyümenin avantajlarını değerlendirme yoluna gitmektedirler⁶. Diğer taraftan, üretimden satışa kadar süren aşamalarda daha avantajlı olunması, bu aşamalarda gerçekleştirilen faaliyetlerde ek tasarruf sağlanması, pazar payının yükseltilmesi, zarar indirimi yolu ile ya da sınır ötesi şirket birleşmeleri yoluyla vergisel avantajlar sağlanması, nakit akımlarının akıcı şekilde kullanılması vs. gibi unsurlar işletmelerin birleşmelerinde etkili olmaktadır⁷.

Dışsal büyümede, daha önce birbirinden bağımsız olarak faaliyette bulunan iki veya daha çok sayıda işletme, bağımsızlıklarını kısmen veya tamamen kaybetmek suretiyle bir araya gelmektedirler. Böylece yeni bir bütün (yeni bir işletme) oluşmaktadır. Sonuçta mevcut işletme sayısı azalmakta, buna karşılık birleşme olayını gerçekleştiren işletmenin/işletmelerin ölçek büyüklüğü artmaktadır⁸.

Birleşmenin diğer ekonomik toplanma biçimlerinden ayırt edilebilmesi için en az bir işletmenin hukuki bağımsızlığının sona ermesi zorunlu görülmektedir⁹. Bu durumda bir anonim ortaklık başka bir anonim ortaklığın bütün pay senetlerini elde etse

⁴ Lawrence Schall ve Charles Haley. **Introduction to Financial Management**, Newyork-USA: Mc. Graw- Hill Bank Company, 1983, s. 711

⁵ “İşletmelerin büyümesi esas itibarıyla bir büyüme şeklidir. Dışsal (exojen) büyüme olarak da adlandırılır.”, Altar Ömer Arpacı, “**5228 Sayılı Kanun Sonrası Bölünme Müessesesi**”, Vergi Sorunları Dergisi, Ekim 2004, Sayı 193, s.23.

⁶ Öztin Akgüç, **Finansal Yönetim**, İstanbul, 1979, s. 657.

⁷ Helmut Pernsteiner, **İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı**, Şirket Birleşmeleri, s.595.

⁸ Tamer Müftüoğlu, **İşletme İktisadı**, Ankara: Turhan Kitabevi, , 1989, s. 525

⁹ Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Ens. Yay. , 1986, s.16.atfi ile Schmalenbach, s.147; Liender, s.2; ayrıca Schilling in Grosskomm, AktG md. 339 Anm. 12

bile, her iki ortaklık ayrı hukuki varlıklarını sürdürdükleri sürece olayın birleşme olarak nitelenmesine olanak bulunamayacaktır¹⁰.

Birleşmede olaydan sonra ortada hukuki bağımsızlığa sahip tek bir işletme vardır. Hukuki bağımsızlığın yitirilmesi, kural olarak ekonomik bağımsızlığın da yitirilmesi demektir. Genellikle ekonomik bağımsızlığın yitirilmesi ile başlayan bir gelişme hukuki bir bağımsızlığın da sona ermesi ile tanımlanmıştır¹¹.

b. Hukuksal Tanım

Ekonomik anlamda birleşme tanımı içerisinde yer alan her olayın hukuki anlamda birleşme kavramına karşılık gelmemektedir¹². Örneğin; bir şirketin bir diğer şirketin hisselerinin tamamını satın alması durumunda, ekonomik anlamda bir birleşme gerçekleşmesine rağmen, her iki şirket de tüzel kişiliklerini devam ettirmekte olduklarından hukuki anlamda bir birleşmeden söz edilemeyecektir. Bir olayın hukuki anlamda birleşme olarak sonuçlanabilmesi için birleşmeye dahil olan şirketlerden en az bir tanesinin tüzel kişiliğinin sona ermesi gerekmektedir. Ancak ekonomik anlamda bir birleşme için bu şart her olayda zorunlu unsur değildir. Bu itibarla hukuki anlamda birleşme kavramı, ekonomik anlamda birleşme kavramına kıyasen daha dar kapsamlıdır¹³.

(1) Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)¹⁴ 146'ncı maddesinde şirketlerin birleşmesi "*...iki veya daha fazla ticaret şirketinin birleşerek yeni bir ticari şirketi kurmaları veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Adalet Alt Komisyonu'nda 14.06.2006 itibarı ile kabul edilen TTK Tasarısı¹⁵, nın 136'ncı maddesi TTK' nın 146'ncı maddesini değişik bir içerik ile devam ettirmektedir. Tasarının bu maddesi, Avrupa Ekonomik

¹⁰ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.16 atfı ile OLG H 24.10.1904.(OLGR on, 240); RG, 17.11.1905 (RGZ 62, 73; JW 1906,46); RFH, 10.2.1931; (JW 1931, 3014 nr.10).

¹¹ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.18.

¹² Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.20.

¹³ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.20.

¹⁴ 29.6.1956 tarihli, 6762 sayılı Kanun

¹⁵ T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, s.34.

Topluluğu'nun (AET) şirketlere ilişkin birleşmeler hakkındaki Yönergesi¹⁶(Birleşme Yönergesi) temelinde ve 30.10.2003 tarihli İsviçre “Birleşme, Bölünme, Nevi Değişikliği ve Maddi Varlığın Devrine İlişkin Federal Kanun”dan (Loi sur la fusion-LFus) yararlanılarak kaleme alınmıştır. Tasarının 136'ncı maddesinde birleşme, “bir ortaklığın diğerini devralması (devralma şeklinde birleşme) veya yeni bir ortaklık içerisinde bir araya gelmeleri (yeni kuruluş şeklinde birleşme) olarak tanımlanmıştır¹⁷.

Borçlar Kanunu'nun (BK)¹⁸ 180'inci maddesinde; “Bir işletme diğer bir işletme ile aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları bir mamelekin devralınmasından doğan hakları haiz olup bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler” denilmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK)¹⁹ birleşme kavramının tanımlaması yapılmayıp, “Bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Doktrinde anonim ortaklıklarının kendi aralarında iltihak şeklinde birleşmesini inceleyen Hırş, birleşme kavramını şu şekilde yorumlamıştır: “*İltihak sureti ile infisah eden şirketin mallarını iltihak edilen şirkete ya infisah eden şirketin mevcut mallarının iltihak edilen şirkete satılacağı veya infisah eden şirketin hissedarlarının kendisine iltihak edilen şirketin şerikleri olmayı isteyecekleri yönündedir. Birleşmede mutad olan yöntemin de bu şekilde olacağı*” görüşündedir²⁰.

Bir anonim şirketin, bütün aktif ve pasifleriyle birlikte, başka bir anonim şirket tarafından devralınması, katılan şirketin tasfiyesiz sona ermesini, devralan şirketin de, katılan şirketin sermayesini temsil eden bütün payların devralan şirkete ait olması dışında²¹ sermaye artırımını gerektirdiğinden, devir işlemi her iki şirket yönünden birer

¹⁶OJ, L 295,20.10.1978

¹⁷ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 445

¹⁸ RG. 29.04.1926, S. 359, 818 sayılı Kanun,

¹⁹ RG. 21.06.2006, S. 26205, 5520 sayılı Kanun.

²⁰ Ernest Hırş, **Ticaret Hukuku Dersleri**. 3'üncü bs. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948, s.330- 332.

²¹ Halil Arslanlı, **II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller**. İstanbul Fakülteler Matbaası, 1961, s. 248.

ana mukavele değişikliğidir, TTK 435- 7, 9, 451- 8. Şirketlerde birleşmenin bir ana mukavele değişikliği olduğu TTK' nın 148'nci madde hükmü ile de teyit edilmiştir²².

Birleşme, aynı neviden iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbirleriyle birleşerek yeni bir şirket kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin, mevcut diğer bir ticaret şekline iltihak etmesinden ibarettir²³.

Birleşme en az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşısında, mal varlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması (devralma yoluyla birleşme); veyahut en az iki ortaklığın, ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında mal varlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak, bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmaları (yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme) sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesidir²⁴.

Genel olarak birleşme, birden çok ticaret ortaklığından birinin diğerinin bünyesine veya tümünün yeni kurulan bir ortaklığa mallarını tasfiye etmeksizin intikal etmesi ve birleşen ortaklık veya ortaklıkların ortaklarına bir değiştirme ölçüsüne göre devralan veya yeni ortaklığın payının verilmesidir²⁵.

Teknik-hukuki anlamda birleşme; bir veya birden çok ticaret ortaklığının mal varlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden mal varlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş- tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır²⁶.

“Birleşme kavramı devralma ve yeni kuruluş nevi’ndeki birleşmeleri kapsayan üst kavramdır. Dar ve teknik bir tanıma göre birleşme, çeşitli sermaye ortaklıklarının tasfiye edilmeksizin bir ortaklık haline gelmesi ve birleşen ortaklık veya ortaklıklarının

²² Arslanlı, **II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller**, s.244- 248.

²³ Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku Ve Uygulaması, TTK ŞERHİ-II**, İstanbul: Temel Yay. , 1988, s. 1497

²⁴ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.37 -38

²⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Gözden Geçirilmiş, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 8’inci bs. , İstanbul: Beta Basım Yayım ve Dağıtım Anonim Şirketi(AŞ), 2000,112.

²⁶ Poroy/Tekinalp / Çamoğlu,**Ortaklıklar**, s.106.

pay sahiplerine, bu ortaklığın paylarının verilmesidir. Birleşme kavramının esas unsuru malvarlıklarının birleşmesi olduğu halde, BK 179’uncu maddesinde öngörülen bir işletmenin ya da mal varlığının devrinden farklı olarak, bir anlamda ortakların da birleşmesi söz konusudur. Diğer bir ifade ile birleşme ile ex lege devralan veya yeni ortaklığın pay sahibi olurlar. Burada ortakların intikalinden söz edilebilir”²⁷.

(a) Yeni Kuruluş Şeklinde Birleşme

İki veya daha fazla ticaret şirketinin birbirleri ile birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarıdır. Tam birleşme, iki veya daha çok ticaret ortaklığının aktif ve pasiflerini birleştirerek tüzel kişiliklerini sona erdirmek kaydı ile yeni bir ticari ortaklığı meydana getirmeleridir. Mevcut (A), (B) ve (C) ortaklıklarının birleşerek bir (D) ortaklığı meydana getirmeleri, tam birleşmeye örnek teşkil eder²⁸.

Yeni kuruluş şeklinde birleşme, birden çok ticaret ortaklığı birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı oluştururlar. Birleşenler infisah eder, fakat tasfiye olunmazlar; mal varlıkları, bir bütün halinde yeni kurulan ortaklığa devredilir²⁹.

Yeni kurulan ortaklık, tüzel kişiliği ve tüm varlığı bakımından ortadan kalkmış ortaklıklardan tamamen bağımsız bir kişiliğe sahiptir. Ancak yeni kurulan ortaklık, varlıkları sona ermiş olan ortaklıkların aktif ve pasifinden meydana gelmiştir³⁰.

(b) Devralma Şeklinde Birleşme

Bir şirketin başka bir şirketin tamamını ya da bir kısmını alması devralma (Acquisition) olarak tanımlanmıştır.³¹

²⁷ Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Ens. Yay. Nu: 205, Olguç Matbaası, 1987, s.5.

²⁸ Billur Yaltı, Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev’i Değiştirme, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens. Mali Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 1987, s. 115 atfı ile Sait Kemal Mimaroglu. **Ticaret Hukuku**. C II. , Ankara: Sevinç Matbaası, 1972, s. 132- 133.

²⁹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s. 112.

³⁰ Yaltı, Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev’i Değiştirme, s. 115 atfı ile Mimaroglu, s. 133.

³¹ Hırş, s. 330, Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler III**, 3. bası İstanbul, 1960, s. 244, Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 1504, Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, 4. bası, İstanbul, 1989, s. 493, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, 10. bası, Eylül 2005, s. 114, Fahman Tekil, **Anonim Şirketler Hukuku**, 2. bası, İstanbul 1998, s. 503, Türk, **Birleşme**, s. 37, Yasaman **Birleşme** s. 5

En az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmasına “devralma yoluyla birleşme” denir³².

Bu tip birleşmeye “katılma” da denilmektedir³³. Bu tür birleşmede, bir ortaklık bir veya birden fazla ortaklığı devralır. Bu ortaklığa devralan ortaklık, katılan ortaklara da devrolan ortaklık denir. Devrolan ortaklıklar infisah ederler ve mal varlıklarını külli intikal yolu ile devrolan ortaklığa geçer. İnfisaha rağmen tasfiye yapılmaz³⁴.

Bir yahut daha fazla ticaret ortaklığının mevcut diğer bir ticaret ortaklığına iltihak etmesi, katılma adını alır. Katılma, bir veya daha çok ticaret ortaklığının tüzel kişiliklerini sona erdirip, aktif ve pasiflerini mevcut diğer bir ticaret ortaklığının aktif ve pasifi ile birleştirilip, o ortaklığa girmeleri şeklinde olur³⁵.

Devralınan şirketler, alacaklı olan kişilerin alacaklarına tam güvence sağlanana kadar ekonomik faaliyetlerini sürdürürler. Buna bağlı olarak, devralınan şirket dağılır ama tasfiyeye girmez; başka bir anonim şirket içerisinde tasfiye ediliyormuş gibi ekonomik varlığını sürdürür. Bu yolla olan birleşmelerde, dağılan şirketin varlıkları ve borçları paraya dönüştürülmez; ama şirketin tüm varlıkları ve borçları devralan şirkete geçer. Külli halefiyet sebebi ile devralan ortaklık ise, devralınan şirketin tüm borçlarının sorumlusu olur³⁶. Devralınan şirketin pay sahipleri de, devralan şirketin ortakları olurlar.

Her devralma birleşme değildir. Birleşmede, birleşen ortaklığın bütün malvarlığı bir kül halinde diğerine intikal edecek ve bunun karşılığında da, devralan veya yeni kurulan ortaklığın pay senetleri verilecektir. Kısmi devralma ya da nakit karşılığı bir devralmada birleşmeden bahsedilemez³⁷.

(2) Kurumlar Vergisi Kanunu

Vergi Hukuku yönünden birleşme kavramına getirilen tanımlar ise şu şekildedir:

³² Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.37.

³³ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 114.

³⁴ Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, s. 35.

³⁵ Yaltı, **Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev’i Değiştirme**, s. 116.

³⁶ Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi** s. 110, Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.167.

³⁷ Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi** s.13

Bir veya birkaç kurumun diğerk bir kurumla birleşmesi, birleşme sebebiyle infisah eden kurumlar tarafından tasfiye hükmündedir³⁸.

Birleşme en genel anlamıyla, bir veya daha fazla kurumun malvarlığının bir başka kuruma intikal ettirilmesi suretiyle infisah etmesi ve bu varlık karşılığında yeni kurumun paylarının birleşme dolayısı ile ortadan kalkan kurumun sahip veya ortaklarına karşı edim olarak verilmesidir³⁹.

Ancak, KVK’ daki “devir” kavramı ile TTK’ daki “devralma şeklinde birleşme” kavramı arasında özdeşlik yoktur. Vergisiz birleşme olarak algılanılan bu konudaki devir anlam itibarı ile Ticaret Hukuku’ndaki devir anlamına gelmemektedir. KVK’ daki devir, TTK anlamındaki birleşme türlerinin her ikisi içinde geçerli olup, sadece vergisel açıdan farklı bir durumu belirtmektedir. Vergi Hukuku’nda, vergisiz birleşme için aranan koşulların belirlenmesi amacı ile belirleyici faktör olarak yer almaktadır⁴⁰

TTK’ daki devir kavramından farklı bir anlamda devir kavramı KVK’ da kullanılmaktadır. KVK vergisiz birleşmeler için “devir” deyimini kullandığından ortaya bir terminoloji karışıklığı çıkmaktadır⁴¹.

Öncel’e göre; birleşme kavramı açısından Kurumlar Vergisi ve ticaret yasalarının hükümleri arasında anlayış farklılığından söz edilemez. Buna karşın Kurumlar Vergisi Kanunu’nda (KVK) tanımlanan devir, ticaret yasasında yer alan bir müessese değildir. KVK’ nın tanımladığı devir, ticaret yasasındaki “devralma yoluyla birleşme” anlamına gelmeyip, ister devralma yoluyla, ister yeni şirket kurma yoluyla

³⁸ Nihal Saban, **Vergi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınevi, 4. bası, 2006, s.484., Mualla Öncel/Nami Çağan/Ahmet Kumrulu, **Vergi Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 13. baskı, 2006, s. 342

³⁹ Yılmaz Özbacı, **En Son Kanun Değişiklikleri ile Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) Yorum ve Açıklamaları**, Ankara: Oluş Yayıncılık, 2005, s. 656

⁴⁰ Ahmet Kavak, “Şirket Birleşmelerinde Mali Sorunların Çözüm Yolları ve Muhasebe Teknikleri” konulu konferans konuşmasından, “**Türkiye’de Şirket Birleşmelerinin Hukuki ve Mali Yönleri Konferansı**”, 15.06.2000, Hilton Hoteli, İstanbul

⁴¹ Öncel/Kumrulu/Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, s. 342.

yapılmış olsun, öze ve şekle ilişkin belirli koşullara uyulması halinde vergilendirme kolaylığından yararlanabilecek birleşmeleri ifade etmektedir⁴².

Devralma şeklinde birleşmede, kurumun bilançosunun aktif ve pasifiyle kül halinde, bir bütün olarak devir alan kuruma devri ve nakledilmesidir. Onun karşısında da ortaklara devirle ilgili yapılan ön sözleşmede öngörülen miktarlarda hisse senedi bölüştürülmesi veya verilmesi söz konusudur⁴³.

TTK maddesindeki birleşme ve devir şeklinde birleşme tanımından yola çıkan ve Borçlar Kanunu ve KVK açısından bu tanımları değerlendiren Erginay'da; "Kurumlar Vergisi Kanunu bu iki halden biri veya diğerine göre, vergi borcunun intikal şeklini ayırmaktadır." şeklinde görüşünü açıklamaktadır⁴⁴.

"Vergisiz birleşme" olarak kabul edilen "devir" ile TTK 'da düzenlenen ve birleşmenin bir çeşidi olan "devir" arasında hiçbir benzerlik yoktur. TTK' da "yeni bir şirket kurulması" ve "devir yolu ile birleşme" işlemleri farklı düzenlendiği halde, KVK'da aynı kapsamda değerlendirilerek vergilendirilmesi yoluna gidilmiştir. Bir diğer farklılık ise, "birleşme"nin TTK' da tasfiyesiz infisah hali olarak kabul edilmesine rağmen, KVK' de tasfiye hükmünde sayılmış olmasıdır.

Hukuk sistemlerinde başlıca iki tip birleşme vardır. Bir ortaklığın infisah ederek diğer bir ortaklığa katılması (devralma) ve birden fazla ortaklığın birleşerek yeni bir ortaklık kurmaları şeklinde yapılan birleşmeleridir⁴⁵.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda; bir üst kavram olarak "birleşme" başlığı altında temel unsurları yönüyle yer alan "yeni bir şirket kurmak sureti ile birleşme" ve "devralma şeklinde birleşme" kavram tanımlarının detaylı incelemesini yapmak gerekmektedir.

(3) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

⁴² Mualla Öncel, **Bankaların Devir ve Birleşmelerinin Vergi Hukuku Açısından İncelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Türkiye Bankalar Birliği Yay. , Nu:88, s.4– 5; aynı yönde Yaltı, Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev'i Değiştirme, s. 170-174.

⁴³ Veysi Seviğ, "Şirket Birleşmelerinde Vergi Sorunlarının Çözümü" konulu konferans konuşmasından, **Türkiye'de Şirket Birleşmelerinin Hukuki ve Mali Yönleri Konferansı**, 15.06.2000, Hilton Hotel, İstanbul

⁴⁴ Akif Erginay, **Vergi Hukuku**, 12'nci bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 1986, s. 80.

⁴⁵ Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi** s. 2; Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s.475.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RKHK)⁴⁶ birleşmelerin doğrudan tanımını yapılmamakla birlikte RKHK nun 7. maddesinde sadece yasaklanan birleşme tipleri şu şekilde tanımlanmıştır; *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri”*

Bir teşebbüsün mallarının, haklarının ya da borçlarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyet ya da yararlanma haklarını devreden her türlü işlem birleşme veya devralma niteliğindedir. Klasik birleşme yöntemlerini saymak gerekirse bunlar, yeni bir şirket kurma yolu ile birleşmeler ve katılma (devralma) yolu ile birleşmelerdir⁴⁷.

Rekabet Hukuku anlamında bir birleşmeden bahsedebilmek için, bağımsız nitelikteki iki veya daha fazla teşebbüsün, yeni veya mevcut bir teşebbüs bünyesinde iktisadi anlamda birleşmesi, bir başka deyişle tek bir teşebbüsün iktisadi kontrolü veya hakimiyeti altına girmesi yeterlidir.⁴⁸ Bu tanıma bağlı olarak, bağımsız bir hak süjesi olmakla beraber, iktisadi olarak bir ana ortaklığa veya birbirlerine bağımlı olan teşebbüsler (veya ekonomik birimler) arasında yaşanan birleşmeler, Rekabet Hukuku’nun kapsamı dışında kalmaktadır.⁴⁹ Buna karşılık, hukuki anlamda birleşme sayılmayan, “ikiz (çifte) ortaklıklar”, “konzern”, “holding”, “ortak girişim”⁵⁰ ve “tröst”⁵¹ gibi, iktisadi bağımsızlıktan vazgeçildiği, fakat hukuki bağımsızlığın korunduğu bağlı işletme ilişkileri, Rekabet Hukuku açısından “birleşme” olarak nitelendirilebilir. Ticari işletme işleten tacirlerin bir araya gelerek kurduğu her türlü

⁴⁶ R.G. 13.12.1994, S. 22140, 4054 sayılı Kanun

⁴⁷ Ercüment Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Rekabet Kurulu Tebliğleri AT Konsey Tüzüğü (4064/89)** İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2003, s. 29.

⁴⁸ Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, s. 45

⁴⁹ Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar** s. 45

⁵⁰ Lerzan Yılmaz, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin ve Bankaların Birleşme ve Devralmaları, Şirket Birleşmeleri**, s.137 vd.

⁵¹ Tanımlamaları için bkz. incelememizin “2.Yakın kavramlardan ayrılması” bölümü

ortaklık, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe birleşme kapsamında kabul edilebilir⁵².

Avrupa Birliği (AB) Hukuku'nda ise, birleşme kavramının kapsamı hususunda tam bir netlik bulunmamakla beraber, bu kavram genel olarak iktisadi açıdan değerlendirilmekte ve hukuki biçimi dikkate alınmaksızın, ekonomik anlamda birleşen ve tek bir teşebbüs görünümü veren her türlü kurumsal birliktelikler, birleşme kavramı kapsamında mütalaa edilmektedir⁵³. Şüphesiz bu tanım, hukuki anlamda birleşmeleri kapsadığı gibi, yukarıda ifade edilen türde bağlı işletme ilişkilerini de içine alır. Burada önemli olan, teşebbüslerin kontrolünün birleşmesi ve ekonomik bağımsızlığın terk edilerek aynı merkezin idaresinin kabul edilmesidir⁵⁴.

Rekabet Hukuku'nun olaylara olan yaklaşımının hukuki olmaktan ziyade iktisadi temellere dayanması, bu alanda yerleşik kullanımı olan hukuki terimlerde karışıklığa yol açabilmektedir⁵⁵

Ticaret ve vergi hukukundaki birleşme kavramı, daha geniş bir kavrayışla rekabet hukukunda yoğunlaşma ve/veya konsantrasyon kavramı ile karşılanmaktadır.

Rekabet hukukunda konsantrasyon kavramını Tekinalp: "Birleşmeler, pay iktisapları, işletme ve mal varlığı devirleri ve borçlar hukuku sözleşmeleri ile teşebbüslerin, bir teşebbüsün bünyesinde ya da etrafında yoğunlaşmaları batı dillerinde, konsantrasyon yani toplanma ya da merkezileşme diye adlandırılır"⁵⁶; Sanlı ise; Ekonomik karar alma gücünün, başka bir ifade ile kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde toplanması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet süjelerini azalacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması "konsantrasyon" olarak isimlendirilmektedir⁵⁷.

⁵² Ünal Tekinalp, **Ticaret Ortaklıklarında Birleşme Kavramı ve Bazı Problemler (Birleşme Kavramı)**, Ankara: Banka Der. C VIII, S 10, 1982.

⁵³ Vanessa Edwards, **EC Company Law**, Oxford EC Law Library, 1999, s. 95

⁵⁴ Whish Richard/Barbara Sufrin, **EC Competition Law**. Fourth Edition. Butterworth, 2001, s. 665.

⁵⁵ Rekabet hukukunun konusu, teşebbüslerin rekabet şartlarını bozmayayönelik faaliyetleri ile rekabet şartlarının gerçekleşmediği piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaları konrole yönelik faaliyetleridir, Arif Uğur, "Rekabet Hukuku Açısından İşletme Birleşmeleri-I", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 147, s. 130.

⁵⁶ Ünal Tekinalp/ Gülören Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. basım., İstanbul, 2000, s.464.

⁵⁷ Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK) Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara: 2000, s. 317.

Ekonomik bakımdan bağımsız olan bir veya daha fazla teşebbüsün iktisadi bakımdan bağımsız bir teşebbüsü bünyelerine alması sonucu iktisadi bağımsızlıklarını kaybederek yeni oluşturulan bir yapı altında toplanmalarını ifade eden şirket birleşmeleri (devralma) ile rekabeti kısıtlayıcı etkisi ve amacı olmayan ortak girişimler de RKH kanun çerçevesinde “yoğunlaşma” kavramının içinde yer almaktadır⁵⁸.

İşletmeler arasında merkezi yoğunlaşma hem bir olgu, hem de yönlendirilen hatta özendirilen bir eğilimdir. “Ekonomik merkezi yoğunlaşma” kavramı için yabancı ekonomi ve hukuk doktrini ile uygulamasında kullanılan kelime konsantrasyondur⁵⁹. Ancak oluşan bu “konsantrasyon” (concentration) kavramı, “birleşmeleri” (mergers), “devir almak suretiyle kontrolün ele geçirilmesini” (acquisitions) ve kendisini vücuda getiren teşebbüslerden bağımsız olarak kurulan “ortak girişim” (Joint Ventures) yapılanmalarını kapsamına alan bir kavramdır⁶⁰.

“Birleşme” terimi burada yerini “yoğunlaşma”, hatta global kapsamda kullanıldığında “konsantrasyon” (“işletmeler arasında merkezi yoğunlaşma”) kavramlarına bırakmaktadır⁶¹.

Rekabet sınırlamalarının temel nedeni, iktisadi hayatta “ekonomik merkezi yoğunlaşma”(konsantrasyon-concentration) olgusuna bağlanabilir. Şirketlerin birleşmesi, ekonomik gücün merkezileşmesinin en üst derecesidir.

Bir birleşme veya devralma işleminin “yoğunlaşma” olarak kabul edilebilmesi için; birleşme işlemlerinde teşebbüslerin bağımsız olması, yani aynı ekonomik bütünlük içinde bulunmaması, devralma işleminde ise teşebbüsün diğer bir teşebbüs üzerinde kontrolü ele geçirmesi gerekmektedir⁶².

⁵⁸ Lennart Ritter, W.David Braun ve Francis Rawlinson, **EEC Competition Law A Practitioner’s Guide**, Kluwer Law Int. ,1991, s. 343

⁵⁹ Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler** , s. 317, Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 2

⁶⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.975- 979.

⁶¹ Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler** s.2

⁶² Christopher Bellamy ve Graham Child, **European Community Law of Competition**. Fifth Edition. London, s. 363- 365; Allison Jones ve Barbara Sufrin, **EC Competition Law- Texts, Cases, Materials**, Oxford Newyork, 2002, s. 699- 720.

Birleşme ekonomik sebeplerle yapılır. Başlıca sebep rekabet gücünün arttırılmasıdır⁶³. Rekabeti kısıtlayıcı önlemler; tekelleşme, teşebbüslerin aralarında anlaşarak yaptıkları rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve aynı ya da farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin tek bir kişilik altında birleşmeleri (merger) dir. Birleşme, görüldüğü üzere tekel ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar arasında yer almasına rağmen, Rekabet hukukunda farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Birleşme yolu ile optimum büyüklüğe erişme ve dolayısıyla verimliliğin artırılması hedeflenmiş olabileceği için, bunlar farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulmuşlardır⁶⁴.

Ticaret Hukuku anlamında birleşmeler, Rekabet Hukuku'na göre oldukça dar bir alanı kapsamakta ve sadece hukuki değil, ekonomik ve toplumsal⁶⁵ unsurların da bir araya gelmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu anlamda bir birleşme, ekonomik merkezi yoğunlaşmanın en son aşamasını teşkil etmekte ve doğal olarak bünyesinde iktisadi anlamda (ve doğal olarak rekabet hukuku anlamında) bir birleşmeyi barındırmaktadır.

2. Terim

Birleşme; ayrı iken tek bir bütün durumuna gelmeyi içerir⁶⁶. Bunun yanı sıra birleşme; birbirinden ayrı ve bağımsız nesnelerin bütünleşmesi, kaynaşması ve tek bir nesne görünümünü alması durumudur. Birleşme, iki ya da daha fazla teşebbüsün, yeni bir varlıkla sonuçlanan bir oluşumla, eşit bir şekilde kombinasyonudur. Birleşen teşebbüslerin ortakları yeni oluşumun risklerini ve ödülleri eşit şekilde üstlenirler ve teşebbüslerden hiçbiri diğerine üstünlük elde etmez, diğerinin kontrolünü elinde tutmaz. Bu durumda birleşen şirketlerin tüzel kişilikleri sona ermekte, ortaya yeni bir şirket ve yeni bir tüzel kişilik çıkmaktadır⁶⁷.

AB şirketler hukuku çerçevesinde uluslararası düzenlemelerde şirketlerin birleşmesi, Avrupa dillerinin pek çoğunda ufak söyleniş ve yazılış farklılıklarına rağmen Latince kökenli ortak bir sözcük ‘fusio’ ile adlandırılır⁶⁸.

⁶³ Yasaman, *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*, s. 2.

⁶⁴ Ateş Akıncı, *Mukayeseli Hukuk Açısından Avrupa Topluluğu ve Amerika Birleşik Devletleri Hukuku'nda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens. İstanbul, 1986.

⁶⁵ Kavram için Türk, *Birleşme*, s. 80 –90

⁶⁶ TDK, *Birleşme*, TDK, Genişletilmiş 7 nci Basım, 1983.

⁶⁷ *Oxford Dictionary of Business*. (2nci bs. , 1996)

⁶⁸ Türk, *Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*, s. 7

Almanca ve Fransızcada “fusion”⁶⁹, İtalyancada “fusione”⁷⁰, Anglo Sakson hukuk çevrelerinde ise “merger”⁷¹ sözcüğü, ortak terim niteliğindedir. Fusion; sözlük anlamı birleşme, kaynaşma olup, büyük bir işletmenin, bir ya da birkaç küçük işletmeyi satın alması ve şirket birleşmelerinin bir şekli manasında literatüre geçmiştir⁷².

“Merger” genel olarak, şirketlerin yeniden yapılandırılması amaçlı faaliyetlerin tanımlanması için kullanılan bir terimdir⁷³. Kelimenin tam anlamıyla, “merger” bir şirketin diğer bir şirket tarafından, devralınan şirketin unvan ve kimliği mevcut tutularak, birleşilen şirketteki aktif varlık, borç ve gücün devralınması suretiyle birleşilmesidir.

“Merger”; sözlük anlamı bir mülk ya da şirketin başkası ile birleşmesi olup; birleşme ise, iki ya da daha fazla teşebbüsün, yeni bir varlıkla sonuçlanan bir oluşumla, eşit bir şekilde kombinasyonudur. İki ya da daha fazla şirketin her birinin onamı ile ortak bir amaç doğrultusunda tüm malvarlıklarını bir araya getirerek hukuki ve ekonomik varlıklarını kaybetmek suretiyle bir bütün olarak ortaya çıkmalarıdır⁷⁴.

Merger sözcüğü tam manasıyla yasal bir anlama sahip olup, ileride faaliyetini sürdüreceği olan birleştirilen şirketler ile hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. “Merger” bir şirketin diğer bir şirket ile birleşmesi ile yok olması sonucu gerçekleşir⁷⁵.

Bunun yanı sıra şirket birleşmeleri için; İngiliz Hukuku’nda “amalgamation”, Amerikan Hukuku’nda “consolidation” kelimeleri de kullanılır⁷⁶. “Amalgamation”

⁶⁹ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 6; Taner Akgün, **Hukuk ve İlgili Terimler Sözlüğü**, Alfa Basım, İstanbul 1999, s.193.

⁷⁰ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 3

⁷¹ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 4.

⁷² Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 3; Hikmet Kurnaz, “Sermaye Şirketlerinde Birleşmenin İktisadi ve Hukuki Sonuçları İle Yükümlülükleri”, *Yaklaşım Dergisi*, Ekim 2006, sayı 39.

⁷³ **The Oxford Compact Theasaurus**, New York 2001, s.550.

⁷⁴ **Black Law Dictionary**, Bryan A. Garner, 7th Edition, pg.1002; *International Tax Glossary*, Susan M. Lyons, 3rd Edition, s. 198; Ankie Hoogvelt ve Anthony G. Puxty, **Multinational Enterprise An Encyclopedic Dictionary of Concepts and Terms**, London, 1987, s. 150.

⁷⁵ Stanley Foster Reed ve Alexandra Reed Lajoux, **The Art of M&A. A Merger Acquisition Buyout Guide**, Third Edition. New York-USA: Mc Graw Hill Bank Company, 1993, pg.4- 5.

⁷⁶ **Black Law Dictionary**, s. 304, **International Tax Gloassary** s. 66, Türk, **Birleşme** s. 4; S. Selman Tunal, **Genel Hatları ile Amerika Birleşik Devletlerinde Şirket Birleşmelerinin Hukuki Yapısı**, *Vergi Dünyası Dergisi*, Mayıs 2000, Sayı 225.

ABD’de teknik bir terim hükmünde olmayıp, bir şirket mülkiyeti olmaksızın her çeşit yapılar uygulamada bu kapsamda bir arada ortaklık edebilir ya da birleştirilebilirler. “Consolidation” ise, birleşmenin (merger) özel yasal bir şeklidir. Özel bir birleşme şekli olan “consolidation” sonucunda birleşen şirketin varlığı sona ermekte olup, birleşilen şirkete ise hayatta kalandan ziyade halefi denilmektedir⁷⁷. Bazı yazarlar şirketlerin birleşmelerini ifade ederken “acquisition” kelimesini de kullanmaktadırlar⁷⁸. “Acquisition”, genel terimi bir mülkiyet devri olarak tanımlanmaktadır. “Acquisition”, bir şirketin hisselerinin veya aktif varlıklarının, bir alıcının mülkiyetinde olmaya geldiği süreçtir. Söz konusu işlem, hisselerin veya aktif varlıkların bir alım şeklini karşılayabilmektedir⁷⁹.

Uluslararası literatürde “acquisition” terimi devir yoluyla birleşme türünde kullanılmakta olup, diğer birleşme türleri için ise “merger” terimi tercih edilmektedir⁸⁰.

Aynı olay, Türkçe’de “birleşme”⁸¹ olarak adlandırılır; yapılan iş, “birleşmek” eylemiyle anlatılır⁸². Öyleyse “birleşme” kelimesini Türk hukukunda yerleşmiş yasal terim sayabiliriz⁸³.

Kurumlar Vergisi Kanununda üst kavram olarak ‘birleşme’ alt kavram olarak ise ‘devir’ kullanılmıştır⁸⁴.

Türk Yargısının kavram konusundaki tercihi ise ‘birleşme’dir⁸⁵.

⁷⁷ Foster Reed Stanley ve Alexandra Reed Lajoux, **The Art of M&A A Merger Acquisition Buyout Guide. Third Edition**, New York- USA, 1999 s. 5- 6.

⁷⁸ David J. Bendaniel, Arthur H. Rosenbloom ve James J. Hanks Jr. , **International M&A Joint Ventures and Beyond**, Second Edition, Canada: John Wiley& Sons Inc. , 2002, s. 183; Reed ve Lajoux s.5, Paul R. McDaniel, Hugh J. Ault, Martin J. McMahon Jr., Daniel L. Simmons, **Federal Income Taxation of Corporations** s.479, Lanning Bryer, Melvin Simensky, **Intellectual Property Assets İn Mergers and Acquisitions** s. 12.2, Donald DePamphillis, **Mergers Aquisitios and other Restructring Activities**, s. 5, J. Fred Weston, Kwang, S. Chung, Susan E. Hoag, **Mergers Restructring and Corporate Control**, s. 302, Patrick Gaughan, **Mergers Acquisitions and Corporate Restructring**, Second Edition, Canada, 1999 s. 459,

⁷⁹ Foster Reed ve Reed Lajoux, s.5- 6.

⁸⁰ **Black Law Dictionary**, s. 24, International Tax Gloassary s. 4,

⁸¹ **Türk Hukuk Lugatı**, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998; Birleşme, “İki veya daha ziyade ticaret şirketlerinin kendi istekleriyle aktif ve pasiflerini bir araya getirerek tek bir şirket haline geçmeleri” olarak tanımlanmıştır.

⁸² **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, www.tdk.gov.tr

⁸³ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 5; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s. 108.

⁸⁴ 5520 sayılı KVK’nun 18 vd. maddelerinde birleşme ve devir kavramları kullanılmıştır.

⁸⁵ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 2002/422 E. ve 2003/11 K. sayılı kararı, www.danistay.gov.tr

Uluslar arası yargı alanındaki kavram tercihin baktığımızda; Amerika Birleşik Devletlerinde 1986 yılında görülen Basic. Inc. Davasında ve 1992 yılında görülen ‘‘Lithon Industries Inc.’’ davasında kavram olarak merger (birleşme) kavramının tercih edildiği görülmektedir ⁸⁶.

Vergi Hukuku Doktrininde ise tercih edilen kavram KVK’daki düzenlemelere paralel olarak ‘‘birleşme’’⁸⁷ ve ‘‘devir’’ olmuştur.

Borçlar Kanununda tercih edilen kavram ‘‘birleşme’’ olmuştur. ⁸⁸

Ancak belirtmek gerekir ki, rekabet hukuku açısından genel kabul gören konsantrasyon ve yoğunlaşma terimleri⁸⁹ ile ticaret ve vergi hukuku açısından genel kabul gören birleşme terimi arasında bir uyumlaşma ihtiyacının oluşmamasındaki sebebin rekabet hukukunda kullanılan konsantrasyon ve yoğunlaşma terimlerinin birleşme terimine nazaran daha geniş olayları kapsamasıdır. Zira Türk Hukuku’nda bu hususta her iki terim (birleşme ve konsantrasyon) de birlikte kullanılmakla beraber kanımızca terminolojik açıdan konsantrasyon deyimini, teşebbüsler arasındaki bu tip birliktelikleri tam olarak ifade etmekten uzaktır. Her ne kadar teşebbüsler arasındaki kurumsal ve sürekli birliktelikler, bir konsantrasyonu ve yoğunlaşmayı oluşturuyorsa da, konsantrasyon iktisadi gücün merkezileşmesinin her türünü ifade etmektedir ve dolayısıyla daha geniş bir kavramdır.

Örneğin RKHK’ nun 4’üncü maddesi kapsamındaki anlaşma ve uyumlu eylemler de, Rekabet Hukuku bakımından konsantrasyon olarak nitelendirilmektedirler. İlk olarak Avrupa Konseyi’nin (AK) ortak terim olarak kabul ederek düzenlemelerinde kullandığı ‘‘konsantrasyon’’ kavramı⁹⁰, sonraları bu kavramın herhalde tam olarak uluslararası bazda bir ortak terim anlamı ve niteliği taşımadığı düşüncesi ile her türlü

⁸⁶ Foster Reed/Reed Lajoux, **The Art of M&A**, s. 973 vd.

⁸⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, **Vergi Hukuku**, s. 342, Saban, **Vergi Hukuku**, s. 447, Özbalcı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s. 656

⁸⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu, Seçkin Kitapevi 2006 Baskı s. 111, 180. maddesi

⁸⁹ Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler**, s. 317, Erdem **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar** s. 29

⁹⁰ OJ (1973) 244, yayınlanan 4064/89 (EEC) Tüzüğü’nün 1/1. maddesinde tüzüğün uygulama alanının topluluk çapındaki tüm konsantrasyonlar olduğu belirtilerek konsantrasyon kavramına ilişkin ilk düzenlemeyi burada yapmıştır.

rekabeti önleyici iş birliktelikleri ve anlaşmaları da bu kavramın içine alınarak biraz ortak terim anlam ve mantığından özde uzaklaşmış gibi görülmektedir.

Nitekim bu hususu dikkate alan AK ve Komisyon, 4064/89 sy. Tüzük'te⁹¹(Tüzük) yaptıkları en son değişikliklerde konsantrasyon kavramının kapsamını iyice genişletmiş ve konsantrasyonun gerçekleşebilmesinde, sadece kurumsal bir birlikteliği yeterli olarak kabul etmişlerdir.

Bu çalışmada; her ne kadar Rekabet Hukuku kapsamında yoğunlaşma ve konsantrasyon terimleri tercih edilmekteyse de, gerek kavramın içeriğini karşılaması gerekse TTK ve KVK açısından yasalar ve Doktrinde kabul gören ortak terim olan “*birleşme*” kavramı kullanılacaktır.

B.Bölünme

1. Kavram

Ticaret şirketlerinin yeniden yapılandırma ihtiyaçlarına çözüm olarak; bir alandaki faaliyetin sonlandırılması (verimli olmayan alanlarda gerçekleştirilen yatırımların tasfiyesi, mevzuat değişikliklerinin yeniden yapılandırmayı gerektirmesi⁹², finansman kaynak temininde yaşanan sıkıntılar gibi nedenler ile) ya da yeni bir statüde sürdürülmesi (yeni organizasyon yapısı kurulması, aynı işletme bünyesinde sürdürülen birden çok faaliyetin ayrılması, belirli sektörlerde yaşanan arz fazlalığı sonucu yatırımları belli sektörlerle yöneltme güdüsü v.b.nedenler ile) ya da ortaklar arasında yaşanan ihtilaflar sonucunda ortaklık yapısının değiştirilmesi ya da başarı ile sonuçlanmamış birleşmelerin geriye döndürülmesinin bir yöntemi olarak; bölünme halen mevcut olan mevzuattaki boşluklar ve hukuki sorunlarına rağmen şirketler için vergi yükü yaratmayacak tek araç olarak ticari hayatta önemli bir yere sahip olmuştur.

Kelime anlamı olarak bölünme, birleşme kavramındaki büyümenin aksine odaklanmayı hedeflemektedir⁹³. Bölünme, şirketlerin daraltılmak suretiyle daha karlı ve daha verimli bir şekilde yeniden ekonomiye kazandırılmasını amaçlayan kurumsal stratejik yöntemlerdir⁹⁴.

⁹¹ OJ (1973), 244

⁹² Önder Sezgi, “Bölünme, Birleşme ve Hisse Devri İşlemlerinde Yapılan Son Düzenlemeler”, Vergi Dünyası Dergisi, Kasım 2001, Sayı 243, s. 86.

⁹³ Stanley Foster Reed ve Alexandra Reed Lajoux, s. 818.

⁹⁴ Sezgi, “Bölünme, Birleşme ve Hisse Devri İşlemlerinde Yapılan Son Düzenlemeler” s. 86.

a. Ekonomik Tanım

Bölünmenin ekonomik tanımı Türk tarafından ;“Bölünme (ayrılma) yoluyla özellikle büyük şirketler, belirli bir ölçeğin üstünde azalan verim kanununun etkisini göstermesiyle hantal bir yapıya düşmekten kurtulmak; gelişen iş durumuna göre aynı şirketler topluluğu içinde iş bölümü ve uzmanlaşmaya gitmek; üretim, dağıtım ve pazarlama sürecinin farklı aşamalarını ayrı birimler olarak örgütlemek gibi ekonomik faaliyetlerinde verimlilik ve rasyonelliği sağlayıcı amacı gerçekleştirebilirler. Bu çerçevede içinde bölünme, büyük şirketler için değişen koşulların yeni bir yapılanmayı gerektirdiği durumlarda başvurulacak bir yeniden örgütlenme modelidir.”⁹⁵ biçiminde ifade edilmektedir.

b. Hukuksal Tanım

Bölünme, Ticaret hukukunda alt yapısı oluşturulmaksızın, ilk olarak KVK’da düzenlenmiş olmasının getirdiği sakıncalara rağmen, fiilen uygulama alanı bularak ticaret hukuku alanındaki boşlukları da hukukun genel ilkeleri çerçevesinde çözmeye çalışarak, KVK yoluyla mevzuattaki ilk yerini aldığı⁹⁶ 3.7.2001 tarihinden itibaren uygulanmaktadır.

(1) Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanunu’nda sermaye şirketlerinin bölünmesine ilişkin düzenleme bulunmamakla beraber, Maliye Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından ortaklaşa düzenlenmiş olan “**Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ**” (Bölünme Tebliği)⁹⁷ mevcut bulunmaktadır.

Söz konusu tebliğ kapsamında tam bölünme kavramı düzenlenmemiş olup, kısmi bölünme ise KVK madde 19/3/b şu şekilde tanımlanmıştır. “Kısmi bölünme, tam mükellef bir sermaye şirketinin bilançosunda yer alan gayrimenkuller ve iştirak hisseleri ile üretim tesisleri, hizmet işletmeleri ve bu tesis ve işletmelere bağlı gayrimaddi haklar, hammadde, yarı mamul ve mamul malların, mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine, bu değerleri devreden şirketin

⁹⁵ Türk, “**Şirketlerin Bölünmesi (Ayrılması)**”, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) tarafından kurulan Sermaye Piyasası Komisyonu’na sunulan bir inceleme, s. 1.

⁹⁶ RG:21.06.2006 ve No: 5520

⁹⁷ RG: 16 .09.2003 ve No: 25231.

ortaklarına verilmek veya devreden şirkette kalmak üzere devralan şirketin iştirak hisseleri karşılığında aynı sermaye olarak konulmasıdır”.

2000 yılından itibaren beş yılı aşkın bir süre Adalet Bakanlığı nezdinde yapılan çalışma ve incelemeler sonucunda 2006 yılında TBMM’ ne sevk edilmiş olan TTK Tasarısında bölünme müessesesine ilişkin yeni hükümlere yer verilmek suretiyle şirket bölünmeleri 159 -179 maddeleri arasında düzenlenmiştir⁹⁸.

TTK Tasarısı’nın 159’uncu maddesinin a) ve b) bendi ile tam ve kısmi bölünme düzenlemelerine yer verilmiştir. Tasarının bu maddesi, AET’nin şirketlerin bölünmelerine ilişkin altıncı yönergesine **(82/891/AET)** ⁹⁹uygun olarak ve 30.10.2003 tarihli İsviçre “Birleşme, Bölünme, Nevi Değişikliği ve Maddi Varlığın Devrine İlişkin Federal Kanun”dan (Loi sur la fusion-LFus) yararlanılarak kaleme alınmıştır¹⁰⁰. Tasarı ile Ticaret Hukuku kapsamında bir şirketin tam veya kısmi bölünebileceği madde hükmü tesis edilmiş olup, söz konusu maddenin a) ve b) bentlerinde de tam ve kısmi bölünme işlemleri düzenlenmiştir. Tam bölünme kavramının tanımlaması yapılmamış olup, konuya ilişkin Tasarı’nın 159’uncu maddesinin a) bendi hükmü şu şekildedir:

“Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir.”

Kısmi bölünme kavramının da tanımlaması yapılmamış olup, konuya ilişkin Tasarı’nın 159’uncu maddesinin b) bendi hükmü şu şekildedir:

“Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur”.

(2) Kurumlar Vergisi Kanunu

Vergi mevzuatı açısından ise Türk ekonomisinin öteden beri ihtiyaç duyduğu, şirketlerin bölünmesi ve hisse değişimine ilişkin yasal düzenleme ve “kısmi bölünme”

⁹⁸ “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”

⁹⁹ OJ, NO L 387, 31.12.1982, S.47, 82/891/ EEC. Sayılı “Ortaklıkların Bölünmesine İlişkin Şirketler Hukuku 6. Konsey Direktifi” (Bölünme Yönergesi).

¹⁰⁰ “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”, s.460- 461.

müessesesi ilk olarak 3.7.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4684 sy. Kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır. (**KVK değ md.38**) (5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (Eski KVK)). Bu düzenleme kısmi bölünmenin ilk kanuni dayanağı olarak kabul edilmektedir¹⁰¹. Söz konusu kanun maddesi KVK’ da yapılan değişikliği takiben, yeni KVK’ nın¹⁰² 19’uncu md. sinin 3’üncü fıkrasının b) bendinde “kısmi bölünme” işlemine yer vermiş bulunmaktadır. Aynı hükmün a) bendi ile de “tam bölünme” düzenlemesi mevzuattaki yerini almıştır.

KVK’nda bölünme kavramı, “Tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığını, alacaklarını ve borçlarını kayıtlı değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla tam mükellef sermaye şirketine devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.

KVK’nun yeni düzenlemesinde kısmi bölünme kavramının unsurları değişikliğe uğramış olup, madde hükmü şu şekildedir:

“Tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki iş yeri veya daimi temsilcisinin bilânçosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynî sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devretmesi, bu Kanunun uygulanmasında kısmî bölünme hükmündedir. Ancak, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur. Kısmî bölünmede devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir. Taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur”.

¹⁰¹ Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme**, İstanbul: Beta Yayın ve Dağıtım AŞ, 2004, s.16.

¹⁰² RG 21.06.2006; 4684 sayılı Kanunla değişik 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu.

KVK’ da yapılan düzenleme ve değişiklikler sonucu¹⁰³ sermaye şirketlerinin bölünmelerinin ve hisse değişiminin vergi hukuku yönünden ilkeleri konulmuş, devir ve bölünme hallerinde vergilendirmenin bağlı olduğu esaslar gösterilmiştir. AB ülkelerinin tamamında, AK’ nın şirketlerin bölünmelerine ilişkin altıncı yönergesine **(82/891/AET)** uygun olarak, maddi hukukta, yani ya ticaret kanununun içinde veya ayrı bir kanun ile ayrıntılı bir tarzda düzenlenmiş bulunan şirketlerin bölünmesi, böylece Türk hukukuna da kanuni bir kavram şeklinde gelmiş bulunmaktadır¹⁰⁴.

Bölünme kavramını KVK çerçevesinde Kaya; “mükellef bir sermaye ortaklığının tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün malvarlığını, alacak ve borçlarını mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellefiyete tabi, iki veya daha fazla sermaye ortaklığına devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye ortaklığının ortaklarına devralan sermaye ortaklığının sermayesini temsil eden iştirak hisselerinden verilmesini gerekli bulunmaktadır” biçiminde tanımlamaktadır¹⁰⁵.

(3) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

AT mevzuatında kurum bölünme işlemlerinin, AK’ nın Bölünme Yönergesi¹⁰⁶ “ile bölünme esasları ve nasıl koruma altına alınması gereği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu direktifin hazırlanması esnasında; birleşme, bir sermaye şirketinin diğer bir sermaye şirketine devri iken; bölünme bir sermaye şirketinin birden fazla sermaye şirketine devri olması gerekçesinden hareketle **(TTK’ daki sermaye şirketlerinin birleşme ve devrine ilişkin mevcut hükümlerin, kıyasen bölünme müessesesine uygulanması konusunda aynı görüşün hakim olması)** birleşmeye ilişkin üçüncü yönerge hükümlerine büyük ölçüde atıfta bulunulmuştur¹⁰⁷.

2. Terim

¹⁰³ 03.07.2001 RG 4684 sy “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”

¹⁰⁴ Ünal Tekinalp, **Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 Sayılı Kanun’un İşlerliği**, Mükellefin Dergisi, S 106, 2001, s. 31 vd.

¹⁰⁵ Arslan Kaya, “Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Değişimleri Konularında 4684 sy. Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi”, **Banka-Mali ve Ekonomik Yorumlar**, Yay.38, S 10, Ekim 2001, s. 58

¹⁰⁶ Kurum bölünmeleri ile ilgili altıncı yönerge” **(1982 tarihli 82/891/CEE sayılı)**

¹⁰⁷ 78- 855-CEE sayılı “AT’nin A.Ş.’leri birleşmesine ilişkin Şirketler Hukuku 3. Konsey Direktifi (Üçüncü yönerge)”

Bölünme bir bütünün belirli bölümlere ve parçalara ayrılması olarak tanımlanmıştır¹⁰⁸.

Gerek ulusal gerekse uluslararası terminolojik açıdan bölünme kavramına ilişkin olarak bir terim birliği bulunmamaktadır.

Amerikan hukukunda doğrudan bölünme kavramı yerine geçecek tek bir terimin kullanılmadığı, onun yerine daha geniş bir kapsam ifade eden kurumsal yeniden yapılandırma (corporate restructuring) üst kavramı altında çeşitli tanımlamalar sınıflandırılmaktadır¹⁰⁹. Kurumsal yeniden yapılandırma (corporate restructuring) üst kavramına stratejik olarak bir şemsiye fonksiyonu yükleyerek bu kavramı destekleyen alt sınıflamalarda çok sayıda çeşitlendirmeye gidilmiştir.

İlk grupta yer alan yöntemler “sell-offs”(her şeyi satıp elden çıkarmak)¹¹⁰ başlığı altında iki önemli kategoride toplanmış olup (spin-offs¹¹¹ “kısmi bölünme ve divestitures “ayırıştırma”¹¹²), inceleme konumuzun kapsamında olan “bölünme” kavramının anlam olarak ifade ettiği işlemlerin spin-offs (kısmi bölünme) başlığı altında türlerine göre ayrılarak uluslararası uygulamalarda kullanıldığı görülmektedir¹¹³. Bu bölümün içinde her ne kadar “bölünme” ana başlığına karşılık gelecek ortak tek bir terim bulunmamakla birlikte; “split-up” (tam bölünme) ve spin-off /split-off (kısmi bölünme) gibi alt kavramların literatürde ortak terim olarak yerlerini almışlardır¹¹⁴. Ancak yine de bu şekilde yapılan kurum bölünme işlemlerinin genel başlığı olan “spin-off” kavramı her ne kadar anlam olarak “kısmi bölünme”ye tekabül etse de, diğer iki kavramın (“split-up”-tam bölünme ve “split-off”-kısmi bölünme) spin-off’un çeşitleri

¹⁰⁸ “ Bir bütünün belirli bölümlere, parçalara ayrılması”, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdk.gov.tr.

¹⁰⁹ Gaughan, s. 397- 429; Hakan Çebi, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul 2006, s. 13.

¹¹⁰ **Blacks law Dictionary**, s. 1365

¹¹¹ **Blacks law Dictionary**, s. 1409

¹¹² **Blacks law Dictionary** s. 491

¹¹³ Gaughan, s. 231 vd., Martin D. Ginsburg /Jack S. Levin, **Mergers, Acquisitions and buyouts: Atransactional Analysis, of the Governing Tax, Legal and Accounting Considerations**, Vol.1 Newyork, March 1998, Section 1001, pp.10,3ff, s.180

¹¹⁴ Helvacı, **Bölünme**, s. 19-21, Hülya Coştan, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s.

(varyasyonları) olduğu şeklindeki tanımlamalar doğrultusunda “spin-off”un ortak bir terimdir¹¹⁵.

Spin-off (kısmi bölünme); "İki ya da daha fazla kurumun içinden çıkan tek kurumun tam veya kısmi olarak vergisiz bölünmesidir" olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶. Bölünme işlemi genelde, önceden var olan bir firmanın içindeki bir bölümün, mevcut ortakların tamamına sahip oldukları bir iştirak haline çevrilmesine yöneliktir ve esas şirketteki bütün hissedarlara ana şirketteki ortaklık pay oranlarına göre yeni oluşturulan bu iştirakin hisse senetleri dağıtılır. Bunun tam tersi olarak ayrıştırma (divestiture) veya her şeyi elden çıkarmak ise (sell-off) bir faaliyet bölümünün hisse senetlerinin veya aktif kıymetlerinin başka bir şirket ya da yatırım grubuna sıradan satış işlemleridir ve çoğunlukla vergiye tabidir (ABD’de)¹¹⁷.

Türk Hukuku’na girişi çok yeni olan bölünme teriminin yerleşik bir hale gelmesi için belirli bir sürece ihtiyaç vardır. Bu çalışmada, 2001 yılından bu yana kavramların içeriğini karşılaması ve genel kabul gören terimler haline dönüşmesi nedeniyle, literatürde ve eski KVK ’nde yer alan “tam bölünme” ve “kısmi bölünme” terimleri kullanılacaktır.

C. Birleşme ve Bölünme Kavramları Arasındaki İlişki

Şirketlerin yeniden yapılandırmaları çerçevesinde birleşme ve bölünme modelleri birbirinden farklı özellikleri yansıtır. Birleşmede ortaklıkların bir araya

¹¹⁵ Ginsburg/Levin, **Mergers, Acquisitions, and Buyouts: A Transactional Analysis of the Governing Tax, Legal, and Accounting Considerations**, pp.10, 3ff. ; Foster Reed/Reed Lajoux, s.818 and 836 endnotes of no:1- 2; Donald De Pamphilis, **Mergers, Acquisitions, and other Restructuring Activities**, Pres, 2001; Gaughan, s. 397- 429; Fred Weston, Kwang S.Chung ve Susan E.Hoag, s. 3, 6, 223- 248; The International Bureau Of Fiscal Documentation **International Tax Glossary**. Third Edition Completely Revised. Amsterdam- Netherlands: IBFD Publications, 1996, s. 279); Business Week, “Nutrico Firması teknik anlamda bölünme işlemine tabi olmamış, sadece LBO (Leveraged Buyouts-güç uygulanan satışlar) yöntemi ile şirket hisselerinin tamamı yönetime satılmıştır”, 24.11.1997.

¹¹⁶ **Tanımın tam metni için bk.** Ginsburg /Levin,, pp.10, 3ff.

¹¹⁷ Bazen bölünme işlemlerinin ayrıştırma veya MBO's (yönetim tarafından bütün hisselerin satın alınması) ile karıştırılması nedeni ile yazılı basında bu tür işlemlere ilişkin çıkacak bir yayının yanlış anlaşılmasını önlemek için "işlemin bölünme şeklinde olmadığı, hisse senetlerinin LBO (Güç Uygulanan Satın almalar) şeklinde “yönetime tamamının satıldığına” ilişkin uluslararası bir ilave bölümü eklenmiştir (Business Week, “Nutrico Firması teknik anlamda bölünme işlemine tabi olmamış, sadece LBO (Leveraged Buyouts-güç uygulanan satışlar)yöntemi ile şirket hisselerinin tamamı yönetime satılmıştır”, 24.11.1997; Foster Reed/Reed Lajoux, pg.818 and 836 endnotes of no:1- 2).

gelerek yeni bir ortaklık oluşturmasına karşılık, bölünmede bir ortaklığın bölünerek birden çok ortaklığa devredilmesi söz konusudur. Durum bu olmakla birlikte birleşme ve bölünmenin temelini oluşturan kavramsal unsurlar benzerlik göstermektedir.

şirketleri bölünmeye yönelten sebeplerin, birleşmenin sonuçlarıyla da ilişkilidir. Birleşme ile hem ekonomik hem hukuki bağımsızlıklarını yitiren şirketler bir araya gelerek çeşitli ekonomik avantajlar sağırlar. Ancak birleşme her durumda şirketlerin yeniden yapılandırılmalarına çözüm olmamaktadır. Birleşmenin arzu edilmeyen sonuçları, şirketlerin bölünme şeklinde yeniden yapılanmaları ile aşılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle ekonomik anlamda birleşme, bölünmeden önce uygulanmış bir modeldir. Birleşme ve bölünme arasındaki bağın sıklılığı her iki modelin de ortaya çıkış amacının benzer nitelikte olmasından ileri gelmektedir.

Ekonomik faaliyetlerin karmaşıklılığı, ulusal hem uluslararası rekabetin artması gibi nedenler geleneksel yaşamı ve tüketim alışkanlıklarının değişimini hızlandırmaktadır. Bu hızlı değişim karşısında şirketler ölçek ekonomisinden yararlanarak organizasyonlar oluşturmaktadır. Ekonomik gücün bu yönde merkezileşmesi sonucu olarak da birleşme modeli ortaya çıkmaktadır.

Ekonomik büyüklüklerin birleşmeleri ise her zaman amaca uygun olamayabilir. Örneğin, yeni bir pazara girmek ya da hammadde garantisi için bağımsız bir şirketin satın alınması verimli olmayan bölümlerin de alınması istenilen amaca ulaştırmayabilir. Bu durumda devralınan ve verimli olamayan bölümlerin ayrıştırılması için devralan şirketin bölünmesi izlenilen amaca uygun düşecektir. İşte bu gibi nedenlerle, şirketlerin verimli şekilde büyümeleri her zaman birleşme ile sağlanamaz. Verimli olmayan şirketler bölünerek de ölçek ekonomisine sahip şirketler haline gelebilir. Bu nedenle bölünme, birleşme sürecinin tersine doğru işleyen bir süreci yansıtmaktadır. Birleşmede büyümenin yerini, bölünmede odaklanma oluşturmaktadır. Birleşme ve bölünmenin çıkış amaçlarının ve uygulanma süreçlerinin birbirini tamamlayıcı nitelikte olması, birleşme ve bölünmenin arasındaki kavramsal bağı göstermektedir.

Hukuki anlamda bu benzerlik, birleşme ve bölünme işlemlerine ait süreçte uygulanan usullerde görülmektedir. Örneğin, yeni ortaklık kurulması yolu ile birleşmede ve bölünmede kuruluş hükümleri uygulanmakta, devralma yolu ile birleşmede ve bölünmede ise devralan ortaklığın sermayesinin artırılmasına ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

Birleşme ve bölünme arasındaki benzerlik, özellikle tam bölünmede açıkça görülmektedir. Tam bölünme de birleşme gibi, devralan ortaklık açısından tasfiyesiz infisah sebebidir¹¹⁸. Yine, birleşmede malvarlığının külli halefiyet yoluyla bir bütün olarak devralan veya yeni kurulan ortaklığa intikali, bölünmede ise, kısmi külli halefiyet yoluyla devralan veya yeni kurulan ortaklıklara intikali ve her iki hadisede de pay sahipliğinin devamı, iki model arasında kavramsal öğeler bakımından görülen benzerliklerdir¹¹⁹.

II. Yakın Kavramlardan Ayırt Edilmesi

A. Birleşme

Şirketler arasında “birleşme” dışında çeşitli işbirliği şekilleri de mevcut bulunmaktadır. Şirketler arası işbirliğinin bir birleşme olarak addedilebilmesi için hem ekonomik hem de hukuksal yönden bir birlik haline gelmeleri ve mal varlıklarının da birleştirilmiş olması gerekmektedir. Teknik ve hukuki anlamda birleşme, birden çok ticaret ortaklığının mal varlıklarını tasfiye etmeksizin ya içlerinden birinin bünyesinde ya da yeni kurulan bir ortaklıkta birleşmeleri ve birleşen ortaklıkların bir değiştirme ölçüsüne göre yeni ortaklıktan pay almalarıdır¹²⁰.

Birleşme sonucunda infisah eden anonim ortaklık pay sahiplerine, bu ortaklıktaki paylarına karşılık devralan ortaklığın veya yeni kuruluşta yeni kurulan anonim ortaklığın payları verilir. Eğer devralma karşılığında para veya başka bir ivaz ödenecek olursa birleşme gerçekleşemez. Bunun gibi, kısmi bir devralma halinde de birleşme yoktur. Herhangi bir ivaz karşılığında bir ortaklığın bütün mal varlığı devralınsa bile birleşme yoktur. Buna gerçek olmayan birleşme denir¹²¹. Bunun gibi, hukuki varlıklarını koruyarak bir araya gelen ortaklıklar arasında da birleşmeden söz edilemez. Bunlara örnek olarak, konzern, holding, ikiz ortaklık, paralel ortaklık, çift ortaklık zikredilebilir¹²². Bundan başka oy anlaşmaları, yönetimin devri ve çeşitli konsorsiyumlarda da, malvarlığı birleşmesi olmadığından birleşme kavramının dışındadırlar.

¹¹⁸ Coştan, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, s. 29.

¹¹⁹ Çebi, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi Doktora Tezi**, s.28.

¹²⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.106.

¹²¹ Tekinalp, **Birleşme Kavramı**, s. 28 ’den aktaran **Yasaman, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, s.5.

¹²² Tekinalp, **Birleşme Kavramı**, 1982, s. 28 ve 29’dan aktaran **Yasaman, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi** s.5.

Yukarıda açıklanan nedenlerle aşağıda örneklerle yapıları hakkında bilgi verilen oluşumlar teknik ve hukuksal tanıma uygun bir birleşme değildir.

“Birleşme” kavramı, içerik olarak en yakın kavramları; konzern, tröst, iş ortaklığı, şirket evliliği, şirket kontrolü, yeniden yapılandırma, güç uygulanan satın almalar olarak belirlerken, yakın kavramları; centilmenlik anlaşmaları¹²³, konsorsiyum¹²⁴, holding¹²⁵, stratejik birleşme¹²⁶, azınlık yatırımları¹²⁷, franchising¹²⁸,

¹²³ **Centilmenlik Anlaşmaları:(Gentlemen's Agreements)** İki veya daha fazla işletmenin, aralarında mutabık kaldıkları davranışlar sonucu işbirliği temeli üzerine kurulu, hukuken bir bağlayıcılığı bulunmayan anlaşmalardır. Belli bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarındaki rekabeti bertaraf etmeye yönelik oluşturdukları işbirliği anlaşmalarıdır. Anlaşma dendiği zaman genellikle belirli bir konu üzerinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gösteren yazılı bir metin akla gelmektedir. Mesela AT 'de Rekabet Hukuku. açısından anlaşma kavramı çok daha geniş kapsamlıdır. RA md. 85/1 kapsamında bir anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan her ne sebepten olursa olsun tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleridir. Gerçekten Komisyon bir anlaşmadan söz etmek için teşebbüslerin “birinin diğeriyle olan ilişkilerinde eylem özgürlüğünü kısıtlamış olmasını” yeterli bulmuştur. Hukuken bağlayıcılığı olmayan “centilmenlik anlaşmaları”nın da 85/1 anlamında anlaşma olarak kabul edildiği görülmektedir. Buradan, karşılıklı bir mutabakatı içermese bile alıcı ile satıcı arasındaki standart satış koşullarının ve tek yanlı olarak gönderilen ve satışa son verildiğini gösteren bir mektubun ve seçici dağıtım sistemi içine bir satıcının kabul edilmemesinin 85/1 madde anlamında anlaşma kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. (Rekabet Kurumu Yayınları. **AT Antlaşması'nın 85'inci ve 86'ncı Maddelerini Uygulayan Kuralların Modernizasyonu Hakkında Beyaz Kitap**. Ankara: Rekabet Kurumu Yay. Nu.34, 1999) **(White Paper on the modernization of rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty, COM 99/027)**

¹²⁴ **Konsorsiyum:** Her ortağın için belli bir bölümünün yapımını taahhüt ettiği bir yapı olması nedeni ile iş ortaklıklarından ayrılırlar. İş ortaklıkları oluşumunda tarafların taahhüt edilen işi müştereken yapma zorunluluğu mevcuttur. Konsorsiyum türü ortaklıklarda her bir ortağın yapacağı işin taahhüt sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Ancak, taahhüt sözleşmesinde belirtilmemekle beraber, ortakların kendi aralarında yapacakları mukavele ile her bir ortağın yükleneceği işin belirlenmesi ve işveren idarece de bu mukavelele kabulü halinde, iş ortaklığı söz konusu olmayacak, bu tür ortaklık “konsorsiyum” olarak adlandırılacaktır. (Saban, **Vergi Hukuku**, s.428)

¹²⁵ **Holding:** Bir ortaklığın (çatı-ana ortaklık), diğer bir veya birden fazla ortaklığa, bunların idaresine hakim olacak şekilde katılmasını, yani bunların hisse senetlerine sahip olmasını ve/veya yönetim kurulunda kendi iradesine tabi yönetici bulundurmasını ifade eden bir ilişkidir. (Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s. 257) Özellikle endüstriyel ve finansal grupların kendi içyapılarındaki modeller; ana firmanın, yavru firmalarının tam kontrolünü sağladığı tırmık tipi finansal yapılanma ile grubu oluşturan ana firma ve onun tam kontrolü altındaki yavru firma aracılığıyla bağlı firmalar arasındaki mülkiyet sahipliğinin birbirlerinin hisselerine sahip olma şeklinde geliştiği zincirleme finansal yapılanma şeklinde ortaya çıkmaktadır. (Erdal Türkkan, **Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2001, s. 308 -311) Bu ana şirket yavru şirketlerin hisse senetlerine hakim olmak suretiyle onların yönetim ve denetimini sağlamaktadır. Bu durumda ana şirket (holding şirket) yavru şirketlerle birlikte şirketler grubunu oluşturmaktadır. Holdingin yavru şirketler üzerindeki egemenliği devamlı bir ilişkidir (dolayısıyla “holding” terimiyle, hem gruba dahil şirketler arasındaki bağımlılık ilişkisi, hem de hakim olan ana şirket kastedilmektedir). Yavru şirketler, özellikle yatırımların sınai, iktisadi ve mali portresi ile pazarlama yönünden,

lisans anlaşmaları¹²⁹, özelleştirme¹³⁰, ılımlı teklif¹³¹, şirket kontrolünü ele geçirme karşıtı düzenlemeler¹³², primli geri satın alma¹³³, sabit sözleşme¹³⁴, hisselerin geri satın

holdingin ana politikasına uymak zorundadırlar. Yavru şirketler, bir ana politikanın uygulayıcısı konumunda bulunduklarından dolayı, aralarında fiilen bir rekabet söz konusu olmaz. (Fahiman Tekil, **Şirketler Hukuku, İkinci C Anonim Şirketler**, İkinci bs. İstanbul: Otağ Matbaa, 1978, s. 118- 119 ve 120). Holdingler, iştirakin dışında ayrıca ekonomik faaliyet yürütüp yürütmediklerine göre, saf ve karma holding; faaliyet gösterdikleri piyasaya göre de, yatay ve dikey holding şeklinde ayrılabilirler. TTK 'da ise holding, geniş anlamıyla kullanılmış ve sadece iştirak kriterine yer verilmiştir. Oysa Rekabet Hukuku kapsamında konsantrasyondan bahsedebilmek için, iştirakin, yavru şirketler üzerinde egemenliğe veya kontrole imkan verecek ölçüde gerçekleşmesi gerekir.(Bir holding ilişkisinin RKHK' nın 7'nci md. sinin "a" bendi kapsamında "birleşme" olarak kabul edilebilmesi için, ortaklıklar arasındaki ilişkinin, tek bir ekonomik bütün içerisindeki ilişkiler şeklinde olması; gevşek olmaması gerekir).

¹²⁶ **Stratejik Birleşme ("strategic alliances")**: Bu tip birleşmeler genelde ayrı bir hukuki yapının oluşturulabilmesi için yeterli gelmemektedir. Bunlar bir üretim sürecini, ürünü ya da teknolojiyi geliştirmek veya her şirketin ürünlerini diğer müşterilere satmak amaçlı bir sözleşme bünyesinde oluşan birlikteliklerdir. Bu sözleşmeler sıklıkla ciddi bir ceza uygulamaksızın iptal edilebilir.(De Pamphilis, s.11, 484; Gaughan, **Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings**, s.19- 20; Bendaniel/Rosenbloom/James, s. 362- 363; Foster Reed/Reed Lajoux, s.813).

¹²⁷ **Azınlık Yatırımları ("minority investments")**: Faaliyeti olmayan azınlık yatırımları; eğer yatırımlar halk tarafından kurulmuş bir ticaret şirketinin bünyesinde ise ve aşırı likit görünüyorsa yönetim süresi için cüzi miktarda bir taahhüt talep ederler. Özellikle küçük ölçekli veya yeni kurulan yatırım şirketleri kendi sektörleri için yararlı teknolojilerin ya da ürünlerin geliştirilmesi konusunda yardım almak için bu organizasyonları seçebilirler.(De Pamphilis, s.11)

¹²⁸ **Franchising**: Hukuki açıdan bakıldığında "franchising" üretici tarafından bu işlemi gerçekleştirene verilmiş bir ayrıcalıktır veya franchising hizmetini verecek olan bu yapı kendisine verilen bölgede tek olarak/ya da tek olmaksızın franchiser'ın ürünlerini satacak veya hizmetini verecektir. Bu yapılanmalar bazen "franchise anlaşmaları" ile oluşturulabilir. Bu anlaşma kapsamında franchise verenin franchise alana, doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal veya hizmetleri pazarlaması (yeniden satımı, dağıtımı) hakkını verdiği, franchise veren tarafından franchise alana know-how (Know-how: Bir firmanın üretim teknolojisi veya işletme yönetimiyle ilgili olarak **sahip olduğu belirli bilgi ve becerilere verilen isim**) aktarılması, ortak bir marka veya işletme adının kullanılması, franchise alanın anlaşma süresince franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi (franchise danışmanlığı, promosyon yardımı gibi konularda) yükümlülüklerini ihtiva eden anlaşmalardır. Franchises sistemi, sermaye genellikle franchisingi veren tarafından karşılandığı için düşük maliyet ile büyümeyi temsil eden bir yapıdır. Ancak, başarıya ulaşan franchisingler perakende ve fast food türü gıda sektörü gibi sanayi kollarında sınırlanarak yaygınlaşmış bulunmaktadır. (De Pamphilis, s.11 -12, 485; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 807- 810; Bryer/Simensky. **Intellectual Property Assets in Mergers and Acquisitions**, s. 8.43), Osman Berat Gürzumar, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukun Korunması**, 1. Bası, 1995,s. 8.

¹²⁹ **Lisans Anlaşmaları ("license agreement")**: Markalar üzerindeki kullanma hakkı, lisans anlaşmasıyla, muayyen bir bölge içinde, o markayı münhasıran kullanma hakkı diğer kimselere devredilebilir. Yeni ürünlerinin markalaşmasını isteyen ve yeni pazarlara girmeyi hedefleyen şirketler için genellikle uygulamada herhangi bir ön sermaye sınırı talep şartı da mevcut olmadığından, bu hakların alınarak onların marka adları ile ticari faaliyete

alınması¹³⁵ , hisse değişimi teklifi¹³⁶ olarak tespit edebiliriz. Benzer kavramların çoğulluğu nedeniyle sadece en yakın kavramlar incelenerek benzerlikleri ve ayrılıkları kavramın daha iyi anlaşılmasına neden olacaktır.

1. Birleşmenin “Konzern”den Ayırtedilmesi

katılmaları uygun bir yöntem oluşturabilir. Yine bir başka alternatif olarak, bir şirketin kendisinin de lisanslaşma sürecini başlatarak tescilli müseccel bir marka oluşturarak kazanç elde edebilmesi mümkündür. Lisans anlaşmalarının uygulamada rastlanılan en büyük dezavantajının kontrolün çok sınırlı yapılabilmesine sebep olduğu yönündedir. (De Pamphilis, s. 12, 484; Bryer/Simensky, s. 8.42), Gürzumar, s. 91.

¹³⁰ **Özelleştirme (Privatization):** İlk olarak ABD dışında oluşmuş ve hızla yayılmıştır. Özellikle temel üretim kategorilerinde(çelik, maden, kimya vb. gibi)ve telekomünikasyon, taşımacılık sektörü gibi kilit sanayi sektörleri arasında bu satışlar yaygınlaşmıştır. ABD dışındaki ülkelerde bu bölgesel özellikteki kategorilere giren sektörlerde faaliyet gösteren, devletin sahibi olduğu bir kurumun hisse teklifi vererek tamamını satın almak veya ortaklık oluşturmak suretiyle birleşmesi işlemleridir.

¹³¹ **Tender Offers (İlimlı Teklif):** ABD’de Federal Finansal Varlık Yasası (Securities Act- SA) ile oluşturulmuştur. Genelde taraflardan birinin diğer şirketle ilgilendiğini, araştırdığını ve bunun sonucunda da firma hissedarlarına şirketin kontrolünü ele almak istediklerini bildirerek teklifte bulunmalarıdır. Onların şirket hisselerine karşılık veya ilgilendikleri şirketin ortaklarına borçlarına karşılık olmak üzere yüksek meblağlı nakit temettü ödemeyi teklif etmeleri durumudur.(Weston, Chung ve Hoag, s. 4- 5; Gaughan, s.247- 250; De Pamphilis s. 99- 100; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 730).

¹³² **Şirket Kontrolünü Ele Geçirme Karşısı Düzenlemeler(“Anti-takeover amendments”):** Kanunların düzenlemeler ile şirket birleşmesi işleminin yapılmasının çok zor ve pahalı olduğu durumda yapılan düzenlemelerdir. (Weston, Chung ve Hoag, s. 7, 497- 498; Gaughan, s. 84 ve 177; Foster Reed/Reed Lajoux, s.776).

¹³³ **Primli geri satın alma (Premium buy-back/Green –mail):** Ortakların hisselerini piyasa fiyatı üzerinden primli olarak geri alma durumunda oluşur, genelde anlaşma dahilinde yapılır. Green-mail olarak bilinir. (Weston/Chung/Hoag, s. 6 and 516; Gaughan, s. 204- 205, 226- 227; De Pamphilis s. 116; Foster Reed/Reed Lajoux, s.789).

¹³⁴ **Sabit sözleşme(Standstill agreement):** Ortakların hisse senetlerini geri satın alma durumu olmaksızın ve değerlerinin artmayacağını kabul etmek suretiyle yaptıkları anlaşmalardır. (Weston/Chung/Hoag, s. 6 -7; Gaughan, s. 204, 209; Foster Reed/Reed Lajoux, s.323, 787).

¹³⁵ **Hisselerin geri satın alınması(Share repurchase):** Firmaların adi hisse senetlerinden önemli kısım payları geri almak üzere işlem yapmalarıdır. (Weston/Chung/Hoag, s. 7 -8, 440- 442, 446; Gaughan, s. 91 ve 226; De Pamphilis s. 119).

¹³⁶ **Hisse Değişimi Teklifi(Exchange Offers):** Adi hisse senetleri için tercih edilen hisselerin veya borçların değiştirilmesi teklifidir. Adi hisse senetleri için borçların değiştirilmesi kaldıraç kudretini artırır. Yani, adi hisse senetleri değiştirildiğinde borçların kaldıraç kudreti azalır, borçlar değiştirildiğinde adi hisse senetlerinin kaldıraç kudreti artar. (Weston/Chung/Hoag, s. 7 -8 ve 451- 453).

“Konzern”¹³⁷, 1965 tarihli "Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) " ile Almanya’da oluşmuş, adı geçen Kanuna göre bir işletmenin başka bir işletmenin yönetiminde belirli bir etkinliğe sahip olması ve bu işletmenin karar alma mekanizmasını etkileyebilmesi sonucu oluşmuş bir yapıdır. Böylece işletme hukuki bağımsızlığını muhafaza ederek hakim işletme ile ortak bir yönetim altında fakat ona katılmaksızın bir işbirliği kurmuş olmaktadır. Bu durumda her bir işletme, dışarıya karşı hukuken bağımsız olmasına rağmen, "konzern" çatısı altında oluşturulan ekonomik bütünün birer parçası konumundadırlar. İşletmelerin konzern çatısı altında birleşmeleri, sermaye katılımı şeklinin dışında, işletme sözleşmeleri ile de mümkündür¹³⁸.

Konzern adı altındaki bu tip birleşmelerin hukuksal ve teknik anlamdaki birleşmeden farkı, hem ekonomik hem de hukuksal bağımsızlığın kaybedilmeksizin ortak bir merkezden yönetilmesidir.

2. Birleşmenin “Tröst”den Ayırtililmesi

Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerine özgü bir kavram olan “tröst”¹³⁹ (trust), çeşitli anlamlara gelmekle birlikte, genel olarak, “bir istihsal veya ticaret şubesinin inhisar altına alınması için, müteaddit teşebbüslerin bir araya gelmesini ifade eder. Tröste dahil olan teşebbüslerin hukuki muhtariyeti baki olmakla birlikte, iktisadi muhtariyetleri tahdit altına alınmıştır”¹⁴⁰.

Tröst tipi birleşmelerin incelemeye esas hukuki ve teknik birleşme kavramından en önemli farkı ise iktisadi bağımsızlıktan vazgeçilmesine rağmen, hukuki bağımsızlığın korunmasıdır.

3. Birleşmenin İş Ortaklıklarından Ayırtililmesi

¹³⁷ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1992, s.522, Konzern, “Ekonomik işletmelerin, ekonomik bakımdan güçlenmeleri ve teknik olanaklarını artırmaları amacıyla, dış görünüşleri itibarıyla bağımsızlıklarını koruyarak ve fakat aslında aynı yönetim altında birleşmeleri” olarak tanımlanmıştır.

¹³⁸ Tekinalp, **Birleşme Kavramı**, s. 28 ve 29 “Konzern”, hukuken bağımsızlıklarını koruyan teşebbüslerin ortak bir yönetim gücü altında birleşerek oluşturdukları ekonomik bir bütündür.

¹³⁹ “Büyük teşebbüslerin aralarındaki rekabeti azaltmak veya tamamen ortadan kaldırmak, en üst kazancı elde etmek amacıyla görünüşteki hukuki bağımsızlıklarını korudukları ve ancak bir elden yönetme ve kontrol etme olanağına sahip oldukları birlik çeşidi”, Ejder Yılmaz, s.931.

¹⁴⁰ Hirş, **Ticaret Hukuku**, s. 401

İki ya da daha fazla sayıdaki bağımsız yapının beklenen ortak amaçlara ulaşabilmek için oluşturdukları iş birliktelikleridir¹⁴¹. Bunlar genellikle bir şirket ya da ortaklık (partnership) şeklinde kurulmuş bağımsız hukuki yapılardır. Ortaklığa katılanların sadece bir ortak amaç için kesişilen bir faaliyette genellikle sınırlı bir süre için faaliyette bulunmaları esastır¹⁴². Bu birliktelikte bünyedeki her ortak ayrı bir yapı olarak varlığını sürdürmeye devam eder¹⁴³. Bu işbirliğine iştirak eden şirket temsilcilerinin yönetim kurullarına verdikleri kendi faaliyet raporlarını da “iş ortaklığı” olarak bünyesinde bulundurma hakkına haizdir. Ayrıca iş ortaklığı şeklindeki oluşumlar bu birliktelik bünyesinde yapılmakta olan yönetim giderlerine de katılmayı kabul ederler. En büyük dezavantajları, bağımsız yönetimin bu oluşumun çeşitli ortakları arasında bölünmesi ve sınırlı kontrole uygun olması nedeni ile kara olduğu gibi oluşabilecek potansiyel zarara da ticari gizlilik, örf ve teamüle uygun olarak katılma gerekliliğinin sağlanabilmesi zorluğudur¹⁴⁴.

İş Ortaklıkları Türkiye’de de mevcut bir yapı olup, 5520 sy. KVK ’nın 1 no.lu md. sinin 1’inci fıkrasının d) alt bendi ile kazançları Kurumlar Vergisine tabi olan kurumların içerisinde sayılmıştır¹⁴⁵. Aynı Kanun’un 2’nci md. sinde mükelleflerin tanımlaması yapılmış, 7’nci ve son fıkrası hükmü gereği olarak da, bu fıkra yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenlerin iş ortaklıkları sayılacağı belirtilmiştir. Bunların tüzel kişiliklerinin olmamasının vergi

¹⁴¹ İş ortaklıkları, “Ortaklıklarla ortaklık olmayanların kurdukları iş ortaklıklarıdır. Belirli bir işin yapılması için kurulmaktadır” şeklinde tanımlanmıştır, Uçar Demirkan, “İngilizce ve Fransızca Karşılıklarıyla Vergicilik Terimleri Sözlüğü”, Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayınları, Türk Tarih Kurumu Basımevi Ankara 1993, s. 118; “İş ortaklıkları, belirli bir işi gerçekleştirmek amacıyla işletmelerin kendi aralarında kurdukları ve adi şirket şeklinde kurulan şirketlerdir”, Pernsteiner, s.596.

¹⁴² Weston/Chung/Hoag, **Mergers, Restructuring, And Corporate Control**, USA: Prentice Hall, s. 6.

¹⁴³ De Pamphilis, s. 484.

¹⁴⁴ Kemal Dayınlı, **Joint Venture Sözleşmesi**, 2. Bası, Dayınlı Hukuk Yayınları Ltd.Şti, Ankara 1999, s.5 vd.

¹⁴⁵ Özbacı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s.77, “ ... bu esasta bir düzenleme getirilmesine gerek görülmesi, özellikle yabancı firmaların yerli firmalarla iş bazında oluşturdukları müşterek organizasyonla yaptıkları yıllara yaygın inşaat ve onarım işlerindeki vergileme sorunlarına çözüm getirilmesi arzusu ile ilgilidir. Bu açıdan, belirtilen durumdaki organizasyonların, işle sınırlı olarak ayrı bir mükellef sayılması sureti ile tam mükellefiyet esasında vergilendirilmesi yolu seçilmiştir”.

mükellefiyetlerini etkilemeyeceği hususuna da ayrıca yer verilmek suretiyle, iş ortaklıklarının kurumlar vergisi yükümlüsü olabileceği hususu hükme bağlanmıştır.

Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucu iş ortaklığı şeklindeki kuruluşların sayısı da giderek artmaktadır. Bu kuruluşlar kazanç paylaşımı amacıyla kurulan ortaklıklar olup, belli bir işin birlikte yapılmasını yüklenmektedirler. Bu noktada bir işin bölümlerini ayrı ayrı taahhüt eden (yüklenen) konsorsiyumlardan farklılaşmaktadırlar. Bu bağlamda şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin kurumlar vergisi yükümlüsü konumunda olanlarla veyahut da sadece kurumlar vergisi yükümlüsü olanların kendi aralarında oluşturdukları adi ortaklık BK 520 madde statüsündeki birlikte iş yapma, işi üstlenme taahhütleri kurumlar vergisi uygulaması açısından iş ortaklığı (joint ventures) mükellefiyetini gündeme getirmektedir. Yukarıda belirtilen yasal düzenleme ile bu tür kuruluşların kurumlar vergisi açısından mükellefiyet tesis ettirmelerine de olanak sağlanmıştır¹⁴⁶. Ayrıca bu tür oluşturulan birlikteliklerin tüzel kişiliğinin olup olmaması mükellefiyet biçimini de etkilememektedir.

5520 sayılı yeni KVK. Madde 2/7 de ise "iş ortaklıkları kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre; iş ortaklıklarının mükellefiyet tesis ettirmeleri, birlikte ortaklık kazancının belirlenmesine yönelik ayrı kayıt tutmaları ve dolayısıyla, ortaklık kazancının tespitine yönelik yükümlülükleri tam olarak yerine getirmeleri gerekmektedir.

Yasal düzenleme gereği olarak iş ortaklıklarının koşulları oluşmuş bulunsa dahi mükellefiyet tesisi ortakların tercihine bırakılmıştır. Bu bağlamda ortaklar tarafından talep edilmesi halinde iş ortaklığı olarak mükellefiyet tesis edilecek, aksi takdirde ortaklık adi ortaklık olarak kabul edilecektir¹⁴⁷.

İş ortaklıklarının mükellefiyet tescil ettirmeleri halinde iş ortaklığı adına, mükellefiyet tescil ettirmemeleri halinde ise adi ortaklık şeklinde faaliyette bulunmaları nedeniyle fatura düzenlerken ortaklık adına fatura düzenlemeleri ve aldıkları faturaları

¹⁴⁶ Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 31 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği

¹⁴⁷ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s.76.

da ortaklık üzerine düzenlemeleri gerekmektedir. Bir başka anlatımla iş ortaklığının kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirmesi halinde; vergiye tabi kazanç bu ortaklığa ait olacağından kayıtlarını müstakil bir biçimde tutması, faturayı ortaklık adına düzenlemesi ve yapmış olduğu işlerden yapılan tahsilatı, gelirleri, giderleri ve ödemeleri ortaklık adına düzenlenen belgelerle kanıtlaması gerekmektedir.

İş ortaklıkları BK' nın adi şirketler ile ilgili hükümlerine tabi tutulmaktadır (BK md.520- 541)¹⁴⁸. Adi ortaklıklarda ilke olarak kararlar bütün ortakların muvafakatiyle alınabilmektedir. Bu bağlamda özellikle borçlanmaya yönelik kararların alınmasında BK' nın 524'üncü md. si hükmüne uygun davranılması gerekmektedir.

Vergi borç ve yükümlülüklerinden bütün ortaklar birlikte sorumludurlar. Diğer yandan, iş ortaklığının sona ermesinden sonra, ortaklık adına tarh olunacak vergi ve cezalar müteselsilen ortaklardan aranmaktadır.

İş ortaklıklarının tanım olarak söz konusu “birleşme” kavramından farkı, birlikteliği tesis eden bünyedeki her ortağın ayrı bir yapı olarak varlığını sürdürmeye devam etmesi ve bu ortaklığa katılanların sadece ortak bir amaç ve faaliyet için ve genellikle belirlenmiş sınırlı bir süre için geçici faaliyette bulunmalarıdır¹⁴⁹

4. Birleşmenin Şirket Evliliğinden Ayırılması

Globalleşmenin sonucu ortaya çıkan rekabet olgusu dış piyasaların zorlu rekabet koşullarına dayanabilmek için pek çok sektörde, “şirket evlilikleri”¹⁵⁰ ve benzeri kurumsal birliktelikler yoğun olarak yaşanmaktadır. Aslında ortada evlilik akdini çağrıştıran bir takım düzenlemeler de mevcut bulunmamaktadır. Sadece oluşan ortaklık sonucu hisse paylarının satın alınması durumu söz konusudur. Şirketlerin ortak olmaları halinde de, eşit şartlarda iki tarafın evlenmesi gibi bir durum uygulamada çoğu

¹⁴⁸ “Adi şirkette olduğu gibi iş ortaklıklarının tüzel kişiliği yoktur. Buna mukabil, iş ortaklıkları kazançlarının vergilendirilmesi yönünden tüzel kişiliğe sahip şirketlere mahsus hükümlere tabi kılınmıştır”, Dayınlarlı, **Joint Venture** ,s.233.

¹⁴⁹ “Müşterek iş ortaklığı şeklindeki iktisadi işletmelerde birleşme türlerindeki aksine ortaklığı kuran şirketlerin infisah ve tüzel kişiliğini kaybetmesi söz konusu olmamakta, yan ortak şirketlerin bağımsız hukuki varlıkları devam etmekte ve hiçbir değişikliğe uğramamaktadır”, Serpil Koca, **“İş Ortaklıklarının Çalışması ve Benzer Şirket Birleşmelerinden Farkları”**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 124, s.99.

¹⁵⁰ Terim için Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 47 - Bir benzetme ile söylersek, monogami ilkesine dayalı çağdaş aile hukukunun tersine, birleşme hukukunda poligami yasak değildir.-şeklinde. Ticaret ortaklıklarının birleşmesini evlenmeye benzetmek, doktrinde oldukça yaygın bir eğilimdir.

zaman olmamaktadır. Kanunda belirtilen şartların yerine getirilmesi halinde, aktif ve pasif değerler olduğu gibi, devralan şirketin bilançosuna aktarılabilmekte ve bu devir şeklinde yapılan birleşme işlemi sonucunda da herhangi bir vergi doğmamaktadır.

Şirket evlilikleri denilen kavram ise birleşme kavramının hukuki ve teknik tanımına, sadece bir şirketin diğerine devrolması ve alıcı tarafının devrolacak hedef firma üzerinde gücünün daha etkin olduğu şekilde gerçekleşmesi nedeni ile uygun bulunmamaktadır.

5. Birleşmenin Şirket Kontrolünün Ele Geçirilmesinden Ayırılması

Hedef şirketin yani ele geçirilmek istenen şirketin rızası olmaksızın paylarının diğer bir şirket tarafından satın alınması işlemidir. Devralma yolu ile şirketlerin birleşmesinden teknik olarak farklı olmakla birlikte, bir diğer şirketin pay sahipliğinin çoğunluğunu elinde bulunduran şirket herhangi bir zamanda iki şirketin malvarlıklarını birleştirebileceği için, bu fark özden çok biçime ilişkindir¹⁵¹.

Devralma yolu ile birleşmede, devralan şirketin hukuki varlığı devam ederken, aktif ve pasiflerini devreden şirketin hukuki varlığı sona erdiği halde “take-over” da bir şirket (veya bir kişi) diğer bir şirketin yönetimini ele geçirmek için yeterli oy hakkına sahip hisse senetlerini satın alarak, bu şirketi kontrol altına almaktadır¹⁵². Şirket kontrolünü ele geçirme durumunda ele geçiren ve ele geçirilen şirketlerin her ikisi de hukuki varlıklarını aynen sürdürürken, sadece ele geçirilen şirketi kontrol altında bulunduranlar değişmektedir. Görüldüğü üzere, “takeover” şirketlerin hukuki varlıklarında bir değişiklik gerektirmediğinden birçok ülke hukukunda bu konuda düzenleme yapma gereği bile duyulmamıştır. Halbuki birleşme, şirketlerin hukuki varlıklarında bir değişiklik gerektirdiğinden, hemen hemen tüm ülkelerde az ya da çok kapsamlı bir şekilde hukuki düzenleme konusu oluşturmıştır. Nitekim Avrupa Birliği’nde (AB) şirket birleşmeleri ilk olarak 9 Ekim 1978 tarihli Üçüncü Konsey Direktifi ile ele alınmış olmasına rağmen, “take-over” oluşumu ilk olarak 1989 yılında bir tasarı ile tartışılmaya açılmıştır¹⁵³.

¹⁵¹ Ankie Hoogvelt and Anthony G. Puxty, **Multinational Enterprise An Encyclopedic Dictionary of Concepts and Terms**, London, 1987, s. 150.

¹⁵² Reed/Lajoux, s. 780 ve 783.

¹⁵³ Halil Doğru, “Şirket Kontrolünün Ele Geçirilmesinde (Take-over) Yatırımcıların Korunmasına İlişkin Düzenlemeler İngiltere ve AT”, **SPK Araştırma Raporu**, Ankara, 1991, s. 2- 3; Weston, Chung ve Hoag, s. 482.

Şirket evlilikleri denilen kavram ise birleşme kavramının hukuki ve teknik tanımına, sadece bir şirketin diğerine devrolması ve alıcı tarafının devrolacak hedef firma üzerinde gücünün daha etkin olduğu şekilde gerçekleşmesi nedeni ile uygun bulunmamaktadır.

6. Birleşmenin Yeniden Yapılandırma-Şirketin Adeta Özelleştirilmesinden ayırtedilmesi

Özelleştirme ve yeniden yapılandırma işlemleri (restructuring-going private) uygulamada genelde, önceleri devlet kurumu olup sonradan küçük yatırım gruplarına satılan firmalara uygulanmaktadır. Böylelikle devletin yatırımları koruma amaçlı getirdiği kanuni yaptırım ve düzenlemelere tabi tutularak da kısıtlanmayabilirler¹⁵⁴.

Bu işlemlerde de amaç daha çok revize edilme ihtiyacı doğan ve bunun sonucu olarak yeniden yapılandırılarak ekonomiye kazandırılmaları hedeflenen ve devlet tarafından da teşvik edici hükümler ile desteklenen şirketlerin satılması olması nedeni ile hukuki anlamdaki birleşme kavramından anlam olarak ayrılmaktadır.

7. Birleşmenin Güç Uygulanan(Kaldıraçlı) Satın almalarından ayırtedilmesi

Bir şirket, bir bölüm ya da bir iştirakin yeni bir şirket tarafından devir alınarak birleşmesi durumunda, birleşen şirkette ortaya konulan sermaye kontrol edilmediğinde hangi yönetimin birleşen şirketin faaliyetlerini sürdürmesinde daha önemli görevler alacağının belirlenmesi işlemidir. Söz konusu alıcı genelde özel şirket olarak alım işlemini gerçekleştirendir ve bir idare şirketi ya da bu şirketin iştirakine ihtiyacı yoktur. İşlemler yönetim tarafından başlatıldığında, yönetimdeki hisselerin tamamının satışı (Management Buyout/MBO) olarak değerlendirilir¹⁵⁵. Genelde dışarıdaki yatırımcılardan ufak bir grup kaynak temin eder ve genellikle, özel şirketin yönetim kurulunun temsilini korurlar. Bu dışarıdaki yatırımcılar üçüncü şahıs yatırımcılardan da diğer finansman kaynaklarının temin edilmesini sağlarlar. Üçüncü şahıslardan finansman temin edildiğinde, özel şirket tarafından önemli bir borçlanma içine girilmiş olur. Genelde borç para bulunmasının temin edilmesi şeklindeki MBO'lar LBO olurlar.

¹⁵⁴Weston/Chung /Hoag, s. 7 -8; Gaughan s.217- 220; De Pamphilis s. 119- 120; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 774.

¹⁵⁵ Gaughan, s.294.

Bu işlemler yükselen hisselerin tamamını almak (Leveraged Buyout/LBO)olarak değerlendirilir¹⁵⁶.

Bu işlemlerin de “birleşme” kavramından farkı, özel bir güç uygulanmak sureti ile bir şirketin devralınması yani birleşilen şirkette mevcut sermayenin kontrolünün yetersiz olduğu düşüncesi ile ekonomik güçlerin kullanılarak şirket hisselerinin tamamının ele geçirmek sureti ile satın alınmasıdır.

B. Bölünme

Şirket bölünmeleri genel olarak tam ya da kısmi bölünme şeklinde yapılmaktadır. Bölünen şirketin aktifindeki varlık ve borçlar tamamen ya da kısmen bölünmek sureti ile devir alan ortaklıklara intikal etmekte, karşılığında mevcut ortaklık pay oranları dahilinde yeni statüdeki ortaklıktan hisse almaktadırlar¹⁵⁷. Bu durum hisse devri ya da hisse değişimi gibi uygulanan bölünme yönteminin şekline göre (spin-off, split-off ve split-up şeklinde) değişebilmektedir. Şirket yeniden yapılandırma yöntemi olarak ortaya çıkan ayrıştırma (divestiture), şirket öz varlıklarını parçalara bölmek (equity-carve outs), kurumsal daralma (corporate contraction) ve her şeyi satıp, elden çıkarmak (sell-offs) gibi biçimlerde ortaya çıkmaktadır¹⁵⁸.

Yukarıda örnekleri sayılan yeniden yapılandırma yöntemlerinden birisi olan “bölünme” kavramı incelememizin konusu kapsamında bulunduğundan, bu bölümde ona yakın kavramların irdelemesinin yapılması amaçlanmıştır. Ancak bazı yöntemlerin birbirine olan yakınlıklarının görülmesi ve aynı bakış açısından farklarının daha iyi anlaşılabilmesi için önce bir kez daha hisse devri şekillerine göre bölünme şekillerinin (Spin-off, split-off ve split-up) açıklanacak ve ardından yakın kavramlar incelenmektedir.

1. Bölünmenin Kısmi Bölünme/Ortaklara Hisse Dağıtım Şeklinde Bölünmeden Ayırtilmesi

Bu işlem sonucunda ayrı bir hukuki yapıya sahip olunur. Hisseler iştirak edilen şirketin mevcut ortaklarının lehine / hesabına pay oranlarına göre (pro rata basis) dağıtılır. Böylece mevcut ortaklar yeni statüde de aynı oranda ortaklık payına sahip

¹⁵⁶ Weston/Chung/Hoag, s. 7 -8; Gaughan s.220, 291 ve 296; De Pamphilis s. 442, 445, 463; Foster Reed/Reed Lajoux, s.305, 818-836.

¹⁵⁷ De Pamphilis, s.529.

¹⁵⁸ Weston/Chung/Hoag, s. 6.

olurlar (spin-off). Fakat kontrolde bir ayırım olmasına rağmen, yeni kurulan yapı ana şirketten ayrı bir karar verme birimi olarak değişik politika ve stratejiler geliştirebilirler. Dikkat edilmesi gereken husus ana şirketten nakit girişinin olmamasıdır. Asıl olarak bu tip bölünmeler mevcut ortaklara sermayeden verilmiş hisseleri (kar paylarını-stock dividends) temsil ederler. Mevcut ortakların dışında başka üçüncü şahıslara yapılan hisse satışları bu kapsama girmez¹⁵⁹.

Bu işlemin farkı bölünme işleminin sadece mevcut şirket ortaklarına ve eski ortaklık yapısında sahip oldukları sermaye paylarına eşit şekilde hisselerin dağıtılması ile birlikte yeni kurulan yapının kontrolünün ana şirketten ekonomik ve yönetsel anlamda bağımsız hareket edebilmesi yetisine sahip olmasıdır.

a. Hisse Değişimi Şeklinde Bölünme-Kısmi Bölünme

Yukarıda açıklanan spin-off'un değişik bir türüdür. Bu işlemde ortağın ne kadarlık hisse payı varsa, bağlı şirketin(iştirakin) hisselerinden alarak ana şirketin hisseleri ile değiştirir. Yani hisse değişimi esastır. Burada sadece hisseler transfer edilir ve değiştirilir. Bu yöntem ile ortakların elinden ana şirketin hisselerinin alınıp, bu yeni kurulan şirketin hisse senetlerinin verilmesi sureti ile ana şirketin bir kısım istenmeyen ortakları ile ortaklık ilişkilerinin kesilmesi de sağlanmış olabilir¹⁶⁰.

Bu işlemde de mevcut ortakların eski yapıdaki ortaklık pay oranları dahilinde ellerindeki eski hisseleri vermek (hisse takası) sureti ile yeni yapıdan hisse almaları esas farklılığı oluşturmaktadır.

b. Bölünen Şirketin İnfisahı Suretiyle Bölünme-Tam Bölünme

Yine spin-off'un bir başka değişik türüdür. Ancak bu işlem ile mevcut bulunan ana firma ciddi bir şekilde tamamen bölünür, ana şirket bu bölünme ile varlığını tamamen kaybederken sadece yeni yavru şirket yaşamına devam eder (split-up). Bölünen kısımlardan elde edilen şirketlerin tamamı ya da bazıları tamamen ya da kısmen üçüncü şahıslara satılabilir¹⁶¹.

Yukarıda açıklanan spin-off (kısmi bölünme) adı altındaki bölünme çeşitleri(split-off ve split-up/ kısmi bölünme ve tam bölünme) biraz ihtiyaridir.

¹⁵⁹ Weston/Chung/Hoag, s. 6, 224, 231- 234; Gaughan, s. 397, 408- 410, 419- 420, 423; De Pamphilis, s.533- 534; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 818- 819.

¹⁶⁰ Weston/Chung/Hoag, s.6, 225; De Pamphilis, s.535- 536; Gaughan, s. 398; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 823

¹⁶¹ Weston/Chung/Hoag, s. 6, 225; De Pamphilis, s. 534; Gaughan, 398; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 823- 824.

Literatürde bazı yazarlar mevcut şirket ortakları dışındaki şahıslara yapılan satış işlemlerinin haricindeki bütün işlemleri basit hisse dağıtım (stock dividends) çeşitleri olarak görmektedirler¹⁶².

Uygulamada diğer kurum yapılandırma yöntemleri olarak ortaya çıkan “bölünme” terimine yakın ama farklı özellik gösteren bu kavramların incelemesi de aşağıda yapılmaktadır.

2. Bölünmenin Ayırıştırma ile Ayrıştırılması

“Bir şirketin bir bölümünün ayrıştırılarak üçüncü kişilere satılması” anlamında bir yeniden yapılandırma (divestiture) yöntemidir. Spin-off’un aksine burada mevcut ortaklara değil, dışarıdaki başka üçüncü şahıslara nakit ya da hisse senedi karşılığı veya iki ödeme aracının birlikte kullanılması şeklinde şirket hisselerinin transfer edilmesi ya da hisse senedi değiştirilmesi işlemidir. Genelde bu işlem firmanın bir kısmının (aktif kıymetler, üretim hattı, iştirak ve bağlı şirketler veya bir faaliyet bölümü gibi) dışarıdaki üçüncü şahıslara satılmak sureti ile ayrıştırılmasından oluşur. Ayırıştırma, bir çeşit şirketin küçültülmesi operasyonudur. Birleşmelerden bekledikleri sonucu alamayan şirketlerin faaliyet alanlarına ve verimlilik durumuna göre daha sağlıklı bir şirket yapısına kavuşmanın bir yolu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶³.

Ayırıştırmanın bölünmeden farkı, mevcut şirket ortaklarına değil, dışarıdaki başka üçüncü şahıslara nakit ya da hisse senedi karşılığı veya iki ödeme aracının birlikte kullanılması şeklinde şirket hisselerinin transfer edilmesi ya da hisse senedi değiştirilmesi işlemi olmasıdır.

a. Şirket Özvarlıklarını Parçalara Bölmek

Yukarıda açıklanan ayırıştırma işleminin değişik bir türüdür.¹⁶⁴ Tamamen iştirakin sahibi olduğu hisse senetlerinin bir kısmının birinci halka arz şeklinde satışa sunulması işlemidir.¹⁶⁵ Söz konusu işlem sonucunda, firmanın bir kısmını temsil eden ve borsada

¹⁶² Weston/ Chung/Hoag, s.6.

¹⁶³ Weston/Chung/Hoag, s. 6, 224- 231; Gaughan, s.398- 404; De Pamphilis, s. 529- 530; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 818.

¹⁶⁴ Weston/Chung/Hoag, s. 6, 224- 231; Gaughan, s.398- 404; De Pamphilis, s. 529- 530; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 818.

¹⁶⁵ Weston/Chung/Hoag, s. 6, 224- 231; Gaughan, s.398- 404; De Pamphilis, s. 529- 530; Foster Reed/Reed Lajoux, s. 818.

halka arz edilmiş olan bu hisse senetlerine, yani şirket özvarlığına dışarıdan talep gelmesi sonucunda hisse satışı gerçekleşmektedir. Yani, önceden mevcut firmanın ortaklarına hisse paylarının verilmesi suretiyle sermayenin yeni şeklini temsil eden hisselerin dışarıdaki üçüncü şahıslara satılmasıdır. Bu işlem sonucunda iştirakin hisse senetleri borsada satılır, satış bedeli karşılığı ana şirket tarafından nakden alınır ve yeni bir hukuki yapı oluşur (equity carve-out). Yeni yapıdaki sermayeyi temsil eden ortakların esas satıcı firmadaki ortaklarla aynı kişiler olma zorunluluğu yoktur. Yeni Yönetim Kurulu acilen oluşturulmalıdır. Ana şirket genelde iştirakinin sadece azınlık hisse payını satmak suretiyle, iştirakin aktif değerlerinin ve faaliyetlerinin üzerindeki kontrolünü devam ettirir. Bu işlemin spin-off'dan farkı görüleceği üzere, hisse senetlerinin mevcut ortaklar yerine borsada halka arz şeklinde satışa sunulması, bedelin nakden alınması ve kurulan yapıda ana şirketin spin-off işleminde devam ettiremediği iştirak aktif değerlerinin kontrolünü devam ettirmesi şeklindedir¹⁶⁶.

Bölünme kavramından farkı, şirket hisselerinin mevcut ortaklar yerine borsada halka arz edilmesi yoluyla satışa sunulması, söz konusu satışın ana firma tarafından nakden tahsil edilmesi ve yeni kurulan yapıda bölünmede sürdüremediği iştirak aktif varlık kontrollerinin sürdürülmesidir.

b. Kurumsal Daralma

Konjonktürel ve ekonomik nedenler sonucu firmaların kendi faaliyet alanları dışındaki faaliyetlerini tasfiye etmek suretiyle daralma çabasına girmiş oldukları bir yeniden yapılandırma sürecidir (corporate contraction)¹⁶⁷. Özellikle ABD'de elverişli konjonktürde küme birleşmelerindeki artışın ekonomik durgunluğu takiben yavaşlaması sonucu birleşen firmaların elden çıkarılması yollarının arayışı olarak gündeme gelmiştir¹⁶⁸.

Kurumsal daralmanın bölünmeden farkı, bu işlemin sadece şirket bünyesindeki faaliyetlerin içerisinden şirketin faaliyet konusu dışında kalanların çıkartılarak ekonomik ve işgücü anlamında verimin artırılmasının amaçlandığı bir yapılandırma yöntemi olmasıdır.

¹⁶⁶Weston/Chung/Hoag, s. 6, 233- 236; Gaughan, s. 420- 424; De Pamphilis, s. 535- 536

¹⁶⁷ Gaughan, s.397

¹⁶⁸Gaughan, s.397

c. Her Şeyi Satıp Elden Çıkarmak

Literatürde bu kavram (sell-offs) çok çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Kavram iki önemli kategoriye ayrılır. Bunlardan bir tanesi bölümümüzün ilk başında incelediğimiz, aynı zamanda çalışmamızın konusu içinde yer alan spin-offs (bölünmeler), ikincisi ise yakın kavram olarak irdelenmiş bulunduğumuz divestitures (ayrıştırmalar) dır. Spin-offs (kısmi bölünmeler) ana başlığı altında toplanan bu ortak teriminin içerisine split-off (kısmi bölünme) ve split-up (tam bölünme); divestitures (ayrıştırmalar) kavramının içine ise equity carve-out (şirket özvarlığını parçalara bölmek) birer türleri olarak girmekte olan kavramlardır¹⁶⁹.

Bu kavram (sell-offs) yukarıda da açıklandığı üzere şirket yeniden yapılandırma yöntemlerinin bir üst kavram başlığı olarak kullanılmakta olup, bölünme işlemlerini ve diğer bahsi geçen yakın kavramların da bir kısmını içerisine almaktadır.

III. Konunun Sınırlandırılması ve Plan

1980 sonrası siyasal, ekonomik değişiklikler doğal olarak ülkelerin hukuklarına da yansımış ve birçok ülke vergi yasalarında önemli değişiklikler yapmışlardır¹⁷⁰. Eskiden ekonomiler bir devletin siyasi sınırları içerisinde yer alırken şimdi devletler adeta ekonomilerin içerisine sıkıştırılmış durumdadır. Küreselleşme ekonomileri bütünleştirirken devletler egemenlik alanlarında güç kaybetmektedirler. Piyasaların bütünleşmesi şirketleri küresel rekabetin içerisine sokmuştur. Küreselleşmenin sermayeye kazandırdığı hareket kabiliyeti ise ülkeleri daha çok sermaye çekebilmek için daha uygun yatırım ortamları yaratma arayışına yöneltmiştir. Bu arayışın doğal sonucu vergi oranlarında indirim olarak kendini gösteren vergi rekabeti olmuştur. İlk bakışta ülkelerin rekabet gibi gözüken vergi rekabeti gerçekte küresel düzeyde şirketlerin rekabetinin bir yansımasıdır. Bu nedenle şirketlerin bugün daha çok küresel rekabet şartlarına hazır olması gerekir. Bu nedenle doğrusal olmayan yöntemlerle şirketlerin büyümeleri hatta bazen ayakta kalabilmeleri için tek çare olarak karşılarna çıkabilmektedir.

¹⁶⁹Weston/Chung/Hoag, s. 6.

¹⁷⁰ Nihal Saban, “Franchising ve Vergilendirme”, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s.11.

Sermaye hareketlerinin bu dinamik özelliği nedeniyle daha uygun yatırım ortamlarını sadece istikrarlı ekonomi, pazar genişliği, yüksek karlılık gibi tanımlarla kavramak mümkün değildir. Sermayenin hareketine, akışkanlığına izin veren şirket yapıları da giderek uygun yatırım ortamlarının bir özelliği hatta şartı haline gelmektedir. Bu süreçte diğer şirketlerle kolay bütünleşme, kolay ayrışma özelliğine sahip esnek yapılar daha çok tercih edilmektedir. Bu çerçevede anonim şirketler açısından, yeniden yapılandırma modellerinden birleşme ve bölünmeler özel hukuktan vergi hukukuna bütüncül bir yaklaşımla incelenmesi çalışmamızın konusu teşkil etmektedir.

Çalışma aşağıdaki plana göre hazırlanmıştır.

Giriş'te (1) konunun tanıtımı amacıyla sistemin temel kavramları olan birleşme ve bölünme kavramı benzeri kavramlar ile ilişkisi incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

Birinci Bölümde, Tarihçe başlığı altında, (2) Tarihçe'de birleşme ve bölünmenin Amerikan, Avrupa ve Türk Hukukundaki gelişim süreçleri açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci Bölüm'de, (3) Çeşitli Hukuk Sistemlerine Toplu Bakış başlığı altında birleşme ve bölünme konusunda Amerikan Hukuku, Avrupa Birliği Hukuku, Mevaz İsviçre Hukuku düzenlemeleri incelenmiştir.

Üçüncü Bölüm'de ise, Birleşme ve Bölünme: Özel Hukuktan/Vergi Hukukuna Bütüncül Bir Tasarım başlığı altında (4) Birleşme ve (5) Bölünme konusunu öncelikle özel hukuk açısından; Türk Ticaret Kanunu (ve Tasarı), Sermaye Piyasası Kanunu ve Bankalar Kanunu açısından incelenmiş daha sonra Vergi Hukuku açısından; Kurumlar Vergisi Kanunu ve ilgili vergi kanunları açısından incelenerek değerlendirilmiştir.

Sonuç'da (6) ise sistem değerlendirmesi yapılarak, öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

2. TARİHÇE

I. Birleşme

A. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde şirket birleşmeleri 19 uncu yüzyılın sonlarında 1868'de Erie Demiryolu Şirketi'nin başarısızlıkla sonuçlanan kötü niyetli bir şekilde ele geçirilmesi ile başlamıştır¹⁷¹. Bunu takiben 1895'de başlayan ve 1904'de sona eren ilk devir alma döneminden bugüne kadar, belirli bir süre yoğunluk kazandıktan sonra sona eren ve bir müddet sonra tekrar yoğun bir devir alma prosesi olarak devreye girmek suretiyle altı civarında devir-birleşme dönemi yaşanmıştır¹⁷².

Birleşmelerin dönemsel olarak dikkat çekici şekilde yoğunluk gösterdiği bu devralma süreçleri genelde “birleşme dalgaları” (“merger waves”) olarak adlandırılmış olup, ABD'nin tarihinde de bu şekilde yerini almıştır. Bu dönemler yüksek düzeyde birleşme işlemlerini takip eden oldukça az sayıda birleşmelerin gerçekleştiği dönemler şeklinde devirli hareketlerden oluşmuştur. İlk dört birleşme dalgası; 1897- 1904, 1916- 1929, 1965- 1969 ve 1981- 1989 dönemleri arasında gerçekleşmiş, 1980'lerin sonunda ise birleşme işlemleri düşüşe geçmiştir. Ancak 1990'ların hemen başlarında yeniden eski şeklini alarak beşinci birleşme dalgasını başlatmıştır. Beşinci dalga 1990- 1993 arası oluşmuş ve altıncı dalga ise 1998 yılı ortalarında başlamış bulunmaktadır¹⁷³.

Dönemler itibarı ile farklı özellikler gösteren bu birleşme dalgaları Amerikan endüstri yapısının küçük ve orta ölçekli işletmelerden şimdiki çok uluslu formuna geçmesine vasıta olmuşlardır. Her birleşme dalgası değişik nedenlerle oluşmuş ve değişik sonuçlar ortaya çıkarmıştır¹⁷⁴.

¹⁷¹Gaughan, s. 25.

¹⁷²De Phampilis, s. 27

¹⁷³Gaughan, s. 59

¹⁷⁴Gaughan, s. 22

Bu birleşme dalgalarının özelliklerine ve yapısal şekillerine göre aşağıda incelemesi yapılmıştır.

1. Birinci Dalga: Yatay Birleşmeler Dönemi(1897- 1904)

Birleşme ve devir alma faaliyetlerinin yoğunlaştığı bu birinci dönem 1897 yılında başlamış,1899'da en yüksek noktaya çıkarak 1904 yılı sonuna kadar devam etmiştir.¹⁷⁵ Dönem içinde birleşme girişimlerini harekete geçiren birinci neden ekonomik alt yapıda oluşan gelişme ve değişimler, ikinci neden üretim teknolojisindeki gelişmeler, üçüncü neden ise tekel (monopol) oluşumuna engel olucu yasaların yeterli yaptırımlarla donatılmamış olmalarıdır.

Teknolojik değişiklikler, batıya göç ve 1899'da Antitröst uygulamalarının kontrolü amacı ile çıkarılan Sherman Antitrust Act'nun (Sherman Antitröst Kanunu) uygulamasındaki boşluklar birleşme hareketlerinin verimlilik adına hızla başlamasına sebep olmuşlardır ¹⁷⁶.

Bu dönemdeki devir yolu ile birleşmelerin madencilik, metal imalat sanayi ve ulaşım sektöründe yoğunlaştığı¹⁷⁷ ve büyük çoğunlukla (toplam gerçekleşen birleşmelerin % 78. 3'ü) yatay birleşme (horizontal mergers) şeklinde olduğu görülmektedir ¹⁷⁸.

Bu dalga içerisinde en sık rastlanılan işlemler tren yolu taşımacılığındaki birleşmeler olarak ortaya çıkmıştır. Devlet ya da federal hükümetler tarafından tren yolu şirketlerine çok büyük araziler verilmiştir. Tren yolu işlemlerinde binler ile başlayan birleşen şirket sayılı işlemler, bir süre sonra çok daha büyük firmalar ile (çoğu holding şirketler olmak üzere) birlikte yüzlerce işlemlerli birleşmeler halini almıştır¹⁷⁹.

Dönem 1904 yılında ekonominin durgunluğa girmesi ve borsanın çöküşü ile sona ermiştir.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Gaughan, s. 21

¹⁷⁶ De Phampilis, s. 27.

¹⁷⁷ Gaughan, s. 23

¹⁷⁸ Neil Fligstein, **The Transformation of Corporate Control**, Cambridge-England: Harward University Press, 1990, s. 72

¹⁷⁹ Foster Reed/Reed Lajoux, s. 909.

¹⁸⁰ Gaughan, s. 21

Bu dönem esnasında gerçekleşen birleşme işlemlerinin, büyük şirketlerin küçük olanları yutarak içine almaları (absorbe) şeklinde özellik gösterdiği görülmektedir. J.P.Morgan 1901 yılında ABD'nin ilk milyar dolarlık çelik şirketi olarak US Steel'i birleştirme sureti ile oluşturmuştur. US Steel Carnegie Steel'in en büyüğü olarak, 785 adet ayrı şirketin bir araya gelerek birleşmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Bu dönemdeki diğer dev birleşme hareketleri, Standard Oil, Eastman Kodak, American Tobacco ve General Electric'dir ¹⁸¹.

2. İkinci Dalga: Yoğunlaşmaların Artış Dönemi (1916- 1929)

Bu dönemdeki işlemler ABD'nin I.Dünya Savaşı'na girmesi ve savaş sonrası ekonominin patlaması sonucunda oluşmuştur. Daha çok sanayi yoğunlaşmalarının arttığı (increasing concentration), ve birleşmelerin genellikle yatay eğilimli olduğu görülmüştür ¹⁸².

Bu dönemde de birinci dalga dönemindeki tren yolu taşımacılığının yerine karayolu taşımacılığı, birleşmeleri motive eden bir etken olarak ortaya çıkmaktadır. Taşımacılığın daha da etkinleşmesi, reklam faaliyetlerinin radyo yayınları kullanılarak önemli bir tanıtım aracına dönüştürülmesi birinci dönemde başlayan yerel pazarlardan ulusal pazarlara geçişi hızlandırırken marka tanıtımını öne çıkarmış ve mamul çeşitlendirmelere olanak sağlamıştır. Tüm ülkeye mal pazarlanabilmesi sonucu daha düşük kar marjı ile geniş çaplı karlı satışların gerçekleşmesi sağlanmıştır. Belirli büyüklüğe ulaşma, yeni yatırımlara yönelmenin yanı sıra şirket devir almaları ile gerçekleştirilmeye çalışılmıştır ¹⁸³.

Bu dönem 1929 yılında borsanın çöküşü ve ardından dünyayı saran ekonomik krizin patlak vermesi ile sona ermiştir. Clayton Kanunu'nun (Clayton Act) kabul edilip yürürlüğe girmesi ile hangi uygulamaların tekelleşme kapsamında olduğuna yönelik tanımlamalar da ayrıca oluşturulmuştur ¹⁸⁴.

Bu dönemde daha sıkı bir anti tröst (tekelciliğe karşı) yasa düzenlemeleri ile daha az monopol yaratacak, ancak daha çok oligopol oluşturacak devralmalar ve birçok

¹⁸¹ De Phampilis, s. 27- 28.

¹⁸² De Phampilis, s. 27- 28

¹⁸³ Gaughan, s. 26- 28

¹⁸⁴ De Phampilis, s. 28.

dikey birleşmeler yoğunluk kazanmıştır. Bu ilk geniş ölçekli grup birleşmeleri şeklini oluşturmuştur ¹⁸⁵.

3. Üçüncü Dalga: Grup Birleşmeleri Dönemi (1965- 1969)

Birinci ve ikinci birleşme dalgaları esnasında siyasi ve idari otoriteler tekel oluşturacak birleşmeleri önleyici çok sıkı önlemler almışlar, böylelikle tekele yol açabilecek şirket büyümelerini önlemeye çalışmışlardır. Ulusal hatta uluslararası pazarların giderek etkinlik kazanması aynı sektörde faaliyet gösteren ancak üretilen malları farklılık gösteren şirketler de ürün yelpazesini genişletmek amacı ile birleşmelere gitmişlerdir. Bu dönemdeki birleşme işlemlerinin çoğu grup birleşmeleri (conglomerate era) şeklinde olup, sanayilerde yoğunlaşma işlemleri nispeten az bir artış göstermiştir ¹⁸⁶.

Üçüncü dönemde gerçekleşen en önemli birleşme işlemlerini yapanlar; Harold Geneen - ITT, Ben Heineman - Northwest Industries, Larry Tisch - Loews ve Charles Bludhorn - Gulf & Western'dir ¹⁸⁷.

1970'lerin çok başlarında yatırımcılar için grup birleşmeleri büyük yararlar sağlamamaktaydı. Bu grupların hisse fiyatları tüm pazar dahilinde sıklıkla indirimli olarak işlem görmekteydi. Bazı yorumcular grup birleşme indirimlerinin bu birleşmelerin bünyesinde yer alan faaliyetlerin sınıflandırılması, bireysel işlemlerin yoğunluğunun anlaşılması ve değerlendirilmesine ilişkin borsa analizlerinin zorluğu nedeniyle yatırımcılar tarafından yönetimin güçlüğüyle yapılabileceğine inanmaktaydılar ¹⁸⁸.

1968 tarihinden sonra ekonominin daralma evresine girmesi sonucu birleşilen şirketlerin dağıtılabilir kazançlarında düşüşlere neden olmuş, bunun sonucunda ortaklık hisse senedi fiyatlarında gözlenen gevşeme, birleşmelerin finansmanında bu hisse senetlerini kullanma olanağını ortadan kaldırmış ve böylece birleşme işlemleri giderek azalarak üçüncü dönem son bulmuştur. ¹⁸⁹

4. Dördüncü Dalga: 10 Yıllık İniş Dönemi (1981- 1989)

¹⁸⁵ Gaughan, s. 27.

¹⁸⁶ Gaughan, s. 30- 33.

¹⁸⁷ Gaughan, s. 30

¹⁸⁸ De Phampilis, s. 29.

¹⁸⁹ Gaughan, s. 37

Bu dönem (dumping decade) iyi niyetli olmayan (hostile mergers) devir almaların hakimiyeti ile geçmiştir. Bu tip dostça olmayan birleşmeler (hostile mergers) 1908 yılından beri kurumsal büyümenin kabul edilebilir bir şekli olarak işlem görmeye başlamış, yüksek karlar doğuran spekülative işlemler şeklini alarak kurumlar ile spekülative işlemler yapan ortaklıkların aralarında oynadığı bir ele geçirme işlemine (burada “takeover”dan yani çok kısa zamanda çok yüksek karlar sağlayan eğlenceli bir oyun anlamında bahsedilmektedir) dönüşmüştür. Bu oyun hedef firmanın yönetim kurulunun tepkisine göre dostça (iyi niyetli) ya da düşmanca (iyi niyetli olmayan) şeklinde oluşmaktadır. Eğer yönetim kurulu şirketin hisselerini zorla ele geçirmesini (takeover) kabul ederse dostça, eğer yönetim kurulu bu işleme karşı olursa dostça olmayan bir şekilde devir alma (hostile takeover)gerçekleşmektedir. Dostça olmayan devir almaların kesin rakamı toplam takeover şeklindeki devir almaların sayısına göre yüksek olmamasına rağmen, toplam takeoverın parasal değeri içindeki bunlarla ilgili yüzde oranı büyüktür¹⁹⁰. Bu dönemde ayrıca LBO (güç uygulanan satış)’ lar ¹⁹¹. özellikle ABD’de yabancı şirketlerin birleşmesi işlemlerinde kendilerine özgü birleşme stratejileri ile çok yaygın olarak kullanılan gerekli finansmanın temin edilerek şirket hisselerinin tamamının alınması şeklindeki işlemlerdir. Dördüncü birleşme dalgası birleşme ve devirlerdeki hedeflerin daha göze çarpar, önemli ve diğer üç birleşme dalgasından daha büyük olması ile farklılık oluşturmaktadır. Bu dönem dalgalar “büyük birleşme dalgaları”(megamerger) olarak oluşmuştur.1980’ler milyar \$’lık birleşme ve devirlerin dönemi olarak gelmiştir. Ancak bu yıllardaki devralmaların büyüme hızı her sanayide aynı görülmemiştir¹⁹². Örneğin, petrol sanayi, bu sanayinin içindeki en büyük dereceli yoğunlaşma olması nedeniyle birleşilen oluşumun hisselerinden daha fazla hızlı büyüme görülmüştür¹⁹³. 1980’lerin ikinci yarısında da, ilaç ve tıbbi donanım işlemleri çok yaygınlaşmış olup, bu dönemde LBO’ ların şansları azalmıştır¹⁹⁴.

Bu dönemde daha önceki dönemlerde var olmayan bir yatırımcı tipi etkinliğini artırmaya başlamıştır. Bu yatırımcı (corporate rider) , devir alma girişimi başlamış olan

¹⁹⁰ Gaughan, s. 43

¹⁹¹ Bu kavramın tanımı incelememizin 1-GİRİŞ II. Yakın kavramlardan ayırt edilmesi bölümünde yapılmıştır.

¹⁹² Gaughan, s. 45

¹⁹³ Gaughan, s. 43- 46.

¹⁹⁴ De Phampilis, s. 31.

bu ortaklığın; hedef şirkete ait pazarda işlem gören hisse senetlerini, daha sonra devir alma girişiminde bulunan şirkete daha yüksek fiyatla satarak, kazanç sağlamayı amaçlamaktadır. Hedef şirketin devir alınmasını etkileyecek şekilde pay senedi satın alma faaliyetinde bulunan bu yatırımcı, elindeki pay senetlerini devir alma girişiminde bulunan şirkete satarak büyük karlar elde etmekte veya devir alan şirketin girişimlerini olumsuz etkileyecek hiçbir girişimde bulunmama yönünde anlaşmaya gitmekte(gren mail) ve bu anlaşma karşılığında bir ücret elde etmektedir ¹⁹⁵.

5. Beşinci Dalga: Geniş Büyük Birleşmeler Dönemi (1992- 1997)

1980’li yıllardaki borçlanma ve satın alınan şirketi kısa zamanda iyileştirip, satma niyeti ile yapılan şirket devir almalarının beklenen sonuçları vermemesi ve birçok finans kurumunun iflası ile sonuçlanması, 1990’lı yıllarda daha çok öz varlık ile finanse edilen, büyümenin bir yöntemi olarak ele alınan stratejik devralmaları gündeme getirmiştir¹⁹⁶.

Birleşme sayısı ve mevzuat çalışmaları bakımından diğer ülkelerden önde bulunan ABD’de gerçekleştirilen birleşmelerde özellikle 1990’lı yılların ilk yarısında fark edilir bir düşüş yaşanmış ve şirketler dış kaynaklardan temin edilen finans kaynaklarını kullanmak suretiyle hisse veya şirket satın alma yoluna gitmişlerdir¹⁹⁷.

1992 yılında başlayan bu dalga (large megamergers), ile birleşme ve devralmaların sayısı bir kez daha artmaya başlamıştır. Dördüncü dalga döneminde oluşanlara benzer şekil ve ölçüde büyük işlemler yine meydana gelmeye başlamıştır. Beşinci birleşme dalgası çok geniş büyük birleşmelere ilişkin özellikler göstermesine rağmen, az sayıda dost olmayan devir işlemleri (hostile deal) ve daha stratejik birleşmeler de ortaya çıkmıştır. 1990- 1991 döneminde ABD ekonomisinde ortaya çıkan durgunluğun etkisi ile azalan devralmalar, 1992 yılında başlayarak tekrar hız kazanmıştır. Şirketlerin bu dönemde daha hızlı bir şekilde ve verimli yöntemler ile ne yapacaklarını belirleyerek yine birleşme amacı ile bir araya geldikleri görülmüştür. Bu dönemde gerçekleşen işlemler yukarıda da belirtildiği üzere, dördüncü birleşme dalgasındaki işlemler gibi borç ile finansman temini şeklinde olmamıştır. Nitekim

¹⁹⁵ Gaughan, s. 46- 48.

¹⁹⁶ Gaughan, s. 50- 51.

¹⁹⁷ Gaughan, s. 51- 52

1990’larda nakdi yapılan işlemlerin hepsinin sayısı % 25 oranındayken, beşinci birleşme dalgasının çoğunda 1997 yılında % 40 ve 1998 yılında %44’e ulaşmıştır ¹⁹⁸.

1990’lı yılların ortalarında ise birleşmeler ticaret ve yatırım bankacılığı, finans ve sigorta sektörleri, toptan ve perakende satış, yayıncılık, sağlık ve doğal kaynaklar alanlarında faaliyet gösteren şirketler arasında yoğunlaşmıştır¹⁹⁹.

6. Altıncı Dalga: Yeni Ekonomi (1998-)²⁰⁰

1997 yılında 1 trilyon \$’ın üzerinde birleşme işlemli gerçekleşmiştir. Bu artışın sebebi sayısal olarak birleşme işlemlerindeki artıştan değil, gerçekleşen birleşme işlemlerindeki şirket değerlerinin büyüklüğünden kaynaklanmaktadır. Bu dönemdeki birleşmelere dahil olan büyük şirketler, kendi bünyesinde eksikliğini hissettiği fonksiyonların güçlendirilmesi amacıyla kendisine nazaran çok daha küçük şirketler (özellikle internet ile ilgili firmalar) ile birleşmişlerdir ²⁰¹.

2000’li yılların başlangıcı ile birlikte özellikle büyük şirketler yeni ekonomiye (New Economy) uygun olarak yeni stratejik ve finansal hedefler tespit etmişler ve yeni yüzyılın rekabet ortamında varlıklarını sürdürmek amacıyla hedeflerine uygun olarak çeşitli sektörlerde birleşme yoluna gitmişlerdir.

Üretim biçimindeki temel değerlerin yeni teknolojik gelişmelerle değişmesi sonucu yeni bir değer temelinde ekonominin biçimlenmesine "yeni ekonomi" denmektedir.

1990’ların ikinci yarısından itibaren, başta ABD’de olmak üzere söz konusu değer değişikliğinin yaşandığı sıkça dile getirilmeye başlanmıştır²⁰².

Yeni ekonomiye en azından ABD’de geçildiğini düşünenlerin görüşü şöyledir:

"Yeni ekonomi asıl olarak, bilişim teknolojisinin eski ekonominin üretici güçlerine uyarlanması anlamına gelmektedir. Yeni ekonominin getirdiği yapısal değişiklikler dinamizm, sürekli yenilik ve sürat kavramları etrafında odaklanmaktadır. Örneğin, 1990’lı yılların başlarında bir otomobilin tasarımından üretimine kadar geçen

¹⁹⁸Gaughan, s. 50- 52

¹⁹⁹ Foster Reed/Reed Lajoux, s. 920

²⁰⁰ Foster Reed/Reed Lajoux, s. 920- 923.

²⁰¹ Foster Reed/Reed Lajoux, s. 920- 921.

²⁰² Weston/Chung/Hoag, s. 21

süre altı yıl iken, ileri teknolojinin olanakları sayesinde bu süre günümüzde iki yıla inmiş bulunmaktadır."

Yeni ekonomiye geçildiğini söylemek için henüz erken olduğunu düşünenlerin görüşü ise şöyledir:

"Bilişim teknolojisindeki büyük atılımlar başta ABD’de ekonomiyi canlandırmış ve 1980’li yıllarda başlayıp 1990’lı yıllar boyunca, ABD ekonomisinin yüksek oranda düzenli büyümesine neden olmuştur. Ancak, bu düzenli büyümenin ardındaki asıl neden yeni ekonomiye geçilmiş olması değil, büyük miktarda sermayenin dünyanın diğer bölgelerinden ABD’ye kaymış olmasıdır. Zaten ABD ekonomisinin 1990’lı yıllarda yakaladığı yüksek büyüme oranı yanında verimlilikte sağladığı artış yüzde 2’yi geçmemektedir. Oysa yeni bir ekonomi hayata geçmiş olsaydı, verimlilikteki artışın çok daha yüksek bir oranda olması gerekirdi."

Yeni ekonomiye henüz geçilmediğini savunanlar, bu kavramı henüz vakti gelmeden ortaya atanların Amerikan borsasındaki sürekli yükselişin devamını isteyenler olduğunu söylemektedirler. Onlara göre; borsadaki bu yükseliş temelde şirketlerin verimliliklerinde ve kârlılıklarındaki artıştan daha yüksek oranda olduğundan 1929 Krizi benzeri bir sona doğru gidilmektedir. Ancak, böyle bir sona neden olacak sermaye çıkışına engel olmak için söz konusu endekslerdeki yükselişin verimlilik ve kârlılıkla orantılı olduğunun düşünülmesini isteyenler bir yeni ekonomi dönemine girildiğini iddia etmektedirler.

2000’li yıllara damgasını vuran “ Yeni Ekonomi” nin esas özelliklerinden birini teşkil eden şirket birleşme ve devralmalarının temeli ilk olarak 1980’li yıllarda ABD’de atılmış olup ²⁰³, birçok önemli birleşme hareketleri gerçekleşmiştir ²⁰⁴. 1990’lı yıllarda Kara Avrupa’sı da dahil olmak üzere gerek hukuki, gerekse ekonomik açıdan tüm dünyaya hakim bir hareket haline gelmiştir.

Yukarıdaki birleşme dalgalarının incelenmesinden de görüleceği üzere; geçtiğimiz yıllarda ABD’de şirket birleşmeleri ve yutmalar (absorbe) rekor düzeye ulaşmıştır. İkiz Kulelere yapılan suikast işleminin sonucu olarak değerlendirilen seyahat ve turizm şirketlerinin tıkanıklığı, sağlanan devlet desteğine rağmen, bu sektörde

²⁰³ Bendaniel,Rosenbloom/Hanks, s. 511.

²⁰⁴ Weston/Chung/Hoag, s. 8

neredeyse ayakta şirket bırakmamıştır. Sadece bu sektörde 10,5 milyon kişi işsiz kalmıştır. “Yeni ekonomi” olarak sunulan bilgi ve elektronik teknolojisine dayalı sektörün dev tekelleri ve hisseleri borsada ciddi değer kaybına uğramış, Microsoft gibi kuruluşlar, ciro ve kârlılıklarına göre sıralamada tekrar eski seviyelerinin altına düşmüşlerdir. 2002’de işsizlik oranının yükselerek 5,6’ya ulaşması, bu durgunluğa işaret etmektedir.

Ancak bu ekonomik durgunluk, büyüklerden sadece ABD’yi vurmuş bulunmamaktadır. Japonya’nın krizli durumundan sonra ABD ekonomisinin girdiği durgunluğun Avrupa ekonomilerinin durgunluğuyla tamamlanması, dünya kapitalizminin tıkanıklığına, krizin küresel karakterine de işaret etmektedir. Sadece Çin büyümesini sürdürmeye devam etmektedir. Dünya ekonomisinin “motoru” durumundaki ABD’deki durgunluktan Avrupa ekonomisinin de etkilenmiş olduğu kuşkusuz olmakla beraber, Kıta Avrupa’sı ile karşılaştırıldığında gerçekleşen birleşme sayısı ve mevzuat çalışmaları bakımından ABD’nin önde olduğu açıktır.

ABD ekonomisini etkileyen altıncı birleşme dalgasının yaratılmasına ilişkin birtakım tespitler şu şekilde yapılmıştır²⁰⁵ .;

a) Mali pazarların (örneğin Avrupa Para Birliği) ülkeler tarafından birleştirilmesi ile çok büyük birleşme işlemleri (megamergers) yapanların güveninin artması sonucu dünyadaki para ile ilgili kararlılık sağlamlık artacaktır.

b) İletişimde verimliliğin artması merkezi yerlerden idare edilmesi için gittikçe daha büyük ve daha büyük organizasyonların yönetimine izin verecektir

c) Ölçek ekonomisi, işlemlerin çoğunun arkasında gücü kullanan kuvvet olmaya devam edecek; eşit kapasitedeki çok büyük kurumsal birleşmeler (Citigroup’ta olduğu gibi), en üst gücün paylaşılması ile yeni tecrübeler kazandıracaktır.

d) Birleşme ve günlük ticari işlemleri yapabilmek için gerekli olan iletişimde, konulmuş bulunan yabancı dil engelleri azaltılarak, İngilizcenin iş ve finans alanında kabul edilir bir dil olması için olabildiğince elimine edilecektir.

e) Çoğunlukla ortaklık şeklinde yapılan yeni birleşmelerin, çok büyük şirketlerin bağlı ortaklıklarına katılması ve ana şirket tarafından ileride oluşabilecek

²⁰⁵ Foster Reed/Reed Lajoux, s. 921- 922.

yüksek risk girişlerinin en uygun şekilde bünye içinde eritilebilmesini, faaliyet paylaşımının araştırılmasının öğrenilmesi ile bir tecrübe kazanılacaktır.

f) Ulusal egemenlikler, siyasal ideolojiden ziyade ekonomik gerçeklik ile gittikçe kuvvetini arttıran olacak, hükümetler tarafından önemsenmeyecektir.

g) Kurumsal yatırımcıların gittikçe artan agresif rolü, herhangi bir köklü yönetimin birleşme işlemlerine olan aşırı düşkünlüğüne bir engel olarak görev yapacaktır.

h) Birleşme işlemlerinin arkasındaki en önemli hücum gücü, özellikle teknolojinin takip edilmesinde rekabetçi zeka (competitive intelligence) olacaktır.

ı) Anti-tröst faaliyeti, gerçek rekabetin tanımlanmasının güçlüğü ve ulusal korumacılık ile hedefine ulaşamamaya devam edecektir. GAAP(Uluslararası muhasebe standartları uyarınca “General Accepted Accounting Principles/ GAAP -Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri”)’nin mahrem bilgileri, uluslararası meselelerde yöneticiler için ilk gerekli şey olacaktır.

j) Daimler/Chrysler örneğinde olduğu gibi, çok fazla sayıda üst üste yapılan birleşme işlemlerinin bütünleşme planlaması, yatırım bankacılarından tavsiye alınmadan önce, CEO’nun başkanlığında bölümün yöneticilerinin kullanılması ile yapılacaktır.

ABD’de birleşme işlemlerine ilişkin olarak yüksek yargının yaklaşımlarına aşağıda yer verilmiştir:

Litton Industries Inc. ve Lehman Brothers Kuhn Loeb Inc. , 967 F. 2d 742 (2nd Cir.1992) Mahkeme Kararı’nda temyiz mahkemesi birleşen şirketlerden içerden öğrenmek (insider trading) suretiyle birleşmeye konu şirket hisselerini manupule edilerek olması gerekenden daha yüksek bir bedelle birleşmenin gerçekleşmesi üzerine hisse bedelinin suni olarak yükseltilmesi nedeniyle birleşme işleminin sakatlandığı iddiasına karşı hisse senetlerinin içeriden aktarılan bilgilerin kullanılmış olamaması halinde bile, birleşen şirketin diğer şirket ile daha düşük bir bedelle birleşebileceğinin söz konusu olabileceği gerekçesiyle reddetmiştir.²⁰⁶

²⁰⁶ **Litton Industries Inc. ve Lehman Brothers Kuhn Loeb Inc. , 967 F. 2d 742 (2nd Cir.1992) Mahkeme Kararı uyarınca;** 1992 yılında Litton Industries Inc. işlerini genişletme kararı ile birleşmeye gitmiş, uygun hedef firmanın tespiti için de Lehman Brothers şirketini yetkilendirmiştir. Yapılan incelemeler sonrasında da Litton Industries Inc. şirketi hedef firma olarak Itek Corporation’ı seçmeye karar vermiş, Litton Industries Inc. Lehman Brothers’ın birleşme stratejisi doğrultusunda hareket etmiştir. Ancak Litton’un Itek ile olan birleşme planı ile ilgili

Levinson ve Basic Inc. , 786 F. 2d 741 (6th Cir. 1986) 485 US. 224 sy. İstinaf Mahkemesinde Bozulmuş Mahkeme Kararında birleşme görüşmelerinde ABD Yüksek Mahkemesi, birleşme görüşmeleri sırasında birleşmeye konu şirket hisselerinin resmi duyurudan önce satılması halini birleşme işleminin zararlı sonuçlandırıldığına karar verilmiştir²⁰⁷.

B. Avrupa

2000’li yıllara damgasını vuran “ Yeni Ekonomi”nin esas özelliklerinden birini teşkil eden şirket birleşme ve devralmalarının temeli ilk olarak 1980’li yıllarda birleşme hareketlerinin öncüsü olan ABD’de atılmış, 1990’lı yıllarda ise Kara Avrupa’sının da dahil olması üzerine gerek hukuki, gerekse ekonomik açıdan tüm dünyaya hakim bir hareket haline gelmiştir. Kıta Avrupa’sının bu harekete katılması ancak 1990’lı yıllarda Asya ülkelerinde yaşanan ekonomik kriz sonucunda gerçekleşmiştir²⁰⁸.

Yukarıda da belirtildiği gibi, birleşme hareketlerinin öncüsü ABD olmuş, buna karşılık Kıta Avrupa’sının bu harekete katılması ancak 1990’lı yıllarda Asya ülkelerinde yaşanan ekonomik kriz sonucunda gerçekleşmiştir. 28 Ekim 1997 tarihinde Malezya ve Hong Kong borsalarında bazı şirketlerin iflası sonucu yaşanan mali kriz, ABD ve AB

şirket içi bilgileri, Lehman Brothers’ın birleşme grup çalışmasındaki üyelerinden birisi olan Ira Sokolow tarafından İtek hisselerini offshore bankalardan büyük bloklar halinde satın almaya başlayan Dennis Levine’e aktarılmıştır. Litton şirketi ise, birleşme ile ilgili gizli şirket içi bilgilerin diğer yatırımcılar öğrenmeden içeriden aktarılması suretiyle kullanılmaması olması halinde İtek ile daha düşük bir alış bedeli ile birleşmiş olabileceği iddiası ile Lehman Brothers, Sokolow, Levine ve offshore bankalara karşı dava açmıştır. Mahkeme öncesi sorun, içeriden bilgi alınması işleminin yasadışı olmasından başka, Litton’un İtek ile olan birleşmesi işleminin zararlı sonuçlanmasına sebep verip vermediği idi. Özellikle içeriden aktarılan bilgilerin kullanılması sonucu oluşan alış fiyatı yapay olarak şişirilmiş miydi?

İkinci Daire Temyiz Mahkemesi (The Second Circuit Court of Appeals), iddiaları reddetmiş ve hatta devralınan hedef firmanın hisse senetlerinin içeriden aktarılan bilgilerin kullanılmış olmaması halinde bile, birleşen kurumun muhakkak, İtek ile daha düşük bir bedelle birleşmiş olmasını gerektirmeyeceğini savunmuştur.

²⁰⁷ **Levinson ve Basic Inc. , 786 F. 2d 741 (6th Cir. 1986) 485 US. 224 sy. İstinaf Mahkemesinde Bozulmuş Mahkeme Kararı:**Birleşmenin resmi duyurusundan önce Basic Inc.’daki hisse senetlerini satan hissedarların, Basic hisse senetlerinin yükselmesine sebep olduğu iddiası ile Basic Inc. şirketler grubu 1986 yılında davacı olmuştur. İncelenmekte olan söz konusu birleşme işlemi, Basic sözcüleri tarafından inkar edilerek reddedilmiştir. Hissedarlar 10b- 5 kuralı kapsamında önemli şeyleri kasten söylememe (material misrepresentation) iddiası ile dava açmışlardır. ABD Yüksek Mahkemesi (US Supreme Court) dava öncesi, inkar edilen resmi beyanatlarda oluşturulan önemli hususların kasten söylenip söylenmediğinin tespit edilmesine çalışmış olup, Mahkeme, birleşme görüşmelerinde söz konusu şirketin, aslında, inkara uygun olmadığına karar vermiştir. Bu örnekte, görüşmeler henüz fiyatta ve işlemin yapısında herhangi bir anlaşma ile sonuçlanmamış olsaydı bile müzakerat esasa ilişkin olarak yapılmıştır. Mahkeme, ifşa edilmemiş birleşme görüşmeleri hakkındaki bir soruya en uygun yanıtın, ya "Yorum yok" ya da "cereyan eden görüşmelerin ifşa edilmesi" şeklinde olduğunu söylemiştir.

²⁰⁸ Hüseyin Demir, “Küreselleşme Sürecinde Şirketlerde Birleşme Ve Tür Değiştirme”, **T.C.Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı (Ekonomik Araştırmalar ve Değerlendirme) Dergisi**,Temmuz, 1998)

<http://www.foreigntrade.gov.tr/ead/ DTDERGI //tem98/kureselhtm.htm> (14.11.2006).

gibi gelişmiş batı ülkelerini, Asya borsalarında yatırımları bulunan şirketleri nedeniyle doğrudan etkilerken, krizden kaynaklanan panik, Asya'da yatırımları bulunmayan ülkelerin borsalarını da psikolojik olarak etkilemiştir. Bu durum bize, dünya piyasalarının nispi de olsa ortak bir etkileşim içerisinde olduğunu göstermiştir. Globalleşmenin öncülüğünü yapan ve dinamik gücünü oluşturan şirketler, kriz dönemlerini, içsel büyüme (sermaye artırarak) ve/veya dışsal büyüme (katılım, birleşme, joint ventures vb.) ile aşmaya çalışmak durumunda kalmışlardır²⁰⁹.

ABD'deki şirket birleşme hareketlerine gösterilen ilgiye rağmen, Kıta Avrupa'sında gerçekleşen birleşmelerin sayısı halen ABD ile aynı seviyeye ulaşmamış durumdadır. Nitekim bu sebeptir ki; şirket birleşmelerinin öneminin kavranması ile birlikte, AT Mevzuatı kapsamında birleşme hareketlerini teşvik etmek amacıyla yapılmaya başlanan hukuki düzenleme çalışmalarına hız verilmiştir.

AB 1995'de ilk öncülerinin anısına dikilmiş bir anıt gibidir; ekonomi, sanayi, siyaset, yurttaş hakları ve dış politika alanlarını kapsayan çok-sektörlü bütünleşmenin en ileri biçimidir. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu (AKÇT) kuran Paris Antlaşması (1951), Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET)²¹⁰ ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu (Euratom) kuran Roma Antlaşmaları (1957)²¹¹, Avrupa Tek Senedi (1986)²¹² ve Maastricht Avrupa Birliği Antlaşması (1992)²¹³, Üye devletleri egemen devletlerarasındaki geleneksel anlaşmalardan daha sıkı bir biçimde birbirine bağlayan AB'nin hukuki temellerini meydana getirir. AB doğrudan uygulanma imkanı olan bir mevzuat oluşturabilmekte ve yurttaşları lehine özel haklar ihdas edebilmektedir.

1950'li yıllarda Avrupa'da, özellikle de Almanya ve Fransa arasında, yeni bir savaşı engellemek amacıyla ortaya atılan Schuman doktriniyle birlikte gelişen bu Avrupa entegrasyonu bugün itibarıyla 25 üyeye sahip olan ve güçlü bir uluslar üstü yapı durumundaki Avrupa Birliği şeklini almıştır.²¹⁴

²⁰⁹ Hüseyin Demir, “Küreselleşme Sürecinde Şirketlerde Birleşme Ve Tür Değiştirme”, Temmuz, 1998

²¹⁰ Haluk Günuğur, *Avrupa Topluluğu Hukuku Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Bilim Serisi-1,3*.
Baı, Ankara 1996 s.30

²¹¹ Tekinalp, “Avrupa Birliği” s. 8

²¹² Tekinalp, “Avrupa Birliği” s. 13

²¹³ Tekinalp, “Avrupa Birliği” s. 15

²¹⁴ Tekinalp, “Avrupa Birliği” s. 41

Avrupa ülkelerinin hem kendi ülkeleri içerisinde yani iç pazarda, hem de uluslararası dış pazarda birbirleri ile yaptıkları ticari mal ve hizmet ilişkileri sonucu beraberinde rekabet olgusunu da getirmiştir. Kurumlar arasında pazarda oluşan bu rekabet ortamı, beraberinde büyük ve güçlü olunması gerektiği fikrinden hareketle ortak ticari birlikteliklerin doğmasına sebep olmuştur. Bu birlikteliklerin getirdiği ticari hayattaki uygulama sorunları da yasalar ile kontrol altına alınması gereken zorunlulukları ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda Batı Avrupa ülkelerinde rekabetin korunması hakkındaki düzenlemeler, İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden yıllarda ortaya çıkmış ve AET ²¹⁵ kurucu anlaşması olan, 25 Mart 1957 yılında imzalanan Roma Anlaşması'nın (RA) 85, 86 ve 90'ıncı (AT anlaşması uyarınca yeni 81,82 ve 90'ıncı md. ler) maddelerinde yer almıştır. Ancak konsantrasyonların (birleşme) denetlenmesi konusunda söz konusu maddeler uygunluk gösterememiştir²¹⁶.

RA' nın konsantrasyonların (birleşme) denetlenmesi hükümlerinde, rekabet hukuku açısından uygun koşulları taşımayan yoğunlaşmaların (birleşme) tasfiye edilmesinde bir soruşturma ve denetim mekanizmasının mevcut bulunmaması, inceleme sürecinin uzun zaman alması, söz konusu anlaşma ile getirilen bildirim yükümlülüklerinin çok fazla sayıda olması, “kötüye kullanma” kavramının belirsiz ifadesi ve ilgili hükümlerin birleşme işlemini gerçekleştiren kurumun “hakim durumda” olması koşuluna bağlı olarak uygulanması konsantrasyonların (birleşme) hangi kriterler esas alınarak ve sağlıklı biçimde denetlenebilmesini oldukça güçleştiren etmenler olarak ortaya çıkmıştır.

Ancak konsantrasyonların (birleşme) denetimi açısından, ilgili madde hükümlerinin elverişli düzenlemelerden oluşmamları onların Tüzük ile beraber uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir²¹⁷. Nitekim bu husus 4064/89 sayılı Avrupa Konsey Tüzük'ünün önsözünde yer alan 6. fıkrada da açıkça ifade edilmiştir

²¹⁵ 07.02.1992 tarihinde Maastricht'de imzalanan AB Antlaşması ile değiştirilmiş adı AT' dir ve bu antlaşmanın yürürlüğe girdiği 01.11.1993'den bugüne eski AET, “AT” olarak adlandırılmaktadır.

²¹⁶ Tekinalp, “Avrupa Birliği” 45

²¹⁷ Bellamy/Graham **European Community Law of Competition**, s. 308; İ.Yılmaz Aslan, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı**, Rekabet Kurulu Yay. , Ankara, 1998. , s. 264; Richard Wish ve Barbara Sufrin, **EC Competition Law**, Fourth Edition,. Butterworths, 2001, s. 703.

Komisyon 1973 yılında bir tüzük tasarısı hazırlayarak Konsey'e sunmuş ve bu tasarı 1981 ve 1984 yıllarında değişikliğe uğradıktan sonra, ancak 1989 yılında kabul edilmiştir. "4064/89 sayılı Teşebbüsler Arası Konsantrasyonların Denetimi Hakkındaki Tüzük"²¹⁸ söz konusu Tüzük, 21.9.1990 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu Tüzük'ün etkin bir şekilde uygulanması amacıyla AB Genel Müdürlüğü (Directorate Generale) bünyesinde "Birleşme Görev Gücü" (Merger Task Force) adı altında özel bir birim kurulmuştur.

Tüzük en son 1997 yılında önemli sayılabilecek ölçüde değişikliğe uğratılmış²¹⁹ ve özellikle ortak girişimler ile ilgili kısım ile konsantrasyonların topluluk boyutuna sahip olabilmesi için gerekli olan eşikler değiştirilmiştir²²⁰.

4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 3'üncü md. si, konsantrasyonun tanımı başlığını taşımasına rağmen, bu maddede deneysel bir metot izlenerek, konsantrasyonun tanımından ziyade, temel görünümleri, unsurları ve konsantrasyon (birleşme) olarak nitelendirilemeyecek haller belirtilmiştir. Konsantrasyonun tanımı ise, 4064/89 sayılı Tüzük'ün giriş bölümünün 23'üncü paragrafında zikredilmiştir²²¹.

Rekabet politikası uygulamalarının yukarıda da bahsettiğimiz gibi çok eski olduğu ABD'de rekabet hukuku, doğası gereği rekabetin korunması amacını güderken, AB rekabet hukuku, rekabetin korunması yanında, ortak veya iç pazar yaratma yolunda bir enstrüman olarak kullanılmaktadır. Nitekim AB'nin 1995'de yayınlanan 25'inci Rekabet Politikası Raporu'nda iç pazar entegrasyonunun Topluluk rekabet politikasının uygulanabileceği ekonomik çerçeveyi şekillendirirken, Topluluk rekabet politikasının uygulanmasının da, tek pazara geçişi güçlendirmeye yardım edeceği ifade edilmiştir²²².

AB'de şirket birleşmelerine ilişkin olarak ilk yapılan düzenleme 1978 tarihli, 78/855/CEE sayılı **"AT' nin AŞ'lerin Birleşmesine İlişkin Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Direktifi"** (Birleşme Yönergesi)dir. Birleşmelerin ilk olarak düzenlendiği söz

²¹⁸ Council Regulation EEC 4064/89 on the Control of Concentrations Between Undertakings, 21 Aralık 1989 tarihinde yayınlanmış (OJ.(1989) L395/1) ve 1990 yılında üzerinde küçük çapta değişiklikler yapılmıştır (OJ.(1990), L.257/14).

²¹⁹ 30.06.1997, OJ. L.180/1 Regulation No:1310/97.

²²⁰ Bu değişiklikler ise, 3.3.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²²¹ 1310/97 sy. yeni Tüzük'ün ise; giriş kısmı, pra.5.

²²² Cornelis Canenbley, **The Geographic Market Definition Under European Merger Control Law**, International Antitrust Law and Policy, Barry E. Hawk (Ed.), 1997,pg.307.

konusu üçüncü direktif sınırlı bir alanı kapsadığından ve sadece farklı üye devletlerin şirketlerinin birleşmesinden doğan kısa dönemdeki vergi sorunları ile ilgilendiğinden, 1990 yılında 90/434 sayılı “**Yeniden Yapılanmada Vergilendirme Direktifi**” (**Ortak Vergilendirme Yönergesi**)²²³ düzenlenmiştir.

C. Türkiye

Türk Hukukuna AŞ’ler ile ilgili ilk düzenleme 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ile (md. 10, 20- 28, 34) girmiştir. Bu hükümler 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu’nun ilgili maddelerinden çok ufak değişikliklerle aynen tercüme edilerek alınmış olup, “anonim şirket” sözü, Türk hukukuna ilk defa bu düzenleme ile girmiştir²²⁴.

Kanunname-i Ticaret’te ortaklıkların birleşmesi ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, bu durum birleştirmeleri engelleyici bir rol oynamamıştır. Örneğin Kanunname-i Ticaret döneminin 1874 yılında gerçekleştirilen ilk büyük birleşme olayında Avusturya sermayeli Avusturya-Osmanlı Bankası, Fransız-İngiliz sermayeli Bank-i Osman-i Şahane tarafından devralınmıştı²²⁵.

Kanunname-i Ticaret, anonim ortaklıkların kuruluşunda izin sistemini benimsemiştir²²⁶. Bu kapsamda AŞ’ler izinle kurulmakta, ortaklık sözleşmesi ticarethanenin duvarına yapıştırılmak suretiyle ilan edilmekte, sınırlı sorumluluk düzenlenmiş olmasına karşın, organlarla ilgili düzenleme yapılmamıştır²²⁷.

1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda 191 md. şeklinde, Avrupa sistemlerinden, Romanya ve Şili’den hükümler alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Burada izin sistemi aynen korunmuştur.

Cumhuriyetten sonra 1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda ilk aşamada yenileme ve dil sadeliği amaçlanarak düzenlemelere gidilmiştir. Reform çalışmaları 1946’dan

²²³ 23.07.1990 tar. ve 90/434 sy. “**Birleşmelere, Bölünmelere, Malvarlığı Devirlerine ve Hisse Değişimlerine Uygulanacak Ortak Vergileme Sistemi Hakkında Konsey Direktifi**” OJ’ sinin 20.08.1990 tar. ve L 225/1 sy. nüshasının 1 vd. s larında yer almaktadır.

²²⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s. 244; Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması” Koşulu**, Olgaç Matbaası, Ankara, Haziran 1989, s.94; Tekil, s. 15.

²²⁵ Türk, “**Nevilerin Aynı Olması**” Koşulu, s.95- 96.

²²⁶ Türk, “**Nevilerin Aynı Olması**” Koşulu, s.95.

²²⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, **Ortaklıklar** s. 244.

itibaren yeni bir boyut kazanarak Prof. Hırş tarafından hazırlanan ve genel olarak İsviçre'den esinlenen tasarı 1956 tarihinde kabul edilerek bugünkü TTK oluşmuştur ²²⁸.

Türk hukuk sisteminin Anonim Ortaklıkları ile ilgili yapılanmasının geçtiği aşamaları tespit ettikten sonra bir de Türk vergi sisteminin konuya yaklaşımına bakmak uygun olacaktır. Gelir Vergisi²²⁹ Kanunundan sonra yapılan Kurumlar Vergisi, Türk Vergi Sisteminde geliri vergilendiren ikinci vergi türüdür; gelir vergisinden ayrı bir yasa ile düzenlenmiştir. Gerçek kişiler, bireysel işletmeler ve şahıs şirketleri dışında bir kısım tüzel kişilerle tüzel kişiliği bulunmayan bir kısım oluşumların gelirini vergilendiren KVK, Batılı ülkelerde I. Dünya Savaşı'ndan sonra yaygınlaşmış, Türkiye'de ise 1950 Reformu ile kabul edilmiştir ²³⁰.

Türkiye'de şirket birleşmeleri Avrupa ülkelerinde olduğu gibi(20'nci yy.lın ortalarında) Kurumlar Vergisi mevzuatının da kabulü kapsamında 1950'li yıllardan sonra özellikle kamu ve bankacılık sektöründe görülmeye başlamıştır. Daha çok zor durumda olan şirketlerin ekonomiye tekrar kazandırılması, kurtarılması amacıyla yapılmıştır. (Örnek:1959 yılında Tumsu Bank isimli banka, Türkiye Eski Muharipler Bankası ile birleşerek, Türkiye Birleşik Tasarruf ve Kredi Bankası adını almıştır. 1962'de zor durumdaki İstanbul Bankası ile Emlak Kredi Bankası birleşmiştir). Bu dönemde ithal ikamesi amacıyla yeni teknoloji elde etme çabalarının bir sonucu olarak yabancı şirketlerle birleşme örneklerine de rastlanmıştır.

Şirketleşmelerin yaygın olmadığı ve aktif bir sermaye pazarının bulunmadığı bu dönemde az sayıda da olsa görülmeye başlanan şirket birleşmelerinin sebebinin, ABD'deki gibi ekonomide oluşan iniş çıkışlara bağlı olarak, borsada işlem gören şirket hisse fiyatlarının da bir dalgalanma göstermesi olduğu düşünülemez ²³¹.

1980 sonrasında daha çok görülmeye başlayan şirket birleşmelerinin altında yatan nedenler 50'lerdekinden farklılık taşımaktadır. Bu nedenler;

Holdingler bünyesinde faaliyet gösteren şirketlerden herhangi birisinin zor duruma düşmesi sonucu aynı holding bünyesinde çalışan diğer karlı bir şirketle

²²⁸ Tekil, **Anonim Şirketler**, s. 16.

²²⁹ RG. 6.01.1961, S. 10700

²³⁰ Öncel/Kumrulu/Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, 9.bs. Ankara: Turhan Kitabevi, , 2001, s. 331, Kenan Bulutoğlu, **Türk Vergi Sistemi**, İstanbul, 1978, 6. bası, s. 277

²³¹ Sarıkamış, **Şirket Birleşmeleri**, s. 95.

birleşmesi durumu. Örnek; Pemko Profilo Elektrik Motorları AŞ'nin aynı holdinge bağlı Peg Profilo Elektrikli Gereçler Sanayi AŞ ile birleşmesi, Transtürk Holding'e ait Olmuk Mukavva'nın Sabancı Holding tarafından devir alınması ile oluşan Omluksa Mukavva Sanayi ve Ticaret AŞ adı altında 1982'de birleşmesi²³².

Bankacılık sektöründeki birleşmelerin yanı sıra, özel sektörde de birleşmelere rastlanmasına, uygulanan ekonomik politikaların etkisi olmuştur. Bu dönemde uygulamaya konulan istikrar tedbirleri ile dışa açılma, liberalleşme, serbest pazar ekonomisine geçiş teşvik edilmiş, bunun sonucunda birleşmeler daha bir önem kazanmıştır²³³.

Hatta Türk ve Yabancı şirketlerin birleşmeleri gündeme gelmiştir. Örnek; Lassa'nın Japon firması Bridgestone ile 1988'de birleşmesi, Alarko Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Carrier'ın birleşmesi, Kerevitaş ile Alman Schöller'in birleşmesi²³⁴.

Yine de Türkiye'deki şirket birleşmelerinin, diğer ülkelerdeki örneklerle karşılaştırıldığında oldukça düşük seviyelerde kaldığı görülmektedir. Halka açık şirketlerin azlığı, aile şirketi şeklinde yapılanma, şirket kültürleri arasındaki farklılıklar, kayıt dışı ekonomik faaliyetler, finansal tabloların yatırımcı için yeterli ve güvenilir olmaması, dünyada uygulanan LBO' nun ve MBO'nun Türkiye'de bazı hukuki ve finansman sıkıntıları nedeni ile uygulanamamış olması vb. şirket birleşmelerinin sayısının artmasını engelleyen başlıca nedenlerdir²³⁵.

II. Bölünme

A. Amerika Birleşik Devletleri

Birleşmelerde kurumsal anlamda büyüyerek hakim olunan pazar alanının genişletilmesi hedeflenilmiş olmasına rağmen, şirketler çoğunlukla faaliyetlerini düşürerek küçülme yoluna gitmek zorunda kalmışlardır. Bu ihtiyaç, öncelikle yöneticiler ile hissedarlar arasındaki çıkar çatışmalarından kaynaklanan ihtilaflardan doğmuştur.²³⁶ Bunu takiben firmanın bir bölümünde sürdürdüğü faaliyetinin çok basit ya da acınacak kadar yetersiz hale gelmesi, firmanın gelecek planlarına uygunluk arz

²³² www.ticareticili.gov.tr/index_giris.php

²³³ Hüseyin Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, İstanbul: Yaylın Matbaası, 1997, s.32- 33.

²³⁴ TTSG 01.10.1998, S. 4639

²³⁵ TUSİAD, **TUSİAD Görüşleri Dizisi**, Nu. 2 "Birleşme ve Devralmalar", Aralık 1999, s. 1.

²³⁶ Weston/Chung/Hoag, s. 223; Gaughan,s. 396

etmemesi nedeniyle ortaya çıkmış ve aktifte kayıtlı varlıkların daha verimli kullanılabileceği faaliyet yerlerine taşınması şeklinde bir yeniden yapılandırma ile sonuçlanmıştır. Daha önceden yapılmış başarısız bir birleşme operasyonunun düzeltilebilmesi için de, yapılan bu birleşmenin önceki haline döndürülmek suretiyle yeniden yapılandırılması gereği bir zorunluluk halini almış olabilir. Yeniden yapılandırma işlemlerinin önemli bir diğer genel sebebi ise 1960'lardaki grup (conglomerate) birleşme dalgasının (merger wave) 1980'lere gelindiğinde terse dönmesidir²³⁷.

ABD'de 1980'lerin sonuna doğru dördüncü birleşme dalgasının (merger wave) hacimli yükselişi yavaşladığında, firmaların önceki genişleme hedeflerini tekrar gözden geçirmeye başladıkları, şirket bölünme ve hisse satışlarının da arttığı görülmüştür. Yüksek faiz ödeme baskıları finansman birleşmelerinin ve güç uygulanan satışların piyasada yer almaya başlamasına sebep olmuştur.

Bu şirketler için, borçlarını aşağıya çekebilmeye yardımcı olabilecek mevcut kurumsal birkaç yöntem arasından biri **ayırıştırma**, diğeri de **her şeyi satıp elden çıkarma** olarak ortaya çıkmıştır. Düzenli ve sorunsuz firmalar bile borcun baskısı veya faaliyet alanlarındaki kötü performansları nedeni ile ayırıştırma ve her şeyi satıp elden çıkarma işlemlerini şirket hisselerinin değerini artırmanın bir yolu olarak değerlendirmişlerdir²³⁸.

Kurumsal daralmanın farklı türleri düşünülerek, ayırıştırma kararının sonucunda geliştirilmiş bir yapılanmaya ulaşmak için öncelikle bir karar alma yöntemi oluşturulması gerektiği bilincine varılmıştır. Bu yöntemler birleşme hedeflerinin sonucunda hem her birleşen şirketin mevcut değerinin korunması, hem de oluşan yeni birleşimin değerinin artırılmasını sağlamaya yöneliktir. Genelde birleşen ve bölünen firmaların bu işlemlerin karşı tarafından bakar şekilde düzenlenmiş olmaları nedeni ile benzer bir inceleme şekline tabi tutulurlar. Yöntemler benzese bile, firmaların farklı ihtiyaçlarına ve beklentilerine göre her iki taraf farklı değerler ile pazara gelmektedirler.

Uygulamada seçilecek yeniden yapılandırma şekilleri hissedarların malvarlığını etkilemektedir. Kurumun değeri piyasadaki değerine ulaşamayıp bu değeri

²³⁷ Weston/Chung/Hoag, s. 223; Gaughan, s. 397.

²³⁸ Weston/Chung/Hoag, s. 223; Gaughan, s. 397.

vermekte başarısız olduğunda, bölümlere ayrıştırılıp, her bir parçasının bağımsız satılmak sureti ile değerlendirilmesinde kurumsal daralma hisse senedi fiyatlarının olumlu yönde etkilenmesine sebep olabilecektir.²³⁹

Bu durumdaki firma, kurumsal yeniden yapılandırmanın bir politikasını takip ederek hissedarların yatırımlarının değerini arttırmayı hedeflemelidir. Bir şirketin ayrıştırılması işleminin şirket ortaklarının varlıkları ve genel olarak ülke zenginliği üzerinde nasıl bir etki yaptığını incelemek ayrıştırma işleminin olumlu olup olmadığına karar vermek bakımından önem taşımaktadır. Araştırmalar, ayrıştırma kararı ile birlikte ana şirketin pay senedinin pazar değerinin arttığına işaret etmektedir. Nitekim ayrıştırmadan sonra ana ve ayrıştırılan şirketlerin pay senetlerinin pazar değerlerinde de artış gözlenmektedir.

Kurumsal yapılandırma şekilleri; **ayrıştırma, özvarlıkların parçalara bölünmesi, kar payı dağıtma şeklinde kısmi bölünme, sermaye paylarında azaltmaya sebep olacak şekilde kısmi bölünme ve tam bölünme** çeşitlerinden oluşmaktadır.

1. Ayrıştırma,

Dışarıda yer alan bir tarafa (üçüncü şahıslara) firmanın bir kısmının ayrıştırılarak satışıdır. Satıcı firma genellikle nakit, hisse senedi karşılığı ya da ikisinin birlikte olduğu şekilde ödemeyi tercih eder²⁴⁰.

2. Özvarlıkların Parçalara Bölünmesi

Ayrıştırmanın bir çeşidi olup, dışarıdan şirket özvarlığına yani hisseler taleple gelmesi sonucu, firmanın bir kısmının dışarıdaki bir bağlı şirkete ayrıştırılarak satılması işlemidir. Söz konusu satışta bağlı şirketin kontrolünün ana şirkete bırakılmasına gerek yoktur²⁴¹. Ayrıştırma sonucunda satıcı firmanın sahip olduğu paya göre yeni öz sermayeden yatırım hissesi olarak payları verilir. Özvarlıkların parçalara bölünmesi işlemi ile satıcı firmaya bağlı yeni bir statüde, bir hissedarlık temelinde kurulmuş yeni

²³⁹ Weston/Chung/Hoag, s. 224; Gaughan, s. 397.

²⁴⁰ Weston/Chung/Hoag, s. 224; Gaughan, s. 225, Martin D. Gingsburg, Jack S. Levin, Mergers, Acquisitions/Leveraged Buyouts, s. 201

²⁴¹ Weston/Chung/Hoag, s. 224; Gaughan, s. 231

hukuki bir yapı oluşmaktadır. Ayrıştırma şeklinde bölünen şirket farklı bir yönetim kadrosu ile ayrı bir firma olarak faaliyetini sürdürür²⁴².

3. Kar Payı Dağıtma Şeklinde Kısmi Bölünme

Yeni bir hukuki yapı oluşturulması söz konusudur. Yine, yeni hisse payları oluşturulur, ama bunlar hissedarlara oranlı bir esasa göre (pro rata basis) dağıtılır. Payların hisse oranlarına göre dağıtılması sonucu olarak, eski şirket hissedarları yeni şirkette de aynı oranda pay sahibi olurlar. Hissedarların önceki ile aynı olmasına rağmen, bölünen şirket kendi yönetimi ile ayrı bir şirket olarak faaliyetine devam eder. Bu şekildeki kısmi bölünmeler ile ayrıştırmaların arasındaki bir diğer fark ise, ayrıştırma işlemlerinin ana şirketin içinde fonların birleşmesi şeklinde(nakit ya da hisse senedi karşılığı veya iki ödeme aracının birlikte kullanılarak şirket hisselerinin transfer edilmesi ya da hisse senedi değiştirilmesi şeklinde)oluşurken, kar payı dağıtma şeklindeki kısmi bölünmelerde ana şirketten nakit alma suretiyle bir yapılanma oluşmaz.

4. Hisse Takası Şeklinde Bölünme

Ana şirketin bazı hissedarlarının hisselerini ana şirketteki hisselerinin değiştirilmesi (mübadlesi) suretiyle ana şirketin bölünen kısmına vermesidir. **Hisse takası şeklinde kısmi bölünme** (split-off) un bir çeşidi, ABD’de 1981 yılında “Dome Petroleum”’un Conoco adlı bir şirketin hisse senetlerini satın almak konusunda ilgilenmesi ve hisselerini petrol ve motor yağı konusunda faaliyet gösteren “Conoco for Conoco’s Hudson Bay” şirketinin hisseleri ile değiştirmek suretiyle almasıyla oluşmuştur.

5. Tam Bölünme

Firmanın bütünü sıra halinde serilerle kısmi bölünme şeklinde parçalara ayrılır. Bu işlemin sonucunda ana şirket varlığını daha fazla sürdüremez, sadece yeni oluşan şirketlere yerini bırakır (split-up). Şirketlerdeki hissedarlar, ana şirket hisselerini bölünen şirketlerin içerisinde yer alan bir ya da birkaç firmanın hisseleri ile değiştirmiş olmaları nedeni ile farklı olabilirler. Bazı hallerde ayrıştırma (divestiture) ve hisse değiştirme şeklindeki kısmi bölünme (spin-off) işleminin bir birleşimi meydana gelebilir. Örneğin: Trans World Airlines, Inc. (TWA) havayolu taşımacılığının sahipliğinin yaklaşık olarak % 20’sine eş gelen TWA’daki paylarını halka arz şeklinde

²⁴² Gaughan, s. 397.

satmıştır. Bu bir “kısmi halka arz” olarak adlandırılabilir. Geriye kalan hisseler TWA hissedarlarına dağıtmaya devam edilmiştir.

6. Her Şeyi Satıp Elden Çıkarma

Bu bölünme türü ise çoğu basit ayrıştırmalardır. Şirketler diğer satış şekillerini (spin-off veya equity carve-out gibi) takip ederek, şirket bünyesindeki özel faaliyet içeren bölümleri ayırmak, bunların şirket bünyesine kattığı yükten kurtulmak ve diğer hedeflerini başarıya ulaştırabilmek için bu yollara yönelebilmektedirler. Bu hedefler, mesela spin-off olarak adlandırılan işlemde olduğu gibi işlemlerin vergisiz yapılması olabilir.

Uygulamada ortaya çıkan en yaygın **ayrıştırma** şekli ana şirket bünyesindeki bir bölümün başka bir firmaya satılması şeklinde olandır. Bu işlem satan firma açısından bir daralma ve küçülme şekli olmasına rağmen, alıcı kurum için büyüme ve gelişme anlamındadır ²⁴³.

ABD’deki bu işlemlerin tarihi gelişimine bakacak olursak; 1960’ların sonlarında üçüncü birleşme dalgası esnasında toplam işlem sayısı içerisinde nispeten ufak bir yüzde oranı olarak ayrıştırma (divestitures) ve her şeyi satıp elden çıkarmaların (sell-offs) yer aldığı görülmektedir. Şirketlerin büyük ölçekli firmalar ile birleşerek, bu firmaların güçlerini geniş ölçüde kullanarak, birleşme sonrası oluşan şirketin hisse değerini yükseltmeye yönelik önemli genişleme ve büyüme şekilleri oluşturduğu o zamanlarda, faaliyetlerin ve şirketlerin küçültülmesi pek cazip gelmemiştir. Ancak bu genişleme, vergi yasaları ve diğer sınırlayıcı tedbirlerdeki ani değişikliklerin sonunda, borsanın da düştüğü bir dönemi takiben gelmiştir. Şirketler 1974- 1975 yılları arasındaki ekonomik durgunluk döneminin de şiddetlendirmesi ile daha önceden gerçekleştirilmiş bazı başarısız birleşme işlemlerini tekrar gözden geçirmeye başlamışlardır.

Düşen ekonomik talebin baskısı altında, nakit akışını güçlendirmek ve kaynak yaratmak için şirketler bünyelerinde yer alan faaliyetleri bölümlere ayırarak elden çıkarmak zorunda oldukları gerçeği ile karşı karşıya gelmişlerdir. Uluslararası rekabetin baskısı sonucunda oluşan 1960’lı yılların grup birleşmelerinin bazılarının

²⁴³ Gaughan, s. 397- 398.

birleşmelerden önce rekabetin olmadığı bir dünya pazarında tamamının satılması ile daha fazla verimli olduğu görülmüştür.

Birleşme trendindeki bu terse dönüş, ayrıştırmaların toplam işlemler içindeki payının % 42 'ye fırladığı 1971 yıllarının hemen başlarında erkenden görülmüştür. Bu yükseliş eğilimi, 1975 yılında, bir ekonomik durgunluk döneminde, ayrıştırmaların sayısının toplam işlemlerin % 54'lük kısmını oluşturduğu anda zirveye çıkmış, 1980'ler boyunca da % 35- % 40'lar arasında kalmıştır. 1990'larda ayrıştırmaların sayısı azalmış olmasına rağmen, **ölçek küçültme (downsizing)**²⁴⁴ ve **yeniden gözden geçirme (refocusing)** gibi önemli işletme stratejilerinin oluşması sonucu ayrıştırmaların toplam işlemlerin içindeki oranı aynı kalmıştır²⁴⁵.

1970- 1999 tarihleri arasındaki dönemde ortaya çıkan ayrıştırma hareketleri toplam işlemlerin ortalama % 40'ını (Thomson Financial Securites Data) teşkil edecek şekilde gelişmiştir²⁴⁶.

²⁴⁴ Bu bölümde ABD'de bölünme işlemlerinin tarihçesinin incelenmesinde yukarıda da bahsi geçen **“corporate downsizing” (kurumsal ölçek küçültme)** kavramının açıklanması uygun olacaktır: 1990-1991 yılları arasındaki durgunluk dönemi ve bunu takiben geri gelen güçsüzlüğün etkilerine şirketlerin cevabı olarak 1990 yıllarında kurumsal yapılandırmanın bir başka çeşidi oluşmuştur. Şirketler özellikle istihdam düzeyleri ile ilgili olarak genel giderlerini azaltmaya çabalamışlar ve ölçeklerini küçültmeye (downsize) başlamışlardır. 1990'lar bu yüzden çoğunlukla çalışanların binlercesini etkileyen büyük ölçekli işten çıkarmaların hangi önemli şirketler tarafından gerçekleştirildiğini gösteren büyük işten çıkarma duyurularının düzenli örneklerine yer vermiştir Bu ölçek küçültmenin etkisi, saat başına işçi çıktısı düşmesine rağmen, üretimde işgücü düştüğünde çıktı arttığı için, üretkenlik verilerinde bir yükseliş görülebilir. Şirketler, üretim güçleri yüksek olduğunda, uluslararası pazarlarda daha verimli olarak rekabet edebilme yetilerini kendi başlarına sağlayabilirlerken, ekonominin bozularak aşağı dönmesi durumunda bile kendileri pazardaki yerlerini koruyabilmektedirler. ABD'de şirketler özellikle üretim firmaları yüksek işçi maliyetleri ile Asya şirketlerinde olduğu gibi, yabancı imalatçıların yer aldığı çok zor bir rekabet ortamı içerisinde kendilerini bulmuşlardır. Rekabetçi ve periyodik dalgalanmalara bir cevap olarak işgücü yeniden yapılandırılmıştır. Şirketlerin kırılma noktasını düşürmesi için işgücünün ve diğer maliyetlerin yeniden yapılandırılmasının denenmesi gerekmektedir. Daha düşük bir kırılma noktasıyla, maliyetlerin düşüklüğünü kapatabilmek için gelirlerin riski yetersiz olmaktadır. Bu, ağır malzeme imalatçıları ve otomobil imalatçıları gibi sermaye ağırlıklı şirketler için özel olarak önemlidir. Gaughan, s. 426.

²⁴⁵ Gaughan, s.399.

²⁴⁶ De Pamphilis, s. 530.

Birçok ayrıştırma, önceden gerçekleşen birleşmelerin sonrasında satılarak elden çıkarılması(sell-offs) işleminin sonucudur. Nitekim birleşmeler ve onu takiben yapılan ayrıştırma işlemlerinin rakamsal verilerinin incelenmesinde ²⁴⁷ bu dönemdeki ayrıştırma işlemlerinin neredeyse birleşmeler seviyesinde seyretmesinin sebebi o döneme kadar yapılmış olan birleşmelerin hüsrarla sonuçlandığı inancının yerleşik olmasından kaynaklanmaktadır.

Birleşme faaliyetlerinin şiddetli bir dönemi olan 1960'ların sonlarında bariz bir şekilde zirvede olduğu açıklanan birleşmeleri, 1970'lerin hemen başlarında ayrıştırma dalgasında oluşan zirve takip etmiştir. Borsada oluşan performansın ayrıştırma işlemlerinin artış hacminin belirlenmesinde önemli bir rol oynadığı görülmüştür. Linn ve Rozeff 1966, 1969 ve 1973- 74 yılları gibi borsanın düştüğü dönemlerde kullandıkları gerileme analizi ile ayrıştırma oranları aşağıya düştüğünde, tahmin edilerek verilmiş bulunan önceki birleşme oranlarının ne olduğunu göstermiştir. ²⁴⁸ Bu analize göre; pazarda performans iyi olduğunda ayrıştırmaların sayısı artmaktadır. Bu inceleme 1990'larda ayrıştırma sayısındaki artışlar ile borsanın yükselişini içermektedir. 1980'lerin sonlarında şirket devir ve birleşme faaliyetleri düştüğünde, kısmi bölünmeler (spin-offs) ve ayrıştırmaların (divestitures) arttığı görülmektedir. Bununla beraber, 1990'lı yılları hızlandıran beşinci birleşme dalgasında toplam işlemlerin içerisinde yüzde payı düşmesine rağmen, her şeyi satıp elden çıkarmaların (sell-offs) sayısının artmaya devam ettiği görülmüştür.

Birleşme ve devralma sırasında Michael Porter'ın tarafından 1950'den 1986'ya kadar olan dönem esnasında gerçekleştirilen devralma şeklindeki birleşmeler ile ilgili araştırması, numune olarak seçtiği 33 adet birleşme gerçekleştiren ve yeni sanayilere getirilen bu birleşmiş firmaların birleşme operasyonları sonrası % 53'ünün ayrıştırma ile sonuçlandığını göstermektedir ²⁴⁹. Porter bu kanıtın temelinde de kurumların devir alma şeklindeki birleşmelerin ümit kırıcı (dismal) olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuçların

²⁴⁷Number of Divestitures, 1965- 1998", **Source: Mergerstat Review**, 1989, 1998,Mergerstat Review için bkz.

Patrick A. Gaughan "Mergers, Acquisitions, And Corporate Restructurings", John Wiley& Sons, Inc. Second Edition, 1999, USA, s. 399.

²⁴⁸ Gaughan, s. 399.

²⁴⁹Michael Porter, "From Competitive Advantage to Corporate Strategy", **Harvard Business Review**, (May-June 1987), s. 43- 59.

Ravenscraft ve Scherer tarafından da, 1960- 1970 yılları arasında gerçekleştirilen devir alma şeklindeki birleşme işlemlerinin %33'ünün sonradan ayırtırmayla sonuçlandığına işaret etmektedirler.

Bir diğer araştırmacı yazar Fred Weston ise olaya farklı yaklaşmaktadır. Örneğin, ayırtırmaların hissedar değerini artırmaya yöneldiği ve böylece hissedarlar için servet artırıcı etkileri olduğuna dikkat çekmekte, sadece hatalı birleşmelere çare olmaları için değil, çeşitli başka sebepler için de ayırtırmaların meydana geldikleri yönünde düşüncelerini ortaya koymaktadır. Örneğin, ayırtırmalar ilk birleşme zamanında pazarda mevcut olmayan ancak firmanın yeni bir strateji takip etme arzusu ile mümkün olabilen yeni fırsatların geliştirilmesi ile kurumu motive edebilir ²⁵⁰.

Kısmi bölünmeler (spin-offs) ise **kurumsal ölçek küçültme** şekillerinin en popülerlerinden biri olmuştur.1992 yılından beri de popülerliği artıp gelişmiştir. Bu gelişme kısmen şirketlerin henüz gerçekleşmemiş hisse senetleri fiyatlarının iç piyasa değerlerine getirilebilmesi için serbest bırakılması yönündeki yatırımcıların yaptıkları baskı ile kısmen ateşlenmiştir. 1996 yılında ortaya çıkan kısmi bölünme işlemlerinin (spin-offs) kaydi sayısı, 3. 4 milyar \$'lık hacim ile kayıtlara geçmiş bulunmaktadır.1997 yılında da kısmi bölünmelerin işlem sayısı nispeten yüksek seviyelerde mevcut kalmıştır²⁵¹.

Geniş ölçekli kısmi bölünme işlemlerinin en klasik örneği, 1995 yılında ITT'nin 12. 4 milyar \$'lık uluslararası grup birleşmesi şeklindeki oluşumunun aktif değerlerinin üç ayrı yapıya bölünmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Bu kısmi bölünme işlemi, önceden grup birleşmesi şeklinde gerçekleştirilmiş bir kurum birlikteliğinin, seneleri takiben şirket hisse senedi fiyatlarının yönetimin gerçekleşmesini arzu ettiği seviyelere ulaşip kalamaması nedeni ile devralma şeklinde birleşilen firmanın 10 yıllık döneminin sonunda yapılmıştır ²⁵².

Mecburi kısmi bölünme (involuntary spin-offs) işlemlerinin en klasik örneği ise, AT&T' nin operasyon şirketlerinin 1984 yılında gerçekleştirdiği dev gibi büyük (mammoth) kısmi bölünmesidir. Esasen 1974 yılında DOJ (Adalet Bakanlığı) tarafından

²⁵⁰ Gaughan, s. 401.

²⁵¹ Gaughan, s. 408

²⁵²Gaughan, s. 408- 409.

açılan anti tröst davanın sonucunda hükümet ve AT&T büyük haberleşme şirketinin dağıtılmasının sağlanması için bir anlaşmaya varmışlardır. 01.01.1984 yılından itibaren geçerli olmak üzere yapılan bu anlaşma ile AT&T'nin içinde yer alan yedi bölgesel holding şirketinin içerisinde 22 faal şirketin oluşturularak bölünmek suretiyle yeniden organize edilmesi sağlanmıştır²⁵³. Bu holding şirketleri yerel haberleşme hizmetlerinden ve yeni AT&T de uzun mesafeli haberleşme hizmetlerinin sürdürülmesinin sağlanmasından sorumlu olacaktır. Kısmi olarak bölünme sonucunda oluşan 22 operasyon şirketinin ortakları bölünme öncesindeki AT&T şirketinin ortakları ile aynı hisse sayısına sahip olacak şekilde oluşturulacaktır. Bölünme işlemi sonrasında oluşan şirketin ortakları da halen onlar olacaklardır. Bu bölünme çok önemli bir yönetim sorunu oluşturmuştur. Binlerce çalışan işçi, hisselerin transferi ve kaydedilmesi sürecinde işinden çıkartılmıştır. Hisselerin dağıtımı ve evrakların düzeltilmesi için Jaksonville-Florida'da özel bir idare merkezi kurulmuştur²⁵⁴. 1984 yılında gerçekleştirilen AT&T'nin kısmi bölünmesi işlem ölçüsünün şeffaf bir şekilde görünmesi için verilmiş, mecburi kısmi bölünme işlemlerinin aşırı uç bir şekilde örneğidir. Bu bölünme ABD'deki haberleşme endüstrisinin yapısında dramatik değişikliklere sebep olmuştur. Bununla beraber, kısmi bölünme işlemlerinin çoğu bu büyüklükte olmayıp, bir emredici düzenlemeye de muhatap değildir. AT&T 1995 yılında tarihi yeniden tekerrür ettirerek, hisse değiştirme esaslı üç yollu kısmi bölünme işlemi sonucunda üç ayrı firmaya ayrılmak sureti ile tekrardan kısmi olarak bölünmüştür

²⁵⁵.

B. Avrupa

Birleşmenin arzu edilmeyen sonuçlar doğurması halinde, bu yoldan dönmeyi mümkün kılacak veya kurumların ekonomik gereklilikler çerçevesinde yeniden yapılanmasını sağlayabilecek bölünme esaslarının kanunlaştırılması gerekliliğine yönelik en önemli girişimlerden bir tanesi Bölünme Yönergesinde yer alan hükümlerdir

²⁵⁶.

²⁵³ Gaughan, s. 409.

²⁵⁴ Gaughan, s. 409.

²⁵⁵ Gaughan, s. 409.

²⁵⁶ 17.12.1982 tar. ve 82/891 sy bu direktif OJ'nin 31.12.1982 tar. ve L 387/47 sy. nüshasının 47 vd. s. larında yer almaktadır.

Söz konusu direktif; birleşme bir sermaye şirketinin diğer bir sermaye şirketine devri iken; bölünme bir sermaye şirketinin birden fazla sermaye şirketine devri olması gerekçesinden hareketle, Birleşme Yönergesi hükümlerine atıfta bulunarak düzenlemeler yapmıştır²⁵⁷.

Bu kapsamda topluluk ülkeleri 90/434 sayılı. “**Birleşmelere, Bölünmelere, Malvarlığı Devirlerine ve Hisse Değişimlerine Uygulanacak Ortak Vergileme Sistemi Hakkında Konsey Direktifi**” (Ortak Vergileme Yönergesi) ni esas alarak bölünmeye ilişkin düzenlemeleri ya mevzuatlarına dahil etmişler ya da mevzuatlarını direktife uygun olarak düzenlemek yoluna gitmişlerdir.

Söz konusu Yönerge kapsamında yapılan düzenlemeler yeniden yapılanmada ortak vergilendirme koşullarını içermekte olup, bölünme işlemlerinde devredilen mal varlığı ve borçların gerçek değerleri ile onların vergiye esas değerleri arasındaki farktan hareketle hesaplanan sermaye kazançlarının, bölünme işlemi dolayısıyla ortak olunan şirketin ortağına, devralan veya ortak olan şirketin sermayesini oluşturan hisse senetlerinin verilmesi (hisse senedi takasları da dahil olmak üzere) sonucu, ortağın elde edeceği değer artış kazancının (ortağın, hisse senetleri için bölünmeden hemen önce sahip oldukları değerden daha yüksek vergisel amaçlı bir değer atfedemeyeceği şartı ile).herhangi bir vergilemeye yol açmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Böylece üye ülkeler arası bölünme işlemlerinde vergi etkisi olmaksızın işlemlerin gerçekleştirilmesine imkan tanınmış, ülkelerin de iç mevzuatlarını bu esaslar çerçevesinde düzenlemeleri gerektiğine yer verilmiştir. Söz konusu direktiften sonra üye ülkeler arası bölünme işlemleri yoğunluk kazanmıştır.

C. Türkiye

KVK’ nin birleşme ve devirle ilgili hükümleri 1950’den beri gelmesine rağmen²⁵⁸, KVK’ ye vergisiz sona ermeye ilişkin yeni bir düzenleme olarak eklenen (4684 sayılı Kanun ile) “**bölünme ve hisse değişimi**” ile ilgili esaslar ilk defa 2001 yılında düzenlenmiştir.

²⁵⁷ 23.07.1990 tar. ve 90/434 sy. Birleşme, Bölünme, Sermaye Taahhüdü ve Hisse Senedi Değişimlerinin vergisel sonuçlarını uyumlaştırmak için çıkarılan Direktif ATRG’ sinin 20.08.1990 tarih ve L 225/1 sy nüshasının 1 vd. s. larında yer almaktadır.

²⁵⁸ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s. 723 ya da Akay, **İşletme Birleşmeleri**,s.32- 33.

Kanun gerekçesinde **Türk Vergi Kanunları Gerekçeleri** ²⁵⁹ , şirketlerin yeniden yapılanmalarına olanak tanımak ve AB mevzuatı ile uyum sağlamak amacı ile getirildiği açıklanan bölünme, söz konusu madde değişikliği ile tam ve kısmi bölünme olarak mevzuatta yerini almıştır²⁶⁰ .

²⁵⁹ Ankara: T.C. Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, Aralık 2002, s.723.

²⁶⁰ Bu konu Üçüncü Bölümde ayrıntılı olarak incelenmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

3. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİ

I. Birleşme

A. Amerikan Hukuku

ABD modern dünyanın en önde gelen ekonomilerinden biridir. Federal bir yönetim sisteminin benimsendiği bu ülkede federal (birleşik) devlet, eyaletler ve yerel yönetimlerden oluşan bir idari yapı kademelenmesi bulunmaktadır.

Ortaklık yoğunlaşmalarında piyasa temelli yaklaşımın esas alındığı “Common Law” (İngiliz Müşterek Hukuku-Anglo-Sakson Hukuk Sistemi), Birleşik Amerika’da federe devletler hukuku içinde yer alan iktisadi gayeli “corporation”lar ile ilgili uygulamaya ışık tutmuştur. Birleşik Amerika’da corporation’lara özgü hukuk kaynakları, federal veya yöresel kanunlar dışında az sayıda hükümler taşıyan, şirketin işleyişini ayrıntılı olarak düzenleyen ve İngiliz hukukundaki “articles of association”a benzeyen “by-laws” hükümleridir²⁶¹. Amerikan hukukunun büyük özelliği, yönetime esas mukavele ile tanınmış geniş yetkililerdir. Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Act-SA) ve Menkul Kıymetler Borsa Kanunu (Securities Exchange Act-SEA)²⁶² ile kamuyu aydınlatma ilkesi Amerikan hukukunda geniş ölçüde uygulanır niteliktedir. Birleşik Amerika hukukunun diğer özellikleri; çıkarılmış sermaye ve müsaade edilmiş sermaye sisteminin uygulanması sayesinde yöneticilerin belirli bir tavana kadar sermaye artırımını formalitelerine girmeksizin yeni hisse senedi çıkararak fon toplama kolaylığına sahip bulunmaları, değiştirilebilir tahvil çıkarılmasının güven altında gerçekleştirilebilmesi ve denetimin dışardan profesyonel ve yeminli hesap komiserlerince yapılmasıdır²⁶³.

1. Sarbanes-Oxley Act

Amerika Birleşik Devletlerinde ticaret hukukunun kapsamı Türk hukuku ile karşılaştırma yapmaya olanak bırakmayacak kadar değişiktir. Bu tespit federal

²⁶¹ Tekil, “Anonim Şirketler” s. 21-22

²⁶² Gaughan, s. 62.

²⁶³ Tekil, “Anonim Şirketler” s. 21- 22.

nitelikteki Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code) bakımından da geçerlidir. Amerika Birleşik Devletlerinde anonim şirketleri karşılayan “corporation” hukuku ile ilgili en ilgi çeken düzenleme ünlü Enron ve Worldcom skandallarından sonra çıkarılan Sarbanes-Oxley Act (SOA)’tır. Sarbanes-Oxley Act (Sarbanes-Oxley Kanunu) Avrupa’yı da etkilemiştir. SOA’nın hedefleri şöyle özetlenebilir:

- 1) Şirket yönetimi daha çok hesap verir duruma getirilmelidir.
- 2) Şeffaflık artırılmalı, düzeyi yükseltilmelidir.
- 3) Şirketleri gözeten kamu kurumlarının ve bağımsız yetkililerin görev ve yetkileri artırılmalıdır.
- 4) Şirket yönetimi, denetçisi ve danışmanları arasındaki menfaat ihtilafları ortadan kaldırılmalıdır.
- 5) Denetçi daha güçlü bir konuma getirilmeli, denetleme kuruluşlarını da denetleyen bir kurum hayata geçirilmelidir.
- 6) Muhasebe standartları geliştirilmelidir.
- 7) ABD’de SPK’yı karşılayan kurum olan Securities Exchange Commission’un gücü daha etken duruma getirilmelidir.

SOA, Amerika ve Avrupa literatüründe kurumsal yönetim kurallarına somutluk kazandıran, muhasebe standartlarında hesap verilebilirliği, karşılaştırılabilirliği ve şeffaflığı daha ileri noktalara götürmeyi amaçlayan, bağımsız ve sonuç alıcı ve sadece amaca uygun denetime odaklanan ve hedefleyen bir reform olarak nitelendirilmektedir. Anılan üç konu yanında SOA borsa şirketlerinde, yani Avrupa’daki terimle hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerde denetim komitesini, yürütücü nitelikte kararlar alan yönetim kurulu üyelerini ve diğer temsilcileri güçlendiren hükümlere yer vermiştir. SOA ayrıca denetçilerin denetime özgülenip müşterilerine diğer hizmetleri sunmaktan engellenmeleri, denetimin gözetim altında tutulması ve cezai yaptırımların artırılması konularına odaklanmıştır.

SOA, finansal pazarlardaki krizler sonucunda şirketlerin hantal bünyelerinden kurtulmasını sağlayan ve kurumsal yönetimin yeni oluşumundaki liderlik gücünü pekiştiren bir düzenleme olmuştur. Bu kanun ile getirilen “kurumsal yönetim” (corporate governance) , işletme yönetimi ve denetim uzmanlarının, toplum güvenini yeniden kazanabilmek amacıyla yaratmış oldukları bir bilgi sistemi ve haberleşme yaklaşımıdır.

Devletin rekabetin korunması amacıyla, iktisadi yoğunlaşmaların getirdiği problemlere karşı piyasaya müdahale etme gereği ise rekabet kanunlarını doğurmuştur²⁶⁴.

Şirket birleşmelerinin yapılabilirliği anti-tröst yasa ve düzenlemeleri ile sınırlandırılmıştır. Birçok anti-tröst yasası, firmaların birleşmeye doğru giderken birleşme işlemi nedeniyle karşılaşacağı rekabeti azaltarak firmaları korumak için düzenlenmiştir. Birleşen firmaların çoğu devletin araya girmesi olasılığı nedeniyle anti-tröst alanlara girmeye teşebbüs edemezlerken, diğer birleşen firmalar ise, hükümetin birleşen firmaya karşı çıkmak, engel olmak niyetinde olduğunun açıkça belli olduğu zamanlarda tereddüt etmişlerdir. ABD Hükümeti, 1890'dan itibaren birleşmelerdeki anti-tröst uygulamalarında birçok kez tutumunu değiştirmiş²⁶⁵, bunun sonucu olarak da şirket devir ve birleşme işlemleri ile ilgili birçok kanun düzenlemiştir. Bunlar; Securities Exchange Law- Menkul Kıymetler Borsa Kanunu, Antitrust Laws-Antitröst Kanunları ve State Corporation Laws- Devlet Kurum Kanunları şeklinde üç ana grup altında toplanabilir²⁶⁶.

Şirket birleşme süreçleri için belirlenen hükmedici kurallar ve getirilen yasalar aşağıdaki şekilde bir seyir izlemiştir²⁶⁷.

2. Sherman Act

Rekabete ilişkin ilk yasal düzenleme fikri 19'uncu yy.ın ortalarında ABD'de ticari hayatta tröstleşme eğilimlerinin artması üzerine tartışılmaya başlanmıştır²⁶⁸. Hazırlayan Senatörün adıyla anılan **Sherman Yasası (Sherman Act)** 1890 yılında Kongre'de kabul edilmiş ve ABD'nin ilk federal rekabet yasası yürürlüğe girmiştir. Senatör Sherman Kongre'de bu yasanın hazırlanış gerekçesini açıklarken; “Biz nasıl ki siyasal yönetim biçimi olarak siyasal erkin tek elde toplandığı monarşi düzenini reddedip, çoğulcu, demokratik bir yönetim biçimini benimsemişsek, bu anlayışın doğal

²⁶⁴ Gaughan, s. 86, Uğur, s. 127

²⁶⁵ Gaughan, s. 86; Uğur, s. 127.

²⁶⁶ Gaughan, s. 61- 62.

²⁶⁷ Amerikan hukununda şirket birleşmelerinin vergilendirilmesi hakkında bkz., S. Selman Tunal, “**Genel Hatları ile Amerika Birleşik Devletlerinde Şirket Devir ve Birleşmelerinin Vergi Boyutu**”, Vergi Dünyası Dergisi, Ağustos 2000, Sayı 228.

²⁶⁸ Foster Reed/Reed Lajoux, s. 910; Gaughan, s. 87.

sonucu olarak ticari hayatta da piyasaya hakim olan tekel ve tröstlere karşı çıkmalıyız.” demiş ve bir anlamda rekabetin korunması ve gelişmesine ilişkin düzenlemelerin yalnızca ekonomik gerekçelere dayanmadığının altını çizmiştir²⁶⁹.

Amerikan Anti-tröst Hukuku’nda, birleşme ve devralmaların denetimi Sherman Yasası’nın çıktığı ilk yıllarda, AB Hukuku’ndakine benzer bir şekilde, söz konusu Yasa’nın 1’inci ve 2’nci maddeleriyle sağlanmaya çalışılmıştır. Diğer ülkelerden farklı olarak ABD’de birleşmelere, özellikle de yatay birleşmelere karşı güçlü bir politika oluşturulmuştur. **Sherman Kanunu’nda (md. 1, 2)** rakipler arasındaki rekabeti kaldıracak her birleşme yasaklanmıştır. Hatta birleşme, fiyatların düşmesi ya da başarısız teşebbüslerin kurtarılması gibi olumlu sonuçlara sahip olsa bile, Kanun herhangi bir istisnaya yer vermediğinden bu tür birleşmelerin de genel yasak çerçevesinde mütalaa edileceği belirlenmiştir²⁷⁰.

Birleşmelerin hassasiyetle yasaklanmasının sebebi, piyasaların rekabet yapısının, bir anlamda da kamu menfaatlerinin korunmasıdır. Nitekim 1895- 1904 döneminde özellikle ağır sanayi sektöründe birçok yatay konsantrasyonlar (birleşme) oluşmuş ve 1899 yılında zirveye çıkan bu birleşme hareketi dalgası 1903 yılı sonundaki ekonomik sıkıntı nedeni ile son bulmuştur²⁷¹.

3. Clayton Act

Rekabetin yatay veya dikey anlaşmalar ve uygulamalar yoluyla kısıtlanmasını ve tekelleşmenin yasaklanmasını düzenleyen Sherman Kanunu’nun 20’nci yüzyılın başında görülmeye başlayan birleşme/devralma dalgası karşısında yetersiz kalması üzerine, 1914 yılında daha etkin hükümler içeren **Clayton Kanunu (Clayton Act)** ve **Federal Ticaret Komisyonu Kanunu (Federal Trade Commission Act)** kabul edilmiştir²⁷². **Clayton Kanunu’nun özellikle 7’nci md. si birleşme ve devirler ile ilişkilidir.** Federal Ticaret Komisyonu Kararı ile de Federal Ticaret Komisyonu’nun (Federal Trade Commission-FTC) kurulması öngörülmüş ve Clayton Kanunu’nun uygulanması görevi de adı geçen Komisyona verilmiştir. Komisyon, Kanuna aykırı bir rekabet uygulamasının varlığını öğrendiğinde resen harekete geçmekte ve ilgilileri

²⁶⁹ Gaughon, s. 86

²⁷⁰ Weston/Chung/ Hoag, s. 9 ve 580; De Pamphilis, s. 59; Gaughan, s. 87.

²⁷¹ Weston/Chung/Hoag, s. 8- 9; De Pamphilis, s. 27; Gaughan, s. 21, 23.

²⁷² De Pamphilis, s. 59- 60; Gaughan, s. 26; Weston/Chung/Hoag, s. 580.

"soruşturma" kapsamına almaktadır. Komisyonun esas görevi, ticari faaliyetlerde rekabet kurallarına aykırı uygulamaların önlenmesi olduğundan, geniş yetkilerle donatılmıştır²⁷³.

4. Securities Act

İlk olarak 1933 yılında “**Menkul Kıymetler Kanunu**”- (**Securities Act-S.A.**) ile halka satışa sunulacak hisse senedi işlemlerinin kuralları belirlenmiştir. Bunu takiben 1934 tarihli “**Menkul Kıymetler Borsa Kanunu**”-(**The Securities Exchange Act-S.E.A**) ile kurulmuş olan “**Sermaye Piyasası Kurulu-(Securities and Exchange Commission-S.E.C.)**” tarafından şirket devir almalarının, pay senedi transferleri ve sermaye artırımlarının yasanın öngördüğü genel kurallara göre yapılması sağlanmıştır.²⁷⁴

5. Robinson-Patman Act/Celler-Kefauver Act

1936 yılında ise **Robinson-Patman Yasası (Robinson-Patman Act)** ile fiyat ayrımcılığı konusunda yeni bir düzenleme yapılmıştır²⁷⁵. Ancak mevcut Yasa’nın da, sadece sermaye hisselerinin alımı veya devri yoluyla birleşmeleri yasaklaması ve malvarlığının devrini yasaklamaması ve ayrıca sadece aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki konsantrasyonları kapsaması, etkisiz kalmasına yol açmış ve bu nedenle 1950 yılında **Celler-Kefauver Yasası** kabul edilerek, konsantrasyonlar hakkındaki 7’nci md. de değişiklik yapılmıştır²⁷⁶.

Bu şekilde 1950 ve 1960 yıllarında, yasama alanında yapılan diğer düzenlemelerle rekabet hukuku ve özellikle birleşmeler alanındaki mevzuat takviye edilmiştir²⁷⁷.

6. Williams Act

1960 yıllarından sonra “teklif verme” yolu ile şirket devir almalarının yoğunlaşması, teklif veren ve hedef şirketlerin ortaklarına şirketlerle ilgili daha detaylı bilgi verilmesi ve bu tür birleşmeleri belirli kurallara bağlama gereği 1967 yılında S.E.C.’in yasal boşluklarının doldurulması önerisi üzerine Temmuz 1968 yılında

²⁷³ Gaughan, s. 87- 90; Weston/Chung/Hoag, s. 580.

²⁷⁴ Weston/Chung/Hoag, s. 532- 533 ve 534; De Pamphilis, s. 55; Gaughan, s. 27- 28.

²⁷⁵ De Pamphilis, s. 55.

²⁷⁶ Weston, Chung ve Hoag, pg.12; Gaughan, s. 30 ve 89.

²⁷⁷ Areeda/Kaplow, s. 792 vd. ; Lieberman/Siedel, s. 577.

“**Williams Yasası**” kabul edilmiştir. Yasa ile 1933 (S.A.) ve 1934 (S.E.A) yıllarında çıkarılan sermaye piyasası kanunlarının S.E.C tarafından tek bir kanunda toplanması (Williams Yasası) sağlanmıştır. Halka arz etme yolu ile satılacak bütün hisse senetlerinin hükümet tarafından kaydedilme zorunluluğu gibi bir dizi değişiklik ve ilave kanun maddeleri getirilmiştir²⁷⁸.

Amerikan Hukuku’nda da, birleşmelerin denetimi Clayton Yasası ile sağlanmakla beraber; Sherman Yasası’nın rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin olan 1 inci md. si ve monopolleşmeye ilişkin olan 2 inci md. si, sınırlı olarak uygulanma kabiliyetini haizdir²⁷⁹.

1967- 1968 döneminde piyasada yatay yoğunlaşmaların (birleşme) artış gösterdiği görülmüştür. Özellikle Amerikan doktrini ve uygulamasında, konsantrasyonlar (birleşme), dikey, yatay veya karma özelliklerine göre değerlendirilmekte ve hukuka aykırılık da genel olarak bu ayırımı göre tespit edilmektedir²⁸⁰.

Ancak, Amerikan Anti-tröst Hukuku’nda, karma konsantrasyonlara (birleşme) karşı daha ihtiyatlı bir tutum sergilendiği görülmüştür. Özellikle, konsantrasyona ekonomik açıdan güçlü bir teşebbüsün taraf olması ve piyasalardaki muhtemel yoğunlaşma eğilimi gibi faktörler, rekabet üzerindeki olumsuz etkinin gerçekleştiğinin göstergesi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca konsantrasyona taraf olan teşebbüsler arasındaki karşılıklı ticari ilişkilerin de, bazı hallerde dışlayıcı etki yaratarak rekabetin azalmasına yol açabileceği genel olarak ifade edilmektedir²⁸¹.

7. Hart-Scott-Radino Act

1976 yılında **The Hart- Scott- Radino Antitrust Yasası (Hart-Scott-Radino Act)** ile şirket birleşmelerine getirilen bazı belirleme ve düzenlemeler çok daha erken tarihlerde oluşturulmuş olan Sherman Yasası ve Clayton Yasası’na eşit önemlilikte bazı tespitler içermektedir²⁸². Bu kanun ile “Federal Ticaret Komisyonu -FTC” ve “Adalet Bakanlığı -DOJ” birleşmeye giden firmalara daha fazla fırsat verir bir yaklaşım içine

²⁷⁸ De Pamphilis, s. 56- 58, 83- 84; Gaughan, s. 62- 64; Weston/Chung/Hoag, s. 534.

²⁷⁹ Lieberman/Siedel, s. 564.

²⁸⁰ Lieberman/Siedel, s. 580 vd.

²⁸¹ Lieberman/Siedel, s. 582- 583.

²⁸² Weston/Chung /Hoag, s. 580- 581; De Pamphilis, s. 60- 61; Gaughan, s. 89- 90.

girmişlerdir²⁸³. Birleşme için bu özelliklere sahip olan taraflar birleşme kararını DOJ ve FTC' ye bildirmek zorundadırlar. Birleşmenin tamamlanabilmesi için ilgili makamların belirlediği bekleme süresinin geçmesi gerekir.

ABD'de birleşmelerle ilgili bu hükümler DOJ, FTC ve rekabetin sınırlandırılmasından zarar görenlerin talebiyle harekete geçirilebilir nitelik taşıyor hale gelmiştir. FTC tüzük ve yönetmelikler çıkarmak suretiyle birleşme işlemlerini belirli şartlara tabi kılabilme yahut söz konusu düzenlemelere aykırı olan birleşmeleri yasaklayabilme yetkisine sahip olmuştur²⁸⁴.

8. The Antitrust Procedure Improvement Act

ABD'de 1980'de çıkan Anti-tröst Prosedür Geliştirme Yasası (The Antitrust Procedure Improvement Act) ile de birleşme öncesi yapılması gerekli bildirimler ve devir şeklinde birleşmelerdeki ilgili mevzuat ve düzenlemeler belirlenmiş bulunmaktadır. ABD'deki ticaret hayatında birleşmeyi hedefleyen yerli ya da yabancı firmaların FTC ve DOJ ile gerekli olan ölçüde beraber hareket etmelerinin en uygun yol olacağı açıktır.

Görüldüğü üzere; ABD.'de şirket devir almalarının piyasaları olumsuz etkilenmesini önleme amacı ile çıkarılmış yasaların uygulamaya konulması ilgili mahkemeler tarafından gerçekleştirilmektedir. Şirket birleşme kararlarının şirket yönetimleri tarafından "Adalet Bakanlığı"na ve "Federal Ticaret Komisyonu"na bildirilme zorunluluğu vardır. Bu merciler birleşme niyetlerini inceleyerek gerekli görürlerse birleşmenin önlenmesi için konuyu mahkemeye taşırlar. Bir eyalette yapılacak şirket birleşmesi sadece o eyaletin ticaretini etkiliyorsa eyaletin "Baş Savcısı (Attorney General)" tarafından olay mahkemeye yansıtılır²⁸⁵.

9. The EC –USA Competition Laws Co-operation Agreement

ABD bu ülkede kurulu olmayan, fakat bu ülkedeki faaliyet hacimleri önemli boyutlarda olan yabancı ülke şirketlerinin birleşimlerini dahi incelemeye alma girişiminde bulunmuştur. Bu girişim Avrupa ülkelerinin karşı çıkışları ile

²⁸³ Belirlenen bir takım eşikler ile birleşmek isteyen şirketlere kolaylık sunulmuştur. Örneğin; 15 milyon dolar tutarındaki hisse senedi devrinde veya hedef firmanın hisse senetlerinin %15'inin üstünde bir oranın devredilmesi durumlarında belirtilen bu iki organın bilgilendirilmesinin öngörülmüş olması gibi.

²⁸⁴ A.Richard Brealey ve S.C. Myers, **Principles of Corporate Finance**, Fourth Edition, USA. , 1991 s. 832.

²⁸⁵ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4838 Deloitte Country Guide:USA Mergers and Acquisitions (27.12.2006)

sonuçlanmıştır. Fransa, İngiltere ve Kanada ülkelerinde kurulu şirketlerin Amerikan rekabeti önleme kurullarına bilgi vermelerini yasaklamışlardır²⁸⁶. Hatta bu konuda AT ABD ve Kanada ile iki önemli uluslararası işbirliği sözleşmesi imzalamıştır²⁸⁷.

1991 yılında kabul edilmiş olan AT-ABD Rekabet Kanunları İşbirliği Atlaşması (“The EC –USA Competition Laws Co-operation Agreement”), uyarınca taraflar, yoğunlaşmaların denetimine ait olanlar da dahil olarak, kendi rekabet kanunlarının uygulanması sırasında işbirliği ve koordinasyon içinde hareket edecekler ve bu sırada diğer tarafın “önemli menfaatlerini” (“important interests”) etkileyecek konuları diğerine bildirecektir. 1996’da Kanada ile yapılan antlaşma da aynı şekilde ABD ile imzalanan antlaşmanın sistemini izlemektedir²⁸⁸.

Bu düzenlemeler sonucunda ABD’de güçlü bir rekabet geleneği yerleşmiştir. Rekabet Hukuku ABD’de sadece bireylerin özgürlüğünü koruma aracı olarak değil, aynı zamanda ABD’nin serbest rekabete dayalı ekonomi politikasını güçlendirmenin bir aracı olarak da görülmektedir. ABD’de rekabetin kısıtlanmasına yönelik bir takım uygulamalar ilke olarak yasaklanmıştır. Belirli büyüklükteki teşebbüsler arası birleşme veya devralmalar bütünüyle yasaklanabileceği gibi, birleşmeyle rekabetin ortadan kaldırılmadığı ve birleşmenin kamu düzeni açısından ekonomik yararları açık delillerle ortaya konulabildiği takdirde yasak ilkesinden muaf da tutulabilme durumu söz konusu olmuştur. Görüldüğü üzere uluslararası piyasalarda Amerikan menfaatlerinin korunabilmesi açısından yasak ilkesinin yumuşatılması doğal görülmektedir. Bununla beraber bu sistemde bir anlaşma ya da uygulamanın olumlu ve olumsuz etkilerinin birbirinden bağımsız olarak değil, bir bütün olarak incelenmek sureti ile değerlendirilmesi esastır. Eğer bir anlaşmanın olumlu etkileri çoksa ABD hukuk sisteminde (haklı sebep doktrini-rule of reason) bu rekabeti bozucu bulunmayabilir²⁸⁹.

²⁸⁶ Sarıkamış, “Şirket Birleşmeleri”s. 105.

²⁸⁷ Erdem, *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar* s. 178.

²⁸⁸ Bellamy ve Child, s. 361.

²⁸⁹ Richard Wish ve Barbara Sufrin. *EC Competition Law*. Fourth. Edition. Butterworths, 2001.

Rekabet politikası uygulamalarının yukarıda da bahsedildiği gibi çok eski tarihlere dayandığı ABD’de rekabet hukuku²⁹⁰, doğası gereği rekabetin korunması amacını gütmektedir.

Rekabet Hukuku işlev olarak üç temel fonksiyon öngörmektedir²⁹¹. Bunlar rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar ile hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve birleşme/devralmaların kontrolüdür. İlgili pazar tanımı bütün rekabet hukuku uygulamalarında merkezi bir öneme sahiptir. Özellikle hakim durumun kötüye kullanılması birleşme/devralmalara ilişkin davalarda bir önkoşul niteliğindedir²⁹².

İlgili pazarın literatürde çeşitli tanımlamaları yapılmış olmakla birlikte; gerek ABD, FTC, gerek Avrupa Komisyonu, gerekse de Türk Rekabet Kurulu (TRK) firma bazında değil, ürün bazında ilgili pazar tanımını yapmaktadır. Bu sebeple, Werden’in şu tanımı daha doğru olacaktır: "İlgili pazar, üzerinde önemli pazar gücü kullanılabilen bir grup ürün ve alandır."²⁹³. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ilgili pazar, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar olarak iki açıdan ele alınmaktadır.

Birleşme/devralmalar ile hakim durum incelemelerinde aynı firmalar /ürünler farklı pazarlarda alınabilir. Çünkü birleşmelerde halihazırdaki pazar gücünün değil, oluşacak pazar gücünün hesaplanması esastır. Örneğin iki üründen (A ve B) ,A, B ’ye tercih ediliyor ve bu sebeple yüksek bir fiyattan satılıyorsa hakim durumun incelenmesinde A ürünü tek başına bir pazar olarak alınabilecektir, çünkü belli bir pazar gücü vardır. Ancak, A ve B ürünlerini üreten firmaların birleşmeleri durumunda, A ve B ilgili pazar olarak alınacaktır. Çünkü A ürününde hakim durumda olmasından dolayı yüksek fiyattan satış yapan bir firma, A ürününün ikamesi olan B ürününde de güçlenirse, A ürününün fiyatlarını daha da artırıma imkanına kavuşacaktır.

²⁹⁰ Chalmers, Damian, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti ve Adam Tomkins, **European Union Law**. England: Cambridge University Press, 2006 s. 934.

²⁹¹ Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (RKHK) Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler** , s. 73

²⁹² Orçun Şenyücel ve Cihan Aktaş (Rekabet Kurumu), “İlgili Pazar Kavramı”, **Rekabet Dergisi**, Sayı No: 2 (Nisan-Mayıs-Haziran 2000).

²⁹³ Gregory Werden, "Market Definition under the Merger Guidelines: a tenth anniversary retrospective", **The Antitrust Bulletin/Fall**, 1993; s. 528.

İlgili ürün pazarının tespitinde ise, "birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetler" dikkate alınacaktır.

Amerika hakkında, bir konsantrasyonun hukuka uygunluk tespiti, birleşmenin yatay, dikey ve aykırı biçimde gerçekleştirilmesine göre değerlendirme yapılmaktadır.

10. Horizontal Merger Guidelines

"Adalet Bakanlığı" ve "Federal Ticaret Komisyonu'nun 1992'de yayınladığı Yatay Birleşme Rehberi'nde (Horizontal Merger Guidelines) ilgili pazarı şu şekilde tanımlanmaktadır:

"Pazar, bir ürün veya ürünler grubu ve bunun üretildiği veya satıldığı coğrafi alan olarak tanımlanır; öyle ki, diğer bütün ürünlerin satış şartlarının sabit olduğu farz edildiğinde, bu ürünlerin hali hazırdaki ve gelecekteki tek üreticisi veya satıcısı, fiyat düzenlemesine tabi olmayan, kar maksimizasyonu güden farazi bir firma muhtemelen fiyatta küçük ama önemli ve geçici olmayan bir artış getirecektir." ²⁹⁴.

Adalet Bakanlığı Rehberi pazar tanımını, yatay birleşmeler çerçevesinde açıklarken, Avrupa Komisyonu, yayınlamış olduğu bildiride, pazar tanımını hem birleşmeler hem de hakim durum davalarında kullanılabilecek şekilde açıklamıştır ²⁹⁵. İlgili pazar Avrupa Komisyonu ile ABD Adalet Bakanlığı tarafından farklı şekilde tarif edilse de metodoloji bakımından iki görüş birbirine çok benzemektedir

FTC 1992 yılında yayınladığı Yatay Birleşme Rehberi'nde; yaklaşımı şu şekildedir. Pazar en dar anlamda alınmakta ve fiyat değişimine karşı tepki ölçülmektedir. Özellikle Birleşme ve Devralmalarda, birleşecek firmaların ürettikleri veya sattıkları her ürün ele alınarak şu soru sorulmaktadır. Eğer farazi firma o ürünün fiyatını küçük ama kalıcı olarak artırırsa ne olur? Farazi firma satışlarındaki düşüşten dolayı bunu karlı bulmuyorsa, pazar en yakın ikameyi içerecek şekilde genişletilmektedir. Bu genişletme fiyat artırımını karlı oluncaya kadar devam etmekte ve

²⁹⁴ Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 2 Nisan 1992.

²⁹⁵ Baker Simon ve Lawrence Wu, *Applying the Markets Definition Guidelines of the European Commission*, E.C.L.R., 1998, s. 273- 280.

sonuçta ilgili pazar bulunmaktadır Aynı mantık coğrafi pazara da uygulanmaktadır²⁹⁶. FTC ‘nin bu yaklaşımı, birleşme öncesi belli bir rekabetin varlığını farz etmektedir ²⁹⁷.

Aksi takdirde hakim durumdaki bir firmanın birleşmesinin incelenmesinde bu yaklaşım yanlış sonuç verecektir.

Yatay Birleşme Rehberi’nde; % 5 testi olarak bilinen, standart pazar tanımının kullanımında, pazarlar, o firmanın bölgesinde her birleşen firmanın her ürünü için bir “küçük ama önemli ve geçici olmayan “ fiyat artışını doğru kabul ederek çizilir ve diğer bölgelerdeki diğer ürünlerin satıcılarının ve alıcılarının buna cevap verişlerini inceleyerek, rehber beş testinin değişmez bir standart olmadığını belirtir. DOJ, fiyatı oluşan sanayinin durumuna bağlı olarak, birkaç kereden % 5’den çok daha fazla ya da az artırabilir.²⁹⁸

Yatay Birleşme Rehberi 1997’de yeniden revize edilmiştir. Bu rehber beş basamaklı analitik işlemde oluşmaktadır, DOJ’un kendisine yapılan bir birleşme başvurusunun uygun olup olmayacağını belirlemeye yönelik olarak kendisinin kullanması için hazırlanmıştır.²⁹⁹

Bir pazara girişin değerlendirilmesinde, DOJ üç adım sürecini kullanır;

a) İlk olarak, o girişin belirlenmiş bir zaman dilimi içerisinde önemli bir pazar etkisini başarıp başaramadığını değerlendirir.

b) İkinci, onun kazançlı olup olmadığını ve

c) Üçüncü, onun, onların birleşme öncesi piyasa fiyatları düzeyine dönmek için yeterli olup olmayacağına bakar. Söz konusu rehber pazarların tanımında standartları açık bir şekilde oluşturmuştur ve pazar paylarının hesaplanmasında yabancı firmalara da eşit bir şekilde yerli firmalara uyguladığı yaptırımları uygular.

²⁹⁶Joseph J. Simons ve Michael A Williams, "The Renaissance of Market Definition", **The Antitrust Bulletin/Winter**, 1993, s. 799- 857.

²⁹⁷James A. Langenfeld, “**The Economics of the Antitrust Process**”, Malcolm B. Coate ve Andrew N. Kleit (Ed.), Kluwer Academic Publishers, 1996, s. 45.

²⁹⁸ Werden, s. 534.

²⁹⁹ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4838 Deloitte Country Guide:USA Mergers and Acquisitions, (27.12.2006).

Son yıllarda FTC ve DOJ'un ilgili pazar tanımlarında ekonometrik metotların kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır³⁰⁰. Çapraz esnekliğin hesaplanmasının yanı sıra, artık talep esnekliğinde (residual demand elasticity) de ekonometrik incelemeler gerekmektedir.

FTC' nin Yatay Birleşme Rehberi'ndeki pazar tanımını bulmak için artık talep esnekliği hesaplanmaktadır. Artık talep esnekliği, farazi bir monopolun uyguladığı fiyattaki küçük bir (yüzde) değişimin talep miktarına etkisini ölçer³⁰¹. Bunu şu örnekle açıklayabiliriz: homojen bir pazarda tüketiciler ve üreticilerin aynı yerde bulunduğu varsayımı altında- bir grup üreticinin (L) artık talebi, o ürün için olan talep ile diğer üreticilerin (F) toplam arzı arasındaki farktır. Bu durumda L' nin artık talep eğrisinin esnekliği potansiyel pazar gücünü göstermektedir. Esnekliğin büyüklüğü ise pazar talebinin esnekliğine, F' nin toplam arz esnekliğine ve L' nin pazar payına bağlıdır. L üreticileri eğer artık talep esnek değilse pazar gücüne sahiptirler³⁰².

Artık talep esnekliği, fiyat artırımının karsız neticelenmesini sağlayacak kadar yüksekse, pazar en yakın ikameyi içerecek şekilde genişletilmelidir ve artık talep esnekliği yeniden ölçülmelidir. Yüksek artık talep esnekliği olan ürünlerin satışları, az bir fiyat artışında satışları büyük miktarda azalacaktır. Çapraz esneklik burada sadece en yakın ikameyi belirlemede işe yaramaktadır³⁰³.

İktisatçılar artık talep esnekliğini bulmak için iki genel tekniği kullanmaktadırlar. Birincisi daha çok coğrafi pazar tanımı için geçerlidir. Teknik, artık talep esnekliğini veya bir bölge için artık talep eğrisini bulmaktır. Diğer metot, farklı ürün üreten iki firmanın birleşmesinde ürün pazarının bulunmasına daha yakındır. Metot, her firmanın artık talep esnekliğinin bulunması ve sonra birleşmenin sonundaki firmanın artık talep esnekliğinin tahmin edilmesi şeklindedir. Bu metodun avantajı birleşmenin fiyat artışıyla sonuçlanıp sonuçlanmayacağını göstermesidir.³⁰⁴

³⁰⁰ David T. Scheffman ve Pablo T. Spiller, "Econometric Market Definition", **Managerial and Decision Economics**, 1996, Vol. 17, s. 165- 178.

³⁰¹ Simons/Williams, s. 823.

³⁰² David T. Scheffman ve Pablo T. Spiller, "Geographic Market Definition Under the U.S. Department of Justice Merger Guidelines", **Journal of Law and Economics**, vol. XXX, 1987, s. 131.

³⁰³ Simons/Williams, s. 825.

³⁰⁴ David T. Scheffman ve Pablo T. Spiller, "Econometric Market Definition", **Managerial and Decision Economics**, 1996, Vol. 17, s. 165- 178.

B. Avrupa Birliği Hukuku

1. Birlik Hukuku

AB, Avrupa'nın bütünleşmesinin nihai hedefi olup, AB hukuku AB adını alan bütünleşmenin hukukunu ifade etmektedir³⁰⁵. AB'de uygulanan hukuk, onu oluşturan üç Topluluğun kuruluşuna, işleyişine, üye olan ve olmayan ülkelerle ilişkilerine, organlarına, Ortak Pazara ve Topluluk Politikalarına ait kuralların oluşturduğu hukuktur³⁰⁶.

AB, devlet statüsüne sahip olmayan sadece uluslarüstü bir kuruluş olması nedeni ile AB hukuku da uluslarüstüdür. Uluslarüstü hukuk, uluslararası hukuktan farklıdır³⁰⁷. AB hukuku, AB Anlaşma, Topluluk tüzükleri ve Yönergelerinin oluşturduğu hukuki sistem çerçevesinde ele alınmalıdır³⁰⁸. Topluluk tüzüklerinin birçok ulusal hukukta benzerleri olmasına rağmen, "Yönerge" Topluluk hukukuna özgüdür³⁰⁹. Topluluk tüzükleri normatif karakterleri dolayısı ile üye ülkelerdeki kanun ya da tüzüklere benzerler³¹⁰. Topluluk politikalarının konulması ve geliştirilmesi yönergeler aracılığı ile yapılmakta olup, Topluluk tüzüklerinin doğrudan etkileri tam olduğu halde, yönergelerin bu özelliği şartlara bağlı ve Topluluk tüzüğüne göre sınırlıdır. Yönergeler, yöneltildikleri amaç açısından bağlayıcıdır. Doğrudan uygulanabilirlik özelliğine sahip olmadıkları için, üye ülkeler tarafından yönergede öngörülen süre içinde, iç hukuka alınır veya iç hukuk yönergede öngörülen ilke ve kurallara göre değiştirilir. Örneğin, Birleşme Yönergesi hem yeni kuruluşu hem katılma yolu ile birleşmeyi, hem de pay sahipleriyle üçüncü kişilerin korunmalarını kabul etmişse, üye ülkeler ortaklıkların birleşmesine ilişkin mevzuatlarını bu yolda değiştirmek, birleşmenin her iki türüne de yer vermek ve çift taraflı korumayı hukuklarına getirmek zorundadır. Bu örnekten de

³⁰⁵ Ünal Tekinalp, Gülören Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. basım. İstanbul 2000, s.10.

³⁰⁶ Tekinalp ve Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku** s.50- 51.

³⁰⁷ **Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)**. Vergilemede Global Eğitimler AB ve Türk Vergi Sistemi. Özel İhtisas Komisyonu Raporu TOBB Genel Yayın Nu: 359. Ankara: Aydoğdu Ofset, Mayıs 2001, s.80; Tekinalp ve Tekinalp, s.50.

³⁰⁸ Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti ve Tomkins, s. 131- 132.

³⁰⁹ Uğur, s. 71

³¹⁰ Tekinalp ve Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku** s.54- 56; Paul Craig, ve Grainne De Burca. **EU Law Text, Cases And Materials**. Third Edition. USA: Oxford University Pres, 2003, s.97.

anlaşıldığı üzere, “yönerge” üye ülkelerin hukuklarını uyumlaştırmayı sağlayan bir araçtır³¹¹. Ancak yönergelerin işlevleri sadece uyumlaştırmayı gerçekleştirmek değildir. Muhatabı üye devletlerdir. Ulusal hukuklarına bu yönergeyi almak konusunda üye ülkeler serbesttir³¹². Nitekim üye ülkeler AB’yi kurarken veya AB’ye katılırken hakimiyet haklarının bir kısmını kendilerinin oluşturduğu uluslararası kurumlara devrederek, sınırlı alanlarda egemenlik yetkilerinden feragat etmişler ve karşılığında da bu kurumların yönetimine katılmayı kabul etmişlerdir. Bu kapsamda, AB mevzuatının böyle bir sınırlamanın öngörüldüğü alanlarda, üye ülkelerin vergileme yetkileri kısmen veya tamamen AB’ye devredilmiş olup, AB hukuku bundan böyle ulusal hukuk düzenini de aşan daha geniş bir hukuk düzeninin parçası haline gelmektedir. AB’nin yetkileri, tabiatı gereği, üye ülkelerin yetkilerinden soyutlanmıştır³¹³.

AB hukuku kurumsal, maddi ve usuli kuralları içerir. AB’nin kurumsal hukuku Topluluklara ilişkin hukuk olup, Topluluğun kurumları, üye ülkeler ve onların vatandaşları söz konusu hukukun muhataplarıdır³¹⁴. Topluluğun maddi hukuku, sermayenin, malların ve kişilerin serbest dolaşımı gibi serbestileri, rekabetin korunmasını, hukukların uyumlaştırılmasını ve politikaları düzenleyen hukuktur. Topluluk usul hukuku ise, “Avrupa Toplulukları Mahkemesi” ile “İlk Derece Mahkemesi”nde uygulanan hukuk olup, rekabet hukukunun ihlali halinde Komisyonun yaptığı soruşturma ve verdiği kararlar dolayısı ile tatbik ettiği kurallar da usul hukuku kapsamındadır³¹⁵.

Birlik hukuku konusunda ulusal hukukların uyumlaştırılmasına ve AB içinde ortak bir hukuk düzeni oluşturulmaya çalışılmaktadır³¹⁶. AB piyasa ekonomisinin işlerliği için rekabet koşullarının olması gerektiğini belirler. Bunun için ülkeler

³¹¹ Uğur, s. 71

³¹² Tekinalp ve Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku** s.56- 57.

³¹³ **Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)**. Vergilemede Global Eğitimler AB ve Türk Vergi Sistemi. Özel İhtisas Komisyonu Raporu TOBB Genel Yayın Nu: 359. Ankara: Aydoğdu Ofset, Mayıs 2001, s.80-81; Tekinalp ve Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku** s.51- 52.

³¹⁴ Uğur, s. 73

³¹⁵ Tekinalp ve Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku** s.51- 52.

³¹⁶ Saban, **Vergi Hukuku-**, s. 180.

vergileendirme alanında haksız rekabetin ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri almalıdır³¹⁷.

AB Rekabet Kanunu ilk yıllarında Alman irfan ve biliminden (scholarship) etkilenmiş olup, Alman resmi kuralcılığı rekabet kanunun gelişmesinde anahtar bir rolü oynamıştır. Rekabette Alman yaklaşımını desteklemek, benzersiz ekonomik bir felsefe olmuştur: (Ordoliberalism-Serbest Fikirlilik)³¹⁸.

a. Roma Anlaşması 86 ıncı Madde

AB bünyesindeki ülkeler tarafından şirket birleşmelerine ancak 1990'lı yılların başından itibaren ilgi gösterilmeye başlanmış olup, bu sebeptendir ki, bu tarihe kadar Topluluk Mevzuatı dahilinde şirket birleşmelerine ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme yapılmamıştır. Bunun sonucu olarak, Topluluk üyesi ülkelerde gerçekleştirilen şirket birleşmelerine, ilk olarak şirketlerin uyumlu hareketleri ve hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin sınırlayıcı kuralları içeren RA 'nın 86'ncı maddesi (yeni 82'nci md.) hükümleri uygulanmıştır³¹⁹. Bu md. bir şirketin pazarda hakim duruma gelmesini değil, bu hakim durumundan yararlanarak devletlerarası ticareti ve rekabeti çarpıtmasını önlemeyi hedeflemiştir. Şu kadar ki, söz konusu 86'ncı maddesi hükmünün genel olarak birleşme öncesi hakim durumda bulunma esasına dayanması ve birleşme sonrası piyasada hakim duruma gelen şirketlere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemesi sebebiyle, Topluluk bünyesinde gerçekleştirilen birçok şirket birleşmesi kontrol mekanizmasının dışında kalmış ve serbestçe hayata geçirilmiştir.

RA'nın md. lerinde daha sonraki yıllarda bazı değişiklikler yapılmış ve AET AB'ne dönüştürülmüş ise de 85 ve 86'ncı md. lerine (yeni 81 ve 82'nci md. ler) dokunulmamıştır. AB'ne dahil ülkelerde birleşmeler yolu ile rekabetin ortadan kaldırılmasını veya devletlerarası ticaretin bu birleşmelerden zarar görmesini önlemek amacı ile RA' da yer alan bu md. lerin uygulanması Avrupa Komisyonu'nun (European Commision) sorumluluğuna verilmiştir.

b. AET Şirket Birleşmeleri Tüzüğü

³¹⁷ Saban, *Vergi Hukuku*-, s. 79.

³¹⁸ Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti ve Tomkins, s. 935.

³¹⁹ Uğur, s. 168

Konsey tarafından, 4064/89 sayılı “Avrupa Ekonomik Topluluğu Şirket Birleşmeleri Tüzüğü”³²⁰ (Birleşme Tüzüğü- Merger Regulation) çıkarılmış ve bu suretle AT bünyesinde gerçekleşen şirket birleşmeleri kontrol altına alınmaya çalışılmıştır

Söz konusu Birleşme Tüzüğü uyarınca inceleme yapılabilmesi için ön şart ilgili birleşmenin **Topluluk boyutunda gerçekleşmesidir**. Bununla beraber Birleşme Tüzüğü’nün 2’nci md. si uyarınca, şirket birleşmelerinde dikkate alınacak olan ölçüt birleşme işleminin “**ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde bozacak mahiyette bir hakim durumu oluşturması veya kuvvetlendirmesi**” dir. Nitekim AB hukuku’nda da, bir konsantrasyonun (birleşme) hukuka uygunluk değerlendirmesinde esas alınan kriter, “hakim durum” kavramıdır.

Birleşmenin Topluluk boyutunda olup olmadığı hususu her bir münferit olayda ayrıca incelenecek bir unsur olup, bu inceleme aşamasında Komisyon tarafından göz önünde bulundurulması gereken esas ve kıstaslar Birleşme Tüzüğü kapsamında tespit edilmiştir. Örneğin; bazı birleşmelerde dikkate alınacak mal piyasası, AB içerisinde gümrük engellerinin kalkması nedeniyle, coğrafi açıdan AB toprakları olarak tespit edilebilmektedir.

Birleşme Tüzüğü uyarınca, Komisyon’un şirket birleşmeleri hususunda münhasır yetkisi bulunmaktadır. Buna göre birleşmeye ilişkin yegane kontrol merci Komisyon olup, ayrıca ulusal merciler tarafından herhangi bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Şu kadar ki, inceleme konusu birleşmenin belirli bir ülkenin bağımsız nitelik taşıyan iç piyasasında rekabeti sınırlayacak etki doğurma ve bu şekilde hakim durum yaratma ihtimalinin bulunması halinde; talepte bulunulmak kaydıyla, incelemenin o ülke Rekabet Otoritesi’nce yerine getirilmesi mümkündür.

Nitekim AB Rekabet hukuku kapsamında, AB’den ayrı olarak her birlik üyesi ülke şirket birleşmeleri ile rekabetin zarara uğratılmasını önlemek amacı ile yasal düzenlemelere gitmiştir. Bu düzenlemeler ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir.

Birleşmeler "Antitrust" (tekelleşme karşıtı) yasalar ile kontrol ediliyor, hatta "hakim durum yaratılması ve hakim durumun kötüye kullanılması" durumunda

³²⁰ Uğur, s. 139

yasaklanabiliyorlar olmalarına rağmen; geniş kontrol eşiklerine sahip bu yasalarla aslında desteklendikleri de görülmektedir. Bu anlamda yönergeler, sadece AB üyelerine ve üye adaylarına, şirketler hukuku ile ilgili bir reform konuları katoloğu sunmakla kalmamış, aynı zamanda bazı ülkelerde hakim, olumsuz görüşleri de etkisiz hale getirmiştir³²¹. Tek kişilik anonim ve limited şirketlere ilişkin “Onikinci Yönerge”³²² ve uluslararası muhasebe standartlarının uygulanmasına ilişkin Avrupa Tüzüğü³²³ bu nitelikteki örneklerdir³²⁴.

Nitekim rekabetin önlenmesi yönünde getirilen bu düzenlemelere rağmen; Avrupa Birliği ülkelerinde birleşmelerin yoğunlukla görülmeye başladığı 90- 93 yılları arasında, Avrupa Komisyonu'na bildirilen 169 şirket birleşmesinden sadece bir tanesi yasaklanmış ve şirketlerin ayrılmasına karar verilmiştir. AT Rekabet hukukunda, Birleşme Tüzüğü'nün geçmiş 11 yıllık uygulamalarında³²⁵ birçok birleşme ve devralmaya koşullu izin verilmiştir. Birleşme Tüzüğü altında koşullu izin verilen yoğunlaşma sayısı giderek artmaktadır. Şöyle ki; AT’ de son iki yılda (2000- 2001 yılları kastedilmektedir) koşullu izin verilen yoğunlaşma sayısı, Birleşme Tüzüğü'nün ilk 5 yıllık uygulamasında verilen koşullu izin sayısının iki katını geçmiştir³²⁶.

c. AB Komisyonu Duyurusu

³²¹ Vanessa Edwards. **EC Company Law**. s. 219- 227.

³²² OJ C 173, s. 10

³²³ Bu çerçevede, 19 Temmuz 2002 tarihinde, sermaye piyasasının etkin ve verimli işlemesine yardımcı olmak üzere, uluslararası muhasebe standartlarının uygulanmasına ilişkin 1606/2002 sayılı Tüzük kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle, Avrupa Birliği'nde faaliyet gösteren, hisse senetleri borsada işlem gören tüm işletmelerin hazırlayacakları konsolide finansal tabloların, en geç 1.1.2005 tarihinden itibaren Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu'na yayınlanan uluslararası finansal raporlama standartlarıyla uyumlu olması benimsenmiştir. Böylece, iç pazarda sermayenin serbest dolaşımı ilkesi daha güçlü bir şekilde uygulamaya konmuş ve Birlik içinde faaliyette bulunan şirketlerin aynı şartlarda rekabet edebilmesi hedeflenmiştir.

³²⁴ AB Yönergelerinde, borsaya kote olmuş şirketler için yer alan raporlama gereklilikleri, bu şirketlerin finansal raporlarının yeterince şeffaf ve karşılaştırılabilir olmasını sağlayamamıştır. Ayrıca AB'nin uluslararası alanda rekabet gücünü artırması için, hedeflenen ortak standartların aynı zamanda uluslararası kabul görmesi ve küresel standartlar olması gereğinden hareketle, AB çapında ortak muhasebe standartları arayışı, AB standartlarının uluslararası düzeyde uygulanan standartlara doğru kaymasına neden olmuştur. <http://www.tsrbsb.org.tr/tsrbsb/Maliye+ve+Muhasebe/Finansal+Raporlar/Genel+Cerceve.htm> (21.12.2006).

³²⁵ İnceleme 2001 tarihi itibari ile oluşan verileri kapsamaktadır.

³²⁶ Ersboll 2001, s. 358.

AT uygulamalarında, birleşme ve devralmalara getirilen koşulların hazırlanması, yapılandırılması ve bunların uygulanmasında dikkate alınması gereken ilkeler büyük ölçüde kurallara bağlanmıştır. Bu doğrultuda, konuyla ilgili rehber niteliğinde bir Komisyon Duyurusu da yayımlanmıştır³²⁷.

AT bünyesinde, Komisyon ile ilgili teşebbüsler arasında yapılan resmi olmayan görüşmeler, yoğunlaşmaya (birleşme) izin verilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Yoğunlaşmalara (birleşme) getirilecek koşulların kural olarak ilgili teşebbüslerce belirlenerek Komisyonun onayına sunulması gerekse de, Komisyon ve teşebbüsler koşullar üzerinde adeta pazarlık yapmaktadırlar.

AB hukukunda Komisyon, kriz içerisinde olan ve devralınmadığı takdirde faaliyetine son vermek zorunda kalacak olan bir teşebbüsün, (“failing company defense” (iflas içerisinde olan teşebbüs savunması) doktrini, hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından devralınmasını dahi, kriz durumunun devralan teşebbüs tarafından ispat edilmesi kaydıyla, konsantrasyonu meşru kılabilceğini kabul etmiştir³²⁸.

Yine benzer olarak, iki veya daha fazla teşebbüsün, henüz ülkede bulunmayan bir endüstride faaliyet göstermek üzere birleşmeleri ve endüstrinin boyutları itibarıyla birleşmenin zorunlu olması halinde, yeni ortaya çıkan teşebbüsün hakim durum yaratacağı ve yeni kurulan bu piyasadaki rekabeti önemli ölçüde azaltacağı muhakkaktır. Üstelik bu piyasanın giriş engellerine sahip olması, birleşmenin olumsuz sonuçlarının uzun vadeye yayılmasına neden olacaktır. Böyle bir durumda da, rekabetin korunması kaygısıyla yeni kurulmakta olan bir piyasanın engellenmesi amaca uygun değildir.

Komisyon yoğunlaşmalara (birleşme), kural olarak, yapısal koşullar getirmeye çalışmaktadır ve bu doğrultuda AT’ de iş kolu ve işletme devri koşulu getirilen yoğunlaşma sayısı yüksektir. **Komisyon davranışsal koşulları, yapısal koşullar getirmenin olanaklı olmadığı zaman kabul etmek eğilimindedir. Ancak son zamanlarda davranışsal koşullar, yapısal koşulları tamamlayıcı olarak ele**

³²⁷ A.K.’nın 14.12.1993 tarihli **Kali Salz/MdK/Treuhand**, dava kararı, 4/M.308, OJ. AT R.G. (21.07.1994), L.186, s. 38; Tekinalp/Tekinalp, s. 110

³²⁸ A.K.’nın 14.12.1993 tarihli **Kali Salz/MdK/Treuhand**, dava kararı, 4/M.308, OJ. AT R.G. (21.07.1994), L.186, s. 38; Tekinalp/Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku** s. 110.

alınmaktadır. Ayırma koşulunun getirildiği yoğunlaşmalarda (birleşme) Komisyon, ayrılacak mal varlığının varlığını sürdürebilir olması, bunların devredilinceye dek ana teşebbüslerden ayrı tutulması ve işlerliğinin korunması ile söz konusu bu mal varlığının uygun bir alıcıya satılması konuları üzerinde hassasiyetle durmaktadır. Öte yandan AT’de, yoğunlaşmalara (birleşme) getirilen koşulların uygulanmasını sağlamaya yönelik çok kapsamlı önlemler alınmaktadır.

AB hukukunun temelini teşkil eden RA’da ise, Paris Antlaşması’nın aksine, “konsantrasyon” veya “birleşme”lere ilişkin herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmemiş ve bu durum, konsantrasyonların denetimi hususunda 85 ve özellikle 86. maddelerin ne ölçüde uygulanabilirliği tartışmasını beraberinde getirmiştir. Komisyon, ilk yıllarda konsantrasyonlar hakkında yayınlamış olduğu memorandumunda, konsantrasyonlara ilke olarak sadece 86. maddenin uygulanabileceğini belirtmiş ve piyasadaki yapısal değişikliklere yol açan yoğunlaşmaların 85. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Buna karşılık daha sonraki yıllarda, sadece 86. değil; bazı şartlar altında 85. maddenin de uygulanabileceğine ilişkin kararlar verilmiştir. Bu karar ve uygulamalara rağmen, genel olarak 85. ve 86. maddeler vasıtasıyla getirilmeye çalışılan çözümler, konsantrasyonların denetlenmesinde hiçbir zaman yeterli görülmemiş ve Komisyon 1973 yılından itibaren sürdürdüğü çalışmaları; özellikle teşebbüslerden gelen baskıların da etkisiyle, Birleşme Tüzüğü hazırlamak suretiyle ancak 1989 yılında sonuçlandırabilmiştir. Bundan dolayıdır ki, Amerikan Hukukunun aksine, Avrupa Birliği Hukukunda konsantrasyonların denetimine ilişkin zengin bir içtihadın bulunduğunu söylemek güçtür.

RKHK’nun ve ilgili Tebliğ’in aksine, AB hukukunda konsantrasyonların denetimine ilişkin olarak çıkarılan Tüzük’te, konsantrasyonun tanımına yer verilmiş ve daha sonra çıkarılan Komisyon duyurularında da bu tanım temel alınmıştır. “Kontrol” kavramının belirleyici rol oynadığı bu tanıma göre, ilgili teşebbüslerin yapılarında kalıcı ve sürekli değişikliklere yol açan işlemler, şekli dikkate alınmaksızın konsantrasyon olarak kabul edilmekte ve piyasada konsantrasyona yol açan bir ilişkinin tespit edilmesinde, 85 inci md. anlamında teşebbüsler arasında rekabetin koordinasyonu

amacını taşıyan işlem ve davranışlarla yapılan kıyaslama özellikle dikkate alınmaktadır³²⁹.

Şüphesiz bu kıyaslama, hukuki anlamdaki birleşmeler açısından değil, konsantrasyona yol açabilecek ortak girişimlerin belirlenmesinde önem taşımaktadır.

d. AB Yönergelerine Dayalı Şirketler Hukuku

AB hukuku dogmatiktir, fakat başka bir açıdan da kararlar hukuku (case law) özellikleri gösterir³³⁰. AB ticaret hukuku ise sadece sermaye şirketleri hukuku alanında gelişme göstermiş olup, AB yönergeleri ortaya bir "*Avrupa şirketler hukuku*"³³¹ çıkarmıştır. Bu yönergelerin düzenlediği konular şirketler hukukunun güncel sorunlarından kaynaklanmakta, yeni kuram ve öğretileri yansıtmakta ve reform hedeflerini göstermektedir³³².

a) 68/151 sayılı ve 9 Mart 1968 tarihli "*Kamuyu Aydınlatma Yönergesi* " diye anılan birinci şirketler hukuku yönergesi³³³, *ultra vires* kuralını kaldırmıştır³³⁴. Ayrıca aynı yönerge tescil edilen bir şirketin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini, ancak kısa bir hak düşürücü süre içinde fesih davası açılabilirliğini öngörerek tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi öğretisine genellik kazandırmıştır³³⁵. Yönerge genel olarak şeffaflığı ve organların işlemleri konusunda üçüncü kişileri koruyucu kuralları geliştirmiştir³³⁶.

b) 77/91 sayılı 13 Aralık 1976 tarihli, kuruluş ve sermayenin korunmasına ilişkin "*Sermaye Yönergesi*" diye anılan İkinci Yönerge³³⁷, sermayenin korunması ilkesini

³²⁹ **Commission Notice on the Notion of a Concentration**” (Konsantrasyon Kavramı Hakkında Komisyon Duyurusu) OJ.(1994),C.385/5; “**Notice on the Distinction Between Concentrative and Co-operative Joint Ventures**” (Konsantrasyona Yol Açan Ortak Girişimlerle, Kooperasyona Yol Açan Ortak Girişimlerin Birbirlerinden Ayırt Edilmesine Dair Komisyon duyurusu) OJ.(1990) C.203/6.

³³⁰ Tekinalp ve Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku** s. 51.

³³¹ Edwards, s. 1.

³³² Edwards, s. 1- 2, 14.

³³³ 68/151 sy ve 9 Mart 1968 tar.

³³⁴ Edwards, s. 33, 36- 37.

³³⁵ Edwards, s. 15- 16.

³³⁶ Edwards, s. 19- 20.

³³⁷ 77/91 sy 13 Aralık 1976 tar.

pekiştirmiş³³⁸, bir şirketin kendi hisse senetlerini iktisabı kurumuna devrimsel bir boyut kazandırmıştır³³⁹.

c) 78/855 sayılı ve 9 Ekim 1978 tarihli “*Şirketlerin Birleşmeleri*” hakkında Üçüncü Yönergeyle³⁴⁰ gerek birleşme türleri, gerek alacaklıların ve pay sahiplerinin korunması yönünden, yeni bir açılmıştır³⁴¹.

d) 78/660 sayılı ve 25 Temmuz 1978 tarihli, bazı ortaklıkların *yılsonu finansal tablolarına* ilişkin dördüncü yönerge³⁴², şeffaflık ve dürüst resim verme öğretilerinin şirketler öğretilerine egemen olmasını sağlayan ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının uygulanmasının yolunu açan ayrıntılı bir metindir³⁴³.

e) 82/891 sayılı ve 17 Aralık 1982 tarihli “*Şirketlerin Bölünmeleri*”ne ilişkin Altıncı Yönerge³⁴⁴ bölünme kavram ve türlerinin tanımında, kısmi külli halefiyet ilkesinin uygulamaya konulmasında, koruma ve sorumluluk hukukunda yol gösterici olmuştur³⁴⁵.

f) 83/349 sy ve 13 Haziran 1983 tarihli, “*Konsolide Hesaplar*”a ilişkin konseyin Yedinci Yönergesi³⁴⁶ ile 84/253 sayılı ve 10 Nisan 1984 tarihli, kanuni denetleme sorumluluğu taşıyan kişilerin, yani denetçilerin şirket hesaplarına ilişkin “*Finansal Tabloları Onaylaması*” na ilişkin Sekizinci Yönergesi³⁴⁷ de, konusunda önemli bir düzenlemedir.

g) 89/666 sayılı ve 21 Aralık 1989 tarihli, başka bir ülkenin hukukuna tâbi bazı ortaklıkların üye ülkelerden birinde şube açmalarına ilişkin Onbirinci Yönerge³⁴⁸ ile 89/667 sayılı tek ortaklı, sınırlı sorumlu (kapalı) ortaklıklara ilişkin onikinci yönerge³⁴⁹

³³⁸ Edwards, s. 51,68.

³³⁹ Edwards, s.51, 56- 57, 61, 70- 73

³⁴⁰ 78/855 sy ve 9 Ekim 1978 tar.

³⁴¹ Edwards, s. 91, 93- 98, 109- 111.

³⁴² 78/660 sy ve 25 Temmuz 1978 tar.

³⁴³ Edwards, s. 148 ve 154.

³⁴⁴ 82/891 sy ve 17 Aralık 1982 tar.

³⁴⁵ Edwards, pg. 99- 102.

³⁴⁶ 83/349 s. ve 13 Haziran 1983 tar.; Edwards, s. 157

³⁴⁷ 84/253 s. ve 10 Nisan 1984 tar.; Edwards, s. 199- 200

³⁴⁸ Edwards, s. 212- 216.

³⁴⁹ Edwards, s. 219, 222- 224.

ve 2001/86 sayılı ve 8 Ekim 2001 tarihli Avrupa Ortaklığına işçilerin katılmalarına ilişkin Yönerge de ulusal hukukları geliştiren metinlerdir.

AB'deki şirket birleşmelerine ilişkin olarak düzenlenen temel yönergelerin detaylı olarak incelenmesi yerinde olacaktır:

• **Üçüncü Konsey Direktifi (78/855 sy.):**

AT mevzuatında ortaklıkların birleşmesine ilişkin olarak ilk düzenlemeler 1978 tarihli, 78/855/CEE sayılı “**AT’ nin AŞ’lerin Birleşmesine İlişkin Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Direktifi**” (Birleşme Yönergesi) ile belirlenmiştir.³⁵⁰

Söz konusu direktif ile Konsey; ortakların ve üçüncü kişilerin korunmasını, AŞ’lerin birleşmesine ilişkin üye devletler mevzuatının düzenlenmesini ve birleşme hükümlerinin tüm üye devletlerin mevzuatında yer almasını zorunlu kılmış, bu düzenleme çerçevesinde birleşen şirketlerin ortaklarının menfaatlerinin korunabilmesi için kendilerinin birleşme hakkında bilgilendirilmeleri gerektiğini hükmetmiştir.

• **Altıncı Konsey Direktifi (82/891 sy.):**

Birleşmenin kanun sistematigi içinde yer alan, bir geri dönüşünün gerekliliğini fark eden kanun koyucular bu direktifi takiben üçüncü birleşme direktifine de atıfta bulunarak 17 Aralık 1982’de de **Ortaklıkların Bölünmesine İlişkin Şirketler Hukuku Altıncı Konsey Direktifi**’ni³⁵¹ (Bölünme Yönergesi) mevzuatlarına eklemişlerdir.

• **Ortak Vergilendirme Direktifi (90/434 sy.):**

Konuyla ilgili ilk direktif teklifi 16.01.1969 tarihinde yapılmış olmasına rağmen, ancak 23.07.1990 tarihinde, yani yapılmasından yaklaşık 21 yıl sonra yasalaşabilmiştir. Direktif 5 kısım ve 13 maddeden oluşmaktadır³⁵².

Zaman içerisinde iç birleşmelerden farklı olarak, herhangi bir sınır ötesi birleşmenin gerçek olmayan sermaye kazançlarının vergilendirilmesine muhatap olması yeni düzenlemelere gidilmesini zorunlu kılmıştır. Birleşmelerin ilk olarak düzenlendiği üçüncü direktif sınırlı bir alanı kapsadığından, sadece farklı üye devletlerin şirketlerinin birleşmesinden doğan kısa dönemdeki vergi sorunları ile ilgilenmektedir. Uzun

³⁵⁰ 09.10.1978 tarihli, 78/855/C.E.E sy bu direktif ATRG.’sinin 20.10.1978 tar. ve L 295/36 Nu. lu nüshasının 36 vd. sayfalarında yer almaktadır.

³⁵¹ Helvacı, **Bölünme**,s.193.

³⁵² **Maliye Dergisi**. Sayı 150, Ocak – Haziran 2006, s. 94.

dönemde tekrarlanan vergi sorunları bu kapsam dışında kaldığından, bu problemlerin çözülebilmesi için üye devletlerin, kar dağıtımına giden şirketlerin vergilendirme sistemine müdahale etmeleri gerekliliği doğmuş, bu amaçla da ilk çıkan birleşmelere ilişkin üçüncü ve bölünmelere ilişkin altıncı direktiflerin doğrultusunda 1990 yılında 90/434 sayılı **“Yeniden Yapılanmada Vergilendirme Direktifi” (Ortak Vergilendirme Yönergesi)** ³⁵³ ile sınır ötesi birleşme, bölünme, sermaye koyma veya hisse devrinden kaynaklanan sermaye kazançlarının vergilendirilmesinin ertelenmesini sağlayan ³⁵⁴ genel bir rejime sahip bu Konsey Direktifi düzenlenmiştir ³⁵⁵. Bu yönerge sadece üye devletlerde mukim şirketler arası işlemlere uygulanmakta olup, söz konusu işlemler bir üye devlette mukim şirketler arasında yapıldığında, değer artış kazançları fiilen realize edildikleri tarihe kadar ertelenmektedir ³⁵⁶. Sağlanan bu fayda bir istisna değil, sadece vergilemenin tehir edilmesidir. Transfer edilen aktif ve pasif değerler, devir alan kurumun vergi kayıtlarında, transfer öncesinde devrolan kurumun kayıtlarında bunlara biçilen değer olarak yer almalıdır. Devir alan şirket bunları elden çıkarmak istediğinde, elden çıkarma bedeli ile kayıtlı değeri arasındaki değer farkı vergiye tabi tutulacaktır. Aynı şekilde, birleşme, bölünme veya hisse devri sırasında diğer bir şirketten hisse senedi alan ortak da, bu el değiştirme sırasında ortaya çıkabilecek sermaye kazançlarından dolayı vergilendirilmeyecektir.

Bu Direktif ile topluluk üye devletlerdeki ortaklıkların vergisel sonuçlarını uyumlaştırmak amaçlanmıştır. Topluluk Yasama Organı, üye devletlerin vergi kolaylıklarını sınır ötesi birleşmelere de tanınması yönünde zorunluluk getirmemektedir ³⁵⁷. Söz konusu Direktifin önsözünde de belirtildiği üzere, sistemler arasındaki farklılıklardan dolayı böyle bir zorlama sorunlara yol açacaktır. Direktif, sadece sınır ötesi operasyonlarla ilgilenmektedir(**md.1**).

³⁵³ 23.07.1990 tar. ve 90/434 sy. **“Birleşmelere, Bölünmelere, Malvarlığı Devirlerine ve Hisse Değişimlerine Uygulanacak Ortak Vergileme Sistemi Hakkında Konsey Direktifi”** ATRG’ sinin 20.08.1990 tar. ve L 225/1 sy. nüshasının 1 vd. s larında yer almaktadır.

³⁵⁴ Billur Yaltı, **“Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler”**, İstanbul 2002 s. 23.

³⁵⁵ Helvacı, **Avrupa Birliği Hukuku** s. 242- 248; Yaltı, **“Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler”**, s. 23.

³⁵⁶ Yaltı, **“Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler”**, s. 23.

³⁵⁷ **Maliye Dergisi**. Sayı 150, Ocak – Haziran 2006, s. 94.

Yerleşik yabancı kuruluşlar veya ortaklar gibi ulus ötesi özelliklere sahip olsa bile bir üye devletin iki veya daha fazla şirketinin işlemlerini kapsamamaktadır.

Topluluk şirketlerinin uluslararası planda gücünü artırmak amacıyla, birleşmelerini teşvik edici bir düzenlemenin getirilmesi amaçlanmıştır³⁵⁸.

AK tarafından Birleşme, Bölünme, Sermaye Taahhüdü ve Hisse Senedi Değişimlerinin Vergisel Sonuçlarını uyumlaştırmak için düzenlenmiş bulunan bu yönergenin düzenlenmesini takiben AB'ye üye ülkelerin de birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili kendi iç mevzuatlarını söz konusu yönerge koşulları kapsamında uygun hale getirmeleri tavsiye edilmiştir.

Şirketlerin birleşme sırasında oluşan sermaye kazançlarının (capital gains) vergilemesi, kısa dönemdeki ilk ve tek problemidir. Örneğin, bir üye devletteki A şirketi bir işletmesini (fabrikasını) diğer bir üye devletteki B şirketine, bu şirketin hisse senetleri karşılığında devretmektedir. Bu durumda A şirketi işletmenin aktif ve pasifinin kayıtlı değeri ile piyasa değeri arasındaki fark üzerinden vergi ödemek zorunda kalacaktır. A şirketi, B' den nakit ödeme yerine hisse senedi alması durumunda, bu sermaye kazancı vergisini ödemeyecektir. Dahası, A şirketi böyle bir durumda vergiden istisna sermayesini tüketmek durumunda kalabilir ki bu uygulama, sermayenin vergilendirilmesi anlamına gelmektedir³⁵⁹.

Avrupa Komisyonu'nun farklı üye devletlerdeki şirketlere ilişkin aktif ve hisse devirleri, şirket birleşmeleri, bölünmeleri gibi durumlarda uygulanabilecek ortak bir vergilendirme sistemine ilişkin Konsey Yönergesi'nin (90/434/AET) güncelleştirilmesi ve genişletilmesi amacıyla yaptığı değişiklik önergesi hakkında görüş birliğine varılmıştır³⁶⁰. Avrupa Birliği Maliye Bakanlıkları Konseyi'nin önergeye ilişkin ortak pozisyon görüşünü açıklaması üzerine, 17 Şubat 2005 tarihinde, Avrupa Komisyonu konuyla ilgili memnuniyetini açıklamış ve bunu takiben 24.03.2005 de yürürlüğe giren 2005/19/EC sayılı Direktif ile sistemin geliştirilmesini hedef alan bazı değişikliklere uğramıştır. Söz konusu Yönerge ile ilgili kabul edilen değişiklikler ise şu şekildedir:

³⁵⁹ Ali Haydar Yıldırım, Olcay Kolotoğlu, **Anonim Ve Limited Şirketlerin Kuruluşu- Tasfiyesi-Birleşmesi Devri Nevi Değişikliği Bölünme ve Hisse Değişimi**, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2003, s.189- 190.

³⁶⁰ MESS AB Bülteni, Şubat 2005.

- Birleşme Yönergesi'nin etki alanının genişletilmesi ve şirketlerin sınır ötesi birleşmelerde ve bölünmelerde, malların devredilmesi ve payların takas edilmesi gibi hallerde vergi alacaklarının ertelenmesi.

- Yönerge'nin kapsamına “Avrupa Şirketi” ve “Avrupa Tüketici Dernekleri” gibi geniş çapta şirketlerinde dahil edilmesi.

- Üye devletler arasında Avrupa Şirketi ya da Avrupa Tüketici Dernekleri'nin tescil merkezlerinin devredilmesi esnasında, yeni vergiler açısından tarafsız bir rejim öngörülmesi.

- Yönerge'nin şubelerin bağlı ortaklıklara dönüşümü gibi durumlarda da geçerli olduğunun açıklığa kavuşturulması ve “kısmi bölünme” ya da “şirket bölünmesi” olarak bilinen yeni bir muameleyi de kapsamı ve hisse değişiminin tanımının değiştirilmesi.

Birleşme işlemlerine ilişkin olarak yüksek yargının yaklaşımı³⁶¹ ise aşağıdaki şekildedir:

A.Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Amsterdam 2, Case C- 28/95, 17 Temmuz 1997 tarihli Mahkeme Kararı, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 177'nci maddesi ile 90/434/EEC sy. Ortak Vergilendirme Yönergesi'nin hisse değişimi şeklinde birleşme ile ilgili hükümlerinin vergilendirme, vergi kaçırılması veya vergiden kaçınma amaçları kapsamında değerlendirilmesi sonucunda verilen bir mahkeme kararıdır.³⁶²

³⁶¹ Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi Kararları (European Court of Justice)

³⁶² **A.Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Amsterdam 2, Case C- 28/95, 17 Temmuz 1997 tarihli Mahkeme Kararı.**³⁶² Bahsi geçen karar, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 177'nci maddesi ile 90/434/EEC sy. Ortak Vergilendirme Yönergesi'nin hisse değişimi şeklinde birleşme ile ilgili hükümlerinin vergilendirme, vergi kaçırılması veya vergiden kaçınma amaçları kapsamında değerlendirilip değerlendirmeyeceği incelemiştir. Söz konusu Ortak Vergilendirme Yönergesi'nin 2.maddesinin d bendinde “hisse değişimi” işlemi tanımlanmış olup, bu işlem bir şirket bünyesinde birleşmeyi gerektirmemektedir. Yönerge kapsamında yapılan işlemlerin vergi kaçırılması veya vergiden kaçınma amaçlı olması önem arz etmekte olup³⁶², inceleme ulusal otoriteler tarafından yapılacak kanuni takibe tabidir. Bu yönerge kapsamındaki yeniden yapılandırma işlemlerinin amacının birinin vergi kaçırma veya vergiden kaçınma olması üye devletlerin bu yönerge hükümlerine uymayı reddetmesine, ya da kısmen kabul etmesine sebebiyet verebilir. Aynı şekilde söz konusu birleşme işlemlerinin geçerli ticari sebepler ile yapılmaması durumu da³⁶² vergi kaçırma ya da vergiden kaçınma amaçlı olarak bu işlemlerin yapılmış olduğuna bir karine teşkil edebilecektir. Bu sebeple ticari amaç taşımayan işlemler bu kapsam dışında tutulmuştur. Üye ülkeler AET Anlaşması'nın 177'nci maddesi kapsamında yargılama yetkisine haiz

Sevic Systems Aktiengesellschaft (Lüksemburg) ve Amtsgericht Neuwied (Alman Bölge Mahkemesi) arasında mevcut Case C- 411/03 sayılı davaya ilişkin olarak 07.07.2005 tarihinde teslim edilmiş bulunan ve Landgericht Koblenz tarafından Divanın ön kararı istemi ile Mr. Tizzano (Advocate General) tarafından ileri sürülen görüş (opinion) ³⁶³; birlik üyesi olarak Alman Mevzuatı hükümlerinden birlik

olmalarına rağmen, doğrudan AT Kanunları ile yönetilmediklerinden topluluk kanunlarının yorumlanması için, ulusal mevzuatlarını ve mevcut iç kanunlarını yönerge hükümlerine göre değiştirirken hem kendi iç koşullarını hem de Topluluk Kanunlarını aynı hizaya getirecek şekilde yönerge hükümleri çerçevesinde aynı uygulamaları yapmayı seçmişlerdir. Hollanda gelir vergisi mükellefi olan Mrs. Leur- Bloem, iki özel Hollanda şirketinin şahsen tek ortağı ve yöneticisi olup, holding statüsünde oluşturulacak üçüncü bir şirket bünyesinde yapılacak ödemenin mevcut iki şirketteki hisselerinin değiştirilmesi sureti ile gerçekleşmesini planlamış, ancak Hollanda vergi mevzuatı çerçevesinde hisselerin değiştirilmesi suretiyle gerçekleşecek birleşme şartları Hollanda Kanunu'nun 14 b (1) maddesinde belirlenmiş olup, söz konusu kazançların vergilendirilmesi işlemi vergi erteleme olarak düzenlenmiştir. Mrs. Leur Bloem, Hollanda maliye yetkililerinden bu işlemin hisse değişikliği şeklinde bir şirket birleşmesi hükmünde olup olmadığı, avantaj ve dezavantajları konusunda görüş istemiş ancak İdare, Hollanda vergi kanunları kapsamında bu işlemin hisse değiştirme sureti ile yapılan birleşme hüküm şartlarını³⁶² gerçekleştirmemesi nedeni ile başvurusunu reddetmiştir. Bunun sebebi mali ve ekonomik bakış açısından, tek bir şirket ünitesi altında iki şirketin işinin birleştirilmesi ile beraber, şirketler bünyesinde tek hissedar ve şirketlerin yöneticisi olan aynı gerçek kişinin yine oluşacak şirket bünyesinde tek hissedar ve yönetici olması sonucunda ortak vergilendirmeyi amaçlayan 90/434 sy. Yönerge ile getirilen vergi kaçırma veya vergiden kaçınma durumunu önlemek için getirilmiş kısıtlamaların engellenmesi ihtimalidir. Ancak Mrs. Leur Bloem söz konusu karara itiraz için Amsterdam Gerechtshof'a başvurarak karşı dava açmış ve bu işlemin şirketler arasında yapılacak başarılı ve yakın bir çalışma ile bir birleşme işlemi olarak değerlendirilebileceğine ilişkin görüş almıştır. Bu durum Gerechtshof'un Hollanda Kanunu'nun AT mevzuatı ve Söz konusu 90/ 434 sy. Yönergesine uygun olarak düzenlenmesi ve uyumlaştırmanın bu bağlamda yapılması yönünde görüş bildirmesine ve gerekli düzenlemelerin yapılmasına sebebiyet vermiştir.

³⁶³ **Sevic Systems Aktiengesellschaft (Lüksemburg) ve Amtsgericht Neuwied (Alman Bölge Mahkemesi) arasında mevcut Case C- 411/03 sayılı davaya ilişkin olarak 07.07.2005 tarihinde teslim edilmiş bulunan ve Landgericht Koblenz tarafından Divanın ön kararı istemi ile Mr.Tizzano (Advocate General) tarafından ileri sürülen görüş (opinion) ³⁶³** Mevcut dava AT'nin 234'üncü maddesi uyarınca Landgericht (Regional Court-Bölge Mahkemesi) Koblenz (Almanya) tarafından mahkemeye atıfta bulunulmuş söze konu olan AT'nin 43 ve 48'inci maddelerinin yorumlanmasına ilişkindir. Aslında Alman Bölge Mahkemesi, Alman şirketlerinin birleşmesinde tescil uygulamasını engellemiş bulunan ulusal mevzuat hükümlerinin, kurumların özgürlük prensibine aykırılık teşkil etmeksizin aynı şekilde üye devletlerin ülkeleri ile Alman şirketlerin birleşmesi işlemlerinde de uygulanıp uygulanmayacağı hususunu belirleyerek bir karar vermek istemektedir. Şirketlerin hisseler bölünmüş sermayelerinin sınırlanması birleşme işlemlerine yönelik oluşturulmaya çalışılan yönerge tasarısı da oldukça ileri bir aşamada olmasına rağmen Parlamento ve Konsey tarafından son biçimiyle kesin olarak uyumlaştırılamamıştır. Söz konusu davaya ilişkin ön karar isteminde ayrıca Almanya'daki mevcut Yeniden Yapılandırma Kanunu UmwG'nin 1 (1) maddesinde sadece Almanya'da kurulu şirketlerin yeniden yapılandırılmak suretiyle birleşmesine ilişkin düzenlemenin yer aldığından

içerisinde sınır ötesi birleşme halinde diğer şirketin de yararlandırılıp yararlandırılmayacağına ilişkindir.

Andersen og Jensen AP. S v. Skatte Ministeriet, Case C- 43/00, 5 Ocak 2002 tarihli Mahkeme Kararı³⁶⁴, birleşme işlemine konu devredilen varlıkların bağımsız olarak idare ve kolayca transfer edilebilmeleri sağlanmalıdır. Ayrıca aktif kıymetlerin devrinde ona bağlı sorumluluk ve yükümlülüklerle birlikte devrinin esas olduğu belirtilmiştir.

2. Birlik Üyesi Ülkelerin Ulusal Mevzuatları

bahsedilmiştir. Ayrıca aynı kanunun 1(2) paragrafında da çeşitli şirket birleşme şekillerinin tanımlamasının yapıldığı, şirketlerin tasfiyesiz infisah etmek ve aktif değerlerini bir ya da daha fazla hukuki yapıya devretmek sureti ile hukuki varlığını idame ettirmesi şeklinde de olabileceğinin belirlendiği açıklanmıştır³⁶³. 2002 yılında Neuwied-Almanya’da kurulmuş bulunan Systems Aktiengesellschaft (Sevic) şirketi ile Lüksemburg’da kurulmuş bulunan Security Vision Concept SA (SVC), SVC’nin tasfiyesiz infisah ettirilmek ve aktifinde kayıtlı varlıkların tümünü Sevic’e devretmek suretiyle kabul ettiği bir birleşme anlaşmasına girmiştir. Almanya- Neuwied Bölge Mahkemesi (Amtsgericht Neuwied), UmwG’nin yukarıda bahsi geçen 1(1) paragrafı uyarınca sadece Almanya’da kurulmuş bulunan hukuki yapıların aralarında birleşmesi işlemlerinin Alman Ticaret Tesciline kaydının yapılabileceği görüşü ile birleşmenin tescili için yapılan başvuruyu reddederek geri çevirmiştir. Ancak, Lüksemburg Kanunları uyarınca, söz konusu mevcut durumda tüzel kişiliğe haiz bir kurum ile bir Alman şirketi birleşme işlemini gerçekleştirebilmektedirler. Sonuç olarak, Sevic AT’nin 43 ve 48’inci maddelerinin yorumlarının belirsiz olması nedeniyle Landgericht Koblenz ile bu kararı temyiz etmiştir.

Bir şirketin infisalı, doğrudan o şirketin yapısını ve faaliyetinin işlerliğini etkilemekte olduğundan, mahkemenin tanıdığı olduğu iyi bilinen hükümlerde (Case 81/87 Daily Mail ve General Trust [1988] ECR 5483 sy.mahkeme kararında olduğu gibi.) Topluluk hukuku kapsamı dışına çıkılarak, ulusal kişi, ulusal yasal sistemler gibi her yönden düzenlemelerin yapılması gerektiği ifade olunmuştur. Bu nedenle AT’nin 43 ve 48’inci maddelerinin, sınırötesi birleşmelerde devralan tarafından şirketlerin kendilerini infisah etmeleri için verilen bir hak olarak yorumlanmaması gerektiği konusunda da tespitte bulunulmuştur³⁶³.

³⁶⁴ **Andersen og Jensen AP. S v. Skatte Ministeriet, Case C- 43/00, 5 Ocak 2002 tarihli Mahkeme Kararı**³⁶⁴:90/434 sy. Ortak Vergilendirme Yönergesi’nin 2(i) maddesi uyarınca, bağımsız bir işin idaresi öncelikle işlevsel açıdan ele alınmalıdır. Birleşme işlemlerine konu devredilen varlıklar, bu bağlamda bağımsız bir yüklenicilik olarak idare edilebilmeli, herhangi bir ilave yatırıma ihtiyaç olmadan varlıklar transfer edilebilmelidir. İkinci olarak mali bir bakış açısından durum ele alındığında; transfer edilen işletmenin bağımsız olarak addedilebilmesi için söz konusu transfer işleminin finansmanında normal piyasa koşullarına uygun bir banka borcunun kullanılması gerekmektedir. Söz konusu borcun aktif değerleri devralan şirket ortaklarının hisseleri karşılığında verilen borcun bir teminatı olarak verilmiş olması bağımsızlık olgusuna ters düşeceği tabidir. Devralan şirketin mali durumunun, bir bütün olarak değerlendirilmesi esastır. Bir işin, bağımsız olup olmadığına bağlı olmaksızın herhangi bir olayda ulusal mahkemeler için bu durum önemli bir sorundur. Aktif kıymetleri devreden bir şirket, onun varlıkları ve sorumluluklarını transfer ediyor olan veya bütünüyle transfer ediyor olan şirketi ya da onun faaliyetlerinden birini ifade eder.

AB üye ülkeleri Komisyon'un düzenlemiş bulunduğu yönergeler ve mevcut yasal mevzuatları doğrultusunda, vergi politikalarını daha düşük oranlar ekseninde uyumlaştırma ve sadeleştirme yolunu seçmeyi hedeflemişlerdir.

a. Alman Hukuku

(1) Özel Hukuk: Paylı Ortaklıklar Kanunu

Almanya'da paylı ortaklıklar hukukunun temeli 1861 tarihli Nuremberg Kodu ile atılmıştır³⁶⁵. Bu sisteme kadar bir kısım devletlerde izin, bir kısım devletlerde ise ferman sistemi uygulanmış olup³⁶⁶, 11 Haziran 1870 tarihli “Paylı Komandit Ortaklıklar ve Anonim Ortaklıklar Hakkında Kanun” ile izin sisteminden normatif sisteme geçilmiş bulunmaktadır. Bilahare Almanya'da ilgili bütün hükümler 1884 tarihli aynı adı taşıyan kanunda toplanmış ve 1897 tarihli HGB (“Handelsgesetzbuch” –“Alman Ticaret Kanunu”)’de bu metinler fazla bir değişikliğe uğramaksızın aynen yer almıştır³⁶⁷. Genel Alman Ticaret Kanunu’na göre yeni Kanun’da birleşme hükümleri daha geniş bir yer tutmuştur³⁶⁸.

Alman birleşme hukuku, özellikle ilk dönemde Orta Avrupa’dan başlayıp Güneyde Balkanlara, Kuzeyde İskandinavya’ya kadar uzanan bir etki alanıyla dikkati çekmiş olup, HGB’ nin dağılan ortaklık malvarlığının ayrı yönetilmesi sistemine dayalı birleşme hükümleri, 19 uncu yüzyıl Avrupa’sında çeşitli ülkelerin kanunlarına girmiştir³⁶⁹.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında maruz kalınan ekonomik krizden paylı şirketlerin de etkilenmesi etkin bir düzenlemeye olan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Büyük uğraşlar sonucunda 334 md. den oluşan 30.01.1937 tarihli Reform Kanunu-Paylı Ortaklıklar Kanunu³⁷⁰ düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, ekonomik toplanma yönündeki gelişmeye paralel olarak birleşmeleri kolaylaştırıcı, geçmişteki uygulamanın ortaya çıkardığı hukuki boşlukları doldurucu, doktrinde ve mahkeme kararlarında derin görüş ayrılıklarına yol açmış sorunları belirli çözümlere bağlayıcı yeni ve ayrıntılı bir

³⁶⁵ Tekil, *Şirketler Hukuku*, s.8.

³⁶⁶ Tekil, *Şirketler Hukuku* s.8.

³⁶⁷ Tekil, *Şirketler Hukuku* s.8; Türk, “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s.9.

³⁶⁸ Türk, “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s.10.

³⁶⁹ Türk, “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s.49.

³⁷⁰ Türk “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s. 16.

düzenleme getirmiştir. İlk kez “birleşme”, kendi özellikleri içinde görülmüş olup, Kanun, “Birleşme-Malvarlığı Devri-Nevi Değiştirme” başlıklı üçüncü kitabının birinci bölümünü (md.233- 252) bu konuya ayırmıştır. Yeni Kanunu öncekilerden ayıran önemli bir fark, ilk kez “devralma” yoluyla birleşmenin yanında “yeni ortaklık kurulması” yoluyla birleşmeyi de düzenlemesidir³⁷¹. Aynı zamanda yasa ile genel kurul üstünlüğü yerine yönetim kurulu ve gözetim kurulu etkin kılınmış ve işçilerin yönetime katılması sağlanmıştır³⁷².

İkinci Dünya Savaşı neticesinde sermaye piyasasını düzenlemek ve kar dağıtımı konusunda güvenlik ve çekiciliği sağlamak amacı ile yeni yasal düzenleme çalışmaları başlatılmış ve 410 md. den (beş kitaptan) oluşan 6.9.1965 tarihli “Paylı Ortaklıklar Kanunu” (AktG) yürürlüğe konmuştur. Bu yasa ile kamunun aydınlatılması ilkesi benimsenirken, pasif pay sahiplerinin korunması amaçlanmış, “konzern ve bağlı işletmeler” hukuku geniş ölçüde düzenlenerek grup hukuku üzerinde ilk ciddi adım atılmıştır³⁷³. Birleşmenin ticaret siciline tescili ve bunun sonuçları da, yeni hükümler getirilen konular arasında yer almıştır³⁷⁴.

AktG’nin en büyük özelliği, klasik organlar arasında bulunan genel kurul, yönetim kurulu ve denetçiler dışında “gözetim kurulu” adı verilen bir organı da mecburi organ saymasıdır. Bu durum, yönetimin Alman hukukunda gözetim kurulu ve yönetim kurulu ile yürütüldüğü anlamını taşımamakta olup, genel kurul denetim yetkilerini ve bu arada yönetim kurulu üyelerin, tayin etkisini kendisine doğrudan doğruya bağlı ve hesap verme durumunda olan gözetim kuruluna delegasyon yolu ile bırakmıştır. Alman hukukunda şirket hesapları üzerinde onay yetkisi doğrudan doğruya gözetim kuruluna ait bulunmaktadır. AktG’deki bir diğer özellik de “Bağlı İşletmeler” başlığı altında oluşturulmuş geniş ve ayrıntılı hükümlerdir³⁷⁵.

Avrupa Ülkelerinde 20’nci yy.ın ikinci yarısından itibaren hız kazanan şirket birleşmelerinin etkileri Almanya’da da aynı anda etkisini hissettirmiştir. Birçok Alman şirketi II. Dünya Savaşı sırasında hızla gelişmiş olup, halen de bu gelişimlerini devam

³⁷¹ Türk, “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s. 16- 18.

³⁷² Tekil, *Şirketler Hukuku* s.8.

³⁷³ Kavak, s.5; Tekil, *Anonim Şirketler*. s. 12- 13.

³⁷⁴ Türk, *Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”*, s. 30.

³⁷⁵ Tekil, *Şirketler Hukuku* s. 17- 20.

ettirmektedirler. Şirket birleşmelerinin Almanya’da artışında, değişen ekonomik koşullara uyum sağlamak, artan rekabet karşısında rekabet güçlerini birleşmelerle kuvvetlendirmek, birleşme ile üretim maliyetlerini düşürmek gibi ekonomik nedenlerin yanında hükümetin birleşmeleri teşvik etmesinin önemli rolü bulunmaktadır. Kurumsal birleşme işlemleri hem zor hem de yüksek maliyetlidir³⁷⁶.

Almanya; Ernst&Young tarafından yapılan güncel bir araştırmaya göre yatırım yapılacak yer için aranan en önemli faktörlere sahip ülkeler sıralamasında 1 inci sırada yer almaktadır³⁷⁷. Doğrudan yabancı yatırımlar için adeta bir mıknatıs görevi yapan ve ürünleri tüm dünyada hazır pazarlar bulan Almanya, hem yatırımcı, hem de yatırım yapılan ülke olarak dünya genelindeki yatırım faaliyetlerinde başrol oynamaktadır³⁷⁸. Nitekim Almanya’da gerçekleşen birleşme ve devralmaların değeri dünyadaki birleşme ve devralmaların yaklaşık % 10’unu oluşturmaktadır³⁷⁹.

Uygun bir coğrafi konuma sahip bulunması nedeni ile tüm Avrupa pazarlarına erişimde de kolaylık sağlamakta olan Almanya, hem Gayrisafi Yüksek Hasıla (GSYH) hem de nüfus bakımından AB’ndeki en büyük pazardır³⁸⁰.

Alman Ticaret Kanunu, 1950’li yıllardan günümüze kadar birçok kez büyük ve küçük değişikliklere uğramış, en büyük değişiklikler 1985, 1993 ve 2001 yıllarında, özellikle 1998 ticaret hukuku reformunda, tacir kavramı, şube, ticaret unvanı, ticarî mümessil ve vekiller, acente, kollektif şirketler, ticarî defterler konularında yapılmıştır.

1998 yılında “Taşıma Hukuku Reformu Kanunu” (Transport Reformgesetz), Alman Ticaret Kanunu’nun taşıma, taşıma işleri yüklenicisi ve depo işlemleri hükümleri reforma tâbi tutulmuştur. Ticari defterler ile deniz ticaretine ilişkin hükümlerde 1972, 1985 ve 1986 yıllarında yapılan reform niteliğindeki yenileştirmelerle Alman Ticaret Kanunu yeni bir kanun konumunu kazanmıştır³⁸¹.

³⁷⁶ Bendaniel, Rosenbloom ve Hanks, s. 14.

³⁷⁷ Kaynak: Ernst & Young, “**2005 European Attractiveness Survey**”.

³⁷⁸ Kaynak: **Uluslararası İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı –OECD**.

³⁷⁹ City&Financial Publishing, **A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union**. Third Edition, England: City&Financial Publishing, 2001, s. 193.

³⁸⁰ Kaynak: **Eurostat**.

³⁸¹ **A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union**, City&Financial Publishing, 2001,s.193vd.

Almanya'da, birleşme, bölünme ve tür değiştirme, 1994 yılında bağımsız bir kanunun konusunu oluşturmuş, son olarak da 2004 yılında, yeni bir Haksız Rekabet Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Türk Ticaret Kanununun “ticari işletme” kitabının konularını kapsayan Alman Ticaret Kanunu’nun birinci kitabında 1998 tarihli Ticaret Hukuku Reformu Kanunu ile yapılan değişiklik 1 ila 6’ncı paragraflarda öngörülen “tacir” anlayışını esaslı şekilde değiştirmiş ve ticari işletmeye esaslı rol tanımıştır. Alman Ticaret Kanunu gene “tacir” bağlamında “sübjektif” sistemi sürdürmektedir. Ancak Alman Ticaret Kanunu’nun eski 1 inci paragrafında yer alan ve toptan ticarete dayalı, sayma yöntemi ile gösterilen işletme faaliyetleri ve işlerine kanunda artık yer verilmemektedir. Bunun sebebi sayılan işletme faaliyetlerinin 19 uncu yüzyıl ticaret hukuku anlayışına göre yapılandırılmış olması ve özellikle hizmet işletmelerinin yeni türlerini kapsamamasıdır³⁸². Ayrıca işletme faaliyeti kataloğu sistemi bugünkü işletme anlayışından uzak belirlemelere dayanmaktadır. Nihayet “küçük tacir” anlayışına son verilirken tacir kavramı tacir sayılmayı da içerecek şekilde genişlemiştir.

Alman Ticaret Kanunu’nda paylı ortaklıkları, limited şirketleri, kooperatifleri düzenleyen kanunlar, 1965 yılında bağlı işletmeler (Konzern) hukukunu da ilk defa içererek, anonim ve paylı komandit şirketleri ayrıntılı bir şekilde düzenleyen ve Avrupa’yı getirdiği sistemleri ve kurumlarıyla derinden etkileyen Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu / Aktiengesetz-AktG / Stock Corporation Act yürürlüğe girmiştir. Kanun ilk olarak 1985 yılında “Bilanço Yönergesi Kanunu” ile değiştirilmiş, daha sonra otuzun üstünde değişikliğe konu olmuştur. Değişikliklerin bir kısmı AT Yönergeleri, bir kısmı ise ulusal ihtiyaçlar ve yeni açılımlar sebebiyle yapılan değişikliklerden oluşmuştur³⁸³.

³⁸² A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union, City&Financial Publishing, 2001,s.193vd.

³⁸³ Yapılan önemli değişiklikleri şöyle sıralayabiliriz: Küçük Anonim Şirketler ve Anonim Şirketler Hukukunun Basitleştirilmesi Kanunu (1994);Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu (1994), Gerçek Olmayan İtibari Değersiz Paylar Kanunu (1998); İşletmeler Alanında Kontrol ve Şeffaflığa İlişkin Kanun (1998); Euro Kanunu (1998); Nama Yazılı Hisse Senetleri Kanunu (2001); Devralmaların Düzenlenmesine İlişkin Kanun (2001); Şeffaflık ve Kamuyu Aydınlatma Kanunu (2002); Alman Kurumsal Yönetim Kodeksi (2002); Bilanço Reformu Kanunu (2004); İşletmelerin Bütünlüğü ve Anonim Şirketlerin Modernleştirilmesi Kanunu (2005).

Alman anonim şirketler hukukundaki sürekli yenileşmenin üç eksenini vardır:

1) Bilanço hukuku; 1980’li yıllarda, bilanço kanunları ile başlayan reform 2004 yılından itibaren, bilanço kavramının dar kapsamını aşarak finansal raporlamaya dönüşmüştür. 2004 yılında çıkarılan Bilanço Kanunu, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerin Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (International Financial Reporting Standards-IFRS) uygulamasını ve Bilanço Denetim Kanunu, finansal raporlamanın denetlenmesini öngörmektedir.

2) İç denetim; Almanya, Anglo-Sakson öğretisini ilk benimseyen ve bağımsız dış denetim yanında, şeffaflık temelinde iç denetime de, aynı ölçüde önem veren bir AB ülkesidir. 1998 yılında kabul edilen İşletmeler Alanında Kontrol ve Şeffaflığa İlişkin Kanun bu eksenini kurmuş, gelişme Şeffaflık ve Kamuyu Aydınlatma Kanunu ile devam ettirilmiştir.

3) Üçüncü eksen Alman anonim şirketler hukukunun geleneksel hüküm ve kurumlarından ayrılıp yeni açılımlar yapmaktır: Küçük anonim şirketlerin, bu bağlamda tek pay sahipli anonim şirketlerin düzenlenmesi ve bazı düzenlemelerde basitliğe gidilmesi (Küçük Anonim Şirketler ve Anonim Şirketler Hukukunun Basitleştirilmesi Kanunu), küçük oranda paylara sahip bulunan pay sahiplerinin ihracı yani uluslararası öğretilerde kullanılan terimiyle “squeeze out” ile genel kurulların ses ve görüntü olarak dışarıya taşınması gibi açılımlardır.

Ancak bu Kanun’un içerisinde incelememizin de konusu ile ilgili en büyük oluşum günümüzde de yürürlükte olan “kurum birleşme, bölünme ve tür değiştirme” işlemlerinin bağımsız bir kanun olarak düzenlendiği 1994 tarihli “Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu” (Umwandlungsgesetz-UmwG / Reorganization Tax Act)’dır.

AK’ nin 1990 yılında “Birleşme, Bölünme, Sermaye Taahhüdü ve Hisse Senedi Değişimlerinin vergisel sonuçlarını uyumlaştırmak” için düzenlemiş olduğu **Ortak Vergileme Yönergesi** dört yıl sonra 1994’de Almanya’da, birleşme, bölünme ve tür değiştirme, bağımsız bir kanunun konusunu oluşturmuş, son olarak da 2004’de, yeni bir Haksız Rekabet Kanunu (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb / Act Against Unfair Competition) yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlar Alman anonim ortaklıklar hukukunun geçirdiği evrimin küçük bir kesitidir. 1965 yılında başlayan bu reform kırk yıldan beri hızını artırarak devam etmektedir. Hızlı, detaylı ve köktenci değişimin sebebi sadece

AB hukukuna uyum sağlama zorunluluğu olmayıp, çağa ve teknolojiye uymak suretiyle Alman anonim ortaklıklar hukukunun yeniden yapılandırılması çabasıdır.

Gerçekten AB'ye üye başka hiçbir ülke, birleşme hukukunda böylesine ayrıntılı bir yasal düzenlemeye henüz ulaşmamıştır³⁸⁴.

(2) Vergi Hukuku

Almanya'da Vergi hukuku, gelişmiş bir hukuk dalıdır. Vergi kanunlarının büyük bir bölümü Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçmiş ve Anayasaya aykırı olanlar da sistem dışına çıkarılmıştır³⁸⁵.

Almanya'nın vergi sisteminin özelliği; sistemin adeta federal devlet, federal devletler(lander) ve sembolik nitelikte de olsa komünler (belediyeler) arasında taksim edilmiş olmasıdır³⁸⁶. Bu suretle federal Alman Vergi Sisteminde üç tür vergi vardır³⁸⁷. Federal Devlet lehine tahsil edilenler, Federal Kanunla tesis edilip federe devletler, (lander) lehine tahsil edilenler ve federal devlet, federe devletler, komünlerin arasında bölüşüm konusu olan ortak vergiler³⁸⁸.

Alman Kanunu temelde şirket satın almaları için düzenlenmemiştir. Bundan dolayı, alıcının (ve satıcının) haklarını korumak için, garantilerin tanımlandığı "Anglo-Sakson" kanunu kullanılmaktadır.

Almanya yapı itibarı ile her biri ayrı ve kanunen bağımsız mahkemelerine haiz onaltı tane devletten oluşmuş bir Federasyon Devletidir. Ülke genelinde Federal Devlet ve Parlamento mevzuat ve ekonomi politikalarından sorumludurlar.

(a) Kurumlar Vergisi Kanunu³⁸⁹

Almanya'da düşürülmüş ve basitleştirilmiş kurumlar vergisi artık yürürlükte bulunmakta olup, Almanya'da yerleşik olsun ya da olmasın tüm ticari kurumlar kâr dağıtımı yapıp yapılmadığı dikkate alınmaksızın kurum kârı üzerinden % 25 oranında kurumlar vergisine (Körperschaftsteuer-KStG/Corporate Tax) ve % 5,5 oranında ise

³⁸⁴Türk, "Nevilerin Aynı Olması Koşulu", s.48.

³⁸⁵ Saban, **Vergi Hukuku**, s. 284.

³⁸⁶ Halil Nadaroğlu, **Kamu Maliyesi Teorisi**, Beta Basım, 2000, s.395

³⁸⁷ Nadaroğlu, **Kamu Maliyesi Teorisi**, s. 395

³⁸⁸ Nadaroğlu, **Kamu Maliyesi Teorisi**, s. 395

³⁸⁹ Luthermenold, Doing Business in Germany.A Legal Guide for Foreign Investors, Germany,March 2003; Andersen Legal, Doing Business in Germany; www.verginet.net/standartlcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

Dayanışma Vergisi'ne (solidarity surcharge) tabidirler³⁹⁰. Buna belediyelerce tahsil edilen mahalli bir vergi olan ticari işletme vergisi (Gewerbesteuer-Gesetz-GewStG/Municipal Trade Tax Act) de dahil edildiğinde şirketlerin kurum kazancı üzerinden ödedikleri toplam vergi yükü %40 (% 37,5 ila % 42,5 arasında değişmekte olan) oranındadır³⁹¹.

Kar payı dağıtımı söz konusu olduğunda ayrıca % 20 oranında bir stopaj ve % 5,5 oranında bir Dayanışma Vergisi (solidarity surcharge) ödenmesi söz konusudur. Ödenen stopaj ise Almanya'da yerleşik kişi ve şirketlerin vergilerinden indirilebilmektedir³⁹².

Uluslararası işlemlerde kullanılmak üzere ayrıca 1972 yılında Yabancı (Yurtdışı) Vergi Kanunu (Aussensteuergesetz/Foreign Tax Act) düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak yine de uluslararası işlemlerin vergilendirilmesinde sadece bu vergi kanunu tek başına kullanılmaksızın, Kurumlar Vergisi Kanunu (Körperschaftsteuergesetz-KStG/Corporate Tax Act) ve Gelir Vergisi Kanunu (Einkommensteuergesetz-EStG/Income Tax Act) hükümleri ile beraber uygulanmaktadır³⁹³.

Almanya'da kurulan şirket statülerinden iş ortaklıkları ve diğer ortaklıklar ile ilgili hükümlerin yer aldığı kurumlar vergisi ve ticari işlem vergisi Federal Kanunlarda düzenlenmiştir. Mahalli nitelikte olan ticari işlem vergisi dışında şirketin yerinin ya da statüsünün farklı olmasının burada çok fazla önemi yoktur. Şirket nerede kurulursa kurulsun, bütün şirket statü çeşitlerinin Magistrate's Mahkemesi'nde (Amtsgericht) Ticaret Sicile kaydedilmeleri zorunludur. Ticaret Siciline tescil işlemi, işletme ve ortaklar ile ilgili basit ve genel bilgileri kapsamaktadır. Almanya'da faaliyette bulunan belli başlı üç kurum çeşidi mevcuttur. Bunlar, GmbH (Limited Liability Company-Limited Şirket), AG (Joint Stock Company-Anonim Şirket) ve KGaA (Partnership

³⁹⁰ Luthermenold, Doing Business in Germany.A Legal Guide for Foreign Investors, Germany,March 2003; Andersen Legal, Doing Business in Germany; www.verginet.net/standartlcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

³⁹¹ Kaynak: **Federal Maliye Bakanlığı** (The German Federal Ministry of Finance).

³⁹² Cooney, s. 252; www.tisk.org.tr/yayinlar.

³⁹³ Luthermenold, Doing Business in Germany.A Legal Guide for Foreign Investors, Germany,March 2003; Andersen Legal, Doing Business in Germany; www.verginet.net/standartlcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

Limited by Shares-Hisseli Komandit Şirket) olarak kanunlarda belirlenmiştir³⁹⁴. İş ortaklıkları (partnership) ise farklı bir gelir vergisi düzenlemesine sahiptirler. İş ortaklıkları statü itibarı ile bağımsız ve şeffaf yapılar olup, gelir vergisi mükellefidirler. İş ortaklıkları da bir şirket kuruluşunda olduğu gibi kurulmakla birlikte, sadece iş ortaklıkları bir işin yapılması için müştereken bir riskin alınması sonucu tek bir girişim ya da başka bir ortakla çalışılan bir oluşumdur.³⁹⁵

Geçtiğimiz yıllarda Almanya'daki şirketlerin Türk sermayeli şirketlerle ve Türkiye'deki şirketlerin Alman sermayeli şirketler ile gerçekleştirdikleri birleşmelerin sayısı önemli ölçüde artmıştır. Bunun en önemli nedenleri:

- 1)AB'deki piyasa paylarının yapısı,
- 2)Tanınmış markalardan faydalanmak,
- 3)Maliyeti azaltan potansiyel faktörler
- 4)Sinerji etkileridir.

Bir işlemin mali, kanuni ve finansman yapılanması ve optimizasyonu işlemin finansal başarıya ulaşmasında önemli bir rol oynar Alman Vergi Kanunu hem alıcıya hem de satıcıya büyük yükümlülükler getirmektedir.

Bundan dolayı yeni işletmenin yasal yapısını seçmenin dışında işlem tipinin Varlıkların devri ile ilgili anlaşma” (Asset Deal) veya “Hisse devrine ilişkin anlaşma” (Share Deal) seçimi de yatırımın finansal başarısını belirleyebilir.

(i) Hisse Devir Anlaşması

“Share Deal” bir işletmenin hisselerinin devir edilmesi yoluyla satılmasıdır. Şirket hisselerinin devir edilmesi sırasında şirketin gelecekteki tüm yükümlülükleri de alıcıya geçer.

(ii) Varlıkların Devri Anlaşması

“Asset Deal” bir işletmenin veya işletmenin bir kısmının, örneğin bir şirketin üretim sahasının ve bu saha ile bağlantılı ekonomik mallarının satın alınmasıdır. Varlıkların devri işlemi sırasında alıcının riski hisse devir anlaşmasında olduğundan daha azdır.

³⁹⁴ The German Tax Law with 1980 Amendments

³⁹⁵ Luthermenold, Doing Business in Germany.A Legal Guide for Foreign Investors, Germany,March 2003.

İşlem çeşidinin seçimi özellikle vergisel açıdan alıcılar ve satıcılar için farklı etkilere sahiptir. Bu sebeple işlemin çerçevesi görüşmeler esnasında açıkça belirlenmek zorundadır.

Her işletmenin kendi vergisel ve hukuki yapısını organize etmenin dışında, yatırımcının şirket hukukuna uygun olarak, işlemin optimizasyonu ve organizasyonu şirketin mali yapısı da dikkate alınarak organize edilir.

Şirket Yeniden Düzenleme Vergi Kanunu (UmwG), tasfiyeye gitmeksizin ya da varlık ve borçları devretmeksizin (asset deal-varlıkların devri), yatırımcının işinin gereklerini yerine getirebilmesi için en uygun hukuki statüyü oluşturma amaçlı, mevcut şirketlerin tür değiştirmesi yolu olarak çok çeşitli olasılık sağlamaktadır.

Almanya, AB Konseyinin kurum birleşmelerine ilişkin söz konusu yönergelerine uyum sağlamak için, hisse edinmek karşılığında vergisiz olarak varlıkların devrinin, devralınan şirket ortaklık hisselerinin çoğunluğuna sahip olunması koşulu ile vergisiz olarak gerçekleştirilmesine olanak sağlamıştır.

(b) Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu

Alman Ticaret Kanunu'nda 1950'li yıllardan günümüze kadar birçok büyük ve küçük değişiklikler yapılmış olup, ancak incelememiz açısından önem taşıyan en büyük oluşum günümüzde de yürürlükte olan “kurum birleşme, bölünme ve tür değiştirme” işlemlerinin bağımsız bir kanun olarak düzenlendiği 1994 tarihli “Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu” (Umwandlungsgesetz-UmwG / Reorganization Tax Act)'dir³⁹⁶.

Birleşmeler ile ilgili kanun hükümleri bu Kanun (UmwG Sec. 11- 13) bünyesinde toplanmak sureti ile oluşturulmuştur. Ancak şirketlerin birleşme işlemlerinde sadece bu Kanun'un temel mantığını oluşturan hükümlerin uygulanması yeterli değildir. Ayrıca şirketin birleşmesinin gerçekleşmesine kadar oluşan bütün **gizli yedek akçeler (hidden rezervs)** de aynı anda Alman Gelir Vergisi Kanunu'na tabi olacaktır. Bunun dışında birleşmede konulan diğer vergiler, Ticari İşletme Vergisi Kanunu'nda (GewStG) düzenlenen ticari işlem vergisi, KDV Kanunu'nda (Umsatzsteuergesetz-UstG) belirlenen KDV ve hedef şirkete ait gayrimenkullerin tabi

³⁹⁶ Luthermerold, Doing Business in Germany.A Legal Guide for Foreign Investors, Germany,March 2003; Andersen Legal, Doing Business in Germany; www.verginet.net/standartlcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

olacağı Gayrimenkul Devir Vergisi Kanunu (Grunderwerkstevergesetz-GrEstG / Real Estate Transfer Tax Act) dur³⁹⁷.

Ülkede kurumların yeniden yapılanması ve düzenlemesi için düzenlenmiş bulunan mevcut kanuna son zamanlarda getirilen bir değişiklik uyarınca yeni bir idari rehber yayımlanmıştır³⁹⁸. Buna göre getirilen düzenlemeler aşağıda incelenmiştir.

Alman Federal Vergi Mahkemesi (The German Federal Tax Court) Alman Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu'nda (The Reorganization Tax Act) esas alınan özel kanun maddeleri ile (GTLN 2/2006 ve GTLN 9/2004) son zamanlarda bir ortaklığın (partnership) kurum (corporation) statüsüne değiştirilmesi konusunda, iş ortaklığının aktifinde kayıtlı varlıkların vergiye esas kayıtlı defter değerlerini bir vergi mükellefinin yükseltebileceğini hükmetmiştir. Alman Federal Vergi Mahkemesi'nin kararı, Alman GAAP (Genel Kabul Görmüş Muhasebe Kuralları)'nin genel ilkeleri nedeni ile neye göre bu değerlerin yükseltileceği mümkün olmadığından vergi otoritelerinin resmi rehberliğini geçersiz kılmıştır. Geçtiğimiz günlerde yayımlanan rehberlikte Alman Maliye Bakanlığı (The Federal Ministry of Finance-BMF), eski rehberde Alman Federal Vergi Mahkemesi'nin kararı ile ilgi olan bölümün iptal edilmesi ve bu kararın statülerin iş ortaklığından kuruma değiştirilmesinde genel esaslarda uygulanması gerektiğini belirterek kabul etmiştir³⁹⁹. Böyle bir yükseltme aktifte kayıtlı değerlerin yükseltilmesi ile gelecekte indirim konusu edilecek amortisman bedellerinin de artmasına imkan vereceğinden vergi mükellefleri için fayda sağlayabilecek ve aynı zamanda bu yükseltme sonucu oluşacak gelir ile gelecek yıllara taşınabilecek vergi zararlarının en azından bir kısmının kapatılabilmesi sağlanacaktır (Asgari vergi hükümlerine tabi olacaktır).

İlginç olarak, rehber sadece, şirket nevi değişikliklerinden bahsetmekte, ama benzer sorunların ortaya çıkabileceği diğer durumlar (mesela birleşmeler) ile ilgili bir açıklama mevcut bulunmamaktadır. Berlin'deki yetkili vergi makamları tarafından

³⁹⁷ Almanca terimler için http://www.nyulawglobal.org/globalex/Germany_Business sitesindeki ve Chemnitz Üniversitesi'nin Alm-İng ve İng-Alm e-sözlüğünden faydalanılmıştır. <http://www.dict.tu-chemnitz.de/>

³⁹⁸ **Deloitte German Tax & Legal News**, Monthly Newsletter for Inbound Investors into Germany, "Administrative Guidance on Reorganization Tax Act", 08/2006,s. 4.

³⁹⁹ **Deloitte German Tax & Legal News**, Monthly Newsletter for Inbound Investors into Germany, "Administrative Guidance on Reorganization Tax Act", 08/2006,s. 4.

hazırlanan basılmamış rehber, vergi makamlarına, şirket nevi değişiklikleri dışındaki diğer işlemler için eski rehberin dikkate alınması gerektiği yönünde tavsiyede bulunmaktadır, öyle ki bir vergi mükellefi Alman GAAP değerlendirme yönteminden bağımsız olarak, bir kurum birleşmesinde devrolunan aktife kayıtlı varlıkların vergi değerlendirme yöntemini seçemez. Ancak yetkili vergi makamlarının, gelecekteki mahkeme davalarında bu durumu destekleyemeyecek olması beklenebilir. Maalesef, bir birleşme işlemindeki değer yükseltme durumlarına da emsal yol gösterici niteliğinde bir dava yakın bir zaman önce başka nedenlere dayanarak kararlaştırılmış, öyle ki Federal Vergi Mahkemesi, soruyu cevaplamak zorunda bile kalmamıştır.

(c) Birleşme İşlemlerinde Vergileme Esasları

(i) Doğrudan Alınan Vergiler

Almanya’da yerleşik olsun ya da olmasın tüm ticari kurumlar kar dağıtımını yapıp yapılmadığı dikkate alınmaksızın kurum karı üzerinden % 25 oranında kurumlar vergisine (Körperschaftsteuer-KStG / Corporate Income Tax) ve %5,5 oranında ise Dayanışma Vergisi’ne (solidarity surcharge) tabidirler⁴⁰⁰. Buna belediyelerce tahsil edilen mahalli bir vergi olan ticari işletme vergisi (Gewerbesteuer-GewStG / Municipal Trade Tax Act) de dahil edildiğinde şirketlerin kurum kazancı üzerinden ödedikleri toplam vergi yükü %40 (% 37,5 ila % 42,5 arasında değişmekte olan) oranındadır⁴⁰¹. Ancak Almanya dışında elde edilen kazançlar Kurumlar Vergisi’nden istisna tutulmuşlardır.

Kar payı dağıtımını söz konusu olduğunda ayrıca % 20 oranında bir stopaj ve %5,5 oranında bir Dayanışma Vergisi (solidarity surcharge) ödenmesi söz konusudur. Ödenen stopaj ise Almanya’da yerleşik kişi ve şirketlerin vergilerinden indirilebilmektedir. Ancak Alman bir kurumun yurtdışında elde edilen gelirleri kar dağıtım stopajına tabi bulunmamaktadır. Yurt dışından kar payı alan bir Alman, Almanya’da herhangi bir vergi ödemediği için vergi alacağı hakkı da elde edemez. Kar payını alan Alman bir kurum için böyle bir temettü istisna tutulmuş olmasına rağmen,

⁴⁰⁰ Andersen Legal, Doing Business in Germany; www.verginet.net/standartlcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴⁰¹ Andersen Legal, Doing Business in Germany; www.verginet.net/standartlcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

Alman bir şahıs için bu kar paylarının tamamı bireysel olarak kişinin vergi dilimindeki orana göre vergiye tabi tutulacak ve bu verginin şahsi olarak ödenmesi gerekecektir.

Yabancı mukimlere de aynı özdeş bir vergi rejimi uygulanmaktadır. Her kar dağıtımı % 20 stopaja konu olmakla beraber, kar payını alan yabancı alıcının bu temettü geliri genellikle Alman vergisine tabi tutulmadığı için, bu vergi için alacak ayrılması durumu Almanya'da mevcut bulunmamaktadır.

Bir Alman kurumun yurtdışından elde ettiği gelirler kurumlar vergisine tabi olmayıp, dağıtılsa dahi % 20 oranında kar dağıtım stopajına konu olmayacaktır. Ancak, yabancı (yurtdışı) gelir vergisi (foreign tax act), herhangi bir Alman Kurumlar Vergisi uygulanmaksızın yabancı ortaklara uygulanabilir. Bununla beraber ödenecek vergi stopajı oluşabilecektir.

(ii) Devralma Şeklinde Birleşen (Devrolan-Hedef) Şirkette Vergileme (Devir Kazancı)

Normal bir birleşme işleminde hedef şirket infisah eder. Bir şirketin iflası halinde bütün **gizli yedek akçeler** (hidden reserves) vergiye tabi tutulurlar ve iflas eden şirket için tasfiye hükümleri uygulanır. Alman Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu (UmwG Sec.11)⁴⁰² belirli koşulların kabul edilmesi (devir olan şirketten hisse payı almak dışında bir bedel alınması) halinde, bilançoların birleştirilmesinde aktif değerlerin nasıl kayıtlara intikal ettirileceğini devralınan şirketin belirlemesine izin vermiştir. Bu Kanun md. si kapsamında hedef şirket bilançoların birleştirilmesinde kayıtlı değerleri kullanabilir. Örneğin; gizli yedek akçelerin aşılması ile ilgili olarak,

1) Gizli yedek akçelerin birleşilen firmanın bünyesinde bir süre sonra vergilendirilmesi sağlanmaktadır.

2) Birleşilen firmadaki hisseler giriş bedelinden oluşmaktadır veya devrolunan aktif değerler için herhangi bir bedel ödenmemiştir.

Eğer gizli yedek akçelerin aşılmasında yukarıdaki hükümde yer alan koşullar oluşmamış ise, aktif kıymetlerin değerlemesinde devir sırasında ödenen bedelleri ya da

⁴⁰² Andersen Legal, Doing Business in Germany; www.verginet.net/standarticerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

serbest piyasa değerleri kullanarak kaydedilmelidirler (UmwG Sec. 11 (2))^{403 404}. Bu durumda doğan kar vergiye tabi olacaktır.

Hedef şirket aktif kıymetleri makul piyasa değerlerine yükseltebilmek için genelde kayıtlı değerden daha yüksek bir değer kullanır (UmwG Sec. 11(2))^{405 406}. Aradaki (ortadaki) bir değer kullanılması, birleşilen firmanın aktif değerlerinin yükseltilmesi ve aynı anda şirketin devredilecek geçmiş yıl zararlarını kullanım hakkının bırakılması için yararlı olacaktır.

Ancak, vergi bilançosundaki aktif değerlerin yükseltilmesi Ticaret Kanunu'nun izlendiği kanunlardan Alman Vergi Kanunları'nın genel ilkeleri ile ihtilafa düşebilmektedir. Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu ticaret kanunu hükümleri uyarınca (UmwG Sec.17 (2))^{407 408} hedef şirketin bilançosunun birleştirilmesinde aktif değerlerin yükseltilmesine izin vermemektedir.

Birleşilen şirketin ticari kayıtlarındaki aktif değerlerin yükseltilmesinde, vergisel amaçlı olarak hedef şirketin defter değerleri en iyi şekilde birleştirilerek oluşturulmalıdır. Ancak vergi yetkililerinin talimatı doğrultusunda Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu'nda açıklandığı üzere ve çeşitli yorumculara göre; birleşilen firmanın ticari bilançosunun yükseltilmesi, vergi bilançosundaki değerlerinin yükseltilmesini gerektirmektedir. Ancak birleşilen firmanın ticari bilançosundaki yükselme işlemi, genellikle gizli yedek akçelerin vergilendirilmesine öncü olan hedef şirketin vergi bilançosunun yükseltilmesini gerektirmektedir (UmwG Sec.4'ün yollanması ile Sec.12 (1))^{409 410}.

⁴⁰³ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴⁰⁴ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴⁰⁵ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴⁰⁶ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴⁰⁷ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴⁰⁸ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴⁰⁹ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴¹⁰ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

Alman Vergi mevzuatı gizli yedek akçelerin vergilendirmesinde birleşilen firmanın sınırsız Alman kurumlar vergisine tabi olması halinde (bu genellikle şirketin bir Alman şirketi olması anlamına gelmektedir) devralınan aktiflerin hedef şirketin kayıtlarında yer alan aynı değer ile üzerine alınmasını garanti altına almaktadır.

Eğer birleşilen şirketin hisseleri sadece devir karşılığı olarak verilmemişse ve nakit ya da hisse takası olmayacak bir şekilde ödenmişse (mesela azınlık paylarının satın alınması gibi), hedef şirket aktiflerin önceki kayıtlı defter değerini diğer ödemeleri yansıtacak bir şekilde orta (ara) bir değere arttırmak zorundadır ki o sebeple gizli yedek akçelerin bir kısmı ortaya çıkartılarak buna göre vergilendirilebilsin.

Aktiflerin değerindeki artışlar, artışın sadece hızlandırılmış amortisman niteliğinde olan aktif varlıklara yüklenmediğini temin etmek için, bütün aktif varlıklara aynı oranda artış (mesela bütün aktif değerlerin 5% ile artırılması sureti ile) uygulanmalıdır. Sadece bütün gizli yedek akçelerin aktifte kaydedilmek sureti ile ortaya çıkarılması yani realizasyonu halinde, kendiliğinden oluşan gayrimaddi haklar ve şerefiye (goodwill) kayıtlara alınmak zorundadır.

(iii) Birleşilen Şirkette Vergileme

Devralmak suretiyle birleşen şirket, devraldığı aktif varlıkları hedef (devrolan) şirketin en son bilançosunda (devir bilançosu) kaydettiği gibi aynı değerde kaydetmelidir. Bu sayede, bilançonun birleştirilmesinde hedef şirketin serbest piyasa değerini kullanması halinde, birleşen şirket devralınan aktiflerin serbest piyasa değerini tahmin edebilecektir.

Eğer hedef şirket, defter kayıt bedellerini kullandıysa, birleşen şirket aktif varlıklara önceki defter kayıt değerinden değer biçerek devralır.

Birleşmenin hisse takası şeklinde olmayan bir şekilde gerçekleşmesi veya hedef şirketin orta (ara) değerleri kullanması halinde, aktif varlıkların, orta değerlerden devralınmış olduğunu göstermektedir.

Hedef şirketin aktiflerinin, birleşen şirket ile birleştirilmesi işleminde ortaya çıkan hiç bir bilanço karı (birleşme karı olarak adlandırılmaktadır) birleşen şirkette vergiye tabi değildir (UmwG Sec.12 (2))^{411 412}.

⁴¹¹ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

Ancak birleşen şirkette, birleşme işlemi nedeniyle birleşme karının ortaya çıktığı bazı durumlar mevcut bulunmaktadır. Bu durumlar aşağıdaki şekildedir:

1) Hisselerin devralmak suretiyle birleşen şirket tarafından hisse takası şeklinde işlem görmesi halinde, devralınan aktif varlıkların kayıtlı defter değerinin hisse nominal değerini aşması durumunda bir bilanço karı doğmaktadır. Bu fazlalık, devir alan şirketin kayıtlarında bir sermaye yedeği olarak işlem görmek suretiyle bir hisse (pay) primi olarak kaydedilir ve sonuç olarak kurumlar vergisine tabi olmaz.

2) Birleşen şirket ortaklarının hedef şirketteki hisse payları ve aktif varlıkların devir değerinin, hedef şirketteki bu hisselerin birleşme maliyetini aşması hali de birleşme karının ortaya çıktığı bir diğer durumdur. Birleşmenin sonucu olarak hedef şirketteki hisseler birleşen şirketin bilançosundan çıkartılır ve aktif varlıkların değer fazlalığı bir bilanço karı oluşturur. Bu kar yine de hem vergiye tabi olmayacak, aynı zamanda hem de tersi bir durumda meydana gelebilecek bir zarar vergiden indirilebilir olacaktır.

Birleşen şirket, hisselerin değerini defter kayıtlarında yer alan ilk birleşme maliyetinin altında azaltırsa farklı kurallar uygulanır. Bu durumda birleşme karı, azaltmanın büyüklüğünde artmaktadır (UmwG Sec.12(2))^{413 414}.

Böyle bir azalma için sebep, ya hisselerin amorti edilmesi veya hisselerin birleşmesi üzerine alınan bir yardımın tersine çevrilmesi olabilir. Her iki durumda da vergi yardımı geçmişte elde edilmiştir. Bundan dolayı birleşen şirketin karları şimdi, birleşen şirketin defter kayıtlarında yer alan hedef şirket hisselerinin güncel değeri ile tarihi birleşme değerleri arasındaki fark kadar artırılmalıdır.

Birleşen şirket, hedef şirketteki bütün hisselerin sahibi olmadığından, birleşen şirketin karlarında potansiyel artış, hedef şirketin sermaye payının tamamında birleşen şirketin hedef şirketteki ortaklarının oranına göre sınırlanır.

3) Hedef şirketin aktif varlıklarının birleşmesinden bir kazancın, ortaya çıkabildiği üçüncü bir durum ise, hedef şirket ve birleşen şirketin birbiri ile ilgili hesap

⁴¹² Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴¹³ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴¹⁴ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

kayıtlarının, her şirketin kendi kayıtlarında farklı değerlerle girilmiş olmasında ortaya çıkabilmektedir.

Birleşen şirket, şirket içi hesaplarının ayrılması sonucu ortaya çıkan kar ile ilgili olarak kayıtlarında bir fon (ihtiyat) oluşturmalıdır. Bu fon (ihtiyat) , şirketin vergiye tabi gelirine gelecek 3 yılın içinde paylaştırılmalıdır (UmwG Sec.12(4), 6 (1) ve (2))⁴¹⁵⁴¹⁶.

(iv) Vergiden Muaf Fonların Durumu

Devralmak suretiyle birleşen şirket, hedef şirketi tüm vergi esaslarıyla devralır ve devam eder (UmwG Sec.12 (3))⁴¹⁷⁴¹⁸. Birleşen şirketin, hedef şirketin son bilançosunda yer alan aktif varlıkların değerlerinin tahmini amortismanına esas olacak vergi matrahını oluşturduğunu ve aynı koşullar altında hedef şirkette uygulanabilir olan vergiden muaf fonların (ihtiyatların) birleşen şirkette uygulanmasına devam edileceğini ifade eder. Bu nedenle birleşen şirket, birleşme öncesi hedef şirkette uygulanan aynı kurallara uygun olarak vergiden muaf tutulan fonlardan feragat ederek gelire bırakmalıdır.

(d) Vergi Zararlarının Korunması

Alman vergi kanunlarında prensip olarak, zararların sadece, o zararların gerçekleştiği aynı hukuki yapı tarafından gelecek dönem karlarından indirilmek suretiyle kullanılabileceğine müsaade edilmesi esastır. Bu birleşmeler için de kullanılan bir kuraldır. Nitekim bu sebeple genel uygulamaya bakıldığında, karlı durumdaki ana şirketin zararlı şirket ile birleşmesi şeklindeki aşağı doğru birleşme işlemine çok sık rastlanmaktadır. Ancak Yeniden Yapılanma Vergi Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.1.1995 tarihinden itibaren⁴¹⁹ zarara sebep bir iş ya da işin bir parçasıysa, ekonominin genel olarak görünen durumu ile işin (işletmenin) durumunun yeniden düzenlemenin geçerlilik tarihinden itibaren 5 yıl boyunca kıyaslanabilmesi ile gelecek dönemlere

⁴¹⁵ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴¹⁶ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴¹⁷ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴¹⁸ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴¹⁹ 29.10.1997 tarihli değişiklik mevcuttur.

taşınabilecek mevcut bir zararın birleşen şirketten devralınmak suretiyle birleşen şirkete taşınmasına izin verilmektedir (UmwG Sec.12 (3))⁴²⁰⁴²¹.

Devralma suretiyle birleşen firma için zararın taşınabilme durumu açık olmamakla birlikte, hedef şirketten zararların gelecek dönemlere taşınacağı farz edilerek, zararlardan faydalanılabilmesinde genel hükümler çerçevesinde mümkün olduğu kadar geçmişten taşınan zararın 1 yıl içinde kullanılmasına izin verilir. Yorumcuların çoğunluğu bunun mümkün olmadığı görüşündedirler.

Vergisel sebeplerin dışında, karlı şirketin zararlı şirket ile birleşmesi durumunda, bu zararların kullanımı paravan (shell) şirketlerin kullanımının engellemesi için tasarlanan özel bir kötü kullanımı engelleyici kanun hükmü ile (KStG Sec. 8(4)) sınırlandırılabilmiştir. Zararların kullanımına, eğer zararın meydana geldiği şirketin hisselerinin %50'sinden daha çoğu satılırsa ve şirket sonradan işletme faaliyetlerine önemli yeni işletme aktif varlıklarını kullanarak devam eder veya yeniden başlarsa izin verilmez.

Alman KVK'nın (KStG) 8 (4)) hükmündeki bir ekonomik kimlik prensibi yukarıda tanımlanan "aynı" hukuki yapı prensibine benzerlik oluşturmaktadır. Bu hükümler şirketin faydalanmak istediği gelecek dönemlere taşınabilen zararlara ilişkin kuralları sadece hukuki olarak özdeşleştirmemeli, aynı zamanda o zararların gerçekleştiği şirketi ekonomik olarak da özdeşleştirmelidir. Yasa, bir şirket hisselerinin %50'sinden daha fazlasının devredildikten sonra o şirketin işletme faaliyetlerine üstün (baskın) olarak yeni aktif varlıklarla devam etmesi ya da yeniden başlamasında ekonomik kimliğin mevcut olarak sayılamayacağını belirlemiştir.

Vergi otoriteleri, KStG' nin 8 (4) maddesinin iki şirketin birleşmelerine de uygulanmak üzere açıklayıcı bir kanun (hüküm) yayımlamıştır. Eğer birleşmeden sonra yeni bir hissedar, birleşen şirketin hisselerinin %50'sinden daha fazlasını elinde tutarsa, KStG' nin 8 (4) hükmü imkan dahilinde uygulanabilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, birleşen şirketin işletme faaliyetlerine üstün (baskın) olarak yeni aktif varlıklarla devam etmesi ya da yeniden başlaması gerekmektedir.

⁴²⁰ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

⁴²¹ Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

Bu, yeni aktif varlıkların serbest piyasa değerinin, öncelikli mevcut aktif varlıkların serbest piyasa değerini aşması anlamında yorumlanır. Bu amaçla netten ziyade brüt aktif varlıklar dikkate alınmaktadır. Karlı şirketin zararlı bir firma bünyesinde birleşmesi yerine, birleşme için kayıtlı defter değerleri yerine orta (ara) değerlerin bir alternatif olarak seçilmesi suretiyle, zararların indirim yoluyla kapatılabileceği hedef şirket bünyesinde vergiye tabi bir kar yaratılmalıdır. Bu durum birleşen şirketin gelecekte daha yüksek amortisman ayırmasına sebep olacaktır.

(e) Ticaret Vergisi

(i) Devir Olan (Hedef) Şirket Açısından

Devrolan (hedef) şirket aktif varlıkların devrinde son bilançosundaki kayıtlı defter değerini kullanırsa, devir işleminde kurumlar vergisi açısından sermaye kazancı oluşmayacaktır. Bu durum söz konusu gelire ticaret vergisinin uygulanması sonucunu doğuracaktır.

Son bilançodaki devredilen aktif varlıkların serbest piyasa değerinden veya orta (ara) değerlerden kaydedilmiş olması sonucunda sermaye kazancı gerçekleştiğinde, bu sermaye kazancı niteliğindeki gelir ticaret vergisine tabi olacaktır.

(ii) Birleşen Şirket Açısından

Devrilmek suretiyle birleşen şirkette oluşacak gelirden, ticaret vergisine ilişkin uygulanacak durum kurumlar vergisinde de izlenir. Böylece eğer vergiye tabi bir sermaye kazancı gerçekleşirse, bu sermaye kazancı şeklinde oluşan gelir ticaret vergisine tabi olacaktır. Ticaret Vergisi açısından gelecek dönemlere taşınabilir zarar birleşen şirkete devrolunabilir (UmwG Sec. 19(2))⁴²²⁴²³. Kurumlar Vergisi açısından da gelecek dönemlere taşınabilir zarar devrolunabilir.

(3) Rekabet Hukuku:Rekabet Kanunu

AB Rekabet hukuku kapsamında ise, AB'den ayrı olarak her birlik üyesi ülke gibi Almanya da şirket birleşmeleri ile rekabetin zarara uğratılmasını önlemek amacı ile yasal düzenlemelere gitmiştir. Birleşme işlemlerinde kontrol (merger control) Almanya'da 1973 yılında ilk olarak tanınmış ve Rekabeti Yasaklayan Kanun (Gesetz

⁴²² Andersen Legal, Doing Business in Germany; Felix Wurn, The International Guide to Merger and Acquisitions, Germany 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, s.32.

⁴²³ www.verginet.net/standartlcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006).

gegen Wettbewerbsbeschränkungen- GWB/Act Against Restraints of Competition) ile yatay ve dikey birleşme işlemlerine ilişkin rekabet sınırlamaları düzenlenmiştir (GWB Sec.35). Kanunun 1998 yılında revize edilmesi sonucunda, 1.1.1999'dan geçerli olmak üzere yeni düzenleme yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar yabancı yatırımlar yeni faaliyet ve işlerin ülkeye gelmesine öncü olsa da hükümet, dost nitelikli olmayan şirket ele geçirmelerinin (hostile takeover) karşısındadır⁴²⁴.

Almanya'nın Federal Kartel Ofisi (Bundeskartellamt), devralmayı da devir alanın (acquirer) hedef şirket üzerinde “etkiyi yönetmek” şeklinde bir kazanç elde ettiği bir birleşme olarak tanımlamaktadır. Örneğin hisse paylarının çoğunluğu, bir veto hakkı için yeterli oy sayısı veya devralan tarafından devralınan şirketin kontrolüne teminat verecek olan herhangi bir sözleşme.

AB'nin 1990 yılında hazırlamış bulunduğu “Birleşme Tüzüğü (Merger Regulation)” doğrultusunda, Avrupa Komisyonu büyük ölçekli birleşmelerin onaylanması veya geri çevrilmesinde yetkili en son karar merci olarak yetkilendirilmiştir. Kartel Ofisi'nin güçleri, uluslararasıdır. Özellikle izne tabi birleşme şartlarında toplam dünya çapında hasılat rakamları esas alındığından, yabancı bir şirket tarafından yapılacak küçük ölçekli bir birleşme durumu bile ofisin tetkiki kapsamının altına düşebileceğinden, yurtdışındaki Alman şirketlerinin üzerinde de dokunulmazlığının olması önünde haklar talep etmiştir.

Bu bağlamda, Almanya'da belirlenmiş büyüklükte satış hacmi yaratacak şirket birleşmelerinin (**Birleşmelerde her iki işletmeden birinin veya her ikisinin kendi faaliyet kolundaki pazar payı % 25'yi aşıyorsa**) gerçekleşmeden önce “**Federal Kartel Ofisi-Federal Cartel Office**” ne bildirilmesi zorunluluğu vardır⁴²⁵.

Kartel Ofisi bazen, bir birleşmeye izin vermesine rağmen, bir tekel tehlikesinin ortaya çıkmasına karşı tedbirlerin alınması gerekebilir. Birleşmeleri onaylanan şirketler, birleşme işlemi gerçekleştikten sonra yeniden Kartel Ofisi'ni haberdar etmek zorundadır. Belirlenmiş büyüklükte satış hacmi yaratmayacak birleşmelerin ise birleşme gerçekleştikten sonra bilgi vermek amaçlı olarak bildirimde bulunması gerekmektedir

⁴²⁴ City&Financial Publishing, s. 200- 221.

⁴²⁵ City&Financial Publishing, s. 203.

Perakendeciler, medya şirketleri, bankalar ve diğer mali kurumlara özel yönetimi ele geçirme kuralları uygular. Bunlar, medya şirketleri için özellikle katıdır: Şöyle ki, karar verme sırasında bir incelemenin mecburi olup olmayacağına göre, yıllık hasılat tutarının 20 katına kadar dikkate alınabilmektedir.

Federal Kartel Ofisi yaptığı incelemeler sonucunda söz konusu birleşmeyi yasaklayabilir veya gerçekleşmiş bir birleşme mevcutsa bu birleşmenin çözülmesini isteyebilir⁴²⁶.

Birleşme talepleri, kartel ofisi tarafından geri çevrilen şirketler, temyiz talebi ile Temyiz Mahkemesine gidebilirler veya en son merci olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir ya da Maliye Bakanlığı'ndan bir muafiyet talebinde bulunabilirler⁴²⁷.

b. İngiliz Hukuku

(1)Özel Hukuk

Anonim şirketlerin temelini teşkil eden “company”⁴²⁸ ler, ilk defa deniz yolu ile gerçekleştirilen büyük seferler sonucunda doğmuştur⁴²⁹. Aynı gemiye yüklenen mallara ilişkin alış ve satışların her bir ortak için ayrı tutulması yerine müşterek hesapların kullanılması, yani riskler ve şansların birleştirilmesi ve ortaya çıkan sonuçların bölünmesi İngiliz hukukunda anonim şirketlerin (joint stock companies) doğmasına sebep olmuştur⁴³⁰. Nitekim önceleri (1844) bu şirketler (“company”) üzerindeki kanuni düzenlemelere de ad olan bu deyim (“Joint Stock Companies Act”), 1862’den sonra yerini sadece “Şirketler Kanunu”na (“Companies Act”) bırakmıştır⁴³¹. Anonim şirketlerin diğer Avrupa ülkelerindeki gelişmelerine de İngiltere’de 1862 tarihinde düzenlenen ilk Companies Act (Şirketler Kanunu) model olmuştur⁴³².

⁴²⁶ City&Financial Publishing, s. 205- 207; Sarıkamış, s.109.

⁴²⁷ www.verginet.net/standartIcerik.aspx?ID=4805 (27.12.2006)

⁴²⁸ “Company, hukukumuzdaki ticaret şirketleri gibi tüzel kişiliği haizdir ve ortaklıklarının şirket borçlarından şahsi sorumluluğu kural olarak belirli bir miktarla sınırlıdır”, Ali Cem Budak, “İngiliz Şirketler Hukukunun Ana Hatları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1991, Cilt 16, Sayı 1, s. 65.

⁴²⁹ A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union, 3. Bası, City&Financial Publishing, s.525.

⁴³⁰ A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union, 3. Bası, City&Financial Publishing, s.525

⁴³¹ Tekil, Şirketler Hukuku s. 7.

⁴³² Tekil, Şirketler Hukuku s. 9.

Birer iş ortaklığı (partnership) şeklinde, sınırlı sayıda kişiler tarafından kurulan bu anonim şirketler (joint stock companies), diğer iş ortaklıklarından (partnership) yani kişi şirketlerinden farklı olarak tüzel kişiliğe haiz bulunmaktadır⁴³³.

1844 tarihli “Joint Stock Companies Act” (Anonim Şirketler Kanunu) kabul edilene kadar izin sistemi geçerli olan İngiltere’de bu kanunun düzenlenmesi ile birlikte normatif sisteme geçiş sağlanmıştır⁴³⁴.

Anglo-Sakson sisteminin asli temsilcisi İngiltere, 13’üncü yy.dan beri kendini Avrupa’dan ayıştırmış, çok farklı bir gelişme çizgisine oturmuştur. Bu şekilde de Anglo Sakson sisteminin Kıta Avrupa’sından ayıştırılmış bir hukuk sistemi çerçevesinde geliştirilmiştir. İngiltere’ nin dönüşümü 16’ncı yüzyıl kapitalizminden çok daha önce başlamış bir dönüşüm olup, İngiltere’de ticaret hukuku anlayışı, Kara Avrupa’sından tamamen farklıdır. İngiltere’de, ticaret hukukunun merkezinde tacir yer alır; tacir bağlamında sözleşmeler (contracts), ithalât ve ihracat işlemleri, taşıma ve iflâs düzenlenir ve bu konular ticaret hukukunun kapsamındadır. Ticaret hukuku kapsamında ele alınan konularda gelişme daha çok sözleşmeler hukuku alanında (satım sözleşmesi şeklinde) olmuştur⁴³⁵.

Ticaret hukukunun merkezinde satım sözleşmesi yer alır ve bu alan 1983 yılında kabul edilen Eşya Satımı Kanunu (Sale of Goods Act) tarafından yönetilir. Anılan Kanun çeşitli tarihlerde değiştirilmiştir. Bu değişiklikler dışında, son elli yılın önemli kanunları arasında 1973 yılında kabul edilen Eşya Sağlama Kanunu (Supply of Goods Act), genel işlem şartları ile ilgili 1977 yılında kabul edilen Dürüst Olmayan Sözleşme Şartları Kanunu (Unfair Contracts Terms Act) ve tüketicinin korunması hakkında 1999 yılında kabul edilen Tüketici Sözleşmelerinde Dürüst Olmayan Şartlara İlişkin Düzenlemeler Kanunu (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations Act 1999) sayılabilir.

⁴³³ Budak, s. 85-86; “1890 tarihli Partnership Act, partnership’i “... kazanç sağlamak ortak anacıyla bir işi birlikte yürüten kimseler arasındaki ilişkiden ibarettir” şeklinde tanımlanmıştır. Fakat partnership’in tüzel kişiliği olmamakla birlikte ortaklarınkinden ayrı ve şirketin ticari faaliyetine tahsis edilmiş bir malvarlığı vardır”.

⁴³⁴ Tekil, **Şirketler Hukuku** s. 11.

⁴³⁵ **A Practitioner’s Guide to Takeovers and Mergers in the European Union**, 3. Bası, City&Financial Publishing, s.525.

İngiltere'deki ticari işlemlerin uygulama ve oluşturulma şekil ve şartları ABD'kine çok benzemektedir. Mesela gayrimaddi hakların muhasebe işlemlerinde de US GAPP (Amerikan Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri) doğrultusunda muhasebe uygulamalarının yapıldığı görülmektedir. Söz konusu işlemler arasındaki benzerlik ve uyum sonucunda, özellikle ABD pazarında İngiliz şirketleri tarafından gerçekleştirilmiş çok başarılı birleşme teşebbüslerinde bulunulmuştur⁴³⁶.

İngiltere uzunca bir dönemden beri şirket yeniden yapılandırma işlemleri konusunda önemli atılımlar da bulunmuştur. Özellikle otomotiv, bankacılık vb. sanayi kollarında faaliyet gösteren büyük devlet kurumlarının özelleştirilmek sureti ile yeniden yapılandırma amaçlı devralınması işlemlerinde uzmanlaşmıştır. İngiliz Borsası da Ülkedeki birleşme işlemlerini destekler niteliktedir. Hükümet de iktisadi ticari işlemlerde önem arz eden sonuçlar oluşturacak yeniden yapılandırmaları desteklemektedir⁴³⁷.

Ortaklık yoğunlaşması şekline göre ise İngiliz Müşterek Hukuku/Anglo-Sakson Hukuk Sistemi (Common Law) esasları hakimdir. Nitekim mesela 1882 yılında kabul edilen Poliçe Kanunu (Bill of Exchange Act), İngiliz Müşterek Hukuku'ndan (common law) gelen ilkeleri yenileştirerek bugüne kadar devam ettirmiştir.

İngiltere'de, şirket birleşmelerine ilişkin kanuni mevzuattan önce, düzenlenmiş bulunan Şirketler Kanunu'nun (Companies Act) Avrupa ülkelerindeki gelişmelere örnek teşkil etmiş olması nedeni ile şirketler hukukunu incelemekte fayda vardır.

Şirketler hukuku ile ilgili olarak ana kanun metni 1948 tarihli Companies Act teşkil etmektedir. Bu kanun, 1967 ve 1976 tarihli kanun revizyonları ile tadil görmüş olup, esas itibarı ile pay sahiplerinin ve kamuyu aydınlatma olanaklarının kuvvetlendirilmesi ve etkin bir kontrol sisteminin sağlanmasını hedeflemiştir. Kurucular, şirkete karşı bir emaneti iyi koruma açısından kendilerine güven duyulmuş kimseler durumundadırlar. Dolayısı ile şirket çıkarlarını daima ön planda tutma, hiçbir şeyi saklamama ve kamuyu yanlış anlamaya sevk edecek her türlü tutumdan kaçınma vecibesi, kendileri için mutlak⁴³⁸.

⁴³⁶ Bendaniel, Rosenbloom ve Hanks Jr, s. 15.

⁴³⁷ Bendaniel, Rosenbloom ve Hanks Jr, s. 15.

⁴³⁸ Tekil, Şirketler Hukuku s.28- 32.

Şirketlere, özellikle sermaye şirketlerine ilişkin olarak İngiltere'de önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlar AB yönergeleri çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Uyumlaştırmalar ile İngiliz Şirketler hukukunun "Avrupalaştığı" da ileri sürülebilir. Kısaca söylemek gerekirse bugün anonim şirketlere ilişkin olarak AB üyesi ülkelerde hangi hükümler uygulanıyorsa, İngiltere'de de aynı hükümler uygulanmaktadır. Bu arada "common law"dan gelen ünlü ultra-vires⁴³⁹, İngiliz hukuk sisteminde sınırlandırılmıştır⁴⁴⁰.

İngiltere'de şirketler hukuku alanında iki büyük gelişme iki büyük kapsamlı değişikliğe sebep olmuştur. Bunlardan birincisi 1985 Şirketler Kanunu (Companies Act) ile bunun 1998 ve 1999 değişiklikleridir. Bu değişikliklerin büyük çoğunluğu AB yönergeleri ve tüzükleri bağlamında gerçekleştirilmiştir. İkincisi ise Cadbury Raporu ile başlayan ve bütün dünyayı saran kurumsal yönetim (corporate governance) ilkelerinin pay senetleri borsada işlem gören şirketleri, dolayısıyla şirketler hukukunu temelden etkilemesidir.

Bir başka deyişle İngiltere'de son yirmi yılda şirketler hukuku alanında yapılan değişiklikler ve ulusal düzenlemeler, AB ikincil hukuku bağlamında değerlendirilmelidir. Ulusal düzeyde, şirketler hukukunu bir anlamda yenileyen ve bileşim sağlayan "konsolide eden" son düzenleme 1985 yılında kabul edilen ve sonrasındaki değişikliklerle İngiliz sisteminin esasını oluşturan Şirketler Kanunu (Companies Act)'dur. Kanunun bazı bölümlerini değiştiren 1985 yılında kabul edilen Ticaret Unvanları Kanunu (Business Names Act), 1986 yılında kabul edilen Ödeme Güçlüğüne İlişkin (İflas Kanunu) Kanun (Insolvency Act), 1986 yılında kabul edilen Finansal Hizmetler Kanunu (Financial Services Act) da şirketler hukukunu başka bir

⁴³⁹ Ultra vires, ticaret şirketlerinin, şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak şartıyla, hak iktisap edebilecekleri ve borç yüklenebilecekleri ilkesel hükmüdür. Bu hüküm uyarınca, işletme konusu dışında ticaret şirketleri hak ehliyetini haiz değildir. İşletme konusu dışında yapılan işlemler ultra vires olduğu için yok sayılmaktadır. AET 1968 tarihli ve 68/54 sayılı, şirketlere ilişkin birinci yönergesinde, AET'ye üye ülkelerin ultra vires kuralını kanunlarından çıkarmalarını ön görmüş olup, yönerge, bu hükmü ile üçüncü kişileri korumayı amaçlamıştır.

⁴⁴⁰ "İngiliz Hukukunda ultra vires ilkesi tamamen ortadan kaldırılmamış; sadece söz konusu sınırlamanın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi önellenmiştir. Buna karşın ultra vires ilkesi, şirket yöneticilerinin yetkileriyle ilgili bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir", Burçak Yıldız, "AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti ("Ultra Vires" İlkesi), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2006, Cilt 23, Sayı 3, s.196.

yörüngeye oturtmuştur. Bu yörünge, şeffaflıktır. 1989 yılında kabul edilen Şirketler Kanunu (Companies Act) şirket finansal tablolarında ve denetlemede ayrıntılı hükümleri, küçük ve orta ölçekli şirketler için getirdiği özel maddeleriyle dikkat çekmektedir. Son düzenlemeyi AB hukukunun da geniş bir şekilde etkilediği şüphesizdir⁴⁴¹.

Birleşik Krallıkta şirketler hukuku reformu ile ilgili olarak, bir kamu kurumu olan Ticaret ve Sanayi Kurumu (Department Trade and Industry)'nın oluşturduğu Şirketler Hukukunun Gözden Geçirilmesi Komisyonu (Company Law Review)'nda, rekabet gücünü haiz bir ekonomi için, modern şirketler hukuku anlayışı çerçevesinde, stratejik çerçeve (1999), genel kurul ve pay sahipleri iletişimi (1999), şirket kurulması ve sermayenin korunması gibi bilimsel derinliği bulunan belgeler yayımlanmıştır. Bu çalışmalar bir taraftan küçük ölçekli ve kapalı şirketlerde karar alabilme mekanizmalarının basitleştirilmesine, diğer taraftan da kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına odaklanmıştır. Ancak ikinci konu Ticaret ve Sanayi Kurumu çalışma programında 2003 yılından sonra yer tutmaya başlamıştır. Bugün İngiltere'nin gündeminde, denetçileri gözetim altında tutacak kurulun oluşturulması, denetçi mesleğinin yeniden yapılandırılması, mesleki eğitim, yönetim kurulundan bilgi ve belge alma haklarının güçlendirilmesi, Ticaret ve Sanayi Kurumu müfettişlerinin yetkilerinin genişletilmesi sorunları bulunmaktadır. Muhasebe ve Denetleme Sorunlarına İlişkin Eşgüdüm Grubu (Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues) kurulmuştur. Cadbury raporu ile başlayan ve bütün dünyada genel kabul gören kurumsal yönetim ilkeleri pay senetleri borsada işlem gören şirketler hukukunu temelden etkilemiştir⁴⁴².

Ticaret hukuku için yukarıda yapılan açıklamalar İngiliz hukukunda Kara Avrupası anlamında kıymetli evrak hukukunu karşılayan “negotiable instrument” hukuku için de geçerlidir. İngiltere poliçe, bono ve çeklere ilişkin Cenevre Konvansiyonlarını kabul etmemiş, kendi özel düzenlemesini geliştirmiştir. 1882 yılında kabul edilen Poliçe Kanunu (Bill of Exchange Act), İngiliz Müşterek Hukuku'ndan (common law) gelen ilkeleri yenileştirerek devam ettirmekte, çek ise 1957 Kanunu'na

⁴⁴¹ A Practitioner's Guide to Takeovers and Mergers in the European Union, 3. Bası, City&Financial Publishing, s.525 vd.

⁴⁴² A Practitioner's Guide to Takeovers and Mergers in the European Union, 3. Bası, City&Financial Publishing, s.525 vd.

bağlı bulunmaktadır. Bu iki kanun değişikliklerle İngiliz sisteminin esasını oluşturmaktadır.

İngiliz şirketler kanununun altında düzenlenmiş geniş kapsamlı bir mevzuat mevcut olmamakla beraber, birleşmelerin başarılı bir şekilde gerçekleşmesine yönelik olarak çok çeşitli faydalı yöntem şirketler kanunundaki madde hükümleri içerisinde belirlenmiştir. Bunlara ilaveten kapsamlı bir kararlar hukuku (case law)da mevcut bulunmaktadır⁴⁴³. Şirket ele geçirme (take over) ve birleşme (merger) işlemleri ise City Code (şehir yönetim hükümleri) ile yönetilmektedir. City Code, İngiltere'deki devralma ve birleşme mevzuatının esas kaynağını teşkil edip, 10 tane genel ilke ve 38 maddeden oluşmaktadır. Özellikle 38 inci madde, City Code'un özüdür. Şirket birleşmelerine ilişkin olarak uygulamadaki genel ilkeler ve hükümetin belirlediği özel hükümleri içerir. Ancak City Code kanuni bir düzenleme olmadığından, kanun gücüne sahip değildir. Bir panel şeklinde oluşturulan ve yönetilen, Başkanı ve bölüm başkanı İngiltere Bankası'nın idari yetkilisi tarafından tayin edilmiş bulunan kanuni olmayan bir yapıdır. Üyeleri büyük ve en önemli finans ve iş dünyasındaki kuruluşların temsilcilerinden oluşmaktadır. Panel genel olarak, ticari hareketlerdeki uygun standartların belirlenmesinden daha çok, kanun uygulamalarındaki ilkelerin düzenlenmesine yönelik faaliyeti esas almaktadır. Ayrıca City Code ile İngiltere'deki şirket devralma işlemlerinde mevcut düzenlemelerin getirdiği uygulamadaki pek çok karakteristik farklılıklar vurgulanmak suretiyle, devralınan (hedef) şirket ortakları yaşamlarındaki strese uygun, rahat ve eşit bir şekilde hareket edebilmesi konusunda bilgilendirilmektedir⁴⁴⁴.

(2)Vergi Hukuku

(a) Vergi Kanunları

İngiliz vergi sisteminin genel karakteristikleri şunlardır: dolaylı ve dolaysız vergi gelirleri içindeki payları az bir farkla dolaysızlar lehindedir. GSMH'nin %25'ini aşan global vergi yükünün sebep olduğu vergi tazyiki ağırdır. Vergi kaçakçılığı geleneksel olarak azdır⁴⁴⁵.

⁴⁴³ City&Financial Publishing, s. 527.

⁴⁴⁴ City&Financial Publishing, s. 525- 530.

⁴⁴⁵ Nadaroğlu, **Kamu Maliyesi Teorisi**, s. 396

(i) Kurumlar Vergisi Kanunu

İngiltere’de Kurumlar Vergisi genel oranı 1999 yılından beri % 30 ‘dur. Ancak daha küçük ölçekli şirketler için daha düşük oranlı (%0-%19 arasında nispetlerde değişen) kurumlar vergisi uygulaması mevcut bulunmaktadır. Şirketlerin vergiye tabi kar rakamları esas alınmak üzere tespit edilmiş dilimlere göre kurumlar vergisi oranları belirlenmiştir. Bunun dışında mevcut mevzuat kapsamında alınan herhangi bir asgari kurumlar vergisi mevcut değildir⁴⁴⁶.

(ii) Birleşme Kanunu

İngiliz vergi hukukunda birleşme ve devirle ilgili olarak uygulanan kanunlar ise; Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları (1970 ve 1988), Vergilendirilebilir Kazançlar Kanunu (1992), Sermaye Payları Kanunu (1990) ve bunlara ilişkin Yıllık Maliye Kanunları, Katma Değer Vergisi Kanunu (1994) ve buna ilişkin Maliye Kanunları, Damga Vergisi Kanunu (1991) ve bunu takip eden Maliye Kanunlarıdır.

(b) Birleşme İşlemlerinde Vergileme Esasları

İngiltere uygulamasında birleşme, bir veya birden fazla şirketin aktif ve pasiflerinin tamamının mevcut bir şirkete ya da yeni bir şirkete devir işlemini ifade etmektedir. Birleşme işlemleri devralan tarafından varlık edinme işlemi, devreden şirket tarafından ise varlıkların elden çıkartılması niteliğindedir.

Sabit kıymetlerin devredilmesinde (elden çıkartılmasında) önceden amortismanla tabi tutulmuş olmaları durumunda, devir esnasında ilgili amortismanlar maliyet bedelinden bir indirim olarak dikkate alınabilmektedir. Ayrıca mevcut kanuni mevzuat uyarınca, devredilen sabit kıymetlerin maliyet değerleri 1982 yılından beri enflasyon oranına endekslenmek suretiyle yükseltilerek belirlenebilmekte ve bunun sonucunda bir değer artış kazancı ya da zararı oluşmaktadır. Ancak İngiliz mevzuatı devredilme işleminde, söz konusu endeksleme sonucunda ortaya çıkacak değer artış zararını kabul etmemektedir.

İşletme mal stokları gibi, çeşitli dönen varlıkların devredilmesi suretiyle yapılacak birleşme işleminin, bağlı şahıs ya da ortaklıklar arasında gerçekleşmesi

⁴⁴⁶ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

durumunda, kanun devre konu olacak varlıkların bedeli olarak piyasa fiyatının esas alınmasını uygun görmektedir.

İngiliz vergi hukukunda birleşme işlemlerine (özellikle grup şirketleri arasında gerçekleştirilenlere) çok geniş bir vergi muafiyeti tanınmıştır⁴⁴⁷. Ancak bu muafiyetlerin uygulanabilmesi bazı koşulların sağlanması durumuna bağlanmıştır. Muafiyetlerden faydalanılabilmesi için kanun tarafından belirlenen bu koşullar; birleşmenin sadece yerli şirket ve grupları arasında yapılması, sadece aktifte yer alan sabit kıymetlerin devir işleminin muafiyete konu olup, ticari mal stoklarının devrinin kapsam dışında tutulması ve bir şirketin grup şirketi olarak kabul edilebilmesi için ana şirketin en az % 95 nispetinde hisse payının bulunması gerektirir.

Kanuni düzenlemeler, yeniden yapılanma ve bir şirkette toplanma durumlarında sermaye kazançları vergisine (Capital Gains Tax) esas bir kazancın gerçekleşmeyeceği şeklinde mevcut bulunmaktadır. Bu kavramlardan yeniden yapılanma, bir şirketin aynı faaliyet konusundaki işlerle uğraşan ve aynı ortaklara sahip olan bir şirkete devir işlemini ifade etmektedir. Bir şirkette toplanma ise, yeni bir şirkette ya da birleşen şirketlerin birisinde meydana gelebilmektedir.

Ticari malların devir işlemine konu edilmesi halinde ise, oluşacak kazançların vergiye tabi olmayacağı konusunda mevcut bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Kanun gereği; devredilen şirketin tasfiye edilmemesi halinde, devredilen şirket ortaklarının devralan şirketten aldıkları hisse senetleri kar dağıtımı olarak değerlendirilerek, vergiye tabi tutulabilmektedir.

(c) Devralma Ve Birleşme İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi

Bir şirketin diğer bir şirketi devralma (acquisition) sureti ile birleşmesinde (merger) İngiltere şirket kanunu ve muhasebe uygulamalarında kabul edilmiş iki yöntem vardır. Bunlar “devralma sureti ile birleşmelerin muhasebeleştirilmesi (acquisition accounting)”ve “birleşmelerin muhasebeleştirilmesi (merger accounting)”⁴⁴⁸ 1985 yılında düzenlenen Şirketler Kanunu’nun -Companies Act 1’nci bölüm VII’nci kısmındaki liste 4A ve 1989 yılında Şirketler Kanunu’na ek olarak getirilen 5 (2) kısım ve liste 2’de belirlenmiştir.

⁴⁴⁷ Arthur Andersen, **Mergers and Acquisitions** in; The Netherlands, Germany and England, 2000.

⁴⁴⁸ **Arthur Andersen**, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England, .

İlgili mevzuat, devralma sureti ile birleşmelerin muhasebeleştirilmesinde, birleşmelerin muhasebeleştirilmesi için gerekli olan şartların yerine getirilmeksizin yapılabilmesi olanağını sağlamaktadır. Bu sebeple devralma suretiyle birleşme işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi, kanunlarla da daha kolaylaştırıcı ve özendirici bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

(i) Devralma Sureti İle Birleşmelerin Muhasebeleştirilmesi

Birleşilen şirketin belirlenebilir (identifiable) aktif varlık ve borçları birleşme tarihindeki değerleriyle konsolide edilmiş bilançoda yer almalıdır. Belirlenebilir aktif varlıklar, birleşen şirketin işletmesinin elden çıkartılmak sureti ile satılmaksızın, bağımsız bir şekilde elden çıkarılma ya da ihraç edilebilme sureti ile yerleştirilebilme kapasitesi olan aktif varlıklardır.

Birleşme işlemlerinin muhasebeleştirilmesinde “birleşme maliyeti”, birleşme işlemlerinin diğer masrafları ve ücretleriyle beraber piyasa değerinin herhangi bir nakit karşılığı bedeli olarak tanımlanmaktadır. Birleşen şirketin “düzeltilmiş sermaye ve yedek akçeleri”, belirlenebilir aktif varlık ve borçların birleşme tarihindeki piyasa değerlerinin düzeltilmesi (adjustment) sonrasındaki sermaye ve yedeklerini temsil etmektedir⁴⁴⁹.

(ii) Birleşmelerin Muhasebeleştirilmesi

Birleşmelerin muhasebeleştirilmesi (merger accounting) yöntemi ancak aşağıda belirtilen şartların mevcut olması durumunda uygulanabilmektedir⁴⁵⁰.

1) Birleşilen şirketteki ilgili hisselerin nominal değerinin en az % 90'ının,(kontrol edilecek) ana şirket ve ona bağlı yan kuruluşlarının şahsında elde tutuluyor olması gerekmektedir. İlgili hisseler, hem hisse dağıtımına hem de şirketin aktif varlıklarının tasfiyesine katılımda sınırsız haklar taşımaktadır.

2) Yukarıda 1'inci maddede bahsedilen ortaklıkta, ana şirket veya ona “bağlı yan kuruluş niteliğinde olan bir ya da daha çok şirket tarafından çıkartılan sermaye ortaklık hisse payları bir düzenlemeye uygun olarak ele geçirilmiş olmalıdır.

⁴⁴⁹ Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England, .

⁴⁵⁰ Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England

3) Ana şirket ve bağlı şirketler tarafından düzenlemeye uygun olarak verilen çıkartılan ortaklık hisse paylarından başka herhangi bir karşılığın piyasa değeri, çıkarılan ortaklık sermaye hisse paylarının nominal değerinin % 10'unu aşmamalıdır.

4) Birleşme muhasebesi kayıtlarında GAAP ve uygulamaları benimsenmiştir.

Birleşme muhasebeleştirilmesi yönteminde birleşen şirketin aktif varlık ve borçları defter kayıtlarındaki hesaplarda konsolide edilmiş bir şekilde yer almakta olup, Şirketler Kanunu (Companies Act) kapsamında herhangi bir değer düzeltmesine (adjustment) tabi tutulmamaktadır.

Birleşen şirketin gelir ve giderleri, mali yılın girişinde birleşme öncesi dönemi de içerecek şekilde konsolide edilmiş hesaplardan oluşmaktadır. Birleşen şirket o yıl boyunca konsolide edilmiş rakamları ihtiva ettiğinden, konsolide edilmiş hesaplar önceki yıldaki ilgili meblağları da göstermelidir⁴⁵¹.

Ana şirket ve bağlı ortaklıkların, birleşilen şirketin arz ettiği sermaye hisselerinden sahip oldukları hisselerin nominal değeri toplamın içindeki karşılığına göre değerlendirilir:

1) "Uygun miktar" birleşilen şirkette hisselerin birleştirilmesi karşılığında ana şirket veya ona bağlı ortaklıklar tarafından çıkarılan hisseleri nitelemek bakımından kullanılmaktadır.

2) Birleşilen şirketteki, birleşme hisselerinin herhangi bir bedel karşılığında piyasa değerinin tespit edilmesinde o hisselerin birleşme tarihi esas alınmaktadır.

Aradaki fark, konsolide edilmiş yedeklerin değer düzeltmesini göstermektedir.

(d) Sermaye İndirimi Uygulaması

İngiltere'de sabit kıymetlerin amortismanı konu edilmesi sonucu oluşan amortisman giderlerinin gider olarak kayıtlara intikal ettirilmesinin dışında, bir şirketin sona ererek diğer bir şirketin faaliyete başlaması ve bu yeni şirketin % 95 nispetinde hisselerinin aynı kişinin elinde bu işlemten itibaren iki yıl boyunca kalması halinde tanınan ve "sermaye indirimi" olarak adlandırılan bir vergi indirimi müessesesidir.

Koşulların sağlanması halinde devralınan şirketle ilgili “sermaye indirimi” kullanım hakkı yeni şirkete geçmekte ve bu bünyede faydalandırılmaktadır⁴⁵².

(e) Devralınan Vergi Zararlarının Devir Ve Birleşme İşleminde Kullanılabilme Durumu

Ticari faaliyet sonucu oluşan zararlar, devralan şirketin aynı ticari faaliyete devam etmesi halinde, devralan şirket tarafından vergi hesabında indirim olarak dikkate alınabilmekte, aynı zamanda söz konusu ticari faaliyetle ilgili borçların devredilmesi sonucu devralan şirket devraldığı şirketin zararlarından da vergi avantajı elde edebilmektedir⁴⁵³.

Ancak mevzuat uyarınca, üç yıl içerisinde faaliyet konusunda ya da ortaklık yapısında bir değişiklik olması halinde, ilgili değişikliklerin gerçekleşmesinden sonra oluşacak zararların, değişiklikten önceki gelirlerden mahsubu olanağı bulunmamaktadır.

(f) Sermaye Zararlarının İndirimi

Uygulamada sermaye zararlarının (capital losses) ticari karlardan indirimi mümkün bulunmamakta olup, ilgili zararlar başka firmalara da devredilememektedir⁴⁵⁴.

(g) Birleşme İşlemlerinin Konu Olduğu Diğer Vergiler Karşısındaki Durumu⁴⁵⁵

1) KDV: Aynı faaliyetin devamı durumunda birleşme işlemleri KDV’ den istisna tutulmuştur.

2) DV: Birleşme işlemlerinde devredilen varlıkların konu olduğu devir sözleşmeleri %05-%1 nispetinde damga vergine tabi olabilmekle beraber, mevzuat kapsamında belirlenen bazı birleşme işlemleri damga vergisinden istisna tutulmuştur.

Bu istisnalar, gayrimaddi hak bedeli niteliğindeki know-how’ lara ilişkin olarak yapılan, yeniden yapılandırma amacıyla gerçekleştirilen, grup içi şirketleri arasında olan ve devralacak şirketin hisselerini satın alma şeklinde gerçekleşen devir işlemleri olarak düzenlenmiştir⁴⁵⁶.

⁴⁵² Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England,

⁴⁵³ Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England,

⁴⁵⁴ Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England, .

⁴⁵⁵ Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England, .

⁴⁵⁶ Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions in; The Netherlands, Germany and England, .

c. Mehaz İsviçre Hukuku

AB üyesi olmayan İsviçre, tarafsızlığı ve egemenliğine gölge düşüreceği endişesiyle uzak kaldığı Birleşmiş Milletlere (BM) bile en sonunda “evet” demek suretiyle ancak Mart 2002 tarihinde girebilmiştir. Yetkililer o tarih itibarıyla yaptıkları açıklamalarda, BM’den sonra bir gün AB’ye katılıma da halkın destek verebileceğini belirtmiş olmalarına rağmen, AB üyeliğine giriş konusu halk oylamasıyla (referandum) reddedildiğinden halen üyelik bünyesine katılmamıştır. Bununla beraber, İsviçre son 15 yılda AB ve NATO ile çeşitli işbirliği anlaşmaları yapmış bulunmaktadır.

(1) Özel Hukuk

İsviçre’ nin hukuki tarihine bakıldığında, 1874’ e kadar özel hukuk konusunda tanzim yetkisine doğrudan doğruya kantonların sahip olduğu görülmektedir. 1861’ den sonra Alman Ticaret Kanunu’ nun (HGB) düzenlenmesini takiben ise ticaret hukukunun birleştirme eğilimleri yoğunlaşmıştır.

(a) İsviçre Borçlar Kanunu

1881 yılında ilk olarak düzenlenen İBK’yı, revize edilmesi sonucunda 1911 tarihinde yeni düzenlemiş şekli “İsviçre Medeni Kanununu Tamamlayan Federal Kanun-Beşinci Kitap: Borçlar Hukuku”⁴⁵⁷ izlemiştir. İlk kez bu Kanun ile düzenlenen konular arasında “bir malvarlığı veya işletmenin devralınması” ile “işletmelerin birleşmesi ve nevi değiştirmesi” hükümleri (md. 181- 182) yer almış olmakla beraber aslında bu düzenlemelerde gerçek kişiler ya da kişi ortaklıklarınca işletilen işletmeler göz önünde tutulmuştur. Ancak söz konusu düzenlemeler “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısımda yer aldığı için, özel hükümler bulunmadıkça bütün ortaklıklara uygulanacak niteliktedir⁴⁵⁸. İBK’ nın bu her iki düzenlemesinde de sadece denetçilerin Genel Kurul’a Bilanço ve hesaplar üzerinde bir rapor hazırlaması şeklinde bir düzenleme ile yetinilmiş, gözetim kurulu kanun metni dışında bırakılmış, ancak 1936 revizyonundan sonra bugünkü İBK şeklini almıştır⁴⁵⁹. Bu kapsamda Anonim şirketler hükümleri, 18.12.1936 tarihli kanunla değişik 3.3.1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun içinde (üçüncü kısımda) yer almıştır. Birleşmenin devralan ortaklığın pay

⁴⁵⁷ Türk, “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s.57.

⁴⁵⁸Türk, “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s.57- 58.

⁴⁵⁹ Tekil, *Şirketler Hukuku* s. 13- 15.

senetleri karşılığında yapılması ilkesi İBK'ya girmiş, Anonim ortaklıkların “yeni ortaklık kurulması yoluyla” birleşmesi de ilk kez açık bir düzenlemeye kavuşmuştur⁴⁶⁰. Daha sonraları anonim şirketler ile ilgili hükümler kamuyu aydınlatma ilkesi ve denetimin daha etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi, sermaye artırımının kolaylaştırılması, finansmanın güçlendirilmesi, genel kurul çalışmalarının işlerliği, işçilerin ve küçük pay sahiplerinin korunması gibi sorunlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir⁴⁶¹.

İsviçre'de, Ticaret Kanununun ticarî işletme kitabı kapsamındaki konuları düzenleyen İBK' nın dördüncü kısmını oluşturan, ticaret sicili, ticaret unvanı ve ticarî defterlerin tutulmasına ilişkin hükümlerden (md. 927- 964) sadece sicile ilişkin hükümler İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nde yapılan değişikliklerle yenilenmiştir. Limited şirket reformu ile İsviçre sicil hukuku da küçük çapta da olsa yeniden düzenlenmektedir.

(b) Rappen Kanunu

İsviçre'de en önemli değişiklik anonim şirketlerde yapılan 1991 reformudur. Bu büyük çaplı değişiklikten sonra anonim şirketlerde tek değişiklik 15.12.2000 tarihli “Rappen Kanunu”⁴⁶² ile gerçekleştirilmiştir. “Rappen” İsviçre Frankının yüzde birini, yani “santim”i ifade eder. Payın itibarî değeri on İsviçre Frankından 1 Rappen (Santim)’e indirilerek bir taraftan sermayenin belirginliği yumuşatılmış, diğer taraftan da sermayenin elde edilmesinde kolaylık sağlanması amaçlanmıştır. Bir sistem farklılığına yol açmayan bu değişiklik, asgarî sermaye şartının hafifletilmesine ve itibarî değerden uzaklaşılmasına bir işaret sayılabilir. İsviçre'de halen anonim şirketlerin denetlenmesini ayrı bir kanunda düzenlemek yolunda çalışmalar yapılmaktadır. Ancak bu ülke kısa bir süre geçtikten sonra 1991 yılında yapılan anonim şirketler reformunun yetersizliğini anlamıştır. İsviçre'de halen birçok konuda değişiklik çalışmaları yapılmaktadır. Bunları şöyle sıralayabiliriz⁴⁶³:

⁴⁶⁰Türk, “Nevilerin Aynı Olması Koşulu”, s.60.

⁴⁶¹ Tekil, s. 33- 34.

⁴⁶² Yürürlük: 1.7.2001.

⁴⁶³ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

1) Anonim şirketin genel kurulu reformu (bu reform on-line genel kurulları ve on-line oy kullanma hakkını İsviçre'ye getirmeyi amaçlamaktadır).

2) Gerçek olmayan itibarî paylar “Stückaktien” (Bu tasarı itibarî değerli paylar yanında, kesir esasına göre pay oluşturulmasını hedeflemektedir).

3) Bir diğer değişiklik konusu kurumsal temsildir.

4) Bundan başka kurumsal yönetim yönünde çalışmalar da vardır. Ayrıca, kayıtlı ve şarta bağlı sermayenin düzenine bağlı olmaksızın bir “band” bağlamında sermayenin yönetim kurulu tarafından artırılması/azaltılması da önerilmektedir.

5) Uluslararası Finansal Raporlama Standartları’nın (International Financial Reporting Standards-IFRS) uygulanmasını sağlayan çalışmalar da hızlanmıştır.

6) Nihayet Amerika Birleşik Devletleri hukukundan yararlanılarak iki yeni payın yaratılmasına ilişkin görüşler de ileri sürülmektedir.

(i) İşletmeye Endeksli Pay

Bunlardan birincisini “işletmeye endeksli pay” diye Türkçeye çevirebileceğimiz "Tracking-Stocks" oluşturmaktadır. Bu tür pay şirketin tümünün değil de bir bölümünün karından yararlanır. Mesela bir şirketin hem beyaz hem de kahverengi ürünleri olup da televizyon, video, müzik dolabı gibi kahverengi ürünleri daha karlı ise buna karşılık beyaz ürünlerin pazar payı küçükse belli işletmeye endeksli pay başarılı bölümün karına katılır⁴⁶⁴.

(ii) Geri Alınabilir Pay

İkinci pay ise belli bir süre sonra şirketin belli bir bedelle geri satın alma yükümü altına girdiği Türkçede “geri alınabilir pay” diye adlandırabileceğimiz "Redeemable Share"dir. Bu ikinci tür pay özellikle piyasası olmayan kolay alınıp satılamayan şirket paylarına çekicilik kazandıran unsurlarla donatılmıştır⁴⁶⁵.

(c) Borsalara Ve Menkul Değerler Ticaretine İlişkin Federal Kanun

Diğer Avrupa ülkeleri yanında İsviçre’nin anonim şirketler hukukunda ne kadar büyük açılımlar peşinde olduğu ve anonim şirketler hukukunu nasıl bir yörüngede döndürmek istediği bu özet açıklamalardan anlaşılmaktadır. Üzerinde durulması

⁴⁶⁴ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

⁴⁶⁵ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

gereken ikinci nokta İsviçre’de anonim şirketler hukuku ile borsalara ilişkin düzenlemelerin birbirine girmesi yani bu Ülkede anonim şirketler hukukuna borsa hukuku aracılığıyla müdahale edilmesidir. 24.2.1993 tarihli Borsalara ve Menkul Değerler Ticaretine İlişkin Federal Kanun (BG über die Börsen und Effektenhandel-BEHG) borsa şirketlerini sadece modernleştirmekle kalmamış aynı zamanda hem amerikanlaştırmış hem de Avrupalılaştırmıştır. İBK’ daki pay sahiplerinin haklarına, borçlarına, muhasebeye ve denetlemeye ilişkin yetersiz hükümler BEHG ile 17.4.2002 tarihli SWX Yönergesi, İsviçre Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri ile Amerikan Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkelerinin (US GAAP) ve IFRS’ lerin nihayet uluslararası denetim standartlarının bu ülkedeki anonim şirketlerinin birçoğuna uygulanmaları sonucunu doğurmuştur. İsviçre’deki genel manzara, İBK’ nın hesaplara ve denetlemeye ilişkin hükümlerinin küçük, kapalı, aile ölçeğinde şirketlere uygulandığıdır⁴⁶⁶.

İsviçre anonim şirketlerinin denetlenmesine ilişkin manzara da, muhasebe standartlarından pek farklı değildir. Bu konuda, 23.6.2004 tarihli iki Kanun tasarısını anabiliriz:

- 1) Denetleme Kuruluşlarının Denetlenmesine İlişkin Federal Kanun (Tasarısı),
- 2) Borçlar Kanununun Şirketlerin Denetlenmesi Yükümü Hukukunun Değişikliği Tasarısı.

İsviçre’de kurumsal denetim ile ilgili de iki düzenleme vardır:

- 1) Kurumsal denetim ile ilgili en iyi uygulamaya ilişkin İsviçre Kodu.
- 2) Kurumsal Denetim Bilgileri Hakkında Yönerge.

AB’nin birleşme yönergesi hükümlerinin yayınlamasını takiben de bu konu ile ilgili mevcut hukuki mevzuatını revize yoluna gitmiştir.

(d) Birleşme, Bölünme, Nev’i Değiştirme Ve Malvarlığının Devri’ne İlişkin Kanun

İsviçre AB’ye üye ülkelerden biri olmamasına rağmen, yapısal (yeniden yapılandırma) ve türsel (tür değiştirmeleri) değişiklik hükümlerinin kapsamına, ticari işletmeyi, dernek ve vakıfları da eklemiştir. AB’nin düzenlemiş olduğu birleşmeye ilişkin Üçüncü (ve tabi ki Altıncı) Yönergeden önemli ölçüde yararlanmak suretiyle,

⁴⁶⁶ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

hatta ayrı bir kanun oluşturarak mevzuatını bu doğrultuda yapılandırmıştır. Bu doğrultuda yaptığı mevzuat çalışmaları “Birleşme, Bölünme, Nev’i Değişirme ve Malvarlığının Devri’ne ilişkin Kanun - Loi Sur La Fusion (**LFus**)”⁴⁶⁷ adı altında düzenlenerek, 1.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. İlgili Kanun’un özellikle AŞ’ler alanında Alman Hukuku’ndan etkilenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca İsviçre, malvarlığı devirlerini de yeniden yapılandırma kavramı içinde değerlendirmiş ve buna ilişkin hükümlere de LFus’da yer vermiştir. Şekillenme serbestisi, ortakların korunması, ortaklığın sürekliliği ve ortaklar ile intifa senetleri sahipleri gibi hak sahiplerinin korunması temelleri üzerine inşa edilmiştir. Ayrılma akçesi, denkleştirme, alacakların korunması, birleşme, bölünme ve tür değiştirmelere katılanların özel sorumlulukları ile iş ilişkileri yeni bir anlayış ile ele alınmıştır. Ayrıca LFus’a “Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu” ile eklediği hükümlerle sınır aşan birleşmeleri de düzenlemiştir.

Söz konusu kanunda birleşme terimi olarak AB mevzuatında da olduğu gibi “absorpsiyon” ve “kombinasyon” sözcüklerine yer verilmektedir. Kanun’un genel olarak değerlendirilmesi sonucunda her ne kadar İsviçre AB üyesi olmasa da, düzenlemenin AB Birleşme Yönergesi (78/855/AET sayılı Üçüncü Yönerge) ile uyumu açık olup, bu hükümler LFus’ da aşağıda belirtilen kanun maddeleri ile şu şekilde hükümleştirilmiştir.

1) LFus 14’üncü md. ile üçüncü yönergenin 9’uncu md. si dahilinde “birleşme raporu” düzenlemesine ilişkin olarak düzenleme yapılmıştır.

2) LFus 16’ncı md. ile üçüncü yönergenin 11’inci maddesi doğrultusunda, ortaklara, intifa senedi hamilleri ile menkul değer veya menfaat sahiplerine ve diğer ilgililere bilgi verme durumu belirlenmiştir. Bu suretle gerekli şeffaflığın sağlanarak haksız menfaat sağlanmasının önlenmesi ve oy hakkını haiz olanlara bu haklarını bilinçli olarak kullanmalarında yardımcı olma amacı hedeflenmiştir.

3) LFus 17’nci md. ile birleşme sözleşmesinin imzalanmasından sonra, ancak genel kurul kararından önce, malvarlığında önemli bir değişiklik meydana gelen ortaklığın yönetim organına bir bildirim borcu yüklenmektedir

⁴⁶⁷ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

4) LFus' un 18'inci md. si ise, üçüncü yönergenin 7'nci md. si uyarınca düzenlenmiş olup, birleşmeye katılan ortaklıklarda birleşme sözleşmesi onaylamaya yetkili organı ve gerekli nisapları göstermektedir.

5) LFus 21'inci md. si, birleşmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarının birleşme kararını ne zaman ticaret siciline sunmak zorunda olduklarını, aynı anda sunulması gereken birleşme ve ilgili diğer kararların neler olduğunu ve nihayet devredilen ortaklığın infisah anını düzenlemektedir.

6) Birleşme işleminin tescil ile gerçekleşeceğine, yani hukuken geçerli hâle geleceğine ilişkin olacağı da üçüncü yönergenin 19'uncu md. si ile uyumlu bir şekilde LFus' un 22'nci md. sinde belirlenmiştir.

7) LFus' un 23'üncü md. si ise öngörülen şartların varlığında sadece sermaye şirketlerinin birleşmesine uygulanan kolaylaştırılmış birleşme düzenlenmiş olup, söz konusu birleşmelerdeki kolaylık durum ve şartları da LFus 24'üncü md. de gösterilmiştir.

8) Alacaklıların korunması müessesesi ise, üçüncü yönergenin 13 ve 14'üncü md. sinin kaynak olarak kullanılması sonucunda LFus 25'inci md. ile tespit olunmuştur. Zira söz konusu yönerge, alacaklıların korunmasını öngören, her üye ülkenin uymak zorunda olduğu belirli bir sistem önermemiş, 13'üncü md. sinde birleşme planının ilanından önce var olan ve sona ermemiş bulunan alacakların alacaklılarının korunabilmeleri için uygun bir koruma sisteminin üye ülkelerce kabulünü öngörmekle yetinmiştir⁴⁶⁸.

(2) Vergi Hukuku

İsviçre Vergi sistemi, sadece ulusal gelirlerin vergilendirilmesine yönelik olarak oluşturulmuş olup, yurtdışı işlemlerden elde edilen gelirler ve holding şirket gelirlerine vergi muafiyetleri tanınmıştır. Sermaye kazançlarının vergilendirilmesinde esas alınması gerekli olan kurumlar vergisi (Federal Income Tax) oranı Aralık 2001 'den itibaren %20- 25 olarak uygulanmaktadır. Özel bir sermaye kazancı vergisi (capital gains tax) yoktur. Kanton ve belediyelerdeki gelir vergisi oranları ise çok farklı oransal değişiklikler göstermektedir. 2000 yılından beri Zurich kantonu %10 ile en yüksek

⁴⁶⁸ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4833 (27.12.2006).

toplam kanton gelir vergisi nispetine (cantonal income tax) sahip bulunmaktadır. Kanton maliye yetkilileri (Cantonal Fiscal Authorities) kurumlar vergisini (Federal Income Tax) toplamakla görevlidirler. Belediye vergileri bölgelere göre değişiklik arz etmekte ve buna göre değiştirilmektedir. Hisse ve varlıkların devri şeklinde birleşme işlemleri sıklıkla holding şirketlerde gerçekleştiğinden, bu varlıkların satışında oluşan sermaye kazançları kanton gelir vergisine tabi tutulmamaktadır. Yasal mevzuat çerçevesinde bir yabancı şirketin İsviçre'deki şubesine tamamının satılması durumunda da sermaye kazançları vergilendirilmemektedir⁴⁶⁹.

Günümüze kadar geçen süre içerisinde her ne kadar yapılan referandum sonuçlarında AB üyeliğine girme konusunda halkın isteksiz olduğu görülmüş ise de, İsviçre AB' nin düzenlemiş olduğu yeniden yapılandırma ve birleşme, bölünme, nevi değiştirme, mal varlığının devrine ilişkin vergilendirme düzenlemelerini de kabul ederek, kendi mevzuatına eklemek suretiyle uygulamaya sokmuştur. Nitekim AB üyesi bir ülke olmamasına rağmen, AB' nin düzenlemiş olduğu birleşmeye ilişkin üçüncü, bölünme işlemlerine konu altıncı ve 90/434 sy.ortak vergilendirme yönergelerinden önemli ölçüde faydalanarak, LFus (Birleşme, Bölünme,Nevi Değiştirme ve Mal Varlığının Devrine İlişkin Kanun) adı altında bahsi geçen işlemler için ayrı bir kanun düzenleyerek, mevzuatını sözkonusu AB kriter ve Yönergelerini esas alarak yapılandırmış olması bunun en güzel örneğini teşkil etmektedir. Birleşme ve devir işlemlerinin İsviçre dahilinde ya da dışında gerçekleşmiş olmasına göre özel bir vergisel farklılık uygulamada mevcut bulunmamaktadır. İsviçre genel itibarı ile Alman kanuni düzenlemelerini kendisine örnek aldığından ve AB Konseyinin kurum birleşmelerine ilişkin söz konusu yönergelerine de uyum sağlamak için, hisse edinmek karşılığında vergisiz olarak varlıkların devrinin, devralınan şirket ortaklık hisselerinin çoğunluğuna sahip olunması koşulu ile vergisiz olarak gerçekleşebilmesine mevcut vergi mevzuatında olanak tanımıştır⁴⁷⁰.

II. Bölünme

A. Amerikan Hukuku

⁴⁶⁹ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

⁴⁷⁰ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

ABD’de, kurumların bölünmesi işlemlerinin vergisel sonuçlarına ilişkin düzenlemeler, tek bir kurum ortaklarının yatırımlarını çeşitli kurumsal yapılar arasında çeşitlendirmek suretiyle tam bölünmesi ile ortaya çıkmıştır. Bu işlemler uzun bir süre vergi kanununu en sorunlu kısmını oluşturmuş olup, kanunu düzenlemeler kapsamlı bir şekilde 1954 yılında yeniden düzenlenmesine rağmen, 1954’den önce kanuni ve yargı doktrinlerine gereken önem verilmesini imkânsızlaştırmıştır⁴⁷¹. Genel başlık olarak “Corporate Division” (Kurumların Bölünmesi) olarak düzenlenmiş bulunan bu geniş çerçeve vergiye tabi ve vergisiz işlemleri birlikte kapsam itibarı ile içine almış, ancak belirlenmiş çeşitli özellikleri ile diğerlerinin arasından ayrılımlarını sağlamaya çalışmıştır⁴⁷².

1954 öncesi mevzuat düzenlemelerinde de bölünme yöntemleri aynı şekilde üç yöntem ile⁴⁷³ belirlenmiş olmasına rağmen, çoğunlukla bu işlemlerin vergisel etkilerinden daha fazla ekonomik sonuçları belirleyici olarak dikkate alınmıştır⁴⁷⁴. 1954 tarihi öncesi mevzuat hükümleri, 1954 kanuni hükümleri ile etkili bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple, yönetim uygulamaları ve hukuki sonuçları gibi durumların etkin olmasında tarihi geçmişin temel işareti niteliğindedir⁴⁷⁵. 1954 tarihi öncesi döneme bakıldığında, 1924 tarihli Internal Revenue Act (IRA-Ulusal Gelir Kanunu) de vergisiz olarak yapılacak spin-off (kısmi bölünme) işlemlerine izin vermiş⁴⁷⁶, ancak bu vergi muafiyetinin kanundaki bazı boşluklar karşısındaki durumu sorun oluşturmuştur⁴⁷⁷. Split-off şeklindeki kısmi bölünme hareketlerinden söz konusu işlemler spin-off yerine geçen işlemler niteliğinde olmasına rağmen 1934 yılı reform düzenlemelerinde kaçınılmış, ancak 1954 tarihi öncesinde vergiden muaf yeniden

⁴⁷¹ Bittker Boris 1. Ve James S.Eustice, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, Sixth Edition USA: Warren Gorham Lamont 1994 s. 11- 3.

⁴⁷² Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 3.

⁴⁷³ Spin-off (kısmi bölünme), Spin-up (kısmi bölünme) ve Split-up (tam bölünme) şeklinde.

⁴⁷⁴ Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 6.

⁴⁷⁵ Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 6.

⁴⁷⁶ Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 7.

⁴⁷⁷ **Gregory v Helvering Davası**; Anayasa Mahkemesi davaya konu spin-of (kısmi bölünme) işlemini sıradan bir temettü niteliğinde hisse senedi dağıtımından fark edilmediği düşüncesinden hareketle açılmış, 1934 tarihinde söz konusu dava dikkate alınarak Kanun yeniden düzenlenmiştir. Bu sebeple vergi kapsamı dışında tutulacak olan bu nitelikteki kısmi bölünme işlemlerinin belirlenmesinde 1951 mevzuat düzenlemelerinde söz konusu Gregory davasını hatırlatan hüküm kısıtlamalarına dikkat edilmiştir. Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 7, 11- 8 ve 11- 9.

yapılandırma türü olarak split-off literatüre geçmiştir⁴⁷⁸. Split-up (tam bölünme) işlemleri ise 1918 yılından önce kurumların aktiflerinin iki yeni kuruma devredilmesini takiben tamamen tasfiye edilmesi şeklinde vergiden muaf yeniden yapılandırmalar olarak belirlenmiş⁴⁷⁹, 1934 düzenlemelerinde ise split-up fiili yer almaksızın⁴⁸⁰, bütün spin-offlar (kısmi bölünmeler) vergi muafiyet durumlarına bakılmaksızın belirlenmiştir⁴⁸¹.

1. Tam Bölünme

Amerikan hukuku'nda **“tam bölünme (split-up)”**⁴⁸² düzenlemesi diğer hukuklar ile aynı şekilde yapılmıştır. Ancak Amerikan Hukuku'nda “bölünme” vergi hukuku alanında düzenlenmiş (IRC md.351- 355- 361 ve 368)⁴⁸³, ortaklıklar hukukunda düzenlenmemiş olması nedeni ile bölünmenin düzenlenmediği dönemler bakımından diğer hukuk sistemlerinde de geçerli olduğu gibi, sistem genel hükümler çerçevesinde yürümektedir. Bölünme işletmenin bir kısmının devri ve karşılığında devralan ortaklığın hisselerinin alınması şeklinde ortaya çıkar. TTK Tasarısı'nın düzenlenmesinden önce Türk Hukuku da bölünme açısından, ortaklıklar hukuku alanında düzenleme yapmamış sadece vergisel anlamda düzenlemeler yapmış olan Amerikan Hukuku'na bu açıdan daha yakın bulunmaktaydı. Bu nedenle söz konusu düzenleme sonuçları itibarı ile diğer ülke hukukları ile aynı olmasına rağmen, bölünmenin tamamlanması ve payların intikali birlikte gerçekleşmediğinden, incelememizde aşağıda örnek olarak konu edilen AB'ye üye ülkelerdeki hukuk sistemlerinden farklılık arz etmektedir⁴⁸⁴.

Bu sistemde de malvarlığı tamamen bölünen ortaklık, malvarlığını önceden mevcut veya bölünme işlemi için kurulmuş bulunan en az iki ortaklığa devretmektedir. Bunun karşılığı olarak da malvarlığını devralan ortaklıkların payları bölünen ortaklığa

⁴⁷⁸ Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 10.

⁴⁷⁹ Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 9.

⁴⁸⁰ Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 9 ve 11- 10.

⁴⁸¹ a) Spin-offlar (kısmi bölünmeler) gibi split-up (tam bölünme) işlemlerini de kötü kullanmaya karşı korumak için Anayasa Mahkemesinin Gregory davası kararındaki eşit hükümler uygulanmıştır.

b) Bittker ve Eustice, section 11, s. 11- 10.

⁴⁸² Bittker, ve Eustice. **Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders.**, section 11, s. 11.9-11.10.

⁴⁸³ Boris I. Bittker ve James S. Eustice. **Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders.** Sixth Edition. USA: Warren Gorham Lamont, 1994, section 11, s. 11.1-11.72.

⁴⁸⁴ Helvacı, s.20.

intikal etmektedir. Bölünen ortaklık edinimden sonra, bu payları kendi ortaklarına dağıtmaktadır⁴⁸⁵. Sonuç olarak bölünen ortaklık tasfiye olmaktadır. Bu aşamadan sonra bölünerek tasfiye olan ortaklığın eski pay sahipleri bölünen ortaklığın malvarlığını devralan en az iki ortaklığın pay sahipleri olmaktadır.

2. Kısmi Bölünme

Amerikan Hukuku'nda **kısmi bölünme** “**spin-off**” ve “**split-off**” terimleri ile ifade edilmektedir. Bölünmenin

a. “Spin-off” Olarak Adlandırılan Kısmi Bölünme

Malvarlığı bölünen ortaklık, malvarlığının bir kısmını bölünme sebebi ile yeni kurulmuş veya daha önceden var olan bir ortaklığa devretmektedir⁴⁸⁶. Bu devrin karşılığı olarak da devralan ortaklıkta bir iştirak hissesi elde etmektedir. Daha sonra söz konusu iştirak hisseleri malvarlığı bölünen ortaklığın ortaklarına sermayeye iştirak payları göz önüne alınarak kar payı olarak dağıtılmaktadır. Gerçekleştirilen bu işlem sonucunda bölünen ortaklığın pay sahipleri hem bölünen ortaklıkta hem malvarlığını devralan ortaklıkta pay sahibi olmaktadır. Her iki ortaklık birbirinden bağımsız olarak varlıklarını devam ettirmektedirler⁴⁸⁷.

b. “Split-off” Olarak Adlandırılan Kısmi Bölünme

Malvarlığının devri aynı şekilde olmaktadır. Yani bölünen ortaklık, malvarlığının bir bölümünü devralan ortaklığa devretmekte, buna karşılık olarak da devralan ortaklığın paylarını elde etmekte, ama bu payları kar payı olarak dağıtmamaktadır. İşlem olarak spin-off” dan farkı da elde edilen payların bölünen ortaklığın ortaklarına dağıtımı aşamasında ortaya çıkmaktadır. Devralan ortaklığın paylarını edinecek olan bölünen ortaklık pay sahipleri, bölünen ortaklıkta sahip oldukları payların bir kısmını edinecekleri yeni devralan ortaklık paylarının karşılığı olarak bölünen ortaklığa vermek zorundadırlar. Bu durum da bölünen ortaklık bakımından, kendisinin sermayesine karşılık çıkarmış olduğu bir kısım paylarını satın almak zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bir kısım paylarını geri almak zorunda kalan bölünen ortaklık bakımından bu durum, geri alınan pay miktarı kadar sermaye

⁴⁸⁵ Coştan, **Bölünme**, s.40

⁴⁸⁶ Bernard Wolfman, **Federal Income Taxation of Corporate Interprice**, 1990, s.681

⁴⁸⁷ Gaughan, s. 397- 398; Bittker/Eustice. **Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders.**, section 11, s. 11-7, 11-8 ve 11-9.

azaltılmasına yol açmaktadır. Split-off işleminin sonucunda pay sahipleri her iki ortaklığın paylarına da sahip olmaktadır. Ancak spin-off'tan⁴⁸⁸ farklı olarak bu kez sahip oldukları bölünen ortaklık paylarında bir azalma meydana gelmiştir⁴⁸⁹.

İşletmenin bir bölümünün devri yolu ile yapılan bölünmelerde, bölünmeye karar verme, bir başka ifade ile işletmenin bir bölümünü devretme yetkisi yönetim kuruluna tanınmış bulunmaktadır⁴⁹⁰. Bu işlem ortaklığın sahip olduğu diğer aktiflerden birinin satışından farklı değildir. Bu sebeple de yönetim kurulunun yetkisine dahil kılınması olağandır. Ancak bu yetkinin kötüye kullanmaya açık olduğu açıktır, çünkü yönetim kurulu işletmenin bir parçası adı altında öyle bir kısmı devredebilir ki, geriye kalanlar işletmenin çalışması için önemsiz bir bakiye arz edebilir. Ya da işletmenin bütün faaliyeti devredilebilir. İşte bu tür durumlar bakımından pay sahiplerinin korunması amacı ile Amerikan Hukuku'nda "sale of all assets (tüm aktif varlıkların devri)" ve "substantially all assets (tüm önemli/ değerli aktif varlıkların devri)" kavramı geliştirilmiştir⁴⁹¹.

Eğer yapılan işlem bu kapsamda ise, yani yapılan devrin işletmenin bütün ya da önemli değerlerinin devri olarak nitelenebilmesi halinde, devreden ortaklığın ortaklarının bu konuda oybirliği ile karar almasının zorunlu olduğu gerek eyalet düzeyindeki kanunlarda "Subchapter X **Sale of Assets, Dissolution and Winding Up**, pra 271. Sale, Lease or Exchange of Assets; Consideration; Procedure a"- Aktif Kıymetlerin Satışı, Kiralanması veya Değiştirilmesinde Dikkat Edilecek Prosedür, gerek federal düzeydeki kanunlarda (RMBCA pra 12.02 let. **Sale Of Assets Other Than in Regular Course of Business** a) yerini almıştır. Ancak söz konusu kavram oldukça muğlak olduğundan her somut olayda bu konudaki yorum farklı olabilmektedir⁴⁹².

⁴⁸⁸ Foster Reed/Reed Lajoux, **The Art of M&A**, 1998, 817

⁴⁸⁹ Helvacı, s.23; Bittker/Eustice. **Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders.**, section 11, s. 1110.

⁴⁹⁰ **İncelememizin "Birlik üyesi ülkelerin ulusal mevzuatları" ve mehz bölümünde açıklandığı üzere, Alman ve İsviçre Hukuklarında ise bölünmenin onaylanması bakımından yetkili organ genel kuruldur.**

⁴⁹¹ under section 271 of the Delaware Code, Delaware General Corporation Law, Volume 1,1976.

⁴⁹² Stanley Siegel, **When Corporation Divide**, Harvard Law Review, Volume 79,1966, s. 539.

Aslında kavramın yoruma açık olması doğaldır. Her işletme bakımından kavram farklı değerlendirilebilir. Bir gayrimenkul yatırım ortaklığının bir gayrimenkulünü devretmesi ile bir başka şirketin üzerinde faaliyet gösterdiği gayrimenkulünü devretmesi bakımından değerlendirme farkı bulunması kaçınılmazdır. Aynı şekilde bir holding ortaklığının bir iştirakini devretmesi halinde devredilen iştirakin büyüklüğü ne olursa, bu devrin olağan karşılanması mümkünken, holding şeklinde yapılanmamış bir başka işletmenin aynı hacimde bir devri gerçekleştirmesi halinde varılması gereken sonuç farklı olabilecektir.

Ancak yukarıdaki kanun madde başlığında da görüldüğü üzere Federal Kanun kavramı açıklayabilmek için “**Sale Of Assets Other Than in Regular Course of Business (İşletmenin Olağan İş Hayatı Dışında Kalan Satışları)**” terimini öne çıkartmaktadır.

Ortaklığın bütün varlığının devrini sağlayan ve bu yolla ortaklığın sona ermesine sebebiyet veren split-up türü bölünmede ortakların oy birliği ile karar vermelerinin aranması muhakkaktır. Ancak bu halde de tıpkı Alman ve İsviçre Hukuklarında olduğu gibi işlemlerin yapılmasına yetkili olan yönetim organıdır. Yönetim organı çalışma planı(work plan) ve yeniden yapılanma planını (plan of reorganisation) hazırladıktan sonra genel kurulu toplantıya çağırarak, ortakların oybirliği ile alınacak karar ile işlemi tamamlayabileceklerdir.

B. Avrupa Birliği Hukuku

Komisyon davranışsal koşulları, yapısal koşullar getirmenin olanaklı olmadığı zaman kabul etmek eğilimindedir. Ancak son zamanlarda davranışsal koşullar, yapısal koşulları tamamlayıcı olarak ele alınmaktadır.

Ayırma koşulunun getirildiği yoğunlaşmalarda Komisyon, ayrılacak mal varlığının varlığını sürdürebilir olması, bunların devredilinceye dek ana teşebbüslerden ayrı tutulması ve işlerliğinin korunması ile söz konusu bu mal varlığının uygun bir alıcıya satılması konuları üzerinde hassasiyetle durmaktadır. Öte yandan AT’de, yoğunlaşmalara getirilen koşulların uygulanmasını sağlamaya yönelik çok kapsamlı önlemler alınmaktadır.

1. Birlik Hukuku/Altıncı Yönerge

Her ne kadar genel özellikleri ile bölünmeler çeşitli hukuk sistemlerinde benzer şekilde düzenlenmişse de, bu konudaki temel düzenleme AB’nin **bölünmelere ilişkin**

olarak düzenlediği Altıncı Yönerge (82/891/CEE sayılı Bölünme Yönergesi) ve daha sonrasında da “Birleşme, Bölünme, Sermaye Taahhüdü ve Hisse Senedi Değişimlerinin vergisel sonuçlarını uyumlaştırmak” için çıkartmış olduğu **90/434 sayılı Ortak Vergileme Yönergesidir**⁴⁹³.

Söz konusu **Bölünme Yönergesi** ile bölünme işlemleri ve bunlarla ilgili kanuni hükümlerin belirlenmesinde “Edinim yoluyla bölünme” (Bölüm I), “Yeni şirketler kurulması yoluyla bölünme” (Bölüm II), “Bir adli makamın denetimi altında bölünme”(Bölüm III) ve “Bölünme sayılan başka işlemler”(Bölüm IV) şeklinde bölünme çeşitleri belirlenmiş bulunmaktadır. Bu maddelerin irdelenmesi AB hukukunun bölünme işlemlerine olan global bakış açısının kavranması anlamında önem taşıdığından açıklanacaktır.

a. Edinim Yolu İle Bölünme

“Bir şirketin, tasfiyeye gitmeksizin sona erdikten sonra, bölünme dolayısıyla katkılar alan şirketlerin(alan şirketler) sermayesinde bölünen şirketin hissedarlarına hisseler tahsis edilmesi ve belki, tahsis edilen hisselerin nominal değerinin veya nominal değerleri yoksa muhasebe değerinin % 10’unu geçmeyen bir nakit ödeme yapılması karşılığında, bütün malvarlığını ve borçlarını birden fazla şirkete devretmesi işlemi demektir (Bölüm I-md.2).

b.Yeni Şirketler Kurulması Yoluyla Bölünme

Tasfiyeye gitmeksizin sona erdikten sonra bir şirketin, bütün malvarlığını ve borçlarını yeni kurulmuş birden fazla şirkete devretmesi ve bu devir karşılığında, bölünen şirketin hissedarlarına, alan şirketlerin sermayesinde hisseler tahsis edilmesi ve belki, tahsis edilen hisselerin nominal değerinin veya nominal değerleri yoksa muhasebe değerinin % 10’unu aşmayan bir nakit ödeme yapılması işlemi demektir (Bölüm II-md.21).

c. Bir Adli Makamın Denetimi Altında Bölünme

Bu md. ile üye devletlerin, bölünme işlemlerinin, maddede belirtilen yetkiye haiz bir adli makamın gözetimine tabi olduğu durumlarda, adli makamın bu maddede belirtilen bazı şartların yerine getirilmiş olduğunu ve hissedarların veya alacaklıların menfaatine halel gelmeyeceğini tespit etmesi halinde, bölünmeye katılan şirketleri bazı

⁴⁹³ Edwards, s.1,2,4,7,90-5,99,100,130,296, Helvacı, s.193, Coştan, s. 168.

süre-şekil içeren uygulamalardan muaf tutabileceğine ilişkin hüküm içermektedir (Bölüm III - md. 23).

d. Bölünme Sayılan Başka İşlemler

Bu yönergenin 1 inci md. sinde belirtilen işlemlerden biriyle ilgili olarak, bir üye devletin yasaları, nakit ödemesinin % 10'u geçmesine izin veriyor ise, Bölüm I. II ve III uygulanacaktır (Bölüm IV- md.24).

Söz konusu bu yönergede ayrıca bölünmeye katılan şirketlerin yazılı olarak “taslak bölünme sözleşmesi” hazırlamaları gerektiğinden ve içeriğinde bulunması gereken zorunlu hususlardan da bahsedilmiştir. (**Altıncı Yönergesi md. 3**)

Pay değişim oranının saptanması esnasında malvarlığı değerlemesinde AB yönergesinin 9'uncu maddesinde anılan şekilde yapılacağı belirlenmiştir.

Bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarının hazırlamış olduğu bölünme sözleşmesi veya planının denetim zorunluluğu AB yönergesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. (**md.8'in birleşmelere dair Üçüncü Yönergenin 10'uncu md. sine yaptığı yollama ile**)

Bölünmenin bu aşamasına kadar hazırlanan tüm belgeler, bölünme kararının genel kurulun onayına sunulmadan önce pay sahiplerinin/ortakların incelemesine sunulma zorunluluğu AB Yönergesinin 9'uncu maddesinde belirlenmiştir.

AB Yönergesinde bölünme sözleşmesinin inceleme hakkından vazgeçilebileceği de belirtilmiştir.

AB Yönergesinin 5'inci md. sinin 1'inci fıkrası, AB'nin birleşmelere dair 3'üncü yönergesinin 7'nci md. sine atıf yaparak bölünme kararına ilişkin nisap tespit edilmiştir. Buna göre, bölünme kararı oy hakkına sahip payların veya genel kurulda bulunan payların en az üçte iki çoğunluğu ile alınmak zorundadır. Genel kurulda ise esas sermayenin yarısı bulunduğu takdirde kararın en az basit (adi) çoğunlukla alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm nisapların alt seviyesinin düzenlendiğini göstermek açısından önemlidir. Üye devletlerin en az nisap seviyesine uyduktan sonra, bu nisabı aşacak tarzda bir düzenleme yapmasında bir mahzur bulunmamaktadır.

Bölünmede eşdeğer bölünme ile eşdeğer olmayan bölünmeye yönelik hüküm AB Yönergesinin 5'inci md. sinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş olup, Yönerge bu

konuda özel bir nisap belirlememiş olup, sadece azınlık pay sahiplerine paylarının satın alınması bakımından bir talep hakkı sağlanabileceğini düzenlemiştir.

Bölünme planı ya da sözleşmesinin gerekli nisapların sağlanarak onaylanması hüküm doğurması açısından yeterli olmayıp, bu kararların etki doğurması için ticaret siciline tescil edilmesi gereklidir. AB Yönergesi bu konudaki hüküm doğurma anını **(Bölünme Yönergesi md.15)** ve bunların yayınlanma şeklini üye devletlerin iç hukuku sistemine bırakmıştır **(Bölünme Yönergesi md.16)**.

Yönergenin 17'nci md. sinin düzenlenme şekline göre bölünme hüküm doğurduğu anda; bölünen ortaklığa ait tüm aktif ve pasif malvarlığı, üçüncü şahıslara da ileri sürülebilir şekilde bölünme taslağına uygun olarak devralan ortaklıklara intikal etmekte, bölünen ortaklık pay sahipleri bölünme taslağında öngörülen şekil ile devralan ortaklıklarda pay sahibi olmakta ve tam bölünme halinde bölünen ortaklık sona ermektedir **(Bölünme Yönergesi md.17/1)**. Yönerge bölünmenin hüküm doğurduğu anı belirlemeyip üye devletlere bırakmasına rağmen, söz konusu madde ile açıkça bölünmenin hüküm doğurduğu anda bu geçişin kendiliğinden olacağına işaret etmektedir.

Üye ülkeler mevzuatları, bölünen ortaklığa ait hak ve borçların intikali konusunda özel düzenlemeler getirmişlerse, bunlar bölünme tasarısında yer aldıkları hali ile uygulanabileceklerdir. Devralan ortaklık, bölünmeden sonra bölünen ortaklık gibi davranarak gerekli koşulları yerine getirebileceği gibi, üye devletler bölünen ortaklığın en çok altı aylık bir süre ile sınırlı olarak bölünmeden sonra gerekli işlemleri bizzat kendisinin tamamlayabileceğini düzenleyebilmektedirler **(Bölünme Yönergesi md.17/3)**. Ayrıca bölünme işlemlerinden kaynaklanan her türlü hatanın hukuki sorumluluğunun da üye ülkeler mevzuatında düzenlenmesi öngörülmüştür (**Bölünme Yönergesi md.18**).

Yönergeye göre önem taşıyan borçlar özellikle bölünen ortaklığın bölünme sözleşme veya planının hazırlanmasından önce oluşanlardır **(Bölünme Yönergesi md.12 f.1)**.

Bu borçların ödenmesi bakımından, yönerge 12'nci md. sinin 3'üncü fıkrası ve devamında bu konuda ikili bir tercih yapabilme olanağını getirmiş bulunmaktadır. Buna göre borcu devralan ortaklığın borcu ifa etmemesi üzerine, bölünmeye katılan bütün ortaklıkların bölünme ile devraldıkları net aktif miktarı ile sınırlı olarak müteselsil

sorumluluğu ya da böyle bir sınırlamaya gitmeksizin müteselsil sorumluluk sistemi benimsenebileceği düzenlenmiştir⁴⁹⁴.

2. Birlik Üyesi Ülkelerin Ulusal Mevzuatları

a. Alman Hukuku

(1) Özel Hukuk

Alman kanunlarında bölünme kavramı 1988'den önce yer almazken⁴⁹⁵ ilk defa 1988 yılında ortaklıkların nevi değiştirmelerine ait hükümleri tek kanunda toplamak amacıyla çıkarılmak istenen kanun tasarısında⁴⁹⁶ yer almış, daha sonra, 1992 yılında söz konusu tasarı uzmanlar tarafından hazırlanarak tartışmaya açılmış ve “Umwandlungsgesetz” (UmwG) 28.10.1994 tarihinde kabul edilerek 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁹⁷.

(a) Bölünme

Alman Hukuku'nda bölünme; “**spaltung**” ana başlığı altında “**aufspaltung (tam bölünme)**”, “**abspaltung**” ve “**ausgliederung**” alt türleri ile ortaklıkların nevi değiştirmelerine ait hükümlerin yer aldığı “UmwG” adlı kanunun ilgili maddeleri ile (setz (UmwG) pra.) hüküm altına alınmıştır.

(i) Tam Bölünme

Söz konusu kanun kapsamında yer alan “Aufspaltung (tam bölünme)” a göre; tamamen bölünen ortaklığın malvarlığı (aktif-pasif) en az iki ortaklık arasında paylaşılmaktadır. Bu ortaklıklar bölünme işlemi için yeni kurulmuş ortaklıklar olabileceği gibi, daha önceden kurulmuş var olan ortaklıklar da olabilirler. Tamamen bölünen ortaklığın pay sahipleri bölünme sonucunda isabet eden malvarlığı ölçüsünde, malvarlığını devralan ortaklıkların paylarını elde ederler ve tamamen bölünen ortaklık tasfiyesiz olarak infisah eder (**UmwG pra 123 f. 1**).

⁴⁹⁴ Helvacı, s. 127.

⁴⁹⁵ Bölünmeye ait bir hüküm bulunmamasına rağmen o dönemlerde konuyu gündeme getiren yazarlar bulunmaktaydı. Bk. Helvacı, s.2.

⁴⁹⁶ Bu tasarı öncesinde Alman Hukuku'nda ortaklıkların nevi değiştirmelerine ait düzenlemeler beş ayrı kanun içerisinde yer alıyordu. Bu kanunlar 1969 tarihli değişikliklerle birlikte **1956 tarihli “Umwandlungsgesetz, 1965 tarihli “Aktiengesetz”, 1959 tarihli “Kapitalerhöhungsgesetz”, 1989 tarihli “Genossenschaftsgesetz” ve 1901 tarihli “Versicherungsaufsichtsgesetz”**dir.

⁴⁹⁷ Helvacı, s.2- 3.

Bölünmeyi en etraflı şekilde ve ortaklıklar bakımından bir yeniden yapılanma sistemi olarak düzenleyen Alman Hukukudur.

(ii) Kısmi Bölünme

“Abspaltung (kısmi bölünme)” a göre; tam bölünmeden farklı olarak bölünen ortaklığın malvarlığının bir kısmı kendisinde kalırken, diğer kısmı bir ya da daha fazla ortaklık arasında paylaşılmaktadır. Bu ortaklık veya ortaklıklar bölünme işlemi için yeni kurulmuş ortaklıklar olabileceği gibi daha önceden kurulmuş var olan ortaklıklar da olabilirler. Malvarlığı bölünen ortaklığın pay sahipleri bölünme sonucunda isabet eden malvarlığı çerçevesinde, malvarlığını devralan ortaklıkların paylarını elde ederler. Bölünen ortaklık ise mevcudiyetini bölünmeden sonra da devam ettirir (**UmwG pra 123 f.2**).

(b) Bölünme İşlemleri

(i) Sözleşme

Bölünme işlemlerinin başlangıcını, bölünme var olan ortaklıklar arasında yapılacak ise “bölünme sözleşmesi”nin, bölünmeye yeni kurulacak ortaklıklar da dahil olarsa “bölünme planı”nın hazırlanması oluşturmaktadır. Nitekim Alman Hukuku’nda bölünme sözleşmesi ve bölünme planı ayırımına yer verilmiştir (**UmwG pra 126, 136**). AB’nin bölünmeye ilişkin yönergesinde ise bölünme planından bahsedilmemekle birlikte, bölünmeye katılacak şirketlerin aralarında bir taslak bölünme sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği hususuna yer verilmiştir. Bu bölünme planı veya sözleşmesinin hazırlanmasında yetkili organ, yönetim organıdır. Alman Hukuku’nda yönetim iki ayrı kurul tarafından yönetilmektedir (**“Yürütme Kurulu” “Vorstand-Directorie”**). Bu durumda yürütme kurulunu denetlemekle görevli organ olan gözetim kurulu’nun bölünme plan veya sözleşmesine ilişkin de denetleme ve bilgi alma hakkını kullanabilme yetkisi haizdir.

Söz konusu bölünme sözleşmesi ya da planının yazılı şekilde yapılması zorunluluğunun ötesinde, bölünme planının resmi şekli gerektirdiğinden hareketle (**UmwG pra 135 f.1 ve pra 125 ‘in pra 6’ya yaptığı yollama gereği**) Alman Hukuku’nda baştan itibaren yazılı resmi şekil aranmıştır.

Bölünme planı ya da sözleşmesinin içeriğinde bulunması gereken zorunlu hususlar Alman Hukuku’nda AB Yönergesine uygun bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır (**UmwG pra 126**). Bu madde kapsamında Alman Hukuku;

1) Açıkça yeni kurulacak ortaklığın muhtemel ticaret unvanını ve merkezinin planda bulunması (**UmwG pra 126 f.1**),

2) Bölünme planı ya da sözleşmesinde aktif ve pasif malvarlıklarının, taşınmazların, kıymetli evrakın ve fikri mülkiyet değerlerinin dökümünün ayrı ayrı oluşturulması, bunun yanı sıra işletme bölümlerinin açık tanımının yapılması, bunların ne şekilde bölünüp tahsis edileceğinin belirtilmesi (**UmwG pra 126 f.1 b.9**) ,

3) Kısmi bölünmede sadece hangi malvarlığının kimlere intikal ettirileceğinin gösterilmesinin yeterli olacağı, intikali düzenlenmemiş olanların bölünen ortaklık malvarlığı içinde kaldığı sonucunun kanun gereği olduğu (**UmwG pra 131 f.1 b.1 ile hüküm altına alınan bu md. AB Bölünme Yönergesinin md.17'deki hususlarına benzer şekilde düzenlenmiştir**),

4) Ortakların, bölünmeye katılan diğer ortaklık veya ortaklıklarda sahip olacakları pay adedinin açıkça hesaplanabilir tarzda veya tam adedinin belirlenmesi şeklinde bir açıklığın yer alması, ancak oranın bölünen ortaklık pay sahiplerine verilecek toplam payların gerçek değerinin % 10'unu aşmaması gerektiği (**UmwG pra 126 f.1 b.3**),

5) Pay sahiplerinin devralan ortaklıktan elde ettikleri paylar dolayısıyla sahip olacakları haklar dışında bulunan hak sahiplerinin (intifa senedi sahipleri veya oydan yoksun pay sahipleri veya özel hak sahipleri gibi) de korunması ve plan ya da sözleşme de bulunması gerektiği (**UmwG pra 126 f.1 b.7**),

6) Malvarlığını devralan ortaklık ya da ortaklıklarda hangi tarih itibarı ile kara hak kazanacaklarının, hakkın niteliğinin ve nasıl kullanılacağına da yazılmak suretiyle bölünme planı ya da sözleşmesinde yer alması gerektiği (**UmwG pra 126 f.1 b.5**),

7) Bölünen ortaklığın işlemlerinin hangi tarihten itibaren devralan ortaklığın hesabına yapılmış kabul edileceğinin bölünme planı ya da sözleşmesinde bulunması gerektiği (**UmwG pra 126 f.1 b.6**),

8) Sevk ve yönetim organlarının üyelerine, müdürlere, yönetim hakkına sahip ortaklara ve denetçilere tanınan özel bir menfaat söz konusu ise bunu da mutlaka bölünme planı ya da sözleşmesinde bulunması gerektiği (**UmwG pra 126 f.1 b.8**),

9) Bölünme sonucunda bölünen ortaklıktan ayrılan parça bünyesinde çalışanların da malvarlığını devralan ortaklığa nakledilmesinde, nakledilecek çalışma ilişkilerinin bir liste halinde düzenlenmesinin yanı sıra, olası sorunlar bakımından

önerilen çözüm yollarının da (İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeye nazaran çalışanların haklarının korunması bakımından daha kapsamlı olduğu açıktır) listenin yanında bölünme planı ya da sözleşmesinde bulunması gerektiği (**UmwG pra 126 f.1 b.8**), hususlarını aramıştır.

(ii) Rapor

Bölünmeye katılan ortaklıkların bölünme raporu hazırlamalarına ilişkin düzenleme AB'nin bölünme yönergesinin 7'nci md. sine benzer şekilde düzenlenmiştir (**UmwG pra 127'nin yollanması ile pra 8'de düzenlenen birleşme raporuna yapılan atıfla**). Aynı kanunda, bölünmeye katılan ortaklıkların pay sahiplerinin ya da ortaklarının her bir pay sahibi tarafından ve noter onaylı olarak tamamının onaylanması takdirde bölünme raporundan vazgeçilebilmektedir (**UmwG pra 127 ve pra 8 f. 3**).

(iii) Pay sahiplerinin inceleme hakkı

Bölünmeye katılan ortakların yönetim organlarının hazırlamış olduğu bölünme sözleşmesi veya planı denetime tabidir. Bölünme raporu İsviçre Hukuku'ndaki uygulamadan farklı olarak denetim dışında tutulmuştur (**UmwG pra 125 ve pra 135 f. 1'in yollaması ile pra 10 f.1**).

Alman Hukuku, AB Yönergesine uyumlu bir şekilde pay sahiplerinin inceleme hakkını düzenlemiş bulunmaktadır. Bölünmenin bu aşamasına kadar hazırlanan tüm belgeler, bölünme kararının genel kurulun onayına sunulmadan önce pay sahiplerinin/ortakların incelemesine sunulma zorunluluğu AB Yönergesinin 9'uncu maddesinde belirlenmiştir.

Alman Hukuku bu hakkın kullanımını hem AB Yönergesinden hem de İsviçre Hukuku'ndan farklı yöntemlerle de olsa benzer şekilde düzenlenmiştir (**UmwG pra 135 f.1 ve pra 125'in yollaması ile pra 61**). Bu madde doğrultusunda sadece pay sahiplerinin düzenlenen tüm belgelere (bölünme planı ya da sözleşmesi, bölünme raporu, denetleme raporu, son üç yıla ait bilanço ve hesaplar gibi) serbestçe erişip, incelemelerine sunulan bu belgelerden ücretsiz birer kopya alabilecekleri de hüküm altına alınmıştır (**UmwG pra 63 f.1**). Ayrıca Alman düzenlemesi, genel kurulda yönetim organının bölünmeye ilişkin sözlü açıklama yapma yükümü bulunduğunu düzenleyerek açıkça ortaya koymuştur (**UmwG pra 64**).

(iv) Mahkemece Tespit

Bölünme sözleşmesinin zorunlu içeriğinin varlığının tespiti mahkemeye aittir ve buna istinaden ticaret sicil gazetesi ile bölünen ortaklığın ana sözleşmesinde tespit edilmiş bulunan gazetelerle, bölünme sözleşmesinin ticaret siciline teslim edildiğine dair ilanı yaptıracaktır⁴⁹⁸. Ancak mahkemenin bölünme sözleşmesinin içeriğinde bulunan hususlara ilişkin olarak inceleme hakkı bulunmamaktadır. Bu ilanın çıkmasını takiben pay sahiplerinin bilgi alma haklarını kullanma olanağı da başlamış olur⁴⁹⁹.

(v) Yetkili Organ Tarafından Onaylama

Bölünmenin gerçekleşebilmesi için mutlaka yetkili organ tarafından onaylanması gereklidir. Yetkili organ anonim ortaklıklar için genel kurul'dur. Bölünme raporu ve denetim raporunun hazırlanmasına kadar bölünme planı veya sözleşmesinin yapılması ile onay amacıyla genel kurula sunulmasına kadar bir hayli sürenin geçeceği tabiidir.

(vi) Bölünmeye Katılan Ortaklıkların Malvarlığında Değişim

Bölünmeye katılan ortaklıklardan herhangi birinin malvarlığında bölünme planı ya da sözleşmesinin düzenlenmesinden genel kurula onaya gelene kadar olan süreçte önemli bir değişiklik meydana gelirse bu ortaklığın yönetim organı bölünmeye katılan diğer ortaklıkların yönetim organlarını bu konuda bilgilendirmek zorundadır **(UmwG pra 143)**. Bu husus genel kurul dışında bilgi verilmesi durumudur. Bütün ortakların buna istinaden durumu değerlendirmeleri sonucunda bölünmeden vazgeçip, tekliflerini geri çekerek ya yeni bir bölünme planı ya da sözleşmesi oluşturmak için bölünme işlemine tekrardan başlarlar ya da bölünmeden tamamen vazgeçebilirler.

Bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarının aldıkları bilgi çerçevesinde, aktif veya pasif malvarlığındaki değişikliğin önemsiz olduğu sonucuna varıp, bölünme işlemlerine kalıkları yerden devam edebilmeleri de genel kurul içinde bilgi verilmesi durumudur.

(vii) Sermaye Azaltımı

Bölünme işlemi, sırasında bölünme kararına bağlı başkaca alınabilecek kararlardan bir tanesi de sermaye azaltılmasıdır. Bu esnada gerçekleştirilecek sermaye

⁴⁹⁸ Alman Ticaret Kanunu-Aktiengesetz{AktG} pra 25.

⁴⁹⁹ Helvacı, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, . 64.

azaltılması sistemi basitleştirilmiş sermaye azaltılması sistemidir (**UmwG pra 145'in yollanması ile AktG pra 229**).

(viii) Genel Kurul/Nisap

Bölünmede eşdeğer bölünmede nisap (**UmwG pra 135 f.1'in pra 125'e onun da pra 65'e yaptığı yollama ile**) ile eşdeğer olmayan bölünmeye yönelik hüküm (**UmwG pra 128**) ile tespit edilmiştir.

Buna göre, bölünme kararının genel kurulda onaylanması için sermayenin dörtte üçüne sahip olan pay sahiplerinin olumlu oyu ile onay vermesi eşdeğer bölünmede nisap için gerekli olmalıdır. Ağırlaştırılabilmesi mümkün olan bu nisap önemli kararların alınması için öngörülmüş nisaba uygunluk taşımaktadır (**UmwG pra 65 f.1**).

Eşdeğer olmayan bölünmelerde azınlık pay sahiplerinin haklarının korunması ön planda tutulmuş, eşdeğer bölünme için aranan üçte iki çoğunluk az bulunarak, geride kalan pay sahiplerinin haklarının da gözetilmesi zorunluluğundan hareketle oybirliği ile karar alma zorunluluğunu getirmiştir (**UmwG pra 128**). Bu madde hükmü bir tek pay sahibinin bile bölünmeye engel olabilmesine olanak tanınmış olması nedeni ile eleştiri almış, Alman Hukuku bu sorunu çözme yöntemi olarak AB Yönergesinde olduğu gibi pay sahiplerine tanınan ayrılma hakkının kullanılmasını düzenlediğini ileri sürmüştür. Bu durumda bölünmenin gerçekleştirilmesi için bölünmeye itiraz eden ortaklara paylarının satın alınması önerilebilmekte ve ayrılma hakkının kullanılması ile bölünme kararının alınabilmesinin olanağının bulunduğu görülmektedir (**UmwG pra 29**)⁵⁰⁰.

Bu usul çerçevesinde görüşülmüş ve gerekli nisaplar sağlanmış bölünme planı ya da sözleşmesi genel kurulların onayına hazırdır. Genel kurul kararlarının yazılı ve tutanağa bağlı olarak alınması gerektiği hükmolunmuştur (**UmwG pra 13 f.3**). İsviçre Hukuku'ndan fark, dörtte üç çoğunlukla alınan tüm genel kurul kararlarının noter onayına tabi tutulmuş bulunmasından kaynaklanmaktadır (**AktG pra 130 f.1**).

Bölünme planı ya da sözleşmesinin gerekli nisapların sağlanarak onaylanması hüküm doğurması açısından yeterli olmayıp, bu kararların etki doğurması için ticaret siciline tescil edilmesi gereklidir. Ancak yeni ortaklık kurulması suretiyle bölünme yapılmaktaysa, yönetim organının öncelikle yeni kurulacak ortaklığın ticaret siciline tescilini talep etmesi zorunludur (**UmwG pra 137 f.1**). Bu ortaklığın tescilini takiben

⁵⁰⁰Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, s. 85.

ticaret sicilinde bölünmenin tescil aşamasına geçilecektir (**UmwG pra 130 f.1**). Genel kurulun almış olduğu kararlara karşı bir ay içinde açılmış bir dava varsa ticaret siciline hiçbir şekilde tescil yapılamayacak olup, bölünme işleminin askıda kalmasına sebep olacaktır (**UmwG pra 16 f.2**). Tescil için gerekli olan evraklar bölünmenin bütün aşamalarındaki bölünme planı ya da sözleşmesi, bölünme kararı, bölünme raporu, denetleme raporu, gerekli izinler (eğer alınmasına gerek izinler var ise) ve bölünen ortaklığın son bilançosudur (**UmwG pra 17 f.1 ve 2**). Bölünen ortaklığın yönetim organının sicilin bulunduğu mahkemeye bölünen ortaklığın varlığını devam ettirmesinin mümkün olduğunu ispat edebilmesi için, elde bulunan aktiflerin ortaklığın sermayesini karşılar durumunda olduğunu kanıtlaması gereklidir (**UmwG pra 146 f.1**). Ayrıca bölünmenin hiçbir ortak tarafından dava edilmediğine ya da eğer açılan bir dava oldu ise bunun sonucunda davanın reddedildiğine veya davadan kesin feragat edildiğine ilişkin bir beyanın da bölünme evrakına eklenmesi zorunludur (**UmwG pra 16 f.2**). Bu durumun istisnası, dava açma hakkı olan pay sahiplerinin bölünme kararına karşı hiçbir dava açmayacaklarını yazılı beyan etmeleri (**UmwG pra 16 f.2**) veya yetkili mahkemenin açılmış bulunan davanın tescile engel olmadığını bildirmesi (**UmwG pra 16 f.3**) şeklindedir⁵⁰¹.

(ix) Ticaret Siciline Tescil/İlan

Bölünen ortaklığın tescilinden sonra, sicilin bağlı olduğu mahkeme, tescil içeriğinin tamamını resen ilan etmek zorundadır. Bu ilanın ticaret sicili gazetesi ile yapılmasının yanında en az bir gazete ile de yapılması zorunludur (**UmwG pra 135 f.1 ve pra 125'in yollaması ile pra 18 f.3**). Bu yolla alacaklılar, alacakları için bir teminat talebinde bulunma haklarını kullanmak bakımından davet edilmiş olacaklardır (**UmwG pra 135 f.1 ve pra 125'in yollaması ile pra 22 f.1**).

(x) Tazminat Talep Hakkı

Alman Hukuku'nda tazminat talep hakkının kullanılmasının hakem önünde olacağını da hüküm altına alarak (**UmwG pra 15**), irade serbestisini iyice öne çıkaran ve pay sahipliği haklarının devamlılığı ilkesini zedeleyen bir tavır içine girmiştir.

⁵⁰¹ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, s. 89.

⁵⁰² Ayrıca k sahipliği ve diğer ortaklıksal hakların ihlali hiçbir şekilde bölünme kararının hükümsüzlüğüne sebep olarak gösterilememektedir (**UmwG pra 14 f.2**).

(xi) Teminat Verme Yükümü

Alacaklar bakımından teminat verme yükümünün **(bu yükümün henüz muaccel olmamış borçlar bakımından söz konusu olacağı Borçlar hukuku'nun temel prensipleri icabıdır)** yerine getirilmemiş olması halinde, Alman Hukuku bölünme işleminin gerçekleşmesine mani olacak bir sistem öngörmemiştir. Teminat talep hakkı ticaret sicil gazetesinde bölünmenin tescilinin ilanı ile ortaya çıkmaktadır. Alman hukuku'nda teminat ancak bölünme işleminin alacaklının haklarını tehlikeye düşürdüğüün kanıtlanması halinde istenebilir(**UmwG pra 22 f.1 cümle 2**).

(xii) Borçlardan Müteselsil Sorumluluk

Bölünmeye katılan bütün ortaklıklar, bölünme planı ya da bölünme sözleşmesinin yapılmasına kadar oluşan, bölünen ortaklığın bütün borçlarından dolayı müteselsil sorumludurlar (**UmwG pra 133 f.1**). Böylece bölünen ortaklığın alacaklıları malvarlığı birden fazla parçaya bölünmüş olsa da, eski malvarlığı üzerinden alacaklarını almaya devam edeceklerdir. Bölünmenin tescilinin ilanı (**UmwG pra 19 f.3**) beş yıllık zaman aşımı süresinin başlangıcını teşkil eder (**UmwG pra 133 f.4**) ve bu süre içinde alacaklılar istedikleri ortaklıktan alacaklarını tahsil edebilirler. Eğer borçlu ortaklık borcunun varlığını yazılı olarak ikrar ederse, bunun tahsili için dava açmaya da gerek yoktur (**UmwG pra 133 f.5**).

(2) Vergi Hukuku

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere AK' nin 1990 yılında “Birleşme, Bölünme, Sermaye Taahhüdü ve Hisse Senedi Değişimlerinin vergisel sonuçlarını uyumlaştırmak” için düzenlemiş olduğu **90/434 sayılı Yeniden Yapılandırmada Vergilendirme Yönergesinden** dört yıl sonra 1994'de Almanya'da, oluşturulmuş bulunan “birleşme, bölünme ve tür değiştirme” hükümleri, bağımsız bir kanunun konusunu oluşturmuş, sadece bölünme işlemlerine ilişkin hükümler şirketlerin şekil değiştirmelerine ilişkin kanunun 123 Nu.'lu ve müteakip maddelerinde (md. 123-175 arası) düzenlenmiştir. Bundan sonra da kanunun takip eden maddelerinde bölünme

⁵⁰² Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi** ,s. 116.

ile çok yakından ilgili mal varlığı devri konusunda düzenlenmiş yaklaşık 30 tane madde bulunmaktadır.

Bölünmenin sonucunda bir diğer hak sahibi grubu olan bölünen ortaklığın çalışanlarına ilişkin Alman Hukuku ayrıntılı düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır⁵⁰³.

b. İngiliz Hukuku⁵⁰⁴

AB'nin Birleşme Yönergesi uyarınca bir birleşme, bir veya daha çok şirketin diğer bir şirkete aktif kıymetlerini devretmesi ve tasfiyesiz dağılması ile gerçekleşebilmektedir. Ancak İngiliz Şirketler Kanunu kapsamında, bir şirket bölünmeden önce tasfiye edildiği için İngiltere'de bu şekilde gerçekleşmemektedir⁵⁰⁵. İngiliz Şirketler Kanunu (Company Law) ile birçok üye devletlerinin uygulaması farklılık göstermektedir. AB'nin "Sınır Ötesi Birleşmelere İlişkin Onuncu Yönerge Taslağı"⁵⁰⁶ bu amaçla tasarlanmış bulunmaktadır. Söz konusu taslak AB tarafından henüz kabul edilmemiş olup, kabul edilen herhangi bir tasarı da yürürlükte bulunmamaktadır⁵⁰⁷. Bölünme, birleşme sürecinin tersine çevrilmesidir⁵⁰⁸. İngiltere'de "demerger (şirketlerin ayrılması)" genel terimdir. Bu nedenle İngiltere'de bir birleşme işleminin gerçekleşmemesinin aynı sebebiyle bir bölünme işlemi de meydana gelemez.⁵⁰⁹

İncelememizin birleşmeler ile ilgili bölümünde de belirttiğimiz üzere, birleşme işlemlerinde olmadığı gibi bölünme işlemleri için de İngiliz Şirketler Kanunu altında düzenlenmiş kapsamlı bir mevzuat mevcut bulunmamaktadır. Bununla beraber İngiliz Şirketler Kanunu kapsamında bölünme işlemlerine ilişkin yardımcı olabilecek 1986 yılında düzenlenmiş bulunan Ödeme Güçlüğüne İlişkin (İflas Kanunu) Kanun'un (Insolvency Act-IA) 110'uncu maddesi ile 1985 yılında çıkartılan Şirketler Kanunu'nun (Companies Act) 420'nci maddesinin yer aldığı iki özel hüküm yer almaktadır. Bahsi

⁵⁰³ Çalışanların yönetime katılmasına veya işletmelerin demokratikleşmesine ilişkin AB'nin 94/45 sy. ve 22.09.1994 tarihli Yönergesi ve buna bağlı olarak Almanya'da çıkarılan Kanun'dan sonra oluşmuştur.

⁵⁰⁴ **Arthur Andersen**, Mergers and Acquisitions into the Netherlands, Germany and England.

⁵⁰⁵ Birleşme Yönergesi(Merger Directive) md. 2 (a).

⁵⁰⁶ 10'uncu Yönerge Taslağı detayı için bkz. Vanessa Edwards. **EC Company Law**. Oxford EC Law Library. US: Oxford University Press Inc., 1999, s. 391- 393.

⁵⁰⁷ David W. Williams. **EC Tax Law**. European Law Series. USA: Wesley Longman Inc., 1998, s. 144.

⁵⁰⁸ Williams, s. 144.

⁵⁰⁹ Birleşme Yönergesi(Merger Directive) md. 2 (b).

geçen IA' nın 110'uncu maddesi ile bir şirketin sadece kendi rızası ile tasfiyeye gitmesi durumu, şirkete fayda sağlamaya yönelik bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm doğrultusunda, bu duruma haiz olan bir şirket, işletmenin veya gayrimenkulünün (taşınmaz-property) bir kısmının ya da tamamının başka bir şirkete, o şirketin çıkarılmış hisselerinin karşılığı olarak satılması suretiyle tasfiyeye gidilmesine ve daha sonra bu hisselerin tasfiye halindeki şirketin ortaklarına dağıtılmasına özel bir karar ile yetki verebilir. Ancak böyle bir kararın alınabilmesi için atılan oyların en az % 75 çoğunluğunun sağlanması gerektiği de aynı madde hükmünde belirlenmiştir⁵¹⁰.

110'uncu madde, bir şirketin işletmesini yeni bir şirkete devretmesi (ki bu uygulamada yeniden yapılandırma olarak bilinmektedir) veya iki mevcut işletmenin bir şirketin bünyesinde birleştirilmesi sonucu ilk şirketin şeklindeki de tasfiye edilmesi ve işletmesini ikinci bir şirkete devretmesi ya da her iki şirketin de tasfiyeye sokulması ile işletmelerinin üçüncü bir şirkete devredilmesi vb her bir durum için, işletmelerin birleştiği şirket tarafından çıkarılacak hisselerin karşılığı olacak şekilde yararlı kılınmıştır.

Satış ya da düzenlemede 110'uncu madde hükmünün kullanımında en önemli avantaj, tasfiye olan şirketin tüm ortaklarını ve borçlarını bağlayıcı olmasıdır. Bununla beraber, aşağıda açıklanan azınlıkların ihtilafa düştükleri haklar, mahkemenin rızasına veya alacaklıların kendi isteği ile tasfiyesinde tasfiye kuruluna ve bir şirketin tasfiyesi için alacaklıların haklarının izne tabi olmasına bağlıdır⁵¹¹.

110'uncu madde hükmünden yararlanılabilmesi için aşağıdaki koşullar uygulanmalıdır:

1) Şirket, “Şirketler Kanunu (Companies Act)” kapsamında tescil edilmiş bir şirket olmalıdır. 110'uncu maddede belirlenmiş bir cetvel nedeniyle işyeri İngiltere’de olan tescil edilmiş yabancı bir şirket bu hükümden faydalanamaz.

2) Devralan, bir birey değil, bir şirket olmalıdır. Devralan şirketin tescil edilmiş bir şirket olmasına gerek yoktur, bu nedenle yabancı bir şirket de olabilir.

3) Devrolunacak şirkette teklif düzenlemelerinin başlatılabilmesi için, özel bir karar ile tasfiyeye giden şirkete yetki verilmelidir.

⁵¹⁰ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006).

⁵¹¹ **Arthur Andersen**, Mergers and Acquisitions into the Netherlands, Germany and England.

4) Eğer şirketin yöneticileri, herhangi bir özel avantaj alırsa, bu avantaj açığa çıkarılarak ifŗa edilmelidir.

Devrolunan şirketin ihtilafa düşen (muhalif olan) ortakları, eğer 110'uncu madde hükmünden yana (lehinde) oylamada bulunmazlarsa, (7 gün içerisinde devrolunacak şirketin ilgili genel kurulunun yapılması) devrolunan şirketin sicil dairesinde ihtilafa düştükleri hususlar tasfiyeye giden şirket ortakları tarafından yazdırılarak belirtilmeli ve böylelikle de korunmaları sağlanmaktadır. Tasfiye eden şirketin, daha sonra 110'uncu madde hükmü etkilerinden kaçınması veya alım ile iliŗkili ihtilafa düşen ortaklarla anlaŗma veya hakem çözümü ile fiyatı kararlaŗtırması gerekmektedir.

Mahkeme veya tasfiye kurulunun yaptırımıyla uygulanabilirliği hariç olmak üzere 1 yıl içinde 110'uncu madde hükmünün tasfiye olana verdiği g   ile mahkemenin idaresine bağlı olarak veya alacaklıların da devrolunan şirketin zorunlu olarak varlığını sürdürebilmesi için (winding-up) karar vermesi amacına engel olabilir⁵¹².

110'uncu maddede geniŗ ölçüde kullanılmakta olan planlar yer alsa da, devrolan şirketin tasfiyesinin mevcut bir şirketi elimine etmenin masraflı olması, belirli bir sürenin geçmesi gerekliliği ve uygunsuz sonuçlar oluŗturabilmesi en önemli dezavantajlarıdır. Orada hem de, ihtilafa düşen ortakların satın alması bir gereklilik olabilmektedir. Aksi takdirde devrolan şirkete tanınmıŗ vergi kolaylıklarının tasfiye ile taŗınabilmesi durumu da kaybolunabilir. Bu problemler nedeni ile bazen tasfiye planından önce derhal yeni bir holding şirketi oluŗturmak sureti ile küçülerek, bu holding şirket bünyesinde oluŗturulan şirketlerin ortaklık hisseleri devredilir ve sonra şirket, plan kapsamında mevcut şirketlerin varlığını koruması sağlanarak tasfiye edilir⁵¹³.

3. Mehaz İsviçre Hukuku

a. Özel Hukuk

(1) Bölünme

AB'nin d zenlemiŗ olduğu Bölünme Yönergesinden önemli ölçüde ilham olarak mevzuatını ona göre yapılandıran bir diğer  lke İsviçre olmuŗtur. Özellikle

⁵¹² Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions into the Netherlands, Germany and England.

⁵¹³ Arthur Andersen, Mergers and Acquisitions into the Netherlands, Germany and England.

İsviçre düzenlemesi, diğer hukuki düzenlemeleri bakımından Türk hukukuna yakın olması nedeni ile bizim için daha önem arz etmektedir. TTK Tasarısı'nın düzenlenmesinde de İsviçre Birleşme, Bölünme, Nevi Değiştirme ve Malvarlığının Devri'ne İlişkin Kanun- Loi Sur La Fusion (**LFus**)⁵¹⁴ 1.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunun hazırlanması sırasında Alman Hukuku'ndan etkilenildiği açık olmakla beraber, Kanun'un özgün hükümler taşıdığı söylenmelidir⁵¹⁵.

(a) Tam Bölünme

“Division (tam bölünme)” da, Alman Hukuku'nda olduğu gibi malvarlığı tamamen bölünen ortaklık tasfiyesiz olarak infisah etmekte ve ticaret sicilindeki kaydı terkin edilmektedir (**LFus 29/a**). Malvarlığı ise başkaca ortaklıklar tarafından devralınmaktadır. Sona eren ortaklığın pay sahipleri bölünme sonucunda isabet eden malvarlığı ölçüsünde yeni ortaklıkların pay sahibi olmaktadırlar. Görüleceği üzere, söz konusu madde Alman Kanunu'ndaki hükümle kesin benzerlik göstermektedir. Aralarındaki farklılık, sona eren ortaklığın ticaret sicilinden terkin edileceği sonucunun İsviçre Kanunu'nda hüküm metninde bulunmasıdır. Aynı maddedeki bir diğer farklılık da, malvarlığını devrederek infisah eden ortaklığın pay sahiplerinin, malvarlığını devralan ortaklıkların paylarını edinebileceği gibi ortaklık haklarını da edinebileceğinden bahsetmesidir. Bunun sebebi ise aynı kanunun 30'uncu md. sinde yer alan sermaye ortaklıkları ile kooperatiflerin yine sermaye ortaklıkları ile kooperatiflere bölünebileceği yolundaki hükümdür. Bölünmenin kooperatiflerde oluşması halinde payların edinilmesi yerine ortaklık haklarının edinilmesi teknik bir zorunluluk olarak ortaya çıkacaktır⁵¹⁶.

(b) Kısmi Bölünme

“Seperation (kısmi bölünme)” da bölünen ortaklık malvarlığının bir ya da birden fazla kısmını başka ortaklıklara devreder. Bölünen ortaklığın pay sahipleri bu ortaklıktaki pay sahipliklerini sürdürürler (**LFus 29/b**). Ayrıca malvarlığından bir ya da birden fazla parçayı devralan ortaklığın veya ortaklıkların da pay sahibi haline gelirler. Yine görüldüğü üzere, kısmi bölünmede de durum Alman hukuku ile bir farklılık ortaya

⁵¹⁴ 221.301 sayılı Kanun 3.10.2003'de kabul edilmiş ve 1.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵¹⁵ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi** s. 7.

⁵¹⁶ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi** s. 20.

koymamaktadır. Tam bölünmede ortaklık payına ilişkin olarak ortaklık haklarının edinilmesi ile ilgili yapmış olduğumuz yukarı paragraftaki açıklama kısmi bölünme için de geçerlidir.

(2) Bölünme İşlemleri

(a) Sözleşme

İsviçre Hukuku'nda da Alman Hukuku bölümünde de açıklandığı üzere bölünme sözleşmesi ve bölünme planı ayırımına yer verilmiştir (**LFus 36**).

Bölünme planının ya da sözleşmesinin hazırlanması görevi yönetim organına bırakılmış olup, İsviçre Hukuku bakımından yönetim organı “Yönetim Kurulu” dur.

Sözleşme ya da planın yapılması aşamasında yazılı şekil yeterli görülmüş (**LFus md. 36 f.3**), sözleşme ya da planın genel kurulların onayından geçmesinin zorunlu olduğu belirtilmiş, ancak onayı takiben sonuç doğurma aşamasına gelmesinde yazılı şekil yeterli bulunmamış ve resmi şekil aranmıştır (**LFus md. 44**).

Bölünme planı ya da sözleşmesinin içeriğinde bulunması gereken zorunlu hususlar İsviçre Hukuku'nda AB Yönergesine uygun bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır (**LFus md.37**). Bu madde kapsamında İsviçre Hukuku'nda;

1) Bölünme planında yeni kurulacak ortaklıkların ticaret unvanlarının ve merkezlerinin yer alması hususunda açıklık bulunmamaktadır (**LFus md.37 b. a**). Bu nedenle Doktrinde bölünme planında bu hususların bulunmasının zorunlu olmadığı savunulmaktadır⁵¹⁷.

2) Kısmi bölünmede sadece hangi aktif malvarlığının kimlere intikal ettirileceğinin gösterilmesinin yeterli olacağı, intikali düzenlenmemiş olanların bölünen ortaklık malvarlığı içinde kaldığı sonucunun kanun gereği olduğu (**LFus md.38/1/b**)⁵¹⁸,

3) Tam bölünmede ise kime ait olduğu belirlenmemiş bulunan aktif malvarlığı unsurları üzerinde bütün devralan ortaklıkların, bölünme sözleşme ya da planına göre,

⁵¹⁷ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, s. 43.

⁵¹⁸ Kısmi bölünme halinde sözleşme veya planda yer almayan pasif malvarlığı unsurlarına ilişkin bir düzenleme içermemekte olup, tıpkı aktif malvarlığı unsurlarında olduğu gibi, bu unsurun devreden ortaklığın bünyesinde kaldığının düşünüldüğü olasıdır.

kendilerine intikal eden net aktif malvarlığının, devredilen toplam malvarlığına oranına göre, müşterek mülkiyete sahip olacakları (**LFus md.38/1/a**),

4) Pasiflerden herhangi birinin intikaline dair sözleşmede bir hüküm bulunmaması halinde; bölünmeye katılan tüm ortaklar borçlardan müteselsil olarak mesul olacakları için, tam bölünmede pasif malvarlığı bakımından yapılacak düzenlemenin, aktiflerdekinin aksine açık olması gerektiği (**LFus md.38 f. 3**),

5) Bölünme sözleşmesi ya da planında işletmenin ve işletme bölümlerinin açıkça belirlenmesinin yapılarak, bir ortaklık bünyesinde çalışan birden fazla farklı işletme alanının olması durumunda her birinin bağımsız bir işletme olarak bölünmelerinin sağlanması,

6) Bölünen ortaklığın pay sahiplerinin bölünmeye katılan ve malvarlığını devralan ortaklıkta veya ortaklıklarda hangi oranda pay sahibi olacaklarının açıkça belirlenmesi, ancak bu oranın bölünen ortaklık pay sahiplerine verilecek toplam payların gerçek değerinin % 10 'unu aşmaması gerektiği (**LFus md. 31'in yollaması ile md. 7 b.2.**),

7) AB Yönergesinin 13'üncü md. sinde intifa senetlerinin karşılığında bedel talep etme hakkı senetleri ellerinde bulunduranlara tanınmış bulunmaktadır. Eğer bu tür bir talepte bulunmazlarsa, elde edecekleri haklar yine ortaklıksal haklar olacaktır ve İsviçre Hukuku'nun düzenlemiş olduğu birleşmeden doğan hakların korumasından gelen intifa senedi sahiplerinin haklarının korunmasındaki düzenleme ile birbirlerinden çok farklıdırlar (**LFus md.31 f. 1 atfı ile md.7 f.6**)

8) Pay sahiplerinin devralan ortaklıktan elde ettikleri paylar dolayısıyla sahip olacakları haklar dışında bulunan hak sahiplerinin (intifa senedi sahipleri veya oydan yoksun pay sahipleri veya özel hak sahipleri gibi) de korunması ve plan ya da sözleşme de bulunması gerektiği (**LFus md.37 b. 7**),

9) Malvarlığını devralan ortaklık ya da ortaklıklarda hangi tarih itibarı ile kara hak kazanacaklarının, hakkın niteliğinin ve nasıl kullanılacağına da yazılmak suretiyle bölünme planı ya da sözleşmesinde yer alması gerektiği (**LFus md.37 b. f**),

10) Bölünen ortaklığın işlemlerinin hangi tarihten itibaren devralan ortaklığın hesabına yapılmış kabul edileceğinin bölünme planı ya da sözleşmesinde bulunması gerektiği (**LFus md.37 b. g**),

11) Sevk ve yönetim organlarının üyelerine, müdürlere, yönetim hakkına sahip ortaklara ve denetçilere tanınan özel bir menfaat söz konusu ise bunu da mutlaka bölünme planı ya da sözleşmesinde bulunması gerektiği (**LFus md.37 b. h**),

12) Bölünme sonucunda bölünen ortaklıktan ayrılan parça bünyesinde çalışanların da malvarlığını devralan ortaklığa nakledilmesinde, nakledilecek çalışma ilişkilerinin bir liste halinde bölünme planı ya da sözleşmesinde bulunması gerektiği (**LFus md.37 b. i**),

hususlarını aramıştır.

(b) Rapor

Bölünmeye katılan ortaklıkların bölünme raporu hazırlamalarına ilişkin düzenleme AB'nin bölünme yönergesinin 7'nci md. sine benzer şekilde düzenlenmiştir (**LFus md.39**). Bölünme raporundan vazgeçme hakkını küçük ya da orta ölçekli sayılan işletmeler ortakların oybirliği ile onayı sayesinde kullanabilirken, büyük ölçekli ortaklıklar bakımından bölünme raporundan vazgeçme olanağı yoktur. Onayın vazgeçme hakkının kullanılması bakımından yeterli olduğu belirtilmiş, ancak Alman Hukuku'nda olduğu gibi onay belgesinden ve belgenin noterce onaylanmasından bahsedilmemiştir (**LFus md. 39 f. 2**).

(c) Ara Bilanço

Hisse Paylarının değiş tokuş oranının hesaplanmasında, devredilecek malvarlığının değerlemesi ve gerçek değerinin tespitinin bir ara bilanço düzenlenerek yapacağı hükme bağlanmıştır (**LFus md.35**).

(d) Denetçi Raporu

Bölünmeye katılan ortakların yönetim organlarının hazırlamış olduğu bölünme sözleşmesi veya planı ile bölünme raporu denetime tabidir (**LFus md. 40'ın yollaması ile Birleşmeye Dair md. 15**). AB ve Alman Hukuku'ndaki hükümlerde yer almayan bölünme raporunun denetimi sadece İsviçre Hukuku'nda hüküm altına alınmış olup, denetçinin raporunda bulundurmakla yükümlü olduğu bazı özel durumlar belirtilmişse de (**LFus Birleşmeye Dair md. 15 f. 4**), raporun zorunlu içeriği bununla sınırlı değildir.

(e) Pay Sahiplerinin İnceleme Hakkı

İsviçre Hukuku AB Yönergesine uyumlu bir şekilde pay sahiplerinin inceleme hakkını düzenlemiş bulunmaktadır. Yani bölünmenin bu aşamasına kadar hazırlanan tüm belgeler, bölünme kararının genel kurulun onayına sunulmadan önce pay

sahiplerinin/ortakların incelemesine sunulma zorunluluğu AB Yönergesinin 9'uncu maddesinde belirlenmiştir.

Bu düzenleme farklı yöntemlerle de olsa benzer şekilde İsviçre Hukuku'nda düzenlenmiştir (**LFus md.41**). Bu madde doğrultusunda sadece pay sahiplerinin düzenlenen tüm belgelere (bölünme planı ya da sözleşmesi, bölünme raporu, denetleme raporu, son üç yıla ait bilanço ve hesaplar gibi) serbestçe erişip, incelemelerine sunulan bu belgelerden ücretsiz birer kopya alabilecekleri de hüküm altına alınmıştır (**LFus md.17 f.1, 2 ve 3**). Ayrıca İsviçre Hukuku'nda pay sahiplerinin oy birliği ile karar alarak bu hakkı kullanmayacaklarını beyan etmeleri de mümkün bulunmaktadır.

Bölünme sözleşmesi veya planının inceleme hakkı ortaklık merkezinde kullanılabilir. İnceleme hakkı bölünmeye katılan ortakların her birinin pay sahiplerine/ortaklarına tanınmıştır. İnceleme hakkının kullanılması bakımından seçilen yöntem ise Alman Hukuku ile benzerlik göstermektedir. Her bir ortaklık bakımından ayrı ayrı ticaret sicili gazetesinde ilan edilerek duyurulmak zorundadır (**LFus md.41 f.4**).

İnceleme hakkından vazgeçilebilmesi şartı olarak yine küçük ve orta ölçekli işletme kriteri esas alınarak, bunların pay sahiplerinin oy birliği ile karar almaları halinde inceleme hakkından vazgeçebilecekleri düzenlenmiştir.

(f) Yetkili Organ Tarafından Onaylanma

Bölünmenin gerçekleşebilmesi için mutlaka yetkili organ tarafından onaylanması gerekmektedir. Yetkili organ anonim ortaklıklar için genel kurul'dur. Bölünme raporu ve denetim raporunun hazırlanmasına kadar bölünme planı veya sözleşmesinin yapılması ile onay amacıyla genel kurula sunulmasına kadar bir hayli sürenin geçeceği tabiidir. İşte bu zaman diliminde aktif ya da pasif değişikliklerin oluşması mümkündür. Değişikliklerin bilgi verme işlemine konu olabilmesi için önemli olmaları gerekmektedir. Böyle önemli bir değişikliğin oluşması durumunda yönetim kurulunun genel kurulda pay sahiplerine yönelik olarak malvarlığında ortaya çıkan değişikliklerle ilgili bilgi vermesi gerekmektedir. Bu husus İsviçre Hukuku'nda genel kurul dışında ve içinde olmak üzere iki türlü düzenlenmiş bulunmaktadır.

(g) Genel Kurul/Nisap

Bölünmeye katılan ortaklıklardan herhangi birinin malvarlığında bölünme planı ya da sözleşmesinin düzenlenmesinden genel kurula onaya gelene kadar olan

süreçte önemli bir değişiklik meydana gelirse bu ortaklığın yönetim organı bölünmeye katılan diğer ortaklıkların yönetim organlarını bu konuda bilgilendirmek zorundadır **(LFus md.42'nin 17f.1'e yaptığı yollama)** ve genel kurul dışında bilgi verilmesi durumudur. Bütün ortakların buna istinaden durumu değerlendirmeleri sonucunda bölünmeden vazgeçip, tekliflerini geri çekerek ya yeni bir bölünme planı ya da sözleşmesi oluşturmak için bölünme işlemine tekrardan başlarlar ya da bölünmeden tamamen vazgeçebilirler.

Bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarının aldıkları bilgi çerçevesinde, aktif veya pasif malvarlığındaki değişikliğin önemsiz olduğu sonucuna varıp, bölünme işlemlerine kalıkları yerden devam edebilmeleri de genel kurul içinde bilgi verilmesi durumudur.

Bölünme sözleşmesi ya da planının onaylanarak bölünme kararının alındığı genel kurul toplantısında bölünmeye bağlı başkaca kararların (sermaye artırımı ya da sermaye azaltılması kararı gibi) alınabilmesi de mümkündür.

Sermaye artırımı kararı devralma suretiyle bölünme sırasında malvarlığını devralan ortaklıklarda söz konusu olabilir. Sermaye artırımı kararının alınması bakımından önemli olan pay sahiplerinin haklarının korunmasıdır **(LFus md. 33 f.1)**. Sermaye artırımı kararının alınması durumunda aynı sermaye artırımı kuralları uygulanmaz **(LFus md. 33 f.2)**. Aslında sermaye artırımı, devralınan bölünen ortaklık malvarlığı karşılığında yapılmaktadır ve nakit dışı sermaye **(aynı sermaye)** olarak nitelenmesi gereklidir.⁵¹⁹. Ancak bölünme sırasında nakit dışı sermaye getirilmesi nedeni ile gerekli tüm işlemler yapıldığından, bu işlemlerin tekrarlanmasına hiçbir şekilde ihtiyaç bulunmadığından hareketle de hüküm isabetlidir.

Sermaye azaltılması kararı da bölünme işlemi sonucunda ortaya çıkmak zorunda değildir. Ancak kısmi bölünmede bölünen ortaklığın malvarlığının bir bölümü devralan ortaklık ya da ortaklıklara geçmekte, fakat malvarlığını devrederek bölünen ortaklığın kendisi bu devir nedeni ile hiçbir karşılık elde edememektedir. Bu durum bölünen ortaklığın sermayesinin azalmasına yol açabilecektir. Bölünme işlemi, sırasında gerçekleşecek sermaye azaltılması sistemi basitleştirilmiş sermaye azaltılması sistemidir **(LFus md. 32)**.

⁵¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, not:128 s.102.

Bölünmede eşdeğer bölünmede nisap (**LFus md. 43 f.2 ve md.18 f. 1, 3, 4 ve 6**) ile eşdeğer olmayan bölünmeye yönelik hüküm (**LFus md. 43 f.3**) ile hüküm altına alınmıştır. Birleşme için öngörülmüş olan 18'nci md. nin 1'inci fıkrası bütün sermaye ortaklıkları açısından bölünme için gerekli nisabı düzenlemiş, 3, 4 ve 6'ncı fıkralar da özel ek nisapların uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların bölünmeye taraf olması halinde bunların sermayelerinin üçte ikisini temsil eden ortaklarının mutlak çoğunluğunun bölünmenin onayı için oy kullanması gerekmektedir (**LFus md. 18 f.1 b.a**).

Eşdeğer olmayan bölünmelerde ise Alman Hukuku'ndakinden farklı olarak, nisap pay sahiplerinin % 90'ı olarak belirlenmiştir. (**LFus md. 43 f.3**). Kanunun nisabı oybirliği ile belirlemeyip, bu şekilde % 90 olarak belirlemesi, bölünmenin sağlanması açısından bir avantaj yaratmış, ancak bu kez de azınlık pay sahiplerinin korunması açısından bir sorunla karşılaşmıştır. İsviçre Hukuku'nda ayrılma hakkının da düzenlenmemiş olması pay sahiplerinin korunması konusunda zaaf gösterdiği şeklinde düşünülebilir⁵²⁰.

Bu usul çerçevesinde görüşülmüş ve gerekli nisaplar sağlanmış bölünme planı ya da sözleşmesi genel kurulların onayına hazırdır. Genel kurul kararlarının Alman Hukuku'nda olduğu gibi yazılı ve tutanağa bağlı olarak alınması gerektiği hükmolunmakla beraber, Alman Hukuku'ndaki gibi kararlarda noter onayı aranmamıştır (**LFus md. 44**).

Bölünme planı ya da sözleşmesinin gerekli nisapların sağlanarak onaylanması hüküm doğurması açısından yeterli olmayıp, bu kararların etki doğurması için ticaret siciline tescil edilmesi gereklidir. Tescil işlemi Alman Hukuku'na göre daha basit düzenlenmiştir. Bölünme kararının alınmasını takiben bölünmeye katılan her bir ortaklık tarafından ayrı ayrı olmak üzere yönetim organının bölünmenin tescili için ticaret siciline başvurması gereklidir (**LFus md. 51 f.1**). Bölünme ile beraber bölünen ortaklığın bir sermaye azaltılması kararı da alması gerekmişse bu kararın da en geç bölünmenin tescili ile beraber sicile tescil ettirilme zorunluluğu vardır (**LFus md 51 f.2**). Bölünme yeni ortaklık kurulması suretiyle yapıldığında da ortaklığın ticaret siciline tescili için başvuru gereklidir (**LFus md. 34 ve İBK 640**). Bölünme tam bölünme

⁵²⁰ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi** s. 86.

şeklinde oluştuysa, bölünme kararının ticaret siciline tescili anında, bölünen ortaklığın ticaret sicilinden terkinin de gerekmektedir (**LFus md 51. f.3**).

Bölünmenin hukuken geçerlilik kazanma anının ticaret siciline tescil anı olduğu (**LFus md. 52**) yasada açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda tescilin içeriği tam olarak belirlenmemiş olup, sadece tescilin içeriğinde bulunması gereken belgeler ile ilgili olarak bir yönetmeliğin çıkarılacağı düzenlenmiştir (**LFus md. 102 b.a ve b**).

Alman Hukuku'na göre önemli bir üstünlüğü ise yasada ayrıca tapu siciline yapılacak bildirimin düzenlenmiş olmasıdır (**LFus md. 104**). Bu bildirim sadece bölünme bakımından düzenlenmiş olmayıp, yeniden yapılanma bakımından (birleşme ve nevi değiştirme dahil) ortak hüküm niteliğindedir. Söz konusu maddeye istinaden bölünmenin ticaret siciline tescilini takiben üç ay içinde, bölünmeden kaynaklanan ve tapu siciline bildirilmesi gerekli tüm değişikliklerin malvarlığını devralan ortaklık tarafından yapılması zorunlu tutulmuştur (**LFus md. 104 f.1**). Gayrimenkulün intikaline sebep olan bölünmenin kısmi bölünme olması halinde, bu üç aylık sürenin geçerli olmaksızın tapu siciline bildirimin derhal yapılması gerekliliği belirtilmiştir (**LFus md. 104 f.2**).

(h) Ticaret Siciline Tescil Ve Tapu Siciline Bildirim

Tescilin ilanı bakımından özel bir düzenleme yapılmamış olduğundan, ticaret siciline tabi hususların ilanına ilişkin genel kuralların uygulama alanı bulacağı belirlenmiştir (**İBK 930**).

(i) Bölünmenin İptalini Talep Hakkı

Bölünmenin iptalini talep hakkı, bölünme kararının ticaret sicilinde ilanını takip eden iki aylık süre içinde dava açarak iptal hakkının kullanılması ile mümkündür. (**LFus md. 106 f.1**). Ancak ilanın yapılmamış olması halinde bu dava kararının alınmasından itibaren iki ay içinde de açılabileceği hükmüne de aynı madde içerisinde yer verilmiştir. İki aylık sürenin hak düşürücü süre olduğundan şüphe yoktur ve İBK 706 ile 706a'da düzenlenen iptal davası süresi ile uyum içinde olduğuna dikkat çekmek gerekir.

İsviçre'nin düzenlemiş olduğu ön tasarıda söz konusu süre yönergeye uygun altı ay olarak belirlenmiştir. Ancak daha sonra AB Yönergesi'nin 15'inci md. sinde yer alan altı aylık sürenin, dava hakkının kullanılması bakımından üye ülkelere tavsiye

edilen azami süre olarak belirlenmiş olduğu, bu sürenin İBK 706 a'daki iki aylık süre ile uyumsuz bulunduğu ve çeşitli hak sahiplerinin hukuk güvenliği gereği sürenin kısa tutulmasının icap ettiği gerekçeleri

Sürenin iki ay olarak değiştirilmesine sebebiyet vermiştir⁵²¹.

Klasik iptal davalarının aksine bölünmeye dair düzenleme (**LFus md. 107**) ile hakimın karara müdahale edebilme olanağı sağlanmıştır⁵²². Bu madde kapsamında hakim bölünme kararının iptalinin talep edilmesi üzerine, talep sebeplerini araştırarak ve bunların düzeltilebilir sebepler olduğu sonucuna varırsa, düzeltilmeleri için uygun bir mehil verecektir (**LFus md. 107 f.1**). Verilen süre sonunda iptal sebebi düzeltilmez veya süre dolmadan da düzeltilemeyeceği sabit olursa, hakim davayı derhal kabul ederek iptal kararı verip, tarafların menfaatlerini korumak amacıyla gereken önlemleri hemen alacaktır (**LFus md. 107 f.2**).

(j) Pay Sahipliği Hakları

İsviçre Hukuku'nda pay sahipliği haklarının geçişi açısından pay sahipliği haklarının aynen korunacağına işaret ederek pay sahipliğinin devamlılığı ilkesini korumuş görünmektedir.

(LFus md. 31 f.1'in yollaması ile birleşmeye dair md. 7) Pay sahiplerinin her biri bölünme kararının ilanını takip eden iki ay içinde, pay sahibi haklarının zedelendiğini veya pay sahipliği haklarının geçişi sırasında ödenen denkleştirmenin yetersiz olduğunu görüp, mahkemeden bunun denetlenmesini, haklarına uygun bir denkleştirme hükmedilmesini talep edebilirler (**LFus md. 105 f.1**), mahkeme de haklı durumu tespit ederse uygun bir denkleştirmenin ödenmesine karar verebilir(**LFus md. 7 f.2**). Hakim bu denkleştirme hesabının saptanmasında belirlenen % 10 oranı ile bağlı değildir, uygun bir denkleştirme belirlemek zorundadır. Burada en önemli olan husus pay sahiplerinin denkleştirilme taleplerinde ileri sürdükleri haklarının gerçekten zedelenmesi durumunda dahi bu durumun bölünmenin geçerliliğine bir etkisinin bulunmayacağıdır. Yani pay sahiplerinin bu hakları dolayısıyla bölünme işlemine yönelik hükümsüzlük davası açabilme olanakları yoktur (**LFus md. 105 f.4**).

⁵²¹ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, s. 113- 114.

⁵²² Klasik iptal davalarında hakim karara hiçbir şekilde etkide bulunamaz sadece iptal ya da davanın reddi kararını verir.

(i) İmtiyazlı Pay Sahipleri

İmtiyazlı pay sahiplerine yönelik koruma ise, devralan ortaklığın tercihine göre bölünen ortaklığın imtiyazlı pay sahiplerine bölünen ortaklıkta sahip oldukları özel hakları devam ettirmelerini sağlamaları ya da bu hakların karşılığı olarak uygun bir tazminat ödemeleridir (**LFus md. 31 f.1'in yollaması ile birleşmeye dair md. 7 f. 5**).

(ii) Oydan Yoksun Pay Sahipleri

Bölünen ortaklığın oydan yoksun pay sahiplerinin haklarına yönelik düzenleme de yukarıda bahsi geçen birleşmeye dair md.7'de belirlenmiştir. Devralan ortaklık bu pay sahiplerine bölünen ortaklıkta sahip oldukları haklara eşdeğerde haklar sağlamak zorundadır.

(iii) İntifa Hakkı Sahipleri

İntifa hakkı sahiplerinin korunması bakımından getirilen düzenlemede devralan ortaklık bünyesinde aynı değerde hak tanınmasının ya da bölünme planı veya sözleşmesinin imzalandığı tarihteki gerçek değeri ile satın alınmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir (**LFus md. 31 f.1'in yollaması ile birleşmeye dair md. 7 f. 6**). Bu düzenleme AB Yönergesi'nin 13'üncü md. sinde yer alan ve intifa senetlerinin karşılığında bedel talep etme hakkının, senetleri ellerinde bulunduranlara tanınmış olduğuna ilişkin hüküm birbirlerinden çok farklıdır. AB Yönergesi'nde intifa senedi sahibi olan ortakların herhangi bir bedel talep etmezlerse, elde edecekleri hakların yine ortaklıksal haklar olacağı şeklinde düzenlenmiştir.

(k) Alacaklıların Korunması

İsviçre Hukuku'nda alacaklıların korunması hususu ise; bölünmeye katılan bütün ortaklıkların alacaklılarının, aralarında bir fark gözetilmeksizin korunmaya değer bulunması şeklinde hükmolunmuştur (**LFus md.45**). Korumayı gerektiren sebeplerin başlıcaları; malvarlığının devrinin külli halefiyet (intikal) yoluyla yapılması, bölünme kararının alınmasında alacaklıların rızasının aranmaması, bölünme işlemleri sırasında kanundan kaynaklanan bazı koruma yöntemlerinin istisna tutulmuş olması (sermaye azaltılmasının gerektiği durumlarda, bu husus bakımından alacaklıların korunması ile ilgili hükümlerin uygulanmayacağı veya yeni kuruluş suretiyle bölünmede “ayın”

nev’inden sermaye getirilmesindeki hükümlerin uygulanmaması örnekleri verilebilir) ve ekonomik sebeplerdir⁵²³.

(l) Teminat Verilmesi

İsviçre Hukuku teminat verilmesini bölünme planı veya sözleşmesinin onaya sunulması ile bağlantılı olarak düzenlemiştir (**LFus md.43 f.1**). Teminat verme yükümünün, bu kanuna uygun olarak yerine getirilmediği durumlarda bölünme planı ya da sözleşmesinin bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarıncaya onaya sunulamayacağı düzenlenmiştir. Teminatın söz konusu olabilmesi için bölünmeye katılan ortaklıkların alacaklıları ticaret sicil gazetesinde üç defa yapılacak ilanla alacakları bakımından teminat istemeye davet edilmeli (**LFus md.45**), son ilanı takip eden iki ay içinde alacaklılar alacaklarını ispat etmek kaydıyla talepte bulunmalı ve ilgili ortaklığın yönetim organı da bu talebi yerine getirmelidir (**LFus md.46 f.1**). Teminat verme yükümü iki halde ortadan kalkmaktadır.

Birincisi, bölünme ile alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin ispatlanmasıdır (**LFus md.46 f.2**). Alman Hukuku’ndan farklı olarak ispat yükü kendisinden talepte bulunulan ortaklığa düşmektedir.

İkinci hal ise, diğer alacaklılar için herhangi bir zarar doğurmadığı takdirde, ortaklığın teminat vermek yerine alacağı derhal ödemesidir (**LFus md.46 f.3**).

İsviçre Hukuku’nda da koruma altına alınan alacaklılar, AB Yönergesi’nin ve Alman Hukuku’nun kabul ettiği sistemdeki gibi, bölünme planı ya da sözleşmesinde yaralan borçların alacaklılarıdır. İsviçre Hukuku’nda bu konuda açık bir hüküm olmamakla beraber, bölünme kararı alınabilmesinin ön koşulu borçların teminata bağlanmış olması olduğuna göre (**LFus md.43 f.1**) başkaca bir sonuca varmak mümkün değildir⁵²⁴.

(m) Müteselsil Sorumluluk

İsviçre Hukuku’nda bölünmeye katılan ortaklıklar bakımından getirilen sorumluluk sistemi ikincil bir müteselsil mesuliyet sistemidir (**LFus md.47**). Sorumluluğun doğması için gerekli olan şartlar aynı kanun maddesinde düzenlenmiştir. Temel şart asıl borçlunun borcunu ifa etmemiş olmasıdır (**LFus md.47 f.1**). Şartın

⁵²³ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, s. 122.

⁵²⁴ Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, s. 129.

gerçekleşmesi halinde ikincil müteselsil sorumluluğun doğabilmesi açısından gerekli olan bir başka şart alacağın teminata bağlanmamış olmasıdır (**LFus md.47 f.2**). Bu iki olumsuz şartın yanında; asıl sorumlu ortak iflas etmişse, konkordato süresi almış veya iflasını ertelemişse, aleyhinde yapılan icra takibi semeresiz kalmışsa, merkezini yurtdışına taşımış ve artık İsviçre’de takip edilemiyorsa, merkezini yabancı bir ülkeden bir diğerine taşımışsa bu da alacaklının hakkını kullanmasını engelliyorsa ikincil müteselsil sorumluluk söz konusu olabilir.

(n) Bölünen Ortaklığın Çalışanları

Bölünmenin sonucunda bir diğer hak sahibi grubu olan bölünen ortaklığın çalışanlarına ilişkin İsviçre Hukuku da Alman Hukuku kadar olmasa da bazı düzenlemeler yapmıştır. Korumanın kapsamında; çalışanların bölünme ile ilgili bilgi sahibi olmaları, bu hususta kanat oluşturup açıklamaları, bunların sağlanmaması halinde hakimden bölünmenin tescilini yasaklamasını isteyebilecekleri ve bu hakkın malvarlığını devralan ortaklığın merkezinin İsviçre dışında olması halinde bile kullanılabilirdiği vardır (**LFus md.50’nin yollaması ile md. 28**).

Çalışanlar bu haklarını doğrudan kullanamazlar, söz konusu haklar ancak çalışanların temsilcileri tarafından kullanılabilir. Bunların dışında iş sözleşmesinin tıpkı diğer sözleşmeler gibi malvarlığını devralan ortaklığa geçeceği, çalışanların da diğer alacaklılar gibi teminat talep haklarının bulunduğu, teminata esas teşkil edecek alacağın ise iş sözleşmesinin beklenen sona ermesi tarihi veya işçi bölünme nedeniyle işten ayrılacaksa bu tarih öngörülerek hesaplanacağı düzenlenmiştir (**LFus md.49 f.2**). Bu hak karşılıklıdır. Yani çalışanların bölünme ile birlikte haklı sebep söz konusu ise iş akdine son verme hakları bulunmaktadır. Çalışanlar bakımından gerekli görülen korunma ise, işten çıkarmaya karşı güvence, ücret ve iş tarifinin aşırı değişmemesi güvencesi olabilir.

b. Vergi Hukuku

Günümüze kadar geçen süre içerisinde her ne kadar yapılan referandum sonuçlarında AB üyeliğine girme konusunda halkın isteksiz olduğu görülmüş ise de İsviçre AB’ nin düzenlemiş olduğu yeniden yapılandırma ve birleşme, bölünme, nevi değiştirme, mal varlığının devrine ilişkin vergilendirme düzenlemelerini de kabul ederek, kendi mevzuatına eklemek suretiyle uygulamaya sokmuştur. Sermaye kazançlarının vergilendirilmesinde esas alınması gerekli olan kurumlar vergisi (Federal

Income Tax) oranı Aralık 2001'den itibaren %20- 25 olarak uygulanmakta olup, özel olarak düzenlenmiş bir sermaye kazancı vergisi (capital gains tax) mevcut bulunmamaktadır. Bölünme işlemlerinin İsviçre dahilinde ya da dışında gerçekleşmiş olmasına göre de uygulamada özel bir vergisel farklılık yoktur⁵²⁵.

⁵²⁵ www.verginet.net/StandartIcerik.aspx?ID=4837 (27.12.2006)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLEŞME VE BÖLÜNME: ÖZEL HUKUKTAN/VERGİ HUKUKUNA BÜTÜNCÜL BİR TASARIM

4.BİRLEŞME

I. Özel Hukuk

A. Borçlar Hukuku: Borçlar Kanunu

Türk Hukukunda birleşmenin hukuki kökenlerini BK. nun 179. maddesinde görmek mümkündür. BK. Madde 179’da malvarlığı veya ticari işletmenin devri düzenlenmiştir⁵²⁶. Bu anlamda devirde izlenen kanuni prosedürlerin yansıması, birleşme sürecinde görülecektir. Hukuk sistemlerinde borç nakli işlemi olarak tanımlansa da malvarlığı veya ticari işletmenin devri hukukumuzda taraflar arasındaki borçlandırıcı sözleşme olarak tanımlanmıştır⁵²⁷. BK. Madde 179’un uygulanabilmesi için, bir malvarlığı veya ticari işletmenin devri borcunu doğurmak gayesini taşıyan bir sözleşmenin bulunması şarttır⁵²⁸. Ayrıca devrin ihbar yapılarak veya gazetelerde ilan suretiyle alacaklılara bildirilmesi gerekmektedir. Yapılacak bu bildirimden itibaren, devreden, devralanla birlikte iki yıl süre ile devreden borçlarından müteselsil sorumlu olarak kalmaya devam eder⁵²⁹.

Malvarlığı ve ticari işletmelerin devrinde cüzi halefiyet (her malvarlığı unsurunun devir niteliğine uygun ayrı ayrı tasarruf işlemleriyle devralana geçmesi) ve külli halefiyet(malvarlığı unsurlarının tasarruf işlemleri olmaksızın kendiliğinden devralana geçmesi) ilkesinin uygulanması hususu tartışmalıdır. Acemoğlu, borçların geçişi bakımından külli halefiyetin, aktiflerin geçişi bakımından ise cüzi halefiyetin söz

⁵²⁶ M.Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku- Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s.933 vd.,Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop,**Tekinay Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul,1993, s.280 vd.

⁵²⁷ Kevork Acemoğlu, **Borçlar Kanunun 179. Maddesine Göre Malvarlığı Veya Ticari İşletmenin Devri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 2.,Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar** , s.480

⁵²⁸ Acemoğlu, s.25.

⁵²⁹ Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Ens. Yay. Numara (Nu): 205, Olguç Matbaası, 1987, s 13.

konusu olduğunu belirtmekle beraber⁵³⁰, malvarlığı devrinden farklı olarak ticari işletme devrinde külli halefiyetin uygulanmayacağı görüşündedir⁵³¹

BK. Madde 179'un anonim şirket birleşmelerinde uygulanıp uygulanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır;

Türk, genel hüküm olmasından bahisle BK. Madde 179'un ticaret ortaklıklarının birleşmelerinde uygulanabileceğini, ancak ticaret ortaklıklarının birleşmelerinde özgü çözümler varken BK. Madde 179'u uygulamanın olanaksız olduğunu belirtmiştir⁵³².

Yasaman, ticaret ortaklıklarının birleşmesi konusunda Ticaret Kanununda genel ve özel hükümlerin mevcut olmasından dolayı BK. Madde 179'un uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir⁵³³. Bununla birlikte, birleşme sayılmayan veya aktif ve pasifin sadece bir kısmının devrinde, Ticaret Kanunundaki birleşme hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağını, bu durumlarda BK. Madde 179'un uygulanacağını ileri sürmüştür⁵³⁴.

Acemoğlu, birleşen şirketler aynı neviden değilse BK. Madde 179'un uygulanacağını, aynı neviden ise anonim ve limited şirketlerde devir bulunsa bile BK. Madde 179'un uygulanamayacağını ileri sürmüştür⁵³⁵.

B. Türk Ticaret Hukuku

1. Türk Ticaret Kanunu

TTK.'nın Ticaret Şirketlerine ilişkin Genel Hükümler bölümünün 146-151 maddeleri arasında hükümlerde Ticaret Şirketlerinin Birleşmelerine ilişkin genel düzenlemelere yer verilmiş olup, Anonim Şirket Faslının 451 ila 454. maddeleri arasında Anonim Şirket birleşmelerine ait özel hükümlere yer verilmiştir⁵³⁶. Anonim şirket

⁵³⁰ Acemoğlu, s.132.

⁵³¹ “Çünkü burada, malvarlığı devrinden ve hatta şirketlerin birleşmesinden farklı olarak işletme sahibinin devrettiği dışında daha birçok haklara ve varlığa sahip bulunduğu ve külli halefiyetin en önemli dayanağı olan toptanlığın tam olarak gerçekleşmeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır”, Acemoğlu, s.158.

⁵³² Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.178, 181.

⁵³³ Yasaman, **Birleşme**, s.16.

⁵³⁴ “Bir anonim ortaklık başka bir anonim ortaklığın aktiflerini ve pasiflerini devralıyor ve ortaklarına bunun karşılığında değiştirme birimine göre pay vermiyor, fakat buna karşılık karşı edim veriyorsa, birleşmeden söz edilemez ve bu hale BK. 179. madde uygulanır”, Yasaman, **Birleşme**, s.17-18.

⁵³⁵ Acemoğlu, s.70.

⁵³⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.112, Yasaman, **Birleşme**, s.6.

birleşmeleri TTK’nda özel hükümler ile düzenlenmiş olduğundan Anonim Şirket birleşme işlemlerinde öncelikle TTK’nun 451-454. maddeleri uygulanacak bu maddeler ile çakışmadığı sürece genel hükümler bölümünde 146-151 maddeleri arasındaki hükümler uygulama alanı bulabilecektir.

TTK’ da Anonim Şirketlerin Birleşmesi mevzuu Anonim Şirket faslının Anonim Şirketlerin İnfisahi ve Tasfiyesini düzenleyen yedinci kısmının a) bölümünde İnfisah, b)bölümünde tasfiye düzenlendikten sonra c) Tasfiyesiz İnfisah başlığı altında 451. vd. Toplam 4 maddede Anonim şirketlerin birleşmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre Anonim Şirket birleşmesi Devralma suretiyle Birleşme ve Yeni Şirket Kurulması yoluyla birleşme şeklinde ikiye ayrılmıştır. TTK nun 454. maddesinde bir Anonim şirket birleşme türü olarak sınıflandırılmayan fakat Bir Amme Hükmi Şahsiyeti Tarafından Devralınması işlemi birleşme işleminden farklılaştırmıştır.

Genel Hükümlerde yer alan Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi bölümünde 146. maddesinde ise Birleşmenin tanımı ‘İki veya daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine itihak etmesinden ibarettir.’ şeklinde yapılmıştır.

Birleşmenin şartları takip eden 147, 148 ve 149 maddelerde düzenlendikten sonra Hükümleri başlığı altında Alacaklıların itiraz hakkı ile Külli Halefiyet hususu düzenleme altına alınmıştır.

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı⁵³⁷ çalışmalarına 2000 yılında Adalet Bakanlığı nezdinde kurulan komisyon tarafından başlanılmış olup, Adalet Bakanlığı nezdindeki çalışmalar 2005 yılında tamamlanıp Tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk olunmuştur. TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığı nezdinde Alt Komisyon çalışmalarını 14.06.2006 tarihinde tamamlayarak raporunu Adalet Komisyonuna sunmuştur. 2006 yılı sonu itibarıyla tasarı halen TBMM’nde Adalet Komisyonunda görüşülmeye devam olunmaktadır. Tasarının 2007 yılında TBMM Genel Kurulu gündemine getirilerek yasalaşması beklenilmektedir. Birleşmelere ilişkin olarak yürürlükte olan Türk Ticaret Kanununda Birleşmelere ilişkin olarak sadece genel ve özel hüküm toplam sayısı 11 iken yeni Tasarıda birleşmeler bahsi İsviçre’nin ‘Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme Malvarlığı devrine ilişkin Federal Kanun’ temel alınarak

⁵³⁷ T.C: Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ekim 2005.

tasarıda bu bölümlerin tamamı 13-194 maddeleri arasında toplam 181 madde olarak detaylı şekilde düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunundaki düzenlemeler dışında Tasarıda öngörölmüş olan Birleşmeye ilişkin düzenlemeler aşağıda incelenecektir. Tasarının F) Birleşme, bölünme ve tür değıştirme başlığı altında Kavramlara ilişkin 135. maddesinde ‘ortak’ sözcüğü pay sahibini de içermektedir. Genel Kurul düzenlemesi ortaklar kurulunu ve/veya ortakların tümünü, Ayrıca ‘Yönetim Organı’ kavramı anonim şirketlerde yönetim kurulunu ifade etmekte olup, ortaklık sözleşmesi terimi de tasarıda tanımlanmıştır. Tasarının 136. maddesinde birleşmelerin ‘devralma’ ve ‘yeni kuruluş’ şeklinde olabileceğı düzenlenmiştir

Tasarının 137. maddesinde genel olarak geçerli birleşme hallerine yer verilmiştir. Bu madde ile TTK’nun 147. maddesinde yer alan türlerin aynı olması şartı kaldırılmış ve türler arası birleşme serbestisi getirilmiştir. Ancak madde tersinden düşünüldüğünde mümkün olmayan birleşmelerde ortaya çıkmaktadır. bu madde ile dernek, vakıf ve tek kişi işletmesinin birleşmesi düzenlenme dışı bırakılmıştır.

138. madde ise; tasfiye halinde bir ortaklığın birleşmeye katılmasının koşullarını düzenlemiş ve tasfiye paylarının dağıtılmaya başlanmamış olması ve tasfiye halindeki ortaklığın devrolunan ortaklık olması şartlarını getirmiştir. İkinci fıkrada söz konusu şartların ispatına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir⁵³⁸.

139. madde ile sermayesinin belli bir oranını yitirmiş veya borca batık bir ortaklığın birleşmeye katılmasına olanak tanınmıştır⁵³⁹.

⁵³⁸ TTK’da tasfiye halinde bulunan ortaklığın devrine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Tasarı Madde138; “Tasfiye halindeki bir ortaklık, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamışsa ve devrolunan ortaklık olması şartıyla, birleşmeye katılabilir. Bu maddenin birinci fıkrasındaki şartların varlığı, bir bağımsız denetim kuruluşunun, bu hususu doğrulayan raporunun, devralan ortaklığın merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulmasıyla kanıtlanır.”, TTK Tasarısı, s.34.

⁵³⁹ Tasarı Madde 139; “Sermayesiyle kanunî yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla yitmiş olan veya borca batık durumda bulunan bir ortaklık, yitirilmiş sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir ortaklık ile birleşebilir.

Bu maddenin birinci fıkrasındaki şartın gerçekleşmiş olduğunu kanıtlayan bir bağımsız denetleme kuruluşu raporunun, devralan ortaklığın merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulması şarttır.”, TTK Tasarısı, s.34.

Tasarının 140. maddesi, birleşmeyi tanımlayan ilkelerden biri olan ortak alma durumunun devamlılığına, ortaklık payının devamlılığı ilkesine yer vermiştir. Ayrıca denkleştirme ödemesi ve denkleştirme ödemesinin üst limiti de maddede düzenlenmiş olan unsurlardandır.

141. maddede, birleşmeye muhalif olan ortakların devredilen ortaklıktan ayrılma akçesini alarak ayrılması imkanına yer verilmiş ve aynı şekilde büyük çoğunluğun sorun çıkaran azınlığı ve/veya ortağı ayrılma akçesini ödeyerek ortaklıktan çıkarma imkanı düzenlenmiştir.

Tasarının 142. maddesinde, devralan ortaklığın sermaye artırımı zorunluluğuna yer verilmiş, 2. fıkrada istisnası düzenlenmiştir.

143. madde, yeni kurulan ortaklığa uygulanacak hükümlere ilişkindir.

144. maddede, ara bilanço çıkarılmasının koşulları ve buna ilişkin göz önünde tutulacak hususlar yer almaktadır.

145. madde, birleşme sözleşmesinin ne şekilde yapılacağına dair usule ilişkin olup, 146. madde ile sözleşmede bulunması gereken unsurlar belirlenmiştir.

147. maddede, birleşmeye katılan ortakların yönetim organlarının birleşme hakkında hazırlayacağı raporun içeriği, küçük ve orta ölçekli ortaklıkların tüm ortakların onaylaması halinde raporun düzenlenmesinden vazgeçebileceği düzenlenmiştir.

Birleşme sözleşmesinin, birleşme raporunun ve birleşmeye esasa olan bilançonun bağımsız denetleme kuruluşuna denetlettirilmesi hususu Tasarının 148. maddesinde yer almaktadır.

Birleşmeye katılan ortakların her birinin, intifa senedi sahiplerinin, ortaklık tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin dahil olduğu geniş bir menfaat çevresine inceleme hakkı, 149. madde ile tanınmıştır. Bunun yanı sıra aynı madde ile inceleme konusu olan birleşme sözleşmesi, birleşme raporunu, denetleme raporunu ve son üç yılın yıl sonu finansal tablolarının şirketlerin web sitelerinde yayınlanması zorunluluğu getirilmiştir.

150. maddede, ortaklıklara birleşme sözleşmesinin imzalanmasından sonra ancak genel kurul kararından önce aktif ve pasiflerinde meydana gelebilecek önemli değişiklikleri yönetim organına bildirim borcu yükletilerek, ortaklığın hem kendi genel

kuruluna hem de birleşmeye katılan diğer ortaklıkların yönetim organlarına bildirim yapması düzenlenmiştir.

Tasarının 151. maddesi ile birleşme sözleşmesinin onaylanmasında yetkili organ ve nisaplar belirlenmiş, 152. maddede ise tescil yükümlülüğü “birleşme kararının alınması zamanı”, “sermaye artışı” ve “infisah” göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Tescilin sonuçları ise 153. madde de yer almaktadır. 154. madde birleşme kararının Ticaret Sicil Gazatesi’nde ilan edilmesini hükme bağlamıştır.

155. madde, madde de öngörülen şartların varlığı halinde sadece sermaye şirketlerinin birleşmesine uygulanan kolaylaştırılmış birleşmeyi düzenlemektedir.

156. maddede birleşmeye katılan ve 155. maddenin birinci fıkrasında öngörülen şartlara uyan sermaye şirketlerine uygulanan kolaylıklar düzenlenmiştir.

Tasarının 157. maddesinde düzenlenen “Alacaklıların ve çalışanların korunması”na ilişkin olarak, İsviçre Kanunu’nun gerekçesinde, çoğu birleşmenin alacaklıların haklarını ihlal etmeyebileceğine işaret edilmiş ve 157.madde bu bağlamda düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile alacaklılara, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde, alacaklarının güvence altına alınmasını isteme hakkı tanınmıştır.

Ortakların kişisel sorumluluklarına ilişkin hususlar ve sorumluluğa ilişkin zamanaşımı Tasarının 158. maddesi ile düzenlenmiştir⁵⁴⁰. Madde kişisel sorumlulukla ilgili olup ek yükümlülükler, kişisel taahhütlere uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Tasarı ile getirilmesi planlanan ve yukarıda ana hatları belirtilen düzenlemeleri büyük kısmı kanuni düzenleme olarak ilk defa ele alınan hususlar olup çalışmamızda

⁵⁴⁰ Tasarı, Madde 158; “Devrolunan ortaklığın borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, bu borçlar birleşme kararının ilânından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır.

Devrolunan ortaklığın borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin talepler, birleşme kararının ilânı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak ilân tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan ortaklığın borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz.

Kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam eder; meğerki, izahname başka bir düzenleme içersin.

İş ilişkileri hakkında 178 inci madde hükmü uygulanır.” TTK. Tasarısı, s. 40.

Türk Ticaret Kanunun mevcut düzenlemeleri esas alınış olup Tasarıda yer alan konulara ilgili bölümlerin dipnotlarında yer verilecektir.

3. Koşulları

Anonim şirketlerin birleşmesinin 2 türü olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bunlardan ilki TTK 451. maddesinde düzenleme altına alınmış olan devir suretiyle birleşme olup, şu şekilde tanımlanmaktadır; En az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması halidir⁵⁴¹.

Anonim şirketler açısından ikinci birleşme türü TTK nun 452. maddesinde düzenlenmiş olan yeni şirket kuruluşu yoluyla birleşme ise şu şekilde tanımlanmıştır; En az iki ortaklığın, ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmasıdır.

Birleşmelerde Ticaret Kanunu açısından mevcut koşulları inceleyeceğiz;

a. Birleşmede Zorunlu Ortaklık Sayısına İlişkin Önkoşul

Anonim şirketlerin birleşmelerinde birleşecek şirketlerin sayısının en az iki olması gerektiği konusunda kavramsal bir önkoşul vardır⁵⁴². Çünkü ya bu iki ortaklıktan biri diğerini devralacak, ya da her ikisi yeni bir ortaklığın çatısı altında bir araya gelecektir. En az iki ticaret ortaklığının varlığı, birleşmeden önceki dönem bakımından sözkonusudur. Birleşme anına değin en az iki ortaklığın belirli bir süre boyunca yan yana var olası gerekir. Yoksa belirli bir tarihe göre iki ortaklıktan birinin önce, öbürünün sonra var olması; böylece ikisinin arka arkaya gelmesi yetmez. Hatta biri salt öbürünün yerine geçmek üzere kurulmuş iki ortaklığın tasfiye ve devir veya tasfiye yerini tutan birtakım işlemler yüzünden kısa süreli bir eşzamanlılık göstermesi de, en az iki ortaklık önkoşulunu gerçekleştirmez. En az iki ortaklığın varlık nedenleriyle de ayrı ortaklıklar olması gerekir. Bu nokta, özellikle devralma yoluyla birleşmeyi yeniden kuruluş, nevi değiştirici kuruluş veya kurucu nevi değiştirme gibi olaylardan ayırma bakımından önem taşır⁵⁴³.

⁵⁴¹ Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1504, Arslanlı, **Anonim Şirketler III**, s.248. Yasaman, **Birleşme**, s.35. Eriş, **Şirketler**, s.2622.

⁵⁴² Yasaman, **Birleşme**, s.34, Türk, **Birleşme**, s.45 vd.

⁵⁴³ Türk, **Birleşme**, s. 47.

Birleşmenin tüm hukuki sonuçlarını Türkiye sınırları içerisinde doğurması gerekmektedir. Kanunda öngörülen koşullara uyulmaması birleşmenin sonuçlarını sakatlayacaktır. Bu itibarla en az iki ortaklığın bulunmasından bahsederken, bu ortaklıkların tam ehliyeteye sahip iki tüzel kişi olması da değerlendirilmelidir. Örnek olarak, bir anonim şirketin şubesinin başka bir anonim ortaklıkla birleşmesi mümkünse bile birleşme işlemi sakat olacağından geçerli bir birleşmenin sonuçları doğmayacaktır.

b. Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulu

TTK.' nun 147. maddesinde “ Birleşme, yalnız aynı nevi'den olan şirketler arasında caizdir.” Şeklindeki düzenleme ancak aynı neviden olan ticaret şirketlerinin birleşebileceklerine ilişkin koşulu düzenlendikten sonra akabinde koşulun istisnası şu şekilde düzenlenmiştir. “Şu kadar ki, birleşme bakımından kollektif ile komandit şirketler ve anonim ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, aynı nev’iden sayılır.”

Bu duruma göre, birleşme kabiliyetleri bakımından kanunumuzda dört grup veya dört nevi şirket vardır⁵⁴⁴.

- A- Kollektif ve adi komandit şirketler,
- B- Anonim ve hisseli komandit şirketler,
- C- Limited şirketler,
- D- Kooperatif şirketler

Birleşme, sadece bu nevilerden birine dahil şirketler arasında mümkün ve muteber olup, ayrı gruplara dahil şirketlerin, TK.146-151 manasında birleşmeleri kabil değildir⁵⁴⁵.

Birleşmede devralan veya yeni kurulan ortaklık ile nev’i değiştiren ortaklıklardaki ortak ilişkiler ve ortaklıkların hukuki ve ekonomik devamlılıklarını korumak amacı her iki usulde de aynı olmasına rağmen, Ticaret Kanunu her iki konuda karşıt iki sistemi kabul etmiştir⁵⁴⁶. Bu hal birleşmeye ilişkin kuralların uygulanmasında büyük güçlükler çıkarmaktadır⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1498, Yasaman, **Birleşme**, s. 33

⁵⁴⁵ Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1498.

⁵⁴⁶ Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.268.

⁵⁴⁷ Gönen Eriş **Şirketler**, s. 2621.

Bir anonim ortaklık, bir ya da birden çok anonim ortaklıkla devralma veya iki ya da daha çok anonim ortaklıklar yeni bir anonim ortaklık kurarak birleşebilirler. Ticaret Kanununun 147. maddesine göre anonim ortaklık sadece diğer bir anonim ortaklık ya da sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkla birleşebilir. Bir limited ortaklığı veya bir şahıs ortaklığı ile anonim ortaklığın birleşebilmesi için bu ortaklıkların önce nevi değiştirilerek anonim ortaklık ya da sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık şeklini iktisap etmeleri gerekir; aksi takdirde birleşme gerçekleşemez⁵⁴⁸.

(1) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunun Tarihsel Süreci

Türk birleşme hukukunda nevilerin aynı olması koşulu iki karşıt sistemi, İtalyan ve Alman sistemlerini yansıtmaktadır⁵⁴⁹. İtalyan Hukuk sistemi birleşmeyi bütün ticaret ortaklıklarını kapsayacak şekilde düzenlerken Alman Hukuk sistemi belirli ortaklık türleri açısından birleşmeyi düzenlemiştir⁵⁵⁰.

Oysa çeşitli ekonomik gerekçelerle, farklı neviden ortaklıkların, malvarlıklarını farklı bir sistem içerisinde yapılandırılmaları gerekli ve uygun olabilmektedir. “İstisnai olarak, devletin belirli bir ekonomik politika çerçevesinde bazı ortaklık nevilerinin tercih edilmesini amaçladığı hallerde, farklı nevideki ortaklıkların birleşmesine ya da bölünme yolu ile farklı bir ortaklık türü oluşturulmasına cevaz verilmeyeceği gibi, nevi değiştirmeye yönelik kısıtlamaları da getirilmiş olabilir”⁵⁵¹.

Türk Ticaret Kanunumuz ise İtalyan Hukukuna ait genel düzenleme sistemine birleşmenin genel hükümlerini düzenleyen TTK. 146 ile 151. maddelerinde yer verirken, Alman Hukukuna ait özel düzenleme sistemine TTK. 452 ve 453. maddelerinde yer vermiştir. Bu itibarla nevilerin aynı olma koşulu aranmasına ilişkin tarihsel sürecinin incelenmesinde her iki hukuk sisteminin açıklanması gerekmektedir.

(a) İtalyan Hukuku

İtalyan Hukuk sistemi ayrı türden ortaklıkların birleşmesini kabul eden sistemlerin başlıca örneklerindendir. İtalyan Hukukunun genel düzenleme yöntemine göre, birleşme imkanı aynı neviden olma koşulu aranmaksızın bütün ticaret

⁵⁴⁸ Yasaman, **Birleşme**, s.34.

⁵⁴⁹ Halil Arslanlı, **Kollektif ve Komandit Şirketler**, İstanbul 1960, s.570.

⁵⁵⁰ Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.313

⁵⁵¹ N. Ayşe Odman, “Ticaret Ortaklıklarının Bölünerek Ve/Veya Birleşerek Yeniden Yapılandırılması”, **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul 1947, s.48.

ortaklıklarına tanınmıştır. İtalyan Hukukunda ticaret ortaklıklarının birleşmelerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 16 Mart 1942 tarihli Medeni Kanuna göre birleşmeye ilişkin getirilen kurallar bütün ticaret ortaklıklarını kapsamaktadır. Bunun bir sonucu olarak da farklı türden ticaret ortaklıklarının birbirleriyle birleşebilmesi kabul edilmektedir⁵⁵².

“...İtalyan Hukukunda birleşmeye ilişkin yasal düzenlemeler, her zaman bütün ticaret ortaklığı türlerini kapsar nitelikte olmuştur. Böyle bir genel düzenlemenin doğal sonucu, tür farkı gözetilmeksizin bütün ortaklıkların tam birleşme yeteneğine sahip bulunmasıdır. Tam yeterlik, değişik türden ortaklıklarla birleşebilmeyi de içerir”⁵⁵³.

(b) Alman Hukuku

Ayrı türden ortaklıkların bazılarının birleşmesini düzenleyen Alman Hukuku birleşebilen ortaklık türlerini sınırlı tutmuştur. Özel düzenleme yöntemini benimseyen Alman Hukukunda birleşmeye ilişkin düzenlemeler ortaklıkların birleşme imkanını daraltıcı niteliktedir⁵⁵⁴. “Örneğin Alman birleşme mevzuatında, özel bir düzenleme bulunmadığından, kişi ortaklıkları ne kendi aralarında ne de sermaye ortaklıkları ile birleşebilmektedirler. Sonuçta, Alman sistemi ayrı türden ortaklıklardan bazılarının birleşmesini düzenleyen sistemdir⁵⁵⁵.

“Özel düzenleme yönteminin bir başka sonucu zaten farklı tarihlerde yapılmış ayrı yasalarda yer alan her düzenlemenin ilgili olduğu ortaklık türüyle sınırlı kalması, böylece daha çok tür içi birleşmeleri konu edinmek eğilimi göstermesidir. ... Alman Hukukunda –hiçbir yasada yazılı olmamakla birlikte- “nevilerin aynı olması” koşulunun adeta örtülü bir ilke olarak bulunduğunu, daha doğrusu, belirli bir ölçüde sürdürüldüğünü söyleyebiliriz⁵⁵⁶.”

(2) Farklı Sistemlere Türk Ticaret Kanunu’nun Yaklaşımı

TTK’da birleşmeye ilişkin genel hükümlerin İtalya Hukukuna, özel hükümlerin ise Alman Hukukuna dayanması, ilk bakışta uygulamada bir sorun olarak

⁵⁵² Türk, Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s.65 vd.

⁵⁵³ Türk, Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s.254.

⁵⁵⁴ Türk, Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s.248 vd.

⁵⁵⁵ Yaltı, Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev’i Değiştirme s.123.

⁵⁵⁶ Türk, Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s.249.

görülmektedir. “...Sorunun çözümü, klasik genel-özel hüküm ilişkisi içinde tutarsız sonuçlara götürebilecek yorumlara bırakılmamıştır. Yasa koyucunun önündeki çözüm yolları arasında kolay bir seçim yapmadığı anlaşıyor. Ama genel ve özel düzenleme yöntemlerinden birine kesin etki üstünlüğü tanımak biçiminde özetleyebileceğimiz radikal çözüm yoluna gitmediği ortadadır. Gerçi bu konudaki kural hükmün önce yalnız “aynı neviden” ticaret ortaklıklarının birleşebileceğini belirtmesi (TTK. 147/1), ilk anda özel düzenleme yöntemine tam etki üstünlüğü tanıyan seçeneğin yeğlendiği izlenimini uyandıracak niteliktedir. İş burada bitseydi böyle bir izlenim yanlış olmayacaktır. Ama hemen arkadan gelen ayrık hükmün birbirleriyle birleşebilmeleri için bir yanda kollektif ve komandit, öbür yanda anonim ve paylı komandit ortaklıkların “aynı neviden” sayıldığını açıklaması (TTK. 147/2), bu izlenimi siler”⁵⁵⁷.

TTK. her iki düzenleme yönteminin etkilerini sınırlamak biçiminde özetleyebileceğimiz uzlaştırıcı çözüm yolunda karar kılmıştır. Örneğin TTK. m. 147/2 açısından anonim ve paylı komandit ortaklıklar aynı neviden sayılır. “... Anonim ortaklığın bir paylı komandit ortaklıkça devralınması özel hükümlerle düzenlenmiştir (TTK. m. 453). Ama genel düzenleme yönteminin etkisiyle iki tür ortaklık arasında birleşme olanağı, yasada açıkça öngörülen bu durumla sınırlı kalmayacak, ters yönde bir devralma kadar yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme de yapılabilir”⁵⁵⁸.

Tasarıda ise, aynı neviden olma koşulunda daha esnek bir yapı öngörülerek anonim şirketlerin bir anonim şirket diğer bir sermaye şirketi, veya kooperatif veya devralan şirket olmaları şartıyla, kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilecekleri. birleşebileceklerine yer verilmiştir⁵⁵⁹. Getirilen düzenleme her ne kadar birleşmenin

⁵⁵⁷ Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.273.

⁵⁵⁸ Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.275.

⁵⁵⁹ “Geçerli birleşmeler

Madde 137 - (1) Sermaye şirketleri,

a) Sermaye şirketleriyle

b) Kooperatiflerle ve

c) Devralan şirket olmaları şartıyla, kollektif ve komandit şirketlerle, birleşebilirler.

(2) Şahıs şirketleri,

a) Şahıs şirketleriyle

b) Devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle,

c) Devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle,

olanaklarını genişletse de, birtakım sınırlandırmaları da içermektedir. Örneğin, kollektif ve komandit şirketlerin devralan ortaklık sıfatıyla, anonim şirketle birleşmesi uygun görülmemiştir⁵⁶⁰.

(3) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunun Varolma Sebepleri

Türk birleşme hukukunda nevilerin aynı olması koşulunun getirilmesinin sebepleri ticaret ortaklıklarına özgü farklılıklarda aranabilir. Bu açıdan, birleşmede şirket nevilerinin aynı olma koşulunun varolma sebebi, ticaret şirketleri arasındaki sorumluluk farkları şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği gibi ortaklık türleri, önemli ölçüde ortaklık borçlarından dolayı ortakların üçüncü kişilere karşı sınırsız ve veya üstlendikleri sermaye ile sınırlı sorumlu olmaları ilkelerinin yalın veya karma biçimlerine göre belirlenir. Aynı türden ortaklıkların birleşmesi halinde, birleşen ortaklıklardan birinin ortakların sorumluluk biçiminin değişmesine de neden olacaktır. Bu sakıncayı gidermek amacıyla, yasa koyucunun birleşen ticaret şirketlerinin nevilerinin aynı olması koşulunu kabul ettiğini söyleyebiliriz. “Diğer etkenler hesaba katılmazsa, sorum ve yükümlerin artması ortakların, azalması ise üçüncü kişilerin yararına olmaz. Bu sakıncalara meydan vermemek için yalnız aynı neviden ortaklıkların birleşmesine olanak tanındığı (TTK. m. 147 c.1) öne sürülebilir. Ancak böyle bir gerekçe, her ikisi de yalın biçimiyle sınırlı sorum ilkesine dayalı anonim ve limited ortaklıkların ya da her ikisi de komandite ve komanditer ortaklarıyla sınırsız ve sınırlı sorum ilkelerine karma biçimiyle yer veren (adi) komandit ve paylı komandit ortaklıkların birbirleriyle birleşmelerini yasaklamayı açıklayamayacaktır”⁵⁶¹.

birleşebilirler.

3) Kooperatifler,

a) Kooperatiflerle,

b) Sermaye şirketleriyle ve

c) Devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleriyle,

birleşebilirler.”, TTK Tasarısı, s.34.

¹⁶ Tasarının genel gerekçe kısmında, 137. maddenin birleşmelerde verdiği bu zengin olanaklar listesine rağmen maddenin iki grup *numerus clausus* içerdiği belirtilmiştir. Birinci olarak, bir sermaye şirketinin kendisi devrolunan ortaklık olarak, kollektif ve komandit şirketlerle birleşmeyeceği; ikinci olarak da kooperatiflerin devrolunan ortaklık olmaları halinde şahıs şirketleriyle birleşemeyecekleri ifade edilmiştir.

⁵⁶¹ Türk Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s.292-293.

Diğer taraftan ayrı türden ticaret şirketlerinin birleşmesinde, ortakların sorumluluk biçimlerinin değişmesi alacaklıların durumunu tehlikeye düşürebilir. “ ... Bu daha çok kişi ortaklıklarının sermaye ortaklıklarınca devralınmasında söz konusu olabilir. Ama böyle bir durumda... sınırsız sorumlu ortakların kişi ortaklığının borçlarından dolayı zamanaşımı süresince dayanışmalı sorumu devam edeceği gibi ..., sermaye ortaklığında temel sermayenin korunmasına yönelik tedbirler de bir ek güvence niteliğindedir”⁵⁶².

Ticaret şirket sermayeleri arasındaki biçim farkları, nevilerin aynı olması koşulunu etkileyen faktörlerden biridir. Ticaret ortaklıkları sermaye biçimlerine göre sınıflandırılırlarsa, kollektif ve komandit ortaklıklar gibi “basit sermayeli” veya kooperatifler gibi “değişir sermayeli” ortaklıkların karşısında anonim, paylı komandit ve limited ortaklıklar temel (esas) sermayeleri ile yer alırlar. Birleşme dolayısıyla temel sermayeli bir ortaklık malvarlığının “basite sermayeli” veya “değişir sermayeli” bir ortaklığa geçmesi, -diğer etkenler hesaba katılmazsa- alacaklıların durumunu kötüleştireceği için, bu ortaklıklar arasındaki tür dışı birleşmelerin yasaklandığı düşünülebilir. Sermaye biçiminde değişiklik yapmayan tür dışı birleşmelere izin vermek üzere bir yanda kollektif ve komandit, öbür yanda anonim ve paylı komandit ortaklıkların “aynı neviden” sayılması (TTK 147 c. 2), bu düşüncüyü doğrular niteliktedir⁵⁶³.

(4) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunun Sonuçları

Türk birleşme mevzuatında için aynı neviden olması koşulunun aranması, birtakım olumlu ve olumsuz etkileri beraberinde getirmektedir. Aynı neviden olan şirketlerin birleşmelerinde, şirketin aktif ve pasiflerinde herhangi bir değişiklik olmadan dağılan ortaklığın malvarlığının ve işletmesinin külli halefiyet yoluyla intikal etmektedir⁵⁶⁴. Bu halde külli halefiyet ilkesi, aynı neviden olma koşulunun olumlu etkisini karşılamaktadır. Külli halefiyet, “... Olağan bir dağılmayı izleyen tasfiye işlemlerine gerek kalmaksızın malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle ekonomik

⁵⁶² Türk, *Nevilerin Aynı Olması Koşulu*, s.294-295.

⁵⁶³ Türk, *Nevilerin Aynı Olması Koşulu*, s.296.

⁵⁶⁴ Türk, *Nevilerin Aynı Olması Koşulu*, s.341.

ve hukuki bir bütün olarak tek bir işlemle kendiliğinden kalan veya yeni kurulan ortaklığa geçmesi demektir”⁵⁶⁵.

Aynı neviden olmayan şirketlerin birleşmelerine imkân tanınmaması nedeniyle, aynı neviden olmayan şirketlerin birleşmelerinde külli halefiyet ilkesi uygulanmayacaktır. Bu durumda cüzi halefiyet ilkesi uygulanacak olup, külli halefiyetin uygulanamaması aynı neviden olma koşulunun olumsuz etkisi olarak değerlendirilir. Külli halefiyet ilkesi ile tasfiye zorunluluğuna tabi olmadan şirketlerin birleşmesi sağlanmaktadır. Cüzi halefiyet ilkesinin uygulandığı birleşmelerde, dağılan ortaklığın malvarlığı veya işletmesi kural olarak tasfiye edildikten sonra cüzi halefiyet yoluyla devredilmektedir. “Bu –o malvarlığı veya işletmenin ekonomik ve hukuki bütünlüğünü belirli bir ölçüde korumak olanağı bulunsa bile- içindeki mal veya hakkın ayrı ayrı ve kendine özgü devir biçimiyle kalan veya yeni kurulan ortaklığa geçirilmesi demektir”⁵⁶⁶.

(5) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulunu Aşma Yöntemleri

Aynı neviden olamayan şirketlerin TTK. tarafından yasaklanması karşısında, aynı türden şirketlerin bütünleşmelerini sağlayacak birleşme dışında bazı olanaklar vardır. Nevilerin aynı olma koşulunu aşma yöntemlerini şunlardır:

“Önce Nevi Değiştirme, Sonra Birleşme” yönteminde, iki aşama olarak gerçekleşen bu tür birleşmede, ilk aşamada nevi değiştirme sureti ile şirketlerin türü değiştirilerek aynı neviden olma koşulu sağlanır. “Örneğin bir kişi ortaklığı bir sermaye ortaklığınca ya da bir limited ortaklık bir anonim ortaklıkça devralınacaksa, önce kişi ortaklığı devralan ortaklıkla aynı neviden olan veya öyle sayılan bir sermaye ortaklığına, limited ortaklık anonim ortaklığa çevirilir”⁵⁶⁷. İkinci aşamada, aynı neviden olan veya öyle sayılan ortaklıklar aynı neviden olma koşuluna uygun olarak birleşir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, aynı neviden olma koşuluna uymayan şirket birleşmelerinde külli halefiyet ilkesinin uygulanmaması nedeniyle tasfiye zorunluluğu öngörülmüştür. Bu tür birleşmelerde tasfiye zorunluluğunu aşmak için, “Tasfiyeden

⁵⁶⁵ Türk, *Nevilerin Aynı Olması Koşulu*, s.341.

⁵⁶⁶ Türk, *Nevilerin Aynı Olması Koşulu*, s.341.

⁵⁶⁷ Türk, *Nevilerin Aynı Olması Koşulu*, s.346.

Sonra Birleşme” yöntemi ile birleşen ortaklığın tasfiye edilmesi ve daha sonra birleşme işleminin gerçekleştirilmesi yoluna gidilebilir. “Bu aynı neviden olmayan ve öyle de sayılmayan iki ortaklıktan birinin dağıtılması, malvarlığı veya işletmesinin tasfiye edildikten sonra öbürüne devredilmesi demektir”⁵⁶⁸.

Şirket nevilerinin aynı olma koşulunu aşma yöntemlerinden bir diğeri “Toptan Satış Veya Toptan Devir” yöntemidir. Toptan satış yolu ile ortaklığın mallarının veya aktiflerinin devredilmesi imkanı vardır (TTK. m. 234 ve 443/II). “Devir bir gerçek kişiye, bir topluluğa, herhangi bir özel hukuk veya kamu tüzel kişisine, aynı veya ayrı türden bir ticaret ortaklığına yapılabilir”⁵⁶⁹. Toptan devir dağılan ortaklık yönünden özel bir tasfiye biçimidir. Birleşmeye benzer bir hukuki bütünleşmeye ulaşabilmesi toptan satış veya daha geniş bir terimle toptan devir ile mümkündür. Örneğin, “... Tasfiye memurlarının anonim ortaklıktan toptan devir karşılığında aldıkları pey denetlerini tasfiye artığına katılma payları oranında ortaklara dağıtılmasıyla tasfiye sona ermiş (TTK 239, 242, 552, 447, 449); artık ortakları anonim ortaklığın devralınması tamamlanmış olur. Böylece toptan devir yoluyla ortaklıksal haklar elde edilmiş, birleşmeye benzer bir sonuca ulaşılmıştır”⁵⁷⁰.

4. Birleşme Türleri

Türk Ticaret Kanunu iki tür birleşme modeli öngörmüştür⁵⁷¹; Devralma (Katılma/ İltihak) Suretiyle Birleşme ve Yeni Kuruluş (Kombination) Suretiyle Birleşme⁵⁷².

İmregün birleşme türlerini iradi fesih sebepleri sınıflaması altında, anonim ortaklığın diğeri bir ortaklıkla birleşerek yeni bir ortaklığa dönüşmesi halini “birleşme”

⁵⁶⁸ Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.349.

⁵⁶⁹ Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.359-360.

⁵⁷⁰ “Öte yandan dağılan ortaklığın malvarlığı veya aktifleri, tasfiye memurları ile devralan ortaklık arasında tek bir sözleşmeye “toptan” konu olmakla birlikte; “devir” işlemleri o malvarlığı veya aktifleri oluşturan öğelerden her birine özgü kurallara göre ayrı ayrı, yani cüzi halefiyet ilkesi uyarınca yürütülmek gerekecektir. Kısacası, burada da bir “gerçek olmayan birleşme” karşısındayız.” Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.371.

⁵⁷¹ Yasaman, **Birleşme**, s.35

⁵⁷² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.113-114; Fehiman Tekil, **Anonim Şirketler**, Yasaman, **Birleşme**, s. 35. ; Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Briliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, **Şirket Birleşmeleri**, Haluk Sumer/ Helmut Pernsteiner, , s.9.

olarak, anonim ortaklığın diğer bir ortaklığa katılması. halini ise “katılma” olarak sınıflandırmıştır⁵⁷³.

Anonim ortaklıklarda birleşme modelleri, hem TTK. m. 451 ve m. 452’de yer alan hükümleri hem de genel hüküm niteliğindeki TTK. m. 146⁵⁷⁴ vd. hükümleri açısından değerlendirilmelidir.

a. Devralma (Katılma/İltihak) Suretiyle Birleşme

Bu tür birleşmelerde bir şirketin diğer bir ticaret şirketine katılması söz konusudur. Devralma suretiyle birleşme⁵⁷⁵, TTK. m. 146’da “... bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesidir” şeklinde belirtmiştir. Devralma yoluyla birleşme, bir veya birden fazla anonim ortaklığın diğer bir anonim ortaklığa katılması şeklinde birleşmesidir⁵⁷⁶. Bünyesinde birleşmenin gerçekleştiği ortaklık, “devralan ortaklık”, “katılanan ortaklık”, “iltihak olunan ortaklık” deyimleri ile ifade olunur. Katılan ortaklığa ise “devir edilen ortaklık”, “iltihak eden ortaklık” deyimleri ile belirtmek mümkündür⁵⁷⁷.

Hirş bu birleşme türünü şu şekilde ifade etmiştir: İltihak sureti ile infisah eden şirketin mallarını iltihak edilen şirkete ya infisah eden şirketin mevcut mallarının iltihak edilen şirkete satılacağı veya infisah eden şirketin hissedarlarının kendisine iltihak edilen şirketin şetrikleri olmayı isteyecekleri yönündedir. Birleşmede mutad olan yöntemin de bu şekilde olacağı görüşündedir⁵⁷⁸.

⁵⁷³ İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 475-476.

⁵⁷⁴ TTK.’nın 146-151. maddeleri ticaret şirketleri için öngörülmüş genel hükümler, 451-454. maddeleri anonim şirketler için öngörülmüş özel hükümler niteliğindedir. Tasarıda ise birleşme konuları bütün ticaret şirketleri için tek bir başlık altında düzenlenmiştir. TTK’daki mevcut durumun aksine, anonim şirketler için farklı hükümlere ayrı bir başlık altında yer verilmemiştir. TTK. Madde 146 karşısında, Tasarı Madde 134; “Ticaret şirketlerinin birleşmelerine, bölünmelerine ve tür değiştirmelerine 134 ilâ 194 üncü maddeler uygulanır”, TTK Tasarısı, s.33

⁵⁷⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.115, Yasaman, **Birleşme**, s.35

⁵⁷⁶ Yasaman, **Birleşme**, s.35.

⁵⁷⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.114.

⁵⁷⁸ Hirş, s.330-332.

TTK.’nın 451⁵⁷⁹ maddesi “Bir anonim şirket diğer bir anonim şirket tarafından bütün aktif ve pasifleriyle devralınmak suretiyle infisah ederse aşağıdaki hükümler tatbik olunur” şeklindeki anonim şirketler için devralma yoluyla birleşmeyi düzenlemiştir⁵⁸⁰. Bu tür birleşmelerde bir şirketin bütün aktif ve pasifleriyle başka bir şirket tarafından devralınması sonucu devir edilen şirket tasfiyesiz sona erer. Birleşenler infisah eder, fakat tasfiye olunmazlar; malvarlıkları, bir bütün halinde yeni kurulan ortaklığa devredilir. Birleşme tamamlanınca, birleşen ortaklıkların tüzel kişilikleri, ticaret sicilinden terkin yol ile ortadan kalkar⁵⁸¹.

b. Yeni Kuruluş (Kombination) Suretiyle Birleşme

Yeni kuruluş (Kombination) yolu ile birleşmede, iki veya daha fazla ticaret şirketi birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmaktadır⁵⁸². TTK. m. 146’da “iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından ibarettir.” düzenlemesiyle yeni kuruluş yoluyla birleşmeyi açıklamaktadır.

Yeni kurulan anonim ortaklığın malvarlığı infisah eden ortaklıkların külli halefiyet yolu ile intikal eden malvarlığından oluşur⁵⁸³. Anonim şirketlerde ise TTK. m. 452’de “Birden çok anonim şirketin malları yeni kurulacak bir anonim şirket tarafından devralınabilir; o suretle ki, adı geçen şirketlerin malları tasfiye edilmeksizin yeni şirkete geçer. Böyle bir birleşme hakkında anonim şirketin diğer bir anonim şirket tarafından

⁵⁷⁹ TTK. Madde 451’in karşılığı Tasarıda 136. maddede yer almıştır;

“Ortaklıklar;

a) bir ortaklığın diğerini devralması (devralma şeklinde birleşme) veya

b) yeni bir ortaklık içinde bir araya gelmeleri (yeni kuruluş şeklinde birleşme) yoluyla birleşebilirler.

136 ilâ 158 inci maddelerin uygulanmasında, kabul eden ortaklık “devralan”, iltihak eden ortaklık “devrolunan” diye adlandırılır.

Birleşme, devrolunan ortaklığın malvarlığı karşılığında, bir değişim oranı uyarınca devralan ortaklığın ortaklık paylarının, devrolunan ortaklığın ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir. Birleşme sözleşmesi 140 ıncı maddenin ikinci fıkrası anlamında denkleştirmeyi de öngörebilir.

Birleşmeyle, devralan ortaklık devrolunan ortaklığın malvarlığını bir bütün halinde iktisap eder. Birleşmeyle devrolunan ortaklık infisah eder ve ticaret sicilinden terkin olunur”, TTK Tasarısı, s.34

⁵⁸⁰ Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1504, Yasaman, **Birleşme**, s.35

⁵⁸¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.114.

⁵⁸² Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1510, Eriş, **Şirketler**, s.2623

⁵⁸³ Yasaman, **Birleşme**, s.36.

devralınmasına dair hükümler tatbik olunur” denilerek yeni ortaklık kurulması suretiyle birleşme ayrıca düzenlenmiştir⁵⁸⁴.

5. Süreç

Şirketlerin birleşmelerine ilişkin kanuni düzenlemeler TTK. 146-150. maddelerinde düzenlenmiştir. Anonim şirketin diğer bir anonim şirketle birleşmesinde veya paylı komandit şirketle birleşmesinde TTK. 451-453. maddelerinde yer alan özel hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle anonim şirket birleşmelerinde, özel hükümlere aykırı olmadığı sürece genel hükümler de uygulanacaktır. Bu kanuni düzenlemeler uyarınca, Türk hukukunda izlenecek birleşme prosedürü şu şekildedir⁵⁸⁵:

a. Birleşme Görüşmelerinin Yapılması

TTK.nda açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen, birleşme sözleşmesinin hazırlığı olan bu aşamada, birleşecek ortaklıklar arasında müzakereler yapılmalıdır⁵⁸⁶. Buradaki hazırlık ve taslaktan amaç, yönetim kurullarının görüşmeler yaparak birleşme ilkelerinde anlaşmaları ve konuyu genel kurullara getirecek olgunluğa erdirmeleridir⁵⁸⁷. Yeni kuruluş suretiyle birleşmede, birleşecek ortaklıklar arasında müzakereler yapılması yanında yeni kurulacak şirketin de çatısını oluşturmaya yöneliktir.

b. Yönetim Kuruluna Yetki Verilmesi

Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim kurulları, müzakere aşamasının tamamlanması ile birlikte genel kurulları toplantıya davet eder. Söz konusu toplantı genel kurul tarafından yönetim kurulunun yetkilendirilmesine ilişkin olup, başka bir özellik arz etmemektedir.

Genel kurullarda, yönetim kurulunun imzaladıkları birleşme ve bilanço tasarıları gibi hazırlık işlemleri müzakere edilerek birleşme iradesini gösterir bir prensip kararı alınır. Bu karar ile birlikte yönetim kurullarına da sözleşme imzalama yetkisi tanınır.

⁵⁸⁴ Tekil, **Anonim Şirketler**, s.511, Eriş, **Şirketler**, s. 2623

⁵⁸⁵ TTK.’nda birleşme prosedürüne ilişkin herhangi bir sıralama olmamakla birlikte, birleşmeye ilişkin hükümler ve usuller incelendiğinde yer verdiğimiz şekilde bir sıralamanın yapılacağı kanaatindeyiz.

⁵⁸⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.114, 151.a.

⁵⁸⁷ Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Briliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi”, **Şirket Birleşmeleri**, Sumer/ Pernsteiner, s.9.

Yönetim kurullarınca ön hazırlıkların yapılabilmesi için, öncelikle genel kurulların toplanması ve yönetim kurullarına izin vermesi hususu doktrinde tartışmalıdır. Arslanlı, doktrinde yönetim kurullarının birleşme sözleşmesini yapmaya yetkili olmadıklarından bahisle yönetim kuruluna ön hazırlıkları yapabilmesi için genel kuruldan izin alınması gerektiğini savunur⁵⁸⁸. Karşı görüşte olan Yasaman ise, genel kuruldan böyle bir izin alınmasının gereksiz olduğunu, zaten birleşme sözleşmesinin yapıldıktan sonra genel kurulun onayına sunulacağını belirtir⁵⁸⁹.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, Yönetim kurulu sahip olduğu temsil yetkisine istinaden birleşmeye ön hazırlık niteliğinde bir kısım işlemleri yaparak şirketi taahhüt altına sokması muhtemeldir. Bu aşamadaki işlemler de birleşme sürecinin bir parçası olduğundan bu sürecin başlatılmasına ilişkin genel kurulun olumlu iradesi olmadığı sürece yönetim kurulunun hazırlık işlemlerine girişmesi olanağı bulunmamaktadır.

c. Hukuki Durum İncelemesi

Birleşme sürecine ilişkin müzakerelere başlama iradelerinin uyuşması üzerine, hukuki inceleme aşamasına geçilir⁵⁹⁰. Bu incelemenin yapılması, ortaya çıkabilecek risklerin belirlenmesi ve birleşmeye konu olacak malvarlıklarının veya hisselerin değerlemesinin yapılabilmesi açısından önem taşır. Ayrıca bu süreç birleşme sonrasında üçüncü kişi alacaklara karşı doğabilecek sorumluluğun kapsamını belirlemek açısından önemlidir.

Bu aşamaya ilişkin belirtmekte yarar gördüğümüz bir diğer husus ise, birleşecek şirketlerin karşılıklı olarak yapacakları hukuki durum incelemesi sırasında öğrenecekleri ticari sır niteliğindeki gizli bilgilerin korunmasına ilişkindir. Özellikle aynı sektör içerisinde faaliyet gösteren şirketlerin birleşmesi söz konusu ise, bu bilgilerin gizliliği ve kötüye kullanılması korunma altına alınması ise haksız rekabetin önlenmesi

⁵⁸⁸ Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler** II, İstanbul 1961, s.124. “ Evvela, her iki şirket yönetiminin, birleşme esaslarında anlaşmaları ve konuyu genel kurullara getirecek derecede hazırlık yapmaları gerekir. Piyasa ve defter kayıtlarına göre ayrı ayrı düzenlenecek bilanço tasarıları da bu hazırlık işlerine dahil edilmelidir.”, Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku** ve Uygulaması s.1505.

⁵⁸⁹ Yasaman, **Birleşme**, s.62.

⁵⁹⁰ TTK’da bu yönde açıkça bir hüküm bulunmamakla birlikte, gerek Tasarının getirdiği düzenlemeler gerekse yabancı hukuk sistemlerinde yer alan kurallar incelendiğinde hukuk güvenliğinin sağlanması açısından bu sürecin olması gerektiği kanaatindeyiz.

açısından da gereklidir. Bu gibi sakıncaların önlenmesini sağlamak açısından hukuki durum incelemesi aşamasından önce bu aşamada edinilecek bilgilerin gizliliğinin sağlanması ve kötüye kullanımını engellemek açısından gizlilik sözleşmesi imzalanmasında yarar bulunmaktadır⁵⁹¹.

Yeni kuruluş suretiyle bölünmede, birleşen ortaklıklara ilişkin yapılacak hukuki değerlendirmenin yanında yeni kurulacak bir şirketin kurulması için de yapılacak hukuki çalışmaları da içermektedir.

d. Şirket Değerleme İşlemleri

Ticaret hukuku açısından malvarlığının gerçek değerinin mümkün olduğu kadar kesin bir şekilde anlaşılmasını sağlaması gerekmektedir⁵⁹². Bu nedenle anonim ortaklığın bilançosu bir sonuç açıklama bilançosudur, yani statik bir bilançodur⁵⁹³. Zira şirket birleşmelerinde kar zarar durumunun tespiti amacına yönelik olan dinamik bilanço teorisinin birleşmenin amacına hizmet etmesi beklenemez. Dinamik bilanço belirli periyottaki şirket kar veya zararını hesaplama amacına hizmet eder⁵⁹⁴. Birleşme işlemi ise şirketlerden birisi için katılma suretiyle sona erme söz konusu olduğundan statik bilançoya göre yani birleşme anındaki durumu gösteren bilanço üzerinden yapılması gerekir. Bu bilançoda TTK kapsamında tasfiye bilançosu olarak tanımlanan bilançodur. Bu bilançonun türünün önemi ise birleşen şirkete birleşme sonrasındaki yeni oluşan şirketten verilecek hisse oranını belirleyecek olan değiştirme biriminin hesaplanılmasına baz alınacak bilanço olmasından kaynaklanmaktadır.

Devralma suretiyle birleşmede olduğu gibi, yeni kuruluş suretiyle birleşmede de, TTK anlamında bir tasfiye bilançosu düzenlenecektir. Yeni kurulacak ortaklığın sermayesi, birleşme işlemine taraf ortakların çıkarılmış/ödenmiş sermayelerinin toplamından oluşur

e. Birleşme Bilançosunun Tanzimi

⁵⁹¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.116

⁵⁹² Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, Fakülteler Matbaası, 2. bası, İstanbul 1979, s.79; Yasaman, **Birleşme**, s.47.

⁵⁹³ Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, , s.83.

⁵⁹⁴ Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, , s.83 vd.

Birleşmeye dahil olacak anonim şirketlerin birleşme işlemlerine esas olacak ve üzerinden değiştirme biriminin hesaplanacağı her iki şirket için bilançolarının hazırlanması gereklidir.

TTK. Madde 74/1’de bilanço, “envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifi ve karşılıklı olarak, değerleri itibariyle tertiplenmiş hülasasıdır” olarak tanımlamıştır. Bilanço, işletmelerin belli bir tarihten sahip oldukları değerleri nereden ve nasıl sağlandığını, bu değerlerin nerelere yöneldiğini, nerelerde kullanıldığını, nasıl yatırıldığını gösteren bir tablo olarak tanımlanabilir.

Ticaret Hukukunda bilanço düzenlemesine hakim bir takım ilkeler söz konusudur. Bilançonun Ticaret Hukuku anlamında geçerli olabilmesi için bu ilkelere uygun olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir. Genel olarak Kamuyu aydınlatma prensibi, gerekse içerik gerek şekil bakımından etkisini en çok bilanço ilkeleri aracılığı ile gösterir. Bu konuya ilişkin temel ilkeler aşağıda yer almaktadır.

-Bilançonun Eksiksiz Olması İlkesi⁵⁹⁵; TTK’nun 75inci maddesinin 1inci fıkrasında “ilgililerin; işletmenin iktisadi ve mali durumu hakkında mümkün olduğu kadar doğru fikir edinebilmeleri için, envanter ve bilançonun, ticari esaslar gereğince eksiksiz ve kolay anlaşılır bir şekilde ... tanzimi lazımdır” şeklindeki düzenleme ile bilançonun eksiksiz tüm resmi göstermeye muktedir şekilde tanzimini zorunlu kılmıştır.

-Tedbir (basiret) İlkesi; Ticaret Kanununun 474üncü maddesinin 1inci fıkrasında “.. bilanço münasip bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda tanzim edilmiş olduğu takdirde...” şeklindeki düzenleme ile de bilançoların ticari esaslar uyarınca basiretli düzenlenmesi gereğini ortaya koymuştur. Bu ilke işletmenin güven içinde gelişmesini sağlamayı amaçlar. İlkenin uygulaması kendisini “*tahminin*” sözkonusu olduğu yerlerde, özellikle değerlendirme ve maliyet değerinin hesaplanmasında gösterir. Buradaki temel kriter işletmenin daha fakir gösterilebileceği ancak; olduğundan daha zengin gösterilmesinin sözkonusu olamamasıdır⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2. bası, 1979, s.50.Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.777.

⁵⁹⁶ Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, s.48, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.777, Öncel/Kumrulu/Çağan, s.278.

-Gerçeklik ilkesi⁵⁹⁷; Bilançonun işletmenin tam olarak malvarlığı durumunu ve bu malvarlığının değerini ortaya koymasını gerçekleştirecek tarzda düzenlenmesi ilkesidir. Bu ilke eksiksiz olma ilkesi ile içiçe varolan bir ilke olmakla birlikte kanunda değerlendirme ilkelerinde “en yüksek”, “en düşük” gibi ibarelere yer vermek suretiyle değerlendirme ilkelerinde bilançonun devretme değerine göre çıkartılması gereken bilanço esasından bir miktar sapma söz konusu olmuştur. Genel ilkeden sapma yönündeki düzenlemelere Türk Ticaret Kanunu’nun 460 ve 461inci maddelerinde karşılaşmaktayız.

-Açıklık İlkesi⁵⁹⁸; Bilançonun açık bir şekilde anlaşılabilirliğine ilişkin ilkeyi yine 75inci madde düzenlemesinde görmekteyiz. Açıklık ilkesinin ölçüsü, işletmenin iktisadi ve mali durumu hakkında ilgililere, mümkün olduğu kadar doğru fikir verebilmektir.

-Süreklilik ve Devamlılık İlkesi⁵⁹⁹; İşletme yıllara sari yaşayan bir varlık olduğundan ve dinamik bilanço ilkeleri gereği bilançonun işlevi iki hesap dönemi arasındaki köprü vazifesini görmek olduğundan süreklilik ve devamlılık ilkesi önem kazanmaktadır. Özellikle bir hesap döneminin zararla kapanarak gelecek yıla zarar devreden bir durum sergilediği durumda cari dönem bilançosu üzerinde geçmiş yıl performansına bağlı bir negatif durumun sonuçlarını bilançodan gidermek gibi bir sorumluluk da söz konusu olmaktadır. Ayrıca prensip olarak bilançonun hazırlanması ilkesinde önceki yıllarda uygulanan yöntemlerin takip eden yıllarda da uygulanması devamlılık ilkesinin bir gereğidir. Değerleme ilkelerine getirilen yasal zorunlu değişiklikler bu durumun istisnasını teşkil etmektedir.

Anonim şirketlerde bilançolar izlenilen amaçlarına göre ayrılırlar: Açılış Bilançosu (TTK. Madde 74), Tasfiye Bilançosu (TTK. Madde 444), şirketin mali durumunun bozulması ve borca batacak olması halinde çıkarılan ara bilanço ... vs. Anonim şirketlerde, bir işletmenin yıllık faaliyetinin sonucunu açıklayan bir yıllık bilanço da çıkarılır⁶⁰⁰. Yıllık bilanço sonuç açıklayan bir bilançodur⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, s.48, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.776, Tekil, **Anonim Şirketler**, s.483. Öncel/Kumrulu/Çağan, s.278.

⁵⁹⁸ Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, s.48 Tekil, **Anonim Şirketler**, s.483, Turgut S. Erem, **Ticaret Hukuku Prensipleri**, İstanbul,1980, s. 321.

⁵⁹⁹ Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, s.49, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.775, Öncel/Kumrulu/Çağan, s.278.

⁶⁰⁰ Tekinalp, **Bilanço Hukuku** s.66;.

Anonim şirket birleşmelerinde hazırlanacak bilanço da sonuç açıklayan bir bilanço⁶⁰² olmak zorundadır. Tasfiye aşamasında, tasfiye memurunun, şirket alacaklarını tahsil etmesinin sonunda tüzel kişinin safi mal varlığını ortaya çıkardığı bilanço tasfiye bilançosudur. Birleşmede TTK. anlamında tasfiye bilançosu uygulanır. Birleşmede hazırlanan bilançonun en önemli özelliği statik bilanço olmasıdır. Bilançonun yalnızca varlık unsurlarını göstermesine dayanan statik bilançoda öz sermaye nominal olarak korunur. Statik bilanço, birleşme sırasında işletmenin belirli bir andaki varlık ve sermaye durumunu gösterir. Bu nedenle birleşmede, bilançonun kar ve zarar hesabı gibi değerlendirildiği, bilanço kalemlerinin ilerde kar ve zarar hesabında gider ya da gelir olarak yer alacak kalemler olduğu kabul edilen dinamik bilanço uygulanmaz. Söz konusu bilanço ile birleşme oranını dikkate alınarak hesaplanacak değiştirme oranının tespitinde önemli rol oynar.

Birleşmede vergi matrahına temel olacak karı saptamayı amaçlayan mali bilanço yerine, işletme yönetimine bilgi verme amacıyla düzenlenen ticari bilanço uygulanmalıdır⁶⁰³. Ancak örneğin bölünme ile ilgili yapılan vergi düzenlemelerinde rayiç değer üzerinden bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Birleşmede gerçekleşen devir işleminin muhasebe kayıtlarıyla kayıtlı (mukayyet) değer üzerinden yapılacağı düzenlenmiştir. Kayıtlı değer ile rayiç değer arasındaki farklılıklar bir yana, kayıtlı değer üzerinden yapılan devirlerde eksikliklerin olması daha muhtemeldir. Moroğlu bu konuda, mukayyet değer üzerinden devir yapılmasının, değişim oranının rayiç değere göre tespit edilmesini bertaraf etmeyeceği görüşündedir⁶⁰⁴.

e.Bilançonun tanziminde uygulanacak değerlendirme usulü

En genel tanımıyla değerlendirme bir işletmenin iktisadi kıymetlerinin belli bir tarihteki değerinin para ile ifadesine denir. TTK'da yer alan değerlendirme ölçüleri uluslararası Muhasebe Standartlarına uygun olmakla birlikte vergi kanunlarında yer alan hükümlerin uygulamada ağırlık kazanması nedeniyle geri planda kalmıştır.

⁶⁰¹ Poroy/Tekinalp/Çamoglu, **Ortaklıklar**, s.775.

⁶⁰² Yasaman, **Birleşme**, s.47.

⁶⁰³ Salih Şanver, **İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi**, İstanbul 1968, s. 70 vd. Yılmaz Özbacı, **Vergi Usul Kanunu**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Ocak 2005, s.530.

⁶⁰⁴ TUSİAD, "Kurumların Yeniden Yapılandırılmalarında Vergisiz Alternatifler: Birleşme, Bölünme ve Hisse Takasları", İstanbul (Ceylan İntercontinental) 2002, s.31.

TTK'nun 75 inci maddesi uyarınca, bilançonun ticari ilkeler doğrultusunda doğru, açık ve kolay anlaşılır bir biçimde ve Türk Lirası olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile şirketin malvarlığı tam olarak bilançoda gösterilmelidir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası, bütün aktiflerin “*en çok bilânço gününde işletme için haiz oldukları değer*” üzerinden kaydolunacağını hüküm altına almıştır. Bu düzenleme TTK'nun bilançonun aktifinde kayıtlı iktisadi kıymetler için getirdiği genel değerlendirme ölçüsüdür. Bu ölçü iktisadi kıymetlerin bilanço günü itibarıyla sahip olduğu değeri ifade eder. VUK uyarınca bu değer tasarruf değerine karşılık gelmektedir. Tasarruf değeri, bir iktisadi değer değerlendirme gününde sahibi için arz ettiği gerçek değeridir.

TTK'nun 75 inci maddesi değerlemeye ilişkin genel bir düzenlemedir. Sermaye şirketleri TTK madde 75 ile birlikte TTK 460 ila 465 inci maddeleri arasında düzenlenen değerlendirme ölçülerini esas alırlar.

TTK 460 şirketlerin bünyesinde bulunan devamlı tesisatın değerlendirme ölçütünü, aşağıdaki usulde belirlemiştir.

- Gayrimenkuller, binalar, enerji santralleri, makineler, nakil vasıtaları, alât ve edevat ve mobilya gibi devamlı surette işletmede kullanılan tesisler halin icabına göre uygun olan indirim yapıldıktan sonra *en fazla maliyet değerleri* üzerinden bilânçoya geçirilir.
- Haklar, imtiyazlar, ihtira beratları, hususi imal ve istihsal usulleri, ruhsatnameler, markalar ve bunlara benzer sair kıymetler hakkında dahi aynı hüküm caridir.
- Tenzilât, pasif tablosunda itfa ve yenileme akçeleri teşkili suretiyle de yapılabilir.
- Tesisat sigorta edilmişse bilânço kıymetleri yanına sigorta kıymetleri de yazılır.

Devamlı tesisat olarak nitelenen taşınmazlar, enerji santralleri, makineler, taşıt araçları, demirbaş, alet ve edevat ve mobilya gibi işletmede sürekli olarak yararlanılan taşınır taşınmaz mallar, VUK ilgili hükümleri uyarınca mümkün olan amortismanlar düşüldükten sonra, en çok maliyet değerleri ile bilançonun aktifine yazılır. VUK'un gerek yürürlükten kalkan yeniden değerlendirme hükümleri uyarınca gerekse yeni getirilen enflasyon düzeltmesi hükümleri uyarınca maliyet değerinin tespiti günün şartlarına göre

artmıştır. Bu itibarla TTK 460'ncı madde kapsamındaki kıymetlerin maliyet değerinin tespitinde iktisap değerinin dikkate alınması söz konusu olmayıp VUK uyarınca maliyet değerinin tespitinde belirlenen değerleme usulü uygulanmak suretiyle oluşacak tutarların dikkate alınması gerekmektedir.

f. Mahkeme İncelemesi Ve Değiştirme Biriminin Hesaplanması

Anonim ortaklıkların birleşmesinde, pay sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının korunması birleşmelerin denetlenmesi yoluyla sağlanır. Anonim ortaklıklara ilişkin olarak TTK. m. 292'nin 599 sayılı KHK tarafından kaldırıldığı için anonim ortaklıkta mahkeme incelemesi yapılması açık bir kanun hükmüne bağlanmamıştır. Denetimden yoksun bırakılamaması amacıyla, TTK. 392, 293 c.3, 303/II c.2 maddelerine dayanılarak uygulamada mahkeme aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmaktadır⁶⁰⁵. Bu görüşün yanı sıra, mahkeme incelemesini zorunlu kılan bir diğer husus ise birleşme genel kurulunun akabinde birleşen şirketin sermayesi tutarında birleşilen şirket bünyesinde yapılacak sermaye artışının aynı nitelikte olmasıdır⁶⁰⁶.

Anonim ortaklıkların yeni kuruluş suretiyle birleşmesinde aynı sermayenin değerlendirilmesi önemli olduğu için, mahkemeden bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. “Birleşen ortaklıkların pay sahipleri bu suretle aynı sermaye koymuş olduklarından bu sermayenin değerlendirilmesi gerekir. Onun için bu tür kuruluşta mahkemenin birinci görevi aynı sermaye değerlendirmesi yapmaktır⁶⁰⁷”.

Tasarıda, kanunun aynı sermaye konulmasına dair düzenlemelerinin yeni kuruluş suretiyle birleşmede uygulanmayacağı düzenlenmiştir⁶⁰⁸.

Bilirkişi incelemesi,

- 1) Birleşecek ortaklıkların malvarlıklarının tespiti,
- 2) Devralma yoluyla birleşmelerde, devralan ortaklığın sermaye artırım yapmasının gerekli olup olmadığı ve şayet sermaye artırım gerekiyorsa bunun miktarı ve yeni oluşacak payların değiş-tokuş ölçüsü,

⁶⁰⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.117, 151.d; Yasaman, **Birleşme**, s.63.

⁶⁰⁶ Yasaman, **Birleşme**,s.70.

⁶⁰⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar** s.117, 151.d.

⁶⁰⁸ Tasarı madde 143, “Yeni kuruluş yolu ile birleşmede, bu kanun ile Kooperatifler Kanununun, aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgarî ortak sayısına ilişkin hükümleri dışındaki maddeleri yeni ortaklığın kuruluşuna uygulanır.” TTK Tasarısı, s. 35.

3) Birleşmede bir sakınca olup olmadığı; hususlarında gerçekleştirilir⁶⁰⁹”.

Tasarıda, kural olarak bağımsız denetleme kuruluşlarının birleşmeye ilişkin raporunun alınması zorunluluğu getirilmiştir⁶¹⁰.

Şirket birleşmelerinde, devrolunan ortaklığın pay sahiplerine tespit edilecek birleşme değerine göre devralan ortaklığın payları verilir. Bunun gibi yeni kuruluştaki birleşmeye katılan anonim ortaklıklar malvarlıklarının değerine ve tesbit edilen ortak değerlendirme kıstasına göre yeni kurulacak anonim ortaklıkta sermayeye katılırlar⁶¹¹.

Birleşme oranı olarak da ifade edebileceğimiz değiştirme birimi, birleşmeye taraf ortaklıklarca benimsenen yöntem esas alınarak hesaplanır. Birleşme oranının belirlenmesine esas olabilecek yöntemler şöyle sıralanabilir⁶¹²;

- 1) Özkaynak yöntemi,
- 2) Borsa fiyatlarını esas alma yöntemi,
- 3) Rayiç bedel üzerinden değerlemeye tabi tutulmuş özkaynaklar yöntemi.

Değiştirme biriminin tespitinde malvarlığının satış değeri göz önünde tutulmalı ve malvarlığının gerçek değeri bulunmaya çalışılmalıdır⁶¹³.

g. Yönetim Kurulu Tarafından Birleşme Sözleşmesinin İmzalanması

Birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından yetkilendirilen yönetim kurulları tarafından imzalanması gerekmektedir. Ayrıca tasarıda birleşme sözleşmesi yanında kural olarak bir birleşme raporunun da yönetim kurullarınca hazırlanması öngörülmüştür⁶¹⁴.

Anonim şirketlerin birleşmesinde TTK.m. 451’de birleşme sözleşmesine yer verilmediği gibi, şirket birleşmelerini düzenleyen genel hükümlerde de (TTK. m. 146-151) bu yönde bir düzenleme yoktur. Sadece TTK. m. 452’de yeni ortaklık kurma

⁶⁰⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.117, 151.d.

⁶¹⁰ Tasarı madde 148, “Birleşmeye katılan ortaklıkların; birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve birleşmeye esas oluşturan bilanço, bu konuda uzman olan bir bağımsız denetleme kuruluşuna denetletmeleri şarttır.” TTK Tasarısı s.37.

⁶¹¹ Yasaman, **Birleşme**, s.46.

⁶¹² Necdet Sağlam/ Salim Şengel, “Şirket Birleşmeleri ve Muhasebeleştirilmesi”, **Şirket Birleşmeleri** , Sumer/ Pernsteiner, s.313.

⁶¹³ Yasaman, **Birleşme**, s.47.

⁶¹⁴ Tasarı madde 147, “Birleşmeye katılan ortaklıkların yönetim organları, ayrı ayrı veya birlikte, birleşme hakkında bir rapor hazırlarlar.” TTK Tasarısı, s. 36-37.

suretiyle birleşmede sözleşme için noter onayına bağlı bir şekil şartı getirilmiştir. TTK. m. 452 f.1'e göre; "Şirketler imzaları noterce tasdikli birleşme mukavelesinde; birleştiklerini, yeni anonim şirketin esas mukavelesini tanzim ettiklerini, bütün hisselerin taahhüt olunduğunu, mevcut şirketlerin mallarını sermaye olarak yeni şirkete koyduklarını ve yeni şirketin lüzumlu organlarını tayin ettiklerini tesbit ederler". TTK. 452'de yer alan bu düzenleme gereği, ilk önce yeni kurulacak anonim şirketin ana sözleşmesinin yazılı şekilde yapılarak imzalarının noterden tasdik ettirilmesi gereklidir⁶¹⁵.

Doktrinde çoğunlukla, bu şekil şartının devralma suretiyle birleşmede uygulanamayacağı, yazılı şekil şartının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁶. Tasarıda ise geçerlik şartı olarak yazılı şekil şartı getirilmiştir⁶¹⁷. Ayrıca birleşme sözleşmesinde bulunması gereken hususlar da sayılmıştır⁶¹⁸.

Anonim ortaklıkta en az beş kurucu aranması şartının, birleşmede aranmayacağı kabul edilmektedir⁶¹⁹. Domaniç bu durumu, yeni şirketin kurucularının birleşen şirketler olduğundan hareket ederek açıklamıştır⁶²⁰.

⁶¹⁵ Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması** s.1512 vd.

⁶¹⁶ Yasaman, **Birleşme**, s.38.

⁶¹⁷ Tasarı madde 145, "Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Sözleşme, birleşmeye katılan ortaklıkların, yönetim organlarıncı imzalanır ve genel kurulları tarafından onaylanır.", TTK Tasarısı, s.35

⁶¹⁸ Tasarının gerekçesinde düzenlemenin asgari zorunlu içeriği göstermekte, tipik içeriği belirlemediği açıklanmıştır. Tasarı Madde 146; "Birleşme sözleşmesinin;

a) birleşmeye katılan ortaklıkların ticaret unvanlarını, hukukî türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme halinde, yeni ortaklığın türünü, ticaret unvanını ve merkezini;

b) ortaklık paylarının değişim oranını, öngörölmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan ortaklığın ortaklarının, devralan ortaklıktaki ortaklık paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları;

c) devralan ortaklığın, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları;

d) ortaklık paylarının değiştirilmesinin şeklini;

e) birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan ortaklığın bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu talebe ilişkin bütün özellikleri;

f) gereğinde 140 ıncı madde uyarınca ayrılma akçesini;

g) devrolunan ortaklığın işlem ve eylemlerinin devralan ortaklığın hesabına yapılmış sayılacağı tarihi;

h) yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları;

i) gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini;

içermesi zorunludur.", TTK Tasarısı, s.36

⁶¹⁹ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 132.

h. Birleşme Sözleşmesinin Genel Kurula Sunulması

Sözleşmenin yönetim kurulu tarafından imzalanması ile genel kurulu yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılır. Birleşme sözleşmesinin genel kurullar tarafından onaylanmaması halinde, sözleşme yürürlüğe girmez⁶²¹. “Genel kurullar bazı değişiklikler isterse, bu halde yönetim kurulu, genel kurulun talimatına uygun olarak diğer anonim ortaklıkla tekrar görüşmeye ve genel kurulların isteği doğrultusunda yeniden sözleşme taslağı yapmaya çalışır. Bu halde ikinci bir genel kurul yapma zarureti ortaya çıkar”⁶²².

⁶²⁰ Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması** s.1512 .

⁶²¹ Tasarı, ortakların birleşme sözleşmesini incelenmesine imkan vermektedir. Tasarı Madde 149; “Birleşmeye katılan ortaklıklardan her biri, merkezleriyle şubelerinde ve halka açık anonim şirketler de, Sermaye Piyasası Kurulunun öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde

a) birleşme sözleşmesini,

b) birleşme raporunu,

c) denetleme raporunu,

d) son üç yılın yıl sonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını, gereğinde ara bilânçolarını

ortakların, intifa senedi sahipleriyle ortaklık tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hâmillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bunlar ilgili sermaye şirketlerinin web sitelerinde de yayınlanır.

Ortaklar ile birinci fıkrasında sayılan kişiler, yukarıda anılan belgelerin suretlerinin ve varsa basılı şekillerinin kendilerine verilmesini talep edebilirler. Bunlar için, herhangi bir bedel veya gider karşılığı talep edilemez.

Birleşmeye katılan ortaklıklardan her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanan ve web sitelerine de konulan ilânda, inceleme yapma hakkına işaret eder.

Birleşmeye katılan her ortaklık, yukarıda anılan belgelerin nereye tevdi edildiklerini ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarını, teviden en az üç iş günü önce, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile ortaklık sözleşmesinde öngörülen gazetelerde ve sermaye şirketleri de web sitelerinde ilân eder.

Tüm ortakların onaylaması halinde, küçük ve orta ölçekli ortaklıklar inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçebilirler.”

Tasarı Madde 150, “Birleşmeye katılan ortaklıklardan birinin aktif veya pasif varlıklarında, birleşme sözleşmesinin imzası tarihiyle, bu sözleşmenin genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında, önemli değişiklik meydana gelmişse, yönetim organı, bu durumu kendi genel kuruluna ve birleşmeye katılan diğer ortaklıkların yönetim organlarına yazılı olarak bildirir.

Birleşmeye katılan tüm ortaklıkların yönetim organları, bu durumda birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine veya birleşmeden vazgeçmeye gerek olup olmadığını incelerler; böyle bir sonuca vardıkları takdirde, onaya sunma önerisi geri çekilir. Diğer halde, yönetim organı genel kurulda, birleşme sözleşmesinde uyarlamaya gerek bulunmadığının gerekçesini açıklar.” TTK Tasarısı, s.38

⁶²² Yasaman, **Birleşme**, s.62.

Sözleşmenin onaylanmasına yönelik olarak genel kurulların toplantı ve karar yeter sayılarında, TTK m. 388 f. 3 ve 4 uygulanır. Bunun nedeni birleşmenin ana sözleşme değişikliğini, devralma suretiyle birleşmede ayrıca devralan şirkette sermaye artırımını da beraberinde getirmesidir. Buna göre toplantı nisabı esas ve çıkarılmış sermayenin 1/2 'sidir. İlk toplantıda nisap elde edilemediği takdirde yapılacak ikinci toplantıda nisap 1/3 olarak aranır. Karar nisabında da birinci toplantıda oyların 1/2' si aranırken, ikinci toplantıda 1/3 oran aranır. İmtiyazlı pay sahipleri genel kurulu da bulunuyorsa bu durumda TTK. m. 389 ve 391'e göre toplantı ve karar hesapları uygulanacaktır⁶²³. Tasarı 151. madde ile birleşen şirketlerin türlerine göre farklı nisaplar getirmiştir⁶²⁴.

⁶²³ Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması** s.1507.

⁶²⁴ Tasarı madde 151, Yönetim organı, genel kurula birleşme sözleşmesini sunar. Birleşme sözleşmesi genel kurulda;

a) anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların üçte ikisiyle;

b) bir kooperatif tarafından devralınacak sermaye şirketlerinde, sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların üçte ikisiyle;

c) limited şirketlerde, sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların dörtte üçünün oylarıyla;

d) kooperatiflerde, verilen oyların üçte ikisinin çoğunluğuyla; ana sözleşmede ek ödeme ve başka edim yükümleri ya da sınırsız sorumluluk kabul edilmiş veya bunlar mevcut olup da genişletilmişse kooperatife kayıtlı ortakların tümünün dörtte üçünün kararıyla,

onaylanmalıdır.

Kollektif ve komandit şirketlerde birleşme sözleşmesinin oybirliğiyle onaylanması gerekir. Ancak, ortaklık sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanması öngörülebilir.

Bir sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin, başka bir ortaklığı devralması halinde, bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki nisaba ek olarak, komanditelerin tamamının birleşmeyi yazılı olarak onaylamaları gereklidir.

Bir limited şirket tarafından devralınan anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette, devralma ile ek yüküm ve kişisel edim yükümleri de öngörülüyorsa veya bunlar mevcut olup da genişletiliyorsa, bütün ortakların oybirliğine gerek vardır.

Birleşme sözleşmesi sadece bir ayrılma karşılığı öngörüyorsa, devreden ortaklığın oy hakkını haiz ortaklarının yüzde doksanın onay şarttır.

Birleşme sözleşmesinde devrolunan ortaklığın işletme konusunda değişiklik öngörülmüşse, birleşme sözleşmesinin ayrıca, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış olması zorunludur.” TTK Tasarısı, s. 38

Yeni kuruluş suretiyle birleşmede Ayır ayrı toplanan genel kurullarda birleşme sözleşmesi yanında yeni kurulacak Anonim şirketin sözleşmesi de onaylanır (TTK. madde 452 f.2).

1. Sermaye Artırımı

Sermaye artırımı, devralma suretiyle birleşme sırasında malvarlığını devralan ortaklıklarda gündeme gelir. Bunun bir sonucu olarak, birleşilen ortaklığın sermayesi birleşen ortaklığın sermayesi tutarında arttırılır.

“Devralan ticaret ortaklığının yapacağı bu sermaye artırımının özelliği, artırılan sermayenin karşılığını, iltihak eden ticaret ortaklığının malvarlığını teşkil etmesidir. Bu sebeple, artırılan kısım için para ödenmesi söz konusu olmayıp, artırım aynidir”⁶²⁵.

Doktrinde çoğunluk görüşü, bazı durumlarda sermaye artırımına gidilmesinin zorunlu olmadığı yönündendir. Buna göre, birleşen anonim ortaklık devrolunan anonim ortaklığın pay senetlerini elinde bulunduruyorsa sermaye artırımına gerek olmadığını ileri sürmektedirler⁶²⁶. Diğer bir görüş ise sermaye artırımı yapılmadığı takdirde birleşmeden bahsedilemeyeceği, pay sahiplerinin menfaatleri bakımından sermaye artırımına ilişkin usule uyulması gerektiğini savunur⁶²⁷. Birleşen şirketlerde karşılıklı iştirak söz konusu ise sermaye azaltımı dahi söz konusu olabilecektir. Bu durumun üçüncü kişi alacaklıların korunması açısından etkilerine Birleşmenin Sonuçları bölümünün Külli Halefiyet ilkesi başlığı altında incelenmiştir.

Tasarıda, devralma yoluyla birleşmede, birleşilen (devralan) ortaklığın sermayesini, birleşen (devrolunan) ortaklığın ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde arttırmak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca birleşmede aynı sermayenin konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifade edilmiştir⁶²⁸.

⁶²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.111, 145b.

⁶²⁶ Yasaman, **Birleşme**, s.76.

⁶²⁷ Arslanlı, **Anonim Şirketler III**, s.249.

⁶²⁸ Tasarı madde 142, “Devralma yoluyla birleşmede, devralan ortaklık, sermayesini, devrolunan ortaklığın ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde, arttırmak zorundadır.

Birleşmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin düzenlemelerle, halka açık anonim şirketlerde, yeni payların halka arzına dair hükümler, Sermaye Piyasası Kurulu kaydına alınmasına ilişkin olanlar müstesna, uygulanmaz.”, TTK Tasarısı, s.35.

Gerekçede devralan ortaklıkta sermayenin artırılması zorunluluğu ortaklığın devamının gereği olduğu ve sermaye artırımının emredici nitelikte olduğu açıklanmıştır. Aynı sermaye hükümlerinin uygulanmama nedeni olarak da,

j. Birleşme Kararının Tescil Ve İlanı

Birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından onaylanması üzerine, her ortaklığının ayrı ayrı aldığı birleşme kararı tescil ve ilan edilir. (TTK. m.149)⁶²⁹.

Devralma suretiyle birleşmede, birleşen anonim ortaklık infisah ettiği için tescil kurucu etki gösteririr. Yani tescil devrolunan ortaklığı infisah ettirir⁶³⁰. Birleşilen ortaklık açısından ise bilanço ve birleşme nedeniyle yapılan sözleşme değişiklikleri ile sermaye artırımını tescil ve ilan ettirilir. Buradaki tescil bildirici etkidedir ancak

birleşme raporu ve birleşmenin denetlenmesinin güvenlik yönünden aynı sermaye hükümlerini gereksiz kılması gösterilmiştir.

⁶²⁹ Tasarı'da yalnızca sermaye şirketleri için getirilen kolaylaştırılmış şekilde birleşmeye ilişkin birtakım özel hükümler yer almaktadır; Tasarı Madde 155;

(1) a) Devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına veya,

b) bir ortaklık ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına

sahiplerse sermaye şirketleri kolaylaştırılmış düzene göre birleşebilirler.

(2) Devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de, en az oy hakkı veren paylarının yüzde doksanaına sahipse, azınlıkta kalan paysahiplerine;

a) devralan ortaklıkta ortaklık payları yanında 141 inci maddeye göre ortaklık paylarının gerçek değerine denk gelen bir karşılık verilmesi tercihinin önerilmesi ve

b) birleşmeden ek ödeme, herhangi bir kişisel edim yükümü ve kişisel sorumluluk doğmaması,

halinde birleşme kolaylaştırılmış şartlarda gerçekleştirilir.

Tasarı Madde 156; “Birleşmeye katılan ve 155 inci maddenin birinci fıkrasında öngörülen şartlara uyan sermaye şirketleri, birleşme sözleşmesinde, 146 ncı maddenin (a) ve (f) ilâ (i) bentlerinde gösterilmiş bulunan kayıtlara yer verirler. Bu sermaye şirketleri birleşme raporu (madde 147) düzenlemeye, birleşme sözleşmesini denetletmeye (madde 148) ve inceleme hakkı sağlamaya (madde 149) zorunlu olmadıkları gibi birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına da (madde 151) sunmayabilirler.

Birleşmeye katılan ve 155 inci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şartlara uyan sermaye şirketleri, birleşme sözleşmesinde, sadece, 147 nci maddenin (a), (b) ve (f) ilâ (i) bentlerinde gösterilmiş bulunan kayıtlara yer verirler. Bu şirketler birleşme raporu (madde 147) düzenlemeye ve birleşme sözleşmesini genel kurula sunmaya (madde 151) zorunlu değildir. 149 uncu maddede öngörülen inceleme hakkının, birleşmenin tescili için ticaret siciline yapılan başvurudan otuz gün önce sağlanmış olması gerekir.TTK Tasarısı, s.39.

⁶³⁰ Tasarı Madde 153, “Birleşme ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanır. Tescil anında, devredilen ortaklığın bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan ortaklığa geçer.

Devralınan ortaklığın ortakları devralan ortaklığın ortağı olur. Ancak bu sonuç, devralan ortaklığın kendi adına fakat bu ortaklık hesabına hareket eden kişinin elinde bulunan paylar ile devrolunan ortaklığın kendi adına fakat bu ortaklık hesabına hareket eden kişinin elinde bulunan paylar için doğmaz.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

Tasarı Madde 154; Birleşme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilân olunur.” TTK Tasarısı, s. 39

sermaye artırımının söz konusu olduğu birleşmede tescilin kurucu nitelikte olduğu belirtilmektedir⁶³¹. Anonim ortaklık dışındaki ticaret ortaklıklarında, yetkili organın birleşmeyi kabul kararının tescili hukuki bir etkiye sahip değildir. Tescilin ilanı sadece birleşmenin hüküm ifade edebilmesi için gerekli olan üç aylık sürenin başlangıcının belirlenmesi rolünü oynamaktadır⁶³².

Yeni kuruluş suretiyle birleşmede, anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin işlemler yapılarak, yeni şirket tescil ve ilan ettirilir(TTK. m. 452 f.3).

Tasarıda, birleşmeye katılan ortaklıklar tarafından birleşme kararı alınır alınmaz, yönetim organlarının, birleşmenin tescili için ticaret siciline başvuracağı ve devralan ortaklığın, birleşmenin gereği olarak sermayesini artırmışsa, ek olarak esas sözleşme değişiklikleri de ticaret siciline sunulacağı düzenlenmiştir⁶³³.

k. Alacaklıları Beyana Çağrı

TTK. m. 451 uyarınca, devir suretiyle veya yeni kuruluş suretiyle birleşmede devralan anonim ortaklığın yönetim kurulu, devrolunan (infisah eden) anonim ortaklığın alacaklılarını, tasfiyeye ilişkin hükümlere göre alacaklarını bildirmeye çağırır.

Tasfiyeye ilişkin hüküm TTK. m. 445 olup, alacakları anonim şirketin defterleri veya vesikalarından anlaşılan ve ikametgahları bilinen kişiler taahhütlü mektupla alacaklarını beyana çağırılırlar⁶³⁴. Diğer alacaklılar, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ve esas sözleşmede öngörülen şekilde ilan edilerek çağırılırlar. İlanda ve iadeli taahhütlü mektupta alacaklılara beyanda bulunmaları için uygun bir süre verilir. TTK. m. 447/2'ye göre ilanın üç defa yapılması gerekmektedir⁶³⁵.

⁶³¹Yasaman, **Birleşme**, s.35.

⁶³² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.120, 159a.

⁶³³Tasarı, madde 152. “Birleşmeye katılan ortaklıklar tarafından birleşme kararı alınır alınmaz, yönetim organları, birleşmenin tescili için ticaret siciline başvurur.

Devralan ortaklık, birleşmenin gereği olarak sermayesini artırmışsa, ek olarak esas sözleşme değişiklikleri de ticaret siciline sunulur.

Devredilen ortaklık, birleşmenin ticaret siciline tescili ile infisah eder.” Gerekçede devrolunan ortaklığın tescilinin kurucu, devralan ortaklığın tescilinin ise açıklayıcı olduğu belirtilmektedir. TTK Tasarısı, s.39

⁶³⁴ Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1484, İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s.487-488, Eriş, **Şirketler**, s.2608.

⁶³⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.840, 1581d; Yasaman, **Birleşme**, s.95.

TTK. m. 472⁶³⁶'nin birleşmeler açısından uygulaması şu şekilde cereyan edecektir; Üçüncü ilandan sonra bir yıl süre ile birleşen şirketlerin hesapları ayrı ayrı tutulacak, bir yıllık sürenin akabinde konsolide edilip tek bir vücut haline getirilebilecektir.

Burada öngörülen bir yıllık sürenin hak düşürücü veya zamanaşımı süresi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu'na göre, alacaklıların beyanda bulunmamaları bir süre ile sınırlandırılmamıştır, alacaklının malvarlığının dağıtılması anına kadar başvurma hakkı vardır⁶³⁷. Yasaman, bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olmadığını ve alacaklının genel zamanaşımı süresi içinde alacağını talep edebileceğini belirtir⁶³⁸.

Alacaklıların birleşmeye itiraz hakkının, anonim şirketlerin birleşmesinde geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. TTK. m. 150⁶³⁹ uyarınca, birleşme kararının ilan gününden itibaren 3 ay sonra hüküm ifade edeceği kabul edilmiştir. Bu üç aylık süre sonucunda, devredilen ortaklığın malvarlığı devralan ortaklığa geçecektir. Diğer taraftan bu 3 aylık devrede, alacaklıların birleşmeye itiraz hakları vardır. Alacaklıların itirazının çözümü sağlanıncaya kadar birleşme fiilen gerçekleşse de alacaklılar için hüküm ifade etmez.

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu'na göre, genel hükmün TTK. m. 451 ve 452 için de geçerlidir⁶⁴⁰. Yasaman ve Domaniç ise, TTK. m. 150'nin anonim ortaklık birleşmelerinde uygulanamayacağı kanaatindedir⁶⁴¹.

6.Birleşmenin Sonuçları

a. Tasfiyesiz Dağılma İlkesi

Ana çizgileriyle tasfiye, ortaklık aktiflerinin paraya çevrilmesi ve borçlar ödendikten, sermaye payları geri verildikten sonra kalanın ortaklar arasında paylaştırılması, kısacası, ortaklığın dış ve iç bütün ilişkilerinin sona erdirilmesi

⁶³⁶ Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1561 vd., İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s.239, Eriş, **Şirketler**, s.2684 vd. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.791

⁶³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.840, 1583.

⁶³⁸ Yasaman, **Birleşme**, s.97; Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması** s.1505.

⁶³⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.120, Erem, **Ticaret Hukuku**, s.63

⁶⁴⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.122, 161.

⁶⁴¹ Yasaman, **Birleşme**, s.99.

demektir⁶⁴². Birleşmede olağan dağılma (infisah) nedenlerinden farklı olarak, birleşme nedeniyle dağılan şirket tasfiye edilmez. Bu özellik TTK. m. 439/1’de; “Şirketin diğer bir şirketle birleşmesi, ... halleri hariç olmak üzere infisah eden şirket tasfiye haline girer” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre şirket birleşmelerinde en az bir şirket dağılmasına rağmen tasfiye söz konusu olmadığından ve şirket birleşmesi tasfiyesiz infisahın uygulandığı ayrık bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁴³.

Anonim ortaklıkların birleşmesinin de tasfiyesiz infisah durumlarından biri olduğu TTK. 451 ve 452 düzenlemelerinden anlaşılmaktadır⁶⁴⁴. Birleşmenin tasfiyesiz infisah hallerinden biri olarak kabul edilmesinin nedeni, birleşen şirketlerin varlıklarını devam ettirme arzusudur. Çünkü tasfiye işlemleri, şirketin hukuki varlığını ortadan kaldırmak amacıyla yapılır. Birleşen ortaklıklardan en az birinin hukuki varlığı sona ermesine rağmen, malvarlığı unsurları ortadan kalkmaz⁶⁴⁵. Şu söylenebilir ki, tasfiye olan yerde hukuksal anlamda birleşme, birleşme olan yerde ise tasfiye olmaz⁶⁴⁶.

Yasaman, tasfiyesiz infisahtan bahsedilmesine rağmen birleşmede özel bir tasfiye usulü olduğunu belirtmektedir; “ Netice olarak, tasfiyesiz infisah denilmesine rağmen devreden ortaklığın tasfiyesi devralan ortaklıkça gerçekleştirilir ve ortaklık mevcudunun pay sahiplerine dağıtılması caiz olduğu anda, malvarlıkları birleştirilir ve bundan sonra devreden anonim ortaklığın kaydı ticaret sicilinden silinir. Kanunda bu husus tasfiye olarak değil, “ayrı idare” olarak tasnif edilmiştir”⁶⁴⁷.

b. Külli Halefiyet İlkesi

⁶⁴² Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 133.

⁶⁴³ “Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) ile ona bağlı müesseselerin hukuki varlıkları (tüzel kişilikleri), 2.04.1994 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile sona ermiş ve bu tarihten itibaren bütün aktif ve pasifleri TEAŞ ile TEDAŞ’a devredilmiştir. Dolayısıyla TEDAŞ, bu tarihte tüzel kişilik kazanmış; TEK ile ona bağlı müesseselerin külli halefi durumuna gelmiştir. Bu durumda, bir davada tarafların; taraf olma ehliyetlerinin yargılama sırasında da devam edip etmediğinin, mahkemece, kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Davacı taraf, davasını sürdürdüğüne göre, HUMK’ nun 186.maddesi uyarınca TEDAŞ’a tebligat yaptırılmak suretiyle davaya devam edilmesi gerekirken, davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”, Yargıtay 4. HD 23.05.1995 1994/8253 Esas ve 1995/4358 Karar sayılı kararı. (Yayınlanmamış karar)

⁶⁴⁴ Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 1500, Tekil, **Anonim Şirketler**, s.510, Yasaman, **Birleşme**, s.19.

⁶⁴⁵ Yasaman, **Birleşme**, s.20.

⁶⁴⁶ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 149.

⁶⁴⁷ Yasaman, **Birleşme**, s.22.

Birleşmede, birleşen ortağın veya ortaklıkların aktif ve pasifleriyle birlikte malvarlığı birleşilen veya yeni kurulan ortaklığa intikal eder (TTK. m. 151). Bu bakımdan birleşmede küll'i halefiyet ilkesi benimsenmiştir⁶⁴⁸. Külli halefiyet; malvarlığı veya işletmenin bütünü ya da onun içerdği bütün haklar ve borçlar itibariyle, ayrı devir işlemlerine gerek kalmaksızın tek bir işlemle bir hukuk öznesinin yerini başka bir hukuk öznesinin alması şeklinde tanımlanabilir⁶⁴⁹.

Külli halefiyet, uygulamada daha çok görülen, malvarlığına ve işletmeye dahil olan hak ve borçların ayrı ayrı devir işlemlerinin yerine getirildiği cüz'i halefiyetten ayrılmaktadır. İşletmelerin bütünlüğünü koruma gereği ve ortaya çıkabilecek ekonomik ve hukuki güçlüklerin giderilmesi amacıyla birleşmede cüz'i halefiyet yerine küll'i halefiyet ilkesi uygulanmaktadır⁶⁵⁰.

Devir suretiyle birleşmede birleşen şirketin infisahının ticaret siciline tescil edilmesi, yeni kuruluş suretiyle bölünmede ise infisah eden şirketlerin infisahı ile yeni kurulan şirketin ticaret siciline tescili külli halefiyet ilkesi gündeme gelir. Külli halefiyet ilkesinin işlemesi bakımından tescil kurucu niteliktedir. Daha önce bölünmeye ilişkin süreçlerde açıkladığımız üzere, genel hükümlere tabi şirketlerden farklı olarak anonim şirketlerde külli halefiyet için üç aylık bekleme süresi uygulanmadığından ticaret siciline tescil ile birleşmenin sonuçları doğar.

Külli halefiyet ilkesinin ortaklıklar hukukundaki önemi, geniş bir alanda uygulanması sonucunu beraberinde getirmiştir⁶⁵¹. Örneğin, sükna hakkı, intifa hakkı

⁶⁴⁸ Türk, **Birleşme**, s. 150 vd., Yasaman, **Birleşme**, s.22, Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1502, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.124.

⁶⁴⁹ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 150-151; Yargıtay, devralan yada yeni kurulan şirketin önceki şirketin bir elemanının meslek hastalığından dolayı önceki şirketin tazminat borcunun yeni şirkete geçtiğini belirten bir kararında; TTK'nun 151. maddesine göre iki şirket birleşirse, ortadan kalkan şirketin hak ve borçlarının kalan şirkete veya yeni kurulan şirkete geçeceğini söylemiştir, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.10.1995 tarih, 1993/5037 Esas ve 1994/5463 Karar sayılı kararı.

⁶⁵⁰ Türk, **Birleşme**, s. 152, Yasaman, **Birleşme**, s.22.

⁶⁵¹ Yargıtay 13. HD. 08.12.2006 1994/ 9457 Esas ve 1994/ 11059 sayılı kararında; Külli halefiyet ilkesinin uygulanması bakımından Yargıtay bir kararında, davanın devamı sırasında devir işleminin olması durumunda devralan hasım gösterilerek davanın yürütülmesi gerektiğini ifade etmiştir, Yargıtay HGK, 20.3.1963, 6/65 Esas ve 31 Karar sayılı kararı sözleşmelerden doğan hakların ve borçların, külli halefiyet ilkesi gereğince devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçeceğine ilişkin olarak; "iki ticari ortaklığın birleşerek yeni bir ortaklık meydana getirmeleri

gibi kişiye bağlı sınırlı aynı hakların birleşme yoluyla intikalinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁶⁵². Öte yandan külli halefiyet ilkesinin uygulanmasında tek bir geçiş işlemi söz konusu olduğundan malvarlığına dahil unsurlar için tescil, teslim, alacağın nakli, veya kanunda öngörülen şekil şartlarına da uyulması zorunluluğu yoktur.

c. Alacaklıların Korunması

TTK. madde 451 f. 2, “İnfisah eden şirketin malları, borçları tediye veya temin edilinceye kadar ayrı olarak ve devralan şirket tarafından idare olunur” düzenlemesi ile “malvarlıklarının ayrı yönetimi” olarak ifade edilen bir sistem öngörmüştür.

“Malvarlıklarının ayrı yönetimi birleşmenin tescilinden ortaklık mevcudunun pay sahiplerine dağıtılması caiz olduğu ana kadar devam eder”⁶⁵³. Diğer taraftan TTK. madde 451 f. 5’te birleşen şirketin alacaklıları ile birleşilen şirket alacaklılarının arasındaki ilişkide, birleşen şirketin malvarlığının ayrı bir yönetime tabi olduğu ve bu malvarlığı üzerinde birleşilen şirket alacaklılarının yararlanamayacağı kabul edilmiştir⁶⁵⁴.

Tasarıda ise malvarlığının ayrı yönetimine ilişkin sistemin terk edilerek, alacaklıların korunması ile ilgili kanuni düzenlemenin getirildiği görülmektedir⁶⁵⁵.

halinde yeni ortaklık eskilerin hukuki ardası olur ve bu bakımdan eski ortaklıklardan birinin kirası altında bulunan yerin kiracısı durumuna girer” şeklinde hüküm tesis etmiştir.(Yayınlanmamış karar)

⁶⁵² Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 169 vd.; Yasaman, **Birleşme**, s.28.

⁶⁵³ Yasaman, **Birleşme**, s.99.

⁶⁵⁴ Yasaman, **Birleşme**, s. 99.

⁶⁵⁵ Tasarı madde 157, “1) Birleşmeye katılan ortaklıkların alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde talepte bulunurlarsa, devralan ortaklık bunların alacaklarını güvence altına alır.

(2) Birleşmeye katılan ortaklıklar, alacaklılarına, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde üç kez yapacakları ilânla, haklarını bildirirler. Uzman bir bağımsız denetleme kuruluştur, birleşmeye katılan ortaklıkların serbest malvarlıklarının, ödenmesine yetmeyeceği bilinen bir alacakları bulunmadığını veya böyle bir alacak talebi beklenmediğini doğruladığı takdirde ilân yükümlülüğü ortadan kalkar.

(3) Devralan ortaklık alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini ispat ederse, temin etme yükümü ortadan kalkar.

(4) Diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması halinde, yükümlü ortaklığügüvence göstermek yerine borcu ödeyebilir.” TTK Tasarısı, s.40

Moroğlu, söz konusu maddeye ilişkin değerlendirmesinde, ilanla bildirimin şirketin web sitesinde yapılmasının öngörülmesi ve birleşmeyle üçüncü kişilerin alacaklılarının tehlikeye düşürülmediğini isbat yükümünün bağımsız denetim kurulu raporuyla kanıtlanması gerektiği görüşündedir; Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, 3. Bası, s.82.

Birleşilen Şirketin Yönetim Kurulunun Sorumluluğu ise TTK. madde 451 f. 3'te, birleşilen şirketin yönetim kurulu üyelerinin, alacaklılara karşı infisah eden şirket mallarının ayrı olarak idaresini temin hususunda şahsen ve müteselsil sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

d. Pay Sahiplerinin Korunması

Birleşmede kural, pay sahipliği haklarının devamlılığıdır(TTK. Madde 451/8)⁶⁵⁶. Yani pay sahiplerinin birleşmeden önce sahip olduğu haklara birleşmeden sonra da aynen sahip olması esastır. Pay sahipleri, birleşme kararının verilmesinden önce hazırlık aşamalarında veya genel kurul sırasında inceleme ve bilgi alma haklarını kullanabilirler. TTK 362. maddesinde düzenlenen ve “malumat alma hakkı” olarak ifade edilen bilgi alma hakkı anonim ortaklığın iktisadi ve mali durumu, iş ve işlemleri, şirketin tüm aşamalarındaki faaliyetleri ile üçüncü kişilerle olan ticari ilişkileri öğrenmesi ve bu bilgi çerçevesinde hareket etmesi için tanınmış bağımsız, mütesep bir haktır⁶⁵⁷. TTK.'nın 363. maddesinde ise doktrinde bilgi alma hakkıyla bağlantılı olduğu kabul edilen “inceleme hakkı” düzenlenmiştir. TTK. madde 451 ve 452' de düzenlenmemekle birlikte bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılabileceği kabul edilmelidir.

⁶⁵⁶ Tasarı Madde 140; “Devrolunan ortaklığın ortaklarının, mevcut ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerde, devralan ortaklığın ortaklık payları ve hakları üzerinde talep hakları vardır. Bu talep hakkı, birleşmeye katılan ortaklıkların malvarlıklarının değeri, oy haklarının dağılımı ve önem taşıyan diğer hususlar dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir.

Devrolunan ortaklığın oydan yoksun paylarına sahip ortaklarına aynı değerde, oydan yoksun veya oy hakkını haiz paylar verilir.

Devrolunan ortaklıkta mevcut bulunan paylara bağlı imtiyaz hakları karşılığında, devralan ortaklıkta eşdeğerde haklar veya uygun bir karşılık verilir.

Devralan ortaklık, devrolunan ortaklığın intifa senedi sahiplerine, eşdeğerli haklar tanımak veya intifa senetlerini, birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarihteki gerçek değeriyle satın almak zorundadır.” TTK Tasarısı, s.10

⁶⁵⁷ Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, Ankara 2001, s. 225 vd.; Veliye Yanlı, **Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması**, Beta Basım A.Ş., Kırklareli, Mart 2005, s.95 vd.

Anonim şirket birleşmelerinde, yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik hallerinin uygulanabileceği kabul edilmekte ise de, birleşmenin tescilinden veya sicilden terkinden a sonra pay sahiplerinin dava hakkı olup olmadığı tartışmalıdır⁶⁵⁸.

C. Sermaye Piyasası Kanunu

Sermaye Piyasasına ilişkin olarak anonim şirket birleşmelerinde yapılacak işlemlerin usul ve esaslarının belirlendiği 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK)⁶⁵⁹ 28.7.1981 tarihinde kabul olmuştur. Esas olarak Sermaye Piyasası Kanunu “sermayeyi tasarruf sahiplerinden alarak, bu sermayeyi kullanmak için gerekli üretim imkânlarına sahip rekabete dayalı bir kazanç ödemeye istekli kişilere doğru hareket ettirmekte”⁶⁶⁰ ve bu kanunun konusu⁶⁶¹, kanunun birinci maddesinde “Tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemektir” şeklinde belirtilmiştir⁶⁶². “Başka bir ifade ile kanunun konusu, etkin ve yaygın katılımın sağlanması amacına dönük olarak sermaye piyasasının, güven, açıklık, istikrar-kararlılık içinde çalışmasını temin, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarını korumak için düzenleme ve denetim yapmaktır”⁶⁶³.

1. Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü

SPK.’nın amacını gerçekleştirmek için öngördüğü en önemli yükümlülük “Aydınlatma Yükümlülüğü”dür⁶⁶⁴. Söz konusu bu yükümlülük Sermaye Piyasası Kanunu gereği “...kamunun sürekli aydınlatılması temelinde, sermaye piyasasının açıklık ve dürüstlük içinde işleyişini sağlamak, tasarruf sahipleri, ortaklar ve diğer ilgililerin zamanında bilgilendirilmesini temin etmek amacıyla, sermaye piyasası

⁶⁵⁸ Yasaman, **Birleşme**, s.116 vd.

⁶⁵⁹ 30.7.1981 tarih ve 17416 sayılı RG.

⁶⁶⁰ Doğan Kütükçü, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Beta Basım AŞ., Kırklareli, Ağustos 2004, s. 10.

⁶⁶¹ “SPK kapsamına, “sermaye piyasası araçları”, halka arz esasları”, “ihracçılar”, “borsalar ve diğer piyasalar”, “sermaye piyasası kurumları” ve “sermaye piyasası kurulu” dahildir. Ayşe Sümer, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, Der Yayınları, İstanbul 1998, s.13

⁶⁶² Selami Şengül, **Sermaye Piyasası Mevzuatı Açıklama ve Yorumları**, İmaj Yayıncılık, Ankara, Ekim 2002, s.7.

⁶⁶³ Selami Şengül, **Sermaye Piyasası Mevzuatı Açıklama ve Yorumları**, s.7.

⁶⁶⁴ “Dönemsel raporlar, yani mevcut durum raporları, ara (çeyrek) dönem raporları ve yıllık raporlar, “sürekli” aydınlatma yükümünün özünü oluşturlar” Kütükçü, s.33.

araçlarının değerini ve yatırım kararlarını etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerden haberdar etmek yer almaktadır”⁶⁶⁵.

a. Amerikan Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Sistemi

“Amerika’da sermaye piyasasının yasal düzenlemesinde ayrıntılı ve emredici bir şekilde kamuyu aydınlatma görevi düzenlenmiştir. Bu sistemde bazı istisnalar hariç aydınlatma görevinin neye karşı ne zaman gerçekleşeceği de ayrıntılı olarak yer almaktadır. Bu sistemin amaçlarından biri yatırımcının korunması olup başka bir amacı da sermaye piyasası araçlarının fiyatının tam olarak tespitini sağlamaktır⁶⁶⁶”.

b. Avrupa Birliği Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Sistemi

“Avrupa Birliği’nin sermaye piyasası alanında izlediği politikanın temel taşı “şeffaflık” oluşturmaktadır. Bu ilke Avrupa Birliği kararları ile de desteklenmiştir. İlkenin özünü yasaklamaktan ziyade mümkün olduğunca açıklama yapılması ve şeffaflığın sağlanması düşüncesi oluşturmaktadır⁶⁶⁷”.

c. Türk Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Sistemi

Aydınlatma yükümlülüğü, Türk Hukukunda yatırımcıların korunması amaçlı olarak düzenlenmiş ve Sermaye Piyasası Kanunu’na 16’ncı maddeden sonra gelmek üzere Kamunun Aydınlatılmasında Özel Durumlar 16/A maddesi ile eklenmiştir⁶⁶⁸. Söz konusu “Kamunun Aydınlatılmasında Özel Durumlar” başlıklı 16/A hükmü şu şekildedir. “Halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak, hisse senedi toplama girişiminde bulunulmasında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesinde veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren, hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar.

⁶⁶⁵ Reha Tanör, **Türk Sermaye Piyasası**, Beta Basım AŞ. Kırklareli, Kasım 2000, s.212, Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, s. 9 vd.

⁶⁶⁶ Yanlı, **Halka Açık Anonim Şirketler**, s.221,222.

⁶⁶⁷ Veliye Yanlı, **Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri, Şirket Birleşmeleri**, Alfa Basım, Ocak 2004, s. 179.

⁶⁶⁸ 3794 sayılı Kanun, RG., 13.05.1992 tarihli ve 21227 sayılı.

Hisse senetleri borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri, genel müdür ve yardımcıları ile sermayenin % 10 veya daha fazlasına sahip ortakları, malik oldukları anonim ortaklıklara ait hisse senetleriyle ilgili olarak, Kurulun kamuyu aydınlatma açısından gerekli gördüğü bilgileri, belirlenecek şekil ve esaslar dahilinde Kurula ve ilgili borsalara ve teşkilatlanmış diğer piyasalara bildirmekle yükümlüdürler.” Yine bu yükümlülüğün açıklanmasına ilişkin olarak Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: VIII, Tebliğ No:39)’de⁶⁶⁹ düzenlemeleri mevcuttur. Anılan tebliğin 5/2 hükmü “...yapılacak açıklamalar aşağıda belirtilen durumlarla sınırlı olmayıp, yatırım kararlarını ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek her türlü bilginin bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde kamuya açıklanması zorunludur.” Şeklinde olup aydınlatma yükümlülüğünü çok açık bir şekilde düzenlemektedir.

Aydınlatma yükümlülüğü genel olarak üç temel işlevi yerine getirmeye çalışmaktadır. “Bunlar; koruyuculuk, caydırıcılık ve aydınlatıcılıktır. Koruyuculuk işlevi, yatırımcıya menkul kıymet ihraç eden şirketlerin yönetimi, finansal durumu ve faaliyet sonuçları ile menkul kıymetlerin nitelikleri hakkında yeterli ve doğru bilgilerin zamanında ulaştırılması yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılır. Dolayısıyla, yatırımcının bilgilendirilmesi onun aldatılmasını engelleyen koruyucu bir araç olmaktadır. Caydırıcı işlev, hileli veya ahlak dışı uygulamalardan uzak durmalarıdır. Aydınlatıcı işlev ise, yatırımcıya yatırım kararını verebilmesi için gerekli olan bilgilerin ayrıntılı olarak sunulmasını amaçlar⁶⁷⁰”.

Sermaye şirketlerinde birleşmeye yönelik olarak yapılmış düzenleme⁶⁷¹ ilk olarak SPK’ nun Seri: I, No:26 sayılı “Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği’nin 12. maddesi ile yapılmış olmakla beraber, SPK’ nın

⁶⁶⁹ RG. 20.7.2003 tarih ve 25174 sayılı.

⁶⁷⁰ Cemal Küçüksözen, **Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**. Pelin Ofset, Ankara, Mayıs 1999, s.15.

⁶⁷¹ “Sermaye Piyasası Kanunu’nda birleşme ile ilgili detaylı düzenlemelerin olmamasının nedenlerinden en önemlileri; birleşme işlemlerinin TTK’nda halihazırda detaylı olarak tanımlanması, Türkiye’de çok fazla birleşme olmaması ve daha da önemlisi birleşme işlemlerinin hemen hemen tamamının grup şirketleri arasında meydana gelmesinin en önemli nedeni ise birleşmeye ilişkin Kurumlar Vergisi Kanunu düzenlemeleridir.” Arif Uğur, **Sermaye Piyasası Düzenlemeleri Açısından İşletme Birleşmeleri, Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı 146, s.155.

“Seri: I, No: 31 Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği”⁶⁷² ile 26 sayılı tebliğde yer alan 12. md. ile birlikte 2. md. nin 2. fıkrasının f bendi ve tebliğin ekindeki 5A ve 5B ekleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

31 sayılı Tebliğin düzenlenmesi ve yayınlanmasını takiben, Seri: I, No: 33 “Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”⁶⁷³ ve Seri: I, No: 35 “Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”⁶⁷⁴ ile olmak üzere iki defa yapılan değişiklik düzenlemeleri tebliğ edilmiştir.

SPK mevzuatındaki son değişiklik ile düzenlenen 31 No.’lu Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği’ nin amacı, ortaklık devralma veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde taraflardan en az birinin halka açık anonim ortaklık olması durumunda, birleşme işlemlerinde uyulacak esasları düzenlemektir. 2. md’de ise Tebliğin hazırlanma dayanağı olarak, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 16/A maddesi gösterilmiştir.

Görüldüğü gibi 31 No’lu Tebliğin dayanağı Sermaye Piyasası Hukukunun amacı olan “aydınlatma yükümlülüğü”dür.

2. Koşulları

Anonim şirketlerin birleşmeleri Türk Ticaret Kanunu madde 451 ve 452’ye göre olmaktadır. Sermaye Piyasası Kanununa tabi anonim şirketlerin birleşmelerine yönelik olarak dikkate alınacak hükümler ise Ticaret Kanunundan ayrı olarak, kendine özgü bir düzenlemeye sahiptir⁶⁷⁵. Ancak söz konusu bu şirketlere yönelik olarak yapılacak olan birleşme ve devralmalara ilişkin koşullar TTK’dan farklı bir özellik arz etmemektedir. Birleşmenin Sermaye Piyasası Kanunu’nda bir tanımı yapılmamıştır. Burada dikkate alınacak tanım da Ticaret Kanununda yer alan tanımdır.

3. Türleri

Sermaye Piyasası Kanunu kapsamındaki şirketlerin birleşmesine ilişkin 31 No’lu tebliğin 3. maddesinde kanunda geçen bazı tanımlara yer verilmiştir. Bu madde kapsamında;

⁶⁷² RG. 14.7.2003 tarihli ve 25168 sayılı.

⁶⁷³ RG. 3.3.2006 tarihli ve 26097 sayılı

⁶⁷⁴ RG. 30.10.2006 tarihli ve 26331 sayılı.

⁶⁷⁵ Veliye Yanlı, *Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri*, s.74.

Birleşme:“Ortaklık devralma yoluyla veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu hükme göre bu tebliğ ile getirilen düzenlemeyle de tıpkı TTK. düzenlemesinde olduğu gibi 2 adet birleşme yolu kabul edilmiş olup, bunlar “Devralma Yolu İle Birleşme” ve “Yeni Ortaklık Kurulması Yoluyla Birleşme”dir⁶⁷⁶.

a. Devralma Yoluyla Birleşme

Bu tür birleşmeye katılma (iltihak) da denilmektedir. Söz konusu birleşme “En az bir ortaklığın, aktif ve pasifini bir bütün olarak başka bir ortaklığa devrederek, tasfiyesiz infisah etmesi, devralan ortaklığın hisselerinden devrolan ortaklığın ortaklarına verilmesi ve devralan ortaklığın tüzel kişiliğini devam ettirmesi” şeklinde tebliğde tanımlanmış olup Ticaret Kanunu düzenlemesinden içerik olarak bir farkı bulunmamaktadır. Burada tıpkı TTK. düzenlemesinde olduğu gibi mevcut iki ortaklıktan birinin sona ererek diğer bir ortaklığa katılmasıyla devralma yoluyla birleşmenin gerçekleşeceği kabul edilmiştir.⁶⁷⁷

b. Yeni Ortaklık Kurulması Yoluyla Birleşme

Yine tebliğde yer alan ikinci birleşme türü “İki veya daha çok ortaklığın, tasfiyesiz infisah yoluyla, tüzel kişiliklerini sona erdirerek, aktif ve pasiflerini bir bütün olarak birleştirmek suretiyle kurulacak yeni bir ortaklığa devretmeleri ve yeni kurulan ortaklığın hisselerinin sona eren ortaklıkların ortaklarına hisseleri oranında verilmesi”⁶⁷⁸, olarak tanımlanmış olup bu birleşme türünün de Ticaret Kanunu düzenlemesinden farkı bulunmamaktadır.

Anılan bu iki birleşme türünün Ticaret Kanunu düzenlemesinden farkı birleşme sürecine yani bu süreçte uygulanacak usule ilişkin olup bu konuya ilişkin düzenlemeler aşağıda açıklanacaktır.

4. Süreç

a. Hazırlık Aşaması

Doğrudan hazırlık aşamasına ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, birleşme süreci birleşecek şirketlerin bu konuda yapacakları görüşmeler ile başlar. Bu görüşmeler

⁶⁷⁶ Lebib Yalkın süreli yayınları, sermaye piyasası mevzuatı,

⁶⁷⁷ Yanlı, *Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri, Şirket Birleşmeleri*, s. 77

⁶⁷⁸ www.spk.gov.tr

genellikle daha sonra imzalanacak birleşme sözleşmesinin hazırlık aşamasını oluşturur. Birleşmenin ana hatları, birleşecek şirketlerin yönetimcileri arasındaki pazarlıklar sonucu bu aşamada ortaya çıkar. Birleşmenin hukuksaldan ziyade ekonomik boyutunun söz konusu edildiği bu aşamada taraflar, birleşme dolayısıyla doğabilecek mali ve vergisel sorunlar, yönetim kurulunun oluşumu, diğer personelin durumu gibi konularda anlaşmaya varırlar.⁶⁷⁹ Bu aşamada yönetim kurulu tarafından bazı hazırlıklar yapılmaktadır. Esasen bu aşamada hazırlıktan ziyade öncelikle birleşme işlemlerine başlanabilmesi için yönetim kurulunca karar alınacak, bu karar TTK düzenlemesinden farklı olarak genel kurul kararı olmasa dahi bağlayıcı olacaktır. Söz konusu bu durum birleşme ve devralmalarda uygulanan 31 No'lu tebliğin 4. maddesinden çıkarılmakta olup madde hükmü şu şekildedir. “Birleşme işlemlerine başlanması için birleşmeye taraf ortaklıklarda yönetim kurulunun karar alması yeterli olmakla beraber, taraflar istediği takdirde genel kurul, birleşme işlemine, birleşme sözleşmesinin hazırlanmasına ve esaslara ilişkin olarak karar alabilir veya söz konusu hususların tespiti ile ilgili olarak yönetim kuruluna yetki verebilir.”⁶⁸⁰ Görüldüğü gibi burada genel kurulun karar alması tarafların isteğine bağlanmış olup, devralma kararı alınırken genel kurula gitmeyi zorunlu kılan TTK hükümlerinden ayrılmıştır.

b. Finansal Tabloların Hazırlanması Ve Özel Bağımsız Denetim

Birleşmeye taraf ortaklıkların birleşme işlemine esas alınacak finansal tablolarını hazırlamaları gerekmektedir⁶⁸¹. Söz konusu bu finansal tablolar Sermaye Piyasası Kurulunun muhasebe standartlarına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanacaktır.

Kural olarak kurulun bağımsız denetim standartları çerçevesinde özel bağımsız denetimden geçirilmesi de zorunludur. Ancak birleşmeye esas olan ve muhasebe standartlarına uygun hazırlanan finansal tabloların bağımsız denetimleri yapıldığı takdirde, kurulun özel bağımsız denetimden geçirilmesi 31 Nolu tebliğin 5/1 maddesine göre gerekmeyecektir.

Devralma yoluyla birleşmede sermaye artırımının tesciline, sermaye artırımının gerekmediği durumlarda ise birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul

⁶⁷⁹ Yanlı, *Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri, Şirket Birleşmeleri*, s. 78.

⁶⁸⁰ www.spk.gov.tr

⁶⁸¹ Ahmet Hayri Durmuş(Derleyen), *Uluslar Arası Muhasebe Standartları*, İstanbul 1992, s. 40 vd, Nalan Akdoğan/Nejat Tenker, *Finansal Tablolar ve Mali Analiz Teknikleri*, Gazi Kitabevi, Ankara 1998, s. 3.

toplantısının tesciline kadar, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde ise yeni ortaklığın tesciline kadar, bazı işlemlerin yapılması halinde söz konusu ortaklıklar son durum itibarıyla finansal tablolarını yeniden hazırlayacaklardır. Anılan bu durumlar birleşmeye taraf olan ortaklıkların esas faaliyet konularının dışında kalan, birleşme oranının hesaplanmasında esas alınan özkaynakları ve finansal tabloları etkileyen işlemlerin yapılmasıdır.

Bu işlemlerin varlığı halinde finansal tabloların yeniden hazırlanmasının yanısıra kurulun bağımsız denetim standartları çerçevesinde özel bağımsız denetimden geçirilmeleri ve birleşme işleminde söz konusu bu yeni finansal tabloların esas alınması gerekmektedir.

Anılan bu düzenlemeler TTK'da yer almamakta ve sermaye piyasasına bağlı şirketlerdeki devirlere özgü bir durum oluşturmaktadır.

c. Bilirkişi İncelemesi

Birleşmeye taraf ortaklıkların özkaynaklarının tespiti amacıyla mahkemece bilirkişi atanmaktadır. Devralma yoluyla birleşme halinde, devralan şirketin artacak olan sermayesinin karşılığını devreden şirketin malvarlığı oluşturacağı için, diğer bir ifade ile sermaye artırımı devralan anonim şirket açısından aynı sermaye konulması niteliğinde olduğu için bu malvarlığının değeri bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edilir⁶⁸². Aynı durum, yeni şirketin sermayesini, birleşen şirketlerin, bu şirkete devrettikleri mallarının oluşturduğu kuruluş yolu ile birleşme halinde de söz konusudur⁶⁸³. Tüm bu hususların yapılması için atanmış olan bilirkişi söz konusu incelemeyi yaptıktan sonra raporunu kurula verirken kurul tarafından şu hususlar göz önüne alınacaktır:

- Birleşmeye taraf ortaklıkların özkaynak tespitleri,
- Birleşme işleminde, özkaynak yönteminin uygulanması halinde sadece bu yöntemle göre, özkaynak yöntemi dışında bir yöntemin uygulanması halinde ise hem özkaynak yöntemi hem de seçilen diğer yöntemle göre hesaplanacak birleşme oranları ve değiştirme oranları,
- Birleşme işleminde kullanılacak yöntem/yöntemlere göre,

⁶⁸² Yanlı, *Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri, Şirket Birleşmeleri*, s.79.

⁶⁸³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar* , N.159c.

Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemi nedeniyle gerçekleştirilecek sermaye artırımının tutarı ve artırım tutarının hesaplanma esasları,

Yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde yeni kurulacak ortaklığın sermaye tutarı ve hesaplanma esasları.

Kurul bu hükümler kapsamında değerlendirmesini yapacaktır.

d. Uzman Kuruluş İncelemesi

31 No'lu tebliğin 8. maddesine göre; Birleşmeye taraf ortaklıkların özkaynaklarının tespiti amacıyla mahkemece atanan bilirkişi incelemesine ek olarak nitelikleri Kurulca belirlenen bağımsız denetim kuruluşları, bu kuruluşların üyelik anlaşmasına sahip olduğu yabancı şirketlerle yapılan lisans, know-how ve benzeri sözleşmeler çerçevesinde faaliyette bulunan danışmanlık şirketleri, halka arza aracılık ve yatırım danışmanlığı yetki belgesinin her ikisine birlikte sahip olan aracı kurumlar veya mevduat kabul etmeyen bankalardan biri tarafından da inceleme yapılır ve söz konusu inceleme rapora bağlanır. Bu rapor daha sonra kurul tarafından incelenecektir.

Kurul tarafından incelenecek olan bu raporda aranan unsurlar şunlardır:

- 1) Birleşmeye taraf ortaklıkların özkaynak tespitleri,
- 2) Birleşme işleminde, özkaynak yöntemi ve bu yöntemle birlikte uygulanabilecek en az iki yöntem ve bu yöntemlere göre hesaplanacak birleşme oranları ve değiştirme oranları ile bu yöntemler arasından birleşme işlemi için kullanılacak yöntemin seçilme gerekçesi,
- 3) Birleşme işleminde kullanılabilecek her bir yönteme göre,

Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemi nedeniyle gerçekleştirilecek sermaye artırımının tutarı ve artırım tutarının hesaplanma esasları,

Yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde yeni kurulacak ortaklığın sermaye tutarı ve hesaplanma esasları,

- 1) Birleşme oranının adil ve makul olup olmadığına ilişkin görüş,
- 2) Kullanılan yöntemlerin söz konusu durumlarda yeterli olup olmadığına ilişkin açıklama,
- 3) Değerleme yöntemleri ile ilgili bir sorun ile karşılaşmış ise, bu sorunlara ilişkin açıklama.

e. Birleşme Sözleşmesinin Hazırlanması

Birleşme en az iki anonim şirket arasında gerçekleşir. Bununla birlikte birleşecek

şirketlerin sayısına bir üst sınır getirilmemiştir. Diğer bir ifade ile gerek devralma gerekse yeni kuruluş yolu ile birleşmede ikiden fazla şirketin birleşmesine bir engel bulunmamaktadır. Devralma yoluyla birleşmede sözleşmenin taraflarından birini devralan şirket, diğerini ise devrolan şirket oluşturmaktadır. Yeni kuruluş yolu ile birleşmede ise, birleşme sözleşmesi yeni şirketin kurucusu olarak bir araya gelen şirketler arasında yapılmaktadır⁶⁸⁴.

Söz konusu bu sözleşmenin içeriğine dair herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından taraflar sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebileceklerdir. Ancak içerik de ne olursa olsun pay sahipleri sözleşmedeki esaslar ve bilgiler ile birleşmeye ilişkin oy kullanacakları için sözleşmenin kapsamlı ve açıklayıcı olmasında fayda vardır.

Birleşmeye tabi şirketlerin yönetim kurulları tarafından hazırlanacak olan bu sözleşmenin tebliğde yer alan asgari şartlarla hazırlaması gerekmektedir. Söz konusu bu asgari şartlar şu şekilde olup mutlak surette bunlara uymak gerekmektedir.

1) Birleşmeye katılacak tarafları tanıtıcı genel bilgiler,

2) Ortaklık devralma yoluyla birleşme işleminde karşılıklı ve birbirine uygun devrolma ve devralma iradeleri ile devrolan ortaklığın malvarlığının tasfiyesiz ve bir bütün halinde devralan ortaklığa geçeceğini belirten hüküm, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde ise infisah edecek ortaklıkların malvarlıklarının tasfiyesiz ve bir bütün halinde yeni kurulacak ortaklığa geçeceğini belirten hüküm,

3) Birleşme işlemine esas teşkil eden bilirkişi raporunun, uzman kuruluşun birleşmeye ilişkin raporunun ve Kurul'dan alınan onayın tarih ve sayısı,

4) Birleşme işleminin hangi tarihli mali tablolar üzerinden gerçekleştirileceği,

5) Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde, devralan ortaklığın artırılacak sermaye tutarı veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde yeni kurulacak ortaklığın sermaye tutarı ile her iki halde de değiştirme oranı, infisah eden ortaklığın pay sahiplerine verilecek hisse senetlerinin nevi ve nominal değeri,

6) Hisse senetlerinin değişimi sonucu küsurat kalması halinde ortaklara kesir makbuzu verileceğini belirten hüküm,

7) Birleşme işlemine taraf ortaklıklarda imtiyazlı paylar, intifa senetleri ile tahvil

⁶⁸⁴ Yanlı , **Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri**, Şirket Birleşmeleri, s.81.

ve benzeri borçlanma senetlerinin varlığı halinde birleşme sonrasında ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde devralan, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde ise yeni kurulacak ortaklık bünyesinde söz konusu senetlere ilişkin hakların devam edip etmeyeceği,

8)Varsa oydan yoksun hisse senetlerine ilişkin olarak uygulanacak esaslar,

9)Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde devralan, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde ise yeni kurulacak ortaklığın, birleşme işlemine taraf ortaklıkların tahakkuk etmiş ve birleşme tarihine kadar tahakkuk edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer yükümlülüklerini yerine getireceğini bir taahhütname ile vergi dairesine yasal süresi içerisinde bildireceğini belirten hüküm,

10)Devralma yoluyla birleşme işleminde devrolan ortaklıkların, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde ise infisah edecek ortaklıkların üçüncü şahıslara olan borçlarının vadelerinde devralan veya yeni kurulacak ortaklık tarafından tam ve eksiksiz olarak ödeneceğini belirten hüküm,

11)Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde devrolan, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde ise infisah edecek ortaklıkların vadesi geldiği halde alacaklıların müracaat etmemesi nedeniyle ödenmemiş olan borçları ile vadesi gelmemiş ve/veya ihtilaflı bulunan borçlarına ilişkin olarak TTK'nın 445.maddesi çerçevesinde hareket edileceğini belirten hüküm,

12)Birleşme işleminin taraflara yüklediği diğer borç ve yükümlülükler,

13)Tarafların birleşme sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda tarafların katlanacağı sonuçları belirten hüküm,

14)Ortaklık devralma yoluyla birleşme işleminde devralan ortaklığın esas sözleşmesinde yapılacak değişiklikler ile yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde yeni kurulacak ortaklığın esas sözleşme taslağı,

15)Tarafların yönetim kurulları tarafından genel kurulların toplantıya çağrılacağı azami süre, bu süre içerisinde genel kurulların toplanamaması halinde birleşme"ye yönelik düzenlemeler birleşme sözleşmelerinde yer alacaktır.

Tebliğin taslağında, birleşme türlerinin devralma ya da yeni kuruluş suretiyle olması arasında bir ayırım yapılmadan birleşme sözleşmesinin noter tarafından onaylanması şartı aranmış olup, daha sonra bu şart kaldırılmıştır. Dolayısıyla bugünkü düzenlemede sözleşmenin yazılı yapılması yeterli görülmüş, ayrıca bir de resmi şekil

aranmamıştır⁶⁸⁵.

Bu sözleşmenin hazırlanmasından sonra yönetim kurulunca hazırlanan rapor, birleşme oranı⁶⁸⁶ başta olmak üzere, birleşme sözleşmesini açıklayan, birleşmenin hukuki ve iktisadi gerekçelerini ortaya koyan ve değerlemeyi etkileyen hususları içerecektir.

f. Sermaye Piyasası Kurulu Onayı

Birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kuruldan önce kurulun onayı alınacaktır. Kurul incelemeyi SPK'ya göre yapacaktır. Kurula başvuru için bazı belgelerin varlığı gerekmektedir. Bu belgeler;

- 1) Birleşmeye ilişkin yetkili organ kararları,
- 2) Birleşmeye taraf ortaklıkların her birinin tek bir metin haline getirilmiş esas sözleşmeleri,
- 3) Birleşme sözleşmesi taslağı,
- 4) Mahkemece tayin edilecek bilirkişilerce hazırlanacak rapor,
- 5) Uzman kuruluşun birleşmeye ilişkin raporu,
- 6) Özkaynakların rayiç bedel üzerinden değerlendirilmesi halinde ekspertiz raporları,
- 7) Özel bağımsız denetim raporları,
- 8) Ortaklık devralma yoluyla birleşme işleminde devralan ortaklığın varsa esas sözleşmesinde yapılacak değişikliklere ilişkin esas sözleşme tadil metinleri ve esas sözleşme değişikliğine ilişkin yönetim kurulu kararı ile yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde yeni kurulacak ortaklığın esas sözleşme taslağı,
- 9) Ortaklık devralma yoluyla birleşmede, devrolan; yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede, infisah edecek ortaklıkların ortaklarına verilecek hisselerin miktar ve oranı ile hisselerin niteliğine ilişkin bilgi,
- 10) Rekabet Kurumu'ndan birleşmeye ilişkin olarak alınan izin belgesi,
- 11) Birleşmeye taraf ortaklıkların tabi oldukları özel mevzuat hükümleri uyarınca diğer resmi kurumlardan alınacak onaylar,
- 12) Birleşmeye taraf ortaklıkların sermayelerinin ödendiğini gösteren mali

⁶⁸⁵ Yanlı, *Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri*, Şirket Birleşmeleri, s.82.

⁶⁸⁶ “Birleşme oranı, birleşmede kullanılacak yöntem esas alınarak hesaplanan oranı ifade eder (m.3)” Yanlı , *Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri*, Şirket Birleşmeleri, s.82.

müşavir raporları,

13) Birleşmenin hukuki ve iktisadi gerekçelerini ortaya koyan ayrıntılı yönetim kurulu raporu,

14) Devir veya birleşmeden itibaren 3 yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini mali tablolar ile birleşme sonrası tahmini açılış bilançosu,

15) Birleşme gerekçesi,

16) Kurul'ca istenecek diğer bilgi ve belgeler”dir ve görüldüğü gibi son hükümle tahdidi olmaktan çıkarılmıştır.

g. Genel Kurul Onayı

Pay sahipleri birleşme sözleşmesinin onaylanacağı toplantı gününde önce bilgilendirilceklerdir. Pay sahiplerinin bilgilendirilmesi tebliğin 12. maddesinde yer alan usul çerçevesinde olacaktır. Buna göre burada öncelikle tebliğin devamında yer alan ve kurul tarafından onaylanan duyuru belgeleri ile bunun yanında birleşme sözleşmesi ilan edilecektir. Söz konusu ilan hisse senetleri Borsa’da işlem gören ortaklıklarca bir gazetenin Türkiye baskısı ile ortaklık merkezinin bulunduğu yerde çıkan en yüksek tirajlı iki mahalli gazeteden birinde; hisse senetleri Borsa’da işlem görmeyen ortaklıklarca mahallinde yayınlanan veya dağıtılan en az iki gazetede, birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul toplantısından en az 30 gün önce ilan edilerek tasarruf sahiplerine duyurulması zorunludur. Ortaklıklar, mahalli gazetede ilan yükümlülüklerini ülke çapında dağıtılan gazetelerde ilan etmekle de yerine getirebilirler. Birleşmeye taraf ortaklıklardan en az birinin hisse senetlerinin Borsada işlem görmesi halinde, söz konusu duyuru metni ve eki birleşme sözleşmesi Borsa Bülteni’nde ve İMKB’nin web sayfasında da ilan edilmek üzere genel kurul toplantısından en az 30 gün önce Borsa’ya gönderilir. Hisse senetleri Borsa’da işlem görmeyen ortaklıklarda ise duyuru metni ve eki birleşme sözleşmesi birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul toplantısından en az 30 gün önce başlamak üzere, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde yeni ortaklığın tesciline, ortaklık devralma yoluyla birleşmede ise sermaye artırımının tesciline, sermaye artırımının gerekmediği durumlarda ise birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul toplantısının tesciline kadar Kurul’un web sayfasında ilan edilir.

Bundan sonra her iki tür birleşme halinde de birleşme sözleşmesinin taraf genel kurullarınca onaylanması gerekmektedir. Birleşme sözleşmesi ancak genel kurullarda

onaylanadıktan sonra hüküm doğurur.

Çağrı merasimine gerek kalmayan toplantılar hariç olmak üzere, genel kurulun toplantıya daveti, esas sözleşmede gösterilen şekil ve surette ve herhalde Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde İlan ile yapılır. Ayrıca kanunda belirtilen bazı pay sahiplerine taahhütlü mektup gönderilecektir.

Toplantının gündemi birleşmenin türüne göre değişmekte olup, kapsamı türlerin özelliklerine göre belirlenecektir.

h. Tescil ve İlan

TTK. madde 148 uyarınca her bir taraf şirketin kendi genel kurulunda aldığı birleşmeyi onay kararının tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir.

Tebliğin 13. maddesi “Ortaklık devralma yoluyla birleşme işleminde devralan ortaklığın genel kurulunda devralma ve sermaye artırımı kararı alınırken, devrolan ortaklığın genel kurulunda devrolma ve bu suretle infisah kararı alınır.” Hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre devralma suretiyle birleşme işleminde devralan ortaklığın genel kurulunda devralma ve sermaye artırımı kararı alınacaktır. Sermaye artırımı sonrasında ulaşılabilecek tutar tebliğin 17. maddesine göre hesaplanacaktır. Aynı hükümde devrolan şirketin infisahını içermektedir. Burada adı geçen infisahında tescili aranmaktadır ve buradaki tescil açıklayıcı niteliktedir.

5. Birleşme Sonrası İşlemler

13. maddenin devamında ise yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemine yönelik olarak şu düzenleme yer almaktadır. “Yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde ise birleşmeye taraf ortaklıkların genel kurullarında birleşme ve bu suretle infisah kararı alınır.” Görüldüğü gibi hükümde sermaye artırımına ilişkin birdüzenlememevcut değildir zira bu tür birleşmede sermaye artırımına gidilmeyip yeni kurulacak ortaklığın sermayesi, birleşme işlemine taraf ortaklıkların çıkarılmış/ödenmiş sermayelerinin toplamından oluşacaktır. Ayrıca birleşme işlemine taraf ortaklıkların, birleşme işlemine taraf bir diğer ortaklığın iştiraki olması ve benzeri durumlar, her bir ortaklık için birleşme oranının hesaplanmasında dikkate alınır ve yeni kurulacak ortaklığın sermayesi bu suretle belirlenir.

Buna ek olarak “Genel kurulların birleşmeye ilişkin olarak verdikleri kararlar, varsa imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları bir toplantıda onaylanmadıkça uygulanamaz”⁶⁸⁷.

-İhraç Edilecek Pay Senetlerinin Kaydı

SPK.’nın 4. maddesine göre ihraç veya halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının Sermaye Piyasası Kurulu’na kaydettirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Benzer bir hükme Tebliğin 14. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, birleşmeye taraf şirketlerin genel kurul toplantılarından itibaren 15 gün içinde, pay senetlerinin kayda alınması için kurula başvurulur. Kurulam kaydettirilecekler, devralma yoluyla birleşmede ihraç edilecek olanlar ile devralan şirketin kurul kaydında bulunmayan pay senetleri, yeni kuruluş yoluyla birleşmede ise, yeni şirketin, birleşme nedeniyle tüzel kişilikleri sona eren şirketlerin kurul kaydında bulunmayan sermayesine isabet eden pay senetleridir⁶⁸⁸. Kayda alınma başvurusunda istenen bazı belgeler vardır. Söz konusu bu belgeler şunlardır:

- 1) Birleşme işlemine taraf ortaklıkların birleşmeye ilişkin genel kurul toplantı tutanakları ile hazırlan cetvellerinin birer örneği,
- 2) Genel kurulların onayından geçen birleşme sözleşmesinin noter tasdikli bir örneği,
- 3) Esas sermaye sistemini kabul etmiş ortaklıklarda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan alınacak izin belgesi,
- 4) Hisse senedi örneği,
- 5) Hisse senetlerinin dağıtımına ilişkin duyuru,
- 6) Sermaye artırımına ve sermaye artırımının usulüne uygun olarak tamamlandığına ilişkin yönetim kurulu kararı ,
- 7) Sermaye artırım işlemlerinin usulüne uygun olarak tamamlandığında ilişkin mali müşavir raporu ,
- 8) Kurulca istenecek diğer bilgi ve belgeler.

⁶⁸⁷ Ali Haydar Yıldırım/Olcay Kolotoğlu, **Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu-Tasfiyesi Birleşmesi Devri Nevi Değişikliği Bölünme ve Hisse Değişimi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2003, s.225

⁶⁸⁸ Yanlı, **Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri, Şirket Birleşmeleri**, s.94

D. Bankalar Kanunu

Günümüzdeki bankaların amacı, varlıklarını koruyarak, riski en düşük düzeye indirmek, büyüme hızlarını en yüksek düzeye çıkarmak, bağımsızlıklarını koruyabilmek ve büyümenin gerektirdiği finansman gereksinmesini kısmen de olsa karşılayabilmek için yeterli ölçüde kar sağlamaktır⁶⁸⁹. Banka hukuku ise banka işletmesini ve bu işletmenin hukuki ilişkilerini düzenler. Tanımdan da anlaşılacağı gibi Banka Hukukunun konusu, banka işletmesi ve bu işletmenin hukuki ilişkileridir. Banka Hukukunun bir bölümünü kamu hukuku nitelikli düzen normları ile bunlara yardımcı normlar ve diğer bölümünü ise özel hukuk kuralları teşkil eder⁶⁹⁰.

Bankalara ilişkin olarak şu an yürürlükteki düzenleme 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁶⁹¹ olup bu kanun 19.10.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunun hükümetçe sunulan genel gerekçesinde 19. maddede yer alan birleşme, “bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun⁶⁹² 18. maddesinin (1) numaralı fıkrası esas alınarak düzenlenmiştir. Buna paralel olarak birleşme sürecinin gerçekleştirilmesini ve ortaklık yapılarında değişiklik yapılmasını kolaylaştırmak için bölünme ve hisse değişimi maddeye dâhil edilmiştir.” şeklinde belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi gerekçede daha önce yürürlükte bulunan kanuna atıf yapılmıştır ve ilgili 18. Bankaların devir, birleşme ve tasfiyesi başlıklı maddenin hükmü şu şekildedir: “Madde 18.- 1. Türkiye’de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi veya bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye’de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, Kurulun iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak devir veya birleşme işlemlerine geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Merkez Bankası, Kurulca alınacak karar üzerine devir veya birleşme işlemleri süresince bankalara mevduat munzam karşılıkları hesabından iadeler yapabilir veya bu yükümlülüklerini erteleyebilir. Bankaların bu madde hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaz. Birleşme ve devirlere ilişkin esas ve usuller Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılacak bir yönetmelik ile belirlenir. Birleşme

⁶⁸⁹ Burak Cem Şahözkan, **Banka Birleşmeleri**, Türkiye Bankalar Birliği, Temmuz 2003, s.40.

⁶⁹⁰ Ünal Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, Beta Basım AŞ. İstanbul, Ağustos 1998, s. 2.

⁶⁹¹ RG.(Mükerrer) 19.10.2005 tarihli ve 25983 sayılı.

⁶⁹² RG. 23.06.1999 tarihli ve 23734 sayılı.

veya devir işleminin kesinleşmesini müteakip, devredilen bankanın bütün hak ve borçları ile mevduatı devralan bankaya geçer ve devredilen bankanın tüzelkişiliği sona ererek kaydı Ticaret Sicilinden silinir.” Maddenin devamı ise;

“2. Türkiye'de faaliyette bulunan bankalar faaliyetlerine son vermek ve bunları tasfiye etmek istedikleri takdirde, durumu Türkiye çapında basımı ve dağıtımını yapılan en az iki gazete ile ilan ve mevduat sahipleri ile alacaklılarına veya bu durumda sayılabilecek kişi ve kurumlara tebliğ ederek ellerinde bulunan ayni ve nakdi her türlü mevduat ile emanet ve cari hesap bakiyelerini ve sair borçlarını, vadeli olsalar bile vadelerini beklemeksizin iki ay içinde iadeye ve bu süre içerisinde sahibi başvurmayan ayni ve nakdi her türlü mevduat, emanet ve alacakları Kuruma tevdi etmeye mecburdurlar. Kurum, bu suretle verilen değerleri, takip eden yılbaşından başlamak üzere on yıl süre ile her yıl başında usulüne göre ilan etmek suretiyle saklar. Son ilan tarihinden itibaren altı ay içinde aranmayan bu değerler Fona gelir kaydolunur. Kurum, tasfiye işlemlerini denetlemeye ve ilgililerden gerek göreceği her türlü belge ve bilgiyi istemeye yetkilidir.” şeklindedir. 4491 sayılı Bankalar Kanununa İlişkin Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile birlikte birleşme ve devirde uygulanacak esaslara ilişkin yönetmelikleri çıkarma yetkisi Bankalar Kurulundan alınarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna verilmiştir.

Bankacılık Kanununda birleşmeye ilişkin hükümler ise birleşme bölünme ve hisse değişimi başlıklı 19. maddesinde düzenlenmiş olup anılan düzenlemenin madde metni şu şekildedir⁶⁹³:

“Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiye geçmemesi kaydıyla 4054

⁶⁹³ Ahmet Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ocak 2006, s.141.

sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz. Birleşme veya devir işleminin kesinleşmesini müteakip, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri devralan bankaya geçer ve devredilen kuruluşun tüzel kişiliği sona ererek kaydı Ticaret Sicilinden silinir.

Bu madde hükmünün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir. “

Banka anonim şirketinin bir tüzel kişi olarak başka bir banka anonim şirketi ile birleşmesi ya da birinin diğerine iltihak ederek onun içinde erimesi bu maddede düzenlenmiş ve bu işlemin TTK’nın hükümlerinden muaf olduğu öngörülmek suretiyle, işlemin Kurumun ilke ve kararları ile Kurulun iznine bağlı olarak yürütülmesi istenmiştir⁶⁹⁴. Bununla birlikte belirtelim ki; kanun koyucu devir işlemini, banka işletmesinin devri ve dolayısıyla banka tüzel kişiliğinin sona ermesi şeklinde düzenlenmiştir. Gerçekten madde de geçen “bankalardan birinin ... bütün aktif ve pasifini Türkiye’de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi” ibaresi, ticari işletme devrini ifade etmektedir⁶⁹⁵.

Bu maddede adı geçen kurul Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunu ifade etmektedir. Ayrıca maddenin devamında adı geçen yönetmelik Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik⁶⁹⁶ olup birleşme ile ilgili asıl düzenlemeler bu yönetmelik içerisinde yer almaktadır.

Eski sitem ile günümüzdeki uygulamayı kıyaslayacak olursak arada esasa ilişkin bir fark olmamakla birlikte, usulün kapsamı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme kurulu tarafından çıkarılan ayrı bir yönetmelik içerisinde düzenlenmiş bulunmaktadır ve söz konusu yönetmelik Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik’tir.

Banka birleşmelerinin yapılma amacı daha güçlü bir mali yapıya kavuşturulmaları olduğu için birleşmelerde bankaların serbest iradeleri önem taşımaktadır⁶⁹⁷. Banka birleşmelerinin amacı ekonomik durumun iyileşmesine yönelikken bazen istenen sonuç elde edilememekte ve banka birleşmeleri başarısız olmaktadır. Bunu bazı sebepler

⁶⁹⁴ Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.141.

⁶⁹⁵ Battal, s.141.

⁶⁹⁶ RG. 1.11. 2006 tarih ve 26333 sayılı.

⁶⁹⁷ Seza Reisoğlu, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2002, s. 973.

bağlamak mümkündür. Birleşmenin başarısızlığı kötü yönetimden, finansal, ekonomik ve hatta şanssızlığa kadar birçok neden etkili olabilir. Ancak başarısızlığı yol açan en önemli neden, değerlendirme kavramı ile yakından ilgili olan ve devamında ortaya çıkabilecek unsurlardır⁶⁹⁸. Değerleme ise bankaların değerini saptamak için değer tahmininin zamanı, varlığın potansiyel kullanımı, ekonomik çevre, varlığın fiziksel koşulları, pazar payı ve likidite durumu, ikame değeri ve gereksinim derecesi, kazancın gelişim potansiyeli göz önüne alınarak yapılan işlemdir⁶⁹⁹.

Bunun yanında birleşmelerin başarılı olması için doğru kararların alınması ve uygulanması ile birlikte, başarısız sonuçlarla karşılaşmamak için bazı önlemler geliştirilebilir. 1990'ların başarılı birleşmeleri üzerinde yapılan bir araştırmada doğru politikaların uygulanması suretiyle sonuca ulaşıldığı tespit edilmiştir. Bu politikalardan bazıları deneyime güvenmek, faaliyet ilişkisi durumu, güçlü olunan yöne odaklanma, finansal kaynaklar, eşitlikten sakınma olarak adlandırılmıştır⁷⁰⁰.

Banka birleşmeleri, birleşme öncesi bir dizi çalışmaların sağlıklı bir şekilde projelendirilmesini gerektirir. Çünkü birleşmeler çeşitli açılardan analiz edilmesi gereken konuları kapsar. Birleşmelerin başarısında finansal, hukuksal, yönetsel, çevresel problemlerin iyi irdelenip, çözümler üretilmesi önemli bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda birleşmelerin anlamı, yalnızca ortak bir isim altında finans ve insan gücünü birleştirmek değil, iş proseslerinin, sistemlerinin ve örgüt kültürlerinin de ortak bir şekle uyarlanmasıdır⁷⁰¹.

“Anonim ortaklık şeklinde kurulan bankaların birleşmesi, tamamen Türk Ticaret Kanununun genel esaslarının dışına çıkmıştır. Getirilen iki temel husus, banka devir ve birleşmelerinin anonim ortaklıklardan farklı olarak bankacılığın düzenlenmesi ve denetlenmesinde sorumlu mercinin izni ile gerçekleşmesi ve devir sürecinin bankacılık otoritesinin yürürlüğe koyacağı bir yönetmeliğe göre icra edilmesidir”⁷⁰².

1. Koşulları

⁶⁹⁸ Şahözkan, s. 83.

⁶⁹⁹ Şahözkan, s. 91,92.

⁷⁰⁰ Şahözkan, s. 87,88.

⁷⁰¹ Şahözkan, s. 241.

⁷⁰² Servet Taşdelen, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Özbay Ofset, Ankara, Nisan 2002.s.558,559.

Bankaların birleşmelerine ilişkin uygulanacak hükme göre birleşmelerin yapılabilmesi için gereken koşul, kuruldan izin alınmasıdır. Bu husus hem Bankacılık Kanunu madde 19'dan hem de yönetmelik de yer alan “Kurul İzni” başlıklı 5. maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre bu izin için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na (kurum) başvuru dilekçesi verilecektir. Söz konusu bu dilekçede şu hususlar mevcut olmalıdır.

1) Birleşme işlemine taraf olan banka veya finansal kuruluşlar tarafından, birleşmeden beklenen sonuçları analiz eden detaylı fizibilite raporu,

2) Birleşme tarihinden itibaren üç yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini bilanço ile kâr ve zarar cetvelleri.

Bunlardan başka eklenecek unsurların varlığına ilişkin olarak karar kurum tarafından verilecektir. Zira kurum eksik gördüğü hususlara ilişkin olarak ilave belge talep etmeye yetkilidir. Bu hususları içeren dilekçe ile kurula başvurulması birleşmenin şartını oluşturmakta ve bu yönüyle bankalara yönelik düzenleme Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinden ayrılmaktadır.

2. Türleri

Bankaların birleşmesine ilişkin getirilen düzenlemelerin de tür bakımından tıpkı Sermaye Piyasası Kanunu şirketlerinde olduğu Türk Ticaret Kanunu'ndan farkı bulunmamaktadır. Buna göre bankaların birleşmesi de devralma ve yeni kuruluş yolu ile mümkün olmaktadır⁷⁰³. Düzenleme bu yönde olmakla birlikte, yeni kuruluş yolu ile birleşmede yeni kurulacak şirketlere ilişkin usul izleneceğinden birleşme yolu ile kurulan bankalar için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu izni Bankacılık Kanunu madde 6'ya göre aranacaktır. Bu durum yeni kuruluş yolu ile birleşme halini oldukça külfetli bir hale getirdiği için uygulamada hiç örneğine rastlanmamış olup devralma yolu ile birleşme bu konuda öne çıkmaktadır.

3. Süreç

a. Kurul İzni

Bankaların birleşmesi için gerekli koşullara değinirken kurul iznini açıklamıştık. Tekrarlamak gerekirse burada belirtilen kurul izni birleşmenin yapılması için gerekli

⁷⁰³ Öncel, s.6.

olan izindir ve bu izin için Kuruma başvuru dilekçesi verilir⁷⁰⁴. Bu dilekçede birleşmeye taraf olacak bankaların birleşmeden beklentilerine dair sonuçları analiz eden fizibilite raporu ve birleşmenin yapıldığı tarihten itibaren üç yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini bilanço ile kar ve zarar cetvelleri de yer alır. Kuruldan alınacak olan izinden itibaren de üç ay içinde birleşme işlemlerine başlanmalıdır. Aksi takdirde birleşme işlemlerinin başlayabilmesi için alınmış olan bu iznin geçerliliği kalmaz.

b. Genel Kurul İzni

Birleşmeye katılacak bankaların yönetim kurulları müştereken, bağımsız bir denetim kuruluşu tespit ederler⁷⁰⁵. Söz konusu bu denetim kuruluşları tarafından tasdik edilmiş birleşmeye esas bilançolar ve birleşme sözleşmesi taslağı, genel kurulların onayına sunulur. Bundan sonra şirketlerin genel kurullarında ana sözleşmelerinde öngörülen nisaplara göre oylanır. Bu oylamaya ilişkin olarak ana sözleşmelerinde nisap öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması şartıyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınır. Burada karar alınıp birleşmeye esas bilançoların ve birleşme sözleşmesi taslağının uygun görülmesi halinde genel kurullar tarafından birleşme sözleşmesinin ve yeni kurulacak bankanın ana sözleşme taslağının düzenlenmesi ve imzalanması hususunda yönetim kurullarına yetki verilir.

Genel kurulun imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını etkileyebilecek kararlarının imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca da onaylanması zorunludur⁷⁰⁶.

c. Birleşme Sözleşmesi

Birleşme sözleşmelerinde bazı unsurların bulunması şart olup, bu unsurlar şöyle sıralanabilir⁷⁰⁷:

- 1) Birleşmenin koşulları ile öngörülen aşamalarına ilişkin bilgiler.
- 2) Birleşerek tüzel kişiliği sona erecek banka ve finansal kuruluş ile yeni kurulacak banka unvanlarının ve merkezleri.
- 3) Yeni kurulacak bankanın ana sözleşme taslağının düzenlendiğine ve imza edildiğine ilişkin kayıt.

⁷⁰⁴ Ahmet Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.141, www.bddk.gov.tr.

⁷⁰⁵ “Aralarında anlaşamamaları halinde nasıl bir çözüm yolu izleneceği yönetmelikte gösterilmemiştir.” Yılmaz, s.164

⁷⁰⁶ Ahmet Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.141, www.bddk.gov.tr.

⁷⁰⁷ Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik md.8.

4) Yeni kurulacak bankanın sermaye miktarının, birleşecek banka veya finansal kuruluşların malvarlıklarının yeni bankanın sermayesini teşkil ettiğine ve birleşme sonucu yeni kurulacak bankanın kurucu ortakları tarafından ödenmiş sermaye miktarının Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan asgari sermayeden (f) Nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermayesinin en az otuzmilyon Yeni Türk Lirası) az olması halinde, aradaki farkın yeni bankanın ticaret siciline tescilini izleyen üç ay içerisinde nakden yapılacak bir sermaye artırımını ile karşılanacağına ilişkin kayıt⁷⁰⁸.

5) Birleşecek banka veya finansal kuruluşların bütün aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülüklerinin yeni kurulacak bankaya geçeceğine ilişkin kayıt.

6) Birleşecek banka veya finansal kuruluşların ortaklarına verilecek hisse miktarı, türü, ortaklık paylarının değişim oranı, nominal değeri, imtiyazlı pay söz konusu ise miktarına ilişkin kayıtlar.

7) Birleşmenin her türlü muvazaadan arî olarak gerçekleşeceği ve aksi halde meydana gelecek zararlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olunacağına ilişkin kayıt⁷⁰⁹.

Bu düzenlemelerin yanında birleşme sözleşmesinde müşterilerin ve üçüncü şahısların hak ve alacaklarını ihlal eden hükümlere yer verilemez. Birleşme sözleşmesindeki imzaların noter tarafından tasdik edilmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır⁷¹⁰.

d. Birleşme Sözleşmesi Sonrası Yapılacak İşlemler

Yönetim kurulu tarafından sözleşmenin imzalanmasından sonra yedi gün içinde tekrardan kuruma bazı raporlar gönderecektir. Söz konusu bu raporlar, birleşecek bankaların, bağımsız denetim kuruluşu tarafından tasdik edilmiş birleşmeye esas mali tabloları, ana sözleşme taslağı Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik⁷¹¹ hükümlerine göre hazırlanacak hisse değer tespitine yönelik raporlar ve sermaye artırımını mevzu bahis ise

⁷⁰⁸ www.bddk.gov.tr.

⁷⁰⁹ www.bddk.gov.tr.

⁷¹⁰ Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik md.8/2.

⁷¹¹ RG. 12.8.2001 tarih ve 24491 sayılı.

bunun için gereken tutar ve sağlanacağı kaynakları içeren raporlardır. Burada da kurum gerekli görürse ek belgeler isteyebilecek olup, anılan raporlar sınırlı sayıda değildir.

Bundan sonra, birleşmeyi talep eden bankaların durumu incelenecektir. Söz konusu bu inceleme ve ilgili diğer mevzuata uygunluk, standart oranlar ve kredi sınırlarına uyum, organizasyon ve şube yapısı, iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin etkinliği gibi hususlara yönelik olarak yapılır. Kurum, talepte bulunan bankalardan birleşmeden beklenen faydanın gerçekleştirilmesi ve mali bünyelerinin güçlendirilmesi bakımından ilave tedbirlerin alınmasını isteyebilir.

Bu aşamanın ardından tekrar bir genel kurul onayı gerekmektedir. Buna göre Kurumca gerekli incelemelerin yapılmasından sonra, Kurul tarafından uygun görülen birleşme sözleşmesi ile yeni kurulacak bankanın ana sözleşme taslağı, birleşecek bankaların bilanço ve kâr zarar cetvelleri ile birlikte genel kurullarının onayına sunulur ve genel kurullarda ana sözleşmelerinde öngörülen nisaplara göre oylanır⁷¹². Bankanın ana sözleşmelerinde nisap öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması şartıyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınır.

Şayet birleşme sözleşmesi ve yeni kurulacak bankanın ana sözleşmesi kurul tarafından uygun görülmezse bunlarla ilgili olarak genel kurulda görüşme yapılamaz ve karar alınamaz⁷¹³.

e. Sermayenin Belirlenmesi Ve Diğer Mali Durumlar

Birleşmede, yeni kurulacak bankanın sermayesi birleşmeye katılan bankaların sermayeleri ile birleşmeye katılan bankaların ortaklarına verilecek hisseler dikkate alınarak belirlenir.

Birleşme işlemlerinin kesinleşmesi için devrolunan, birleşmeye katılan, bölünen ya da hisse değişiminde yer alan banka ve/veya finansal kuruluşların borçlarının ödenmiş veya teminat altına alınmış olması zorunluluğu bulunmaz ve yapılmış sözleşmelerde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece birleşme sebebiyle borçlar veya alacaklar muacceliyet kesbetmez⁷¹⁴.

⁷¹² www.bddk.gov.tr.

⁷¹³ Ahmet Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.141, www.bddk.gov.tr.

⁷¹⁴ Ahmet Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.141, www.bddk.gov.tr.

Yönetmeliğin pay edinim ve devirleri başlıklı 24. maddesi “Birleşme, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemleri sonunda bankanın ortaklık yapısında Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen oranlarda değişiklik olması ve yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren veya intifa hakkı tanınan hisse senetlerinin devredilmesi hallerinde, bu ortakların kurucularda aranan şartları taşıdıklarının yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak belgelenmesi ve Kanunun 18 inci maddesi çerçevesinde Kuruldan izin alınması şarttır. Yeni kurulacak banka hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ve 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 130 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) ve (d) bentleri hükümleri uygulanmaz.” Şeklinde olup özellik sahibi senetlerle ilgili bir hükümdür.

f. Tescil Ve İlan

Birleşmeye katılan banka veya finansal kuruluşların birleşmeye dair genel kurul kararları ve yeni bankanın ana sözleşmesi, genel kurulu izleyen yedi gün içinde Kuruma gönderilir.

Kurulun birleşmeye dair genel kurul kararlarının tescil edilebilmesine ilişkin onayı, Bankacılık Kanununun 6. maddesi⁷¹⁵ uyarınca yeni bankanın kurulmasına izin verilmesine ve yeni kurulan bankanın tescil ve ilan işlemlerinin tamamlanması ile hüküm ifade etmek üzere Kanunun 10 uncu maddesi⁷¹⁶ uyarınca faaliyet izni verilmesine dair kararı Resmî Gazete’de yayımlanır. Birleşmeye dair genel kurul kararları ile genel kurullar tarafından onaylanan ana sözleşme ve yeni bankanın kuruluşu, Kurul kararının Resmî Gazete’de yayınlanmasını izleyen yedi gün içinde, birleşmeye katılan bankaların kayıtlı bulundukları Ticaret Sicil Memurluklarına tescil ve ilan olunur.

Tescil ile birleşmeye katılan banka veya finansal kuruluşların bütün aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülükleri yeni kurulan bankaya intikal eder ve birleşmeye katılan bankaların ve finansal kuruluşların tüzel kişilikleri sona ererek kayıtları Ticaret Sicilinden silinir.

⁷¹⁵ Madde 6: Türkiye’de bir bankanın kurulmasına veya yurt dışında kurulmuş bir bankanın Türkiye’deki ilk şubesinin açılmasına, bu Kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi kaydıyla Kurulun en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınacak kararla izin verilir. www.bddk.gov.tr.

⁷¹⁶ Madde 10: Bu Kanunun 6 ncı maddesi çerçevesinde kuruluş veya Türkiye’de şube açma izni alan bankaların, Kuruldan ayrıca faaliyet izni alması şarttır.

g. Özel Durumlar

Yönetmeliğin “Özel İzinler” başlıklı 22. maddesine göre birleşme, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemlerinde banka ve finansal kuruluşların en az birinin 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi olması halinde, birleşme, devir, bölünme veya hisse değişimi sözleşmeleri için sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde izin alınması gerekmektedir. Bu hüküm görüldüğü gibi sadece birleşmeye ilişkin olarak değil, devir, bölünme ve hisse değişimi sözleşmeleri için de uygulanacaktır.

h. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna Yapılan Devirler

TMSF, 5411 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kurulmuş olup kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip bir kuruluştur.

TMSF eski Bankalar Kanunu döneminde; bankacılıkta güven ve istikrarı korumak, bankaların mali bünyelerini güçlendirmek, gerektiğinde yeniden yapılandırmak ve bankalardaki tasarruf mevduatını sigorta ettirmek amacıyla kurulmuşken, şu an itibarıyla yetkileri oldukça genişletilmiş ve bankaların krizden çıkışı için gereken bütün tedbirleri almakla yükümlü bir kuruluş haline gelmiştir⁷¹⁷.

Bankalardaki tasarruf mevduatının sigorta edilmesi, tasarruf sahiplerinin korunması amacına yönelik en etkili çözümlerden biridir. Ancak bankacılık sektörünün güven ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak için yapılması gereken tek uygulama şüphesiz bu değildir. Bu nedenle sektörde denetimin sıkılaştırılmasına paralel olarak fonun yetkilerinin de artırılmış olması tabi bir gelişmedir⁷¹⁸.

⁷¹⁷ “2003’te 5020 sayılı Kanunla 4389 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle, bankacılık krizi nedeniyle Fona devredilmiş olan çok sayıda bankanın hızlı ve verimli biçimde tasfiyesini sağlamak gerekçesiyle Fon Kurulu adıyla yeni bir kurul oluşturulmuş, TMSF’yi idare ve 3. kişilere karşı temsil etme yetkisi ve görevi bu Kurula verilmişti. Bu değişiklik sırasında, bankaların tasfiyesi ve yeniden yapılandırılması ve özellikle alacak tahsili konularında Fona ilave bazı yetkiler de verilmişti. Yeni düzenlemeler Kanunun hacmini artırmış ve şekli eksiklikleri sebebiyle zaten zor uygulanabilen Kanunu uygulanması daha da zor bir Kanun haline getirmişti. 5411 sayılı yeni Bankacılık Kanunu prensip olarak yukarıda anlatılan sistemi aynen benimsemiştir”, Battal, ,s.360.

⁷¹⁸ Battal, s. 167.

“Bankacılık sektöründe yaşanan krizlere, mali yapının bozukluğuna bağlı olarak bankaların fona devri uygulaması mevcut olmaktadır⁷¹⁹.” TMSF’ye devir teknik anlamda birleşme ve devirden farklı bir yapıya sahiptir. Zira teknik anlamda birleşmede devir, ortaklığa bağlı mali ve hukuki haklar açısından olmakta ancak TMSF’ye yapılan devirlerde bu durum yerini sadece mali hakların devrine bırakmaktadır. Görüldüğü gibi TMSF’ye yapılan devrin kapsamı daha dar olup sadece bankaların mali durumlarının kötülüğüne bağlı olarak ortaya çıkan bir durumdur.

II. Vergi Hukuku:

A. Kurumlar Vergisi Kanunu

Kurumlar Vergisi Kanununda birleşmeler konusunda Anonim Şirketlere özgü olarak ayrı düzenlemelere gidilmiş olmayıp, anonim şirketler KVK kapsamında bir “sermaye şirketleri” türü olarak kavranmaktadır⁷²⁰.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun⁷²¹ Dördüncü Bölümü’nde, 18’inci md.’nin (1), (2) ve (3)’üncü fıkraları ile “Birleşme” ve “Devir, bölünme ve hisse değişimi” başlıklı 19’uncu md’ nin (1)’inci fıkrasının a) ve b) bendi ile de hangi şartlar dahilinde gerçekleşen birleşmelerin “Devir” hükmünde olacağı düzenlenmiştir.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 18. maddesinde⁷²²:

“(1) Bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir. Ancak, birleşmede tasfiye karı yerine birleşme karı vergiye matrah olur.

⁷¹⁹ Ercüment Baran, Bankaların Devir ve Birleşme İşlemlerinde KVK Geçici 29. Madde Uygulaması, Vergi Sorunları Dergisi.

⁷²⁰ Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1’nci maddesinin (1)’inci fıkrasında alt bentler halinde sayılmış olan kurumların kazançlarının kurumlar vergisine tabi olacağı ve aynı maddenin (2)’inci fıkrasında da kurum kazancının, gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluşacağı belirtilmiştir. Bahsi geçen maddenin (1)’inci fıkrasının alt bentlerinde ise kazançları kurumlar vergisine tabi olan kurumların içerisinde a) alt bendinde “sermaye şirketleri” sayılmıştır. Aynı Kanun’un 2’nci maddesinin (1)’inci fıkrasında ise sermaye şirketlerinin tanımlaması yapılarak, “29.06.1957 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumların” sermaye şirketi sayılacağı ifade olunmuştur.

⁷²¹ 5520 sayılı yasa, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

⁷²² www.gib.gov.tr

(2) Tasfiye kararının tespiti hakkındaki hükümler, birleşme kararının tespitinde de geçerlidir. Şu kadar ki, münfesi kurumun veya kurumların ortaklarına ya da sahiplerine birleşilen kurum tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak verilen değerler, kurumun tasfiyesi halinde ortaklara dağıtılan değerler yerine geçer. Birleşilen kurumdan alınan değerler Vergi Usul Kanununda yazılı esaslara göre değerlendirilir.

(3) Kanunun 17'nci maddesine göre tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevler, birleşme halinde birleşilen kuruma ait olur.”

Hükmü yer almıştır.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinde ise ⁷²³:

“Tasfiye halindeki kurumların vergi matrahı tasfiye kârıdır. Tasfiye kârı, tasfiye döneminin sonundaki servet değeri ile tasfiye döneminin başındaki servet değeri arasındaki olumlu farktır.

a) Tasfiye kârı hesaplanırken;

1) Ortaklara veya kurum sahiplerine tasfiye esnasında avans olarak veya diğer şekillerde yapılan her türlü ödemeler tasfiyenin sonundaki servet değerine,

2) Mevcut sermayeye ilave olarak ortaklar veya sahipleri tarafından yapılan ödemeler ile tasfiye esnasında elde edilen ve vergiden istisna edilmiş olan kazanç ve iratlar tasfiye döneminin başındaki servet değerine,

eklenir.

b) Hisselerine mahsuben ortaklara dağıtılan, satılan, devredilen veya kurum sahibine iade olunan iktisadî kıymetlerin değerleri, Kanunun 13'üncü maddesine göre ve dağıtımın, satışın, devrin veya iadenin yapıldığı gün itibarıyla belirlenir.

c) Bu maddeye göre tasfiye kârının hesaplanması sırasında, Kanunun 8, 9, 10 ve 11'inci madde hükümleri de ayrıca dikkate alınır.

Hükmü yer almıştır.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca birleşen şirketin aktif kalemlerinin değerlemesini yapmasını takiben bu değerler ile birleşme işlemi

⁷²³ www.gib.gov.tr

gerçekleştirilir. Bu durumda birleşme nedeni ile oluşan kar “**Birleşme Karı**” olarak Kurumlar Vergisi’ne tabi tutulur⁷²⁴.

Eski KVK’nun 36. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme sebebiyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir. Ancak, birleşmede tasfiye karı yerine birleşme karı vergiye matrah olur.

Tasfiye karının tespiti hakkındaki hükümler, birleşme karının tespitinde de caridir. Şu farkla ki, münfesi kurumun veya kurumların ortaklarına veya sahiplerine birleşilen kurum tarafından doğrudan doğruya veya vasıta ile verilen değerler, kurumun tasfiyesi halinde ortaklara dağıtılan değerler yerine geçer.

Birleşilen kurumdan alınan değerler Vergi Usul Kanunu’nda yazılı esaslara göre değerlendirilir.

34 ve 35’inci maddelere göre tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevler birleşme halinde, birleşilen kuruma terettüp eder.”

Her iki madde hükmü karşılaştırıldığında yeni düzenlemenin anlam ve tanımlamasında bir değişiklik mevcut bulunmamakla beraber, yeni düzenleme ile bazı Arapça kökenli kelimelerin Türkçe kelimeler ile değiştirildiği ve maddenin (1),(2) ve (3) numaralı fıkralara ayrılmak sureti ile düzenlendiği görülmektedir.

Her iki maddede mahiyet olarak birleşen kurumun infisah ederek, tüzel kişiliğinin sona ermesi hali düzenlenmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun Devir, bölünme ve hisse değişimi başlıklı 19. maddesinde bir birleşme türü olarak “Devir” şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Bu Kanunun uygulanmasında aşağıdaki şartlar dahilinde gerçekleşen birleşmeler devir hükmündedir:

a) Birleşme sonucunda infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye’de bulunması.

b) Münfesi kurumun devir tarihindeki bilânço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından bir bütün halinde devralınması ve aynen bilânçosuna geçirilmesi.

⁷²⁴ Yılmaz Özbacı, **Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Ocak 2005, s.660, Hüseyin Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, Yaylın Matbaası, İstanbul 1997, s. 75.

(2) Kurumların yukarıdaki şartlar dahilinde tür değiştirmeleri de devir hükmündedir.”

Konuya ilişkin düzenleme eski KVK’nun 37.maddesinde şu şekilde düzenlenmiş idi⁷²⁵:

“Aşağıda yazılı şartlar dahilinde yaki olan birleşmeler devir hükmündedir.

1. Birleşme neticesinde infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanuni veya iş merkezleri Türkiye’de bulunacaktır;

2. Müfesihi kurumun devir tarihindeki bilânço değerlerini birleşilen (*Devralan*) kurum, *kül* halinde devralacak ve aynen bilançosuna geçirecektir.

Kurumların yukarıdaki şartlar dâhilinde *şekil* değiştirmeleri de devir hükmündedir.”

Yapılan değişiklik ile “devir” işleminin tanımlamasında bir değişikliğe gidilmemiş, sadece eskiden ayrı bir madde alt başlığında tanımlanan “Devir”, Kanun’un eski şeklinde “Bölünme ve Hisse Değişimi(KVK. eski halinde md.38)” olarak mevcut bulunan maddenin başlık ve içeriğine eklenmek sureti ile “Devir, bölünme ve hisse değişimi (KVK yeni halinde md. 19)” şeklinde değiştirilmiş bulunmaktadır. Böylelikle kurumların “vergilendirme dışı tutulan işlemleri” bir başlık altında toplanarak gruplandırılmış olmaktadır. Kurumların birtakım şartlar dâhilinde şekil değiştirmeleri yine devir hükmünde olduğu da düzenlenmiştir.

Vergilendirme esaslarında da herhangi bir değişikliğin getirilip getirilmediğini görmek açısından buna ilişkin maddelerin düzenlemelerine de bakılması gerekmektedir:

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 20. maddesi düzenlemesi şu şekildedir⁷²⁶;

“ A) Devirlerde, aşağıdaki şartlara uyulduğu takdirde, müfesihi kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilir; birleşmeden doğan karlar ise hesaplanmaz ve vergilendirilmez:

a) *Şirket yetkili kurulunun devre ilişkin kararının Ticaret Sicilinde tescil edildiği tarih, devir tarihidir.* Müfesihi kurum ile birleşilen kurum;

⁷²⁵ Mehmet Maç, **Kurumlar Vergisi**, Denet Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 967; İsmail Hakkı Güneş/Alı Arslan Akbiyık, **İşletmelerde Birleşme ve Tasfiye Uygulaması**, İstnabul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayını, İstanbul 2002, s.77.

⁷²⁶ www.gib.gov.tr

1) *Devir tarihi itibarıyla hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesi kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesi ile,*

2) *Devir işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde, münfesi kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesi kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesini,*

birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde münfesi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verirler.

b) Birleşilen kurum, münfesi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini *münfesi kurumun birleşme sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde vereceği bir taahhütname* ile taahhüt eder. Mahallin en büyük mal memuru, bu hususta birleşilen kurumdan ayrıca teminat isteyebilir”.

Maddenin eski düzenlemesi ise eski KVK’nun 39⁷²⁷. maddesindeki düzenleme şu şekildedir;

A) Devirlerde, aşağıdaki şartlara uyulduğu takdirde, münfesi kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilip, *doğrudan doğruya* birleşmeden doğan karlar hesaplanmaz ve vergilendirilmez:

1-Münfesi kurum ile birleşilen kurum; *müştereken imzalayacakları bir devir beyannamesini, birleşme tarihinden itibaren on beş gün içinde* münfesi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verirler ve bu beyannameye devir bilançosunu bağlarlar.

2-Birleşilen kurum, münfesi kurumun 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 birleşilen kurumdan ayrıca teminat isteyebilir.

TTK Tasarısı kapsamında düzenlenen değişikliklere ve AB Yönergeleriyle uyumlaştırılmak amacıyla bu maddede değişikliklere gidilmiştir. İlk olarak devir tarihinin tespitinde, şirket yetkili kurulunun devre ilişkin kararının Ticaret Sicilinde tescil edildiği tarihin, devir tarihi olduğu belirlenmiştir. (AB’nin 90/434 sayılı “Birleşme, Bölünme, Sermaye Taahhüdü ve Hisse Senedi Değişimlerinin vergisel

⁷²⁷ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi**, s. 693 vd., Hüseyin Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, s. 73.

sonuçlarını uyumlaştırmak” için düzenlemiş olduğu yeniden yapılandırmada vergilendirme direktifinde yer alan tescil tarihinin devir tarihi olduğu ve devir işleminin geçerliliğini ticaret sicilde yayın ile gerçekleştiği hükümler ile uyumlaştırma hedeflendiği görülmektedir⁷²⁸.

Söz konusu madde değişikliği ile hem daha önceden kanunda mevcut bulunmayan devir işleminin hangi tarih itibarı ile geçerlilik kazanacağı belirlenmiş, hem de bu tarih itibarı ile ayrı bir devir beyannamesi düzenlemeksizin müştereken imzalayacakları münfesi kuruma ait bir kurumlar vergisi beyannamesi düzenlemek suretiyle birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde ilgili vergi dairesine verilmesi düzenlenmiştir⁷²⁹.

1. Koşulları

a. Birleşen Şirketlerin Tam Mükellef Olması

Birleşme işlemine tabi olacak şirketlerin kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye’de bulunması koşulunu aranmaktadır. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 7. maddesi uyarınca kanuni veya iş merkezlerinden herhangi birisi Türkiye’de bulunan kurumların tam mükellef olarak gerek Türkiye içi gerekse Türkiye dışında elde ettiği kazançların tamamı üzerinden vergilendirileceği düzenlenmiştir⁷³⁰.

Kurumların birleşmesinde birleşen kurumların tüzel kişiliği, diğer bir deyişle hukuki varlığı sona ermektedir⁷³¹. Hukuki varlığın sona ermesi, birleşen kurum yönünden fiili ve ekonomik varlığın da sona ermesine yol açmaktadır.⁷³² Kurumların birleşmesinin diğer koşulu ise bilanço varlıklarının kül halinde devrolması ve birleşen şirket ortaklarına devralınan servet oranında hisse verilmesidir. Bu koşulların uygulayabilmesi için birleşen kurumların tam mükellef olmasını zorunlu kılmaktadır. Dar mükellef kurumların kanuni veya iş merkezlerinden birisinin Türkiye’de olma şartını sağlayamaması birleşmenin sonuçlarını Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında doğurmaması anlamına gelmektedir. Bu da vergilendirme yetkisi alanında değişikliklere

⁷²⁸ TTK Tasarısı, s. 333 vd.

⁷²⁹ 5520 Sayılı KVK’nun 20. Maddesi, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

⁷³⁰ www.gib.gov.tr

⁷³¹ Özbacı, **Kurumlar Vergisi** s.693.

⁷³² Musa Örmeci, **Kurumlar Vergisi Kanunu Uygulama Esasları**, s.677.

sebebiyet verebileceğinden Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında Dar mükellef kurumlar açısından birleşme olanağı bulunmamaktadır.

b. Birleşen Şirketin Bilanço Varlıklarının Kül Halinde Devrolunması

Anonim Şirketler arasında yapılan birleşmeler için öngörülen 2. koşul birleşen şirketin tüm malvarlığı ile bir kül halinde devrolması ve birleşilen şirketin bilânçosuna geçirilmesidir. İki şirket bilânçosunun üst üste konularak konsolide edilmesi gerekmektedir. Kanun'un 19. maddesinde “aynen” ifadesi kullanılarak bilançoları konsolide ederken hiçbir değişiklik yapılmaması öngörülmüştür. Bilançoların konsolide edilmesi veya muhasebe tekniğine uymaması gibi nedenlerle bilanço kalemlerinin azaltılarak devralan kurum bilançosuna taşınması “kül halinde devrolunması” koşuluna aykırı bulunmaktadır⁷³³.

Aksi yöndeki bir görüş ise “Malvarlığının bütünüyle yeni kuruma intikal etmesi gerekir. Bununla beraber, ticaret hukukunda, bazı aktif değerlerin, birleşme ile beklenen yararın gerçekleşmesine engel olmamak veya birleşmeyi anlamsız duruma getirmemek şartıyla, birleşme işleminin dışında tutulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁷³⁴” yönündedir. Kanaatimizce kanun maddesindeki “aynen” ibaresinin varlığı ve kül halinde devir prensibi gereği bu görüşe katılma imkanı bulunmamaktadır. Aksi takdirde bu şekilde birleşme dışına çıkartılan değerın rayiç değeri ile kaydı değeri arasındaki farka isabet eden birleşme karı vergi dışı bırakılmış olacaktır ki bu sonuç kurumlar vergisi sistemi açısından mümkün bir durum değildir.

c. Birleşen Şirketin Ortaklarına Birleşilen Şirket Paylarının Verilmesi

Şirketler arasında gerçekleştirilen birleşmeler için Kurumlar Vergisi Kanununda öngörülen üçüncü şart devrolan şirketin hissedarlarına iki şirket arasında tespit olunan değiştirme birimi çerçevesinde hesaplanan ve devralan bünyesinden hisse verilmesidir.

Devir hükmünde sayılmayan ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen birleşmelerde birleşen şirket bünyesinde doğan birleşme karı vergiye tabidir. Birleşme karının tespitinde tasfiye karının tespitine ilişkin hükümlerin

⁷³³ Örmeci, **Kurumlar Vergisi**, s.678.

⁷³⁴ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi** s.36.

uygulanacağı madde metninde düzenlenmiştir⁷³⁵. Bu hesaplama yöntemi uyarınca birleşme karı, birleşen şirketin birleşmeye esas alınan bilançosundaki öz sermayesi ile birleşme öncesindeki bilançosu arasındaki fark olmaktadır. Çünkü tasfiye karının tasfiye dönemi sonundaki servet değeri ile tasfiye dönemi başındaki servet değeri arasındaki olumlu fark olduğu ve servet değerine de bilançolarda görünen öz sermayeyi ifade ettiği Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1. maddesinde belirtilmiştir⁷³⁶.

Birleşen şirket hissedarlarına verilecek hisse konusunda 19. madde hükmü bunun devralınan servet nispetinde olacağı belirtilmiştir⁷³⁷. Böylece, tasfiye ve birleşme karının tespitinde söz konusu olan servet değeri birleşen şirket hissedarlarına verilecek hisse miktarının tespitinde de ölçü olarak kullanılmıştır. Bu nedenle, 19. maddenin 3. bendinde yer alan “servet” deyimini servet değeri anlamında “öz sermayeyi” ifade eder⁷³⁸.

d. Birleşen Şirketin İnfisahı

Birleşme dolayısıyla, birleşen şirketin infisah etmesi, hukuki varlığın sona ermesidir. Bir anonim şirket bir başka anonim şirketin paylarını satın alıp, karşılığında kendi hisse senetlerini verirse malvarlığı birleşmesi ve infisah ve infisah olmadığı için birleşmeden sözedilemez⁷³⁹. Birleşen şirket infisah etmediği sürece tüm malvarlığını devretmiş olsa dahi birleşmeden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla infisah birleşmeler için zorunlu bir unsurdur.

2. Türleri

K.V.K.’da düzenlenen ve yukarıda belirtilen kanuni şartların dahilinde gerçekleştirilen “devir” hükmü altındaki birleşmeler, ister yeni kuruluş ister yeni katılma şeklinde olsun K.V.K.’da “devir” olarak bahsedilmekle beraber “Birleşme” kavramı içinde değerlendirilmektedir. Birleşme kavramı bir üst kavram niteliğindedir. KVK içerisinde ayrı maddelerin içinde tanımlanmış olmalarının sebebi, “Birleşme”nin vergi alanı içerisinde (vergili birleşme) gerçekleşmesine karşın, “Devir”in vergi alanı

⁷³⁵ www.gib.gov.tr

⁷³⁶ Örmeci, **Kurumlar Vergisi**, s.679.

⁷³⁷ www.gib.gov.tr

⁷³⁸ Örmeci, **Kurumlar Vergisi**, s.680.

⁷³⁹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku**, cilt 2, s.485.

dışında (vergisiz birleşme) gerçekleşmesine bağlı olarak farklı vergisel sonuçlara bağlanmış olmalarıdır.

“Kurumlar Vergisi Kanunu’nda, Ticaret Kanunu’nda olduğu şekilde birleşme ve devir ayrımı yapılmaksızın, her iki birleşme işlemi, 18. maddede açıklandığı üzere, aynı hükme tabi tutulmuş ve birleşmenin tasfiye hükmünde olduğu belirtilmiştir.”⁷⁴⁰

KVK’nda yer alan birleşme kavramı, nitelikleri itibariyle, TTK’nun yeni şirket kurulması yoluyla birleşme ve mevcut bir şirkete katılma halini kapsar, bu açıdan farklı bir düzenleme getirilmemiştir.

Devir TTK açısından mevcut bir şirkete katılma, KVK açısından ise vergisiz birleşme halidir.”⁷⁴¹

KVK açısından birleşme türlerini Saban, vergilendirme rejiminin ayrımı açısından hareketle; “vergilendirme alanı içinde sona erme” ve “vergilendirme alanı dışında sona erme” şeklinde sınıflandırmıştır⁷⁴².

a. Vergilendirme Alanı İçinde Sona Erme Hali Olarak Birleşme

Bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir. Ancak, birleşmede tasfiye karı yerine birleşme karı vergiye matrah olur. Tasfiye karının tespiti hakkındaki hükümler, birleşme karının tespitinde de geçerlidir. Şu kadar ki, münfesihi kurumun veya kurumların ortaklarına ya da sahiplerine birleşilen kurum tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak verilen değerler, kurumun tasfiyesi halinde ortaklara dağıtılan değerler yerine geçer. Birleşilen kurumdaki alınan değerler Vergi Usul Kanununda yazılı esaslara göre değerlendirilir. Kanunun 17’nci maddesine göre tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevler, birleşme halinde birleşilen kuruma ait olur (KVK 18)⁷⁴³.

b. Vergilendirme Alanı Dışında Sona Erme Hali Olarak Birleşme (Devir)

KVK 19. maddesinde belirli şartlar dâhilinde gerçekleşen birleşmelerin devir hükmünde olduğunu belirtilmiştir. Bu şartlar;

⁷⁴⁰ Salih ŞANVER, **Gelir ve Kurumlar Vergisi**, Nihat Sayar Yardım Vakfı Yayınevi, İstanbul 1972, s.229.

⁷⁴¹ Yaltı, **Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev’i Değişirme**, s.176.

⁷⁴² Saban, **Vergi Hukuku**, s.445 vd.

⁷⁴³ www.gib.gov.tr

Birleşme sonucunda infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye'de bulunması. İle münfesihi kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından bir bütün halinde devralınması ve aynen bilançosuna geçirilmesidir.

3. Süreç

KVK nda birleşmeler için özel bir süreç öngörülmemiş olduğundan TTK açısından belirlenen sürecin KVK açısından da geçerlidir.

4. Sonuçları

K.V.K. 'da kurumların;

Vergilendirme alanı içinde sona erme şekillerinden biri “birleşme”(diğeri inceleme konumuz dışında olmakla beraber “*tasfiye*” dir.)

Vergilendirme alanı dışında sona erme şekillerinden bir tanesi de “devir”(diğerleri inceleme konusu dışında olmakla birlikte “*bölünme ve hisse değişimleri*” dir.

Bu kapsamda aşağıda “**Birleşme**” (vergilendirme alanı içinde sona eren birleşme)” ve “**Devir**” (vergilendirme alanı dışında sona eren birleşme) işlemlerinin sonuçları incelenmektedir.

a. Birleşme Karı

(1) Vergilendirme Alanı İçinde Sona Erme Hali Olan Birleşme Halinde

Bir ya da birkaç kurumun diğeri bir kurumla birleşmesi nedeni ile infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmünde olduğundan, kurumun malvarlığı V.U.K.'daki yazılı esaslara göre (**emsal bedel ile**)⁷⁴⁴ değerlendirilir, bu değerle aynı malvarlığının birleşmeden önceki kayıtlı değeri arasındaki fark “**birleşme karı**” olarak vergiye tabi tutulur.

(2) Vergilendirme Alanı Dışında Sona Erme Hali Olan Birleşme (Devir) Halinde

Mevzuatta yer alan madde hükmü (KVK md.20) şartlarının gerçekleşmesi halinde, varlığı sona eren kurum için tasfiye durumu söz konusu olmayacağından, birleşme karı da vergilendirilmeyecektir. Varlığı sona eren (münfesihi) kurumun sadece

⁷⁴⁴ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi**, s.660, Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, s. 79.

devir tarihine kadar elde ettiği kazançları vergiye tabi tutulacak, birleşmeden doğan karlar ise hesaplanmayıp vergilendirilmeyecektir.

Devir işleminde aktif ve pasifler; herhangi bir değerlemeye tabi tutulmadan, muhasebedeki kayıtlı (bilanço) değerleri üzerinden devralacak kuruma nakledilirler.

Bir diğer ifadeyle, herhangi bir değerlendirme yapmaksızın iki bilanço olduğu gibi üst üste konur. Devir sureti ile birleşmelerde Ticaret Hukuku'ndaki külli halefiyet esası yerine, Vergi Hukuku'nda aktif pasiflerin aynen devredilmesi öngörülmüştür⁷⁴⁵.

Devir sırasında verilen aktifler için bir değerlendirme işlemi yapılarak, kayıtlı değerlere nazaran bir fark yaratılmadığı için birleşmede söz konusu olan vergileme, devir işleminde söz konusu değildir.

Söz konusu işlemde, devreden kurumun sahiplerine devrettikleri kadar bir hissenin, devralan kurum tarafından verilmiş olması gerekmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 20'nci mad.sinin⁷⁴⁶ 1'inci fıkrasının a) ve b) bendi kapsamında yer alan şartların gerçekleşmesi sonucunda münfesi kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançların vergiye tabi tutulacağı, birleşmeden doğan karların ise hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği belirlenmiş olup, söz konusu birleşme karının vergilendirilmemesi (birleşme işleminin vergisiz sonuçlanması) dışında, diğer vergi kanunları karşısındaki durumuna da bakılması yüklenilecek olan toplam vergi yükünün tespit edilebilmesi açısından önem arz etmektedir.

b. Birleşme Giderleri

KVK' nın 8'nci md. sinin⁷⁴⁷ 1'nci fıkrasının c bendinde “Genel Kurul toplantıları için yapılan giderler ile birleşme, devir, bölünme, fesih ve tasfiye giderleri”nin kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilebileceği hükme bağlanmış olmakla beraber, bu giderlerin istendiği takdirde ilk tesis taazzuv giderleri niteliğinde olması nedeni ile aktifleştirilerek beş yılda amortismanına tabi tutularak itfa edilebilmesi de mümkündür.

c. Birleşen Kurumlara İlişkin Geçmiş Yıl Zararlarında Mahsup Durumu

⁷⁴⁵ Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, s. 79.

⁷⁴⁶ 5520 Sayılı KVK'nun 20. Maddesi, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

⁷⁴⁷ 5520 Sayılı KVK'nun 8. Maddesi, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

Vergilendirme alanı içinde sona erme hali olan birleşmenin gerçekleşmesi durumunda KVK' nın 9'nci⁷⁴⁸ md. sinin 1'nci fıkrasının a bendi uyarınca geçmiş yıl beyannamelerinde yer alan beş yıllık zararları,”her yılın zararı ayrı ayrı gösterilmek ve beş yıldan fazla nakledilmemek şartıyla” birleşen kurumların kendi karlarından mahsup edebilme imkanları mevcut bulunmaktadır. Bu kapsamda birleşen şirket zararlarının en son olarak oluşacak birleşme karından mahsup imkanı mevcut olup, kalan zararın bulunması durumunda bunların birleşilen şirkette oluşacak karlardan mahsup imkanı bulunmamaktadır.

Vergilendirme alanı dışında sona erme hali olan birleşmenin(devir) gerçekleşmesi durumunda ise; KVK md. 9'da “Zarar mahsubu” başlığı altında, Kurumlar vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilecek olan zararlar tespit edilmiş olup, kurumlar vergisi beyannamesinde her yıla ilişkin tutarların ayrı ayrı gösterilmesi şartıyla madde kapsamında belirlenmiş söz konusu zararların mahsup işleminin mümkün olacağı hükmü getirilmiştir. Bu madde hükmünün “devir” ile ilgili kanun metni aşağıdaki şekildedir: KVK 9'uncu⁷⁴⁹ md. sinin birinci fıkrasının a) bendi hükmü;

“a) Beş yıldan fazla nakledilmemek şartıyla geçmiş yılların beyannamelerinde yer alan zararlar.

Kanunun 20'nci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde devralınan kurumların devir tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen zararları ile 20'nci maddenin ikinci fıkrası kapsamında gerçekleştirilen tam bölünme işlemi sonucu bölünen kurumdaki öz sermayesinin devralınan tutarını geçmeyen ve devralınan kıymetle orantılı zararların indirilmesinde aşağıdaki şartlar ayrıca aranır:

1) Son beş yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamelerinin kanuni süresinde verilmiş olması.

2) Devralınan kurumun faaliyetine devir veya bölünmenin meydana geldiği hesap döneminden itibaren en az beş yıl süreyle devam edilmesi.

Bu şartların ihlali halinde, zarar mahsupları nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler için vergi ziyayı doğmuş sayılır.”

⁷⁴⁸ 5520 Sayılı KVK'nun 9. Maddesi, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

⁷⁴⁹ 5520 Sayılı KVK'nun 9. Maddesi, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

Bu maddenin tetkikinde eski şeklinden farklılık arz etmekte olduğu görülmektedir. Eski madde hükmünde (eski KVK mükerrer 14'üncü md. sinin 1'inci fıkrasının a bendi) şu an mevcut kanun metni ile aynı şekilde, kurumlar vergisi beyannamesinde her yıla ilişkin zararın ayrı ayrı gösterilmesi şartıyla, beş yıldan fazla nakledilmemek koşuluyla geçmiş yılların mali bilançolarına göre meydana gelen zararların; (aynı sektörde faaliyet göstermesi, son beş yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamelerinin kanuni süresinde verilmiş olması koşullarıyla {eski KVK md. 37 ve 39 kapsamındaki} devralınan kurumların, devir tarihi itibarıyla aktif toplamını geçmeyen zararları ile bölünme işlemleri {eski KVK md.38 kapsamındaki bölünmeler} sonucu münfesi olan kurumun aktif toplamını geçmeyen zararları dahil)birleşilen kurumun kazancından indirilebileceği düzenlenmiş bulunmaktaydı.

KVK 14/7 maddesi hükmünde geçmiş yıl zararlarının tanımlanmasında “mali bilançolara göre meydana gelen zararlar” yerine geçmiş yılların “beyannamelerinde yer alan zararlar” ibaresi kullanılmış, devir yolu ile birleşen kurum ile birleşilen kurumun “aynı sektörde faaliyet göstermesi” şartı kaldırılmıştır, ancak geçmiş yıl zararlarının birleşilen kurumun kazancından indirimin gerçekleşebilmesi için iki yeni koşul eklenmiştir. Bu iki koşuldan bir tanesi ilk defa düzenlenen bir hüküm olup, “Devralınan kurumun faaliyetine devirin meydana geldiği hesap döneminden itibaren en az beş yıl süreyle devam edilmesi” şeklindedir. Bu maddenin devralınan firmanın mevcut geçmiş yıl zararlarının, birleşilen firmanın kazancından indirim konusu yapılabilmesini zorlaştıracı bir hüküm olarak eklenmiş görünmektedir. Diğer koşul ise önceki kanun metninde mevcut ifadenin değiştirilmesi şeklinde “devralınan kurumların devir tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen ve devralınan kıymetle orantılı zararların” indirilebilmesidir. Görüldüğü üzere burada da mahsup edilecek zarar tutarının devir tarihi itibarıyla birleşilen kurumun “öz sermaye” toplamını (“aktif toplamı” yerine) geçmemesi gerektiği şeklinde değiştirilmiştir. Bir de kısmi bölünme sonucunda gerçekleşen devirlerde, indirilebilecek geçmiş yıl zararlarının tespitinde (“devralınan kıymetle orantılı” olması şartı eklenmek sureti ile) devralınan zararların devralınan aktif kıymet tutarı ile orantılanmak sureti ile bulunabileceği belirlenmiştir.

Konuya ilişkin olarak Vergi Dava Daireleri Kurulunun eski KVK zamanında verilen bir kararında konu şu şekilde değerlendirilmiştir;

“Kurumlar Vergisi Kanununda yer alan devir ve birleşmeye ilişkin kurallarla, şirketlerin sermaye yapılarının güçlendirilmesi amaçlandığından, sermayeleri tükenmiş durumdaki yedi ayrı şirketi devralan davacı tarafından bu şirketlerin geçmiş yıl zararlarının kurum kazancından indirilmesi mümkün değildir. Zira Kurumlar Vergisi Kanununun 37 nci ve 38 inci maddelerinde koşulları düzenlenen devir ve birleşmeye ilişkin kurallarla, şirketlerin sermaye yapılarına güç kazandırılmak amaçlanmıştır görüşü belirtilmiştir. Bunun yanında Ticari organizasyonlarda temel amaç kar elde etmek ve bunu en yüksek düzeye ulaştırmak olduğundan, bu kurallar, aynı amaçla öngörüldüğü için birleşmeden doğan kazançların vergilendirilmesinden vazgeçilmiş olduğu olayda ise her ne kadar davacı kurum tarafından, aynı holdinge bağlı yedi ayrı şirketin devralınmasına ilişkin işlemler gerek Türk Ticaret Kanunu, gerekse Kurumlar Vergisi Kanununun 37 ve 38 inci maddelerine biçim yönünden uygunsa da, kendisi de gerçekte faal olmayan davacının aynı durumda bulunan ve büyük bölümü holdinge olan borçları nedeniyle oluşmuş geçmiş yıl zararları inceleme raporunda da saptandığı gibi, sermayelerini tüketecek düzeye ulaşmış bu şirketlerin devralınmasıyla, yasada öngörülen amacın gerçekleşmesine olanak bulunmadığının açık olduğu belirtilmiştir. Kararın devamında vergilendirmede, vergiyi doğuran olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyeti esas olduğundan, devir işleminin ihtilaflı dönemde elde edilen gayrimenkul satış karından oluşan kurum kazancından, devir nedeniyle ve Kurumlar Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin 14 üncü fıkrasında yer alan kurala dayanılarak söz konusu şirketlerin devir bilançolarında görülen zararlar indirilmek suretiyle yasanın koruduğu amaç dışında vergilendirilecek kazancın azaltıldığı sonucuna varılmıştır.”⁷⁵⁰

d. Birleşen Şirkete Ait Taşınmazların, İştirak Hisselerinin Birleşilen Şirkette Satışa Konu Edilmesi

Her iki tip birleşme türü için geçerli olmak üzere; KVK’ da kurum kazançlarından yapılması gereken istisnaların belirlendiği 5’nci maddenin e bendinde “kurumların en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının

⁷⁵⁰ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 11.06.1999 E.1998/404 K.1999/334 No’lu kararı, www.danistay.gov.tr.

satışından doğan kazançların %75’lik kısmının” kurumlar vergisinden istisna olacağı hükmolunmuştur. Aynı bent hükmü ile de bu istisnanın satışın yapıldığı dönemde uygulanacağı, satış kazancının istisnadan faydalanan kısmının satışın yapıldığı yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar pasifte özel bir fon hesabında tutularak, satış bedelinin, satışın yapıldığı yılı izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar tahsil edilmesi gerektiği, bu süre içinde tahsil edilmeyen satış bedeline isabet eden istisna nedeni ile zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilerin ziyaa uğramış sayılacağı hususlarına da yer verilmiştir. Bu süre içinde tahsil edilmeyen istisna edilen kazançtan beş yıl içinde sermayeye ilave dışında herhangi bir şekilde başka bir hesaba nakledilen veya işletmeden çekilen kısım için uygulanan istisna dolayısı ile zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilerin ziyaa uğramış sayılacağı belirtilmiştir. Aynı süre içinde işletmenin tasfiyesi (**bu Kanuna göre yapılan devir ve bölünmeler hariç**) halinde de bu hükmün uygulanacağı şerh olunmuştur. Kanun’un ilgili maddesinde de açıklandığı gibi (KVK md. 18 (1)) birleşme nedeni ile birleşen firmaların tasfiye hükmünde değerlendirilmesinden hareketle, birleşme işlemlerinin yukarıda açıklanan istisna maddesinde yer alan bu hüküm kapsamında uygulamaya tabi olacağı açıkça görülmektedir. Zaten madde de sadece devir ve bölünmelerin hariç olacağı, tasfiye için hükmün uygulanacağı belirtilmiştir.

Aynı maddede iki yıllık sürenin tespitinde de sadece devralınan taşınmazlar, iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetleri ile rüçhan haklarının satışında devir olunan kurumda geçen sürelerin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Zaten birleşmelerde birleşen şirkete ait taşınmazların birleşilen şirkete intikali yeni iktisap olarak dikkate alındığından, aktifte iki tam yıl geçmesi şartının birleşilen kurumda geçmesi gerekli olup, taşınmazın birleşen şirketin aktifinde kaldığı süre hesaba katılmaz.

Konuya ilişkin olarak sadece vergilendirme alanı dışında sona erme hali olan birleşmeler (devir) için geçerli olmak üzere KVK 18.madde hükmünde ayrıca “**Devir veya bölünme suretiyle devralınan taşınmazlar, iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetleri ile rüçhan haklarının satışında iki yıllık sürenin hesabında, devir olunan veya bölünen kurumda geçen süreler de dikkate alınır.**” Belirlemesi yapılmıştır.

Bu hüküm ile de iki yıllık sürenin tespitinde vergilendirme alanı içinde sona erme hali olan birleşmelerdeki uygulamanın aksine, devralınan taşınmazların, iştirak

senetlerinin satışında birleşen şirketin aktifinde kaldığı sürelerin hesaba katılabileceği şeklinde bir avantaj tanınmıştır⁷⁵¹.

e. Birleşme İşleminde Beyan

Birleşen şirketler, hesap dönemi başından birleşme kararının tescil ve ilan edildiği tarihe kadar olan süreye ilişkin kist dönem beyannamesini, birleşme kararının tescil ve ilanını takip eden dördüncü ayın birinci gününden yirmi beşinci günü akşamına kadar mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine verilmesi gerekmektedir. Birleşme dönemine ilişkin beyanname ise (kanunda mevcut tasfiye madde hükümlerinin geçerli olmasından hareketle) birleşmenin sona erdiği tarihten itibaren otuz gün içinde kurumun bağlı olduğu vergi dairesine bilanço ve gelir tablosu eklenmek suretiyle verilir.

KVK' nın 22'nci⁷⁵² maddesinin 5'inci fıkrası ile de, Kanunun tasfiyeye ilişkin hükümlerinin aynı şartlarla, devralan kurum tarafından devralınan değerlere karşılık olarak verilen iştirak hisselerinin, Türkiye'deki iş yeri veya daimi temsilcinin aktifine kaydedilmesi suretiyle dar mükellef kurumlar hakkında da uygulanacağı hükmolunmuştur.

KVK, vergilendirme alanı dışında sona erme hali olan birleşmeler (devir) için, iki kurumun beraber bir devir beyannamesi imzalamalarını ve birleşilen kurumun, varlığı sona eren kurumun vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini devir beyannamesine bağlı bir taahhütname ile taahhüt etmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

“Devir, bölünme ve hisse değişimi hallerinde vergilendirme” başlıklı 20'nci maddenin (1)'inci fıkrası ile de; devirlerde, söz konusu maddede belirtilen şartlara uyulduğu takdirde, münfesi kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançların vergilendirileceği; birleşmeden doğan karların ise hesaplanmayıp vergilendirilmeyeceği belirtilmiştir.

KVK' nın 20'nci md. sinin 1'inci fıkrasının a) bendi uyarınca, şirket yetkili kurulunun devre ilişkin kararının Ticaret Sicili'nde tescil edildiği tarihin, devir tarihi olacağı hükmolunmuştur. Aynı maddenin devam metni ise şu şekilde düzenlemiş bulunmaktadır:

⁷⁵¹ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi**, s.36.

⁷⁵² 5520 Sayılı KVK'nun 22. Maddesi, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

“Münfesihi kurum ile birleşilen kurum;

1) Devir tarihi itibarıyla hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesihi kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesi ile,

2) Devir işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde, münfesihi kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesihi kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesini, birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde münfesihi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verirler.

b) Birleşilen kurum, münfesihi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini münfesihi kurumun birleşme sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde vereceği bir taahhütname ile taahhüt eder. Mahallin en büyük mal memuru, bu hususta birleşilen kurumdan ayrıca teminat isteyebilir.

f. Birleşmede Karşılıklı İştirak Hali

Birleşen şirketlerin aralarında karşılıklı iştirak olması halinde karşılıklı iştiraklerin netleştirilmesi suretiyle işlem yapılacaktır. Netleştirme işleminin birleşme sonrası yapıda sermaye azaltımı olarak etkisi söz konusu olabilecektir. Bu durum küll halinde devir şartını zedelemeyeceğinden vergilendirilmesi gereken bir birleşme işlemi söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca birleşen şirketler arasında tek yönlü veya karşılıklı iştirak durumlarında birleşme sonrası iştirakin yok edilmesi halinde iştirak maliyet bedeli aktifinde fark oranında var olmaya devam edecektir. Bu tip itfa paylarının gider yazılması mümkün olmadığından aktif düzenleyici bir hesapta bekletilmesi durumunda işlemin vergisiz olması mümkün olabilecektir. Bu tutarlar takip eden yıl karlarından indirilebilir gider olarak dikkate alınması yolu ile birleşme işlemi vergiye tabi olmayacaktır.

g. Birleşmenin vergiden istisna edilmiş bilânço kalemleri üzerindeki etkisi

Birleşme öncesinde şirket bilânçolarında iştirak satış kazancı istisnai veya gayrimenkul satış kazancı istisnası uygulanmak suretiyle sermaye artışı yapılmış olması halinde birleşme sonrasındaki yapıda sermaye azaltımı uygulanması halinde vergiden istisna edilmiş bu tutarların işletmeden çekilmiş sayılıp sayılmayacağı hususunda netlik

bulunmamakla birlikte; anılan istisna uygulamalarında birleşme suretiyle daha önce istisna uygulaması nedeniyle ulaşılan sermaye tutarının korunması gereklidir. Bu durumda ilgili birleşme işlemi sırasında sermaye azaltımı yapılacak kadar bir tutarda ortaklarca nakit sermaye artışı suretiyle sorun giderilebilecektir.

B. Diğer Vergi Kanunları

1. Vergilendirme Alanı İçinde Sona Erme Hali Olarak Birleşmelere Diğer Vergi Kanunlarının Etkisi

a. Gelir Vergisi Kanunu

Birleşen şirketin Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü md. sinde yer alan ödemeleri nedeni ile tevkif ettikleri vergiye ait muhtasar beyannameyi en geç birleşme beyannamesi ile birlikte vermek ve vergiyi de aynı sürede ödemek zorundadır⁷⁵³.

Diğer yandan birleşme işlemlerinde birleşme karının beyanında vergi matrahının tespiti GVK hükümlerine göre hesaplanması gerektiğinden konuyu GVK nundan soyutlamak mümkün değildir. Tabii olarak birleşmeye tabi kurum kazancının belirlenmesinde başta GVK'nun giderlerin düzenlendiği 14 ve 15 maddesi başta olmak üzere bir çok maddesi birleşme işleminde uygulanması gereken hükümler durumundadır.

Birleşen şirket ortaklarının GVK karşısında durumu ise; G.V.K.'nın mükerrer 80/2. maddesi hükmü gereği “İvazsız olarak iktisap edilenler, Türkiye’de kurulu menkul kıymet borsalarında işlem gören ve üç aydan fazla süreyle elde tutulan hisse senetleri ile tam mükellef kurumlara ait olan ve bir yıldan fazla süreyle elde tutulan hisse senetleri hariç, menkul kıymetlerin elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar (üç aylık süreyi bir yıla çıkartmaya veya tekrar kanuni süreye indirmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir)” değer artış kazancıdır.

Menkul kıymet kavramı, anonim şirketlerle eshamlı komandit şirketlerin çıkardıkları her türlü hisse senetleri, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin ve anonim şirketlerin çıkardıkları tahvilleri, hazine bonosu ve gelir ortaklığı senetlerini, anonim

⁷⁵³ Ahmet Kavak, *Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 168.

şirketler tarafından çıkarılan kar ve zarar ortaklığı belgelerini ve Sermaye Piyasası Kanunu'na göre çıkarılan diğer menkul kıymetleri ifade etmektedir.

Yukarıdaki madde hükmüne göre, menkul kıymetlerin iktisap şekli vergileme açısından önem arz etmektedir. İvazsız olarak iktisap edilen (miras, hibe vb) menkul kıymetlerin elden çıkarılmasından doğan değer artış kazancı vergiye tabi değildir. Ancak bir ivaz karşılığı (satın alma, trampa, takas v.b. suretiyle) edinilen menkul kıymetlerin elden çıkarılması halinde değer artış kazancı doğacaktır. Ancak, bu mahiyette olmakla birlikte Türkiye'de kurulu menkul kıymet borsalarında işlem gören hisse senetlerinin bir yıl elde tutulduktan sonra elden çıkarılmaları durumunda değer artış kazancı hesaplanmayacaktır.

Bu hukuki düzenlemeye göre, gerek K.V.K.'nın 36. gerekse 37. maddeleri çerçevesinde bir kurumun bir anonim şirketle birleşmesi halinde, münfesi kurumun ortaklarına verilen birleşilen anonim şirket hisseleri ortaklar tarafından iktisaplarından itibaren bir yıl (birleşilen anonim şirket borsaya kayıtlı ise üç ay içinde) elden çıkarılırsa değer artış kazancı hesaplanarak vergiye tabi tutulacaktır⁷⁵⁴.

Böyle bir durumla karşılaşan ortağın vergiye tabi tutulacak değer artış kazancı, G.V.K.'nın mükerrer 81. maddesi hükmü gereği, ortağın hisse senedini elden çıkarması karşılığında edindiği menfaatler toplamından, bu hissenin kendisine maliyeti düşülerek hesaplanacaktır⁷⁵⁵. Maliyetin düşük olması değer artış kazancını dolayısıyla da ortağın ödeyeceği vergiyi artıracaktır. İşte bu noktada maliyet tutarının birleşmede mi yoksa devirde mi daha düşük olduğunu belirleme gereği ortaya çıkmaktadır. Birleşme ve devir hallerini, sonuçlarına göre kıyasladığımızda ortakların devir halinde daha fazla tutarda değer artış kazancı üzerinden vergilenebilecekleri ortaya çıkmaktadır. Bu da bize, ortaklar cephesinden birleşmenin devire tercih edilebileceğini gösterir⁷⁵⁶.

Birleşmenin devire kıyasen ortaya çıkan üstünlüğü G.V.K.'nın mükerrer 80/1. maddesi⁷⁵⁷ hükmü gereği birleşilen şirketin hissesi borsada işlem görüyorsa ve hisse senedi üç ay elde tutulduktan sonra veya hisse senedi borsada işlem görmemekle

⁷⁵⁴ Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, s. 86.

⁷⁵⁵ Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, s. 84.

⁷⁵⁶ Hızır Tarakçı, **Kurumlarda Sona Erme**, İstanbul, 2003, s.200.

⁷⁵⁷ www.gib.gov.tr

birlikte bir yıl elde tutulduktan sonra satılmış ise ortadan kalkmaktadır.Çünkü bu durumda değer artış kazancı hesaplanmamaktadır.

b. Katma Değer Vergisi Kanunu

Birleşen şirkete ait emtia ve demirbaş niteliğindeki aktif kıymetlerin birleşilen şirkete devri, KDVK’ nın 1’ nci md. si uyarınca emsal bedel üzerinden KDV’ ye tabidir. Bu durumda devrolunacak kıymetlerin emsal bedelleri, KDV’nin matrahını oluşturacak, fatura düzenlenmek suretiyle, KDV hesaplanacak ve birleşen şirket tarafından verilen en son KDV beyannamesinde beyan edilerek söz konusu KDV’nin ödenmesi durumu söz konusu olacaktır. Tabi ki KDV’yi birleşen şirket ödeyecek ve daha sonra kendi bünyesinde bunu indirim konusu yapacaktır⁷⁵⁸.

c. Damga Vergisi Kanunu

Birleşme işlemleri esnasında düzenlenmesi gerekli olan birleşme sözleşmeleri, sermaye artırımları, yeni kuruluş halinde kuruluş sözleşmeleri vb. değerli kağıtlar damga vergisine tabi değildir (DVK md.1)⁷⁵⁹

d. Harçlar Kanunu

Birleşme işlemi sebebi ile yapılacak işlemler harçtan istisna edilmiştir⁷⁶⁰.

e.Vergi Usul Kanunu

KVK’ nın 18’ nci md. si uyarınca yapılan bu tip birleşme işlemlerinde, birleşen sermaye şirketlerinin VUK’ nın 328 ve 329’uncu maddeleri⁷⁶¹ uyarınca ayırmış oldukları “yenileme fonu” tasfiye durumunda olduğu gibi birleşme tarihi itibarı ile kara eklenmek suretiyle kapatılmalıdır. Söz konusu birleşme işlemi sonucunda birleşen şirket infisah etmiş olduğundan artık bu fonun kullanılabilir durumu da kalmamıştır.

f. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun

⁷⁵⁸ Kavak, Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, s. 169, Güneş/Akbiyık, İşletmelerde Birleşme ve Tasfiye Uygulaması, s. 90.

⁷⁵⁹ Güneş/Akbiyık, İşletmelerde Birleşme ve Tasfiye Uygulaması, s. 94, Akay, İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi, s. 86.

⁷⁶⁰ Metin Ulusoy, Son Değişiklikler Çerçevesinde Birleşme, Devir, Bölünme, Hisse Değişimi ve İştirak Yoluyla Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004, s. 122.

⁷⁶¹ Yılmaz Özbalcı, Vergi Usul Kanunu, Oluş Yayıncılık, Ankara 2005, s. 867 vd

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunun 4684 sayılı Kanunla değişik 36. maddesi, 6183 sayılı yasanın uygulanması bakımından, birleşmede kanuni temsilcilerin sorumluluğu halini düzenlenmiştir⁷⁶². Birleşme, devir, bölünme ve şekil değiştirme halleri başlığı ile yer alan 36. madde şu şekildedir;

“Bu Kanunun tatbiki bakımından;

- a) İki veya daha ziyade hükmî şahsın birleşmesi halinde yeni kurulan hükmî şahıs,*
- b) Devir halinde devir alan hükmî şahıs,*
- c) Bölünme halinde bölünen hükmî şahsın varlıklarını devralan hükmî şahıslar,*
- d) Şekil değiştirme halinde yeni hükmî şahıs,*

Birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki hükmî şahıs ve şahısların yerine geçer.”

Söz konusu düzenlemeye göre, birleşme halinde birleşilen hükmî şahıs, devir alınan, hükmî şahıs ve şahısların yerine geçer.

KVK.’nın 18. maddesi uyarınca, bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir. KVK.’na göre şirketlerin birleşmesi tasfiye hükmündedir. KVK.’nın birleşme başlığını taşıyan 18. maddesinin son fıkrasına göre, “Kanunun 17 nci maddesine göre tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevler, birleşme halinde birleşilen kuruma ait olur.” Bu hüküm uyarınca birleşme halinde tasfiye memurlarının yükümlülükleri de birleşilen kuruma geçmektedir. Birleşilen kurumun sorumlulukları şöyle sıralanabilir⁷⁶³;

1) Birleşme Kararının Beyanı

Tasfiye halindeki kurumların vergi matrahı tasfiye kârıdır (KVK. Madde 17). Birleşen şirket tasfiye hükmünde olduğundan, birleşme karının tasfiye karı gibi tasfiye birleşme tarihinden itibaren otuz gün içinde birleşilen şirket tarafından beyan edilmesi gerekmektedir.

2) Birleşilen Şirketin Kist Dönem Karının Beyanı

Birleşen şirketin birleşme tarihine kadar olan kist döneme ait kist dönem karı, birleşme tarihinden itibaren 30 gün içinde birleşilen şirket tarafından beyan edilmesidir.

⁷⁶² Yılmaz Özbacı, **Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun**, Oluş Yayıncılık, Ankara 2002, s. 375 vd,

⁷⁶³ Özbacı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s. 689, Binnur Çelik(Tüzün), **Vergilemede Müdahale İlkesi Anayasa ve Gelir Vergisi Hükümleri Açısından İncelenmesi**, Ankara, 2001.

3) Birleşme Öncesi Dönemlere Ait Beyannamelerin Verilmesi

Birleşilen kurumun, birleşmenin gerçekleşmesinden önceki dönemlerle ilgili olup, bundan sonra vermesi gereken beyannamelerini verme sorumluluğu da birleşilen kuruma düşer. Bu beyannamelerin verilmesi, birleşme kararının beyanından sonraya bırakılamaz ⁷⁶⁴.

4) Tahakkuk Etmiş Vergilerin Ödenmesi İtirazlı Tarhiyat İçin Karşılık Ayrılması

KVK. Madde 17'nin ⁷⁶⁵ "Tasfiye memurlarının sorumluluğu" başlıklı 7. bendi, tasfiye memurlarının, kurumun tahakkuk etmiş vergileri ile tasfiye beyannamelerine göre hesaplanan vergiler ve diğer itirazlı tarhiyatlar için, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 207 nci maddesine uygun bir karşılık ayırmadan aynı Kanunun 206 ncı maddesinin dördüncü sırasında yazılı alacaklılara ödeme ve ortaklara paylaşırma yapamayacaklarını, aksi takdirde bu vergilerin asıl ve zamları ile vergi cezalarından şahsen ve müteselsilin sorumlu olacaklarını kabul etmiştir. Bu bakımdan, birleşilen şirket de birleşen şirkete ait tahakkuk etmiş vergilerin ödenmesinden sorumlu olur.

İtirazlı tarhiyat için ayrılan karşılık birleşmede değiştirme birimini ve birleşme primini etkiler. İtirazın lehe sonuçlanması durumunda, birleşilen şirkete ilave değer intikal edeceğinden birleşme priminin de ayrıca vergilendirilmesi gerekir.

5) Birleşme Muamelesinin İncelenmesi

KVK. Madde 17'nin 8. fıkrasına göre; "Tasfiye beyannamesinin verilmesiyle birlikte tasfiye memurları, işlemlerinin vergi kanunları yönünden incelenmesini bir dilekçe ile isterler. Dilekçenin verilmesinden itibaren en geç üç ay içinde vergi incelemelerine başlanarak aralıksız devam edilir. Vergi incelemesinin bitmesini izleyen otuz gün içinde vergi dairesi sonucu tasfiye memurlarına yazı ile bildirir. Buna göre kurumdan aranan vergilerin sonucu alınıncaya kadar tasfiye memurlarının, yedinci fıkra da yazılı sorumluluğu devam eder." Bu maddede yer alan esaslar, birleşme değerinin tespiti işlemlerinde de uygulanır.

⁷⁶⁴ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s. 689.

⁷⁶⁵ 5520 sayılı yasa, R.G. 21.06.2006 tarih ve 2620 sayılı.

6) Birleşmenin Gerçekleşmesinden Önce Yerine Getirilmiş Olması Gereken Vergileme Ödevleri

VUK.'nun 10. Maddesi⁷⁶⁶ uyarınca, tüzel kişilerin tasfiye haline girmeleri veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki dönemlere ait sorumluluklarını kaldırmaz. Birleşmede de birleşen şirket tasfiye olduğundan, birleşilen şirket, birleşen şirketin birleşme tarihinden önce yerine getirilmesi gereken vergileme ödevlerinden sorumlu olmaları söz konusu değildir.

2. Vergilendirme Alanı Dışında Sona Erme Hali Olarak Birleşmelere (Devir) Diğer Vergi Kanunlarının Etkisi

a. Gelir Vergisi Kanunu

Birleşen kurumun birleşme (devir) tarihine kadar, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü md. si kapsamında olan ödemeleri nedeni ile tevkif ettikleri gelir vergisi tevkifatlarına ait muhtasar beyannamenin tevkifatın yapıldığı ayı takip eden ayın 20'nci günü akşamına kadar verilerek, tahakkuk eden verginin de 26'ncı günü akşamına kadar ödenmesi gerekmektedir.

b. Katma Değer Vergisi Kanunu

KDVK' daki eski düzenleme ile KVK' da yer alan koşullara uygun olarak gerçekleştirilen devir sureti ile birleşmelerde, birleşilen kuruma birleşen kurum tarafından devredilen değerlerin KDVK 'nın 17/4-c md⁷⁶⁷, Gelir Vergisi Kanununun 81 inci maddesinde belirtilen işlemler ile Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan devir ve bölünme işlemleri (Bu kapsamda vergiden istisna edilen işlemler bakımından Katma Değer Vergisi Kanununun 30 uncu maddesinin (a) bendi hükmü uygulanmaz. İşlem sonunda faaliyetini bırakan, bölünen veya infisah eden mükelleflerce yüklenilen ve indirilemeyen vergiler, faaliyete başlayan veya devir ve bölünme sonrasında devredilen veya bölünen kurumların varlıklarını devralan mükellefler tarafından mükerrer indirimle yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılır.) uyarınca KDV' ye tabi olmayacağı düzenlenmiştir. bu tarzda bir birleşme işleminde, birleşilen şirket birleşen şirketin bilançosunu bir bütün olarak aynen alıp, kendi bilançosuna ilave edeceğinden, birleşen şirketin KDV alacağının mevcudiyeti halinde, KDV iade alacağının da birleşilen şirket

⁷⁶⁶ Özbalcı, **Vergi Usul Kanunu**, s.109.

⁷⁶⁷ Değişik fıkra: RG. 20/06/2001 – 4684 S.K./19. md.

tarafından talep edilebileceğinin doğal olacağından hareketle alacak hakkının birleşen firmada kullanılmasına devam edilmiştir. Ancak daha sonra 4684 sy. Kanun ile yapılan değişiklik sonucu söz konusu madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan devir ve bölünme işlemleri (Bu kapsamda vergiden istisna edilen işlemler bakımından Katma Değer Vergisi Kanununun 30 uncu maddesinin (a) bendi hükmü uygulanmaz. İşlem sonunda faaliyetini bırakan, bölünen veya infisah eden mükelleflerce yüklenilen ve indirilemeyen vergiler, faaliyete başlayan veya devir ve bölünme sonrasında devredilen veya bölünen kurumların varlıklarını devralan mükellefler tarafından mükerrer indirimde yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılır.”

Bu düzenleme öncesi bir taraftan devir işlemleri KDV’ den istisna tutulurken, diğer taraftan devralınan kurumdaki birleşilen firmaya geçen KDV alacak hakkının kullanılarak indirimde konu edilmesi durumu söz konusu olmaktadır. Ancak aynı Kanun’un 30’ uncu md. sinin a bendi uyarınca, KDV’ ye konu olmayan işlemler için yüklenilecek KDV’ nin indirimde konu edilemeyeceğine ilişkin hüküm yönünden çelişki oluşmaktaydı⁷⁶⁸. Bu değişiklik ile bu çelişki ortadan kaldırılarak, Kanun’ da mevcut bir boşluk doldurulmuştur.

c. Damga Vergisi Kanunu

Birleşme işlemleri esnasında düzenlenmesi gerekli olan birleşme sözleşmeleri, sermaye artırımları, yeni kuruluş halinde kuruluş sözleşmeleri vb. değerli kağıtlar damga vergisine tabi değildir (DVK md.1).

d. Harçlar Kanunu

Devir işlemi sebebi ile yapılacak işlemler harçtan istisna edilmiştir.

e. Vergi Usul Kanunu

(1) Değerleme ve Amortisman Uygulaması;

Kuruluş ve örgütlenme giderleri⁷⁶⁹: Devir durumunda bu giderlerin itfa edilmemiş kısmının devralınan firma tarafından kaldığı yerden itfasına devam edilebilecektir.

⁷⁶⁸ Mehmet Maç, **Katma Değer Vergisi Kanunu**, s.

⁷⁶⁹ Özbacı, **Vergi Usul Kanunu**, s.856; Mehmet Ali Özeyer, **Vergi Usul Kanunu**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Ankara 2001, s. 526, Selim Kaneti, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, 2. Bası, s. 206.

Devralınan iktisadi kıymetler için amortisman ayırma durumu:⁷⁷⁰ Devir işleminde devralan firma tarafından, devralınan firmanın tüm aktif ve pasif kalemleri bir bütün olarak devir alındığından, bu amortismanların ayrılmasına da birleşilen firmada devam edilir. Ancak, sadece devir yapılan yıla haiz olmak ve amortismanın yıllık ayırma özelliğini kaybetmemek üzere, devredilen bu iktisadi kıymetlere ait yıllık ayrılacak amortisman meblağının her iki kurumun da devir işleminin yapıldığı yıldaki kıst dönem sürelerinin esas alınmak suretiyle orantı yolu ile bulunarak, her iki şirket tarafından dönemlerine isabet eden kısmının ayrılması gerekmektedir.

(2) Bilanço Tanzim Usulü

-Ticari Bilanço- Mali Bilanço Ayrımının Birleşme İşlemine Etkisi

Ticari Bilanço⁷⁷¹, Vergi Bilançosu⁷⁷² ayrımı temelde amaçlar arasındaki ayrılığa dayanır. Vergi Bilançosunun amacı Vergiye tabi olacak matrahın tespitini amaçlamaktadır. Düzenlenmesi vergi mevzuatı açısından zorunludur.

Ticari Bilançonun amacı ise işletmenin bir sene içinde doğan sonucunu tesbit etmek, kar mı yoksa zarar mı edildiğini ortaya koymaktır. Bu şekilde işletmenin ekonomik yapısının sağlamlığı ve geleceği ile ortakların çıkarlarının optimum seviyede dengelenmesi sağlanmaktadır. Statik Bilanço teorisi açısından temel amaç bu olmakla birlikte dinamik bilanço teorisi açısından bilanço düzenlenmesindeki amaç bilanço günündeki iktisadi ve mali durumu ve malvarlığının tespitidir.

Bu iki farklı teoriden hareketle bilanço düzenlenmesindeki amaçları şöyle özetleyebiliriz;

- Toplam malvarlığını tespit etmek,
- Her malvarlığı parçasına ilişkin sonucu açıklamak,
- Likiditeyi ortaya koymak,
- Kar veya zararı tespit etmek.

⁷⁷⁰ Özyer, **Vergi Usul Kanunu**, s.490,

⁷⁷¹ Tekinalp, **Bilanço Hukuku**, s.61vd; Sema Ülker, **Alman Bilanço Hukuku**, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s.15; Funda Başaran, **Türk ve Alman Vergi Hukuku Bilançosunda Gayri maddi iktisadi kıymetleri aktifleştirme şartları**, Beta , İstanbul, 1999, s.32.

⁷⁷² Başaran, s.1,31; Özbacı, **Vergi Usul Kanunu**, s.530.

Ticari bilançoda, vergi bilançosunun aksine, ortakların Kanun yerine kendi iradeleriyle kendilerini sınırlama ilkesi geçerlidir. Bu ilke özellikle karın bölünmesinde, kar dağıtım tablosunun düzenlenmesinde daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada iki farklı bilanço çıkartılmayıp, düzenlenen ticari bilanço üzerinden muhasebe sistemi ve kayıt düzenine ilişkin özel düzenleme niteliğindeki VUK'nun öngördüğü değişiklikler yapılmak suretiyle tek bir bilanço tanzim olunmaktadır. Oluşan bu karma bilanço hem vergi bilançosu hem de ticari bilanço yerine geçmektedir.

Ticari Bilanço ile Mali Bilanço arasındaki Farkları şu şekilde sınıflandırmak mümkündür;

i) Ticari bilançoda iktisadi kıymetler TTK'da düzenlenen değerleme ölçülerine göre, mali bilançoda ise iktisadi kıymetler VUK'nda yer alan değerleme ölçülerine göre değerlendirilir.

ii) İşletmeden çekilen kıymetler ticari bilançoda dikkate alınmazken mali bilançoda bunlar ayrıca dikkate alınır.

iii) Faaliyet giderleri kavramı ticari bilanço düzenlenirken oldukça geniş kapsamlı olarak dikkate alınırken, mali bilanço düzenlenirken kanunen kabul edilen ve edilmeyen giderler olarak sınırlandırılmışlardır. Dolayısıyla kanunen kabul edilmeyen gider niteliğini haiz harcamalar mali bilançonun düzenlenmesinde işletmeden çekilen değer olarak dikkate alınırlar.

Birleşme işlemleri açısından Ticari Bilanço ve Mali Bilançolardan hangisinin esas alınacağı konusu birleşmenin tarafları açısından çok büyük önem arz etmektedir. Vergi Kanunları gereği birleşmenin vergisiz olabilesi için Mali Bilançonun esas alınarak bilanço değerlerinin kayıtlı değerleri ile dikkate alınmasının birleşen şirket ortaklarına verilecek değıştirme biriminin tespitini doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle Birleşmeye esas alınacak bilançonun en azından değıştirme biriminin hesabı yönünden bilanço varlıklarının rayiç değeri ile belirlendiğı Ticari Bilanço esas alınmak suretiyle hesaplanması gereklidir.

-Gayri maddi hakların bilançoda yer alması sorunu

Gayri maddi varlıkların⁷⁷³ mali tablolarda yer alması konusunda Vergi Usul Kanunda kısıtlamalar getirilmiştir. Ancak bu durum şirketlerin gerçek iktisadi değerlerinin yansıtılmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum şirket değerlerinin önemli bölümünün gayri maddi haklarda olan bir firma ile olmayan bir firma arasında yapılacak birleşmede gayri maddi haklara sahip firma ortakları açısından hesaplanacak değiş-tirme birimi üzerinde olumsuz etki yaratacaktır.

Diğer taraftan, gayri maddi varlıkların mali tablolara alınmasının ön şartı olan ölçüm ve değerlendirme konusunda çok çeşitli yöntemler geliştirilmiş olmasına rağmen genel geçer kabul görmüş bir yöntemin varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu yöntemlerin subjektif bir çok varsayım ve değerlendirmelere dayanıyor olması gayri maddi varlıkların değerlerinin kolaylıkla manipüle edilmesine imkân verecektir. Günümüz ekonomilerinde özellikle fikri hakların kazandığı büyük değer karşısında kötü niyetli kullanımı önlemek gerekçesi ile bu hakların mali tablolarda yer almasını önlemek gayri maddi haklara yatırım yapmış olan şirketleri cezalandırmak olacaktır. Ayrıca kötü niyetli kullanımın doğru ve gelişmiş değerlendirme yöntemlerinin kullanılmasını sağlamak ile aşılabilecek bir durumdur.

(3) Muhasebe Standartları

Türkiye’de muhasebe uygulamalarına yön veren çeşitli düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerde vergi mevzuatının önemli bir etkisi vardır. Türk muhasebe sistemlerinin kaynakları olarak, Vergi mevzuatı, Türk Ticaret Kanunu, Maliye Bakanlığı Tebliği ve Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği sayılabilir.

Türk muhasebe uygulamasına yön veren en önemli sistem Tekdüzen Muhasebe Sistemidir. Maliye Bakanlığı, genel muhasebe sisteminin esaslarını ve bununla ilgili mali tabloları ve sistemin işleyiş kurallarını içeren ilkeleri "Muhasebe Sistemi Uygulamaları Genel Tebliği Sıra No 1" ile 26/12/1992 tarihinden itibaren yürürlüğe koymuştur⁷⁷⁴. Bu düzenleme uyarınca, işletmelerin, muhasebe sistemlerini tekdüzen hesap çerçevesi ve hesap planı doğrultusunda kurmak zorunda olacağı kabul

⁷⁷³ Başaran,s.2; Gülsen Güneş, **Türk Hukukunda Entelektüel Sınai Haklar ve Vergilendirilmesi**, Alfa Basım Yayın, İstanbul 1997, s.11-12; Özbacı, **Vergi Usul Kanunu**, s.651; Özyer, **Vergi Usul Kanunu**, s.347-348.

⁷⁷⁴ RG.26 Aralık 1992, 21447, Mük.

edilmiştir⁷⁷⁵. Bu düzenlemenin amacı, "bu düzenleme bilanço usulünde defter tutan gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin faaliyet ve sonuçlarının sağlıklı ve güvenilir bir biçimde muhasebeleştirilmesi, mali tablolar aracılığı ile ilgililere sunulan bilgilerin tutarlı ve mukayese edilebilirlik niteliklerini koruyarak gerçek durumu yansıtmalarının sağlanması ve işlemlerde denetimin kolaylaştırılması", şeklinde belirtilmektedir⁷⁷⁶.

Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi ortaklıklar ve aracı kurumların düzenlemek zorunda oldukları finansal tabloları, 17.11.2003 tarihinde yayımlanan [Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Konusunda Tebliğ \(Seri: XI No: 25\)](#) ile düzenlemiştir. Tebliğ uyarınca, işletme birleşmeleri gerçekleştirdikleri faaliyetler dolayısıyla elde ettikleri kazançlar kurum ve gelir vergisinden istisna edilmiştir.

Bankalar Kanunu çerçevesinde ise bankaların hesap ve kayıt düzenine ilişkin olarak muhasebe standartlarını belirlemek amacıyla daha sonraki tarihlerde birtakım değişikliklere uğrayan, Muhasebe Uygulama Yönetmeliği⁷⁷⁷ düzenlenmiştir. Birleşmelere ilişkin olarak ise Muhasebe Uygulama Yönetmeliğine İlişkin 6 Sayılı Tebliğ-Banka Birleşme ve Devirleri ile Bankalarca İktisap Edilen Ortaklıkların Muhasebeleştirilmesi Standardı yayımlanmıştır⁷⁷⁸. Bu Tebliğin kapsamına, bankaların birleşme ve devirleri ile ana ortaklık bankaların kontrol gücünü ele geçirecek şekilde bağlı ortaklık veya iştirak hissesi gibi varlık iktisaplarının gireceği kabul edilmiştir.

Diğer taraftan uluslararası alanda, Uluslararası Muhasebe Standartları(IAS) yeni adıyla Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (IFRS), Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (IASB) tarafından yayınlanmış finansal raporlama standartları kabul görmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, ülkemiz sisteminde muhasebe ve finansla raporlamaya ilişkin çok başlı bir uygulama vardır. Ancak küreselleşmenin uluslararası piyasalara yansımalarının artması, uluslararası pazarlara açılmanın gerekliliği ve Avrupa Birliği'ne katılım sürecinin ilerlemesi uluslararası kabul görmüş düzenlemelere ihtiyacı artırmıştır. Ayrıca muhasebe düzenlemelerini güncelleştirmek

⁷⁷⁵ Başaran, s.32; Latif Çakıcı Ed.,**Türkiye XII. Muhasebe Eğitimi Sempozyumu**, Avrupa Topluluğu'na Entegrasyonda Muhasebe Standartları, 20-24 Nisan 1991, Girne-Kıbrıs; **Uluslar arası VII. Türkiye Muhasebe Denetimi Sempozyumu**, Türmob, İstanbul , 2006.

⁷⁷⁶ Akdoğan, s.690.

⁷⁷⁷ RG. 22.06.2002, 24793, Mük.; RG. [23 Ekim 2002, 24915](#); RG, [29 Kasım 2004, 25655](#).

⁷⁷⁸ RG,22.06.2002, 24793,Mük.

bir tarafa bu düzenlemelerin tek bir çatı altında toplanması kaçınılmaz bir sonuçtur. Ülkemizdeki muhasebe ve finansal raporlamaya ilişkin çok başlıklı uygulamaya son vermek amacıyla, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu (TMSK) kurulmuştur⁷⁷⁹. Nitekim TMSK tarafından yayımlanan kavramsal çerçevede amaç şu şekilde dile getirilmiştir⁷⁸⁰;

“İşletmelerce kullanıcılara sunulmak üzere hazırlanan finansal tablolar büyük ölçüde benzerlik göstermekle birlikte, muhtelif sektörlerdeki farklı sosyal, ekonomik ve yasal koşullar nedeniyle bazı farklılıklar olabilmektedir. Örneğin, aktifler, pasifler, özkaynaklar, gelir ve giderler farklı tanımlanmış olabilmektedir. Finansal tabloların unsurlarının tanımları farklı olabildiği gibi, finansal tabloların kapsamaları ve finansal tablolara ilişkin açıklamalar da farklı olabilmektedir. Finansal tablolardaki unsurların belirlenmesinde değişik ölçütlerin kullanılması ve bu unsurlar için farklı ölçüm esaslarının tercih edilmesi de tanımlamalarda farklılıklara yol açmaktadır.

TMSK; sözkonusu farkları, finansal tabloların hazırlanması ve sunulmasına ilişkin kuralları, muhasebe standartlarını ve uygulama usullerini uyumlaştırmak suretiyle azaltmayı amaçlamaktadır.”

Bu çalışmaların bir sonucu olarak Türk Ticaret Kanunu Tasarısıyla halka açık olsun olmasın ülkedeki tüm işletmelere muhasebe ve finansal raporlama konularında TMSK tarafından yayımlanan, UFRS'ye uyumlu Türkiye Muhasebe Standartları'na uymaları mecburiyeti getirilmiştir.

(4) Bilançoların Konsolidasyonu

Bilançoların konsolidasyonu sorunu ağırlıklı olarak aynı gruba bağlı şirketler ve/veya çok iştirakli ve/veya çok şubeleri yapılarda önem kazanmakla birlikte, birleşen şirketlerin birleşme sonrasında bilançoların birleştirilmesi/ konsolide edilmesi açısından da çok önemlidir.

Ülke uygulamalarında konsolidasyon yöntemlerin çeşitliliği kendilerini göstermektedir. Amerika'da geçici ya da zayıf kontrol haricinde, oy hakkı çoğunluğunun sahipliğine dayanarak konsolide tablolar talep edilir. Eğer özel kriterlerle karşılaşırsa

⁷⁷⁹ Türk Muhasebe Standartları Kurulu'nun kanuni dayanağı, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 18.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanunla eklenen Ek-1'inci maddedir.

⁷⁸⁰ www.tmsk.org.tr

birleştirme muhasebesi gerekir. Aksi takdirde satın alma muhasebesi zorunludur. Almanyada ise yurt içi ve yabancı şirketler için bu tabloların yapılması gereklidir, şirket uygulayacağı yöntemi kendisi belirler. İngiltere uygulamasında örneğin devir muhasebesi pek çok olayda, birleşme muhasebesi (defter değerlerinin birleştirilmesi) ise özel olaylarda kullanılır⁷⁸¹. Türkiye’de ise “Bankaların Konsolide Mali Tablolar Düzenlemesine ve Konsolide Mali Tabloların İlanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Tebliğ’de 10.05.1997” ve Sermaye Piyasası Kurulu Seri:Xİ, No:25 “Muhasebe Standartları Tebliği”nde düzenlemeler mevcut olup Vergi Kanunlarında mali tabloların konsolidasyon usulüne ilişkin bir düzenleme yeralmamaktadır. Kanaatimizce bu konuda bir düzenleme yapılması zarureti bulunmaktadır.

(5) Devir Suretiyle Gerçekleştirilen Birleşme Beyanı

Kanun, vergisiz birleşme sayılan bu tip birleşmeler için, iki kurumun beraber bir devir beyannamesi imzalamalarını ve birleşilen kurumun, varlığı sona eren kurumun vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini devir beyannamesine bağlı bir taahhütname ile taahhüt etmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

“Devir, bölünme ve hisse değişimi hallerinde vergilendirme” başlıklı 20’nci maddenin (1)’inci fıkrası ile de; devirlerde, söz konusu maddede belirtilen şartlara uyulduğu takdirde, münfesiş kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançların vergilendirileceği; birleşmeden doğan karların ise hesaplanmayıp vergilendirilmeyeceği belirtilmiştir.

KVK’ nın 20’nci md. sinin 1’inci fıkrasının a) bendi uyarınca, şirket yetkili kurulunun devre ilişkin kararının Ticaret Sicili’nde tescil edildiği tarihin, devir tarihi olacağı hükmolunmuştur. Aynı maddenin devam metni ise şu şekilde düzenlemiş bulunmaktadır:

“Münfesiş kurum ile birleşilen kurum;

1) Devir tarihi itibarıyla hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesiş kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesi ile,

2) Devir işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde,

⁷⁸¹ Akdoğan, Finansal Tablolar, s.401.

münfesihi kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesihi kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesini, birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde münfesihi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verirler.

b) Birleşilen kurum, münfesihi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini münfesihi kurumun birleşme sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde vereceği bir taahhütname ile taahhüt eder. Mahallin en büyük mal memuru, bu hususta birleşilen kurumdan ayrıca teminat isteyebilir.

5.BÖLÜNME

I. Özel Hukuk

Şirket bölünmelerine ilişkin Türk Ticaret Hukukunda kanuni bir düzenlemeye gidilmemiştir. Ortaklıklar hukukunda yer alması gereken bölünme kurumuna ilişkin düzenlemeler, daha çok vergi hukuku alanında ve çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde yapılmıştır. Bununla birlikte birleşmede olduğu gibi Türk Hukukunda bölünmenin hukuki kökenlerini BK. Madde 179'un oluşturduğunu söyleyebiliriz⁷⁸².

Kaya, malvarlığı veya ticari işletmenin devrini düzenleyen BK. Madde 179'un bölünmede uygulanması hususu hakkında, "Sermaye şirketlerinin tam veya kısmen bölünerek yeniden yapılanmasının en önemli maddi hukuk dayanağını ise, BK. m. 179 hükmü oluşturmaktadır" şeklinde görüşünü açıklamaktadır⁷⁸³. Devamında ise şüphesiz maddi hukuk düzenlemesindeki eksikliğin ciddi uygulama güçlükleri ortaya çıkaracağını, ancak bunun, bölünme suretiyle yendien yapılandırma imkansız olduğu veya 4684 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin kadük anlamına gelmeyeceğini ifade belirtmektedir⁷⁸⁴.

Coştan'a göre, BK. Madde 179'daki devir usulü, devreden ortaklığın pay sahipliği haklarının devamı ve devredilen aktif ve pasiflerin külli halefiyet yolu ile

⁷⁸² Tekinalp, Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 sayılı Kanun'un İşlerliği, s.40.

⁷⁸³ "Bu hüküm, sözleşme serbestisi ilkesi ile birlikte müessesenin hayata geçirilmesinde temel dayanaktır", Kaya, s.60.

⁷⁸⁴ Kaya, s.60.

intikali gibi husuları içermemesi sebebi ile bölünme olarak kabul edilemez.⁷⁸⁵ Diğer taraftan bölünmeye benzer şekilde yeniden yapılandırma olarak nitlendirdiği, bir anonim ortaklığın malvarlığının bir bölümünün aynı sermaye olarak konulması yoluyla yeni bir sermaye ortaklığı kurulması veya malvarlığı bölümünün mevcut bir sermaye ortaklığına aynı sermaye olarak konulması gibi malvarlığı bölünmelerinin devrinde BK. Madde 179'un uygulanması ile yeniden yapılanma usulünün kolaylaşacağını söylemiştir⁷⁸⁶.

Sermaye ortaklıkları açısından oldukça külfetli, zaman alıcı ve masraflı bir yöntem olması sebebiyle bölünme müessesesi ile hedeflenen amaca BK. madde 179'un tatbiki ile ulaşılamayacağı kanaatindedir.

A. Ticaret Hukuku

1. Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ

Maliye Bakanlığı ve Sanayi Ticaret Bakanlığı tarafından “Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ”⁷⁸⁷ adıyla ortak bir tebliğ yayımlanmıştır.

Tebliğ sadece anonim ve limited şirketlerin kısmi bölünmesini kapsamaktadır. Uygulama alanı sınırlı olmakla birlikte, Ticaret hukukumuz açısından bölünmede esas alınan düzenlemeyi bu Tebliğ oluşturmaktadır. Tebliğin 1. maddesinde kısmi bölünmenin tanımı yapılmıştır. Maddenin devamında kısmi bölünmenin tanımı yapılmıştır. Tebliğde kısmi bölünmenin aynı sermaye teşkili suretiyle yapılacağı kabul edildiğinden, sermaye azaltılması ve sermaye artırımı halleri bu doğrultuda açıklanmıştır. Maddesinde bölünme sözleşmesi başlıklı 9. maddeden sonra birleşme sözleşmesinde bulunması gereken unsurlar sıralanmıştır.

Kısmi bölünme suretiyle yeni bir şirketin kurulması hakkında TTK.'nın anonim ve anonim ve limited şirketlerin kuruluşuna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Ayrıca alacaklıların korunması, bilanço ve denetimi düzenlenmiş; pay

⁷⁸⁵ Hülya Çoştan, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, Turhan Yayınevi, Ankara 2004, s. 33.

⁷⁸⁶ Çoştan, s. 140 vd.

⁷⁸⁷ RG. 16.9.2003 tarih ve 25231 sayılı.

sahiplerinin TTK.'ndaki haklarının saklı olduğu ifade edilmiştir. Son kısımda ise bölünme kararı ile bölünme sonucu olarak yapılacak tescil işlemlerinden bahsedilmiştir.

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı

Tasarıda bölünmeye ilişkin düzenlemeler getirilmesi bölünmenin maddi hukuk açısından düzenlenmesi gerekliliğinin bir sonucudur. Tasarıda 159-179 maddeleri arasında birleşmeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Tasarının 159. maddesinde tam ve kısmi bölünme şeklinde bölünme türleri tanımlanmıştır. 160. maddesinde, sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilecekleri kabul ederek bölünebilen şirketleri sınırlama yoluna gitmiştir.

161. maddede “şirket paylarının ve haklarının korunması” başlığı altında pay sahipliğinin devamı ilkesi çerçevesinde pay sahipliği haklarının korunacağı belirtilmiştir. Ayrıca bölünmede devralan şirkete tahsil edilecek payların oranına göre oranın korunduğu bölünme ve oranın korunmadığı bölünme türlerine de yer verilmiştir.

162. maddede, bölünen şirketin sermayesinin azaltılması hâlinde 473, 474 ve 592 inci maddelerinin ile kooperatiflerde 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 98 inci maddesine dayanılarak bu Kanunun 473 ve 474 üncü maddelerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Sermaye artırımını ise 163. maddede düzenlenmiş olup, devralan ortaklığın sermaye artırımında aynı sermaye hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Yeni kuruluş başlıklı 164. maddede, “Bölünme çerçevesinde yeni bir şirketin kurulmasına bu Kanun ile Kooperatifler Kanununun⁷⁸⁸ kuruluşu ilişkin hükümleri uygulanır. Sermaye şirketlerinin kurulmasında, kurucuların asgarî sayısına ve aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz.” hükmü yer almakta olup 165. maddede ara bilanço çıkarılması hususu düzenlenmiştir⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ R.G. 10.05.1969, 13195.

⁷⁸⁹ Tasarı Madde 165; “Bilanço günüyle, bölünme sözleşmesinin imzası veya bölünme plânının düzenlenmesi tarihi arasında, altı aydan fazla bir zaman bulunduğu veya son bilançonun çıkarılmasından itibaren, bölünmeye katılan ortaklıkların malvarlıklarında önemli değişiklikler meydana gelmiş olduğu takdirde, bir ara bilanço çıkarılır.”, TTK Tasarısı, s.41.

“Bölünme belgelerini denetleme ve inceleme hakkı” başlığının altında, 166⁷⁹⁰ ve 167. maddelerde hem bölünme sözleşmesine hem bölünme planına yer verilmiş ve içerikleri belirlenmiştir. 169. maddede bölünme sözleşmesi veya planı dışında kalan malvarlığının durumu halindeki sonuçlara yer verilmiştir. 169. ve 170. maddelerde bölünme hakkında hazırlanacak bölünme raporunun içeriği ve denetlenmesi düzenlenmiştir. 171.⁷⁹¹ maddede ortakların inceleme hakkı getirilmiş, 172. maddede malvalığında meydana gelecek değişiklikler hakkında birleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. 173. maddede bölünme kararının zamanı ve uyulacak nisaplar belirlenmiştir

“Korunmaya ilişkin hükümler” başlığı altında, 174. maddede bölünmeye katılacak şirketlere alacaklılara çağrı yapılması zorunluluğu getirilmiş, 175. maddede alacakların bölünmeye katılan şirketler tarafından korunmasına ilişkin hükümler yer almıştır.

176. maddede Bölünen şirkete (birinci derecede sorumlu şirket) borç tahsisinde, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketlerin (ikinci derecede sorumlu şirketler) müteselsilen sorumlu olacakları hükmü getirilmiştir. 177.

⁷⁹⁰ Tasarı Madde 166; “Bir ortaklık bölünme yoluyla, malvarlığının bölümlerini var olan ortaklıklara devredecekse, bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organları tarafından bir bölünme sözleşmesi yapılır.

Bir ortaklık, bölünme yoluyla, malvarlığının bölümlerini, yeni kurulacak ortaklıklara devredecekse, yönetim organı bir bölünme plânı düzenler.

Hem bölünme sözleşmesinin hem de bölünme plânının yazılı şekilde yapılması ve bunların genel kurul tarafından 173 üncü madde hükümlerine göre onaylanması şarttır.”, TTK. Tasarı s.41.

⁷⁹¹ Tasarı Madde 171 “Bölünmeye katılan şirketlerden her biri, genel kurulun kararından iki ay önce, merkezlerinde, halka açık anonim şirketler ayrıca Sermaye Piyasası Kurulunun uygun gördüğü yerlerde;

a) Bölünme sözleşmesini veya bölünme plânını,

b) Bölünme raporunu,

c) Denetleme raporunu,

d) Son üç yılın finansal tabloları ile faaliyet raporlarını ve varsa ara bilançoları,

bölünmeye katılan şirketlerin ortaklarının incelemesine sunar.

(2) Tüm ortakların onaylaması hâlinde küçük ve orta ölçekli şirketler birinci fıkrada öngörülen inceleme hakkından vazgeçebilirler.

(3) Ortaklar, bölünmeye katılan şirketlerden, birinci fıkrada sayılan belgelerin kopyalarının kendilerine verilmesini isteyebilirler. Suretler için bedel veya herhangi bir gider karşılığı istenemez.

(4) Bölünmeye katılan şirketlerden her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, inceleme yapma haklarına işaret eden bir ilân yayınlarlar.”, TTK.Tasarısı s.43.

maddede şirketlerin kişisel sorumluluğu hakkında birleşmeye ilişkin hükme gönderme yapılmıştır. 178. madde ile bölünmenin bir sonucu olarak iş ilişkilerinin geçme hali düzenlenmiş⁷⁹²; 179. madde ile bölünmenin ticaret siciline tescili hususu açıklanmıştır.

a. Koşulları

Bölünmede yer alan koşulları şu şekilde belirtebiliriz;

(1) Şirket Nevilerinin Aynı Olma Koşulu

Bölünme ile ilgili düzenlemelerini incelediğimizde, bölünebilen şirketlerin aynı olma koşuluna ilişkin doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, KVK.nun tam bölünme ve kısmi bölünme tanımında, bölünen şirketler “tam mükellef bir sermaye şirketi” olarak gösterilmiştir. Diğer taraftan Tebliğ’de de bölünebilen şirketin nevi olarak sermaye şirketi olması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz⁷⁹³. Örneğin, “kısmi bölünme işleminde, anonim ve limited şirketlerin mal varlığının bir kısmı mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devrolunur ve bunun karşılığında bölünen şirket veya ortakları devralan şirketin ortaklık paylarını iktisap eder.” şeklindeki düzenlemesinden anonim ve limited şirketlerin malvarlığının, sermaye şirketlerine devredileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mevcut hukuki durumun sermaye şirketlerinin sermaye şirketlerine bölünebileceğidir.

⁷⁹² Tasarı Madde, 178; “Tam veya kısmî bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.

(2) İşçi itiraz etmezse, hizmet sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya halin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.

(5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının güvence altına alınmasını isteyebilirler.

(6) Devreden ortaklığın bölünmeden önce ortaklık borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hale gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.”, TTK. Tasarısı 44.

⁷⁹³ RG. 16.9.2003 tarih ve 25231 sayılı.

Tasarıda ise, aynı neviden olma koşuluna ilişkin olarak, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilecekleri kabul edilmiştir⁷⁹⁴.

(2) Şirket Pay Ve Haklarının Korunması Koşulu

Bölünmede bölünen şirketin ortaklarına, malvarlığını devralan şirketin veya şirketlerinin pay veya ortaklık hakkı vermesi zorunludur⁷⁹⁵. Bunun nedeni bölünmede “pay sahipliğinin devamı ilkesi”nin uygulanmasıdır. “Hem kısmi bölünmede hem de tam bölünmede ortaklık paylarının korunması ilke olarak kabul edilmiştir⁷⁹⁶.

Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketten, bölünen şirketteki paylarının değerini karşılayacak pay ve paylara bağlı olarak kullandıkları hakları talep etme hakkına sahiptir. Ancak bölünme suretiyle elde edilen paylar, bölünme sonrasında devralan şirketten elde edilecek paylarla her zaman aynı oranda olmamaktadır. Bu doğrultuda bölünmede “Ortaklık pay ve haklarının” tahsis edilme şekilleri farklılık gösterebilir. Doktrinde bu durum “eşdeğer ve eşdeğer olmayan bölünme”⁷⁹⁷ veya “asimetrik ve simetrik bölünme”⁷⁹⁸ olarak bölünme türü şeklinde açıklanmaktadır.

Tasarıda, devreden şirketin ortaklarına, bölünmeye katılan tüm şirketlerde, mevcut payları oranında şirket payları veya bölünmeye katılan bazı veya tüm şirketlerde, mevcut paylarının oranına göre değişiklik yapılarak şirket paylarının tahsis edilebileceği hükmü yer almaktadır. Brinci tahsis şekli oranın korunmadığı bölünme, ikinci tahsis şekli ise oranın korunduğu bölünme olarak ifade edilmiştir⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ Tasarı Madde 160, “Sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler.” TTK.Tasarı s.40.

⁷⁹⁵ Coştan, s.22, Kavak, **Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri**,s.212.

⁷⁹⁶ Tekinalp, Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 sayılı Kanun’un İşlerliği, s.36.

⁷⁹⁷ Helvacı, s.18-19.

⁷⁹⁸ Coştan, s. 27.

⁷⁹⁹ Tasarı Madde 161, “Şirket paylarının ve haklarının korunması

Madde 161 - Tam ve kısmî bölünmede şirket payları ve hakları 140 ıncı madde uyarınca korunur.

Devreden şirketin ortaklarına,

a) Bölünmeye katılan tüm şirketlerde, mevcut payları oranında şirket payları (oranın korunduğu bölünme) veya
b) Bölünmeye katılan bazı veya tüm şirketlerde, mevcut paylarının oranına göre değişiklik yapılarak şirket payları (oranın korunmadığı bölünme),
tahsis edilebilir.” TTK Tasarısı s. 41.

b. Türleri

Bölünmeye ilişkin olarak hem mevzuat hem de doktrin açısından farklı ayrımlar yapılmıştır.

Doktrinde bu ayrım, kavramsal bölünme⁸⁰⁰ veya malvarlığı devirleri kriterine göre bölünme üst başlığı altında açıklanmaktadır.

(1) Tam Bölünme

Tam bölünmede bölünen şirket, tasfiyesiz infisah ederek malvarlığını külli halefiyet ilkesi gereğince en az iki şirkete devreder ve karşılığında devredilen şirketin devralan şirketin ortaklarına pay veya pay sahipliği hakları verilir. Devralan şirketler bölünme için yeni kurulmuş olabileceği gibi bölünme işleminden önce mevcut olan şirketler de olabilirler. Devralma yoluyla bölünmede bölünen şirketin malvarlığını devralan şirket önceden mevcuttur. Bu nedenle devralma suretiyle bölünmede, devralan şirket sermaye artırımına yoluna gitmek durumundadır. Yeni kuruluş suretiyle bölünmede, bölünme nedeniyle yeni şirket veya şirketler kurulmaktadır⁸⁰¹. Bu tür bölünmede devralma suretiyle bölünmeden farklı olarak yeni bir şirket kurulmaktadır. Bu nedenle bölünme işlemleri ile birlikte yeni şirkete ilişkin kuruluş işlemleri de yapılacaktır. Tasarıda, sermaye şirketlerinin kurulmasında, kurucuların asgarî sayısına ve aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁸⁰².

Tekinalp, herhangi bir şekilde ticari işletmeye sahip bulunan bir hukuk süjesinin, malvarlığını, bölümler halinde ayırıp bunlardan her birini tasfiyesiz olarak mevcut veya kurulacak en az iki hukuk süjesine devredip kendisinin infisah etmesini tam bölünme olarak ifade etmiştir⁸⁰³. Tasarıda, tam bölünme, şirketin tüm malvarlığı bölümlere

⁸⁰⁰ Helvacı, s.19.

⁸⁰¹ Tasarı Madde 164; “Bölünme çerçevesinde yeni bir ortaklığın kurulmasına bu kanun ile Kooperatifler Kanununun kuruluşu ilişkin hükümleri uygulanır. Sermaye şirketlerinin kurulmasında, kurucuların asgarî sayısına ve aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz.”, TTK Tasarısı, s.43.

⁸⁰² Tasarı madde 162, “Bölünme çerçevesinde yeni bir şirketin kurulmasına bu Kanun ile Kooperatifler Kanununun kuruluşu ilişkin hükümleri uygulanır. Sermaye şirketlerinin kurulmasında, kurucuların asgarî sayısına ve aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz.”, TTK Tasarısı, s.43.

⁸⁰³ Tekinalp, Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 sayılı Kanun’un İşlerliği, s.31.

ayrılır ve diğer şirketlere devrolunacağı ve bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap edecekleri şeklinde açıklanmıştır⁸⁰⁴.

(2) Kısmi Bölünme

Kısmi bölünme ise kısaca bir şirketin infisah etmeksizin malvarlığının bir bölümünü diğer bir şirkete devretmesi olarak tanımlanabilir⁸⁰⁵. Kısmi bölünme ile yeni kurulmuş veya önceden var olan şirkete ait paylar, külli halefiyet yoluyla devrettiği malvarlığı ölçüsünde bölünen şirketin pay sahiplerine devredilir. Tam bölünmede bölünen şirket sona ererken, kısmi bölünmede bölünen şirket varlığını devam ettirir. Tasarı kısmi bölünmeyi, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunması şeklinde ifade etmenin yanında yavru şirket oluşturma şekline de yer vermiştir⁸⁰⁶.

c. Süreç⁸⁰⁷

(1) Bölünme Görüşmelerinin Yapılması

Bölünme işlemlerine başlamadan önce bölünmeye katılan şirketler bölünme görüşmelerinde bulunmaktadır. Bölünen şirketler bu amaçla ticari bilançolar hazırlayarak ekonomik, mali ve vergisel risklerin açığa kavuşturularak önlenmesi amaçlanır. Ayrıca bir bölünme taslağı oluşturularak devredilecek malvarlığı değerlerinin belirlenmesi⁸⁰⁸, pay sahipliği oranlarının tespiti gibi hususlar konusunda çalışmalar

⁸⁰⁴ Tasarı madde 159, “Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir.”, WWW.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi.

⁸⁰⁵ Tekinalp, “... herhangi bir şekilde ticari işletmeye sahip bulunan bir hukuk süjesinin ... kendisinin de varlığını muhafaza ederek bir kısım malvarlığını bölümler halinde, tasfiyesiz olarak bir veya daha çok hukuk süjesine geçirmesi (kısmi bölünme) demektir.”, Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 sayılı Kanun’un İşlerliği, s.31.

⁸⁰⁶ Tasarı madde 159, “Kısmî bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde eder (yavru şirket oluşturma).” TTK Tasarısı s.40.

Gerekçede, yavru ortaklık kurmanın kısmi bölünmenin bir türü olduğu belirtilmiş ve bölünen ortaklığın bölünen malvarlığı parçasını külli halefiyet olmaksızın başka ortaklığa aynı sermaye olarak koyması hali olarak tanımlanmıştır.

⁸⁰⁷ İlgili yasal düzenlemede sürece ilişkin böyle bir sınıflandırma yasal bir zorunluluk olarak belirtilmemiş olup, Tasarı ve yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ve uygulamalar dikkate alınmak sureti ile belirlenmiştir.

⁸⁰⁸ Tasarı Madde 168; “Bölünme sözleşmesinde veya bölünme plânında tahsisi yapılmayan malvarlığı konuları

yapılır. Bu aşamada isselerin ve malvarlığının değerelemesinin yapılması yanında, bölünme prosedürü çerçevesinde hukuki incelemelerin gerekliliği de söz konusudur.

(2) Bölünme Sözleşmesinin-Planın Hazırlanması

Bölünme görüşmeleri neticesinde, şirketlerin yürütme organları tarafından bir bölünme sözleşmesi veya bölünme planı hazırlanır⁸⁰⁹. Bölünme planı, yeni kuruluş suretiyle bölünmelerde söz konusudur. Zira sözleşmenin yapılması karşılıklı irade beyanlarının varlığını zorunlu kılar. Yeni kuruluş suretiyle bölünmede ise, bu anlamda bölünme suretiyle kurulan yeni şirket hukuken var olmadığından sözleşmenin tarafı olarak da yer alması düşünülemez⁸¹⁰. Tebliğ’de yeni kurulacak şirketlere devirlerde bölünme sözleşmesi yerine bölünme planı hazırlanacağı ifade edilmiştir. Tasarıda da bu şekilde bölünme sözleşmesi ve planı şeklinde bir ayrıma gidildiği görülmektedir⁸¹¹.

Bölünme sözleşmesinin veya planının şekli için herhangi bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Şekil açısından herhangi bir sınırlama yer almamakla birlikte sözleşmenin veya planının yazılı şekilde yerine getirilmesi gerekir⁸¹². Tebliğ’de de Bölünme sözleşmesi ve planının yazılı şekilde yapılması gerektiğinden bahsedilmiştir.

üzerinde;

a) Tam bölünmede, tüm devralan ortaklıkların, bölünme sözleşmesi veya plânına göre kendilerine intikal eden net aktif malvarlığının oranına göre tüm devralan ortaklıkların paylı mülkiyet hakkı düşer.

b) Kısmî bölünmede söz konusu malvarlığı, devreden ortaklıkta kalır.

Birinci fıkra hükmü kıyas yoluyla alacaklara ve maddî olmayan malvarlığı haklarına da uygulanır.

Tam bölünmeye katılan ortaklıklar, bölünme sözleşmesi veya bölünme plânına göre herhangi bir ortaklığa tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar.” TTK Tasarısı s.42.

⁸⁰⁹ Tasarı Madde 166; “Bir ortaklık bölünme yoluyla, malvarlığının bölümlerini var olan ortaklıklara devredecekse, bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organları tarafından bir bölünme sözleşmesi yapılır.

Bir ortaklık, bölünme yoluyla, malvarlığının bölümlerini, yeni kurulacak ortaklıklara devredecekse, yönetim organı bir bölünme plânı düzenler.

Hem bölünme sözleşmesinin hem de bölünme plânının yazılı şekilde yapılması ve bunların genel kurul tarafından 173 üncü madde hükümlerine göre onaylanması şarttır.” TTK Tasarısı s.41.

⁸¹⁰ Helvacı, s.40.

⁸¹¹ Tasarının gerekçesinde, bölünen ortaklık malvarlığı bölümlerini bölünme sürecinde kurulacak ortaklıklara(yeni kuruluş) devredecekse, kurulacak ortaklıklar bölünmenin düzenlenmesi aşamasında hukuken henüz var olmadıklarından bir sözleşme yapılamayacağı ifade edilmiştir.

⁸¹² Çoştan, s. 60.

Helvacı ise devredilen malvarlığı bölümleri içerisinde büyük olasılıkla devir resmi şekle tabi unsurların bulunmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir⁸¹³.

Bölünme sözleşmesinin veya planının içeriğinde bulunması gereken asgari hususları gösteren herhangi bir düzenleme mevcut bulunmamakla birlikte, tasarıda bulunması gerekli zorunlu içerik belirlenmiştir⁸¹⁴.

Bölünmeye katılan ortaklıkların herbirinin yönetim kurulu, bölünmesini bölünme sözleşmesinin, tam ve kısmi bölünmede özellikle paylı değişim oranının, devralan ortaklıkların paylarının taksimi için ölçütün sunulacak denkleştirme tazminatının miktarının, hukuki ve ekonomik olarak açıklandığı ve gerekçelendirildiği ayrıntılı yazılı bir bölünme raporu hazırlanmalıdır⁸¹⁵. Anılan bu rapor bölünme öncesi yapılacak olan genel kuruldan önce pay sahiplerini bilgilendirmek amacıyla yapılmaktadır. Bu sayede pay sahiplerinin bölünme işlemine yönelik olarak hazırlanmaları amaçlanmaktadır. Zira bölünme kararı nihayetinde pay sahipleri tarafından alınacaktır.

Yönetim kurulları esasen bu raporları ayrı ayrı hazırlamalıdır ancak ortak bir rapor hazırlamalarına da olanak tanınmıştır. Bunun yanında Birleşme Kanunu ve Tasarı'da ise küçük ve orta büyüklükteki şirketler tüm ortakla onay verdikleri takdirde, bölünme raporu hazırlanmasından vazgeçebilirler.

⁸¹³ Helvacı, s.40.

⁸¹⁴ Tasarı Madde 167, "Bölünme sözleşmesi ve bölünme planı özellikle;

a) Bölünmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, merkezlerini ve türlerini;

b) Aktif ve pasif malvarlığı konularının devir amacıyla bölümlere ayrılmasını ve tahsisini; açık tanımlamayla, bu bölümlere ilişkin envanteri; taşınmazları, kıymetli evrakı ve maddi olmayan malvarlığını teker teker gösteren listeyi;

c) Payların değişim oranını ve gereğinde ödenecek denkleştirme tutarını ve devreden şirketin ortaklarının, devralan şirketteki ortaklık haklarına ilişkin açıklamaları;

d) Devralan şirketin; intifa senedi, oydan yoksun pay ve özel hak sahiplerine tahsis ettiği hakları;

e) Şirket paylarının değişim tarzlarını;

f) Şirket paylarının bilanço kârına hangi tarihten itibaren hak kazanacaklarını ve bu istem hakkının özelliklerini;

g) Devreden şirketin işlemlerinin hangi tarihten itibaren devralan şirketin hesabına yapılmış kabul edildiğini;

h) Yönetim organlarının üyelerine, müdürlere, yönetim hakkına sahip kişilere ve denetçilere tanınan özel menfaatleri;

i) Bölünme sonucu devralan şirketlere geçen iş ilişkilerinin listesini

içerir" TTK Tasarısı s.42.

⁸¹⁵ Hakan Çebi, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul 2006, s.64.

Raporun içeriğinde bulunması gerekenlere ilişkin düzenlemeler Birleşme Kanunu 39/3. maddesinde ve Tasarının 169/2. maddesinde yer almaktadır. Buna göre raporun içeriğinde bölünmenin amacı ve sonuçları, bölünme sözleşmesi, pay değişim oranı ve denkleştirme tazminatı, payların değerlendirilmesine ilişkin özellikler, bölünme nedeniyle ortaklar için doğacak ek yükümler, devralan ortaklığın farklı nev’iden olması nedeniyle doğan yükümler ve bölünmenin alacaklılar ve işçiler üzerindeki etkileri yer alacaktır.

Bölünme raporunda öncelikle bölünmenin amaç ve sonuçları yer alacaktır. Bu açıklamalar hukuki ve ekonomik yönden olacak ve aynı zamanda gerekçelendirme de yapılacaktır. Bu husus daha ziyade bölünmenin uygunluğunun tespiti anlamına gelmektedir. Bunun ardından bölünme sözleşmesinin açıklamalarına yer verilecek olup bununla kastedilen sözleşme metninin aynen alınması değil, maddelerin açıklanmasıdır.

Yine pay değişimleri, denkleştirmeler, oranlar da bu rapor açısından önemli unsurlardır ve mutlaka içerikte yer alması gerekmektedir.

(3) Bölünme Sözleşmesinin Veya Planın Ve Bölünme Raporunun Denetimi

Bölünmenin denetimine ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde yabancı hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerden de hareketle böyle bir denetimden bahsedilmektedir⁸¹⁶. Tebliğ’de Kısmi bölünmeye katılan anonim ve limited şirketlerin bölünme sözleşmesi ile bölünmeye esas oluşturan bilançosunun, mahkemece atanan bilirkişilere denetlettirilmesinin şart olduğu belirtilmiştir⁸¹⁷.

⁸¹⁶ Helvacı, s.74; Çoştan, s. 59.

⁸¹⁷ Tebliğ, Madde 7, “Kısmi bölünmeye katılan anonim ve limited şirketlerin bölünme sözleşmesi ile bölünmeye esas oluşturan bilançosunun, Türk Ticaret Kanununun 303 üncü maddesi gereğince, mahkemece atanan bilirkişilere denetlettirilmesi şarttır. Şirketler, bölünmeyi denetleyecek bilirkişilere amaca yardımcı olacak her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadırlar.

Bilirkişi raporunda:

- a) Devralan şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının, devreden şirketin ortaklarının ve varsa intifa hakkı sahiplerinin haklarını korumaya yeterli bulunup bulunmadığı,
- b) Bölünmeye katılan şirketlerin öz sermayeleri ve payların değeri ile hisselerin değiş/tokuş oranı, bölünmenin Kurumlar Vergisi Kanununa ve bu Tebliğ hükümlerine uygunluğu,
- c) Bölünmeye konu varlıkların nitelikleri, mukayyet ve varsa cari değerleri,
- d) Bölünen şirkete veya ortaklarına devralan şirket tarafından verilecek hisse senetlerinin tutarının belirlenmesinde mukayyet değer ile varsa kullanılan diğer yöntemlere göre hesaplanan değişim oranı,
- e) Kullanılan yöntemlerin yeterli olup olmadığına ilişkin açıklama,

Tasarıda da bir denetim yapılmasını ve ancak denetimin uzman olan bir işlem denetçisine yaptırılması öngörülmüştür⁸¹⁸.

(4) Bölünme Sözleşmesinin Veya Planının Ve Bölünme Ve Denetleme Raporunun Ortakların İncelenmesine Sunulması

Bölünmenin bu aşamasına kadar hazırlanan tüm belgeler, bölünmeye ilişkin kararın genel kurulca onaylanarak verilmesinden önce pay sahiplerinin/ortakların incelenmesine sunulmak zorundadır⁸¹⁹. Tasarının 174. maddesinde de pay sahiplerine böyle bir inceleme hakkı tanınmıştır⁸²⁰. Gerekçede bu hükmün ortaklığın şeffaflığını sağlama anlayışından kaynaklandığı ifade edilmiştir.

(5) Bölünme Sözleşmesinin Veya Planının Genel Kurula Sunulması

Bölünen anonim şirketin yönetim kurulu, bölünme sözleşmesinin onaylanması amacıyla genel kurulu toplantıya davet eder. Genel kurulda uygulanacak nisaba ilişkin olarak bölünme hisselerinin tahsis şekline bağlı olarak yani oranın korunmadığı bölünme ve oranın korunduğu bölünme olarak ikili bir ayrıma gidilmektedir⁸²¹. Bölünmede birleşmede olduğu gibi TTK m. 388 f. 3 ve 4'nin uygulanabileceği düşünülebilir. Tebliğin 11. maddesinde bu husus, “Kısmi bölünme ile bölünmeye ilişkin

f) Değerleme yöntemleri ile ilgili bir sorun ile karşılaşmış ise, bu sorunlara ilişkin açıklama, belirtilecektir.”

⁸¹⁸ Tasarı Madde 170, “Bölünme sözleşmesinin veya bölünme plânının denetlenmesine 148 inci madde hükmü kıyas yoluyla uygulanır.” TTK Tasarısı s.43.

⁸¹⁹ Helvacı, s.63.

⁸²⁰ Tasarı Madde 171 “Bölünmeye katılan şirketlerden her biri, genel kurulun kararından iki ay önce, merkezlerinde, halka açık anonim şirketler ayrıca Sermaye Piyasası Kurulunun uygun gördüğü yerlerde;

a) Bölünme sözleşmesini veya bölünme plânını,

b) Bölünme raporunu,

c) Denetleme raporunu,

d) Son üç yılın finansal tabloları ile faaliyet raporlarını ve varsa ara bilançoları, bölünmeye katılan şirketlerin ortaklarının incelemesine sunar.

(2) Tüm ortakların onaylaması hâlinde küçük ve orta ölçekli şirketler birinci fıkrada öngörülen inceleme hakkından vazgeçebilirler.

(3) Ortaklar, bölünmeye katılan şirketlerden, birinci fıkrada sayılan belgelerin kopyalarının kendilerine verilmesini isteyebilirler. Suretler için bedel veya herhangi bir gider karşılığı istenemez.

(4) Bölünmeye katılan şirketlerden her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, inceleme yapma haklarına işaret eden bir ilân yayınlarlar.”, TTK Tasarısı s.43.

⁸²¹ Helvacı, s.79.; Çoştan, s. 98-99.

sermaye artırımı ve azaltım kararlarının, anonim şirketlerde Türk Ticaret Kanununun 388 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına uygun olarak verilmesi, limited şirketlerde ise Türk Ticaret Kanununun 513 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla verilmesi gerekmektedir.” şeklinde düzenlenmiştir. Tasarıda bölünme kararı için uygulanacak nisaplarda birleşme ile ilgili maddelere atıf yapılmıştır⁸²².

Bölünme kararı yanında alınabilecek başka kararların da bulunması muhtemeldir. Özellikle devralma suretiyle malvarlığını devralan şirketlerde sermaye artırımı kararı söz konusudur ya da kısmi bölünme halinde sermaye azaltılması kararı gündeme gelebilir. Tebliğ’in 11. maddesinde “Anonim ve limited şirketler nezdinde gerçekleştirilecek kısmi bölünme işleminde bölünmeye taraf şirketlerin yönetim kurulları tarafından hazırlanan bölünme sözleşmesinin şirket genel kurullarında onanmasını takiben devralan şirketlerin genel kurullarınca sermaye artırımı kararı, bölünme işleminin sermaye azaltımı gerektirmesi halinde devreden şirketlerin genel kurullarınca sermaye azaltımı kararı alınır.” belirtilmektedir. Coştan ise, bölünme sözleşmesinin onayını sermaye artırımı için yeterli bulmaktadır⁸²³.

(6) Ticaret Siciline Tescil Ve İlan

Bölünmenin geçerli olabilmesi için ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Tebliğde, devreden şirketin bölünme ve devir konusunu teşkil eden her türlü hak, menkul ve gayrimenkul mal varlığı unsurları bölünme sözleşmesinin ilgili şirketlerin genel kurullarında onaylanmasından sonra bölünen şirketin genel kurul kararının tescil tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde ilgili sicilde devralan şirket adına tescil ettirileceği öngörülmüştür. Tebliğ’in 13. maddesinde ise bölünmenin ticaret siciline tescille geçerlilik kazanacağı ifade edilmiştir⁸²⁴.

⁸²² Tasarı Madde 173 “175 inci maddede öngörülen güvencenin sağlanmasından sonra, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları, bölünme sözleşmesini veya bölünme planını genel kurula sunar.

Onama kararı 151 inci maddenin birinci, üçüncü, dördüncü ve altıncı fıkralarında öngörülen nisaplara uyularak alınır. Oranın korunmadığı bölünmede onama kararı, devreden şirkette oy hakkını haiz ortakların en az yüzde doksaniyle alınır.” , TTK Tasarısı s.43.

⁸²³ Coştan, s. 153.

⁸²⁴ Tebliğ, 13. Madde, “Kısmi bölünme, anonim ve limited şirket genel kurullarınca onaylanınca yönetim organı bölünmenin tescilini talep eder.

Tasarının 179. maddesinde, kısmî bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması gerekiyorsa buna ilişkin esas sözleşme değişikliğinin de tescil ettirileceği; tam bölünme hâlinde devreden şirket ticaret siciline tescil ile birlikte infisâh edeceği kabul edilmiştir⁸²⁵.

d. Sonuçları

(1) Malvarlığının İntikali

Bölünmede, malvarlığı değerleri, külli halefiyet ilkesinin uygulanması nedeniyle herhangi bir devir işlemine gerek kalmaksızın devralan şirkete geçer⁸²⁶. Tam bölünmede bölünen şirket malvarlığını devrederek infisah ederken, kısmi bölünmede malvarlığının bir bölümünü devreden şirket hukuki varlığını devam ettirmektedir. Hem tam bölünmede hem de kısmi bölünmede külli halefiyet ilkesinin uygulanması söz konusudur. Coştan, bölünmede, mevcut hukukta geçerli olan külli halefiyet ilkesinden farklı olarak, bir kısım malvarlığı değerlerinin ait olduğu bütünlük dışında bırakılması da mümkün olacağını söylemektedir⁸²⁷. Helvacı, kısmi külli halefiyet kavramına ihtiyaç olmadığını, çünkü malvarlığının intikali bakımından külli halefiyete nazaran herhangi bir farklı hukuki sonuca işaret etmediği görüşündedir⁸²⁸.

Bölünme sözleşmesinde veya planında bazı malvarlığı değerlerinin hangi şirkete tahsisi edileceği düzenlenmemiş olabilir. Kısmi bölünmede malvarlığı unsurlarının

Kısmî bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılmasına devralan şirketin sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliği de tescil ettirilir.

Bölünme ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır. Tescil anında aynı sermaye olarak konulan mal varlıklarına ilişkin aktif ve pasif düzenleyici hesaplar devralan şirkete geçer.”

⁸²⁵ Tasarı Madde 179, “Bölünme onaylanınca, yönetim organı bölünmenin tescilini ister.

Kısmî bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması gerekiyorsa buna ilişkin esas sözleşme değişikliği de tescil ettirilir.

Tam bölünme hâlinde devreden şirket ticaret siciline tescil ile birlikte infisâh eder.

Bölünme ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır. Tescil ile tescil anında envanterde yer alan bütün aktifler ve pasifler devralan şirketlere geçer.”, TTK Tasarısı s.45.

⁸²⁶ Tasarı Madde 172, “Bölünmeye katılan ortaklıkların malvarlıklarında meydana gelen değişikliklere 150 nci madde kıyas yoluyla uygulanır.” TTK Tasarısı s.43.

⁸²⁷ Coştan, s. 114.

⁸²⁸ Helvacı, s.108.

dışarıda bırakılması durumunda bunların bölünen şirkette kalması gerekmekte iken, tam bölünme halinde malvarlığı unsurunun aktif veya pasif olmasına göre sonuç değişecektir.

Tasarıda, tam bölünmede tahsis dışı kalan aktif unsurun tüm devralan ortaklara kendilerine geçen malvarlığı oranına göre paylı mülkiyet halinde olduğu, tahsis dışı kalan borçlar bakımından ise müteselsil sorumluluk ilkesi benimsenmiştir⁸²⁹.

(2) Sermaye Artırımı

Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkındaki Tebliğin 3. maddesinde devralan anonim ve limited şirket sermayesinin devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artırılacağı hükme bağlanmıştır⁸³⁰.

Aynı maddenin devamında ise bu sermaye artırımını devralan şirketlerin sermaye artırımını şeklinde gerçekleştirilecek olduğu, sermaye artırımının tescili ile birlikte ihraç edilen payların kendiliğinden bölünen şirketin ortaklarına veya bölünen şirkete devrolunacağı ifade edilmiştir. Ancak kendiliğinden devrin ne şekilde gerçekleşeceği açıklanmamıştır. Bu durum pay sahipliği hakkının devrinin ne şekilde gerçekleşeceği hususunda belirsizlik yaratmaktadır.

Kısmi bölünme dolayısıyla yapılacak sermaye artırımını dış kaynaklı aynı sermaye artırımındır. Dolayısıyla aynı sermaye artırımına ilişkin usule uyulması gerekmektedir. Sermaye artırımının hemen akabinde de kısmi bölünme yoluyla

⁸²⁹ Tasarı Madde, 168; “Bölünme sözleşmesinde veya bölünme plânında tahsisi yapılmayan malvarlığı konuları üzerinde;

a) Tam bölünmede, tüm devralan şirketlerin, bölünme sözleşmesi veya plânına göre kendilerine intikal eden net aktif malvarlığının oranına göre tüm devralan şirketlerin paylı mülkiyet hakkı düşer.

b) Kısmî bölünmede söz konusu malvarlığı, devreden şirkette kalır.

Birinci fıkra hükmü kıyas yoluyla alacaklara ve maddî olmayan malvarlığı haklarına da uygulanır.

Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya bölünme plânına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar”, TTK Tasarısı s.42.

⁸³⁰ Tasarı Madde 163; “Devralan ortaklık sermayesini, devreden ortaklığın ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artırır.

Bölünmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz. Bölünme sebebiyle, kayıtlı sermaye sisteminde müsait olmasa bile, tavan değiştirilmeden sermaye artırılabilir.”, TTK Tasarısı s.41.

devrolan şirketin pay sahiplerine devralan şirkette yapılan sermaye artırım tutarına isabet eden oranda devralan şirketin hisseleri verilecektir.

(3) Sermayenin Azaltımı⁸³¹

Bir anonim şirketin mal varlığının bir bölümünü devrederek oluşan kısmi bölünme türünde sermayenin azaltılması söz konusu olabilir. Bu durumda uygulanacak sermaye azaltım usulü basit azaltma veya TTK'nın 396. vd maddeleri uyarınca kurucu azaltma yöntemlerinden birisiyle yapılabilecektir.

(4) Alacaklıların Korunması

Pay sahiplerinin hakların devamı ilkesi çerçevesinde birtakım hakları bünyesinde bulundurmaktadır. Bu haklardan ilki uygun bir denkleştirme talep hakkıdır, ikincisi pay sahiplerinin paylarının satın alınması talep hakkıdır. Bu koruma, özellikle pay sahipleri açısından da geçerlidir⁸³².

⁸³¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.48, Domaniç, **Anonim Şirketler**, s.1045, s.35. Eriş, **Şirketler**, s.2622., Tekil, **Anonim Şirketler**, s.371-374, İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 458

⁸³² Tasarı Madde 174; Bölünmeye katılan ortaklıkların alacaklıları, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile ortaklık sözleşmesinde öngörülen gazetelerde üç kez yapılacak ve web sitesine de konulacak ilânla, alacaklarını bildirerek güvence verilmesi için talepte bulunmaya çağırılırlar.

Tasarı Madde 175; Bölünmeye katılan ortaklıklar, 174 üncü maddede öngörülen ilânların yayın tarihinden itibaren iki ay içinde, talepte bulunan alacaklıların alacaklarını güvence altına almak zorundadırlar.

Bölünme ile alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin ispatı halinde, güvence altına almak yükümü ortadan kalkar.

Ortaklık talepte bulunan alacaklılara, güvence vermek yerine, alacağı ödeyebilir; şu şartla ki, bu ödeme diğer alacaklıları zarara uğratmasın.

Tasarı Madde 176; Bölünme sözleşmesi veya bölünme plânıyla kendisine borç tahsis edilen ortaklık (birinci derecede sorumlu ortaklık) alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer ortaklıklar (ikinci derecede sorumlu ortaklıklar) müteselsilen sorumlu olurlar.

İkinci derecede sorumlu olan ortaklıkların takip edilebilmeleri için, alacağın güvence altına alınmamış ve birinci derecede sorumlu ortaklığın,

- a) iflâs etmiş,
- b) konkordato süresi almış,
- c) aleyhinde yapılan bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,
- d) merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye’de takip edilemez duruma gelmiş veya
- e) yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş olması gerekir.

Tasarı Madde 177, Ortakların kişisel sorumlulukları hakkında 158 inci madde hükmü uygulanır.”, TTK Tasarısı s.44.

(5) Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması

Bölünmeler açısından en hassas dengelerin olduğu husus alacaklıların korunması hususudur. Alacaklıların korunmasında ortakların gerek bölünme suretiyle devrolan gerekse devralan şirketlerin müteselsil sorumluluğa tabi olmaları alacaklıların haklarının korunması açısından gerekli ve yeterli bir yöntemdir.

B.Sermaye Piyasası Kanunu

Halen yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanununun uygulandığı şirketlere ilişkin olarak dahi bölünmeye ilişkin bir düzenleme mevcut değildir ve Sermaye Piyasası Kanununda (SPK)⁸³³ da bu kanuna tabi şirketlerin bölünmesi düzenlenmemiştir. Bölünme konusunda tüm şirketleri kapsayan tek düzenleme Maliye Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nca yayınlanan “*Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme işlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ*” (Tebliğ) ile olup burada anonim ve limited şirketlerin kısmi bölünme işlemlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Bu konu ile ilgili olarak SPK’ya tabi şirketlere özel durumların uygulanması amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu tarafından 21.11.2003 tarih ve 60/1393 sayılı kararı (Karar) ile, Maliye ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın çıkarmış olduğu tebliğ hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bazı özel hükümler getirilmiştir⁸³⁴.

1.Koşulları

SPK’ya tabi şirketlerin bölünmesine ilişkin olarak Karar ile getirilmiş bir koşul bulunmaktadır. Buna göre öncelikle halka açık anonim ortaklıkların bölünmesinde, devralan ortaklığın anonim ortaklık olması gerekmektedir. Anonim ortaklıklar dışındaki ortaklıkların bölünmede devralan konumunda olmaları SPK’ya tabi şirketler bakımından mümkün değildir.

⁸³³ Orhn Nuri Çevik, **Sermaye Piyasası Mevzuatı**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2000, Tanör, **Türk Sermaye Piyasası**, Kütükçü, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ünal Tekinalp, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Selami Şengül, **Sermaye Piyasası Mevzuatı**, İsmail Kayar, **Sermaye Piyasası Mevzuatı ve Etik Kurallar**, İfa Yayınları, İstanbul 2002.

⁸³⁴ 2003/58 Sayılı SPK Haftalık Bülteni.

Bunun yanında ikinci bir koşul olarak bölünmenin yeni ortaklık ya da ortaklıklar kurulması yoluyla gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu iki hususa ilişkin hüküm Kararda şu şekilde yer almaktadır.

“Halka açık anonim ortaklıkların bölünmesinde, devralan ortaklığın anonim ortaklık olması ve bölünmenin yeni ortaklık ya da ortaklıklar kurulması yoluyla gerçekleştirilmesi zorunludur.”

2.Türleri

Sermaye Piyasası Kurulu Kararı ile bu kapsamda kalan şirketlerin sadece kısmi bölünme ile bölüneceği kabul edilmiştir. Bu hususa ilişkin olarak Kararda şu şekilde bir hüküm yer almaktadır.

“Halka açık anonim ortaklıklar bölünme işlemini yalnızca kısmi bölünme suretiyle gerçekleştirebileceklerdir.”

Hükümde görüldüğü gibi SPK’ya tabi halka açık anonim ortaklıklarına ilişkin tek bölünme türü kısmi bölünme olup, tam bölünme burada düzenlenmemiştir.

Kısmi Bölünme:Kısmi bölünmeler bölünen ortaklığın infisahının söz konusu olmadığı bölünmeler olup burada bölünen ortaklık kendisinde kalan malvarlığı parçası ile varlığını devam ettirmektedir. Kısmi bölünme aynı sermaye teşkili suretiyle yapılmaktadır. Kısmi bölünme işleminde, anonim ve limited şirketlerin mal varlığının bir kısmı mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devrolunur ve bunun karşılığında bölünen şirket veya ortakları devralan şirketin ortaklık paylarını iktisap eder.

İşte Kararda kabul edilmiş bölünme şekli sadece kısmi bölünme olup, tam bölünmeye yer verilmemiştir.

3.Süreç

SPK’ya tabi şirketlerin bölünmesinde sürece ilişkin olarak yine Maliye ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Tebliği ve bazı noktalarda da yine kurulun kararı uygulanacaktır.

Söz konusu şirketlerin bölünmesi sadece yeni ortaklık yada ortaklıkların kurulmasıyla gerçekleştirileceği için süreç de buna göre saptanacaktır. Bu konu ile ilgili Tebliğde bu husus 4. madde de şu şekilde yer almaktadır:

“Kısmi bölünme sebebiyle yeni bir şirketin kurulması hakkında Türk Ticaret Kanununun anonim ve limited şirketlerin kuruluşuna ilişkin hükümleri uygulanır.”

Görüldüğü gibi sürece ilişkin olarak Türk Ticaret Kanununa (TTK) yollama yapılmış olup Sermaye Piyasası Kanununda düzenleme olmadığından süreç konusunda Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

a.İzin

Bölünmeler sadece yeni kuruluş yolu ile olacağı ve buna ilişkin TTK uygulanacağı için burada anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin usul izlenir ve buna göre öncelikle Bakanlığın izni gerekecektir. SPK'ya tabi şirketlerin birleşmesinde kurul izni gerekmekte ancak burada özel bir düzenleme olmadığı için kurul tarafından aranan bu iznin bölünme için aranmayacağı sonucuna varılabilir. Sermaye Piyasası Kuruluna bazı konularda tanınan izin verme yetkisi, kurulun bazı faaliyetleri önceden deneteleyebilmek ve gerektiğinde izin vermemek suretiyle engileyebilmek olduğunu⁸³⁵ ve burada da aranması gerekebileceğini hatırlatmakta fayda vardır.

b.Bölünme Planının Hazırlanması

Anonim şirketlerin kısmi bölünmesinde bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları bir bölünme sözleşmesi imzalarlar. Ancak Yeni kurulacak şirketlere devirlerde bölünme sözleşmesi yerine bölünme planı hazırlanır. SPK'ya tabi şirketlerde de sadece yeni kuruluş yolu kabul edildiği için burada bölünme sözleşmesi yerine bölünme planı hazırlanacaktır. Bölünme sözleşmesinde bulunması gereken hususlar bölünme planında da yer alır ve sözleşmenin olduğu gibi planın da yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Planda bulunması gereken hususlara ilişkin olarak bölünme sözleşmesinin içeriğinin düzenlendiği 10. madde kıyasen uygulanacaktır. Buna göre hazırlanan plan şu hususları içermelidir:

- 1) Bölünmeye katılan anonim ve limited şirketlerin ticaret unvanlarını, merkezlerini, nevilerini,
- 2) Bölünen malvarlığının kaç bölüm olduğu, her bir bölümün nereye devredileceği, her bölüm içindeki malvarlığı parçalarının tek tek dökümü,
- 3) Payların değiş /tokuş oranlarını ve gereğinde ödenecek denkleştirme tutarı,
- 4) Devreden şirketin ortaklarının haklarının devralan şirket nezdindeki durumları, devralan şirketin devreden şirketten imtiyazlı paylara, intifa hakkı sahiplerine ne türlü haklar verildiği,

⁸³⁵ Melikşah Yasin, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.195.

5) Bölünen/devreden şirketin veya ortaklarının iktisap ettiği payların hangi tarihten itibaren bilanço karına hak kazanacağı, bölünme sözleşmesinin onaylandığı genel kurul veya ortaklar kurulu kararında belirtilmesi,

6) Bölünme işlemine esas teşkil eden bilirkişi raporu,

7) Bölünme işleminin hangi tarihli mali tablolar üzerinden gerçekleştirileceği,

8) Devralan şirketin hisse senetlerinin bölünen şirketin ortaklarına verilmesi halinde bölünen şirketin sermaye azaltım tutarı ve işlemleri,

9) Devralan şirketin mevcut ortaklarının yeni pay alma hakları kısıtlanmak suretiyle yapacağı sermaye artırım tutarı, bu sermaye artırımında bölünen şirkete veya ortaklarına verilecek hisse senetlerinin türü, nominal değeri ve teslim esasları,

10) Bölünen şirketin bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından, bölünen kurumun varlıklarını devralan şirketlerin müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin hükmü,

11) Bölünmeye konu varlıklarla birlikte istihdam edilen personelin de devredilmesi halinde, devredilen işgücünün hukuki durumuna ilişkin bilgi,

12) Tarafların bölünme sözleşmesinden kaynaklanan yükümlüklerini yerine getirmemesi durumunda katlanacakları sonuçları belirten hükmü,

13) Yönetim kurulları tarafından genel kurulların toplantıya çağrılacağı azami süreyi, bu süre içerisinde genel kurulların toplanamaması halinde bölünme sözleşmesinin geçersiz sayılacağına ilişkin hüküm.

c. Tescil Ve İlan

Karara göre bölünmeye esas alınacak mali tabloların tarihi ile bölünme işleminin nihai olarak onaylanacağı genel kurul toplantı tarihi arasındaki süre 6 ayı aşamayacaktır. Bölünme işlemi onaylandıktan sonra bölünme ile kurulan yeni şirketin sicile tescil ve ilanı gerekmektedir. Buna göre Tebliğin 13. maddesi şu şekildedir.

“Kısmi bölünme, anonim ve limited şirket genel kurullarınca onaylanınca yönetim organı bölünmenin tescilini talep eder.

Kısmi bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılmasına devralan şirketin sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliği de tescil ettirilir

.Bölünme ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır. Tescil anında aynı sermaye olarak konulan mal varlıklarına ilişkin aktif ve pasif düzenleyici hesaplar devralan şirkete geçer.

Tebliğ olunur.”

Tüm bu anlatılanların sonunda kararda yer alan iki özel düzenlemenin de sadece madde metinlerine yer vereceğiz:

“KVK Geçici md 28’de tam mükellef kurumların 31.12.2003 tarihine kadar üretim ve turizm yatırım veya işletme belgesine sahip turizm tesislerinin bu tesislere ilişkin gayrimenkullerinin tamamının veya bir kısmının teşvik belgeli yatırım yapmak üzere kurulacak bir sermaye şirketine veya yeni kurulacak yabancı ortaklı bir anonim şirkete sermaye olarak konması halinde doğan kazancın kurum sermayesine ilave edilen kısmının kurumlar vergisinden istisna olduğu düzenlenmiş olup, KVK’nın ilgili hükmünün 31.12.2003 tarihine kadar geçerli olduğu ve KVK 38 uyarınca da tam mükellef bir şirketin aktifindeki gayrimenkullerin mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine konulmasının mümkün olduğu dikkate alınarak, bölünme işlemine ilişkin Kurul Kararında belirlenecek şartlar ile, halka açık anonim ortaklıkların bölünme işlemlerinin KVK madde 38 veya KVK Geçici md. 28 çerçevesinde gerçekleştirilerek, bir üretim tesisi veya işletmenin parça parça elden çıkarılarak, şirketin üretim ve hizmetin ifası faaliyetinden alıkonulması sonucunu doğurmayacak şekilde yapılması gerekmektedir.”

“Son bilanço aktif toplamının %15’inin altında kalan mal varlığı devirlerinde devralan şirket veya şirketlerin satışı, kiralanması, devralan şirkete sermaye olarak konulan malvarlığı unsurlarının satışı ile devralan şirketteki ortaklık yapısı değişikliklerinin Seri: VIII No: 39 Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği⁸³⁶ hükümleri çerçevesinde kamuya açıklanması zorunludur.”

C. Bankalar Kanunu

Hukuki olarak bölünme bir sermaye ortaklığının bölünerek bağımsız bir veya birden çok ortaklık oluşturmasıdır. Bankaların bölünmesi de birleşmede olduğu gibi özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Zira bu konuya ilişkin genel bir düzenleme mevcut olmayıp, bu konu Ticaret Kanunumuzda da yer almamakta ancak yeni kanun tasarısında yer almaktadır. Buna ilişkin ana madde Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesi olmakla birlikte söz konusu düzenleme ile bankaların bölünmesine ilişkin bir hüküm ilk defa getirilmiştir. Bölünme bu kanundan önce yürürlükte bulunan 4389 sayılı kanunun

⁸³⁶ www.spk.gov.tr

“Bankaların devir, birleşme ve tasfiyesi” başlıklı 18. maddesine eklenerek yeni kanunda yerini almıştır⁸³⁷. Bunun düzenleme gereği Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından çıkarılmış bölünmenin usulü de burada düzenlenmiştir.

1.Koşulları

Birleşmeye ilişkin olarak alınması gereken kurul izni aynı şekilde banka bölünmelerinde de aranmaktadır. Bu husus “Kurul İzni” başlıklı 5. maddeden anlaşılmaktadır. Tekrarlayacak olursak bu izin için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’na (kurum) başvuru dilekçesi verilecektir. Söz konusu bu dilekçede şu hususlar mevcut olmalıdır.

1) Bölünme işlemine taraf olan banka veya finansal kuruluşlar tarafından, bölünmeden beklenen sonuçları analiz eden detaylı fizibilite raporu,

2) Bölünme tarihinden itibaren üç yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini bilanço ile kâr ve zarar cetvelleri.

Burada da kurumun ek belge isteme yetkisi devam etmektedir. Söz konusu izin Bankalara ilişkin bölünme düzenlemesini Ticaret Kanunu düzenlemesinden ayırmaktadır.

2.Türleri

Bankaların bölünmesine ilişkin olarak 2 tür bölünme bulunmakta ve bunların varlığı yönetmelikte de görülmektedir. Yönetmelik de belirtilen bölünme türleri kısmı ve tam bölünme olup, bu türleri şöyle tanımlayabiliriz:

a.Kısmi Bölünme

Malvarlığı bölünen ortaklığın infisah etmediği ve söz konusu ortaklığın kendisinde kalan malvarlığı parçası ile varlığını devam ettirdiği bölünme türü kısmi bölünmedir⁸³⁸. Bu tanım ticaret hukukuna tabi şirketlere yönelik olmakla birlikte bankaların bölünmesinde de aynı şekildedir.

b.Tam Bölünme

⁸³⁷ Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.141, Taşdelen, **Bankalar Kanunu Şerhi**, s.558.

⁸³⁸ Helvacı, s.21.

Şayet bölünme neticesinde bölünen ortaklık tasfiye oluyor bunun sonucunda da ortaklığın hukuki varlığı sona eriyorsa tam bölünme söz konusudur. Bankaların bölünme yolu ile sona ermeleri halinde de durum bu şekildedir.

3.Süreç

a.Kurul İzni

Birleşmenin yapılması için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulundan (kurul) izin alınması gerekmektedir. Söz konusu izin birleşmede de aranan, bölünmenin yapılması için bir koşul olan ve yönetmeliğin 5. maddesinde düzenlenen izindir.

b.Genel Kurul İzni

Bölünme işlemine taraf olan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerinin yönetim kurulları müştereken, bağımsız bir denetim kuruluşu tespit ederler. Söz konusu bu denetim kuruluşları tarafından tasdik edilmiş bölünmeye esas bilançolar ile bölünme sözleşmesinin taslağı esas genel kurulların onayına sunulur. Bundan sonra şirketlerin genel kurullarında ana sözleşmelerinde öngörülen nisaplara göre oylanır. Bu oylamaya ilişkin olarak ana sözleşmelerinde nisap öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması şartıyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınır. Burada karar alınıp bölünmeye esas bilançoların ve devir sözleşmesi taslağının uygun görülmesi halinde genel kurullar tarafından bölünme sözleşmesinin ve yeni kurulacak bankanın ana sözleşme taslağının düzenlenmesi ve imzalanması hususunda yönetim kurullarına yetki verilir.

c.Bölünme Sözleşmesi

Bankanın bölümlere ayrılmış malvarlığını devralacak her bir banka finansal kuruluş veya diğer anonim şirketler ile ayrı ayrı bölünme sözleşmesi imzalanır. Söz konusu bu sözleşmede yer alması gereken unsurlar yönetmelikte şu şekilde yer almaktadır⁸³⁹.

1) Bölünme koşulları ile öngörülen aşamalarına ilişkin bilgiler.

2) Kısmi bölünen veya tam bölünüp tüzel kişiliği sona eren banka ile bölümleri devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerin unvanlarının ve merkezleri.

⁸³⁹ Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik md.16.

3) Devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerin sermayesinin, bölünen bankaya ve banka ortaklarına verilecek hisseler ölçüsünde arttırılacağına ilişkin kaydın ve kısmi bölünmede bankanın ödenmiş sermaye miktarının Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan asgari sermayeden az olması halinde, aradaki farkın üç ay içerisinde banka ortakları tarafından bölünen banka sermayesinin nakden artırılması suretiyle karşılanacağına ilişkin kayıt.

4) Bölünen bankanın bölünen kısım veya kısımlarına ilişkin aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülüklerinin devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlere geçtiğine ilişkin kayıt.

5) Bölünen bankaya veya bankanın ortaklarına verilecek hisse miktarı, türü, nominal değeri, ortaklık paylarının değişim oranı, imtiyazlı pay söz konusu ise miktarına ilişkin kayıtlar.

6) Bölünmenin ve devrin her türlü muvazaadan arî olarak gerçekleşeceği ve aksi halde meydana gelecek zararlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olunacağına ilişkin kayıt.

Bu düzenlemenin yanında yine birleşmeden farklı olmayarak bölünme sözleşmesinde de müşterilerin ve üçüncü şahısların hak ve alacaklarını ihlal eden hükümlere yer verilemez. Bölünme sözleşmesindeki imzaların noter tarafından tasdik edilmiş olması zorunluluğu yoktur⁸⁴⁰.

d. Bölünme Sözleşmesi Sonrası Yapılacak İşlemler

Yönetim kurulu tarafından imzalanan sözleşme taslağı, bir rapor ile birlikte kuruma gönderilir. Bu işlem sözleşmenin imzalanmasını izleyen yedi gün içinde yapılacaktır. Sözleşme ile birlikte gönderilecek raporun içeriğinde, bölünmeye taraf banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerinin bağımsız denetim kuruluşu tarafından tasdik edilmiş bölünmeye esas mali tabloları, ana sözleşme taslağı, Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hazırlanacak hisse değer tespitine yönelik raporları ve sermaye artırımı mevzu bahis ise bunun için gereken tutar ve sağlanacağı kaynakları içerir. Kurum gerekli göreceği ilave bilgi ve belgeleri talep etmeye yetkilidir.

⁸⁴⁰ Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik md.16/3.

Bölünme talep eden bankanın durumu incelenecektir. Söz konusu inceleme kanun ve ilgili diğer mevzuata uygunluk, standart oranlar ve kredi sınırlarına uyum, organizasyon ve şube yapısı, iç kontrol, risk yönetimi iç denetim sistemlerinin etkinliği gibi hususlar bakımından yapılır. Kurum, talepte bulunan bankanın bölünmeden beklenen faydanın gerçekleştirilmesi ve mali bünyelerinin güçlendirilmesi bakımından ilave tedbirlerin alınmasını isteyebilir.

Kurumca gerekli incelemelerin yapılmasından sonra, Kurul tarafından uygun görülen bölünme sözleşmesi ile eski ve yeni metinleri kapsayan ana sözleşme değişiklik taslakları, bilanço ve kar zarar cetveli ile birlikte banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerin genel kurullarının onayına sunulur ve genel kurullarda ana sözleşmelerinde öngörülen nisaplara göre oylanır. Banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerin ana sözleşmelerinde nisap öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması şartıyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınır.

Bölünmede, devralan bankanın sermayesi, bölünen bankaya ve bankanın ortaklarına verilecek hisseler ölçüsünde artırılır.

Kurul tarafından uygun görülmeyen bölünme sözleşmesi ve ana sözleşme değişikliği hakkında genel kurulda görüşme yapılamaz ve karar alınamaz. Görüldüğü gibi kurulun bağlayıcılığı bu aşamada da devam etmektedir.

e.Tescil Ve İlan

Banka içinde bölünmeye yönelik yapılan genel kurul kararları ve ana sözleşme değişikliği genel kurulu izleyen yedi gün içinde Kuruma gönderilir. Şayet kurul bölünmeye izin verirse genel kurul kararlarının tescili için gerekli olan onayı resmi gazetede yayımlanır.

Bölünmeye dair genel kurul kararları ile ana sözleşme değişiklikleri, Kurul kararının Resmi Gazete’de yayınlanmasını izleyen yedi gün içinde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı veya İl Sanayi ve Ticaret Müdürlüklerine müracaat aranmaksızın, bölünen banka ve devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerin kayıtlı bulundukları Ticaret Sicil Memurluklarına tescil ve ilan olunur.

Bölünen banka ile devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim şirketlerin genel kurul kararlarının tescilinden sonra, bankanın bölünmeye konu olan aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülükleri, devralan banka, finansal kuruluş veya diğer

anonim şirketlere intikal eder. Tam bölünme halinde bölünen bankanın tüzel kişiliği sona ererek kayıtları Ticaret sicilinden silinir.

II. Vergi Hukuku

A.Kurumlar Vergisi Kanunu

Vergisiz sona ermeye ilişkin yeni bir düzenleme olarak KVK' ye ilk defa 2001 yılında 4684 sayılı Kanun ile **“bölünme ve hisse değişimi”** ile ilgili esaslar eklenmiş bulunmaktadır.

Söz konusu Kanun gerekçesinde, şirketlerin yeniden yapılanmalarına olanak tanımak ve AB mevzuatı ile uyum sağlamak amacı ile getirildiği açıklanan bölünme, söz konusu madde değişikliği ile tam ve kısmi bölünme olarak mevzuatta yerini almıştır.

1.Türleri

Bunu takiben ise 13.6.2006 kabul tarih ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun “Devir, bölünme ve hisse değişimi” başlıklı 19 uncu md. sinin (3) üncü fıkrasının a) bendi ile **“tam bölünme”** ve b) bendi ile de **“kısmi bölünme”** hükümleri mevzuattaki mevcut son şekillerini almış bulunmaktadır.

Buna göre

Md.19 (3);

a) Tam bölünme: Tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığını, alacaklarını ve borçlarını kayıtlı değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla tam mükellef sermaye şirketine devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesi, bu Kanunun uygulanmasında tam bölünme hükmündedir. Devredilen şirketin ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin % 10'una kadarlık kısmının nakit olarak ödenmesi, işlemin bölünme sayılmasına engel değildir.

b) Kısmi bölünme: Tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki iş yeri veya daimi temsilcisinin bilânçosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam

mükellef bir sermaye şirketine devretmesi, bu Kanunun uygulanmasında kısmi bölünme hükmündedir. Ancak, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur. Kısmi bölünmede devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir. Taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur.

Yukarıda bahsi geçen maddenin (4)'üncü fıkrasında; bu md. ye göre yapılacak bölünmelerde aktif ve pasif düzenleyici hesapların, ilgili olduğu aktif veya pasif hesapla birlikte devrolunacağı ve (5)'inci fıkrasında da Maliye Bakanlığı'nın bu md. kapsamındaki işlemler ile ilgili usulleri belirlemeye yetkili olduğu hükmolunmuştur.

5520 sayılı KVK ile yapılan yukarıda kanun metinleri verilmiş bulunan “tam bölünme ve kısmi bölünme” hükümlerine ilişkin değişiklikler aşağıdaki gibidir.

a.Tam Bölünme

(1)Maddenin Eski Hali (KVK md.38/1)

Tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığı, alacak ve borçlarını mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla tam mükellef sermaye şirketine devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesi, bu Kanunun uygulanmasında tam bölünme hükmündedir⁸⁴¹. Devredilen şirketin ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin % 10'una kadarlık kısmının nakit olarak ödenmesi, işlemin bölünme sayılmasına engel değildir

(2)Maddenin Yeni Hali (KVK md.19 (3) a)

Aşağıdaki işlemler bölünme veya hisse değişimi hükmündedir:

Tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığını, alacaklarını ve borçlarını kayıtlı değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla tam mükellef sermaye şirketine devretmesi ve

⁸⁴¹ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s.39, Kavak, **Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri**, s. 209.

karşılığında devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesi, bu Kanunun uygulanmasında tam bölünme hükmündedir. Devredilen şirketin ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibarî değerinin % 10'una kadarlık kısmının nakit olarak ödenmesi, işlemin bölünme sayılmasına engel değildir.

(3)Maddenin Esası

KVK' nın tam bölünmeye ilişkin bu madde hükmü; daha önceden getirilen bir düzenleme ile ⁸⁴² değiştirilerek, AB mevzuatı da dikkate alınmak suretiyle (bir şirketin tam veya kısmi bölünmesine imkan sağladığı gibi, hisse değişimi imkanı da verilerek) bölünme müessesesinin vergi sistemimize dahil edilmesi sağlanmış olduğundan, söz konusu değişiklik bu madde ile ilgili herhangi bir değişiklik yapılmasını (“mukayyet” kelimesinin “kayıtlı” olarak Türkçeleştirilmesi şeklindeki ufak bir değişiklik dışında) gerektirmemiştir.

b.Kısmi Bölünme

(1)Maddenin Eski Hali (KVK md.38/2)

Tam mükellef bir sermaye şirketinin bilânçosunda yer alan gayrimenkuller ve iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmeleri ve bu tesis ve işletmelere bağlı gayrimaddi haklar, hammadde, yarımamul ve mamul malların, mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine, bu değerleri devreden şirketin ortaklarına verilmek veya devreden şirkette kalmak üzere, devralan şirketin iştirak hisseleri karşılığında aynı sermaye olarak konulması” kısmi bölünme hükmündedir.

(2)Maddenin Yeni Hali (KVK md.19 (3) b)

Tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki iş yeri veya daimî temsilcisinin bilânçosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye

⁸⁴² RG. 20.06.2001 tarihli ve 4684 sayılı Kanun.

şirketine devretmesi, bu Kanunun uygulanmasında kısmi bölünme hükmündedir. Ancak, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur. Kısmî bölünmede devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir. Taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur.

(3)Maddenin Esası

Yapılan bu değişiklik ile eski maddedeki “gayrimenkuller” tanımının biraz daha kapsamının somut bir şekilde belirlenebilmesi açısından “taşınmazlar” şeklinde hüküm olduğu ve devredilecek iştirak hisselerinin en az iki tam yıl süreyle elde tutulması gerekliliği (KVK ’da daha önce yer alan Geçici 28/a md. hükmü benzeri bir düzenleme ile) belirlenmiştir⁸⁴³. VUK’ un 269’uncu md. sinde ise, gayrimenkul gibi değerlendirilen kıymetlerin (bunlar gayrimenkullerin mütememmim cüzileri ve teferruatı, tesisat ve makineler, gemiler ve taşıtlar, gayrimaddi haklar şeklinde kanunda belirlenmiş olup) de gayrimenkul niteliğinde kabul edilecekleri hükmolunmuştur⁸⁴⁴. Kanaatimizce, Kanun maddesinde yapılan yeni düzenlemede “gayrimenkul” yerine “taşınmazlar” ifadesinin yer almasının nedeni, “gayrimaddi hakların” da yukarıda bahsedilen hüküm kapsamında gayrimenkul niteliğinde değerlendirilmiş olmasıdır. Zira gayrimaddi hakların bölünme sırasında esas alınacak birimler arasında yer alması uygun bulunmayıp, uygulamada söz konusu hakların değer tespitinin yapılabilmesi için mevcut reel bir kriterin de olmaması sebebiyle gerçek değerinin belirlenebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Nitekim söz konusu nedenlerden dolayı bu maddenin eski şeklinde yer alan ve bölünme işlemine dahil değer kalemlerinden birini teşkil eden “gayrimaddi haklar” ibaresi de yeni düzenleme ile madde metninden çıkartılmıştır. Ayrıca yapılan düzenleme ile “kısmi bölünme” işlemlerinde devrin nasıl

⁸⁴³ Özbalcı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s.740, Kavak, **Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri**, s. 219.

⁸⁴⁴ Özbalcı, **Vergi Usul Kanunu**, s. 613, Özyer, **Vergi Usul Kanunu**, s. 345.

yapılabileceğine ilişkin açıklamalara yer verilmek sureti ile mevzuattaki boşlukların doldurulması sağlanmıştır.

2.Koşulları

a. Tam Bölünme

1) Bir malvarlığı veya işletmenin bulunması
2) Malvarlığı veya işletmenin alacak ve borçları ile birlikte devrolması
3) Bölünen kurum ile devralan kurumların hepsinin tam mükellefiyete tabi olmaları gerekmektedir. Tam mükellefiyet şartına haiz olabilmeleri için bu kurumların kanuni ve iş merkezlerinden her ikisinin birden Türkiye’de bulunması şartı geçerlidir.

4) Bölünen kurum “Sermaye Şirketi” olmalıdır.

5) Devralan kurumların “Sermaye Şirketi” olması gerekmektedir.

6) Devralan şirketler mevcut ve/veya yeni kurulmuş şirketler olabilir.

7) Bölünme sözleşmesi.

8) Devrin alacaklılara bildirilmesi.

9) Bölünen kurumun bilanço değerleri (tüm malvarlığı, alacak ve borçları) mukayyet (kayıtlı) değerleri üzerinden devredilecektir. Bölünme dolayısıyla devredilen kıymetler, değerlemeye tabi tutulmadan yeni bünyeye intikal etmekte, varsa meydana gelmiş olan değer artışının vergilenmesi, yeni bünyede bunların elden çıkarılması suretiyle kazancın realize edileceği tarihe ertelenmektedir. Bu sebeple bilanço değerlerinin mukayyet (kayıtlı) değerle devredilmesi gerekmektedir.

10) Bölünen şirketin “tasfiyesiz olarak infisah” etmesi (hukuki ve ekonomik varlığının son bulması şeklinde)gerekmektedir.

11) Külli intikal kanun hükmüdür.

12) Bölünen şirket ortaklarına devralan şirketlerin ortaklık paylarının verilmesi gerekmektedir.

13) Bölünen şirketin ortaklarına verilecek hisseler, devredilen şirketin toplam değeri ve bu değerin ne kadarlık kısmının şirketlere devredildiği, devralan şirketlerin toplam hisse değerinin dikkate alınması sonucunda belirlenecek değişim katsayıları ile hesaplanacaktır.

14) Devredilen değerler karşılığında devralan kurum sermayesini temsil eden iştirak payı alınmalıdır. Devredilen şirket ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin % 10’una kadar olan kısmı nakit olarak ödenebilir.

15) Bölünen kurum varlıklarını devralan kurumlar, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından müteselsil sorumludurlar.

b. Kısmi Bölünme

1) Bir kıymet/kıymetlerin veya işletmenin bulunması.

2) Taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçının kayıtlı değerleri üzerinden” aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devredilmesi gerekmektedir. (Kısmi bölünen şirketin aynı sermaye konulan değerleri, devralınan şirkete “mukayyet (kayıtlı) değerleri” üzerinden konacaktır.)

3) Bölünen kurumun tam mükellef bir sermaye şirketi veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki iş yeri veya daimi temsilcisi, devralan kurumun ise tam mükellef bir sermaye şirketi olması gerekmektedir.

4) Kısmi bölünen kurum “Sermaye Şirketi” ya da “sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki iş yeri veya daimi temsilcisi”, olmalıdır.

5) Devralan kurumların “Sermaye Şirketi” olması gerekmektedir.

6) Bölünme sözleşmesi.

7) Devralan şirketler mevcut ve/veya yeni kurulmuş şirketler olabilir.

8) Üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur.

9) Alınacak hisseler devredilen kıymet ve devralan şirketin piyasa değerlerine göre hesaplanacaktır.

10) Kısmi bölünmede devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir.

11) Taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur.

KVK'ye getirilen bu kanun değişikliklerinden önce mevzuatımızda bölünme işlemlerine ilişkin fazla düzenleme bulunmamakta olup, sadece konu ile ilgili olarak,

Maliye Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ortak bir tebliği mevcut bulunmakta idi⁸⁴⁵.

Nitekim “Bölünme Sözleşmesinde yer alması gereken unsurlar” da, Maliye Bakanlığı ile Sanayi Ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkındaki bahsi geçen Tebliği'nde belirtilmiştir.

Anılan tebliğ uyarınca bölünme sözleşmesinin içeriği şu şekilde olmalıdır;

1-Bölünmeye katılan anonim ve limited şirketlerin ticaret unvanlarını, merkezlerini, nevilerini,

2-Bölünen mal varlığının kaç bölüm olduğunu, her bir bölümün nereye devredileceğini, her bölüm içindeki mal varlığı parçalarının tek tek dökümünü,

3-Payların değiş/tokuş oranlarını ve gereğinde ödenecek denkleştirme tutarını,

4-Devreden şirketin ortaklarının haklarının devralan şirket nezdindeki durumlarını, devralan şirketin devreden şirketten imtiyazlı paylara, intifa hakkı sahiplerine ne türlü haklar verildiğini,

5-Bölünen/devreden şirketin veya ortaklarının iktisap ettiği payların hangi tarihten itibaren bilanço karına hak kazanacağını bölünme sözleşmesinin onaylandığı genel kurul veya ortaklar kurulu kararında belirtilmesini,

6-Bölünme işlemine esas teşkil eden bilirkişi raporunu,

7-Bölünme işleminin hangi tarihli mali tablolar üzerinden gerçekleştirileceğini,

8-Devralan şirketin hisse senetlerinin bölünen şirketin ortaklarına verilmesi halinde bölünen şirketin sermaye azaltım tutarı ve işlemlerini,

9-Devralan şirketin mevcut ortaklarının yeni pay alma hakları kısıtlanmak suretiyle yapacağı sermaye artırım tutarı, bu sermaye artırımında bölünen şirkete veya ortaklarına verilecek hisse senetlerinin türünü, nominal değerini ve teslim esaslarını,

10-Bölünen şirketin bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından, bölünen kurumun varlıklarını devralan şirketlerin müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin hükmü,

⁸⁴⁵ “Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ”, (RG: 16.09.2003, 25231 sayılı).

11-Bölünmeye konu varlıklarla birlikte istihdam edilen personelin de devredilmesi halinde, devredilen işgücünün hukuki durumuna ilişkin bilgiyi,

12-Tarafların bölünme sözleşmesinden kaynaklanan yükümlüklerini yerine getirmemesi durumunda katlanacakları sonuçları belirten hükmü,

13-Yönetim kurulları tarafından genel kurulların toplantıya çağrılacağı azami süreyi, bu süre içerisinde genel kurulların toplanamaması halinde bölünme sözleşmesinin geçersiz sayılacağına ilişkin hükmü, sözleşmede bulunmalıdır.

Bölünme sözleşmesi bölünmeye taraf şirketlerin genel kurullarında onanmalı, sonrasında ise devralan şirket sermaye artırımı, bölünme işlemi sermaye azaltımı sonucunu doğuracak ise devir olan şirkette sermaye azaltımı kararı alması gereklidir. Kararlar şirketin esas sermayesini temsil eden ortakların üçte iki çoğunluğuyla alınmalıdır. Ayrıca bölünmeye taraf olan şirketlerin düzenlemiş oldukları bölünme sözleşmesi ve bölünmeye esas olan bilançosunun mahkemece atanacak olan bilirkişilerce denetlenmesi gerekmektedir. Bilirkişi raporunda yer alması gereken unsurlarda yine ilgili tebliğde belirtilmiş olup şu şekildedir.

a) Devralan şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının, devreden şirketin ortaklarının ve varsa intifa hakkı sahiplerinin haklarını korumaya yeterli bulunup bulunmadığı,

b) Bölünmeye katılan şirketlerin öz sermayeleri ve payların değeri ile hisselerin değiş/tokuş oranı, bölünmenin Kurumlar Vergisi Kanununa, tebliğ hükümlerine uygunluğu,

c) Bölünmeye konu varlıkların nitelikleri, mukayyet ve varsa cari değerleri,

d) Bölünen şirkete veya ortaklarına devralan şirket tarafından verilecek hisse senetlerinin tutarının belirlenmesinde mukayyet değer ile varsa kullanılan diğer yöntemlere göre hesaplanan değişim oranı,

e) Kullanılan yöntemlerin yeterli olup olmadığına ilişkin açıklama,

f) Değerleme yöntemleri ile ilgili bir sorun ile karşılaşılmış ise, bu sorunlara ilişkin açıklama, belirtilecektir. Şirketlerin yapmış oldukları genel kurullarda bölünme sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı tescili ile birlikte, bölünen şirketin bölünmeye konu mal varlığı külli halefiyet yolu ile devralan şirkete intikal eder. Bölünme işlemi genel kurulca onaylandıktan sonra, şirketlerin yönetim organları

bölünmenin tescilini yaptırmalıdır. Bölünme işleminde meydana gelen sermaye artırımını ve azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliği de tescil ettirilmelidir. Ticaret sicilinde tescil edilen bölünme işlemi geçerlilik kazanmış demektir.

3. Süreç

a. Tam Bölünme

(1) Bilanço Varlığı

Tam bölünmede, bölünen kurumun bilanço değerleri bütünüyle (kül halinde) devredilmekte ve bölünme ile kurum münfesi hale gelmektedir⁸⁴⁶. Bu, kurumlar arası birleşmeye benzer bir işlemi ifade etmektedir. Farklılık, bilanço değerlerinin tek bir kurum yerine mevcut veya yeni kurulacak iki yahut daha fazla kuruma intikal etmekte olmasından ibarettir⁸⁴⁷.

Bölünen şirket tasfiyesiz olarak son bulur (infisah eder). Bilanço değerleri bütünüyle kayıtlı bedelleri üzerinden iki veya daha fazla sermaye şirketine devredilir ve karşılığında devralan şirketlerin ortaklık payı alınır⁸⁴⁸.

Tam bölünmenin yer aldığı kanun maddesinin ilk fıkrası tetkik edildiğinde görüleceği üzere, tam bölünmede devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketlerinin sermayesini temsil eden iştirak hisselerinin verilmesi öngörülmüştür.

KVK'nın 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasının a) ve b) bendi kapsamında yer alan şartların gerçekleşmesi sonucunda bölünme suretiyle münfesi kurumun sadece bölünme tarihine kadar elde ettiği kazançların vergiye tabi tutulacağı, bölünmeden doğan karların ise hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği belirlenmiş olup, söz konusu bölünme işleminin vergisiz sonuçlanması dışında, diğer vergi kanunları karşısındaki durumuna da bakılması yüklenilecek vergi yükünün olup olmadığının görülebilmesi açısından yerinde olacaktır.

Tam bölünme işlemine konu mallar;

-KDV' den istisna edilerek,

-Tapu harcı aranmaksızın,

⁸⁴⁶ Kavak, *Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri*, s. 209.

⁸⁴⁷ Özbalcı, *Kurumlar Vergisi Kanunu*, s.724.

⁸⁴⁸ **KVK'** nın 19'uncu md. sinin 3'üncü fıkrasının a) bendi.

devredilebilmekte,

-bölünme ile ilgili kağıtlardan damga vergisi de alınmamaktadır⁸⁴⁹.

(2) Tam Bölünme İşleminde Beyan

Tam bölünme işlemleri KVK' nın 20'nci md. sinin ikinci fıkrası ile aşağıdaki şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

“(2) Kanunun 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine göre gerçekleştirilen bölünmelerde, aşağıdaki şartlara uyulduğu takdirde bölünme suretiyle münfesi kurumun sadece bölünme tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilir; bölünmeden doğan kârlar ise hesaplanmaz ve vergilendirilmez:

a) Şirket yetkili kurulunun bölünmeye ilişkin kararının Ticaret Sicilinde tescil edildiği tarih, bölünme tarihidir. Bölünen kurum ile bu kurumun varlıklarını devralan kurumlar,

1) Bölünme tarihi itibarıyla hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları bölünen kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesi ile ,

2) Bölünme işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde, bölünen kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları bölünen kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesini, bölünmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde bölünen kurumun bağlı olduğu vergi dairesine verirler.

b) Bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından müteselsilen sorumlu olacaklarını ve diğer ödevlerini yerine getireceklerini, bölünen kurumun bölünme nedeniyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesine ekleyecekleri bir taahhütname ile taahhüt ederler. Mahallin en büyük mal memuru, bu hususta bölünen kurum ile bu kurumun varlıklarını devralan kurumlardan teminat isteyebilir.”

b. Kısmi Bölünme

(1) Bilanço Varlığı

⁸⁴⁹ **KDV Kanunu** md. 17/4-c, **Harçlar Kanunu** md. 123, **Damga Vergisi Kanunu**, istisnalara ilişkin 2 sayılı tablonun IV- 17'nci pozisyonu.

Türk ekonomisinin öteden beri ihtiyaç duyduğu, şirketlerin bölünmesi ve hisse değişimine ilişkin olarak getirilen bu yasal düzenleme, kısmi bölünmenin ilk kanuni dayanağı olarak kabul edilir.

Kısmi bölünme, karşılığında sermaye payı alınmak üzere, şirket varlıklarından bir kısmının başka bir şirkete aynı sermaye olarak konulmasını ifade eder. Aynı sermaye teşkil eden şirket hukuki ve ekonomik varlığını korumaya, kalan varlıkları itibarıyla faaliyetini yürütmeye devam eder⁸⁵⁰.

KVK' nin 38⁸⁵¹,inci md. sinin değiştirilmesi suretiyle getirilen imkanlardan en önemlisi olan ve uygulamada "Kısmi bölünme" olarak isimlendirilen yasal düzenlemeye ilişkin madde (KVK' nin **4864 sayılı Kanun ile değ. 38'inci md. 1 inci f. 2 no.lu b.)** 5520 sayılı. KVK'da yapılan değişikliği takiben, yeni KVK' nın 19'uncu md. sinin 3'üncü fıkrasının b) bendi ile mevzuattaki yerini almıştır⁸⁵².

Kısmi bölünme temelde, başka bir kuruma aynı sermaye konulması ile benzerlik taşır. Devredilecek bilanço değerlerinin, dar ve teknik anlamda işletme teşkil edecek bütünlük içerisinde değerlemeye tabi tutulacak olması, özelliğini teşkil eder. Yani aynı anda iki faaliyeti (iş) bir arada yapan bir kurumda, bu işlerden her biri dar ve teknik anlamda ayrı işletmeleri oluşturur ve başka bir şirkete aynı sermaye koymak suretiyle gerçekleşecek bölünmede, bu işlerden birisinin faaliyeti ile ilgili bütün kıymetler (makine ve teçhizat, gayrimenkul vb. yi içerecek şekilde) topluca değerlendirilir. Bu özelliğe bağlı olarak da, birleşme ve tam bölünmeye ait vergileme rejimi kısmi bölünmeye de teşmil edilebilmektedir.

Devredilen aktif kıymetler karşılığında devreden şirket ortaklarına veya devreden şirkete verilecek devralan şirketin iştirak hisselerinin, sermaye artırımını

⁸⁵⁰ Özbacı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s.733.

⁸⁵¹ Özbacı, **Kurumlar Vergisi Kanunu**, s.723.

⁸⁵² Bu düzenlemenin gerekçesi; "aynı sermaye olarak konulan varlıklar (taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçı) karşılığında, devralan şirket kendi hisse senetlerini aynı sermaye koyan şirkete veya doğrudan bu şirketin ortaklarına verecektir. Üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur. Taşınmaz ve iştirak hisselerinin şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur. (Aynı sermaye olarak aktifinden bir varlık çıkan şirketin bilançosunun sermaye azaltılmasıyla dengelenmesi mümkün olabilecektir).

suretiyle tesisi öngörülmüştür. Bu durumda, bölünen şirket ortaklarına devralan şirketlerin iştirak hisselerinin verilmesi, sermaye artırımı suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, devralan şirketlerin mevcut ortaklarından bölünen şirketin ortaklarına, bölünen şirketin ortaklarının haklarını koruyacak ve akdedilecek bölünme sözleşmesinde karşılaştırılacak tutarda hisse devri yapılması suretiyle de gerçekleştirilebilecektir. Bu durumda ise, aynı sermaye olarak aktifinden bir varlık çıkan şirketin bilançosu ancak sermaye azaltılmasıyla dengelenebilecektir⁸⁵³.

Sermaye azaltılması, sermayenin konsolide edilmiş nominal sermaye toplamına göre eksik artırılması işlemidir. Diğer bir anlatımla, konsolide bilançonun aktifinde yer alan iştiraklerin (eski hisse senetlerinin) imha edilerek, sermayenin artırımıyla daha eksik tutarda artırılması işlemidir. Ancak şirketten çekilen değerlere karşılık olarak sermaye azaltımının kabul edilmesi ile söz konusu sermaye azaltımının, şirketin karlılık ve verimliliğini menfi yönde etkileyebilecek sonuçlar doğurabileceği unutulmamalıdır.

Bölünme işlemi vergisiz bir sona erme şekli olup, diğer vergi kanunları karşısındaki durumu da aşağıdaki şekildedir.

Bölünme işlemine konu mallar, aynı sermaye konulan şirkete;

-KDV' den istisna edilerek,

-Tapu harcı aranmaksızın⁸⁵⁴,

devredilebilmekte,

bölünme ile ilgili kağıtlardan damga vergisi de alınmamaktadır⁸⁵⁵.

Görüldüğü gibi, KVK' nin 19 uncu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi sayesinde, sadece kayıtlı değerleri korumak şartıyla "Tamamen vergisiz olarak" aynı sermaye koyma işlemi yapılabilmektedir.

(2)Kısmi Bölünme İşleminde Beyan

⁸⁵³ Bumin Doğrusöz, *Türk Vergi Hukukunda Şirket Bölünmesi ve Hisse Değişimi (II- Kısmi Bölünme)*, Yaklaşım Dergisi, 2001, Sayı 12.

⁸⁵⁴ Ulusoy, *Son Değişiklikler Çerçevesinde Birleşme, Devir, Bölünme, Hisse Değişimi ve İştirak Yoluyla Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması*, s. 123.

⁸⁵⁵ **KDV Kanunu** md. 17/4-c, **Harçlar Kanunu** md. 123, **Damga Vergisi Kanunu**, istisnalara ilişkin 2 sayılı tablonun IV- 17'nci pozisyonu.

KVK' nin “Devir, bölünme ve hisse değişimi hallerinde vergilendirme” başlıklı 20’nci maddesinin (3)’üncü fıkrasında düzenlenmiş bulunan “kısmi bölünme işlemlerinin vergilendirmesine” ilişkin madde hükmü aşağıdaki şekildedir⁸⁵⁶.

(3) Bu Kanunun 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen (kısmi bölünme işlemleri) işlemlerden doğan kârlar hesaplanmaz ve vergilendirilmez. 19 uncu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre gerçekleştirilen kısmi bölünme işlemlerinde, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, devraldıkları varlıkların emsal bedeli ile sınırlı olarak müteselsilen sorumlu olurlar.

KVK’ nin 22’nci maddesinin 5’inci fıkrası ile de, aynı Kanun’un 19’uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinin (kısmi bölünme işlemleri) aynı şartlarla, devralan kurum tarafından devralınan değerlere karşılık olarak verilen iştirak hisselerinin, Türkiye'deki iş yeri veya daimi temsilcinin aktifine kaydedilmesi suretiyle dar mükellef kurumlar hakkında da uygulanacağı hükmolunmuştur.

4.Sonuçları

a. Tam bölünme

Tam bölünme işlemi ile bölünen kurum tasfiyesiz olarak infisah etmekte, bir başka ifadeyle tüzel kişiliğini kaybetmektedir⁸⁵⁷.

Ticaret hukuku müesseselerinden birisi olan bölünme işleminin de hayata geçirilebilmesi için vergi düzenlemeleri kaçınılmaz olmaktadır. Bölünme işleminde de vergilendirme olgusu, birleşme işleminde olduğu gibi son derece önemlidir. Bölünme kurumlar için bir ihtiyaçtır. Bölünen bir “kül”dür. Bölünmede külli bir devir işlemi söz konusudur. Tam bölünmede, şirketin bütün malvarlığı, alacak ve borçları iki ya da daha fazla kuruma nakledilmek sureti ile bölünmekte olup, devredilen bir kül (bütün)dür. Bu durumda bölünme işlemi sonuçlanınca tamamlanır tamamlanmaz bölünme suretiyle o bütün (kül) halinde malları alanlar, bunun maliki olurlar. Bölünen şirketin malvarlığı aynen “miras” işleminde olduğu gibi, devralan şirketlere geçer. “Devralınan şirket”

⁸⁵⁶ www.gib.gov.tr

⁸⁵⁷ Kaya, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, s.58.

konumundaki bölünen kurumu ise “külli halef” olur⁸⁵⁸. Yani, hakları ve borçları birlikte kazanır.

Görüldüğü üzere bölünme nedeni ile “devralma” söz konusu olmaktadır.

TTK Tasarısı hazırlanana ve bölünme ile ilgili daha açıklayıcı madde hükümleri konulana kadar sermaye şirketlerinin birleşme ve devrine ilişkin mevcut TTK hükümlerinin, kıyasen bölünme müessesesine uygulanabileceği görüşü hakim bulunmaktaydı. Birleşme, bir sermaye şirketinin diğer bir sermaye şirketine devri iken; bölünme bir sermaye şirketinin birden fazla sermaye şirketine devri olması gerekçesi ile ilgili hükümlerin uygulanabileceği tabidir⁸⁵⁹.

Kurum bölünme işlemlerinin AT mevzuatında da, Avrupa Komisyonu'nun kurum bölünmeleri ile ilgili altıncı yönergesi ile bölünme esasları ve nasıl koruma altına alınması gereği düzenlenmiş bulunmaktadır⁸⁶⁰. Bu yönergenin hazırlanması esnasında; birleşme, bir sermaye şirketinin diğer bir sermaye şirketine devri iken; bölünme bir sermaye şirketinin birden fazla sermaye şirketine devri olması gerekçesinden hareketle **(TTK’ deki sermaye şirketlerinin birleşme ve devrine ilişkin mevcut hükümlerin, kıyasen bölünme müessesesine uygulanması konusunda aynı görüşün hakim olması)** birleşmeye ilişkin üçüncü yönerge hükümlerine büyük ölçüde atıfta bulunulmuştur⁸⁶¹. *Bölünmenin şekline göre işleme konu ticaret ortaklıklarının hukuki sonucunun farklılık arz ettiği görülmektedir. Buna göre; bölünmede külli halefiyet Kanun hükmüdür. Tam bölünmede tasfiyesiz infisah Kanun hükmüdür. (*Malvarlığının geçişi ile külli halefiyet ilkesinin sonuçları doğar. Devir alan ortaklık iltihak edenin halefi olur. Kalan ya da yeni kurulan ortaklık, ortadan kalkan ortaklıkların yerine geçer, yani onların halefi olur).*

b. Kısmi Bölünme

Kısmi bölünmeyi tam bölünmeden ayıran en önemli nokta, tam bölünmede bölünen kurumun tasfiyesiz olarak infisah etmesine bir başka anlatımla tüzel kişiliğini kaybetmesine karşılık, kısmi bölünmede bölünen kurumun bölünme sonrasında da

⁸⁵⁸ Akay, **İşletme Birleşmeleri ve Muhasebesi**, s. 39.

⁸⁵⁹ Mehmet Maç, “Şirket Mallarının Vergisiz Olarak Satılması Veya Ortaklar Arasında Paylaşılması İmkânı (Kısmi Bölünme)”, **Dünya**, 18.10.2002.

⁸⁶⁰ Billur Yatlı Soydan, *Avrupa Birliği’nde Dolaysız Vergiler*, Beta Basım, İstanbul 2002, s. 23

⁸⁶¹ Çoştan, s. 29.

hukuki varlığını, tüzel kişiliğini sürdürmesidir. Bu nedenle kısmi bölünme, infisahla sonuçlanmayan bir bölünme türüdür⁸⁶².

KVK’de yapılan bu yeni düzenleme ile kanunda mevcut olmasına rağmen, açıklayıcı hükümler içermeyen ve işlem prosedürü tam olarak belirlenmemiş olan “kısmi bölünme” müessesesine bir açıklık getirilmiştir. Ancak aynı tarih itibarı ile TTK’ da bir düzenlemeye gidilmemiş⁸⁶³, kısmi bölünme özel bir madde hükmü ile belirlenmemiş olmasına rağmen, **(TTK Tasarısı ile ilgili hükümlerin TTK’ ya eklenmesi daha sonra sağlanmıştır)** bölünen şirketin yapacağı işlemler bakımından, kısmi bölünmenin özünde "bir başka şirkete aynı sermaye koymak" olduğu da nazara alınarak prosedür mevcut TTK hükümleriyle belirlenebilmiştir⁸⁶⁴.

O halde, bölünen kurumun malvarlığını elden çıkarmasına bağlı olarak sağlayacağı kazanç, kısmi bölünme tanımı ve yukarıdaki md. hükmü kapsamında yer alan koşullara uyulması kaydıyla hesaplanmayacak ve vergilendirilmeyecektir. Bu aranacak koşullardan birisi de, "taşınmazlar, iştirak hisseleri ya da sahip olunan üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden" aynı sermaye olarak devridir. Burada karşılaşılan sorun, söz konusu varlık veya kıymetlerin değerlerinin mukayyet değerlerinin altına inmiş olması halidir⁸⁶⁵. Zira bu husus zaten, kurulan veya mevcut şirkete aynı sermaye konulması dolayısıyla ticaret mahkemelerince yapılacak bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda aynı sermaye koyan şirket kısmi bölünme hükümlerinden yararlanamayacak veya işlem, normal aynı sermaye koyarak bir başka şirkete ortak olma biçiminde yorumlanarak kazanç hesaplaması yapılacaktır.

Kısmi bölünmede bölünen şirkete aynı sermaye olarak konan aktif kıymetler, kayıtlı değerleri ile devir olunacaktır. Mukayyet (kayıtlı)değer, VUK’ un 265’inci maddesinde, bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında gösterilen değeri olarak

⁸⁶² A.Bumin Doğrusöz, “Kısmi Bölünme”, *Dünya*, 26.02.2002.

⁸⁶³ Özbalcı, Kurumlar, *Vergisi Kanunu*, s. 738.

⁸⁶⁴ Zeki Gündüz, **4684 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler (Tam-Kısmi Bölünme, Hisse Değişimi, Gayrimenkullerin Borca Karşılık Devri**, Ankara 2001, s.71.

⁸⁶⁵ Bumin Doğrusöz, *Türk Vergi Hukukunda Şirket Bölünmesi ve Hisse Değişimi (II- Kısmi Bölünme)*, Yaklaşım Dergisi, 2001, Sayı 12.

tanımlanmıştır⁸⁶⁶. Aktiflerin kayıtlı değerden sermaye olarak konulması sonucu, amortisman hesaplarının da bölünen şirkete intikal ettirilmesi gerekecektir. Ortaya çıkan farklılık ve bilanço dengelemesi düzenleyici hesaplar ile yapılabilir⁸⁶⁷.

Nitekim kanun maddesinde de üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesinin, taşınmaz ve iştirak hisselerinin devrinde ise, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devrinin zorunlu olduğu belirtilmiştir⁸⁶⁸.

2'nci fıkrada, aynı sermaye koyma işlemi sonucunda oluşan, aynı sermaye konulan şirkete ait yeni hisselerin, aynı sermayeyi koyan şirkete verilebileceği gibi, istenirse aynı sermayeyi koyan şirketin doğrudan ortaklarına da verilebileceği hükmü sayesinde ise, bilahare bu hisselerin satışı suretiyle;

Şirkete ait malların, önce kayıtlı değerleri ile başka bir şirket içine alınması, böylelikle oluşan yeni hisselerin ortaklara verilmesi ve gerçek kişi ortakların da bu hisseleri vergisizlik süresi dolduktan sonra satması yoluyla tamamen vergisiz olarak elden çıkarılması veya

Bölünme sonucu ortaklara verilen hisselerin ortaklar arasında paylaşımı suretiyle bir şirkete ait malların birden fazla şirketlere dağıtılabilmesi ve bu şirketlere ait hisselerin ilgili ortaklara verilmesi suretiyle, tamamen vergisiz olarak ortakların mal paylaşabilmesi ve ortaklığın sona erdirilebilmesi mümkün olabilmektedir⁸⁶⁹.

Kanunun, bu hisselerin doğrudan bölünen şirketin ortağına verilmesine cevaz vermekle ikili işlem görüşünü benimsediğini kabul etmek yerinde olacaktır. Buradaki ikili işlem, bölünen şirkette oluşan hisseleri önce bölünen şirketin iktisap etmesi ve bunu daha sonra ortağına devretmesi işlemleridir. Ancak Kanunla doğrudan ortağına

⁸⁶⁶ 5520 sayılı KVK 'nın 19. Maddesi , www.gib.gov.tr.

⁸⁶⁷ A.Bumin Doğrusöz, "Kısmi Bölünme", **Dünya**, 26.02.2002.

⁸⁶⁸ Özbacı, Kurumlar, **Vergisi Kanunu**, s. 734, Yıldırım/Kolotoğlu, **Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu-Tasfiyesi Birleşmesi Devri Nevi Değişikliği Bölünme ve Hisse Değişimi**, s.418.

⁸⁶⁹ 5520 sayılı KVK 'nın 19/2. Maddesi , www.gib.gov.tr.

verilebilmesine cevaz verilmekle, işlemler basitleştirilmek ve hisseleri elde eden şirketin bunları ortaklarına devrinin bu yolla vergisiz kılınması amaçlanmış ve dolayısıyla iki işlem iç içe geçirilmiştir.

Burada işlemin vergisiz olması yadsınmamalıdır⁸⁷⁰. Zira kayıtlı değerler korunmakta olduğundan verginin ertelenmesi durumu söz konusudur. Zaten bu yöntemle satışta veya paylaşımda, mallar şirket çatısı altından çıkmamakta, vergi potansiyelleri muhafaza edilmekte, buna mukabil ekonomiyi rahatlatan bir akışkanlık ve yabancı sermaye girişine müsait bir ortam sağlanmaktadır. Kaldı ki, birden fazla şirketin mal varlığı bu şirketlerin birleştirilmesi suretiyle vergisiz olarak tek şirket çatısı altına alınabildiğine göre, bir şirket çatısı altındaki mal varlıkları da yine vergisiz olarak birden fazla şirkete bölünebilmelidir.

Kısmi bölünme neticesinde bölünen şirkette doğan hisselerin, bölünen şirketin ortaklarına verildiği hallerde bu hisselerin, aynı sermaye karşılığı elde edildiğinden bahisle, TTK 404'üncü md. sinde düzenlenen iki yıllık devir yasağına tabi olup olmayacağı hususu aşağıdaki hüküm doğrultusunda açıklığa kavuşturulmuştur⁸⁷¹.

KVK' ya geçici 30 uncu md. ile eklenen⁸⁷² "Bu kanunun 38 inci md. sine göre yapılacak bölünmelerde TTK' nın 404'üncü maddesi uygulanmaz" hükmü getirilmek suretiyle, aynı sermaye karşılığı çıkarılan hisselerle ilişkin iki yıllık devir yasağı, bölünme şeklindeki aynı sermaye koyma işlemleri açısından ortadan kaldırılarak, bölünme işlemlerinin önü tamamen açılmıştır.

Uygulamada ilk düzenlendiğinde (KVK' nın 38/2'nci md. si yürürlüğe girdikten sonraki ilk zamanlarda), bu maddenin uygulanabilmesi için TTK' da da bölünmeye yönelik paralel hükümlerin yürürlüğe girmesinin bekleneceği görüşü ortaya çıkmıştır⁸⁷³. Ancak sonradan 38'inci md. nin, yürürlük maddesi ile fiilen yürürlüğe girmiş bulunduğu, başka bir kanunun çıkmasının beklenmesinin söz konusu olamayacağı görüşü ön plana çıkmıştır. Bununla beraber özel bir aynı sermaye koyma

⁸⁷⁰ Zeki Gündüz, 4684 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler (Tam-Kısmi Bölünme, Hisse Değişimi, Gayrimenkullerin Borca Karşılık Devri, s. 68.

⁸⁷¹ Domaniç, *Anonim Şirketler*, s.1090-1114, Eriş, *Şirketler*, s.2447-2452, İmregün, *Anonim Ortaklıklar* s.275.

⁸⁷² 4743 sayılı Kanun (RG: 31.1.2002 tarih ve 24657 sayılı).

⁸⁷³ Özbalcı, *Kurumlar Vergisi Kanunu*, s.726.

işlemi olan bu işlem, TTK kapsamında yapılacağı için ve bilhassa hisselerin ortaklara verilmesi imkanı yoluyla şirketlerin içinin boşaltılarak, alacaklıların mağdur edilmesi tehlikesine karşı önlemler alınması gerektiği de göz ardı edilmemiştir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, bölünme sonucu ortaya çıkan yeni hisselerin ortaklara doğrudan verilemeyeceği, bu hisselerin önce aynı sermayeyi koyan şirkete gelmesi ve bu şirketten ortaklara intikalin, T.T.K.'daki sermaye azaltılması prosedürü çerçevesinde yapılması gerektiği görüşündedir⁸⁷⁴. Bu durumda sermaye azalış işlemiinde esas sermayenin azaltılması, bilançodaki sermaye kaleminin indirilmesi sonucunu doğuran bir ana sözleşme değişikliği şeklinde yapılacaktır. Sermaye azaltılmasının en zorlayıcı tarafı ise, sermayesi azaltılmak istenen şirketten alacaklı olanların bu alacaklarını tahsil etmek veya alacakları için teminat istemek hakkına sahip olmasıdır. Ayrıca sermaye azaltımının mümkün olabilmesi için, Ticaret Mahkemesi'nce tayin edilecek üç kişilik bilirkişi heyetinin, esas sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak mal varlığının mevcut olduğunu teyit etmesi gerekmektedir.

Bizim anlayışımıza göre;

-İlk aşamada aynı sermayeyi koyan şirkete gelen hisselerin ortaklara intikali de kayıtlı değerler üzerinden yapılmalı ve bu intikalde kazanç hesaplamaya ve vergi almaya kalkışılmamalıdır.

-Sermaye azaltımı prosedürünün güçlüğü nedeniyle, sermaye azaltımı yöntemi hisselerin ortaklara intikali için tek yol olarak düşünülmemeli, aynı sermaye konulduktan sonra arta kalan malvarlığının şirket borçlarını karşılamaya yetecek değerde olduğu yolundaki mahkeme tespitini alacaklıların hukukunu koruma açısından yeterli gören bir yasal düzenleme yapılmalıdır.

Bu konuda müteşebbisleri isteksizleştiren ikinci unsur ise aynı sermaye konulan şirketin, aynı sermayeyi koyan şirkete ait doğmuş veya doğacak vergi borçlarından müteselsilen sorumlu tutulması hükmü olmuştur. Bu düzenleme ile vergi borçları dolayısıyla alacaklı idareden mal kaçırma gayesi ile yapılacak bölünmelerin önüne geçilmek istenildiği ve bu gibi durumlarda vergi alacağının garanti altına

⁸⁷⁴ “Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ”, (RG: 16.09.2003, 25231 sayılı).

alınmaya çalışıldığı izlenimi hasıl olmuştur. Bu sorumluluk ortaklar arasında mal paylaşımı amaçlı bölünmelerde önem ifade etmemekle beraber, bölünme yoluyla mal satın almak isteyen müteşebbislerin, aynı sermayeyi koyan şirketin doğmuş ve bilhassa doğabilecek vergi borçlarından sorumlu olmak şeklindeki bir olumsuzluğa maruz kalmaları uygulama örneklerinin görülmesini bir ölçüde geciktirmiştir⁸⁷⁵.

Kısmi bölünmede, aynı sermaye vermek suretiyle bölünen kurum infisah etmeyerek hukuki varlığını sürdürdüğünden, tam bölünmede olduğu gibi, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar ödediği geçici vergilerin veya kendisine yapılan ödemelerden kesilen vergilerin kim tarafından mahsup edileceği sorunu söz konusu olmayacak, mahsup ve/veya iade hakkının tamamı yine *bölünen kuruma* ait olacaktır. Dolayısıyla KDV Kanunu'nun 17/4. maddesinde yapılan değişiklikle⁸⁷⁶ getirilen ve bölünme işlemi sonunda bölünen veya infisah eden mükelleflerce yüklenilen ve indirilemeyen vergilerin, faaliyete başlayan veya bölünme sonrasında bölünen kurumun varlıklarını devralan mükellefler tarafından -mükerrer indirimine yol açmayacak şekilde- indirilmesi olanağı da kısmi bölünmelerle ilgili olmayıp, sadece tam bölünmelere ilişkindir.

c.Bölüme İşlemlerinde (Tam Ve Kısmi) Ortak Sonuçlar

d.Kuruluş Ve Örgütlenme Giderleri:

Bölünme durumunda bu giderlerin itfa edilmemiş kısmının devralan firma tarafından kaldığı yerden itfasına devam edilebilecektir.

e.Bölünen Kurumların İktisadi Kıymetleri İçin Amortisman Ayırma Durumu

Bölünme işleminde bölünen kurumun bölünme tarihine kadar olan dönem için, devralan kurumun ise bölünme tarihinden hesap dönemi sonuna kadar olan dönem için amortisman hesaplaması gerekmektedir⁸⁷⁷. Bölünme sureti ile devralınan firmanın tüm aktif ve pasif kalemleri bir bütün olarak devir alındığından, bu amortismanların ayrılmasına da devralan firmada devam edilir. Ancak, sadece bölünme yılına haiz olmak ve amortismanın yıllık ayırma özelliğini kaybetmemek üzere, devralınan bu iktisadi

⁸⁷⁵ Mehmet Maç, “Şirket Mallarının Vergisiz Olarak Satılması Veya Ortaklar Arasında Paylaşılması İmkânı (Kısmi Bölünme)”, *Dünya*, 18.10.2002.

⁸⁷⁶ RG. 03/07/2001 – 24451 sayılı.

⁸⁷⁷ Özbalcı, *Vergi Usul Kanunu*, s. 816, Özyer, *Vergi Usul Kanunu*, s.490.

kıymetlere ait yıllık ayrılacak amortisman meblağının bölünen firmalarla devralan firmalarca bölünme işleminin yapıldığı yıldaki kıst dönem sürelerinin esas alınmak suretiyle orantı yolu ile bulunarak, firmaların dönemlerine isabet eden kısmının ayrılması gerekmektedir⁸⁷⁸.

f.Bölünme Giderleri

KVK' nın 8'nci md. sinin 1'nci fıkrasının c bendi uyarınca “*Genel Kurul toplantıları için yapılan giderler ile birleşme, devir, bölünme, fesih ve tasfiye giderleri*”nin kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilebileceği hükme bağlanmıştır⁸⁷⁹. Bu sebeple bölünme giderleri gider olarak kayıtlara intikal ettirilebilecek nitelikte kabul edilebilir bir giderdir.

g.Bölünen Kurumlara İlişkin Geçmiş Yıl Zararlarında Mahsup Durumu

KVK md. 9'da “Zarar mahsubu” başlığı altında, Kurumlar vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilecek olan zararlar tespit edilmiş olup, kurumlar vergisi beyannamesinde her yıla ilişkin tutarların ayrı ayrı gösterilmesi şartıyla madde kapsamında belirlenmiş söz konusu zararların mahsup işleminin mümkün olacağı hükmü getirilmiştir. Bu madde hükmünün “bölünme” ile ilgili kanun metni aşağıdaki şekildedir: (KVK 9'uncu md. sinin birinci fıkrasının a) bendi hükmü)

“a) Beş yıldan fazla nakledilmemek şartıyla geçmiş yılların beyannamelerinde yer alan zararlar.

Kanunun 20'nci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde devralınan kurumların devir tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen zararları ile 20'nci maddenin ikinci fıkrası kapsamında gerçekleştirilen tam bölünme işlemi sonucu bölünen kurumdaki öz sermayesinin devralınan tutarını geçmeyen ve devralınan kıymetle orantılı zararların indirilmesinde aşağıdaki şartlar ayrıca aranır:

1) Son beş yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamelerinin kanuni süresinde verilmiş olması.

2) Devralınan kurumun faaliyetine devir veya bölünmenin meydana geldiği hesap döneminden itibaren en az beş yıl süreyle devam edilmesi.

⁸⁷⁸ Maliye Bakanlığı Muktezalari, 8.4.1993 tarih ve 127/22658 sayılı Mukteza.

⁸⁷⁹ Kavak, Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, s. 216.

Bu şartların ihlali halinde, zarar mahsupları nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler için vergi ziyayı doğmuş sayılır.”

Bu maddenin tetkikinde eski şeklinden farklılık arz etmekte olduğu görülmektedir. Eski madde hükmünde (eski KVK mükerrer 14’üncü md. sinin 1’inci fıkrasının a bendi) şu an mevcut kanun metni ile aynı şekilde, kurumlar vergisi beyannamesinde her yıla ilişkin zararın ayrı ayrı gösterilmesi şartıyla, beş yıldan fazla nakledilmemek koşuluyla geçmiş yılların mali bilançolarına göre meydana gelen zararların; (aynı sektörde faaliyet göstermesi, son beş yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamelerinin kanuni süresinde verilmiş olması koşullarıyla {eski KVK md. 37 ve 39 kapsamındaki} devralınan kurumların, devir tarihi itibarıyla aktif toplamını geçmeyen zararları ile bölünme işlemleri {eski KVK md.38 kapsamındaki bölünmeler} sonucu münfesi olan kurumun aktif toplamını geçmeyen zararları dahil)birleşilen kurumun kazancından indirilebileceği düzenlenmiş bulunmaktaydı.

Yeni KVK hükümleri ile (bölünme işlemlerine getirilen değişiklikler ile) geçmiş yıl zararlarının tanımlanmasında “mali bilançolara göre meydana gelen zararlar” yerine geçmiş yılların “beyannamelerinde yer alan zararlar” ibaresi kullanılmış (zararların artık bilançoda değil, beyannamede gösterilmesi koşulu getirilerek), bölünme sonucu devir alan kurumların “aynı sektörde faaliyet göstermesi” şartı kaldırılmış, ancak geçmiş yıl zararlarının bölünme sonucu devralınan kurumun kazancından indirimin gerçekleşebilmesi için daha zor iki koşul eklenmiştir⁸⁸⁰. Bu iki koşuldan bir tanesi ilk defa düzenlenen bir hüküm olup, “Devralınan kurumun faaliyetine bölünmenin meydana geldiği hesap döneminden itibaren en az beş yıl süreyle devam edilmesi” şeklindedir. Bu maddenin bölünerek devralınan firmanın mevcut geçmiş yıl zararlarının, devralan firmanın kazancından indirim konusu yapılabilmesini zorlaştırıcı bir hüküm olarak eklenmiş görünmektedir. Diğer koşul ise önceki kanun metninde mevcut ifadenin değiştirilmesi şeklinde “20’nci maddenin 2’nci fıkrası kapsamında gerçekleştirilen tam bölünme sonucu bölünen kurumdaki öz sermayesinin devralınan tutarını geçmeyen ve devralınan kıymetle orantılı zararların” indirilebilmesidir.

⁸⁸⁰ KVK madde 9’un gerekçesi şöyledir, “ Ekonomik faaliyetin ana amacı kar elde etmekle beraber, zaman zaman faaliyet bazı kurumlarda zararlı sonuçlanmaktadır. Bünyesinde zarar oluşan firmaların ekonomiye tekrar kazandırılması için bu kurumların zararlarının belirli sınırlar çerçevesinde devir veya tam bölünme hallerinde varlıklarını devralan kurum bünyesinde mahsuba imkan vermektedir.” ,www.gib.gov.tr,

Görüldüğü üzere burada da devralınan mahsup edilecek zarar tutarının tam bölünme sonucu bölünen kurumdaki “öz sermaye” toplamını (“aktif toplamı” yerine) geçmemesi gerektiği şeklinde değiştirilmiştir. Aynı maddenin son hükmünde ise (“devralınan kıymetle orantılı” olması şartı eklenmek sureti ile), “kısmi bölünme” işlemlerinde de devralınan zararlar ile devir alınan kıymetin birbirine orantılanması sonucu mahsup edilecek zararın bulunacağı açıklanmıştır.

Bölünme suretiyle devralınan geçmiş yıl zararlarının, devralan kurum bünyesinde oluşacak kardan mahsup edilebilmesi için gerekli olan koşulların zorlaştırıcı hükümler içermesinde amaç, kurumların hiçbir faaliyeti olmayan, tamamen zararlı kurumları devralarak vergiden kaçınma yoluna gitmelerini önlemek ve zarar mahsup imkanının amacına uygun kullanımını sağlamaktır.

h.Bölünen Şirkete Ait Taşınmazların, İştirak Hisselerinin Bölünme Sonucu Devralınan Şirkette Satışa Konu Edilmesi

KVK’da kurum kazançlarından yapılması gereken istisnaların belirlendiği 5’ncimaddenin e) bendinde “kurumların en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların %75’lik kısmı”nın kurumlar vergisinden istisna olacağı hükmolunmuştur. Aynı bent hükmü ile de bu istisnanın satışın yapıldığı dönemde uygulanacağı, satış kazancının istisnadan faydalanan kısmının satışın yapıldığı yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar pasifte özel bir fon hesabında tutularak, satış bedelinin, satışın yapıldığı yılı izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar tahsil edilmesi gerektiği, bu süre içinde tahsil edilmeyen satış bedeline isabet eden istisna nedeni ile zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilerin ziyaa uğramış sayılacağı hususlarına da yer verilmiştir. Bu süre içinde tahsil edilmeyen istisna edilen kazançtan beş yıl içinde sermayeye ilave dışında herhangi bir şekilde başka bir hesaba nakledilen veya işletmeden çekilen kısım için uygulanan istisna dolayısı ile zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilerin ziyaa uğramış sayılacağı belirtilmiştir. Aynı süre içinde işletmenin tasfiyesi (**bu Kanuna göre yapılan devir ve bölünmeler hariç**) halinde de bu maddenin uygulanacağı ve bedelsiz olarak veya rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle itibari değeriyle elde edilen hisse senetlerinin elde edilme tarihi olarak da, sahip olunan eski hisse senetlerinin elde edilme tarihinin esas alınacağı da hükmolunmuştur.

Madde hükmünde ayrıca “Devir veya bölünme suretiyle devralınan taşınmazlar, iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetleri ile rüçhan haklarının satışında iki yıllık sürenin hesabında, devir olunan veya bölünen kurumda geçen süreler de dikkate alınır.” şeklinde bir açıklama konulmuştur.

Bu hüküm ile de iki yıllık sürenin tespitinde bölünme suretiyle devralınan taşınmazların, iştirak hisselerinin satışında bölünen kurumun aktifinde kaldığı sürelerin hesaba katılabileceği şeklinde bir avantaj tanınmıştır.

B. Diğer Vergi Kanunları

1. Gelir Vergisi Kanunu

Bölünen kurumun bölünme tarihine kadar, Gelir Vergisi Kanunu’nun 94’üncü md. si kapsamında olan ödemeleri nedeni ile tevkif ettikleri gelir vergisi tevkifatlarına ait muhtasar beyannamenin tevkifatın yapıldığı ayı takip eden ayın 20’nci günü akşamına kadar verilerek, tahakkuk eden verginin de 26’ncı günü akşamına kadar ödenmesi gerekmektedir⁸⁸¹.

2. Katma Değer Vergisi Kanunu

KDVK’ daki eski düzenleme ile KVK’ da yer alan koşullara uygun olarak gerçekleştirilen bölünmelerde, bölünen kuruma bölen kurum tarafından devredilen değerlerin KDVK ’nın 17/4-c md. si⁸⁸², Gelir Vergisi Kanununun 81 inci maddesinde belirtilen işlemler ile Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan bölünme işlemleri (Bu kapsamda vergiden istisna edilen işlemler bakımından Katma Değer Vergisi Kanununun 30 uncu maddesinin (a) bendi hükmü uygulanmaz⁸⁸³. İşlem sonunda faaliyetini bırakan, bölünen veya infisah eden mükelleflerce yüklenilen ve indirilemeyen vergiler, faaliyete başlayan veya devir ve bölünme sonrasında devredilen veya bölünen kurumların varlıklarını devralan mükellefler tarafından mükerrer indirimde yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılır.),uyarınca KDV’ ye tabi olmayacağı düzenlenmiştir⁸⁸⁴. bu tarzda bir birleşme işleminde, birleşilen şirket birleşen şirketin bilançosunu bir bütün olarak

⁸⁸¹ Saban, **Vergi Hukuku**, s.439 vd., Öncel/Kumrulu/Çağan, s.321, Doğan Şenyüz, **Türk Vergi Sistemi**, s.248, Mehmet Arslan, **Türk Vergi Sistemi**, Nobel Yayın Dağıtım, s.125.

⁸⁸² Değişik fıkra: 20/6/2001 – 4684 S.K./19. md.

⁸⁸³ Selim Kaneti, **Vergi Hukuku**, s. 385, Maç, **KDV Uygulaması**, s.90, Halil Nadaroğlu, **Kamu Maliyesi Teorisi**, Beta Yayım, İstanbul 2000, 11. Baskı, s.367.

⁸⁸⁴ Kavak, **Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri**, s. 221.

aynen alıp, kendi bilançosuna ilave edeceğinden, birleşen şirketin KDV alacağının mevcudiyeti halinde, KDV iade alacağının da birleşilen şirket tarafından talep edilebileceğinin doğal olacağından hareketle alacak hakkının bölünen firmada kullanılmasına devam edilmiştir. Ancak daha sonra 4684 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu söz konusu madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan devir ve bölünme işlemleri (Bu kapsamda vergiden istisna edilen işlemler bakımından Katma Değer Vergisi Kanununun 30 uncu maddesinin (a) bendi hükmü uygulanmaz. İşlem sonunda faaliyetini bırakan, bölünen veya ifisah eden mükelleflerce yüklenilen ve indirilemeyen vergiler, faaliyete başlayan veya devir ve bölünme sonrasında devredilen veya bölünen kurumların varlıklarını devralan mükellefler tarafından mükerrer indirim yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılır.”

Bu düzenleme öncesi bir taraftan bölünme işlemleri KDV’ den istisna tutulurken, diğer taraftan bölünen kurumdan bölünen firmaya geçen KDV alacak hakkının kullanılarak indirim konu edilmesi durumu söz konusu olmakta idi. Ancak aynı Kanun’un 30’ uncu md. sinin a bendi uyarınca, KDV’ ye konu olmayan işlemler için yüklenilecek KDV’ nin indirim konu edilemeyeceğine ilişkin hüküm yönünden çelişki oluşmaktaydı. Bu değişiklik ile bu çelişki ortadan kaldırılarak, Kanun’ da mevcut bir boşluk doldurulmuştur.

3. Damga Vergisi Kanunu

Bölünme işlemleri esnasında düzenlenmesi gerekli olan bölünme sözleşmeleri, sermaye artırımları, yeni kuruluş halinde kuruluş sözleşmeleri vb. değerli kağıtlar damga vergisine tabi değildir (DVK md.1)⁸⁸⁵.

4. Harçlar Kanunu

Bölünme işlemi sebebi ile yapılacak işlemler harçtan istisna edilmiştir⁸⁸⁶.

5. Vergi Usul Kanunu

⁸⁸⁵ Selim Kaneti, **Vergi Hukuku**, s.401, Akif Erginay, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, s.278 vd., Osman Pehlivan, **Vergi Hukuku**, Trabzon 2001, s.416.

⁸⁸⁶ Osman Pehlivan, **Vergi Hukuku**, s.420, Abdurrahman Akdoğan, **Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması**, s.461.

Kuruluş ve örgütlenme giderleri: bölünme durumunda bu giderlerin itfa edilmemiş kısmının devralınan firma tarafından kaldığı yerden itfasına devam edilebilecektir⁸⁸⁷.

Bölünen iktisadi kıymetler için amortisman ayırma durumu: bölünme işleminde bölünen firma tarafından, bölünen firmanın tüm aktif ve pasif kalemleri bir bütün olarak bölündüğünden, bu amortismanların ayrılmasına da bölünen firmada devam edilir. Ancak, sadece bölünen yapılan yıla haiz olmak ve amortismanın yıllık ayırma özelliğini kaybetmemek üzere, bölünen bu iktisadi kıymetlere ait yıllık ayrılacak amortisman meblağının her iki kurumun da bölünme işleminin yapıldığı yıldaki kıst dönem sürelerinin esas alınmak suretiyle orantı yolu ile bulunarak, her iki şirket tarafından dönemlerine isabet eden kısmının ayrılması gerekmektedir.

6. SONUÇ

Dünyamız yaklaşık 25 yıldır yoğun bir değişim sürecinin içerisinde bulunmakta olup, Batı ve Doğu arasındaki ihtilaf ve çekişmeler yerini nihayetinde “Avrupa Birliği” adı altında düzenlenmiş bir organizasyonun oluşturduğu düzene bırakmıştır. Dünya ekonomisi de sınırların ortadan kaldırılarak, yerini tek bir ekonomiye bırakmak suretiyle “küresel bir ekonomi” olma yoluna çok yaklaşmış olup, doğrudan yabancı yatırımlar ve uluslararası finansal akımlar tarihin hiçbir döneminde ulaşamadığı hacimlere erişmiştir. Küreselleşme olarak tanımlanan bu süreç ekonomik alanda mal, sermaye ve emek akışkanlığının artması sonucu ülkeler arasındaki ekonomik ilişkilerin yoğunlaşması ve ülkelerin birbirlerine yakınlaşması ile ülke ekonomilerinin dünya ekonomisiyle entegrasyonunu, yani dünyanın tek bir pazarda bütünleşmesini ifade etmektedir.

Ekonomik globalleşme sürecinde, mal ve hizmetler ile uluslararası sermaye hareketleriyle ilgili sınır-ötesi işlemler çeşitlenerek artmakta ve teknoloji dünya çapında daha hızlı bir biçimde yayılmaktadır. Bu süreçte global firmalar önemli bir fonksiyon üstlenmekte ve bu firmalar vasıtasıyla teknoloji gelişmiş ülkelere yayılmaktadır. Üretim alanı olarak tek bir ülkeyi değil, bütün dünyayı hedefleyen şirketlerin faaliyetlerinin globalleşmesi, bir taraftan yatay ve dikey birleşmeler yoluyla firmalar arasındaki işbirliğini arttırmış, diğer taraftan da global

⁸⁸⁷ Özyer, **Vergi Usul Kanunu**,s.475, Özbalcı, **Vergi Usul Kanunu**, 791.

rekabetin artmasına yol açmıştır. Ekonomik globalleşme açısından rekabet unsuru çok büyük önem kazanmış ve global rekabet, ülkeleri sürekli yenilik yapmaya yöneltmiştir. Günümüz şartlarında hiçbir ekonominin kendi kendine yeterli olamayacağını, global dünyaya açılmayan bir ekonominin, değişimin gerisinde kalarak gelişemeyeceğinin bilincine varan ülkeler, ulusal ekonomilerini dünyaya açmaya; mal, emek ve sermaye hareketlerinin sınır tanımadığı dünyada bir yandan uluslararası rekabet yarışında öne geçmeye, diğer yandan rekabet güçlerini arttırmak, büyümek, finansal pazarlarını serbestleştirerek güçlerini arttırmak, tanınmış mevcut vergisel kolaylıklardan faydalanmak için birleşme işlemlerine ağırlık vermeye başlamışlardır.

Ticari hayatta faaliyet gösteren şirketlerin, karlarını artırmak, daha verimli olmak veya piyasadaki konumlarını sağlamlaştırmak gibi çok çeşitli amaçlarla, başka bir şirket veya şirketlerle kalıcı olarak bir araya gelmeleri, ekonomik açıdan olağan bir durum olup, son yıllarda ortaya çıkan globalleşme ve bunun getirdiği küresel rekabet olgusu, şirketleri dış piyasaların çetin rekabet koşullarına dayanabilmek amacıyla bir araya gelmeye zorlamakta ve bunun sonucu olarak pek çok sektörde, kurumsal şirket birleşmeleri yoğun olarak yaşanmaktadır. Uluslararası platformda gerçekleşen birleşmelerin ülke ekonomisine, yabancı sermaye girişi, yeni istihdam alanları yaratılması, teknoloji transferi ve ihracat artışı gibi çeşitli faydaları bulunmakta olup, ayrıca kriz dönemlerinin yarattığı ekonomik durgunluk ve buna bağlı şirket iflaslarının önüne geçilmesinde de birleşme ve devralmalar önemli bir vasıta olarak görülmektedir. Şirket birleşmeleri ülke ekonomilerinde çok önemli sonuçlar yaratabilen yapılar olmaları nedeniyle Rekabet Hukukunun doğmasına neden olmuş bir yeniden yapılandırma modelidir. Birleşmelerin olumsuz sonuçlarını gidermek üzere doğduğunu söyleyebileceğimiz şirket bölünmelerinin ise birleşmelere nispeten yeni bir model olması nedeniyle ülke ekonomileri üzerinde zaman içerisinde rekabeti geliştirici etkileri olabilecek bir yeniden yapılanma modelidir. Yeniden yapılanma modellerinden Birleşme ve Bölünmeler ölçek ekonomilerini yaratmak öncelikleri bulunması nedeniyle bu modellerin vergisel sonuçları modellerin tercihlerinde etkili olmaktadır.

Bu tez çalışmamız Anonim Şirketlerin Kurumlar Vergisi Kanunu açısından birleşme ve bölünme işlemleri sonucunda ortaya çıkan vergisel durumlarını incelemekte olup, giriş bölümünde söz konusu birleşme ve bölünme kelimelerinin öncelikle ekonomik ve hukuksal (TTK, KVK ve Rekabet Kanunu Açısından ayrı ayrı olmak üzere) kavram ve terim olarak tanımı yapılmaktadır. İncelememizin devamında birleşme ve bölünme işlemlerinin geçmişten günümüze kadar olan süreç içerisinde ABD, Avrupa ve Türkiye’de göstermiş olduğu tarihi süreç, mevcut mevzuat uygulamaları Özel Hukuk, Vergi Hukuku ve Rekabet Hukuku kapsamında incelenmekte, nedensellik ve ortaya çıkardığı sınıflandırma ve sonuç ilişkileri incelenmektedir.

Giriş Bölümünde; birleşme ve bölünmenin ekonomik ve hukuksal açıdan (TTK, KVK ve Rekabet Kanunu kapsamında) kavram ve terim olarak tanımlaması yapılmış, uluslararası doktrinde kabul edilen kavramların tespitini takiben aralarındaki hukuksal ve teknik farklılıkların belirtilerek söz konusu kavramların yakın kavramlardan ayırt edilmesi sağlanmış ve konunun sınırlandırılması yapılarak uygulanacak plan açıklanmaya çalışılmıştır.

Birinci Bölümde; ilk kısımda geçmişten günümüze kadar olan süreç içerisinde birleşme ve bölünme işlemlerinin ABD, Avrupa ve Türkiye’de geçirmiş olduğu tarihi süreç incelenmiştir. Bu bölümde ayrı bölüm başlıkları altında söz konusu birleşme ve bölünme işlemlerinin dönemsel olarak geçirdiği hukuki süreç tetkik edilmiş olup, dönemler itibarı ile farklı özellikler gösteren ve değişik nedenlerle oluşmuş bu birleşme/bölünme periyotları sonuçlarının ülke ekonomilerine etkileri, her birinde oluşan yapılanmaların neler olduğu, farklılıkları ve ortaya çıkardığı avantajların bir mercek altında karşılaştırılabilme olanağı sağlanmıştır. ABD’deki şirket birleşme hareketlerine gösterilen ilgiye rağmen, Kıta Avrupa’sında gerçekleşen birleşmelerin sayılarının halen ABD ile aynı seviyeye ulaşamamış olduğu, ancak şirket birleşmelerinin öneminin kavranması ile birlikte, AB Mevzuatı kapsamında birleşme hareketlerini teşvik etmek amacıyla yapılmaya başlanan hukuki düzenleme çalışmalarına hız verildiği görülmüştür. Yeniden yapılandırma yöntemlerinden biri olan bölünme işlemleri de ekonomik kriz sonucunda şirketlerin daralması, küçülmesi ve verimliliğin artırılması amacıyla yeniden yapılandırılması ile ilk olarak ABD’de ortaya

çıkıştır. Türkiye’deki birleşme ve bölünme işlemlerinin ise ABD ve Avrupa’daki oluşumlardan sebep ve sonuç olarak daha farklı özellikler arz ettiğı yönünde tespitlere de örnekler ile yer verilmiş, Türk hukuk sisteminin TTK ve KVK açısından Anonim Ortaklıkları ile ilgili yapılanmasının geçtiğı aşamalar belirlenmiştir.

Birinci Bölümün ikinci kısmında ise; birleşme ve bölünmelerin sebep ve sonuç ilişkileri incelenmiş olup, sınıflandırılmaları yapılmıştır. Söz konusu birleşme ve bölünme işlemlerinin sınıflandırılmasında oluşan yapıların her biri farklı finansal ve stratejik amaçlara yönelik olup, ekonomik alanda meydana gelen değişiklik ve yenilikler ile şekillenmiş ve birleşme/bölünme hareketlerinin tarihi gelişimi içinde zamanla ortaya çıkmışlardır. Ulaşım ve iletişim teknolojisindeki süratli gelişim dünyayı küçültmüş, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ve rekabetin yoğunlaşmasına neden olmuştur. Serbest piyasa koşullarında monopol kurabilmeleri mümkün görülmeyen ve bu teknolojik gelişme karşısında rekabet şansı zayıf ya da imkansız olan şirketlerin içsel ya da dışsal büyüme yoluyla; sermaye artırımını sağlamak, iş bölümü oluşturmakla riski minimize etmeye çalıştıkları, daha önce birbirinden bağımsız olarak faaliyette bulunan iki veya daha çok sayıda şirketin, bağımsızlıklarını kısmen veya tamamen kaybetmek suretiyle bir araya gelerek yeni bir şirket oluşturdukları açıklanmıştır. Birleşme sonucu mevcut şirket sayısının azalmasına karşılık birleşme olayını gerçekleştiren şirket/şirketlerin ölçek büyüklüğünün arttığı belirtilmiştir. Bölünme işlemlerinin ise, özellikle büyük hacimli ve içinde çok fazla hizmetlerin sınıflandığı şirketlerin birçoğunun, aktif değerlerinde, borçlarında, öz kaynaklarında ve işletme faaliyetlerinde değişiklikler yaparak, yeniden bir araya getirmek için başvurdukları yeniden yapılandırma yöntemlerinden biri olarak ortaya çıktığı açıklanmıştır.

İkinci Bölümün ilk kısmında Çeşitli Hukuk Sistemlerine Toplu Bakış başlığı altında, birleşme ve bölünme işlemleri ayrı bölümler halinde ABD ve Avrupa Birliği Hukuku açısından incelenmiş, Avrupa Birliği üye ülkelerinden Almanya, İngiltere ve mehz İsviçre hukuku yönünden ülkelerin ulusal mevzuatları kapsamında ayrıntılı değerlendirilmesi yapılmıştır. Söz konusu incelemelerde; birleşme işlemlerinde ABD’deki hukuki süreci oluşturan kanuni düzenlemelerin ortaya çıkardığı etki ve

sonuçlar kronolojik olarak sıralanarak, AB Hukukunda da birlik hukukuna dayanak teşkil eden anlaşma, tüzük, Komisyon Duyuruları ve yönergeler tetkik edilerek incelenmiştir. AB'ye katılan üye ülkelerin vergileme yetkilerinin kısmen veya tamamen AB'ye devredilmek suretiyle AB hukukunun bu bağlamda ulusal hukuk düzenini de aşan daha geniş bir hukuk düzeninin parçası halini aldığı açıklanmıştır. Birlik üyesi ülkelerin ve mehz İsviçre hukukunun ulusal mevzuatlarının tetkikinde de, Özel Hukuk, Vergi Hukuku ve Rekabet Hukuku: Rekabet Kanunu açısından ülke ulusal mevzuatları, avantajları, birbirlerine benzerlik/farklılıkları ve AB mevzuat ve yönergelerine uyum durumları belirtilmiştir. Aynı kısımda bölünme işlemleri de ABD'de uygulanan yöntemler kapsamında ve AB Hukuku çerçevesinde bölünmelere ilişkin altıncı yönerge kapsamında irdelenmiştir. Birlik üyesi ülkelerin ve mehz İsviçre hukukunun ulusal mevzuatlarının tetkikinde de, Özel Hukuk ve Vergi Hukuku açısından ülke ulusal mevzuatları, avantajları, birbirlerine benzerlik/farklılıkları ve AB mevzuat ve yönergelerine uyum durumları belirtilmiştir. Bölünme işleminin temelde aynı öğeler üzerine kurulması sebebiyle çeşitli hukuk sistemlerinde genel itibarıyla benzer şekilde düzenlendiği, ancak temel düzenlemenin, AB'nin bölünmeye ilişkin altıncı yönergesi olduğu, söz konusu yönerge üzerine mevzuatında bölünme hükmü bulunan ya da bulunmayan tüm AB ülkelerinin bölünme işlemlerini benzer şekilde düzenledikleri belirtilmiştir. Bölünme işlemlerinin ABD, AB üye ülkelerinde, vergiye tabi işlem olarak genelde nitelendirilmedikleri gibi, bu ülkelerde kurulu şirketlerin yeniden yapılandırma çalışmalarına çeşitli vergi istisnaları getirmek yolu ile de teşvikler sağlanarak, ülkelerin şirketlerinin karlılık ve verimlilik ilkelerine göre çalışmasını, rekabet koşullarına uyumunu tesis ettikleri açıklanmıştır.

Üçüncü Bölümde ise; küreselleşme kavramıyla ifade edilen sürecin ve küreselleşmenin çeşitli tanımlamaları yapılmış, sermaye dolaşımının serbestleşmesi, hacminin artması, hızlanması , yaygınlaşması,, üretimin mekansal olarak yaygınlaşması, finansal piyasaların bütünleşmesi, dünyadaki ekonomilerin entegrasyonu sonucu oluşan iktisadi yeniden yapılanmaların devreye girdiği, Dünya Ticaret Örgütü'nün de kurulması ile dünya ticaretinde serbest pazar ekonomisine dayalı yapısal benzerlikler döneminin başladığı, şirketler arasındaki bölgesel ve ulusal rekabet boyutunun küresel rekabete doğru hızla ilerlemekte olduğu belirtilmiştir Küresel rekabet ortamında başarıyı

yakalamak için ucuz fakat kaliteli ürünler üreten ve modern pazarlama tekniklerini kullanan şirketlerin başarı şansları daha yüksek görünmektedir. Ülkemiz imkanlarını yatırıma, yatırımı üretime, üretimi ihracata dönüştürmekte birincil görevi üstlenmiş olan şirketler, iç piyasada monopol oluşturmamak şartıyla bölgesel veya sektörel bazda birleşmeleri ve küresel rekabet şanslarını artırmaları gerekmektedir. Bir birleşmeyi başarılı yapan faktörler; entegrasyonun hızına odaklanmak, tek ve etkili bir birleşme yaratabilmektir. Söz konusu sermaye hareketliliği, gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere doğru yoğun bir yatırım ve istihdam akışına sebep olmakta, hatta doğrudan yabancı yatırım, büyük ölçüde gelişmiş endüstriyel ekonomiler arasında yoğunlaşmış durumda bulunmaktadır.

20. yüzyılın sonlarında sosyal, ekonomik, politik ve kültürel alanda dünyada esen değişim rüzgarları; devletleri, şirketleri ve bireyleri hızla etkisi altına alarak, yeni bir dünya düzeninin kurulmasına yol açmıştır. Dünya hızla değişmektedir. Eski değerler, eğilimler yerini yenilerine bırakmaktadır. Bugün hiçbir ülke bu değişimin dışında kalmak, sadece kendi inandığı ve bildiği doğruları uygulamak hakkına sahip bulunmamaktadır. Bilgi teknolojisindeki devrim, ülkeleri birbirleriyle daha yakın ilişkiler kurmaya ve dünyadaki trendleri yakalamaya zorlamaktadır. Artık ülkeler dışa kapalı bir ekonominin günümüz dünyasında yeri olmadığını anlamışlardır. Daha fazla güç ve rekabet avantajı anlamına gelen birleşmeler sonrasında yaşanan kapasite artışı, bazı mallar açısından en verimli üretim biçimini ifade eden ölçek ekonomisine ulaşılmasını ve bu sayede en ucuz üretimin yapılmasını sağlarken, birleşme sonrasında artan teknik bilgi ve finans olanakları da farklı yatırım alanlarına ve de özellikle yüksek yatırım harcamaları gerektiren sektörlerle girişleri kolaylaştırmaktadır.

Üçüncü Bölümün ikinci kısmında ise, Anayasa ilkeleri, Anayasa mahkeme kararları ve doktrinler çerçevesinde sözleşme özgürlüğü, temel ve sosyal haklar, çalışma ve sözleşme özgürlüğü kapsamında kişilerin teşebbüs hürriyetinin Anayasal Temelleri ve sınırlandırılmaları ile rekabetin korunmasına yönelik mali ve ekonomik hükümler, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi koşullarının Anayasal düzlemi incelenmiştir.

Dördüncü Bölümde ise; birleşme ve bölünme mevzuatı Özel hukuk ve Vergi hukuku kapsamında tetkik edilmiştir. Özel hukuk kapsamında yapılan incelemede mevcut TTK/TTK Tasarısı, SPK, Bankalar Kanunu açısından birleşme ve bölünmelerin oluşumları koşul, tür, süreç ve sonuçları açısından değerlendirilerek incelenmiştir. Kurumlar Vergisi Kanunu açısından birleşme ve bölünme işlemleri tür, koşul, süreç ve sonuçları açısından tetkik edilmiş olup, diğer vergi kanunları kapsamındaki mevcut durumları da açıklanmıştır. Vergi hukuku açısından bakıldığında da birleşme/bölünme işlemlerine tanınan vergi avantajlarının söz konusu işlemleri teşvik edici olduğu açıktır.

Tez incelememizin sonucunda; ülkemiz mevcut birleşme ve bölünme yasal düzenlemelerinin tetkikinde TTK ile KVK mevcut hükümlerinin birbirleri ile tam anlamıyla paralel olmadığı ve aralarında farklı yaptırım hükümlerinin mevcut olduğu görülmektedir. Bu durum özellikle birleşmeye veya bölünmeye konu olacak şirketlerin bilançolarının tetkikinde TTK ve KVK kapsamında aynı bilanço verilerinin baz alınmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. TTK hükümleri doğrultusunda dikkate alınan bilançodaki değerler rayiç bedelleri yansıtmak zorunluluğunda iken, KVK açısından kayıtlı değerlerin esas alınması gerekliliği mevcut bulunmaktadır. Özellikle şirketlerin birleşme işlemleri esnasında söz konusu kanuni farklılık çeşitli problemlere sebep olmaktadır. Bunlardan ilki, ortakların menfaatleri açısından sakıncalı sonuçlar doğurması durumudur. Ortakların mevcut şirket hisselerinin değiştirilmesi suretiyle gerçekleştirilecek hisse takası şeklindeki işlemlerde de söz konusu bilanço verilerinin değerlendirilmesinde farklı yöntemlerin kullanılması sonucu değiştirme biriminde de farklılıklar oluşmasına sebebiyet vereceği açıktır. Şirketlerin değerlerinin tespit edilerek devralmak sureti ile gerçekleştirilecek birleşme işlemlerinde de şirket değerinin devralan ve devreden şirket tarafından belirlenmesi ve anlaşmaya varılması konusunda da söz konusu durum taraflar arasında büyük ve ciddi ihtilaflara sebep olmaktadır. Devreden şirketin talep ettiği bedelin kayıtlı bilanço değerlerinden farklı olması sebebiyle birleşme işlemlerinin gerçekleşemediği bile görülebilmektedir. KVK açısından oluşturulan Vergi Bilançosu ile TTK açısından rayiç bedel esasına dayalı olarak teşkil edilen ticari bilançonun farklı olması hususunun mevcut uygulamada en

önemli sonuçlarından bir tanesi birleşme işlemleri olarak önem bulmaktadır. Bu nedenle ilk olarak yapılması gereken yasal düzenleme söz konusu bilançoların uyumlaştırılması yönünde olmalıdır. Birleşme bölünme modellerinin KVK’nda ki vergi erteleme yöntemi olmaktan çıkartılarak Vergi istisnası kapsamında düzenlenerek teşvik edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira uygulamada KVK’nun gerekleri sağlanmaya çalışılır konunun Özel Hukuk yönündeki sonuçları ortakların hakları açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratabilmektedir. Bu sakıncaları giderebilmek için Vergi Kanunları açısından Birleşme bölünmelerde “rayiç bedel” veya “tasfiye değeri” uygulamasına geçilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca alacaklıların korunması açısından birleşme veya bölünme işlemlerinin akabinde etkinliğin sağlanabilmesi açısından hesapların işleyisi ve denetim konularında etkin düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Yabancı sermayeli şirketlerin yerli şirketlerini devralmak suretiyle gerçekleştirdikleri birleşme işlemlerinde ise şirketlerin mali tablolarının konsolidasyonu aşamasında büyük sorunlar oluşabilmektedir. Yerli ve yabancı sermayenin birleşmesi her ne kadar istenmesine rağmen, yabancı sermaye mevzuatında zaten mevcut bulunmayan özendirici ve kolaylaştırıcı yaptırım ve teşviklere bir de iki şirketin farklı esaslara göre oluşturulmuş olan mali tablolarının konsolide edilmesinin zorluğu eklendiğinde ortaya çıkan tablo pek iç açıcı olmamaktadır. Her ne kadar AB’nin istekleri doğrultusunda AB mevzuat ve uygulamalarına göre uyumlaştırılmasına yönelik Sermaye Piyasası Kanunu’na getirilen yeni bir düzenleme ile Uluslararası Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkelerinin (GAAP) uygulanma zorunluluğu hususu getirilmiş ise de bu durum sadece SPK’ ya tabi şirketlere getirildiği için genel uygulamaya hitap etmemektedir.

Bölünme işlemlerinde ise, KVK’ da 2001 yılında düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen, TTK’ da halen bölünmeler konusunda bir düzenleme yeralmamaktadır. Bu durum uygulamada hukuki açıdan sorunlu yapılar ortaya çıkarmaktadır. Bu nedneel TTK’ da bölünmeler konusunda acil bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.